

# Oberlandesgericht Düsseldorf

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 133, 157, 631, 643 BGB

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2018, Az.: 22 U 170/17

#### **Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld - Einzelrichterin - vom 27.07.2017, Az. 5 O 91/17, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Dieses Urteil und das erstinstanzliche Urteil sind ohne Sicherheitsleistungen vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### **Gründe:**

A.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht im Ergebnis nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § ZPO § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ ZPO § 513 ZPO).

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 10.000,00 EUR aus § 4 des zwischen den Parteien zustande gekommenen, ungekündigten Gastspielvertrages vom 27.06.2016 (Anlage K1, Bl. 14 f. d.A.) zu, da die Beklagte den Vertrag schuldhaft nicht erfüllt hat.

(1) Mit Vertrag vom 27.06.2016 ist zwischen den Parteien ein als Werkvertrag zu qualifizierender Gastspielvertrag (Palandt/Sprau, BGB, 76. Auflage, Einf. v. § 631, Rn. 28/29) zustande gekommen.

Danach hatte die Beklagte als Veranstalter die Klägerin als Künstler für den 21.01.2017 sowie den 22.01.2017 zu den in dem Vertrag näher bestimmten Bedingungen verpflichtet. Als Honorar war pro Show ein Betrag i.H.v. 5.000 € zuzüglich einer einmaligen Reisekostenpauschale i.H.v. 300 € vereinbart.

Unter § 4 - Nichterfüllung - trafen die Parteien folgende Vereinbarung:

„Im Falle der Nichterfüllung dieses Vertrages durch einen der Vertragspartner, hat der schuldige Partner eine Konventionalstrafe in Höhe der vereinbarten Gage zu zahlen. Bei Ausfall des Gastspiels aufgrund gesetzlich festgelegter höherer Gewalt, sowie bei Unfall oder ärztlich attestierter Krankheit des Künstlers, ergeben sich für keinen der Vertragspartner weitere Rechte oder Pflichten aus diesem Vertrag.“

(2) Dieser Vertrag hat auch weiterhin Bestand, da er weder durch die Beklagte als Besteller im Sinne von § BGB § 649 BGB, noch durch die Klägerin gekündigt worden ist. Auch sind keine anderweitigen Beendigungsgründe ersichtlich.

7a) Entgegen der Annahme des Landgerichts ist der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag weder ausdrücklich noch konkludent im Sinne von § BGB § 649 BGB durch die Beklagte gekündigt worden.

Die bezüglich der Kündigung darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat schon nicht substantiiert zu den Voraussetzungen einer Kündigung vorgetragen. Es fehlt an dem erforderlichen Vorbringen zu einer ausdrücklichen oder konkludenten Kündigungserklärung seitens der Beklagten.

Vielmehr hatte die Klägerin ihren Anspruch auch ursprünglich ausdrücklich und ausschließlich auf § 4 des Vertrages gestützt, ohne von einer Kündigung durch die Beklagte überhaupt auszugehen. Eine solche Bezugnahme erfolgte nunmehr erstmalig am Rande in der Berufungsbegründung – offensichtlich veranlasst durch die Würdigung des Landgerichts - ohne ergänzenden Sachvortrag.

Soweit die Klägerin zur Begründung ihres Anspruches allgemeinen Sachvortrag gehalten hat, ergeben sich die Voraussetzung einer Kündigung daraus ebenfalls nicht.

Eine ausdrückliche Kündigungserklärung durch die Beklagte erfolgte unstreitig nicht. In Betracht kam vorliegend allein eine konkludente Kündigung durch die Absage der Konzerttermine.

Dabei ist es zwischen den Parteien zwar unstreitig, dass die Beklagte die Konzerttermine abgesagt hat. Um darin eine konkludente Kündigungserklärung sehen zu können, von der offensichtlich weder die Beklagte noch die Klägerin ausgegangen sind, müsste dadurch der Wunsch der Beklagten nach Vertragsbeendigung eindeutig zum Ausdruck gekommen sein. Maßgeblich sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls.

Gemessen daran ist in der Absage der Konzerttermine - unabhängig von etwaigen Absprachen der Parteien in diesem Zusammenhang -, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, jedenfalls nicht der eindeutige Wunsch der Beklagten nach Vertragsbeendigung zu sehen. Ganz im Gegenteil hat die Beklagte nach der am 09. oder 10. Januar erfolgten Absage der Veranstaltung, durch den nachfolgenden E-Mail-Verkehr zwischen den

Parteien zum Ausdruck gebracht, dass sie, wie bereits zuvor mit der Klägerin telefonisch besprochen, an dem Vertrag dem Grunde nach festhalten will und lediglich eine Vertragsänderung begehrt. So lässt sich den ab dem 13.01.2017 gewechselten E-Mails, beginnend mit der vom 13.01.2017 (Bl. 35 der Akte) entnehmen, dass die Parteien über eine Verlegung der Veranstaltung gesprochen haben und in diesem Zusammenhang auch verschiedene Ausweichtermine diskutiert haben.

Dieser Umstand, dass die Parteien nämlich jedenfalls bis Mitte Januar 2017 versucht haben einen Ausweichtermin zu finden, ist zwischen den Parteien auch unstrittig. Streitig ist lediglich, in welchem (rechtlichen) Kontext dies erfolgte und mit welchem möglichen rechtsgeschäftlichen Ergebnis.

Unabhängig davon, ob überhaupt und wenn ja wann die Parteien eine Vertragsänderung vereinbart haben mögen, ergibt sich aus den dargelegten Gesamtumständen damit jedenfalls, dass die Beklagte durch die Absage der ursprünglichen Termine nicht ihren eindeutigen Wunsch nach Vertragsbeendigung zum Ausdruck bringen wollte und die Klägerin dies damals auch nicht so verstanden hat.

Noch in der E-Mail vom 15.01.2017 (Bl. 34 Akte) hat die Klägerin bei der Beklagten angefragt, ob sie dieser eine Vereinbarung zum Ausfall und Neuvertrag zukommen lassen solle. Entsprechendes ergibt sich weiter aus der E-Mail der Klägerin an die Beklagte vom 25.01.2017 (Bl. 64 der Akte). Dort nimmt die Klägerin ausdrücklich Bezug auf ihre E-Mail vom 9. Januar sowie das erste zwischen den Parteien geführte Telefonat in diesem Zusammenhang.

Aus der E-Mail vom 09.01.2017 ergibt sich jedoch jedenfalls, dass die Klägerin unter gewissen Bedingungen zu einer Verlegung der Konzerte bereit war. Indem die Klägerin in der E-Mail vom 25.01.2017 noch einmal ausdrücklich auf diese E-Mail-Bezug nimmt macht sie selber deutlich, dass sie weiterhin Interesse an der dort skizzierten Regelung (Vertragsänderung) hatte und folglich nicht von einer Kündigung des streitgegenständlichen Vertrages ausgegangen ist.

b) Eine Vertragsbeendigung aufgrund einer Kündigung durch die Klägerin ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Da das Werkvertragsrecht dem Unternehmer kein jederzeitiges Kündigungsrecht und auch kein Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund vergleichbar mit § 826 BGB gewährt, würde vorliegend allenfalls eine Kündigung im Sinne von § 643 BGB oder aber ein sonstiges Auflösungsrecht nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht in Betracht kommen.

Eine entsprechende Erklärung im Sinne von § 643 BGB ist jedoch, unabhängig von der grundsätzlichen Notwendigkeit einer Fristsetzung, nicht ansatzweise ersichtlich.

Gleiches gilt für mögliche, gegebenenfalls auch konkludente Erklärungen im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungsrechtes.

Soweit die Beklagte vermeintlich eine Kündigung durch die Klägerin darin sieht, dass diese vorträgt, dass ihr eine weitere Zusammenarbeit letztlich unzumutbar gewesen sei und sie daher die Gage im Sinne von § 4 des Vertrages gerichtlich geltend gemacht habe, lässt sich diesem Vortrag eine auf Auflösung des Vertragsverhältnisses gerichtete Erklärung nicht entnehmen. Ganz im Gegenteil dokumentiert die Klägerin über ihre Bezugnahme auf § 4 des Vertrages gerade, dass sie von einem ungekündigten Vertragsverhältnis ausgeht, auch wenn sie an einer weiteren Zusammenarbeit kein Interesse mehr hat. Nach dem objektiven Empfängerhorizont kann das fehlende Interesse an einer weiteren Zusammenarbeit in der gebotenen Gesamtschau nur so verstanden werden, dass die Klägerin schließlich kein Interesse mehr an dem Abschluss eines auf eine weitere Zusammenarbeit gerichteten Änderungsvertrages gehabt hat, was jedoch schon keine Auswirkung auf den Bestand des ursprünglichen Vertrages hat und im Übrigen auch ansonsten unschädlich ist, nachdem die Beklagte das diesbezügliche Angebot der Klägerin nicht angenommen hatte (siehe dazu nachfolgend unter (3)).

(3) Indem die Beklagte die fest vereinbarten Konzerttermine absagte, hat sie den Vertrag schuldhaft nicht erfüllt.

a) Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Gastspielvertrag hatte die Beklagte die Klägerin fest für zwei Veranstaltungen am 21.01.2017 sowie am 22.01.2017 verpflichtet. Als Besteller dieses Werkes in Form der Durchführung der Veranstaltungen durch die Klägerin oblag ihr als Hauptpflicht unter anderem auch die Mitwirkung an der Herstellung des Werkes im Sinne von § 642 BGB. Die Klägerin konnte ihr Werk nämlich nur dann erbringen, wenn die Beklagte als Veranstalter die Konzerte tatsächlich durch diese an den vereinbarten Terminen durchführen lässt. Indem die Beklagte die fest vereinbarten Konzerttermine abgesagt hat, hat sie es unterlassen, die ihr obliegenden erforderlichen Handlungen zur Ermöglichung der Herstellung des Werkes durch die Klägerin vorzunehmen. Damit ist die Beklagte der ihr obliegenden Hauptpflicht zur Mitwirkung an der „Herstellung des Werkes“ in Form der Ermöglichung der tatsächlichen Durchführung der Konzerte am 21./22.01.2007 nicht nachgekommen, was eine Nichterfüllung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages darstellt.

b) Diese Nichterfüllung des Vertrages erfolgte auch schuldhaft im Sinne von § 276 BGB. Die Beklagte war verpflichtet die Durchführung der Veranstaltungen zu ermöglichen: Sie trug, was ihr auch durchaus bewusst war, das wirtschaftliche Risiko des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages alleine, weswegen es daher nicht Streitentscheidend darauf ankommt, ob der Kartenverkauf schleppend erfolgte. Indem sie die Konzerte abgesagt hat, hat sie jedenfalls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt insoweit verletzt, als sie zu einer (folgenlosen) Absage der Konzerte außerhalb der in § 4 des Vertrages dargelegten Gründe, nämlich gesetzlich festgelegter höherer

Gewalt sowie bei Unfall oder ärztlich attestierter Krankheit des Künstlers, die alle unstreitig nicht vorlagen, nicht berechtigt war. In einer Gesamtschau der vorherigen Ausführungen liegt damit der äußere Tatbestand einer Leistungsstörung vor, woraus sich die objektive Pflichtwidrigkeit und damit gleichbedeutend die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Beklagten ergibt.

c) Die Rechtswidrigkeit ist auch nicht dadurch entfallen, dass dem Verhalten der Beklagten ein Rechtfertigungsgrund zugrunde lag.

Der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten ist es nicht gelungen darzulegen und sodann ggf. zu beweisen, dass die Absage auf Grund einer einvernehmlichen Vertragsänderung oder aber einer sonstigen einvernehmlichen Absprache mit der Klägerin erfolgte.

aa) Auf der Grundlage des Vortrages der Parteien einschließlich der persönlichen Einlassungen in der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2017 sowie dem zwischen den Parteien gewechselten E-Mail-Verkehr kann eine einvernehmliche Vertragsänderung nicht festgestellt werden. Darüber hinausgehende taugliche Beweismittel hat die Beklagte nicht angeboten, so dass sie letztlich beweisfällig geblieben ist.

aaa) Zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung ist es nicht im Zuge des zwischen den Parteien im Anschluss an die E-Mail vom 05.01.2017 geführten Telefongesprächs gekommen. Insoweit fehlt es bereits an zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, so dass es auf die Frage des Schriftformerfordernisses schon nicht mehr entscheidend ankommt.

Dabei ist es zwischen den Parteien zunächst unstreitig, dass es in der Folge der E-Mail der Beklagten vom 05.01.2017 zu einem Telefongespräch zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten, Herrn P., und Herrn W. auf Seiten der Klägerin kam. Auch stimmen die Parteien insoweit überein, dass im Rahmen dieses Gespräches bereits über eine Verlegung der Termine gesprochen wurde und eine solche jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich in Betracht gekommen wäre.

So hat der Geschäftsführer der Beklagten persönlich zunächst ausgeführt, dass Herr W. mitgeteilt habe, dass die Veranstaltung verlegt werden könne. Entsprechendes hat Herr W. in seiner persönlichen Anhörung dem Grunde nach bestätigt, indem er ausgeführt hat, dass es in diesem Gespräch um die vorhandene Bereitschaft der Klägerin zum Verlegen gegangen sei.

Ebenfalls unstreitig hatte Herr W. für die Klägerin im Rahmen dieses Telefonates jedoch auch die Ausfallgage angesprochen, woraufhin der Geschäftsführer der Beklagten sinngemäß erklärt hat, dass ihm schon klar sei, dass etwas auf ihn zukomme, ohne dass in diesem Telefonat eine Einigung getroffen worden ist.

In seiner persönlichen Anhörung hat der Geschäftsführer der Beklagten nämlich ausdrücklich bestätigt, dass sie über die Ausfallgage von 1.800 €, die die Klägerseite ins Spiel gebracht habe, in dem ersten Telefonat vor der

E-Mail vom 09.01.2017 gesprochen hätten. In diesem Zusammenhang habe Herr W. diese Ausfallgagge angesprochen und außerdem, dass er ein Vorschuss haben wolle für das verlegte Konzert. Bei dieser Gelegenheit habe er dann gesagt, dass er sich schon gedacht habe, dass etwas auf ihn zukomme. Diese Äußerung sei allerdings auf den 50% Vorschuss für die beiden Konzerte bezogen gewesen.

Dass es im Zuge dieses Telefonates - unter Berücksichtigung der klägerischen Forderungen - zu einer abschließenden Einigung gekommen ist, behauptet keiner der Parteien. Ganz im Gegenteil geht die Klägerin in ihrer Klageschrift davon aus, dass eine Zusage in Bezug auf die Kompensation für die kurzfristige Absage nicht erfolgt ist. Gleiches gilt für die Beklagte. Auch diese bestreitet in ihrer Klageerwiderung, dass sie der Klägerin im Hinblick auf die Verschiebung der Veranstaltungen eine feste Summe als Vorausleistung zugesagt habe. Auch habe sie keine Zugeständnisse dahingehend gemacht, dass sie aus der Veranstaltungsabsage eine Zahlungsverpflichtung ihrerseits anerkannt habe.

Dass die Klägerin im Rahmen dieses Telefonates auf ihre Forderungen sogleich wieder verzichtet hat und damit eine bedingungslose Einigung hätte zustande kommen können, wird seitens der Beklagten ebenfalls nicht behauptet und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung nunmehr diesbezüglich rügt, dass die Parteien die äußerst geringen Vorverkaufszahlen fernmündlich besprochen hätten und dabei übereingekommen seien, die Veranstaltung zu verschieben und die Konzerte an einem anderen Termin durchzuführen und sie dafür als Beweis die Parteivernehmung des Geschäftsführers angeboten habe, greift dies bereits aufgrund der persönlichen Einlassung des Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung vom 08.06.2017 nicht. Darüber hinaus liegen die Voraussetzungen für eine hier alleine in Betracht kommende Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO nicht vor.

So hat der Geschäftsführer der Beklagten nämlich, wie zuvor dargelegt, selber angegeben, dass die Klägerin ihm zwar mitgeteilt habe, dass die Veranstaltung verlegt werden könne, sie aber ebenfalls über die Ausfallgagge von 1.800 € gesprochen hätten, über die jedoch keine Einigung erzielt worden sei, weil seine damalige Äußerung lediglich auf die 50%-tigen Vorschuss gerichtet gewesen sei.

Diesen Umstand hat der Geschäftsführer der Beklagten sodann noch einmal insoweit bekräftigt, als er selber angegeben hat, nach der klägerischen E-Mail vom 09.01.2017 noch einmal mit der Klägerin telefoniert zu haben, worauf hin Herr W. für die Klägerin erklärt haben soll, dass die Ausfallgarage hinfällig sei, wenn ein Vorschuss für die Gage für das verlegte Konzert gezahlt würde.

Zwar steht dies in einem gewissen Widerspruch zu seiner anderweitigen Einlassung, wonach über die Ausfallgagge lediglich bei dem ersten Telefonat

vor der E-Mail vom 09.01.2017 gesprochen worden sei und sie über diese dann gar nicht mehr gesprochen hätten; es wird jedoch gleichwohl erneut deutlich, dass es in dem Telefongespräch nach der E-Mail vom 05.01.2017 jedenfalls nicht zu einer unbedingten Einigung in Bezug auf eine Verlegung der Termine gekommen ist, da insbesondere das Thema der Ausfallgagel zwischen den Parteien ungeklärt geblieben ist und auch nach der E-Mail vom 09.01.2017 noch ungeklärt war. Einer erneuten Thematisierung der Ausfallgagel in dem seitens der Beklagten behaupteten späteren Telefongespräch hätte es ansonsten nicht bedurft.

Unter Berücksichtigung dessen muss daher nach dem objektiven Empfängerhorizont davon ausgegangen werden, dass die Klägerin damals zwar die grundsätzliche - Bereitschaft zu einer Verlegung der Veranstaltung erklärt hat, diese jedoch unter mehreren Bedingungen, insbesondere der Zahlung einer Ausfallgagel stand. Eine abschließende unbedingte Einigung ist demnach entgegen der Ansicht der Beklagten mangels übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien nicht zustande gekommen.

Vor diesem Hintergrund bedurfte es auch nicht der angebotenen Parteivernehmung des Geschäftsführers der Beklagten, da die Ausführungen im Rahmen der persönlichen Anhörung uneingeschränkt Berücksichtigung finden konnten. In der vorzunehmenden Gesamtschau führt dies lediglich nicht zu einer Bestätigung der Rechtsauffassung der Beklagten.

Im Übrigen liegen die Voraussetzungen einer solchen Parteivernehmung im Sinne von § 448 ZPO aber auch nicht vor, da sich aus der Gesamtwürdigung des Verhandlungsergebnisses kein so genannter Anbeweis ergibt, dessen Restzweifel durch eine solche Parteivernehmung ausgeräumt werden könnte.

bbb) Eine einvernehmliche Vertragsänderung ist auch nicht auf Basis der E-Mail vom 09.01.2017 zustande gekommen.

Dabei werden die vorgenannten Ausführungen zunächst durch die Existenz der klägerischen E-Mail vom 09.01.2017 bestätigt, die der Geschäftsführer der Beklagten nach eigenen Angaben auch erhalten hat. Dort führte die Klägerin ausdrücklich aus, dass sie darum bitte, für die kurzfristige Absage eine Ausfallgagel i.H.v. 1.800 € zu zahlen und sie hoffe, dass die Beklagte damit einverstanden sei. Zudem seien noch die Stornierungsgebühr für vier Bahntickets i.H.v. 76 € zu zahlen. Darüber hinaus spricht die Klägerin noch den Vorschuss in Höhe einer Gage (5000 €) an, der schon im Laufe des Januar überwiesen werden sollte.

Indem die Klägerin in der E-Mail ausführt, dass sie hoffe, dass die Beklagte damit einverstanden sei, wird deutlich, dass sie - wie bereits dargelegt - nicht von einer Einigung in dem vorherigen Telefonat ausgegangen ist und diese E-Mail etwa als kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu verstehen sein sollte, sondern dass es sich bei dieser E-Mail um ein an die Beklagte gerichtetes Angebot gehandelt hat, wonach gegen Zahlung der Ausfallgagel i.H.v. 1.800 €, der Stornierungsgebühren i.H.v. 76 € sowie eines

Vorschusses i.H.v. 5.000 € im Januar 2017 eine Verlegung der Termine vereinbart werden könnte. Auch wenn die Klägerin Formulierungen wie „bitten“ und „dankbar“ wählt kann der Inhalt dieser E-Mail unter Berücksichtigung des vorangegangenen Telefongesprächs zwischen den Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) nur als Angebot auf Abschluss einer Vertragsänderung verstanden werden. Dies konnte auch die Beklagte als Kaufmann nicht anders verstehen.

Dieses Angebot hat die Beklagte in der Folge weder ausdrücklich noch konkludent angenommen.

Für eine ausdrückliche Annahmeerklärung der Beklagten sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

Eine konkludente Annahme lässt sich dem nachfolgenden Verhalten der Beklagten ebenfalls nicht entnehmen, so dass es auf die Einhaltung der zwischen den Parteien vereinbarten Schriftform, deren Missachtung einer solchen konkludenten Annahme entgegenstehen kann, nicht streitentscheidend ankommt.

Im Anschluss an die E-Mail vom 09.01.2017 ist kein Verhalten der Beklagten ersichtlich, welches auf eine konkludente Annahme schließen lassen könnte. Ganz im Gegenteil geht die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrages davon aus, insoweit keine Zugeständnisse gemacht zu haben.

Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beklagte sich mit E-Mail vom 13.01.2017 erneut an die Klägerin gewandt hat und in diesem Zusammenhang mögliche Ausweichtermine vorgeschlagen hat. Nach dem objektiven Empfängerhorizont ist darin keine konkludente Annahme des klägerischen Angebotes zu den genannten Bedingungen zu sehen, sondern vielmehr lediglich eine Überprüfung dahingehend, ob ein möglicher Ausweichtermin überhaupt gefunden werden kann. Es liegt nämlich auf der Hand, dass, sollte ein solcher nicht gefunden werden können, eine Vertragsänderung bereits dem Grunde nach überflüssig gewesen wäre, wodurch ein Bedürfnis zur Annahme des klägerischen Angebotes ebenfalls entfallen wäre.

Auch die Klägerin ist diesem Zusammenhang nicht von einer konkludenten Annahme ihres Angebotes durch die Beklagte ausgegangen, sondern vielmehr von weiterhin schwebenden Vertragsverhandlungen. Dies hat sie eindeutig durch ihre darauf folgende E-Mail vom 15.01.2017 zum Ausdruck gebracht. Dort führt die Klägerin ergänzend aus, dass sie die Stornierungsgebühren der Bahntickets selbst übernehmen werde. Darüber hinaus fragt sie bei der Beklagten nach, ob sie ihr eine Vereinbarung zum Ausfall und Neuvertrag zukommen lassen soll.

Dieses Anliegen zeigt zum einen, dass die Klägerin weiterhin nicht von einer Annahme ihres Angebotes ausgegangen ist sondern ein modifiziertes Angebot unterbreitet hat, auf dessen Basis nun eine Vereinbarung mit der Beklagten geschlossen werden sollte.

Zum anderen wird - auch wenn es darauf nicht streitentscheidend ankommt - ferner deutlich, dass die Klägerin an der in dem Vertrag vereinbarten Schriftform festhalten wollte. Der Abschluss eines Änderungsvertrages durch eine konkludente Annahme ihres Angebotes in Abweichung zu der vereinbarten Schriftform kam für die Klägerin danach offensichtlich nicht in Betracht. Dies lässt sich auch in Übereinstimmung mit dem Vortrag der Beklagten bringen. Dass die Parteien in diesem Zusammenhang einen Schriftformverzicht vereinbart haben wollen, wird auch seitens der Beklagten schon nicht behauptet.

Nichts anderes lässt sich den nachfolgenden E-Mails zwischen den Parteien vom 16. und 17.01.2017 entnehmen. Auch aus diesen ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine konkludente Annahme des genannten klägerischen Angebotes auf Abschluss eines Änderungsvertrages durch die Beklagte. Dort wird ausschließlich weiterhin nach alternativen Terminen gesucht, ohne dass darin eine konkludente Angebotsannahme durch die Beklagte gesehen werden könnte. Auf die vorherigen Ausführungen wird insoweit ergänzend Bezug genommen.

Folglich scheidet eine konkludente Annahme des klägerischen Angebotes vom 09.01.2017 aus mehrererlei Hinsicht aus.

ccc) Eine einvernehmliche Vertragsänderung ist auch nicht im Rahmen eines vermeintlich weiteren Telefongespräches zwischen den Parteien im Anschluss an die klägerische E-Mail vom 09.01.2017 zustande gekommen.

Soweit der Geschäftsführer der Beklagten P. in der persönlichen Anhörung am 08.06.2017 erklärt hat, dass er nach der E-Mail vom 09.01.2017 noch einmal mit Herrn W. telefoniert habe und dieser ihm gegenüber erklärt habe, dass die Ausfallgagge hinfällig sei, wenn ein Vorschuss für die Gage für das verlegte Konzert gezahlt würde, ergibt sich eine einvernehmliche Vertragsänderung mit modifiziertem Inhalt daraus -unabhängig von dem Schriftformerfordernis - ebenfalls nicht.

Zum einen ist dieser Umstand bestritten und es ist der Beklagten nicht gelungen, insoweit ein geeignetes Beweismittel anzubieten. Die Beklagte ist damit bereit beweisfällig geblieben.

Zum anderen kann dies auch dahin stehen, da der behauptet Inhalt eines solchen Gespräches schon nicht geeignet ist, den Abschluss eines entsprechenden Änderungsvertrages zu begründen.

So hat der Geschäftsführer der Beklagten, Herr P., nämlich ausdrücklich ausgeführt hat, dass Herr W. ihm gegenüber erklärt haben soll, dass die Ausfallgagge hinfällig wäre, wenn ein Vorschuss für das verlegte Konzert gezahlt würde. Darin könnte somit allenfalls ein modifiziertes Angebot zu sehen sein, welches sodann durch die Beklagte jedenfalls wiederum weder ausdrücklich, noch konkludent angenommen worden wäre. Konkrete Anhaltspunkte sind insoweit insgesamt nicht ersichtlich.

So hat der Geschäftsführer der Beklagten lediglich weiter ausgeführt, dass dies aus seiner Erinnerung heraus später auch irgendwo schriftlich festgehalten worden sei, ohne dies auch nur ansatzweise in dem gebotenen Umfang zu substantiieren. In Folge dessen lässt sich der Einlassung des Geschäftsführers der Beklagten schon nicht entnehmen, was später schriftlich festgehalten worden sein soll; das modifizierte Angebot oder aber eine entsprechende (formwirksame) übereinstimmende Vertragsänderung. Weiterer substantiierter Sachvortrag wurde diesbezüglich nicht gehalten.

Dass er das Angebot bereits im Rahmen des vermeintlichen Telefongesprächs angenommen haben will, hat er schon nicht behauptet.

Eine konkludente Annahme ist ebenfalls nicht ersichtlich. Zwar ist der genaue Zeitpunkt dieses vermeintlichen Telefongesprächs nicht bekannt. Dem nach dem 09.01.2017 folgenden und damit alleine in Frage kommenden E-Mail-Verkehr kann eine konkludente Annahme jedenfalls nicht entnommen werden. Insoweit wird auf die vorherigen Ausführungen Bezug genommen.

ddd) Auch ist es nicht im Zusammenhang mit der klägerischen E-Mail vom 25.01.2017 zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung gekommen.

Soweit die Klägerin die Beklagte mit E-Mail vom 25.01.2017 schließlich noch einmal dazu aufgefordert hat eine dahingehende Antwort abzugeben, ob das Besprochene in Form der klägerischen E-Mail vom 09.01 sowie des ersten Telefonates nunmehr Bestand habe oder nicht, erfolgte eine Reaktion der Beklagten auf diese E-Mail nicht mehr, so dass auch ein darin zu sehendes etwaiges neues Angebot der Klägerin durch die Beklagten nicht angenommen worden ist.

bb) Die Parteien haben die Absage der Konzerte auch nicht einvernehmlich besprochen.

Dabei hält die Beklagte in der Berufungsbegründung zunächst an ihrer ursprünglichen Behauptung, dass die Absage aus gesundheitlichen Gründen - wobei die Voraussetzungen tatsächlich unstreitig nicht gegeben waren - zwischen Herrn W. und dem Geschäftsführer der Beklagten besprochen worden sei, nicht mehr fest, sondern bezieht sich nunmehr alleine auf die Einlassung ihres Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung des Landgerichts vom 08.06.2017.

Aber auch aus dieser Einlassung ergibt sich in der gebotenen Gesamtschau gerade keine unbedingte einvernehmliche Absage bzw. Verlegung der Veranstaltung.

Zum einen hat der Geschäftsführer der Beklagten lediglich angegeben, mit Herrn W. über die Verlegung der Veranstaltung gesprochen zu haben, infolge dessen er dann die Veranstaltung abgesagt habe. Auch wenn eine Verlegung letztlich die Absage bedingt, hat der Geschäftsführer der Beklagten nichts dahingehendes vorgetragen, dass er mit Herrn W. über diese konkret,

insbesondere über den Zeitpunkt und die Begründung der Absage, gesprochen haben will. Ein unmittelbares ausdrückliches Einvernehmen bzgl. der Absage scheidet daher bereits dem Grunde aus.

Zum anderen hatten die Parteien zu diesem Zeitpunkt eine unbedingte Vertragsänderung gerichtet auf eine Verlegung der Veranstaltungen noch nicht getroffen. Insoweit wird zunächst auf die vorherigen Ausführungen vollumfänglich Bezug genommen. Aber gerade eine solche Verlegung war nach den Ausführungen des Geschäftsführers der Beklagten ausschließlicher Inhalt des Gespräches. Die Beklagte als ordentlicher Kaufmann konnte und durfte damit ohne eine ausdrückliche (unbedingte) Zustimmung durch die Klägerin nicht einfach davon ausgehen, dass die Klägerin gänzlich unabhängig von dem Abschluss einer solchen Änderungsvereinbarung mit einer dann nicht nach § 4 des Vertrages zu sanktionierenden Absage einverstanden ist. Eine solche Trennung hätte für die Klägerin nämlich dazu geführt, dass sie im Falle des Nichtabschlusses der Änderungsvereinbarung - wie dann letztlich tatsächlich geschehen - keinen Anspruch auf einen Ausgleich für die kurzfristige Absage der Veranstaltungen gehabt hätte und ggf. sogar insgesamt jegliche Vergütungsansprüche verloren hätte.

Daran vermag auch der Umstand nichts ändern, dass es sich für die Beklagte so dargestellt haben soll, dass die Klägerin sich bereits aktiv an der Suche nach neuen Termin beteiligt hat und es für die Beklagte auch keinesfalls abwegig gewesen sei, dass die Klägerin als Künstlerin ein eigenes Interesse daran gehabt habe, nicht lediglich das Honorar für ein Konzert vor sechs Zuschauern zu kassieren, sondern vor einem zahlreichen Publikum auftreten zu können.

Zwar mag es zutreffend sein, dass sich dies für die Beklagte so dargestellt hat. Gerade als Kaufmann hätte ihr allerdings ganz unabhängig von dem Fehlen der vereinbarten Schriftform klar sein müssen, dass eine unbedingte, verbindliche Vereinbarung zwischen ihr und der Klägerin noch nicht getroffen worden war und die Mitwirkung an der Suche von Ausweichterminen daher nicht eine Freistellung von den Folgen des § 4 des Vertrages beinhaltete, sondern die Klägerin aus Sicht des objektiven Empfängerhorizontes dadurch lediglich ihren Willen zum Ausdruck gebracht hat, den Abschluss der schwebenden Veränderungsvereinbarung zu ermöglichen. Gleiches gilt für das vermeintliche Interesse der Klägerin, vor zahlreichen Publikum auftreten zu können. Zwar mag auch dies zutreffend sein, eine konkludente Zustimmung der Klägerin zu einer gemäß § 4 des Vertrages unsanktionierten Veranstaltungsabsage kann dieser Mutmaßung aber keinesfalls entnommen werden.

Auch durfte die Beklagte nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) davon ausgehen, dass es sich um eine einvernehmliche Veranstaltungsabsage im Sinne einer Terminsverlegung gehandelt hat, weil es für sie vollkommen sinnlos gewesen wäre, einen Ausweichtermin zu suchen, wenn sie bereits für die verschobenen Konzerte die volle Gage und sodann für die neuen Termin eine weitere Gage an die Klägerin hätte zahlen sollen, es aus ihrer Sicht

vielmehr so gewesen sei, dass hier keine neuen, zusätzlichen Termine sondern Ersatztermine hätten gefunden werden sollen.

Diese Rüge der Beklagten geht bereits im Ansatz fehl, da sie nach dem Angebot der Klägerin lediglich für die neuen Termine die volle Gage hätte zahlen sollen. Für die verschobenen Termine hätte sie lediglich die bereits genannte Ausfallgage i.H.v. 1.800 € zahlen sollen. Dementsprechend sollten natürlich auch keine zusätzlichen Termine gefunden werden, sondern Ersatztermine. Dies steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit.

Darüber hinaus vermag auch dies nichts daran zu ändern, dass es gerade der Beklagten als Kaufmann hätte klar sein müssen, dass eine einvernehmliche Veranstaltungsabsage als Folge einer Terminsverlegung erst nach einer entsprechenden (schriftlichen) Änderungsvereinbarung, mit welchen Bedingungen auch immer, angenommen werden kann. Ein diesbezügliches Angebot der Klägerin hatte sie jedoch - wie bereits dargelegt - nicht angenommen. Ein schutzwürdiges Vertrauen, auf das sich die Beklagte berufen kann, ist damit nicht gegeben.

(4) Gemäß § 4 des zwischen den Parteien geschlossenen Gastspielvertrages steht der Klägerin gegen die Beklagte somit ein Anspruch auf Konventionalstrafe in Höhe der vereinbarten Gage und damit i.H.v. 10.000 € zu.

B.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 1, 713 ZPO.

C.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird auf 10.000,00 EUR festgesetzt.

D.

Die Revision war nicht zuzulassen. Gründe, die die Zulassung der Revision gemäß § 543 II 1 ZPO rechtfertigen würden, sind nicht gegeben.

Weder eine grundsätzliche Bedeutung der Sache (BVerfG, Urteil vom 23.04.2014, BvR 2851/13, NJW2014, 2417 [2419, Tz. 26-32]; BGH, Urteil vom 20.02.2014, NJW-RR 2014, 505) noch die Fortbildung des Rechts (BVerfG a.a.O. Tz. 33) oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (BVerfG a.a.O. [2420, Tz. 34]; BGH, Beschluss vom 27.03.2003, V ZR 291/12, NJW 2003, 1943) erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die Entscheidung weicht nicht von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung ab und betrifft einen Einzelfall, der grundlegende Rechtsfragen nicht aufwirft.