

BUNDESGERICHTSHOF

18
2074 042

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 273/64

URTEIL

Verkündet am

30. Januar 1967

**Horn, Justiz-
hauptsekretär**

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma K. [REDACTED] Übersee GmbH., H. [REDACTED], G. [REDACTED]
[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Heinrich M. [REDACTED],

**Beklagter, Berufungsbeklagter
und Revisionsklägerin,**

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma J. [REDACTED], M. [REDACTED] & Co., Z. [REDACTED], S. [REDACTED] str. [REDACTED],

**Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,**

**-Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.**

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Zivilsenats 7a des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 11. August 1964 wird zurückgewiesen, soweit es die Beklagte zur Zahlung von 40.194,80 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juni 1962 verurteilt hat.

Soweit es im übrigen zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Beklagte hat 9/11 der Kosten der Revision zu tragen; über die restlichen Kosten hat das Berufungsgericht zu entscheiden.

Von Rechts wogon

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Reisebüro in Zürich (Schweiz), die Beklagte ein Reisebüro in Hamburg. Die Klägerin klagt aus den ihr abgetretenen Rechten des in Hamburg wohnhaften brasilianischen Fußballimpresarios Roberto I. F. [REDACTED].

- 3 -

Dieser stand mit der Beklagten in Geschäftsverbindung. Er vermittelte und organisierte wiederholt Gastspiele süd-amerikanischer Fußballvereine in Europa. Die Flüge für die südamerikanischen Fußballspieler buchte er bei der Beklagten. Sie pflegte ihm dafür Kredit einzuräumen; er verpflichtete sich, ihre Forderungen aus den Einnahmen der von ihm vermittelten Spiele zu begleichen.

Im Jahre 1961 plante F. [REDACTED], eine Gastspielreise des brasilianischen Fußballvereins F.C. G. [REDACTED] mit etwa 20 Spielen gegen europäische, u.a. auch sowjetrussische Mannschaften durchzuführen. Er bat die Beklagte, ihm die Flugpassagen wieder zu kreditieren. Da er der Beklagten schon erhebliche Beträge schuldete, wollte diese neuen Kredit nur gewähren, wenn seine Schuld abgedeckt oder gesichert wurde.

Am 18. Dezember 1961 schlossen F. [REDACTED] und die Beklagte einen schriftlichen Vertrag. Darin heißt es:

"Herr Roberto I. F. [REDACTED] überschreibt hiermit unwiderruflich sämtliche Spieleinnahmen aus den künftigen Freundschaftsspielen des F.C. G. [REDACTED], F.C. M. [REDACTED] usw. an das Reisbüro K. [REDACTED] solange, bis sämtliche Verpflichtungen aus vorher stattgefundenen Tournen ... restlos abgedeckt und abgegolten sind. Ausgenommen von dieser Zession sind der jeweilige Anteil der Clubs an den Freundschaftsspielen, anfallende Extraspesen für Hotels und Transporte, die notwendig sind, die Clubs von Spielort zu Spielort zu bringen. Das gleiche gilt für angemessene Spesen, die dem Impresario durch Telefonate, Lebenshaltungskosten usw. entstehen.

Diese sollen jedoch im Rahmen bleiben.

Herr Roberto I. F. [REDACTED] verpflichtet sich ferner, sofort nach jedem Spiel die verbleibenden Einnahmen der K. [REDACTED] Übersee GmbH oder einem von dieser Firma ernannten Vertreter auszuhändigen."



Die Beklagte gewährte F. [REDACTED] jedoch keinen Kredit für die Flugreise des F.C. G. [REDACTED]. Er buchte die Flugkarten vielmehr auf Kredit bei der Klägerin; auch hier sollten die Kosten aus den Einnahmen der Gastspiele abgedeckt werden.

Im Zusammenhang mit den Spielen des F.C. G. [REDACTED] in der Sowjetunion erhielt F. [REDACTED] vom sowjetischen Fußballverband 26 auf die Namen der Spieler und Begleiter des F.C. G. [REDACTED] ausgestellte Flugscheine der russischen Luftfahrtgesellschaft A. [REDACTED] für die Strecke Moskau - Kopenhagen - Porto Alegre.

Auf diese Flugkarten flogen die Spieler und Begleiter des F.C. G. [REDACTED] nach Beendigung ihrer Gastspiele in der Sowjetunion Ende Mai 1962 bis nach Kopenhagen. Dort übergaben sie die Karten einem Beauftragten des F. [REDACTED].

F. [REDACTED] seinerseits übergab die 26 Flugscheine in den Geschäftsräumen der Beklagten deren Geschäftsführer Dieter.

Zwischen den Parteien ist streitig, zu welchem Zweck dies geschah. Die Klägerin behauptet, F. [REDACTED] habe die Beklagte beauftragt, die Karten an die Klägerin zu schicken. Die Beklagte dagegen behauptet, F. [REDACTED] habe ihr die Karten zur Verrechnung mit seinem Debetsaldo übergeben.

Die Klägerin hat die Karten jedenfalls nicht erhalten. Die Beklagte hat sie vielmehr im August 1962 durch Umtausch verwertet und dem Konto des F. [REDACTED] den Betrag von 49.394,80 DM gutgeschrieben. Dieser Betrag entsprach dem Wert der Flugkarten für die nicht ausgenutzte Flugstrecke Kopenhagen - Porto Alegre.

F [REDACTED] hat die ihm nach seiner Meinung gegen die Beklagte zustehenden Ansprüche in zwei Erklärungen vom 18. Oktober 1962 und 2. Mai 1963 an die Klägerin abgetreten.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 49.394,80 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte hat u.a. geltend gemacht, die in den Flugkarten verbrieften Rechte seien schon auf Grund des Vertrags vom 18. Dezember 1961 auf sie übergegangen. Vorsorglich hat sie mit ihren Ansprüchen gegen F [REDACTED] aufgerechnet, die sie auf 125.054,95 DM beziffert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat ihr im wesentlichen stattgegeben.

Mit der Revision beantragt die Beklagte, die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Wie das Berufungsgericht feststellt, hat die Beklagte den Auftrag F [REDACTED] angenommen, die ihr von ihm übergebenen Flugkarten an die Klägerin weiterzuleiten.

Da schon das Landgericht dieselbe Feststellung auf Grund eingehender Beweismwürdigung getroffen und die Beklagte hiergegen in der Berufungsinstanz nichts eingewandt hatte, brauchte das Berufungsgericht zu diesem Punkt keine

näheren Ausführungen zu machen, sondern durfte auf das Urteil des Landgerichts verweisen. Wieso dem Berufungsgericht unter diesen Umständen insoweit Verfahrensverstöße zur Last gelegt werden könnten, ist nicht ersichtlich.

Einen materiellrechtlichen Fehler enthalten weder die Ausführungen des Berufungsgerichts noch die von ihm in Bezug genommenen des Landgerichts über das Zustandekommen des Auftrags.

Die Revision führt gegen die tatrichterliche Auslegung im wesentlichen an: F. [REDACTED] sei jedenfalls verpflichtet gewesen, der Beklagten die Flugkarten zu überlassen. Wenn er ihr gleichwohl angesonnen habe, die Karten an die Klägerin zu übersenden, so könne er das Schweigen des Geschäftsführers D. [REDACTED] auf diese dreiste Zumutung nicht als Annahme seines Auftrags verstanden haben.

Indessen ist von Rechts wegen nichts einzuwenden gegen die Annahme der Vorinstanzen, F. [REDACTED] habe, da er die Karten mit der ausdrücklichen Weisung, sie an die Klägerin zu senden, übergeben habe, die vorbehaltlose Entgegennahme durch D. [REDACTED] dahin deuten dürfen, daß die Beklagte sich zur Übersendung an die Klägerin bereit erkläre. Jedenfalls ist diese Wertung möglich und bindet deshalb das Revisionsgericht. Das gilt um so mehr, als der Ausgangspunkt der Revision, die Flugkarten hätten der Beklagten zugestanden, nicht zutrifft, wie noch ausgeführt wird.

Wenn die Beklagte die Flugkarten nicht auftragsgemäß an die Klägerin weiterleitete, mußte sie die Karten an

F [REDACTED] nach § 667 BGB herausgeben. Eine Kündigung des Auftrags beseitigte diese Pflicht nicht.

Ob F [REDACTED] dadurch, daß die Beklagte die Karten verwertet hat, einen Schadensersatzanspruch gegen sie erlangt hat, was das Berufungsgericht annimmt, kann dahinstehen.

Jedenfalls kann sie, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, den Betrag von 49.394,80 DM nach § 281 Abs. 1 BGB verlangen. Durch die Verwertung der Karten zu ihren eigenen Gunsten hat die Beklagte sich die Erfüllung der durch den Auftrag übernommenen Verpflichtung unmöglich gemacht. Was sie infolge dieser Verwertung als Ersatz erlangt hat, muß sie nach § 281 Abs. 1 BGB herausgeben. Aus ihrer Erklärung, sie habe die Karten "im Umtauschwege verwertet" (vgl. S. 2 des Protokolls vom 19. September 1963), geht hervor, daß die 49.394,80 DM der durch Rechtsgeschäft erzielte Erlös aus einer Veräußerung der Karten durch die Beklagte sind. Ob ein solcher Erlös als ein Ersatz anzusehen ist, den der Schuldner infolge des die Leistung unmöglich machenden Umstands erlangt hat, war in der Rechtslehre umstritten. Das Reichsgericht hat diese Frage bejaht (u.a. RGZ 105, 84, 89 f; 138, 45 f). Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im Urteil V ZR 26/64 vom 23. Dezember 1966 denselben Standpunkt eingenommen. Dem schließt sich der erkennende Senat an. Auch das neuere Schrifttum teilt diese Ansicht fast allgemein (vgl. die Nachweise bei Staudinger 11. Aufl. § 281 Rdz 10).

II.

Die Beklagte hatte geltend gemacht, sie sei schon vor der Übergabe der Flugkarten durch F [REDACTED] deren Eigen-

tümerin und Inhaberin der darin verbrieften Rechte auf Grund des Vertrags vom 18. Dezember 1961 geworden, da die Flugkarten "Spieleinnahmen" i.S. dieses Vertrags gewesen seien.

Das Berufungsgericht befaßt sich mit diesem Vorbringen unter dem Blickwinkel, ob es einer Verletzung der von der Beklagten durch den Auftrag übernommenen Pflichten entgegensteht.

Insofern ist das Vorbringen nicht erheblich. Wenn die Beklagte den Auftrag mit dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt übernommen hat, so lief dem eine Verwertung der Karten für sie selbst auf jeden Fall zuwider, auch wenn sie Rechte an den Karten oder auf die Karten gehabt hätte.

Das Bestehen solcher Rechte könnte jedoch, wie unter I schon angedeutet, für die Frage bedeutsam sein, ob die Beklagte überhaupt den Auftrag angenommen hat. Die Annahme wird vom Berufungsgericht nicht aus einer ausdrücklichen Erklärung des Geschäftsführers D■■■■■, sondern aus seinem nach Treu und Glauben gewerteten gesamten Verhalten hergeleitet. Bei der Entscheidung, wie dieses Verhalten zu verstehen war, könnte immerhin ins Gewicht fallen, ob Rechte der Beklagten hinsichtlich der Flugkarten bereits bestanden. Hätten sie ihr zweifelsfrei zugestanden, so hätte möglicherweise F■■■■■ die Entgegennahme der Karten durch D■■■■■ nicht als Annahme seines Auftrags auffassen dürfen.

Jedoch hat das Berufungsgericht die Ansicht der Beklagten, ihr hätten auf Grund des Vertrags vom 18. Dezember 1961 das Eigentum an den Flugkarten bzw. die in diesen ver-

briefen Beförderungsansprüche zugestanden, ohne Rechtsfehler verworfen. Es führt aus, in der Vereinbarung sei nicht bestimmt, welche Teile der Spieleinnahmen und welche einzelnen zu ihnen gehörenden Gegenstände der Beklagten zufließen sollten. F [REDACTED] habe aus jedem beliebigen Teil der Spieleinnahmen die in der Vereinbarung genannten Kosten - das Entgelt für die südamerikanischen Fußballvereine, Spesen für Hotels und Transporte, Aufwendungen und Lebenshaltungskosten für Fauszlegier selbst - entnehmen können. Nur der alsdann verbleibende Überschuß habe der Beklagten gebührt. Da mithin nicht festgestanden habe, welche einzelnen zu den Spieleinnahmen gebührenden Gegenstände der Beklagten zufließen würden, könnten diese auch nicht sogleich mit dinglicher Wirkung auf sie übergegangen sein. Dafür seien die übertragenen Sachen und Rechte auch nicht genügend bestimmt und bestimmbar gewesen. Vielmehr könne das Abkommen vom 18. Dezember 1961 nur den Sinn gehabt haben, daß F [REDACTED] schuldrechtlich verpflichtet sein sollte, den Überschuß der Spieleinnahmen über die in der Vereinbarung genannten Aufwendungen an die Beklagte herauszugeben.

Diese tatrichterliche Auslegung bindet das Revisionsgericht. Sie wird durch die Angriffe der Revision nicht erschüttert.

Sie macht im wesentlichen geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, die in der Vereinbarung vom 18. Dezember 1961 abgetretenen Forderungen seien nicht genügend bestimmbar. Der Senat hält die Ausführungen des Berufungsgerichts auch in diesem Punkte für einwandfrei, braucht das aber nicht näher darzulegen. Die Revision übersieht nämlich zweierlei.

Erstens kamen als Spieleinnahmen nicht nur Forderungen in Betracht, sondern auch Bargeld und andere Gegenstände, so nach der Auffassung der Beklagten auch Flugkarten. Das Abkommen enthält keinen Anhaltspunkt dafür, daß und wie diese Gegenstände unmittelbar auf die Beklagte hätten übergehen sollen.

Zweitens kommt es nicht so sehr darauf an, daß das Berufungsgericht den unmittelbaren Übergang der verschiedenen Gegenstände "mit dinglicher Wirkung" verneint. Das Hauptgewicht legt es darauf, daß F. [REDACTED] beliebig ausgewählte Teile der Spieleinnahmen für die verschiedenen in der Vereinbarung genannten Ausgaben verwenden durfte. Irgendwelche bestimmten Gegenstände sollten danach der Beklagten nicht zufließen, d.h. sie sollten weder unmittelbar, wenn F. [REDACTED] sie erlangte, auf die Beklagte übergehen noch sollte diese bestimmte Gegenstände beanspruchen können. Ihr gebührte vielmehr nach der rechtlich haltbaren Auslegung des Berufungsgerichts nur der verbleibende Überschuß aus der Vereinbarung vom 18. Dezember 1961.

Das Berufungsgericht hat also auch verneint, daß die Beklagte aus der Vereinbarung vom 18. Dezember 1961 einen schuldrechtlichen Anspruch gerade auf die 26 Flugscheine der A. [REDACTED] hatte. Auch insoweit ist das Revisionsgericht an die tatrichterliche Auslegung gebunden.

III.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe sich verpflichtet, den Auftrag ohne Rücksicht auf die ihr bekannten Gegenansprüche durchzuführen. Mit dem Wesen des Vertrags sei es demnach nicht vereinbar gewesen, dem Anspruch auf Erfüllung des Auftrags sachfremde Gegenforderun-

gen entgegenzusetzen. Dann verstoße es aber auch gegen Treu und Glauben, wenn die Beklagte, nachdem sie ihre Auftragspflichten bewußt verletzt habe, gegen den Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz oder auf Herausgabe des als Ersatz Erlangten aufrechne.

Diese Auffassung rechtfertigt sich aus der tatrichterlichen Wertung der durch den Auftrag F [REDACTED] entstandenen rechtlichen Beziehungen und steht im übrigen mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Einklang (vgl. BGH VII ZR 223/63 vom 23. September 1965 = WM 1965, 1209). Die Ausführungen des Berufungsgerichts ergeben ohne weiteres, daß nicht nur die Aufrechnung, sondern auch ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen war (vgl. auch Palandt BGB 26. Aufl. § 667 Anm. 3a; RGZ 160, 52, 59 f). Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht auch darin, daß Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nicht nur gegenüber dem auf § 667 BGB bestehenden Anspruch auf Rückgabe der Flugkarten, sondern auch gegenüber dem nach der Veräußerung gemäß § 281 BGB entstandenen Anspruch auf den Erlös ausgeschlossen waren.

Die Revision hält dem entgegen, daß der Beklagten die Flugkarten gebührt oder sogar gehört hätten. Das trifft nicht zu, wie unter II erörtert ist. Daß sie überhaupt Gegenansprüche hatte, ist unerheblich; nach der einwandfreien Auslegung des Berufungsgerichts hat die Beklagte sich gerade verpflichtet, dem Auftrag ohne Rücksicht auf ihre Gegenforderungen nachzukommen.

Angesichts dieser Feststellungen geht die Ansicht der Revision fehl, F [REDACTED] und damit auch die Klägerin als seine Rechtsnachfolgerin handelten mißbräuchlich, wenn sie sich der Aufrechnung widersetzten. Ihre Meinung, F [REDACTED]

habe sich seinen Anspruch aus dem Auftrag durch Überrumpelung des Geschäftsführers D. [REDACTED] erschlichen, findet in den tatrichterlichen Feststellungen keine Stütze. Nach ihnen durfte im Gegenteil F. [REDACTED] darauf vertrauen, daß die Beklagte den Auftrag ohne Rücksicht auf ihre Gegenansprüche ausführen werde; nach ihnen hat ferner die Beklagte vorsätzlich gegen die von ihr eingegangene Verpflichtung verstoßen.

IV.

Der Geschäftsführer M. [REDACTED] der Beklagten hatte bei seiner Anhörung (§ 141 ZPO) durch das Landgericht erklärt, die Beklagte habe, nachdem die Flugkarten in ihren Besitz gekommen seien, noch 9.200 DM an den F.C. G. [REDACTED] gezahlt.

Das Berufungsgericht führt aus, es könne hier nicht entschieden werden, ob sich aus der behaupteten Zahlung von 9.200 DM eine abweichende Rechtslage ergebe. Die Beklagte habe diese Behauptung erstmals in der Berufungsverhandlung aufgestellt. Ihre Erwähnung durch den Geschäftsführer M. [REDACTED] sei kein Parteivortrag. Ein solcher könne im Anwaltsprozeß nur durch einen Rechtsanwalt erfolgen. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten habe sich jedoch, wie seine Schriftsätze und der Tatbestand des Landgerichtsurteils ergäben, im ersten Rechtszug die Behauptung nicht zu eigen gemacht. Sie dürfe daher nach § 529 ZPO nicht zugelassen werden.

Diese Begründung ist, wie die Revision mit Recht geltend macht, nicht haltbar. Das Gericht ist nicht berechtigt, von der Partei persönlich aufgestellte Behauptungen unberücksichtigt zu lassen. Ein solches Verfahren widerspräche dem Sinn des § 137 Abs. 4 ZPO, nach dem auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten ist, dem Zweck der in § 141 ZPO zur Aufklärung des Sachverhalts vorgesehe-

nen Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei und der Vorschrift des § 85 Satz 2 ZPO, nach der die Partei Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen ihres Prozeßbevollmächtigten widerrufen oder berichtigen kann. Im Hinblick auf diese Vorschriften nimmt denn auch die höchst-richterliche Rechtsprechung den gegenteiligen Standpunkt wie das Berufungsgericht ein (RG JW 1915, 1437; BGHZ 8, 235, 237 f; BGH VIII ZR 286/56 vom 1. März 1957 = LM Nr. 2 zu § 141 ZPO).

Der vorstehend erörterte Fehler des Berufungsgerichts nötigt dazu, die Verurteilung der Beklagten in Höhe von 9.200 DM nebst Zinsen aufzuheben.

Die Revisionsantwort weist demgegenüber ohne Erfolg darauf hin, daß die Beklagte im ersten Rechtszug bezüglich der 9.200 DM nicht aufgerechnet habe - während die Beklagte geltend macht, die 9.200 DM seien in dem Anspruch von 125.064,95 DM enthalten, mit dem sie von Anfang an aufgerechnet habe. Hierauf kommt es nicht an. Das Berufungsgericht hat nicht die Aufrechnung als solche nach § 529 Abs. 5 ZPO zurückgewiesen und dementsprechend die Voraussetzungen, unter denen nach dieser Vorschrift die Aufrechnung zuzulassen wäre, gar nicht erörtert. Vielmehr hat es jene Behauptung über die Zahlung der 9.200 DM nicht zugelassen. Diese Entscheidung stützt sich auf § 529 Abs. 2 ZPO, dessen Wortlaut das Urteil anführt.

Wie das Urteil erkennen läßt, hätte das Berufungsgericht möglicherweise jene Behauptung, wenn es nicht irrig geglaubt hätte, sie aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigen zu dürfen, für erheblich gehalten und wäre zu der Annahme gelangt, daß in Höhe des Betrags von 9.200 DM eine Aufrechnung sachlich-rechtlich zulässig sei. Dies kann

auch nicht von vornherein verneint werden. Der Ausschluß der Aufrechnung wird wie ausgeführt daraus hergeleitet, daß es nach dem Inhalt des von F. [REDACTED] erteilten Auftrags gegen Treu und Glauben verstoße, dessen Ansprüchen aus dem Auftrag "sachfremde" Gegenforderungen entgegenzusetzen. Die Beklagte macht jedoch geltend, sie habe nach Empfang der Flugkarten noch Schulden F. [REDACTED] getilgt. Daraus könnte sich ein Anspruch gegen Fauszlegier aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung ergeben. Ins Gewicht fallen kann, daß die Zahlung von 9.200 DM solche Schulden getilgt haben soll, die durch dieselbe Tournee des F.C. G. [REDACTED] entstanden waren, für die auch die Flugkarten zur Verfügung gestellt worden waren. Es bleibt zu erwägen, ob bei diesem nahen Zusammenhang die Aufrechnung in Höhe von 9.200 DM nach einer sich an den Grundsatz von Treu und Glauben haltenden Wertung des Inhalts der zwischen F. [REDACTED] und der Beklagten getroffenen Abmachungen nicht doch statthaft war. Entscheiden kann diese Frage nur der Tatrichter auf Grund einer Würdigung aller Umstände. Der erkennende Senat kann sie von sich aus weder bejahen noch verneinen.

Schließlich kann der Revision, was den Betrag von 9.200 DM angeht, auch nicht deshalb der Erfolg versagt werden, weil sie nicht belegen kann, daß die Beklagte für die Zahlung der 9.200 DM Beweis angetreten hat. Daran wollte das Berufungsgericht dieses Vorbringen nicht scheitern lassen, wie sich in seinen Ausführungen zeigt, daß über die Behauptung Beweis erhoben werden müsse und deshalb eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits eintreten würde. Danach wäre das Berufungsgericht, wenn nur das Beweisangebot gefehlt hätte, auf die Behauptung eingegangen und hätte die Beklagte zur Angabe von Beweismitteln veranlaßt.

IV.

Danach ist die Revision zum größten Teil zurückzuweisen. Nur in Höhe von 9.200 DM nebst Zinsen hat sie Erfolg. Insoweit ist das angefochtene Urteil einschließlich seiner Kostenentscheidung aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über 2/11 der Kosten der Revision zu überlassen ist. Die übrigen 9/11 sind nach § 97 ZPO schon jetzt der Beklagten aufzuerlegen.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke