

1

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 2/92

Verkündet am:
7. Juli 1993
Heinz
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

T [REDACTED] AG I [REDACTED] und B [REDACTED] gesellschaft,
vertreten durch ihre Liquidatorin Evelyn B [REDACTED], M [REDACTED]
Straße [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin,
Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

D [REDACTED] H [REDACTED] bank AG, gesetzlich vertreten durch die Vor-
standsmitglieder Wolfgang H [REDACTED], Thomas Freiherr von T [REDACTED]
und Dr. Dirk H [REDACTED], G [REDACTED], H [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte,
Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1993 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 18. September 1991 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Beklagte befaßte sich u.a. mit der Vermittlung von Hypothekendarlehen. Auf diesem Gebiet war sie auf der Grundlage eines Repräsentanzvertrages seit Juli 1986 für die Klägerin tätig.

Ende 1986 beteiligte sich die Beklagte im Interesse und im Auftrag der Klägerin an der Gründung der "U[REDACTED] - [REDACTED] für F[REDACTED] AG" (künftig: UFD) in S[REDACTED]. Hierzu stellte die Klägerin der Beklagten Ende Dezember 1986 einen "Werbungskostenzuschuß" von 60.000 DM zur Verfügung. In einem Schreiben der Klägerin vom 12. Januar 1987 an die Beklagte heißt es dazu:

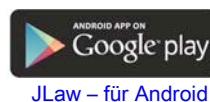
"Dieser Werbungskostenzuschuß ist dafür vorgesehen, die Aufwendungen Ihres Hauses im Zusammenhang mit der von Ihnen eingegangenen Beteiligung am Grundkapital der neu gegründeten UFD sowie Ihrer persönlichen Aktivitäten auszugleichen."

Die mit der Beklagten getroffene Vereinbarung über die Beteiligung an der UFD bestätigte die Klägerin in demselben Schreiben wie folgt:

- "1. Sie erklären sich bereit, auf jederzeitige Anforderung unseres Hauses, spätestens am 31.12.1989, frühestens jedoch mit Wirkung ab 01.01.1988, Ihre Beteiligung an der UFD auf unser Haus zu übertragen. Der etwaige Erwerbspreis entspricht dem Nominalwert der von Ihnen gehaltenen Aktienbeteiligung. Der Ihnen zur Verfügung gestellte Werbungskostenzuschuß wird mit dem Kaufpreis verrechnet. Sofern bis zum 31.12.1989 eine Übertra-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



gung auf unser Haus nicht erfolgt, ist der Werbungskostenzuschuß, ggf. unter Berechnung verauslagter Werbeaufwendungen, an uns zurückzuzahlen.

...

4. Zum Ausgleich der Mitwirkung Ihres Hauses am Aufbau der UFD erklären wir uns in Ergänzung zu dem mit Ihnen abgeschlossenen Repräsentanzvertrag bereit, für Ihr Haus eine Vermittlungsvergütung in Höhe von 0,25 % des von der UFD vermittelten Kreditgeschäfts zur Verfügung zu stellen. Sofern wir gemäß vorstehender Ziffer 1 unmittelbar Aktionär der UFD werden, erhöht sich ab diesem Zeitpunkt die Vermittlungsgebühr auf 0,5 %. Wir weisen darauf hin, daß gegebenenfalls im Einzelfall aus Konkurrenzgründen diese zusätzliche Vermittlungsgebühr durch einseitige Erklärung unseres Hauses und Ihrer Unterrichtung hierüber auch reduziert bzw. gestrichen werden kann.

Im übrigen bleibt der zwischen unseren Häusern bestehende Repräsentanzvertrag unberührt."

Die Klägerin machte von ihrem Recht auf Erwerb der UFD-Beteiligung keinen Gebrauch. Mit der Klage fordert sie die Rückzahlung des Werbungskostenzuschusses von 60.000 DM. Die Beklagte hält dem entgegen, ihr seien Werbeaufwendungen in Höhe von mehr als 60.000 DM entstanden, mit denen sie gegen die Klageforderung aufrechne. Hilfsweise rechnet sie ferner mit Provisionsansprüchen in Höhe von zusammen 80.938,25 DM gegen die Klageforderung auf. Wegen dieser Gegenforderungen und weiterer Ansprüche auf Schadensersatz in Höhe von 248.626,05 DM sowie auf Rückzahlung angeblich zuviel bezahlter Zinsen in Höhe von 45.403 DM hat die Beklagte zudem Widerklage erhoben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 40.037,57 DM verurteilt. Hiergegen richten sich die Revisionen beider Parteien. Die Klägerin verfolgt das Klagebegehren in Höhe von 55.052,50 DM weiter und bittet um Abweisung der Widerklage. Die Beklagte wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht die Aufrechnung wegen eines als Werbeauslagen geltend gemachten Betrages von 11.172 DM, den sie an die Werbeagentur PAN-STUDIO gezahlt hat, nicht hat durchgreifen lassen und ihr Provisionen nur in Höhe von insgesamt 53.601,57 DM zuerkannt hat. Soweit die auf Schadensersatz und Zinsrückzahlung gerichtete Widerklage erfolglos geblieben ist, hat die Beklagte die Revision zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revisionen führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Oberlandesgericht.

A. Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Klägerin aufgrund der Vereinbarung, die sie mit ihrem Schreiben vom

12. Januar 1987 bestätigt hat, ein Anspruch auf Rückzahlung des Werbekostenzuschusses von 60.000 DM ursprünglich zugestanden habe. Das nimmt die Beklagte nunmehr hin. Aus Rechtsgründen ist gegen diesen Ausgangspunkt auch nichts einzuwenden.

B. I. 1. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung der Beklagten zum einen mit Auslagenersatzansprüchen in Höhe von 46.436 DM durchgreifen lassen und dazu ausgeführt: Die Beklagte könne nach Nr. 1 der im Schreiben der Klägerin vom 12. Januar 1987 wiedergegebenen Vereinbarung die von ihr verauslagten Werbeaufwendungen ersetzt verlangen. Zu erstatten seien ihr danach Anwaltshonorare für die Tätigkeit ihres damaligen Vorstandsmitglieds Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] in Höhe von 45.030 DM und Reisekosten in Höhe von 1.406 DM für die Teilnahme Rechtsanwalt Dr. B.s an Aufsichtsratssitzungen in S. [REDACTED] und an einer Besprechung in H. [REDACTED]. Der Wirksamkeit der mit Rechtsanwalt Dr. B. getroffenen Honorarvereinbarung stehe das Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB nicht entgegen, denn die Beklagte habe die getroffene Vereinbarung nach dem Ausscheiden Dr. B.s aus dem Vorstand spätestens dadurch genehmigt, daß sie sich im vorliegenden Rechtsstreit auf die Honorarvereinbarung berufe. Die von Rechtsanwalt Dr. B. in Rechnung gestellten Honorarsätze seien angemessen und von der Klägerin zuletzt nicht mehr bestritten worden. Auch die Teilnahme Rechtsanwalts Dr. B.s "an einzelnen der von der Beklagten bezeichneten Sitzungen" habe die Klägerin nicht substantiiert bestritten. Darauf, ob die Beklagte die Honorare und Ausla-

gen, die sie Rechtsanwalt Dr. B. geschuldet habe, tatsächlich bezahlt habe, komme es nicht an. Der Beklagten stehe jedenfalls ein Anspruch auf Schuldbefreiung zu, den sie gegenüber dem Rückzahlungsverlangen der Klägerin in die Abrechnung einsetzen könne.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision der Klägerin nicht stand.

a) Die Honorarvereinbarung, die die Beklagte mit Rechtsanwalt Dr. B. getroffen und die dieser gegenüber der Beklagten unter dem 9. Januar 1987 schriftlich bestätigt hat, kommt als Grundlage für einen Auslagenerstattungsanspruch der Beklagten nicht in Betracht, denn diese Vereinbarung ist unwirksam. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision mit Recht rügt, die Bestimmung des § 112 AktG übersehen, die die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern ausschließlich dem Aufsichtsrat zuweist. Daß die Beklagte beim Abschluß der Honorarvereinbarung mit Rechtsanwalt Dr. B. durch ihren Aufsichtsrat vertreten gewesen sei, hat die Beklagte nicht behauptet.

Nach einer vor allem im aktienrechtlichen Schrifttum verbreiteten Auffassung (Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 82 Rdnr. 20; Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 82 Rdnr. 13 und § 112 Rdnr. 5; Meyer-Landrut in Großkommentar zum AktG, 3. Aufl., § 82 Anm. 2 und § 112 Anm. 1; ders. EWiR § 112 AktG 1/86, 539; EWiR § 112 AktG 2/86, 1165; EWiR § 52 GmbHG 1/90, 909) sind Geschäfte, die der Vorstand der Aktiengesellschaft unter Mißachtung der Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats

schließt, nichtig. Ob dem zu folgen ist oder ob auch derartige Geschäfte nach dem Vertretungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches zu behandeln und daher nur als schwebend unwirksam (§ 177 BGB) anzusehen sind (so z.B. Erman/Brox, BGB, 8. Aufl., Rdnr. 3; MünchKomm BGB-Thiele, 2. Aufl., Rdnr. 4; Soergel/Leptien, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 9; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 3, je zu § 177), bedarf keiner Entscheidung. Denn letzterenfalls hätte die mit Rechtsanwalt Dr. B. getroffene Honorarvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung durch den Aufsichtsrat als das gegenüber Vorstandsmitgliedern allein vertretungsberechtigte Organ der Beklagten bedurft. Daß diese erteilt worden sei, ist weder festgestellt noch vorgetragen. Die Beklagte hat sich vielmehr allein darauf berufen, daß ihr damaliger, nach dem Ausscheiden Dr. B.s als Vorstandsmitglied verbliebener Restvorstand die Honorarvereinbarung durch die Prozeßführung konkludent genehmigt habe.

Die Revisionserwiderung der Beklagten hält demgegenüber die Genehmigung durch den Restvorstand für ausreichend, weil Rechtsanwalt Dr. B. im Zeitpunkt der Genehmigung nicht mehr Vorstandsmitglied der Beklagten gewesen sei, so daß ihm gegenüber § 112 AktG keine Anwendung mehr habe finden können. Dem folgt der erkennende Senat nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats nach § 112 AktG auch im Verhältnis zu ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern (Urteile vom 13. Februar 1989 - II ZR 209/88 = ZIP 1989, 497 unter I; vom 5. März 1990 - II ZR 86/89 = WM 1990, 630 unter I; vom 22. April 1991 - II ZR 151/90 = ZIP 1991, 796, je m.w.Nachw.). Diese Rechtsprechung beschränkt sich entge-

gen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht auf die von ihr angeführten Fälle des Widerrufs der Organbestellung, der Beendigung des Dienstvertrages, der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus der Amtsführung des Vorstandes und der Regelung von Vorstandsbezügen und Pensionen. Die zitierte Rechtsprechung beruht entscheidend auf der Erwägung, daß nur bei einer Vertretung durch den Aufsichtsrat eine unbefangene, von sachfremden Erwägungen unbeeinflusste und die Belange der Gesellschaft wahrende Vertretung gewährleistet ist (BGH aaO). Das trifft nicht nur auf die von der Revisionserwiderung aufgeführten Geschäfte, sondern auf alle Verträge mit amtierenden oder ehemaligen Vorstandsmitgliedern zu.

b) Unabhängig von der Wirksamkeit der Honorarvereinbarung kann die Beklagte die Erstattung von Anwaltskosten unter dem Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes mangels abweichender Vereinbarung gemäß § 670 BGB nur insoweit verlangen, als sie derartige Aufwendungen für erforderlich halten durfte. Das Berufungsgericht befaßt sich mit dieser Frage nur im Hinblick auf die Abwesenheitsvergütungen und Reisekosten, die die Beklagte für die Teilnahme Dr. B.s an Aufsichtsratssitzungen geltend macht. Hinsichtlich der darüber hinaus in Rechnung gestellten anwaltlichen Tätigkeiten - Prüfung der Gründungsverträge und laufende Beratung der Beklagten durch Rechtsanwalt Dr. B. -, deren Erforderlichkeit die Klägerin bestritten hat, enthält das Berufungsurteil, wie die Revision mit Recht rügt, weder tatsächliche Feststellungen noch eine Begründung.

c) Erfolg hat auch die weitere Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Teilnahme Rechtsanwalt Dr. B.s an sämtlichen von der Beklagten aufgeführten Sitzungen nicht als unstreitig behandeln dürfen. Die betreffende Feststellung bindet das Revisionsgericht nicht, denn die Klägerin hat sie - erfolglos - mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag angegriffen. Wie die Revision zu Recht beanstandet, hat das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin übergangen, die in der Abrechnung der Beklagten aufgeführte Aufsichtsratssitzung vom 13. Mai 1987 habe nicht stattgefunden und an der statt dessen anberaumten Aufsichtsratssitzung vom 24. Juni 1987 habe Rechtsanwalt Dr. B. nicht teilgenommen. Ob nach der vom Berufungsgericht verwerteten schriftlichen Stellungnahme des Zeugen Dr. K. unter dem Datum des 13. Mai 1987 "weitere Aktivitäten" Rechtsanwalt Dr. B.s in Betracht kommen, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unerheblich, denn die Beklagte hat Aufwendungsersatz ausdrücklich für eine Aufsichtsratssitzung vom 13. Mai 1987 geltend gemacht.

d) Als weiteren Verfahrensfehler rügt die Revision ferner mit Recht, daß das Berufungsgericht sich nicht mit der von der Klägerin bestrittenen Erforderlichkeit der von der Beklagten in Rechnung gestellten Besprechung Rechtsanwalt Dr. B.s mit dem Zeugen Dr. K. in H. befaßt hat. Das Berufungsgericht hat lediglich die Teilnahme Dr. B.s an den von der Beklagten aufgeführten Sitzungen, nicht aber deren Erforderlichkeit festgestellt.

e) Da die Teilnahme Rechtsanwalt Dr. B.s an der angeblichen Aufsichtsratssitzung vom 13. Mai 1987 und die Erfor-

derlichkeit der Besprechung vom 17. August 1987 in H [REDACTED] nicht verfahrensfehlerfrei festgestellt sind, kann auch die Entscheidung über die hierfür in Ansatz gebrachten Bahn- und Flugreisekosten von 160 und 606 DM keinen Bestand haben.

f) Mit Erfolg wendet sich die Revision schließlich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne die Honorare und Auslagen, die sie Rechtsanwalt Dr. B. schulde, in die Abrechnung ohne Rücksicht darauf einsetzen, ob sie diese tatsächlich an Rechtsanwalt Dr. B. gezahlt habe. Mit dem Wortlaut der vertraglichen Verrechnungsabrede (Nr. 1 der in dem Schreiben der Klägerin vom 12. Januar 1987 bestätigten Vereinbarung), auf die das Berufungsgericht abstellt, steht diese Auffassung nicht in Einklang, denn dort ist nur der Abzug verauslagter Werbeaufwendungen vorgesehen. Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, mit Hilfe welcher Erwägungen das Berufungsgericht zu seinem gegenteiligen Auslegungsergebnis gelangt ist. Wegen dieses Rechtsfehlers (Senatsurteil vom 21. Oktober 1992 - VIII ZR 99/91 = WM 1993, 114 unter II 1 a m.w.Nachw.) ist das Revisionsgericht an die Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden. Ist somit jedenfalls für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß die Beklagte nach der mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung zu der vom Berufungsgericht angenommenen Verrechnung nicht befugt war, so kommt wegen der Honorare und Auslagen Rechtsanwalt Dr. B.s lediglich ein Freistellungsanspruch der Beklagten in Betracht, der zur Aufrechnung ungeeignet und von der Beklagten auch nicht geltend gemacht ist.

II. Die gegen die Klageforderung weiter hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Ersatz des an die Werbeagentur "P-S" für die Erstellung eines Kurzkonzepthes und einer Präsentation im Zusammenhang mit der Beteiligung an der UFD gezahlten Betrages von 11.172 DM hat das Berufungsgericht daran scheitern lassen, daß die Beklagte die von der Klägerin bestrittene Erforderlichkeit dieser Aufwendungen nicht dargetan habe.

Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Verfahrensrügen. Der Senat hat diese Rügen geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO).

III. Erfolglos geblieben ist die Aufrechnung der Beklagten in der Berufungsinstanz auch hinsichtlich eines Betrages von 10.830 DM, den sie als Aufwand für eine Eröffnungsfeier geltend gemacht hatte. Das nimmt die Revision der Beklagten hin.

IV. 1. Gegenüber dem - nach Abzug des der Beklagten vom Berufungsgericht zuerkannten Aufwendungsersatzanspruchs verbleibenden - Restbetrag der Klageforderung von 13.564 DM hat das Berufungsgericht die Aufrechnung mit Provisionsansprüchen der Beklagten durchgreifen lassen. Es hat dazu ausgeführt, der Beklagten stehe nach Nr. 4 der Vereinbarung vom 12. Januar 1987 Provision nicht nur für Neukredite, sondern auch für die von der UFD vermittelten Prolongationskredite zu. Dies sei dem Wortlaut der Vereinbarung zu

entnehmen, wie die Beklagte ihn nach Treu und Glauben habe verstehen dürfen. Denn die Vermittlung von Prolongationskrediten sei das eigentliche Aufgabenfeld der UFD gewesen; eine Beschränkung der Provisionszusage auf die Vermittlung von Neukrediten hätte unter diesen Umständen einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurft. Darüber hinaus habe der Zeuge K. bestätigt, daß die Provisionszusage sich auch auf "Bedingungsangleichungen" habe beziehen sollen.

2. Hiergegen wendet sich die Revision der Klägerin ohne Erfolg. Die Auffassung des Berufungsgerichts beruht auf tatrichterlicher Auslegung der individualvertraglich getroffenen Provisionsabrede der Parteien. Diese kann in der Revisionsinstanz nur beschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer acht gelassen wurde (st. Rspr. des Bundesgerichtshofs, z.B. Urteil vom 11. November 1992 - VIII ZR 211/91 = WM 1993, 249 unter II 2).

Einen derartigen Fehler zeigt die Revision nicht auf. Sie rügt lediglich, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung den unter Beweis gestellten Sachvortrag der Klägerin übergangen, für die Vermittlung von Prolongationskrediten werde branchenüblich keine Provision gezahlt; da diese Verkehrssitte auch der Beklagten bekannt gewesen sei, habe diese nicht davon ausgehen können, ihr seien hiervon abweichend Vermittlungsprovisionen auch für Prolongationskredite versprochen.

Die von der Klägerin behauptete Verkehrssitte steht dem vom Berufungsgericht gewonnenen Auslegungsergebnis indessen nicht entgegen. Das Berufungsgericht hat - von der Revision unbeanstandet - festgestellt, daß das "eigentliche Aufgabenfeld" der UFD gerade in der Vermittlung von Prolongationskrediten bestand. Trafen die Parteien vor diesem Hintergrund in Kenntnis der von der Klägerin behaupteten Verkehrssitte eine Provisionsabsprache, so kann diese vernünftigerweise nur dahin verstanden werden, daß für die üblicherweise provisionsfreie Vermittlung von Prolongationskrediten hier ausnahmsweise Provisionen gezahlt werden sollten. Gerade bei Berücksichtigung der von der Klägerin behaupteten Verkehrssitte hätte die Beschränkung des Provisionsanspruchs der Beklagten auf die Vermittlung von Neukrediten deshalb einer entsprechenden Vereinbarung bedurft. Daran fehlt es nach den getroffenen Feststellungen. Das Berufungsgericht hat der Aussage des Zeugen K. vielmehr entnommen, daß die Provisionszusage der Klägerin sich auch auf "Bedingungsangleichungen", also Prolongationskredite, beziehen sollte.

3. Ohne Erfolg rügt die Revision der Klägerin schließlich, das Berufungsgericht habe den Einwand der Klägerin übergangen, die der Verkehrssitte widersprechende Provisionszusage für Prolongationskredite sei durch kollusives Zusammenwirken der Beklagten mit dem damaligen Vorstandsmitglied Dr. K. der Klägerin zustande gekommen. Auf diesen unsubstantiierten Einwand brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen. Die bloße Abweichung vom Üblichen rechtfertigt noch nicht die Annahme eines bewußten Zusammenwirkens der Vertragsschließenden zum Zwecke der Schädigung der

Klägerin. Erst recht kann von einem kollusiven Zusammenwirken keine Rede sein, wenn die unübliche Provisionsabsprache wie hier für den gleichfalls unüblichen Fall getroffen wird, daß die Aufgabe des Kreditvermittlers (UFD) sich im wesentlichen auf die Vermittlung von Prolongationskrediten beschränkt.

C. I. 1. Provisionsansprüche für die Vermittlung von Neukrediten hat das Berufungsgericht der Beklagten nur aus einem Kreditvolumen von 1,979 Mio. DM - aus den Objekten Reichert mit 1,1 Mio. DM und Bauherrenmodell B[REDACTED]straße mit 879.000 DM - zuerkannt. Die von der Beklagten darüber hinaus erhobenen Provisionsansprüche für die Vermittlung neuer Kredite über 2,2 Mio DM (Objekt H[REDACTED]) und 187.000 DM (Objekt Bauherrenmodell S[REDACTED]/Bad C[REDACTED]) hat es nicht anerkannt, weil die Beklagte nicht bewiesen habe, daß diese beiden Kredite von der UFD und nicht von dem Zeugen Be[REDACTED] persönlich vermittelt worden seien.

Die Revision der Beklagten hält das für unerheblich, weil der Zeuge Be. im Zeitpunkt der Vermittlung der beiden Kredite Vorstandsmitglied der UFD und in dieser Eigenschaft gemäß § 88 Abs. 1 AktG gehindert gewesen sei, im Geschäftszweig der Gesellschaft Geschäfte für eigene Rechnung zu machen. Die UFD könne deshalb gemäß § 88 Abs. 2 AktG nach ihrer Wahl von dem Zeugen Be. Schadensersatz fordern oder verlangen, daß dieser die Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft eingegangen gelten lasse. Diese Ansprüche gegen den Zeugen Be. seien den der UFD entgangenen eigenen

Provisionsansprüchen gleichwertig, denn die UFD stehe danach wirtschaftlich so, als wenn sie diese Umsätze selbst getätigt hätte. Daher könne auch die Beklagte für diese Geschäfte die ihr versprochene Unterprovision fordern. Unerheblich sei, daß dem Zeugen Be. nach dessen Bekundung die Vermittlung der beiden genannten Kredite auf eigene Rechnung vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats der UFD gestattet worden sei. Für eine wirksame Zustimmung hätte es einer im voraus erteilten Einwilligung des Aufsichtsrats in seiner Gesamtheit bedurft, die nicht dargetan sei. Schließlich treffe die Klägerin der Vorwurf eines kollusiven Zusammenwirkens mit dem Zeugen Be.

2. Mit diesen Rügen vermag die Revision nicht durchzudringen.

Es ist weder festgestellt noch vorgetragen, daß die UFD dem Zeugen Be. gegenüber von den Rechten nach § 88 Abs. 2 AktG Gebrauch gemacht hat. Unter diesen Umständen bestand aber auch für die Klägerin keine Veranlassung, die Vermittlungstätigkeit des Vorstandsmitglieds Be. nicht diesem, sondern der UFD zuzurechnen. Die Bestimmung des § 88 Abs. 2 AktG dient allein dem Schutz der Aktiengesellschaft; macht diese von den ihr eingeräumten Befugnissen keinen Gebrauch, so kann es nicht als treuwidrig angesehen werden, wenn auch der Geschäftsgegner das Geschäft als ein eigenes des Vorstandsmitglieds gelten läßt. Für ein kollusives Zusammenwirken zum Nachteil der Beklagten ist nichts ersichtlich.

II. 1. Provisionen für die Vermittlung von Prolongationskrediten hat das Berufungsgericht der Beklagten aus einem Kreditvolumen von nur 19.461.630 DM zuerkannt, weil die Beklagte für die Richtigkeit des von ihr behaupteten und von der Klägerin bestrittenen höheren Kreditvolumens beweisfällig geblieben sei.

2. Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Recht.

a) Das Berufungsurteil läßt schon nicht erkennen, ob und mit welchem Ergebnis das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen Be. zur Höhe der von der Klägerin an die UFD gezahlten Provisionen verwertet hat. Das Berufungsgericht stellt allein darauf ab, daß die Beklagte für die Richtigkeit der im Schreiben der UFD vom 5. September 1988 aufgeführten Kreditvolumina keinen weiteren Beweis mehr angetreten habe. Da es die Beklagte als beweisfällig behandelt, kann dies nur bedeuten, daß ihm die Aussage des Zeugen Be. nicht ausgereicht hat. Das ist aus zwei Gründen unverständlich: Zum einen hat der Zeuge Be. die im Jahre 1988 an die UFD gezahlten Provisionen mit "etwa 147.000 DM und 40.000 DM" angegeben. Das deckt sich mit dem Inhalt des Schreibens der UFD vom 5. September 1988. Da der Zeuge weiter bekundet hat, die UFD habe von der Klägerin alle Provisionen erhalten (aaO), hat er damit jedenfalls indirekt auch die in dem genannten Schreiben aufgeführten Kreditvolumina bestätigt.

Hiervon abgesehen bedurfte es nicht einmal einer "Rückrechnung" auf das den Provisionszahlungen zugrundeliegende

Kreditvolumen. Nach der mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung hatte die Beklagte Anspruch auf eine "Vermittlervergütung in Höhe von 0,25 % des von der UFD vermittelten Kreditgeschäfts". Da der Provisionssatz der UFD 5 ‰ = 0,5 % betrug (Nr. 6 der Grundlagenvereinbarung vom 23. Dezember 1986), beläuft sich die der Beklagten zustehende Provision auf die Hälfte des Provisionsanspruchs der UFD gegen die Klägerin.

b) Die Aussage des Zeugen Be. steht auch keineswegs im Widerspruch zu den Ausführungen der Klägerin, die das Berufungsgericht als substantiiertes Bestreiten des von der Beklagten behaupteten Kreditvolumens gewertet hat. Denn nach ihrer eigenen Zusammenstellung hat die Klägerin für Prolongationsgeschäfte an die UFD Provisionen von insgesamt 192.461,63 DM, also sogar noch rund 5.000 DM mehr gezahlt, als dies die Beklagte unter Berufung auf das Schreiben der UFD vom 5. September 1988 behauptet und der Zeuge Be. bestätigt haben.

c) Wie die Revision ferner mit Recht rügt, ist das Berufungsgericht bei der Errechnung des Volumens der Prolongationskredite unter Verstoß gegen § 286 ZPO von einem unzutreffenden und von keiner Partei behaupteten Provisionssatz ausgegangen. Nach der Provisionsaufstellung der Klägerin, der das Berufungsgericht folgt, hat die UFD für die Vermittlung von Prolongationskrediten Provisionen in Höhe von insgesamt 192.461,63 DM bezogen. Hiervon ausgehend errechnet die Klägerin das Kreditvolumen unter Zugrundelegung eines Provisionssatzes von 1 % mit 19.461.630 DM (richtig: $192.461,63 \times 100 = 19.246.163$ DM). Dieser Rückrechnung hat

sich das Berufungsgericht angeschlossen. Dabei hat es übersehen, daß der zwischen der Klägerin und der UFD vereinbarte Provisionssatz nach Nr. 6 der Grundlagenvereinbarung vom 23. Dezember 1986 unstreitig nicht 1 %, sondern nur 5 ‰ = 0,5 % betrug. Daß dieser Provisionssatz später auf 1 % erhöht oder Provisionen in dieser Höhe tatsächlich gezahlt worden seien, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Auch die Klägerin hat dies nicht behauptet, ihrer Berechnung des Kreditvolumens vielmehr kommentarlos den unzutreffenden Provisionssatz von 1 % zugrundegelegt. Auf der Grundlage des vereinbarten Provisionssatzes von 0,5 % errechnet sich aber aus den von der Klägerin aufgelisteten Vermittlungsprovisionen ein Kreditvolumen von rund 38,5 Mio. DM, so daß die Auffassung des Berufungsgerichts nicht haltbar ist, die Klägerin habe das von der Beklagten behauptete Kreditvolumen substantiiert bestritten, soweit es mit mehr als 19.461.630 DM (richtig: 19.246.163 DM) angegeben sei.

d) Da die Entscheidung über den Provisionsanspruch der Beklagten für die Vermittlung von Prolongationskrediten schon aus diesen Gründen keinen Bestand haben kann, bedürfen die von der Revision darüber hinaus erhobenen Verfahrensrügen keiner Entscheidung.

D. Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist noch nicht zu einer abschließenden Entscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), weil es dazu weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Damit diese

getroffen werden können, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers