

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 49/71

URTEIL

Verkündet am
25. Mai 1972
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Konrad H [REDACTED] AG, W [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstandsvorsitzer Hermann W [REDACTED]
in W [REDACTED]

Beklagten, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Dr. Hans-Günter H [REDACTED], Werbeagentur,
R [REDACTED], Alleininhaber Dr. Hans-Günter H [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Vogt sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 16. Februar 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Werbeagentur, war bis 1968 mehrere Jahre als Werbeberaterin für die Beklagte tätig gewesen. In unmittelbarem Anschluß an den Ende 1968 ausgelaufenen Vertrag erhielt sie von der Beklagten am 14. Januar 1969 erneut den Auftrag, im Jahre 1969 die Werbeberatung und -durchführung für einige ihrer Erzeugnisse, darunter die Selbstklebefolie "d-c-fix", gegen ein Pauschalhonorar von 6.000 DM monatlich zu übernehmen.

- 3 -

Die Klägerin begann alsbald als Werbung für "d-c-fix" mit der Durchführung eines Bastel-Wettbewerbs, wonach Bastelarbeiten, die aus d-c-fix hergestellt sein mußten, eingesandt und die besten davon durch Preise belohnt werden sollten. Zum Abschluß des Bastel-Wettbewerbs, insbesondere zur Preisverteilung, kam es jedoch nicht, weil der Beklagten im April 1969 wegen des wettbewerbswidrigen Kaufzwangs für d-c-fix die weitere Durchführung gerichtlich verboten wurde.

Die Klägerin hat insgesamt 66.000 DM Honorar für die Monate Februar bis Dezember 1969 nebst 7.260 DM (11 %) Mehrwertsteuer eingeklagt, ferner weitere an sich unstreitige Beträge, zusammen 80.220,37 DM (richtig: 80.210,37 DM), sowie Zinsen.

Die Beklagte hat die Honorarforderung bestritten und Schadensersatzansprüche zur Aufrechnung gestellt, sowie - in Höhe von 125.000 DM nebst Zinsen - mit der Widerklage geltend gemacht. Die Beklagte meint, die Klägerin könne keine Vergütung für den Bastel-Wettbewerb verlangen, da sie ihn nicht zu Ende gebracht habe. Die Klägerin habe auch schuldhaft unterlassen, auf die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Koppelung des Bastel-Wettbewerbs mit dem Kaufzwang für d-c-fix hinzuweisen.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage sowie die Feststellung beantragt, daß der Beklagten, auch über den mit der Widerklage geltend gemachten Betrag hinaus, keine weiteren Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem d-c-fix-Wettbewerb zuständen.



Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat (unter Berichtigung des Rechenfehlers von 10 DM) die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und, entsprechend der Anschlußberufung der Klägerin, die Beklagte zur Zahlung eines höheren Zinssatzes verurteilt.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte den Antrag auf Klageabweisung und ihre Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht bejaht den Honoraranspruch der Klägerin. Es sieht in dem Vertragsverhältnis der Parteien keinen Werk-, sondern einen Geschäftsbesorgungsdienstvertrag. Die Nichtbeendigung des Bastel-Wettbewerbs habe deshalb den Vergütungsanspruch der Klägerin, die während des ganzen Jahres 1969 bereit gewesen sei, für die Beklagte weiterzuarbeiten, nicht berührt.

Die Revision wertet den Vertrag als Werkvertrag. Darin kann ihr nicht gefolgt werden.

1. Der Vertrag zwischen Werbeagentur und Werbungstreibendem ist Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB (BGHSt 23, 246, 250, mit weiteren Nachweisen). Er kann als solcher entweder Dienstvertrag oder Werkvertrag sein. (Zur Abgrenzung der beiden Vertragstypen

vgl. BGHZ 31, 224; Soergel/Ballerstedt BGB 10. Aufl. vor § 631, Rz. 3-8, 12-14; Soergel/Wlotzke/Volze aaO vor § 611, Rz. 46-52; Esser, Schuldrecht 4. Aufl. Bd. II S. 143-146; Palandt BGB 31. Aufl. vor § 631, Anm. 1, 4).

Maßgebend ist, ob nach dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien die Dienstleistung als solche oder deren Erfolg, das Arbeitsergebnis, geschuldet ist.

a) Hätte sich der Auftrag der Beklagten an die Klägerin nur auf den Bastel-Wettbewerb als einzelne Werbemaßnahme erstreckt, so käme ein Werkvertrag in Betracht.

Der Bastel-Wettbewerb war jedoch nach der Feststellung des Berufungsgerichts nur eine Einzelmaßnahme im Rahmen des der Klägerin von der Beklagten für das ganze Jahr 1969 erteilten viel weitergehenden Gesamtauftrags auf Werbeberatung und -durchführung. Dieser Gesamtauftrag zielte seinem Wesen nach auf vielerlei Beratungen, Handlungen und Maßnahmen der Klägerin, die bei Vertrags-schluß noch gar nicht übersehbar waren. Das spricht gegen einen Werk- und für einen Dienstvertrag.

b) Die Vereinbarung eines monatlichen, somit auf bestimmte Zeitabschnitte abgestellten Pauschalhonorars für die Gesamttätigkeit der Klägerin, ohne daß diese Vergütung von den Parteien zu bestimmten "Arbeitserfolgen" in Beziehung gesetzt und davon abhängig gemacht worden wäre, deutet ebenfalls auf einen Dienstvertrag hin, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

c) Das Berufungsgericht durfte auch darauf abstellen, daß die Beklagte in ihrem Schreiben an die Klägerin vom 14. Juni 1968 gefordert hatte, diese solle "im Monat mindestens eine Woche für uns (Beklagte) arbeiten". Damit hatte die Beklagte selbst nicht auf den Arbeitserfolg, sondern auf die von ihr nach Zeit bemessene Arbeitsleistung der Klägerin abgestellt. Daß im Jahre 1969 etwas anderes hätte gelten sollen, hat die Beklagte nicht behauptet.

d) Schließlich durfte das Berufungsgericht bei der Ermittlung des Willens der Parteien auch die vertragliche Gebundenheit der Klägerin an Weisungen der Beklagten unterstützend mit heranziehen. Daß es auch bei Werkverträgen Weisungsgebundenheit geben kann, verkennt es dabei nicht.

2. Was die Revision demgegenüber für die Wertung als Werkvertrag vorbringt, greift nicht durch.

a) Allerdings durfte das Berufungsgericht einen Werkvertrag nicht schon deshalb verneinen, weil die Klägerin für den "Werbeerfolg" nicht einzustehen hatte. Das hat es aber nicht verkannt. Es erörtert nämlich, ob der von der Klägerin nach dem "Willen der Parteien etwa geschuldete Erfolg" in dem Vorschlag und der Durchführung der Werbemaßnahme als solcher hätte liegen sollen, und verneint das.

b) Ob ein Werbefachmann für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der von ihm vorgeschlagenen Werbemaßnahmen einzustehen hat (darüber unten), ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages als Werk- oder Dienstvertrag nicht erheblich.

c) Es ist der Revision zuzugeben, daß auch bei einem Werkvertrag ein Pauschalhonorar vereinbart werden kann. Dann bezieht sich aber das Pauschalhonorar auf ein bestimmtes, individualisierbares Werk. Daran fehlt es hier. Das Honorar von 6.000 DM monatlich war nicht die Vergütung für die Planung und Durchführung des Bastel-Wettbewerbs allein, sondern für die von der Klägerin der Beklagten insgesamt geschuldete Werbetätigkeit. Das Honorar bezog sich somit nicht nur auf die "Herstellung bestimmter Werbemittel", sondern auf eine umfassende, vielfältige Werbetätigkeit der Klägerin.

II.

Das Berufungsgericht verneint aus schuldhafter Verletzung einer vertraglichen Beratungspflicht hergeleitete Schadensersatzansprüche der Beklagten gegen die Klägerin.

1. Es geht zutreffend von der Pflicht einer Werbeagentur aus, den Werbungtreibenden auf rechtliche Bedenken gegen die geplanten Werbemaßnahmen hinzuweisen, und zwar auch dann, wenn der Werbungtreibende bestimmte (bedenkliche) Wünsche geäußert hat.

2. Es stellt weiter fest, daß die Klägerin die Beklagte im vorliegenden Fall nicht auf die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Koppelung des Bastel-Wettbewerbs mit dem Kaufzwang für d-c-fix hingewiesen hat.

3. Es meint aber, die Beklagte habe die Einlassung der Klägerin nicht widerlegt, diese habe den "sehr energisch" vorgetragenen "Wunsch" der Beklagten, den ursprüng-

lich nicht vorgesehenen Kaufzwang für d-c-fix noch nachträglich in den Bastel-Wettbewerb einzufügen, dahin aufgefaßt und auffassen dürfen, sie solle "in diesem speziellen Falle sich auf die technische Hilfestellung beschränken" und lediglich "den von der Beklagten verantwortlich formulierten Zusatz rechtzeitig und in grafisch vertretbarer Form im schon stehenden Drucksatz unterbringen".

In diesem Falle, so meint das Berufungsgericht, würde die Klägerin ihre Beratungspflicht gegenüber der Beklagten nur dann verletzt haben, wenn sie in Kenntnis der Wettbewerbswidrigkeit des von der Beklagten geforderten Zusatzes geschwiegen hätte, was nicht bewiesen sei, oder wenn sie die Wettbewerbswidrigkeit "auf Anhieb hätte erkennen müssen". Soviel präsenes Wissen des Wettbewerbsrechts könne jedoch von ihr nicht verlangt werden.

Die Beklagte habe somit nicht bewiesen, "daß die Beauftragung (der Klägerin) mit dieser Verrichtung den Umständen nach die angeblich unterlassene Beratung eingeschlossen habe und daß insoweit nicht nur der von der Klägerin behauptete begrenzte und weisungsgebundene Einzelauftrag vorgelegen habe."

a) Mit diesen Ausführungen hat das Berufungsgericht die Beweislast verkannt.

Es handelt sich hier nicht um einen Einzelauftrag, sondern um eine Werbemaßnahme, die, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang feststellt, zu dem ihr für das Jahr 1969 erteilten Gesamtauftrag gehörte. Aus

dem Gesamtauftrag folgte die Sorgfaltspflicht der Klägerin, die Beklagte über rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen aufzuklären, sie in dieser Hinsicht zu beraten und zu warnen. Davon geht auch das Berufungsgericht aus.

Um diese Beratungspflicht für den speziellen Fall auszuschließen, hätte es einer besonderen Vereinbarung der Parteien bedurft. Das Berufungsgericht hat sich nicht in der Lage gesehen, eine solche Feststellung zu treffen, insbesondere nicht auf Grund des in seinen Einzelheiten streitigen Telefongesprächs Ende Januar 1969 zwischen dem Inhaber der Klägerin und dem Angestellten Scheffler der Beklagten (S. 26-27 BU). Was von diesem Telefongespräch unstreitig ist, kann die Annahme eines vertraglichen Ausschlusses der Pflicht der Klägerin zur Beratung der Beklagten über die rechtliche Zulässigkeit des von dieser gewünschten Zusatzes keinesfalls rechtfertigen. Den Beweis für eine nachträgliche vertragliche Begrenzung der Beratungspflicht in diesem speziellen Fall zu erbringen, war nicht Sache der Beklagten, sondern der Klägerin, die sich darauf stützt.

b) Das Berufungsgericht meint weiter, die Klägerin habe, als die Beklagte bei dem Telefongespräch die Einführung des Kaufzwangs in den Bastel-Wettbewerb wünschte, kein "präsentes" Wissen über die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit eines solchen Kaufzwangs zu haben brauchen.

Folgt man dem Berufungsgericht insoweit, so liegt doch eine schuldhafte Vertragsverletzung der Klägerin jedenfalls darin, daß sie dem Wunsche der Beklagten ent-

sprach, ohne sich nachträglich über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des gewünschten Kaufzwanges zu vergewissern.

III.

Aus den zu II dargelegten Gründen muß das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Sache bedarf weiterer tatrichterlicher Prüfung. Wenn die Beklagte nach dem Scheitern des Bastel-Wettbewerbs weitere Dienste der Klägerin abgelehnt hat, so kann darin eine fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses wegen der oben zu II erörterten Pflichtverletzung der Klägerin liegen. Ist die Kündigung wirksam, so hat die Klägerin für die Zeit danach keinen Anspruch auf Honorar. Abgesehen davon können Honoraransprüche der Klägerin infolge der Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch der Beklagten erloschen sein, wie er oben zu II erörtert und auch Gegenstand der Widerklage und des Feststellungsantrages ist. Dessen Höhe ist noch ungeklärt.

Auch schuldhafte Mitverursachung (§ 254 BGB) durch die Beklagte, die über eine eigene Rechtsabteilung verfügt, kommt in Betracht.

Die Sache ist deswegen in vollem Umfang an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO

Gebrauch macht. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen.

Vogt

Rietschel

Bundesrichter Erbe
ist in Urlaub und
kann daher nicht
unterschreiben.

Vogt

Meise

Recken