

OBERLANDESGERICHT      HAMM

IM    NAMEN    DES    VOLKES

URTEIL

29 U 70/92 OLG Hamm  
2 O 333/90 LG Arnsberg

Verkündet am 15. November 1994  
Klement, Justizangestellte  
als Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle des Oberlandesgerichts

In dem Rechtsstreit

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schröder und die Richter am Oberlandesgericht Dr. Linke und Leygraf auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1994

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufungen der Klägerin und des Beklagten wird - unter Zurückweisung beider Rechtsmittel im übrigen - das am 13.03.1992 verkündete Teilurteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg teilweise abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 94.215,28 DM (i.W.: vierundneunzigtausendzweihundertfünfzehn 28/100 Deutsche Mark) nebst 5 % Zinsen aus 28.732,46 DM seit dem 16.01.1988 und aus dem Gesamtbetrag seit dem 04.01.1991 zu zahlen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlußurteil des Landgerichts vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 94.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht der Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Klägerin kann die von ihr zu leistende Sicherheit auch durch unbefristete, unbedingte, selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, Sparkasse oder Genossenschaftsbank erbringen.

Das Urteil beschwert die Klägerin in Höhe von 263.548,55 DM; die auf die aberkannten Zinsen beschränkte Beschwer des Beklagten liegt unter 60.000,00 DM.

### Tatbestand

Die Klägerin ist ein ehemaliges jugoslawisches Staatsunternehmen, zu dessen Leistungsangebot auch die Durchführung von Großbauvorhaben und die Einrichtung von Hotels, Verwaltungsgebäuden, Schulen und Warenhäusern gehören. Die Interessen der Klägerin in der Bundesrepublik Deutschland wurden auf der Grundlage zweier Verträge vom 07.02.1985 und 30.05.1985 sowie eines Zusatzvertrages vom 20.04./21.07.1988 vom Beklagten wahrgenommen, der ein Ingenieurbüro betrieb. Nach dem Vertrag vom 07.02.1985 sollte der Beklagte für die in seinem Gebiet getätigten Geschäfte eine am Gesamtumfang aller Lieferungen und Leistungen orientierte Provision von 10 % erhalten. Der Vertrag enthält unter § 11 folgende Klausel:

Für alle eventuellen Regelungen von Streitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten versuchen die Vertragsparteien zunächst eine gütliche Einigung zu treffen. Ist dies nicht möglich, dann werden sie streitig vor dem Schiedsgericht der Internationalen Handelskammer in Paris mit dem Sitz in Zürich verhandeln. Beide Vertragsparteien unterwerfen sich dem Reglement dieses Schiedsgerichtes.

Im übrigen gilt das Schweizerische Recht.

Zu den Aufgaben des Beklagten gehörten die Leitung der Bauausführung und die Abwicklung der Bauaufträge namentlich für ein Bauvorhaben der in und für das Hotel in . Zu diesem Zweck wurde bei der Bank ein sogenanntes Baukonto eingerichtet, über das die Einnahmen und Ausgaben aus den Bauvorhaben abgewickelt wurden. Die Klägerin macht aus der Abrechnung dieses

Baukontos, die sie von einem Steuerberaterbüro hat überprüfen lassen, einen Fehlbetrag geltend. Sie hält die Schiedsgerichtsvereinbarung für unwirksam.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 191.734,81 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18.01.1990 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, der von der Klägerin geltend gemachte Fehlbetrag existiere nicht. Er habe über das Baukonto insgesamt 2.354.664,00 DM ausgezahlt, so daß von den durch die Kontoauszüge belegten Einnahmen von 2.375.057,00 DM nur eine Differenz von 20.393,00 DM ungeklärt sein könnte.

Der Beklagte macht seinerseits noch offene Provisionsansprüche in Höhe von rd. 440.000,00 DM geltend (Bl. 42), die nach eingeschränkter Bewilligung von Prozeßkostenhilfe (Bl. 162 i.V.m. Bl. 172 R) zunächst nur mit zwei Positionen rechtshängig geworden sind. Dazu gehört die Provision aus der Vermittlung von Aufträgen der Firma in die aufgrund einer Vereinbarung vom 25.11.1987 gestaffelt gezahlt werden sollte und nach Teilzahlung von 3.165,00 DM noch in Höhe von rund 94.000,00 DM offenstände, sowie die restliche Provision aus der Abwicklung des Bauvorhabens für die Bank in in Höhe von rund 118.000,00 DM. Hinsichtlich einer mit Schriftsatz vom 09.04.1991 (Bl. 186) erhobenen weiteren Forderung von 164.000,00 DM als Bauleiterhonorar aus einem nicht zur Ausführung gelangten Objekt hat das Landgericht den Prozeßkostenhilfeantrag des Beklagten noch nicht beschieden.

Der Beklagte hat im Wege der Widerklage beantragt,

die Klägerin zu verurteilen an ihn

a)  
211.948,48 DM nebst 12 % Zinsen seit dem 04.01.1991 und

b)  
weitere 164.000,00 DM nebst 9,75 % Zinsen seit dem  
09.04.1991 zu zahlen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Sie hat behauptet, die Aufträge der Firma . . . in  
seien nicht für sie als Vertragspartnerin des Beklagten,  
sondern für ihre deutsche Tochterfirma, die  
GmbH & Co. KG in . . . , vermittelt worden. Der Provi-  
sionsanspruch für das Bauvorhaben . . . -Bank sei erfüllt worden  
und der Honoraranspruch aus dem Objekt . . . sei von der  
Durchführung des Bauvorhabens abhängig gewesen oder jedenfalls  
verwirkt.

Das Landgericht hat der Klägerin mit Beschluß vom 04.12.1991  
die Leistung einer Prozeßkostensicherheit nach §§ 110, 112 ZPO  
aufgegeben.

Mit Teilurteil vom 13.03.1992 hat das Landgericht der Klage  
stattgegeben und unter teilweiser Entscheidung über die Wider-  
klageforderungen des Beklagten die Klägerin zur Zahlung der  
Vermittlungsprovision aus den Aufträgen der Firma . . . ver-  
urteilt.

Das Landgericht hält die Schiedsgerichtsvereinbarung wegen man-  
gelnder Bestimmtheit und wegen fehlender Niederschrift in einer  
separaten Urkunde gemäß § 1027 Abs. 1 ZPO für unwirksam. Die  
Nichtigkeit ergreife nach § 139 BGB auch die Rechtswahlklausel.  
Die Klage sei im vollen Umfang begründet, weil der Beklagte  
unter Verletzung der vertraglichen Sorgfaltspflichten das Bau-  
konto fehlerhaft abgerechnet habe. Die von der Klägerin beleg-  
ten Ausgaben unterschritten die unstreitigen Einnahmen sogar

mit einem höheren als dem eingeklagten Betrag. Die im Wege der Widerklage geltend gemachte Provisionforderung des Beklagten aus den Aufträgen der Firma sei ebenfalls begründet. Ausweislich des gemeinsamen Protokolls vom 25.11.1987 habe sich der Gesamtauftragswert auf 1.708.454,00 DM belaufen, wovon der Beklagte, der die Aufträge für die Klägerin selbst und nicht für deren Tochtergesellschaft in vermittelt habe, eine 5 %ige Provision von 97.380,74 DM inklusive Mehrwertsteuer zustände. Abzüglich der unstreitigen Zahlung von 3.165,46 DM ergebe sich der zuerkannte Betrag.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Rechtsmittel eingelegt.

Der Beklagte erhält die Einrede des Schiedsvertrages aufrecht. In der Sache macht er geltend, die Klägerin habe nicht dargelegt, daß und inwiefern die Abrechnung des Baukontos fehlerhaft sei. Einnahmen und Ausgaben seien deckungsgleich; allerdings seien die ersten drei Zahlungen der Bank im Gesamtbetrag von 307.800,00 DM nicht über das Baukonto gelaufen. Der Beklagte legt eine Aufstellung über die Entwicklung des Baukontos vor und erläutert die einzelnen Positionen, namentlich die mit „Kasse“ gekennzeichneten Abhebungen, bei denen es sich um Barauszahlungen an Monteure der jugoslawischen Subunternehmerfirma handele, die durch Einzahlungen der Firma gedeckt waren. Im übrigen macht der Beklagte im Wege der Klageerweiterung die Verzinsung eines Teiles des vom Landgericht zugesprochenen Betrages von einem früheren Zeitpunkt ab geltend. Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung der Berufung der Klägerin die Klage abzuweisen und aus dem zugesprochenen Betrag einen Teil von 28.732,46 DM bereits seit dem 16.01.1988 zu verzinsen.

Die Klägerin beantragt,

das Teilurteil des Landgerichts Arnberg vom 13.03.1992 teilweise abzuändern und die Widerklage, soweit über sie

entschieden ist, insoweit abzuweisen, als der Beklagte mehr als 22.401,54 DM verlangt, sowie die Berufung des Beklagten zurückzuweisen; hilfsweise ihr zu gestatten, eine von ihr zu leistende Sicherheit auch die Bürgschaft einer Großbank, einer Sparkasse oder Genossenschaftsbank zu erbringen.

Die Klägerin macht geltend, das Landgericht habe aus dem Protokoll vom 25.11.1987 falsche Schlußfolgerungen gezogen. Tatsächlich handele es sich bei dem darin errechneten Betrag um eine Extraleistung der Klägerin, weil dem Beklagten aus den Aufträgen der Firma                    überhaupt keine Provision zugestanden habe. Der Zeuge                    habe dem Beklagten kulanter Weise eine Provision von 17.000,00 DM zuwenden wollen, zzgl. 19.313,00 DM und weiteren 600,00 DM Spesen und Auslagen. Darauf seien bereits 11.346,00 DM geleistet und weitere 3.165,46 DM anschließend unstreitig gezahlt worden, so daß nur ein Restbetrag von 22.401,54 DM offenstehe.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Die Parteien haben zu der bis dahin streitigen Frage der tatsächlichen Existenz und Aktivlegitimation der unter wechselnden Bezeichnungen aufgetretenen Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat übereinstimmend erklärt, daß das nunmehr im Rubrum des Berufungsurteils aufgeführte Unternehmen Klägerin sein solle.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen                    und                    . Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Vermerk des Berichterstatters verwiesen.

### Entscheidungsgründe

I.

Die Berufungen beider Parteien sind zulässig. Das Rechtsmittel der Klägerin hat aber in der Sache nur hinsichtlich der Neben-

forderung Erfolg, während der Berufung des Beklagten im wesentlichen stattzugeben war.

II.

1.

Die staatlichen Gerichte sind ungeachtet der von den Parteien getroffenen Schiedsvereinbarung zur Entscheidung des Rechtsstreits in der Sache berufen.

a)

Die gleichlautenden Schiedsklauseln in § 11 des Vertrages vom 07.02.1985 und § 10 des Vertrages vom 30.05.1985 sind allerdings formwirksam. Das folgt zwar nicht aus der Formerleichterung für Handelsgeschäfte unter Vollkaufleuten nach § 1027 Abs. 2 ZPO, sondern aufgrund des Vorrangs der Staatsverträge vor dem autonomen Recht (Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 20. Aufl., § 1027 Rz. 22; Reithmann/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl., Rz. 1322 und 1338) aus Art. 2 Abs. 2 des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958 (BGBl. 1961 II 122), das sich mit einfacher Schriftlichkeit begnügt und keine separate Urkunde für die Schiedsklausel verlangt. Das Übereinkommen regelt ungeachtet des engeren Titels die Förmlichkeiten aller Schiedsvereinbarungen, die zu einem ausländischen Schiedsspruch geführt haben, führen können oder hätten führen können (Stein/Jonas/Schlosser, a.a.O., Rz. 26 vor § 1044; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 4. Aufl., S. 359; MünchKomm-Gottwald, ZPO, Schlußanhang B.6.a, Art. 2 Rz. 4 = S. 1944). Vertragsstaaten sind sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch die Schweiz und Jugoslawien, seit dem 25.06.1991 auch die Republik Slowenien (Bek. v. 18.12.1992, BGBl. 1993 II 123).

b)

Ob die Schiedsgerichtsklausel wegen inhaltlicher Unbestimmtheit bzw. Widersprüchlichkeit unwirksam ist, erscheint zweifelhaft.



Das folgt entgegen der Ansicht der Klägerin und des Landgerichts jedenfalls nicht aus der Wahl des schweizerischen Rechts, weil es an der notwendigen Konkretisierung auf ein bestimmtes kantonales Recht fehle. Zum einen ist die internationale Schiedsgerichtsbarkeit auch in der Schweiz durch das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit von 1969 und das Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) von 1987 bundeseinheitlich geregelt (vgl. Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens, 2. Aufl., Rz. 848). Zum anderen würde sich aus der Wahl von Zürich als Sitz des Schiedsgerichts auch die Konkretisierung der Rechtswahl auf das Recht des Kantons Zürich herleiten lassen.

Eine Schiedsvereinbarung ist aber ungültig, wenn das zur Entscheidung berufene Schiedsgericht weder eindeutig bestimmt noch bestimmbar ist (BGH NJW 1983, 1267; OLG Hamburg RIW/AWD 1982, 283; Stein/Jonas/Schlosser., a.a.O., § 1025 Rz. 15; Zöllner/Geimer, ZPO, 18. Aufl., § 1025 Rz. 11; Reithmann/Hausmann, a.a.O., Rz. 1402). Die Berufung „(des) Schiedsgerichts der Internationalen Handelskammer in Paris mit Sitz in Zürich“ ist mehrdeutig, denn nicht nur die Internationale Handelskammer in Paris, sondern auch die Zürcher Handelskammer verfügen über ständige Schiedsgerichte mit eigenen Reglements (vgl. Schütze/Tscherning/Wais, a.a.O.; Rz. 835 f. und 848 f.). Man könnte die Klausel zwar dahin auslegen, daß ein nach dem Reglement der Internationalen Handelskammer in Paris zusammengesetztes Schiedsgericht mit Zürich als Verfahrensort gemeint ist, was nach dem Reglement der Internationalen Handelskammer zulässig wäre (vgl. Schütze/Tscherning/Wais, a.a.O., Rz. 836). Es ist aber ungewiß, ob das mit den Vorstellungen der Parteien vereinbar ist, denn auch der Beklagte, der die Schiedseinrede erhoben hat, ist im Schriftsatz vom 09.10.1990 dem Vorwurf mangelnder Bestimmtheit nicht etwa mit dem Hinweis auf die naheliegende Interpretationsmöglichkeit entgegengetreten, sondern er hat eine Alternative vorgeschlagen, die außerhalb des Spektrums denkbare Auslegungen der vertraglichen Bestimmung liegt.



dem jugoslawischen Gesetz über die Unternehmen vom 31.12.1988 über keine rechtliche Selbständigkeit (vgl. Beckmann-Petey, RIW 1989, 271). Die Klägerin als Organisationsspitze des Staatsunternehmens ist ausweislich der vorgelegten Registereintragung vom 26.07.1990 in eine der deutschen GmbH vergleichbare Gesellschaft umgewandelt worden (d.o.o. = družba z omejeno odgovornostja, vgl. die Angaben bei Brus, Das Gesellschaftsrecht der Republik Slowenien, RIW 1993, 557). Grundlage der Statusänderung war das bereits erwähnte Gesetz über die Unternehmen vom 31.12.1988, das für Jugoslawien erstmals die Möglichkeit eröffnet hat, gemischte oder rein private Unternehmen zu gründen (vgl. Beckmann-Petey, RIW 1989, 271 f.). Das Gesetz ist von der Republik Slowenien übernommen worden (Brus, RIW 1993, 557). Die GmbH erlangt die Rechtsfähigkeit durch die Eintragung ins Handelsregister (Art. 83 UnternG); sie wird vertreten durch einen Direktor oder den Vorsitzenden des Geschäftsführungsausschusses (Art. 132 UnternG, vgl. Beckmann-Petey, RIW 1989, 274). Die in der mündlichen Verhandlung vom 07.12.1993 vorgelegte Prozeßvollmacht vom 12.11.1993 weist als Generaldirektor Herrn aus.

### III.

#### 1.

Die Parteien haben in den Verträgen vom 07.02./30.05.1985 ihre Rechtsbeziehungen dem schweizerischen Recht unterstellt. Diese Rechtswahl ist entgegen der Ansicht des Landgerichts keineswegs wegen ihrer Verknüpfung mit der Schiedsklausel unwirksam, selbst wenn diese formungültig wäre. Zum einen ist schon fraglich, ob die übliche Zusammenfassung der Gerichtsstands- oder Schiedsgerichtsvereinbarung mit der Rechtswahlvereinbarung den Rückschluß auf ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB zuläßt. Im übrigen beurteilen sich die Auswirkungen der rechtsgeschäftlichen Teilnichtigkeit gemäß Art. 27 Abs. 3, 31 Abs. 1 EGBGB nach dem bei Wirksamkeit der Rechtswahlklausel anzuwendenden schweizerischen Recht, das im Gegensatz zu § 139 BGB keine Vermutung für die Gesamtnichtigkeit kennt (Art. 20 Abs. 2 OR). Es besteht auch kein zwingender Grund zu

der Annahme, die Parteien hätten das schweizerische Recht nur für den Fall gewählt, daß ein schweizerisches Schiedsgericht zur Entscheidung berufen wäre.

Ob die Parteien durch konkludentes Verhalten im Prozeß einvernehmlich eine abweichende Rechtswahl getroffen haben, was ihnen nach Artikel 27 Abs. 2 S. 1 EGBGB freistand, läßt sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen. Die Klägerin hat die Frage ausdrücklich offengelassen, weil sie davon ausging, daß das deutsche und schweizerische Recht hinsichtlich der Haftung des Auftragnehmers im wesentlichen übereinstimmen. Zwar kann eine konkludente Rechtswahl im Prozeß auch daraus gefolgert werden, daß die Parteien im Rechtsmittelverfahren die Feststellungen der Vorinstanz zum anzuwendenden Recht nicht ausdrücklich angreifen (vgl. BGH NJW 1984, 2762; kritisch insbes. Reithmann/Martiny, a.a.O., Rdz. 52). Der Beklagte hat mit seiner Berufungsbegründung aber jedenfalls beanstandet, daß das Landgericht die Formgültigkeit des Schiedsvertrages nach deutschem Recht beurteilt hat. Die Frage, ob auf die Vertragsbeziehungen der Parteien schweizerisches Recht kraft ursprünglicher Rechtswahl oder deutsches Recht kraft nachträglicher Rechtswahl anzuwenden ist, kann aber letztlich offenbleiben, weil sowohl die Haftung des Beklagten als auch seine Provisionsansprüche von beiden Rechtsordnungen nach den gleichen Grundsätzen geregelt werden.

2.

Der mit der Klage verfolgte Anspruch ergibt sich entweder aus §§ 675, 670, 667 BGB oder aus Art. 398, 400 OR. Die Klage ist jedoch unbegründet, weil die Klägerin nicht schlüssig dargetan hat, daß das Baukonto nach der Abrechnung einen Fehlbetrag zu ihren Lasten ausweist. Nach der Aufstellung der Klägerin im Schriftsatz vom 20.03.1991 (Bl. 218 - 221) belaufen sich die Einnahmen auf dem Baukonto durch Zahlungen der Bank auf insgesamt 2.375.057,42 DM. Diesen Betrag hat der Beklagte zugestanden (Bl. 249). Soweit in der Berufungsbegründung des Beklagten von Zahlungen der -Bank von nur 2.354.664,61 DM die Rede ist, beruht das offensichtlich auf einer Verwechslung mit

dem in Schriftsatz vom 23.09.1991 (Bl. 249) ebenfalls zugestandenem Ausgabenbetrag, so daß nach Ansicht des Beklagten nur ein Differenzbetrag von 20.392,81 DM verbleibt.

Die Klägerin hat den mit der Klage geltend gemachten Differenzbetrag zunächst durch die Gegenüberstellung der durch die Kontoauszüge belegten Einnahmen von 2.375.057,42 DM mit dem Endbetrag einer handschriftlichen Abrechnung des Beklagten (Anlage K 1) über Einnahmen von angeblich 2.183.322,61 DM ermittelt, was korrekter Weise allerdings nicht zu dem eingeklagten Betrag von 191.743,81 DM, sondern nur von 191.734,81 DM führt. Abgesehen davon, daß die handschriftliche Abrechnung nicht mit 2.183.322,61 DM, sondern mit 2.255.623,00 DM abschließt, handelt es sich nach der unwiderlegten Behauptung des Beklagten um eine Zwischenabrechnung, die der Klägerin auch nicht von ihm vorgelegt worden ist.

Auf diese Weise läßt sich ein Fehlbetrag aus der Abwicklung des Baukontos nicht nachweisen. Die insoweit darlegungspflichtige Klägerin muß entweder die nachgewiesenen Einzahlungen und Auszahlungen vom Baukonto gegenüberstellen oder die Ausgaben und Entnahmen auf ihre sachliche Berechtigung überprüfen. Die Klägerin ist im Schriftsatz vom 20.03.1991 nach der ersten Methode vorgegangen. Dabei ist ihr aber ein entscheidender Fehler unterlaufen. Die von ihr als Gesamterlös bezeichneten 2.375.057,42 DM sind nämlich nicht in voller Höhe über das Baukonto geflossen. Der Beklagte hat mit der Berufungsbegründung darauf hingewiesen, daß die in der Aufstellung der Klägerin wie in seiner handschriftlichen Aufstellung aufgeführten ersten drei Zahlungen im Gesamtbetrag von 307.800,00 DM nicht auf das Baukonto gelangt sind. Das wird bestätigt durch den von der Klägerin selbst in Bezug genommenen Zahlungsauftrag im Außenwirtschaftsverkehr vom 30.12.1985 (Anlage K 33).

Während auf den anderen Zahlungsaufträgen als Zahlungsempfänger die , Konto-Nr.: angegeben ist, weist die Anlage 33 keine Kontonummer auf, sondern den Vermerk: Zahlung wurde per -Scheck geleistet. Als Begünstigter ist die Firma in angegeben. Die unmittelbare Zahlung

per Scheck ist von der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt worden. Damit verbleiben als Gesamterlös, der über das Baukonto geflossen ist, 2.067.257,40 DM, über deren Verausgabung der Beklagte Rechenschaft ablegen muß. Daß der Beklagte den Betrag von 307.800,00 DM in seine handschriftliche Aufstellung (Anlage K 1) einbezogen hat, ist unerheblich. Der von der Klägerin reklamierte „Überschuß“ aus dem Bauvorhaben - und nur um dieses Bauvorhaben geht es insoweit - kann sich also nur daraus ergeben, daß die Klägerin Minderausgaben des Beklagten unterhalb des Betrages von 2.067.257,00 DM darlegt. Das wird von der Klägerin nicht einmal behauptet. Die Klägerin geht nach ihrer Aufstellung im Schriftsatz vom 20.03.1991 (Bl. 223 - 228) von belegten und ordnungsgemäßen Ausgaben in Höhe von 2.145.446,00 DM aus. Entgegen der Berechnung des Landgerichtes, das zu einem Betrag von nur 2.060.314,40 DM gekommen ist, ergibt die exakte Addition sogar 2.244.824,37 DM. Auf jeden Fall bleibt ein Mehrbetrag an belegten Ausgaben von einer erheblichen Größenordnung. Damit fehlt es an der schlüssigen Darstellung eines Fehlbetrages. Die Klägerin ist darauf bereits in der mündlichen Verhandlung vom 17.12.1993 hingewiesen worden, hat dazu aber nichts mehr vorgetragen.

Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob die Darstellung des Beklagten zur zweckentsprechenden Verausgabung namentlich der mit „Kasse“ gekennzeichneten Beträge, denen im wesentlichen Barauszahlungen an die Monteure der Subunternehmerfirma zugrunde liegen sollen, in sich schlüssig und hinreichend belegt ist. Soweit die Klägerin darauf eingegangen ist und einzelne Positionen streitig gestellt hat, läßt sich auch daraus keine schlüssige Anspruchsbegründung herleiten. Die Klägerin hat die Klageforderung zunächst darauf gestützt, daß aufgrund vorliegender Abrechnungen ein Fehlbetrag auf der Einnahmeseite vorliege. Dann hat sie mit Schriftsatz vom 20.03.1991 einen Differenzbetrag zwischen Einnahmen und Ausgaben in Höhe der Klageforderung behauptet und dies anhand der Ein- und Auszahlungen auf dem Baukonto zu belegen versucht. Für die mit Schriftsatz vom 09.11.1993 aufgestellte Behauptung, die Gesamtabrechnung des oder der Bauvorhaben habe zu einem vom Be-

klagen zurückzuzahlenden Überschuß in Höhe der Klageforderung geführt, fehlt es an einer nachvollziehbaren Darlegung. Dieser Überschuß läßt sich jedenfalls nicht damit belegen, daß nunmehr erstmals die Zweckangaben des Beklagten für einzelne Positionen bestritten werden.

3.

Die Widerklage ist in dem Umfang, in dem das Landgericht mit Teilurteil darüber befunden hat, mit der Hauptforderung begründet. Dem Beklagten steht aus der Vermittlung von Aufträgen der Firma                    in                    eine Provision in Höhe von 94.215,28 DM zu.

Der Anspruch ergibt sich nach deutschem wie nach schweizerischem Recht (§ 87 HGB, Art. 418 g OR) aus der Provisionspflichtigkeit der Tätigkeit des Beklagten nach Maßgabe des Vertrags vom 07.02.1985 i.V.m. der Absprache vom 25.11.1987. Der Gesamtumfang der Lieferungen an die Firma                    betrug ausweislich der protokollierten „Abrechnung                    vom 25.11.1987 (Bl. 134) 1.708.434,00 DM. Das ist unstreitig und von dem Zeugen                    auch insoweit bestätigt worden. Unstreitig handelt es sich dabei im wesentlichen um Einrichtungen für Studentenwohnheime, die ohne weiteres den in § 3 des Vertrags vom 07.02.1985 aufgeführten provisionspflichtigen Geschäften zugeordnet werden können. Daß die Aufstellung vom 25.11.1987 noch andere, nichtprovisionspflichtige Geschäfte erfaßt, hat die Klägerin nicht dargetan.

Die dem Provisionsanspruch des Beklagten entgegengesetzten Einwände der Klägerin sind entweder nicht gerechtfertigt oder nicht bewiesen:

(a)

Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, daß die fraglichen Geschäfte zwischen der Firma                    und der Klägerin zustande gekommen sind und daß der Tochtergesellschaft                    in                    insoweit keine eigenständige Bedeutung zukommt. Das wird gestützt durch das Schreiben der

Firma an die Klägerin z. H. des Zeugen vom 15.08.1985 (Bl. 135). Auch der Zeuge hat nur von Geschäftsbeziehungen zwischen dem in residierenden Zeugen als Leiter der zuständigen Abteilung im Hause der Klägerin berichtet. Die lediglich nominelle Einschaltung der Tochtergesellschaft der Klägerin war auch nichts ungewöhnliches, wie die Verfahrensweise bei der Einrichtung des Baukontos ausweist, das trotz unbegrenzter Verfügungsbefugnisse des Beklagten auf den Namen der Tochtergesellschaft eingerichtet worden war.

(b)

Daß die fraglichen Geschäfte ohne nennenswerte Vermittlungstätigkeit des Beklagten auf der Grundlage bereits laufender Geschäftsbeziehungen zwischen der Tochtergesellschaft und der Firma abgeschlossen wurden, hat die Klägerin nicht beweisen können. Der Zeuge hat lediglich die wenig substantiierte Behauptung wiederholen und sich ebensowenig wie der Zeuge daran erinnern können, daß es vor der Einschaltung des Beklagten abgesehen von dem Messekontakt einen Geschäftsabschluß gegeben hat. Daß es keinen solchen vorhergehenden Geschäftsabschluß gegeben hat, wird auch durch die vorliegende Korrespondenz bestätigt. Somit kann dahinstehen, ob die Provisionspflichtigkeit dieser Geschäfte angesichts der Regelung in § 9 des Vertrages vom 07.02.1985 überhaupt von der eigenen Vermittlungstätigkeit des Beklagten abhängig gemacht werden kann. Jedenfalls ist keine vertragliche Grundlage für eine bloße „Kontrollprovision“ von 1 % ersichtlich, auf die Zeuge der sich berufen hat.

(c)

Nach dem Vertrag vom 07.02.1985 stand dem Beklagten eine Provision von 10 % zu. Der Vertrag vom 30.05.1985 mit dem Untervertreter betrifft nur das Verkaufsgebiet und ist somit nicht einschlägig. Der Beklagte macht selbst allerdings nur eine Provision von 5 % geltend, die am 25.11.1987 in vereinbart sein soll, und zwar mit sofortiger Zahlung eines Teilbetrages in Höhe von 1 % nebst Spesen und Zahlung der



weiteren 4 % „begleitend zu dem Bauobjekt (Bl. 126), d.h. aus den für eingehenden Zahlungen des Auftraggebers. Eine Verknüpfung der Restzahlung mit der tatsächlichen Durchführung des Objekts sollte damit nicht hergestellt werden. Das wird von der Klägerin auch nicht behauptet, die die Provisionspflichtigkeit überhaupt nicht, jedenfalls aber nicht mit mehr als 1 % des Geschäftsvolumens gelten lassen will.

Daß die Parteien sich am 25.11.1987 auf eine abschließende Provisionszahlung von überhaupt nur 25.567,00 DM inklusive Spesen geeinigt haben sollen, auf die ein bereits überwiesener Betrag von 11.346,00 DM verrechnet werden sollte, hat die Klägerin nicht bewiesen. Der Zeuge hat zu dem gesamten Komplex nur sehr ungenaue Angaben machen können, die weder durch die vorgelegten Urkunden noch durch Bekundungen des Zeugen eine wenigstens indizielle Bestätigung gefunden haben. Insbesondere die Abrechnung vom 25.11.1987 stützt das Vorbringen der insoweit beweispflichtigen Klägerin nicht mehr als das des Beklagten. Die Passage „Provision bis 25.11.1987 - 17.000,00 DM“ deckt sich ohne weiteres mit der Behauptung des Beklagten über die sofortige Fälligkeit eines Teilbetrages von 1 %. Unter diesen Umständen genügt die Aussage des Zeugen auch nicht zum Beweis einer weitergehenden Zahlung (11.346,00 DM) als die vom Beklagten selbst zugestandenen 3.165,46 DM.

Damit verbleibt eine von der Klägerin geschuldete Provision von 94.215,28 DM, die die Klägerin gemäß §§ 288 BGB, 352 HGB bzw. Art. 104 OR mit 5 % zu verzinsen hat. Die weitergehende Zinsforderung ist bestritten und vom Beklagten nicht belegt worden. Wegen eines Teilbetrages von 28.732,46 DM hat der Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 31.12.1987 unter Fristsetzung zum 15.01.1988 in Verzug gesetzt. Der Restbetrag ist antragsgemäß ab 04.01.1991 zu verzinsen, denn die Widerklage ist am 05.10.1990 rechtshängig geworden.

IV.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlußurteil des Landgerichts vorbehalten. Die sonstigen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Schröder

Dr. Linke

Leygraf