
Datum: 02.04.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-16 U 171/01
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:0402.I16U171.01.00

Vorinstanz: Landgericht Duisburg, 3 O 274/00

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25. Juli 2001 verkündete Teil-anerkenntnis- und Schlussurteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Duis-burg zur Klage abgeändert: Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheit kann durch Bürgschaft eines der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegenden Kreditinsti-tuts geleistet werden.

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückzahlung eines Darlehens in Höhe von 190.000 DM mit Zinsen in Anspruch. 1 2

Zwischen den Parteien bestand in der Zeit vom 5. Mai 1998 bis zum 31. März 1999 ein so genannter Geschäftspartnervertrag, nach dem die Beklagte für die Klägerin als 3

nebenberufliche Versicherungsvertreterin tätig werden sollte.

Gemäss Vereinbarungen vom 8. Mai und 19. Juni 1998 erhielt die Beklagte von der Klägerin Provisionsvorauszahlungen in Höhe von jeweils 10.000 DM, durch weitere Vereinbarungen erhielt sie für den Monat Juli 1998 eine solche in Höhe von 8.500 DM und für die Monate August bis Dezember 1998 solche in Höhe von jeweils 7.500 DM. Die Vereinbarungen enthalten zur Rückführung der Provisionsvorauszahlungen folgende gleichlautende Regelung:

"Die Tilgung erfolgt spätestens zum 1.02.1999 durch Umbuchung des o.g. Betrags zu Lasten der Provisionsguthaben auf dem Geschäftspartnerkonto. Bis zu diesem Termin erfolgen keine Provisionsauszahlungen an den Geschäftspartner. Sofern die Provisionsguthaben schon vor Erreichen dieses Termins die Höhe der PVZ überschreiten,Sollten zum 1.02.1999 die Provisionsguthaben zur Tilgung des Betrages nicht ausreichen, so wird – in Abstimmung mit der Betreuungsgesellschaft – eine neue Rückführungsvereinbarung ... abgestimmt."

Mit Vertrag vom 2. Juni 1998 gewährte die Klägerin der Beklagten daneben zum Organisationsaufbau ein Darlehen in Höhe von zunächst 150.000 DM, das mit Vertrag vom 16. Juni 1998 auf 190.000 DM aufgestockt wurde. Der Vertrag vom 2. Juni 1998 lautet auszugsweise wie folgt:

§ 3

Das verzinsliche Darlehen ist in monatlichen Raten in Höhe von mindestens 1.000 DM beginnend ab 1. Juli 1998 bis zum 1. Dezember 1998 zurückzuzahlen, 2.000 DM beginnend ab 1. Januar 1999 bis zum 1. Dezember 2005 zurückzuzahlen. Die Tilgung erfolgt durch Verrechnung mit fälligen Vergütungsansprüchen.

Sollte der jeweils fällige Vergütungsanspruch der Beklagten nicht ausreichen, um die monatliche Mindestrate zu erfüllen, so ist die Beklagte verpflichtet, die Mindestrate per Überweisung/Einzahlung umgehend zu erbringen.

§ 4

Das Darlehen ist mit 7,5 % jährlich zu verzinsen. Die Zinsen werden jeweils zum Ende eines Kalenderjahres fällig und berechnet und sind mit der ersten Tilgungsrate des Folgejahres zu zahlen bzw. werden der Tilgung vorgehend verrechnet. ...

§ 5

Der noch offenstehende Restbetrag des Darlehens mit Zinsen wird sofort und auf einmal fällig, wenn ...die Beklagte ihre Tätigkeit für die Gesellschaft beendet oder aus den Diensten der Gesellschaft ausscheidet.

Mit Schreiben vom 18. Februar 1999 kündigte die Klägerin den Geschäftspartnervertrag vom 26. Juni 1998 zum 31. März 1999 sowie den Darlehensvertrag vom 2. und 16. Juni 1998 und führte weiter aus: "Wie Ihnen aus den regelmäßig übersandten Geschäftspartnerabrechnungen bekannt ist, besteht auf Ihrem Geschäftspartnerkonto ein Saldo - resultierend aus Provisionsvorauszahlungen abzüglich der aufgelaufenen Provisionsdiskonte - in Höhe von 39.823,83 abzüglich des Stornoreserveguthabens von 2.444,11 DM, so dass ein Sollsaldo von 37.388,72 DM besteht. ... Darüber hinaus besteht noch das von unserer Gesellschaft gewährte Darlehen in Höhe von 190.000 DM zuzüglich

Zinsen insgesamt 198.031,25 DM."

Die Klägerin hat gemeint, das Darlehen sei bereits zum 1. August 1998 fällig geworden, weil die Beklagte die Raten nicht gezahlt habe. Verrechenbare Vergütungsansprüche aus provisionspflichtigen Vermittlungen bestünden nicht, vielmehr habe die Mitarbeitertätigkeit der Beklagten mit einem Schuldsaldo geendet. Der Darlehensbetrag sei unter dem 30. Oktober 1998 aus dem Mitarbeiterkonto der Beklagten umgebucht worden, zu diesem Zeitpunkt habe sich kein im Wege der Ratenzahlung verwertbares Guthaben auf dem Mitarbeiterkonto ergeben, weil sich allein aus den Provisionsvorauszahlungen ein Schuldsaldo in Höhe von 51.000 DM ergeben habe, welcher durch die vorhandenen Gutschriften nicht annähernd habe ausgeglichen werden können. Die Beklagte müsse darlegen, welche Ratenzahlungen sie erbracht habe und durch welche Provisionsgutschriften die Darlehensforderung verringert sein solle, wenn sie solches geltend machen wolle. Solcher Vortrag fehle. Tatsächlich sei die Darlehensforderung auch nicht in ein Kontokorrent eingestellt worden. 15

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und Widerklage erhoben auf Erteilung eines Buchauszugs. Die Klägerin habe den Darlehensanspruch und die Provisionsansprüche der Beklagten in ein Kontokorrent eingestellt und verrechnet. Sie habe von der Klägerin Abrechnungen für die Zeit vom 19. Juni 1998 bis zum 18. September 2000 erhalten, aus denen sich ergäbe, dass sie mit der Darlehensforderung zu verrechnende Provisionsansprüche erworben habe. Im Vertrag sei ausdrücklich die Verrechnung mit Provisionsansprüchen vorgesehen. Durch eine Umbuchung der Darlehensforderung aus dem Kontokorrentkonto könne sich die Klägerin dieser Verpflichtung nicht entziehen. Bestritten werde, dass die erworbenen Provisionsansprüche nicht zur Ratentilgung ausgereicht hätten. Zudem habe sie Ansprüche auf Bestandspflege- und Dynamisierungsprovision, welche die Klägerin bislang nicht abgerechnet habe, obwohl auch diese auf die Darlehensrückzahlungsforderung zu verrechnen seien. Aus diesem Grund müsse die Klägerin die gesamte Entwicklung des für die Beklagte geführten Kontos darlegen. 16

Nachdem die Klägerin den Buchauszugsanspruch in der mündlichen Verhandlung anerkannt hat, hat das Landgericht durch das angefochtene Urteil die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 190.000 DM mit 7,5 % Zinsen seit dem 16. Juni 1998 und die Klägerin zur Erteilung des Buchauszugs verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Darlehensforderung sei von der Klägerin schlüssig dargelegt. Die Kontokorrenteinrede der Beklagten greife nicht durch, weil die Darlehensforderung nicht in das Kontokorrent eingestellt worden sei. Solches hätten die Parteien auch nicht vereinbart. Im übrigen sei die Kontokorrenteinrede der Beklagten auch deswegen unbeachtlich, weil jedenfalls nicht ersichtlich sei, dass das Darlehen ebenfalls in das Kontokorrent aufgenommen worden sei, so dass die Beklagte, welche die teilweise Erfüllung nachzuweisen habe, darzulegen und zu beweisen hätte, ob und inwieweit die ihr zustehenden Kontokorrentsalden mit der Forderung der Klägerin verrechnet worden seien. Dazu fehle ausreichender Vortrag. 17

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten mit dem Antrag, abändernd die Klage abzuweisen. 18

Die Entscheidung des Landgerichts zur Klage sei rechtsfehlerhaft. Unzutreffend sei die Ansicht des Landgerichts, der der Klageforderung zugrunde liegende Darlehensvertrag unterliege nicht dem Verbraucherkreditgesetz. Die Klägerin vermittele in Ausübung ihres Gewerbes Kredite. Da hier die Kreditgewährung im direkten Zusammenhang mit einem Handelsvertretervertrag zwischen den Parteien gestanden habe, dürfe auch an dem Merkmal " Ausübung gewerblicher Tätigkeit" kein Zweifel bestehen. Offensichtlich sei das Landgericht der Ansicht gewesen, die Kreditgewährung sei für eine von der Beklagten bereits ausgeübte 19

gewerbliche Tätigkeit erfolgt. Dazu fehle jedoch Vortrag der Klägerin. Allein aus dem Darlehensvertrag vom 2. Juni 1998, der auf einen seit dem 5. Mai 1998 bestehenden Handelsvertretervertrag und den Zweck des Aufbaus einer Betriebsorganisation abstelle, lasse sich dies nicht herleiten. Tatsächlich habe sie zu keinem Zeitpunkt eine gewerbliche Tätigkeit für die Klägerin oder andere ausgeübt, sondern sei vielmehr durchgängig als angestellte Bürokräft außerhalb des Bereichs "Vertrieb von Versicherungen und Finanzdienstleistungen" tätig.

Sie sei zu keinem Zeitpunkt für die Klägerin tätig geworden und habe auch zu keinem Zeitpunkt von dieser ein Darlehen erhalten oder eine Rückzahlungsverpflichtung begründet, denn sie sei nur für ihren Ehemann M... F... als Strohfrau eingeschaltet worden. Dieser sei im Frühjahr 1998 noch bis zum 31. Dezember 1998 als Handelsvertreter an ein Konkurrenzunternehmen gebunden gewesen. Die Klägerin habe ihm und den ihm untergeordneten Handelsvertretern angeboten, vor Ablauf der regulären Vertragszeit für sie über so genannte Strohleute - nämlich Ehefrau, Mutter, Freunde etc. - tätig zu werden. Im übrigen sei die Klage auch aus den bereits im ersten Rechtszug geltend gemachten Gründen abzuweisen. Der Darlehensvertrag treffe für die Rückzahlung des Darlehens eine konkrete Regelung, nämlich dass die Tilgung durch Verrechnung mit fälligen Vergütungsansprüchen erfolge. Entgegen der Ansicht des Landgerichts seien die Darlehen in das schriftliche Kontokorrent eingeflossen. Das folge bereits aus den von der Klägerin vorgelegten Abrechnungen. Unstreitig sei, dass die Beklagte Provisionen verdient und ausgezahlt erhalten habe. Wenn die Klägerin eine Tilgungsregelung treffe, wonach die Klägerin aus der Provisionsabrechnung die Rückführung des Darlehens vornehmen solle, müsse sie sich daran halten lassen und dezidiert darlegen, aus welchen Gründen eine solche Tilgung nicht durchführbar gewesen sei.

20

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Berufung, indem sie das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens verteidigt. Sie meint, der Darlehensvertrag sei nicht wegen Verstoßes gegen das Verbraucherkreditgesetz unwirksam, weil die Klägerin der Beklagten das Darlehen nach dem Vertragsinhalt für ihre bereits ausgeübte gewerbliche und selbstständige Tätigkeit als Handelsvertreterin gewährt habe, so dass kein Kreditvertrag mit einem Verbraucher vorliege. Soweit sie behauptete, sie sei nicht selbst als Handelsvertreterin tätig gewesen, sondern nur als "Strohfrau" von ihrem Ehemann M.... F..... eingesetzt worden, sei dies für die Wirksamkeit der geschlossenen Verträge ebenfalls unerheblich. Auf das ihr ausgezahlte Darlehen habe die Beklagte keinerlei Rückzahlungen geleistet. Ihre Rückzahlungsverpflichtung sei auch nicht durch Verrechnung untergegangen. Von der Verrechnungsmöglichkeit in § 2 Abs. 2 des Darlehensvertrages habe sie keinen Gebrauch gemacht. Reichten fällige Vergütungsansprüche nicht aus, im Wege der Verrechnung die monatliche Ratenrückzahlung auf das Darlehen zu gewährleisten, so sei die Beklagte zur Zahlung verpflichtet geblieben. Fällige Vergütungsansprüche aber seien nicht entstanden, schon unabhängig davon nicht, dass Provisionsansprüche nur aufschiebend bedingt entstehen würden. Ausweislich der vorgelegten Vereinbarungen habe die Beklagte Provisionsvorauszahlungen in Höhe von insgesamt 66.000 DM erhalten, so dass bis zu dieser Höhe verdiente Provisionen für eine Tilgung des Darlehens im Wege der Verrechnung nicht zur Verfügung gestanden hätten. Das konsolidierte Provisionskonto der Beklagten ergebe einen Sollsaldo von 47.386,93 DM, so dass es keinen fälligen Vergütungsanspruch der Beklagten gegeben habe, der im Wege der Verrechnung den Darlehensrückzahlungsanspruch der Klägerin hätte erfüllen können. Die vorrangige Verrechnung der Provisionsguthaben der Beklagten mit den ihr gezahlten Provisionsvorschüssen ergebe sich schon aus den insoweit getroffenen Vereinbarungen der Parteien zur Rückführung der Vorauszahlungen. Im übrigen hätten die Parteien im August

21

1998 die auch schriftlich festgehaltene Stundungsvereinbarung getroffen und dabei Einigkeit darüber erzielt, dass durch etwaige Provisions Guthaben auf dem Geschäftspartnerkonto vorrangig die Provisionsvorauszahlungen getilgt werden sollten. Das entspreche dem Handelsbrauch beim Strukturvertrieb, nach dem Provisionsvorauszahlungen vorrangig durch verdiente Provisionen zurückgeführt, gewährte Darlehen hingegen langfristig zurückgezahlt würden. Nach der vorgelegten Auswertung habe die Beklagte nur aufschiebend bedingte Provisionsansprüche in Höhe von 31.845,90 DM erworben, die der pauschalierten Vorauszahlung von 66.000 DM entgegengestellt werden könnten. Selbst wenn Rückbelastungen wegen Stornierungen nicht berücksichtigt würden, bliebe das Provisionskonto der Beklagten defizitär und mithin ungeeignet, im Verrechnungswege eine Erfüllung des Darlehensrückzahlungsanspruchs herbeizuführen.

Der Senat hat Beweis erhoben gemäss Beweisbeschlüssen vom 13. Dezember 2002 und vom 1. August 2003. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird u.a. auf die gerichtliche Niederschrift vom 2. Mai 2003 verwiesen. Im übrigen wird wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, auf den Inhalt der angegriffenen Entscheidung sowie die Protokolle der Senatssitzungen mit den in den Sitzungen erteilten rechtlichen Hinweisen Bezug genommen. 22

Entscheidungsgründe: 23

Die zulässige Berufung der Beklagten hat aus den mit den Parteien in den Senatssitzungen erörterten Gründen in vollem Umfang Erfolg. 24

Der Klägerin steht der erstinstanzlich zuerkannte Darlehensrückzahlungsanspruch über 190.000 DM mit Zinsen nicht zu. Zwar ist die Klägerin grundsätzlich berechtigt, von der Beklagten die Rückzahlung des Darlehens zu verlangen, weil zwischen den Parteien ein wirksamer Darlehensvertrag bestand (s. dazu I., II.), den sie unter dem 18. Februar 1999 wirksam gekündigt hat (§§ 607, 609 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung, Art. 229 § 5 EGBGB). Indessen lässt sich nicht feststellen, dass das der Beklagten gewährte Darlehen noch in Höhe der geltend gemachten 190.000 DM valutiert (s. dazu III.). 25

I. 26

Der klägerische Zahlungsanspruch scheidet nicht an der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten. 27

Dass sie und die Klägerin unter dem 26. Juni 1998 den Versicherungsvertretervertrag und die streitgegenständlichen Darlehensvereinbarungen vom 2. und 16. Juni 1998 nur zum Schein abgeschlossen haben, lässt sich nicht feststellen. 28

Ein gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtiges Scheingeschäft liegt vor, wenn die Beteiligten ein Ziel durch den bloßen Schein eines wirksamen Rechtsgeschäfts erreichen, aber die mit ihm verbundenen Rechtswirkungen nicht eintreten lassen wollen. Dagegen liegt ein wirksames fiduziarisches Rechtsgeschäft in Form eines sog. Strohmangeschäfts vor, wenn die Beteiligten die Wirksamkeit des nicht in allen Folgen gewollten Geschäfts für ihr Ziel benötigen. 29

Ob letzteres der Fall ist und das Rechtsgeschäft daher ernst gemeint oder nur zum Schein abgeschlossen worden ist, ist durch Auslegung der Willenserklärungen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln (vgl. 30

nur: Senat OLGR 1999, 202 ff.; BAG NJW 1993, 2767; Erman/Palm, BGB, 10. Aufl., Rdnr. 13 zu § 117; Rdnr. 21 vor § 164; MünchKomm./Kramer, BGB, 4. Aufl., Rdnr. 14 zu § 117; Rdnr. 24 f. vor § 164). Ergibt die Auslegung der getroffenen Erklärungen, dass die Rechtswirkungen des Geschäfts von vornherein nicht in der Person des zum Schein handelnden Strohmanns eintreten und Ansprüche für und gegen ihn ausgeschlossen sein sollen, liegt ein Scheingeschäft vor (vgl. nur: MünchKomm./Kramer, Rdnr. 26 zu § 117).

Nach dem Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz soll sie bei der Begründung des Versicherungsvertretungsverhältnisses allerdings lediglich von ihrem Ehemann als "Strohfrau" vorgeschoben worden sein, weil dieser noch bis zum 31. Dezember 1998 an ein Konkurrenzunternehmen der Klägerin gebunden war. Dabei soll zwischen den Parteien Einverständnis darüber bestanden haben, dass sie keine rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis treffen sollten, sie insbesondere nicht für die Klägerin tätig werden und auch zur Darlehensrückführung nicht verpflichtet sein sollte. 31

Mit diesem Einwand kann die Beklagte in der Berufungsinstanz nicht mehr gehört werden, weil sie erstinstanzlich zugestanden hat (§ 288 ZPO), dass sie aus dem Versicherungsvertreterverhältnis und den im Zuge dieses Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Vereinbarungen berechtigt und verpflichtet sein sollte, und die Voraussetzungen für einen Widerruf dieses Geständnisses (§ 290 ZPO) nicht vorliegen. 32

Sie hat sich erstinstanzlich gegenüber der Darlehensforderung der Klägerin damit verteidigt, aus dem Vertragsverhältnis verrechenbare Provisionsansprüche – auch mit Blick auf für sie tätig gewordene Untervertreter – erworben zu haben und in diesem Zusammenhang ausgeführt, sie sei im Rahmen eines Strukturvertriebs für die Klägerin tätig geworden. Widerklagend hat sie den nur einem mit dem Unternehmer verbundenen Handels- oder Versicherungsvertreter zustehenden Anspruch auf Erteilung eines Buchauszugs – mit Erfolg – geltend gemacht. 33

II. 34

Ohne Erfolg wendet die Beklagte auch ein, die unter dem 2. und 16. Juni 1998 zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensverträge seien mit den Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes nicht vereinbar. 35

Der persönliche Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes ist nicht eröffnet, weil die Beklagte bei den Vertragsschlüssen nicht als Verbraucher im Sinne des §§ 1 Abs. 1 VerbrKG, § 13 BGB handelte. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer ständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Die streitgegenständlichen Darlehen indessen sind der Beklagten, die nach dem unter dem 26. Juni 1998 geschlossenen Geschäftspartnervertrag bereits mit Wirkung vom 5. Mai 1998 für die Klägerin als Versicherungsvertreterin tätig war, im Rahmen dieser für die Klägerin bereits ausgeübten gewerblichen Tätigkeit zweckgebunden, nämlich zum Organisations-Aufbau, gewährt worden. Die Vertragsurkunden haben die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der von den Vertragsparteien bei Vertragsschluss abgegebenen Erklärungen für sich. Hiergegen bringt die Beklagte nichts Erhebliches vor, insbesondere kann sie - wie bereits ausgeführt – mit dem Einwand, die Erklärungen seien nur zum Schein abgegeben worden, nicht gehört werden. 36

III. 37

38

Nachdem die Klägerin unter dem 18. Februar 1999 die Kündigung des Geschäftspartnervertrages zum 31. März 1999 ausgesprochen hat, ist der zu diesem Zeitpunkt offenstehende Restbetrag des Darlehens nebst Zinsen fällig geworden. § 5 der Darlehensvereinbarung vom 2. Juni 1998, der auch auf das Nachtragsdarlehen vom 16. Juni 1998 Anwendung findet, sieht ausdrücklich vor, dass der noch offenstehende Restbetrag des Darlehens nebst Zinsen sofort und auf einmal u.a. dann fällig wird, wenn der Geschäftspartner – wie hier – aus den Diensten der Gesellschaft ausscheidet.

In welcher Höhe das Darlehen zu diesem Zeitpunkt noch valutierte, lässt sich indessen nicht feststellen, weil die Klägerin auch auf mehrfache Hinweise des Senats dies nicht aufgezeigt hat. 39

1. 40

Gemäß § 3 des Darlehensvertrages vom 2. Juni 1998 hatte die Beklagte das Darlehen ab dem 1. Juli 1998 bis zum 1. Dezember 1998 in monatlichen Raten in Höhe von mindestens 1.000 DM und ab dem 1. Januar 1999 in monatlichen Raten von mindestens 2.000 DM zurückzuzahlen. § 3 sieht weiter vor, dass die Tilgung durch Verrechnung mit dem jeweils fälligen Vergütungsanspruch erfolgt, und die Beklagte lediglich dann, wenn dieser nicht ausreicht, um die Mindestrate zu erfüllen, diese per Überweisung/Einzahlung zu erbringen hat. 41

Soweit es den Zinsanspruch von 7,5 % ab Auszahlung angeht, ist in § 4 geregelt, dass die Zinsen jeweils zum Ende eines Kalenderjahres fällig und berechnet werden und mit der ersten Tilgungsrate des Folgejahres zu zahlen sind bzw. der Tilgung vorgehend verrechnet werden. 42

Abweichend von § 3 haben die Parteien – wie die zweitinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme ergeben hat (s.u.1.2.1.) – im August 1998 vereinbart, dass die Tilgung des Darlehens zum Organisationsaufbau bis einschließlich 31. Dezember 1998 ausgesetzt werde. 43

Damit hatte die Klägerin die fälligen Provisionsansprüche der Beklagten, soweit sie die monatliche Mindestrate erreichten oder überschritten, ab dem 1. Januar 1999 als Tilgungsleistung auf die Darlehensforderung anzurechnen. Sie musste zum Ende des Kalenderjahres 1998 zunächst die Zinsen berechnen und die fällig gewordenen Zinsen dann zum 1. Januar 1999 – der gleichzeitig fällig werdenden Tilgungsrate vorausgehend – mit fällig gewordenen Provisionsansprüchen verrechnen. 44

1.1. 45

Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt eine davon abweichende Verrechnung der bis zum 31. März 1999 – der Beendigung der Geschäftsbeziehung - entstandenen Provisionsansprüche der Beklagten nicht aus den Vereinbarungen über die Gewährung von Provisionsvorauszahlungen. 46

Diese sehen zwar zur Rückführung der gewährten Provisionsvorauszahlungen vor, dass ihre Tilgung bis spätestens zum 1. Februar 1999 durch Umbuchung zu Lasten der Provisionsguthaben auf dem Geschäftspartnerkonto erfolgt und bis zu diesem Termin Provisionen nicht ausgezahlt werden. Unstreitig aber hatte die Klägerin bei Abschluss der Darlehensvereinbarung am 2. und 16. Juni 1998 bereits Provisionsvorauszahlungen in Höhe von 20.000 DM erhalten. Treffen die Parteien dann gleichwohl für die Tilgung des Darlehens 47

eine Abrede, dass diese durch Verrechnung mit fälligen Vergütungsansprüchen erfolgen soll, ohne dass die Klägerin sich eine vorrangige Verrechnung mit Provisionsvorschüssen vorbehält, so ist die Verrechnungsabrede nach Treu und Glauben dahin zu verstehen, dass in der Folgezeit vorgenommene Provisionsgutschriften in erster Linie mit den Darlehensraten zu verrechnen sind. Dies folgt auch aus § 5 AGBG, der auf das vorliegende Vertragsverhältnis noch Anwendung findet (Art. 229 § 5 EGBGB), nach dem Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Sowohl die Darlehensvereinbarungen als auch die Vereinbarungen über die Gewährung von Provisionsvorauszahlungen waren von der Klägerin vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 1 AGBG.

1.2. Dass die eingehenden Provisionsgutschriften ausschliesslich und vorrangig auf die Provisionszahlungen zu verrechnen sind, lässt sich auch nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme nicht feststellen. Weder kann die Klägerin nachweisen, dass die Parteien eine solche Tilgungsvereinbarung noch im August 1998 getroffen haben, noch dass es einen entsprechenden Handelsbrauch gibt. 48

1.2.1. Die zweitinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme hat lediglich ergeben, dass die Parteien die im Schreiben vom 21. August 1998 (Anlage 12) festgehaltene Stundungsvereinbarung getroffen, nicht aber dass sie auch Einigkeit darüber erzielt haben, dass durch Provisionsguthaben auf dem Geschäftspartnerkonto vorrangig die der Beklagten gewährten Provisionsvorauszahlungen zu tilgen sind. Der Zeuge B... hat bei seiner Vernehmung glaubhaft bestätigt, dass seinerzeit der Zeuge D...I als Geschäftsführer der TFD - der Haupthandelsvertreterin der Klägerin – an ihn herangetreten sei, weil ca. 10 der Geschäftspartner – darunter auch die Beklagte – nicht in der Lage gewesen seien, mit den von ihnen erwirtschafteten Provisionsguthaben die notwendig werdenden Tilgungen zu erbringen. Gemeinsam habe man dann die Lösung darin gesehen, die Provisionsvorauszahlungen kleiner werden zu lassen und die Darlehenstilgung nach hinten zu schieben. Nachdem der Zeuge D.... ihm signalisiert habe, dass nach Rücksprache mit den Geschäftspartnern und damit auch mit der Beklagten diese Regelung akzeptiert werde, habe er die Verwaltung mit dem in Ablichtung zur Akte gereichten Vermerk vom 30. Juli 1998 davon unterrichtet, woraufhin die Stundungsvereinbarung vom 21. August 1998 getroffen worden sei, der keiner der Geschäftspartner widersprochen habe. Keine Erinnerung hatte der Zeuge hingegen daran, dass man sich bei dieser Unterredung auch darauf geeinigt habe, durch Provisionsguthaben auf den Geschäftspartnerkonten vorrangig Provisionsvorauszahlungen und nicht die Darlehen zum Organisationsaufbau zu tilgen. 49

Der Zeuge D... konnte in Anbetracht des Zeitablaufs keine konkreten Angaben mehr zu den Einzelheiten der Gespräche im Sommer 1998 machen. Er vermochte nur noch zu erinnern, dass unter seiner Mitwirkung zwischen den Parteien eine Regelung getroffen wurde, weil durch die Beklagte "keine ausreichende Produktion erfolgt" sei. 50

1.2.2. Dass es beim Strukturvertrieb von Versicherungen einen Handelsbrauch gibt, nach dem durch verdiente Provisionen vorrangig Provisionsvorauszahlungen zurückgeführt, während gewährte Darlehen langfristig zurückgezahlt werden, hat die Klägerin ebenso wenig nachweisen können. 51

Der Senat, dem ein solcher Handelsbrauch nicht bekannt ist, hat erfolglos den B... D.... V.... e.V., den B... D... V.... sowie den G.... der D... V.... e.V. um die Erstattung des Gutachtens oder die Benennung eines geeigneten Sachverständigen gebeten. Der geschäftsführende Direktor des Seminars für Versicherungswissenschaften der Universität H... Prof. Dr. W.... hat die Existenz eines solchen Handelsbrauchs weder aus eigener Kenntnis noch nach 52

Rückfrage bei Versicherungsfachleuten bestätigen können. Soweit er ausgeführt hat, dass nach seiner Kenntnis die Versicherer die Verrechnung verdienter Provisionen vertraglich zu regeln pflegen, lässt sich danach ein Handelsbrauch i.S.d. § 346 HGB nicht feststellen. Dieser setzt vielmehr eine allseits bestehende freiwillige Übung von gewisser Dauer voraus (Ebenroth/Boujong/ Joost, Rdnr. 6 ff. zu § 346). Auch auf die weitere Auflage hat die Klägerin den von ihr behaupteten Handelsbrauch nicht nachgewiesen.

2. Damit bleibt es dabei, dass die Verrechnungsabrede in § 3 des Darlehensvertrags vom 2. Juni 1998 vorrangig ist, allerdings die in § 3 des Darlehensvertrages vorgesehene Tilgung durch die Stundungsvereinbarung hinausgeschoben worden ist. Dies hat zur Folge, dass die Klägerin die am 1. Januar 1999 verdienten Provisionen vorrangig auf den Zinsanspruch für das Vorjahr, der zum Ende des Kalenderjahres fällig wurde (§ 4), und sie im übrigen – wie auch die noch fällig werdenden Vergütungsansprüche - auf die Tilgungsraten ab dem 1. Januar 1999 zu verrechnen hat. 53

Eine entsprechende ordnungsgemäße und vollständige sowie für den Senat im Einzelnen nachvollziehbare Abrechnung hat die Klägerin indessen nicht vorgelegt. 54

Dafür ist es – worauf der Senat bereits hingewiesen hat - nicht ausreichend, dass sie mit Anlage 5 zur Berufungserwiderung sämtliche Provisionsmitteilungen an die Beklagte überreicht hat. Diese ersetzen nicht den notwendigen Sachvortrag dazu, für welchen von der Beklagten oder einem ihrer Untervertreter vermittelten Vertrag sie einen – wie zu berechnenden – Provisionsanspruch erworben hat. Insbesondere kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, dass diese Abrechnungen von provisionsrelevanten Geschäftsvorfällen von dem Versicherungsvertreter gemäß § 4 des Geschäftspartnervertrages vom 26. Juni 1998 als inhaltlich anerkannt gelten, wenn dieser nicht binnen 14 Tagen nach Zugang Einspruch erhoben hat. Die Informationsrechte des § 87 c HGB sind auch für den Versicherungsvertreter unabdingbar (§ 92 Abs. 2, 87 c Abs. 5 HGB) mit der Folge, dass Klauseln, die – wie hier – ein Anerkenntnis durch Untätigkeit, Schweigen oder widerspruchslose Entgegennahme von Abrechnungen fingieren, unwirksam sind. 55

Die mit Schriftsatz vom 8. Mai 2002 überreichte Forderungsaufstellung (Bl. 193 ff. GA) leidet – was der Senat ebenfalls mit den Parteien erörtert hat - schon daran, dass sie unstreitig nicht sämtliche Provisionsgutschriften aus der Zeit bis zum 31. März 1999 berücksichtigt hat, welche die Klägerin der Beklagten auf dem Geschäftspartnerkonto im Rahmen der regelmäßig erfolgten Abrechnungen gutgeschrieben hat. Ohne Erfolg beruft sich die Klägerin insoweit darauf, dass diese Vergütungsansprüche noch nicht fällig und damit für eine Tilgung des Darlehens i.S.v. § 3 des Vertrags nicht verrechenbar gewesen seien, weil die Haftungszeit noch nicht abgelaufen gewesen sei. § 92 Abs. 4 HGB sieht - abweichend von § 87 a Abs. 1 HGB - vor, dass der Versicherungsvertreter einen unbedingten Provisionsanspruch erlangt, sobald der Versicherungsnehmer die Prämie gezahlt hat, aus der sich die Provision nach dem Vertragsverhältnis berechnet. Dass hier abweichendes vereinbart gewesen sein sollte, was völlig unüblich wäre, ist nicht aufgezeigt und feststellbar. 56

Auch die weitere mit Schriftsatz vom 17. Mai 2002 überreichte Forderungsaufstellung war schon deshalb unzureichend, weil die Klägerin in diese nur die Provisionsgutschriften eingestellt hat, "die sich am Ende als verdient erwiesen haben" und solche unberücksichtigt gelassen hat, die storniert worden sind, ohne zu letzteren Einzelheiten näher vorzutragen. Die Stornierung eines Versicherungsvertrages lässt jedoch den Provisionsanspruch gemäss §§ 92 Abs. 2, 87 a Abs. 3 Satz 2 HGB nur dann entfallen, wenn und soweit dies auf Umständen beruht, welche von dem insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Versicherungsunternehmen nicht zu vertreten sind. Aus dem Rechtsgedanken der § 87 a 57

Abs. 3 HGB, § 162 Abs. 1 BGB und wegen der bestehenden Treuepflicht gegenüber dem Versicherungsvertreter obliegt dem Versicherungsunternehmen eine Nachbearbeitung der wegen ausbleibender Prämienzahlungen auflösungsgefährdeten Verträge, welche sie entweder dem Versicherungsvertreter überlassen darf oder - vornehmlich nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses - selbst vornehmen kann (vgl. nur: Ebenroth/Boujong/Joost, Rdnr. 17 zu § 92). Dazu, dass und inwieweit die Klägerin dieser Obliegenheit nachgekommen ist, oder dass Umstände vorlagen, welche die Nachbearbeitung entbehrlich machten, fehlt indessen jeder Sachvortrag. Auch das ergänzende Vorbringen der Klägerin hierzu im Schriftsatz vom 12. Juli 2001 ist – wie die Beklagte zu Recht geltend macht – ohne Substanz. Es fehlen schon nähere Ausführungen dazu, welche konkreten Verträge die Klägerin der Beklagten nach welchen Bestimmungen verprovisioniert hat und wie sich die streitgegenständliche Stornogebühr zusammensetzt. Unabhängig davon ist aber auch nicht im einzelnen dargelegt, dass sie im Rahmen der ihr zuzumutenden Nachbearbeitung mit allen angemessenen Mitteln versucht hat, den jeweiligen Prämienschuldner zur Prämienzahlung zu veranlassen (vgl. nur: Senat OLGR 1995, 19 f.; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, Rdnr. 19 ff. zu § 92). Soweit sie geltend macht, die Beklagte habe Stornogefahrmitteilungen erhalten, ist nicht dargelegt, dass diese durch sie so rechtzeitig von der Nichtzahlung der Prämie und deren Gründen unterrichtet worden ist, dass sie sich noch mit Aussicht auf Erfolg um eine Rettung des Vertrages hätte bemühen können. Soweit sie selbst die Nachbearbeitung übernommen haben will, fehlen jegliche näheren Ausführungen dazu, wie, durch wen und mit welchem Erfolg die notwendige Nachbearbeitung vorgenommen worden ist.

Die ihrem Schriftsatz vom 28. Mai 2003 als Anlage 27 beigefügte Forderungsaufstellung verhält sich über den gesamten Zeitraum vom 19. Juni 1998 an und berücksichtigt damit schon nicht die von der Klägerin selbst geltend gemachte und nachgewiesene Stundungsvereinbarung aus August 1998. Allen Abrechnungen ist gemein, dass aus ihnen nicht hervorgeht, für welchen von der Beklagten oder einem ihrer Untervertreter vermittelten Vertrag sie den – wie zu berechnenden – Provisionsanspruch erworben hat, weil die einzelnen Positionen nicht erläutert sind. 58

Damit ist es dem Senat auch rechtlich nicht möglich, der Klägerin irgendeine mit Sicherheit noch offenstehende Darlehensrückzahlungsforderung unter Anrechnung von verdienten Provisionen zuzuerkennen. Es lässt sich anhand des Vortrags der Klägerin nicht feststellen, welche Provisionen auf das Darlehen anzurechnen sind. Selbst wenn der Senat zu Gunsten der Beklagten nicht nur alle erfolgten Gutschriften, sondern auch die nicht nachweislich berechtigten Stornierungen berücksichtigt, ist dies nicht ausreichend, weil bei einer unberechtigten Stornierung die Provisionspflicht der Klägerin nicht endete, sondern die Beklagte die volle vereinbarte Provision beanspruchen konnte, welche dann ebenfalls anzurechnen ist. 59

Auf diese zur Unschlüssigkeit des gesamten Klagevorbringens führenden Mängel hat der Senat die Klägerin wiederholt, jedoch erfolglos, hingewiesen. 60

II. 61

Dass die Klägerin ihren Zahlungsanspruch hilfsweise auch auf die Rückzahlung von Provisionsvorschüssen und unverdiente Provisionen stützen will, macht sie nicht weiter geltend. Ihren diesbezüglichen Vortrag hat sie im Schriftsatz vom 28. Mai 2003 ausdrücklich fallen gelassen und ausgeführt, sie werde diese Ansprüche in einem weiteren Verfahren geltend machen (Bl. 362 GA). 62

III.	
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.	64
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	65
Die Beschwer der Klägerin beträgt 97.146 €.	66
Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 ZPO liegen nicht vor. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung wirft der Rechtsstreit nicht auf, auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht.	67
Dr. L.... v.. R.... S.....	68
