

16

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 133 (B), 157 (c)

Zur Auslegung eines Werbeagenturvertrages.

BGH, Urt. v. 24. April 1986 - IX ZR 37/85 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 37/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
24. April 1986
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Firma MWA M [REDACTED] - und W [REDACTED] GmbH, vertreten durch
den Geschäftsführer Michael P. D [REDACTED], P [REDACTED]straße [REDACTED]
L [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma H. K [REDACTED] GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer
Heinrich K [REDACTED] und Helga K [REDACTED], F [REDACTED]-E [REDACTED]-
Straße [REDACTED], L [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. April 1986 durch die Richter Fuchs, Zorn, Henkel, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 9. Januar 1985 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte, die Heizungs- und Lüftungsanlagen nebst Zubehör herstellt, übertrug der Klägerin, einer Marketing- und Werbeagentur, im Jahre 1982 die Marketingberatung sowie die Vorbereitung und Durchführung von Werbemaßnahmen. Der auf den 1. Juni 1982 datierte Vertrag – ein von der Beklagten gegengezeichnetes Schreiben der Klägerin – lautet auszugsweise:

"Sie haben uns mit der generellen strategischen Marketing-Beratung sowie der Planung, Gestaltung und agenturmäßigen Durchführung



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

der Werbung und Verkaufsförderung für die Produkte Ihres Hauses beauftragt.

Im einzelnen wurden folgende Vereinbarungen getroffen:

I. Geltungsbereich

...

II. Agenturleistungen

Die unter Punkt V. näher beschriebene Agenturvergütung enthält folgende Leistungen.

1. Generell

Wir verpflichten uns zu fachlich qualifizierter und den Aufgaben angemessener kontinuierlicher Beratung einschließlich der Durchführung der notwendigen Besprechungen.

...

2. Mithewerb

...

3. Strategie

Wir erarbeiten für Sie auf Basis der Bestandsaufnahme und anschließender Analyse die Kommunikationsstrategie und Werbekonzeption, wählen gegebenenfalls die Werbemittel und Werbeträger aus, stellen einen Werbeetat auf und überwachen ihn in Abstimmung mit Ihnen.

4. Realisierung

40. Wir schreiben die Texte für die verschiedenen Werbemittel wie Anzeigen, Prospekte, Broschüren, Werbebriefe etc. (einschließlich der Drehbücher für Werbefunk, Werbefilme etc.).

41. Wir erarbeiten die Layouts für die verschiedenen Werbemittel.

42. Wir erstellen die notwendigen Zeichnungen, Illustrationen etc.

5. Herstellung

50. Wir holen Angebote von Druckereien, Filmproduktionsgesellschaften, Fotografen usw. ein, vergleichen sie, beraten Sie bei der Auswahl und Auftragsvergabe und überwachen die Produktion und Abwicklung erteilter Aufträge.

51. Nach Ihrer Genehmigung der Angebote erteilen wir in Ihrem Namen die Aufträge für die Herstellung der Werbemittel (Druck, Tonbänder, Lithografien etc.).

52. Wir prüfen die Werbemittel in Bezug auf Format, Reproduktionen und Druck.

53. Wir beschaffen die für die Realisierung notwendigen Fremdarbeiten.

6. Werbemittelstreuung

...

7. Kontrolle und Verwahrung

...

III. Zusätzliche Agenturleistungen

Über die Leistungen wie unter II. beschrieben hinaus übernehmen wir auf Ihren Wunsch weitere Aufgaben (Leistungsvergütung lt. Punkt V. Absatz 5).

1. Wir beraten Sie - so gewünscht - bei der Entwicklung von Marketing-Analysen, Marketing-Strategien und Marketing-Plänen.

2. Verkaufsförderung

Wir übernehmen die konzeptionelle Entwicklung, Erarbeitung und Realisierung von Verkaufsförderungsmaßnahmen.

3. Packungsentwicklung

...

4. Sonstiges

...

42. Wir stellen Drehbücher für Dokumentarfilme und Tonbandschauen her.

43. Wir erarbeiten auf Ihren Wunsch Texte für Bedienungsanteile, Hauszeitschriften, Jubiläumszeitschriften usw.

IV. Agenturpflichten

...

2. ... (Verbot der werblichen Betreuung von Konkurrenzprodukten)

...

6. Wir übertragen Ihnen alle Nutzungsrechte für alle Nutzungsarten an allen Ideen und Gestaltungen, die wir im Rahmen dieser Vereinbarung für Sie entwickeln und einsetzen. Das gilt für Schriftwerke, Werke der Tonkunst, Abbildungen und Zeichnungen jeder Art, Werke der bildenden Künste und der Fotografie, soweit sie von der Agentur erstellt worden sind.

...

V. Leistungsvergütung

1. Für die Leistungen entsprechend Punkt II. Absatz 1, 2 und 3 zahlen Sie uns

ein monatliches Beratungs-Honorar in Höhe von DM 2.750,-- zuzüglich Mehrwertsteuer. Das Honorar ist zahlbar auf Basis vorliegender Rechnungen jeweils am Anfang des betreffenden Monats.

2. Die unter Punkt II. Absatz 4 und III. Absatz 1, 2, 3 und 4 genannten Arbeiten sind Leistungen, die von uns auf der Basis unserer jeweils gültigen Preisliste honoriert werden, die Bestandteil dieses Vertrages ist.

...

Sie verpflichten sich, alle Aufträge der in Punkt II. und III. Absatz 2, 3 und 4 bezeichneten Art über uns abzuwickeln.

In Arbeiten entsprechend Punkt III. Absatz 1 werden Sie uns nach Möglichkeit involvieren.

3. Für Herstellungsarbeiten, die außerhalb unseres Hauses durchgeführt werden (Punkt II. Absatz 5), stellen wir Ihnen auf die von den Auftragnehmern berechneten Fremdkosten ein Agenturhonorar von 17,65 % zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung.
4. ...
5. Für Kosten, die durch Änderung oder Stornierung ordnungsgemäß erteilter Aufträge entstehen bzw. in Ausführung der betreffenden Aufträge bis zum Zeitpunkt der Stornierung entstanden sind, gewähren Sie uns bzw. Dritten eine angemessene Aufwandsentschädigung auf Basis der in der Preisliste enthaltenen Stundensätze.

6. ...

VI. Zahlungsmodalitäten

...

VII. Vertragsdauer

..."

Der Vereinbarung war nach der Darstellung der Klägerin eine Honorar-Übersicht beigelegt, aus der sich die Vergütungssätze für Agenturleistungen ergaben, die nicht durch das vereinbarte Pauschalhonorar abgegolten waren.

Neben einer Planung der "Marketing-Strategie und -Aktivitäten 1983", die die Grundlage für die Tätigkeit der Agentur bis Ende 1983 bilden sollte, erarbeitete die Klägerin ein Konzept für "PR-Aktivitäten 2. Halbjahr 1983", das sie der Beklagten am 7. Juni 1983 präsentierte. Die Beklagte lehnte das Public-Relations-Konzept durch Schreiben vom 5. und 28. Juli 1983 ab. Nachdem die Klägerin für das Konzept durch Zwischenabrechnung vom 27. Juli 1983 zunächst eine Vergütung von 2.497,50 DM zuzüglich Mehrwertsteuer gefordert hatte, stellte sie der Beklagten am 1. August 1983 einen nach Stundensätzen berechneten Betrag von 12.250 DM nebst Mehrwertsteuer in Rechnung. Sie kündigte das Vertragsverhältnis durch Schreiben vom 12. August 1983 zum 31. Dezember 1983.

Die Beklagte übermittelte im Dezember 1983 ihren Kunden, vor allem Architekten, Arbeitsmappen mit Werbematerial, das sie unter Verwendung von Vorarbeiten der Klägerin selbst hergestellt hatte oder durch Dritte hatte herstellen lassen.

Mit der Klage fordert die Klägerin 13.965 DM nebst Zinsen als Vergütung für das PR-Konzept. Sie behauptet, die Beklagte habe sie während der Besprechungen am 28. Dezember 1982 und 22. Februar 1983 beauftragt, dieses Konzept zu erstellen. Sie habe es in Abstimmung mit der Beklagten erarbeitet; deren Vertreter habe es am 7. Juni 1983 gebilligt und abgenommen. Die Ausarbeitung eines PR-Konzepts habe nicht zu den Aufgaben gehört, die ihr durch den Vertrag vom 1. Juni 1982 übertragen worden seien. Diese Leistung werde insbesondere nicht durch das darin vereinbarte Pauschalhonorar abgegolten; sie sei vielmehr gesondert zu vergüten. Für die Berechnung der Vergütung nach Stundensätzen beruft sich die Klägerin auf Punkt V 5 des Vertrages vom 1. Juni 1982 und auf folgende Bestimmung der Honorar-Übersicht:

"Die Stornierung eines Werbemittels während der Arbeitsphase bedingt die Abrechnung der bis dahin entstandenen Kosten entsprechend unseren Stundensätzen."

Sie behauptet, die so errechnete Vergütung sei auch üblich und angemessen.

Weiterhin macht die Klägerin einen Schadensersatz- und Auskunftsanspruch mit der Begründung geltend, die Beklagte habe durch die Herstellung des im Dezember 1983 verteilten Werbematerials ihre Verpflichtung aus Punkt V 2 Absatz 2 des Vertrages vom 1. Juni 1982 verletzt. Als entgangenen Gewinn fordert sie 27.230,99 DM nebst Zinsen; diesen Betrag hätte nach ihrer Behauptung die Beklagte für Arbeiten der Agentur zahlen müssen, wenn sie die Klägerin entsprechend dem Vertrag mit der "Realisierung" der Werbemittel beauftragt hätte. Als Honorar für die Vergabe und Überwachung von Fremdleistungen, die zur Herstellung der Werbemittel erforderlich waren, hätte die Beklagte nach dem Vortrag der Klägerin weitere 17,65 % der Fremdkosten zuzüglich Mehrwertsteuer entrichten müssen. Zur Vorbereitung eines bezifferten Schadensersatzanspruchs wegen dieses entgangenen Betrages verlangt die Klägerin Auskunft über die Produktionskosten des von der Beklagten verteilten Werbematerials unter Vorlage der Lieferantenrechnungen.

Im ersten Rechtszug forderte sie außerdem das vereinbarte Pauschalhonorar für die Monate Oktober bis Dezember 1983 in Höhe von 6.270 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht gab der Klage nur im letzten Punkt statt und wies sie im übrigen ab. Die Berufung der Klägerin war erfolglos.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die abgewiesenen Ansprüche weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

I.

Der Berufungsrichter meint, die Klägerin könne eine Vergütung für die Entwicklung des Public-Relations-Konzepts schon deshalb nicht verlangen, weil diese Leistung bereits vom Beratervertrag umfaßt und durch die Zahlung der monatlichen Pauschale abgegolten sei. In dem Vertrag habe sich die Klägerin unter anderem verpflichtet, bei der "strategischen Beratung ... der Werbung und Verkaufsförderung der Produkte" der Beklagten tätig zu werden. Dadurch sei auch der von ihr gefertigte Entwurf abgedeckt. Werbung und Public-Relations seien zwar nicht dasselbe. Dennoch sei auch Public-Relations-Arbeit, zumindest in der Ausgestaltung des von der Klägerin entwickelten Konzepts, von dem Beratervertrag umfaßt. Die Pflege der Beziehungen eines Unternehmens zur Öffentlichkeit könne verschiedene Zwecke verfolgen; es könne zum Beispiel darum gehen, dem angeschlagenen Ansehen eines Unternehmens aufzuhelfen oder die Arbeitsbedingungen in einem Unternehmen in günstigerem Licht erscheinen zu lassen, um geeignete Arbeitskräfte zu finden. Ob eine solche Aufgabe von dem Beratervertrag umfaßt sei, möge fraglich erscheinen. Das von der Klägerin entwickelte Konzept habe aber eine andere Zielrichtung, nämlich Verkaufsförderung. Von gewöhnlicher Werbung durch Anzeigen oder Reklametafeln unterscheide sie sich nur dadurch, daß die Werbung auf mittelbarem Wege angestrebt werde; Zeitungen und Fachzeitschriften

sollten über Produkte des Unternehmens berichten und dadurch wegen der (vermeintlichen) Objektivität ganz besondere Werbewirksamkeit entfalten. Wenn damit auch ein mittelbarer Weg beschritten werde, bleibe es doch dabei, daß das Ziel der Maßnahmen Verkaufsförderung sei. Es gehe um "Strategisches", nämlich die Entwicklung eines Konzepts. Eben dazu habe sich die Klägerin aber vertraglich verpflichtet; Punkt II 3 des Vertrages spreche sogar davon, daß eine "Kommunikationsstrategie" erarbeitet werden solle. Hinzu komme, daß die Klägerin aufgrund eines Schreibens der Beklagten vom 21. März 1983 habe wissen können, daß diese eine Einflußnahme auf Zeitungs- und Zeitschriftenredaktionen als vom Beratervertrag umfaßt angesehen habe; das ergebe sich daraus, daß sie die Klägerin aufgefordert habe, dazu geeignete Aktivitäten zu entfalten, ohne in irgendeiner Weise anklingen zu lassen, daß sie dafür den Abschluß eines gesonderten Vertrages für erforderlich halte. Die Klägerin hätte deshalb die Beklagte darauf hinweisen müssen, wenn sie entgegen deren erkennbar abweichenden Vorstellungen den Entwurf eines Public-Relations-Konzepts als außerhalb des Beratervertrages liegend angesehen habe. Auf die Frage, ob der Klägerin überhaupt der Auftrag erteilt worden sei, nicht nur auf Zeitungsredaktionen einzuwirken, sondern sogleich ein ganzes Konzept zu entwickeln, komme es danach nicht mehr an.

1. Mit dieser Begründung läßt sich der Vergütungsanspruch der Klägerin nicht verneinen. Die Entscheidung beruht auf der Auslegung des Vertrages vom 1. Juni 1982, daß das PR-Konzept zu den mit dem pauschalen Beratungshonorar abgolgten Leistungen der Klägerin gehöre. Das Revisionsgericht kann die Auslegung eines Individualvertrages durch den

Tatrichter nur darauf nachprüfen, ob gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung hält dieser beschränkten rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Verletzt sind die §§ 133, 157 BGB.

Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Verträge sind gemäß § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Nach beiden Vorschriften setzt die Auslegung voraus, daß der maßgebliche Erklärungstatbestand zutreffend erfaßt wird, wenn - wie hier - ein übereinstimmender Parteiwille nicht festgestellt ist, der ohne Rücksicht auf den objektiven Erklärungsinhalt für die Auslegung verbindlich wäre (vgl. dazu BGHZ 71, 243, 247; BGH, Urt. v. 26. Oktober 1983 - IVa ZR 80/82, NJW 1984, 721 = WM 1984, 91). Dieser Grundsatz ist mehrfach verletzt.

a) Der Berufungsrichter geht von dem im Berufungsurteil nur unvollständig wiedergegebenen Eingangssatz des Vertrages vom 1. Juni 1982 aus. Er wertet das PR-Konzept als Strategie der Verkaufsförderung, deren Erarbeitung zu dem in der Vertragseinleitung umschriebenen Aufgabenbereich der Klägerin gehöre. Dieser Ausgangspunkt ist unrichtig.

Das pauschale Beratungshonorar der Klägerin ist in Punkt V 1 des Vertrages geregelt. Welche Leistungen damit abgegolten werden, ist daher in erster Linie dieser Vertragsbestimmung zu entnehmen, allerdings unter Berücksichtigung des gesamten sonstigen Vertragsinhalts, soweit er für das Verständnis der Bestimmung von Bedeutung sein kann.

Bereits der Wortlaut der Bestimmung ergibt, daß das Beratungshonorar lediglich das Entgelt für die in Punkt II 1 bis 3 des Vertrages bezeichneten Agenturleistungen darstellt. Aus Punkt V 2 bis 6 und Punkt III des Vertrages folgt, daß weitere Leistungen, die zum vertraglichen Aufgabenkreis der Klägerin zählten, gesondert zu vergüten waren. Das ergibt auch die Honorar-Übersicht, die nach dem Vortrag der Klägerin Vertragsinhalt geworden ist; von diesem Vortrag ist für das Revisionsverfahren auszugehen, weil der Berufungsrichter zu diesem Punkt keine abweichenden Feststellungen getroffen hat.

Da das Beratungshonorar somit nur einen Teil der Agenturleistungen vergüten sollte, die Gegenstand des Vertrages vom 1. Juni 1982 waren, läßt sich der Abgeltungsbereich des Honorars von vornherein nicht durch den Eingangssatz des Vertrages abgrenzen, der den gesamten vertraglichen Aufgabenkreis der Klägerin einschließlich der gesondert zu vergütenden Agenturleistungen umreißt.

Wäre das PR-Konzept - wie der Berufungsrichter annimmt - ein strategisches Konzept der Verkaufsförderung, wäre Punkt III 2 i.V.m. Punkt V 2 Absatz 1 des Vertrages zu berücksichtigen. Danach gehört die konzeptionelle Entwicklung, Erarbeitung und Realisierung von Verkaufsförderungsmaßnahmen zu den gesondert zu vergütenden Agenturleistungen. Das hat der Berufungsrichter nicht beachtet.

b) Seine Auffassung, mit dem PR-Konzept habe die Klägerin eine Kommunikationsstrategie im Sinne des Punktes II 3 des Vertrages erarbeitet, beruht ebenfalls auf einer unzureichenden Auslegung des Vertragstextes.

Richtig ist der Ausgangspunkt: Gehörte das PR-Konzept zu den in Punkt II 3 des Vertrages umschriebenen Agenturleistungen, wäre es gemäß Punkt V 1 des Vertrages durch das monatliche Pauschalhonorar abgegolten. Dieses Ergebnis läßt sich aber nicht in der Weise begründen, daß aus Punkt II 3 des Vertrages ein einzelner Begriff ("Kommunikationsstrategie") herausgegriffen wird, ohne seine Bedeutung aus dem Zusammenhang des Vertrages und sonstigen für die Auslegung bedeutsamen Umständen zu erschließen.

Wie schon der Eingangssatz des Vertrages ergibt, hat die Beklagte der Klägerin bestimmte Aufgaben aus den Bereichen des Marketing, der Werbung und der Verkaufsförderung übertragen. Punkt III 42 und 43 des Vertrages sowie die Honorar-Übersicht sprechen dafür, daß weiterer Vertragsgegenstand zumindest einzelne Aufgaben aus dem Bereich der Public-Relations waren. Nach Punkt III 42 und 43 war die Klägerin verpflichtet, auf Wunsch Drehbücher für Dokumentarfilme und Tonbandschauen sowie Texte für Hauszeitschriften und Jubiläumszeitschriften zu erarbeiten. Das sind Maßnahmen, die im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum den Public-Relations zugerechnet werden (vgl. Hundhausen in Tietz, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichw. "Public-Relations" Spalte 1796; Gablers Wirtschaftslexikon, 10. Aufl. Stichw. "Public-Relations" unter V.). Die Honorar-Übersicht enthält im Abschnitt "Streumittel" einen Vergütungssatz für PR-Beiträge.

Welchen Ausschnitt aus diesem weit gefaßten Aufgabenkreis Punkt II 3 des Vertrages umschreibt, bedurfte eingehender Prüfung. Das Berufungsurteil läßt die dazu erforderliche Klärung der im Vertrag verwendeten Begriffe vermissen.

Nach wirtschaftswissenschaftlichem Sprachgebrauch bezeichnet Marketing die Ausrichtung der gesamten Unternehmensaktivitäten auf den Markt mit dem Ziel einer Befriedigung der Kundenbedürfnisse und deren Beeinflussung (vgl. Hill in Tietz, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichw. "Marketing"; Gablers Wirtschaftslexikon, Stichw. "Marketing"). Werbung, Verkaufsförderung und Public-Relations sind dagegen Marketing-Instrumente neben anderen (vgl. Hill aaO unter II 3; Topritzhofer in Tietz, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichw. "Marketing-Mix"), also dem Marketing ein- und untergeordnet. Ihnen gemeinsam ist die Absicht, die Einstellung der Öffentlichkeit oder bestimmter Zielgruppen zugunsten des Unternehmens oder seiner Produkte zu beeinflussen. Bei allen im Vertrag bezeichneten Aufgabebereichen der Klägerin sind daher Kommunikationsprobleme zu lösen. Der planmäßige Einsatz der Instrumente im Dienst der Marketing-Ziele erfordert jeweils die Erarbeitung einer besonderen Kommunikationsstrategie als Teil der Planung für die Werbung, Verkaufsförderung oder Öffentlichkeitsarbeit des Unternehmens.

Die in Punkt II 3 des Vertrages neben der Erarbeitung einer Kommunikationsstrategie bezeichneten Leistungen der Klägerin betreffen die Werbung (Erarbeitung einer Werbekonzeption, Auswahl der Werbemittel und Werbeträger, Aufstellung und Überwachung eines Werbeetats). Das deutet darauf hin, daß auch die Kommunikationsstrategie diesem Bereich zuzuordnen ist. Dafür sprechen auch Punkt III 1 und 2 i.V.m. Punkt V 2 Absatz 1 des Vertrages. Nach diesen Bestimmungen waren die Entwicklung von Marketing-Strategien und Marketing-Plänen sowie die konzeptionelle Entwicklung von

Verkaufsförderungsmaßnahmen gesondert zu vergüten. Kommunikationsstrategien, die Bestandteile dieser Pläne und Konzepte sind, können daher bei einer Gesamtschau der vertraglichen Regelungen nicht zu den pauschal vergüteten Leistungen im Sinne des Punktes II 3 des Vertrages gerechnet werden. Wenn man - wie der Berufungsrichter - das PR-Konzept der Verkaufsförderung zurechnet, bietet mithin der Vertragstext keine ausreichende Grundlage, das Konzept als Leistung im Sinne dieser Vertragsbestimmung anzusehen.

c) Von Auslegungsfehlern beeinflusst ist indessen auch die Ansicht des Berufungsrichters, das PR-Konzept sei als "strategische Beratung der Verkaufsförderung" zu werten. Es fehlen ausreichende Feststellungen zu der Frage, welche Bedeutung diese Begriffe im Rahmen des Vertrages haben, sowie eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt des PR-Konzepts.

Dem Zusammenhang der Urteilsgründe ist zu entnehmen, daß der Berufungsrichter den Begriff "Verkaufsförderung" weit faßt; er rechnet dazu alle Maßnahmen, die eine Werbewirkung für die Produkte der Beklagten entfalten sollen. Dagegen bestehen Bedenken. Das wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum verwendet den Begriff in unterschiedlichen Bedeutungen. In seiner weitesten Fassung wird er dem Marketing nahezu gleichgesetzt; in seiner engsten Form schließt er nur Maßnahmen ein, die bei der unmittelbaren Konfrontation des Kunden mit dem Produkt, insbesondere in Laden- und Ausstellungsräumen, ansetzen (vgl. dazu Wagner in Tietz, Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, Stichw. "Verkaufsförderung" unter I 1 und II a). Danach wäre die Auslegung des Berufungsrichters nicht von vornherein unmöglich. Indessen ent-

hält der Vertragstext Anhaltspunkte, daß die Parteien den Begriff in einem engeren Sinne verstanden haben als der Berufungsrichter. Die Verkaufsförderung wird schon im Eingangssatz des Vertrages neben dem Marketing und der Werbung besonders erwähnt und damit als eigener Aufgabenbereich gekennzeichnet. Während der Klägerin in Bezug auf das Marketing nur die "generelle strategische Beratung" obliegen sollte, hat sie für die Verkaufsförderung wie für die Werbung "die Planung, Gestaltung und agenturmäßige Durchführung", also weitergehende Leistungen, übernommen. Die begriffliche Unterscheidung von Werbung und Verkaufsförderung, wie sie auch den Regelungen in Punkt II 3 bis 7 einerseits und Punkt III 2 andererseits zugrunde liegt, spricht gegen eine Gleichsetzung von Werbung und Verkaufsförderung. Berücksichtigt man ferner die im Abschnitt "Werbemittel der Verkaufsförderung" der Honorar-Übersicht aufgeführten Maßnahmen (Aufstellplakate, Ladenplakate, Bodenaufsteller, dreidimensionale Displays, Warencontainer, Schüttkörbe, stumme Verkäufer, Tür- und Fensterkleber, Regalstopper, Verkaufsprospekte, Tragetaschen), so liegt die Annahme nahe, daß hier Verkaufsförderung im engsten Sinne gemeint war.

Für das Revisionsverfahren ist zugunsten der Klägerin von dieser engen Bedeutung auszugehen, weil der Berufungsrichter weder einen abweichenden Parteiwillen noch eine andere verkehrsübliche Verwendung des Begriffs in Verträgen mit Werbeagenturen (§ 157 BGB) festgestellt hat. Dann aber kann das PR-Konzept nicht der Verkaufsförderung zugerechnet werden. Es bezweckt eine gezielte Beeinflussung der redaktionellen Presseberichterstattung über Produkte und das Unternehmen der Beklagten. Neben der allgemeinen Zielset-

zung, den Zielgruppen und der Strategie beschreibt es auch Einzelheiten der taktischen Umsetzung der vorgeschlagenen Strategie. In einer ersten, im Juli 1983 beginnenden Phase sollten in regelmäßigen Abständen insgesamt fünf Pressemitteilungen nebst Fotomaterial und einem dem jeweiligen Motto der Mitteilung entsprechenden Werbegeschenk an im einzelnen aufgelistete Redaktionen der Fachpresse, der Regional- und Lokalpresse sowie der Wirtschaftspresse übersandt werden. Drei Pressemitteilungen sollten sich mit bestimmten Unternehmensbereichen, zwei mit Produkten der Beklagten befassen. Die Texte der Pressemitteilungen und das Fotomaterial enthält das Konzept nicht. In einer zweiten Phase sieht es eine Pressekonferenz im Dezember 1983 vor, in der das Unternehmen der Beklagten und ein weiteres Produkt vorgestellt werden sollten. Zum Inhalt und Ablauf dieser Veranstaltung enthält es detaillierte Vorschläge. Maßnahmen für eine gezielte Beeinflussung der Kunden am Ort des Verkaufs enthält das Konzept dagegen nicht.

Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung ermöglicht mithin nicht die Feststellung, ob das PR-Konzept überhaupt in den durch den Eingangssatz umrissenen Rahmen des Vertrages vom 1. Juni 1982 fällt.

d) Als nicht tragfähig erweist sich schließlich der Hinweis des Berufungsrichters auf das Schreiben der Beklagten vom 21. März 1983. In diesem Schreiben monierte die Beklagte, daß in einer Fachzeitschrift ein Konkurrenzprodukt besprochen worden sei. Unter Hinweis darauf, daß sie in der gleichen Zeitschrift eine ganzseitige Anzeige geschaltet habe, vertrat sie die Ansicht, es müsse möglich sein, daß

auch ihre Produkte redaktionell besprochen würden; in dieser Richtung müsse unbedingt etwas unternommen werden. Anhaltspunkte dafür, daß die Ausarbeitung eines umfassenden PR-Konzepts, wie es hier vorgelegt worden ist, nach dem übereinstimmenden Parteiwillen zu den durch das Pauschalhonorar abgegoltenen Leistungen der Klägerin gehörte, ergeben sich daraus nicht.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Vergütungsanspruch kann daher keinen Bestand haben. Zu einer abschließenden Entscheidung des Revisionsgerichts ist der Sachverhalt nicht genügend geklärt.

a) Die Frage, ob das PR-Konzept bereits durch das vereinbarte Pauschalhonorar abgegolten ist, bedarf unter Berücksichtigung der vorstehend erörterten Gesichtspunkte neuer tatrichterlicher Würdigung. Die Ansicht des Berufungsrichters, das PR-Konzept stelle eine "strategische Beratung" dar, veranlaßt in diesem Zusammenhang folgenden Hinweis: Es ist fraglich, ob die Erarbeitung des PR-Konzepts als "Beratung" im Sinne des Punktes II 1 des Vertrages angesehen werden kann. Gegenstand und Umfang der Beratung lassen sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht eindeutig entnehmen. Sie müssen aus dem übrigen Vertragstext und sonstigen Umständen, insbesondere etwaigen Vertragsverhandlungen, erschlossen werden. Nach dem Eingangssatz des Vertrages oblag der Klägerin die generelle strategische Marketing-Beratung sowie die Planung, Gestaltung und agenturmäßige Durchführung der Werbung und Verkaufsförderung für die Produkte der Beklagten. Da die Erarbeitung ins einzelne gehender Pläne und Konzepte in Punkt II 3 für die Werbung, in Punkt III 1 für das

Marketing und in Punkt III 2 für die Verkaufsförderung besonders geregelt ist, spricht der Zusammenhang des Vertragstextes dafür, daß die Beratung im Sinne des Punktes II 1 die Ausarbeitung solcher Pläne nicht einschließt. Da ferner Punkt II 2 offensichtlich nicht in Betracht kommt, kann entscheidend sein, ob das PR-Konzept sich nach dem übereinstimmenden Parteiwillen, einer bei Verträgen mit Werbeagenturen bestehenden Verkehrsübung oder dem allgemeinen Sprachgebrauch unter die in Punkt II 3 des Vertrages bezeichneten Agenturleistungen einordnen läßt.

b) Ist das PR-Konzept nicht durch das Pauschalhonorar abgegolten, stellt sich die vom Berufungsrichter offen gelassene Frage, ob die Beklagte der Klägerin einen entgeltlichen Auftrag für das vorgelegte PR-Konzept erteilt hat.

c) Notwendig sind gegebenenfalls auch Feststellungen zur Höhe der geforderten Vergütung. Die Klägerin stützt ihre Abrechnung auf Punkt V 5 des Vertrages sowie eine Bestimmung der Honorar-Übersicht. Das ist mit ihrer Behauptung nicht zu vereinbaren, der Agenturvertrag umfasse nicht die Erarbeitung eines PR-Konzepts; dann kann er auch keine Vergütungsregelung für diese Leistung enthalten. Die angezogene Bestimmung der Honorar-Übersicht betrifft überdies nur die Stornierung eines Werbemittels während der Arbeitsphase; darum geht es hier nicht. Auch Punkt V 5 des Vertrages regelt nur die Vergütung stornierter Aufträge. Hier war die Klägerin nach ihrem Vortrag nur beauftragt, ein PR-Konzept zu entwickeln; ein Auftrag zur Durchführung der vorgeschlagenen Maßnahmen lag dagegen noch nicht vor. Der ihr erteilte Auftrag wäre mithin nach ihrem Vortrag nicht

storniert, sondern voll abgewickelt worden. Mangels einer ausdrücklichen Preisabsprache könnte sie mithin nur die übliche Vergütung fordern (§ 632 Abs. 2 BGB). Zu deren Höhe fehlt bisher ausreichender Vortrag. Im PR-Konzept hat die Klägerin die Kosten für dessen Entwicklung mit rund 3.000 DM angegeben; sie hat auch zunächst nur 2.497,50 DM zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt. Deshalb bedarf die jetzt geforderte höhere Vergütung näherer Begründung.

II.

Den Schadensersatz- und Auskunftsanspruch der Klägerin verneint der Berufungsrichter mit der Erwägung, die Klägerin könne keine Vergütung dafür verlangen, daß die Beklagte von ihr entwickelte Ideen und Gestaltungen in abgewandelter Form weiterbenutzt habe. Die Parteien seien darüber einig, daß die Klägerin der Beklagten das Urheberrecht ihrer Ideen und Gestaltungen gemäß Punkt IV 6 des Vertrages zur eigenen Auswertung überlassen habe. Eine Einschränkung dahin, daß die Berechtigung zu einer solchen Auswertung erst mit Ablauf des Beratervertrages beginne und die Beklagte der Klägerin während des laufenden Vertrages die Auswertung ihrer Ideen gesondert vergüten müsse, sei nicht zu erkennen. Punkt IV 2 des Vertrages (gemeint ist: Punkt V 2 Absatz 2) könne nicht dahin ausgelegt werden, daß die Beklagte nicht nur keine Fremdunternehmen einschalten dürfe, sondern ihr auch eine eigene Realisierung ohne zusätzliches Entgelt untersagt sei. Diese Frage könne aber aus Gründen, die der Geschäftsführer der Klägerin vor dem Berufungsgericht dargetan habe, offen bleiben. Er habe vor dem Berufungsgericht ausgeführt, daß

auch nach seinem Verständnis des Vertrages die Beklagte nicht gehindert sei, eine von der Klägerin erarbeitete grafische Gestaltung - zum Beispiel für Briefbögen -, wenn sie einmal aufgelegt und vergütet worden sei, in der Folgezeit ohne zusätzliches Entgelt aufzulegen. Die Beklagte habe unwidersprochen ausgeführt, daß alle von ihr in Abwandlung übernommenen Ideen der Klägerin zuvor bereits entsprechend den Vorstellungen der Klägerin ausgeführt und entgolten seien. Dann könne aber die Klägerin ein besonderes Entgelt nicht mit der Begründung verlangen, die weiteren Realisierungen seien nicht in gleicher, sondern in abgewandelter Form vorgenommen worden. Der Vertrag der Parteien gebe für eine solche Auslegung nichts her. Komme für die weitere Auswertung keine besondere Vergütung in Betracht, so entfalle auch ein Anspruch auf Zahlung eines Agenturhonorars in Höhe von 17,65 % der Fremdkosten für Arbeiten, die außerhalb des Hauses der Klägerin ausgeführt worden seien. Damit erweise sich auch der Auskunftsantrag als unbegründet.

Auch gegen diese Ausführungen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken.

Das Berufungsgericht wertet den Schadensersatzanspruch der Klägerin als Anspruch auf Vergütung dafür, daß die Beklagte von der Klägerin entwickelte Ideen und Gestaltungen in abgewandelter Form weiterbenutzt habe. Dieser rechtliche Ausgangspunkt ist unrichtig.

Die Klägerin hatte durch Punkt IV 6 des Agenturvertrages der Beklagten alle Nutzungsrechte für alle Nutzungsarten an allen Ideen und Gestaltungen, die sie im Rahmen der

Agenturvereinbarung für die Beklagte entwickelt hatte, übertragen. Urheberrechtlich war also die Beklagte zur Nutzung dieser Rechte befugt. Die Klägerin hat demgemäß ausdrücklich erklärt, daß sie ihre Ansprüche nicht auf eine Verletzung von Urheberrechten, sondern auf die Verletzung der in Punkt V 2 Absatz 2 vereinbarten Ausschließlichkeitsbindung stütze.

Durch diese Vereinbarung hatte sich die Beklagte verpflichtet, alle Aufträge der unter Punkt II und Punkt III 2 bis 4 bezeichneten Art über die Klägerin abzuwickeln. Die Feststellungen des Berufungsgerichts schließen eine Verletzung dieser Vertragspflicht nicht aus. Die Verpflichtung galt bis zur Beendigung des Vertrages, die nach dem Vortrag der Klägerin aufgrund ihrer Kündigung vom 12. August 1983 zum 31. Dezember 1983 erfolgt ist; eine frühere Beendigung des Vertragsverhältnisses ist nicht festgestellt. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin sind die von ihr bezeichneten Werbeschriften der Beklagten vor Beendigung des Vertragsverhältnisses hergestellt und in einer Arbeitsmappe verteilt worden. Es handelt sich um Leistungen, die nach Punkt II 4 und 5 des Vertrages der Klägerin übertragen waren. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, inwieweit die Beklagte die Schriften selbst hergestellt oder andere Unternehmer damit beauftragt hat. Es läßt letztlich weiter offen, ob Punkt V 2 Absatz 2 des Vertrages auch die Eigenherstellung durch die Klägerin verbietet. Für eine dahingehende Auslegung spricht der vom Berufungsrichter nicht beachtete Zusammenhang der Vorschrift mit der in Punkt IV 2 des Vertrages übernommenen Verpflichtung der Klägerin, während der Vertragsdauer ohne Zustimmung der Beklagten

keine Konkurrenzprodukte werblich zu betreuen (vgl. dazu Graf Lambsdorff/Skora, Handbuch des Werbeagenturrechts Rdnr. 104; Wehrmann, Verträge in der Werbung S. 63; Heider, Das Recht der Werbeagentur S. 77). Für das Revisionsverfahren ist daher davon auszugehen, daß die Vertragsbestimmung der Beklagten nicht nur die Beauftragung von Fremdunternehmen, sondern auch die eigene Herstellung von Werbemitteln untersagt hat. Nach dem Inhalt des schriftlichen Vertrages verstieß somit die Herstellung der von der Klägerin bezeichneten Werbemittel gegen die Ausschließlichkeitsbindung.

Der Berufungsrichter gründet seine abweichende Entscheidung auf eine Äußerung des Geschäftsführers der Klägerin in der Berufungsverhandlung, die weder im Sitzungsprotokoll noch im Tatbestand des Berufungsurteils festgehalten ist. Sie trägt die Entscheidung nicht. Eine Zweitauflage bereits vergüteter Agenturleistungen der Klägerin, die der Beklagten nach den Ausführungen des Geschäftsführers der Klägerin entschädigungslos erlaubt sein sollte, liegt nach dem Vortrag der Parteien und den Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Die Klägerin hatte nur Teile der von der Beklagten hergestellten Werbeschriften entworfen und diese Entwürfe vergütet erhalten. Die Werbeschriften im ganzen waren jedoch von der Beklagten oder in deren Auftrag durch Dritte zusammengestellt und dabei auch Entwürfe der Klägerin in Abwandlung verwendet worden. Die Klägerin hat also nicht, wie in der Äußerung des Geschäftsführers vorausgesetzt, eine Vergütung für den Entwurf dieser Werbeschriften im ganzen erhalten. Außerdem umfaßt die von dem Geschäftsführer der Klägerin erwähnte Vergütung nicht nur das

Entwurfshonorar, sondern nach Punkt II 4.41 und 42 sowie Punkt II 5 auch die Vergütung für die Herstellung von auf den Entwürfen aufbauenden Layouts und Reinzeichnungen sowie für die Überwachung der Werbemittelproduktion. Die Herstellung der Werbemittel durch die Beklagte war also nicht die Wiederholung einer bereits einmal vollständig vergüteten Werbeleistung, von der der Geschäftsführer der Klägerin allein gesprochen hat.

Mit der vom Berufungsrichter gegebenen Begründung läßt sich also eine Verletzung der im schriftlichen Vertrag vereinbarten Ausschließlichkeitsbindung nicht verneinen. Der Klägerin kann ein Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung auf den entgangenen Gewinn aus der Werbemaßnahme zustehen. Eine abschließende Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch insoweit mangels ausreichender Feststellungen nicht möglich.

Für die Agenturleistungen, die die Klägerin selbst erbracht hätte, hat sie ihren Schaden auf der Grundlage der in Punkt V 2 Absatz 1 des Agenturvertrages vereinbarten Vergütung berechnet. Das ist im Ansatz richtig. Ob die von ihr genannten Arbeiten und die dafür angesetzten Vergütungssätze notwendig gewesen wären, bedarf ebensowenig tatrichterlicher Klärung wie die weitere Frage, ob die Klägerin Aufwendungen erspart hat.

Für an Dritte vergebene Herstellungsarbeiten hätte die Klägerin nach Punkt V 3 des Agenturvertrages eine Vergütung fordern können, die sich nach den Fremdkosten berechnet. Um ihren Schaden insoweit beziffern zu können, muß die Klägerin

diese Fremdkosten angeben. Das kann sie aus eigener Kenntnis nicht. Als Hilfsanspruch zu einem Schadensersatzanspruch kann ihr also gemäß § 242 BGB auch der geltend gemachte Auskunftsanspruch zustehen.

Das Berufungsurteil wird deshalb insgesamt aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Fuchs	RiBGH Zorn ist	Henkel
	in Urlaub und kann deshalb	
	nicht unterschreiben	
	Fuchs	
Winter		Graßhof