



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

X ZR 80/01

Verkündet am:  
9. Oktober 2002  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Scharen, Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. März 2001 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Werbeagentur. Sie nimmt die Beklagte, eine Einzelhandelsfilialistin mit zahlreichen Filialen, auf Zahlung der Vergütung für Werbekonzepte und deren Umsetzung in der Zeit vom 11. August bis 16. Dezember 1997 in Anspruch.

Mit Vertrag vom 18. Dezember 1995 (Anl. K 1), der später durch einen im wesentlichen gleichlautenden Vertrag vom 28. März 1996 (Anl. K 4) abgelöst wurde, beauftragte die Beklagte die Klägerin mit der Entwicklung und Realisierung von Werbeideen für ihre deutschen Filialen. Die Anlage zum Vertrag sah eine monatliche Pauschalvergütung vor, mit der "sämtliche Aktivitäten (der Klägerin) bis einschl. Layout" abgegolten werden sollten. Weitere Vergütungen sollten nach § 6 Abs. 1 Satz 3 des Vertrages nur für außerhalb des vereinbarten Leistungsumfangs liegende Leistungen der Klägerin in Betracht kommen und jeweils vorher vereinbart werden; andernfalls sollten sie ausgeschlossen sein. § 7 Abs. 3 bestimmte, daß alle Fremdleistungen durch Vorlage entsprechender Originalrechnungen zu belegen und ohne Aufschlag der Agentur an die Beklagte weiterzugeben seien.

Die Parteien verfahren im folgenden nach diesem Rahmenvertrag, wobei die Beklagte dazu überging, die Klägerin im Anschluß an die mit der Pauschalvergütung abgegoltenen, mit dem Layout abschließenden Tätigkeiten auch mit der Vorbereitung der Produktion der Werbemittel, der sog. Druckvorstufe, zu betrauen. Die auf dieser Stufe erforderlichen technischen Leistungen ließ die Klägerin durch ein hierauf spezialisiertes Unternehmen, die C. GmbH, ausführen. Im Einverständnis mit den zuständigen Mitarbeitern der Beklagten rechnete die Klägerin ihre nicht durch die Pauschalvergütung gedeckten Leistungen nach (produktbezogenen) Preislisten ab.

Die Klägerin beansprucht Vergütung für Leistungen, die in sechs im Berufungsurteil aufgeführten Rechnungen bezeichnet sind und jeweils eine Position "Druckvorstufe" ausweisen; auf diese Positionen entfallen insgesamt 36.760,90 DM.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe nach § 7 Abs. 3 des Vertrages lediglich die ihr selbst von der C. GmbH in Rechnung gestellten Beträge weitergeben dürfen; tatsächlich habe sie die Leistungen der C. GmbH mit erheblichen Aufschlägen als Eigenleistung berechnet. Mit der gleichen Begründung hat sie gegen den nach Abzug der Positionen "Druckvorstufe" verbleibenden Betrag der Klageforderung (61.223,10 DM) die Aufrechnung mit angeblichen Rückforderungsansprüchen hinsichtlich weiterer, im Berufungsurteil bezeichneter und von der Beklagten bereits beglichener Rechnungen der Klägerin erklärt.

Das Landgericht hat der Klage nach Beweisaufnahme stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

#### Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen ist.

#### I. Zur Klageforderung

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe die von ihr für die Druckvorstufe berechneten Beträge in Höhe von insgesamt

36.760,90 DM, die unstreitig nicht für von der Klägerin selbst ausgeführte Arbeiten angefallen seien, sondern allenfalls für solche der C. GmbH, nicht zu beanspruchen. Die Rahmenvereinbarung sehe eine solche Vergütung nicht vor, sondern bestimme in § 7 Abs. 3, daß sämtliche Fremdleistungen durch Originalrechnungen zu belegen und ohne Aufschlag der Agentur an die Beklagte "weiterzugeben" seien.

Die tatrichterliche Auslegung von Individualvereinbarungen ist revisionsrechtlich nur beschränkt darauf überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (BGHZ 135, 269, 273; Sen.Urt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968; v. 11.4.2000 - X ZR 185/97, GRUR 2000, 788, 789). Nach diesen Maßstäben hält die Auslegung des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision stand.

Sie beanstandet die Annahme des Berufungsgerichts, § 7 Abs. 3 beziehe sich nicht nur auf die im Rahmen der Pauschalvergütung von der Klägerin zu erbringenden Leistungen, sondern auch und insbesondere auf zusätzlich zu beauftragende Leistungen und ergebe nur dort auch einen Sinn, weil gerade in diesem Bereich zusätzlich zu bezahlende Fremdleistungen anfielen. An dieser Rüge mag zwar zutreffen, daß entgegen der Annahme des Berufungsgerichts, bei den nach §§ 1, 2 und 4 des Vertrages zu erbringenden Leistungen handele es sich regelmäßig um solche, die die Klägerin selbst zu erbringen gehabt habe und die mit dem Pauschalhonorar abgegolten sein sollten, auch in diesen Bereichen regelmäßig oder häufig Leistungen Dritter, wie z.B. von Photographen oder Bildagenturen, erforderlich sein mögen. Das erschüttert jedoch nicht die Feststellung des Berufungsgerichts, daß sich die Regelung *auch* auf zusätzlich

zu beauftragende Leistungen beziehe und auch dort sinnvoll erscheine. Seine Auslegung der Vereinbarung ist daher jedenfalls möglich.

2. Die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten hinsichtlich der Druckvorstufe auch nichts Abweichendes vereinbart, hält hingegen den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Bei der seiner Feststellung zugrundeliegenden Würdigung hat das Berufungsgericht erwogen: Die Zeugen J. (damaliger Spartenleiter Marketing der Beklagten) und H. (ihm nachgeordneter Marketingleiter) hätten zwar bekundet, ihnen sei bewußt gewesen, daß die Klägerin die Druckvorstufe "außerhalb" bzw. bei der C. GmbH habe erstellen lassen. Dies besage jedoch nichts darüber, wie die Klägerin solche Leistungen abzurechnen gehabt habe. Dafür ergebe auch die von den Parteien praktizierte Abrechnung aufgrund von Preislisten der Klägerin nichts, denn die Beweisaufnahme habe gerade nicht ergeben, daß der Beklagten bewußt gewesen sei, daß sich hinter den in den Listen aufgeführten Preisen auch mit Agenturaufschlag versehene Fremdleistungen verbargen. Ein Vermerk des Zeugen H. vom 1. Februar 1996 (Anl. K 22) und ein Schreiben des Zeugen J. an den Geschäftsführer der Klägerin vom selben Tage (Anl. K 47) ergäben ebenfalls nichts für eine einverständliche Änderung des ursprünglichen Vertrages. Schließlich könne auch ein Gesprächsprotokoll vom 10. Juli 1997 (Anl. K 34), in dem von den Preisen für die Erstellung der Druckvorstufe die Rede sei, nur gelten, soweit die Klägerin entsprechende Leistungen selbst erbringe, was ihr nicht versagt gewesen sei.

Diese Würdigung leidet an einem inneren Widerspruch; außerdem hat das Berufungsgericht den vorgetragenen Sachverhalt und die Ergebnisse der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht ausgeschöpft.

b) Das Berufungsgericht hat es versäumt, die einzelnen von ihm er- wogenen Sachverhaltselemente zueinander in Beziehung zu setzen. Wenn den leitenden Mitarbeitern J. und H. der Beklagten bewußt war, daß die Klä- gerin die Druckvorstufe nicht selbst ausführte, sondern von der C. GmbH erstellen ließ, und wenn die Parteien eine Abrechnung nach einer Preisliste der Klägerin praktizierten, in der die Klägerin eben diese Druckvorstufe (mit pro- duktbezogenen pauschalierten Gesamtbeträgen) in Ansatz brachte, so konnte die Beklagte nicht darüber im unklaren sein, daß die Klägerin mit dem für die Druckvorstufe angesetzten Betrag auch die Leistungen der C. GmbH be- rechnete. Tatsächlich wird dies auch bestätigt durch das Schreiben des Zeugen J. an den Geschäftsführer der Klägerin vom 1. Februar 1996. Dort heißt es, Herr H. habe ihn - J. - auf das Thema Verrechnung von Fremdkosten als Agenturleistung bei Projekten angesprochen; laut Herrn H. sollte in diesen Fällen nach Preisliste abgerechnet werden, und so sei auch in der Vergangen- heit verfahren worden. Dann wird es dem Schreiben nicht gerecht, hierin eine bloße Absichtserklärung zu sehen, hinsichtlich deren Umsetzung dem Zeugen H. die endgültige Entscheidung vorbehalten werden sollte. Denn nachdem der Zeuge J. bereits als Auffassung seines Mitarbeiters H. wiedergibt, es solle nach Preisliste abgerechnet werden, und selbst äußert, dagegen gebe es seines Erachtens keinen Einwand, wenn die Leistungen den Rahmenvertrag sprengten, wird der Geschäftsführer der Klägerin demgemäß abschließend nur noch gebeten, "das Thema *im Detail* mit Herrn H. " zu entscheiden.

c) Bei seiner Einvernahme hat der Zeuge J. , was das Berufungsgericht außer Acht läßt, auch eine Erklärung dafür gegeben, warum eine solche Handhabung dem Interesse der Beklagten entsprochen habe. Unter Bezugnahme auf die von ihm vorgelegte schematische Darstellung "Abläufe innerhalb der Marketingabteilung" hat der Zeuge bekundet, daß mit der Vergabe der Druckvorstufe an die Klägerin, der zunächst nur die Tätigkeiten bis einschließlich Layoutphase oblagen, der ihm von dem Marketingleiter H. geschilderten "Brisanz" der Schnittstelle zwischen dem in dem Schema dargestellten, bis zur Layoutphase reichenden "Schritt 2: Kreative Umsetzung" und dem nachfolgenden "Schritt 3: Vorproduktion" Rechnung getragen werden sollte. Nach der Aussage des Zeugen sollte vermieden werden, daß Fehler, die bei der kreativen Umsetzung entstünden, infolge unzureichender Koordination in Schritt 3 und alle weiteren Schritte übernommen würden. Durch (von der Klägerin wahrzunehmende) externe Koordination habe die interne Koordination und Kontrolle bei der Beklagten und der dafür erforderliche eigene personelle Aufwand entsprechend verringert werden können. Er habe Herrn H. angewiesen, die Preisliste im Fall der Änderung der Marktsituation und bei technischem Fortschritt den Gegebenheiten anzupassen, damit für die Beklagte möglichst günstige Preise realisiert werden konnten, und gehe davon aus, daß Herr H. für diese, außerhalb des Rahmenvertrages zu erbringenden Arbeiten auch von anderen Firmen Preise eingeholt habe.

Wegen dieser, vom Berufungsgericht nicht im einzelnen gewürdigten Aussage ist es derzeit nicht auszuschließen, daß es der Auffassung der für die Beklagte verantwortlich Handelnden entsprach, daß die Klägerin mit der Gesamtverantwortung für die Druckvorstufe zusätzliche Leistungen erbringen und bei deren Abrechnung nicht an die Vorgaben des bestehenden Vertrages ge-



bunden sein sollte, sondern diese einschließlich der von der C. GmbH durchgeführten Arbeiten nach ihrer Preisliste abrechnen sollte.

d) Danach kommt es nicht mehr darauf an, ob das Berufungsgericht - was die Revisionserwiderung bezweifelt - gehalten war, sich bei Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlung auch mit den weiteren von der Revision angeführten, in den Tatsacheninstanzen von der Klägerin als Anlagen vorgelegten, jedoch schriftsätzlich nicht näher erläuterten Schriftstücken auseinanderzusetzen.

Bei der erneuten Sachprüfung wird das Berufungsgericht jedoch zu berücksichtigen haben, daß die erörterte Intention der Beklagten auch in ihrem Schreiben vom 24. Juli 1996 (Anl. K 48) hervortreten könnte, in dem u.a. die Klägerin zu einem "Koordinationsmeeting" eingeladen wird, dessen Zielsetzung es sei, den "sachlich optimalen und in der Gesamtheit für P. kostengünstigsten Ablauf zu definieren", wobei "das Thema der Druckvorlagenherstellung (Kosten, Effizienz, Zeit) und der Verantwortung für das grafische Endprodukt von zentraler Bedeutung" sei. Ähnliches gilt für das nachfolgende Schreiben der Klägerin vom 10. September 1996 (Anl. K 69, Bl. 6), in dem die Klägerin unter Bezugnahme auf die Schreiben der Beklagten vom 28. und 29. August 1996 (Anl. K 69, Bl. 4 f.) ihre Freude über die von der Beklagten getroffene Entscheidung zum Ausdruck brachte, die Druckvorstufe über sie abzuwickeln; es folgen Erläuterungen und Ergänzungen zur Preisliste der Klägerin vom 23. Juli 1996. Wenn die Beklagte wußte, daß die Klägerin die Druckvorstufe über C. abwickelte, könnte dies darauf hindeuten, daß die Preisliste im Hinblick auf die bei der Klägerin liegende "Gesamtverantwortung" (Schreiben der Beklagten vom 29. August 1996, Anl. K 69, Bl. 5) und den damit verbundenen eigenen Aufwand gleichwohl maßgeblich sein sollte.

3. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei zur Berechnung der Druckvorstufe nach ihrer Preisliste nicht berechtigt gewesen, erweist sich auch nicht als aus anderen Gründen zutreffend.

Zwar ist es revisionsrechtlich hinzunehmen, wenn das Berufungsgericht anders als das Landgericht die Bestimmung des § 13 Abs. 1 des Rahmenvertrages, nach der Änderungen und Ergänzungen des Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedurften, auch auf die Bestimmungen des § 7 zur Rechnungsstellung bezieht. Das hinderte die Parteien jedoch nicht, gleichwohl auch ohne Beachtung der Schriftform zu vereinbaren, daß für Leistungen im Bereich der Druckvorstufe, die von der Klägerin oder unter ihrer Verantwortung durch Dritte erbracht wurden, nicht nach den in der Anlage zum Vertrag für Leistungen außerhalb der pauschal vergüteten Aktivitäten bis einschließlich Layout vorgesehenen Stundensätzen, sondern produktbezogen nach Preisliste abgerechnet werden sollte. War dies übereinstimmend gewollt, so ist insoweit von einer stillschweigenden Aufhebung des Schriftformerfordernisses auszugehen (BGHZ 71, 162, 164; BGH, Urt. v. 22.4.1982 - III ZR 122/80, WM 1982, 902).

## II. Zur Aufrechnungsforderung

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der - nach Abzug der berechneten Leistungen für die Druckvorstufe - verbleibende Betrag der Klageforderung sei durch Aufrechnung mit Gegenforderungen in Höhe von 61.223,10 DM erloschen. Der Beklagten stehe, soweit sie die von ihr bezeichneten Rechnungen der Klägerin bezahlt habe, in Höhe des "darin enthaltenen Agenturzuschlags auf Fremdleistungen" ein Rückforderungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zu. Die Berechnung der Aufschläge durch die Beklagte sei

von der Klägerin nicht bestritten worden. Sie mache lediglich geltend, die Leistungen seien nach Preisliste abgerechnet worden, weil zahlreiche Zusatzarbeiten erforderlich gewesen seien. Daß dies tatsächlich der Fall gewesen sei, habe die Beweisaufnahme jedoch nicht bestätigt, da der Zeuge H. hierzu im Detail keine Angaben machen können.

2. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Die Klägerin hat vorgetragen, daß die in den in Rede stehenden Rechnungen bezeichneten Leistungen im Bereich der Druckvorstufe von ihr nach den Preislisten vom 17. Februar 1997 (Anl. K 63), 17. Juli 1997 (Anl. K 61) und 12. August 1997 (Anl. K 52) abgerechnet worden seien. Hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen. Entsprach die Abrechnung nach Preisliste jedoch den Vereinbarungen der Parteien, was

das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei ausgeschlossen hat, kommt es nicht mehr darauf an, ob und in welchem Umfang im Einzelfall von der Klägerin selbst (Zusatz-) Arbeiten ausgeführt werden mußten.

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck