
Datum: 12.05.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 58/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0512.8U58.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 23 O 57/14

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 25.09.2014 – Az. 23 O 57/14 – dahingehend abgeändert, dass die Beklagte zu 1) weiter verurteilt wird,

an die Klägerin 65.540 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.08.2012 zu zahlen,

an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 1.580 Euro zu zahlen;

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten zu 1) ist gegenstandslos.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Gerichtskosten die Klägerin zu 62% und die Beklagte zu 1) zu 38%. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) trägt die Klägerin. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und der Beklagten zu 1) tragen die Klägerin zu 33% und die Beklagte zu 1) zu 67%.

Von den Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz tragen die Gerichtskosten die Klägerin zu 65% und die Beklagte zu 1) zu 35%. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) trägt die Klägerin. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und der Beklagten zu 1) tragen die Klägerin zu 37% und die Beklagte zu 1) zu 63%.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.	1
Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem Vertrag über die Neugestaltung des Werbeauftritts der Klägerin. Die Klägerin betreibt unter der Marke „U“ ein Reiseunternehmen, welches einen Großteil seines Geschäfts unter der Submarke „T“ im Bereich des Wintersports erwirtschaftet. Die Beklagte zu 1) erbringt Werbedienstleistungen. Die Klägerin begehrt von der Beklagten zu 1) und deren Geschäftsführer, dem Beklagten zu 2), Rückzahlung der bereits auf den Vertrag geleisteten Zahlungen. Die Beklagten zu 1) begehrt widerklagend das noch ausstehende Vertragsentgelt. Streitpunkt ist insbesondere die Frage der Beteiligung der Agentur „C und T2“ im Rahmen der Entwürfe der Beklagten.	2
Dem Vertragsschluss zwischen den Parteien gingen Verhandlungen insbesondere zwischen einem hierfür zuständigen Geschäftsführer der Klägerin, Herrn S, und dem Beklagten zu 2) voraus. In den Gesprächen brachte der Geschäftsführer der Klägerin zum Ausdruck, dass ihm eine Beteiligung von „C und T2“ an den Arbeiten wichtig sei, da er deren Kreativität und das damit verbundene Renommée schätze. Daher nahmen bei einem Akquisegespräch am 24.01.2012 neben dem Beklagten zu 2) auch die Herren C und T2 teil. Bei einem Folgetermin am 13.02.2012 nahm neben dem Beklagten zu 2) Herr C teil. Mit E-Mail vom 14.02.2012 teilte der Geschäftsführer der Klägerin dem Beklagten zu 2) und Herrn C mit, die Klägerin könne sich vorstellen, mit „Ihrem Unternehmen ... als Leadagentur“ zusammen zu arbeiten (Anlage K4). Mit E-Mail vom 16.02.2012 teilte der Beklagte zu 2) mit, dass eine Kalkulation von „C und T2“ über dem von der Klägerin avisierten Budget von 105.000 Euro netto für die Leistungen liegen würde (Anlage K5). Es sei daher günstiger, „C und T2“ für die Basisideen zu nutzen und diese Ideen durch die Artdirektorin der Beklagten zu 1) adaptieren zu lassen. Die Beklagte zu 1) biete ein „Rundum-Sorglos-Paket“ an, werde zusammen mit der Artdirektorin 2- 3 Tage pro Woche vor Ort sein. „C und T2“ würde nur die Basisarbeiten auf Grundlage der Kreativ-Strategie des Beklagten zu 2) entwickeln, um die kreative Linie zu haben, die die Beklagten dann bei der Klägerin vor Ort auf alle anderen Werbemittel und Umsetzungen adaptieren sollten.	3
Als der erste Vertragsentwurf (Anl. KE 28, Anlagenband - AnlB - 159) keine Beteiligung von „C und T2“ vertraglich festschrieb, fasste der Geschäftsführer der Klägerin diesbezüglich nach (Anl. KE 29, AnlB 162). Mit E-Mail vom 27.02.2012 bestätigte der Beklagte zu 2), er werde „neben C und T2“ mit zwei weiteren sehr guten Designern an dem Thema arbeiten, so dass so Zugriff auf Ideen von drei unterschiedlichen Kreativ-Teams bestehe. Das fordere C und T2 „zusätzlich noch einmal in ganz besonderer Weise“. Ansprechpartner sei aber immer der Beklagte zu 2) (Anl. K 7). Mit E-Mail vom 25.02.2012 informierte der Beklagte zu 2) Herrn C von „C und T2“ dahingehend, dass er, der Beklagte zu 2), das Unternehmensleitbild und die Inhalte des Markenversprechens in Zusammenarbeit mit der Klägerin alleine erarbeiten würde und „C und T2“ danach auf Grundlage eines Briefings das neue CI und den	4

Werbeauftritt für die verschiedenen Medien entwickeln solle (Anl. KE 57 S. 3, GA 245).

Am 28.02.2012 schlossen die Parteien den streitgegenständlichen Vertrag (GA 158ff.). Danach verpflichtete sich die Beklagte zu 1), für die Klägerin bestimmte Leistungen zu erbringen, die nach dem Vertrag in drei Phasen aufgeteilt waren, nämlich Strategie (Phase 1), Kreative Umsetzung (Phase 2) und Dokumentation (Phase 3). Im Leistungskatalog der Phase 1 war u.a. die Ausarbeitung eines Marktforschungsansatzes, die Erarbeitung eines Unternehmensleitbildes und eines Markenversprechens (für die Marke U und die Spezialmarke T) sowie die Erarbeitung einer Kreativ-Strategie für die Marke T enthalten. Unter Phase 2 waren zahlreiche Einzelarbeiten im Rahmen der Umsetzung aufgelistet. Hierzu gehörte auch die Erarbeitung eines Slogans für das Unternehmen U und weiterer Submarken-Slogans für die Spezialmarken sowie die Umsetzung auf Offline- und Online Werbemittel (z.B. Briefumschläge, Werbeplakate, Banner für Webseiten). Zu diesen Umsetzungen waren jeweils „bis zu zwei Korrekturschleifen“ im Leistungsumfang enthalten. Im Leistungskatalog der Phase 3) war eine umfassende Dokumentation der Arbeiten enthalten.

Unter „Sonstiges“ war im Vertrag festgehalten:

„Das Team von C, T2 wird beauftragt, die Grundidee für den Werbeauftritt von T zu entwickeln. H bleibt es vorbehalten, auch andere Designer zusätzlich mit der Ideenentwicklung zu beauftragen“.

Als Gegenleistung hatte die Klägerin sechs monatliche Raten zu je 17.500 Euro zuzüglich Umsatzsteuer zu zahlen. Das entsprach in der Summe 105.000 Euro netto bzw. 124.950 Euro brutto und damit dem vorab zwischen den Parteien avisierten Budget von 105.000 Euro netto für das „Rundum-Sorglos Paket“. Für die Phase 1) war nach der internen Kalkulation der Parteien eine Vergütung von 15.000 Euro netto (vgl. Anl. KE 26, AnlB 151) angesetzt. Nach dem Vertrag gingen die Parteien davon aus, „dass alle Leistungen innerhalb der nächsten 6 Monate erbracht werden können“. Sollten die Leistungen bereits zu einem früheren Zeitpunkt vollständig erbracht sein, so sollte die Restsumme des Honorars in einer Summe als Abschlusszahlung unmittelbar nach Rechnungsstellung zu leisten sein. Die Vereinbarung war mit einer Frist von 10 Werktagen zu jedem beliebigen Zeitpunkt kündbar. Das Honorar sollte auch für den Zeitraum der Kündigungsfrist zu zahlen sein.

Nach dem vereinbarten Start der Zusammenarbeit am 01.03.2012 arbeitete der Beklagte zu 2) zusammen mit dem Geschäftsführer der Klägerin an der Entwicklung des Markenversprechens (vgl. GA 172) und der Vorbereitung der Marktforschung hierzu. Denn nach übereinstimmender Auffassung der Parteien sollte zunächst das gemeinsam entwickelte Markenversprechen im Rahmen einer Marktforschung getestet werden. Es sollte geklärt werden, ob die Verbraucher das Versprechen der Marke für gut und relevant halten. Erst danach machte aus Sicht der Parteien die Entwicklung von kreativen Ideen Sinn (GA 119).

Während der Arbeiten an dem Markenversprechen hatten die Beklagten parallel eigene Kreativ-Ideen entwickelt, die u.a. die Marken und Untermarken der Klägerin betrafen und in dem Claim „get more!“ zusammengefasst waren. An diesen Arbeiten waren „C und T2“ nicht beteiligt, was die Klägerin zu diesem Zeitpunkt unstreitig nicht wusste. Unter dem 22.03.2012 teilte der Beklagte zu 2) dem Geschäftsführer der Klägerin mit, „wir“ hätten inzwischen eine Kreativ-Strategie entwickelt, die aber erst präsentiert werden solle, wenn die Marktforschung die Relevanz des Markenversprechens bestätigt habe. Dies sei eine Vorarbeit auf Risiko des Beklagten zu 2) (GA 171).

5

6

7

8

9

10

Die Abstimmung des Fragebogens für die Marktforschung erfolgte direkt zwischen der Klägerin und dem Marktforschungsunternehmen J. Am 29.03.2012 wurde das mit der Klägerin abgestimmte Markenversprechen in die Unterlagen des Marktforschungsunternehmens übernommen (GA 120, 172). Sodann veranlasste der Beklagte zu 1), ohne die Klägerin hierüber zu informieren, dass an das Ende des Marktforschungsinterviews weitere Fragen und Bildmaterial – nämlich die bereits vorab entwickelten Kreativ-Ideen - angefügt wurden (Anl. KE 31, AnlB 168). Die Kosten für diese zusätzlichen Fragen übernahm die Beklagte zu 1), die auch alleine vom Marktforschungsunternehmen die Ergebnisse übermittelt erhielt (Anl. K 14). Am 19.04.2012 übermittelte der Beklagte zu 2) dem Geschäftsführer der Klägerin die Ergebnisse zu dem abgestimmten Fragebogen (KE 48 = GA 177). Mit E-Mail vom 26.04.2012 behauptete der Beklagte zu 1) gegenüber „C und T2“, das Marktforschungsergebnis komme erst in der nächsten Woche und – insoweit zutreffend – eine Abstimmung mit der Klägerin hierzu könne aufgrund von Terminschwierigkeiten erst am 22.05.2012 erfolgen (KE 58 S. 5 = GA 247). Erst nachdem der Beklagte zu 2) auf Basis der Ergebnisse der Marktforschung eine Kreativ-Strategie entwickelt habe, könne mit der kreativen Arbeit von „C und T2“ begonnen werden.

Am 22.05.2012 stellte der Beklagte zu 2) dem Geschäftsführer der Klägerin, Herrn S, im Rahmen einer „Vorabpräsentation“ die Ergebnisse der Marktforschung und zugleich den Vorschlag für die kreative Umsetzung („get more!“) vor. Gleichzeitig warb der Beklagte zu 2) damit, dass die Kreatividee („get more!“) bereits im Rahmen der Marktforschung getestet und für gut befunden worden sei. Die Einzelheiten des Präsentationsgesprächs sind streitig, insbesondere die Frage ob im Rahmen des Gesprächs ausdrücklich oder konkludent klar wurde, dass „C und T2“ an der Entwicklung der Kreativ-Idee „get more!“ überhaupt nicht beteiligt waren. Ebenso ist streitig, in welchem Ausmaß Herr S die vorgestellte Idee positiv bewertete. Unstreitig ist, dass der Beklagten zu 2) gebeten wurde, eine Präsentation vor der vollständigen Geschäftsführung der Klägerin am 16.06.2012 vorzubereiten. 12

Die Einzelheiten des Präsentationsgesprächs am 16.06.2012 sind ebenfalls streitig. Die Klägerin behauptet, der Beklagte zu 2) habe ausdrücklich erklärt, dass die Designerergebnisse in Zusammenarbeit mit der Agentur „C und T2“ entstanden seien (GA 21, 77). Die Beklagten behaupten im Gegenteil darauf hingewiesen zu haben, dass das nicht der Fall gewesen sei. 13

Nach vorläufig positiver Resonanz berieten sich die Verantwortlichen der Klägerin, um sodann mit E-Mail vom 22.06.2012 umfassende Kritik an der Kreatividee und der Umsetzung (Anl. KE 16, AnlB 118) zu äußern. Mit E-Mail vom 27.06.2012 wurde die Kritik dahingehend erweitert, dass ein anderes Reiseunternehmen mit „Direkt mehr Urlaub“ und ein weiterer Mitbewerber mit „Mehr Urlaub überraschend günstig“ werben würde, was dem Slogan „get more!“ sehr nahe kommen würde (Anl. KE 19 AnlB 123). Die Parteien waren sich darin einig, dass an Alternativen gearbeitet werden müsste, wobei der Beklagte zu 2) weiter zu „get more!“ riet (AnlB 124). Mit E-Mail vom 29.06.2012 wies Herr S darauf hin, dass nach dem Vertrag „C und T2 als wichtigstes Element unseres Werbeauftritts“ nicht nur die Überarbeitung der Logofamilie und die Erarbeitung eines Slogans, sondern auch die Gestaltung der Hauptseiten des Webauftritts übernehmen müssten (KE 20, AnlB 125). Aus diesem Grund wurde ein direkter Kontakt zu „C und T2“ erbeten. 14

Parallel dazu hatte der Beklagte zu 2) am 25.06.2012 mit „C und T2“ Kontakt aufgenommen und diesen die Marktforschungsunterlagen übermittelt (GA 248). Nach einem sog. „Briefing-Gespräch“ zwischen dem Beklagten zu 2) und „C und T2“ beauftragte er diese, die Grundidee für den neuen Werbeauftritt von T, d.h. auch einen Claim und Gestaltungselemente für den Webauftritt, auf Basis des Markenversprechens zu entwickeln 15

(GA 249). Am 02.07.2012 informierte der Beklagte zu 2) Herrn S, er habe ein sehr ausführliches Briefinggespräch mit „C und T2“ geführt und veranlasst, dass auf Basis des Markenversprechens „noch einmal eine völlig eigene C & T2 Grundidee“ für den Werbeauftritt entwickelt werde, „die nicht von anderen Kreativen beeinflusst ist“ (Anl. KE 59, GA 254).

Am 11.07.2012 übermittelte der Beklagte zu 2) die Ideen von „C und T2“ für T (u.a. die Vorschläge für einen Claim: „Das flockt“, „Das Gespür für Schnee“, „Die Trexperten für Schnee“, „Jede Flocke wert“, „Die Schneekönige“, „eine weiße Entscheidung“, „Xtra gute Skiferien“) (KE 10, AnlB 78 – 111). In einer Antwortmail vom 16.07.2012 bewertete Herr S die Ideen grundsätzlich positiv, hinterfragte aber kritisch, inwieweit „C und T2“ informiert worden seien. Denn da ein international einsetzbarer Claim gesucht werde, würden deutsche Wortspiele („weiße – weise“) nicht funktionieren. Zudem sei das große „X“ in „Xtra“ das Markenzeichen eines der größten Mitbewerber (KE 10, AnlB 78). Am selben Tag forderte Herr S den Beklagten zu 2) auf, nunmehr „für gutes Geld gute Arbeit“ zu liefern (KE 34 AnlB 171). Am 18.07.2012 nahm Herr S Kontakt mit dem Geschäftsführer von J auf, welcher erläuterte, wie der Beklagte zu 2) die eigenen Fragen an die Marktforschungsunterlagen anhängen ließ (Anl. KE 31, AnlB 169). Mit E-Mail vom selben Tag wies der Beklagte zu 2) darauf hin, dass die Marktforschung die Möglichkeit geboten habe, erst einmal eigene Ideen der Beklagten zu 1) zu testen, was die Beklagte zu 1) sich ja vertraglich extra vorbehalten habe (Anl. KE 32, AnlB 170). Parallel dazu nahm Herr S direkten Kontakt mit Herrn C auf und fragte diesen, ob die im Mai präsentierten Vorschläge von „C und T2“ seien (GA 250). Als dieser verneinte, erklärte Herr S mit weiterer E-Mail vom 18.07.2012 (Anl. KE 34, AnlB 171) die fristlose Kündigung des Vertrages. Zur Begründung führt er aus, er habe am selben Tag von „C und T2“ erfahren, dass diese nicht in die früher präsentierten Arbeiten involviert gewesen seien. Dies sei ein schwerwiegender Verstoß gegen den Vertrag. Gleichzeitig forderte die Klägerin die Rückzahlung eines Betrages von 60.000 Euro netto und drohte eine Strafanzeige an. 16

Bis zu diesem Zeitpunkt hatten die Beklagten vier Raten für die Monate März bis Juni 2012, also insgesamt einen Betrag 70.000 Euro netto bzw. 83.000 Euro brutto bezahlt (GA 27). Unter dem 30.07.2012 forderte die Beklagte zu 1) die Zahlung einer Schlussrechnung in Höhe von 15.806,45 Euro netto - 18.809,67 Euro brutto – und rechnete hierbei einen Abzug von drei Tagen als Kündigungserstattung ein (Anl. K 16, AnlB 32-34). Unter dem 16.08.2012 wies die Klägerin die Ansprüche zurück, forderte Rückzahlung des bisher geleisteten Betrages von 70.000 Euro netto und erklärte die Anfechtung des Vertrages vom 28.02.2012 wegen arglistiger Täuschung (Anl. K 17, AnlB. 35 – 42). 17

Die Klägerin hat behauptet, sie sei von dem Beklagten zu 2) arglistig getäuscht worden. Die präsentierten Arbeiten seien wahrheitswidrig als Entwürfe von „C und T2“ präsentiert worden. Die Klägerin meint, dass ihr deshalb gegen beide Beklagten ein Rückzahlungsanspruch der gesamten geleisteten Zahlungen zustehe. 18

Die Klägerin hat beantragt, 19

1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an die Klägerin 83.300 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.08.2012 zu zahlen; 20

2. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 1.680,10 € zu zahlen; 21

3. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, Gutschriften für die an die Klägerin gerichteten Rechnungen vom 29.02.2012 mit der Rechnungsnummer 2012-1002, für die Rechnung vom 27.03.2012 mit der Rechnungsnummer 2012-1003, für die Rechnung vom 27.04.2012 mit der 22

Rechnungsnummer 2012-1004 sowie für die Rechnung vom 27.05.2012 mit der Rechnungsnummer 2012-1005 in entsprechender Höhe zu erteilen;

4. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, die gesamten Ergebnisse der auf Rechnung der Klägerin bei dem Marktforschungsunternehmen J AG, O 3, E beauftragten und durchgeführten Marktforschungen und -befragungen an die Klägerin herauszugeben; 23

5. festzustellen, dass die Beklagte zu 1) verpflichtet ist, der Klägerin die Schäden und Mehrkosten zu erstatten, die ihr durch die Einschaltung anderer Werbeagenturen für die Erbringung von Leistungen im mit Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) vom 28.02.2012 beschriebenen Umfang entstanden sind und entstehen werden und in der Summe einen Betrag i.H.v. 105.000 € (netto) übersteigen. 24

Die Beklagten haben beantragt, 25

die Klage abzuweisen. 26

Widerklagend hat die Beklagte zu 1) beantragt, 27

für den Fall, dass der Klageantrag zu 1) abgewiesen wird, die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte zu 1) 20.825 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 30.08.2012 zu zahlen. 28

Die Beklagten haben behauptet, der Geschäftsführer der Klägerin, Herr S sei darüber informiert gewesen, dass die präsentierten Entwürfe vom Beklagten zu 2) ohne Mitwirkung von „C und T2“ erstellt worden seien. Sie meinen, dieses Vorgehen sei auch vertragsgemäß gewesen, weil vor der Präsentation der Ergebnisse der Marktforschung eine Beauftragung von „C und T2“ nicht geschuldet gewesen sei. Da Herr S von dem Entwurf der Beklagten („get more!“) überzeugt gewesen und dieser Entwurf in der Marktforschung positiv bewertet worden sei, habe es keine Veranlassung gegeben, Alternativentwürfe einzuholen. Insgesamt schiebe die Klägerin die behauptete Fehlinformation durch die Beklagten nur vor. In Wirklichkeit habe der zuständige Geschäftsführer mit dem streitgegenständlichen Vertrag eine Leistung eingekauft – Überarbeitung des gesamten Werbeauftritts -, die den übrigen Mitgliedern des Lenkungskreises nicht genehm gewesen sei, weil dieser nur einen neuen Internetauftritt hätten haben wollen. Daher habe die Klägerin versucht, sich unter einem Vorwand von dem Vertrag zu lösen. 29

Die Klägerin hat beantragt, 30

die Widerklage abzuweisen. 31

Das Landgericht hat die Klage im Wesentlichen abgewiesen und nur den Anspruch auf Herausgabe der Marktforschungsunterlagen an die Klägerin als Auftraggeberin bejaht (Antrag zu 4)). Im Übrigen hat es darauf abgestellt, dass sich der von der Klägerin geltend gemachte Betrug bzw. die arglistige Täuschung nicht aus den vorgetragenen Indiztatsachen habe herleiten lassen. Für einen werkvertraglichen Mängelgewährleistungsanspruch fehle es schon an einem Mangel, außerdem habe es jedenfalls an einer Fristsetzung gem. § 281 BGB gefehlt. Die Hilfswiderklage hat das Landgericht mit der Begründung abgewiesen, dass die Leistungen für den fraglichen Leistungsmonat von der Klägerin nicht abgenommen worden und deswegen nicht fällig seien. 32

Gegen diese Entscheidung haben die Klägerin und die Beklagte zu 1) Berufung eingelegt. 33

34

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Teil ihrer erstinstanzlichen Anträge weiter. Sie stellt dabei erneut die Indizien dar, die aus ihrer Sicht dafür sprechen, dass die Beklagten bereits bei Beauftragung die Absicht gehabt hätten, die Agentur „C und T2“ gar nicht einzubeziehen. Hilfsweise stützt sie die Klägerin die Kündigung auf § 314 BGB (GA 454) bzw. will sie als ordentliche Kündigung verstanden wissen (GA 455).	
Nachdem sie zunächst die erstinstanzlichen Anträge zu 1) – 3) und 5) gestellt hat (GA 434, 435, 544, 615), hat sie mit Schriftsatz vom 13.04.2016 die Berufung hinsichtlich der Anträge zu 3) und 5) zurückgenommen (GA 623).	35
Sie beantragt zuletzt, das erstinstanzliche Urteil abzuändern und zusätzlich	36
1. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an die Klägerin 83.300 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.08.2012 zu zahlen;	37
2. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 1.680,10 € zu zahlen;	38
Die Beklagten beantragen,	39
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	40
Die Beklagten machen geltend, dass die Klägerin Leistungen eines Webdesigner erwartet habe, obwohl nach dem Vertrag Leistungen einer klassischen Werbeagentur – strategische Grundlagenentwicklung und Entwicklung neuer Gestaltungsvorschläge für alle Medien - geschuldet gewesen seien (GA 471). Diese seien mangelfrei erbracht worden. Die Beklagten hätten die Klägerin auch nicht über den Umfang der Beteiligung von „C und T2“ getäuscht, sondern zutreffend erklärt, diese einbeziehen zu wollen (GA 472). Die Beklagten seien bei Vertragskündigung noch zur Leistung bereit gewesen und habe diese gerade nicht verweigert, weshalb eine Fristsetzung nicht entbehrlich gewesen sei (GA 482f.).	41
Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte zu 1) ihren erstinstanzlichen Widerklageanspruch weiter.	42
Sie beantragt, unter teilweise Abänderung des erstinstanzlichen Urteils (GA 430, 544, 615)	43
die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte zu 1) 20.825 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 30.08.2012 zu zahlen,	44
wobei sich aus der Antragsbegründung ergibt, dass der Antrag auch zweitinstanzlich nur für den Fall der Klageabweisung des Klageantrags zu 1) gestellt werden soll (vgl. unten II. 4).	45
Die Klägerin beantragt,	46
die Berufung der Beklagten zu 1) zurückzuweisen.	47
Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 11.06.2015 (GA 536) darauf hingewiesen, dass die Klägerin nach vorläufiger Einschätzung zur Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund berechtigt gewesen sei und der Beklagten zu 1) aufgegeben, die bisher erbrachten Leistungen abzurechnen. Daraufhin hat die Beklagte zu 1) mit Schriftsatz vom 10.09.2015 eine Abrechnung erstellt (GA 546ff.), welche bei Annahme einer Kündigung aus wichtigem Grund mit einer Summe von netto 66.668,56 Euro abschließt (GA 559) und für die Leistungsphase 1) ein Entgelt von 15.000 Euro netto vorsieht. Der Senat hat in der Sitzung vom 11.06.2015 den Geschäftsführer der Klägerin und den Beklagten zu 2) zum Inhalt der	48

Präsentationen der Beklagten bei der Klägerin als Partei vernommen bzw. angehört.

Mit Schriftsatz vom 23.03.2016 haben die Beklagten beantragt, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, weil neue E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Beklagten zu 2) und Herrn S aufgetaucht sei (GA 617). Trotz sorgfältiger und intensiver Bearbeitung sei diese Korrespondenz bisher übersehen worden. 49

II. 50

Die zulässige Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg. Auf die zulässige Berufung der Beklagten brauchte keine Entscheidung zu ergehen, da die Bedingung für die Hilfswiderklage nicht eingetreten ist. 51

1. 52

Der Klägerin steht gegen die Beklagte zu 1) ein Anspruch auf Rückzahlung von geleisteten Beträgen in Höhe von 65.450 Euro (brutto) zu. 53

Denn sie hat den als Werkvertrag einzuordnenden Vertrag wirksam aus wichtigem Grund gekündigt. Sie muss daher nur die von der Beklagten zu 1) erbrachten Leistungen, welche einen Wert von 15.000 Euro netto - 17.850 Euro brutto - haben, bezahlen. Im Übrigen kann sie den Restbetrag der geleisteten Zahlungen von 83.300 Euro zurückverlangen. Im Einzelnen: 54

a) 55

Auf das vertragliche Verhältnis zwischen den Parteien ist Werkvertragsrecht anzuwenden. 56

Bei Auslegung des Vertragstextes im Lichte der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen schuldete die Beklagte zu 1) bestimmte näher spezifizierte Leistungen gegen ein Pauschalhonorar in Höhe von 105.000 Euro netto. Der Umstand, dass sich die Leistungsphase über 6 Monate hinstrecken sollte und korrespondierend hierzu der Werklohn in monatlichen Raten zu zahlen war, qualifiziert den Vertrag nicht zu einem Dienstvertrag. Denn anders als bei einem Dauerschuldverhältnis, bei dem typischerweise neue Erfüllungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen (vgl. MüKoBGB/Busche BGB § 649 Rn. 31-34, beck-online), war vorliegend eine von Anfang an definierte, wenn auch zeitlich gestreckte Erfüllungshandlung geschuldet. Der Leistungsumfang war zwischen den Parteien klar umrissen und lediglich die Umsetzung erforderte der Natur der Leistung entsprechend eine fortwährende Absprache und Rückkopplung zwischen den Parteien. Zu keiner anderen Bewertung führt der Umstand, dass die Regelung zur Kündigungsfrist Anleihen beim Dienstvertragsrecht genommen hat, weil danach das Honorar „auch für den Zeitraum der Kündigungsfrist“ zu zahlen sein sollte. Denn diese Vorschrift sollte die Modalitäten der Zahlungspflicht bei einer freien Kündigung regeln und setzte einen Gleichlauf von monatlichen Zahlungsbeträgen und dem avisierten Leistungszeitraum von 6 Monaten voraus. Im Übrigen spricht auch die Regelung für den Fall einer verfrühten Fertigstellung der Arbeiten dafür, dass der Vertrag als Werkvertrag einzuordnen ist. Denn für diesen Fall war trotz einer kürzeren Leistungsdauer eine vollständige Zahlungspflicht des Auftraggebers vorgesehen. 57

b) 58

Die Klägerin hat den Vertrag am 18.07.2012 aus wichtigem Grund wirksam gekündigt. 59

Ein Werkvertrag kann durch den Besteller aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn eine schuldhaft schwere Gefährdung des Vertragszwecks durch den Unternehmer vorliegt (BGH, Urteil vom 26. November 1959 – VII ZR 120/58 –, BGHZ 31, 224 – juris; BGH, Urteil vom 04. Mai 2000 – VII ZR 53/99 –, BGHZ 144, 242-245, Rn. 29). Der Unternehmer muss sich schuldhaft so verhalten haben, dass der Besteller hinsichtlich der weiteren Zusammenarbeit kein Vertrauen mehr zu ihm haben kann (BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 – VII ZR 140/95 –, juris). Entscheidend ist nicht der subjektive Vertrauensverlust des Bestellers, es kommt vielmehr darauf an, ob ihm eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bei Abwägung der beiderseitigen Interessen noch zugemutet werden kann. Die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes trägt der Besteller (Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014) BGB § 649 Rn. 57).

Für die Klägerin war das Festhalten am Vertrag zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr zumutbar, weil der Beklagte zu 2) ihr jedenfalls suggeriert hat, dass der am 22.05. und 16.06.2012 vorgestellte Kreativentwurf („get more!“) unter Mitarbeit der Agentur „C und T2“ erstellt worden sei, obwohl dies nicht der Fall war. Nach dem Vertrag schuldete die Beklagte zu 1) die Einbeziehung von „C und T2“ in die Vertragsdurchführung. Unter „Sonstiges“ hatten sich die Beklagten zu 1) ausdrücklich verpflichtet, die Grundidee für den Werbeauftritt von T von diesem Team entwickeln zu lassen. Andere Designer sollten lediglich zusätzliche Ideen einbringen können, um ggf. Zugriff auf die Arbeitsergebnisse auch anderer Kreativ-Teams zu erhalten (E-Mail v. 27.02.2012 Anl. K 7). Diese Alternativteams sollten die Arbeit von „C und T2“ nur ergänzen, aber nicht ersetzen können. 61

aa) 62

Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte zu 2) den an den Präsentationen beteiligten Personen jedenfalls suggeriert hat, der vorgestellte Entwurf stamme von „C und T2“. Der Beklagte zu 2) hat dies in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat am 11.06.2015 allerdings anders geschildert. Nach seiner Schilderung (GA 544) hat er Herrn S am 22.05.2012 auf konkrete Nachfrage gegenüber erklärt, dass er persönlich die Idee für den Claim „get more!“ gehabt habe. Er habe hinzugefügt, dass „wir“ – damit seien die Mitarbeiter der Beklagten zu 1) gemeint gewesen – auf dieser Grundlage die Umsetzung erarbeitet hätten. 63

Diese Schilderung widerspricht aber nicht nur der Darstellung des Geschäftsführers der Klägerin, Herrn S, der eine konkrete Nachfrage verneint und geschildert hat, dass bei beiden Terminen die Erwartungshaltung dahin gegangen sei, dass „C und T2“ an der Erstellung der Entwürfe mitgewirkt hätte (GA 542R - 543R). Die Angaben des Beklagten zu 2) lassen sich vor allem nicht mit den objektiven Anknüpfungspunkten, die dem Senat vorliegen, in Einklang bringen. 64

Ausgangspunkt ist insoweit die vertragliche Regelung. Danach war nicht etwa vereinbart, dass die Beklagten an Stelle von „C und T2“ Ideen einbringen durften, sondern es blieb der Beklagten vorbehalten „auch andere Designer zusätzlich“ mit der Ideenentwicklung zu beauftragen. Hiervon ausgehend durften die Verantwortlichen der Klägerin zunächst die Erwartung haben, dass ihr präsentierte Arbeiten auf Ideen von „C und T2“ zurückgehen würden. Dass der Beklagte zu 2) insoweit der Klägerin als Auftraggeberin sein Vorgehen nicht vollständig offenlegte, ergibt sich aus seinen Verhandlungen mit dem Marktforschungsunternehmen J. Denn obschon der Fragebogen für die Marktforschung im Detail direkt zwischen Herrn S und J abgestimmt wurde, veranlasste der Beklagte zu 2) nach Abschluss dieser Arbeiten ohne Kenntnis der Klägerin, dass weitere Fragen an den Fragebogen angehängt wurden. Der Klägerin gegenüber deckte er dieses Vorgehen vor dem 65

22.05.2012 nur teilweise auf – die Vorabentwicklung der Strategie wurde bekannt gegeben, nicht aber ihre Einbindung in die Marktforschung -, was auf den Versuch einer Überrumpelung schließen lässt. Korrespondierend hierzu setzte der Beklagte zu 2) auch die Agentur „C und T2“ nur teilweise richtig ins Bild, als er dieser gegenüber am 26.04.2012 behauptete, die Marktforschungsergebnisse kämen erst in der nächsten Woche (Anl. KE 58, GA 247), obwohl er diese tatsächlich schon am 19.04.2012 in Kopie erhalten hatte (Anl. KE 48 GA 177). Auch dieses Vorgehen deutet auf den Versuch hin, durch die Weitergabe von teilweise unrichtigen Informationen die Beteiligung von „C und T2“ hinauszuzögern. Ferner deutet die E-Mail des Beklagten zu 2) an den Geschäftsführer Herrn S vom 2.7.2012 darauf hin, dass der Beklagte zu 2) versucht hat, die bis dahin fehlende Beteiligung von „C und T2“ an den Entwürfen zu verschleiern. Die Ankündigung, „C und T2“ würden „noch einmal eine völlig eigene C & T2 Grundidee“ entwickeln, „die nicht von anderen Kreativen beeinflusst ist“, suggeriert nämlich, dass die bisherigen Entwürfe von „C und T2“ gewesen seien, nur eben „beeinflusst“ durch andere Kreative. (Anl. KE 21, AnlB 128).

Besondere Bedeutung kommt schließlich der E-Mail von Herrn C an den Beklagten zu 2) vom 18.07.2012, 10:42 Uhr, zu. Denn in dieser Mail bestätigte Herr C gegenüber dem Beklagten zu 2), dass Herr S nachgefragt habe, ob „C und T2“ für „die im Mai präsentierten Dinge...verantwortlich seien“, und gibt zutreffend an, dass dies „defacto“ nicht der Fall gewesen sei (GA 250). Nur wenige Stunden später kündigte Herr S gegenüber dem Beklagten zu 2) den Vertrag mit der Begründung, dass er „heute“ erfahren habe, dass „C und T2“ nicht in die präsentierten Arbeiten involviert gewesen sei. Diese zeitliche Nähe und die inhaltliche Übereinstimmung zwischen der unstreitigen Nachfrage bei „C und T2“ und der darauf gestützten Kündigung führen beim Senat zur Überzeugung, dass die Schilderung des Beklagten zu 2) nicht zutrifft. Dabei hat der Senat gesehen, dass das Kündigungsschreiben noch von einer ausdrücklichen Falschinformation ausgeht („versuchter Betrug“), wohingegen Herr S vor dem Senat angegeben hat, nicht mehr genau zu wissen, ob in der Besprechung der Name „C und T2“ gefallen sei. Angesichts des Zeitablaufs von rund 3 Jahren ist eine solche Detailabweichung gut erklärbar. Der Senat hat auch geprüft, ob es ausreichende Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Nachfrage und das Kündigungsschreiben vorgeschoben gewesen sind, um der Klägerin bzw. Herrn S die Lösung von einer unliebsam gewordenen vertraglichen Verpflichtung zu ermöglichen. Solche Anhaltspunkte sieht der Senat indes nicht. Vielmehr forderte Herr S den Beklagten zu 2) noch wenige Tage vorher zu einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung auf, was gegen die Absicht spricht, sich vom Vertrag zu lösen. Im Übrigen spricht, ohne dass es hierauf noch ankäme, für die klägerische Darstellung auch die Reaktion des Beklagten zu 2) auf die Kündigung. Denn der Beklagte zu 2) hat die fristlose Kündigung nicht etwa mit der Behauptung zurückgewiesen, dass der Kündigungsgrund nicht vorliege, weil die Klägerin vollständig informiert gewesen sei, sondern er hat lediglich mit Schreiben vom 30.07.2012 auf Basis einer angenommenen freien Kündigung die begehrte Restvergütung abgerechnet (Anl. KE 1, AnlB 43-45).

Die von den Beklagten herangeführten gegenläufigen Indizien führen nicht zu einem anderen Schluss. Dies gilt namentlich mit Blick auf den Einwand der Beklagten, dass sich der Vertrag noch in Phase 1) befunden habe, aber in diesem Stadium eine Einbeziehung von „C und T2“ noch gar nicht geschuldet gewesen sei (vgl. u.a. Anl. BE 3 GA 562, GA 553, 181ff.). Das ist zwar grundsätzlich richtig. Tatsächlich hatte der Beklagte zu 2) aber bereits eine Kreativ-Idee und damit ein Element aus Phase 2) entwickelt und vorgestellt. Für die Kreativ-Idee war aber nach dem Vertrag „C und T2“ zuständig. Deshalb durfte und musste die Klägerin glauben, dass die vorgestellten Ideen von „C und T2“ seien. Das gilt umso mehr, als der Beklagte zu 2) die Entwicklung der Kreativ-Idee als „Mein Risiko“ (Anl. KE 44, GA 171) angekündigt hatte. Gerade wegen der Erklärung des Beklagten zu 2), er handle auf eigenes Risiko, durfte Herr S

den Beklagten zu 2) so verstehen, dass dieser schon vor Beginn der eigentlichen Phase 2) investiert und „C und T2“ beauftragt hatte. Nichts anderes gilt für die Verwendung des Wortes „wir“ in der E-Mail vom 22.03.2012 (Anl. BE 4, GA 563). In dieser Nachricht schildert der Beklagte zu 2) zunächst, dass er zusammen mit einer Mitarbeiterin sich einen Überblick über die Werbemittel verschafft habe, um im nächsten Absatz davon zu schreiben, dass „wir“ eine Kreativstrategie entwickelt hätten. Aus dieser Wortwahl musste aber die Klägerin nicht ableiten, dass die später vorgestellte Kreativstrategie von dem Beklagten zu 2) und seiner Artdirektorin ohne Einbeziehung von „C und T2“ entwickelt worden sei. Denn nach der vertraglichen Vereinbarung und dem Inhalt der Vorgespräche – bei denen das Wort „wir“ auch schon für den Beklagten zu 2) und die Herren C und T2 verwandt worden war (Anl. K3) - durfte Herr S erwarten, dass „C und T2“ in das „wir“ einbezogen seien. Der zeitliche und inhaltliche Zusammenhang zwischen der Sichtung der Werbemittel (an der „C und T2“ unstreitig nicht beteiligt war) und der Entwicklung der Kreativ-Strategie ist in dieser Nachricht nicht so eng, als dass Herr S aus der Nichtbeteiligung von „C und T2“ an der Sichtung der Werbemittel den Schluss ziehen musste, dass „C und T2“ auch nicht an der Kreativstrategie beteiligt war. Nichts anderes gilt für die Formulierung von Herrn S, er hoffe, man sei „nun mit C und T2 auf einem guten Weg“ (Anlage KE 43, GA 163). Dieser Formulierung lässt sich nicht notwendig entnehmen, dass der Absender wusste, dass „C und T2“ bis dahin nicht beteiligt gewesen waren. Denn die Wortwahl kann auch bedeuten, man hoffe, „nun auf einem guten Weg“, zu sein, weil man darauf setze, dass „C und T2“ nach dem bisher kritisierten Entwurf nun gute Entwürfe machen würde.

Den von den Beklagten verfolgten weiteren Beweisanträgen (vgl. insbesondere GA 546ff, 608ff.) war nicht nachzugehen. Denn die dort unter Beweis gestellten Tatsachen sind unerheblich oder durch die Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin und des Beklagten zu 2) bereits erledigt. Die beantragte eidliche Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin (GA 626) war ebenso wenig vorzunehmen wie die förmliche Parteivernehmung des Beklagten zu 2) (GA 543R). Der Senat hat die Angaben der angehörten Personen unabhängig von ihrer förmlichen Rolle im Verfahren geprüft und gewürdigt und hat danach keine weitere Veranlassung zu einem Vorgehen gem. §§ 447ff. ZPO.

68

Schließlich bestand auch kein Anlass, auf den Antrag der Beklagten vom 23.03.2016 (GA 617) hin die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Mit Blick auf die als Anlage BE 8 (GA 620) eingereichte E-Mail gilt dies schon deshalb, weil diese bereits erstinstanzlich von den Beklagten als Anlage KE10 (AnlB 78) vorgelegt worden war. Im Hinblick auf die neu eingereichte Anlage BE 9 (GA 621) ist dies deshalb nicht erforderlich, weil aus der dort enthaltenen Aussage, „Mit B&S haben Sie nun den ersten...Anlauf genommen, überhaupt ein adäquates Ergebnis zu erzielen – allerdings basierend auf einem scheinbar schlechten Briefing, wodurch die Kreativität von C&T2 leider zu 50% in die falsche Richtung ging“, nicht der von der Beklagten beigemessene Sinn zu entnehmen ist. Denn die Nachricht muss nicht dahingehend verstanden werden, dass Herr S wusste, dass „C und T2“ bis dahin nicht involviert gewesen sei. Dem Schreiben kann genauso der Inhalt entnommen werden, dass die nun vorgestellten Ergebnisse der erste Anlauf für ein adäquates Ergebnis gewesen sei. Auf die Frage, ob die Voraussetzungen einer Wiedereröffnung gem. § 156 ZPO vorlagen oder ob das Vorbringen gem. § 296a ZPO unberücksichtigt zu bleiben hat, kam es danach nicht mehr an.

69

bb)

70

Angesichts des vorstehend aufgezeigten Vorgehens des Beklagten zu 2) war es für die Klägerin unzumutbar, an dem Vertrag festzuhalten.

71

Denn die Klägerin hatte sowohl während der Vertragsverhandlungen als auch im Vertrag selbst deutlich gemacht, welche Bedeutung sie der Beteiligung der Agentur „C und T2“ beimaß. Dementsprechend geht aus der unmittelbar nach Bekanntwerden der Umstände ausgesprochenen fristlosen Kündigung hervor, dass die Klägerin die Nichteinbeziehung von „C und T2“ als schwerwiegenden Verstoß gegen die vertraglichen Vereinbarungen ansah (Anl KE 34, AnlB 171).

72

Diese Wertung hält auch einem objektiven Maßstab stand. Anders als bei üblichen Werkverträgen, in denen der Person des Ausführenden nicht notwendig eine zentrale Rolle zukommt, weil die Qualität eines Werkes anhand objektiver Kriterien gemessen werden kann, war bei der geschuldeten Kreatividee auch nach objektiven Maßstäben der Person des Ausführenden eine besondere Bedeutung beizumessen. Denn ob ein Werbeauftritt beim Zielpublikum erfolgreich ist oder nicht, stellt sich mit Sicherheit erst im Nachhinein heraus. Der Auftraggeber selbst kann nicht sicher einschätzen, welche Qualität bzw. welchen Erfolg ein ihm vorgestellter Entwurf hat. Daher ist es nachvollziehbar und legitim, wenn der Auftraggeber bei der Beauftragung maßgeblich auf die Erfahrung und die früheren Erfolge eines Kreativteams abstellt. Vor diesem Hintergrund hatte die Klägerin auf die Einbindung von „C und T2“ großen Wert gelegt. In dieser berechtigten Erwartungshaltung war die Klägerin enttäuscht worden. Wie aufgezeigt, durfte sie davon ausgehen, dass die bisher gezeigten Entwürfe von „C und T2“ stammen würden. Dass dies nicht der Fall war, sondern im Gegenteil der Beklagte zu 2) bei der Vorstellung seiner eigenen Idee suggeriert hatte, diese stammten von „C und T2“ stellte einen Vertrauensbruch dar, der das weitere Festhalten am Vertrag unzumutbar machte.

73

In der Gesamtschau versteht der Senat das Vorgehen der Beklagten nämlich als den Versuch, die Klägerin als unerfahrenen Kunden auf eine durch den Beklagten zu 2) und seine Mitarbeiter – vertragswidrig verführt – entwickelte Grundidee festzulegen, um die von der Klägerin zentral gewünschte Leistung von „C und T2“ entbehrlich zu machen. Denn die Beklagten hatten nicht nur die eigene Kreatividee so vorgestellt, dass diese als Idee von „C und T2“ verstanden wurde, sondern sie hatten die Klägerin auch sonst vor nahezu vollendete Tatsachen gestellt. Denn sie hatten ohne Kenntnis der Klägerin die eigene Idee – aber keine Alternatividee - vom Marktforschungsunternehmen im Markt testen lassen und ihr damit den Anstrich eines qualitätsgeprüften Ergebnisses verliehen. Dies entsprach in keiner Weise der von dem Beklagten zu 2) angekündigten Vorgehensweise, wonach neben „C und T2“ zwei weitere Designer „in Form eines internen Wettbewerbs“ (Anl. K 7, AnlB 15) an dem Thema arbeiten würden. Darüber hinaus hatten die Beklagten die Grundidee schon auf alle Werbemittel umgesetzt, obwohl – was auch der Beklagte zu 2) wusste – der Führungskreis der Klägerin den Vorschlag noch nicht kannte und diesem noch nicht zugestimmt hatte. Soweit die Beklagten insoweit einwenden, der Geschäftsführer der Klägerin, Herr S, hätte sie nach der Vorab-Präsentation am 22.05.2012 beauftragt, aufgrund seiner positiven Einschätzung die Arbeiten bis zur Präsentation vor dem Führungszirkel voranzutreiben, führt dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn die Präsentation vor dem Führungskreis der Klägerin diene dem Ziel, die Grundidee vom verantwortlichen Gremium der Klägerin abnehmen zu lassen. Diesen Gedanken verfolgen die Beklagten auch selbst, wenn sie meinen, bis zu diesem Zeitpunkt sei noch überhaupt keine Einbeziehung von „C und T2“ geschuldet gewesen. Daher waren weitere Arbeiten nur als Vorbereitung für die Vorstellung der Grundidee, aber nicht als Arbeiten im Rahmen der Phase 2) zu verstehen.

74

cc)

75

76

Ein Festhalten an dem Vertrag war der Klägerin auch nicht deshalb zuzumuten, weil die Beklagten im Juli 2012 vor der Kündigung bereits die Agentur „C und T2“ beauftragt hatten.

Allerdings besteht regelmäßig dann kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund wenn zu erwarten ist, dass der Auftragnehmer sich in Zukunft vertragstreu verhalten wird (BGH, Urteil vom 17. September 1998 – IX ZR 291/97 –, Rn. 23, juris). Mit der Beauftragung von „C und T2“ hatten die Beklagten ihre Bereitschaft erklärt, den Vertrag nunmehr zu erfüllen und die Klägerin hatte die Beklagten noch wenige Tage vor der Kündigung zur baldigen Vertragserfüllung aufgefordert. Darauf brauchte sich aber die Klägerin ausnahmsweise nicht mehr einzulassen und auch eine Abmahnung/ Fristsetzung war unter den besonderen Fällen des Falles nicht erforderlich. Zum einen wog der durch die überrumpelnde Vorgehensweise entstandene Vertrauensbruch so schwer, dass die Klägerin kein Vertrauen in eine zukünftig ordnungsgemäße Vertragsabwicklung mehr zu haben brauchte. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Vertrag eine regelmäßige Rückkopplung und Zusammenarbeit der Vertragsparteien erforderte, die ein weiterhin bestehendes Vertrauensverhältnis in gesteigertem Maße voraussetzen. Zum anderen war angesichts des Zeitablaufs eine weitere Zusammenarbeit nicht zuzumuten. Denn zum Kündigungszeitpunkt waren mit rund 4,5 Monaten mehr als zwei Drittel des für die gesamte Vertragsabwicklung vorgesehenen Zeitraumes verstrichen. Mit vier von sechs Monatsraten war bereits zwei Drittel des Vertragsentgelts bezahlt. Die fünfte Rate wurde von den Beklagten vehement eingefordert. Gleichzeitig befand sich aber die vertragliche Abwicklung noch in Phase 1) – Erarbeitung einer Kreativ-Strategie für die Marke T – welche in der Kalkulation mit rund einer Monatsrate angesetzt war. Als die Klägerin in dieser Situation erfuhr, dass die bisher präsentierten ausgearbeiteten Entwürfe nicht vom vertraglich zugesicherten Team stammten und gleichzeitig feststellen musste, dass die von „C und T2“ danach erstellten Entwurfsskizzen auf einem unzureichenden Kenntnisstand fußten, weil Wortspiele in deutscher Sprache nicht international eingesetzt werden können bzw. das Markenzeichen eines maßgeblichen Wettbewerbers eingesetzt wurde, brauchte sie sich nicht auf einen weiteren Versuch der Beklagten, eine vertragsgemäße Leistung zu erbringen, einzulassen. Das galt erst Recht vor dem Hintergrund, dass der Leistungszeitraum von 6 Monaten nicht willkürlich gewählt worden war, sondern mit Blick auf das Wintergeschäft der wichtigsten Submarke T eine baldige Fertigstellung der Arbeiten wirtschaftlich drängte.

c) 78

Als Folge der Kündigung aus wichtigem Grund hat die Beklagte zu 1) überzahlte Beträge in Höhe von 65.450 Euro (brutto) zurückzuerstatten. 79

Nach einer Kündigung aus wichtigem Grund verliert der Unternehmer seinen Anspruch auf Werklohn. Über schon erbrachte und der Klägerin verbleibende Teilleistungen ist nach den Maßstäben des Vertrages abzurechnen. Der Anspruch auf Vergütung für den noch ausstehenden Teil der Leistung entfällt (BGH, Urteil vom 26. November 1959 – VII ZR 120/58 –, BGHZ 31, 224 – juris). Überzahlte Beträge sind zurückzuerstatten (Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014) BGB § 649, Rn. 27, 56; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 – VII ZR 399/97 –, BGHZ 140, 365-379, Rn. 24). 80

Erbracht hat die Beklagte zu 1) die Arbeiten der Phase 1), namentlich die Ausarbeitung eines Marktforschungsansatzes, ein Startmeeting, die Erarbeitung des Unternehmensleitbildes und die Erarbeitung eines Markenversprechens für die Marke U und die Spezialmarke T. Für die Arbeiten hat die Beklagte ein Pauschalhonorar von 15.000 Euro (netto) angesetzt (Schriftsatz vom 10.09.2015, GA 556), welches die Klägerin unstreitig gestellt hat (Schriftsatz vom 13.04.2016, GA 623). 81

Über diesen Betrag hinaus stehen der Beklagten zu 1) keine Ansprüche aus dem Vertrag zu. Soweit sie geltend macht, tatsächlich alle vertraglich geschuldeten Arbeiten erbracht zu haben oder jedenfalls solche Arbeiten abrechnen zu können, die in die Phasen 2) und 3) fallen (vgl. GA 556ff.), dringt sie damit nicht durch. Denn nach dem Vertrag sollte die Grundidee für den Werbeauftritt der Unter Marke T von „C und T2“ entwickelt werden. Eine solche Grundidee, die vom maßgeblichen Führungskreis der Klägerin als vertragsgemäß angenommen worden wäre, hat es bis zur Kündigung nicht gegeben. Die im Vertrag vorgesehenen Arbeiten der Phase 2) und 3) sollten auf der Grundidee aufbauen. Das gilt auch, soweit diese für andere Untermarken der Klägerin erstellt werden sollten. Denn die Marke T hatte für die Klägerin die größte wirtschaftliche Bedeutung und die Markenfamilie sollte unstreitig im Werbeauftritt als Ganzes entwickelt werden.	82
d)	83
Der mit der Berufung verfolgte weitergehende Anspruch auf vollständige Rückzahlung des geleisteten Vertragsentgelts ist nicht begründet.	84
Insoweit stützt sich die Klägerin ohne Erfolg auf die von ihr erklärte Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung. Die Voraussetzungen von § 123 BGB hat die Klägerin aber nicht bewiesen. Insbesondere ist nicht erwiesen, dass der Beklagte zu 2) schon bei Vertragsabschluss beabsichtigt hätte, den Vertrag nicht zu erfüllen, und insbesondere die Agentur „C und T2“ nicht in die vertragliche Abwicklung einzubeziehen. Dagegen spricht schon, dass der Beklagte zu 2) die Agentur „C und T2“ kurz vor Vertragsschluss (E-Mails vom 24.2./25.2.2012, GA 244f.), nach Vertragsunterzeichnung (E-Mail vom 5.3.2012, KE 12, AnlB 112) und während der laufenden Marktforschungsstudie (Mail vom 26.04.2012, GA 247) – jedenfalls teilweise zutreffend - unterrichtet gehalten und sie schließlich am 02.07.2012 mit der Entwicklung von Kreativ-Ideen beauftragt hat.	85
e)	86
Gegen den Beklagten zu 2) persönlich besteht kein Anspruch.	87
Die Klägerin nimmt den Beklagten zu 2) gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB unter dem Gesichtspunkt in Anspruch, dass dieser ein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch und damit erheblichen Einfluss auf den Vertragsabschluss genommen und zugleich die Voraussetzungen eines deliktischen Anspruches wegen Betruges erfüllt habe (GA 68ff.). Wie dargelegt kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte zu 2) bei Vertragsabschluss beabsichtigt hätte, die Agentur „C und T2“ vertragswidrig nicht in die Abwicklung einzubinden. Das Verhalten des Beklagten zu 2) trägt zwar die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund, es stellt aber keine ausreichende Grundlage für einen Schadensersatzanspruch gegen ihn persönlich dar.	88
2.	89
Der Klageantrag zu 2) ist nach der bis zum 31.07.2013 gültigen Gebührentabelle zu §§ 13, 14 RVG hinsichtlich einer 1,3 fachen Gebühr für einen Gegenstandswert bis 80.000 Euro und damit unter Berücksichtigung der Dokumentenpauschale in Höhe von 1.580 Euro begründet.	90
3.	91
Mit ihrer Berufung hat die Beklagte zu 1) sich nicht gegen die Verurteilung zur Herausgabe von Marktforschungsunterlagen gewehrt, wohl aber gegen die Abweisung der Widerklage.	92

Über die Widerklage war indes im Berufungsverfahren nicht zu entscheiden. Nach dem ausdrücklich gestellten Antrag hat die Beklagte zu 1) zwar die unbedingte Verurteilung der Klägerin zur Zahlung des Restwerklohns beantragt. Aus dem Kontext der Berufungsbegründung der Beklagten zu 1) ergibt sich aber, dass gegenüber der erstinstanzlich erhobenen Eventualwiderklage keine Antragsänderung erfolgen sollte. Vielmehr führte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten aus, dass das Landgericht nach seiner Auffassung „zu der für diesen Fall der Klageabweisung erhobenen Widerklage“ die Klägerin antragsgemäß hätte verurteilen müssen (GA 430). Da die Bedingung, unter der der Widerklageantrag gestellt worden ist, nämlich die Klageabweisung, in zweiter Instanz nicht eingetreten ist, war der Widerklageantrag gegenstandslos.	93
Soweit der Prozessbevollmächtigte der Beklagten ausgeführt hat, die Beklagte zu 1) begehre die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils in dem vollen Umfang ihrer Beschwer, korrespondiert dies nicht mit dem Berufungsantrag, mit dem nicht die Abweisung der Klage auch hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe der Marktforschungsunterlagen begehrt worden ist. Ausgehend vom Klageantrag geht der Senat nicht davon aus, dass die Beklagte zu 1) insoweit einen – gem. § 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO unzulässigen - Berufungsantrag gestellt hat.	94
4.	95
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 709 Nr. 10, 711 ZPO. Bei der Ermittlung der Kostenquote hat der Senat die Obsiegens- und Unterliegensanteile gegeneinander abgewogen und unter Anwendung der sog. Baumbach'schen Formel den Umstand berücksichtigt, dass die Klage im Antrag zu 1) gegen die Beklagte zu 1) teilweise und gegen den Beklagten zu 2) gänzlich ohne Erfolg geblieben ist und dass die Widerklage mangels Eintritt der Bedingung nicht Gegenstand der Entscheidung war.	96
5.	97
Die Revision war trotz des dahingehenden Antrags der Beklagten nicht zuzulassen. Denn weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Revisionsgerichts. Vielmehr war eine Tatsachenwürdigung im Einzelfall vorzunehmen.	98
<u>Streitwert:</u>	99
1. Instanz: 113.300 Euro	100
Klageantrag zu 1): 83.300 Euro	101
Klageantrag zu 2): Nebenforderung	102
Klageantrag zu 3): wirtschaftliche Identität mit Antrag zu 1)	103
Klageantrag zu 4): 10.000 Euro	104
Klageantrag zu 5): 20.000 Euro	105
Eventualwiderklageantrag: Bedingung nicht eingetreten	106
2. Instanz bis 15.04.2016: 103.300 Euro	107
	108

Klageantrag zu 1): 83.300 Euro

Klageantrag zu 5): 20.000 Euro

109

Danach: 83.300 Euro

110