

Fall 141

BGH, Urt.v. 17.1. 2008 - III ZR 239/06, NJW 2008, 982

P betreibt eine gewerbliche Partnervermittlung. In einem Zeitungsinsert wirbt P mit dem Foto einer gewissen Bea. Daraufhin meldet sich Kunde K bei P, um mit Bea in Kontakt zu kommen. P findet sich in der Wohnung des K ein, wo K ein Vertragsformular unterschreibt. Der Vertrag enthält unter anderem eine Klausel, dass K keinen Anspruch auf die Vermittlung einer bestimmten Person zB aus einem Insertat hat. Außerdem übernimmt P keine Garantie, dass die vorgeschlagenen Partner an einer Kontaktaufnahme interessiert sind.

K zahlte das geforderte Honorar von 8.000 € und erhielt in der Folgezeit von P diverse Partnervorschläge, jedoch nicht von Bea. Daraufhin widerrief K den Vertrag, kündigte ihn, focht ihn aus allen in Betracht kommenden Gründen an und verlangt Rückzahlung der EUR 8.000,-.

Ob Bea überhaupt grundsätzlich an einer Partnervermittlung interessiert gewesen war, war im Prozess nicht zu klären, da P sich weigerte, Namen und ladungsfähige Anschrift von Bea (die ihm bekannt waren) zu nennen.

Leitsatz:

- a) Ein aufgrund des Inserats eines Vermittlungsinstituts mit einer tatsächlich nicht vermittlungsbereiten Person (Lockvogelangebot) zustande gekommener Partnervermittlungsvertrag ist grundsätzlich nicht sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB. Er kann aber nach § 123 BGB anfechtbar sein.
- b) Weder aus § 656 BGB noch aus der den Kunden eines Partnervermittlungsunternehmens geschuldeten Diskretion folgt die Unzulässigkeit einer Zeugenvernehmung des in der Anzeige Beschriebenen über die Behauptung eines Lockvogelangebots.
- c) Die Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, Namen und Anschrift eines nur ihr bekannten Zeugen mitzuteilen, kann nicht als Verletzung sekundärer Darlegungslast, sondern lediglich als Beweisvereitelung im Rahmen des § 286 ZPO gewürdigt werden.

Sachverhalt:

1 Die Beklagte betreibt eine gewerbliche Partnervermittlung. Sie veröffentlichte am 8. September 2004 eine Zeitungsanzeige, in der eine "Bea" genannte und mit einem "Original-Kundenfoto" vorgestellte "attraktive, rassige" Frau über die Beklagte einen Partner suchte. Der Kläger wandte sich deswegen am 3. Oktober 2004 telefonisch an die Beklagte. Der Inhalt des Gesprächs ist zwischen den Parteien streitig. Am 6. Oktober 2004 kam es unter ebenfalls streitigen Umständen zu einem Treffen zwischen dem Kläger und einer Mitarbeiterin der Beklagten in der Wohnung des Klägers. Dabei unterzeichnete dieser ein Vertragsformular, in dem es unter anderem heißt:

"Der Auftraggeber beauftragt die Firma D. GmbH mit der Dienstleistung gemäß der nachfolgenden Leistungsbeschreibung:

- a) Umfangreiche Beratung durch einen Fachberater im Rahmen eines persönlichen Gesprächs, in dem die speziellen Wünsche und Vorstellungen des Kunden von dem in Betracht kommenden Partner erfasst, besprochen und auf Stimmigkeit untersucht werden. Hierbei wird ein schriftlicher Personalbogen und Partnerwunschbogen erstellt.
- b) Die so herausgearbeiteten Daten werden von dem erfahrenen D.-Team bewertet und nach einem bewährten System sorgfältig mit dem Kundenbestand der Fa. D. GmbH abgeglichen, um eine möglichst weitgehende Übereinstimmung der Partnerwünsche zu gewährleisten.
- c) Auf der Grundlage dieses Abgleichs stellt die Fa. D. GmbH innerhalb einer Woche nach Vertragsabschluss 15 Partnervorschläge zusammen. Diese Partnervorschläge werden, soweit sie dem Auftraggeber nicht bereits übersandt worden sind, von der Fa. D. GmbH für die Dauer von sechs Monaten versandungsbereit gehalten. Der Auftraggeber kann diese Partnervorschläge dann jederzeit - auch kurzfristig und in gewünschter Anzahl - bei der Fa. D. GmbH abrufen. Mindestens ein Partnervorschlag wird dem Auftraggeber unaufgefordert übersandt. ...

Im Übrigen gelten für den Vertrag die folgenden allgemeinen Bedingungen:

- 1) Nach Übersendung eines Partnervorschlages ist es Sache des Auftraggebers, sich selbst um eine Kontaktaufnahme zu bemühen. Das Arrangieren von Treffen gehört nicht zum Tätigkeitsbereich der Fa. D. GmbH
- 5) Die Fa. D. GmbH übernimmt keine Garantie dafür, dass einzelne Vorschlagspartner an einer Kontaktaufnahme mit dem Auftraggeber interessiert sind. Ebenso wenig übernimmt die Fa. D. GmbH eine Garantie dafür, dass ihre Tätigkeit zu einer Bekanntschaft führt. Insbesondere erwirbt der Kunde durch den Abschluss dieses Vertrags keinen Anspruch auf die Vermittlung bestimmter Personen, etwa aus Inseraten der Fa. D. GmbH. Hinweis: Der Abschlussvertreter der Firma D. ist nicht berechtigt, den Kunden die Kontaktbereitschaft bestimmter Personen verbindlich zuzusichern. Maßgeblich für den Vertragsinhalt ist ausschließlich der schriftliche Vertrag.

6) Aus Gründen der Diskretion, die die Fa. D. GmbH allen ihren Kunden verbindlich zusichert, erscheinen Inserate von Personen grundsätzlich nicht mit eigenem Namen. Dies gilt auch dann, wenn ein übergebenes Bild in einem Inserat verwendet wird.

2 Der Kläger zahlte das geforderte Honorar von 7.900 €. Von der Beklagten erhielt er drei Adressen potentieller Partnerinnen, jedoch nicht den von ihm gewünschten Kontakt zu der als "Bea" bezeichneten Frau. Daraufhin widerrief er mit Anwaltsschreiben vom 11. Oktober 2004 die Vereinbarung, kündigte sie und focht sie aus allen in Betracht kommenden Gründen an. Mit der Klage fordert er Rückzahlung des geleisteten Honorars.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte, abgesehen von daneben geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten, antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

4 Die Revision ist begründet.

I.

5 Das Berufungsgericht hält den von den Parteien geschlossenen Partnervermittlungsvertrag für sittenwidrig und nichtig gemäß § 138 BGB, weil er aufgrund eines "Lockvogelangebots" zustande gekommen sei. Es führt dazu aus:

6 Ein sogenanntes Lockvogelangebot liege vor, wenn ein Vermittlungsinstitut mit einer angeblich partnersuchenden Kundin unter Verwendung des Originallichtbildes in der Kenntnis werbe, dass diese Kundin in Wahrheit nicht vermittlungsbereit sei und für eine Kontaktaufnahme von vornherein nicht zur Verfügung stehe. Ein Vertrag, der auf der Grundlage einer solchen Anwerbung geschlossen werde, sei sittenwidrig. Interessenten, die sich auf eine Kontaktanzeige hin mit dem Partnerschaftsvermittlungsinstitut in Verbindung setzten, verbänden damit regelmäßig die Vorstellung, sie hätten die Möglichkeit, mit dieser Kundin Kontakt aufzunehmen und sie kennenzulernen. Der Eindruck, den die in der Anzeige vorgestellte Kundin gerade auch aufgrund des veröffentlichten Originalbildes gemacht habe, sei nach der Beobachtung des Berufungssenats für die meisten Interessenten erst der Grund, sich überhaupt mit dem inserierenden Institut in Verbindung zu setzen. So liege der Fall auch hier. Denn der Kläger habe sich unstreitig bei seinem Anruf nach "Bea" erkundigt, die er unbedingt habe kennenlernen wollen. Die Tatsache, dass der Interessent dabei in dem Glauben gelassen werde, der Abschluss des Partnervermittlungsvertrags und die Zahlung des Honorars gebe ihm die Chance, seine "Traumfrau" kennenzulernen, obwohl dies bei fehlender Vermittlungsbereitschaft der Kundin von vornherein ausgeschlossen sei, begründe die Sittenwidrigkeit des Vertrags. Dabei falle insbesondere ins Gewicht, dass die Täuschung des Interessenten darauf gerichtet sei, dessen besondere Lebenssituation als alleinstehende Person und seine konkreten Hoffnungen auf Änderung seiner Situation aus Gewinnstreben auszunutzen. Eine andere Beurteilung sei auch nicht deswegen gerechtfertigt, weil der Interessent nach dem Vertragsinhalt keinen Anspruch auf die Vermittlung bestimmter Personen habe. Denn diesen Hinweis könne er nur dahin verstehen, dass ihm die Kundin allein dann nicht vermittelt werde, wenn sie entweder aufgrund eigener Wünsche an einer Kontaktaufnahme mit diesem Interessenten nicht interessiert sei oder wenn sich aufgrund dessen eigener Vorstellungen ergebe, dass die Kundin diesen nicht entspreche.

7 Das Berufungsgericht legt ferner seiner Entscheidung die Behauptung des Klägers als unbestritten zugrunde, dass es sich bei der Kundin "Bea" um einen solchen "Lockvogel" gehandelt habe. Das Bestreiten der Beklagten sei nicht zu berücksichtigen und unbeachtlich, weil sie der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast verspätet (§ 296 Abs. 1 ZPO), nämlich trotz Hinweises des Senats vom 12. April 2006 unter Fristsetzung zum 5. Mai 2006 erst im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 9. August 2006 durch Angabe des Namens und der ladungsfähigen Anschrift der Zeugin genügt habe. Für die Richtigkeit der Behauptung des Klägers spreche, dass die Beklagte eine Vielzahl von Anzeigen gleichen Inhalts in unterschiedlichen Regionen (Coesfeld, Syke, Bremen) und über einen Zeitraum von mehreren Jahren geschaltet habe. Angesichts der Tatsache, dass "Bea" nach den Angaben der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung in Belgien wohnen solle, erscheine ihre Bereitschaft, sich an einen Interessenten in Bremen oder Coesfeld vermitteln zu lassen, noch zweifelhafter. Außerdem sei dem Kläger ohne Angabe von Gründen die Telefonnummer oder Adresse von "Bea" nicht mitgeteilt worden. Dieser sei auf derartige Indizien angewiesen, um beurteilen zu können, ob eine Vermittlungsbereitschaft tatsächlich vorgelegen habe. Die Einführung derart vermuteter Tatsachen als Behauptung in den Rechtsstreit sei grundsätzlich zulässig. Insoweit treffe die Beklagte eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast. Sie habe daher den Verdacht ausräumen müssen, dass es sich bei "Bea" um einen "Lockvogel" gehandelt habe. Hierzu sei es erforderlich gewesen darzulegen, warum dem Kläger trotz seines Interesses die Adresse von "Bea" nicht

mitgeteilt worden sei, und weiter, deren ladungsfähige Anschrift mitzuteilen. Dem sei die Beklagte teils nicht, teils erst verspätet nachgekommen.

8 Der Beklagten sei es zumutbar gewesen, Namen und Anschrift der Kundin Bea anzugeben, um dem Kläger einen Beweisantritt zu ermöglichen. Die Unzumutbarkeit der Namensnennung ergebe sich nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur fehlenden Klagbarkeit von Ansprüchen aus einem Partnervermittlungsvertrag. Zwar gälten hiernach die im Hinblick auf Ehemaklerverträge angestellten Überlegungen zu Peinlichkeiten und Unzumutbarkeiten einer andernfalls häufig unumgänglichen Beweisaufnahme über Art und Umfang der Tätigkeit gleichermaßen für die Vermittlung einer Partnerschaft. Soweit jedoch das Oberlandesgericht Koblenz (NJW-RR 2004, 268) hieraus schließe, dass sich infolgedessen eine Beweisaufnahme "zur Befragung der von der Partnervermittlungsagentur der Kundin offerierten Partner" verbiete, folge ihm das Berufungsgericht nicht. Damit würde dem Kunden der Einwand, er sei von dem Partnerschaftsvermittlungsinstitut getäuscht worden, abgeschnitten und er insoweit rechtlos gestellt. Bei der Abwägung zwischen den Interessen eines klagenden Kunden und dem Diskretionsinteresse der zu vermittelnden Kunden trete Letzteres zurück, zumal mittlerweile zumindest in Frage gestellt werde, ob die Regelung des § 656 BGB noch zum Schutze der Intimsphäre unverzichtbar sei. Hinzu komme, dass diejenigen Kunden, die sich mit einer Veröffentlichung ihres Lichtbilds in einer Kontaktanzeige einverstanden erklärt hätten, sich eines Teils des Schutzes selbst begeben hätten. Die Beklagte habe auch keine Umstände genannt, die eine Nennung der ladungsfähigen Anschrift von "Bea" tatsächlich unzumutbar erscheinen ließen. Die von ihr angeregte anonyme Vernehmung der Kundin sehe die Zivilprozessordnung nicht vor. Ebenso wenig habe die Beklagte die Verspätung genügend entschuldigt. Eine Zulassung des neuen Verteidigungsvorbringens würde die Erledigung des Rechtsstreits verzögern.

II.

9 Diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Nicht zu folgen ist dem Berufungsgericht bereits in der Einschätzung, ein aufgrund eines "Lockvogelangebots" (oder "Lockangebots", vgl. OLG Frankfurt am Main NJW-RR 2001, 1364) geschlossener Partnervermittlungsvertrag sei gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und nichtig.

10 1. Der Begriff des "Lockvogelangebots" entstammt, wie die Revision zutreffend anführt, dem Wettbewerbsrecht. Er bezeichnet dort eine besonders preisgünstig angebotene Ware, die nicht oder nur in einer im Verhältnis zur Nachfrage völlig unzureichenden Menge vorhanden ist (Köhler in Hefermehl/Köhler/ Bornkamm, UWG, 26. Aufl. 2008, § 4 Rn. 10.196; Bornkamm, aaO, § 5 Rn. 8.1). Eine solche Werbung ist nach § 5 Abs. 1 und 5 UWG in der Fassung vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414) irreführend und unlauter im Sinne des § 3 UWG. Nach früherem Wettbewerbsrecht konnte sie zugleich auf der Grundlage des § 1 UWG a.F. sittenwidrig sein (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 UWG Rn. 258).

11 2. Daraus allein lässt sich indes ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB nicht herleiten. Der unbestimmte Rechtsbegriff der guten Sitten hatte in § 1 UWG a.F. mit Rücksicht auf jeweils unterschiedliche Zielsetzung und Rechtsfolgen nicht dieselbe Bedeutung wie in § 138 BGB (BGHZ 110, 156, 174 - HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz; 117, 280, 286; BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 - I ZR 10/96 - NJW 1998, 2531, 2532 - Co-Verlagsvereinbarung m.w.N.). Für die Beurteilung als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB ist vielmehr entscheidend, ob das Rechtsgeschäft nach seinem aus Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung unvereinbar ist (BGHZ 110 aaO; 146, 298, 301; BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 aaO; Urteil vom 29. Juni 2005 - VIII ZR 299/04 - NJW 2005, 2991, 2992 m.w.N.). Einer solchen Beurteilung steht im Streitfall aber entgegen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch einen durch Täuschung bewirkten Vertragsschluss nicht wie nach § 138 BGB als von vornherein nichtig behandelt, sondern durch die Sonderregelung des § 123 BGB lediglich dessen Anfechtbarkeit bestimmt und es dadurch der Entscheidung des Getäuschten überlässt, ob er nachträglich die Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts herbeiführen will. Ist daher ein Rechtsgeschäft durch arglistige Täuschung (oder widerrechtliche Drohung) zustande gekommen, so kann § 138 BGB neben § 123 BGB nur dann anwendbar sein, wenn weitere Umstände als die unzulässige Willensbeeinflussung hinzutreten, die das Geschäft seinem Gesamtcharakter nach als sittenwidrig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1987 - II ZR 166/87 - NJW 1988, 902, 903; Urteil vom 7. Juni 1988 - IX ZR 245/86 - NJW 1988, 2599, 2601 zur Drohung; Urteil vom 26. September 1995 - XI ZR 159/94 - NJW 1995, 3315; Versäumnisurteil vom 4. Juli 2002 - IX ZR 153/01 - NJW 2002, 2774, 2775 ebenfalls zur Drohung). Solche besonderen Umstände zeigt das Berufungsgericht nicht auf; sie sind aus dem festgestellten Sachverhalt auch nicht erkennbar. Die vom Berufungsgericht hervorgehobene besondere Lebenssituation des Interessenten als alleinstehender Person und dessen konkrete Hoffnungen auf eine Änderung dieser Lage sowie das Gewinnstreben des Vermittlers werden vom Anfechtungstatbestand des § 123 BGB erfasst. Von der Ausbeutung einer Zwangslage oder einem ähnlich gewichtigen, erheblich über den typischen Tatbestand einer arglistigen Täuschung hinausgehenden Vorwurf, mit dem §

138 BGB den Makel der Sittenwidrigkeit verbindet, kann nicht gesprochen werden. Auch für ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (vgl. zum Eheanbahnungsdienstvertrag BGHZ 87, 309, 316 ff.), auf das sich der Kläger in den Tatsacheninstanzen berufen hat und das im landgerichtlichen Urteil geprüft und verneint worden ist, geben die Feststellungen des Berufungsgerichts nichts her. Im Revisionsverfahren werden Rügen hierzu auch nicht erhoben.

III.

12 Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich ebenso wenig aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

13 1. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob der Kläger seine Willenserklärung wirksam gemäß § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten hat und das Rechtsgeschäft somit aus diesem Grunde nichtig ist (§ 142 Abs. 1 BGB).

14 a) Eine Anfechtung des Vertrags aus sämtlichen in Betracht kommenden Gründen hat der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 11. Oktober 2004 erklärt. Die erforderliche arglistige Täuschung wäre in der Werbung von Kunden mit einem tatsächlich nicht zur Verfügung stehenden "Lockvogel", nämlich einer angeblich einen Partner suchenden, aber nicht vermittlungsbereiten Person zu sehen. Dass die Beklagte in ihren Vertragsbedingungen einen Anspruch des Kunden auf die Vermittlung bestimmter Personen, etwa aus von ihr geschalteten Inseraten, ausschließt, ist nach der zutreffend am Empfängerhorizont orientierten und auch sonst rechtsfehlerfreien Auslegung des Berufungsgerichts ohne Belang.

15 b) Jedoch durfte das Berufungsgericht seiner Entscheidung die Behauptung des Klägers, bei der in den Anzeigen der Beklagten vorgestellten Kundin "Bea" habe es sich in diesem Sinne um ein "Lockvogelangebot" gehandelt, nicht mit Rücksicht auf die sekundäre Darlegungslast der Beklagten als unbestritten zugrunde legen (§ 138 Abs. 3 ZPO).

16 aa) Die Beklagte trifft in dieser Beziehung zwar zutreffend eine sekundäre Darlegungslast. Steht ein darlegungspflichtiger Kläger außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs und kennt der Beklagte alle wesentlichen Tatsachen, so genügt nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast sein einfaches Bestreiten nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (BGHZ 86, 23, 29; 100, 190, 196; 140, 156, 158 f.; 163, 209, 214; siehe auch BGH, Urteil vom 12. Juni 2007 - X ZR 87/06 - NJW 2007, 2549, 2553 Rn. 46). In diesen Fällen kann vom Prozessgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (vgl. BGHZ 140 aaO S. 159). So liegt es auch hier.

17 bb) Diesen Anforderungen ist die Beklagte jedoch in dem erforderlichen Umfang nachgekommen. Auf den Hinweis des Berufungsgerichts hat sie eine Kopie des mit Frau S. geschlossenen Partnervermittlungsvertrags vorgelegt und behauptet, bei dieser Kundin handele es sich um die im Inserat beschriebene "Bea". Die Beklagte hat weiter deren "Kundenprofil" mit einer Liste angeblich von "Bea" abgelehnter Kontaktvorschläge zwischen dem 22. Januar 2004 und dem 31. März 2006 vorgelegt. Wenngleich sich auch aus diesem Vorbringen nicht ergibt, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, weshalb die Beklagte dem Kläger trotz seines Interesses nicht die Adresse oder Telefonnummer von "Bea" mitgeteilt hat, war doch eine grundsätzliche Vermittlungsbereitschaft der Kundin nunmehr durch Tatsachenvortrag untermauert und der gegenteilige Sachvortrag des Klägers hiermit substantiiert bestritten.

18 cc) Zu Unrecht verlangt das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der sekundären Darlegungslast von der Beklagten darüber hinaus die Preisgabe von Namen und ladungsfähiger Anschrift der Zeugin. Die Benennung eines Zeugen mit den nach § 373 ZPO notwendigen Angaben einschließlich dessen ladungsfähiger Anschrift ist nicht mehr Teil des den Parteien obliegenden Tatsachenvortrags, sondern Element der sich daran anschließenden und auf dem Parteivorbringen beruhenden Beweisführung. Die Grundsätze der sekundären Darlegungslast finden darum hierauf keine Anwendung. Die Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, einen nur ihr bekannten Zeugen ohne triftigen Grund namhaft zu machen, kann daher nur im Rahmen der Beweiswürdigung als Beweisvereitelung zu deren Lasten berücksichtigt werden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1960 - VI ZR 220/58 - NJW 1960, 821; MünchKomm/ Prütting, ZPO, 3. Aufl., § 286 Rn. 81; Thomas/Putzo/Reichhold, ZPO, 28. Aufl., § 286 Rn. 19).

19 c) Ob der Beklagten bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in diesem Sinne eine schuldhaft beweisvereitelung zur Last fiel, lässt der Senat offen. Eine solche Beweisvereitelung hätte jedenfalls nicht wie mangelndes (substantiiertes) Bestreiten ohne weiteres dazu geführt, dass nunmehr nach § 138 Abs. 3 ZPO vom

Klägervortrag auszugehen wäre. Diese Feststellung wäre vielmehr allein auf der Grundlage des § 286 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände möglich gewesen.

20 aa) Allerdings ist richtig, dass eine Vernehmung der Zeugin "Bea" zu der Behauptung eines Lockvogelangebots prozessual zulässig gewesen wäre. Der Senat teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, dass es der Beklagten trotz der ihrer Kundin grundsätzlich geschuldeten Diskretion nicht unzumutbar war, deren Namen und Anschrift preiszugeben, und dass einer Beweiserhebung auch nicht diejenigen Gründe entgegenstanden, die den Gesetzgeber zum Ausschluss der Klagbarkeit eines Anspruchs auf Ehemaklerlohn veranlasst haben.

21 (1) Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zum Eingehen einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe wird nach § 656 Abs. 1 BGB eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das aufgrund des Versprechens Geleistete kann freilich nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Dabei war für die Reichstagskommission, auf deren Vorschlag die Bestimmung zurückgeht, entscheidend, dass das "Nehmen und Geben eines Lohnes für Heiratsvermittlung" mit dem "sittlichen Charakter der Ehe" nicht vereinbar sei (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, 1899, S. 1292 f.) Daneben war die Überlegung maßgebend, dass die Prozesse wegen Heiratsvermittlung "zu den allergrößten Ärgernissen Anlass" gäben (Mugdan aaO; vgl. BGHZ 112, 122, 124 f. = NJW 1990, 2550, 2551 m. Anm. Börstinghaus und Peters). Der Bundesgerichtshof hat den Anwendungsbereich dieser Vorschriften auf ähnliche Vertragsverhältnisse wie Eheanbahnungsdienstverträge (BGHZ 87, 309, 312 ff.) und Partnerschaftsvermittlungs-Dienstverträge (BGHZ 112, 122, 124 ff.; Senatsurteil vom 4. März 2004 - III ZR 124/03 - NJW-RR 2004, 778, 779) erstreckt. Dem lag nicht zuletzt die Vorstellung zugrunde, wie bei der Ehevermittlung und Eheanbahnung bestehe hier ein schützenswertes Diskretionsbedürfnis des Kunden. Die im Urteil vom 4. Dezember 1985 (IVa ZR 75/84 - NJW 1986, 927, 928) angestellten Erwägungen zu Peinlichkeiten und Unzumutbarkeiten einer bei Klagbarkeit häufig unumgänglichen Beweisaufnahme über Art und Umfang der Tätigkeit gälten mindestens ebenso bei der Vermittlung einer Partnerschaft. Das Grundgesetz schütze die Würde des Menschen und dessen freie Persönlichkeitsentfaltung ohne Rücksicht darauf, ob eine Eheschließung angestrebt werde oder nicht (BGHZ 112, 122, 126; Senatsurteil vom 4. März 2004 aaO; siehe auch BVerfGE 20, 31, 33 = NJW 1966, 1211).

22 (2) Aus diesen Überlegungen lässt sich indessen nicht darüber hinaus ein umfassendes Beweiserhebungsverbot (hierzu allgemein Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, vor § 284 Rn. 11, § 286 Rn. 15a ff.) über die Leistungen des Vermittlers in Ehemaklersachen oder gleich gelagerten Rechtsstreitigkeiten begründen. Auf den gegenüber Zeugen erforderlichen Persönlichkeitsschutz hat der Gesetzgeber im Regelfall mit den Bestimmungen über das Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen oder sachlichen Gründen (§§ 383, 384 ZPO) hinreichend Rücksicht genommen. Liegen deren Voraussetzungen nicht vor, oder beruft sich der Zeuge nicht auf sein Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht, so ist die Vernehmung selbst bei einem Eindringen in die an sich geschützte Privatsphäre des Zeugen im Interesse der Rechtspflege grundsätzlich unbeschränkt zulässig; notfalls kann zum Schutz des Zeugen auch die Öffentlichkeit nach § 171b GVG ausgeschlossen werden. Von diesen Regelungen macht § 656 Abs. 1 BGB nur mittelbar und insoweit eine Ausnahme, als es allein um die vereinbarte Vergütung aus dem Ehemaklervertrag, Dienstvertrag oder einem ähnlichen Vertragsverhältnis geht. Den dabei zu befürchtenden Unzuträglichkeiten und Peinlichkeiten wollte der Gesetzgeber, ohne in die prozessualen Regeln über die Beweiserhebung einzugreifen, schon - und nur - auf der Ebene des materiellen Rechts mit einem Ausschluss der Klagbarkeit des Maklerlohnsanspruchs begegnen. Das begrenzt zugleich den für den Rechtsanwender bestehenden Auslegungsspielraum. Streiten die Parteien um andere Sachoder Rechtsfragen, wie hier um den Vorwurf der arglistigen Täuschung, ist für eine analoge Anwendung des § 656 Abs. 1 BGB und die dort normierte Rechtsfolge - unvollkommene Verbindlichkeit - trotz möglicherweise ähnlicher Schutzbedürftigkeit einzelner Prozessbeteiligter kein Raum. Damit verbietet sich zugleich ein darauf gegründetes Beweiserhebungsverbot im Widerspruch zu dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden grundsätzlichen Anspruch der Parteien auf Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Die gegenteilige Auffassung im Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz vom 17. Oktober 2003 (NJW-RR 2004, 268, 269 f.) ist ohne gesetzliche Grundlage (ablehnend auch Musielak/Foerste, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 286 Rn. 7; Wichert, ZMR 2007, 241, 245).

23 bb) Eine Beweisvereitelung setzt indessen weiter voraus, dass die Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Das Verschulden muss sich dabei sowohl auf die Zerstörung oder Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen (BGH, Urteil vom 23. November 2005 - VIII ZR 43/05 - NJW 2006, 434, 436 m.w.N.). In Fällen, in denen es um die verweigerte Entbindung eines Zeugen von seiner Schweigepflicht ging, hat der Bundesgerichtshof ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten gefordert (Urteil vom 27. Januar 1988 - IVb ZR 82/86 - NJW-RR 1988, 962, 964;

Senatsbeschluss vom 26. September 1996 - III ZR 56/96 -NJW-RR 1996, 1534). Angesichts dessen, dass die Beklagte sich für ihre Rechtsauffassung auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz berufen konnte und die Rechtslage bis dahin ungeklärt war, bestehen bereits gegen einen Schuldvorwurf Bedenken. Das mag aber auf sich beruhen. Als Folge einer Beweisvereitelung kämen lediglich Beweiserleichterungen in Betracht, die zwar bis zu einer Umkehr der Beweislast gehen können (BGH, Urteil vom 23. November 2005 aaO), für die aber alle Umstände des Falles - im Streitfall neben dem allenfalls geringen Verschulden der Beklagten auch, dass diese letztendlich doch die Identität der Zeugin offen gelegt hat - zu berücksichtigen sind. Eine solche Abwägung ist dem Tatrichter vorbehalten; das Revisionsgericht kann sie nicht nachholen.

24 2. Zu der nach dieser Sachlage sich nunmehr stellenden Frage, ob der Kläger den mit der Beklagten geschlossenen Partnervermittlungsvertrag jedenfalls als Haustürgeschäft widerrufen (§ 312 BGB) oder ihn nach § 626 BGB oder § 627 BGB alsbald kündigen konnte (zur Anwendbarkeit des § 627 BGB bei abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen siehe Senatsurteil vom 19. Mai 2005 - III ZR 437/04 - NJW 2005, 2543), hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen getroffen. Für eine rechtliche Beurteilung aus diesem Blickwinkel fehlt es damit an einer Grundlage.

IV.

25 Nach alledem kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Sittenwidrigkeit von durch Gewinnversprechen provozierten Verträgen: Verhältnis zu § 661a BGB; Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB, Verhältnis zu § 123 BGB im Falle "systematischer Schwächung der Entscheidungsfreiheit"; Sittenwidrigkeit von kausalen und abstrakten Schuldanerkenntnissen; Kondiktion von abstrakten Schuldanerkenntnissen und dolo-petit-Einwand; Voraussetzung der Rechtskraftdurchbrechung nach § 826 BGB

Leitsätze:

1. Bei der Frage der Sittenwidrigkeit eines Vertrages nach § 138 I BGB ist nicht nur der objektive Gehalt des Geschäftes zu berücksichtigen, sondern es sind auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, in die Würdigung einzubeziehen.
2. Liegt dem Vertragsschluß eine arglistige Täuschung, müssen zudem besondere Umstände zu der durch arglistige Täuschung bewirkten Willensbeeinflussung hinzukommen, die das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen lassen, damit § 138 Abs. 1 BGB neben § 123 BGB anwendbar ist. Ein solcher Umstand kann in der systematischen Schwächung der Entscheidungsfreiheit des anderen Teils liegen.
3. Der gesetzliche Erfüllungsanspruch bei Gewinnmitteilungen nach § 661a BGB steht der Sittenwidrigkeit eines durch solche bewirkten Vertragsschlusses nicht entgegen.
4. In der Vollstreckung eines materiell unrichtigen Titels kann aus Gründen der Rechtssicherheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen eine sittenwidrige Schädigung i.S.v. § 826 BGB gesehen werden. Eine solche Durchbrechung der Rechtskraft im Wege des Schadensersatzanspruches setzt das Vorliegen besonderer Umstände voraus, die es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar erscheinen ließen, daß der Titelgläubigerin seine formelle Rechtsstellung unter Mißachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Vollstreckungsschuldners ausnutzt.

Sachverhalt:

Die 77 Jahre alte Klägerin erhielt im Jahr 2001 von den Unternehmen A. Versand und L. -Versand wiederholt Werbeschreiben und Bestellangebote für Haushaltsgegenstände und ähnliches, die mit Gewinnzusagen verbunden waren. In der Hoffnung auf die versprochenen Gewinne bestellte die Klägerin in sechs Fällen Waren zu Preisen bis zu 24,28 €, die am 10. August 2001, 17. August 2001, 1. September 2001, 2. September 2001, 3. September 2001 und 22. September 2001 ausgeliefert wurden. Gewinne wurden nicht ausgezahlt.

Die Versender traten ihre Kaufpreisansprüche gegen die Klägerin an die Beklagte ab. Da die Klägerin nicht zahlte, schaltete die Beklagte zunächst die U. Inkasso GmbH ein. Der Geschäftsführer dieses Inkassobüros ist gleichzeitig Geschäftsführer der Beklagten. Am 21. Mai 2002 und am 24. Mai 2002 ließ sie durch einen Rechtsanwalt die Klägerin jeweils drei mit Anerkenntnis und Antrag auf Ratenzahlung überschriebene Schriftstücke unterzeichnen, in denen diese anerkannte, der Beklagten Beträge zwischen 137,40 € und 149,68 € zuzüglich 13,25 % Zinsen auf die jeweilige Hauptforderung ab dem 4. Juni 2002 zu schulden, und zugleich jeweils monatliche Ratenzahlungen von 15 € beantragte.

Nach vorangegangenen Mahnverfahren erwirkte die Beklagte im Zeitraum zwischen dem 3. September 2002 und dem 16. Oktober 2002 sechs Vollstreckungsbescheide über Beträge von 190,98 € bis 207,03 €, in denen als Hauptforderungen die vorgenannten Schuldanerkenntnisse aufgeführt sind. Die Forderungen setzen sich im wesentlichen aus Inkasso- und Mahnkosten zusammen. Die Vollstreckungsbescheide sind rechtskräftig geworden, weil die Klägerin keine Rechtsbehelfe ergriffen hat.

Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin von der Beklagten die Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus den Vollstreckungsbescheiden sowie deren Herausgabe. Hilfsweise hat sie die Aufrechnung mit einem Anspruch aus einem Gewinnversprechen von November 2002 über 6.500 € erklärt und beantragt, die Vollstreckung aus den Vollstreckungsbescheiden für unzulässig zu erklären.

Das Amtsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Klägerin stehe gemäß § 826 BGB ein Schadensersatzanspruch auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus den Vollstreckungsbescheiden und auf deren Herausgabe zu. Es sei ein besonders schwerwiegender Ausnahmefall zu bejahen, der die Durchbrechung der Rechtskraft rechtfertige. Voraussetzung dafür, daß der Gläubigerin zuzumuten sei, die ihr unverdient zugefallene Rechtsposition aufzugeben, seien die materielle Unrichtigkeit des rechtskräftigen

Vollstreckungsbescheids, die Kenntnis der Vollstreckungsgläubigerin davon sowie eine sittenwidrige Ausnutzung des Vollstreckungstitels. Ein solcher Fall sei hier gegeben.

Das Berufungsgericht hat Bezug genommen auf die Gründe des angefochtenen Urteils, worin es heißt: Die Vollstreckungsbescheide seien materiellrechtlich unrichtig, weil der Beklagten aus den Schuldanerkenntnissen keine Zahlungsansprüche gegen die Klägerin zustünden. Die Klägerin erhebe zu Recht den Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung. Auch wenn es sich um selbständige Schuldanerkenntnisse handeln sollte, hätten diese den Zweck, eine dem Grunde nach bestehende Schuld zu sichern. Eine solche sei nicht entstanden, denn die Hauptforderungen gründeten sich auf nach § 138 BGB sittenwidrige und damit nichtige Rechtsgeschäfte.

Die Klägerin sei in sittenwidriger Weise zu ihren Bestellungen veranlaßt worden. Sie habe diese ausschließlich und gerade auf Grund von Geldgewinnzusagen getätigt, die ihr gegenüber abgegeben und nicht ausgezahlt worden seien. Die Geschäftspraktik der Zedentinnen - in Kombination mit den nicht erfüllten Gewinnversprechen - verstoße gegen das Rechtsempfinden aller billig und gerecht Denkenden und sei damit sittenwidrig. Es seien dadurch die Unerfahrenheit, das mangelnde Urteilsvermögen und eine erhebliche Willensschwäche der Klägerin ausgenutzt worden. Die Zedentinnen wendeten sich in ihrer Geschäftspraktik gerade an ältere, rechtlich und geschäftlich unerfahrene Personen. Das folge aus dem von ihnen angebotenen Sortiment (Kaffeesevice im "Stiefmütterchen Design", Tortenringe, Zwiebelschneider, Tischdecken, Hammerzehschützer, Wärme-Kältekissen, Massagegeräte und ähnliches), das herkömmlicher Weise gerade bei diesen Menschen Bestellungen herausfordere.

Entscheidend sei die Tatsache, daß es hier im Zuge der Gewinnzusagen nicht bei einer einmaligen Aufforderung geblieben sei, eine Bestellung abzugeben, sondern es von seiten der Zedentinnen ein wiederholtes Nachhaken und Drängen auf Abgabe einer Bestellung gegeben habe, um den Gewinn "endlich" auszahlen zu können. Dadurch hätten diese die geschäftliche Unerfahrenheit der Klägerin und ihre eigene wirtschaftliche und intellektuelle Übermacht mißbraucht. Auch wenn sie die Unerfahrenheit und das Alter der Klägerin nicht gekannt hätten, hätten sie bewußt deren schwächere Lage zum eigenen Vorteil ausgenutzt, weil sie sich leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hätten, daß sich die Klägerin nur wegen ihrer schwächeren Lage auf die ungünstigen Verträge eingelassen habe. Sie hätten davon ausgehen müssen, daß es durch das wiederholte Zurückhalten des Gewinns keine echte Entscheidungsfreiheit der anderen Seite gegeben habe. Es sei unschwer zu erkennen, daß es der Klägerin bei den wiederholt aufgegebenen Bestellungen letztlich nicht darum gegangen sei, die bezeichneten Gegenstände zu erwerben, sondern die versprochenen Gewinne ausgezahlt zu bekommen, und daß so nur ein geschäftlich unerfahrener, besonders schutzbedürftiger Kunde handle. Im Hinblick auf das mehrmalige Nachhaken - zudem in mehreren Fällen - spreche sogar eine tatsächliche Vermutung für ein Handeln aus verwerflicher Gesinnung. Stets sei in den Schreiben der Zedentinnen davon die Rede, daß mit der "Bargeldzuweisung" und der "Lieferanweisung" der Bestellschein möglichst rasch zurückgeschickt werden möge, erst dann stünde der Auszahlung "wirklich nichts mehr im Wege". Auch die Formulierung "Kann es sein, daß bei der Zusendung Ihrer Gewinnanforderung die Bestellung fehlt? Weil ich sie als Gewinner ganz persönlich betreue, möchte ich schon sichergehen, daß auch in der Bestellabwicklung alles stimmt", belege die sittenwidrige Typik des Vorgehens.

Angesichts des Eindrucks, den das Gericht im Rahmen der mündlichen Verhandlung von der Klägerin gewonnen habe, könne nicht angenommen werden, die Klägerin habe damit rechnen müssen, daß der dem Schuldanerkenntnis zugrunde liegende Kaufvertrag nach § 138 BGB als nichtig zu beurteilen sei. Nur dann aber könnten die Schuldanerkenntnisse nicht der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung unterliegen.

Der Beklagten sei als Titelgläubigerin die Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels bekannt gewesen. Es reiche aus, wenn dem Gläubiger diese Kenntnis während des Rechtsstreits über den Anspruch aus § 826 BGB vermittelt werde. Schließlich lägen auch die besonderen Umstände vor, die es verlangten, daß die Beklagte die von ihr erlangten Rechtspositionen aufgeben. Sie habe Forderungsinkasso und Mahnverfahren bewußt dazu mißbraucht, um für ihr nicht zustehende Ansprüche Vollstreckungstitel zu erlangen. Bei Wahl des Klageverfahrens wäre die Beklagte, wie sie hätte erkennen müssen, mit ihrem Anspruch schon deshalb gescheitert, weil die gerichtliche Schlüssigkeitsprüfung die Sittenwidrigkeit der zugrunde liegenden Bestellungen offenbart hätte. Die Klägerin habe aus Unerfahrenheit und Ungewandtheit die Vollstreckungsbescheide rechtskräftig werden lassen. Ihr seien die Vielzahl der Schreiben der Beklagten und der Zedentinnen schlicht über den Kopf gewachsen. Sie habe auch gar nicht mehr überblicken können, worüber sich die Schuldanerkenntnisse verhielten. Die materiellen Ansprüche der einzelnen Warenbestellungen seien in dem von der Beklagten gewählten Verfahren geradezu verschleiert worden. Die Mahnverfahren seien nicht auf Ansprüche aus Warenlieferungen, sondern auf Ansprüche aus Schuldanerkenntnissen gestützt worden. Bereits daraus könne ein Schluß auf die fehlende Gutgläubigkeit der Beklagten gezogen werden. Insgesamt weise damit auch die

Durchsetzung der Forderung eine sittenwidrige Typik auf und berühre ein besonderes Schutzbedürfnis der Klägerin, weswegen das Vorgehen aus den Titeln das Rechtsgefühl in schlechthin unerträglicher Weise verletzen würde.

In Ergänzung dieser Erwägungen des Amtsgerichts hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Sittenwidrigkeit der Anerkenntnisse folge zum einen aus dem Umstand, daß die Hauptforderungen der Zedentinnen sittenwidrig und somit nichtig gewesen seien. Außerdem seien die Anerkenntnisse der Klägerin in sittenwidriger Weise erlangt. Die Art und Weise ihres Zustandekommens benachteilige die Klägerin unter Würdigung des Gesamtcharakters des Rechtsgeschäfts in unangemessener Weise. Sie seien der Klägerin als "Antrag auf Ratenzahlung und Anerkenntnis" übersandt worden. Eine geschäftlich unerfahrene Person sehe darin in erster Linie die Möglichkeit, Verbindlichkeiten in überschaubaren Beträgen zurückzuzahlen. Daß darüber hinaus auch das Bestehen einer Schuld dadurch bestätigt werde, sei für die Klägerin als geschäftlich unerfahrene Person nicht erkennbar gewesen. Zudem hätten die Anerkenntnisse lediglich die Angabe einer Summe aus Hauptforderung und Inkassogebühren der Beklagten enthalten; für die Klägerin sei nicht erkennbar gewesen, wie sich die Summe zusammengesetzt und welche einzelnen Forderungen sie anerkannt habe.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

A. Die Revision rügt allerdings vergeblich, das Berufungsurteil enthalte keine der Vorschrift des § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO genügende Begründung. Danach bedarf es einer kurzen Begründung für die Abänderung, Aufhebung oder Bestätigung der angefochtenen Entscheidung. Diesen Anforderungen wird das Berufungsurteil gerecht. Auch eine reine Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ist jedenfalls dann erlaubt, wenn dadurch das zulässige Berufungsvorbringen erschöpft wird (Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl., § 540 Rdnr. 7; Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 25. Aufl., § 540 Rdnr. 13). Das Berufungsgericht muß sich mit den Berufungsgründen nur auseinandersetzen, soweit dies zur Begründung der getroffenen Entscheidung erforderlich ist (Musielak/Ball, aaO). Dafür war es hier aus der Sicht des Berufungsgerichts entgegen der Auffassung der Revision nicht geboten, im einzelnen auf die Angriffe der Berufung gegen die Feststellungen des Amtsgerichts zur Sittenwidrigkeit der Kaufverträge einzugehen. Denn das Berufungsgericht hat sich nicht nur den Gründen des erstinstanzlichen Urteils angeschlossen, sondern es hat daneben - als weitere und selbständige Begründung seines Urteils - die Auffassung vertreten, die Vollstreckungsbescheide seien materiell unrichtig, weil die Beklagte (auch) die Schuldanerkenntnisse, auf die sie gestützt seien, in sittenwidriger Weise erlangt habe.

B. Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 826 BGB auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus den Vollstreckungsbescheiden und auf Herausgabe der Vollstreckungstitel angenommen.

1. Zutreffend ist allerdings die Auffassung der Vorinstanzen, die Vollstreckungsbescheide seien materiell unrichtig.

a) Die von der Beklagten mit den Zedentinnen geschlossenen Kaufverträge hat das Amtsgericht, dessen Würdigung sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, zu Recht gemäß § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit als nichtig angesehen. Diese Einwendung muß sich gemäß § 404 BGB auch die Beklagte entgegen halten lassen.

aa) Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist (BGHZ 146, 298, 301; 107, 92, 97; 86, 82, 88). Hierbei ist weder das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt; dem steht es gleich, wenn sich jemand bewußt oder grob fahrlässig der Kenntnis erheblicher Tatsachen verschließt (BGHZ 146, 298, 301; BGH, Urteil vom 10. Oktober 1997 - V ZR 74/96, WM 1998, 513 = NJW-RR 1998, 590, unter II, m.w.Nachw.). Zu berücksichtigen ist nicht nur der objektive Gehalt des Geschäftes, sondern es sind auch die Umstände, die zu seiner Vornahme geführt haben, sowie die Absicht und die Motive der Parteien in die Würdigung einzubeziehen (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1997, aaO). Liegt dem Vertragsschluß eine arglistige Täuschung - wie hier über die zu erwartenden Geldgewinne - zugrunde, müssen zudem besondere Umstände zu der durch arglistige Täuschung bewirkten Willensbeeinflussung hinzukommen, die das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen lassen, damit § 138 Abs. 1 BGB neben § 123 BGB anwendbar ist (BGH, Urteil vom 26. September 1995 - XI ZR 159/94, WM 1995, 1950 = NJW 1995, 3315, unter II 1 b; Urteil vom 23. Februar 1995 - IX ZR 29/94, NJW 1995, 1425 = WM 1995, 1064, unter II 2 d bb; vgl. auch Urteil vom 4. Juli 2002 - IX ZR 153/01, NJW 2002, 2774 = WM 2003, 89, unter I 2, zur widerrechtlichen Drohung).

bb) Solche Umstände hat das Amtsgericht, dessen Begründung sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht hat,

rechtsfehlerfrei festgestellt. Es hat neben den nicht erfüllten Gewinnversprechen insbesondere die allgemeine Geschäftspraktik der Zedentinnen als gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden angesehen. Seine Feststellung, die Zedentinnen wendeten sich gezielt an ältere, rechtlich und geschäftlich unerfahrene Personen, wie hier die Klägerin, ist entgegen der Ansicht der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch wenn das von den Zedentinnen angebotene Warensortiment Produkte enthalten mag, die in nahezu jedem Haushalt Verwendung finden können, ist nicht zu erwarten, daß sich eine rechtlich und geschäftlich erfahrene Person, unabhängig von ihrem Alter, durch Gewinnzusagen, wie sie die Zedentinnen erteilt haben, dazu verleiten läßt, derartige Produkte überhaupt oder (wegen der Gewinnzusagen) gerade bei den Zedentinnen zu erwerben. Bei den von der Klägerin abgeschlossenen Kaufverträgen handelt es sich zwar im einzelnen um einfache und überschaubare Geschäfte des täglichen Lebens, deren Bewältigung regelmäßig keine nennenswerten Erfahrungen im Rechts- und Geschäftsleben voraussetzt. Ihre Entscheidungsfreiheit und ihre Fähigkeit zur unvoreingenommenen Beurteilung der Sinnhaftigkeit und Wirtschaftlichkeit der angebotenen Vertragsschlüsse wurden jedoch, wie das Amtsgericht zutreffend in den Vordergrund stellt, seitens der Zedentinnen systematisch dadurch geschwächt, daß sie der Klägerin innerhalb kurzer Zeiträume eine Vielzahl von Gewinnzusagen in beträchtlicher Höhe zusandten, deren Erfüllung sie von Bestellungen abhängig machten.

Entgegen der Auffassung der Revision steht einer Berücksichtigung der zahlreichen Gewinnzusagen bei der Würdigung des Verhaltens der Zedentinnen als sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB nicht die Vorschrift des § 661a BGB entgegen. Daß der Gesetzgeber damit dem Verbraucher, der eine Gewinnzusage erhält, einen Anspruch auf Leistung des Preises eingeräumt hat, läßt nicht den Schluß zu, nach seinem Willen könnten solche Gewinnversprechen nicht (auch) die Nichtigkeit eines mit ihrer Hilfe herbeigeführten Rechtsgeschäfts zur Folge haben. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs hat der Gesetzgeber mit der Regelung das Ziel verfolgt, die Praxis, dem Verbraucher durch Gewinnzusagen Waren aufzudrängen, mit denen er sich nicht befassen möchte, schon im Ansatz zu unterbinden (BT-Drucks. 14/2658, S. 48 f.; BT-Drucks. 14/2920, S. 15). Dieses Regelungsziel schließt es nicht aus, für den Fall seiner Verfehlung Art und Weise der Erteilung der Gewinnzusage und des damit verbundenen Einwirkens auf die Entschließungsfreiheit im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB als sittenwidrig anzusehen.

Schließlich hat das Amtsgericht für sein Sittenwidrigkeitsurteil rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, daß es seitens der Zedentinnen nicht bei einer einmaligen Aufforderung, eine Bestellung abzugeben, geblieben ist, sondern es ein wiederholtes Drängen auf Abgabe einer Bestellung gegeben hat, um den Gewinn "endlich" auszahlen zu können. Die von der Beklagten in der Berufung erhobene und von der Revision in Bezug genommene Rüge (§ 286 ZPO), dem Vorbringen der Klägerin könne ein solches wiederholtes Drängen, das letztlich ursächlich für tatsächlich erfolgte Bestellungen der Klägerin geworden sei, nicht entnommen werden, hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

Die geschilderte Geschäftspraktik der Zedentinnen hat das Amtsgericht zu Recht als mit den guten Sitten nicht vereinbar angesehen. Sie war darauf angelegt, unter bewußter Ausnutzung der rechtlichen und geschäftlichen Unerfahrenheit der angesprochenen Personen diese, wie die Klägerin, durch eine massive Häufung von Gewinnzusagen und wiederholte Appelle, dabei - einschließlich der Bestellungen - auch alles "richtig" zu machen, zum Kauf von Gegenständen zu verleiten, die sie sonst nicht erworben hätten.

b) Aus der Nichtigkeit der Kaufverträge folgt, daß die hier streitigen Vollstreckungsbescheide auch im Hinblick auf die darin enthaltenen Mahn- und Inkassokosten materiell unrichtig sind, weil Mahn- und Inkassokosten von der Klägerin nur als Schadensersatz gemäß § 286 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (jetzt §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB) wegen Verzuges mit der Erfüllung der Kaufpreisforderung geschuldet sein könnten.

c) Zutreffend haben die Vorinstanzen schließlich angenommen, daß die Vollstreckungsbescheide nicht wegen der von der Klägerin abgegebenen Schuldanerkenntnisse materiell richtig sind. Dabei kommt es weder darauf an, ob - wie das Berufungsgericht meint - die Schuldanerkenntnisse als solche in sittenwidriger Weise erlangt und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, noch darauf, ob es sich um deklaratorische oder konstitutive Schuldanerkenntnisse handelt.

aa) Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ist nicht nur nichtig, soweit es selbst gegen die guten Sitten verstößt, sondern grundsätzlich auch, soweit es sich auf ein sittenwidriges Ausgangsverhältnis bezieht und die Nichtigkeitsgründe bei seiner Abgabe noch fortbestehen (BGHZ 104, 18, 24). Das war hier der Fall, weil die Wirkung des sittenwidrigen Verhaltens der Zedentinnen im Zeitpunkt der Abgabe der Anerkenntnisse durch die Klägerin noch andauerte. Auf die Kenntnis der Klägerin von den tatsächlichen Umständen, die das Unwerturteil begründen und die ihr auch schon bei Abschluß der Kaufverträge bekannt waren, kommt es bei einer derartigen Fallgestaltung nicht an (BGHZ 104, 18, 25).

bb) Als selbständige, konstitutive Schuldanerkenntnisse unterliegen die von der Klägerin abgegebenen Anerkenntnisse jedenfalls der Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt., Abs. 2 BGB. Ihrer Geltendmachung durch die Beklagte steht und stand deshalb schon bei Erlass der Vollstreckungsbescheide der von Amts wegen zu beachtende (BGHZ 37, 147, 152) Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB entgegen, weil die Beklagte das aufgrund der Anerkenntnisse Erlangte alsbald gemäß §§ 812, 818 Abs. 1 BGB an die Klägerin zurückzugewähren hätte (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). Der allgemeine Arglistseinwand des § 242 BGB wird durch die Bereicherungseinrede des § 821 BGB, die von dem Berechtigten geltend gemacht werden muß (BGH, Urteil vom 16. April 1991 - XI ZR 68/90, WM 1991, 1152 = NJW 1991, 2140, unter II 3 a; Urteil vom 30. November 1998 - II ZR 238/97, NJW-RR 1999, 573, unter III), nicht ausgeschlossen (Palandt/Sprau, BGB, 64. Aufl., § 821 Rdnr. 2 a. E.).

Das Amtsgericht, auf dessen Begründung das Berufungsgericht Bezug genommen hat, ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß die Klägerin die Verpflichtungen aus den Anerkenntnissen zum Zwecke der Sicherung der Forderungen aus den Kaufverträgen bzw. erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2 BGB) übernommen hat. Ein solches Anerkenntnis ist grundsätzlich kondizierbar, wenn die gesicherte Forderung, wie hier, nicht oder nicht mehr besteht (BGH, Urteil vom 16. April 1991, aaO, unter II 3 b; Urteil vom 30. November 1998, aaO; Urteil vom 18. Mai 2000 - IX ZR 43/99, NJW 2000, 2501 = WM 2000, 1806, unter I 1).

Ein Bereicherungsanspruch kommt lediglich dann nicht in Betracht, wenn die Parteien mit dem Anerkenntnisvertrag einen Streit oder eine Unsicherheit über den Inhalt des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses beenden und ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen des anerkannten Anspruchs eine klare Rechtslage schaffen wollten (Urteil vom 18. Mai 2000, aaO). Entgegen der Rüge der Revision haben die Vorinstanzen eine solche Unsicherheit jedenfalls auf Seiten der Klägerin, - rechtsfehlerfrei - verneint.

2. Über die danach gegebene materielle Unrichtigkeit der Vollstreckungsbescheide hinaus setzt jedoch ein Anspruch aus § 826 BGB auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe der Titel das Hinzutreten besonderer Umstände voraus, die sich aus der Art und Weise der Titelerlangung oder der beabsichtigten Vollstreckung ergeben und die das Vorgehen des Gläubigers als sittenwidrig prägen, so daß letzterem zugemutet werden muß, die ihm unverdient zugefallene Rechtsposition aufzugeben. Solche Umstände haben das Amtsgericht und ihm folgend das Berufungsgericht zu Unrecht bejaht.

Die Durchbrechung der Rechtskraft eines Vollstreckungstitels, auch eines Vollstreckungsbescheides, auf der Grundlage eines Schadensersatzanspruchs nach § 826 BGB darf - wie im Ansatz auch die Vorinstanzen nicht verkannt haben - nur in besonders schwerwiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen gewährt werden, weil sonst die Rechtskraft ausgehöhlt und die Rechtssicherheit beeinträchtigt würden. Die Rechtskraft muß nur dann zurücktreten, wenn es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar wäre, daß der Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung unter Mißachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten des Schuldners ausnutzt (st. Rspr.: BGH, Urteil vom 9. Februar 1999 - VI ZR 9/98, NJW 1999, 1257 = WM 1999, 919, unter II B 1; Urteil vom 30. Juni 1998 - VI ZR 160/97, WM 1998, 1950 = NJW 1998, 2818, unter II 1; BGHZ 112, 54, 58 f.; 103, 44, 46 f.; 101, 380, 383 ff.).

a) Das kann der Fall sein, wenn der Gläubiger das Mahnverfahren bewußt mißbraucht, um für einen ihm nicht zustehenden Anspruch einen Vollstreckungstitel zu erlangen (Urteil vom 9. Februar 1999, aaO, unter II B 2 b aa; Urteil vom 30. Juni 1998, aaO, unter II 2 b aa). Der festgestellte Sachverhalt rechtfertigt jedoch den vom Amtsgericht angenommenen bewußten Mißbrauch des Mahnverfahrens durch die Beklagte nicht. Das Amtsgericht folgert diesen aus dem Umstand, daß die Beklagte, wie diese hätte erkennen müssen, bei Wahl des Klageverfahrens mit ihrem Anspruch schon deshalb gescheitert wäre, weil die gerichtliche Schlüssigkeitsprüfung die Sittenwidrigkeit der zugrunde liegenden Bestellungen offenbart hätte. Diese Annahme trifft, wie die Revision zu Recht rügt, nicht zu, so daß offenbleiben kann, ob sie den Schluß auf einen bewußten Mißbrauch des Mahnverfahrens rechtfertigen könnte.

Die Beklagte hätte zur Begründung einer Klageforderung lediglich vortragen müssen, daß und mit welchem Inhalt zwischen den Zedentinnen und der Klägerin Kaufverträge geschlossen worden sind. Der Inhalt dieser Verträge ist nach den tatrichterlichen Feststellungen für sich genommen nicht zu beanstanden; dies gilt erst recht für die Schuldanerkenntnisse. Die sittenwidrigen Geschäftspraktiken der Zedentinnen, die zu den Bestellungen der Klägerin geführt haben, sind allein aufgrund der geschlossenen Verträge nicht zu erkennen; daß sie den Bestellscheinen zu entnehmen gewesen wären, hat die Klägerin nicht behauptet. Auch daß die Geschäftspraktiken - etwa aufgrund der vom Amtsgericht angeführten Kampagne der Verbraucherzentrale Mecklenburg-Vorpommern - offenkundig im Sinne von §

291 ZPO gewesen wären, ist nicht festgestellt und auch nicht dargetan. Der Anspruch der Beklagten hätte deshalb einer Schlüssigkeitsprüfung, wie sie für den Erlaß eines Versäumnisurteils nach § 331 ZPO geboten ist, stand gehalten.

Andere Anhaltspunkte für einen bewußten Mißbrauch des Mahnverfahrens durch die Beklagte sind nicht ersichtlich. Sie hat - wie die Revision zu Recht geltend macht - in den Tatsacheninstanzen stets bestritten, die Umstände, die dem Sittenwidrigkeitsurteil bezüglich der Forderungen der Zedentinnen zugrunde liegen, bereits bei Beantragung der Mahn- und Vollstreckungsbescheide gekannt zu haben, und hat vorgetragen, sie sei mit den Unternehmen A. GmbH und L. - Versand weder persönlich verbunden noch wirtschaftlich an diesen beteiligt; vielmehr betreibe sie reines Forderungsfactoring, indem sie von diversen Versandhäusern und Verlagen fällige, unbestrittene und kaufmännisch angemahnte Forderungen erwerbe, ohne dabei Kenntnis davon zu erlangen, in welcher Weise die zugrundeliegenden Verträge im Einzelfall beworben würden. Dem ist die Klägerin, die die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 826 BGB trägt (Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl., vor § 322 Rdnr. 74), nicht mit einem unter Beweis gestellten abweichenden Sachvortrag entgegen getreten; entsprechendes wird auch von der Revisionserwiderung nicht aufgezeigt.

b) Der Fall weist auch keine sonstigen Merkmale typisch sittenwidriger Fallgestaltungen auf, wie sie in der Rechtsprechung etwa bei der Fallgruppe der Ausnutzung des Mahnverfahrens im Rahmen von Ratenkreditverträgen mit unerfahrenen Darlehensnehmern herausgearbeitet worden sind. Grundvoraussetzungen für eine Durchbrechung der Rechtskraft ist in diesen Fällen, daß der Gläubiger einen Vollstreckungsbescheid für eine - auch aus seiner Sicht - erkennbar unschlüssige Forderung erwirkt hat (BGH, Urteil vom 9. Februar 1999, aaO, unter II B 2 b bb (a); Urteil vom 4. Mai 1993 - XI ZR 9/93, WM 1993, 1324 = NJW-RR 1993, 1013, unter II 3 a). Schon daran fehlt es hier, wie hinsichtlich der Hauptforderung oben bereits ausgeführt.

Ob auch die von der Beklagten im Mahnverfahren geltend gemachten, die geringen Hauptforderungen der Höhe nach um ein Vielfaches übersteigenden Ansprüche auf Inkasso- und Rechtsverfolgungskosten einer Schlüssigkeitsprüfung stand gehalten hätten, kann dahinstehen. Denn die Erstattungsfähigkeit von Mahn- und Inkassokosten ist in Rechtsprechung und Schrifttum stark umstritten. Insbesondere ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe der Schuldner für Kosten einzustehen hat, die wie hier durch die Einschaltung eines Inkassobüros entstanden sind, ist bisher nicht abschließend geklärt (vgl. Seitz in Inkasso-Handbuch, 3. Aufl., Rdnr. 639 ff.; Münch-Komm/Thode, BGB, 4. Aufl., § 286 Rdnr. 22; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 286 Rdnr. 49; Staudinger/Löwisch, BGB (2004), § 286 Rdnr. 216 ff., jeweils m.w.Nachw.). Der Senat hat in einer Entscheidung vom 24. Mai 1967 (VIII ZR 278/64, unter II) die einem Gläubiger durch den Auftrag zur Einziehung einer Forderung bei einem Inkassobüro entstandenen Kosten als möglichen Verzugschaden angesehen, der grundsätzlich gemäß § 286 BGB zu ersetzen ist, und lediglich unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht des Gläubigers nach § 254 Abs. 2 BGB die Frage aufgeworfen, ob der Gläubiger eine Erfolglosigkeit der Bemühungen des Inkassobüros voraussehen konnte. Vor diesem Hintergrund wäre die Annahme, die Beklagte hätte bei ihren Anträgen auf Erlaß der Vollstreckungsbescheide jedenfalls erkennen können und müssen, daß ihre Ansprüche auf Mahn- und Inkassokosten zumindest teilweise schon in einer Schlüssigkeitsprüfung scheitern würden, selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn dies tatsächlich der Fall ist.

Der Beklagten kann deshalb auch nicht als ein besonderer, ihr Vorgehen bei der Durchsetzung ihrer Gesamtforderungen als sittenwidrig prägender Umstand vorgeworfen werden, sie habe eine etwaige gerichtliche Sachprüfung, sei es hinsichtlich der Hauptforderungen, sei es hinsichtlich Mahn- und Inkassokosten von vornherein dadurch umgangen, daß sie die Klägerin Schuldanerkenntnisse habe unterzeichnen lassen und ihre Anträge auf Erlaß der Mahn- und Vollstreckungsbescheide auf diese Schuldanerkenntnisse gestützt habe.

c) Nach alledem fehlt es - selbst wenn man von einem besonderen Schutzbedürfnis der Klägerin als einer geschäftlich und wirtschaftlich unerfahrenen Person ausgeht, die nach den tatrichterlichen Feststellungen mit der Vielzahl der von der Beklagten veranlaßten Mahnungen, Anerkenntnisse, Teilzahlungsabreden und schließlich Mahn- und Vollstreckungsbescheide in der Abwicklung, wenn auch möglicherweise nicht in finanzieller Hinsicht, überfordert war - auf seiten der Beklagten, die lediglich Zessionarin der geltend gemachten Forderungen aus den sittenwidrigen Kaufverträgen ist, an den erforderlichen - nachweisbaren - besonderen Umständen, die es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechthin unvereinbar erscheinen ließen, daß sie als Titelgläubigerin ihre formelle Rechtsstellung unter Mißachtung der materiellen Rechtslage zu Lasten der Klägerin ausnutzt. Die Rechtssicherheit gebietet es, eine Durchbrechung der Rechtskraft auch bei einem unrichtigen Titel - wie ausgeführt - nur in besonders schwerwiegenden, eng begrenzten Ausnahmefällen zuzulassen. Die von den Vorinstanzen festgestellten Umstände bei der Durchsetzung der Forderungen durch die Beklagte reichen dafür ihrer Art und ihrer Bedeutung nach nicht aus.

III. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Der auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus den Vollstreckungsbescheiden und auf Herausgabe der Titel gerichtete Hauptantrag der Beklagten ist nach dem oben (unter II) Ausgeführten als unbegründet abzuweisen.

Unbegründet und mithin abzuweisen ist auch der Hilfsantrag der Klägerin, die Vollstreckung aus den Vollstreckungsbescheiden für unzulässig zu erklären. Die Klägerin hat die damit erhobene Vollstreckungsabwehrklage aus § 767 ZPO auf ein von der Beklagten im November 2002 abgegebenes Gewinnversprechen über 6500 € gestützt, das gemäß § 661a BGB einen Leistungsanspruch der Klägerin begründet habe, mit dem sie die Aufrechnung gegenüber den mit den Vollstreckungsbescheiden titulierten Forderungen erklärt hat. Diese Aufrechnung ist unzulässig.

Denn der Vortrag der Klägerin zu einem Gewinnversprechen der Beklagten ist un schlüssig. Sie hat zur Begründung ein Schreiben von November 2002 vorgelegt, das nicht die Beklagte, sondern das Unternehmen A. Versand als Absender der Gewinnzusage ausweist. Nur diesem gegenüber kann sie deshalb nach § 661a BGB einen Zahlungsanspruch erworben haben; Absender einer Gewinnzusage im Sinne des § 661a BGB ist derjenige Unternehmer, den ein durchschnittlicher Verbraucher in der Lage des Empfängers einer Gewinnzusage als Versprechenden ansieht (BGH, Urteil vom 7. Oktober 2004 - III ZR 158/04, NJW 2004, 3555, unter II 2 a). Für eine Aufrechnung fehlt es daher an der gemäß § 387 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit der aufgerechneten Forderungen. Die Klägerin kann mit einem erst im November 2002 gegenüber dem Unternehmen A. begründeten Anspruch aus § 661a BGB auch nicht gemäß § 406 BGB gegenüber der Beklagten aufrechnen, weil sie bei Erwerb des Anspruchs bereits wußte, daß das Unternehmen A. die Gegenforderungen an die Beklagte abgetreten hatte.

Leitsatz:

- a) Zur Auslegung eines Auftrags zur Partnervermittlung "für einen Freizeitkontakt" als Partnerschaftsvermittlungsdienstvertrag.
- b) § 656 BGB ist auf Partnerschaftsvermittlungsdienstverträge entsprechend anzuwenden (Fortführung von BGHZ 112, 122).
- c) § 656 BGB führt zur sachlichen Abweisung der auf Zahlung der vereinbarten Vergütung gerichteten Klage, nicht zur Abweisung als unzulässig.

Sachverhalt:

Der Kläger unterschrieb am 21. September 1998 einen Formularvertrag ("Auftragserteilung") der Beklagten, in dem es heißt:

"Ich beauftrage hiermit die Freizeitvermittlung N. , für mich einen Partner/eine Partnerin aus einem bestehenden Kundenpool von mehreren tausend Interessenten zu ermitteln und mir für einen Freizeitkontakt die Adresse zu übersenden.

Grundlage für die Erarbeitung des jeweiligen Vorschlages sind meine Angaben, welche auf dem Persönlichkeitsprofil durch den beauftragten Mitarbeiter der Freizeitvermittlung N. korrekt dokumentiert und von mir dort unterschriftlich bestätigt worden sind.

Der Vermittlungszeitraum, in welchem die oben genannte Leistung erbracht wird, beträgt 6 Monate."

Als Vergütung wurden insgesamt 3.600 DM eingesetzt, die "gemäß Abbuchungsauftrag" zahlbar sein sollten. Die Parteien vereinbarten zugleich einen Zahlungsplan, wonach die 3.600 DM in monatlichen Raten von 100 DM, beginnend ab 1. Oktober 1998, zu tilgen waren.

Der Beklagte zahlte bis zum 1. Oktober 1999 insgesamt 1.300 DM. Die nachfolgenden Abbuchungen der Klägerin für November, Dezember 1999 und Januar 2000 machte er rückgängig. Mit Schreiben vom 9. Januar 2001 kündigte die Klägerin die Teilzahlungsvereinbarung mit sofortiger Wirkung und stellte die Restzahlung zum 31. Januar 2001 fällig. Das Amtsgericht hat der auf Zahlung von 2.300 DM nebst Zinsen und Ersatz von Rückbuchungskosten in Höhe von 100 DM (4 x 25 DM unter Einschluß einer weiteren vom Beklagten rückgängig gemachten Abbuchung im Oktober 1998) gerichteten Klage gegen den Beklagten - unter Aufrechterhaltung eines zunächst ergangenen Versäumnisurteils - stattgegeben. Das Landgericht hat auf die Berufung des Beklagten diese Entscheidung in Höhe von 38,35 € (75 DM Rückbuchungskosten) bestätigt, im übrigen jedoch die Klage - hinsichtlich der Hauptforderung als unzulässig - abgewiesen. Mit der hiergegen gerichteten, vom Berufungsgericht zugelassenen, Revision erstrebt die Klägerin die vollständige Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, auf den vorliegenden Vertrag sei im Anschluß an die höchstrichterliche Rechtsprechung (Hinweis auf BGHZ 112, 122) § 656 BGB analog anwendbar, der Anspruch der Klägerin auf restliche Vergütung sei danach nicht einklagbar.

Es qualifiziert das hier zustande gekommene Vertragsverhältnis mit folgender Begründung als "Partnervermittlungs- oder auch Partnerschaftsanbahnungsvertrag": Die nach dem Vertragstext vereinbarte Leistung der Interessen(ten)ermittlung und Adressenübersendung "für einen Freizeitkontakt" sei hinsichtlich der zu erbringenden Leistungspflicht so allgemein gehalten und unbestimmt, daß es zur Bestimmung der geschuldeten Leistung einer Auslegung bedürfe. Unter Freizeitkontakt könne sowohl im engen Sinne eine konkret bestimmte und darauf begrenzte gemeinsame Freizeitaktivität als auch allgemein das gemeinsame Verbringen von Freizeit überhaupt in einer höchstpersönlichen Beziehung verstanden werden. Während im zuerst genannten Fall als Ziel eine dauerhafte Lebenspartnerschaft überhaupt keine Rolle spiele und sich, wie bei Begegnungen überhaupt, eine Partnerschaft nur zufällig ergeben könnte, beinhalte das Vermitteln von Freizeitkontakt im allgemeinen Sinne die Suche eines Partners für das gemeinsame Verbringen von Freizeit überhaupt, und zwar in einer höchstpersönlichen, tendenziell dauerhaft angelegten Beziehung, mithin die Suche eines Lebenspartners; letzterenfalls handele es sich ungeachtet der vertraglichen Bezeichnung der Leistung um eine Partnerschaftsvermittlung.

Welcher Art Freizeitkontakt hier vermittelt werden sollte, werde damit maßgeblich von den bei Vertragsschluß zutage getretenen Vorstellungen der Parteien bestimmt. Vorliegend sei davon auszugehen, daß, wie vom Beklagten behauptet, die von der Klägerin zu erbringende Leistung von der Vorstellung des Beklagten bestimmt worden sei, es werde ihm eine Frau namens "Ines" - die in der Rubrik "Herzblatt" einer Zeitung vom 30. August 1998 unter anderem unter Angabe

der Telefonnummer einer Filiale der Klägerin annonciert hatte - vermittelt. Daß die Klägerin dies bestreite, sei unbeachtlich. Unstreitig sei dem Zusammentreffen der Parteien anläßlich der Vertragsanbahnung ein Telefonanruf des Beklagten vorausgegangen. Während der Beklagte unter Vorlage der Zeitungsannonce vorgetragen habe, Anlaß und Inhalt des Telefonats sei die Annonce der "Ines" gewesen, habe die Klägerin einen anderen Anlaß und Inhalt des Telefongesprächs nicht entgegnet. Es sei auch nicht ersichtlich, daß bei Vertragsschluß ausdrücklich vom Gesprächsanlaß der Suche des Beklagten nach einer "Ines" und dem Gesprächsinhalt der Suche nach einer Lebenspartnerin abgegangen worden sei. Das bloße Bestreiten der Klägerin sei daher unsubstantiiert und unbeachtlich. Der eigene Vortrag der Klägerin, wonach bei Vertragsschluß besprochen worden sei, der Beklagte wolle jemanden "zum mal gemütlich gut essen gehen" bzw. jemanden, der wie er Interesse an Sport und Wandern habe, deute darauf hin, daß es dem Beklagten einzig um Partnersuche - diese nicht auf konkret eingegrenzte Freizeitaktivität beschränkt, sondern auf höchstpersönliche, dauerhafte Lebensbeziehung gerichtet - gegangen sei. Dafür, daß auch die Klägerin ihre Aufgabe in diesem Sinne verstanden habe, spreche, daß die Klägerin dem Beklagten ausschließlich Interessenten weiblichen Geschlechts zugeführt habe.

2. Diese Auslegung wird von der Revision ohne Erfolg als rechtsfehlerhaft angegriffen.

a) Zu Unrecht meint die Revision, der Begriff "Freizeitkontakt" sei im vorliegenden Zusammenhang ausschließlich "im eigentlichen Sinne", nämlich begrenzt auf "gemeinsame Freizeit" zu verstehen und insoweit eindeutig und nicht auslegungsfähig. Schon die hierzu angestellten Erwägungen des Berufungsgerichts widerlegen dies und machen deutlich, daß es auch und gerade bei Verträgen der hier in Rede stehenden Art entscheidend darauf ankommt, den wirklichen Willen der Parteien zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§§ 133, 157 BGB). Daran führt auch nicht der Hinweis der Revision vorbei, daß es sich hier um einen (von der Klägerin gestellten) Formularvertrag gehandelt hat. Im übrigen liegt schon dann, wenn man nur den Inhalt des Vordrucks für sich nimmt, nach dessen Gesamtbild das Verständnis nahe, daß das Ziel des Vertrages die Vermittlung eines Partners nicht nur im Sinne einer gemeinsamen Teilnahme an bestimmten Freizeitunternehmungen, sondern im Sinne einer allgemeinen (Lebens-)Partnerschaft war.

b) Soweit das Berufungsgericht bei seiner Auslegung darauf abstellt, daß vor Vertragsschluß die Vorstellung des Beklagten zur Kontaktaufnahme mit einer "Ines" zutage getreten sei, rügt die Revision, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO entscheidungserheblichen Sachverhalt außer acht gelassen bzw. diesem eine nicht zutreffende Bedeutung beigemessen.

Diese Rüge ist unbegründet.

aa) Das Berufungsgericht durfte das Bestreiten der Behauptung des Beklagten, daß Anlaß und Inhalt des zur Vertragsanbahnung führenden Telefonats die Zeitungsannonce der "Ines" gewesen sei, als unsubstantiiert (unbeachtlich; vgl. Zöller/Greger ZPO 24. Aufl. § 138 Rn. 8a) im Hinblick darauf ansehen, daß die Klägerin konkrete Tatsachen über einen anderen Anlaß des Telefongesprächs nicht vorgetragen hat. Das von der Revision in Bezug genommene Vorbringen der Klägerin in den Tatsacheninstanzen - unter anderem habe die Klägerin darauf hingewiesen, daß ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem behaupteten Telefonat und dem Vertragsschluß nicht vorliege; außerdem habe die Klägerin vorgetragen, in dem Telefonat, das kurz vor dem 21. September 1998 geführt worden sei, sei dem Beklagten "die Leistung der Klägerin ... vorgestellt worden" - verhält sich weder zu dem Grund, den der Beklagte in dem Telefonat für seinen Anruf bei der Klägerin angab, noch dazu, über welche konkreten Leistungen der Klägerin bei diesem Telefongespräch, durch das der Vertragsschluß angebahnt wurde, gesprochen wurde.

bb) Die von der Revision hervorgehobene Behauptung der Klägerin, bei Vertragsschluß sei von der "Ines" keine Rede gewesen, hat - wie die Revision selbst nicht verkennt - das Berufungsgericht nicht übersehen. Diese Behauptung ließ die Feststellung des Berufungsgerichts unberührt, daß bei dem Vertragsschluß von dem ursprünglichen Gesprächsanlaß und Gesprächsinhalt, der Suche des Beklagten nach einer "Ines", nicht "abgegangen", also nicht ausdrücklich Abstand genommen wurde. Es bleiben also die Schlußfolgerungen, die der Tatrichter hieraus gezogen hat und ziehen durfte, unangetastet.

Das Berufungsgericht hat entgegen der Revision auch nicht den Vortrag der Klägerin übersehen, der Beklagte habe bei Vertragsschluß angegeben, daß er zum gemeinsamen Erleben seiner Freizeitinteressen einen Kontakt suche; er suche jemanden, der wie er Interesse an Sport und Wandern habe; insbesondere hierfür wünsche er einen Freizeitkontakt. Dieses Vorbringen hat das Berufungsgericht ausdrücklich in seine Würdigung mit einbezogen. Soweit die Revision meint, bei Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin könne nicht von einem Partnervermittlungsvertrag ausgegangen werden, versucht sie nur in unzulässiger Weise ihre eigene Auslegung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen.

3. Auf der Grundlage seiner Vertragsauslegung hat das Berufungsgericht die auf Zahlung der restlichen Vergütung gerichtete Klage mit Recht abgewiesen. Auf den festgestellten Partnervermittlungsvertrag (richtiger: Partnerschaftsvermittlungsdienstvertrag; vgl. zur Rechtsnatur BGHZ 106, 341, 343 ff; 112, 122, 123) ist § 656 Abs. 1 Satz 1 BGB analog anwendbar, der für den Ehemaklervertrag - wie auch sinngemäß für den Eheanbahnungsdienstvertrag (vgl. BGHZ 87, 309, 313; BGH, Urteil vom 9. Mai 1984 - IVa ZR 113/82 - NJW 1984,

2407; BGHZ 112, 122, 125 ff) - die Klagbarkeit des Vergütungsanspruchs ausschließt (BGHZ 87, 309, 314 f). a) Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die entsprechende Anwendung des § 656 BGB auf Partnerschaftsvermittlungsdienstverträge in seinem Urteil vom 11. Juli 1990 mit eingehender Begründung bejaht (IV ZR 160/89 - BGHZ 112, 122 = NJW 1990, 2550 m. Anm. Börstinghaus und Anm. Peters = JZ 1991, 95 m. Anm. Vollkommer/Grün = FamRZ 1990, 1211 m. Anm. Beckmann = EWiR 1990, 879 m. Anm. Gilles). Er hat den Standpunkt vertreten, es bestehe kein Anlaß, § 656 BGB von Sinn und Zweck her als obsolet zu betrachten; im Einklang damit behandelten das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 20, 31) und der Bundesgerichtshof (BGHZ 25, 124; 87, 309; 106, 341) die Vorschrift als nach wie vor geltendes Recht. Wie bei der Ehevermittlung und Eheanbahnung bestehe auch bei der Partnerschaftsvermittlung ein schützenswertes Diskretionsbedürfnis des Kunden. Ehe- und Partnerschaftsvermittlung ließen sich dabei praktisch nicht trennen; ob eine Bekanntschaft, die von einem Heiratsvermittlungsinstitut oder einer Partnerschaftsvermittlung vermittelt wird, zur Ehe oder zu einer außerehelichen Partnerschaft führe, hänge von Umständen ab, die sich bei Beginn der Tätigkeit des Vermittlers nicht übersehen ließen. Wenn Verträge, die die Anbahnung von außerehelichen Partnerschaften zum Gegenstand haben, klagbar wären, dann wäre die Umgehung des § 656 BGB, die dessen Absatz 2 gerade weitgehend eindämmen wolle, auf einfache Weise möglich.

Diese Entscheidung hat in der Fachliteratur überwiegend Zustimmung (Beckmann aaO; Börstinghaus aaO; Staudinger/Reuter BGB [März 2003] § 656 Rn. 7; MünchKomm-BGB/Roth 3. Aufl. § 656 Rn. 20; Kotzian-Marggraf in Bamberger/Roth BGB § 656 Rn. 5; Jauernig BGB 10. Aufl. § 656 Rn. 3; Palandt/Sprau BGB 63. Aufl. § 656 Rn. 1a, 9; Soergel/Lorentz BGB [Stand: Frühjahr 1999] § 656 Rn. 13; Schwerdtner Maklerrecht 4. Aufl. Rn. 1026 f; Compensis/Reiserer BB 1991, 2457, 2461), aber auch Ablehnung (Peters aaO; Vollkommer/Grün aaO; Gilles aaO) erfahren.

b) Der erkennende Senat, der seit 1995 für Rechtsstreitigkeiten über die Vertragsverhältnisse der Makler (§§ 652 ff BGB) zuständig ist, hält an dieser Rechtsprechung, die er auch dem Senatsurteil vom 5. November 1998 über die Wirksamkeit einer vorformulierten Laufzeitverlängerungsklausel zugrunde gelegt hat (III ZR 226/97 - NJW 1999, 276, 277), fest. Die Kritik, die in erster Linie daran anknüpft, daß sich die Beurteilung der Ehe- und Partnerschaftsvermittlung in der Gesellschaft erheblich verändert habe und die ursprünglich behauptete sittliche Anstößigkeit der entgeltlichen gewerblichen Ehevermittlung überholt sei (vgl. BGHZ 87, 309, 315 f) – wodurch allerdings nicht alle Vorbehalte entfallen sind, derentwegen der Gesetzgeber die Ehevermittlung als unerwünscht behandelt hat (vgl. BGHZ 112, 122, 125) –, richtet sich im Kern gegen die Weitergeltung des § 656 BGB selbst (vgl. etwa Peters aaO S. 2553: "§ 656 BGB ist schon lange obsolet ..."). Daß aber § 656 BGB nach wie vor geltendes Recht ist, entspricht ständiger Rechtsprechung (BGHZ 25, 124; 87, 309; 106, 341; 112, 122, 125; BVerfGE 20, 31). Eine Reform des Gesetzes in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts ist gescheitert (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung aus dem Jahre 1984; BT-Drucks. 10/1014, S. 1, 6). Damit gehen aber auch die Einwände gegen eine analoge Anwendung des § 656 BGB im Blick darauf, daß sich Ehe- und Partnerschaftsvermittlung praktisch nicht trennen lassen (BGHZ 112, 122, 126), fehl. Das in dieser Entscheidung hervorgehobene schützenswerte Diskretionsbedürfnis des Kunden besteht bei der Partnerschaftsvermittlung nicht anders als bei der Ehevermittlung und Eheanbahnung. Ob die Vorschrift des § 656 BGB - einschließlich ihrer Ausweitung auf Eheanbahnungsverträge und (analog) auf Partnerschaftsvermittlungsdienstverträge - (noch) zum Schutze der Intimsphäre der Beteiligten unverzichtbar und insoweit in jeder Hinsicht "stringent" (vgl. Kotzian-Marggraf aaO Rn. 5) und interessengerecht ist (vgl. etwa Peters aaO S. 2553; Vollkommer/Grün aaO S. 97; Beckmann aaO S. 1214), hat hier keine entscheidende Bedeutung. Darüber zu befinden, ist Sache des Gesetzgebers, der in seine Überlegungen auch miteinzubeziehen hätte, daß der Vorschrift heute auch die Aufgabe zugeschrieben wird, die Kunden von Ehevermittlern - bzw. von Eheanbahnern und Partnerschaftsvermittlern, die diese praktisch verdrängt haben - vor den Folgen eines übereilten Vertragsschlusses zu schützen (vgl. MünchKomm/Roth aaO Rn. 3; Hk-BGB/Ebert 3. Aufl. § 656 Rn. 1).

c) Damit bleibt auch das Vorbringen der Revision erfolglos, die die dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Überprüfung stellt. Insoweit führt weder der Hinweis darauf, daß seit der Entscheidung BGHZ 112, 122 fast 13 Jahre vergangen sind, zu einer anderen Beurteilung, noch der von der Revision hervorgehobene Umstand, daß das Leben in der heutigen Zeit in einem Maße kommerzialisiert werde, wie es für den historischen Gesetzgeber kaum habe vorhersehbar sein können, daß sich die damalige Gesellschaft zur heutigen Medien- und Dienstleistungsgesellschaft gewandelt habe und daß immer mehr Dinge des täglichen Lebens immer weiter kommerzialisiert würden.

aa) Entgegen der von einzelnen Instanzgerichten, die die Revision zitiert, geäußerten Ansicht kann für eine Rechtsprechungsänderung - etwa auch in dem Sinne, daß die Vorschrift des § 656 BGB nur noch eng, d.h. dem Wortlaut entsprechend, auszulegen sei - nichts aus der Reform des Schuldrechts hergeleitet werden. Die Überlegung der Gesetzgeber habe dadurch, daß er im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der derzeitigen Entwicklung auf dem Markt der Partnersuche die Vorschrift vollends unverändert gelassen habe, zu erkennen gegeben, daß die reine Partnerschaftsvermittlung nicht mehr dem Anwendungsbereich des § 656 BGB unterfallen solle (AG Gardelegen FamRZ 2002, 1626), ist nicht schlüssig. Wenn der

Gesetzgeber § 656 BGB unangetastet gelassen hat, so kann daraus allenfalls hergeleitet werden, daß der Gesetzgeber an dieser Vorschrift insgesamt - in der Form, wie sie in der Rechtspraxis, insbesondere in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, gehandhabt wird – festhalten wollte.

bb) Ebensovienig läßt sich für den hier in Rede stehenden Fragenkreis etwas aus dem Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3983) herleiten. Daraus, daß dieses Gesetz einen klagbaren Anspruch auf ein vorher vereinbartes Entgelt für sexuelle Handlungen vorsieht, was gegebenenfalls den in Anspruch genommenen "Freier" in peinliche Situationen vor Gericht bringen könnte (zur praktischen Wirksamkeit dieser Regelung vgl. allerdings Palandt/Heinrichs aaO Anhang zu § 138 Rn. 1), läßt sich nicht ohne weiteres schließen, daß auch das Diskretionsbedürfnis des Kunden von Ehe- und Partnerschaftsvermittlern und -anbahnern, dem § 656 BGB nach dem heutigen Verständnis dient, nicht mehr schützenswert ist.

4. Die mangelnde "Klagbarkeit" der Forderung nach bzw. analog § 656 Abs. 1 Satz 1 BGB führt richtigerweise zur Abweisung der Klage als unbegründet, nicht als unzulässig; denn es liegt schon ein materiellrechtliches Hindernis, den Anspruch geltend zu machen, vor (Musielak/Foerste ZPO 3. Aufl. vor § 253 Rn. 6; Zöller/Greger ZPO 24. Aufl. vor § 253 Rn. 19; Wagner Prozeßverträge [1998] S. 394 f, 413 ff m.w.N.; Stech ZP 77, 161, 170 ff; Münch-Komm/Roth aaO § 656 Rn. 1; a.A. Staudinger/Reuter aaO Rn. 12 m.w.N.). Der Senat hat dies im Tenor klargestellt (vgl. Senatsurteil vom 2. März 2000 - III ZR 65/99 - NJW 2000, 1645, 1647).

III. Die Revision ist auch unbegründet, soweit das Berufungsgericht der Klägerin einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung bezüglich der letzten Rückbuchung im Ergebnis wegen Mitverschuldens der Klägerin (Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB) versagt hat. Das Landgericht lastet der Klägerin an, nachdem sie mit zwei fälligen Abbuchungen hintereinander gescheitert war, hätte sie auf den Erfolg weiterer Abbuchungsmaßnahmen nicht mehr vertrauen können. Die betreffende Würdigung liegt im wesentlichen im Bereich des Tatrichters. Sie ist rechtsfehlerfrei und deshalb im Revisionsverfahren hinzunehmen.