
Datum: 23.07.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 3/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0723.19U3.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 83 O 61/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 10.12.2009 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 83 O 61/08 - teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 500,18 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.08.2007 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin zu 95 % und die Beklagte zu 5 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

(abgekürzt gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 S. 1 ZPO)

I.

1

2

3

4

Die zulässige, unter Einhaltung der Frist- und Formerfordernisse der §§ 517, 519 ZPO eingelegte und rechtzeitig begründete Berufung der Klägerin hat in der Sache – bis auf die für die Zeit vom 20.06.2007 bis zum 09.07.2007 verlangte Vergütung für redaktionelle Pflege, technischen Support und Hosting – keinen Erfolg.

1. Soweit die Klägerin die Zahlung von 8.568,00 EUR für den Eintrag von 49 (statt der vereinbarten 500) Postings verlangt, die sie bis zur Vertragsbeendigung seitens der Beklagten am 09.07.2007 in verschiedenen Blogs und Foren angebracht hat, steht ihr gemäß § 631 Abs. 1 BGB kein Anspruch auf Zahlung von Werklohn zu. 5

Die von der Klägerin bis zum 09.07.2007 erbrachten Leistungen entsprachen nicht dem vertraglich geschuldeten Werk, da die Klägerin die Postings vertragswidrig unter Rückgriff auf neu eingerichtete Nutzerkonten platziert hat. 6

- a. Die Auslegung des Vertrags vom 02.03.2007 ergibt, dass die Klägerin zur Durchführung des vertraglich geschuldeten Foren- und Blogmarketings historische Accounts zu verwenden hatte. 7

Ausweislich der Beschreibung des diesbezüglichen Leistungsumfangs hatte die Klägerin durch das Benutzen von Icons und typischen Abkürzungen auf die unauffällige Integration im Forum zu achten. Bereits durch diese Formulierung ist die übereinstimmende Vorstellung der Parteien erkennbar geworden, dass die Klägerin die Vornahme gezielter Werbemaßnahmen möglichst verschleiern sollte. Hierfür ist im Vertrag ausdrücklich zwar nur die Benutzung von Icons und typischen Abkürzungen angeführt worden. Dass diese Angabe nicht nur beispielhaft, sondern abschließend sein sollte, ist jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die vertraglich vorgesehene unauffällige Integration dafür, dass sich die Klägerin zur Erreichung dieses Ziels daneben auch weiterer probater, jedenfalls unumgänglicher Mittel bedienen sollte. 8

Wie der Sachverständige Prof. Dr. C. überzeugend festgestellt hat, stellte die Verwendung historischer Accounts oder jedenfalls die Schaltung der Werbebeiträge erst nach mehrtägiger oder –wöchiger Einführung eines neuen Accounts als "normales Mitglied" vorliegend ein solches unabdingbares Mittel zur wirkungsvollen Tarnung von Werbepostings dar. Nach den plausiblen Ausführungen des Sachverständigen stellen allein solche seit längerem eingerichtete Benutzerkonten sicher, dass die anderen – Posting-Werbeaktionen regelmäßig ablehnenden – Foren- und/ oder Blogmitglieder Vertrauen in die Ernsthaftigkeit und Seriosität der in einem Beitrag gelieferten Produktinformation gewinnen und dadurch einerseits deren Interesse an dem Erzeugnis, von dessen Vorteilen ein vertrauenswürdiges Mitglied vermeintlich überzeugt ist, geweckt sowie andererseits durch die Einleitung eines Gedankenaustauschs der Bekanntheitsgrad des verschleiert beworbenen Erzeugnisses vervielfacht wird. Demgegenüber sind, wie der Sachverständige nachvollziehbar festgehalten hat, Postinghinweise auf bestimmte Produkte – zu denen der Sachverständige auch die vorliegend in Rede stehenden Videofilme gezählt hat -, sofern sie von unbekannten Neumitgliedern erteilt werden, in verstärktem Maße geeignet, den Argwohn der anderen Blog- und/oder Forenmitglieder zu erregen sowie diese für die Werbebotschaft unempfindlich zu machen, wenn nicht sogar dagegen einzunehmen und den einseitigen Diskussionsbeitrag des verschleiert Werbenden nicht aufzugreifen. 9

Im Hinblick darauf ergibt auch die Zielrichtung sowie der Sinn und Zweck des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags, dass die Klägerin die geschuldeten Postings unter 10

durchgängiger Verwendung historischer Accounts zu platzieren hatte. Nach ihrem Angebot vom 22.12.2006, das Grundlage des Vertrags vom 02.03. 2007 war, bestand das Ziel des Foren- und Blogmarketings darin, eine bestimmte Website oder Werbebotschaft durch versteckte, ernsthaft kommunizierte digitale Mundpropaganda sowie möglichst dem Auslösen einer Kommunikation zwischen den Forenteilnehmern bekannter und dadurch effektiver zu machen. Dementsprechend sollten die Beiträge ausweislich der vertraglichen Angaben zum Leistungsumfang dazu dienen, Kontakt mit einer größtmöglichen Anzahl von Besuchern aufzunehmen und dadurch eine optimale Ansprache zu bewirken. Eine derart bestmögliche und aussichtsreichste Platzierung eines versteckten Werbehinweises war nach den einleuchtenden Feststellungen des Sachverständigen jedoch nur bei der Benutzung von historischen Accounts gewährleistet.

Schließlich sprechen auch die Umstände des Zustandekommens des Vertrags dafür, dass die Klägerin den Einsatz bei Vertragsschluss bereits eingeführter Accounts schuldete. Die Verwendung historischer Accounts ist Gegenstand der Vertragsverhandlungen gewesen und von der Beklagten gewünscht worden. Selbst wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen haben sollte, dass sie nicht für alle damals existenten Foren über entsprechende Benutzerkonten verfüge, hat sie der Beklagten dadurch nicht verdeutlicht, dass die vertraglich vorgesehene Tarnung der Foren- und Blogwerbung und deren dadurch geförderte Breitenwirkung durch die von ihr vorgesehene Verwendung einer Vielzahl neuer und dadurch nicht hinreichend als unabhängige Informationsquelle getarnter Accounts deutlich unsicherer wurde und in Frage gestellt war. Der Beklagten war zwar nach ihrem eigenen Vorbringen bekannt, dass eine erfolversprechende Werbekampagne nur bei Einsatz von bereits etablierten Forenaccounts durchgeführt werden konnte. Dass die Klägerin die Beklagte aber darüber aufgeklärt hat, dass sie gerade hinsichtlich der von der Beklagten gewünschten und im Angebot ausdrücklich aufgeführten Foren mit Technik- und Sportrubriken über keine historischen Accounts verfügte, lässt sich weder ihrer e-mail vom 10.07.2007 noch ihrem prozessualen Vortrag entnehmen. Dann aber konnte die Beklagte mangels hinreichender Aufklärung seitens der Klägerin und damit Kenntlichmachung eines anderweitigen Willens ihrer Vertragspartnerin davon ausgehen, dass letztere die vertraglich vorgesehene Unauffälligkeit der speziellen Forenwerbung bestmöglich durch den Einsatz ihr zur Verfügung stehender historischer Accounts sicherstellen werde. 11

Insgesamt lässt sich dem Vertrag vom 02.03.2007 deshalb im Wege der Auslegung ungeachtet einer fehlenden ausdrücklichen Regelung entnehmen, dass die Klägerin zur vertraglich vereinbarten unauffälligen Integration der getarnten Werbung den Gebrauch – eine effektive Schleichwerbung einzig hinreichend sicherstellender – historischer Accounts schuldete. Auch wenn konkrete Angaben der Parteien zur Beschaffenheit eines Werks fehlen, so können weitere vertragliche Regelungen sowie die Umstände des Vertragsschlusses Rückschlüsse auf eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung zulassen (vgl. Busche in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Auflage, § 633 Rn. 14/16). 12

Im Übrigen schuldete die Klägerin den Einsatz historischer Accounts selbst dann, wenn die Benutzung von Icons und typischen Abkürzungen als abschließende vertragliche Regelung zu den Mitteln einer unauffälligen Forenintegration anzusehen wäre. Haben die Parteien im Vertrag sowohl die Ausführungsart als auch den damit erstrebten Erfolg beschrieben, so ist, wenn die vertraglich vorgesehene Funktion des Werks mit der vereinbarten Ausführungsart nicht erreichbar ist, gleichwohl die vereinbarte Funktionstauglichkeit geschuldet (vgl. BGH NJW 2008, 511, 512; Sprau in: Palandt, BGB, 69. Auflage, § 633 Rn. 6). Für eine erfolversprechende Schleichwerbung und die im Vertrag vorgesehene optimale Ansprache einer größtmöglichen Anzahl von Besuchern war nach den Ausführungen des 13

Sachverständigen indessen die Nutzung historischer Accounts unabdingbar.

Angesichts dessen kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, ihre teils mit Hilfe neuer Accounts lancierten Beiträge seien tatsächlich unauffällig integriert und nicht als Werbung enttarnt worden, so dass ihre Werbemaßnahmen erfolgreich gewesen seien. Jedenfalls die mit der Foren- und Blogwerbung beabsichtigte Multiplikatorenwirkung haben die Postings der Klägerin ausweislich der Feststellungen des Sachverständigen in etwa 80 % der Fälle mangels Initiierung eines Dialogs nicht erzielt. Im Übrigen ist es im Hinblick auf die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien unerheblich, ob die Klägerin den vorgesehenen Erfolg durch anderweitige Maßnahmen tatsächlich erreicht hat (§ 633 Abs. 2 S. 1 BGB, vgl. auch Werner/ *Pastor*, *Der Bauprozess*, 12. Auflage, Rn. 1456). Ebenso irrelevant ist, ob die in Bezug genommenen Videos keinen Dialog nahe gelegt und/oder die Art und Qualität des beworbenen Erzeugnisses der Beklagten zum Ausbleiben eines Werbeerfolgs beigetragen haben. Die Klägerin musste sich im Hinblick auf die vertraglich vorgesehene optimale Ansprache der Foren- und Blogteilnehmer nicht auf Maßnahmen, deren generelle Erfolgchancen deutlich unsicherer als bei der Verwendung historischer Accounts waren, einlassen.

14

- b. Die – für eine vertragsgerechte Leistung darlegungs- und beweispflichtige - Klägerin hat nicht dargelegt, dass sie sich in einer nennenswerten Anzahl von Postings eines historischen Accounts bedient hat. Insbesondere ist sie dem Vorbringen der Beklagten, die Klägerin habe ausschließlich neu eingerichtete Nutzerkonten verwendet, nicht konkret entgegen getreten. Vielmehr hat sie unter Verweis darauf, dass sie zwar nicht für spezialthematische Foren, aber für General Interest Foren über historische Accounts verfügt habe, pauschal behauptet, sie habe nur in einem Teil der Foren keine historischen Accounts verwendet. Insoweit hat sie weder weitergehend dargelegt, dass es sich um eine namhafte Anzahl von historischen Accounts, noch, um welche konkreten Foren es sich dabei gehandelt haben soll. Vielmehr hat sie allein auf das Sachverständigengutachten verwiesen, wonach bei knapp einem Drittel der Posting-Beiträge die Benutzung neuer Accounts nachgewiesen werden konnte. Dass es sich in den übrigen Fällen um bereits eingeführte Benutzerkonten handelte, kann daraus indessen schon darum nicht abgeleitet werden, weil der Sachverständige das Registrierdatum der übrigen Accounts nicht ermitteln konnte. Dagegen spricht vielmehr, dass sich die vom Sachverständigen im Anhang zu seinem Gutachten vom 12.03.2009 aufgelisteten Foren und Blogs ausweislich ihrer Bezeichnungen offenkundig überwiegend mit speziellen Themen befassen. Gerade für solche Portale hat die Klägerin aber zugestanden, dass sie nicht, jedenfalls nicht in nennenswertem Umfang, über historische Accounts verfügte. Im Übrigen hat die Klägerin dem mit e-mail vom 09.07.2007 erhobenen Vorwurf der Beklagten, erstere habe keine eingeführten User-Accounts benutzt, in ihrer Antwortmail vom 10.07.2007 nicht widersprochen. Vielmehr hat sie in ihrer e-mail vom 17.07.2009 erklärt, sie könne die Voraussetzung der Verwendung historischer Accounts nur im Fall eines Ausweichens auf General Interest Foren erfüllen, wofür sie indessen das Einverständnis der Beklagten benötige.

15

Unter diesen Umständen kann die Behauptung der Klägerin, sie habe nur in knapp einem Drittel der Fälle keine historischen Accounts verwendet, nicht als ausreichend konkrete und rechtlich erhebliche Tatsachenbehauptung angesehen werden, die einem Beweis durch die erstinstanzlich angebotene Vernehmung der Zeugin X. zugänglich wäre. Einer hinreichenden tatsächlichen Substanz steht bereits entgegen, dass die Angabe offenkundig nur eine Ableitung aus dem Sachverständigengutachten und keine eigene Tatsachenbehauptung darstellt. Im Übrigen hat die Klägerin unstreitig in dem maßgeblich geschuldeten Sektor der

16

Special-Interest-Foren nicht über historische Accounts (jedenfalls nicht in nennenswertem Umfang) verfügt. Unter diesen Umständen hätte es der Klägerin obliegen, im Einzelnen aufzulisten, hinsichtlich welcher konkret eingesetzten Foren sie sich historischer Accounts bedient hat.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung einer Vergütung für technischen Support, redaktionelle Pflege und Hosting nicht in Höhe der verlangten 2.442,60 EUR, sondern nur in Höhe eines Teilbetrags von 500,18 EUR. 17
a. Soweit die Klägerin derartige Leistungen für die Zeit nach dem 09.07.2007 mit insgesamt 1.942,42 EUR abgerechnet hat, schuldet die Beklagte das vereinbarte Entgelt schon deshalb nicht, weil das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ab diesem Zeitpunkt beendet war. 18

Die von der Beklagten mit e-mail vom 09.07.2007 ausgesprochene fristlose Kündigung des Gesamtauftrags ist als nach den § 323 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB wirksamer Rücktritt vom Werkvertrag zu werten. Gemäß § 326 Abs. 5 BGB konnte ein Rücktritt der Beklagten nach § 323 Abs. 2 BGB auch ohne Fristsetzung erfolgen, da die Klägerin bezüglich der nach dem Vertrag zu nutzenden Foren und Blogs nicht, wie vereinbart, über historische Accounts verfügte und ihr die Erbringung der vertragsgerechten Leistung deshalb gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich war. 19

Das Vorbringen der Klägerin lässt darauf schließen, dass diese nur bei General Interest Foren über eingeführte Accounts verfügte. Derartige Foren waren indessen nicht Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, da als Zielgruppenbereich für die – mit 410 Postings den Schwerpunkt der Marketing-Kampagne ausmachenden - Foren ausdrücklich solche mit Technik- und Sportrubriken vorgegeben waren und die weiteren Postings auf 90 Fun-Sites nicht mit General Interest Foren gleich zu setzen sind. Dementsprechend hat die Klägerin in ihrer e-mail vom 17.07. 2007 ein Ausweichen auf General Interest Foren von einem Einverständnis der Beklagten abhängig gemacht und damit verdeutlicht, dass derartige Foren bislang nicht in den Vertrag einbezogen waren. 20

Sofern die Klägerin pauschal behauptet, sie habe sich jedenfalls zum Teil historischer Accounts bedient, hat sie nicht dargelegt, dass sich hierunter in namhafter Anzahl auch Userkonten betreffend Fun-Sites und spezieller Foren befunden haben. Erst recht hat sie die entsprechenden Internetseiten und Accounts nicht im Einzelnen bezeichnet. Hierzu wäre sie jedoch nach den Grundsätzen der sekundären Darlegung bei negativen Tatsachen gehalten gewesen, da es sich insoweit um vorrangig der Klägerin zugängliche Umstände aus ihrem eigenen Wahrnehmungs- und Verantwortungsbereich handelte. 21

Gemäß den §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 BGB war die Beklagte zum Rücktritt vom Gesamtauftrag unabhängig davon berechtigt, ob die Klägerin die Support- und Hostingleistungen vertragsgerecht durchgeführt hatte und zu deren Erbringung auch weiter in der Lage war. Ausweislich des Vertrags vom 02.03.2007 sollte die Verwaltung und Betreuung der Internetseite "www.notebooksportler.de" im Rahmen der viralen Marketing-Kampagne erfolgen, mit deren Hilfe User auf das Internetportal gelenkt werden und an dem dortigen Videowettbewerb teilnehmen sollten. Dann aber bestand nach der (berechtigten) Abstandnahme der Beklagten von weiteren Foren- und Blogmarketingleistungen der Klägerin kein Interesse ersterer mehr an weiteren Hosting- und Supportleistungen letzterer. 22

Auch ein gesetzlicher Zahlungsanspruch der Klägerin aus den §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB oder aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet für die Zeit nach dem 09.07.2007 aus. Selbst wenn die Klägerin nach dem 09.07.2007 technische Support-, redaktionelle Betreuungs- und/oder Hostingleistungen erbracht haben sollte, so entsprachen derartige Arbeiten nicht dem Willen der Beklagten, die mit e-mail vom 09.07.2007 verdeutlicht hatte, dass sie eine Tätigkeit der Klägerin künftig nicht mehr wünsche. Etwaige weitere Leistungserbringungen der Klägerin sind deshalb als aufgedrängte Bereicherung der Beklagten zu werten, die für letztere mangels entsprechenden Interesses keinen subjektiven Wert (§ 818 Abs. 2 BGB) hatten und deshalb nicht zu vergüten sind (vgl. Sprau a.a.O. § 812 Rn. 52).

- b. Soweit die Klägerin für technischen Support, redaktionelle Pflege und Hosting mit 24
Rechnungen vom 02.07.2007 einen anteiligen Betrag von 261,80 EUR brutto für die Zeit
vom 20.06.2007 bis zum 30.06.2007 sowie einen anteiligen Betrag von 238,38 EUR brutto für
die Zeit vom 01.07.2007 bis zum 09.07.2007 abgerechnet hat, steht der Klägerin
demgegenüber die geltend gemachte Vergütung von 500,18 EUR aus § 611 Abs. 1 BGB zu.

Die Klägerin hat die Erbringung derartiger Leistungen hinreichend substantiiert dargelegt. So 25
hat sie zur redaktionellen Pflege vorgebracht, sie habe im Rahmen des vereinbarten
Stundenaufwands an das Portal gesendete Videobeiträge auf der Plattform "Youtube"
veröffentlicht und vom Portal aus verlinkt sowie eingegangene Kommentare von
angemeldeten Usern ständig kontrolliert. Zum technischen Support hat sie angeführt, die
technische Betreuung des Servers sei innerhalb des vertraglich vorgesehenen Zeitrahmens
durch einen ihrer Mitarbeiter vorgenommen worden. Zwar hat die Klägerin nicht im Einzelnen
dargelegt, welche Videoclips sie innerhalb welcher Zeit erarbeitet und welche
Programmierarbeiten sie über welche Zeitdauer geleistet haben will. Hierzu war sie
angesichts der allgemeinen Umschreibung der zu leistenden Arbeiten und des vereinbarten
monatlichen Pauschalhonorars von 500,00 EUR netto indessen nicht gehalten.

Demgegenüber hat die Beklagte nicht in prozessual erheblicher Weise bestritten, dass die 26
Klägerin die angegebenen Leistungen erbracht hat. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die
Parteien für die technische und redaktionelle Betreuung der Website "www.O..de",
einschließlich anfallender Programmierung über fünf Stunden sowie redaktioneller Arbeit über
zehn Stunden, eine monatliche Pauschale von 500,00 EUR vereinbart haben. Dann aber
stand der Klägerin jenes – gerade nicht nach geleistetem Arbeitsaufwand abzurechnende –
Entgelt unabhängig vom Umfang der tatsächlich erbrachten Support- und
Betreuungsleistungen zu. Dass sich die Klägerin anstehenden derartigen Arbeiten verweigert
hat, behauptet auch die Beklagte nicht.

Ebenso unerheblich ist das Bestreiten der Beklagten hinsichtlich der von der Klägerin 27
zwischen dem 20.06.2007 und dem 09.07.2007 erbrachten Hostingdienste. Die Klägerin hat
hierzu ausgeführt, das Hosting sei auf dem Server eines Kooperationspartners geleistet
worden. Die Beklagte hat weder in Abrede gestellt, dass sie die Internetseite "www.O..de" in
Gebrauch genommen hat, noch behauptet, dass sie (entgegen der vertraglichen Absprache)
für ihren Internetauftritt Speicherkapazitäten eines Dritten in Anspruch genommen hat. Dann
aber sind unweigerlich Hostingdienstleistungen der Klägerin angefallen, welche die Beklagte
durch den Betrieb der Website konkludent entgegen genommen hat.

3. Den der Klägerin demnach zustehenden Betrag von 500,18 EUR hat die Beklagte gemäß 28
den §§ 288 Abs. 1, 2; 286 Abs. 1 BGB mit 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit
dem Zugang der Mahnschreiben vom 06.08.2007 zu verzinsen. Sofern sich aus der
Übersendung der zugehörigen Rechnungen vom 02.07.2007 ein früherer Verzugsbeginn

ergeben haben sollte, hat die Klägerin insoweit auf die Geltendmachung von Verzugszinsen konkludent verzichtet, indem sie der Beklagte in ihren Schreiben vom 06.08.2007 mitgeteilt hat, dass diese durch die Mahnungen in Verzug gesetzt werde und sie – die Klägerin - dadurch zur Geltendmachung von Verzugszinsen berechtigt sei. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist unter Berücksichtigung der gewöhnlichen Postlaufzeiten von einem Zugang der Mahnschreiben am 08.08. 2007 auszugehen.

4. Soweit die Klägerin die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 703,80 EUR verlangt, hat sie einen diesbezüglichen Anspruch aus den §§ 280 Abs. 1, 2; 286 Abs. 1 S. 1 BGB nicht schlüssig dargelegt. Dass ihre Prozessbevollmächtigten vor der Einreichung der Klage eine konkrete außergerichtliche Tätigkeit im Hinblick auf die Klageforderung entfaltet haben, hat die Klägerin nicht aufgezeigt. 29

II. 30

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 31

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). 32

Streitwert für das Berufungsverfahren: 11.010,60 EUR 33