
Datum: 02.09.1998
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 135/97
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1998:0902.17U135.97.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 89 O 75/97
Schlagworte: Verfügung Kostenwiderspruch Prozeßgebühr
Normen: BRAGO § 31 I Nr. 1

Leitsätze:

Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung (JurBüro 1992, 808; Rpfl 1993, 173) nicht mehr fest, dem Anwalt, der im Auftrag des Schuldners einen auf die Kosten beschränkten Widerspruch gegen eine im Beschlußwege ergangene einstweilige Verfügung auf wettbewerbsrechtliche Unterlassung eingelegt hat, erwachse in den durch § 13 Abs. 3 BRAGO gezogenen Grenzen neben einer 10/10 Prozeßgebühr nach dem Kosteninteresse eine erstattungsfähige 5/10 Prozeßgebühr aus dem Wert des Verfügungsanspruchs. Dem Prozeßbevollmächtigten entsteht lediglich eine 10/10 Prozeßgebühr nach dem Kostenstreitwert.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 14. November 1997 verkündete Urteil der 9. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 89 O 75/97 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung (wegen der Kosten) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 11.500,-- DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Den Parteien wird gestattet, die Sicherheitsleistung auch durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.

Tatbestand

Die Klägerin ist Gründungsgesellschafter des "H.", einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung (kurz: GbR), die sich ihrerseits als stiller Gesellschafter an der in München geschäftsansässigen Hollywood Partners TV- und Film-Productions GmbH" (im folgenden als X.-GmbH bezeichnet) beteiligt hat. Der Vertrieb der Fondsanteile war der nach § 7 des Fondsgesellschaftsvertrages zugleich zur Geschäftsführung und Vertretung der GbR berufenen Klägerin übertragen, die als Entgelt für die Eigenkapitalbeschaffung 20 % der erbrachten Einlagen und zur Abgeltung des mit der Bearbeitung der eingehenden Eintrittserklärungen der Anleger verbundenen Aufwandes das vom Beitretenden neben der Einlage zu entrichtende Aufgeld von 5 % erhalten sollte. Den Beitritt der Gesellschafter zum Fonds sollte die zum Treuhänder bestellte T. Revisions- und Treuhandgesellschaft mbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aus H. (künftig als T. bezeichnet) durchführen, der es nach § 11 des Fondsgesellschaftsvertrages oblag, den Beitritt des Fonds als stiller Beteiligter zur X. GmbH zu erklären. Die Einzahlung der Einlagen in den Fonds hatte gemäß § 8 des Gesellschaftsvertrages stets über die Beklagte als Anderkonten-Treuhänder zu erfolgen. Die Einzelheiten regelt der am 15. Dezember 1995 zustande gekommene "Vertrag über Anderkontenführung", in den als Vertragspartner der Beklagten neben der durch die T. vertretenen GbR und der X.-GmbH auch die Klägerin einbezogen war. In § 2 Nr. 2 dieses Vertrages heißt es u.a.:	1
"Unabhängig von der Mindesteinlagesumme von DM 4 Mio. werden direkt an B. ausbezahlt.	3
a)	4
20 % der erbrachten Einlagen für Eigenkapitalbeschaffung sowie	5
b)	6
das Agio in Höhe von 5 %".	7
Mit der Behauptung, in der Zeit von Januar bis Juni 1996 10 Anleger geworben und bewogen zu haben, der GbR beizutreten und sich daran mit einer Gesamtsumme von 243.000,-- DM zu beteiligen, verlangt die Klägerin von der Beklagten die ihr hierfür nach ihrer Ansicht zustehenden Provisionen in Höhe von 48.600,-- DM und das Aufgeld im Betrage von 12.150,-- DM.	8
Die Klägerin hat geltend gemacht, daß ihr nach § 2 Nr. 2 des Anderkontenführungsvertrages ein unmittelbarer Anspruch gegen die Beklagte erwachsen sei, und vor dem Landgericht beantragt,	9
die Beklagte zu verurteilen, an sie 60.750,-- DM nebst 6 % Zinsen seit dem 6. September 1996 zu zahlen.	10
Die Beklagte hat beantragt,	11
die Klage abzuweisen.	12
Sie hat vorgetragen, daß ihr Zahlungen an Dritte - wie die Klägerin - nach § 2 Nr. 3 des Vertrages über Anderkontenführung nur gestattet seien, wenn sie dazu von der GbR ermächtigt worden sei; diese habe jedoch einer Auszahlung der streitigen Beträge an die Klägerin nicht zugestimmt. Daß die Klägerin sich damit einverstanden erklärt habe, sei ohne	13

Belang. Die Klägerin sei nämlich seit dem 18. Juni 1996 als Folge der an diesem Tage mit Zustimmung von mehr als 4/5 der Fonds-Gesellschafter ausgesprochenen fristlosen Kündigung des Geschäftsführervertrages nicht mehr befugt gewesen, Erklärungen für die GbR abzugeben. Zu der außerordentlichen Kündigung des Geschäftsführervertrages und des Vertriebsvertrages habe sich die GbR genötigt gesehen, weil die Klägerin von beitrittswilligen Kapitalanlegern gezeichnete Beträge in einer Größenordnung von 700.000,-- DM vereinnahmt, entgegen den vertraglichen Abmachungen aber nicht an die GbR abgeführt und dadurch die Abwicklung des Projekts gefährdet habe. Im übrigen seien die von den Anlegern Ti., Dr. P. und G. gezeichneten Beträge nicht auf das Anderkonto eingezahlt worden, so daß der Klägerin insoweit weder eine Provision noch das Aufgeld zustehe. Die Provision, die auf die Einlage des Gesellschafts He. entfalle, habe die Klägerin bereits erhalten.

Das Landgericht hat einen Direktanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nach Beweisaufnahme verneint und die Klage durch Urteil vom 14. November 1997 abgewiesen. Gegen dieses am 17. November 1997 zugestellte Urteil, auf dessen Inhalt auch wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivortrages Bezug genommen wird, hat die Klägerin mit einem am 17. Dezember 1997 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und dies nach entsprechender Fristverlängerung am 26. Februar 1998 begründet. 14

Die Klägerin hält an ihrer Ansicht fest, daß sie die Beklagte auch ohne die Zustimmung der GbR unmittelbar auf die ihr für vermittelte Fondsbeteiligungen zustehenden Provisionen in Anspruch nehmen könne, weil sie als Vertragspartner der Beklagten nicht Dritter sei, gemäß § 2 Nr. 3 des Vertrages über Anderkontenführung jedoch nur Auszahlungen an Dritte zustimmungspflichtig seien. Sie wendet sich ferner mit eingehenden tatsächlichen und rechtlichen Darlegungen gegen die Annahme des Landgerichts, daß der Geschäftsführervertrag wirksam gekündigt worden sei. So habe dazu im Zeitpunkt des Ausspruchs der fristlosen Kündigung am 18. Juni 1996 - wie unstreitig ist - noch kein Gesellschafterbeschuß vorgelegen. Durch die in der Folge im Umlaufverfahren eingeholte Zustimmung der Gesellschafter der GbR und die darauf gestützte Kündigung vom 14. Oktober 1996 sei ihre Stellung als Geschäftsführer der GbR ebenfalls nicht berührt worden, weil die nach § 13 des Fondsgesellschaftsvertrages für eine Beschlußfassung im schriftlichen Verfahren erforderlichen Formalien unstreitig - nicht eingehalten worden seien. 15

Abgesehen davon habe es auch keinen Grund gegeben, sie mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der GbR abzulösen, so daß sie nach wie vor Geschäftsführer der GbR und als solche berechtigt gewesen sei, der Auszahlung der Provisionen und der Agiobeträge im Namen der GbR zuzustimmen, wie dies unter dem 27. August 1996 geschehen sei. Die Klägerin behauptet, auch die von den Anlegern Ti., Dr. P., G. und He. gezeichneten Beträge seien sämtlich auf das von der Beklagten eingerichtete Anderkonto eingezahlt worden und beantragt, 16

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie 60.750,-- DM nebst 6 % Zinsen p.a. seit dem 6. September 1996 zu zahlen. 17

Die Beklagte beantragt, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und tritt der Berufung mit Ausführungen zur Sach- und Rechtslage entgegen. Sie behauptet, von der T. als Treuhänder bereits mit Schreiben vom 27. Juni 1996 angewiesen worden zu sein, keine Zahlungen mehr an die Klägerin zu leisten und leitet daraus sowie aus dem treuwidrigen Verhalten der Klägerin, das die GbR veranlaßt 20

habe, den Geschäftsführervertrag fristlos zu kündigen, vorsorglich ein Zurückbehaltungsrecht her.

Die Parteien wiederholen im übrigen ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug und ergänzen es nach Maßgabe der in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze, auf die wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Vortrags verwiesen wird. 21

Entscheidungsgründe 22

Die Berufung begegnet keinen verfahrensrechtlichen Bedenken, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zutreffend verneint. 23

Anders als das Landgericht angenommen hat, dürfte allerdings nach § 2 Nr. 2 des Vertrages über Anderkontoführung ein unmittelbares Forderungsrecht der Klägerin gegenüber der Beklagten begründet worden sein, mit der Folge, daß die Klägerin die ihr im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Fondsanteile erwachsenen Provisionsansprüche und die Aufgelder, die sie zur Abgeltung des mit der Bearbeitung der Beitrittserklärungen verbundenen Aufwandes erhalten sollte, grundsätzlich direkt gegen die Beklagte geltend zu machen berechtigt ist. 24
Zwar ist die Klägerin nicht von der Beklagten, der nach den vertraglichen Abmachungen mit der Klägerin, der GbR und der X.-GmbH lediglich die treuhänderische Verwaltung der von den Fondsgesellschaftern geleisteten Einlagen oblag, sondern von der GbR mit dem Vertrieb der Fondsanteile beauftragt worden, so daß der Klägerin Provisionsansprüche ausschließlich gegen die GbR erwachsen sind. Gleichwohl kann nicht angenommen werden, daß die Vertragsparteien mit der Regelung in § 2 Nr. 2 des Anderkontoführungsvertrages, wonach die Beklagte die Provisionsverpflichtungen der GbR gegenüber der Klägerin aus den auf dem Anderkonto eingegangenen Einlagen der dem Fonds beigetretenen Kapitalanleger zu erfüllen und das Agio, das die Klägerin sich als Gegenleistung für die Bearbeitung der Beitrittserklärungen ausbedungen hatte, direkt an diese auszuzahlen hatte, ausschließlich eine Vereinfachung und Verkürzung des Zahlungsweges bezweckt, der Klägerin dadurch jedoch kein unmittelbares Forderungsrecht gegenüber der Beklagten eingeräumt haben. Der Umstand, daß die Klägerin neben der durch die T. als Fondstreuhänder vertretenen GbR und der X.-GmbH als weiterer Vertragspartner in den Vertrag über Anderkontenführung einbezogen worden ist, obwohl dies von der Sache her nicht geboten war, rechtfertigt im Gegenteil die Annahme, daß die Beteiligten die unter § 2 Nr. 2 getroffene Vereinbarung als einen echten Vertrag zugunsten der Klägerin im Sinne des § 328 BGB verstanden wissen wollten und der Klägerin einen einklagbaren Anspruch gegen die Beklagte verschafft haben.

Im Ergebnis hält das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts jedoch der Nachprüfung stand. 25

In Höhe von 15.750,-- DM, insoweit nämlich als die Klage auf die Beitrittserklärungen der Anleger Ti., Dr. P. und G. sowie auf die von dem Fondsgesellschafter He. über eine unstreitig bereits eingezahlte Beteiligungssumme hinaus übernommene weitere Einlage gestützt worden ist, hat die Klägerin einen Provisionsanspruch schon nicht hinreichend substantiiert dargetan. Unstreitig steht der Klägerin eine Provision nur für erbrachte Einlagen zu. Auch die Auszahlung der von den Kapitalanlegern zu entrichtenden Aufgelder kann die Klägerin nur verlangen, wenn und soweit sie auf dem Anderkonto der Beklagten eingegangen sind. Die Beklagte bestreitet, daß die von den Anlegern Ti., Dr. P. und G. gezeichneten Beträge und die vom Gesellschafter He. übernommene zweite Einlage auf das Anderkonto eingezahlt worden sind. Die Klägerin hätte daher schon im einzelnen darlegen müssen, wann und auf welche Weise die streitigen Zahlungen geleistet worden sind. Zwar ist es im Zivilprozeß nicht schlechthin unstatthaft, eine nur vermutete Tatsache vorzutragen. Es stellt jedoch eine 26

unzulässige Ausforschung dar, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürliche Behauptungen "aufs Gratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (vgl. BGH NJW 1995, 2111/2112). So liegt der Fall hier. Als - ehemalige - Geschäftsführerin der GbR wäre es der Klägerin ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, sich die für einen konkreten Sachvortrag zu den angeblich geleisteten Zahlungen benötigten Informationen bei den Kapitalanlegern zu beschaffen und von diesen den Einzahlungsnachweis zu verlangen. Von dieser Möglichkeit hat die Klägerin keinen Gebrauch gemacht. Die in den einzelnen Beitrittserklärungen eingegangenen Zahlungsverpflichtungen sagen nichts darüber aus, ob die gezeichneten Einlagen auch tatsächlich auf das von der Beklagten eingerichtete Treuhandkonto eingezahlt worden sind. Die nicht näher dargelegte Behauptung der Klägerin, die von den Anlegern Ti., Dr. P., G. und He. gezeichneten Einlagen seien sämtlich auf das Anderkonto der Beklagten eingezahlt worden, muß deshalb als ins Blaue hinein aufgestellt angesehen werden, so daß das Vorbringen der Klägerin insoweit als eine bloße Mutmaßung, für die es an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten fehlt, unbeachtlich und einer Beweiserhebung unzugänglich ist.

Unabhängig von der Frage, ob der Klägerin ein Provisionsanspruch auch insoweit erwachsen ist, als er aus den Beitrittserklärungen der Anleger Ti., Dr. P., G. und He. hergeleitet wird, ist die Klage jedenfalls deshalb insgesamt unbegründet, weil der Beklagten im Hinblick auf die von der Klägerin im Zusammenhang mit der Werbung beitragswilliger Anleger begangenen Unregelmäßigkeiten ein außerordentliches Zurückbehaltungsrecht zusteht, das seine Rechtsgrundlage in den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) findet. Die Klägerin hat das Vorbringen der Beklagten hierzu lediglich pauschal bestritten. Das ist prozessual unzulässig, worauf sie in der Berufungsverhandlung hingewiesen wurde. Es ist inzwischen allgemein anerkannt, daß die Partei sich nicht auf einfaches Bestreiten beschränken darf, daß sie vielmehr, soll ihr Vorbringen beachtlich sein, auf Behauptungen des Prozeßgegners substantiiert, also mit einer konkreten Gegendarstellung erwidern muß, wenn sie alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihr zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. nur BGH NJW 1987, 2008/2009). 27

Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Es kann ernstlich nicht bezweifelt werden, daß sich die Vorgänge, aus denen die Beklagte das Recht herleitet, die Auszahlung der Provisionen ohne die Zustimmung der GbR zu verweigern, ausschließlich im Wahrnehmungsbereich der Klägerin abgespielt hat. Gleichwohl ist die Klägerin dem gegen sie erhobenen Vorwurf, von zahlreichen Kapitalanlegern gezeichnete Fondsbeteiligungen in einer Größenordnung von 700.000,-- DM, darunter die Beteiligung einer Frau Hafner, die sich in der Folge nach dem Verbleib ihrer Einlage erkundigt und dadurch Nachforschungen des Fondstreuhänders ausgelöst habe, für die GbR vereinnahmt, jedoch weder an diese weitergeleitet, geschweige denn auf das Anderkonto der Beklagten überwiesen zu haben, nicht mit konkreten Angaben entgegengetreten. Zu den in den Sachvortrag der Beklagten aufgenommenen Feststellungen in dem in Kopie vorgelegten Urteil des Landgerichts Gießen vom 20. Oktober 1997, die Klägerin habe einen Betrag von 30.000,-- DM, den sie zur Einzahlung in den Fonds erhalten habe, weder an die GbR abgeführt, noch an den Anleger zurückgezahlt, hat die Klägerin sich nicht geäußert. Es ist daher gemäß § 138 Abs. 3 ZPO mangels substantiierten Bestreitens als unstreitig davon auszugehen, daß die Klägerin der GbR Beitrittserklärungen vorenthalten und für den Fonds bestimmte Anlagegelder einbehalten und für eigene Zwecke verwendet hat. Daß die Klägerin durch dieses zumindest treuwidrige Verhalten die für die weitere Durchführung des Beteiligungsprojekts und die künftige Zusammenarbeit mit den Funktionsträgern und den Gesellschaftern des Fonds unerläßliche Vertrauensbasis nachhaltig erschüttert hat, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erörterung. Bei dieser Sachlage aber kann der Beklagten vor der Klärung der gegen die Klägerin erhobenen 28

Vorwürfe nicht zugemutet werden aus den von ihr verwalteten Einlagen Provisionen und Aufgelder in der mit der Klage geltend gemachten Höhe ohne die Zustimmung der Fondsgesellschafter und der anderen mit der Geschäftsführung der GbR befaßten Funktionsträger an die Klägerin auszusahlen, zumal den Fondsgesellschaftern sonst die Möglichkeit genommen würde, ihre (Provisions-)Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen, die nach Lage der Dinge nicht ausgeschlossen werden können, zu tilgen.

Die Geltendmachung des der Beklagten hiernach zustehenden Zurückbehaltungsrechts führt 29
im gegebenen Fall ausnahmsweise zur Klageabweisung (§ 242 BGB), so daß es bei dem
angefochtenen Urteil verbleiben muß.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Anordnung über die vorläufige 30
Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 108 Abs. 1 ZPO.

Streitwert des Berufungsverfahrens und Urteilsbeschwer der Klägerin: 60.750,-- DM. 31