
Datum: 14.11.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 71/18
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:1114.11U71.18.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 291/16

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22.03.2018 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 27 O 291/16 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.350 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2016 zu zahlen. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz trägt die Beklagte.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 5.350 EUR festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Der Kläger betreut Künstler aus den Bereichen Musik, Kabarett/Comedy und Entertainment. Die Beklagte beauftragte den Kläger gemäß Auftragsbestätigung vom 09.05.2016 mit der Erstellung eines Videoclips „VIP-Clip“ des Künstlers J. K. anlässlich eines Firmenjubiläums der Beklagten am 15.07.2016. Der Kläger beauftragte sodann den Künstler J. K. mit der Erstellung des Videos zu einem Preis von 5.350 EUR brutto.

Am 30.05.2016 telefonierte die Zeugin P-M., eine Mitarbeiterin der Beklagten, mit dem Zeugen J. K. zu diesem Video. Zudem übersandte die Beklagte dem Zeugen J. K. ein schriftliches Briefing mit Informationen über ihr Unternehmen. Der Zeuge J. K. übermittelte der Beklagten das von ihm erstellte Video (Anlage B2) am 30.06.2016. Am selben Tag rügte die Beklagte gegenüber dem Kläger, dass der Videoclip mit dem von ihr in Bezug genommenen Videoclip für Radio Köln nicht zu vergleichen sei und ihr nicht gefalle. In der Folge korrespondierten die Parteien per Email über den Videoclip. Mit Schreiben vom 19.07.2016 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zur Abnahme des Videos auf.

4

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zahlung der vereinbarten Vergütung in Höhe von 5.350 EUR einschließlich 7% Umsatzsteuer sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 250,10 EUR. Die Beklagte ist der Auffassung, der Werklohn sei mangels Abnahme nicht fällig. Sie sei auch nicht zur Abnahme verpflichtet, da der Videoclip nicht dem vertraglich als Vorlage vereinbarten Video für Radio Köln (Anlage B1) und auch nicht den in dem Telefonat vom 30.05.2016 gemachten Vorgaben entspreche. Die Beklagte hat Widerklage auf die Erstattung von Rechtsanwaltskosten im Zusammenhang mit einer Abmahnung des Klägers erhoben.

5

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen G., P-M. und J. K. Klage und Widerklage abgewiesen. Der Werklohn sei nicht fällig, da aufgrund der Beweisaufnahme feststehe, dass das Video nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspreche. Es ergebe sich aus den Vernehmungen der Zeuginnen G. und P-M., dass der Inhalt des telefonischen Briefings zwischen der Zeugin P-M. und dem Zeugen J. K. Vertragsinhalt geworden sei. Aufgrund der Aussage der Zeugin P-M. stehe fest, dass die Beklagte dem Zeugen J. K. Vorgaben dazu gemacht habe, welche Prominenten in dem VIP-Clip vorkommen (und in der Tonspur von dem Künstler parodiert werden) und in welcher Reihenfolge die ersten drei Prominenten erscheinen sollten. Die entgegenstehenden Angaben des Zeugen J. K. hätten nicht überzeugt. Den Vorgaben der Beklagten entspreche das erstellte Video nicht. Die Abweichungen von der vertraglichen Vereinbarung seien auch nicht unwesentlich.

6

Der Kläger wendet sich mit der Berufung gegen das Urteil soweit die Klage abgewiesen wurde. Die Widerklage ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Der Kläger rügt zunächst die fehlende Inaugenscheinnahme der beiden Videos durch das Landgericht. Es habe die Videos trotz Beweisangebots nicht in Augenschein genommen, insbesondere nicht in der mündlichen Verhandlung. Hätte das Gericht die Videos in Augenschein genommen, so meint der Kläger, hätte es das erstellte Video als vertragsgemäß betrachtet. Das Landgericht habe die dem Zeugen J. K. zustehende und notwendige künstlerische Freiheit außer Acht gelassen und sei daher zu falschen Schlüssen gelangt. Hilfsweise für den Fall, dass das Berufungsgericht das Video nicht als vertragsgemäß betrachte, rügt der Kläger, dass das Gericht die zeitliche Abfolge der Ereignisse nicht ausreichend beachtet und damit den Sachverhalt nur lückenhaft erfasst habe. Der Kläger verweist unter anderem auf die E-Mail vom 01.07.2016, Anlage K3, in der mitgeteilt wurde, dass der ausführende Künstler anbot, das Video zu kürzen und darum bat, Änderungswünsche mitzuteilen. Dieses Angebot habe die Beklagte verspätet mit E-Mail vom 06.07.2016, 18:07 Uhr abgelehnt und angekündigt, sich ab dem 08.07.2016 um ein Ersatzangebot zu kümmern. Der Kläger habe daraufhin

7

mitgeteilt, dass diese Frist nicht mehr umsetzbar sei. Schließlich habe das Landgericht die glaubhafte Aussage des Zeugen J. K. nicht sachgerecht gewürdigt, dass während des Briefings nicht vereinbart worden sei, dass das Radio-Köln-Video als Basis dienen solle.

Der Kläger beantragt, 8

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 22.03.2018 – 27 O 291/16, die Beklagte zu verurteilen, 5.610 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.07.2016 an die Klägerin zu zahlen. 9

Die Beklagte beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen. 11

Sie verteidigt das Urteil. Das Gericht habe die Videos im Vorfeld der mündlichen Verhandlung angesehen. Eine erneute Inaugenscheinnahme im Termin sei nicht notwendig gewesen, da die Ist-Beschaffenheit des erstellten Videos nicht im Streit stehe. Der Kläger habe aufgrund der Vorgabe der Beklagten die Reihenfolge der ersten drei Prominenten einhalten und nur lebende Prominente von der von der Beklagten dazu erstellten Liste in das Video aufnehmen dürfen. Das habe er nicht getan. Er habe im Übrigen das telefonische Nachbesserungsverlangen der Beklagten vom 30.06.2016 sowie das spezifizierte Nachbesserungsverlangen vom 05.07.2016 bereits durch die E-Mail vom 01.07.2016 abgelehnt. 12

Von der weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gem. §§ 540 Abs. 2, 313a ZPO abgesehen. 13

II. 14

Die Berufung des Klägers ist zulässig und bis auf einen Teil der Nebenforderungen begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von Werklohn in der beanspruchten Höhe, nicht jedoch auf den Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Der Zinsanspruch ist nur teilweise begründet. 15

1. 16

Nachdem der Senat die beiden streitgegenständlichen, von den Parteien zur Akte gereichten Videos in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2018 öffentlich abgespielt hat, kann offen bleiben, ob das Landgericht die Videos in der mündlichen Verhandlung hätte abspielen müssen. 17

2. 18

Entgegen der Annahme des Landgerichts steht dem Werklohnanspruch des Klägers aus § 631 BGB nicht die fehlende Fälligkeit entgegen. Der Vergütungsanspruch ist spätestens seit dem Ablauf der vertraglich vereinbarten Leistungszeit fällig. 19

Der Vergütungsanspruch ist durch Abschluss des Vertrages über die Herstellung eines VIP-Clips für das 50jährige Firmenjubiläum der Beklagten entstanden. Es handelt sich um einen Werkvertrag, denn der Gegenstand des Vertrages war ein durch Dienstleistung herbeizuführender Erfolg (§ 631 Abs. 2 BGB), nämlich der Video-Clip. Für die Erstellung des Werkes war der klageweise geltend gemachte Hauptforderungsbetrag als Netto-Vergütung zuzüglich 7% Mehrwertsteuer vereinbart. 20

Unstreitig hatte der Kläger das Werk am 30.06.2016 angeboten, die Beklagte es jedoch nicht abgenommen. Die Fälligkeit der Werklohnforderung scheitert dennoch nicht an der fehlenden Abnahme. Zwar war die Abnahme nicht nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen, § 646 BGB. Denn es handelte sich nicht um einen Liveauftritt, sondern um ein vorproduziertes Video. 21

Allerdings war ein absolutes Fixgeschäft vereinbart. Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn eine Leistung für eine bestimmte terminlich festgelegte Veranstaltung bestellt wird (Palandt/Grüneberg, 77. Auflage 2018, § 271 Rz. 17, OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.12.2000 – 22 U 104/00, NJW-RR 2002, 633). Der Video-Clip sollte und durfte nach einem Zusatz unten auf der Auftragsbestätigung nur im Rahmen der Veranstaltung am 15.07.2016 anlässlich des Firmenjubiläums der Beklagten gezeigt werden. Der Erfüllungsanspruch ist daher seit dem Ablauf des 15.07.2016 jedenfalls wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 BGB. 22

Die Fristsetzung des Klägersvertreters zur Abnahme nach dem Firmenjubiläum ging danach ins Leere. Eine Frist zur Abnahme hatte der Kläger zuvor nicht gesetzt. 23

Kommt eine rechtsgeschäftliche Abnahme nicht mehr in Betracht, kann der Vergütungsanspruch ohne sie geltend gemacht werden. Entfällt der Erfüllungsanspruch des Bestellers, entsteht grundsätzlich ein Abrechnungsverhältnis (Palandt/Sprau, 77. Auflage 2018, § 641, Rz. 4), ohne dass es auf die Abnahme ankommt. 24

3. 25

Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung in ungekürzter Höhe. Zwar war das Werk zum Zeitpunkt des Ablaufs der Leistungszeit teilweise nicht vertragsgemäß. Die Beklagte hat jedoch eine rechtzeitige vertragsgemäße Leistung vereitelt. 26

a) 27

Das erstellte Video stimmt zunächst im Wesentlichen mit dem nach der Auftragsbestätigung geschuldeten Video überein. Es ist lediglich länger als vereinbart. 28

Unstreitig vertraglich vereinbart war der Inhalt der Auftragsbestätigung vom 09.05.2016. Aus dem Betreff ergibt sich, dass Gegenstand ein „VIP-Clip“ J. K. ist. Gemäß einem Angebot vom 08.03.2016 (welches nicht zur Akte gelangt ist) wird der Auftrag erteilt für 29

- Erstellung und Zusammenschnitt eines VIP-Clips 30

- 4-6 min. Videoübertragung 31

- verschiedene Prominente 32

- individuelle Zuschneidung auf das Unternehmen 33

- inkl. telef. Briefing im Vorfeld. 34

Der Kläger hatte daraufhin von J. K. ein Video erstellen lassen, in dem dieser verschiedene Prominente auftreten ließ und die verwendeten Originalvideos in der Tonspur durch eigene, auf das Unternehmen der Beklagten zugeschnittene Parodien ersetzte. Ein telefonisches Briefing dazu hatte im Vorfeld unstreitig stattgefunden. 35

36

Die Spielzeit von 7:30 min war länger als vereinbart. Es ist aber nicht vorgetragen, dass alleine die Überlänge für die Beklagte erheblich war. Es ist auch nicht erkennbar, dass es anders als etwa bei einer Fernsehwerbung, die sekundengenau gegenüber dem Sender abgerechnet und in ein laufendes Programm eingebettet ist, auf die genaue Dauer ankam.

Zwischen den Parteien ist nicht mehr streitig, dass der Kläger mit dem VIP-Clip eine schöpferische Leistung des Zeugen J. K. versprochen hatte. Dass J. K. hier als Künstler tätig wurde, ergibt sich auch aus dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils.

Grundsätzlich ist bei künstlerischen Werken ein Gestaltungsspielraum des Künstlers hinzunehmen (BGH, Urt. v. 24.01.1956 – VI ZR 147/54, BGHZ 19, 382). Der bloße Geschmack des Bestellers führt nicht zur Annahme eines Mangels, solange dem Unternehmer deshalb nicht konkrete Vorgaben gemacht worden sind (Staudinger/Martinek, Neubearbeitung 2014, § 633 BGB Rz. 188, ähnlich Palandt/Sprau, 77. Auflage 2018, § 633 Rz. 17).

b)

Das Landgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte über die Vereinbarungen in der Auftragsbestätigung hinaus in dem telefonischen Briefing Herrn J. K. Vorgaben machen konnte. Das Beweisergebnis des Landgerichts, dass die Beklagte durch die Zeugin P-M. weitere Vorgaben gemacht hat, mit denen sich der Zeuge J. K. einverstanden erklärt hat, ist hier zugrunde zu legen. Mit dem Landgericht ist davon ausgehen, dass zwei der bewiesenen Vorgaben bei der Erstellung des Videos nicht eingehalten wurden, nämlich die Reihenfolge der ersten zwei Prominenten sowie die Verwendung von Videos bereits verstorbener Prominenter.

Der Senat geht davon aus, dass das in der Auftragsbestätigung erwähnte Briefing als ein Telefonat zu verstehen war, dass nicht nur der Information des Künstlers diene, sondern auch den Sinn hatte, Gelegenheit zur Vereinbarung von Vorgaben zu bieten oder Wünsche zu äußern. Denn dies entspricht der allgemeinen Bedeutung des Begriffs Briefing.

Der Begriff Briefing kommt aus dem amerikanischen Englisch. Nach The American Heritage Dictionary of the English Language (Online) ist Briefing wie folgt definiert: *“The act or an instance of giving instructions or preparatory information to someone./A meeting at which such information is presented./The information conveyed at such a meeting.”* (Der Akt oder die Gelegenheit, der Begebung von Anweisungen oder vorbereitenden Informationen an jemanden./ Ein Treffen, bei dem solche Information präsentiert wird./Die Information, die bei einem solchen Treffen überbracht wird.)

Allerdings wird der Begriff in Deutschland schon eigenständig verwendet. Nach Wikipedia handelt es sich bei einem Briefing um eine Kurzeinweisung (Kurzbesprechung) vor einem wichtigen Ereignis (z. B. Teamarbeit, Werbung, Tauchen, Fallschirmspringen u. v. a. m.). Im Deutschen würden auch Ausdrücke wie Unterrichtung oder Einweisung verwendet. Dabei werde in der Werbung der Begriff so verwendet, dass Briefing die Information über alle erforderlichen Sachverhalte ist, die ein Marktforschungsinstitut oder eine Werbeagentur benötige, um ein Angebot abgeben oder einen Auftrag ausführen zu können. Das Briefing beschreibe die Aufgabenstellung und enthält Informationen über Ziele, Zielgruppen, Konkurrenz, Wettbewerbsvorteile und Entwicklungen. Um das gewünschte (kreative) Ergebnis zu erhalten, erfordere das Briefing Spielraum in der Ergebnisgestaltung. Erst durch den gewährten Spielraum unterscheide sich das Briefing von einer Aufgabenstellung. Der Briefende müsse daher sehr genau differenzieren zwischen den genau vorgegebenen,

geschlossenen Ergebnisbestandteilen und den offenen Ergebnisbestandteilen.

Das Landgericht kam aufgrund der Beweiserhebung zu dem Ergebnis, dass die Beklagte dem Zeugen J. K. folgende konkrete Vorgaben gemacht hat: Es war ein Video in der Art des Radio-Köln-Videos gewünscht. Die Beklagte hatte eine Liste mit ausgewählten Prominenten zur Verfügung gestellt. Davon sollten die ersten drei Personen der Liste zwingend erscheinen und keine bereits verstorbenen Prominenten in dem Video vorkommen. Als nicht bewiesen sah das Gericht an, dass darüber gesprochen worden war, dass der Vorstand der Beklagten in dem Video-Clip nicht erscheinen dürfe und keine Moderation gewünscht sei. Diese vom Landgericht festgestellten Tatsachen sind gemäß § 529 Abs. 1 ZPO der Berufungsentscheidung zugrunde zu legen. 44

Die Beweislast für die Vereinbarung von Vorgaben, die die schöpferische Freiheit einschränken, liegt bei dem Besteller, der sich darauf beruft. Hier leitet die Beklagte aus den von ihr behaupteten verbindlichen Vorgaben das Recht her, die Abnahme des fertiggestellten Werkes abzulehnen. Daher liegt die Beweislast für die Vorgaben bei ihr. 45

Zwar trägt vor der Abnahme der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Mangelfreiheit seiner bisherigen Leistungen. Dies gilt auch dann, wenn der Auftraggeber vor der Abnahme Mängelansprüche geltend macht (BGH, Urt. v. 23.10.2008 – VII ZR 64/07; Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 4. Teil Rn. 13.). Auch ist der Auffassung, dass für den Sollzustand des Werkes uneingeschränkt der Besteller beweispflichtig ist (Peters in: Beweislast für Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit des Werkes, NZV 2009, 209, ähnlich Voit in: Bamberger/Roth/Hau/Posek, Beck OK BGB, 45. Edition, Stand: 01.02.2017, § 633 Rn. 5), nicht zu folgen. 46

Vielmehr ist der Ansicht zu folgen, nach der sich die Beweislastverteilung für die Beschaffenheitsvereinbarung nach allgemeinen Grundsätzen richtet (Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 4. Teil Rn. 17). Derjenige, der aus der von ihm behaupteten Beschaffenheitsvereinbarung Rechte herleitet, trägt die Beweislast (vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 09.01.2018 – 10 U 93/17, Rn. 89, nicht rechtskräftig, mit zustimmender Anmerkung Rehbein, IBR 2018,139). 47

Zudem ist die künstlerische Gestaltungsfreiheit bei dem Vertrag über die Herstellung eines schöpferischen Werkes der Regelfall, die vertragliche Einschränkung derselben, die Ausnahme (BGH, Urt. v. 24.01.1956 – VI ZR 147/54, BGHZ 19, 382). Diese Gestaltungsfreiheit wird sogar aus der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG hergeleitet (OLG Hamm, Urt. v. 04.12.2007 – 4 U 125/07, NJOZ 2008, 1868 – nicht rechtskräftig, AG München, Urt. v. 24.05.2011 – 224 C 33358/10, BeckRS 2012, 08481). 48

Soweit das Landgericht davon ausging, dass die Reihenfolge der ersten drei Prominenten nicht eingehalten worden sei, ist zu berücksichtigen, dass Herr T. vom Leistungsumfang einvernehmlich ausgeschlossen worden war. Dieser hätte ursprünglich nach der Prominentenliste an erster Stelle auftreten sollen. Es ging danach nur noch um die Reihenfolge von Angela Merkel und Barak Obama. Das erstellte Video beginnt mit Angela Merkel und endet mit Barack Obama vor einem letzten Einspieler mit Angela Merkel. Die vorgegebene Reihenfolge ist damit im Hinblick auf Barak Obama nicht eingehalten worden. 49

Die Vorgabe, keine bereits verstorbenen Prominenten zu parodieren, war, wie das Landgericht zutreffend feststellte, ebenfalls nicht eingehalten worden. Denn als zweite Prominente kommt Inge Meysel zu Wort. Diese war zum Zeitpunkt der Erstellung des Videos bereits verstorben. 50

Das Video für die Beklagte wurde jedoch entgegen der Darstellung der Beklagten in der Art des Radio-Köln-Videos erstellt. Abweichungen ergeben sich lediglich aus den sonstigen Vorgaben der Beklagten, der Notwendigkeit der Anpassung auf die Beklagte sowie der zu berücksichtigenden künstlerischen Freiheit des J. K.. 51

Das Radio-Köln-Video wird geprägt durch kleine Filmausschnitte von Prominenten, bei denen die Tonspur durch von J. K. gesprochene, auf das Unternehmen Radio Köln zugeschnittene Parodien ersetzt ist. Nach einem einleitenden Zeichentrickfilm von Benjamin Blümchen folgen kurze Videosequenzen von Queen Elisabeth, Rainer Calmund, Udo Lindenberg, Otto Waalkes, Karl Lagerfeld, Barack Obama und Papst Benedikt XVI. Das Video endet mit der Werbung für einen Baumarkt, die für Radio Köln adaptiert wurde. Zusätzlich zu der Veränderung der jeweiligen Tonspur wird das gelbe Erkennungsschild von Radio Köln an verschiedenen Stellen der Filmausschnitte und Werbungen im Wege der Bildmontage eingeblendet. 52

Das für die Beklagte erstellte Video ist dem Radio-Köln-Video in vieler Hinsicht sehr ähnlich und enthält zahlreiche identische Elemente. Von den sieben Prominenten im Radio-Köln-Video treten fünf auch im erstellten Video auf. Die Machart gerade dieser fünf Spots ist dem Radio-Köln-Video sehr ähnlich. Die beiden Prominenten, die nur im Radio-Köln-Video, nicht aber in dem erstellten Video auftreten, Otto Waalkes und Benedikt XVI., sind nicht auf der Liste der ausgesuchten Prominenten der Beklagten. Die Einbeziehung von Angela Merkel in das erstellte Video war von der Beklagten ausdrücklich gewünscht, ebenso wie der Auftritt von Joachim Löw, die beide nicht im Radio-Köln-Video mitwirken. 53

In beiden Videos wird das Produkt des Bestellers einbezogen. Bei Radio Köln wird dies in Form eines Mitschnitts im Zeichentrickfilm, der Erwähnung von Mitarbeitern von Radio Köln in der Parodie von Papst Benedikt XVI. und der wiederholten Einblendung des gelben Erkennungsschildes erreicht. Bei der Beklagten geschieht dies zum Beispiel durch zahlreiche Einblendungen von Fahrrädern und Filmsequenzen von Prominenten auf Zweirädern. In beiden Videos gibt es zunächst einen Vorspann ohne Prominente. Allerdings beginnt das Radio-Köln-Video mit einem Trickfilm und endet mit einer Werbung ohne Prominente. Nach der Darstellung der Zeugin kam es der Beklagten allerdings gerade auf die Prominenten an und Comics waren nicht gewünscht. 54

Das Radio-Köln-Video wird nicht von besonderen Übergängen von einem Filmausschnitt zu dem nächsten geprägt. Zwischen den Videosequenzen bei dem Radio-Köln-Video wird der Bildschirm schlicht für rund 2 Sekunden schwarz. Soweit die Beklagte gerade die in dem erstellten Video vorgenommene Moderation als entscheidende, von den Vorgaben abweichende Unterscheidung zu dem Radio-Köln-Video betrachtet, kann dem nicht gefolgt werden. Es entspricht der künstlerischen Freiheit des J. K., die Gestaltung der Übergänge fortzuentwickeln, hier durch die Einspielungen einer Moderation durch Parodien von Angela Merkel. Die Behauptung, es sei die Vorgabe gemacht worden, die Spots sollten einfach hintereinander geschnitten werden, ist nicht bewiesen worden. Auf Nachfrage des Gerichts erläuterte die Zeugin: „Ich habe auch nicht explizit gesagt, dass wir keine Moderation wollen, weil ich auch gar nicht auf die Idee gekommen bin, dass er das machen könnte.“ 55

c) 56

Die Beklagte hat die Erstellung eines abnahmefähigen Videos innerhalb der Leistungszeit vereitelt, indem sie nicht rechtzeitig konkrete, vertragsgemäße Änderungswünsche mitgeteilt hat. Der Kläger behält daher den Vergütungsanspruch obwohl er gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit von der Leistungspflicht befreit ist. Denn die Beklagte ist für den 57

Zeitablauf, durch den die Unmöglichkeit verursacht wurde, allein oder weit überwiegend verantwortlich, § 326 Abs. 2 BGB.

Mangels Abnahme konnte die Beklagte keine Nachbesserung verlangen. Sie hatte jedoch den Erfüllungsanspruch, da die Leistungszeit zum Zeitpunkt der telefonischen Rüge nicht abgelaufen war. Der Kläger übersandte das Video der Beklagten 15 Tage vor der Veranstaltung. Am selben Tag rügte die Beklagte telefonisch das Video und verweigerte die Abnahme. Der Kläger bot jedoch eine Änderung des Videos durch Kürzung an, die nach der Überzeugung des Senats die nach der Beweisaufnahme bestehende Vertragswidrigkeit hätte beseitigen können. Vor der Jubiläumsveranstaltung kam es nicht mehr zu einer Nachbesserung. Das Video wurde dort auch nicht gezeigt. 58

Ohne die Mitteilung von (vertragsgerechten) Änderungswünschen musste der Kläger das Video nicht nachbessern. Denn es konnte dem Kläger nicht zugemutet werden, zur Durchsetzung des Zahlungsanspruchs (vor Ablauf der Leistungszeit) zunächst noch weitere Leistungen zu erbringen, von denen von vorne herein feststeht, dass sie zurückgewiesen werden und daher sinnlos sind (BGH, Urt. v. 15.05.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008). 59

(1) 60

Die telefonische Rüge der Beklagten vom 30.06.2016 reichte nicht aus, um den Kläger in die Lage zu versetzen, das Werk abnahmereif zu ändern. 61

Unstreitig rügte die Beklagte telefonisch am 30.06.2016, das Video sei mit dem Radio-Köln-Video nicht zu vergleichen und gefalle nicht. Weitere Inhalte des Telefonats sind von den Parteien nicht vorgetragen worden. 62

Diese Begründung trägt die Ablehnung der Abnahme nicht. Wer einen Künstler mit einem Kunstwerk beauftragt, darf die Abnahme des fertiggestellten Werkes nicht deshalb verweigern, weil es nicht seinem Geschmack entspricht (BGH, Urt. v. 24.01.1956 – VI ZR 147/54, BGHZ 19, 382). Nichtgefallen reicht mithin nicht. Vor dem Hintergrund der behaupteten Vorgaben, war die pauschale Rüge der mangelnden Vergleichbarkeit nicht ausreichend. Wie oben dargestellt, trifft die Rüge auch nicht zu. 63

Allerdings ist aus der Reaktion des Zeugen J. K. auf die ihm in irgendeiner Form weitergeleitete Rüge, die in der E-Mail vom 01.07.2016 dargestellt wird, zu erkennen, dass offenbar auch weitere Kritikpunkte vorgebracht wurden. Der Zeuge erwidert nämlich auf Kritik an der Erwähnung der Marke Q., an Angela Merkel als Moderatorin, daran, dass Obama am Schluss vorkommt, dass mit der Historie angefangen wurde und dass die Parodie von Joachim Löw möglicherweise nicht gefiel. 64

Im Einzelnen ist dieser Kritik entgegen zu halten, dass die Marke Q. in dem schriftlichen Briefing ebenso erwähnt wurde wie die Historie. Das Nichtgefallen der Joachim-Löw-Parodie kann wegen der schöpferischen Freiheit des Künstlers ebenfalls nicht entgegen gehalten werden. Die Moderation durch Angela Merkel ist, wie dargestellt, nicht vertragswidrig. Lediglich der Kritikpunkt, dass Obama am Schluss auftrat, war nach der Beweisaufnahme des Landgerichts vertragswidrig. 65

(2) 66

Alleine die auf die Rüge hin vom Kläger angebotene Kürzung des erstellten Videos um bestimmte Sequenzen hätte die Abweichungen zu den bewiesenen Vorgaben soweit 67

beseitigen können, dass das Video abnahmefähig gewesen wäre.

Am Tag nach der telefonischen Rüge übersandte der Kläger der Beklagten die oben erwähnte Stellungnahme des Künstlers, in dem er das Werk erläutert und verteidigt. Diese Stellungnahme ist in eine E-Mail des Klägers eingebettet. Die E-Mail endet mit folgendem Absatz: „J. K. ist bereit das Video ggf. etwas zu kürzen, falls das Ihrerseits gewünscht sein sollte. Wenn Sie z.B. möchten, dass Angela Merkel an der ein oder anderen Stelle oder 1-2 Promis ganz raus genommen werden sollen, dann müssten Sie uns bitte konkret mitteilen, wie Ihre Änderungswünsche sind, sodass J. K. dies mit dem Studio abklären kann.“

68

Soweit die Beklagte in der Berufungserwiderung die Ansicht vertritt, damit habe der Kläger das Nachbesserungsverlangen der Beklagten vom 30.06.2016 – also der telefonischen Rüge – abgelehnt, kann dem nicht gefolgt werden. Denn wie dargestellt, verlangte die Beklagte auch Änderungen, die sie nicht auf Basis der vertraglichen Vereinbarungen verlangen konnte. Jedenfalls konnte die Beklagte auch bei Zugrundelegung der Aussage der Zeugin P-M. nicht beweisen, dass Vorgaben zur Moderation gemacht wurden. Vorgaben zu der Erwähnung der Marke Q. werden von der Beklagten gar nicht vorgetragen.

69

Vielmehr geht mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass der Kläger und auch der Zeuge J. K. bereit wären, das Video durch – gewisse - Kürzung zu ändern. Hier ist zu berücksichtigen, dass das Video nach der Auftragsbestätigung nur 4 Minuten lang sein musste. Es gab mithin rein rechnerisch Kürzungspotential von fast 3:30 Minuten.

70

Dabei beträgt insgesamt die Spielzeit von Prominentenfilmausschnitten, die unstreitig vertraglich vereinbarte Prominente betreffen, schon mehr als vier Minuten, nämlich 4:08 Minuten. Denn in dem Video kommen von den 13 auf der Liste der Beklagten nach Herrn T. genannten Prominenten sechs Prominente vor, nämlich Barack Obama als Zwölfter, Karl Lagerfeld als Zehnter, Arnold Schwarzenegger als Sechster, Queen Elisabeth als Vierte, Thomas Gottschalk auf Position elf und Udo Lindenberg auf neun sowie zwölf Einspieler mit Angela Merkel. Darüber hinaus tritt an siebter Stelle Joachim Löw auf, dessen Aufnahme in das Video nach Aussage der Zeugin P-M. auf Vorschlag von der Beklagten vereinbart worden war. Zur Spielzeit jedenfalls vertragsgemäßer Teile des Videos hinzurechnen sind der nicht gerügte Vorspann sowie der Abspann.

71

Die Gesamtzeit aller Einspieler von Angela Merkel beträgt dagegen nur 1:18 Minuten. Der Abschnitt zu Inge Meysel läuft nur 0:21 Minuten. Diese Teile hätten aus dem Video-Clip gekürzt werden können, ohne dass die vertraglich vereinbarte Laufzeit unterschritten worden wäre. Da ein Auftritt von Angela Merkel grundsätzlich unstreitig vertraglich vereinbart war, hätten nicht alle Einspieler mit Angela Merkel entfernt werden müssen.

72

Wäre dann nur noch die Position des Spots zu Barack Obama an der vorletzten Stelle des Videos vertragswidrig, hätte dies nicht ausgereicht, um die Verweigerung der Abnahme des Werkes zu rechtfertigen. Es hätte sich um einen unwesentlichen Mangel im Sinne von § 640 Abs. 1 S. 2 BGB gehandelt. Zunächst ist zu beachten, dass Obama auch im Radio-Köln-Video der vorletzte Prominente war. Insofern folgte das erstellte Video dem „Drehbuch“ des Radio-Köln-Videos. Zudem ist der Spot im Übrigen vertragsgemäß. Es ist auch kein Interesse des Bestellers an der von ihm vorgestellten Reihenfolge der ersten zwei Prominenten zu erkennen, welches so hoch zu bewerten wäre, dass die Abnahme daran scheitern könnte. Hingegen ist auch insoweit die künstlerische Freiheit des J. K. zu beachten, der in seiner Stellungnahme nach der Ablehnung der Abnahme erläuterte, weshalb dieser Spot besser am Ende des Video-Clips positioniert sei.

73

74

Das Änderungsangebot war nicht deshalb unbeachtlich, weil der Kläger forderte, die Beklagte möge zunächst konkret mitteilen, wie Ihre Änderungswünsche sind. Es war vielmehr dem Kläger nicht zumutbar, ohne Mithilfe der Beklagten das Video zu kürzen. Denn die von der Beklagten behaupteten Vorgaben waren zwischen den Parteien nicht schriftlich festgehalten worden. Allein die Vorgaben, sich einerseits an das Radio-Köln-Video zu halten und andererseits die vorgegebene Liste zu beachten, konnten nicht gleichzeitig vollständig beachtet werden. Auch konnte ohne Mithilfe der Beklagten kaum entschieden werden, inwieweit die Sequenzen mit Angela Merkel, die nach den bewiesenen Vorgaben jedenfalls an erster Stelle des Videos auftreten sollte, nunmehr gänzlich oder nur teilweise herausgenommen werden sollten.

Die Beklagte hat das Änderungsangebot des Klägers nicht angenommen. Zunächst hat sie auf die E-Mail vom 01.07.2016, 13:01 Uhr gar nicht reagiert. Der Kläger bot die Änderung mit E-Mail vom 05.07.2016, 9:19 Uhr daraufhin erneut an. Die Beklagte reagierte mit E-Mail vom selben Tag, 15:17 Uhr. Darin rügte die Beklagte erstmals auch die Nichteinhaltung der Prominentenliste und wiederholte einen Teil der offenbar bereits am 30.06.2016 vorgebrachten Kritik. Sie ging jedoch nicht auf die Bitte ein, konkrete Änderungswünsche anzugeben. Vielmehr endet die E-Mail mit den Sätzen: „Wir sehen nicht, wie Sie dieses Video noch nachbessern können. Es ist völlig anders, als wir beauftragt haben.“ Der Kläger fasste diese E-Mail zutreffend als Ablehnung des Änderungsangebots auf und teilte dies der Beklagten mit E-Mail vom 06.07.2016 mit. 75

Der dann folgenden ausdrücklichen Aufforderung zur Änderung oder Nachbesserung des Videos der Beklagten durch E-Mail vom 06.07.2016, 18:07 Uhr, musste der Kläger nicht (mehr) Folge leisten. 76

Zum einen war die in dieser E-Mail eingeräumte Frist zu kurz bemessen. Die Email der Beklagten ging bei dem Kläger am Mittwoch erst um 18:07 Uhr ein, mithin nach üblichem Geschäftsschluss, der in der Regel gegen 17:00 Uhr anzunehmen ist. Die Frist lief dann nur noch bis Freitag. Das war im Hinblick auf die geforderten Änderungen zu kurz, zumal der Kläger bereits in der ersten Email vom 01.07.2016 deutlich gemacht hatte, dass J. K. bestimmte Änderungen mit dem Studio abklären müsste. 77

Zum anderen verlangte die Beklagte in der E-Mail auch Änderungen an dem Video, die nicht einmal durch den Vortrag der Beklagten zu vertraglichen Vorgaben gedeckt waren oder jedenfalls durch die Aussage der Zeugin P-M. nicht bewiesen wurden. 78

Die Beklagte forderte nämlich, dass der Künstler sich hätte informieren müssen, ob die Markenauftritte der Beklagten aktuell waren. Eine entsprechende Vorgabe der Beklagten hat diese im Verfahren nicht vorgetragen. Sie ergibt sich auch nicht aus den eingereichten Unterlagen. Vielmehr muss sich die Beklagte die Übersendung des schriftlichen Briefings entgegen halten lassen, in dem die verwendeten Marken vorkommen. 79

Soweit die Beklagte in dieser E-Mail behauptet, die von der Beklagten vorgegebene Reihenfolge der Prominenten sei als „Drehbuch“ vorgesehen gewesen, ist ihr jetzt entgegen zu halten, dass die Zeugin P-M. ausgesagt hat, dass das Radio-Köln-Video als Drehbuch vorgesehen war. Dieses stimmte aber – wie dargestellt – insbesondere nicht mit der Prominentenliste überein. Zuletzt konnte die Beklagte nicht beweisen, dass es eine Vorgabe gab, dass der Vorstand nicht in dem Video auftauchen darf. Dies zu ändern wurde jedoch ebenfalls gefordert. 80

Vorgerichtliche Anwaltskosten schuldet die Beklagte dem Kläger nicht. Denn sie war zum Zeitpunkt des anwaltlichen Schreibens vom 19.07.2016 nicht in Verzug. Die Forderung war lediglich fällig.	82
Die Voraussetzungen für die beantragten Zinsen ab Fälligkeit (etwa gemäß § 353 S. 1 HGB) hat der Kläger nicht dargetan. Verzugszinsen sind vor Zustellung der Klage ebenfalls nicht geschuldet. Denn eine Mahnung der Beklagten durch den Kläger oder seinen Prozessbevollmächtigten nach Fälligkeit (§ 286 Abs. 1 BGB) ist nicht vorgetragen. Insbesondere stellte das anwaltliche Schreiben vom 19.07.2016 keine Mahnung dar. Die Beklagte schuldet dem Kläger jedoch Prozesszinsen ab dem Folgetag der Klagezustellung am 31.08.2016, §§ 291, 288 BGB.	83
Ein Hinweis des Gerichts im Hinblick auf die Nebenforderungen war entbehrlich, § 139 Abs. 2 S. 1 ZPO.	84
III.	85
Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war durch die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Parteien vom 18.10. und 06.11.2018 nicht veranlasst. Die Schriftsätze enthalten keinen neuen Vortrag. Der erwähnte Sachverhalt war bereits Gegenstand der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vom 17.10.2018.	86
IV.	87
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	88
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden.	89