

PRYSSOK

Abschrift

RECHTSANWÄLTE

PRYSSOK • RECHTSANWALT • Gutwasserstraße 6 • 08056 Zwickau

Oberlandesgericht Karlsruhe
- Zivilsenate Freiburg -
Salzstraße 28

79098 Freiburg

VORAB PER FAX: 0761/205-3028

- RA Rüdiger Pryssok*
Fachanwalt für Steuerrecht
- RA Steffen Eisele**
Schwerpunkt Arbeitsrecht
- RA Wolf-Dietrich Pryssok*
Fachanwalt für Familienrecht
In Bürogemeinschaft

* zugelassen beim OLG Dresden
** zugelassen beim Landgericht Zwickau

Gutwasserstraße 6
08056 Zwickau
Telefon (03 75) 29 19 18
21 59 67
Fax (03 75) 29 19 19
E-Mail info@ra-pryssok.de
Internet www.ra-pryssok.de

Parkmöglichkeiten:
Im Bürogelände unter
RSO-Steuerberatung GmbH

Zwickau, 27.02.2004
439/02RP06/kf
D2\D6890

Aktenzeichen: 9 W 13/04

In dem Rechtsstreit

Kempen, Marion

g e g e n

Sparkasse Singen-Radolfzell

kann der Schriftsatz der Antragsgegner-/Beklagten Seite vom
23.02.2004, bei uns eingegangen am 25.02.2004, so nicht uner-
widert bleiben.

1.

Soweit die "Klägerin" ausführt und nicht die Antragstellerin
und die Beklagte mit "Beklagte" und nicht mit Antragsgegnerin
bezeichnet wird, möchte sich die Antragstellerin/Klägerin hier-
für entschuldigen. Soweit es sich hierbei um das einstweilige
Anordnungsverfahren handelt, soll es natürlich heißen "Antrag-
stellerin" und "Antragsgegnerin".

Bankverbindungen:	Geschäftskonto	SchmidtBank Zwickau	BLZ 780 300 70 • Kro. 450 061 644
	Geschäftskonto	Sparkasse Zwickau	BLZ 870 550 00 • Kro. 2 243 000 191
	Fremdgeldkonto	SchmidtBank Zwickau	BLZ 780 300 70 • Kro. 450 000 942

- 2 -

Da das Vorbringen im einstweiligen Verfügungsverfahren mit dem des Hauptverfahrens identisch ist und nicht ständig doppelt Schriftsätze bei dem zwischenzeitlich schon erheblichen Schriftverkehr ausgefertigt werden sollen, soll das gesamte Vorbringen sowohl für das einstweilige Anordnungsverfahren, wie auch das Hauptverfahren Geltung haben.

Die Antragsgegnerin/Beklagte unterstellt, dass die Antragstellerin/Klägerin alle Informationen den Sachverhalt betreffend besitzt. Das ist nicht richtig! Abgesehen davon, dass sie sich von ihrem Ehemann getrennt hat, ist es schwer, für diesen Rechtsstreit relevante Urkunden zu erhalten, zumal sich alle Firmen in Insolvenz befinden und oft sehr aufwendige Recherchen bei verschiedenen (vorläufigen) Insolvenzverwaltern vorgenommen werden müssen. Zum anderen war der Firmensitz einiger Gesellschaften in Penig, was die Einsicht von Unterlagen noch weiter erschwert. Die Antragstellerin/Klägerin hat zwar schon seit längerer Zeit bei der zuständigen Staatsanwaltschaft in Konstanz den Antrag auf Akteneinsicht gestellt, um die beschlagnahmten/freiwillig herausgegebenen Unterlagen der Sparkasse zu sichten. Leider konnte diese Akteneinsicht jedoch noch nicht gewährt werden.

2.

Weder hat die Antragstellerin/Klägerin im Wesentlichen Altbekanntes wiederholt, noch unternimmt sie den Versuch, "an bisher unstrittigen Tatsachen zu rütteln".

Schon immer war streitig, dass jemals zwischen den Parteien eine Vereinbarung zustande gekommen ist, dass Zinsen fristgemäß gezahlt werden müssen. Das impliziert die Tatsache, dass am 23.03.2000 keine und niemals eine solche Vereinbarung zustande gekommen ist und zustande gekommen sein konnte.

Soweit die Antragsgegner-/Beklagte meint, der spätere Vortrag sei präkludiert, wird darauf hingewiesen, dass bisher verfahrensleitende richterliche Hinweise im vollständigen Umfang nicht gegeben wurden. Derartiges zeitnah auszuführen, ist für die Antragstellerin/Klägerin wichtig, um sich entsprechend ihres Vortrages darauf einzustellen.

3.

Die von der Beklagten/Antragsgegnerin behauptete Vereinbarung vom 23.03.2000 galt nicht bis zum Schriftsatz vom 20.01.2004 als zugestanden. Die Beklagte/Antragsgegnerin trug bisher hierzu widersprüchlich vor. Wie u.a. mit Schriftsatz vom 20.01.2004 dargelegt, widerspricht die behauptete Vereinbarung der am 17.08.2000 mündlich abgesprochenen, am 22.08.2000 in Schriftform verfassten und durch die Kreditkontrolle der Beklagten/Antragsgegnerin am 01.09.2000 genehmigten Sanierungsvereinbarung (Anlage K 36).

Nochmals:

Die Klägerin/Antragstellerin konnte am 23.03.2000 nichts vereinbaren, wenn noch nicht einmal die Voraussetzung für eine Vereinbarung in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht (Zustimmung der Gläubigerversammlung) bekannt war. Die Hauptgläubigerin vereinbarte mit Genehmigung der Sanierung am 17.08.2000 inhaltlich differenzierter.

Es ist so offensichtlich, dass die behauptete mündliche Vereinbarung, die durch nichts belegt ist, nicht noch in einem Schriftsatz durch die Klägerin/Antragstellerin expressis verbis in Abrede gestellt werden muss.

Das Schreiben vom 18.03.2000 (Anlage B 12) hat die Klägerin/Antragstellerin interpretiert. Die Darlegungen (insgesamt) sind nicht nur logisch, sondern auch nachvollziehbar und lebensnah.

Im Stadium des einstweiligen Anordnungsverfahrens hat die Beklagte/Antragsgegnerin für die rechtsvernichtende Einrede keine eidesstattliche Versicherung vorgelegt. Die schriftliche Darlegung des Insolvenzverwalters Mathern (Anlage K 55) und die eidesstattliche Versicherung des Prokuristen Böhme (Anlage K 56) sind jetzt dagegen eindeutig.

Einer Parteieinvernahme des Vorstandes tritt die Klägerin/Antragstellerin entgegen.

4.

Die eidesstattliche Versicherung der beiden Bankmitarbeiter, die zur streitgegenständlichen Buchung vom 16.11.2000 vortragen sollen, sollen vorgelegt werden. Die Klägerin/Antragstellerin wartet nur hierauf. Uhrzeit und Tag sowie Telefonnummer sind ihr wichtig zu erfahren, um entgegen zu können.

Nur zur Erinnerung:

Der Ehemann der Klägerin/Antragstellerin war u.a. krank. Soweit erinnerlich hat die Klägerin/Antragstellerin in keinem der Schriftsätze den Vorwurf eines "versuchten Prozessbetruges" gegenüber der Beklagten/Antragsgegnerin erhoben. Sie hat lediglich auf § 138 Abs. 1 ZPO hingewiesen.

Dass die handschriftlichen Notizen auf der Anlage K 51 das Resultat einer telefonischen Absprache des Zeugen Kempen mit dem Mitarbeiter der Beklagten/Antragsgegnerin, Herrn Heinzemann, war, muss bestritten werden. Hierzu wurde nicht substantiiert vorgetragen. Wann, wieviel Uhr, welcher Empfänger, welche Telefonnummer wurde gewählt? Dann kann substantiiert die Klägerin/Antragstellerin erwidern.

- 4 -

5.

Ob die Unterlagen nach § 18 KWG früher zugesagt wurden oder nicht, ist nicht relevant. Es gab eine Vereinbarung mit dem Zeugen Schmiedel als Geschäftsführer der maßgebenden Steuerberatungsgesellschaft im Auftrag des Herrn Kempen (Anlage K 6a).

Die Parteien waren sich einig!

Am 21.12.2000 wurde abgemahnt, obwohl die zwischen dem Steuerberater Schmiedel und der Beklagten/Antragsgegnerin vereinbarte Frist nicht überschritten war, wird eine neue, objektiv nicht einhaltbare Frist durch die Beklagte/Antragsgegnerin gesetzt! Der Beklagten/Antragsgegnerin war bekannt, dass die Jahresabschlüsse wie vereinbart ab Mitte Januar 2001 "geliefert" werden. Das geschah auch. Ihr war weiter bekannt, dass die BMS AG erst im Januar 2001 auf Verlangen der Beklagten/Antragsgegnerin prüft. Die Beklagte/Antragsgegnerin veranlasste die Zahlungen der Vorschüsse und trägt nunmehr mit ihrem Schriftsatz vom 23.02.2004 unter Ziff. 3.2. zu einer "nicht mehr zumutbaren" Abmahnung vor mit der Behauptung, dass dem Ehemann der Klägerin/Antragstellerin bekannt war, dass wegen der Nichtvorlage die Stillhaltevereinbarung vom 31.12.2000 endet.

Nochmals:

Welchen Sinn soll dann die Mitte November mit dem Steuerberater Schmiedel getroffene Absprache gehabt haben, welchen Sinn die Honorarvorauszahlungen an den Steuerberater Schmiedel wie auch die BMS AG, die die Beklagte/Antragsgegnerin vornahm? Unglaublicher und lebensfremder kann ein Vortrag nicht sein!

Das Handeln der Beklagten/Antragsgegnerin wird plausibel, werden die Ausführungen ihres einseitigen Handelns betrachtet. Aus einer unbestritten in der Krise befindlichen Unternehmensgruppe wurde eine durch die Handlung des Angestellten der Beklagten/Antragsgegnerin, hier Herrn Heinzelmann, insolvente Gruppe. Um zu vertuschen, war die Beklagte/Antragsgegnerin in Person des Herrn Heinzelmann zum Handeln gezwungen. Doch obwohl die Existenz der Klägerin/Antragstellerin vernichtet wurde, konnte die Beklagte/Antragsgegnerin nicht damit rechnen, dass sich diese dennoch gegen diese Handlungsweise wehrt. Denn welcher Vermögenslose besitzt noch diese Kraft?

6.

In Wirklichkeit wurden Zahlungen entweder durch die Beklagte/Antragsgegnerin selbst, wie schon vorgetragen, oder nur mit deren Genehmigung ausgeführt. Das ist unstrittig! Die Beklagte/Antragsgegnerin handelte wie ein stiller Geschäftsinhaber. Der Gewinn in Form von Zinsen floss zum überwiegenden Teil an die Beklagte/Antragsgegnerin, die Verluste gingen zu Lasten der Schuldner und anderen Gläubiger.

- 5 -

Die Beklagte/Antragsgegnerin hat Maßnahmen der Geschäftsführung ergriffen. Der Unternehmer hingegen trat zwar noch nach außen hin auf, hat aber nur noch als Marionette des Kreditgebers fungiert (hierzu z.B. LG Hamburg, Urteil vom 23.10.1984, 4 O 113/84, WM 1985, 163).

7.

Die gebetsmühlenartigen Darlegungen der Beklagten/Antragsgegnerin, dass ein Bauträgerkonto nicht existiere, aber zumindest die Beklagte/Antragsgegnerin hierzu nach der MaBV keine Pflichten trifft, sind wie folgt zu erklären:

a) Die Beklagte/Antragsgegnerin hat gewußt und billigend in Kauf genommen, dass durch die ihrerseits einseitigen Verfügungen die in der Krise befindlichen Firmen insolvent werden. Es gab nur die bekannten BV Lörrach, Dresden und Netzel. Die Beklagte/Antragsgegnerin ist bewußt nicht dem Sicherungsverlangen des Zeugen Netzel nachgekommen, da sie durch ihre eigennützige Handlungsweise ihre Position verbessern wollte und konnte und zwar zum Schaden aller Gläubiger. Nur dann haftet allerdings auch die Beklagte/Antragsgegnerin nach § 826 BGB (BGH-Urteil vom 26.06.1989 - II ZR 289/88 -, BHG GmbHR 1990/69).

b) Die Haftung der Bank aus der zweckwidrigen Verwendung des Baugeldes Netzel folgt unter anderem aus dem Urteil des LG Bielefeld vom 30.10.2001 - 2 O 650/99 -, BauR 3/2003, S. 398 ff.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH's unterliegen Vermögenswerte unter anderem nicht dem Pfandrecht, wenn der Bank bekannt ist, dass die auf dem Konto eingehenden Gelder dem Kontoinhaber nur als Treuhänder zustehen und dieser auch den Willen hat, die Beträge nur treuhänderisch für den Treugeber auf dem Konto anzulegen (BGH NJW 1973, 1754).

8.

Dass ein Geschäftsbesorgungsvertrag i.S. des § 676a BGB abgeschlossen wurde, ist unstrittig und wurde durch K 48 a vorgetragen. Doch ein Bauträgerkonto ist ein Girokonto, denn wie soll sonst ein Zahlungsfluss erfolgen. Derartige, wie auch andere Verträge werden in Kontoformen unterteilt, wie beispielsweise Fremdkonten, Sonderkonten, Treuhandkonten etc..

Richtig ist, dass der Ehemann der Klägerin/Antragstellerin zusammen mit dem Prokuristen, dem Zeugen Böhme, gegenüber der Beklagten/Antragsgegnerin ein Bauträgerkonto für das Bauvorhaben Netzel wünschten. Alle Einzelheiten wurden abgesprochen, der Bauvertrag Netzel überreicht und erklärt, welchen Sinn das Bauträgerkonto haben soll, nämlich der Separierung der Gelder und die Bezahlung der Subunternehmer und nach Gewinnausweis selbstverständlich der Befriedigung der Zinsen.

- 6 -

Die Baustelle sollte am Jahresende beendet werden. Deshalb wurde vorgetragen, dass es sich um ein verdecktes Treuhandkonto handelt und die Verfügungen dann auch gegen die Beklagte/Antragsgegnerin wirken. Eine Separierung von Baugeld auf ein Konto vom eigentlichen Geschäftskonto macht nur dann Sinn, wenn es als "Baugeldkonto-Bau-trägerkonto" unter Berücksichtigung der Absprachen der Girover-tragspartner Verwendung finden soll.

Was hätte sonst die Beklagte/Antragsgegnerin gehindert, sofort von einem Geschäftskonto zu verfügen?

9.

Die AGB/Sparkassen sagen folgendes:

"Die Sparkasse haftet für eigenes Verschulden sowie das Verschulden von Personen, derer sie sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gegenüber dem Kunden bedient, soweit nicht " (hier: Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sparkassen, Nr. 19 Abs. 1).

Für die Sparkasse entlastende Umstände liegen nicht vor. Deshalb bedarf es nach Auffassung der Klägerin/Antragstellerin keiner weiteren Darlegungen zur sogenannten Organhaftung. Sollte das Gericht einer anderen Auffassung sein, wird auch hier um einen richterlichen Hinweis gebeten.

Im Übrigen - und dies ist auch unbestritten - wies das Konto zum Zeitpunkt der "Sperrung" ein Guthaben aus. Demnach war die Beklagte/Antragsgegnerin gar nicht zur Sperrung berechtigt. Sperrungen erfolgen nur dann, wenn sich ein Konto im Soll befindet.

10.

Dass sich die Firmengruppe der Klägerin/Antragstellerin in einer Sanierungsphase befand, ist bekannt. Das hierbei eine Bank, wie auch die Beklagte/Antragsgegnerin, eine erhöhte Pflicht zur Rücksichtnahme treffen muss, wurde ebenfalls mehrfach entschieden (OLG Frankfurt/M. WM 92, 1018, 1023; OLG Hamm WM 91, 402, 403). Das Handeln der Beklagten im Januar 2001 war deshalb unangemessen, unverhältnismäßig, zur Unzeit, diskriminierend und vorher unter Mißbrauch einer Vertretungsmacht.

Im Übrigen hat bis heute die Beklagte/Antragsgegnerin zur Fälligkeit der Zinsen nicht vorgetragen und auch kein Überweisungsformular, zumindest eine Zweitschrift vorgelegt.

- 7 -

Ein globale Verfügungsbefugnis hat die Beklagte/Antragsgegnerin bis heute nicht behauptet. Sie verfügte aber global vom Girokonto in Form eines offenen Treuhandkontos und ließ Zahlungen vom Geschäftskonto nur nach ihrer vorherigen Genehmigung zu.

gez. Pryssok

Rüdiger Pryssok
Rechtsanwalt