
Datum: 08.06.2006
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 163/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2006:0608.18U163.05.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 42 O 114/04

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 31. August 2005 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Das Urteil beschwert die Klägerin in Höhe von 214.020,00 €; die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

A.

2

Die Klägerin ist Komplementärin und Geschäftsführerin verschiedener Immobilienfondskommanditgesellschaften, die Immobilien oder immobil gesicherte

3

Forderungen kaufen, um sie mit Gewinn weiter zu verkaufen. Mehrheitsgesellschafterin der Klägerin ist die Ehefrau des Zeugen G2, G.

Die Beklagte wurde durch notariellen Vertrag vom 03.06.2003 gegründet. Gründungsgesellschafterin der Beklagten mit einem Gesellschaftsanteil von 50 % war ebenfalls Frau G.

Die Beklagte war u.a. auf der Grundlage einer auf den 10.06.2003 datierten Vereinbarung und Courtagezusage Vertriebspartnerin der Klägerin. Der Vertrag, wegen dessen weiteren Inhalts auf Bl. 15 f. d.A. verwiesen wird, enthält u.a. folgende Regelungen:

"3. J2 (= die Klägerin) zahlt an J eine Vermittlungscourtage in Höhe von 5 % zzgl. MwSt. des erzielten Verkaufspreises eines Objekts, zahlbar und fällig bei Vertragsschluss mit dem Käufer.

4. J ist berechtigt, Objekte und Forderungspakete zum Kauf nachzuweisen. Hier genügt aufgrund der Besonderheiten des Geschäfts und ggfs. geheimzuhaltender Tippgeber und interner Kontaktpartner die Bekanntgabe von Objekten und/oder des potenziellen Verkäufers und/oder des das Versteigerungsverfahren betreibenden Gläubigers. Courtagepflichtig sind auch nachgewiesene Objekte eines bereits bestehenden Vertragspartners, sofern die einzelnen Objekte noch nicht bekannt waren. Außerdem wird Bestandsschutz für vermittelte Bankkontakte vereinbart derart, dass der Ankauf von Folgeobjekten eines Gläubigers ebenfalls vergütet wird.

5. Die Courtage für nachgewiesene Objekte zum Ankauf durch die J2 beträgt grundsätzlich 8 % zzgl. MwSt. des Kaufpreises eines Objekts, oder Forderungspakets, fällig bei Abschluss des Kaufvertrages.

6. Die Courtage für den Verkaufsnachweis ist grundsätzlich auf max. 5 % zzgl. MwSt. für jedes Objekt begrenzt. J kann entscheiden, ob eine Courtage für den Ankauftsachweis gezahlt werden soll, oder für den Verkaufsnachweis. Auch die Aufteilung der Courtage ist möglich. Sind 3 % für den Ankauftsachweis berechnet worden, so kann für dasselbe Objekt nur noch eine Courtage von 2 % für den Verkaufsnachweis verlangt werden. Die Entscheidung, welche Regelung gewünscht ist, ist im Zusammenhang mit dem Nachweis der Objekte mitzuteilen.

7. J hat die Vertriebsnachfolge ... von der D GmbH übernommen. Alle Kontakte und sich daraus ergebende Ansprüche wurden insofern an J übergeben. Courtagen aus solchen Kontakten stehen damit ab sofort J zu."

Für die Beklagte war vielfach der Zeuge Q als deren Generalbevollmächtigter gegenüber der Klägerin tätig.

Auf Seiten der Klägerin wurden gegenüber der Beklagten vornehmlich der Zeuge G2 als deren Generalbevollmächtigter und teilweise deren Geschäftsführer Hubert B tätig.

Ab Februar/März 2003 bis Februar 2004 war der Zeuge I für die Klägerin tätig, wobei dessen Funktion und Stellung zwischen den Parteien streitig ist. Der Zeuge I hatte zunächst mit der Vorgängerfirma der Beklagten, der Fa. D GmbH, einen Kooperationsvertrag vom 27.12.2002 geschlossen, nach dessen Inhalt er als selbständiger Unternehmer u.a. Akquisition von Vertriebspartnern betreiben sollte. Einen entsprechenden Vertrag schloss der Zeuge I dann unter dem 14.06.2003 mit der Beklagten. Auf den Inhalt dieser Verträge wird Bezug

genommen (Bl. 177 i – k d.A.; Bl. 177 l - n d.A).

Mit Vertrag vom 03.11.2003 kauften Immobilienfondskommanditgesellschaften der Klägerin von der X-Bank Forderungen (sog. 1. Forderungspaket) zu einem Kaufpreis von 3.350.000,00 €, nachdem der Geschäftsführer B bereits ab Mai 2003 zur X-Bank Kontakt wegen eines Objekts, das eines der erworbenen Forderungen besicherte, hatte. 14

Mit Vertrag vom 08.03.2004 mit der X-Bank und X2-Bank kauften Immobilienfondskommanditgesellschaften der Klägerin weitere Forderungen (sog. 2. Forderungspaket) im Wert von 12.300.000,00 € zu einem Kaufpreis von 6.150.000,00 €. 15

Im Februar/März 2004 litt die Beklagte unter Liquiditätsproblemen. Die Klägerin zahlte per Überweisung am 04.03.2004 zunächst 64.206,00 € und am 11.03.2004 weitere 149.814,00 €, insgesamt 214.020,00 € an die Beklagte. Diese Summe entspricht rechnerisch genau 3 % zzgl. MwSt. des Kaufpreises des 2. Forderungspakets. Die den Zahlungen zugrunde liegenden Absprachen zwischen den Parteien sind streitig. 16

Die Klägerin stellte sowohl im Schreiben vom 08.03.2004, wegen dessen genauen Inhalts auf Bl. 194-200 d.A. verwiesen wird, und auch in den Kontoauszügen der einzelnen Fonds, Stand 24.10.2004, auf deren genauen Inhalt (Bl. 204 – 213 d.A.) Bezug genommen wird, den Kaufpreis des 2. Forderungspakets nicht mit 6.150.000,00 €, sondern einschließlich Nebenkosten um 215.000,00 € höher, nämlich mit 6.365.000,00 € dar. 17

Am 16.08.2004 sandte der Geschäftsführer der Klägerin B an den Zeugen Q eine E-Mail folgenden Inhalts: "Die Verwaltungsgesellschaft benötigt noch die Rechnungen über € 149.814,00 und € 64.206,00 €. Es betrifft die Zahlungen bezgl. des 2. Paketkaufs." 18

Die Beklagte wies der Klägerin bzw. deren Immobilienfondskommanditgesellschaften im Anschluss an die im März 2004 erfolgten Zahlungen weder die Möglichkeit von An- oder Verkäufen erfolgreich nach noch vermittelte sie solche. 19

Nachdem es zu einer Störung im Verhältnis der Parteien zueinander gekommen war, erklärten sowohl die Klägerin mit Schreiben 17.11.2004 als auch die Beklagte mit Schreiben vom 08.12.2004 jeweils die fristlose Kündigung der Vertragsverhältnisse. In ihrem Kündigungsschreiben begehrte die Klägerin zugleich die Rückzahlung der im März geleisteten Zahlungen. Wegen der Einzelheiten des Schreibens der Klägerin wird auf Bl. 17 bis 19 d.A. verwiesen. 20

Im Schreiben der Beklagten vom 18.11.2004, wegen dessen genauen Inhalts auf Bl. 163 –166 d.A. Bezug genommen wird, wies die Beklagte die Zahlungsforderung zurück und führte hierzu aus, sie habe Akontozahlungen auf erbrachte Leistungen entgegen genommen, die nur deshalb noch nicht endgültig abgerechnet werden konnten, da die Klägerin bislang noch nicht die Abrechnungsdaten geliefert habe. 21

Der Kurzstatus der Klägerin mit Stand 30.11.2004 weist eine Akontozahlung an die Beklagte in Höhe von 214.020,00 € aus (Bl. 32 d.A.). 22

Unter dem 31.08.2005 hat die Beklagte über die Zahlungen aus März 2004 Rechnungen an die einzelnen Immobilienfondskommanditgesellschaften der Klägerin entsprechend deren Beteiligung an dem sog. 2. Forderungspaket mit dem aus Bl. 107-116 d.A. jeweils ersichtlichen Inhalt erteilt. 23

Die Klägerin hat mit der am 06.01.2005 zugestellten Klage die Rückzahlung der im März 2004 erfolgten Zahlungen begehrt und behauptet, zwischen ihrem Geschäftsführer B und dem Zeugen G2 ihrerseits und dem Zeugen Q auf Seiten der Beklagten sei hinsichtlich dieser Zahlungen vereinbart worden, dass es sich um Vorschusszahlungen auf noch zu erbringende Verkaufsvermittlungsleistungen der Beklagten handele. Der Zeuge Q habe die Klägerin gebeten, der Beklagten aus der Liquiditätsenge zu helfen, und dies mit laufenden Arbeiten der Beklagten, den damit verbundenen Kosten und als sicher dargestellten zukünftigen Vermittlungserfolgen sowie einer langfristig angelegten Zusammenarbeit der Parteien begründet; der Zeuge Q habe keine andere Mittelbeschaffungsmöglichkeit gesehen. Bei den Zahlungen habe es sich nicht um eine Ankaufsprovision für das sog. 2. Forderungspaket gehandelt. Der dortige Kaufpreis sei lediglich Bemessungsgrundlage für den geleisteten Vorschuss gewesen.

Mit dem Ankauf des 2. Forderungspakets habe die Beklagte nichts zu tun gehabt, insbesondere weder diesen noch den Ankauf des 1. Forderungspakets vermittelt oder den Kontakt zur X-Bank hergestellt. Der Zeuge I sei nicht für die Beklagte, sondern als Praktikant der Klägerin und zudem nicht im Rahmen der Forderungskäufe nachweisend oder vermittelnd tätig geworden. 25

Die Klägerin ist der Auffassung gewesen, die Beklagte sei zur Rückzahlung verpflichtet, da diese eine Vermittlungscourtage noch nicht verdient habe und wegen der Kündigung auch nicht mehr verdienen könne. Es handele sich um einen vertraglichen Anspruch. Hilfsweise werde die Klage auf Bereicherungsrecht gestützt. 26

Die Klägerin hat beantragt, 27

die Beklagte zu verurteilen, an sie 214.020,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten seit dem 06.01.2005 zu zahlen. 28

Die Beklagte hat beantragt, 29

die Klage abzuweisen. 30

Die Beklagte hat bestritten, dass es sich bei den streitgegenständlichen Zahlungen um Vorschusszahlungen gehandelt habe. Sie hat vielmehr behauptet, es habe sich um Zahlungen im Zusammenhang mit dem Ankauf des 2. Forderungspakets von der X-Bank gehandelt, wonach die Höhe der Auszahlung nach Abschluss des Kaufvertrages von der Klägerin auch genau berechnet worden sei. Entsprechend habe die Klägerin die Zahlung auch jeweils als Aufwand bei dem Ankauf verbucht. 31

Die Beklagte hat in der Klageerwiderung zunächst die Auffassung vertreten, der Kauf des 2. Forderungspaketes von der X-Bank sei aufgrund der Ziff. 4 der auf den 10.06.2003 datierten Courtagevereinbarung als Folgeobjekt des 1. Forderungskaufs provisionspflichtig und hat hierzu behauptet, der Zeuge I habe den Kontakt zur X-Bank für den Kauf des 1. Forderungspakets initiiert. Die Beklagte habe von der in Ziff. 6 der genannten Vereinbarung niedergelegten Wahlmöglichkeit Gebrauch gemacht, und sich für eine Courtage i.H.v. 3 % für den Ankaufsnachweis entschieden. Sie habe der Klägerin den Zeugen I zur Verfügung gestellt und diesen bezahlt. 32

Im Termin vom 13.04.2005 vor dem Landgericht hat der Geschäftsführer der Beklagten behauptet, die Beteiligten hätten sich darauf geeinigt, dass es um Zahlungen ginge, denen Leistungen zu Grunde lagen, die bereits erbracht worden seien. 33

Im Schriftsatz vom 09.05.2005 - nach Vernehmung der Zeugen Q und G2 durch das Landgericht - hat die Beklagte dann behauptet, die Beteiligten hätten sich dahingehend geeinigt, die Aktivitäten des Zeugen I für das 1. Forderungspaket aufgrund der aktiven Mitgestaltung des Zeugen I an der Arbeit der Klägerin als ursächlich für das 2. Forderungspaket anzusehen.	34
Mit Schriftsatz vom 16.06.2005 hat die Beklagte schließlich behauptet, aufgrund der Aktivitäten des Zeugen I bei der Klägerin in M hätten sich die Beteiligten auf Folgendes geeinigt:	35
• Abschluss einer Vereinbarung und Courtagezusage, die auf den 10.06.2003 zurückdatiert werde; • der Beklagten stünden aufgrund des Kaufs des 2. Forderungspakets eine Courtage entsprechend dieses nun geschlossenen und rückdatierten Vertrags zu, die Tätigkeiten des Zeugen I reichten als Nachweisleistung hierfür aus; • der Zeuge I sei "Initiationszünder" des 1. Forderungskaufs bei der X-Bank durch Kontaktaufnahme mit der X-Bank gewesen, der 2. Forderungskauf habe durch die Beklagte aufgrund der Aktivitäten des Zeugen I stattgefunden; der Kauf des 2. Forderungspakets von der X-Bank werde als Folge des Kaufs des 1. Forderungspakets angesehen, damit der Beklagten aufgrund des auf den 10.06.2003 datierten Vertrages Ansprüche durch den Kaufnachweis oder durch den Verkauf zustünden.	36
Dass die Vereinbarung und Courtagezusage erst im Zusammenhang mit den im März 2004 erfolgten Zahlungen abschließend vereinbart und zurückdatiert worden sei, ergäbe sich aus einer E-Mail des Zeugen Q an den Geschäftsführer der Klägerin vom 23.02.2004, wegen deren genauen Inhalts auf Bl. 192 d.A. verwiesen wird.	37
Die Klägerin hat die Existenz und die inhaltliche Richtigkeit der E-Mail vom 23.02.2004 bestritten.	38
Das Landgericht hat die Geschäftsführer der Parteien angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen G2, Q und I. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschriften vom 13.04.2005 und 20.07.2005.	39
Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der für die Vorschussabrede beweisbelasteten Klägerin sei der Beweis für ihre Behauptung nicht gelungen, dass die im Streit stehenden Zahlungen als Vorschuss erbracht worden sind, der in das Verdienen zu bringen war; die entgegenstehende Behauptung der Beklagten, mit den Zahlungen sollten bereits erbrachte Leistungen abgegolten werden, bleibe auch unter Würdigung aller erheblichen Beweisindizien möglich. Auch bei einem bereicherungsrechtlichen Anspruch träfe die Klägerin die Beweislast, da sie als Kondiktionsgläubigerin den substantiierten Vortrag des Kondiktionsschuldners, auf welchem rechtlichen Grund die Leistung beruht, widerlegen müsse. Ein solcher hinreichend substantiierten Vortrag der Beklagten liege vor, indem diese im Kern vortrage, die Zahlungen seien vereinbarungsgemäß erfolgt als Ausgleich für die Ankaufsprovision, berechnet nach dem Volumen des zweiten X-Bank- Forderungspaketes. Dieser Rechtsgrund bleibe möglich, wobei allerdings auch bestimmte Nuancen im Parteivortrag der Beklagten widerlegt seien. Sowohl der Zeuge G2 als auch der Zeuge Q hätten bei ihrer Vernehmung eine in sich schlüssige Darstellung der Geschehnisse gegeben, die die jeweilig angegebene Motivation der Zahlungen gedanklich nachvollziehbar erscheinen ließen. Nach dem Beweisergebnis sei	40

nicht ausgeschlossen, dass zwar nicht von einer deklarierten Ankaufsprovision, sondern von einem so genannten verlorenen Zuschuss als Charakter der Zahlung auszugehen sei, wofür die damalige Interessenlage durchaus sprechen könnte. Die Beklagte habe unstreitig einen Liquiditätsbedarf gehabt und die Klägerin sei zum damaligen Zeitpunkt wiederum daran interessiert gewesen, die Existenz ihres Vertriebspartners zu erhalten. Auch die persönliche Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin B habe insgesamt keine weiteren objektiv greifbaren Punkte hervorgebracht, die die Überzeugungsbildung der Kammer hätten beeinflussen können. Angesichts seines persönlichen Eingebundenseins in den Rechtsstreit habe die Kammer auch bei ihm nicht mit der notwendigen Sicherheit auszuschließen vermocht, dass er sich hiervon bei seinen Erklärungen habe leiten lassen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiter, wobei sie in 41
der mündlichen Verhandlung klargestellt hat, dass sie den Anspruch primär auf einen vertraglichen Rückzahlungsanspruch und hilfsweise, soweit der Senat nicht von einer Vorschusszahlung ausgehe, auf § 812 BGB stütze. Sie meint, das Landgericht sei verfahrensfehlerhaft davon ausgegangen, bei den Zahlungen handele es sich um einem verlorenen Zuschuss; dies sei so von der Beklagten gar nicht behauptet worden. Zudem habe das Landgericht die Beweislast verkannt, da bei einer Provisionsvorschusszahlung der Zahlungsempfänger beweisen müsse, dass der Vorschuss tatsächlich verdient sei. Einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Zahlung habe die Beklagte aufgrund ihres wechselnden Vortrags nicht substantiiert dargelegt. Es habe bei der Vornahme der Zahlungen seitens der Klägerin kein Anlass bestanden, sich einen schriftlichen Beleg über den Vorschusscharakter der Zahlungen erteilen zu lassen oder eine Zahlungsbestimmung zu treffen.

Die Klägerin rügt auch die Beweiswürdigung des Landgerichts, da die Aussage des Zeugen 42
G2 im Gegensatz zur Aussage des Zeugen Q in sich schlüssig gewesen sei. Das vom Zeugen Q bekundete Wahlrecht sei gar nicht existent gewesen. Die nach der Aussage des Zeugen Q zu entlohnende Tätigkeit des Zeugen I habe nicht vorgelegen. Die Aussage des Zeugen G2, dass der Zeuge Q die Verrechnung der gezahlten Summe zugesagt habe, habe das Landgericht überhaupt nicht gewürdigt. Die Annahme des Landgerichts, die Zahlungen stellten einen verlorenen Zuschuss zwecks Unterstützung und Erhaltung des Vertriebspartners dar, sei nicht haltbar, nachdem das Vertragsverhältnis durch beiderseitige Kündigungen beendet sei.

Zumindest sei damit die Geschäftsgrundlage für den verlorenen Zuschuss entfallen. Ein 43
solcher verlorener Zuschuss habe unter der Prämisse gestanden, dass die Beklagte der Klägerin als Vertriebspartnerin erhalten blieb, und sei in der Erwartung zukünftiger von der Beklagten nachgewiesener Verkaufsgeschäfte im Hinblick auf das 2. Forderungspaket und hierbei anfallender Verkaufsprovisionen, die hierauf zur Anrechnung gekommen wären, erfolgt.

Die Klägerin hat nach Auflage durch den Senat nunmehr die Ausgabeprotokolle der am 44
04.03.2004 und 11.03.2004 im Wege des online-Bankings getätigten Überweisungen zur Akte gereicht. In der Überweisung vom 04.03.2004 ist als Verwendungszweck angegeben: "Paket II 30 % zzgl. 16 % Mwst"; die Überweisung vom 11.03.2004 weist als Verwendungszweck "Prov. Pqaket II Rest" aus. Wegen des weiteren Inhalts der Ausgabeprotokolle wird auf Bl. 461 f. d.A. Bezug genommen.

Erstmals mit Schriftsatz vom 27.03.2006 stützt die Klägerin äußerst hilfsweise den Klageanspruch auf einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhaft veranlasster Kündigung des Vertriebsvertrags, soweit man der Ansicht folge, bei der Zahlung handele es sich um einen verlorenen Zuschuss.

Sie überreicht ein Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm, wegen dessen genauen Inhalts auf Bl. 482 - 492 d.A. verwiesen wird, in dem die Anfechtungsklage der Gesellschafterin G gegen die Beklagte gegen einen Gesellschafterbeschluss, mit dem diese aus der Beklagten ausgeschlossen wurde, für begründet erachtet wurde. U.a. wird dort ausgeführt, dass die Kündigung der Klägerin des vorliegenden Verfahrens gegenüber der Beklagten aufgrund des Schreibens vom 15.11.2004 zumindest objektiv verständlich und nachvollziehbar sei (Bl. 489 f. d.A.). 46

Die Klägerin beantragt, 47
die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an sie 214.020,00 € 48
nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 06.01.2005 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 49
die Berufung zurückzuweisen. 50

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil. Sie ist der Auffassung, dass es sich bei den genannten Zahlungen um einen Geldfluss gehandelt habe, der aufgrund seiner Zweckbestimmung nicht zurückzuerstatten sei, so dass die Verwendung des Begriffs "verlorener Zuschuss" durch das Landgericht gerechtfertigt sei. 51

Der Senat hat die Geschäftsführer der Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen G2 und Q. Hinsichtlich des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 27.04.2006 und den dazugehörigen Berichterstattevermerk vom 28.04.2006 Bezug genommen. 52

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Verhandlungsprotokolle und das angefochtene Urteil Bezug genommen. Die nach eingeräumter Schriftsatzfrist nach der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingegangenen Schriftsätze beider Parteien vom 11.05.2006 lagen vor. 53

B. 54

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. 55

Die zulässige Klage hat keinen Erfolg, da sie unbegründet ist. 56

Der Klägerin steht ein Anspruch gegenüber der Beklagten auf Zahlung von 214.020,00 €, den sie in diesem Rechtsstreit im Rahmen der Berufungsinstantz noch geltend machen kann, nicht zu. 57

I. 58

Die Voraussetzungen für einen vertraglichen Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten auf Rückzahlung der am 04.03.2004 und 11.03.2004 an die Beklagten gezahlten 64.206,00 € und 149.814,00 €, insgesamt 214.020,00 €, liegen nicht vor. 59

In Betracht kommt insoweit nur ein vertraglicher Anspruch auf Rückzahlung eines nicht ins Verdienen gebrachten Provisionsvorschusses (vgl. insoweit Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 87 a HGB, Rz. 19; Ebenroth/Boujong/Joost/Löwisch, HGB, § 87 a HGB, Rz. 52). Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass die im März 2004 erfolgten Zahlungen überhaupt eine Vorschusszahlung auf noch ins Verdienen zu bringende Provisionen darstellten. Dies hat die Klägerin auch im Rahmen der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht nachweisen können. Es bestehen auch nach der Beweisaufnahme weiterhin Zweifel an dem Inhalt der zwischen den Parteien bezüglich der genannten Zahlungen getroffenen Vereinbarung. Dies geht zu Lasten der beweisbelasteten Klägerin. 60

1. 61

Die Klägerin trägt - wovon das Landgericht zutreffend ausgegangen ist - für den Umstand, dass es sich bei den im März 2004 erfolgten Zahlungen - entsprechend ihrer Behauptung - um Vorschusszahlungen auf noch ins Verdienen zu bringende Verkaufsprovisionen gehandelt hat, entgegen ihrer Ansicht die Beweislast, da es sich hierbei um einen anspruchsbegründenden Umstand handelt. Es geht nämlich nicht darum, ob die Vorschüsse ins Verdienen gebracht worden sind, wofür der Vorschussempfänger beweisbelastet ist (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl., § 669 BGB, Rz. 3; § 667 BGB, Rz. 10). Vielmehr geht es um die zuvor zu beantwortende Frage, ob die Zahlungen überhaupt Vorschusszahlungen darstellten, also vorweggenommene Zahlungen auf noch ins Verdienen zu bringende Provisionen. 62

2. Das Landgericht hat nicht feststellen können, dass es sich bei den genannten Zahlungen um Vorschusszahlungen gehandelt hat. Auch nach der Anhörung der Geschäftsführer der Parteien durch den Senat und der erneut vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme hat die Klägerin zur Überzeugung des Senats ihre Behauptung, der Zweck der Zahlungen als Vorschuss auf noch ins Verdienen zu bringende Verkaufsprovisionen sei zwischen dem Geschäftsführer B und dem Zeugen G2 seitens der Klägerin und dem Zeugen Q seitens der Beklagten vereinbart worden, nicht nachweisen können. 63

a) 64

Erhebliche Zweifel am Zweck der Zahlungen als Vorschuss auf noch ins Verdienen zu bringende Provisionen ergeben sich schon aus der Dokumentenlage. Nicht ein Schriftstück, das vor der Kündigung der Geschäftsbeziehung der Parteien entstanden ist, weist – wie der Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat einräumen musste – auf den von der Klägerin behaupteten Zahlungszweck "Vorschuss" hin. Vielmehr sprechen die vorgelegten Dokumente dagegen. 65

aa) 66

Dem Inhalt der von der Klägerin zur Akte gereichten Ausgabeprotokolle (Bl. 461 f. d.A.) über die beiden vorgenommenen Überweisungen lässt sich – obwohl dies bei der vorgenommenen Angabe des Verwendungszwecks zu erwarten gewesen wäre – der Vorschusscharakter der Zahlungen nicht entnehmen. Vielmehr wurde dort jeweils nur auf das 2. Forderungspaket hingewiesen; in dem zweiten Ausgabeprotokoll ist unter Verwendungszweck zudem die Abkürzung "Prov." aufgeführt, die – wie der Geschäftsführer der Klägerin im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat eingeräumt hat – üblicherweise als Abkürzung für "Provision" verwandt wird. Dass der Geschäftsführer der Klägerin mit dieser Abkürzung das Wort "Provisionsvorschuss" gemeint hat, ergibt sich aus der Dokumentenlage nicht. Eine nachvollziehbare Erklärung, warum, wenn es sich bei den Zahlungen um Vorschüsse 67

gehandelt hat, dies nicht als Verwendungszweck im Rahmen der Überweisung der Geldbeträge angegeben wurde, konnte der Geschäftsführer der Klägerin bei seiner Anhörung trotz Nachfrage nicht geben; vielmehr gab er an, sich nicht mehr erinnern zu können.

bb) Auch der Inhalt der E-Mail vom 16.08.2004 des Geschäftsführers der Klägerin an die Beklagte, in der er die Rechnungen für die im März 2004 erfolgten Zahlungen anforderte, ist mit dem behaupteten Umstand, dass Zweck der abzurechnenden Zahlungen ein Vorschuss auf noch ins Verdienen zu bringende Verkaufsprovisionen war, nicht in Einklang zu bringen. In der E-Mail gab der Geschäftsführer der Klägerin an, dass die Zahlungen den 2. Paketkauf betrafen. Angesichts des behaupteten Zwecks hätte es aber nahe gelegen, dort Rechnungen für Vorschüsse bezüglich der Verkaufsprovisionen anzufordern. 68

Der Geschäftsführer der Klägerin hat seine Wortwahl in der E-Mail bei seiner Anhörung durch den Senat damit zu erklären versucht, dass er damals nur eine sehr knappe Formulierung gewählt habe, weil er zum einen mit der Beklagten zu dem damaligen Zeitpunkt schon nicht mehr geredet habe und zum anderen mit der Rückzahlung nicht mehr gerechnet habe; zudem sei die Formulierung "der Zeit geschuldet gewesen". Diese Erklärungen vermochten den Senat nicht zu überzeugen. Sie können nicht nachvollziehbar erklären, warum in der E-Mail nicht das klarstellende Wort "Vorschuss" statt des Worts "Zahlungen" benutzt worden ist. Einen nennenswerten zusätzlichen Zeitaufwand hätte dies nicht erfordert. Da der Geschäftsführer der Klägerin nach seinen Angaben zu dem Zeitpunkt bereits nicht mehr mit der Rückzahlung der Vorschüsse rechnete, hätte es nach Auffassung des Senats angesichts der bisher unklaren Dokumentenlage vielmehr nahe gelegen, klar zu stellen, dass es sich um Vorschüsse handelte. 69

cc) 70

Auch der Umstand, dass die Klägerin die im März 2004 erfolgten Zahlungen an die Beklagte sowohl im Schreiben vom 08.03.2004 als auch in den Kontoauszügen der einzelnen Fonds, Stand 24.10.2004, als Nebenkosten des Erwerbs des 2. Forderungspakets verbuchte - der entsprechenden Behauptung der Beklagten ist die Klägerin nicht entgegengetreten - spricht gegen eine Vorschusszahlung. 71

Für diese Art und Weise der Verbuchung der Zahlung von Vorschüssen auf noch ins Verdienen zu bringender Verkaufsprovisionen als Kosten des Ankaufs der Forderungen bestand keine den Senat überzeugende Veranlassung. Eine nachvollziehbare Erklärung hierfür vermochten weder die Klägerin noch der Zeuge G2 bei seiner Vernehmung vor dem Senat zu geben. 72

Es leuchtet nicht ein, die Zahlung, wenn diese lediglich eine Vorschusszahlung darstellen sollte, mit einer unstreitig objektiv nicht angefallenen und nach der Behauptung der Klägerin auch aufgrund von Vereinbarungen nicht zu zahlenden Ankaufsprovision für das 2. Forderungspaket in Verbindung zu bringen. Denn die Vorschusszahlung hatte dann mit einer Ankaufsprovision für das 2. Forderungspaket nichts zu tun. Eine entsprechende Verbindung zwischen einer Vorschusszahlung und der genannten Ankaufsprovision kann man auch nicht überzeugend daraus herleiten, dass die Klägerin später Provisionen für den Verkauf des 2. Forderungspakets verdienen sollte. Die An- und die Verkaufsprovision waren aufgrund der vertraglichen Regelung nur für den Fall miteinander verknüpft, dass tatsächlich eine Ankaufsprovision angefallen und geltend gemacht worden ist; dies war jedoch nach der Behauptung der Klägerin und des Zeugen G2 gerade nicht der Fall. 73

Warum die Zahlungen als Aufwand im Rahmen des abgeschlossenen Ankaufs des 2. Forderungspakets zunächst verbucht wurden, ist auch nicht plausibel, wenn es sich um Vorschüsse auf zukünftige Verkäufe des 2. Forderungspakets gehandelt hat. In diesem Fall hätte es nahe gelegen, die Zahlung nicht in Verbindung mit dem 2. Forderungsankauf, sondern neutral als Aufwand oder wohl noch richtiger als Darlehen jeweils ohne Verbindung zu dem Ankauf des 2. Forderungspakets zu verbuchen.

Die tatsächlich zunächst vorgenommene Buchung wäre allerdings dann plausibel, wenn die Zahlungen - entsprechend der Behauptung der Beklagten - als zu zahlende und bei der Beklagten verbleibende Zahlungen im Rahmen des Ankaufs zu verstehen waren. Dann würden sie einen bei den Anschaffungskosten zu verbuchenden Aufwand darstellen. 75

Erst nach erfolgter Kündigung hat die Klägerin die Zahlungen als Akontozahlung an die Beklagte in ihrem Kurzstatus mit Stand vom 30.11.2004 (Bl. 32) verbucht. Dies ist mit den vorangegangenen Buchungen nicht vereinbar. 76

dd) Für eine Vorschusszahlung spricht nicht, dass die Beklagte selbst in ihrem Schreiben vom 18.11.2004 von einer Akontozahlung hinsichtlich der im März 2004 erfolgten Zahlungen ausgegangen ist. Eine Akontozahlung stellt eine Zahlung dar, die zunächst keinem Geschäftsvorfall zuzuordnen ist; dies unterscheidet diese von der Anzahlung und der Teilzahlung (vgl. SAP-Bibliothek-Glossar). Die Parteien haben den Begriff Akontozahlung möglicherweise falsch benutzt, da die Zahlungen unstreitig der zuvor getroffenen Vereinbarung zuzuordnen waren. Wegen dieser möglichen beiderseitigen Fehlinterpretation des Begriffs kann die Klägerin damit nichts herleiten. 77

b) 78

Gegen eine Vereinbarung, die Zahlungen seien Vorschüsse für noch ins verdienen zu bringende Provisionen im Rahmen des Verkaufs des sog. 2. Forderungspakets, spricht neben der Dokumentenlage auch die Höhe der Zahlung. Die Höhe der Zahlung war unstreitig genau auf die Höhe einer Ankaufsprovision für das sog. 2. Forderungspaket entsprechend der auf den 10.06.2003 datierten Vereinbarung in Höhe 3 % des Ankaufspreises zuzüglich Mehrwertsteuer bemessen. 79

Die Wahl einer solchen - "krummen" - Summe erscheint für eine Vorschusszahlung wenig plausibel; vielmehr kommen als Vorschusszahlungen eher "glatte, runde" Summen in Betracht. 80

Weder die Klägerin noch der Zeuge G2 haben die Wahl einer solchen Bemessungsgrundlage für eine Vorschusszahlung überzeugend erklären können. Die Angabe, dies habe umsatzsteuerrechtliche, buchungs- und rechnungstechnische Gründe gehabt, ist nicht plausibel. 81

Umsatzsteuerrechtlich nachvollziehbar ist nur, dass die Klägerin, um gegenüber dem Finanzamt die gezahlte Umsatzsteuer als Vorsteuer absetzen zu können, Rechnungen mit Mehrwertsteuerausweis benötigte. Nicht erforderlich und insoweit weder umsatzsteuerrechtlich noch buchungs- und rechnungstechnisch nachvollziehbar ist es aber, die Zahlungssumme auf eine nicht angefallene und nach der Behauptung der Klägerin nicht zu zahlende Ankaufsprovision zu beziehen, wenn es sich doch nur um einen Vorschuss für zukünftige Verkaufsprovisionen handeln sollte. Unproblematisch hätte man jede andere - auch "glatte" - Summe als Vorschusszahlung für noch ins Verdienen zu bringende Verkaufsprovisionen verbuchen und in Rechnung stellen können, ohne an eine nach der 82

Behauptung der Klägerin nicht zu zahlende Ankaufsprovision anknüpfen zu müssen.

Da es unstreitig um die Befriedigung eines Liquiditätsbedarfs der Beklagten ging, ist auch nicht nachvollziehbar, warum man sich bei der Festlegung der Vorschusssumme dann nicht genau an diesem Bedarf orientiert hat. Dass dieser Bedarf der Höhe nach genau der Vorschusszahlung entsprach ist weder behauptet worden, noch sonst ersichtlich. Nach Angaben des Geschäftsführer der Klägerin bei seiner Anhörung vor dem Senat benötigte die Beklagte nur einen Betrag in Höhe von 200.000,00 €. 83

c) Auch die Aussage des Zeugen G2 vermochte den Senat nicht davon zu überzeugen, dass zwischen den Parteien vereinbart worden sei, bei den im März 2004 erfolgten Zahlungen handele es sich Vorschüsse auf noch ins Verdienen zu bringende Verkaufsprovisionen, auch wenn der Zeuge G2 dies so bekundet und zudem ausgesagt hat, er habe den Zeugen Q an die Rückzahlung der Vorschüsse erinnert, woraufhin dieser eine Verrechnung mit bald fälligen Provisionsforderungen der Beklagten angekündigt habe. 84

aa) 85

An der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen G2 bestehen jedoch schon aufgrund der unter a) und b) dargestellten Umstände erhebliche Zweifel. Wie ausgeführt hat auch der Zeuge G2 die dargestellten Zweifel nicht ausräumen können. 86

bb) 87

Darüber hinaus steht der Aussage des Zeugen G2 die Aussage des Zeugen Q gegenüber, der sowohl die Vereinbarung einer Vorschusszahlung als auch eine Rückzahlungsaufforderung seitens des Zeugen G2 verneint und vor dem Senat bekundet hat, die Parteien hätten hinsichtlich der genannten Zahlungen vereinbart, dass sie so täten, als ob die Beklagte den Forderungsankauf vermittelt hätte, obwohl diese keine Vermittlungsleistung hierfür erbracht habe. 88

Der Senat vermag nicht festzustellen, dass die Aussage des Zeugen Q vor dem Senat eindeutig falsch ist. Zwar bestehen auch gewisse Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen Q; erhebliche Bedenken bestehen - wie ausgeführt - aber auch gegenüber der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen G2. Im Ergebnis kann der Senat daher Feststellungen zum Inhalt der zwischen den Parteien unstreitig getroffenen Vereinbarung zum Zweck der genannten Zahlungen aufgrund einer dieser Aussagen nicht treffen. 89

(1) Der Aussage des Zeugen Q vor dem Senat ist entgegen der Auffassung der Klägerin die Glaubhaftigkeit nicht schon deshalb abzusprechen, weil der Inhalt dieser Aussage von dem Inhalt der vor dem Landgericht gemachten Aussage des Zeugen abweichen würde. Es liegt jedenfalls keine wesentliche Abweichung vor. So hat der Zeuge Q vor dem Landgericht bekundet, man habe bei dem Forderungskaufvertrag eine Möglichkeit gesehen, die bisherigen Arbeiten der Beklagten, auch die Leistungen des Zeugen I, vergütet zu bekommen. Vor dem Senat hat der Zeuge Q ausgesagt, als das 2. Forderungspaket gekauft wurde, habe man bei der Beklagten nach einer Möglichkeit gesucht, daran zu partizipieren; er habe an die Klägerin die Frage gestellt, wie eine Provision in den Erwerb eingebaut werden könnte; es sei vereinbart worden, dass die Parteien so täten, als ob die Beklagte den Forderungsankauf vermittelt hätte, obwohl diese keine Vermittlungsleistung hierfür erbracht habe. Der Zeuge hat in seiner Vernehmung vor dem Senat auch zum Ausdruck gebracht (im Berichterstattevermerk nicht erfasst), dass die anderweitig geleisteten Arbeiten der 90

Beklagten, insbesondere die des Zeugen I, als innere Rechtfertigung für die Zahlung verstanden wurden. Beide Aussagen stimmen damit im Ergebnis überein.

(2) 91

Die Aussage des Zeugen Q ist auch nicht allein schon deswegen unglaubhaft, weil er vor dem Landgericht bekundet hat, die Klägerin habe von ihrem Wahlrecht bezüglich der Ankaufsprovision Gebrauch gemacht. Entgegen der Auffassung der Klägerin könnte ein solches Wahlrecht – folgt man der Aussage des Zeugen Q – möglicherweise existent sein. Ein solches Wahlrecht ist in Ziff. 6 der auf den 10.06.2003 datierten Vereinbarung und Courtagezusage niedergelegt. Ein solches Wahlrecht kann bestanden haben, wenn man der Behauptung der Beklagten und der Bekundung des Zeugen Q folgt, dass die Parteien vereinbart haben, dass ,obwohl dies objektiv nicht der Fall war, die durch den Zeugen I erbrachten Leistungen der Beklagten als Vermittlungsleistungen für den 1. Forderungskauf verstanden werden sollten. Dann stellte sich tatsächlich der 2. Forderungskauf gem. Ziff. 4 a.E. der genannten Courtagezusage als provisionspflichtiger Ankauf dar, so dass der Beklagten das genannte Wahlrecht möglicherweise zustand.

92

Soweit der Zeuge seine erstinstanzliche Aussage erst nach Vorhalt auch vor dem Senat insoweit bestätigt hat, so spricht dies nicht gegen die Glaubhaftigkeit des Kerngehalts der Aussage. Die zunächst insoweit abweichende Aussage beruhte auf einer mangelnden Erinnerung an den genauen Inhalt der auf den 10.06.2003 datierten Vereinbarung und Courtagezusage.

93

(3) 94

Soweit die Klägerin ihre Auffassung von der fehlenden Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen Q darauf stützt, dass die Bekundung des Zeugen vor dem Landgericht, es habe eine Tätigkeit des Zeugen I entlohnt werden sollen, falsch gewesen sei, da eine solche Tätigkeit nicht vorgelegen habe, so greift dies nicht durch. Unstreitig ist der Zeuge I für die Klägerin tätig geworden. Der Zeuge Q hat auch nicht bekundet, dass der Zeuge I den 1. Forderungskauf vermittelt habe. Er hat lediglich ausgesagt, es sei allgemein darüber gesprochen worden, dass geleistete Arbeiten, zu denen die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, vergütet werden sollten; man habe hierfür eine Möglichkeit im Zusammenhang mit dem Forderungskauf gesehen; besprochen worden sei in diesem Zusammenhang auch, dass damit die Leistungen des Zeugen I abgegolten werden sollten. Dieser Aussage ist nicht zu entnehmen, dass der Zeuge I den Forderungskauf vermittelt habe. Vielmehr entnimmt der Senat daraus lediglich, dass man sich dahingehend geeinigt habe, dass die Tätigkeit des Zeugen I als Vermittlung oder Nachweis ausreichen sollte. Der Zeuge Q hat damit eine karsale, tatsächlich erbrachte Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit des Zeugen I gerade nicht behauptet. Dem steht auch nicht die weitere Bekundung des Zeugen Q vor dem Landgericht entgegen, die Tätigkeit "würde" im Übrigen nach den vertraglichen Vereinbarungen auch als Nachweis ausreichen. Denn auch aus dieser Bekundung, die der Zeuge im Konjunktiv formuliert hat, ergibt sich gerade nicht, dass aus der Sicht der an der Vereinbarung Beteiligten allein aufgrund dieser Tätigkeit der Beklagten die Zahlung zustehen sollte.

95

(4) 96

Der Senat kann auch nicht feststellen, dass die Aussage des Zeugen Q hinsichtlich des Zeitpunkts des Abschlusses der auf den 10.06.2003 datierten Vereinbarung und Courtagezusage falsch ist, so dass die ganze Aussage des Zeugen Q deshalb möglicherweise als unglaubhaft anzusehen wäre. Auch hinsichtlich des Zeitpunkts des

97

Abschlusses der Vereinbarung stehen sich die Angaben des Zeugen Q einerseits und des Zeugen G2 sowie des Geschäftsführers der Klägerin B gegensätzlich gegenüber. Zwar spricht der Inhalt der Urkunde für die Behauptung der Klägerin und gegen die Aussage des Zeugen Q. Gleichwohl hält der Senat auch diese Angaben des Zeugen Q angesichts der aufgezeigten Ungereimtheiten zwischen Klägervortrag und Dokumentenlage für möglich. Im Übrigen sieht der Senat auch nicht, warum der Zeuge Q eine Veranlassung haben sollte, der Wahrheit zuwider eine Rückdatierung zu schildern.

(5) 98

Entsprechend den Ausführungen des Landgerichts, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, ist der Senat der Auffassung, dass auch die Glaubwürdigkeit der Zeugen G2 und Q nicht unterschiedlich zu beurteilen ist, so dass auch aus diesem Gesichtspunkt der Aussage des Zeugen G2 nicht der Vorzug gegenüber der Aussage des Zeugen Q zu geben ist. 99

(6) 100

Die oben genannten Zweifel am Inhalt der Aussage des Zeugen G2 hätten auch nicht durch eine Beeidigung des Zeugen G2 ausgeräumt werden können, so dass auch mit Rücksicht auf die Bedeutung der Aussage des Zeugen der Senat von einer Beeidigung des Zeugen gem. § 391 ZPO durch in dem Termin zur Beweisaufnahme verkündeten Beschluss abgesehen hat. 101

Einer erneuten Entscheidung über die Beeidigung des Zeugen, die die Klägerin im Schriftsatz vom 11.05.2006 beantragt hat, bedurfte es aufgrund der vorangegangenen Entscheidung, zu der die Klägerin rügelos zur Sache in der sich an die Beweisaufnahme anschließenden mündlichen Verhandlung verhandelt hat, nicht. Neue Gesichtspunkte, die eine anderweitige Entscheidung hinsichtlich der Vereidigung rechtfertigen, hat die Klägerin nicht aufgezeigt. 102

e) 103

Eine Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin B von Amts wegen gemäß § 448 ZPO kommt nicht in Betracht, weil für die Behauptung der Klägerin zum vereinbarten Zweck der Zahlungen angesichts der dargestellten Zweifel kein "Anbeweis" (vgl. Zöller/Greger, § 448 RN 4) erbracht worden ist. Im Übrigen hätten bei einer – auch eidlichen – Parteivernehmung weder die Zweifel ausgeräumt werden können noch wäre mit anderen Angaben zu rechnen gewesen. 104

f) 105

Der Senat hat bei der Beweiswürdigung auch den Umstand berücksichtigt, dass die Beklagte mehrfach ihren Sachvortrag zum Inhalt der Vereinbarung bezüglich des Zwecks der im März 2004 erfolgten Zahlungen gewechselt, diesen an die Aussage des Zeugen Q angepasst hat. Dies lässt zwar grundsätzlich Zweifel an den zuletzt behaupteten Tatsachen aufkommen. Diese Zweifel an dem Tatsachenvortrag der Beklagten räumen aber die oben angeführten erheblichen Zweifel gegen die Vereinbarung einer Vorschusszahlung nicht aus und lassen den Tatsachenvortrag der Klägerin nicht glaubhafter erscheinen. 106

II. 107

Ein Anspruch auf Rückzahlung der unstreitig erlangten 214.020,00 € ergibt sich auch nicht aus den bereicherungsrechtlichen Vorschriften der § 812 ff. BGB, auf den die Klägerin die Klage hilfsweise für den Fall stützt, dass - wie geschehen - ein vertraglicher Anspruch auf 108

Rückzahlung der empfangenen Gelder mangels Qualifizierung der Zahlungen als Provisionsvorschüsse zu verneinen ist.

Insoweit kommt nur eine Leistungskondition in Betracht, da die Geldzahlungen als Leistungen der Klägerin an die Beklagte im Sinne des Bereicherungsrecht anzusehen sind. Jede Zuwendung, die bewusst und zweckgerichtet fremdes Vermögen vermehrt, stellt eine Leistung im Sinne des Bereicherungsrecht dar (Palandt/Sprau, § 812 BGB, Rz. 3 m.w.N.). Hier hat die Klägerin mit den vorgenommen Zahlungen durch Geldüberweisungen auf ein Konto der Beklagten bewusst das Vermögen der Beklagten vermehrt. Dies geschah auch zweckgerichtet, nämlich aufgrund der zuvor getroffenen Vereinbarung, deren genauer Inhalt nur zwischen den Parteien streitig ist. 109

1. Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 812 Abs. I S. 1, 1. Alt BGB, der die Herausgabe des auf eine nicht bestehende Schuld Geleisteten regelt, liegen nicht vor. 110

a) 111

Dieser Kondiktionsanspruch setzt voraus, dass sich die Beteiligten darüber einig sind, dass die Leistung zum Zweck der Erfüllung einer - vermeintlich - bestehenden Schuld erfolgte (Palandt/Sprau, § 812 BGB, Rz. 71). Dies hat die Klägerin als Anspruchstellerin zu beweisen (vgl. Palandt/Sprau § 812 BGB, Rz. 103 f.). Soweit die Klägerin mit ihrem Hilfsvorbringen behaupten will, die Parteien seien darüber einig gewesen, dass die genannten Zahlungen zum Zweck der Erfüllung eines Anspruchs der Beklagten auf Zahlung einer Provision für den Kauf des sog. 2. Forderungspakets erfolgt seien, so hat der Senat auch dies im Rahmen der Beweisaufnahme nicht feststellen können. Dies geht zum Nachteil der Klägerin. 112

aa) Die Beklagte hat behauptet, Zweck der Zahlung sei es gewesen, die Liquiditätsprobleme der Beklagten zu beheben, um sich die Beklagte, die für die Geschäftstätigkeit der Klägerin überlebenswichtig war, zu erhalten. Sie hat zum weiteren Inhalt der den Zahlungen zugrunde liegenden Einigung behauptet, der Beklagten sollte aufgrund des Kaufs des 2. Forderungspakets eine Courtagezahlung entsprechend der auf den 10.06.2003 datierten Vereinbarung erhalten. Dabei seien sich die Parteien in Kenntnis des Umstands, dass dies tatsächlich nicht zutraf, darüber einig gewesen, dass die Tätigkeiten der Beklagten, insbesondere des Zeugen I als Nachweisleistung anzusehen seien. 113

Nach dieser Behauptung der Beklagten erfolgte die Zahlung mithin nicht auf eine bestehende Schuld, da – wie zwischen den Parteien im Ergebnis unstreitig ist – die Beklagte die Zahlung einer Provision für den Ankauf des sog. 2. Forderungspakets mangels einer Nachweis- oder Vermittlungsleistung nicht beanspruchen konnte. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass sich die Klägerin mit der behaupteten Vereinbarung zu einer Zahlung bindend verpflichten wollte, die Beklagte aufgrund der behaupteten Vereinbarung die Zahlung hätte erzwingen können. Die behauptete Vereinbarung war nur so zu verstehen, dass nur der Zweck einer zukünftigen, freiwilligen Zahlung vereinbart wurde. Zweck der Zahlung war nach dieser Behauptung gerade nicht die Erfüllung einer Schuld; die Zahlung der Klägerin erfolgte vielmehr freiwillig mit dem alleinigen Zweck, die zum damaligen Zeitpunkt bestehenden Liquiditätsprobleme der Beklagten zu lösen. Die weiteren behaupteten Abreden der Parteien stellen dann lediglich den Versuch dar, dieser Zahlung eine innere Rechtfertigung zu geben und dieser nach außen einen Sachverhalt zu unterlegen. 114

Diese letzte Behauptung der Beklagten zum vereinbarten Zweck der Zahlung ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch hinreichend substantiiert. Zwischen den Parteien ist unstreitig, 115

dass sowohl Gespräche zwischen den Beteiligten vor den Zahlungen stattgefunden haben als auch dass bei diesen Gesprächen eine Vereinbarung über den Grund dieser Zahlungen getroffen wurde. Da Zeit, Ort und Beteiligte der Vereinbarung mithin unstreitig sind, war lediglich der Inhalt dieser Vereinbarung streitig und von der Beklagten zu substantiieren. Dies hat sie hinreichend getan.

Zweifel an der Beachtlichkeit dieses Vorbringens ergeben sich im Ergebnis auch nicht 116
daraus, dass die Beklagte ihre Behauptungen zum Rechtsgrund innerhalb des Rechtsstreits zuvor mehrfach geändert hat. Eine Unbeachtlichkeit eines ansonsten substantiierten Vorbringens würde sich bei einer nicht ausgeräumten Widersprüchlichkeit des Vorbringens ergeben. Eine solche nicht ausgeräumte Widersprüchlichkeit liegt nicht vor, da die Beklagte an ihren vorherigen Behauptungen nicht festhalten will. Dies folgt aus der Erklärung des Beklagtenvertreters vor dem Senat, dass die vorherigen Behauptungen nur aus "prozesstaktischen" Gründen erfolgten. Dass dieses Vorgehen nicht mit der Vorschrift des § 138 ZPO in Einklang zu bringen ist, ändert nichts am Vorliegen eines substantiierten Sachvortrags.

bb) Die Widerlegung dieser Behauptung der Beklagten zum vereinbarten Zweck der Zahlung 117
ist der beweisbelasteten Klägerin nicht gelungen.

Soweit der Zeuge G2 die Behauptung der Beklagten in Abrede gestellt hat, so vermag sich 118
der Senat allein aufgrund dieser Aussage nicht davon zu überzeugen, dass die Behauptung der Beklagten widerlegt ist. Vielmehr hält der Senat es für möglich, dass diese der Wahrheit entspricht. Für die Behauptung der Beklagten spricht, dass, wie zwischen den Parteien unstreitig ist und auch von den Zeugen G2 und Q bestätigt wurde, mit den genannten Zahlungen ein Liquiditätsengpass bei der Beklagten beseitigt werden sollte.

Die Behauptung der Beklagten lässt sich auch mit der Dokumentenlage in Einklang bringen, 119
da sich dort – entsprechend der Behauptung der Beklagten – gerade die Darstellung als Zahlung auf eine Ankaufsprovision widerspiegeln sollte.

Auch ist diese Behauptung mit den nunmehr unstreitigen Umständen vereinbar, dass eine 120
Ankaufsprovision nie bestanden hat und auch die Klägerin als Leistende nach ihrem eigenen Vorbringen nie vom Bestehen eines Anspruchs der Beklagten gegenüber der Klägerin auf Zahlung einer Provision für den Ankauf des sog. 2. Forderungspaketes ausgegangen ist.

Demgegenüber hat die Klägerin – wie oben ausgeführt - keine nachvollziehbare Erklärung 121
dafür gegeben, warum sie die genannten Zahlungen nach der auch von ihr geschaffenen, unzutreffenden Dokumentenlage auf eine Forderung erbracht hat, von der sie bereits bei der Zahlung wusste, dass eine solche nicht bestand.

Es ist auch nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin der Beklagten zu dem 122
damaligen Zeitpunkt ohne Vereinbarung einer unmittelbaren Gegenleistung die Geldbeträge zukommen ließ, um der Beklagten über einen Liquiditätsengpass hinwegzuhelfen. Die Klägerin hatte nach ihrem eigenen Vorbringen, dass auch von dem Zeugen G2 bestätigt wurde, ein erhebliches Interesse daran, die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Beklagte zu sichern, da es sich bei dieser um den zum damaligen Zeitpunkt einzigen Vertriebspartner handelte, auf dessen Existenz die Klägerin zunächst angewiesen war. Zudem bestand in der Person der Ehefrau des Zeugen G2 bei den Gesellschaftern der Klägerin und der Beklagten teilweise Personenidentität.

Bei der Beweiswürdigung hat der Senat nicht verkannt, dass die Beklagte ihre nunmehr aufgestellte Behauptung zum vereinbarten Zweck der Leistung im Laufe des Rechtsstreits mehrfach geändert hat. Jedoch erscheint dem Senat die zuletzt erhobene Behauptung der Beklagten, die vom Zeugen Q bei seiner Vernehmung vor dem Senat letztlich bestätigt wurde, trotz des zuvor anders lautenden Sachvortrags der Beklagten als möglich.

b) Selbst wenn man entgegen dem Vorstehenden davon ausginge, dass die Zahlung zum Zwecke der Erfüllung einer vermeintlich bestehenden Schuld erfolgen sollte, und insoweit die Voraussetzungen des § 812 Abs. I Satz 1 1. Alt. BGB gegeben wären, stünde einem hierauf gestützten Bereicherungsanspruch § 814 BGB entgegen. Nach ihrem eigenen Hilfsvorbringen hatte die Klägerin bei der Zahlung positive Kenntnis, dass sie zu den im März 2004 erfolgten Zahlungen nicht verpflichtet war, da nach ihrem eigenen Vortrag sie zu keinem Zeitpunkt davon ausgegangen sind, dass eine Verbindlichkeit ihrerseits gegenüber der Beklagten bestand. 124

2. 125

Der mit der Klage verfolgte Anspruch rechtfertigt sich auch nicht aus § 812 Abs. I S. 2, 2. Alt. BGB wegen des Nichteintritt eines mit der Leistung bezweckten Erfolgs. 126

Eine vereinbarte Zweckbestimmung kann alleinige Grundlage für eine Leistung sein (vgl. Palandt/Sprau, § 812 BGB, Rz. 89). Rückforderbar ist eine Leistung nach dieser Vorschrift dann, wenn entweder der vom Leistungsempfänger behauptete Leistungszweck gar nicht der Leistung wirksam zugrunde gelegt worden war oder der vereinbarte Zweck nicht eingetreten ist. Auch für diese Umstände ist die Klägerin als Kondiktionsgläubigerin beweisbelastet (Palandt/Sprau, § 812 BGB, Rz. 103). Die Klägerin hat auch hier weder den erforderlichen Nachweis, dass der von der Beklagten behauptete Zweck gar nicht vereinbart war, erbracht (unten a)) noch ist der behauptete vereinbarte Leistungszweck unwirksam (unten b)); auch ist der vereinbarte Leistungszweck im Ergebnis nach dem unstreitigen Parteivorbringen eingetreten (unten c)). 127

a) 128

Die Klägerin hat nicht nachweisen können, dass ihrer Leistung nicht die von der Beklagten behauptete Vereinbarung zugrunde lag, alleiniger Zweck der Zahlung sei gewesen, die damals bestehenden Liquiditätsprobleme der Beklagten zu lösen. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen zu Ziff. 1.a)bb) Bezug genommen werden. 129

b) 130

Die genannte Zweckvereinbarung ist auch nicht unwirksam. 131

aa) 132

Die Zweckvereinbarung ist insbesondere nicht gem. § 138 Abs. I BGB nichtig. 133

Dies könnte allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Schädigung Dritter in Betracht kommen, da ein Vertrag, durch welchen die Vertragsparteien einen Dritten durch bewusstes Zusammenwirken schädigen, gegen die guten Sitten verstößt (BGH NJW-RR 1996, 869). Hier kommt allenfalls eine Schädigung der von der Klägerin verwalteten Fondsgesellschaften und deren Gesellschafter in Betracht, da das Vermögen der Fondsgesellschaften anteilig mit der Zahlung belastet wurde und der Zahlung keine unmittelbare Gegenleistung der Beklagten 134

gegenüberstand. Dass die Parteien bei der Zweckvereinbarung jedoch insoweit bewusst zur Schädigung der Fondsgesellschaften und deren Gesellschafter gehandelt haben, ist aber von keiner Partei vorgetragen. Dass die Parteien mit diesem Bewusstsein handelten, ergibt sich auch nicht aus den Umständen, da unstreitig Motiv der Parteien für die Zahlung war, die Beklagte der Klägerin als zur damaligen Zeit einzigen Vertriebspartner zu erhalten. Dies sollte damit im Ergebnis auch der zukünftigen Vermögenslage der Fondsgesellschaften und damit auch deren Gesellschaften zugute kommen.

bb) 135

Die Zweckvereinbarung ist auch nicht gem. § 134 BGB i.V.m. § 266 Abs. I StGB nichtig. Nach dem Parteivorbringen haben die für die Klägerin handelnden Vertreter, ihr Geschäftsführer B und ihr Generalbevollmächtigter G2, deren Verhalten sie sich zurechnen lassen muss, mit der Zweckvereinbarung und der Zahlung auch keine der Tatbestandsalternativen des hier allein in Betracht kommenden § 266 Abs. I StGB verwirklicht. 136

(1) 137

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin ihre im Innenverhältnis zu den Fondsgesellschaften bestehende Befugnis, über deren Vermögen zu verfügen, missbraucht hat. Missbrauch i.S.d. § 266 Abs. I 1. Alt. StGB ist jede im Verhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrige Ausübung der Verfügungsbefugnis (Schönke/Schröder/Perron, § 266 StGB, Rz. 18; vgl. auch Tröndle/Fischer, 52. Auflage, § 266 StGB Rz. 20 ff.). Es ist nichts dazu vorgetragen, dass es der Klägerin nach ihren seitens der Fondsgesellschaften eingeräumten Befugnissen verwehrt war, ihre zum damaligen Zeitpunkt einzige Vertriebspartnerin finanziell zu unterstützen, um deren Bestehen für die Inanspruchnahme zukünftiger Dienstleistungen zu sichern. 138

(2) 139

Im Rahmen des Treubruchtatbestandes des § 266 Abs. I 2. Alt StGB kann die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands nicht festgestellt werden. 140

Hinsichtlich des objektiven Tatbestands kommt hier ein Treuebruch insoweit in Betracht, als die Klägerin objektiv gegen das Verbot verstoßen haben kann, die Vermögensinteressen der Fondsgesellschaften zu schädigen (vgl. Schönke/Schröder/Perron, § 266 StGB, Rz. 36), indem sie die Zahlung an die Beklagte zur Lösung deren Liquiditätsprobleme vornahm, um deren Bestehen für die Inanspruchnahme zukünftiger Dienstleistungen zu sichern, ohne eine Rückzahlungsverpflichtung, z.B. im Rahmen eines Darlehensvertrages, zu vereinbaren oder die Amortisation ihrer Leistung durch entsprechende Vereinbarung abzusichern. 141

Der subjektive Tatbestand des § 266 Abs. I 2. Alt StGB verlangt bedingten Vorsatz, der sich beim Treubruchtatbestand auf die Pflichtverletzung beziehen muss (Schönke/Schröder/Perron, StGB, 27. Aufl., § 266 StGB, Rz. 46 m.w.N.; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl., § 266 StGB, Rz. 77). Insoweit wird teilweise für erforderlich gehalten, dass dem Täter bewusst sein müsse, gegen die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Pflichten zu verstoßen; die bloße Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des Handelns ergibt, genüge nicht, da diese kein gesamtatbewertendes Merkmal darstelle (Schönke/Schröder/Perron, § 266 StGB, Rz. 49 m.w.N.; LG Mainz, NJW 2001, 907). Teilweise wird darauf abgestellt, dass der Täter die der Pflichtwidrigkeit zugrunde liegenden Tatsachen kennt und zutreffend einordnet (so Tröndle/Fischer, § 266 StGB, Rz. 77). Weder aus dem Parteivortrag noch aus den Umständen ergibt sich indessen, dass den für den 142

Klägerin Handelnden bewusst war, mit der Zahlung von insgesamt 214.020,00 € aufgrund der genannten Zweckvereinbarung gegen ihre Pflichten aus dem Innenverhältnis zu verstoßen, noch dass sie die ihnen bekannten Tatsachen insoweit zutreffend eingeordnet haben.	
c)	143
Die Anspruchsvoraussetzungsalternative des Nichteintritts des bezweckten Erfolges ist ebenfalls nicht erfüllt. Der nach der Behauptung der Beklagten vereinbarte Zweck ist eingetreten. Die damals bestehenden Liquiditätsprobleme der Beklagten wurden unstreitig mit den erfolgten Zahlungen gelöst. Dies folgt schon allein daraus, dass die Beklagte bis zur Beendigung der Vertragsbeziehungen der Parteien im November/Dezember 2003 weiter existierte; die Beklagte hat einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen erst Ende März 2006 gestellt.	144
3.	145
Ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch lässt sich hier schließlich auch nicht aus § 817 S. 1 BGB herleiten.	146
Diese Vorschrift setzt voraus, dass der Empfänger nach dem unmittelbaren Zweck der Leistung gerade <i>durch die Annahme</i> gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt. Der Hauptzweck der Leistung muss verboten oder sittenwidrig sein (vgl. Palandt/Sprau, § 817 BGB, Rz. 6).	147
Dies war nach dem eigenen Hilfsvorbringen der Klägerin nicht der Fall. Tatsachen, aus denen sich ergäbe, dass der Hauptzweck ihrer Leistung verboten oder sittenwidrig sei, hat sie nicht behauptet.	148
Aber auch unter Zugrundelegung der von der Beklagten behaupteten Vereinbarung hinsichtlich des alleinigen Zwecks der Zahlung, liegt ein entsprechender Verstoß nicht vor. Die Annahme von Zahlungen zur Lösung eigener Liquiditätsprobleme verstößt weder gegen die guten Sitten noch gegen ein Gesetz.	149
III.	150
Die Klägerin kann die Zahlungen auch nicht aufgrund eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zurückfordern.	151
Die Klägerin behauptet, die Zahlung zur Lösung der Liquiditätsprobleme habe zum einen unter der Prämisse gestanden, dass die Beklagte der Klägerin als Vertriebspartnerin erhalten blieb, und sei zum anderen in der Erwartung erfolgt, dass die Beklagte zukünftig Verkaufsgeschäfte im Hinblick auf das 2. Forderungspaket nachweisen werde, so dass hierbei anfallende Verkaufsprovisionen hierauf zur Anrechnung gekommen wären. Hierin sind schon keine Umstände oder wesentliche Vorstellungen der Parteien, die zur Grundlage des Vertrages i.S.d. § 313 I, II BGB geworden sind, zu sehen.	152
Die gesetzliche Formulierung des § 313 BGB erfasst sowohl die objektive als auch die subjektive Geschäftsgrundlage. Beide Alternativen liegen nicht vor.	153
1. Die objektive Geschäftsgrundlage bilden Umstände, deren Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag im Sinn der Intention beider Vertragsparteien noch eine sinnvolle Regelung darstellen kann (Palandt/Grüneberg, § 313 BGB, Rz. 4).	154
	155

Die von der Klägerin behauptete Prämisse und deren Erfüllung stellen keine Umstände in diesem Sinne dar. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass nicht auch die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz der Beklagten für einen nennenswerten Zeitraum (mehrere Monate) für die Klägerin sinnvoll war.

2. 156

Die subjektive Geschäftsgrundlage bilden einerseits die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder andererseits die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Parteiwille auf diesen Umständen aufbaut (Palandt/Grüneberg, § 313 BGB, Rz. 3, 9). 157

a) 158

Im Hinblick auf die nach der Behauptung der Klägerin vom Zeugen Q angegebene Begründung bei der Bitte, der Beklagten aus der Liquiditätskrise zu helfen, kommt hier allenfalls die zweitgenannte Möglichkeit in Betracht. Danach sollte die Zahlung auch in Anbetracht einer langfristig angelegten Zusammenarbeit erfolgen. Diese Erwartung einer weiteren längeren Zusammenarbeit zwischen den Parteien stellt sich indessen nur als Motiv für die Zahlung, nicht aber als Geschäftsgrundlage dar, da sich die behaupteten Vorstellungen nicht auf hinreichend bestimmte Umstände bezogen. Insoweit fehlte es bereits nach dem Klägervortrag an einer Vorstellung der Parteien hinsichtlich eines bestimmten Mindestzeitraums, in dem die Vertragsbeziehung zumindest hätte fortgeführt werden sollen. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen, um von hinreichend bestimmten Umständen sprechen zu können. Zudem kann ein Vereinbarungswille auf einer der Art - hinsichtlich des Zeitraums des Bestehens der vertraglichen Beziehungen - ungewissen Vorstellung nicht aufbauen. 159

b) Auch kann sich die Klägerin nicht mit Erfolg auf die von ihr behauptete Erwartung stützen, dass die Beklagte zukünftig Verkaufsgeschäfte im Hinblick auf das 2. Forderungspaket nachweisen würde und die hierbei anfallenden Verkaufsprovisionen gem. Ziff. 6 der auf den 10.06.2003 datierten Vereinbarung und Courtagezusage zur Anrechnung kommen würde. 160

Denn es ist weder nachgewiesen, dass die Klägerin bei Abschluss des Vertrages diese Erwartung hatte, noch dass diese für die Beklagten erkennbar war, noch dass eine solche Erwartung gemeinsame Vorstellung der Parteien war, auf die der Parteiwille hinsichtlich der Zahlungen aufbaute. Zwar hat der Zeuge G2 die Vereinbarung einer Vorschusszahlung bekundet, der eine solche Erwartung entnommen werden könnte. Jedoch vermochte der Senat aus den bereits dargestellten Gründen dieser Aussage nicht zu folgen. Nur ergänzend ist anzumerken, dass sich auch aus der Aussage des Zeugen Q im Ergebnis nichts anderes ergibt, da er insoweit bekundet hat, dass die Parteien hierzu keine Überlegungen angestellt hätten. Bei diesem Beweisergebnis ist nicht auszuschließen, dass es sich bei der von der Klägerin behaupteten Erwartungshaltung, die schon nicht nachgewiesen ist, lediglich um ein unbeachtliches – Motiv für die Zahlung handelte. 161

IV. Die Klage hat auch nicht Erfolg, soweit sich die Klägerin äußerst hilfsweise auf einen Schadensersatzanspruch wegen von der Beklagten schuldhafter veranlasster Kündigung des Vertriebsvertrages stützt. 162

Die Geltendmachung dieses erstmals in der Berufungsinstanz erhobenen Anspruchs innerhalb des anhängigen Rechtsstreits scheitert schon an der Vorschrift des § 533 ZPO. Es 163

handelt sich um eine Klageänderung, da der geltend gemachte Schadensersatzanspruch einen anderen Streitgegenstand darstellt als ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch oder ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Es kann dahinstehen, ob die Voraussetzungen für eine Klageänderung gem. § 533 Ziff. 1 ZPO vorliegen. Zumindest die Voraussetzungen des § 533 Ziff. 2 ZPO sind nicht gegeben, da dem Schadensersatzanspruch weitere und damit auch andere Tatsachen zugrunde zu legen sind, als den erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüchen. Für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch kommt es entscheidend darauf an, ob die Beklagte die Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Vertriebsvertrags schuldhaft veranlasst hat. Die diesen Umstand ausfüllenden Tatsachen waren den erstinstanzlich geltend gemachten, oben erörterten Ansprüchen nicht zugrunde zu legen, da diese Tatsachen für diese Ansprüche unerheblich sind.

C. 164

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit rechtfertigt sich aus den §§ 708 Ziffer 10, 711 ZPO. 165

D. 166

Der Senat hat die Frage der Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO geprüft und hiervon abgesehen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch eine Entscheidung des Revisionsgerichts zum Zwecke der Rechtsfortbildung oder zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung veranlasst ist. 167