

# **Fallstricke und rechtliche Möglichkeiten bei der Teilnahme an Pitches**

## **Teil 1: Zahlungsansprüche**

von Rechtsanwältin Katja Schubert / Dr. iur. Stefanie Jehle  
Karsten+Schubert Rechtsanwälte

Stand: Mai 2011

# Fallstricke und rechtliche Möglichkeiten bei der Teilnahme an Pitches

## Teil 1: Zahlungsansprüche

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. Einleitung.....</b>   | <b>2</b>  |
| <b>2. Was ist eine Wettbewerbspräsentation bzw. ein Pitch?.....</b> | <b>2</b>  |
| <b>3. Rechtlicher Hintergrund von Pitches.....</b>                  | <b>6</b>  |
| 3.1 Die Wettbewerbspräsentation als Preisausschreiben.....          | 6         |
| 3.2 Verbindlichkeit der Wettbewerbsausschreibung.....               | 8         |
| 3.3 Ihr Anspruch auf Vollzug der Entscheidung.....                  | 11        |
| <b>4. Kein Vertragsschluss – was nun?.....</b>                      | <b>13</b> |
| <b>5. Die Unterbeauftragung von Freelancern.....</b>                | <b>16</b> |
| 5.1 Geschmackliche Mängel bei Nicht-Erfolgshonorar.....             | 16        |
| 5.2 Kunde überlegt es sich anders.....                              | 17        |

## 1. Einleitung

Die Durchführung einer Wettbewerbspräsentation bzw. eines Pitches stellt ein in der Kreativbranche übliches Auftragsvergabeverfahren dar. Wer auf einen Auftrag hofft, muss Zeit und Muße in kreative Entwürfe investieren und hoffen, dass sich die eigenen Bemühungen und Aufwendungen später amortisieren.

Rund um die Bezahlung dieser Aufwendungen kann sich eine Reihe von Situationen ergeben, in denen Sie als Werbedienstleister sich fragen könnten, ob Sie einen Anspruch auf Vergütung Ihrer erbrachten Leistungen haben. In diesem ersten Teil unserer Publikation wollen wir Ihnen die rechtliche Situation rund um Zahlungsansprüche näher bringen.

In dem zweiten Teil, den Sie ebenfalls auf unserer Webseite kostenfrei abrufen können, greifen wir ein weiteres Phänomen rund um Pitches auf: Nicht in jedem Fall steht am Ende einer Wettbewerbspräsentation überhaupt eine Auftragsvergabe an eine Agentur. Die Unternehmen führen mitunter Pitches durch, die darauf abzielen, sich der von den Agenturen entwickelten Ideen und Konzepte zu bedienen, ohne irgendeinen Auftrag zu vergeben.<sup>1</sup> Ein solches Verhalten der Unternehmen wirft die Frage auf, welchen rechtlichen Schutz die entwickelten Leistungen genießen und welche rechtlichen Möglichkeiten den Designern zur Verfügung stehen, wenn sie feststellen, dass ihre Entwicklungen einfach so genutzt werden.

## 2. Was ist eine Wettbewerbspräsentation bzw. ein Pitch?

Was versteht die Design- bzw. Werbebranche unter einer Wettbewerbspräsentation bzw. einem Pitch?



---

<sup>1</sup> Vgl. Sebastian Schwarz, FAZ vom 13.05.2010, Drei Wochen Kreativarbeit zum Nulltarif, abrufbar unter <http://www.faz.net/-01qya4> (Abrufdatum: 28.04.2011).

In der Werbebranche wird unter dem Begriff Pitch bzw. Agenturpitch ein Wettbewerb von Agenturen um einen Werbeetat verstanden.<sup>2</sup> Dabei werden verschiedene kreative Konzeptionen zur Umsetzung einer vorgegebenen Aufgabe präsentiert. Der Pitch dient dazu, eine Agentur auszuwählen und bezeichnet demnach ein Auftragsvergabeverfahren. Für den Pitch bildet das Briefing die Grundlage, das die Aufgabenstellung bzw. die Vorgaben des Kunden näher darlegt. Ein Pitch wird häufig finanziell nicht honoriert, sondern nur der im Anschluss vergebene eigentliche Auftrag an die obsiegende Agentur.<sup>3</sup> Auf diese Weise werden Stunden, Tage oder Wochen an kreativer Arbeitszeit in die Bewerbung um ein Werbeprojekt investiert. Dadurch, dass den Agenturen in jüngerer Zeit oftmals nicht mehr der Kostenaufwand für die Präsentation erstattet wird, geraten diese immer mehr wirtschaftlich unter Druck.<sup>4</sup>

Nach der Ansicht eines Autors in einem Marketingblog ist eine Wettbewerbspräsentation bzw. ein Pitch daher (auch) ein beidseitiger Charaktertest, der darüber Auskunft gibt, was man sich selbst wert ist und was einem die Leistung des anderen wert ist. Die durch viele Agenturen und wenige Kunden geprägte Marktsituation ist für die Werbetreibenden günstig. Aufgrund ihrer starken Position sind manche dieser Unternehmen nicht bereit, den von ihnen eingeladenen Werbeagenturen ein Honorar zu bezahlen. Die Annahme solcher Einladungen durch die Agenturen bestärkt die Unternehmen in ihrem Handeln.<sup>5</sup>

Dass der Aufwand für die Teilnahme an Pitches nicht bezahlt wird, sorgt in der Design- und Kommunikationsbranche schon länger für Unmut. Was eine angemessene Honorierung darstellt, darüber gehen die Meinungen auseinander. Nach einer Ansicht sind für kleine Pitchaufgaben 3.000 bis 5.000 Euro, für mittlere 7.000 bis 8.000 Euro, für umfangreiche 10.000 bis 15.000 Euro und für sehr komplexe oder internati-

---

<sup>2</sup> Vgl. Eintrag „Pitch“ bei Wikipedia unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Pitch> (Abrufdatum: 28.04.2011).

<sup>3</sup> Vgl. Eintrag „Agenturpitch“ bei Wikipedia unter <http://de.wikipedia.org/wiki/Agenturpitch> (Abrufdatum: 28.04.2011).

<sup>4</sup> Vgl. Sebastian Schwarz, FAZ vom 13.05.2010, Drei Wochen Kreativarbeit zum Nulltarif, abrufbar unter <http://www.faz.net/-01qya4> (Abrufdatum: 28.04.2011).

<sup>5</sup> Vgl. den Beitrag von Heiko Walkenhorst vom 16.11.2009 unter <http://www.marketing-blog.biz/blog/archives/3080-Was-ist-eigentlich-...-ein-Pitch.html> (Abrufdatum: 28.04.2011).

onale Aufgaben 20.000 bis 30.000 Euro angemessen.<sup>6</sup> Nach einer anderen Ansicht löst die Teilnahme bei größeren Pitches gar Summen von über 150.000 Euro aus.<sup>7</sup>

Unabhängig von der Frage, welches Honorar für die Teilnahme an einer Wettbewerbspräsentation angemessen ist, ist es auf jeden Fall misslich, wenn man nach einer umfangreichen Arbeitsleistung droht, leer auszugehen. Die gegebene Situation auf dem Markt für Werbedienstleistungen verdeutlicht in wirtschaftlicher Hinsicht das Dilemma: Nehme ich an einer Wettbewerbspräsentation teil und akzeptiere, dass mein Aufwand nicht vergütet wird und sich – in dem Fall, dass ein Wettbewerber ausgewählt wird – mein Aufwand auch nicht im Rahmen des Auftrags amortisieren kann? Oder bestehe ich auf einer Honorierung der Arbeiten für die Präsentation und riskiere, dass der potentielle Kunde mir dann von vornherein absagt? Und wie ist es, wenn es sich der Kunde – trotz des gewonnenen Pitches – plötzlich anders überlegt? Und habe ich Ansprüche, wenn ich einer Agentur zugearbeitet habe, die an einem Pitch teilnimmt?

Bevor wir gleich dazu übergehen, das Thema juristisch zu beleuchten, möchten wir in Auszügen einen weiteren Blogbeitrag wiedergeben, der das Dilemma der Kreativbranche auf die Handwerkbranche überträgt und dadurch anschaulich verdeutlicht, unter welchen Rahmenbedingungen Werbeagenturen und Designer heutzutage tätig werden müssen. Wir danken Herrn Heiko Walkenhorst für die freundliche Erlaubnis, seinen Beitrag hier wiedergeben zu dürfen.

„[...]“

Es war einer dieser Winter-Sonntage, im Fernsehen lief nur Mist, der von anderem Mist unterbrochen wurde und die Sonne schien lang und hell. So hell, dass es mir schwer fiel, die dunklen Verfärbungen in den oberen Zimmerecken länger zu ignorieren. Fünf Jahre war es her, dass die Wände das letzte Mal frische Farbe gesehen hatten. Ich entschied mich, das Malen zur Abwechslung einem echten Profi zu überlassen, anstatt wie beim letzten Mal meine Kleidung weiß zu färben. Gesagt getan, am darauf folgenden Montag suchte ich mir im Büro die Telefonnummern einiger Maler heraus, nahm mein Mobilteil und wählte die erste Nummer.

---

<sup>6</sup> Vgl. Julia Fuhr, Kein Pitch ohne Honorar! Oder doch?, abrufbar unter <http://www.page-online.de/emag/szene/artikel/kein-pitch-ohne-honorar> (Abrufdatum: 28.04.2011).

“Malermeisterbetrieb Steppmüller?”

“Guten Tag, hier Apostolou. Ich beabsichtige meine Wohnung anstreichen zu lassen. Ich möchte Sie zu einem Pitch einladen. Wann können Sie kommen?”

“Pisch? Sie meinen Kostenvoranschlag!?”

“Nein ... Pitch mit t´ ohne s´ in der Mitte. Da streichen Sie vorab kostenlos einen Teil der Wohnung, um Ihre Kompetenz in Sachen Altweiß unter Beweis zu stellen.”

“Also ... Sie wollen, dass ich Ihnen ein Zimmer streiche? Umsonst?? Damit Sie beurteilen können, ob ich anstreichen kann? Hören Sie mal, ich bin eingetragener Meister, ich streiche seit 20 Jahren ...”

“Ja, deswegen habe ich mich auch entschieden, Sie zum Pitch einladen. Sie haben einen super Ruf in der Branche. Wissen Sie, mir - und vor allem meiner Partnerin - liegt die Qualität am Herzen. Außerdem möchten wir wissen, wie es so um Ihre Kreativität bestellt ist.”

“Wie Kreativität? Soll ich die Wohnung nun weiß streichen oder was?”

“Na ja, Sie wissen schon, Ihr Strich und so. Der persönliche Stil ...”

“Das wird mit der Rolle gemacht. Inne Farbe rein, übers Abtropfgitter und auffe Tapete. Abrollen, Zack, Fertig! Das mach ich nun so seit 20 Jahren. Wie mein Vater davor und davor mein Großvater.”

“Das weiß ich auch zu schätzen. Ich beobachte die Entwicklung Ihres Unternehmens schon lange und kenne viele Ihrer exzellenten Arbeiten.”

“Dann wissen Sie doch, wie wir arbeiten.”

“Ja und nein. Wissen Sie, jedes Zimmer ist anders, hat individuelle Bedürfnisse. Sie müssen wissen, dass ich mir seit 41 Jahren Wände anschau. Glauben Sie mir, Ich weiß inzwischen genau, wann mir eine Wand gefällt und wann nicht. Das muss schon alles passen.”

“Was muss passen? Die Farbe? Die bestimmen Sie doch?”

“Ja, ja, ja ... aber wir müssen uns ja auch etwas beschnuppern, prüfen, wie die Zusammenarbeit so läuft. Das muss ich schon in meiner eigenen Wohnung sehen.”

“Wie jetzt Zusammenarbeit? Ich komme mit dem Gesellen und male die Wohnung, Sie schreiben einen Scheck. Fertig is.”

“Da lassen Sie aber eine Menge aus. Ich erwarte einen Zwischencheck um die Richtung festzulegen. Dann müssen meine Bekannten und Freunde den fertigen Anstrich sehen. Kann sein, dass Sie dann noch mal ran müssen.”

---

<sup>7</sup> Vgl. das Interview mit John Sealey, abrufbar unter <http://www.absatzwirtschaft.de/content/communication/news/pitchhonorierung-ist-auch-eine-frage-der-business-kultur;73823> (Abrufdatum: 28.04.2011).

“Verstehe ich das richtig? Sie sagen ich soll altweiß malen, und wenn ich fertig bin, sagt Ihr Freund, rot wäre besser, so dass ich gratis noch mal alles in rot streichen darf ...?”

“Jetzt verstehen wir uns. Außerdem ist meine Partnerin sehr eigen. Wenn Sie für uns arbeiten, müssten Sie sich verpflichten für ein Jahr keine Wohnung in Eppendorf und vor allem keine in altweiß zu streichen. Wir hätten da schon gern etwas Exklusivität.”

Klick ... tut-tut-tut-tut“<sup>8</sup> (Zitatende)

### 3. Rechtlicher Hintergrund von Pitches

#### 3.1 Die Wettbewerbspräsentation als Preisausschreiben

Bei den in der Werbebranche durchgeführten Wettbewerben handelt es sich rechtlich um Preisausschreiben. Sie werden beim Lesen dieses Begriffs sicherlich überrascht sein, kennt man doch die Bezeichnung Preisausschreiben aus dem Alltag eher im Zusammenhang mit irgendwelchen Gewinnspielveranstaltungen, bei denen sich Geld, ein Auto oder die berühmte Waschmaschine gewinnen lässt, wenn man eine mehr oder weniger anspruchsvolle Gewinnfrage richtig beantwortet und die Glücksfee einem hold ist. Doch das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) enthält eine eigene Rechtsnorm für Preisausschreiben, nämlich § 661 BGB, und was der Gesetzgeber unter einem Preisausschreiben versteht, das passt unter anderem auch auf die Pitches in der Kreativbranche. Der Gesetzgeber hatte nämlich bei Preisausschreiben im Sinne dieser Norm u. a. Lösungen künstlerischer Aufgaben vor Augen.

Die Norm zum Preisausschreiben muss man allerdings zusammen mit einer weiteren Norm lesen, und zwar derjenigen zur Auslobung in § 657 BGB. Das Preisausschreiben ist nämlich nur ein Spezialfall der Auslobung. Eine Auslobung ist die öffentliche Bekanntmachung einer Belohnung für die Vornahme einer bestimmten Handlung. Ein Preisausschreiben nach § 661 BGB ist eine besondere Form der Auslobung, bei der nicht bereits die Leistung als solche den Anspruch auf den ausgelobten Preis bewirkt, sondern der Teilnehmer sich vielmehr innerhalb einer bestimmten Frist um den

---

<sup>8</sup> Vgl. den vollständigen Beitrag von Heiko Walkenhorst vom 20.06.2006 unter <http://www.marketing-blog.biz/blog/archives/425-Die-Vorgeschichte-Koennen-Sie-auch-altweiss.html> (Abrufdatum: 28.04.2011).

Preis bewerben muss. Der Auslobende (bzw. ein Preisrichter) entscheidet dann über die Preisvergabe. Der einklagbare Anspruch auf die Belohnung entsteht mit der Zuerkennung des Preises an den gewinnenden Teilnehmer.

Inhaltlich wird mit der Entscheidung über die Preisvergabe die Frage beantwortet, ob überhaupt eine preiswürdige Bewerbung vorliegt und wer der Gewinner ist. Im Rahmen der Bewertung der Bewerbungen steht es den Entscheidungsträgern grundsätzlich auch frei, im Einvernehmen mit den Bewerbern diesen Gelegenheit zu Ergänzungen ihrer Bewerbungen zu geben.

Die Preisverleihung als solche ist zwar einer gerichtlichen Überprüfung weitgehend entzogen, dies meint jedoch lediglich den weiten Ermessensspielraum bei der Auswahl des Preisträgers. Das bedeutet, dass eine Werbeagentur, deren Vorschläge sich gegenüber der Konkurrenz nicht durchsetzen konnten, schlechte Karten hat, wenn sie gerichtlich feststellen lassen möchte, dass in Wirklichkeit doch ihr Vorschlag der beste, schönste oder kreativste sei.

Ist es hingegen so, dass sich der potentielle Kunde (= in der Regel der Auslobende) einmal dafür entschieden hat, dass ein bestimmtes Konzept die Anforderungen des Pitches am besten erfüllt, d. h. ein bestimmter Werbedienstleister die Wettbewerbspräsentation gewonnen hat, dann ist die getroffene Entscheidung grundsätzlich rechtlich bindend und durch das Unternehmen nicht frei widerruflich (siehe dazu gleich unter Punkt 3.2). Der gewinnenden Agentur steht ein einklagbarer Anspruch auf Vollzug der getroffenen Entscheidung zu.

Die getroffene Entscheidung muss Ihnen als Gewinner übrigens nicht einmal zugehen bzw. mitgeteilt werden (die Juristen sprechen in solchen Fällen von einer „nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung“). Das deutsche Recht kennt verschiedene Situationen, in den sich jemand wirksam rechtlich binden kann, ohne dass ein anderer davon Kenntnis nehmen muss. (Als Beispiel sei kurz das Testament genannt: Der Erblasser kann sich rechtlich bindend für einen bestimmten Erben entscheiden und ihn in seinem Testament benennen, ohne dass der Erbe davon wissen oder zustimmen muss.) In der Praxis allerdings werden Sie als Gewinner des Pitches aber zumindest durch irgendwelche Umstände davon Wind bekommen müssen, dass Ihr



Konzept gewonnen hat – sonst wüssten Sie es ja einfach gar nicht. Woraus sich schließen lässt, dass Ihr Konzept gewonnen hat, müsste in einem Rechtsstreit dann auch dargelegt und bewiesen werden.

### 3.2 Verbindlichkeit der Wettbewerbsausschreibung

Möglicherweise sind Sie nach Abschluss eines Pitches mit der Aussage des Kunden konfrontiert, dass das Projekt nun doch nicht realisiert wird, weil sich der Kunde aus irgendwelchen Gründen zwischenzeitlich umentschieden hat. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob sich der Kunde rechtswirksam im Rahmen des Preisausschreibens gebunden hatte. Wie oben erwähnt, ist grundsätzlich erst einmal davon auszugehen, dass sich jemand, der etwas auslobt, auch rechtlich binden will.

Doch was ist, wenn der Kunde hinterher behauptet, dass er sich nur anregen lassen wollte, dass die Auftragsvergabe noch gar nicht feststand oder dass irgendwelche internen Gremien leider der Durchführung des Projekts widersprochen haben?



Der BGH hat darauf folgende Antwort: Ob ein Rechtsbindungswille des einen Teils vorhanden ist, richtet sich nicht nach dessen nicht in Erscheinung getretenen inneren Willen, sondern danach, ob der andere Teil unter den gegebenen Umständen auf einen solchen Willen schließen musste. Es ist also maßgebend, ob anhand objektiver Kriterien auf Grund der Erklärungen und des sonstigen Verhaltens der Parteien der Wille, eine rechtsgeschäftliche Bindung einzugehen, festgestellt werden kann. Liegt eine unverbindliche Absichtserklärung nicht vor, ist der Auslobende eine rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung eingegangen.<sup>9</sup> Mit anderen Worten: Das eine sagen und sich gleichzeitig innerlich etwas Gegensätzliches vorbehalten, geht nicht.

Um Ihnen zu verdeutlichen, was der BGH meint, folgendes Beispiel zur Verdeutlichung:

Stellen Sie sich vor, Ihre Agentur wird zu einem Pitch eingeladen. Das Unternehmen bittet um die Ausarbeitung verschiedener konzeptioneller Vorschläge. Die Vorschläge sollen nach dem in den Ausschreibungsbedingungen dokumentierten Willen des Unternehmens dazu dienen, die am besten geeignete Agentur ausfindig zu machen; das Unternehmen behält sich darin vor, die gewinnenden Vorschläge unverändert zu realisieren oder doch Veränderungen den Vorzug zu geben. Sie präsentieren im Pitch Ihre ausgearbeiteten Vorschläge. Nach dem Lesen unseres Ratgebers sind Sie vorsichtig geworden und haben deswegen einen ausdrücklichen Hinweis, dass die präsentierten Entwürfe vertraulich zu behandeln sind und nur zu Präsentationszwecken dienen, in das übergebene Handout, das die Vorschläge enthielt, aufgenommen.

Im Nachgang zum Pitch erfahren Sie, dass Sie ihn zwar gewonnen haben, aber – natürlich lediglich der Form halber – vor Vertragsschluss die Zustimmung der Gesellschafter abgewartet werden müsse. Im weiteren Verlauf werden Sie vertröstet, und schließlich wird Ihnen mitgeteilt, dass sich die Gesellschafter in irgendeiner Form anderweitig entschieden haben. Ein Vertrag wird mit Ihnen nicht geschlossen.

Überrascht stellen Sie dann fest, dass Ihr wankelmütiger Kunde Ihre ausgearbeiteten Vorschläge verwendet, sie durch eigene Mitarbeiter weiter entwickelt oder an eine andere Agentur zu diesem Zweck übermittelt hat. Erbst fragen Sie sich, ob Ihnen Ansprüche auf eine Vergütung zustehen.

Wie wir oben bereits dargelegt haben, handelt es sich bei den Ausschreibungsbedingungen um einen im Regelfall für beide Seiten verbindlichen Rahmen. Will ein Unternehmen sich tatsächlich ein Hintertürchen offenhalten, dann muss dies in der Ausschreibung ganz deutlich mitgeteilt werden. Werden Vorbehalte deutlich gemacht, dann können die Agenturen bewusst entscheiden, ob sie sich nicht nur auf das Risiko, den Pitch zu verlieren, sondern auch auf das zusätzliche Risiko einer unverbindli-

---

<sup>9</sup> Vgl. im Hinblick auf die von Architekten gewonnenen Wettbewerbe BGH, Urteil vom 03.11.1983, Az. III ZR 125/82 – Architektenwettbewerb.

chen Entscheidung einlassen wollen. Hat das Unternehmen im Vorfeld in keiner Form deutlich gemacht, dass eine verbindliche Beauftragung noch von internen Gremienentscheidungen abhängig ist, kann es sich damit grundsätzlich nicht herausreden.

Nimmt in einem solchen Fall das Unternehmen weder Vertragsverhandlungen auf noch schließt es den ausgelobten Vertrag, dann macht es sich der Agentur gegenüber schadensersatzpflichtig. Hinsichtlich der Höhe möchten wir Sie auf unsere obigen Ausführungen verweisen. Die möglichen Ansprüche wegen der Nutzung der Entwürfe können Sie in unserem zweiten Teil nachlesen.



Prüfen Sie die Unterlagen des Kunden, die Ihnen bezüglich der Wettbewerbspräsentation übermittelt wurden: Steht dort sinngemäß eindeutig, dass das Ziel der Präsentation die Auswahl der am besten geeigneten Agentur bzw. des kreativsten Konzepts ist? Oder ergeben sich aus den Ausschreibungsunterlagen oder dem sonstigen Verhalten des potentiellen Kunden im Vorfeld des Präsentationstermins irgendwelche deutlich erkennbaren Vorbehalte?

Haben Sie keine objektiven Hinweise auf eine unverbindliche Absichtserklärung gefunden, können Sie davon ausgehen, dass die Auslobung des Kunden auch in einem Streitfall als rechtsverbindlich beurteilt würde.

Sollte es tatsächlich zum Rechtsstreit kommen, ist davon auszugehen, dass der Kunde seine Behauptung, es sei alles nur unverbindlich gemeint gewesen, aufrecht erhält, um den Anspruch abzuwehren. Sie sollten daher von Anfang an auf eine gute Dokumentation wert legen: Haben Sie die Ausschreibungsunterlagen schriftlich? Gab es relevanten E-Mail-Verkehr? Können Sie Zeugen eventuell stattgefundenener Verhandlungen benennen?

### 3.3 Ihr Anspruch auf Vollzug der Entscheidung

Steht nunmehr fest, dass sich Ihr Gegenüber wirksam im Rahmen der Ausschreibung verpflichtet hatte, stellt sich die Frage, welche Ansprüche Ihnen als Gewinner zustehen.

Der Anspruch des Preisträgers kann nachträglich nämlich nur in seltenen Fällen entfallen, wenn z. B. nach der Ausschreibung ein wichtiger Grund entstanden oder bekannt geworden ist, der es dem Auslobenden unzumutbar macht, sich an seiner Verpflichtungserklärung festhalten lassen zu müssen.

Werfen wir nun einen Blick auf die Belohnung eines Preisausschreibens: Ausgangspunkt ist, dass der Auslobende verpflichtet ist, die in Aussicht gestellte Belohnung an denjenigen zu entrichten, der die gewünschte Handlung vorgenommen bzw. den Erfolg herbeigeführt hat (vgl. § 657 BGB). Im Zusammenhang mit Preisausschreiben bedeutet dies, dass der Gewinner des Ausschreibens den ausgelobten Preis erhalten muss.

Doch wie ist dies hinsichtlich des Gewinns eines Pitches nun konkret zu verstehen? Ist der Gewinn einer Wettbewerbspräsentation mit einem Geldbetrag gleichzusetzen?



Schauen wir uns an, was unter einer Belohnung zu verstehen ist. Im Alltag neigen wir dazu, mit einer Belohnung häufig einen Geldbetrag zu assoziieren, doch im Rechtsinne bedeutet eine ausgelobte Belohnung lediglich die Zusage irgendeines Vorteils. Ein solcher Vorteil kann auch gerade im Gewinn eines Wettbewerbs liegen, und nach Ansicht des BGH ist beispielsweise der Gewinn eines durchgeführten Ideenwettbewerbs unter bildenden Künstlern ein derartiger Vorteil. In dem seinerzeit entschiede-

nen Fall war im Rahmen eines beschränkten Wettbewerbs für bildende Künstler die künstlerische Gestaltung einer bestimmten Anlage ausgelobt worden.<sup>10</sup>

In dem häufig anzutreffenden Fall, dass die Wettbewerbsbedingungen vorsehen, die gewinnende Agentur mit der Durchführung einer bestimmten Kommunikationsaufgabe zu beauftragen, besteht nach der Entscheidung über den Gewinn die Verpflichtung des Unternehmens, mit dem Gewinner einen Vertrag über die Durchführung der zuvor spezifizierten Aufgabe zu schließen. Was die Aufgabe umfasst, ergibt sich aus den Ausschreibungsbedingungen. Wollte der Kunde einen Auftrag über die Gestaltung eines Markennamens und eines Markenlogos vergeben, so ist er eben genau dazu verpflichtet, mit dem Gewinner über diese Gestaltung einen Vertrag zu schließen. Wollte der Kunde hingegen einen Auftrag über die Konzeption einer kompletten Kommunikationsstrategie vergeben, so ist er dem Gewinner zur Auftragserteilung über das vorgeschlagene Komplettpaket verpflichtet.

Möglich ist aber auch, dass gemäß der Ausschreibungsbedingungen die einzureichenden Vorschläge erst einmal nur dazu dienen sollen, die nach Ansicht des Kunden am besten geeignete Agentur ausfindig zu machen. Dann besteht nicht die Pflicht des Kunden, exakt die Umsetzung der präsentierten Vorschläge bei der gewinnenden Agentur zu beauftragen. Es steht ihm frei, die Umsetzung anderer Ideen bei der Gewinnerin zu beauftragen.

Die Entscheidung, welcher Wettbewerbsbeitrag der beste war, begründet in einem ersten Schritt nur die Pflicht des Kunden, den ausgelobten Vertrag mit dem Gewinner zu schließen. Der Vertrag an sich, der in einem zweiten Schritt geschlossen wird, um den besten Wettbewerbsbeitrag zu realisieren, ist Folge des Pitch-Gewinns.

Sofern in der Auslobung die Höhe der Auftragsvergütung noch nicht festgelegt wurde ist – was in Wettbewerbsausschreibungen nicht unüblich ist, weil der fachlich versierte Wettbewerbsteilnehmer eher in der Lage ist, ein sinnvolles Leistungsangebot zu unterbreiten –, ist der Auslobende dazu verpflichtet, mit dem obsiegenden Wettbe-

---

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 09.06.1983, Az. III ZR 74/82.

werbsteilnehmer einen Vertrag zu marktüblichen Konditionen zu schließen (vgl. § 632 Abs. 2 BGB).

Reicht die gewinnende Agentur zusammen mit ihrem Gestaltungsvorschlag auch einen Kostenvoranschlag für die von ihr angebotenen Leistungen im Rahmen des ausgeschriebenen Vertrages ein, kann der Kunde das Angebot zu den veranschlagten Konditionen annehmen, oder, falls diese für ihn unzumutbar sind, hierüber mit der gewinnenden Agentur in Verhandlung treten. Weigert sich in einem solchen Fall die Agentur dann, mit dem Kunden einen zumutbaren Vertrag abzuschließen, wird in der Regel der Kunde die Auftragserteilung aus wichtigem Grund verweigern dürfen.

#### **4. Kein Vertragsschluss – was nun?**

Die Preisentscheidung verpflichtet den Kunden, den Auftrag zu vergeben. Entschließt sich der Kunde dazu, den Auftrag doch nicht zu erteilen, setzt er die eingegangene Verpflichtung nicht um. Die Agentur kann sich im Regelfall dann nicht auf einen schon geschlossenen Vertrag berufen, sondern muss vielmehr zunächst auf den Vollzug des Vertragsschlusses bestehen oder ggf. Schadensersatzansprüche wegen des Verstoßes gegen die Verpflichtung zum Vertragsschluss geltend machen.

Ob man rechtliche Schritte in Bezug auf den gewünschten Vertragsschluss ergreift oder ob Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden, hängt stark vom jeweiligen Einzelfall ab. Ist das Kind endgültig in den Brunnen gefallen, etwa weil der Kunde definitiv von der Realisierung des Projekts Abstand genommen hat, wird es im Regelfall wenig sinnvoll sein, auf den Vertragsschluss noch zu pochen. Spätestens zu dem Zeitpunkt, wenn der Kunde sich weigert, den Vertrag zu schließen, sollten Sie anwaltliche Hilfe in Anspruch nehmen. Jeder Einzelfall liegt etwas anders und muss daher individuell geprüft werden. Auf Basis des bisherigen Ereignisverlaufes und Ihrer Unterlagen können wir Sie im Hinblick auf das weitere Vorgehen beraten.

Soll Schadensersatz beim Auslobenden geltend gemacht werden, so stellt sich für die Agentur die naheliegende Frage, welche Summe gefordert werden kann. Darf ich meine Leistungen so in Rechnung stellen, wie ich es getan hätte, wenn der ausge-

lobte Vertrag ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre? Oder darf ich nur einen Ersatz der mir entstandenen Aufwendungen verlangen?

Das Schadensersatzrecht kennt verschiedene Arten des Schadensersatzes. Einmal gibt es das so genannte positive Interesse, das zu ersetzen sein kann. Das bedeutet, dass ein Schädiger, der für eine Vertragsverletzung haftet, den Zustand herzustellen hat, der bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrags gegeben wäre, d. h. er muss dem Geschädigten insbesondere auch den Gewinn ersetzen, den dieser aus dem Geschäft gezogen hätte.

Außerdem gibt es das so genannte negative Interesse. Dieses Interesse umfasst den so genannten Vertrauensschaden, d. h. jemandem ist ein Schaden entstanden, weil er auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts vertraut hat. Der Geschädigte ist dann so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vertraut hätte. Im Regelfall umfasst das negative Interesse nicht den entgangenen Gewinn.

Wir können Ihnen im Rahmen dieser Publikation keine abschließende Antwort auf die Frage geben, welche Schadensersatzart in Ihrem speziellen Fall zum Tragen kommt. Der Grund dafür ist, dass es einer genauen Analyse bedarf, ob im Einzelfall schon ein Vertrag – und wenn ja, zwischen wem – zustande gekommen war oder ob sich die Angelegenheit noch im Stadium von vorvertraglichen Verhandlungen befunden hat.

Ausschreibungen sind nämlich als Vertragsanbahnung bzw. Aufnahme von Vertragsverhandlungen hinsichtlich der ausgelobten Auftragserteilung anzusehen. Das vorvertragliche Schuldverhältnis, das durch die Ausschreibung begründet wird, erlegt den Beteiligten jeweils Pflichten zur Fürsorge, Loyalität und Rücksicht auf die schützenswerten Belange des anderen auf. Wie weit diese Pflichten reichen, richtet sich individuell nach dem Einzelfall. Durch intensive vorvertragliche Verhandlungen mit erheblichen Vorleistungen einer Partei, die diese in Erwartung des Vertragsschlusses erbringt, können weitgehende Pflichten entstehen.

Aus dem Rücksichtnahmegebot auf die Interessen des anderen Teils folgt u. a., dass bei diesem keine falschen Vorstellungen über das Zustandekommen des Vertrages geweckt werden dürfen. So kann nach Ansicht des BGH bei Ausschreibungen der Auslobende verpflichtet sein, den Bieter auf für ihn nicht erkennbare Umstände hinzuweisen. Bei Verletzung dieser Aufklärungspflicht kann dem Bieter ein Anspruch auf Ersatz der mit der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren verbundenen Aufwendungen zustehen.<sup>11</sup>



Auf jeden Fall ist es sinnvoll, wenn Sie den Betrag, den Sie dem abgesprungenen Kunden in Rechnung stellen wollen, anhand nachvollziehbarer Kalkulationsgrundlagen erläutern können. Ziel sollte es sein, in einem eventuellen Verfahren dem Gericht Höhe und Zusammensetzung sowohl des positiven Interesses als auch des negativen Interesses darlegen können.

Folgende Fragen können dabei hilfreich sein:

- Welchen Stundensatz haben Sie zugrunde gelegt, und wie viele Stunden haben Sie bereits geleistet? Haben Sie die geleisteten Stunden nachvollziehbar dokumentiert?
- Welche Leistungen wurden bereits ausgeführt und welche werden ggf. nicht mehr erbracht?
- Haben Sie Fremdleistungen eingekauft, sollten Sie die Rechnungen Ihrer Dienstleister vorlegen können.
- Sinnvoll in Gerichtsverfahren ist es, die erarbeiteten Gestaltungsvorschläge vorzulegen und sie den in Rechnung gestellten Positionen nachvollziehbar zuzuordnen.

---

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 27.06.2007, Az. X ZR 34/04 – Gutachtenverfahren.



## **5. Die Unterbeauftragung von Freelancern**

Nicht nur die präsentierende Agentur kann sich fragen, welche Ansprüche ihr gegenüber dem auslobenden Unternehmen zustehen, sondern auch der Freelancer, der der präsentierenden Agentur zuarbeitet, kann sich fragen, welche Ansprüche ihm im Falle eines Falles gegenüber der Agentur zustehen. Im Folgenden wollen wir Ihnen einige denkbare Situationen vorstellen.

### **5.1 Geschmackliche Mängel bei Nicht-Erfolgshonorar**

Stellen Sie sich vor, eine Werbeagentur, die an einem Pitch teilnehmen möchte, will Sie mit der Ausarbeitung bestimmter konzeptioneller Leistungen beauftragen. Da Sie nicht bereit sind, auf Erfolgsbasis tätig zu werden, einigen Sie sich mit der Agentur auf ein Honorar, das nicht vom Gewinn des Pitches abhängt. Pünktlich vor der Präsentation stellen Sie der Werbeagentur ihre Vorschläge zur Verfügung, die diese dankend entgegennimmt und schließlich dem potentiellen Kunden in der Wettbewerbspräsentation vorstellt.

Nehmen wir nun an, dass der potentielle Kunde noch die eine oder andere geschmackliche Idee zu den Vorschlägen hat oder sich weitere Vorschläge wünscht. Die Agentur wiederum tritt an Sie heran und fordert Sie zu weiteren Arbeiten auf – natürlich ohne eine zusätzliche Vergütung in Aussicht zu stellen. Müssen Sie nun noch mal unentgeltlich ran ans Werk?

Grundsätzlich nein. Bei der Konzeption von Gestaltungsleistungen steht Designern ein handwerklicher Ermessensspielraum bei der Lösung zu. Wenn die gestalteten Vorschläge quantitativ und qualitativ den Vorgaben des Briefings entsprechen und die Agentur bei der Entgegennahme Ihrer Vorschläge keine Mängel aufgezeigt, sondern die Vorschläge im Pitch präsentiert hat, dann haben Sie gute Karten. Vereinbart ein Freelancer mit der Agentur kein Erfolgshonorar, wirkt sich auf den Vergütungsanspruch grundsätzlich nicht aus, ob die Vorstellungen und der Geschmack des auslobenden Kunden getroffen wurden oder nicht.



Die Zu- oder Mitarbeit für eine Werbeagentur, die allein einem potentiellen Kunden im Rahmen eines Pitches präsentiert, sollte idealer Weise nicht auf Erfolgsbasis vereinbart werden. Vermeiden Sie dies, verlagert sich das Erfolgsrisiko auf die präsentierende Agentur. Sie müssen sich über etwaige Mängel allein mit der Agentur auseinandersetzen und können gelassen dem weiteren Verlauf der Bewerbung entgegensehen, wenn die Agentur Ihre Zuarbeit beanstandungsfrei entgegen genommen hat, um sie im Pitch zu präsentieren.

## 5.2 Kunde überlegt es sich anders

Anders sieht es naturgemäß aus, wenn Sie sich im Rahmen einer Zuarbeit für eine Pitchteilnahme bereit erklären, auf Erfolgsbasis tätig zu werden. Doch auch dieses geschäftliche Risiko bedeutet nicht, dass Sie sich alles gefallen lassen müssen und Willkür Tür und Tor geöffnet sind.

Nehmen wir einmal an, Sie entschließen sich bewusst dazu, einer Werbeagentur für einen Pitch auf Erfolgsbasis zuzuarbeiten und akzeptieren, dass Ihre Arbeit nicht vergütet wird, falls die Agentur den Pitch nicht gewinnt. Nach der Präsentation erfahren Sie dann hoch erfreut, dass der gemeinsame Vorschlag den Pitch gewonnen hat. Doch statt dass es nun losgeht, fängt plötzlich der Kunde an zu grübeln und nimmt schließlich von der Realisierung des Projekts ganz Abstand. Was nun? Können Sie eine Vergütung Ihrer für die Präsentation erbrachten Leistungen von der Agentur verlangen? Schließlich haben Sie zwar das Erfolgsrisiko des Pitches akzeptiert, jedoch nicht, dass es sich der auslobende Kunde nach einem positiven Votum einfach anders überlegt.

Wichtig ist in einem solchen Fall, nachweisen zu können, dass in der Ausschreibung des auslobenden Kunden keine Vorbehalte hinsichtlich der Verbindlichkeit der Ausschreibung enthalten waren. Problematisch kann es nämlich sein, wenn sich die Werbeagentur hinterher hinstellt und behauptet, der Kunde hätte eine sichere Beauftragung niemals in Aussicht gestellt.



Die Beweislage ist häufig streitentscheidend. Diesen Punkt sollten Sie keinesfalls unterschätzen! Idealerweise sollten Sie sich also bei einer Zuarbeit von der Agentur die vollständigen Ausschreibungsunterlagen in Kopie geben lassen und diese, wie oben dargestellt, hinsichtlich der Verbindlichkeit prüfen.

Können Sie die Unterlagen nicht bekommen und finden nur Gespräche mit der Agentur statt, dann sollten die Gesprächsinhalte zumindest in E-Mail-Protokollen dokumentiert und die Richtigkeit von der Agentur bestätigt werden – um damit einer möglichen „Vergesslichkeit“ bei einem späteren Streit entgegenzuwirken.

Steht nun fest, dass sich der auslobende Kunde objektiv binden wollte, kommen Ansprüche der Freelancer aus einem mit der Agentur geschlossenen Werkvertrag, dessen Wirksamkeit lediglich von der Bedingung „Gewinn der Wettbewerbspräsentation“ abhing, in Betracht. Zwar kann ein Werkvertrag vom Auftraggeber, hier der Agentur, jederzeit bis zur Vollendung des Werkes gekündigt werden (§ 649 BGB). Der Vertrag ist dann aber nach Maßgabe des § 649 S. 2 BGB abzurechnen, wonach der Unternehmer berechtigt ist, die vereinbarte Vergütung zu verlangen. Er muss sich allerdings dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart.

Geht man nicht von einem geschlossenen Werkvertrag aus, so kommen Schadensersatzansprüche in Betracht, falls die Werbeagentur ihrerseits – aus welchen Gründen auch immer – darauf verzichtet, ihren eigenen Anspruch auf Vollzug der Belohnung oder ggf. ihren eigenen Schadensersatzanspruch gegenüber dem auslobenden Kunden durchzusetzen.



2011 Karsten+Schubert Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de  
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378  
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26  
D-10997 Berlin