

Verkündet  
am 9. April 1964  
Woitscheck,  
Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

2232 041

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Günter H e [REDACTED], W [REDACTED],  
Bi [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Staatlichen Sportwetten GmbH H [REDACTED],  
2. die Staatliche Zahlenlotto GmbH H [REDACTED],  
beide in W [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],  
beide vertreten durch die Geschäftsführer S [REDACTED]  
und Dr. L [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerinnen und Revisionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 9. April 1964 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter  
Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke  
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das  
Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts  
in Frankfurt/Main vom 29. Juni 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und  
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,  
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war gemäß "Geschäftsauftrag" vom 21. August 1956 als selbständiger Handelsvertreter Leiter einer Hauptstelle der beiden Beklagten für W [REDACTED] und Umgebung zur Durchführung des Fußballtotos und des Zahlenlottos. Als Vergütung für seine Tätigkeit erhielt er eine nach den Umsätzen bemessene Provision. Diese wurde jeweils nach dem Ergebnis des abgelaufenen Kalendervierteljahres endgültig festgestellt (§ 9 Abs. 1 Satz 4).

§ 9 Abs. 3 des Geschäftsauftrages bestimmte:

"Wenn der jährliche Gesamtumsatz beider Lotterien in einem Geschäftsjahr den Betrag von 80 Mill. DM überschreitet, können die Vertragspartner die Provisionssätze mit einer Frist von 3 Monaten jeweils zum Monatsende kündigen. Über die Neufestsetzung der Provision entscheidet der Aufsichtsrat der Gesellschaften im Benehmen mit den Hauptstellen."

Am 26. September 1957 schrieben die Beklagten dem Kläger:

"Nach dem Jahresabschluß vom 30.6.1957 beträgt der Gesamtumsatz für beide Lotterien (Toto und Lotto) 80 796 280.50 DM. Die Staatliche Sportwetten GmbH H [REDACTED] und die Staatliche Zahlenlotto GmbH H [REDACTED] kündigen daher vorsorglich gem. § 9, Abs. 3 die mit Ihnen getroffene Vereinbarung über die Provisionssätze des Hauptstellen-Vertrages vom 31. August 1956.

Über eine etwaige Neufestsetzung der Provision wird sich der Aufsichtsrat der Gesellschaften mit Ihnen ins Benehmen setzen."

Mit Schreiben vom 12. November 1957 teilten die Beklagten dem Kläger mit, ihr Aufsichtsrat habe beschlossen, daß die bisherigen Provisionssätze vorläufig bestehen bleiben sollten und daß die Kündigung der Provision zum 30. Juni 1958 aufrechterhalten werde.

Die Beklagten zahlten bis zum Jahresende 1959 dem Kläger die Provisionen in der bisherigen Höhe weiter. Am 27. Januar 1960 beschloß ihr Aufsichtsrat, die Provisionssätze rückwirkend vom 1. Januar 1959 an um 1/2 % zu senken. Die Beklagten verlangten daraufhin vom Kläger Rückzahlung eines ihm nach ihrer Berechnung für das Jahr 1959 zuviel bezahlten Betrages von rund 65.000 DM und zogen ihm bei der weiteren Zahlung seiner Bezüge ab März 1960 monatlich 2.300 DM ab.

Der Kläger verlangt Nachzahlung der ihm bis zur Klageerhebung abgezogenen Beträge, nämlich von  $9 \times 2.300 = 20.700$  DM nebst Zinsen.

Er hat geltend gemacht, die alten Provisionssätze seien in Kraft geblieben, solange die Beklagten von der Möglichkeit, sie zu ändern, keinen Gebrauch gemacht hätten. Die Beklagten hätten auch bei den Provisionszahlungen bis Ende 1959 keinen Vorbehalt gemacht. Der Geschäftsführer der beiden Beklagten habe vielmehr in der Zeit zwischen Juni 1958 und Januar 1960 auf Anfrage nach dem Stand der Dinge mehrfach erklärt, die Sache sei noch in der Schwebe, eine rückwirkende Kürzung der Provisionssätze komme aber nicht in Betracht, die bisherigen Sätze würden weitergezahlt, bis eine Neufestsetzung erfolge.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie haben vorgetragen, dem Kläger sei mit dem Schreiben vom 12. November 1957 eindeutig mitgeteilt worden, daß die bisherigen Provisionssätze nur bis zum 30. Juni 1958 bestehen blieben. Seitdem habe hinsichtlich der Höhe der Provision ein vertraglosor Zustand bestanden. Die Absicht, die Provisionen ab 1. Juli 1958 zu kürzen, sei dem Kläger und den anderen Hauptstellenleitern auch in einer Besprechung vom 24. Juni 1958 bekanntgegeben worden. Unter diesen Umständen



sei ein Vorbehalt bei den weiteren Provisionszahlungen nicht erforderlich gewesen, auch wenn die Neufestsetzung der Provisionssätze durch den Aufsichtsrat sich verzögert habe.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt.  
Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagten bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht hat zunächst ausgeführt, einer Zustimmung des Klägers zu dem Beschluß des Aufsichtsrats über die Kürzung der Provisionssätze habe es nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck des § 9 Abs. 3 des Vertrages nicht bedurft. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision hat das Urteil insoweit auch nicht angegriffen.

2.) Das Berufungsgericht ist ferner der Auffassung, der Aufsichtsrat habe als "Dritter im Sinne der §§ 315 ff BGB" den neuen Vertragsinhalt bestimmen sollen. Er habe, nachdem die bisherigen Provisionssätze zum 30. Juni 1958 gekündigt worden seien, im Januar 1960 die Kürzung auch rückwirkend beschließen können. Der Kläger habe nicht dargetan, daß diese Bestimmung des Aufsichtsrats offenbar unbillig sei; dafür lägen auch keinerlei Anhaltspunkte vor.

a) Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Aufsichtsrat bei der ihm durch § 9 Abs. 3 des Vertrages zugewiesenen Entscheidung über eine Neufestsetzung der Provisionen als Dritten im Sinne der §§ 317 - 319 BGB angesehen

hat. Der Aufsichtsrat ist ein Organ der Beklagten, also eines Vertragsteils, und daher im Rahmen des Vertragsverhältnisses der Parteien kein Dritter.

b) Es handelt sich hierbei auch nicht, wie die Beklagten in der Revisionserwiderung meinen, nur um eine Frage der Vertragsauslegung, die der Revision nicht zugänglich wäre, sondern um einen Rechtsirrtum des Berufungsgerichts. Dieses hätte an Stelle des § 319 den § 315 BGB anwenden müssen. Während die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten nach § 319 BGB nur dann nicht verbindlich ist, wenn sie offenbar unbillig ist, bestimmt § 315 BGB, daß die von einem Vertragsschließenden nach billige<sup>m</sup> Ermessen zu treffende Bestimmung nur verbindlich ist, wenn sie der Billigkeit entspricht.

c) Zwar gilt § 315 Abs. 1 BGB ebenso wie § 317 Abs. 1 BGB nur im Zweifel. Es kann vereinbart werden, daß einer der Vertragsschließenden die Leistung nach seinem freien Ermessen bestimmen soll; seine Bestimmung ist dann nach vielfach vertretener Auffassung ebenso wie die Bestimmung durch einen Dritten gemäß § 319 BGB nur dann unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist.

Es geht aber nicht an, wie die Revisionserwiderung es möchte, ohne weiteres anzunehmen, daß hier die Parteien vereinbart hätten, der Aufsichtsrat der Beklagten solle die Provisionen nach seinem freien Ermessen neu festsetzen. Dafür fehlt es an einer entsprechenden Feststellung durch den Tatrichter, übrigens auch an jedem Anhalt. Das Berufungsgericht hat im Anschluß an seine Annahme, der Aufsichtsrat habe als Dritter den neuen Vertragsinhalt bestimmen sollen, ohne weitere Erwägungen anzustellen, den § 319 BGB für anwendbar erachtet und offenbare Unbilligkeit der vom Aufsichtsrat

beschlossenen Bestimmungen verneint. Es ist nicht auszuschließen, daß es zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, wenn es den Aufsichtsrat nicht als Dritten, sondern als Organ eines Vertragsteils angesehen und demgemäß dessen Bestimmung nach den Vorschriften des § 315 BGB beurteilt hätte.

3.) Dem Revisionsgericht ist es mangels ausreichender und eindeutiger Anhaltspunkte nicht möglich, abschließend zu entscheiden, ob die Bestimmung des Aufsichtsrats nicht nur nicht offenbar unbillig ist, sondern positiv der Billigkeit entspricht, wie § 315 BGB es erfordert, insbesondere soweit sie sich rückwirkende Kraft beigelegt hat.

a) Es wird davon ausgegangen werden können, daß, nachdem die Beklagten die Kündigung der bisherigen Provisionsätze zum 30. Juni 1958 ausgesprochen hatten, die im Januar 1960 erfolgte Neufestsetzung mit Wirkung vom 1. Januar 1959 nicht ohne weiteres als rechtlich unzulässig zu betrachten ist. Sie muß aber, wie dargelegt, um verbindlich zu sein, auch insoweit der Billigkeit entsprechen.

b) Das Berufungsgericht hat zwar Billigkeitserwägungen nicht ganz außer acht gelassen. Es hat bemerkt, das Ergebnis der Beweisaufnahme reiche nicht zu der Feststellung aus, der Kläger habe aus dem Verhalten des Geschäftsführers der Beklagten nach Treu und Glauben den Schluß ziehen dürfen, die Beklagten wollten die im Jahre 1959 geleisteten Provisionszahlungen gegen sich gelten lassen, einerlei wie der Schuldgrund beschaffen sei. Wie seine weiteren Ausführungen ergeben, hat es dabei aber als entscheidend die Frage angesehen, ob die Beklagten auf einen Rückzahlungsanspruch verzichtet haben. Das hat er mit überzeugenden

hat es mit eingehenden, von der Revision nicht angegriffenen Erwägungen verneint.

Es fehlt aber an einer Prüfung, wie die vorbehaltlose Weiterzahlung der Provisionen nach den alten Sätzen in der Zeit vom 1. Juli 1958 bis Ende 1959 im Hinblick auf die Vorschrift des § 315 BGB nach Billigkeit und Treu und Glauben zu beurteilen ist.

Zwar haben die Beklagten ausdrücklich mit dem Schreiben vom 12. November 1957 die Kündigung der alten Provisionssätze zum 30. Juni 1958 aufrechterhalten. Der Kläger wußte auch, daß der Aufsichtsrat mit der Frage einer Kürzung der bisherigen Sätze befaßt war. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht erwogen, wie die Weiterzahlung der alten Provisionssätze über einen Zeitraum von 1 1/2 Jahren vom Kläger zu verstehen war. Es hat die Urteile RGZ 144, 89, 91 und BGHZ 32, 273, 278 erwähnt, deren Bedeutung aber ersichtlich nicht richtig erkannt. Es handelt sich dort nicht entscheidend um die Anwendung des § 814 BGB und die Frage eines Verzichts des Zahlenden auf Rückgewähr, sondern um die Auswirkungen des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben im Rechtsverkehr und die etwaige Unzulässigkeit einer Rechtsausübung, die mit dem früheren Verhalten einer Partei in Widerspruch steht. Die Rückforderung einer Leistung kann danach auch dann ausgeschlossen sein, wenn die objektiven und insbesondere die subjektiven Voraussetzungen eines Verzichts nicht gegeben sind.

c) Der Umstand, daß die Beklagten die alten Provisionssätze bis Januar 1960 ohne ausdrücklichen Vorbehalt weiter gezahlt haben, mag für sich allein noch nicht ohne weiteres genügen, um nach Billigkeit und Treu und Glauben jeden Rückzahlungsanspruch der Beklagten auszuschließen. Entscheidend

wird sein, ob der Kläger den ganzen Umständen nach dennoch mit einer rückwirkenden Kürzung der Provisionssätze rechnen mußte.

Aus seinem eigenen Vorhalt an den früheren Geschäftsführer Trojan der Beklagten bei dessen Zeugenvernehmung (S. 5 des Vernehmungsprotokolls) ergibt sich, daß er bei der Besprechung vom 24. Juni 1958 selbst von der Möglichkeit einer rückwirkenden Herabsetzung der Provisionssätze gesprochen und für diesen Fall vorgeschlagen hat, bei den Hauptstellenleitern die Bildung entsprechender Rücklagen anzuregen. Gleichwohl kann der Kläger, als in der Folgezeit seinem Vorschlag nicht entsprochen wurde und er immer wieder vorbehaltlos Zahlung nach den alten Provisionssätzen erhielt, sich darauf eingerichtet haben, die geleisteten Zahlungen auf jeden Fall behalten zu können. Dabei wird neben dem Zeitablauf auch zu erwägen sein, daß der Kläger und die anderen Hauptstellenleiter keinerlei Anhaltspunkte dafür hatten, wie hoch eine etwaige Rückforderung der Beklagten sein könnte.

d) Der Umstand, daß nach § 9 Abs. 3 des Vertrages für die Neufestsetzung der Provisionen der Aufsichtsrat zuständig war, schließt nach Billigkeit und Treu und Glauben die Beachtlichkeit von Äußerungen des damaligen Geschäftsführers der Beklagten, zumal von solchen über Äußerungen in den Aufsichtsratssitzungen, nicht schlechthin aus. Es wird allerdings gegebenenfalls von Bedeutung sein, ob der Kläger von dessen später aufgedeckten Verfehlungen Kenntnis hatte oder ob er ihn ohne Bedenken für einen zuverlässigen und korrekten Wahrer der Interessen der Beklagten halten konnte.

e) Es wird auch zu erwägen sein, wie die Bestimmung des § 9 Abs. 1 Satz 4 des Vertrages zu werten ist, nach der die Provision jeweils nach dem Ergebnis des abgelaufenen Kalendervierteljahres endgültig festgestellt wird.

4.) Das angefochtene Urteil ist hiernach aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung nach Maßgabe der vorstehend aufgezeigten Gesichtspunkte an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird auch über die Kosten der Revision zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke