
Datum: 16.10.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 16. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 16 U 95/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:1016.16U95.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 339/98

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 24.08.1999 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 3 O 339/98 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst: Unter teilweiser Aufhebung des Versäumnisurteils vom 03.11.1998 wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 10.415,90 DM nebst 4 % Zinsen von 6.482,90 DM seit dem 21.09.1997 und von weiteren 3.933,00 DM seit dem 04.05.1998 zu zahlen. Im übrigen bleibt das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Klägerin hat die durch die Anrufung des sachlich örtlich Landgerichts Koblenz und durch ihre Säumnis im Termin vom 03.11.1998 entstandenen Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits fallen der Klägerin zu 3/4 und der Beklagten zu 1/4 zur Last. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist, soweit hierüber nicht bereits durch das Teilurteil des Senats entschieden ist, teilweise begründet. 2

I. 3

Der Klägerin steht aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes gem. den §§ 398, 611, 675 BGB ein Honoraranspruch von 10.415,90 DM zu. 4

5

Die Beklagte ist verpflichtet, die Grundleistungen des Zeugen E. für die Monate Juni bis einschließlich Oktober 1997 mit monatlich 3.933,00 DM, insgesamt 19.665,00 DM zu vergüten. Nach Abzug der Zahlung der Beklagten von 842,60 DM und der von der Klägerin für Mängel der "Streichholzaktion" erteilten Gutschrift über 8.406,50 DM verbleibt eine Restforderung von 10.415,90 DM.

Zwischen den Parteien ist nach den Grundsätzen über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande gekommen, der gegen Zahlung von monatlich 3.933,00 DM die allgemeine werbliche Betreuung der Beklagten und damit im wesentlichen dienstvertragliche Elemente zum Gegenstand hatte (vgl. hierzu Palandt/Sprau, BGB 59. Auflage, vor § 631 Rdn. 21). 6

Auf die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien sind die Grundsätze des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreibens anzuwenden. Die Beklagte war als GmbH taugliche Empfängerin eines Bestätigungsschreibens. Auch konnte und musste sie damit rechnen, dass von ihrem Geschäftspartner, dem Zeugen E., Verhandlungsergebnisse schriftlich bestätigt wurden. Möglicher Absender eines Bestätigungsschreibens ist jeder, der ähnlich wie ein Kaufmann am Rechtsverkehr teilnimmt und erwarten kann, dass ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 59. Auflage, § 148 Rdn. 10). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Der Zeuge betreibt als Inhaber einer Werbeagentur ein Gewerbe, das nach damaliger Fassung des § 1 HGB zwar kein Grundhandelsgewerbe war. Er wäre indes nach der heutigen Gesetzeslage Kaufmann. Auch bedingt die Hereinholung von Aufträgen, sei es für die Durchführung einzelner Werbemaßnahmen, sei es im Wege der Akquirierung des gesamten Werbeetats eines Kunden eine kaufmännisch organisierte Geschäftstätigkeit, was auch dadurch deutlich wird, dass der Zeuge seinerzeit zwar die Werbeagentur erst aufbaute, aber schon über zwei Mitarbeiter, die Zeugen S. und N., verfügte und als Grundlage für Aufträge ein detailliertes Vertragswerk erarbeitet hatte. 7

Inhaltlich handelt es sich bei dem der Beklagten übermittelten "Besprechungsbericht 3 - 1997" vom 20.06.1997 um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Er sollte - wie auch die übrigen Berichte über die geführten Gespräche - nach seinem gesamten Inhalt dazu dienen, das unstreitig am gleichen Tag geführte Gespräch zwischen dem Zeugen E. und dem Geschäftsführer der Beklagten fixieren und das Verhandlungsergebnis verbindlich festlegen. Wenn es sodann in dem Bericht u. a. heißt, 8

"Dem Kunden liegt der Vertragsentwurf der Agentur zu einer festen Zusammenarbeit vor. Aus Zeitgründen ist es bisher nur zu einer Einigung über die Höhe der Agenturvergütung (Basis monatliches Stundenkontingent von 22 Stunden und einer Stundenpauschale von DM 135,-) und aller Kommunikationsleistungen (Pauschale) gekommen. Die Agentur arbeitet bis zur endgültigen Klärung der Vertragsfrage auf dieser Grundlage." 9

so enthält diese Passage die Wiedergabe einer Teileinigung, die i. V. m. dem hierin in Bezug genommenen schriftlichen Vertragsentwurf, der unter 5.2 Regelungen über die Basisleistungen und unter 5.5 über die Kommunikationskostenpauschale enthält und der der Beklagten bereits zuvor übermittelt worden war, gegenständlich genau abgrenzbar ist. 10

Auch ist es zwischen den Parteien nicht im Streit, dass tatsächlich am 20.06.1997 Vertragsverhandlungen - mit welchem Inhalt auch immer - stattgefunden haben. Der Geschäftsführer der Beklagten hat anlässlich seiner Anhörung vor dem Senat selbst erklärt, dass der Zeuge E. bei dem Gespräch vom 20.06.1997 eine Ausweitung der Geschäftsbeziehung über die bereits angelaufene "Streichholzaktion" hinaus ins Gespräch 11

gebracht hat. Insoweit ist zwar das Vorbringen der Beklagten erheblich, ihr Geschäftsführer habe immer wieder klargestellt, dass über eine etwaige Ausweitung der Zusammenarbeit erst nach Abschluss der als Probelauf gedachten "Streichholzaktion" entschieden werden könne und speziell am 20.06.1997 sei eine Ausweitung bis zur Klärung der Beschwerden, die es im Zusammenhang mit der Abwicklung der "Streichholzaktion" gegeben hatte, ausdrücklich abgelehnt worden. Ferner habe ihr Geschäftsführer noch vor Zugang des Besprechungsberichts den Inhalt des Gesprächs mit einem selbst abgefassten und abgesandten Schreiben vom 24.06.1997 dahingehend zusammengefasst, dass die Probleme bei der "Streichholzaktion" geklärt werden müssten, Auftragsweiterungen abgelehnt würden und vor allem nur von Fall zu Fall erteilte Einzelaufträge vergütet würden, und dieses Schreiben an den Zeugen abgesandt.

Die Grundsätze über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben greifen 12 nämlich dann nicht ein, wenn entweder der Bestätigende das Verhandlungsergebnis bewusst unrichtig oder entstellt wiedergibt, also arglistig handelt, oder wenn das bestätigte Verhandlungsergebnis inhaltlich so weit von dem Vorbesprochenen abweicht, dass der Absender vernünftigerweise nicht mit einem Einverständnis des Empfängers rechnen konnte (vgl. Heinrichs a.a.O. § 148 Rdn. 15 f.). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen, also einer etwaigen Arglist des Zeugen E. oder aber einer wesentlichen Abweichung von dem tatsächlich Besprochenen ist indes die Beklagte beweispflichtig, da damit eine Ausnahme von der normalerweise bestehenden Bindungswirkung geltend gemacht wird (vgl. BGH NJW 1974, 991 [992]; Baumgärtel/Laumen, Hdb. der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 148 BGB Rdn. 7; Heinrichs, a.a.O. § 148 Rdn. 21; a. A. MünchKomm/Kramer, BGB 3. Auflage, § 151 Rdn. 25, 44). Beweismittel für die Richtigkeit ihrer Darstellung hat die Beklagte nicht beigebracht. Die bloßen Angaben ihres Geschäftsführers bei der aus Gründen der Waffengleichheit gebotenen Anhörung vor dem Senat reichen für eine Beweisführung nicht.

Auch dafür, dass das in Kopie vorgelegte Schreiben vom 20.06.1997 tatsächlich an den 13 Zeugen E. abgesandt worden ist, also letztlich sich widersprechende Bestätigungsschreiben vorliegen, hat die Beklagte keinen Beweis erbracht. Die Zeugin F. konnte hierzu naturgemäß nichts bekunden. Ihre Aussage im übrigen lässt - wie unten noch näher auszuführen sein wird - ohnehin keine für die Beklagte günstigen Feststellungen zu.

Nach alledem hätte die Übermittlung des Besprechungsberichts nur dann Rechtswirkungen 14 nicht auslösen können, wenn die Beklagte dem Bericht unverzüglich widersprochen hätte. Die Beklagte hat dies zwar behauptet, indem sie geltend gemacht hat, sie habe zusätzlich zu dem vor Eingang des Besprechungsberichts durch ihren Geschäftsführer persönlich verfassten und zur Post gegebenen Schreiben vom 24.06.1997 nach Faxübermittlung des Berichts ausdrücklich mit Schreiben vom 25.06.1997 irgendeine Einigung und eine Vergütung über den Pauschalbetrag von 35.000,00 DM für die "Streichholzaktion" hinaus abgelehnt und auch später nach Übermittlung des "Besprechungsberichts 4- 1997" vom 10.10.1997 mit Schreiben vom 21.07.1997 noch einmal der Darstellung des Zeugen E. widersprochen und erklärt, dass sie nicht bereit sei, irgendein Basisonorar und weitere Vergütungen zu zahlen. Beide Schreiben seien jeweils von einer Mitarbeiterin, der Zeugin F., sowohl per Fax wie auch per Post an den Zeugen E. versandt worden.

Den ihr obliegenden Beweis dafür, dass die beiden Schreiben dem Zeugen E. auch 15 zugegangen sind, hat die Beklagte indes nicht erbringen können.

Nach der h. M., insbesondere der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gibt es keinen 16 Erfahrungssatz und damit auch kein Anscheinsbeweis des Inhalts, dass eine Postsendung, sei es ein einfacher Brief, sei es ein Einschreiben den Empfänger auch erreicht (vgl. BGH

NJW 1996, 2033 [2035]; Heinrichs a.a.O. § 130 Rdn. 21 sowie Laumen a.a.O. § 130 Rdn. 2 mit Nachweisen zum Meinungsstand). Entsprechendes gilt bei Übermittlung einer Erklärung per Fax selbst dann, wenn es einen Sendebericht mit "OK-Vermerk" gibt. Hieraus lässt sich wegen der nicht auszuschließenden Möglichkeit von Störungen im öffentlichen Netz allenfalls ein Indiz für den Zugang der Erklärung herleiten lässt (vgl. BGH MDR 1995, 952 = NJW 1995, 665; OLG Köln, MDR 1995, 411; a.A. OLG München MDR 1999, 286).

Vorliegend kann es offen bleiben, ob wegen der besonderen Konstellation ausnahmsweise Anscheinsbeweissgrundsätze eingreifen können, wenn die Beklagte - ggfls. i. V. m. der Vorlage von Faxsendeberichten - den Beweis für die von ihr behauptete "doppelte" Übermittlung von zwei Schreiben sowohl per Fax wie auch per einfachem Brief zu ganz unterschiedlichen Zeiten erbringen kann, oder ob einem Absender generell keine Beweiserleichterungen zugute kommen können, weil ansonsten das zu beweisende gesetzliche Erfordernis des Zugangs einer Willenserklärung durch den Beweis ihrer Absendung ersetzt würde und Manipulationsversuche erleichtert würden (so Laumen a.a.O. § 130 Rdn. 4). 17

Jedenfalls hat die Beklagte noch nicht einmal zu beweisen vermocht, dass sie die beiden in Kopie angeblicher Abschriften vorgelegten Schreiben tatsächlich dem Zeugen E. - sei es per Fax, sei es per Post - übermittelt hat. Zunächst einmal ist nämlich zu berücksichtigen, dass sie nicht in der Lage war, irgendeine plausible Erklärung dafür abzugeben, wieso sie außerstande ist, wegen der behaupteten Übermittlung per Fax Sendeberichte, die es normalerweise geben müsste, vorzulegen. Auch die Zeugin F. konnte hierzu nichts Erhellendes beitragen. Vielmehr werden durch ihre Bekundungen Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung der Beklagten noch verstärkt. Wenn - wie die Zeugin bekundet hat - Faxsendeberichte normalerweise an das übermittelte Schreiben angeheftet werden, mag es zwar sein, dass in einem Einzelfall der Bericht dem zusätzlich per einfachem Brief versandten Original und nicht der in den eigenen Akten verbleibenden Abschrift angeheftet wird. Die Duplizität der Ereignisse, nämlich dass dieses Versehen ausgerechnet bei zwei Schreiben, zu dem es keinerlei objektive Anhaltspunkte für einen Zugang beim Empfänger gibt, vorgekommen sein soll, macht indes den gesamten Vorgang unplausibel. Auch wegen der Bekundungen der Zeugin F. im übrigen verbleiben nicht ausräumbare Zweifel an der Richtigkeit ihrer Darstellung der Geschehensabläufe. Die Zeugin, deren Bekundungen mit Vorsicht zu begegnen ist, weil sie inzwischen bei der Beklagten als Betriebsleiterin tätig und ihre Aussage möglicherweise - u. U. auch unbewusst wegen möglicher Rekonstruktionsversuche - nicht unbeeinflusst ist, begründet die von ihr geschilderte Vorgehensweise am Morgen des 25.06.1997 damit, dass der Geschäftsführer der Beklagten während ihrer Anwesenheit im Büro ein Fax des Zeugen E. erhalten habe, über das er sich "fürchterlich aufgeregt" habe. Dies ist aber nicht stimmig, da der Beklagten nach ihrem eigenen Sachvortrag der "Besprechungsbericht 3 - 1997" bereits am Abend des 24.06.1997 übermittelt worden ist (GA 64). Auch hat die Zeugin gerade vor dem Hintergrund, das es eigentlich Faxsendeberichte geben müsste, keine plausible Erklärung dafür abzugeben vermocht, wieso sie nicht nur am 25.06., sondern auch am 21.07.1997 ausnahmsweise mit der normalerweise nicht zu ihrem Aufgabenbereich zählenden Einlieferung der Briefe bei der Post betraut worden sein soll. 18

Der Zeugen E. und damit nach Abtretung die Klägerin kann nach alledem für den geltend gemachten Zeitraum pro Monat eine Vergütung von 22 Std. zu 135,00 DM zuzüglich einer Pauschale für Kommunikationsleistungen von 500,00 DM beanspruchen. Hieraus ergeben sich unter weiterer Berücksichtigung der Mehrwertsteuer von 15 % die in Rechnung gestellten 3.933,00 DM. 19

II.	20
Weitergehende Ansprüche der Klägerin bestehen nicht.	21
1.	22
Wegen der "Streichholzaktion" oblag es der Klägerin, die Behauptung der Beklagten zu widerlegen, es sei ein Pauschalpreis von 35.000,00 DM vereinbart worden.	23
Die Grundsätze des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreibens greifen insoweit nicht ein, da die Höhe der Vergütung für die seinerzeit bereits angelaufene Aktion in dem "Besprechungsbericht 3 - 1997" mit keinem Wort angesprochen, sondern nur über den bisherigen Ablauf berichtet wird. Entsprechendes gilt für den "Besprechungsbericht 4 - 1997". Wenn es hierin heißt,	24
"Der Kunde ist über einige Punkte im Agenturvertrag unsicher und hat ihn zur Prüfung an seinen Anwalt weitergegeben. Unabhängig davon gilt weiterhin der mündlich getroffene Vertrag"	25
lässt sich dem nicht entnehmen, worauf sich der mündliche "Vertrag" bezieht und dass gegebenenfalls wegen der Vergütung für den unstreitig bereits längere Zeit vorher, nämlich Anfang Juni 1997 geschlossenen Vertrag bezüglich der Sommeraktion am 10.07.1997 nachträglich Abreden getroffen worden sind.	26
Die Klägerin hat demnach zu beweisen, dass ihr der Aufwand für die Werbeaktion entsprechend dem konkret entstandenen Aufwand vergütet werden sollte. Der Zeuge E. hat zwar ihren Sachvortrag bestätigt, aber nur in allgemeiner Form. Insbesondere lässt sich seiner Aussage nicht entnehmen, dass beispielsweise ausdrücklich darüber gesprochen worden ist, dass ihm eine Handlingprovision zustehen sollte, er also nicht nur Fremd- und Herstellungsleistungen vergütet, sondern hierauf zusätzlich 17,65 % erhalten sollte. Insgesamt hat die Aussage des Zeugen zudem den Eindruck vermittelt, dass er offensichtlich aus der Tatsache, dass der Geschäftsführer der Beklagten bestimmten Dinge in dem übermittelten Vertragsentwurf nicht konkret beanstandet hat, den - in rechtlicher Hinsicht unzutreffenden - Schluss gezogen hat, er sei hiermit einverstanden und insoweit bestehe deswegen bereits eine vertragliche Bindung. Auch kann nicht außer acht gelassen werden, dass der Aussage des Zeugen E. die Bekundungen der Zeugin G.-B. entgegen stehen und der Zeuge, um dessen Geld es letztlich geht, ein eigenes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat. Seinen Bekundungen kann deswegen letztlich kein höherer Stellenwert zukommen als denn hiervon deutlich abweichenden Abgaben des Geschäftsführers der Beklagten bei seiner Parteianhörung. Es mag zwar sein, dass es seinerzeit in der Werbeagentur i. des Zeugen E. üblich war, zu festen Stundensätzen abzurechnen und den Zeitaufwand für einen Werbeauftrag genau zu erfassen, wie dies der bei ihm seinerzeit als Texter tätige Zeuge N. bekundet hat. Dies schließt indes nicht aus, dass im Einzelfall ein auch nach den Bekundungen des Zeugen N. durchaus branchenüblicher "Probelauf" vereinbart wird und dass - sei es bewusst in Erwartung weiterer Aufträge, sei es aufgrund einer Fehlkalkulation - ein nicht kostendeckender Pauschalpreis vereinbart wird. Der Umstand, dass - wie der Zeuge N. weiter bekundet hat - Zeiterfassungsbögen vorgelegt worden sind, lässt keinen Rückschluss auf die mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen zu, da die Vorlage interner Kalkulation dienen konnte.	27
2.	28
	29

Entsprechendes gilt wegen der behaupteten weiteren Aufträge bezüglich der Erstellung einer Werbemappe und der Kleinanzeigen in der Zeitschrift "handelsjournal". Auch insoweit ist den einschlägigen Passagen in den beiden Berichten über die Gespräche vom 20.06. und 10.07.1997 nicht zu entnehmen, dass es zu einer abschließenden Einigung über eine Auftragserteilung an den Zeugen E. gekommen ist und was genau die beiderseits zu erbringenden Leistungen sein sollten. Die Bekundungen des Zeugen E. wiederum reichen aus den oben genannten Gründen nicht aus, um mündliche Auftragserteilungen feststellen zu können.

III. 30

Die Hilfsaufrechnung der Beklagten ist dahin auszulegen, dass nicht die gesamte Gegenforderung von 15.250,00 DM, sondern nur die Restforderung von 6.843,50 DM zur Aufrechnung gestellt wird, die nach Abzug der Gutschrift der Klägerin von 8.406,50 DM wegen der Mängel bei der Prospektverteilung verbleibt. 31

Die Gegenforderung ist nicht begründet; denn dem Vorbringen der Beklagten lässt sich nicht nachvollziehbar entnehmen, dass ihr Gewährleistungsansprüche zustehen, die die erteilte Gutschrift übersteigen. Wegen der bei der Streichholzaktion aufgetretenen Probleme kann zwar an sich eine Minderungsmöglichkeit bestehen, und zwar nach § 634 BGB, da der Vertrag über eine konkrete Werbeaktion anders als derjenige über die kontinuierliche werbliche Betreuung primär erfolgsorientiert ist, also im wesentlichen werkvertragliche Elemente enthält. Indes hat die Beklagte Bemessungsfaktoren für eine über die Gutschrift hinausgehende Minderungsmöglichkeit nur cursorisch und damit nicht nachvollziehbar dargelegt. Auch hat sie dafür, dass wegen nicht verteilter Prospekte ca. 40 % der Werbeleistungen wertlos gewesen sein sollen, keinen Beweis angetreten. 32

IV. 33

Zinsen auf die nach den vorstehenden Ausführungen berechnete Hauptforderung über 10.415,90 DM kann die Klägerin gem. den §§ 284 a. F., 288 Abs. 1 S. 1 a.F. BGB nur in Höhe von 4 % beanspruchen. Auf eine etwaige Inanspruchnahme von Bankkredit durch den Zeugen E., die ohnehin - wie ursprünglich beantragt - allenfalls bis zur Abtretung die Geltendmachung eines Verzugsschadens rechtfertigen könnte, kommt es nicht an, da nach der Abtretungsvereinbarung vom 17.12.1997 (GA 158) nur die Hauptforderung nicht aber ein bereits entstandener Verzugsschaden abgetreten ist. Ein über den gesetzlichen Zinsen hinausgehender Verzugsschaden der Klägerin selbst ist nicht dargetan. Dieser könnte allenfalls im Verlust von Anlagezinsen bestehen, zu deren Höhe nichts vorgetragen ist. Auch kann die Klägerin wegen der Pauschale für Oktober 1997 nur Rechtshängigkeitszinsen beanspruchen, da die Mahnung vom 11.09.1997 insoweit mangels Fälligkeit nicht verzugsbegründend wirken konnte, während durch die Restzahlung der Beklagten und die Verrechnung der Gutschrift mit Wertstellung 01.07.1997 (GA 166) gem. den §§ 366 Abs. 2, 396 Abs. 1 BGB ein Teil der vorher entstandenen Forderungen erloschen ist. 34

Wegen der Höhe der gesetzlichen Verzugs- bzw. Rechtshängigkeitszinsen ist § 288 Abs. 1 S. 1 n. F. BGB nicht anwendbar, da die Forderungen bereits vor dem 01.05.2000 fällig geworden sind (Art. 229 Abs. 1 EGBGB; vgl. auch Palandt/Heinrichs, BGB, Online-Aktualisierung § 288 Rdn. 1). 35

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 281 Abs. 3, 344 ZPO. 36

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 37

Streitwert für das Berufungsverfahren insgesamt unter Berücksichtigung der Hilfsaufrechnung der Beklagten gem. § 19 Abs. 3 GKG:	38
60.494,91 DM + 6.843,50 DM = 67.338,41 DM	39
Streitwert dieses Urteils:	40
67.338,41 DM - 3.323,00 DM = 64.015,41 DM	41
Beschwer für beide Parteien: Weniger als 60.000,00 DM	42
