



Verkündet am 16.05.2012

JBe  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## Landgericht Düsseldorf

### IM NAMEN DES VOLKES

#### Urteil

In der Zivilsache

der Internet Online Media GmbH, vert. d. d. Gf., Hansaallee 299, 40549 Düsseldorf,  
Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:                      Rechtsanwälte Berger Rechtsanwälte,  
Barbarossaplatz 5, 40545 Düsseldorf,

g e g e n

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter:                      Rechtsanwalt Thorsten Wachs, Hüttweg 3,  
45881 Gelsenkirchen,

hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 11.04.2012  
durch die Richterin am Amtsgericht              als Einzelrichterin  
für Recht erkannt:

Die Klage wird unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 21.07.2010  
abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin, mit Ausnahme der durch die

Säumnis der Beklagten verursachten Kosten, welche die Beklagte trägt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, eine Vollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages vorläufig abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Klägerin bleibt nachgelassen, eine Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages vorläufig abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Klägerin bleibt nachgelassen, eine Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages vorläufig abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

#### Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 06.01.2009 einen sogenannten Online-Marketing-Vertrag zu den in der Anlage zur Klageschrift gemäß K 1 vorgelegten Konditionen. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten wird auf die Anlage K 1 zur Klageschrift Bezug genommen (Bl. 20 GA). Die Klägerin, die seinerzeit noch unter der Firma Viscomp GmbH tätig war, tritt seit dem 02.02.2009 unter der im Rubrum ersichtlichen Firmenbezeichnung auf. In dem Vertrag verpflichtete sich die Klägerin, für die Beklagte bei der Internetsuchmaschine Google eine Werbekampagne zu starten und zu verwalten. Online-Marketing über die Google-Suchmaschine erfolgt über die Verwendung bestimmter Suchbegriffe durch den Internetnutzer. Hierzu wollte die Beklagte sich der Sachkunde der Klägerin bedienen, die über eine eigene Datenbank mit bestimmten Suchbegriffen (sogenannten Keywords) verfügt. Die Klägerin verpflichtete sich aus dieser Liste bestimmte auf den Geschäftsbereich der Beklagten passende Schlüsselwörter zur Verfügung zu stellen und mit der von ihr ebenfalls zu erstellenden Werbeanzeige zur bereits bestehenden Internetpräsenz der Beklagten zu verbinden, indem sie diese in deren Internetauftritt einbrachte. Die Klägerin verpflichtete sich, eine oder mehrere Anzeigen für die Beklagte zu schalten und diese mit den Schlüsselbegriffen zu verknüpfen, die Klägerin war in diesem Zusammenhang sowohl für die Gestaltung der Anzeige sowie die Auswahl der Schlüsselbegriffe verantwortlich. Mit der Werbekampagne sollte die bereits bestehende Webseite der Beklagten im Raum Leipzig bei „google“ beworben werden. Im Zuge der Aufgabe der Klägerin war diese unter anderem auch gehalten,

für die Beklagte Google-Werbekonditionen auszuhandeln. Hierzu steht das System Google-Adwords zur Verfügung. Dabei handelt es sich um ein Bietverfahren. Es soll erreicht werden, dass die von der Klägerin zu erstellende Anzeige der Beklagten bei der Verwendung bestimmter Suchbegriffe durch den Internetnutzer rechts als Anzeige neben der eigentlichen Trefferliste bei Google erscheint. Ob die Anzeige eines Kunden bei Verwendung bestimmter Suchbegriffe – neben der Liste der eigentlichen Treffer – als Anzeige erscheint, hängt von diversen Faktoren ab, nämlich dem pro Klick gebotenen Preis einer Anzeige, darüber hinaus einem Ortsfaktor sowie der Qualität der Internetseite. Die Klägerin war verpflichtet für die Beklagte entsprechende Konditionen auszuhandeln und die Kampagne ständig zu optimieren, darüber hinaus sollte sie ein so genanntes Monitoring-System zur Verfügung stellen, mit welchem der Kunde die Kampagne taggenau verfolgen können sollte. Zu den Leistungen der Klägerin gehörte unter anderem die Erfassung des Grundwerbeprofils, die Recherche und Zuordnung weiterer Suchbegriffe – über die vom Kunden benannten hinaus über die eigene Wissensdatenbank, die Schaltung der Online-Werbekampagne bei Google, den passwortgeschützten Zugang zum Monitoring-System, ständige Pflege und Verwaltung und Anpassung des Kampagnenbudgets, ständige Pflege der Software, Vorhaltung eines Service-Centers für alle Fragen rund um den Vertrag.

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten wird auf die Anlage zum Internetsystemvertrag gemäß Blatt 22 der Gerichtsakten Bezug genommen.

Bereits mit Schreiben vom 26.03.2009 bat die Beklagte darum, aus dem Internetsystemvertrag entlassen zu werden. Schließlich ließ sie den Vertrag mit anwaltlichem Schreiben vom 14.07.2009 wegen arglistiger Täuschung anfechten. Hilfsweise erklärte sie die Kündigung zum nächstzulässigen Termin. Beides ließ sie mit anwaltlichem Schreiben vom 17.11.2009 gemäß der Anlage B 4 wiederholen (Bl. 53 bis 54 GA).

Die Klägerin meint, bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag handele es sich um einen Dienstvertrag. Sie behauptet weiterhin, sie habe die ihr nach dem Dienstvertrag obliegenden Pflichten erfüllt, insbesondere habe sie zugunsten der Beklagten ein Budget in einer Größenordnung von 7.200,00 Euro für die Werbekampagne adwords angelegt. Infolge dessen sei die von ihr erstellte Anzeige bis zum 01.07.2009 35627 mal auf der rechten Spalte von Google gelistet worden, wobei 1255 Internetnutzer die Webseite der beklagten Partei angesehen hätten. Daraufhin hätten 21 Internetnutzer bei der Beklagten angerufen und drei Internetnutzer hätten E-Mails versandt.

Mit der vorliegenden Klage beansprucht die Klägerin das Leistungsentgelt für die gesamte Vertragslaufzeit von einem Jahr in Höhe der Klageforderung.

Das Gericht hat unter dem 21.07.2010 die Beklagte mit Versäumnisurteil zur Zahlung von 8.209,81 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sowie weitere 302,10 Euro Schadenersatz nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.07.2009 verurteilt.

Gegen das am 16.08.2010 zugestellte Versäumnisurteil hat die Beklagte mit am 01.09.2010 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils abzuweisen.

Die Beklagte meint, es handele sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen Werkvertrag, infolge dessen sei sie berechtigt, ohne Angabe von Gründen das Vertragsverhältnis außerordentlich gem. § 649 BGB zu kündigen. Da die Klägerin trotz entsprechenden Hinweises seitens des Gerichts bislang zur Höhe der ihr infolge der Kündigung ersparten Aufwendungen nicht vorgetragen habe, sie aber auch ihrer Leistungspflicht nicht nachgekommen sei, unterliege die Klage der Abweisung. Die Beklagte meint weiter, der Vertrag sei jedenfalls unwirksam, da die Leistungsverpflichtung der Klägerin nicht hinreichend bestimmt aus dem Vertragstext hervorgehe.

#### Entscheidungsgründe:

Der Rechtsstreit ist nach statthaftem sowie rechtzeitigem Einspruch gegen das Versäumnisurteil in den Stand zurückversetzt, in welchem er sich vor der Säumnis der Beklagten befand, § 342 ZPO.

Das Versäumnisurteil ist aufzuheben und die Klage abzuweisen, da vor dem Hintergrund des nach mündlicher Verhandlung maßgeblichen streitigen Parteivorbringens die Klage nicht begründet ist, § 343 ZPO.

Zu Recht weist die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf hin, dass das

zwischen den Parteien geschlossene Vertragsverhältnis als Werkvertrag gem. § 631 BGB einzuordnen ist. Infolge dessen steht der Beklagten das Recht zur jederzeitigen unbefristeten Kündigung des Werkvertrages zu, § 649 BGB. Dies hat – da die Klägerin zu den Voraussetzungen eines Anspruches nach § 649 Satz 2 und 3 BGB – nicht hinreichend dargetan hat, die Abweisung der Klage zur Folge.

Zwar ist der Klägerin zuzugestehen, dass ihre vertragliche Verpflichtung eine gewisse Nähe zum Dienstvertrag aufweist. Indes hat der Bundesgerichtshof zu Internetsystemverträgen in der Vergangenheit wiederholt entschieden, dass es sich dabei um Werkverträge handele. Auch wenn die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes eine andere Vertragsgestaltung der Klägerin erfassten, so sprechen doch gewichtige Aspekte sowohl der Rechtssicherheit als auch im Übrigen dafür, keine andere Einordnung hinsichtlich der Verpflichtung zur Schaltung einer Werbekampagne vorzunehmen. Beiden Verträgen ist nämlich gemeinsam, dass die Klägerin einen Internetauftritt für ihre jeweiligen Kunden zu konzipieren hatte. Dass es sich bei den Internetsystemverträge um die Verpflichtung zur Erstellung einer Internetseite für den Kunden handelt, während die Klägerin vorliegend lediglich eine Werbeanzeige konzipieren und schalten sollte, führt zu keiner anderen Betrachtung. Denn auch darin liegt die Herstellung eines Werkes im Sinne des § 631 Abs. 1 BGB.

Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang lediglich den so genannten Access-Provider-Vertrag als Dienstvertrag qualifiziert, wohingegen der so genannte Application-Service-Providing-Vertrag als Mietvertrag eingeordnet wurde. Schließlich hat der Bundesgerichts auch zu verschiedenen gemischten Vertragstypen ausgeführt und dargestellt, dass selbst dann wenn sich die Leistungspflicht des Anbieters auf die Beschaffung und Registrierung einer vom Kunden gewünschten Internet-Domain beschränke, der Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren sei, der eine entgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe (BGH Urteil vom 04.03.2010, III ZR 79/09, Rdz. 17 ff., 22 f.) Für Verträge welche ausschließlich die Wartung und Pflege von Software zum Gegenstand hätten liege eine Qualifizierung als Werkvertrag dann nahe, wenn sie auf einen Tätigkeitserfolg gerichtet seien. Stehe jedoch die laufende Serviceleistung im Vordergrund und fehle eine Erfolgsausrichtung, so handele es sich um einen Dienstvertrag. Für Verträge, die in einzelnen Elementen Bezüge zu mehreren der im einzelnen erwähnten Vertragstypen aufwiesen hat der Bundesgerichtshof auf deren Schwerpunkt abgestellt (BGH a.a.O., Rdz., 23).

Schuldet der Anbieter Domainservice und Webdesign, so handelt es sich dabei um Leistungen werkvertraglicher Art. Auch ein sogenanntes Web-Hosting ist als werkvertragliche Leistung qualifiziert worden, da es in erster Linie dazu diene, die Abrufbarkeit der Webseite des Kunden im Internet zu gewährleisten und in diesem Sinne einen Erfolg herbeizuführen, somit weder als ein bloßes Tätigwerden noch

lediglich als die Gebrauchsüberlassung von Speicherplatz angesehen werden könne. Im Lichte dieser prägenden Zweckrichtung sei schließlich auch die vertraglich vereinbarte Beratungs- und Betreuungspflicht der Klägerin zu würdigen; auch diese zielen auf die Gewährleistung der Abrufbarkeit einer von der Klägerin erstellten und betreuten Internetpräsentation des Kunden ab (BGH a.a.O, Rdz. 26). Schließlich hat der Bundesgerichtshof auf die Nähe zu Werbeverträgen verwiesen, etwa zu Verträgen über die öffentliche Präsentation von Werbespots/Videoclips auf einem öffentlichen Videoboard oder über Werbeanzeigen im Telefonbuch (BGH Urteil vom 04.03.2010 III ZR 79/09, zitiert nach Juris, Rdz. 27 m.w.N.).

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen gilt, dass die Klägerin zur Erstellung einer Werbeanzeige für die Beklagte verpflichtet war, ebenso wie zu deren Verknüpfung mit einem bestehenden Werbesystem eines Internetanbieters. Darin liegt die Verpflichtung zur Erbringung eines Erfolges im Sinne des § 631 Abs. 1 BGB.

Dass die Klägerin daneben auch verpflichtet war, für die Beklagte die Werbekonditionen bei Google auszuhandeln, und die Seite laufend zu pflegen führt zu keinem anderen Ergebnis, auf die obigen Ausführungen wird insoweit verwiesen. Wartung und Überwachung dienen auch hier dem Ziel, den Werbeauftritt der Beklagten zu bestmöglichen Konditionen aufrechtzuerhalten.

Ob es sich dabei um die Internetseite als solche handelt oder um den Entwurf und die Fertigung einer Werbeanzeige für eine bereits bestehende Internetseite, spielt für die Einordnung keine entscheidende Rolle. Beiden Vertragsgestaltungen ist hingegen gemein, dass sie neben der Verpflichtung zur Erbringung des eigentlichen Werkes auch dienstvertragliche Elemente enthalten, nämlich unter anderem das Vorhalten eines Servicedienstes sowie des so genannten Monitoring-Systems. Dabei handelt es sich jedoch um Nebenpflichten, welche für die Einordnung keine entscheidende Rolle spielen, denn der Vertrag erhält seinen maßgeblichen Charakter durch die Verpflichtung zur Gestaltung einer Werbeanzeige. In diesem Zusammenhang hatte die Klägerin Tätigkeiten zu entfalten die geeignet waren, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, nämlich das Herausfiltern geeigneter Suchbegriffe und deren Einbringung in die Werbeanzeige. Darauf, dass ein bestimmter Werbeeffekt nicht geschuldet war, kommt es für die Einordnung nicht an, denn dies ist nicht erforderlich, um einem Vertrag den Charakter eines Werkvertrages beilegen zu können. Auf die oben dargestellte Rechtsprechung zu Werbeverträgen wird verwiesen.

Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist dasjenige, wonach bei einem Dienstvertrag keine Gewährleistungsverpflichtung bestehen soll, der Kunde hat damit grundsätzlich keinen Anspruch auf Nachbesserung, Minderung oder dergleichen, ihm

bleibt nur die Möglichkeit einen Schaden darzutun oder die völlige Unbrauchbarkeit der erbrachten Leistung ins Feld zu führen. Vor diesem Hintergrund werden nach ständiger Rechtsprechung sowohl ärztliche Behandlungsverträge, und zwar auch solche bei Operationen, als auch Anwaltsverträge – abgesehen von Aufträgen zur Erstattung von Gutachten – als Dienstverträge qualifiziert. Unbeschadet einer möglichen Schlechtleistung bleibt der Vertragspartner bei diesen höchstpersönlichen Leistungen zur Entrichtung des vollen Entgeltes verpflichtet. Diese Überlegungen lassen sich auf den vorliegenden Vertrag indes nicht übertragen. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Klägerin nicht berechtigt sein sollte, Vergütung zu beanspruchen unbeschadet der Frage, ob die von ihr erbrachten Leistungen überhaupt tauglich waren, das geschuldete Ergebnis herbeizuführen. Die Beklagte hätte durchaus Nachbesserung sowohl hinsichtlich der Gestaltung der Werbeanzeige als auch bezüglich der Werbekonditionen verlangen können, es ist jedenfalls kein Grund ersichtlich, weshalb ihr dies hätte verwehrt bleiben sollen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Klägerin für den Eintritt eines bestimmten Erfolges in Form eines Werbeeffektes einzustehen haben sollte. Dies war nicht der Fall, eine solche Verpflichtung konnte die Klägerin auch nicht übernehmen, der geschuldete Erfolg im Sinne des § 631 Abs. 1 BGB war die Erstellung der Werbeanzeige.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die vertragliche Verpflichtung der Klägerin auch hinreichend bestimmt. Aus der zu den Akten gereichten Anlage zum Vertrag ergibt sich diese mit hinreichender Deutlichkeit. Zwar vermag sich der Laie ohne die Konkretisierungen in den anwaltlichen Schriftsätzen unter den dort verwendeten Begriffen nur wenig vorzustellen, dies führt indes nicht dazu, dass die Leistungsverpflichtung als unbestimmt angesehen werden müsste, denn beide Parteien haben den Vertragsinhalt übereinstimmend wie dargestellt aufgefasst. Die Beklagte wird wohl kaum behaupten können, sie habe einen Vertrag mit Entgeltverpflichtung abgeschlossen ohne gewusst zu haben, was sie damit eigentlich bezwecke. Die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes hat die insoweit darlegungsbelastete Beklagte nicht hinreichend dargestellt.

Der wirksame Vertrag ist durch die Kündigung der Beklagten gemäß § 649 BGB wirksam beendet worden, eines Grundes hierzu bedarf es nicht.

Das Recht zur jederzeitigen Kündigung des Werkvertrages ist nicht angesichts der vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der dort aufgeführten Vertragslaufzeit in Verbindung mit der Vorleistungspflicht des Auftraggebers konkludent ausgeschlossen worden. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofes im Urteil vom 24.03.2011 (VII ZR 111/10, zitiert nach Juris Rdz. 9 m.w.N.) Bezug genommen. Der vorliegende Fall führt zu keiner anderen Betrachtung.

Da die insoweit darlegungsbelastete Klägerin zur Höhe der ihr infolge der Kündigung ersparten Aufwendungen nicht dargelegt hat, kann sie auch keine Vergütung gem. § 649 BGB beanspruchen, auch nicht in Höhe des gesetzlichen Prozentsatzes von 5 %. Voraussetzung für den Anspruch auf die Pauschale von 5 % ist nämlich nach § 649 Satz 3 BGB, dass der Unternehmer die auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallende vereinbarte Vergütung zunächst einmal darlegt. Er muss auf der Grundlage der vertraglichen Vergütungsvereinbarung darlegen, welcher Teil der vereinbarten Vergütung auf die erbrachten und welcher Teil auf die nicht erbrachten Leistungen entfällt. Daran fehlt es. Der Gesetzgeber hat mit der Neufassung des § 649 BGB die sekundäre Darlegungslast des Werkunternehmers nicht erleichtern wollen (BGH Urteil vom 28.07.2011 VII ZR 223/10, Rdz. 14).

Letztlich ist darauf zu verweisen, dass selbst dann, wenn es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um einen Dienstvertrag handeln sollte, die Verpflichtung der Beklagten zur Entrichtung des Endgeltes gleichwohl nicht bestehen würde. Dies folgt daraus, dass die Klägerin den ihr obliegenden Beweis ihrer Behauptung, sie habe Leistungen erbracht, nicht angetreten hat. Dies geht zu ihren Lasten.

Die Klage unterliegt daher mit der Kostenfolge aus § 91, § 344 ZPO der Abweisung.

Die vorläufige Vollstreckbarkeitsentscheidung folgt aus §§ 708 Nr. 11 2. Alternative, 711 ZPO.

Streitwert: bis 9.000,00 Euro.

Richterin am Amtsgericht  
Als Einzelrichterin