

BGHR: ja

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 275/97

Verkündet am:
12. November 1998
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Streck, Schlick und Dörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. November 1997 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die N. H. N.-W. Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgesellschaft mbH (im folgenden: NH) schloß am 14./23. Dezember 1982 mit der K.- und F.-S.-Vermittlungsgesellschaft mbH (im folgenden: KFS) einen Vertrag, durch den die KFS den Vertrieb von ca. 550 durch die NH erstellten Eigentumswohnungen u.a. in B./H. übernahm (im folgenden: Vertriebsvereinbarung). Der Vertrieb war auf Kapitalanleger abgestellt, die die jeweiligen Wohnungen nicht selbst beziehen, sondern vermieten wollten. Nach dem zugrundeliegenden Bauherrenmodell sollte den Erwerbern ermöglicht werden, unter Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung der Vermietung zur Regelbesteuerung (Umsatzsteuer) zu optieren (§ 9 UStG 1980), um die in dem Gesamtaufwand einschließlich der Bauleistungen enthaltene Umsatzsteuer als Vorsteuer gegenüber dem Finanzamt geltend machen zu können; da Voraussetzung hierfür die Vermietung der Immobilie durch den Bauherrn an einen Unternehmer (sog. gewerblichen Zwischenvermieter) war, sollte die NH die zu verkaufenden Eigentumswohnungen für einen Zeitraum von fünf Jahren anmieten, um sie ihrerseits an Wohnungssuchende unterzuvermieten.

Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung lautet:

"Sofern die Umsatzsteueroption gemäß § 9 UStG nicht anerkannt wird, erstattet die NH dem Erwerber die im Verkaufspreis enthaltene Umsatzsteuer abzüglich der sich dann ergebenden Umsatzsteuervorteile (Nichtversteuerung der Mieteinnahmen) für den Erwerber."



Die KFS gab im Anschluß daran unter dem 16. Dezember 1982 ihren Mitarbeitern für den Vertrieb eine schriftliche "Beraterinformation" über die "wichtigsten Objektdaten, die ... zum Schutz Ihres Kunden ausgehandelt wurden", an die Hand, in der die Verpflichtung der NH, gegebenenfalls dem Erwerber die Umsatzsteuer zu erstatten, mit aufgeführt war.

Durch Vermittlung der KFS erwarben die Kläger mit Kaufvertrag vom 29. März 1983 von der NH eine Eigentumswohnung in B. für einen wie folgt aufgeteilten Kaufpreis: 30.745 DM für das Grundstück, 294.456 DM für die Gebäudeerstellung, 42.276,13 DM Umsatzsteuer. Die von den Klägern unter Hinweis auf die Zwischenvermietung an die NH geltend gemachte Option für die Umsatzsteuer wurde vom Finanzamt zunächst berücksichtigt und führte zu entsprechenden Umsatzsteuerrückvergütungen für die Jahre 1983 und 1984 an die Kläger. Ende 1988/Anfang 1989 änderte das Finanzamt jedoch u.a. die Abrechnungen für die Umsatzsteuer für 1983 und 1984 mit der Begründung, das Zwischenmietverhältnis zwischen den Klägern und der NH könne steuerrechtlich nicht anerkannt werden, und verlangte von den Klägern die Rückzahlung erstatteter Umsatzsteuerbeträge von 45.604,88 DM für 1983 und 106,11 DM für 1984. Gegen die betreffenden Abrechnungen und Zahlungsaufforderungen des Finanzamts legten die Kläger rechtzeitig Einspruch ein, die - zurückweisenden - Einspruchsentscheidungen des Finanzamts vom 10. Oktober 1994 griffen sie nicht weiter an, sondern sie beglichen die Steuernachforderungen.

Mit der Klage haben die Kläger von der Beklagten - unter Einschluß von weiteren Steuererstattungsansprüchen und Aussetzungszinsen des Finanzamts, um die es im Revisionsverfahren nicht mehr geht - Zahlung von 88.619,99 DM nebst 4 % Verzugszinsen verlangt. Die Beklagte hat den Klageanspruch in Abrede gestellt; hilfsweise hat sie ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines Anspruchs auf Zahlung einer - zuletzt mit 624.398 DM bezifferten - Vertragsstrafe geltend gemacht, die die KFS der NH für den Fall versprochen hatte, daß in B./H. bis zum 1. April 1983 nicht wenigstens 90 % der Wohneinheiten verkauft würden (Ziff. 13 der Vertriebsvereinbarung). Das Landgericht hat den Klägern unter Abweisung der weitergehenden Klage 42.276,13 DM (den im Kaufpreis für die Eigentumswohnung enthaltenen Anteil an Umsatzsteuer) zugesprochen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichteten Berufungen beider Parteien zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

Rechtsfehlerfrei leitet das Berufungsgericht (in Übereinstimmung mit dem Landgericht) aus Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung die Verpflichtung der Beklagten her, den Klägern den im Kaufpreis für die Eigentumswohnung enthaltenen Umsatzsteuerbetrag von 42.276,13 DM - den als Vorsteuer beim Fi-

nanzamt abzusetzen den Klägern letztlich nicht gelungen ist - zu erstatten. Bezüglich dieses Anspruchs hat das Berufungsgericht auch im Ergebnis mit Recht ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten gegenüber den Klägern wegen etwaiger Vertragsstrafenansprüche aus der Vertriebsvereinbarung gegen die KFS verneint.

I.

1. a) Das Berufungsgericht versteht die unter Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung getroffene Regelung als einen (echten) Vertrag zugunsten Dritter - nämlich der zukünftigen Erwerber der von der KFS zu vertreibenden Eigentumswohnungen - im Sinne von § 328 Abs. 1 BGB. Nach ihrem Wortlaut enthalte Ziffer 7 die Zusage der NH, daß sie den Erwerbern unter den genannten näheren Voraussetzungen die im Verkaufspreis enthaltene Umsatzsteuer (abzüglich erwachsener Vorteile) erstatten werde. Eine Situation, wie sie einem unechten Vertrag zugunsten Dritter zugrunde liege, sei hier nicht gegeben gewesen. Insbesondere sei nicht ersichtlich, welchen Anspruch die Kläger gegen die KFS hätten haben können, den diese im Rahmen der Vertriebsvereinbarung an die NH hätte weitergeben können. Die für den Erwerber einer Wohnung maßgeblichen Bedingungen hätten den abzuschließenden Kaufvertrag betroffen, den die KFS lediglich zu vermitteln gehabt habe, während die NH zukünftige Vertragspartei sein sollte. Diesbezügliche Erklärungen der KFS (gegenüber den Erwerbsinteressenten) seien also dazu bestimmt gewesen, die Interessenten zum Vertragsabschluß

zu bewegen, und alle hiermit im Zusammenhang stehenden Handlungen und Äußerungen der KFS seien deshalb im Auftrag der NH und in deren Interesse erfolgt; vor diesem Hintergrund könne nicht festgestellt werden, daß die Kaufinteressenten in vertragliche Beziehungen mit der KFS getreten wären, die Ansprüche zu ihren Gunsten begründet hätten, aufgrund welcher die KFS wiederum im Verhältnis zur NH hätte abgesichert werden müssen. Umgekehrt gebe es vor dem Hintergrund der aufgezeigten Gesichtspunkte, die dafür sprächen, daß durch die Vertriebsvereinbarung zwischen der NH und der KFS ein Anspruch für die zukünftigen Erwerber hätte begründet werden sollen, im Tatsachenvortrag der Parteien - auch der Beklagten - keine Anhaltspunkte dafür, daß die Vertragsparteien gleichwohl lediglich den Willen gehabt hätten, einen "unechten" Vertrag zugunsten Dritter abzuschließen.

b) Diese Auslegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ob durch einen Vertrag zugunsten Dritter - den als solchen die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht in Abrede gestellt hat - der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern, ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages, zu entnehmen (§ 328 Abs. 2 BGB). Die betreffende Würdigung ist Sache des Tatrichters und vom Revisionsgericht nur auf Rechtsfehler überprüfbar, also darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind. Zu den allgemein anerkannten Auslegungsregeln gehört der Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung. Ferner hat der Tatrichter den ihm vorliegenden Prozeßstoff bei der Aus-

legung auszuschöpfen, er darf also nicht wesentliche Umstände unberücksichtigt lassen. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht verletzt.

aa) Die Revision stellt eine Reihe von Erwägungen an, die ihrer Meinung nach dafür sprechen, daß es sich bei der Regelung zu Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung nicht um einen echten Vertrag zugunsten Dritter, sondern richtigerweise - wie die Beklagte im Revisionsverfahren erstmals vorbringt - weder um einen echten, noch um einen unechten Vertrag zugunsten der künftigen Erwerber gehandelt habe, sondern lediglich um eine Ermächtigung an die KFS, gegenüber den Erwerbsinteressenten mit der Möglichkeit der Vereinbarung einer Erstattungspflicht der NH in den jeweiligen Kaufverträgen zu werben. Ob eine Erstattungspflicht im Einzelfall auch tatsächlich zum Tragen gekommen wäre, wäre dann aber von der Ausgestaltung des einzelnen Kaufvertrages abhängig gewesen; soweit in einem solchen Kaufvertrag - wie im vorliegenden Fall - eine Erstattungsregelung nicht vereinbart worden sei, stehe daher den betroffenen Erwerbern auch kein Erstattungsanspruch gegen die Beklagte zu.

Mit diesen Erwägungen kann die Revision jedoch nicht gehört werden. Sie zeigt damit keine Rechtsfehler bei der Auslegung des Berufungsgerichts auf, vielmehr versucht sie in revisionsrechtlich unzulässiger Weise, neuen Sachvortrag einzuführen und ihre eigene Auslegung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen.

bb) Die Auslegung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht deshalb als rechtsfehlerhaft, weil das Berufungsgericht, wie die Revision rügt, Parteivorbringen der Beklagten übergangen hätte, das dahin ging, die NH und die KFS hätten die Klausel zu Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung übereinstimmend dahin verstanden, daß sie den von der KFS erworbenen Erwerbern keine eigenen Ansprüche gegen die NH gewähre.

Die Beklagte hat vorgetragen: Sicherlich sei zwischen der NH und ihrer Muttergesellschaft einerseits und der KFS andererseits auch über die Möglichkeit gesprochen worden, daß im Einzelfall aus nicht vorauszusehenden Gründen die Umsatzsteueroption eines Erwerbers von der Finanzverwaltung nicht anerkannt werde und alsdann die Vorsteuer nicht erstattet werde und eine erstattete Vorsteuer zurückzuzahlen sei. Die Vorstellung der KFS sei dabei gewesen, daß die Beklagte in diesem Fall in einem noch festzulegenden Umfang und unter noch zu definierenden Bedingungen zugunsten der Erwerber einspringen sollte. Bei den dabei erörterten Lösungskonzepten sei aber stets nur an einen unechten Vertrag zugunsten Dritter gedacht worden; ein echter Vertrag zugunsten Dritter mit unmittelbarem und selbständigem Forderungsrecht der Kapitalanleger sei von der NH "stets ausdrücklich abgelehnt worden, was die KFS auch akzeptiert" habe. Dieser Vortrag ist jedenfalls vor dem Hintergrund, daß der Wortlaut der schriftlich ausformulierten Regelung zu Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung nach seiner nächstliegenden Bedeutung eindeutig in die gegenteilige Richtung geht, unzureichend. Es wird nicht gesagt, durch welche konkreten mündlichen Äußerungen welcher unmittelbar am Vertragsschluß beteiligten Personen wem gegen-

über bei welcher Gelegenheit im Zusammenhang mit der Einigung auf den Vertragstext vom 14./23. Dezember 1982 zum Ausdruck gebracht worden sein soll, daß unbeschadet des gewählten Vertragstextes kein Anspruch der Kapitalanleger begründet werde.

Läßt sich schon - mangels hinreichenden Parteivortrags - kein übereinstimmender (geäußelter) Wille der Partner des Vertriebsvertrages im Sinne der Ablehnung eines Rechtserwerbs durch Dritte aus der Regelung zu Ziffer 7 feststellen, so kann dahinstehen, ob angesichts der sonstigen Umstände und Zusammenhänge einer solchen Willensäußerung der Vertragspartner noch entscheidende rechtliche Bedeutung hätte zukommen können oder ob sich hier - unbeschadet des Grundsatzes, daß es für das Entstehen und die Art einer Drittberechtigung auf den Willen der Vertragsschließenden ankommt - die Beklagte im Verhältnis zu den Anlageinteressenten, die sich unter anderem auf der Grundlage des Versprechens der NH gegenüber des KFS zum Erwerb einer Eigentumswohnung als Kapitalanlage entschlossen haben, ohnehin am nächstliegenden Verständnis der gewählten schriftlichen Formulierung festhalten lassen muß. Dafür spricht - ohne daß dies abschließend beurteilt zu werden braucht -, daß Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung jedenfalls auch dazu bestimmt war, den Mitarbeitern der KFS als konkretes Verhandlungsargument gegenüber den Erwerbsinteressenten - im Sinne eines von der KFS für die Kunden ausgehandelten "Schutzes" - zu dienen und diesen einen besonderen Anreiz zum Erwerb einer Wohnung zu bieten

2. Mit Recht sieht das Berufungsgericht die Voraussetzungen für einen Umsatzsteuererstattungsanspruch der Kläger nach

Maßgabe der Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung als gegeben an.

a) Das Berufungsgericht legt Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung dahin aus, daß es für den Tatbestand des "Nichtaner kennens" der Umsatzsteueroption durch das Finanzamt nur auf das Vorliegen eines bestandskräftigen finanzbehördlichen Bescheids ankomme, nicht auf einen finanzgerichtlich überprüften Bescheid. Der Umstand, daß die Kläger die Neuberechnungen und Zahlungsaufforderungen des Finanzamts nur durch den Einspruch, nicht aber darüber hinaus durch Anrufung des Finanzgerichts angegriffen haben, führe auch nicht zu einem begründeten Einwand unter dem Gesichtspunkt eines Mitverschuldens. Abgesehen davon, daß § 254 BGB bei Erfüllungsansprüchen - um einen solchen handele es sich hier - keine Anwendung finde, sei jedenfalls den Klägern nicht zuzumuten gewesen, gegen die Einspruchsbescheide des Finanzamts gerichtlich vorzugehen. Die Kläger hätten in die näheren Gestaltungen des gewählten Bauherrenmodells unter Einschaltung der NH (auch) als gewerblicher Zwischenmieterin keinen Einblick gehabt und auch aufgrund der Stellungnahmen der Beklagten vom 15. April und 28. Juni 1994 - in denen die Beklagte einen Gestaltungs mißbrauch in Abrede stellt - nicht "eigenständig und unabhängig von der Beklagten" überprüfen können, ob hiermit die Beurteilung des Finanzamts für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung in dem Bericht vom 26. Januar 1994, worin von einem "überdeutlich dokumentierten" Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts (§ 42 AO) die Rede war, entkräftet sei. In dieser Situation wäre den Klägern eine Prozeßführung ohne Mithilfe der Beklagten nicht möglich gewesen; diese Mithilfe

hätte auch in der Übernahme zumindest eines Teils der entstehenden Prozeßkosten durch die Beklagte bestehen müssen, zu der sich diese jedoch nicht bereitgefunden habe. Es gebe auch angesichts der strengen Maßstäbe der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs keine hinreichenden Einwände gegen den seitens der Finanzbehörden erhobenen Vorwurf eines rechtlichen Gestaltungsmissbrauchs durch die Einschaltung der NH als Zwischenmieterin.

b) Diese Ausführungen halten, soweit es um die Frage der Zumutbarkeit einer Klageerhebung durch die Kläger geht - worauf es hier allein ankommt -, der rechtlichen Nachprüfung stand.

Die Beklagten durften sich - wie in dem Anwaltsschreiben vom 25. Mai 1994 an die Beklagte geschehen - auf den Standpunkt stellen, daß die von ihnen eingelegten Einsprüche unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 14. Mai 1992 (BStBl II S. 931) "keinerlei Erfolgsaussicht haben dürften"; nachdem die Einsprüche anschließend erwartungsgemäß zurückgewiesen worden waren, hatten sie keinen Anlaß, hiergegen auch noch gerichtlich vorzugehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu § 9 UStG 1980 war der Tatbestand des Mißbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 Satz 1 AO 1977) erfüllt, wenn der Wohnungseigentümer statt einer Vermietung an den Endmieter einen Zwischenmieter einschaltet, d.h. eine Person, die das Mietverhältnis nur eingeht, um die gemietete Wohnung an Dritte weiterzuvermieten und hierfür wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen (st.Rspr. seit BFHE 140, 354; vgl. BFH Urteil

vom 14. Mai 1992 aaO). Wie sich aus dem zuletzt genannten Urteil des Bundesfinanzhofs ergibt, hat der zuständige Senat in allen Fällen, in denen er über gewerbliche Zwischenvermietungen, die im Rahmen des Gesamtkonzepts (insbesondere bei Bauherrenmodellen) von vornherein eingeplant waren, zu befinden hatte, die Gründe, die von den Steuerpflichtigen zur Rechtfertigung der gewählten Gestaltung angeführt wurden, entweder als nicht hinreichend substantiiert dargelegt und nachgewiesen oder nicht genügend gewichtig angesehen, um die Gestaltung als angemessen beurteilen zu können. Solche Gestaltungen - so der Bundesfinanzhof - schlossen schon vom Ansatz her eigene ernsthafte Vermietungsbemühungen des Wohnungsinhabers aus, wie sie zum Nachweis eines konkreten Erstvermietungs- oder Mietausfallrisikos erforderlich wären. Somit hat der Bundesfinanzhof, wie er es in dem Urteil vom 14. Mai 1992 selbst herausstellt, "in ständiger Rechtsprechung zu den bis 1985 möglichen Gestaltungen in einer Vielzahl von Fällen entschieden, daß Zwischenvermietungen jedenfalls im Rahmen von Gesamtkonzepten grundsätzlich i. S. von § 42 AO 1977 unangemessen sind".

Damit erweist sich auch die Rüge der Revision als gegenstandslos, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten übersehen, wonach "BFH-Rechtsprechung zugunsten der anderen Erwerber im Objekt B./H." vorliege; relevanten Vortrag dieser Art hat die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht angebracht.

Es gibt auch entgegen dem Vorbringen der Revision keine Anhaltspunkte dafür, daß die Kläger eine Klage gegen die Neu-

berechnungen und Zahlungsaufforderungen des Finanzamts vom 6. Januar 1989 zu dem maßgeblichen Zeitpunkt - im Oktober 1994 - schon deshalb als erfolgversprechend hätten ansehen können, weil die gesetzliche Steuerfestsetzungsfrist abgelaufen war. Dazu fehlt es, worauf die Revisionserwiderung mit Recht hinweist, schon an dem erforderlichen Sachvortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen. Im übrigen beträgt zwar die Festsetzungsverjährung gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO für die in Rede stehenden Steuern regelmäßig vier Jahre. Die Festsetzungsfrist beträgt jedoch zehn Jahre, soweit eine Steuer hinterzogen, und fünf Jahre, soweit sie leichtfertig verkürzt worden ist; dies gilt auch dann, wenn die Steuerhinterziehung oder leichtfertige Steuerverkürzung nicht durch den Steuerschuldner oder eine Person begangen worden ist, deren er sich zur Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten bedient, es sei denn, der Steuerschuldner weist nach, daß er durch die Tat keinen Vermögensvorteil erlangt hat und daß sie auch nicht darauf beruht, daß er die im Verkehr erforderlichen Vorkehrungen zur Verhinderung von Steuerverkürzungen unterlassen hat. Der Tatbestand des § 169 Abs. 2 Satz 2 AO war aus der Sicht der Kläger Mitte/Ende 1994 nicht auszuschließen. Denn es lief noch, wie die Revision selbst nicht verkennet, ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche der NH und andere, das erst mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 1. Februar 1995 eingestellt wurde, worüber die Beklagte erst im Laufe des vorliegenden Rechtsstreits - mit Schreiben vom 3. Juli 1995 [GA 45] - berichtete.

II.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Beklagten gegen die KFS aus Ziffer 13 der Vertriebsvereinbarung ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe von 624.398 DM zusteht. Daraus könne die Beklagte jedenfalls kein Zurückbehaltungsrecht herleiten, das sie im Rahmen des § 334 BGB dazu berechtige, die Erfüllung der Klageforderung zu verweigern. Es fehle nämlich bereits die für ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB notwendige Konnexität zwischen beiden Ansprüchen. Die von der Beklagten erhobene Gegenforderung beruhe nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis wie der Klageanspruch. Daß beide Ansprüche in ein und demselben schriftlichen Vertrag begründet worden seien, stelle einen rein formalen Aspekt dar, der nicht darüber hinwegtäuschen könne, daß zwischen den übrigen Regelungen der Vertriebsvereinbarung, durch die ausnahmslos wechselseitige Rechte und Pflichten der NH und der KFS begründet worden seien, und dem die Erwerbsinteressenten begünstigenden Mehrwertsteuer-Erstattungsversprechen unter Ziffer 7 - an dem die KFS kein erkennbares Eigeninteresse außer demjenigen gehabt habe, hierdurch gegenüber den Erwerbsinteressenten nachweisen zu können, in Bezug auf die Umsatzsteuer-Option keine falschen Versprechungen gemacht zu haben - kein Zusammenhang bestehe. Die Zusage der Mehrwertsteuererstattung hätte ebenso Inhalt einer eigenständigen Vereinbarung zwischen der NH und den Erwerbsinteressenten sein können, ohne daß sich hierdurch die weiteren Vereinbarungen zwischen der NH und der KFS geändert hätten. Die fehlende Konnexität zwischen dem Anspruch der Kläger und dem der Beklagten werde

auch durch den Umstand belegt, daß die Kläger auf das Tun der KFS, durch das deren Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe ausgelöst werden konnte, keinen Einfluß gehabt hätten. Die Kläger handelten also - im Blick auf § 273 BGB, der auf die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben zurückgehe - gerade nicht treuwidrig, wenn sie ihren Erstattungsanspruch losgelöst von Gegenforderungen der Beklagten gegen die KFS gelten machten.

Auch gegen diese Würdigung wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß zweifelhaft ist, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts allein schon unter dem Gesichtspunkt des § 273 Abs. 1 BGB tragen, wenn man die gebotene Trennung zwischen den durch die Vertriebsvereinbarung begründeten rechtlichen Beziehungen zwischen der NH/Beklagten (Schuldnerin) und der KFS (Versprechensempfängerin) einerseits und zwischen der NH/Beklagten und den Erwerbsinteressenten (Dritten) andererseits vornimmt. Ginge es um ein Forderungsrecht der KFS (Versprechensempfängerin, vgl. § 335 BGB) gegen die NH/Beklagte, so wäre, was den Tatbestand des § 273 Abs. 1 BGB angeht, schwerlich darüber hinwegzukommen, daß sämtliche in der Vertriebsvereinbarung zwischen der NH und der KFS getroffenen Regelungen Bestandteile eines einheitlichen Vertrages waren und deshalb zwangsläufig zu "demselben rechtlichen Verhältnis" gehörten. Das heißt, es sprechen die überwiegenden Gesichtspunkte dafür, daß gegenüber auf Ziffer 7 der Vertriebsvereinbarung gestützten Forderungen der KFS gegen die NH/Beklagte - auf Lei-

stung an den Dritten - ein Zurückbehaltungsrecht der NH (Beklagten) nicht an mangelnder Konnexität, sondern allenfalls noch an dem weiteren gesetzlichen Erfordernis des § 273 Abs. 1 BGB, "daß sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt", hätte scheitern können.

2. Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Soweit es - wie hier - um einen Anspruch des Dritten gegen den Schuldner aus einem Vertrag zugunsten des Dritten geht, stehen zwar dem Versprechenden Einwendungen aus dem Vertrag mit dem Versprechensempfänger grundsätzlich auch gegenüber dem Dritten zu (§ 334 BGB). Hierzu gehören zunächst alle Einwendungen, die sich auf eine Verletzung des Vertrags gründen, der auch das Versprechen an den Dritten enthält. Auch das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB kann hierzu insoweit in Betracht kommen (RGZ 66, 97, 101; BGH Urteil vom 9. November 1979 - V ZR 226/77 - NJW 1980, 450).

§ 334 BGB ist jedoch dispositives Recht. Die Vorschrift kann - auch stillschweigend - abbedungen werden (BGHZ 93, 271, 275 f; 127, 378, 385; BGH Urteil vom 13. November 1997 - X ZR 144/94 - JZ 1998, 624, 626). Die vorstehend (eingangs zu II) wiedergegebenen Ausführungen des Berufungsgerichts über die "fehlende Konnexität" zwischen dem Anspruch der Kläger und der Gegenforderung der Beklagten, anknüpfend an den unterschiedlichen Charakter der in der Vertriebsvereinbarung im allgemeinen und speziell in Ziffer 7 derselben getroffenen Regelungen, unter Gegenüberstellung der damit jeweils verfolgten unterschiedlichen Interessen, beinhalten der Sache nach eine Auslegung der Vertriebsvereinbarung (des Vertrages

zwischen Versprechensempfänger und Schuldner) im Sinne einer Abdingung des § 334 BGB, was etwaige Zurückbehaltungsrechte der NH gegenüber der KFS angeht; es sollten nämlich, wie das Berufungsgericht ausführt, die Umsatzsteuer-Erstattungansprüche der Wohnungserwerber gegen die NH aus Ziffer 7 "los-gelöst" von Gegenforderungen sein, die der NH etwa im übrigen aus ihrem Vertragsverhältnis zur KFS zustehen sollten. Die dahingehende Auslegung ist nicht nur möglich, sondern sie drängt sich nach den vorliegenden Zusammenhängen auf. Revisionsrechtlich ist dagegen nichts einzuwenden.

Rinne

Wurm

Streck

Schlick

Dörr

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

III ZR 275/97

vom

2. Dezember 1998

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die
Richter Dr. Wurm, Streck, Schlick und Dörr
am 2. Dezember 1998
gemäß §§ 319, 557 ZPO

beschlossen:

Das Urteil vom 12. November 1998 wird
dahin berichtigt, daß in der ersten
Zeile des Tatbestandes das Wort "Klä-
gerin" durch "Beklagten" ersetzt wird.

Rinne

Streck