

2087 072

2.1

2
BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 67/63

URTEIL

Verkündet am

15. Februar 1965

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Spar- und Leihkasse der Stadt E[REDACTED], vertreten durch
ihren Vorstand,

- a) Bürgermeister Wilhelm U[REDACTED], E[REDACTED], R[REDACTED]
- b) Rechtsanwalt Dr. H. H[REDACTED], E[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED]
- c) Rentner Joh. Kü[REDACTED], E[REDACTED], Ba[REDACTED]weg [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

- 1.) die Ehefrau Elsa Engel Annette Ha[REDACTED] geb. G[REDACTED],
Ham[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED],
- 2.) die Ehefrau Emma Dora Johanna S[REDACTED] geb. G[REDACTED],
E[REDACTED], Sch[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerinnen, Berufungsklägerinnen und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 4. Januar 1963 wird zurückgewiesen, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerinnen 19.887,67 DM zu zahlen.

Im übrigen wird das Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten dieser Revisionsinstanz hat die Beklagte vier Fünftel zu tragen; die Entscheidung über das restliche Fünftel wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im April 1949 gewährte die Beklagte der Firma V[REDACTED]-technik GmbH in E[REDACTED] (im folgenden: GmbH) einen Kredit "in laufender Rechnung" von zunächst 30.000 DM. Als Sicherheiten erhielt sie das Eigentum an einer Reihe von Maschinen und Werkzeugen der GmbH, eine Grundschuld von 25.000 DM auf einem - jetzt den Klägerinnen gehörenden - Grundstück in

Ei [REDACTED], sowie die selbstschuldnerische Bürgschaft des GmbH-Gesellschafters Hans-Joachim S [REDACTED].

In dem Kreditangebot der Beklagten an die GmbH vom 19. April 1949 heißt es am Schluß:

"... verpflichten wir uns (nämlich gegenüber der Rechtsvorgängerin der Klägerinnen), die Forderung aus der ... Grundschuld erst geltend zu machen, nachdem wir zwecks Einzug Ihrer Verbindlichkeiten gegen Sie (die GmbH) vorgegangen sind."

Im Juli 1949 erhöhte die Beklagte den Kredit um 5.000 DM. In ihrem Schreiben an die GmbH vom 20. Juli 1949 heißt es darüber:

"Die Krediterhöhung wird Ihnen (GmbH) auf Grund des bestehenden Sicherungsübereignungsvertrages und der grundbuchlichen Sicherung sowie der zusätzlichen Übereignung von Steinen im Wert von 10.000 DM gewährt."

Im Dezember 1949 erhöhte die Beklagte den Kredit abermals um 5.000 DM. Als weitere Sicherheiten erhielt sie eine Grundschuld von 15.000 DM auf dem Grundstück der GmbH in E [REDACTED], welches diese von den "M [REDACTED]'schen Erben" erworben hatte, sowie eine weitere Grundschuld von 5.000 DM auf dem obengenannten Grundstück in Ei [REDACTED].

Im Januar 1950 ließ sich die Beklagte von der GmbH über ein Darlehen von 40.000 DM eine Urkunde unterzeichnen und buchte diesen Betrag von dem laufenden Konto der GmbH auf "Darlehenskonto" um. In der Folge gewährte sie der GmbH aber noch weitere Kredite auf dem laufenden Konto.

Am 15. Dezember 1950 fiel die GmbH in Konkurs. Sie war damals bei der Beklagten mit insgesamt über 80.000 DM verschuldet.



Am 31. Dezember 1951 erwarb der Kaufmann Ho [REDACTED] vom Konkursverwalter der GmbH deren Betriebsgrundstück und von der Beklagten die dieser zur Sicherung übereigneten Maschinen und sonstigen Gegenstände. Der von Ho [REDACTED] gezahlte Kaufpreis betrug insgesamt 57.000 DM. Die Parteien streiten darüber, ob davon 35.000 DM auf das Grundstück und 22.000 DM auf die sonstigen Gegenstände entfallen, wie es in den Vertragsurkunden niedergelegt ist (so die Klägerinnen), oder ob nach dem wahren Willen der Vertragsschließenden das Grundstück für 47.000 DM und die sonstigen Gegenstände für nur 10.000 DM verkauft worden sind (so die Beklagte).

Die 57.000 DM Erlös flossen vereinbarungsgemäß ganz der Beklagten zu. Diese hatte davon zunächst das "Restkaufgeld M [REDACTED]" in Höhe von 15.000 DM zu bezahlen, das der Grundschuld der Beklagten auf dem Betriebsgrundstück im Rang vorging. Die verbleibenden 42.000 DM schrieb die Beklagte der GmbH wie folgt gut:

auf den Kontokorrentkredit	16.810 DM
auf das Darlehen	20.000 DM
auf Zinsen für das Darlehen	5.190 DM
zusammen	42.000 DM.

Die Beklagte benachrichtigte Hermann S [REDACTED] (Mitgesellschafter der GmbH und Generalbevollmächtigter der damaligen Eigentümerin des Grundstücks in Ei [REDACTED]), es sei noch ein Darlehensrest von 20.000 DM verblieben, für den die Grundschulden auf diesem Grundstück weiterhafteten. Am 9. Februar 1952 gewährte sie auf Wunsch von Hermann S [REDACTED] eine Herabsetzung der Grundschuldzinsen.

In der Folge machte sie Hermann S [REDACTED] gegenüber widersprechende Angaben über die Höhe des Erlöses der an Ho [REDACTED] verkauften beweglichen Sachen. Im Schreiben vom 1. April 1952

bezifferte sie ihn mit 10.000 DM, im Schreiben vom 27. Januar 1953 mit 22.000 DM.

Nun kam es zu dem vorliegenden Rechtsstreit. Bis zum Erlaß des ersten Revisionsurteils stritten die Parteien ausschließ-lich darüber, ob der genannte Erlös der Beklagten im Verhältnis zu den Klägerinnen nur mit 10.000 DM (so Beklagte) oder aber mit 22.000 DM (so Klägerinnen) anzurechnen sei. Wegen des Verlaufs des Rechtsstreits bis zu diesem Zeitpunkt wird auf das erste Revisionsurteil vom 18. Februar 1960 - VII ZR 212/58 - Bezug genommen.

Im zweiten Berufungsrechtszug haben die Klägerinnen neu vorgetragen, die Grundschulden auf ihrem Grundstück hafteten vereinbarungsgemäß nur für den Ausfall, der sich ergebe, wenn man von der Haftungshöchstsumme von 30.000 DM die Erlöse aus der Verwertung sämtlicher übrigen Sicherheiten des Gesamtkredits abziehe. Es sei daher auch abzusetzen, was Hans-Joachim S. [REDACTED] auf Grund seiner Bürgschaft geleistet, was der Verkauf der über-eigneten Steine und was die Verwertung der Grundschuld von 15.000 DM auf dem Betriebsgrundstück der GmbH erbracht habe.

Im Jahre 1962 haben die Parteien die beiden Grundschulden auf dem Grundstück der Klägerinnen löschen lassen. An ihrer Stelle haben die Klägerinnen als Sicherheit für die Beklagte bei dieser 30.000 DM hinterlegt. Die Klägerinnen haben zuletzt in erster Linie beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an sie 25.000 DM von der hinterlegten Summe zu zahlen.

Sie haben weiter noch die auf Seite 13 - 14 des zweiten Be-rufungsurteils wiedergegebenen Hilfsanträge gestellt.

Die Beklagte ist sämtlichen Klageanträgen entgegengetreten.

Das Berufungsgericht hat dem Hauptantrag der Klägerinnen entsprochen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerinnen bitten, verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt offen, wie hoch der Erlös der Maschinen und sonstigen Gegenstände war, welche die Beklagte am 21. Dezember 1951 an Ho[REDACTED] verkauft hat. Für die jetzige Revisionsinstanz ist es daher ohne Bedeutung, was zu dieser Frage von den Parteien vorgetragen und in den ersten drei Urteilen dieses Rechtsstreits dargelegt worden ist.

II.

Das Berufungsgericht entnimmt den Kreditbewilligungen der Beklagten vom 19. April 1949 und 21. Juli 1949, sowie ihrem Aktenvermerk vom 10. Dezember 1949 eine Vereinbarung der Beklagten mit der damaligen Eigentümerin des Ei[REDACTED] Grundstücks (und Rechtsvorgängerin der Klägerinnen), daß die Beklagte nur wegen eines Kredits von 35.000 DM oder (höchstens) 40.000 DM auf die beiden Grundschulden an dem Ei[REDACTED] Grundstück habe zurückgreifen dürfen, und zwar nur dann und soweit sie durch die "sonst erwähnten Sicherheiten" und durch das "Vorgehen gegen die ... (GmbH) selbst" nicht habe befriedigt werden können. Dabei unterstellt es, daß die Grundschuld von 25.000 DM auch für die im Juli 1949 erfolgte erste Krediterhöhung (um 5.000 DM) mithaften sollte.

Die Revision ist demgegenüber der Auffassung, die Beklagte brauche sich nicht den Erlös von Sicherheiten anrechnen zu lassen, die für andere Kredite der Beklagten an die GmbH bestellt worden seien. Sie unterscheidet dabei zwischen den Sicherheiten für den ursprünglichen Kredit von 30.000 DM, für die erste und für die zweite Erhöhung um je 5.000 DM im Juli und Dezember 1949 und für den Kontokorrentkredit von zuletzt rund 45.000 DM.

Die Rüge ist teilweise begründet.

1.) Die Revision übersieht allerdings, daß unstreitig im Januar 1950 die Beteiligten eine Neuregelung vereinbart haben, wonach 40.000 DM des bis dahin aufgelaufenen Kontokorrentkredits unter Ausstellung einer Darlehensurkunde vom Kontokorrentkonto der GmbH auf Darlehenskonto umgebucht wurden, um das Kontokorrentkonto zu entlasten. Dieses Darlehen von 40.000 DM, das dem Betrag des ursprünglichen Kredits (von 30.000 DM) nebst den beiden Erhöhungen von Juli und Dezember 1949 (von je 5.000 DM) entsprach, bildete nach dem Willen der Beteiligten seitdem ersichtlich eine Einheit. Daraus folgt, daß auch für dieses Darlehen von 40.000 DM die Anrechenbarkeit von Sicherheiten einheitlich zu behandeln ist.

Die Aktenvermerke der Beklagten vom 10. und 15. Dezember 1949 lassen keinen anderen Schluß zu, als daß für das genannte Darlehen insgesamt als Sicherheiten haften sollten: die zur Sicherheit übereigneten Maschinen, Einrichtungsgegenstände und Steine, die beiden Grundschulden von 25.000 DM und 5.000 DM auf dem Grundstück in Ei [REDACTED], sowie die Grundschuld von 15.000 DM auf dem Betriebsgrundstück der GmbH in E [REDACTED].

Von einer Subsidiarität der Haftung der Grundschulden in Ei [REDACTED] nach den übrigen in dem Vermerk vom 10. Dezember 1949

genannten Sicherheiten ist allerdings dort nicht ausdrücklich die Rede. Das Berufungsgericht durfte aber aus dem ursprünglichen Kreditangebot vom 19. April 1949 in Verbindung mit dem unstreitigen Geschehensablauf bis Dezember 1949 ohne Rechtsverstoß den Schluß ziehen, daß die für den ursprünglichen Kredit von 30.000 DM vereinbarte "Subsidiarität" der Ei[REDACTED] Grundschuld von 25.000 DM auch zu Gunsten der weiteren Grundschuld auf demselben Grundstück in Höhe von 5.000 DM gelten sollte. Es durfte daraus ferner folgen, daß diese "Subsidiarität" auch für die beiden Krediterhöhungen von je 5.000 DM im Juli 1949 und Dezember 1949 anwendbar sein sollte. Dann kann aber auch nichts anderes für das Darlehen von 40.000 DM gelten, das aus dem ursprünglichen Kredit von 30.000 DM, einschließlich der beiden Erhöhungen von je 5.000 DM hervorgegangen ist.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe im Zusammenhang mit der Krediterhöhung vom Juli 1949 zu Ungunsten der Beklagten unterstellt, daß diese sich im Verhältnis zu den Klägerinnen auch den Erlös der für diesen Zusatzkredit erstmalig zur Sicherheit übereigneten Steine anrechnen lassen müsse.

Darauf kommt es aber nach der Umgestaltung des Darlehens im Januar 1950 nicht mehr an. Denn aus den Feststellungen des Berufungsgerichts, insbesondere den Aktenvermerken der Beklagten vom 10. und 15. Dezember 1949 ergibt sich, daß die beiden Grundschulden in Ei[REDACTED] für das Darlehen von 40.000 DM haften, andererseits aber auch die Steine als Sicherheit dieses Darlehens in seiner vollen Höhe dienen sollten. Die Unterstellung des Berufungsgerichts war daher überflüssig, denn der "unterstellte" Sachverhalt steht fest.

2.) Mit Recht rügt die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht auch dan zu Gunsten der Klägerinnen anrechnen will, was die Beklagte aus der auf dem Betriebsgrundstück der GmbH

im E[REDACTED] lastenden weiteren Grundschild von 20.000 DM erzielt, sowie das, was sie aus den abgetretenen Forderungen erlangt hat. Diese Sicherheiten sind in den Kreditbewilligungen vom 19. April 1949 und 20. Juli 1949 sowie in dem Aktenvermerk der Beklagten vom 10. und 15. Dezember 1949, also in den Urkunden, auf welche das Berufungsgericht seine Auffassung von der "Subsidiarität" der Ei[REDACTED] Grundschilden stützt, nicht erwähnt. Es fehlt also an Anhaltspunkten dafür, daß die Beklagte sich im Verhältnis zu den Klägerinnen auch den Erlös anderer Sicherheiten (als der dort erwähnten) auf das urkundlich verbriefte Darlehen von 40.000 DM anrechnen lassen müßte.

Das Berufungsgericht hält allerdings die Verwertung dieser (in den Urkunden nicht genannten) Sicherheiten für ein "Vorgehen gegen die ... (GmbH) selbst" im Sinne des Schreibens der Beklagten vom 19. April 1949. Das ist jedoch dieser Formulierung nicht ohne weiteres zu entnehmen, zumal von den abgetretenen Forderungen und von der E[REDACTED] Grundschild von 20.000 DM damals noch überhaupt keine Rede war. Irgend eine nähere Begründung zu diesem Punkt läßt das Berufungsurteil vermissen. Es kann daher insoweit keinen Bestand haben.

3.) Für die jetzige Revisionsinstanz ist somit zu Gunsten der Beklagten davon auszugehen, daß die Beklagte sich nicht anrechnen zu lassen braucht, was sie auf die E[REDACTED] Grundschild von 20.000 DM und auf die abgetretenen Forderungen erlangt hat. Anzurechnen sind vielmehr bei dieser Betrachtungsweise nur: der Erlös der Maschinen, Werkzeuge und Steine sowie das, was sie durch die Verwertung der E[REDACTED] Grundschild von 15.000 DM hereingeholt hat. Eine Anrechnung auf Grund der Bürgschaft von Hans-Joachim S[REDACTED] scheidet aus, weil dieser nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf seine Bürgschaftsverpflichtung nichts gezahlt hat und bei ihm nichts zu holen war; die Klägerinnen haben das in den Tatsacheninstanzen auch nicht bestritten.

- a) Der Erlös der Steine beträgt unstreitig 10.077,67 DM.
- b) Der Erlös der Maschinen und Werkzeuge ist streitig. Das Berufungsgericht hat dazu in seinem letzten Urteil nichts festgestellt. Es muß daher für diese Revisionsinstanz zu Gunsten der Beklagten und Revisionsklägerin von deren Behauptung ausgegangen werden, daß der Erlös nur 10.000 DM betragen habe.
- c) Der Erlös des Grundstücks in E [REDACTED] ist der Beklagten vom Konkursverwalter mit Rücksicht auf die beiden darauf lastenden Grundschulden der Beklagten von 15.000 DM und 20.000 DM überlassen worden, wogegen die Beklagte das ihr im Range vorgehende "Restkaufgeld M [REDACTED]" in Höhe von 15.000 DM bezahlt hat.

Wie hoch der Erlös für das Grundstück war, ist ebenfalls streitig. Doch kommt es darauf nicht an. Betrag der Grundstückserlös (einschließlich Beheizungsanlage) 47.000 DM, wie die Beklagte behauptet, so blieben ihr - nach Abzug des Restkaufgeldes M [REDACTED] - 32.000 DM. Da die Grundschuld von 15.000 DM unstreitig Rang vor der Grundschuld von 20.000 DM hat, ist die erstgenannte Grundschuld aus dem Erlös des Grundstücks voll gedeckt. Die Beklagte muß sich daher im Verhältnis zu den Klägerinnen 15.000 DM aus dem Grundstückserlös anrechnen lassen.

Dasselbe gilt, wenn der Grundstückserlös, wie die Klägerinnen behaupten, nur 35.000 DM betrug. Denn dann blieben der Beklagten - nach Abzug des Restkaufgeldes - 20.000 DM, ein Betrag, der die vorrangige Grundschuld von 15.000 DM auch noch voll deckt.

- d) Demnach ergibt sich folgende Abrechnung:

Die Ei [REDACTED] Grundschulden haften	
für das Darlehen von:	40.000 DM
nebst Zinsen davon (nach Angabe der Beklagten):	+ 5.190 DM
zusammen	45.190 DM
Davon gehen mindestens ab:	
Erlös der Steine	- 10.077,67 DM
Erlös der Maschinen pp (mindestens)	- 10.000,-- DM
Verwertung der E [REDACTED] Grundschuld	
von 15.000 DM	- 15.000,-- DM
Rest	10.112,33 DM

Allenfalls in Höhe dieses Betrages hafteten die Grundschulden auf dem Ei [REDACTED] Grundstück der Klägerinnen.

Der Betrag kann sich vermindern, wenn die Beklagte bei richtiger Verrechnung des Erlöses der Sicherheiten zu hohe Zinsen berechnet hat, wenn der Erlös der Maschinen pp höher ist als 10.000 DM, wenn noch gezahlte Grundschuldzinsen zu verrechnen sind, oder wenn etwa das Berufungsgericht bei erneuter Würdigung wiederum zu dem Ergebnis gelangen sollte, die Beklagte müsse sich im Verhältnis zu den Klägerinnen auch den Erlös aus den abgetretenen Forderungen (26.179,84 DM) und aus der Verwertung der E [REDACTED] Grundschuld von 20.000 DM auf das Darlehen von 40.000 DM anrechnen lassen.

III.

Auf die Ausführungen zu II käme es nicht an, wenn die Beklagte im Jahre 1952 mit der Rechtsvorgängerin der Klägerinnen (vertreten durch ihren Generalbevollmächtigten Hermann S [REDACTED]) wirksam vereinbart hätte, die Ei [REDACTED] Grundschulden sollten für eine Restschuld der GmbH von 20.000 DM weiter haften.

Das Berufungsgericht hält das nicht für erwiesen. Es führt aus: Von einer "erschöpfenden Unterrichtung" Hermann S [REDACTED] durch die Beklagte könne keine Rede sein. Dieser habe

vielmehr keine Übersicht über den Stand des Kredits gehabt und sich deswegen zunächst nicht gegen die angebliche Restschuld von 20.000 DM gewehrt. Deswegen seien auch in der Folge noch Zinsen darauf gezahlt worden.

1.) Die Revision meint, diese Würdigung sei unvereinbar mit Wortlaut und Sinn des Schreibens Hermann S. [REDACTED] vom 15. Januar 1952.

Das trifft nicht zu. In dem genannten Schreiben ist zwar davon die Rede, daß ein "Unterschuß von 20.000 DM" entstanden sei. Das beruht aber, wie die Beklagte wußte, darauf, daß sie Hermann S. [REDACTED] entsprechend unterrichtet hatte, wie ihr Aktenvermerk vom 10. Januar 1952 zeigt. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht in dem Schreiben Hermann S. [REDACTED] kein (im Namen der damaligen Grundstückseigentümerin abgegebenes) Anerkenntnis einer Schuld von 20.000 DM zu erblicken. Im übrigen wären die Klägerinnen an ein etwaiges "bestätigendes" Anerkenntnis nicht gebunden, da es auf einem Irrtum beruhen würde.

2.) Die Revision rügt in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe einen Beweisantritt übergangen.

Die Rüge ist nicht begründet.

Der Schriftsatz vom 28. Dezember 1962, in dem sich der Beweisantritt der Beklagten findet, ist erst nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingegangen. Dieses brauchte ihn schon deswegen nicht zu berücksichtigen.

Der Beweisantritt war aber auch unerheblich. Er bezog sich darauf, daß Hermann S. [REDACTED] über alle Einzelheiten der geschäftlichen Beziehungen der Beklagten zu der GmbH genauestens unterrichtet gewesen sei. Damit war aber noch nicht gesagt, daß er

auch das Ergebnis der Verwertung der verschiedenen Sicherheiten gekannt hätte. Darüber hat die Beklagte vielmehr erst im Schriftsatz vom 5. Januar 1961 Klarheit geschaffen. Bis dahin hatte sie den Standpunkt vertreten, sie sei nicht verpflichtet, den Klägerinnen ihr Abrechnungsverhältnis mit der GmbH und mit Ho[REDACTED] offenzulegen.

3.) Die Revision beruft sich darauf, daß die Parteien jahrelang nur darüber gestritten haben, welchen Erlös die Maschinen und Einrichtungsgegenstände erbracht haben. Sie meint, die Parteien seien lange Zeit darüber einig gewesen, daß nur dieser Erlös abzuziehen sei.

Allerdings haben die Klägerinnen sich erstmals mit Schriftsatz vom 15. August 1960 darauf berufen, die Beklagte müsse sich den Erlös weiterer Sicherheiten auf die 40.000 DM Darlehen anrechnen lassen, für welche die Ei[REDACTED] Grundschulden hafteten. Daraus kann die Revision aber nichts zu ihren Gunsten herleiten. Denn auch dieses Verhalten der Klägerinnen im Prozeß beruht darauf, daß die Beklagte sie bis 1961 über die Verwertung der Sicherheiten im unklaren gelassen hatte.

4.) Auf die Hilferwägungen des Berufungsgerichts zur Frage der Vollmacht Hermann S[REDACTED] und zur Kondition eines etwaigen Anerkenntnisses, sowie auf die dagegen gerichteten Revisionsrügen kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an.

IV.

Aus den zu II genannten Gründen kann das angefochtene Urteil nur zu einem Teil Bestand haben. Wie oben dargelegt, durfte die Beklagte auf die Ei[REDACTED] Grundschulden höchstens wegen eines Betrages von 10.112,33 DM zurückgreifen. Die Klägerinnen haben bei der Beklagten 30.000 DM hinterlegt. Sie

haben Rückzahlung von nur 25.000 DM begehrt, und dementsprechend hat auch das Berufungsgericht im angefochtenen Urteil erkannt. Von den 30.000 DM verbleiben der Beklagten also jedenfalls 5.000 DM, unabhängig vom Ausgang des gegenwärtigen Rechtsstreits. Es bedarf daher nur noch eine Restforderung von 5.112,33 DM weiterer Aufklärung. Diesen Betrag könnte die Beklagte nach dem oben Gesagten von den im Rechtsstreit befangenen 25.000 DM allenfalls noch zu beanspruchen haben. In dieser Höhe ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im übrigen aber bleibt die vom Berufungsgericht getroffene Verurteilung der Beklagten bestehen (§ 563 ZPO).

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 92 ZPO.

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke