

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 261/69

URTEIL

Verkündet am
5. Oktober 1971
Kriegl,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Konzerthausdirektors Klaus Peter C [REDACTED],
M [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

den Gastspielunternehmer Karl B [REDACTED],
W [REDACTED] b. N [REDACTED], U [REDACTED] P [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 1971
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Pehle und der
Bundesrichter Dr. Bode, Prof. Dr. Nüßgens, Sonnabend
und Scheffen

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in München vom 3. Juni 1969 wird zurückge-
wiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Kläger
zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte, der eine Gastspielform betreibt,
verpflichtete im April 1964 über einen Londoner Manager
einen "Rock'n-Roll-Bandleader" für Musikveranstaltungen
in der Bundesrepublik am 29., 30. und 31. Mai 1964. Am
30. und 31. Mai 1964 trat der "Bandleader" mit vier wei-
teren Musikern auf der "Waldbühne" in Berlin auf. Träger
dieser wirtschaftlich erfolgreichen Veranstaltung war
eine Konzertdirektion, die der Kläger mit einem Mitge-
sellschafter betrieb. Am 4. Mai 1964 hatten die Parteien
einen Vertrag geschlossen, aufgrund dessen der Beklagte
dem Kläger den genannten "Bandleader" und seine Gruppe

überließ und der Kläger dem Beklagten 30.000 DM zahlte. Gegenüber dem Musikerensemble hatte der Kläger keine Verpflichtungen; die Gagen für die Ensemblemitglieder und alle sonstigen Unkosten, die mit dem 3-Tage-Engagement zusammenhingen, trug der Beklagte.

Bei der Abwicklung des Vertrages kam es zwischen den Parteien zu Differenzen, in die sich der Internationale V- -T- und C- -D- -Verband (nachstehend: Verband) einschaltete.

Der Kläger hält den mit dem Beklagten geschlossenen Vertrag wegen Verstoßes gegen § 37 AVAVG für nichtig, weil der Beklagte eine unzulässige Arbeitsvermittlung vorgenommen habe. Im übrigen ergebe sich die Nichtigkeit aus § 138 BGB, weil der Beklagte an das Ensemble lediglich 10.000 DM abgeführt habe und der von ihm einbehaltene Betrag von 20.000 DM in einem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung stehe. Außerdem habe der vorerwähnte Verband mit Schreiben vom 2. Juni 1964 den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten. Der Kläger hat von dem Beklagten Zahlung von 20.000 DM nebst Zinsen verlangt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hält die Rechtsansicht des Klägers für nicht haltbar und behauptet, daß er ursprünglich die Veranstaltungen mit dem Ensemble, für das er neben den Gagen hohe Unkosten habe aufwenden müssen, habe selbst durchführen wollen, die Musiker aber dann für 2 Tage dem Kläger überlassen habe, den er über die das Ensemble betreffenden Umstände nicht getäuscht habe; es sei nur um die Person des "Bandleaders" gegangen. Angesichts des hohen vom Kläger



erzielten Reingewinns aus den Veranstaltungen sei der dem Beklagten verbliebene Anteil nicht unverhältnismäßig hoch.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat darin, daß der Beklagte dem Kläger das Musikerensemble für zwei Veranstaltungen überlassen hat, keine Arbeitsvermittlung im Sinne von § 37 Abs. 1 AVAVG und auch keine Umgehung des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (nachstehend : Bundesanstalt) gesehen. Es ist der Ansicht, daß das auf wenige Tage begrenzte Gastspiel eines ausländischen Musikerensembles nicht zu der vom Gesetzgeber der Bundesanstalt gestellten arbeitsmarktpolitischen Aufgabe gehöre, die darin bestehe, für die Beschaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen Sorge zu tragen und den räumlichen, beruflichen und zeitlichen Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt zu ermöglichen.

Diese Auffassung ist entgegen der Ansicht der Revision frei von Rechtsirrtum.

1. Zwar ist der Begriff der Arbeitsvermittlung, wie er in §§ 35, 37 AVAVG (in der damals geltenden Fassung) verwendet wird, in dem weiten Sinne zu verstehen, daß darunter jede Tätigkeit fällt, die darauf gerichtet ist, arbeitssuchende Arbeitnehmer mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Aber auch eine weite Auslegung von § 37 Abs. 1 AVAVG erfordert immerhin, daß mit einer Zusammenführung von arbeitssuchenden Arbeitnehmern mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen die Herbeiführung einer Willensübereinstimmung mindestens der Art gemeint ist, daß sich der Arbeitnehmer in den Betrieb des Arbeitgebers eingliedern und dem Arbeitgeber gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet sein soll (Senatsurteil vom 10. Dezember 1968 - VI ZR 194/67 - LM AVAVG Nr. 5 = NJW 1969, 661). Zwischen dem Kläger und dem Musikerensemble ist aber kein Arbeitsverhältnis begründet worden. Die zwischen den Parteien am 4. Mai 1964 getroffene Vereinbarung ist ein Vertrag eigener Art, zu dessen Erfüllung sich der Beklagte, den insoweit die Verpflichtung traf, dafür zu sorgen, daß das Ensemble auch wirklich auftrat, des Musikerensembles bediente. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß das Berufungsgericht diesen Individualvertrag unrichtig ausgelegt hat und insoweit ein Rechtsfehler vorliegt. Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, ist das Auftreten des Ensembles nicht zu vergleichen mit den Darbietungen eines Caféhaus- oder Kurorchesters, das regelmäßig an die Weisungen des Veranstalters gebunden ist. Im übrigen fehlt es an Feststellungen und Anhaltspunkten dafür, daß die Parteien den Willen hatten, durch Vermittlung des Beklagten ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis zu begründen, aus dem sich gegenseitige Rechte und Pflichten für den Kläger und das Ensemble ergaben.

2. Das Berufungsgericht hat auch keine Tatsachen festzustellen vermocht, aus denen sich eine unzulässige Umgehung der Vorschrift des § 37 Abs. 1 AVAVG ergeben könnte. Es hätte hierzu der Feststellung bedurft, daß der Beklagte von vornherein darauf ausgegangen war, das Musikerensemble zu engagieren und es dann Dritten für Veranstaltungen zu überlassen, oder daß Verträge wie der mit dem Kläger abgeschlossene zu seinen Gepflogenheiten gehörten (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 1968 aaO).

Der Beklagte hat wiederholt unbestritten vorge-
tragen, daß er ursprünglich die Veranstaltungen mit
dem von ihm engagierten Ensemble hatte selbst durch-
führen wollen, dann aber aus von ihm nicht näher er-
örterten Gründen davon Abstand genommen habe. Es wäre
Sache des Klägers gewesen, darzulegen und unter Beweis
zu stellen, daß der Beklagte von vornherein nur eine
Vermittlertätigkeit ausgeübt hat. An einer solchen Dar-
legung fehlt es. Im übrigen spricht der Umstand, daß
der englische Manager den 3-Tage-Vertrag mit dem Be-
klagten abgeschlossen und dieser, wie er unbestritten
behauptet hat, erhebliche Unkosten (für Flugreisen,
sonstige Fahrtkosten, Telegramme, Fernschreiben) gehabt
hat, dagegen, daß der Beklagte nur Vermittler sei und
sich mit den von dem Verband für angemessen gehalte-
nen Provisionssätzen von 3 bis 10 v.H. begnügen könnte
oder wollte, die zudem das Ensemble zu tragen pflegt.
Auch die in § 9 der 10. Verordnung zur Durchführung
des AVAVG vom 23. März 1960 (BGBl. I 189) für zulässig
erklärte Höchstgebühr (nur bis 4 v.H. von der Gage der
vermittelten Musikkapelle) spricht angesichts der von
dem Beklagten gemachten höheren Aufwendungen gegen
eine bloße Vermittlerrolle.

II.

Das Berufungsgericht hat zu Gunsten des Klägers unterstellt, daß der Verband in seinem Schreiben vom 2. Juni 1964 nicht nur die Absicht, den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 4. Mai 1964 anzufechten, angekündigt, sondern bereits die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erklärt hat. Es ist jedoch der Ansicht, daß die Anfechtung jedenfalls unbegründet sei und deshalb nicht die Wirkung des § 142 Abs. 1 BGB herbeigeführt habe. Der Kläger selbst habe geltend gemacht, die von dem Beklagten vorgenommene Gagenaufteilung sei niemals Gegenstand der Vertragsverhandlungen und des Vertrages vom 4. Mai 1964 gewesen; der Kläger habe sich möglicherweise anderen Vorstellungen hingegeben und sich selbst getäuscht. Es habe keine Rechtspflicht des Beklagten bestanden, dem Kläger zu offenbaren, was er seinerseits für das Gastspiel des Ensembles aufzuwenden habe. Das Berufungsgericht hat die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe ihm insoweit etwas Unrichtiges vorgespiegelt, als unbeachtlich angesehen, weil der Kläger hierfür keinen Beweis angetreten und der Beklagte sie bestritten habe. Schließlich hat das Berufungsgericht seine Auffassung auch noch darauf gestützt, daß der Verband in dem Schreiben vom 2. Juni 1964 einen derartigen Vorwurf nicht erhoben hatte.

1. Die von der Revision gegen diese Auffassung erhobenen Bedenken sind unbegründet. Den Beklagten traf keine Offenbarungspflicht des Inhalts, daß er den Kläger im einzelnen darüber aufklären mußte, in welchem Umfang der von diesem gezahlte Betrag von

30.000 DM als Gage für das Ensemble, als Unkostenaufwand und als Gewinn des Beklagten verwendet werden sollte. Es sind weder Feststellungen noch Anhaltspunkte für Umstände vorhanden, die für den Kläger in diesem Zusammenhang von entscheidender Bedeutung für den Vertragsabschluß waren und deren Mitteilung er nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte. Für den Kläger war der an den Beklagten gezahlte Betrag von 30.000 DM ein Unkostenfaktor, den er seinerseits für die von ihm geplanten Veranstaltungen in seine Kalkulation einzusetzen hatte.

2. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe einen in der Berufungsbegründung gestellten Beweisantrag übergangen und einen Zeugen nicht vernommen, der bekunden könne, daß die Begleitmusiker des "Bandleaders" aus sieben farbigen Ensemblemitgliedern bestanden, wohingegen bei den vom Kläger aufgezogenen Veranstaltungen jeweils nur vier weiße Musiker neben dem "Bandleader" aufgetreten seien. Auch diese Rüge ist unbegründet. Die Tatsache, daß vier weiße Begleitmusiker aufgetreten waren, ist niemals streitig gewesen, so daß es insoweit eines Beweises nicht bedurfte. Abgesehen von der Frage, ob sich der Beweisantritt auch darauf bezog, daß der "Bandleader" mit sieben farbigen Begleitmusikern aufzutreten pflege, kam es nur darauf an, was zwischen den Parteien insoweit vereinbart war und ob der Beklagte den Kläger über Art und Umfang des Begleitensembles arglistig getäuscht hatte. Der Kläger hat den mit dem Beklagten geschlossenen schriftlichen Vertrag nicht vorzulegen vermocht und die Vorlage durch den Beklagten nicht in

der Form des § 424 ZPO verlangt. Im übrigen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß darauf abgestellt, daß der Vortrag des Klägers nichts über Reklamationen oder Proteste des Publikums enthalte, etwa deshalb, weil es den "Bandleader" mit sieben farbigen Begleitmusikern erwartet hätte; davon war in der Werbeankündigung der Konzertdirektion auch keine Rede gewesen.

III.

Die Revision meint, der zwischen den Parteien am 4. Mai 1964 zustandgekommene Vertrag sei gemäß § 138 BGB deswegen nichtig, weil der Beklagte seine Machtstellung die darin bestand, daß ihm die besonders beliebte "Rock'n-Roll-Band" zur Verfügung stand, in verwerflicher Weise ausgenutzt habe. Das Berufungsgericht hat keinen Anlaß gesehen, die Wirksamkeit des Vertrages im Zusammenhang mit dem Entgelt aus dem Gesichtspunkt des § 138 BGB zu bezweifeln. Dem ist nichts hinzuzufügen.

Pehle

Sonnabend

Dr. Bode

Scheffen

Nußgens