

VIII ZR 73/58

Verkündet am

27. Januar 1959

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2337 027

I m N a m e n d e s V o l k e s

In den Rechtsstreit

des Wirtschaftsprüfers Georg N. in H.,
M., str., als Verwalters im Konkursverfahren über das
Vermögen der Firma Z. Gesellschaft mit
beschränkter Haftung i. L., jetzt Z. Gesellschaft mit
N. Gesellschaft mit beschränkter Haftung i. L.,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Deutsche W. vertriebsgesellschaft Gesellschaft
mit beschränkter Haftung in H. W., F. str.,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Direktor R.,
ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats
des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom
13. März 1958 wird auf Kosten des Klägers zurückge-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der Z [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im folgenden "ZHU") i.L., jetzt Z [REDACTED] Nord-Süd Gesellschaft mit beschränkter Haftung i.L. Die Beklagte ist eine staatliche Handelsgesellschaft der Sowjetzone, die am 22. Februar 1955 mit der Deutschen Einfuhr- und Ausfuhrsgesellschaft mit beschränkter Haftung (im folgenden "DEAG") in Ostberlin eine Vereinbarung getroffen hat, wonach sie die Rechte und Pflichten aus den hier streitigen Verträgen der DEAG übernommen hat. ZHU und DEAG standen wegen eines im Jahre 1949 (angebahnten und dann auch) durchgeführten Kompensationsgeschäftes (Lieferung von Buntmetallen aus der Bundesrepublik gegen Zucker aus der Sowjetzone) in Geschäftsverbindung. Mit diesem Kompensationsgeschäft hatte es folgende Bewandnis:

Im Jahre 1949 hatten die DEAG und der Streithelfer der Beklagten K [REDACTED], damals Inhaber einer Firma gleichen Namens, Geschäftsverbindungen mit dem Ziele aufgenommen, im Rahmen eines Kompensationsgeschäftes außerhalb des Interzonenhandelsabkommens aus der sowjetisch besetzten Zone Zucker im Werte von 18,8 Millionen DM-West in die Bundesrepublik einzuführen gegen Lieferung von Nichteisenmetallen aus der Bundesrepublik im gleichen Werte. Die für dieses Geschäft erforderliche Genehmigung der zuständigen westdeutschen Behörde, der Verwaltung für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Vereinigten Wirtschaftsgebietes ("VELF") ist dem Nebenintervenienten erteilt worden, und zwar unter der Bedingung, daß die DEAG als Gegenleistung 20 000 Tonnen Weißzucker zum Preise von 940 DM-West je Tonne versteuert frei Zonengrenze liefern würde.

- 3 -

Der Tonnenpreis versteuert franko Hamburg sollte 975 DM-West betragen. Die Abnahme des Zuckers sollte durch Gruppenverteiler erfolgen. Nachdem auch die zuständige Behörde der Sowjetzone die Genehmigung erteilt hatte, schlossen der Streithelfer K. [REDACTED] und die DEAG den Vertrag vom 2. Oktober 1949, dessen § 2 folgenden Wortlaut hat:

"Modalitäten der Lieferung"

Zwischen den Vertragspartnern wird vereinbart, daß über einzelne Mengen der Hin- und Rücklieferung gesonderte Kontrakte geschlossen werden, gem. den Richtlinien und Auflagen, die der Firma Helmuth K. [REDACTED] gem. Schreiben der Verwaltung für Wirtschaft, Frankfurt/Main vom 8. Juli 1949 und der Schreiben der Verwaltung für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, Frankfurt/Main, vom 2.8. und 10.8.1949 aufgegeben wurden. Die Firma Helmuth K. [REDACTED] gibt in Übereinstimmung mit der Verwaltung für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten die jeweiligen Zuckerhandelsfirmen (Gruppenverteiler), die die jeweiligen Zuckermengen für die Firma Helmuth K. [REDACTED] abnehmen, an die Firma Deutsche Außenhandelsgesellschaft mbH auf und behält sich vor, auch einzelne Buntmetallkontrakte durch von ihm aufzugebende Firmen abwickeln zu lassen. Die ersten gesonderten Kontrakte sollen unverzüglich abgeschlossen werden."

Im Oktober 1949 wurde die ZHU hinsichtlich der Abnahme des Zuckers als Gruppenvertreiterin eingesetzt. Die erste Zuckerlieferung von 2390 Tonnen erfolgte Ende Oktober Anfang November 1949. Um diese Zeit fuhren der Streithelfer und der damalige Geschäftsführer der ZHU de C. [REDACTED] zu Besprechungen mit der DEAG nach Ost-Berlin, um über eine weitere Lieferung von 5600 Tonnen Zucker zu verhandeln. Den bei dieser Gelegenheit abgeschlossenen Vertrag hat die DEAG durch Schreiben vom 3. Dezember 1949 an die ZHU bestätigt. In diesem Schreiben heißt es im vorletzten Absatz:

"Auf diesen Kontrakt erhält die "Zuckerhandelsunion", Hamburg, 1,-- DM-West per 100 kg Rückvergütung."



Eine Teilpartie von 3405 Tonnen Weißzucker traf in der Zeit vom 24. Dezember bis 26. Dezember 1949 in Lübeck ein, wo sie jedoch von dem Hauptzollamt Lübeck mit der Begründung beschlagnahmt wurde, daß der Zucker, der versteuert in die Bundesrepublik hätte eingeführt werden sollen, tatsächlich unversteuert sei. In der folgenden Zeit fanden Verhandlungen zwischen Vertretern der Oberfinanzdirektion Kiel einerseits und Vertretern der Firma B. [REDACTED] & Co, der Treuhandfirma der DEAG und Vertretern der ZHU statt, die zur Folge hatten, daß der ZHU der Verkauf des Zuckers aufgegeben wurde mit der Auflage, den Erlös bei der Handels- und Verkehrsbank AG einzuzahlen, und zwar pro 100 kg 40 DM auf ein Sonderkonto der ZHU und 54 DM auf ein Sonderkonto der Firma B. [REDACTED] & Co. Beide Konten sollten jedoch in der Weise mit einem Sperrvermerk versehen werden, daß hierüber nur mit Zustimmung des Hauptzollamtes Lübeck verfügt werden dürfe.

Die Parteien streiten darüber, ob die in dem Bestätigungsschreiben vom 3. Dezember 1949 angeführte Rückvergütung der ZHU oder dem Streithelfer K. [REDACTED] zusteht, dem sie die Beklagte ausbezahlt hat. Die Rückvergütung beträgt 34050 DM.

Der Kläger hat demzufolge beantragt, die Beklagte nur zur Zahlung von 34050 DM nebst 5 % jährlicher Zinsen seit dem 1. September 1955 zu verurteilen. Die Beklagte hat die Zahlung verweigert. Sie und ihr Streithelfer haben sich im Rechtsstreit insbesondere darauf berufen, daß die Rückvergütung die eigentliche Provision K. [REDACTED] für das von ihm angebahnte und zum Teil auch durchgeführte Kompensationsgeschäft darstelle.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte

begehrt, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum das Recht der Bundesrepublik zur Anwendung gebracht. Die Revision hat hiergegen keine Angriffe erhoben.

2.) Die Grundlage des Anspruches sieht das Berufungsgericht in dem Kaufvertrage vom 3. Dezember 1949, den die DEAG mit ihrem Bestätigungsschreiben an die ZHU vom gleichen Tage bestätigt hat. Nach dem Wortlaut dieses Schreibens ist die ZHU hinsichtlich der Rückvergütung alleinige Anspruchsberechtigte. Dennoch kommt das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme, des vorgelegten Schriftwechsels sowie der übrigen unstreitigen Umstände, insbesondere der einzelnen Verträge zu dem Ergebnis, die DEAG, die ZHU, der Streithelfer K[REDACTED] und der Zeuge de C[REDACTED] seien sich darüber einig gewesen, daß die Benennung der ZHU als Empfangsberechtigte nur zum Scheine erfolgt sei, daß jedoch nach ihrem wahren Willen K[REDACTED] die Rückvergütung habe erhalten sollen. Wenn auch der Zeuge de C[REDACTED] zur Hälfte an der Rückvergütung beteiligt sein möge, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, so beruhe das auf einer internen Abmachung zwischen K[REDACTED] und dem Zeugen de C[REDACTED]. Im einzelnen hat das Berufungsgericht folgendes erwogen:

Der Streithelfer K[REDACTED] sei an dem Vertragsschluß zwischen ZHU und DEAG interessiert gewesen, sei deshalb auch mit dem Zeugen des C[REDACTED] nach Berlin gefahren und habe an den Vertragsverhandlungen teilgenommen. Dieses Interesse er-

gebe sich insbesondere aus der Tatsache, daß der Kompensationsvertrag zwischen K. [REDACTED] und DEAG vom 2. Oktober 1949 und der streitige Kaufvertrag vom 3. Dezember 1949 zwischen ZHU und DEAG in wirtschaftlichem Zusammenhang stünden. Denn der erste Vertrag sage ausdrücklich, daß die Zuckerabnahme durch noch einzusetzende Gruppenverteiler erfolgen müsse, und als ein solcher Gruppenverteiler sei die ZHU eingeschoben worden. Deshalb müsse der Vertrag K. [REDACTED] vom 2. Oktober 1949 mit der DEAG als Rahmenvertrag angesehen werden, von der der streitige Vertrag nicht zu trennen sei. Wenn aber auch weder der eine noch der andere Vertrag seinem Wortlaute nach einen Anhalt dafür gebe, daß K. [REDACTED] für seine Beteiligung an dem Zustandekommen der Verträge eine Provision erhalten sollte, so sei dieses Ergebnis doch der Beweisaufnahme zu entnehmen. Danach bestehe kein Zweifel darüber, daß die Benennung der ZHU als Empfangsberechtigte hinsichtlich der Rückvergütung nur eine Scheinabrede darstelle. Das Berufungsgericht bezieht sich bei seinen Erwägungen in erster Reihe auf die Bekundungen der Zeugen R. [REDACTED] und Eheleute W. [REDACTED], von denen R. [REDACTED] Prokurist bei der ZHU, der Ehemann W. [REDACTED] Absendespeditteur hinsichtlich der Zuckerlieferung und die Ehefrau W. [REDACTED] Referentin bei der DEAG waren. Es hat aber auch dem als Zeugen vernommenen Streithelfer und dem Zeugen de C. [REDACTED] im Hinblick darauf, daß die Aussagen mit dem vorliegenden Schriftwechsel übereinstimmten, Glauben geschenkt, obwohl beide Zeugen bezüglich der Rückvergütung in hohem Maße interessiert sind. Insbesondere ist es der Bekundung des Zeugen de C. [REDACTED] darin gefolgt, daß bei den Berliner Verhandlungen unverhofft Bedenken aufgetaucht seien, ob die Zahlung der Rückvergütung an K. [REDACTED] mit den Devisenbestimmungen in Einklang zu bringen sei. Um allem vorzubeugen, habe man zu der Scheinabrede gegriffen. Das Berufungsgericht hält diese Bedenken für verständlich, weil damals der Interzonenhandel noch in seinen Anfängen gesteckt und man noch nicht über hinreichende

Erfahrungen verfügt habe. Weiterhin hat das Berufungsgericht den Bekundungen der beiden Zeugen K[REDACTED] und de C[REDACTED] entnommen, daß sie im Innenverhältnis die Abrede getroffen hätten. K[REDACTED] solle die Hälfte der Rückvergütung an de C[REDACTED] auszahlen. Es sei jedoch nicht erwiesen, daß etwa die ZHU, deren Geschäftsführer de C[REDACTED] war, an der Rückvergütung beteiligt sein sollte. Hätte man das gewollt, so hätte es näher gelegen, K[REDACTED] auf Ansprüche gegenüber der ZHU zu verweisen. Eine solche Abrede sei aber durch die Zeugen Eheleute W[REDACTED] und K[REDACTED] widerlegt worden. Im Gegenteil sei erwiesen, daß die Firma B[REDACTED], die als Treuhänderin der DEAG aufgetreten sei und auf deren Namen die ZHU ein Akkreditiv gestellt habe, Anweisung gehabt habe, die Rückvergütung direkt an K[REDACTED] auszahlen.

II.

Wenn das Berufungsgericht der Scheinabrede keine rechtliche Bedeutung beimißt, sondern nur das verdeckte Geschäft gelten läßt und damit die Anspruchsberechtigung der ZHU verneint, so ist darin ein Rechtsirrtum nicht zu erblicken. Seine übrigen Erwägungen bewegen sich vorwiegend auf dem Gebiete der Beweiswürdigung. Sie halten auch gegenüber den auf § 286 ZPO gestützten Verfahrensrügen der Revision einer Nachprüfung stand. Diese rügt zwar auch eine Verletzung der §§ 117, 181 BGB. Diese sachlichrechtlichen Rügen können jedoch keinen Erfolg haben.

III.

1.) Die Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB angenommen, geht fehl. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß in solchen Fällen, in denen eine an einem Vertrage interessierte Person es vorzieht,

im Hintergrund zu bleiben, und eine andere Person als Vertragspartei vorzuschieben, der Vertrag selbst dann mit der vorgeschobenen Partei zustandekommt, wenn diese nur der Strohmänn des wirklich Interessierten ist (BGB RGRK 10. Aufl. § 117 Anm. 1; RG SeuffArch 60, 177). Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt ist indes, was die Revision verkennt, anders gelagert. Denn das Berufungsgericht hat die Beweisergebnisse dahin gewürdigt, alle Beteiligten des Vertrages vom 3. Dezember 1949, also sowohl die im Vertrage aufgeführten Personen als auch der Streithelfer K. und der Zeuge de C. seien sich darüber im klaren gewesen, daß nur die letzteren, die im Vertrage nicht genannt sind, als Anspruchsberechtigte hinsichtlich der Rückvergütung infrage kämen. Demit ist das Berufungsgericht zutreffend von einer echten Scheinabrede ausgegangen.

2.) Auch eine Verletzung des § 181 BGB wird von der Revision zu Unrecht gerügt. Es kommt nicht darauf an, ob, wie die Revision meint, de C. rechtlich in der Lage gewesen wäre, mit der ZHU einen Vertrag zu schließen, wonach ihm die Rückvergütung auszusahlen sei. Denn hier stehen sich die ZHU und die DEAG als Vertragsschließende gegenüber, wobei allerdings die ZHU von de C. als dem alleinigen Geschäftsführer vertreten wird. Ungeachtet dieser Vertretstellung zu der einen Vertragspartei handelte jedoch der C. nicht gegen das Verbot des § 181 BGB, wenn er sich von der DEAG Sondervorteile versprechen ließ. Eine andere für die Gültigkeit dieses Versprechens nicht interessierende Frage ist allerdings die, ob er sich im Hinblick auf § 81 a GmbHG eines Vertrauensbruches gegenüber der ZHU schuldig gemacht hat. Die Revision berücksichtigt aber auch weiterhin nicht, daß selbst dann, wenn die Gültigkeit des verdeckten Geschäftes zu verneinen wäre, damit immer noch nicht die

als Scheinabrede festgestellte Rückvergütungsklausel des Vertrages vom 3. Dezember 1949 in Gültigkeit erwachsen könnte.

IV.

1.) Die Revision macht dem Berufungsgericht in verfahren rechtlicher Hinsicht den Vorwurf, daß es von dem Parteivortrag der Beklagten abgewichen sei, indem es davon ausgehe, die Rückvergütung stehe nach dem Beweisergebnis dem Streithelfer allein zu, und die Berechtigung des Zeugen de C. auf die Hälfte der Rückvergütung beruhe auf einer internen Vereinbarung. Die Revision berücksichtigt nicht, daß ein solcher Verfahrensverstöß, sein Vorliegen unterstellt, unerheblich sein müßte, weil es nur darauf ankommt, ob die Benennung der ZHU als Anspruchsberechtigte zum Scheine erfolgt ist oder nicht. Diesen Nachweis hält aber das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme als erbracht. Die Frage, ob der Zeuge de C. etwaige Ansprüche auf die Hälfte der Rückvergütung gegen den Streithelfer oder gegen die Beklagte zu richten hätte, steht hier nicht zur Entscheidung.

2.) Die Revision bemüht sich auch vergebens, in der Begründung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Würdigung der Aussagen der Zeugen de C. und K. Widersprüche festzustellen. Das Berufungsgericht bewegt sich entgegen dieser Ansicht der Revision nicht in Widersprüchen, wenn es einerseits dem Zeugen de C. darin folgt, daß die Rückvergütung den beiden Zeugen gemeinsam gebühre, andererseits aber zu dem Ergebnis gelangt, daß K. der Beklagten gegenüber alleiniger Forderungsberechtigter gewesen sei. Denn die Bekundung des Zeugen de C. hat es, wie bereits erörtert, dahin gewürdigt,

daß die Teilung der Rückvergütung auf einer internen Vereinbarung mit K. beruhe.

Auch der Hinweis der Revision, aus dem Schriftwechsel des Zeugen de C. mit der Firma B. (Schreiben vom 20., 21. und 24. Dezember 1949) und aus dem Umstande, daß die Firma B. 6000 DM auf einem Sonderkonto für de C. aus der Zahlung der ZHU abgespaltet habe, ergebe sich, daß nicht der Streithelfer K., sondern allenfalls nur der Zeuge de C. als Anspruchsberechtigter hätte angesehen werden können, geht fehl. Wiederum berücksichtigt die Revision nicht, daß die Entscheidung nur davon abhing, ob die ZHU als Anspruchsberechtigte angesehen werden kann, und daß es auf die Frage, ob der Beklagten gegenüber K. oder der Zeuge de C. berechtigt ist, nicht ankommen konnte. Im übrigen hat die Revision an anderer Stelle selbst darauf hingewiesen, daß es sich bei diesen 6000 DM um eine Rückvergütung aus der vorangegangenen Zuckerlieferung handelt, und daß letztlich diese Zahlung nicht einmal von dem Zeugen de C., sondern von K. entgegengenommen wurde. Da diese 6000 DM eine andere Zuckerlieferung betrafen, ist es auch unerheblich, ob die Firma B. der ZHU nachträglich einen Betrag von 6000 DM gutgebracht und das Kreditkonto des Zeugen de C. wieder in dieser Höhe belastet hat. Außerdem hat das Berufungsgericht dem Vortrag der Beklagten, die Rückvergütung von 6000 DM sei auch zwischen ZHU und DEAG im Kontokorrent verrechnet worden, Rechnung getragen. Es hat ausgeführt, der Aussage des Zeugen S., der dies bekundet habe, könne kein Gewicht beigemessen werden. Trotz der Möglichkeit, daß eine Verrechnung stattgefunden habe, hat das Berufungsgericht aus der Tatsache, daß K. die 6000 DM entgegengenommen hat, den Schluß gezogen, die Vereinbarungen der an dem Kompensationsgeschäft Beteiligten seien von Anfang an dahin gegangen, daß K. eine Provision für seine Tätigkeit

erhalten sollte. Ein Verfahrensverstoß ist in diesen Erwägungen entgegen der Rüge der Revision nicht zu erblicken. Ein Rechtsverstoß ist auch entgegen einer weiteren Rüge der Revision nicht darin zu sehen, daß das Berufungsgericht aus der Handhabung hinsichtlich der Rückvergütung von 6000 DM und aus dem Umstande, daß de C [REDACTED] in seinen Schreiben an die Firma B [REDACTED] für seine Berechtigung hinsichtlich der Rückvergütung von 6000 DM auf das Abkommen vom 3. Dezember 1949 verweist, ein Beweisanzeichen für die oben gekennzeichnete Abrede gesehen hat.

Die Revision irrt auch in der Annahme, das Berufungsgericht habe einen für die Beklagte ungünstigen Schluß aus dem Umstande gezogen, daß die Auszahlung der ersten 6000 DM durch die Firma B [REDACTED] erfolgt ist. Es hat vielmehr dargelegt, dem Umstande, daß damals die Firma B [REDACTED] gezahlt habe, komme keine Bedeutung zu. Dieser Vorgang erkläre sich daraus, daß die Firma B [REDACTED] damals Treuhänderin der DEAG gewesen sei.

3.) Einen Verfahrensverstoß will die Revision schließlich darin erblicken, daß das Berufungsgericht die devisenrechtliche Lage nicht geklärt habe. Die Einholung der von der Beklagten beantragten Auskunft bei der Landeszentralbank hätte ergeben, so führt die Revision aus, daß es rechtlich nicht von Bedeutung gewesen sei, ob in dem Verträge vom 3. Dezember 1949 die ZHU oder die Zeugen K [REDACTED] und de C [REDACTED] als Anspruchsberechtigte aufgeführt worden wären. Die Revision hat jedoch selbst erkannt, daß das Berufungsgericht diese Frage nur deshalb ungeklärt gelassen hat, weil ihm die subjektiven Bedenken der Zeugen glaubhaft erschienen. Es hat ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Ost-Westhandel damals in seinen Anfängen gestanden habe, so daß noch nicht genügend Er-

fahrungen vorgelegen hätten. Demgegenüber kann die Revision auch nicht mit der auf § 139 ZPO gestützten Rüge gehört werden, das Berufungsgericht hätte sein Fragerecht ausüben müssen, dann hätte die Beklagte unter Benennung von de C. als Zeugen dargelegt, daß die ZHU in der damaligen Zeit in devisenrechtlicher Hinsicht aufs beste beraten gewesen sei. De C. hat seine Aussage in Gegenwart der beiden Prozeßbevollmächtigten und des Prozeßbevollmächtigten des Streithelfers gemacht, von denen jedoch keiner einen entsprechenden Vorhalt für erforderlich gehalten hat, obwohl es ohne Schwierigkeiten erkennbar war, daß die von dem Zeugen gegebene Begründung für die Beweiswürdigung von Bedeutung sein mußte. Im Hinblick auf die ohne weiteres erkennbaren Zusammenhänge kann auch dem Berufungsgericht nicht der Vorwurf gemacht werden, es habe seine richterliche Fragepflicht verletzt.

4.) Schließlich bezieht sich die Revision auf die Ausführungen des Berufungsgerichts, es komme im Hinblick auf das Beweisergebnis nicht darauf an, ob entsprechend der Behauptung der Beklagten ihr die Tochtergesellschaft der ZHU die Terramar Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Rückvergütungsbetrag bereits einmal in Rechnung gestellt, und ob die Beklagte schon im Jahre 1949 dieser Gesellschaft den streitigen Betrag vergütet habe. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht hätte diesen Vortrag nicht übergehen dürfen, weil dieser Vorgang zwingend zu dem Schluß führe, daß die Beklagte die Anspruchsberechtigung der ZHU oder deren Tochtergesellschaft anerkannt habe.

Das Berufungsgericht konnte davon ausgehen, daß die Beklagte diese ihrer Behauptung, der Streithelfer habe die Rückvergütung zu beanspruchen gehabt und auch erhalten, widersprechende Darstellung zu ihrer Verteidigung nur hilfsweise vorgebracht hat. Diese Darstellung, die auch mit dem Vorbringen

des Klägers nicht im Einklang steht, kann daher weder als Tatsachengeständnis gewertet werden, noch ergibt sich daraus der zwingende Schluß, daß die Beklagte einen Anspruch der Klägerin auf Auszahlung der Rückvergütung in einem früheren Zeitpunkte anerkannt hätte.

V.

Nach alledem erweist sich die Revision als unbegründet. Sie ist daher mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner