



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 211/02

Verkündet am:  
8. Juni 2004  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB § 632 Abs. 1

Kann eine - ausdrückliche oder stillschweigende - Vereinbarung der Werkvertragsparteien über die Vergütung nicht festgestellt werden, darf ein Vergütungsanspruch bereits dann nicht zugesprochen werden, wenn durchgreifende Zweifel bestehen, daß die Herstellung des Werks nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

BGH, Urt. v. 8. Juni 2004 - X ZR 211/02 - OLG Frankfurt am Main  
LG Limburg an der Lahn

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt und Scharen, die Richterin Ambrosius sowie den Richter Asendorf

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 1. August 2002 verkündete Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte wollte die Vermarktung von ihr hergestellter Kompostprodukte auch über Großbetriebsformen des Einzelhandels vornehmen und hielt deshalb eine umfangreiche Produktaufklärung des Endverbrauchers für notwendig. Sie wandte sich daher mit Schreiben vom 17. November 1994 an die Klägerin mit der Bitte um Vorschläge, wobei sie angab, die Aufgabenstellung, die man der Klägerin übertragen wolle, bestehe in der Erstellung der Konzeption, in Vorschlägen für Info-Träger, im Verfassen von Texten für Prospekte und

Info-Tafeln, im Layout sowie in der Produktion einschließlich Reinzeichnung, Satz und Druck. In ihrem Antwortschreiben vom 14. Dezember 1994 wies die Klägerin darauf hin, daß nach ihrer Erfahrung die angesprochenen Maßnahmen einen Budget-Ansatz von mindestens 500.000,-- DM erforderten; in der anschließenden Kosten-Vorschau war für Aufbau Marken-Positionierung, Logo-Entwicklung, Markenbild auf Packungen und Kampagnenkonzept ein Gesamtbetrag von 130.000,-- DM genannt. Das Schreiben schloß mit dem Hinweis, daß die Klägerin alle Projekte "im Dialog erarbeiten und einverständlich bis zu den Kosten verabreden" werde.

Die Klägerin entwickelte ein Werbekonzept für die Beklagte, das sie deren Vertretern am 30. Januar 1995 unter Überreichung einer Präsentationsmappe vorstellte. Was bei dieser Zusammenkunft über die Zusammenarbeit der Parteien besprochen wurde, ist streitig. Mit Schreiben vom 6. Februar 1995 übermittelte die Klägerin der Beklagten eine als "neuer Etatvorschlag" bezeichnete Kalkulation verschiedener Aktivitäten, wobei für das Logo "B. N.

" 9.000,-- DM in Ansatz gebracht wurden. Der gemachte Etatvorschlag wurde dahin erläutert, daß er "auf der grundsätzlichen vertraglich vereinbarten langfristigen Betreuung" durch die Klägerin aufbaue, "wodurch das Gesamtkonzept (Marketing-Aktivitäten) nicht als Etatposten veranschlagt" werde. Mit Schreiben vom 9. Februar 1995 trat die Klägerin erneut mit einem "neuen Etatvorschlag" hervor, wonach "als reiner Macher-Lohn, ohne Agenturhonorar für die Kreativität und die Nutzungsrechte", für das Logo "B. N. " 4.500,-- DM anfallen und auch die übrigen aufgeführten Aktivitäten deutlich weniger als nach dem früheren Vorschlag kosten sollten. Hinsichtlich dieses neuen Vorschlags hieß es einleitend: "Wir waren darin einig, daß dieser auf der grundsätzlich vertraglich zu vereinbarenden langfristigen Betreuung durch die Klägerin aufbaut, wodurch das Gesamtkonzept (Marketing-Aktivitäten, Nutzungsrech-

te) hier nicht als Etatposten veranschlagt wird. Dieses soll erst später mit der nach der Einführung zu erwartenden Etatbildung geschehen."

Mit Schreiben vom 14. Februar 1995 bestellte die Beklagte bei der Klägerin einzelne der in dem Schreiben vom 9. Februar 1995 aufgeführten Leistungen. Die Bestellung umfaßte auch das Logo B. N. , und zwar zu einem Preis von 7.700,-- DM.

Am 22. Februar 1995 kam es zu einer weiteren Besprechung zwischen den Parteien, deren Inhalt streitig ist. Ein die Zusammenarbeit der Parteien umfassend regelnder Vertragsentwurf vom 6. März 1995 wurde von den Parteien nicht unterschrieben.

Für in der Zeit von März bis Oktober 1995 erbrachte Einzelleistungen erhielt die Klägerin einschließlich der 7.700,-- DM für das Logo B. N. insgesamt 105.034,09 DM brutto.

Ende 1997 forderte die Klägerin von der Beklagten ferner "für Agenturleistungen, Zeit- und Personalkosten zur Erarbeitung eines Markenkonzeptes für B. N. -Erdenprodukte in visueller und verbaler Form" weitere 130.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer, also insgesamt 149.500,-- DM.

Diesen Betrag nebst Zinsen hat die Klägerin mit der Behauptung eingeklagt, bei den Besprechungen vom 30. Januar und 22. Februar 1995 sei zwischen den Parteien vereinbart worden, daß ihr für die Ausarbeitung eines Konzepts die im Schreiben vom 14. Dezember 1994 bereits aufgeführte Vergütung von 130.000,-- DM netto zustehen solle.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen und die Klage abgewiesen, weil die vorhandenen schriftlichen Unterlagen den behaupteten Vertragsschluß nicht belegten und ein mündlicher Vertrag mit dem behaupteten Inhalt sich nicht habe nachweisen lassen.

Das Oberlandesgericht hat die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Klägerin verfolgt ihr Zahlungsbegehren nunmehr mit der zugelassenen Revision weiter.

Die Beklagte tritt diesem Rechtsmittel entgegen.

#### Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision der Klägerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, zwischen den Parteien sei ein Werkvertrag über die Entwicklung eines Werbekonzepts zustande gekommen. Auf das Schreiben vom 17. November 1994 hin habe die Klägerin mit Zustimmung der Beklagten und in regelmäßigem Kontakt mit dieser das Konzept entwickelt und am 30. Januar 1995 präsentiert. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung, die ein übergreifendes Marketingkonzept habe, sei durch billigende Entgegennahme dieser Leistung zum Ausdruck gekommen, daß eine vertragliche Bindung gewollt sei.

Von dieser tatrichterlichen Feststellung kann für die weitere revisionsrechtliche Überprüfung ausgegangen werden, weil die Revision sie als der Klä-

gerin günstig nicht in Zweifel zieht und angesichts der Zurückweisung der Revision der Beklagten, die mit der Revisionserwiderung insoweit Gegenrügen erhebt, hierdurch keine Nachteile entstehen.

2. Unter Bezugnahme auf die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme und vorgenommene Beweiswürdigung hat das Berufungsgericht für nicht bewiesen erachtet, daß die Parteien hinsichtlich der Vergütung des Konzepts eine einverständliche Regelung getroffen haben. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Revision meint zwar, Schriftverkehr der Parteien ergebe, daß das Konzept Teil der von der Beklagten der Klägerin übertragenen Aufgabenstellung und als solches vergütungspflichtig habe sein sollen, so daß die Klägerin hierfür das übliche Entgelt verlangen könne, nachdem die in Aussicht genommene längerfristige Zusammenarbeit der Parteien gescheitert sei. Da die Tatsachenfeststellung und -würdigung dem Tatrichter übertragen ist, ist revisionsrechtlich nur zu überprüfen, ob der Tatrichter sich mit dem Prozeßstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 14.10.2003 - VI ZR 425/02, BGH-Rep 2004, 185, m.w.N.). Einen hiernach beachtlichen Rechtsfehler zeigt die Revision mit ihrem Hinweis auf den Inhalt des Schreibens der Beklagten vom 17. November 1994 und des Schreibens der Klägerin vom 14. Dezember 1994 nicht auf. Da beide Schreiben auszugsweise im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegeben sind und das Berufungsgericht sich mit ihnen auch in den Entscheidungsgründen befaßt hat, ist zum einen davon auszugehen, daß das Berufungsgericht deren Inhalt, auch soweit er für eine von den Parteien getroffene Honorarvereinbarung dem Grunde nach von Be-

deutung sein könnte, nicht übersehen hat. Da beide Schreiben nach ihrem Wortlaut - wovon auch die Revision ausgeht - nur Absichten zum Ausdruck bringen, lag es zum anderen im Rahmen möglicher tatrichterlicher Würdigung, sie nicht als hinderlich für die Feststellung der Nichterweislichkeit einer Vergütungsvereinbarung der Parteien anzusehen und nicht weiter als geschehen auf sie einzugehen.

3. Ein gesondertes Honorar für die Konzeptionsleistung, wie es die Klägerin verlangt hat, nachdem es tatsächlich nicht zu der in Aussicht genommenen langfristigen Zusammenarbeit gekommen ist, hat das Berufungsgericht auch nicht als nach § 632 Abs. 1 BGB stillschweigend vereinbart angesehen, weil hinsichtlich des Konzepts nicht festgestellt werden könne, daß die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten gewesen sei. Auch hiergegen richtet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Allerdings kann dem Berufungsgericht nicht darin beigetreten werden, Vorarbeiten (wie etwa Angebote, Zeichnungen, Kostenvoranschläge, Leistungsbeschreibungen, Entwürfe, Modelle, Massenberechnungen, Finanzierungsunterlagen) seien allgemein, also unabhängig vom Vorliegen eines Vertrages, nicht vergütungspflichtig, wenn nicht ausdrücklich eine Vergütungspflicht vereinbart worden sei, es sei denn, aus den Umständen des Einzelfalls ergebe sich, daß gleichwohl eine Vergütung gezahlt werden solle. Ein solcher Grundsatz mag gelten und herangezogen werden können, wenn die betreffende Leistung nicht Gegenstand eines Werkvertrags ist, das Zustandekommen eines solchen Vertrags vielmehr nur hinsichtlich nachfolgender Arbeiten in Rede steht. Sobald - wovon das Berufungsgericht im Streitfall ausgegangen ist - über die betreffenden (Vor-)Arbeiten ein Werkvertrag geschlossen worden ist, gibt aber - ganz gleich, ob die zur Herstellung des Werks erforderlichen Leistungen

bereits vor dem Vertragsschluß erledigt wurden oder das Werk erst noch herzustellen ist - in Fällen, in denen weder positiv noch negativ eine vertragliche Vergütungsregelung getroffen ist, § 632 Abs. 1 BGB die zu beachtende Regel vor. Diese führt bereits dann zu einer Vergütungspflicht für das vertraglich versprochene Werk, wenn der Unternehmer - soweit sie nicht ohnehin unstreitig sind - Umstände des Falls darlegt und beweist, nach denen diese Werkleistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dabei können zu diesen Umständen auch nicht ausnahmsweise die ausdrückliche Absprache über eine Vergütungspflicht oder das Fehlen einer solchen Vereinbarung gehören (vgl. BGH, Urt. v. 9.4.1987 - VII ZR 266/86, NJW 1987, 2742, m.w.N.). Denn § 632 Abs. 1 BGB soll gerade bei Fehlen einer solchen Vereinbarung einen sachgerechten Ausgleich der beiderseitigen Interessen schaffen, wenn die Beteiligten sich hinsichtlich der Herstellung des fraglichen Werks durch einen Werkvertrag vertraglich gebunden haben. Auch im Streitfall ist deshalb allein entscheidend, ob die Umstände des Einzelfalls ergeben, daß für das von der Klägerin entwickelte Konzept eine Vergütung üblich ist. Da das Berufungsgericht unbeanstandet von den Parteien angenommen hat, zu diesen Umständen gehöre, daß die Klägerin infolge der Erarbeitung des Konzepts zwar unstreitig vergütungspflichtige und auch vergütete (Folge-)Aufträge erhalten habe, es aber nicht zu der zunächst in Aussicht genommenen längerfristigen Zusammenarbeit gekommen sei, galt es mithin festzustellen, ob im konkreten Fall unter Berücksichtigung dieses Geschehens eine Vergütung auch für das Konzept erwartet werden konnte.

b) Die hiernach erforderliche Prüfung und Würdigung hat das Berufungsgericht freilich vorgenommen. Es hat eine i.S.v. § 632 Abs. 1 BGB stillschweigend vereinbarte Vergütungspflicht nicht feststellen vermocht, weil die Klägerin mit der Konzeption die Grundlage für eine umfangreiche Zusammenarbeit mit der Beklagten habe schaffen wollen, weil die Kosten der Konzeptionserstel-

lung sich über diese Zusammenarbeit hätten amortisieren sollen, wie sich aus der Honorarzahlung für einen späteren Einzelauftrag ergebe, weil die Klägerin schon mit ihrem Schreiben vom 14. Dezember 1994 zum Ausdruck gebracht habe, daß sie von der Beklagten nur eine Vergütung für Leistungen verlange, für die sie eine Vergütungsvereinbarung getroffen habe, und weil die Klägerin auch ausweislich ihres Schreibens vom 9. Februar 1995 selbst nicht angenommen habe, das Honorar für die Konzeptionserstellung unabhängig von der weiteren Entwicklung der fraglichen Beziehungen der Parteien bereits verdient zu haben. Entscheidungserheblich waren damit gerade den Streitfall kennzeichnende Umstände.

c) Die aufgrund dieser Umstände vorgenommene Würdigung des Berufungsgerichts beanstandet die Revision zu Unrecht als nicht den Anforderungen des § 286 ZPO genügend.

(1) Auch nach Meinung der Revision kann im Streitfall davon ausgegangen werden, daß die Klägerin mit der von ihr entwickelten Konzeption die Grundlage für eine umfassende Zusammenarbeit mit der Beklagten habe schaffen wollen und daß die Kosten der Konzeptionserstellung sich in der von der Klägerin angestrebten längerfristigen Zusammenarbeit mit der Beklagten habe amortisieren sollen. Bereits hieraus kann sich die vom Berufungsgericht gezogene Schlußfolgerung ergeben, und zwar auch dann, wenn die von der Revision als übergangen gerügte Möglichkeit berücksichtigt wird, daß eine Amortisation ebenfalls erreicht worden wäre, wenn bereits mit Beginn der Zusammenarbeit für das Konzept ein Honoraranspruch entstanden wäre, dieses Honorar aber nicht sofort und zunächst nicht in vollem Umfange habe geltend gemacht werden dürfen, weil es sich eigentlich sukzessiv über im Laufe der längerfristigen Zusammenarbeit erteilte Einzelaufträge habe realisieren sollen. Denn bei

der Prüfung, ob eine Vergütung i.S.v. § 632 Abs. 1 BGB als stillschweigend vereinbart gilt, geht es nicht darum auszuschließen, daß nach den Umständen des Falls die Werkleistung vergütungsfrei zu erbringen war; bereits durchgreifende Zweifel, daß die Herstellung des betreffenden Werks nur gegen eine Vergütung zu erwarten war, hindern die Zuerkennung eines Vergütungsanspruchs, wenn es an einer Vereinbarung der Werkvertragsparteien über die Vergütung fehlt oder eine solche nicht nachgewiesen ist.

(2) Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht die alternative Möglichkeit einer Amortisation des infolge des Konzepts geübten Aufwands durch nachfolgende sukzessive Einzelaufträge in ausreichender Anzahl auch nicht schlechthin übersehen. Dies ergibt sich aus der Feststellung, daß in der Vergütung von 7.700,-- DM, die für den das Logo betreffenden Folgeauftrag angefallen ist, auch ein sogenanntes Agenturhonorar enthalten gewesen sei, und der hieraus abgeleiteten Begründung des Berufungsgerichts, wenn die Klägerin später für die konkret erbrachten Werbedienstleistungen unter Einbeziehung der Agenturhonorare abrechne, bestätige dies, daß sie bei Beginn der Zusammenarbeit kein gesondertes Honorar für die Konzeptionsleistung unabhängig von deren Umsetzung erwartet habe. Das steht im Einklang damit, daß die Klägerin ausweislich des Tatbestands des angefochtenen Urteils für das Logo mit Schreiben vom 6. Februar 1995 als reinen "Macher-Lohn" nur 4.500,-- DM verlangt hatte. Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung mithin den Gesichtspunkt, daß die Klägerin auch das Konzept erstellt hat, durchaus berücksichtigt, aus ihm allerdings nicht auf die von der Revision allein für richtig befundene Vergütungspflicht geschlossen, sondern eine andere mögliche Würdigung vorgenommen.

(3) Da das Berufungsgericht sich überzeugen mußte, daß die Herstellung des Konzepts nur gegen eine Vergütung gerade hierfür zu erwarten war, ist auch die gegen die Würdigung des Schreibens vom 14. Januar 1995 erhobene Rüge der Revision unbehelflich. Selbst wenn dieses Schreiben - wie die Revision insoweit meint - zwanglos zumindest auch so verstanden werden kann, daß damals eine einverständliche Verabredung nicht mehr hinsichtlich der grundsätzlichen Vergütungspflicht, sondern nur noch hinsichtlich der Höhe der Kosten für das Konzept habe erfolgen sollen, bleibt nämlich die gegenteilige Würdigung des Berufungsgerichts wie auch die Folgerung möglich, im Streitfall habe eine gesonderte Vergütung für das Konzept nicht erwartet werden können.

(4) Daß das Berufungsgericht eine aufgrund der festgestellten Umstände des konkreten Falls rechtlich mögliche Würdigung vorgenommen hat, wird ferner nicht durch die weiteren Hinweise der Revision auf zu den Akten gereichten Schriftverkehr in Frage gestellt.

Das Schreiben vom 9. Februar 1995 beinhaltet einen Vergütungsvorschlag, der ausdrücklich eine Vergütung für das Gesamtkonzept ausnimmt. Dieses Konzept sollte nach der einleitenden Angabe des Schreibens erst später veranschlagt werden. Das kann - wie es das Berufungsgericht gesehen hat - ohne weiteres dahin gewertet werden, das Konzept solle nicht unabhängig von - wie es in der betreffenden Passage des Schreibens vom 9. Februar 1995 weiter heißt - der Einführung der zu erwartenden Etatbildung geschuldet sein. Da es zu einer sich auf einen Etat gründenden Zusammenarbeit nicht gekommen ist, folgt aus dieser Deutung zwanglos die Annahme des Berufungsgerichts, eine gesonderte Vergütungspflicht für das Konzept lasse sich nicht als i.S.v. § 632 Abs. 1 BGB stillschweigend vereinbart feststellen. Da die Bestellung der Beklagten vom 14. Februar 1995 auf das Schreiben der Klägerin vom

9. Februar 1995 Bezug nimmt, mußte das Berufungsgericht daher auch diesem Schriftstück nichts Gegenteiliges entnehmen. Das von der Revision ferner angeführte Besprechungsprotokoll vom 23. Februar 1995 bildet hingegen schon keine Entscheidungsgrundlage, weil ausweislich des Tatbestands des angefochtenen Urteils der Inhalt der Besprechung vom 22. Februar 1995 zwischen den Parteien streitig ist. Daß das Protokoll diesen Inhalt richtig wiedergibt, steht damit ebenfalls in Frage. Ein etwa darin liegender Mangel des Verfahrens des Berufungsgerichts, daß es den Inhalt des Gesprächs vom 22. Februar 1995 und die Richtigkeit des Protokolls vom 23. Februar 1995 nicht aufgeklärt hat, kann nicht berücksichtigt werden, weil dieser nicht gerügt worden ist (§§ 551 Abs. 3 Nr. 2b, 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO).

d) Soweit die Revision sich schließlich noch gegen Ausführungen des Berufungsgerichts zur Interessenlage von Werbeagenturen und ihren Kunden wendet, durch die das Berufungsgericht seine zuvor begründete Meinung bestätigt sieht, wird ebenfalls kein entscheidungserheblicher Rechtsfehler gerügt. Da der Tatrichter gemäß § 286 ZPO auf der dort genannten Grundlage nach freier Überzeugung entscheiden kann, ist es unbehelflich, der Feststellung des Berufungsgerichts, für den Regelfall sei davon auszugehen, daß die Konzeptionsleistung einer Werbeagentur vorrangig deren Interessen an der späteren Erteilung von Folgeaufträgen zur Umsetzung des Konzepts diene, die Behauptung entgegenzusetzen, die gegenseitigen Interessen seien im Zweifel und in der Regel als gleichrangig zu beurteilen. Daran ändert nichts der Hinweis der Revision auf die zutreffende Annahme des Berufungsgerichts, die Entwicklung eines Konzepts ermögliche dem Kunden die Entscheidung, ob er die vorgeschlagene Werbemaßnahme umsetzen wolle. Denn diese Entscheidungsmöglichkeit hat das Berufungsgericht gerade nicht als ein die gegenseitigen Interessen bestimmendes Kriterium angesehen, weil auch bei einem Kostenvoran-

schlag, der nicht vergütungspflichtig sei, dem Kunden eine darauf beruhende Entscheidung möglich gemacht werde. Auch das muß als mögliche tatrichterliche Würdigung hingenommen werden. Denn davon, daß das Berufungsgericht bei dieser vergleichenden Heranziehung eines nicht vergütungspflichtigen Kostenvoranschlags die von der Revision aufgeführten inhaltlichen Unterschiede zu einem Werbekonzept übersehen hat, kann nicht ausgegangen werden, weil das Berufungsgericht gerade unter Hinweis auf die wirtschaftliche Bedeutung der Konzeptionsleistung insoweit ein rechtlich unverbindliches Gefälligkeitsverhältnis ausgeschlossen und eine werkvertragliche Bindung der Parteien als gewollt angenommen hat. Der von der Revision beanstandete Vergleich kann deshalb nur als auf die Entscheidungsmöglichkeit als solche bezogen verstanden werden. Bei diesem Verständnis bildet er ein Argument für die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kunde habe dann, wenn es zu einer späteren Umsetzung der Werbekonzeption nicht oder nicht in dem erwarteten Umfange komme, aus der Konzeptionserstellung keinen Vorteil, der gesondert zu vergüten wäre, so daß auch die von der Revision insoweit gerügte Widersprüchlichkeit der Begründung des Berufungsgerichts nicht gegeben ist.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Melullis

Jestaedt

Scharen

Ambrosius

Asendorf