

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juli 1999 durch die Richter Dr. Wurm, Streck, Schlick, Dr. Kapsa und Dörr

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. November 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin vertreibt im Rahmen eines Franchise-Systems Tiefkühlprodukte. Im Herbst 1992 wandte sie sich an die Beklagte, ein Personalberatungsunternehmen, die ihr bei der Suche nach zwei Franchisenehmern für die Region Düsseldorf behilflich sein sollte. Nach einem Gespräch zwischen den Geschäftsführern der Parteien unterbreitete die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 4. Dezember 1992 ein Angebot, in dem es unter anderem heißt:

"Für unsere Beratungsdienstleistung nach dem Prinzip der direkten Suche und Auswahl zur Rekrutierung dieser beiden unternehmerisch qualifizierten 'Franchise-Kleinunternehmer' berechnen wir Ihnen ein Honorar in Höhe von 75 TDM (unser Minimumhonorar in Höhe von 50 TDM für den ersten sowie die Hälfte davon für den zweiten) zuzüglich Mehrwertsteuer und Spesen, zahlbar in vier gleichen Monatsraten ab Beginn unserer Arbeit.

Unsere Reise- und Bewirtungsspesen sowie Reisekosten der Kandidaten zu Interview- und Vorstellungsterminen werden von uns zunächst verauslagt und monatlich an Sie weiter berechnet; ebenso die anfallenden Kommunikationskosten wie Telefon, Fax etc.

Unsere Research-Vorlaufphase wird etwa acht Wochen dauern. Danach werden wir mit der Präsentation der Kandidaten beginnen. Sollten Sie dann nicht zufrieden sein, steht Ihnen frei, das Projekt jederzeit abubrechen. Wir würden dann das Honorar 'pro rata temporis' abrechnen.

Erfahrungsgemäß ist ein solches Projekt nach etwa vier Monaten erfolgreich abgeschlossen. Grundsätzlich setzen wir unsere Suche jedoch auch danach honorarfrei so lange fort, bis Sie den uns erteilten Auftrag für erledigt erklären."

- 4 -

Mit Schreiben vom 4. Januar, 4. Februar, 4. März und 5. April 1993 übersandte die Beklagte der Klägerin vier "Honorar-Noten" über 21.562,50 DM, 22.811,97 DM, 23.003,45 DM und 22.979,87 DM, in denen sie der Klägerin jeweils 18.750 DM zuzüglich 15 % Mehrwertsteuer (erste Note) sowie (zweite bis vierte Note) zusätzliche Reise- und Telefonkosten in Rechnung stellte. Die ersten drei Honorarnoten sind von der Klägerin beglichen worden.

Nachdem in der Folgezeit kein Franchise-Vertrag zustande gekommen war, forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 29. Mai 1996 erfolglos dazu auf, die bisher gezahlten Beträge abzüglich der tatsächlich entstandenen und nachgewiesenen Nebenkosten zurückzuzahlen.

Die Klägerin verlangt mit der Klage die Rückzahlung von 50.000 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann die Klägerin von der Beklagten nach § 812 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. BGB die Rückzahlung von mindestens 50.000 DM verlangen. Hierzu hat es ausgeführt:

Die Klägerin habe ihre Zahlungen ursprünglich mit rechtlichem Grund geleistet, da aufgrund des von der Klägerin angenommenen Angebots der Beklagten vom 4. Dezember 1992 die der Beklagten versprochene Vergütung von 75.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer in vier gleichen Monatsraten ab Beginn der Arbeit der Beklagten zahlbar sein sollte; ferner hätte die Beklagte monatlich die Erstattung ihrer Auslagen für Reise- und Bewirtungsspesen sowie Reisekosten der Kandidaten zu Interview- und Vorstellungsterminen verlangen können.

Jedenfalls hinsichtlich des Honorars sei der rechtliche Grund aber später wieder entfallen, da die Tätigkeit der Beklagten nicht zum Abschluß eines Franchise-Vertrags geführt habe. Die Zahlungen der Klägerin seien nicht Teilzahlungen auf ein (dienstvertragliches) Pauschalhonorar, sondern Vorauszahlungen auf Maklerlohn gewesen. Dies ergebe sich aus folgendem: Dem letzten Absatz des Angebotsschreibens der Beklagten vom 4. Dezember 1992 sei zu entnehmen, daß die Beklagte für die Klägerin honorarfrei habe tätig werden wollen, es sei denn, die Tätigkeit würde "erfolgreich" - was den Umständen nach nur Abschluß eines Franchise-Vertrags mit zumindest einem, gegebenenfalls auch zweien von der Beklagten präsentierten Kandidaten bedeuten könne - abgeschlossen werden. Denn die Beklagte habe zugesagt, die Suche so lange honorarfrei fortzusetzen, bis die Klägerin den erteilten Auftrag für er-

ledigt erkläre; dabei lasse sich der Begriff "honorarfrei" keinesfalls nur auf den Zeitraum nach den ersten vier Monaten ab Beginn der Arbeit beziehen, da es ausdrücklich heiße "auch danach". Aus dem im Angebot verwendeten Begriff der "Beratungsdienstleistung" lasse sich nichts anderes herleiten, da es sich hierbei lediglich um eine unzutreffende Beschreibung der des weiteren mit "direkter Suche" sowie "Auswahl zur Rekrutierung" bezeichneten, dem Charakter nach als Maklertätigkeit einzustufenden Leistungspflicht der Beklagten handle.

Allerdings stehe der Beklagten möglicherweise ein zeitabhängiges Honorar zu, da im Angebot davon die Rede sei, bei Abbruch des Projekts würde das Honorar "pro rata temporis" abgerechnet werden. Dies bedürfe aber keiner Vertiefung, da die Beklagte nicht nach Zeitaufwand abgerechnet habe. Zwar seien in den Honorarnoten der Beklagten insgesamt sechs "Interviews" aufgeführt. Der exakte zeitliche Umfang dieser Interviews sei aber nicht angegeben, so daß es keinen Sinn mache aufzuklären, welches Honorar für diese Tätigkeit angemessen wäre. Dabei sei zu beachten, daß die Klägerin lediglich 50.000 DM einklage. Auch unter Berücksichtigung der abgerechneten Auslagen verbleibe der Beklagten immer noch ein so beträchtlicher Betrag, daß dieser jedenfalls auf den ersten Blick als angemessene Honorierung für die Durchführung der sechs Interviews erscheine.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

II.

1. a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe dadurch, daß es den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag rechtlich nicht - entsprechend der im Angebot verwendeten Formulierung "Beratungsdienstleistung" - als reinen Dienstvertrag eingeordnet habe, den Grundsatz der nach beiden Seiten hin interessengerechten Vertragsauslegung verletzt (vgl. hierzu nur BGH, Urteil vom 14. Juli 1995 - V ZR 31/94 - NJW 1995, 3183, 3184 m.w.N.).

Hierzu hat sie ausgeführt: Würde man - wie es das Berufungsgericht getan hat - die von der Beklagten vereinbarungsgemäß entfaltete Tätigkeit als eine ausschließlich erfolgsbezogene Vermittlungstätigkeit verstehen, so hätte diese Tätigkeit gegen die §§ 4, 13 AFG verstoßen mit der Folge, daß das Provisionsversprechen der Klägerin nichtig gewesen wäre. Es könne aber nicht angenommen werden, daß die Parteien mit ihrer im Schreiben vom 4. Dezember 1992 niedergelegten Abrede ein nichtiges Vertragsverhältnis hätten begründen wollen. Dies spreche dafür, daß die Beklagte - rechtlich unbedenklich - für die Klägerin lediglich als sogenannter Personalberater habe tätig werden sollen.

b) Diese Rüge greift nicht durch, da eine von der Beklagten erbrachte Vermittlungstätigkeit nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstieß bzw. verstoßen hätte.

Nach § 4 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 582) in der hier maßgeblichen Fassung des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 vom 26. April 1985 (BGBl. I S. 710; das Recht der Ar-

beitsförderung ist inzwischen durch Gesetz vom 24. März 1997, BGBl. I S. 594, als SGB III in das Sozialgesetzbuch eingegliedert worden) durfte, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, nur die Bundesanstalt für Arbeit Arbeitsvermittlung betreiben. Das einem privaten Vermittler unter Verstoß gegen diese Bestimmung erteilte Provisionsversprechen war nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach § 134 BGB nichtig (s. nur Urteil vom 19. Februar 1986 - IVa ZR 58/84 - WM 1986, 943, 944 m.w.N.).

Ein solcher Verstoß war indes vorliegend nicht gegeben, ohne daß dabei die Frage vertieft zu werden bräuchte, ob und inwieweit das durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1994 vom 26. Juli 1994 (BGBl. I S. 1786) weitgehend beseitigte (vgl. hierzu Wertenbruch NJW 1995, 223) Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit bereits durch das vor dem Vertragsschluß im Dezember 1992 ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 23. April 1991 (NJW 1991, 2891) eine die generelle Nichtigkeitsanktion entgegenstehender Vereinbarungen nicht mehr rechtfertigende Einschränkung erfahren hat (vgl. auch BGH, Vorlagebeschluß vom 25. September 1991 - IV ZR 87/90 - WM 1991, 2029).

Nach § 13 Abs. 1 AFG war nämlich Arbeitsvermittlung im Sinne des Gesetzes (nur) eine Tätigkeit, die darauf gerichtet war, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen oder mit Auftraggebern oder Zwischenmeistern zur Begründung von Heimarbeitsverhältnissen im Sinne des Heimarbeitsgesetzes zusammenzuführen. Das Berufungsgericht hat indes nicht festgestellt, daß im Falle eines (Haupt-)Vertragsschlusses die als "Franchise-Kleinunternehmer" in das Vertriebssystem der Klägerin eingegliederten

Personen als deren Arbeitnehmer zu qualifizieren gewesen wären. Auch der Sachvortrag der Parteien bietet insoweit keinen hinreichenden Anhalt.

Aus dem von der Revision angeführten Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juli 1997 (NJW 1997, 2973) sowie aus dem Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 4. November 1998 (VIII ZB 12/98 - NJW 1999, 218) ergibt sich nichts anderes. Beide Entscheidungen, die sich jeweils mit dem Vertriebssystem der Klägerin befassen, lassen offen, ob die Vertragspartner der Klägerin nach dem Geschäftsinhalt der Franchise-Verträge als Arbeitnehmer einzuordnen sind. Sie kommen übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß die Franchisenehmer wegen der bestehenden wirtschaftlichen Unselbständigkeit jedenfalls als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind, so daß bereits deswegen bei Rechtsstreitigkeiten aus dem Franchise-Vertragsverhältnis nach § 2 Abs. 1 Nr. 3, § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen gegeben ist. Die Vermittlung sonstiger arbeitnehmerähnlicher Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG gehörte aber nach dem eindeutigen Wortlaut des § 13 Abs. 1 AFG nicht zu dem Tätigkeitsbereich, der im Grundsatz der Bundesanstalt für Arbeit vorbehalten war (Fuchs, in: Gagel, AFG § 13 Rn. 18 [Stand: September 1997]; Schönefelder/Kranz/Wanka, AFG § 13 Rn. 46).

Zwar hatte sich die Beklagte - wie die Revision zu Recht geltend macht - schon im Berufungsverfahren auf die genannte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts berufen. Dies geschah aber nicht, um die Arbeitnehmereigenschaft der zu vermittelnden Personen darzutun, sondern um zu belegen, daß der Nichteintritt des Vermittlungserfolgs nicht auf unzureichende Bemühungen

der Beklagten, sondern auf die fehlende wirtschaftliche Attraktivität des Franchise-Vertragsangebots der Klägerin zurückzuführen sei.

2. Mit Erfolg beanstandet jedoch die Revision die Auslegung des Berufungsgerichts, soweit sie sich zu der Möglichkeit eines zeitabhängigen Honorars verhält, als rechtsfehlerhaft.

a) Aus dem Umstand, daß das Berufungsgericht die von der Beklagten abredegemäß zu erbringende, auf die Vermittlung von Franchise-Verträgen abzielende Tätigkeit ihrem Charakter nach als Maklertätigkeit angesehen hat, folgt noch nicht ohne weiteres, daß der Beklagten nur unter den Voraussetzungen des § 652 BGB eine Vergütung zusteht. Ist nämlich der Vermittler aufgrund der getroffenen Abreden - wofür vorliegend der Wortlaut des Angebots spricht und was das Berufungsgericht, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen ergibt, letztlich nicht anders sieht - zu einem Tätigwerden verpflichtet (Maklerdienstvertrag), so ist es eine Frage der Vertragsgestaltung bzw. der Vertragsauslegung, ob nur im Falle des Erfolgs der Vermittlungstätigkeit eine Vergütung geschuldet wird oder ob das (ein) Entgelt unabhängig vom Erfolg der Bemühungen des Vermittlers zu zahlen ist (BGH, Urteil vom 21. Oktober 1987 - IVa ZR 103/86 - NJW 1988, 967, 968).

b) Ausgehend vom Wortlaut des Angebots der Beklagten sollte es der Klägerin jederzeit freistehen, das Projekt abzubrechen. In diesem Falle sollte die Beklagte befugt sein, ihr Honorar "pro rata temporis" abzurechnen.

Auch wenn sich die Aufspaltung des "Minimumhonorars" von 75.000 DM in einen Betrag von 50.000 DM für den ersten und 25.000 DM für den zweiten

Franchisenehmer für die Erfolgsbezogenheit der Vergütung anführen läßt, so ist doch dieser Passus des Angebots ein gewichtiges Indiz dafür, daß der Beklagten auch bei Nichteintritt des Vermittlungserfolges ein Honorar zustehen sollte. Dabei ist, was das Berufungsgericht nicht beachtet hat, die in dem Angebot der Beklagten ausdrücklich angesprochene Abrechnung "pro rata temporis" - wie sie etwa in dem der vorliegenden Situation durchaus vergleichbaren Fall (vgl. OLG Köln BB 1996, 1889) vorzunehmen ist, wenn bei einem Dienstvertrag ein Vertragspartner von dem besonderen Kündigungsrecht nach § 627 BGB Gebrauch macht und dem Dienstverpflichteten nach § 628 BGB nur ein Teilentgelt zusteht (vgl. Senat, Urteil vom 5. November 1998 - III ZR 226/97 - NJW 1999, 276, 277) - nur dann durchführbar, wenn sich feststellen läßt, daß für eine bestimmte Vertragslaufzeit eine bestimmte Vergütung geschuldet wird bzw. werden sollte. Diese Voraussetzung ist nach dem Vorbringen der Beklagten, wonach die Gesamtvergütung von 75.000 DM nicht nur - in Einklang mit den von ihr gehandhabten und von der Klägerin zumindest bezüglich der ersten drei Honorarnoten hingenommenen Abrechnungsmodalitäten - in vier gleichen Monatsraten zahlbar sein, sondern nach Ablauf dieses Zeitraums auch bei Ausbleiben eines Vermittlungserfolges vollständig verdient sein sollte, ohne weiteres erfüllt. Nach dem Verständnis der Klägerin ist diese Klausel bedeutungslos, da die Vergütung von 50.000 oder 75.000 DM ohne Rücksicht auf die Dauer und Intensität der Bemühungen der Beklagten und der etwaigen Ausübung eines Kündigungsrechts durch sie, die Klägerin, der Beklagten erst bzw. nur dann endgültig zustehen sollte, wenn durch die Vermittlung der Beklagten ein oder zwei Franchise-Verträge abgeschlossen worden wären.

Indem das Berufungsgericht einerseits die vertraglich festgelegte Vergütung als reines Erfolgshonorar versteht und somit im Falle eines vorzeitigen

"Abbruchs des Projekts" einer Abrechnung "pro rata temporis" von vornherein die Grundlage entzieht, es andererseits aber für möglich hält, daß die Beklagte in diesem Falle für den entstandenen Zeitaufwand eine angemessene (vgl. § 612 Abs. 2 BGB) Vergütung verlangen kann, gibt es der "Honorarklausel" einen möglichen Bedeutungsinhalt, der weder im Wortlaut des Schreibens vom 4. Dezember 1992 noch im Vorbringen der Parteien eine hinreichende Grundlage findet.

c) Bei gebotener Berücksichtigung der "pro rata temporis-Klausel" läßt sich auch der letzte Absatz des Angebotsschreibens nicht mehr in der vom Berufungsgericht angenommenen Eindeutigkeit dahin verstehen, daß die Beklagte im Falle des Ausbleibens eines Vermittlungserfolges honorarfrei tätig werden sollte. Vielmehr ist ohne weiteres auch eine Deutung dahin möglich - wenn nicht gar vorzugswürdig -, daß die Beklagte eine "honorarfreie (Weiter-) Suche" erst ab dem fünften Monat nach dem Beginn ihrer Arbeiten versprechen wollte, wenn bis dahin der gewünschte bzw. erwartete Vermittlungserfolg noch nicht eingetreten sein sollte.

III.

Da die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts der rechtlichen Überprüfung nicht standhält, ist das Berufungsurteil aufzuheben. Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich, da weiterer Auslegungstoff in Betracht kommt.

Für die weitere Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Die Frage, ob der Beklagten (allein) eine erfolgs- oder (auch) eine tätigkeitsbezogene Vergütung versprochen worden ist, ist nicht nur anhand des Wortlauts des Schreibens vom 4. Dezember 1992, sondern auch unter Berücksichtigung der vorausgegangenen Verhandlungen zu beantworten. Das Berufungsgericht wird daher die zum Inhalt und Verlauf dieser Verhandlungen von der Klägerin angebotenen Zeugenbeweise zu erheben haben.

2. Selbst wenn die getroffene Vergütungsvereinbarung im Sinne der Beklagten als (zumindest auch) tätigkeitsbezogen zu verstehen sein sollte, so bleibt doch der Klägerin der Einwand nicht abgeschnitten, daß die Beklagte die vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht erbracht habe.

Wurm

Streck

Schlick

Kapsa

Dörr