

---

**Datum:** 13.03.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 8. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 8 U 48/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2017:0313.8U48.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bielefeld, 15 O 13/16  
**Schlagworte:** Urkundenprozess, Vergütung, Dienstvertrag, Annahmeverzug, Zulässigkeit von Beweismitteln  
**Normen:** §§ 592 ff ZPO, 293 ff, 611, 615 BGB  
**Leitsätze:**  
  
Zur Zulässigkeit und Begründetheit einer im Urkundenprozess erhobenen Klage, mit der ein ehemaliger Sparkassenvorstand Vergütungsansprüche aus dem Dienstvertrag mit der Sparkasse für einen Zeitraum geltend macht, in dem die Sparkasse die Annahme seiner Dienstleistungen verweigert hat.

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten gegen das am 12.04.2016 verkündete Urkunden-Vorbehalts-Urteil des Landgerichts Bielefeld (15 O 13/16) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Zwangsvollstreckung aus beiden Urteilen durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 1 |
| Gründe                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 2 |
| I.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 3 |
| Der Kläger macht aufgrund eines zwischen den Parteien geschlossenen Anstellungsvertrages aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges Vergütungsansprüche für die Monate August 2015 bis Januar 2016 gegen die Beklagte im Urkundenprozess geltend, und zwar unter Anrechnung anderweitig in diesem Zeitraum erlangter Verdienste.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 4 |
| Die Beklagte ist eine Anstalt des Öffentlichen Rechts, deren Vorstand gemäß § 19 Abs. 1 SpKG NRW i.V.m. § 5 Abs. 2 der Satzung der Beklagten vom 11.05.2009 aus zwei Personen besteht, die gemeinsam vertretungsberechtigt sind. Da ein Vorstandsmitglied zum 30.04.2014 ausschied, schrieb die Beklagte die Position „Vorstandsmitglied Firmenkundengeschäft (m/w)“ in mehreren Zeitungen aus.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 5 |
| Unter dem 30.12.2013 bewarb sich der Kläger, der damals (seit Juli 2011) als Leiter des Geschäftsbereichs Vertriebsmanagement Firmenkunden bei der T E tätig war, auf diese Stelle. Da sich sein Erfolg in dem Auswahlverfahren abzeichnete, nahm die Beklagte Kontakt zur Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) auf, um den Pflichten aus § 24 KWG nachzukommen und um die Haltung der Behörde zu der sich abzeichnenden Auswahlentscheidung in Erfahrung zu bringen. Um Einzelheiten betreffend die Vorerfahrungen und –tätigkeiten des Klägers im Hinblick auf § 25c KWG zu klären, führte die zuständige Beamtin der Bafin am 11.03.2014 ein Telefongespräch mit dem Kläger. Anschließend teilte sie der Beklagten mit Email vom 11.03.2014 sinngemäß mit, auf Basis der telefonischen Erörterungen keine bankaufsichtsrechtlichen Bedenken gegen die Bestellung des Klägers zum Vorstandsmitglied zu erheben, da der Kläger versichert habe, bei der T E seit seinem dortigen Eintritt direkt unterhalb der Vorstandsebene für das risikorelevante Kreditgeschäft zuständig gewesen zu sein. | 6 |
| Am 25.03.2014 schloss die Beklagte – nach Beschlussfassung der zuständigen Gremien – einen Dienstvertrag mit dem Kläger, der seine Anstellung als Vorstandsmitglied für die Zeit vom 01.10.2014 bis zum 30.03.2019 vorsah und die Bruttojahresfestvergütung auf 235.000 Euro zuzüglich Zulagen festlegte.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 7 |
| Anschließend zeigte die Beklagte bei der BaFin förmlich ihre Absicht an, nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 KWG den Kläger mit Wirkung ab 01.10.2014 zum Vorstandsmitglied zu bestellen. Die BaFin sah allerdings die fachliche Eignung des Klägers im Sinne des § 25c KWG noch nicht als hinreichend belegt an, wobei insbesondere zu den direkt unterhalb der Vorstandsebene gesammelten Erfahrungen im risikorelevanten Kreditgeschäft Nachweise verlangt wurden. Nachdem diese auch im Anschluss an diverse Kontaktaufnahmen zwischen den Beteiligten und der Vorlage einer durch die T E erteilten Tätigkeitsbeschreibung vom 14.07.2014 aus Sicht der BaFin nicht erbracht waren, drohte diese der Beklagten mit Schreiben vom 31.07.2014 an, im Falle der Bestellung des Klägers zum Geschäftsleiter geeignete Maßnahmen gegen dessen Tätigwerden zu ergreifen, wobei insbesondere ein Abberufungsverlangen in Betracht kommen werde.                                                                                                                                                                                    | 8 |
| Ungeachtet des Angebots des Klägers, die aus der - von ihm nicht geteilten - Sicht der Behörde fehlende Qualifikation im Rahmen einer Qualifizierungsmaßnahme nachzuholen, kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 28.08.2014 den mit dem Kläger geschlossenen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 9 |

Dienstvertrag aus wichtigem Grunde fristlos, den sie zudem hilfsweise anfocht. Der Kläger wurde auch als Organ abberufen.

Daraufhin nahm der Kläger die Beklagte auf Feststellung der Nichtbeendigung des Dienstverhältnisses gerichtlich in Anspruch. Mit Urteil vom 13.03.2015 (17 O 100/14) stellte die 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld fest, dass das Dienstverhältnis des Klägers durch die Kündigung der Beklagten vom 28.08.2014 nicht beendet wurde und auch nicht aufgrund der unter demselben Datum ausgesprochenen Anfechtung nichtig ist. Zur Begründung führte das Landgericht aus, die vorzunehmende Interessenabwägung falle im Ergebnis zugunsten des Klägers aus. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Vertrag ohne eine aufschiebende Bedingung geschlossen habe, obwohl Belege für die von der BaFin im Vorfeld formulierten Anforderungen nicht umfassend vorgelegen hätten.

10

In weiteren Klageverfahren hat der Kläger die vertraglichen Monatsvergütungen unter Anrechnung anderweitig erlangter Verdienste aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges jeweils im Urkundenprozess geltend gemacht. Mit der hiesigen Klage macht der Kläger – erneut im Urkundenprozess – einen Anspruch auf die Monatsvergütungen für die Monate August 2015 bis Januar 2016 unter Anrechnung anderweitig in diesem Zeitraum erlangter Verdienste in Höhe von im Ergebnis jeweils 15.020,83 € brutto geltend.

11

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands sowie hinsichtlich der erstinstanzlich gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils nebst der darin enthaltenen Bezugnahmen verwiesen. Ergänzend ist auszuführen, dass das am 13.03.2015 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld (17 O 100/14) inzwischen rechtskräftig ist, nachdem der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 19.07.2016 (II ZB 3/16) die Rechtsbeschwerde gegen den die Berufung verwerfenden Beschluss des Senats vom 21.12.2015 (8 U 96/15) als unzulässig verworfen hat. Die Beklagte wendet sich inzwischen mit einer Nichtigkeitsklage vor dem Landgericht Bielefeld (17 O 126/16) gegen das dortige Urteil vom 13.03.2015 und macht geltend, im damaligen Rechtsstreit nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen zu sein. Weiterhin ist ergänzend zu den erstinstanzlichen Feststellungen auszuführen, dass der Senat die Berufungen gegen die Urkundenvorbehaltsurteile des Landgerichts Bielefeld vom 19.12.2014 (15 O 136/14) und 11.09.2015 (15 O 78/15) durch Urteile jeweils vom 06.06.2016 (8 U 35/15 und 158 U 155/15) zurückgewiesen hat. Über die jeweils eingelegten Nichtzulassungsbeschwerden ist – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden.

12

Im vorliegenden Verfahren hat die 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld mit am 12.04.2016 verkündeten Urkunden-Vorbehalts-Urteil der Klage stattgegeben und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 90.124,98 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 15.020,83 € seit dem 16.08.2015, dem 16.09.2015, dem 16.10.2015, dem 16.11.2015, dem 16.12.2015 und dem 16.01.2016 zu zahlen. Der Beklagten wurde die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Das Landgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe das Zustandekommen des Dienstverhältnisses urkundlich belegt, kraft dessen er die vereinbarte Vergütung verlangen könne. Der Umstand, dass er im verfahrensgegenständlichen Zeitraum keine Dienstleistung erbracht habe, stehe der Vergütungspflicht nicht entgegen. Denn die Beklagte habe sich in Annahmeverzug befunden. Eines ausdrücklichen Angebots des Klägers zur Erbringung der Dienste habe es nicht bedurft, nachdem die Beklagte bereits vor dem ins Auge gefassten Dienstantritt eindrucklich deutlich gemacht habe, auf seine Dienste

13

keinen Wert zu legen. Ein Leistungsunvermögen des Klägers nach § 297 BGB habe die Beklagte mit den im Urkundenprozess zulässigen Beweismitteln nicht nachgewiesen. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die gegen das Leistungsvermögen angeführten Gründe denjenigen entsprächen, die von der Beklagten zur Rechtfertigung ihrer am 28.08.2014 ergriffenen Maßnahmen (Kündigung aus wichtigem Grund; Anfechtung) herangezogen worden seien. In dieser Konstellation träten dienstvertragliche Auswirkungen erst beim Eingreifen der außerordentlichen Kündigung ein. Deren Wirksamkeit könne nur anhand einer Interessenabwägung beurteilt werden, in die auch Umstände einzubeziehen seien, zu denen im Urkundenprozess keine Feststellungen getroffen werden könnten. Der Einwand der Beklagten, ihr sei eine Beschäftigung des Klägers unzumutbar, lasse die Vergütungspflicht nicht entfallen, da keine besonders groben Vertragsverstöße des Klägers urkundlich belegt seien. Solche wären für einen Wegfall der Vergütungspflicht erforderlich (BAG NZA 88, 465f.).

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Sie ist der Ansicht, die Prüfung der Wirksamkeit von außerordentlicher Kündigung und Anfechtung einerseits und die des fehlenden Leistungsvermögens im Rahmen von § 297 BGB andererseits seien strikt voneinander zu trennen. Sie behauptet, der Kläger sei für die vertraglich geschuldete Tätigkeit als Vorstand objektiv ungeeignet im Sinne von § 25 c KWG und damit leistungsunfähig. Sie meint, dies sei bereits durch die vorgelegten Urkunden bewiesen. Zu berücksichtigen sei nicht nur das Schreiben der BaFin vom 31.07.2014. Vielmehr ergebe sich aus den Schreiben der D-bank vom 01.07.2014 und der T E vom 14.07.2014 wie auch den übrigen vom Kläger im Zusammenhang mit seiner Bewerbung vorgelegten Unterlagen, dass er über keine hinreichende Erfahrung im risikorelevanten Kreditgeschäft unmittelbar unterhalb der Vorstandsebene verfügt habe. 14

Unabhängig davon begründe das Schreiben der BaFin vom 31.07.2014 auch ein objektives Leistungshindernis, welches urkundlich belegt sei. Es sei für die Beklagte nicht zumutbar gewesen, sich sehenden Auges auf ein förmliches Abberufungsverlangen der Behörde einzulassen. 15

Die Beklagte beantragt, 16

das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 12.04.2016 – 15 O 13 / 16 – abzuändern und die Klage abzuweisen. 17

Der Kläger beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung. Er behauptet, dass er sämtliche Tätigkeiten und gesammelten Erfahrungen vollumfänglich offengelegt und die erbetenen Unterlagen vollständig und wahrheitsgemäß eingereicht habe. Er hält die von der BaFin angemeldeten Zweifel an seiner Eignung für unbegründet und mit den rechtlichen Anforderungen gemäß § 25 c KWG nicht zu vereinbaren. Tatsächlich – so meint er – erfülle er die gesetzlichen Anforderungen an einen Geschäftsleiter. 20

Unabhängig davon sei es der Beklagten auch zumutbar und möglich gewesen, ihn zunächst unterhalb der Organebene zu beschäftigen. Darauf hätte sich die Beklagte nach § 242 BGB einlassen müssen, um faktischen Schwierigkeiten durch die – aus seiner Sicht unrichtige – Haltung der BaFin zu begegnen, nachdem es die Beklagte gewesen sei, die aus Zeitgründen auf einen Vertragsschluss gedrängt habe. 21

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 22 |
| II.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 23 |
| Die zulässige Berufung erweist sich als unbegründet. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht im Urkundenprozess zur Zahlung verurteilt und ihr die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 24 |
| 1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 25 |
| Die zulässige Klage ist im Urkundenprozess statthaft erhoben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 26 |
| Nach § 592 ZPO kann ein Anspruch, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat, im Urkundenprozess geltend gemacht werden, wenn sämtliche zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Dabei können Lücken durch unstreitige oder zugestandene Tatsachen geschlossen werden, solange zumindest eine Urkunde vorgelegt wird (vgl. BGH, Urt. v. 24.04.1974, VIII ZR 211/72, BGHZ 62, 286-293).      | 27 |
| Diesen Anforderungen genügt die erhobene Klage, die auch die nach § 593 Abs. 1 ZPO erforderliche Erklärung enthält, dass im Urkundenprozess geklagt werden soll. Denn der Kläger hat das Zustandekommen des Dienstvertrags vom 25.03.2014 durch Vorlage einer – unstreitig ordnungsgemäßen – Fotokopie des Vertragsdokuments dargelegt. Zum anderen sind auch die weiteren Voraussetzungen des Annahmeverzuges im Sinne von § 615 BGB – zumindest soweit sie vom Kläger zu beweisen sind – urkundlich belegt, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. | 28 |
| 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 29 |
| Die Klage ist begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus § 6 Abs. 2 bis 4 des Dienstvertrags vom 25.03.2014 i. V. m. §§ 611, 615 BGB für die Monate August 2015 bis Januar 2016 einen Zahlungsanspruch in der vom Landgericht ausgeurteilten Höhe.                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 30 |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 31 |
| Das wirksame Zustandekommen des Vertrags begegnet keinerlei Zweifeln, solche sind auch nicht geltend gemacht worden. Der Vertragsinhalt ist urkundlich belegt und im Übrigen auch unstreitig. Danach hat der Kläger für den vereinbarten Tätigkeitszeitraum vom 01.10.2014 bis 30.09.2019 – in den auch die vorliegend verfahrensgegenständliche Zeitspanne fällt – einen Vergütungsanspruch in Höhe von monatlich 19.583,33 Euro zuzüglich einer allgemeinen Zulage von 16 %.                                                                           | 32 |
| Aufgrund der rechtskräftigen Entscheidung der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld vom 13.03.2015 (17 O 100/14) steht im Verhältnis zwischen den Parteien fest, dass der vorgenannte Vertrag weder durch die Kündigung der Beklagten vom 28.08.2014 beendet wurde noch aufgrund der im selben Schreiben ausgesprochenen Anfechtung nichtig ist. Diese rechtskräftige Feststellung ist für das hiesige Verfahren bindend (vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO, 29. Aufl., vor § 322 Rn. 22-24).                                              | 33 |
| Diese Bindungswirkung des vorgenannten Urteils wird durch die zwischenzeitliche Erhebung der von der Beklagten angestregten Nichtigkeitsklage nicht beseitigt. Diese würde erst mit                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 34 |

der formellen Rechtskraft eines Urteils entfallen, durch welches das Urteil vom 13.03.2015 aufgehoben würde (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 29 Aufl., § 590 Rn. 4).

Anderweitige Umstände, die zu einer Vertragsbeendigung geführt haben könnten, sind für die vorliegend relevante Zeit bis zum 31.01.2016 nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich. 35

b) 36

Die Beklagte hat sich mit der Annahme der Dienste des Klägers im Sinne von § 615 S. 1 BGB in Verzug befunden. 37

Gemäß § 293 BGB kommt der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Insoweit genügt gemäß § 295 Satz 1 BGB ein wörtliches Angebot des Schuldners, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde. Nicht einmal ein wörtliches Angebot ist erforderlich, wenn dieses eine bloße Formalie darstellen würde, sofern im Einzelfall offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung in jedem Fall beharren wird (vgl. BGH, Urt. v. 09.10.2000, II ZR 75/99, juris). 38

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Beklagte hat dem Kläger mit Schreiben vom 28.08.2014 mitgeteilt, dass eine Erfüllung seiner Dienststätigkeit nicht in Betracht komme, da die BaFin mit Schreiben vom 31.07.2014 für den Fall seiner Berufung als Vorstandsmitglied ein Abberufungsverfahren angedroht habe. Das Schreiben enthält die außerordentliche Kündigung sowie die Anfechtung des Dienstvertrags. Angesichts des Umstands, dass der Kläger unmittelbar zuvor mit Schreiben vom 13.08.2014 noch den Dialog gesucht hatte mit dem Ziel, den Dienstvertrag trotz der aufgetretenen Schwierigkeiten zur Durchführung bringen zu können, musste er die darauf folgende Äußerung der Beklagten vom 28.08.2014 bei verständiger Würdigung als ernsthafte und endgültige Ablehnung der Annahme seiner Dienste auffassen. Durch seine Abberufung als Vorstand und die Berufung des Herrn L als Vorstandsmitglied hat die Beklagte zudem zum Ausdruck gebracht, an ihrer Haltung unverrückbar festhalten zu wollen. 39

Obgleich es danach eines wörtlichen Angebots des Klägers nicht mehr bedurft hätte, wäre ein solches konkludent dadurch erfolgt, dass er am 16.09.2014 Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und der Anfechtung erhoben hat. Eine derartige Klagerhebung kann zugleich ein konkludentes Angebot der Leistungserbringung darstellen (vgl. BGH, Urt. v. 28.10.1996, II ZR 14/96, Rn. 23, juris). Dies war auch hier der Fall, da der Kläger mit der Feststellungsklage zum Ausdruck gebracht hat, an dem Vertrag festhalten zu wollen, was seine Leistungsbereitschaft impliziert, zumal er mit der Feststellungsklage ursprünglich auch die Abberufung als Vorstandsmitglied angegriffen hatte und im Übrigen sein gesamtes Verhalten auf die Aufnahme der Tätigkeit bei der Beklagten ausgerichtet war. 40

c) 41

Die Beklagte hat mit im Urkundenprozess statthaften Beweismitteln auch nicht bewiesen, dass ihr Annahmeverzug wegen fehlenden Leistungsvermögens des Klägers ausgeschlossen ist. 42

Gemäß § 297 BGB kommt der Dienstberechtigte nicht in Annahmeverzug, wenn der Dienstverpflichtete außerstande ist, die Dienstleistung zu bewirken. Die Leistungsfähigkeit ist - neben dem Leistungswillen - eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums 43

vorliegen muss (BAG, Urt. v. 21.10.2015, 5 AZR 843/14, BAGE 153, 85-93, juris, Rn. 22).

Anknüpfungspunkt ist die vertraglich geschuldete Leistung. Nur in Ausnahmekonstellationen kann sich nach § 242 das Leistungsspektrum des Dienstverpflichteten vorübergehend erweitern (MüKoBGB/Henssler BGB, 7. Aufl. § 615 Rn. 30; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.07.1966, II ZR 212/64, juris). Wird – wie hier – eine Tätigkeit als Vorstandsmitglied vereinbart, stellt grundsätzlich nur eine solche den Bezugspunkt für die Beurteilung des Leistungsvermögens dar. Denn eine Tätigkeit unterhalb der Organebene stellt gegenüber der Vorstandstätigkeit ein aliud dar (vgl. BGH, Urt. v. 11.10.2010, II ZR 266/08, juris). 44

Gemessen daran spricht viel dafür, dass die Beklagte den Kläger grundsätzlich nicht unterhalb der Organebene hätte beschäftigen müssen. Der Kläger, der erstmals für die Beklagte tätig werden sollte, war explizit für den vakant werdenden Vorstandsposten vorgesehen. 45

Jedoch hätte die Beklagte mittels Urkunden belegen müssen, dass der Kläger gerade auch im streitgegenständlichen Zeitraum – August 2015 bis Januar 2016 – rechtlich oder tatsächlich nicht in der Lage war, einen Vorstandsposten bei ihr zu bekleiden. 46

Insoweit ist bereits nicht zweifelsfrei, ob in einer etwaigen fehlenden Eignung im Sinne von § 25 c KWG ein rechtliches Leistungshindernis im Sinne von § 297 BGB zu sehen wäre. Denn um das rechtliche Unvermögen einer Berufstätigkeit zu begründen, muss eine Rechtsnorm dies aus Gründen der Rechtssicherheit klar und deutlich zum Ausdruck bringen (vgl. MüKoBGB/Henssler BGB, 7. Aufl. § 615 Rn. 33; BAG, Urt. v. 18.03.2009, 5 AZR 192/08, BAGE 130, 29, juris Rn. 15). Im Gegensatz zu einer ärztlichen Approbation, einem Gesundheitszeugnis oder einer Lehr- oder Fahrerlaubnis wird die Eignung im Sinne von § 25 c KWG nicht durch Verwaltungsakt festgestellt. Vielmehr ist sie das Ergebnis einer Bewertung, die an eine gesetzliche Vorschrift anknüpft, welche – anders als beispielsweise die Regelung in §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 1 MuSchG – inhaltlichen Auslegungsspielraum zulässt und zudem auch kein Beschäftigungsverbot beinhaltet, sondern Anforderungen an Kreditinstitute formuliert, bei deren Nichtbeachtung die Aufsichtsbehörde die in §§ 35 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 36 Abs. 1 S. 1 KWG beschriebenen Maßnahmen ergreifen kann, wozu unter anderem ein Abberufungsverlangen (gegenüber dem Kreditinstitut) oder ein Beschäftigungsverbot (gegenüber dem Geschäftsleiter persönlich) gehören. 47

Aber selbst wenn man in einer objektiv fehlenden Eignung im Sinne von § 25 c KWG ein Leistungshindernis im Sinne von § 297 BGB sähe, hätte die Beklagte dessen tatsächliches Vorliegen hier nicht durch Urkunden belegt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung sämtlicher vorgelegten Schriftstücke – insbesondere der auf S. 15 der Berufungsbegründung vom 15.07.2016 bezeichneten – in einer Gesamtwürdigung. Denn daraus lässt sich gerade nicht zweifelsfrei ableiten, dass der Kläger im maßgeblichen Zeitraum über keine unmittelbar unterhalb der Vorstandsebene gesammelte Erfahrung im risikorelevanten Kreditgeschäft verfügte, wie sie nach Ansicht der Beklagten gemäß § 25 c KWG erforderlich sein soll. Denn aus dem Schreiben der T E vom 14.07.2014 ergibt sich, dass der Kläger unmittelbar unterhalb der Vorstandsebene Kompetenzen ausübte, die zwar nicht im Schwerpunkt, jedoch als Teil seiner Aufgabe die Mitwirkung an Kreditentscheidungen beinhalteten. In dem Schreiben heißt es, der Kläger habe sowohl die Verantwortung für das Marktvotum wie auch für die von ihm ausgeübte Kompetenz innegehabt, wobei es um Engagements jeweils oberhalb 1 Millionen Euro gegangen sei. Die Auflistung der im Schreiben genannten Geschäftspartner und Geschäftsbereiche wird ausdrücklich nur als beispielhaft bezeichnet, da weitere Vorgänge, die – wie es heißt – „definitiv vorkamen“, nur mangels separater Aufzeichnungen über Votierungen nicht konkret benannt oder quantifiziert werden könnten. 48

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Vor diesem Hintergrund lässt sich zwar die Auffassung der BaFin nachvollziehen, wonach hinreichende Erfahrungen nicht belegt gewesen seien. Der positive Nachweis des Unvermögens im Sinne von § 297 BGB erfordert jedoch mehr als die bloße Nichterweislichkeit des Leistungsvermögens. Zwar erscheint es grundsätzlich denkbar, im Rahmen freier Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) aus dem Nichtvorliegen von Anhaltspunkten für eine Tatsache auf deren Nichtvorhandensein zu schließen. Dies kommt vorliegend aber jedenfalls im Urkundenprozess nicht in Betracht, da es urkundlich belegte Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Kläger über die für notwendig gehaltenen Erfahrungen verfügt haben könnte. Anderes ist jedenfalls durch Urkunden nicht ausgeräumt. Dabei ist auch die Zusammenfassung des vorgenannten Schreibens der T E zu berücksichtigen, in der es heißt, „historisches und zukünftiges Ankerprodukt im Geschäft mit Unternehmen“ sei „das Kreditgeschäft“, so dass die erfolgreiche Wahrnehmung der derzeitigen Aufgaben des Klägers mit „entsprechend breit und tief angelegtem Wissen in diesem Bereich untrennbar verknüpft“ sei. Der Kläger habe „besonders auf diesem Gebiet“ die Anforderungen und Erwartungen von Beginn an erfüllt und im Laufe seines Wirkens deutlich übertroffen. |    |
| Die Frage, ob der Kläger bei der T E die erforderlichen Erfahrungen gesammelt hatte, wird sich allenfalls durch eine weitere Beweisaufnahme klären lassen. Allein aufgrund der vorliegenden Dokumente lässt sich diese Frage nicht beantworten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 49 |
| Das Schreiben der BaFin vom 31.07.2014 als solches begründete kein Leistungsunvermögen des Klägers. Ebenso wie ein gesetzliches muss auch ein behördliches Beschäftigungsverbot diese Rechtsfolge klar und deutlich zum Ausdruck bringen, um ein rechtliches Unvermögen begründen zu können. Es muss sich um eine hoheitliche Maßnahme handeln, die dem betroffenen Arbeitnehmer förmlich bekannt gegeben wird (vgl. § 41 Abs. 1 VwVfG) und ihm die von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verbürgte Möglichkeit einräumt, gegen das Beschäftigungsverbot den Rechtsweg zu beschreiten, sofern nicht Völkerrecht entgegensteht (BAG, Urt. v. 21.10.2015, 5 AZR 843/14, BAGE 153, 85-93, juris Rn. 31). Diese Voraussetzungen lassen sich für das ausdrücklich nur als Vorankündigung formulierte, sich einer weiteren Klärung noch nicht verschließende Schreiben der BaFin vom 31.07.2014 nicht bejahen, zumal dieses ausschließlich an die Beklagte gerichtet war.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 50 |
| d)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 51 |
| Nicht angegriffen worden sind die Feststellungen des Landgerichts, dass der Kläger sich nach § 615 Satz 2 BGB diejenigen Verdienste anrechnen lassen muss, die er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung durch eine anderweitige Verwendung seiner Dienste erworben hat.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 52 |
| Die Berechnung der Höhe des zuerkannten Anspruchs durch das Landgericht begegnet ebenfalls keinen Bedenken. Entsprechendes gilt für die mit zutreffender Begründung zugesprochene Zinsforderung.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 53 |
| III.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 54 |
| Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Nr. 10 und 711 ZPO.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 55 |
| Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, § 543 Abs. 1 ZPO. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage anerkannter Auffassung in Rechtsprechung und Literatur getroffen hat. Die Rechtssache besitzt weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 56 |

