
Datum: 15.01.1992
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 26. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 26 U 65/91
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1992:0115.26U65.91.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 9 O 206/90

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 13.02.1991 verkündete Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Zinssatz 4 % beträgt; die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsmittels werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 100.000,-- DM abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor in gleicher Höhe Sicherheit leistet. Die Klägerin kann die Sicherheit durch eine selbstschuldnerische, unbedingte und unbefristete Bürgschaft einer in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Großbank, einer inländischen, von einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband errichteten Sparkasse oder der Westdeutschen Landesbank - Girozentrale - erbringen.

Tatbestand:

1

2

Die Klägerin, eine Baubetreuungsgesellschaft, wurde am 22.12.1987 gegründet. Alleingesellschafter und Geschäftsführer ist Herr xxx. Die Klägerin schloß mit dem Beklagten am 22.12.1987 folgende Vereinbarung: Der Beklagte wurde mit Wirkung zum 01.01.1988 zum Handlungsbevollmächtigten der Gesellschaft ernannt. Sein Aufgabenbereich erstreckte sich auf die kaufmännische und wirtschaftliche Leitung und Führung der Gesellschaft. Dem Beklagten wurde Inkasso- sowie Bankvollmacht über das laufende Geschäftskonto erteilt. Als Vergütung seiner Tätigkeit sollte der Beklagte wahlweise ein festes Jahresgrundgehalt oder eine Erfolgsprovision erhalten. Über die Höhe sollte eine gesonderte Vereinbarung getroffen werden.

Wegen des weiteren Inhalts der Vereinbarung wird auf die Fotokopie, Band I Bl. 23 d.A., verwiesen. 3

Ab 01.01.1988 übte der Beklagte seine Geschäftstätigkeit für die Klägerin von einem Büro in xxx sowie einem solchen in xxx aus. Der Beklagte schloß insbesondere für die Klägerin Bauverträge ab. Die Einrichtung der Büros schaffte der Beklagte namens der Klägerin an. Diese übernahm bezüglich des Einfamilienhauses des Beklagten in xxx, in dem sich eines der Büros befand, Mietkosten in Höhe von 728,-- DM monatlich. Darüber hinaus stellte sie dem Beklagten ein geleastes Fahrzeug zur Verfügung. Zur Anschaffung dieses Fahrzeugs brachte der Beklagte sein bisher genutztes Privatfahrzeug mit einem Wert von 11.400,-- DM (Sonderzahlung) ein. Ab Mai 1989 bezog der Beklagte von der Klägerin ein Gehalt von 1.500,-- DM brutto monatlich. 4

Mit Schreiben vom 13.12.1989 (Kopie Bd. III Bl. U 12 f.d.A.) kündigte die Klägerin dem Beklagten den "Mitarbeitervertrag" fristlos. Sie stützte die fristlose Kündigung darauf, daß der Beklagte nach Auskunft des Steuerberaters einen Betrag von zumindest 76.000,-- DM von dem Konto der Klägerin abgeboben habe, ohne daß dafür ein Grund bestanden habe. Der genaue Umfang des Schadens werde noch festgestellt werden. Tätigkeiten für die Klägerin in der Folgezeit untersagte das Schreiben ausdrücklich. 5

Unter dem 14.12.1989 bestätigte der Beklagte, adressiert an den Geschäftsführer der Klägerin, den Inhalt eines am 13.12.1989 bei der Klägerin geführten Gesprächs. Ziffer 3) des Schreibens sieht die Vereinbarung einer Abschlußprovision von 3,42 % der Vertragshöhe für die Vermittlung eines Bauvertrages vor. In Ziffer 4) des Briefes wird ein Gesamtprovisionsanspruch von 120.024,90 DM bestätigt. Auf diesen wird ein in Anspruch genommenes Darlehen in Höhe von 45.795,57 DM, weiter das Mobiliar, die Büromaschinen sowie Bürokleinmaterial im Werte von insgesamt 26.000,-- DM verrechnet. Wegen des weiteren Inhalts des Schreibens wird auf die Kopie Bd. III Bl. 380, 381 d.A. Bezug genommen. Mit Brief vom 21.12.1989 (Kopie Bd. III Bl. 414 d.A.) widersprach die Klägerin dem Inhalt des Schreibens und führte aus, daß die bestätigten Vereinbarungen "so nicht stattgefunden" hätten. 6

Die Klägerin verlangt vom Beklagten mit dem Klageantrag zu 1) Herausgabe von im einzelnen aufgeführten Bürogegenständen. 7

Hinsichtlich des Zahlungsantrages, des Klageantrages zu 2) hat sie behauptet, der Beklagte habe unberechtigte Geldentnahmen von ihrem Konto getätigt und diese Mittel für gesellschaftsfremde Zwecke verwendet. Darüber hinaus habe er unberechtigt Aushilfen beschäftigt. Die Klägerin hat, gestützt auf eine ins einzelne gehende handschriftliche Aufstellung (Bd. I Bl. 40 bis 50 d.A.), einen Zahlungsanspruch in Höhe von 173.194,87 DM errechnet. In diesem Zusammenhang hat sie behauptet, über die bisher erfolgten Zahlungen des monatlichen Gehalts von 1.500,-- DM brutto, der Nutzung des von ihr geleasten 8

Fahrzeugs sowie der Mietzahlung stehe dem Beklagten ein weitergehender Anspruch nicht zu. Da die Klägerin bisher nur Verluste erzielt habe, könne auch die zwischen ihr und dem Beklagten unstreitig getroffene Abrede, nach Beendigung der Bauvorhaben den Gewinn zu teilen, nicht verwirklicht werden.

Die Klägerin hat beantragt,	9
1. an sie folgende Gegenstände herauszugeben:	10
1 Kugelschreiber, Anschaffungspreis 31,58 DM,	11
1 IBM-Computer AT 640 KB,	12
1 Zeichenmaschine Neolt,	13
1 GmbH-Handbuch,	14
5 Schilder rechtsweisend, 5 Schilder linksweisend,	15
1 Stempel mit der Aufschrift B. u. B. Baubetreuung GmbH,	16
1 WD-Controller für IBM-Computer,	17
20 Elba-Ordner,	18
1 Nachtrag zum GmbH-Handbuch mit Ordner,	19
1 Schreibunterlage,	20
Software zu dem IBM-Computer AT 640 KB,	21
1 Anrufbeantworter,	22
1 Radio,	23
1 Nachtrag 45 zum GmbH-Handbuch,	24
200 Briefbogensätze und 200 Kurzbriefe mit dem Aufdruck "xxx Baubetreuung GmbH",	25
1 Büroschrank,	26
1 Ledersessel "Domani" schwarz,	27
1 Drehsessel "Parma",	28
Software für IBM-Computer, wie oben Infodata 1 x 20 Mio HD inkl. Controller,	29
2 Sofas und 1 Sessel,	30
1 BTX-Gerät inkl. HB-Box,	31
1 Disk "Top-Finanz-Manager" (Software),	32
1 dazugehöriges Programm,	33
	34

1 Tonband,	
1 weiterer Nachtrag 47 zum GmbH-Handbuch,	35
2. an sie 173.194,87 DM nebst 10,5 % Zinsen seit dem 01.02.1990 zu zahlen.	36
Der Beklagte hat beantragt,	37
die Klage abzuweisen.	38
Der Beklagte hat teilweise eingeräumt, daß er Privatentnahmen getätigt habe. Bezüglich der übrigen Positionen hat er detailliert vorgetragen, er habe die Beträge nicht entnommen oder aber sie für Zwecke der Gesellschaft verwendet. Insbesondere sei es erforderlich gewesen, Aushilfskräfte - wie beispielsweise seine, des Beklagten, Ehefrau - zu beschäftigen und zu bezahlen. Der Beklagte hat weiter vorgetragen, daß seinen Privatentnahmen diese übersteigende Provisionsansprüche gegenüberständen. Nicht zutreffend sei, daß er lediglich ein Gehaltsfixum, keine Provision zugesprochen erhalten habe. Er habe sich zur Annahme eines Gehalts von 1.500,-- DM monatl. ab dem 15.05.1989 lediglich deshalb entschlossen, um die für eine Altersversorgung notwendigen Beitragsmonate zu erzielen.	39
Auch die Befugnis der Klägerin, Herausgabe der Büroeinrichtung zu verlangen, hat der Beklagte bestritten. Er hat sich darauf berufen, er habe die Büroeinrichtung von der Klägerin übernommen.	40
Das Landgericht Detmold hat den Beklagten verurteilt, die geforderten Sachen herauszugeben und 60.545,75 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen. Das Landgericht hat in Höhe von 95.945,75 DM einen Erstattungsanspruch der Klägerin, weil der Beklagte Gelder unberechtigt vom Konto abgehoben habe, aus §§ 667, 668 BGB hergeleitet. Mit diesem Anspruch hat das Landgericht Detmold in Höhe von 24.000,-- DM Gehaltsansprüche des Beklagten verrechnet. Es hat dabei zugrundegelegt, daß der Beklagte für den Zeitraum 01.01.1988 bis 30.04.1989 ein Bruttogehalt von 1.500,-- DM monatlich beanspruchen konnte. Darüber hinaus hat es in Höhe von 11.400,-- DM einen Darlehensrückzahlungsanspruch des Beklagten (Leasingsonderzahlung) abgezogen. Den Betrag von 24.000,-- DM übersteigende Provisions-/Gehaltsansprüche hat das Landgericht für nicht bewiesen erachtet.	41
Wegen der Urteilsgründe im einzelnen wird auf sie, Bd. II Bl. 289 bis 337, Bezug genommen.	42
Gegen dieses Urteil hat der Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt.	43
Mit dieser bestreitet er nicht den vom Landgericht errechneten Erstattungsanspruch. Gleichfalls hat er unstreitig gestellt, daß er das Schreiben der Klägerin vom 13.12.1989 erhalten habe.	44
Der Beklagte behauptet, in einer am 13.12.1989 getroffenen Einigung habe der Geschäftsführer der Klägerin ihm einen Provisionsanspruch in Höhe von 120.024,90 DM eingeräumt und ihm gegen Verrechnung in Höhe von 26.000,-- DM mit diesem Anspruch die Büroeinrichtung überlassen. Das Schreiben vom 14.12.1989, in dem er die Vereinbarung bestätige, stelle sich, so meint der Beklagte, als kaufmännisches Bestätigungsschreiben dar, an dessen Inhalt die Klägerin mangels rechtzeitigen Widerspruchs gebunden sei. Wegen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens, jedenfalls der Einigung vom 13.12.1989, stehe der Klägerin weder ein Zahlungs- noch ein Herausgabeanspruch zu, vielmehr habe er, der Beklagte, umgekehrt an die Klägerin Forderungen zu stellen. So verbleibe unter Zugrundelegung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens ein Saldo zu seinen Gunsten.	45

Hilfsweise stützt der Beklagte die Berufung darauf, daß der Einigung vom 13.12.1989 vorausgegangene Vereinbarungen der Parteien ihm weitergehende Vergütungsansprüche einräumen, als das Landgericht sie berücksichtigt habe. Das ergebe sich nicht nur aus dem Anstellungsvertrag vom 22.12.1987, sondern auch aus dem Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 15.12.1987 (Bd. I Bl. 24). Er könne deshalb eine Provision von 3,42 % beanspruchen, zumindest stehe ihm ein Gehaltsanspruch von monatlich 5.000,-- DM brutto zu. Unter Zugrundelegung solcher Ansprüche und ihrer Verrechnung mit dem Erstattungsanspruchs der Klägerin errechnet sich der Beklagte verbleibende Vergütungsansprüche in Höhe von 23.479,15 DM/ 23.454,25 DM. Auf seine Berechnung (Bd. III Bl. 376 d.A.) in der Berufungsbegründung wird Bezug genommen. Im übrigen stehe ihm aus der Vereinbarung, den Gewinn der Klägerin zu teilen, ein Zahlungsanspruch zu, den er gegenüber dem Erstattungsanspruch verrechne. Auf die Nichterfüllung dieses Anspruchs stützt der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Herausgabeanspruch der Klägerin.	46
Der Beklagte beantragt,	47
teilweise abändernd die Klage insgesamt abzuweisen.	48
Die Klägerin beantragt,	49
1. die gegnerische Berufung zurückzuweisen,	50
2. bei Anordnung einer Sicherheitsleistung ihr nachzulassen, diese durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Großbank, einer inländischen, von einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband errichteten Sparkasse oder der Westdeutschen Landesbank - Girozentrale - zu erbringen.	51
Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil, soweit der Beklagte verurteilt worden ist. Die von ihr angekündigte Anschlußberufung hat die Klägerin nicht eingelegt. Sie ist der Auffassung dem Schreiben des Beklagten vom 14.12.1989 am 21.12.1989 rechtzeitig widersprochen zu haben. Sie bestreitet, daß das Gespräch vom 13.12.1989 den Inhalt gehabt habe, den das Schreiben des Beklagten vom 14.12.1989 aufweise. Sie behauptet, auch aufgrund früherer Vereinbarungen stehe dem Beklagten ein höherer Gehaltsanspruch als vom Landgericht berücksichtigt oder ein Provisionsanspruch nicht zu. Schließlich trägt sie vor, in den Jahren 1988 und 1989 habe sie Verluste erlitten, so daß auch eine Gewinnteilung mit dem Beklagten ausscheide.	52
Der Senat hat die Parteien gemäß § 141 ZPO gehört und die Zeugen xxx, xxx und xxx über die in ihr Wissen gestellten Tatsachen vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstatteervermerk verwiesen.	53
Wegen des Vortrags der Parteien im einzelnen wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.	54
<u>Entscheidungsgründe:</u>	55
Die Berufung des Beklagten hat in der Hauptsache keinen Erfolg.	56
A.	57
<u>Zahlungsklage</u>	58
	59

Der Berufungsangriff des Beklagten richtet sich insoweit gegen das Urteil des Landgerichts, als dieses vom Beklagten gegen den Erstattungsanspruch der Klägerin zur Verrechnung gestellte Vergütungsansprüche nicht hinreichend berücksichtigt habe.

Grund und Höhe des vom Landgericht aus den §§ 667 ff. BGB hergeleiteten Erstattungsanspruchs, auf den das Landgericht die Verurteilung zur Zahlung stützt, zieht der Beklagte nicht in Zweifel, sondern stellt den Anspruch in seine Berechnung ein (vgl. Bl. 16 der Berufungsbegründung). Der Anspruch findet in der Tat seine Rechtfertigung in §§ 667, 675, 612 BGB, wobei es für das Merkmal "aus der Geschäftsbesorgung erlangt" ausreicht, daß der Beklagte mit seiner ihm im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages eingeräumten Bankvollmacht Gelder vom Konto der Klägerin abhob und zweckwidrig verwandte. Weiter leitet sich ein Anspruch aus der positiven Forderungsverletzung des Dienstvertrages mit Geschäftsbesorgungscharakter her, soweit der Beklagte Abhebungen vom Konto der Klägerin zu privaten Zwecken vertragswidrig getätigt hat. 60

Der Einstellungsvertrag vom 22.12.1987 räumt dem Beklagten mit der Übertragung der kaufmännischen und wirtschaftlichen Leitung und Führung der Gesellschaft eine geschäftsführerähnliche Position ein. Solche Verträge sind Dienstverträge, keine Arbeitsverhältnisse (Palandt-Putzo, BGB, 50. Aufl., Einführung vor § 611, Rdn. 23). 61

Die von der Klägerin angekündigte Anschlußberufung ist in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht erhoben worden, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt eine Prüfung der Höhe des Erstattungsanspruches nicht erforderlich ist. 62

Ein höherer Vergütungsanspruch als vom Landgericht berücksichtigt steht dem Beklagten nicht zu. 63

I. 64

Ein solcher leitet sich insbesondere nicht aus Rechtswirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens, dem nicht oder nicht rechtzeitig widersprochen wurde, her. 65

1. 66

Das Schreiben des Beklagten vom 14.12.1989, das eine Vereinbarung über einen Provisionsanspruch von 120.024,90 DM behauptet, ist kein wirksames kaufmännisches Bestätigungsschreiben. 67

Zwar treffen folgende Voraussetzungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens zu: Es bezieht sich auf eine - für den 13.12.1989 behauptete – Vereinbarung, daß Vertragsverhandlungen geführt wurden, - als Voraussetzung erforderlich, so BGH NJW 1974, 992 -, stellt die Klägerin, die im Schreiben vom 21.12.1989 ausführt, die Vereinbarungen hätten so nicht stattgefunden, nicht in 68

Abrede. Der Geschäftsführer der Klägerin hat in seiner Anhörung vor dem Senat (vgl. Berichterstattevermerk) eingeräumt, daß "von allen möglichen Dingen die Rede gewesen sei" (bloß Vereinbarungen nicht getroffen worden seien). 69

Das eindeutig gefaßte Schreiben vom 11.12.1989 diene der Festlegung einer Vereinbarung; es ist zwar an "Herrn xxx" adressiert, nimmt aber im "Betreff" Bezug auf Vereinbarungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Somit richtet es sich in der Sache an die Klägerin, die als Handelsgesellschaft (§ 13 Abs. 3 GmbHG) taugliche Empfängerin eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens ist (vgl. § 6 Abs. 1 HGB) und für die der 70

Geschäftsführer Vereinbarungen mit dem Beklagten treffen konnte.

Das Schreiben ist schließlich in unmittelbarem Zusammenhang mit der behaupteten Vereinbarung zugegangen: Die Verhandlungen fanden am 13.12.1989 statt; der im übrigen unbestrittene Zugang des Schreibens wird durch den vom Geschäftsführer der Klägerin unterzeichneten Einschreiberückschein für den 15.12.1989 dokumentiert. 71

Der Beklagte ist aber im Verhältnis zur Klägerin nicht tauglicher Absender eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Denn im Zeitpunkt der Abfassung des Schreibens war er ein Dienstverpflichteter der Klägerin, der, so seine unwiderlegten Angaben im Senatstermin (vgl. Berichterstattevermerk), ihr Kündigungsschreiben noch nicht erhalten hatte. 72

Daß der Beklagte mit der kaufmännischen Leitung und Führung der Klägerin beauftragt war, Handlungs-, Inkasso- und Bankvollmacht erteilt erhalten und mit der Klägerin die Abrede der Teilung von zukünftigen Gesellschaftsgewinnen getroffen hatte, ändert nichts daran, daß die Vereinbarung vom 22.12.1987 den Beklagten nicht an der Klägerin beteiligte, sondern ihm eine Anstellungsposition, in der er für die Klägerin tätig werden sollte, zuwies. 73

Auch der Inhalt der Bestätigung betrifft das Berufsverhältnis der Parteien. Denn sie gibt wieder, daß die Parteien den Vertrag vom 22.12.1987 einvernehmlich aufgelöst hätten, und schildert die zum Vollzug der Auflösung getroffene Abrechnung gegenseitiger Ansprüche. 74

Von ihren Dienstverpflichteten aber konnte und brauchte die Klägerin kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu erwarten (vgl. Hopt AoP 183, 692, 693). 75

Die weitgehenden Rechtsfolgen, welche die Rechtsprechung an das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben knüpft, gelten im Geschäftsverkehr vordringlich unter Kaufleuten. 76

Die Rechtsprechung hat den Kreis tauglicher Absender auch um Personen erweitert, die ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnehmen und erwarten können, daß ihnen gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird (BGHZ 40, 42: Grundstücksmakler; BGH NJW 1976, 1402: Rechtsanwalt als Verwalter des Nachlasses eines Kaufmanns). Bei einem außerhalb des kaufmännischen Lebens stehenden Privatmann hat sie dagegen die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht angewendet, selbst wenn dieser bei Verhandlungen mit einem Kaufmann (Versicherungsgesellschaft) von einem Rechtsanwalt vertreten wurde (BGH WM 1975, 831). 77

Grund dieser Differenzierung ist folgender: Die strengen Rechtswirkungen eines unwidersprochen gebliebenen Bestätigungsschreibens beruhen auf einem Handelsbrauch unter Kaufleuten (vgl. BGH WM 1975, 831). Das Wissen um einen solchen Handelsbrauch und das Bewußtsein seiner Verbindlichkeit kann bei beiderseitigen Handelsgeschäften unter Kaufleuten sowie (noch) bei Personen, die ähnlich einem Kaufmann am Geschäftsleben teilnehmen, vorausgesetzt werden. Bestätigt aber ein Dienstverpflichteter, mag er auch eine leitende Position haben, seiner Firma Vereinbarungen, so fehlen diese Voraussetzungen: Der Firma tritt kein Geschäftspartner aus einer Geschäftsbeziehung unter selbständig beruflich am Markt Tätigen entgegen, sondern ein außerhalb dieses Geschäftsbereichs in einem beruflichen Innenverhältnis der Klägerin verbundener Mitarbeiter. Erhielt die Klägerin vom Beklagten somit ein Abrechnungsvereinbarungen im Vertragsverhältnis bestätigendes Schreiben, so konnte bei ihr das Bewußtsein nicht vorausgesetzt werden, der Beklagte erwarte, daß ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren und gegebenenfalls 78

umgehend seinem Schreiben widersprochen werde. Dieses mußte auch dem Beklagten klar sein.

2. 79

Halte man entgegen der Auffassung des Senats die Voraussetzungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens für gegeben, dann hatte es in der Folgezeit Wirksamkeit erlangt: Den ihr obliegenden (vgl. BGH NJW1971, 991) Beweis, daß das Verhandlungsergebnis vom Bestätigungsschreiben bewußt unrichtig oder entstellt wiedergegeben werde, hat die Klägerin mit der Vernehmung der Zeugin xxx (vgl. Berichterstattevermerk) nicht geführt. Die Aussage der Zeugin ist für eine derartige Annahme nicht tragfähig genug: Die Zeugin gab zunächst an, nicht (mehr) zu wissen, worüber am 13.12.1989 geredet worden sei. Kurz darauf beteuerte sie, sicherlich sei nicht über eine Provision des Beklagten gesprochen worden. 80

Die Klägerin hat dem am 15.12.1989 zugegangenen Schreiben auch nicht rechtzeitig, sondern verspätet widersprochen: Sie faßte den Widerspruch erst am 21.12.1989, also nahezu eine Woche nach dem Zugang des Schreibens vom 14.12.1989, ab. Der Zugang vor Weihnachten ist im übrigen nicht einmal bewiesen. Die Erklärung des Beklagten, er habe erst nach Weihnachten das Schreiben erhalten (vgl. Berichterstattevermerk), ist nicht widerlegt. Der Widerspruch muß aber unverzüglich erfolgen, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in der Regel binnen ein bis zwei Tagen (vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O. § 148 Rdn. 17 m. w. N.). Das ist hier nicht geschehen. 81

II. 82

Der Senat geht jedoch, wie erwähnt, nicht vom Vorliegen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens aus. 83

Auch wenn somit die Rechtswirkungen eines Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nicht angenommen werden können, kann ein Schweigen auf die Willenserklärung eines anderen, wenn etwa aus Treu und Glauben eine Äußerungspflicht bestand, einem Einverständnis gleichgesetzt werden (Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 148 Anm. 1b, bb). 84

Aber auch diese Grundsätze können im vorliegenden Fall keine Anwendung finden: Die Klägerin hat ja nicht das Schreiben vom 14.12.1989 des Beklagten schweigend entgegengenommen, sondern seinem Inhalt mit Brief vom 21.12.1989 - insofern rechtzeitig und hinreichend - widersprochen. 85

III. 86

Greifen die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht ein, verbleibt dem Beklagten die Beweislast, daß am 13.12.1989 eine Vereinbarung des von ihm behaupteten Inhalts getroffen wurde. 87

Den ihm obliegenden Beweis hat der Beklagte nicht geführt. 88

Die Zeugin xxx, die als dritte Person mit dem Geschäftsführer der Klägerin am Gespräch mit dem Beklagten teilnahm, hat (vgl. Berichterstattevermerk) eine Provisionsvereinbarung nicht bestätigt (siehe aber I 2). Den Antrag auf Parteivernehmung des Geschäftsführers der Klägerin hat der Beklagte nicht aufrechterhalten. In der vom Senat vorgenommenen Anhörung hat Herr xxx die Behauptungen des Beklagten über den Gesprächsinhalt nicht bekräftigt, zwar Verhandlungen über "alle möglichen Dinge" bekundet, eine Vereinbarung 89

über eine Provisionszahlung jedoch geleugnet.

Für die Glaubhaftigkeit dieser Aussage spricht der Inhalt des Schreibens vom 13.12.1989 der Klägerin, das die fristlose Kündigung ausspricht und diese darauf stützt, der Beklagte habe nach Auskunft des Steuerberaters 76.000,-- DM ohne rechtfertigenden Grund vom Konto abgehoben. Mag dieses Schreiben im Zeitpunkt des Gespräches mit dem Beklagten diesem noch nicht zugegangen sein - wie der Beklagte unwiderlegt behauptet -, so spiegelt es doch die Auffassung der Klägerin wieder, daß der Beklagte ihr erheblichen Schaden zugefügt habe. Angesichts dieser Einschätzung der Klägerin - weshalb sich diese geändert haben sollte, hat der Beklagte nicht vorgetragen - erscheint es dem Senat nicht nachvollziehbar, daß sich ihr Geschäftsführer an dem Tage, an dem das Schreiben abgefaßt wurde, mit dem Beklagten darüber geeinigt habe "umgekehrt" ihm einen über die Forderung der Klägerin weit hinausgehenden Gegenanspruch zuzugestehen.

IV. 91

Auf dem Gespräch vom 13.12.1989 vorausgegangene Vereinbarungen kann der Beklagte einen höheren Vergütungsanspruch, als vom Landgericht berücksichtigt, oder einen (zusätzlichen) Provisionsanspruch nicht stützen. 92

Das Schreiben des Beklagten vom 15.12.1987, in dem er eine Provisionsforderung von 3,42 % der Kaufsumme für an die Klägerin vermittelte Objekte in Anspruch nimmt, ist nicht Grundlage des - später abgeschlossenen - Anstellungsvertrages geworden. 93

Der Anstellungsvertrag vom 22.12.1987 weist die Vereinbarung einer bestimmten Vergütung nicht aus. Er hält fest, daß der Beklagte wahlweise ein festes Jahresgrundgehalt oder eine Erfolgsprovision erhalten solle; über die Höhe werde eine gesonderte Vergütung getroffen. 94

Diese Vereinbarung verdeutlicht allein, daß der Beklagte (überhaupt) eine Vergütung für seine Tätigkeit erhalten sollte. Wie und in welchem Umfang dieser ausgestaltet sein sollte, blieb ungeregelt und einer späteren Vereinbarung überlassen. 95

Eine Vergütung überhaupt, nämlich in Höhe von 1.500,-- DM brutto monatlich, hat der Beklagte ab Mai 1989 bezogen; das Landgericht hat ihm für den Zeitraum vom 01.01.1988 bis April 1988, wie erwähnt, ein Gehalt in gleicher Höhe zuerkannt. 96

Daß die spätere Vereinbarung einer Zahlung von 1.500,-- DM monatlich nicht die von den Parteien im Anstellungsvertrag vorgesehene zukünftige Einigung ausschöpft, müßte der Beklagte beweisen. 97

Eine dem Anstellungsvertrag folgende Vereinbarung über die Zahlung einer 1.500,-- DM übersteigenden Vergütung oder eine Provision weisen jedoch weder Urkunden noch die Aussagen der in beiden Instanzen vernommenen Zeugen aus. 98

Der Zeuge xxx, der Steuerberater der Klägerin, hat in beiden Instanzen die vom Geschäftsführer der Klägerin und dem Beklagten bei den Bilanzbesprechungen geführten Gespräche geschildert. Auch wenn dabei "im Raum" gestanden hätte, daß der Beklagte zur Zahlung von 1.500,-- DM monatlich zusätzlich noch etwas erhalten sollte, so habe seinem Verständnis nach eine Einigung noch stattfinden müssen. Konkrete Zahlen habe der Beklagte auch nicht genannt. Genauso sei offen gewesen, was der Geschäftsführer der Klägerin für Architektenleistungen bekommen solle. Er, der Zeuge, habe darauf hingewiesen, daß bei Auszahlungen von Provisionen und Architektenhonorar eine Überschuldung der Klägerin 99

drohe.

Der Notar xxx, der den Gesellschaftsvertrag vom 22.12.1987 beurkundete, hat an eine Vereinbarung über Gehalt oder Provision keine konkrete Erinnerung. Diese Fragen seien, so nachvollziehbar der Zeuge, wohl auch nicht in seiner Gegenwart besprochen worden. Er könne sich nur daran erinnern, was ihm der Beklagte erzählt habe. Daß eine Vergütung/Provision bereits dem Grunde nach vereinbart

100

gewesen sei, lasse sich, so seine Aussage vor dem Senat, nicht sagen.

101

Die Zeugin xxx hat geschildert, der Beklagte habe ein festes Gehalt in Höhe von 1.500,-- DM monatlich, daneben für den Fall, daß die Klägerin Gewinn mache, die Hälfte des Gewinns erhalten sollen. Auch ihr Ehemann habe nicht mehr als 1.000,-- DM monatlich gezahlt erhalten.

102

Allein die Ehefrau des Beklagten, die Zeugin xxx - vor dem Landgericht vernommen -, hat

103

den zwischen ihrem Ehemann und dem Geschäftsführer der Klägerin geführten Gesprächen entnommen, daß dem Beklagten neben einem monatlichen Fixum ein Provisionsanspruch für jedes akquirierte Bauvorhaben zustehen sollte. Die Zeugin hat diese Gespräch jedoch auf einen Zeitraum bezogen, der vor Abschluß des Anstellungsvertrages liegt. Im Anstellungsvertrag haben die Parteien, wie angegeben, einen Provisionsanspruch des Beklagten nicht festgelegt.

104

Eine erneute Vernehmung der Zeugin xxx hält der Senat nicht für erforderlich: Daß die Parteien vor Abschluß des Anstellungsvertrages eine andere Vergütungsregelung planten, mag sein, entspräche auch dem Schreiben des Beklagten vom 15.12.1987 (Bd. I Bl. 24 d.A.). Der Anstellungsvertrag trifft seinem Wortlaut nach jedoch eine andere Regelung und hat eine Vergütung oder Provision nicht festgelegt. Bei dieser Vereinbarung war aber die Zeugin xxx unstreitig nicht anwesend, so daß eine Ladung zum Zwecke der Vernehmung über den Inhalt der Gespräche bei Vertragsabschluß nicht erforderlich, vom Beklagten auch nicht beantragt worden ist.

105

Daß die Zeugin an Gesprächen teilnahm, die nach Abschluß des Anstellungsvertrages stattfanden und die eine Vereinbarung über die Provision beinhalteten, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Auf S. 14 seiner Berufungsbegründung hat er im Gegenteil ausgeführt, über die Höhe des Provisionsanspruches habe noch eine gesonderte Einigung stattfinden sollen. Sein Vortrag, eine Provisionshöhe von 3,42% sei im Verlaufe der Vertragsbeziehungen schlüssig bestätigt worden, entzieht sich, weil er durch die Schilderung eines konkreten Handlungsgeschehens nicht ausgefüllt ist, der Überprüfung.

106

Auch die Befragung des Beklagten im zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat nichts ergeben, das eine erneute Vernehmung der Zeugen erfordert hätte: Der Beklagte hat lediglich erklärt, die Zeugin solle gehört werden, damit sie ihre Aussage bekräftige.

107

Allein der Umstand schließlich, daß die Zeugin von Senat vorbereitend geladen worden war, gibt keine Veranlassung, die, - ausgebliebene - Zeugin xxx erneut zu laden und zu vernehmen.

108

V.

109

1.

110

111

Über die Anwendung der §§ 315 ff BGB kann der Beklagte ebenfalls eine höhere Vergütung als gezahlt nicht beanspruchen.

Ein Leistungsbestimmungsrecht räumen hinreichend klar weder der Anstellungsvertrag noch eine folgende Vereinbarung einer der Parteien oder einem Dritten ein. Selbst wenn man aber die §§ 315 ff BGB darüber hinaus dann anwendet, wenn sich Parteien trotz einer offenen Einigung vertraglich binden wollen (vgl. Palandt-Heinrichs a.a.O., § 315 Rdn. 4), führt dieser Weg nicht weiter: Hier hat die Klägerin ja monatliche Zahlungen im Einverständnis mit dem Beklagten geleistet. Neben einem Gehalt von 1.500,-- DM monatlich zahlte sie ebenfalls pro Monat Leasingraten für den vom Beklagten genutzten BMW in Höhe von 1.350,-- DM und die Miete von 728,-- DM auf die Nutzung des Einfamilienhauses mit Büro durch den Beklagten und seine Frau. Weiter ist unstreitig, daß der Beklagte die Hälfte des Gewinns der Klägerin - der bisher jedoch nicht angefallen ist (siehe unten V. Ziffer 3.) – erhalten. Daß neben diesen vereinbarten Zahlungen der Beklagte noch berechtigt sein sollte, darüber hinausgehende Leistungen an sich zu bestimmen, ist nicht nachgewiesen. 112

2. 113

Auch § 612 Abs. 2 BGB eröffnet dem Beklagten keine höhere Vergütung als gezahlt. 114

Die Vorschrift kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist. 115

Daß die monatlichen Zahlungen von Gehalt, Miet- (Zuschuß) und Leasingrate den vorgesehenen Vergütungsrahmen nicht ausschöpfen, hat der Beklagte nicht bewiesen. Die Aussage des Zeugen xxx hat deutlich gemacht, daß die Klägerin nicht in der Lage war, höhere Gehälter als 1.500,-- DM für den Beklagten und 1.000,-- DM für den Geschäftsführer der Klägerin zu zahlen und er, der Zeuge, dieses beiden Personen vor Augen geführt hatte. Dieser Umstand legt die Annahme nahe, daß die Parteien im Hinblick auf die Vermögenssituation der Klägerin von der Vereinbarung einer höheren Vergütung als zunächst möglicherweise angestrebt, abgesehen haben. 116

Die vorgelegten Jahresabschlüsse (siehe Anlagen zur Akte) bestätigen die ungünstige Vermögenssituation der Klägerin. So weist der Jahresabschluß 1988 einen Verlust von 31.060,31 DM, der von 1989 einen solchen von 12.236,32 DM aus. 117

3. 118

Angesichts der erwiesenen ungünstigen Jahresabschlüsse für 1988 und 1989 kann der Beklagte einen Zahlungsanspruch, den er gegen die Erstattungsforderung der Klägerin verrechnen könnte, auch aus der mit der Klägerin getroffenen Gewinnteilungsabrede nicht herleiten. Daß entgegen den Behauptungen der Klägerin für 1990 ein Gewinn eingetreten ist, hat der Beklagte nicht bewiesen. 119

VI. 120

Die Höhe des mit dem Erstattungsanspruch der Klägerin zu verrechnenden Gegenanspruchs des Beklagten hat das Landgericht zutreffend bestimmt: Die Gehaltsforderung bezieht sich auf 16 x 1.500,-- DM (Januar 1988 bis einschließlich April 1989 (= 24.000,-- DM). Für die Leasingsonderzahlung ist ein Betrag von 11.400,-- DM abgesetzt worden. Da die Klägerin aufgrund der unberechtigten Entnahmen des Beklagten zur fristlosen Kündigung vom 13.12.1989 berechtigt war, stehen Gehaltsansprüche für 1990 dem Beklagten nicht zu. 121

B.	122
<u>Herausgabeklage</u>	123
Der Herausgabeantrag ist bestimmt genug. Die bezeichneten Gegenstände sind im Sinne des § 253 Abs. 2 ZPO hinreichend individualisiert. Daß mehrere gleichartige Gegenstände bei ihm vorhanden sind, behauptet der Beklagte in der Berufungsinstanz nicht.	124
Die Herausgabeklage ist begründet. Die Klägerin ist Eigentümerin der Gegenstände geworden, da der Beklagte in ihrem Namen das Mobiliar anschaffte und ihr den Besitz vermittelte.	125
Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 14.03.1990 eingeräumt, daß zunächst die Büroeinrichtung an die Klägerin übereignet wurde, bevor er von der Klägerin Gehalt bezog.	126
Eine Eigentumsübertragung an den Beklagten am 13.12.1989 kann nicht angenommen werden, da dieser eine entsprechende Einigung nicht bewiesen hat und das Schreiben vom 14.12.1989, welches einen Verbleib des Mobiliars beim Beklagten gegen Verrechnung nahelegt, Rechtswirkungen als kaufmännisches Bestätigungsschreiben nicht entfaltet, wie ausgeführt.	127
C.	128
<u>Nebenentscheidungen</u>	129
Im Zinspunkt hat die Berufung des Beklagten Erfolg. Die Inanspruchnahme eines 4 % übersteigenden Zinses hat die Klägerin nicht belegt. Den vom Landgericht ausgeurteilten Zinsbeginn stellt keine der Parteien in Frage. Die übrigen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Ziffer 10, 711 ZPO.	130
Durch dieses Urteil ist der Beklagte in Höhe von 75.545,75 DM beschwert.	131