

Nachschlagewerk: ja

BGHZ:(nur LS a): ja

BGB §§ 138 Bc, 242 Cd; HGB § 128

- a) Bei Identität der Gesellschafter kann der gegen die eine Handelsgesellschaft gerichtete Unterlassungsanspruch auch gegen die diesem Anspruch zuwiderhandelnde andere Handelsgesellschaft geltend gemacht werden (Fortführung von RGZ 136, 266).
- b) Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung, die dem Verpächter einer Kiesgrube das Recht einräumt, dem Pächter das Auskiesen weiteren, innerhalb eines begrenzten Gebietes liegenden, dem Verpächter nicht gehörenden Geländes vorbehaltlich seiner Zustimmung zu untersagen.

BGH, Urt. v. 7. Juni 1972 - VIII ZR 175/70

OLG Düsseldorf
LG Krefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 175/70

URTEIL

Verkündet am
7. Juni 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma K i e s w e r k e K [REDACTED] & Co. KG
in E [REDACTED]-B [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre
persönlich haftende Gesellschafterin, die A [REDACTED] Sand-
und Kiesbaggerei GmbH, diese vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer Manfred K [REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Rudolf S [REDACTED] in H [REDACTED]
über S [REDACTED], Hotel D [REDACTED] H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Mormann, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. Oktober 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger überließ durch Vertrag vom 22. Juni 1964 (im folgenden: Pachtvertrag) der Firma Josef K[REDACTED] (im folgenden: Firma K[REDACTED]) die Ausbeutung eines 22 Morgen großen Geländes in K[REDACTED]-T[REDACTED], das dem Landwirt Anton S[REDACTED] gehört, der seinerseits dem Kläger das Ausbeutungsrecht eingeräumt hatte. Nr. 11 dieses Vertrages lautet:

"In einem Umkreis von 1 km um das hier fragliche Auskiesungsgelände darf die Firma K[REDACTED] keine Auskiesung ohne Zustimmung des (Klägers)



betreiben. Andererseits verpflichtet sich (der Kläger), evtl. ihm zustehende Auskiesungsrechte im gleichen Umkreis zunächst der Firma K[REDACTED] zur Auskiesung anzubieten, bevor er selbst diese Rechte ausnutzt oder an dritte Personen weitergibt."

Inhaber der Firma K[REDACTED] war zunächst Josef K[REDACTED] senior, nach seinem Tode seine Witwe Helene K[REDACTED]. Die Firma K[REDACTED] ließ das Gelände durch die A[REDACTED] Sand- und Kiesbaggerei Josef K[REDACTED] KG auf Grund eines Lohnbaggervertrages vom 15. Januar 1965 auskiesen. Das gewonnene Material wurde ausschließlich von der Firma K[REDACTED] vertrieben. Die A[REDACTED] Sand- und Kiesbaggerei war 1964 von den Söhnen des verstorbenen Josef K[REDACTED] Herbert, Manfred und Josef K[REDACTED] junior gegründet worden. 1965 gründeten diese zusammen mit zwei weiteren Brüdern und ihrer Mutter Helene K[REDACTED] die Firma Kieswerke K[REDACTED] & Co. KG, die Beklagte. Die A[REDACTED] Sand- und Kiesbaggerei wurde aufgelöst. Ihr Vermögen wurde in die beklagte KG eingebracht. Außerdem traten die fünf Söhne Josef K[REDACTED]s in die Firma K[REDACTED] als persönlich haftende Gesellschafter und Kommanditisten ein.

1966 gründete Helene K[REDACTED] mit ihren Söhnen die A[REDACTED] Sand- und Kiesbaggerei GmbH. Diese trat als jeweils alleinige persönlich haftende Gesellschafterin in die Firma K[REDACTED] und in die Beklagte ein. Seit 1967, als Helene K[REDACTED] und zwei ihrer Söhne aus beiden Firmen ausschieden, sind nur noch Herbert, Manfred und Josef K[REDACTED] jun. dort mit Einlagen von je 100 000 DM Kommanditisten. Sie sind auch die Gesellschafter der Komplementärin, der A[REDACTED] Sand- und Kiesbaggerei GmbH.

1968 kam es zwischen dem Kläger und der Firma K[REDACTED] sowie zwischen ihm und der Beklagten zu mehreren Rechtsstreitigkeiten (Verfahren wegen einstweiliger Verfügung), weil die Beklagte unmittelbar westlich an das verpachtete Gelände anschließendes Land auskieste und der Kläger dies für einen Verstoß gegen Nr. 11 des Pachtvertrages hielt. Die Verfahren endeten mit einem am 29. Mai 1968 geschlossenen Vergleich, in welchem der Kläger gegen Zahlung von 28 000 DM der Auskiesung des neuen Geländes zustimmte. Durch Vertrag vom 10. Januar 1969 stimmte der Kläger der Ausbeutung weiterer 13 bis 15 Morgen Landes zu, das sich ebenfalls westlich an die bisher ausgebagerte Grube anschließt.

Am 26. März 1968 übernahm die Beklagte die Auskiesungsrechte der Geschwister D[REDACTED] aus deren Vertrag mit den Landwirtseheleuten R[REDACTED] über rund 4,73 ha und weitere ca. 24 Morgen. Die Beklagte überließ die Ausbeutung ihrerseits den Farbenwerken B[REDACTED], die im September 1969 damit begannen, Mutterboden, Abraum und Kies bis zur Grundwasserlinie auszubaggern. Dieses Gelände (im folgenden: Grube Dömkes) liegt innerhalb des Sperrbezirks der Nr. 11 des Pachtvertrages, schließt aber nicht unmittelbar an die ursprünglich gepachtete Grube an.

Der Kläger verlangt mit der Klage Unterlassung der Entnahme von Kies, Füllkies, Sand und Abraum jeder Art aus der Grube D[REDACTED] und stützt sich dabei auf Nr. 11 des Pachtvertrages. Die Beklagte ist der Meinung, daß sie durch diese Vereinbarung nicht ge-

bunden sei, die der Kläger mit der Firma K[REDACTED], nicht aber mit ihr getroffen habe. Dem Unterlassungsanspruch stehe überdies § 242 BGB entgegen. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht führt aus, Nr. 11 des Pachtvertrages wirke auch gegen die Beklagte. Diese sei zwar mit der Firma K[REDACTED] rechtlich nicht identisch. Sie sei aber deren Erfüllungsgehilfin. Da in beiden Gesellschaften dieselben juristischen und natürlichen Personen Gesellschafter seien, widerspreche es Treu und Glauben, wenn der Kläger dadurch praktisch rechtlos gestellt würde, daß es den Gesellschaftern der Firma K[REDACTED] gestattet werde, unter Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit einer von ihnen gebildeten anderen Handelsgesellschaft etwas zu tun, was ihnen als Gesellschafter der Firma K[REDACTED] untersagt sei. Als eigennützige Erfüllungsgehilfin der Firma K[REDACTED] müsse sich die Beklagte so behandeln lassen, als sei der Pachtvertrag vom 22. Juni 1964 mit ihr geschlossen.

2. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Begründung nicht frei von rechtlichen Bedenken ist.

a) Das Berufungsgericht übersieht zunächst in tatsächlicher Hinsicht, daß die Beklagte bei der Ausbeutung der Grube D■■■■, um die es hier allein geht, nicht Erfüllungsgehilfin der Firma K■■■■ ist, denn weder hat die Firma K■■■■ den Ausbeutungsvertrag der Geschwister D■■■■ übernommen und läßt die Grube auch nicht durch die Beklagte ausbeuten, noch vertreibt sie von der Beklagten aus dieser Grube gewonnenes Material. Vielmehr hat die Beklagte einen eigenen Ausbeutungsvertrag, dessen Ausübung sie gegen Entgelt den Farbenwerken B■■■■ überlassen hat. Der Sachverhalt liegt also anders als in den Rechtsstreitigkeiten, die der Kläger und die Beklagte bzw. der Kläger und die Firma K■■■■ früher miteinander geführt haben.

b) Aber selbst wenn die Beklagte auch bei der Ausbeutung der Grube D■■■■ Erfüllungsgehilfin der Firma K■■■■ wäre, ergäbe sich daraus nicht, daß ihr das Auskiesen innerhalb des zwischen dem Kläger und der Firma K■■■■ vereinbarten Sperrbezirks untersagt wäre. Tragender Grund der Auffassung des Berufungsgerichts ist ersichtlich, der Kläger werde praktisch rechtlos gestellt, wenn die Wirkung der Sperrbezirksklausel nicht auf die Beklagte erstreckt werde. Davon kann aber, worauf die Revision zutreffend hinweist, keine Rede sein, wenn die Beklagte wirklich als Erfüllungsgehilfin der Firma K■■■■ die Ausbeutung der Grube D■■■■ betriebe. Dann läge nämlich eine Verletzung der Sperrbezirksklausel durch die Firma K■■■■ selbst, ausgeführt durch die Beklagte, vor, und der Kläger könnte von der Firma K■■■■ Unterlassung der Auskiesung, gegebenenfalls Unterlassung der Auskiesung mit Hilfe von Dritten verlangen und durchsetzen.

3. Gleichwohl kann sich der Kläger mit seinem Unterlassungsanspruch an die Beklagte halten. Das folgt aus den Grundsätzen von Treu und Glauben.

a) Gerade weil es nicht die Firma K[REDACTED] ist, die die Grube D[REDACTED] (mit Hilfe der Beklagten) ausbeutet, kann der Kläger von ihr nicht Unterlassung verlangen. Aus diesem Grunde, und nicht aus dem vom Berufungsgericht angenommenen, wäre er in der Tat "rechtlos gestellt", wenn die Beklagte sich darauf berufen könnte, nicht sie sondern nur die Firma K[REDACTED] sei durch die Sperrbezirksklausel gebunden.

b) Entscheidend ist, wie das Berufungsgericht im Grunde richtig gesehen hat, daß die Gesellschafter der Firma K[REDACTED] und die Gesellschafter der Beklagten dieselben sind. Zwar sind Verbindlichkeiten einer Handelsgesellschaft nicht ohne weiteres dasselbe wie Verbindlichkeiten der Gesellschafter, wenn diese - Kommanditisten mit den Beschränkungen der §§ 171 ff HGB - nach § 128 HGB auch für Gesellschaftsschulden persönlich haften (vgl. BGHZ 23, 302, 305 f). Eine andere Frage ist aber, ob die Rechtsordnung es zulassen kann, daß die Gesellschafter durch ein Handeln außerhalb der Gesellschaft den Zweck eines Vertrages durchkreuzen, den die Gesellschaft mit einem Dritten geschlossen hat. Die Frage ist, jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden, zu verneinen.

Sinn und Zweck der Sperrbezirksklausel ist es, von der Firma K[REDACTED] ausgehende Eingriffe in die zugunsten des Klägers vereinbarte Schutzzone zu verhin-

dern. Dieses Ziel würde nicht erreicht werden, wenn es den Gesellschaftern unbenommen bliebe, für sich persönlich ohne Zustimmung des Klägers im Sperrbezirk Kies und Sand zu gewinnen. Zugunsten der Beklagten kann davon ausgegangen werden, daß nach den Grundsätzen der Entscheidung BGHZ 23, 302 die Gesellschafter der Firma K■■■■ nicht Vertragspartner des Klägers hinsichtlich der Nr. 11 des Pachtvertrages sind, und daß deshalb die Verpflichtungen, die die Firma K■■■■ insoweit eingegangen ist, nur diese, nicht aber die Gesellschafter im außergesellschaftlichen Bereich binden. Bei der nach Treu und Glauben zu treffenden Entscheidung können jedoch der Sinn und Zweck der Sperrbezirksklausel nicht außer acht gelassen werden. Das führt zu der Schlußfolgerung, daß jedenfalls dann, wenn sämtliche Gesellschafter der unmittelbar verpflichteten Gesellschaft dem vertraglichen Verbot durch Maßnahmen außerhalb der Gesellschaft zuwiderhandeln, dem Verletzten nach § 242 BGB, § 128 HGB der unmittelbare Zugriff auf die Gesellschafter selbst offenstehen muß (so schon das Reichsgericht in RGZ 136, 266, 270 ff). Der diesem Anspruch entsprechenden Unterlassungspflicht können sich die Gesellschafter nicht dadurch entziehen, daß sie nicht persönlich, sondern im Rahmen einer anderen Gesellschaft tätig werden, so daß als handelnd nicht sie selbst, sondern diese Gesellschaft auftritt. Jede andere rechtliche Beurteilung würde der Umgehung der persönlichen Unterlassungspflicht der Gesellschafter Tür und Tor öffnen.

4. Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht deshalb darin beizutreten, daß die Beklagte vom Kläger aus Nr.11 des Pachtvertrages auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann.

II. Rechtlich unbedenklich ist auch die Auslegung des Berufungsgerichts, wonach das Verbot der Auskiesung ohne Zustimmung des Klägers ohne weiteres das Verbot einschließt, die Auskiesung durch Dritte vornehmen zu lassen. Eine andere Auslegung wäre mit Sinn und Zweck der Sperrbezirksklausel nicht vereinbar. Die Beklagte verstößt also auch dadurch gegen diese Klausel, daß sie nicht selbst die Materialgewinnung in der Grube D [REDACTED] betreibt, sondern die Ausbeutung vertraglich den Farbenwerken B [REDACTED] überlassen hat.

III. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Unterlassungsanspruch aus Nr. 11 des Pachtvertrages nicht untergegangen ist.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte nicht annehmen dürfen, daß das Verbot, ohne Zustimmung des Klägers in der Schutzzone neues Gelände auszubeuten, ohne Rücksicht auf die Dauer der Ausbeutung der mit Vertrag vom 22. Juni 1964 gepachteten Grube habe gelten sollen.

Das Berufungsgericht unterstellt, daß die Ausbeutung dieser Grube beendet ist. Es legt Nr. 11 des Pachtvertrages dahin aus, der Kläger habe sich "die Anpachtpriorität" an dem gesamten ausbeutungsfähigen Gelände innerhalb des Sperrbezirks sichern wollen und sich dafür verpflichtet, etwa erworbene Auskiesungsrechte in jedem Fall zunächst der Firma K [REDACTED] anzubieten. Diese vom Revisionsgericht nur beschränkt nachprüfbare Auslegung einer Individualvereinbarung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie entspricht dem Wortlaut der Nr. 11 des Pachtvertrages.

Sie ist nicht, wie die Revision meint, unvereinbar mit der Annahme, der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, der Firma K [REDACTED] weiteres auskiesungsfähiges Gelände zu verschaffen. Daß eine Verschaffungspflicht nicht gewollt war, entnimmt das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß gleichfalls dem Wortlaut der Sperrbezirksklausel, wonach der Kläger sich lediglich verpflichtete, "eventuell ihm zustehende Auskiesungsrechte" der Firma K [REDACTED] anzubieten. Hatte der Kläger, wovon auch die Firma K [REDACTED] nach dem Vortrag der Beklagten ausging, derartige Auskiesungsrechte nur in Aussicht, nicht aber bereits erlangt, so entsprach es der Interessenlage, die Verschaffungspflicht davon abhängig zu machen, daß er Ausbeutungsrechte in der Sperrzone tatsächlich erhielt.

IV. Erfolglos macht die Revision einen Verstoß gegen § 1 GWB geltend. Von allem anderen abgesehen, kann keine Rede davon sein, daß Nr. 11 des Pachtver-

trages geeignet ist, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren zu beeinflussen. An der Gewinnung von Sand und Kies im Sperrbezirk sind - ohne die gegen Entgelt zu erlangende Zustimmung des Klägers - nur die Firma K[REDACTED] und aus den in diesem Urteil dargelegten Gründen die Beklagte gehindert, nicht aber andere Unternehmen. Eine Beeinflussung von Erzeugung oder Markt durch Wettbewerbsbeschränkungen ist daher nicht gegeben.

Im übrigen gilt § 1 GWB nur für Verträge, durch die sich die Parteien verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern (Müller/Henneberg/Schwartz, GWB, 2. Aufl., § 1 Anm. 15), nicht aber für einen Austauschvertrag, wie er hier vorliegt. Insoweit kommt allenfalls die Anwendung des § 15 GWB in Betracht. Dessen Voraussetzungen liegen aber ebenfalls nicht vor, weil Nr. 11 des Pachtvertrages weder die Firma Kölbl noch die Beklagte in der Freiheit der Gestaltung ihrer Preise oder ihrer Geschäftsbedingungen bei Verträgen beschränkt, die sie mit Dritten über ihre Leistungen schließen.

V. 1. Rechtlich nicht einwandfrei sind indessen die Erwägungen, auf Grund deren das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs verstoße nicht gegen Treu und Glauben. Es meint, eine unzumutbare Behinderung der Firma K[REDACTED] und der Beklagten in der Ausübung ihres Gewerbes könne zwar möglicherweise dann vorliegen,

wenn der Kläger deshalb nicht in der Lage sei, ihnen in der Sperrzone weiteres abbaufähiges Gelände zu verschaffen, weil die jeweiligen Grundstückseigentümer nicht bereit seien, mit ihm einen Vertrag abzuschließen. Bei der Größe der Sperrzone könne, so führt das Berufungsgericht aus, indessen nicht angenommen werden, daß der Kläger außerstande sei, geeignetes Gelände anzupachten.

2. Diese Erwägungen gehen am Kern der Sache vorbei und sind überdies unvollständig.

a) Darauf, ob der Kläger in der Lage ist, weiteres Gelände anzupachten, kommt es nämlich nicht an. Die in Nr. 11 des Pachtvertrages vorbehaltene Zustimmung zur Ausbeutung innerhalb der Schutzzone ist unabhängig davon erforderlich, ob das auszukiesende Gelände vom Kläger gepachtet ist oder nicht. Die Firma K [REDACTED] bzw. die Beklagte können durchaus auch solche Grundstücke zur Kiesgewinnung pachten, deren Eigentümer nicht bereit sind, mit dem Kläger Pachtverträge abzuschließen. Erforderlich ist nach Nr. 11 des Pachtvertrages nur, daß der Kläger zu einer solchen Auskiesung seine Zustimmung gibt.

b) Eine ganz andere Frage ist aber, ob für die Versagung der Zustimmung oder deren Erteilung nur gegen eine Vergütung, um die es, wie die bisherigen Rechtsstreitigkeiten der Parteien gezeigt haben, in Wahrheit dem Kläger allein geht, nicht von Anfang an jeder innere Grund fehlte oder ob dieser Grund jedenfalls jetzt weggefallen ist.

3. Geht man davon aus, daß der Kläger, wie er in den Tatsacheninstanzen vortragen ließ, die Kiesvorkommen in der Sperrzone überhaupt erst erkannte und dort als erster nach dem Kriege mit der Kiesgewinnung begann, so könnte es gerechtfertigt sein, wenn er sich mit Hilfe der Nr. 11 des Pachtvertrages im Verhältnis zur Firma K[REDACTED] eine angemessene wirtschaftliche Beteiligung an der Ausbeutung dieses Gebietes sicherte. Erst recht gälte das, wenn er selbst in der Schutzzone die Kiesgewinnung betrieb und (oder) betreiben wollte. Die Klausel hätte dann die Aufgabe, dem Kläger unerwünschte Konkurrenz seitens der Firma K[REDACTED] fernzuhalten. Feststellungen sind insoweit in den Tatsacheninstanzen nicht getroffen worden.

Umgekehrt ist aber auch nicht festgestellt, ob der Kläger, wie die Beklagte behauptet, sich endgültig von der Kiesgewinnung zurückgezogen hat. Träfe dies zu, so wäre es mit Treu und Glauben jedenfalls dann nicht zu vereinbaren, daß er weiterhin von seinem vertraglichen Unterlassungsanspruch Gebrauch macht, wenn die Firma K[REDACTED] ihm nicht die Entdeckung der Kiesvorkommen in der Schutzzone verdankt. Der Unterlassungsanspruch wäre bei solcher Sachlage nach seinem ursprünglichen Zweck gegenstandslos und seine Geltendmachung diene lediglich noch dem Ziel der Bereicherung ohne Gegenleistung. Das wäre mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren.

4. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich aber weiter, daß, was das Berufungsgericht ebenfalls nicht untersucht hat, möglicherweise die Nr. 11 des

Pachtvertrages gegen § 138 BGB verstößt und deshalb nichtig ist. Das könnte dann der Fall sein, wenn die unter V 2 angeführten Rechtfertigungsgründe für diese Klausel von Anfang an nicht vorlagen, wenn die Klausel also nur dazu diente, dem Kläger ohne eigene Leistung und ohne eigenes Interesse - außer der Erzielung von Gewinn - das Druckmittel des Unterlassungsanspruches einzuräumen. Die Nr. 11 des Pachtvertrages liefere dann darauf hinaus, dem Kläger nach Art eines Vermittlers die wirtschaftliche Beteiligung an allen künftigen Kiesgewinnungen der Firma K[REDACTED] auch dann zu verschaffen, wenn er weder tatsächlich noch rechtlich zur Erlangung ausbeutungsfähigen Geländes durch die Firma K[REDACTED] beitrug. Das wäre eine jedes zulässige Maß überschreitende Beschränkung der Firma Kölbl in ihrer wirtschaftlichen Freiheit, die durch die einzige Leistung des Klägers, die Überlassung der mit dem Vertrag vom 22. Juni 1964 verpachteten Grube, nicht gerechtfertigt wäre. So gesehen schaltete die Klausel im wirtschaftlichen Ergebnis die Möglichkeit des unmittelbaren Vertragsabschlusses der Firma K[REDACTED] mit Eigentümern ausbeutungseigneter Kiesgrundstücke aus. Sie schob ohne wirtschaftlichen Rechtfertigungsgrund und nur des Gewinnes des Klägers halber diesen wie einen Vermittler dazwischen (vgl. RG Recht 1912 Nr. 1656). Darin läge ein Sittenverstoß mit der Folge der Nichtigkeit (§ 138 BGB) vor allem auch deswegen, weil nach der vom Senat gebilligten Auslegung des Berufungsgerichts (s. oben unter III) die Nr. 11 des Pachtvertrages zeitlich unbeschränkt gilt, der Unterlassungsanspruch also nicht davon abhängt, wann die Auskie-

sung der am 22. Juni 1964 gepachteten Grube endet. Eine derart langfristige Bindung so erheblicher Art ohne Gegenleistung und rechtfertigenden Zweck verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und könnte von der Rechtsordnung nicht hingenommen werden.

VI. Da dem Senat eine abschließende Entscheidung nicht möglich ist und weitere tatsächliche Feststellungen getroffen werden müssen, war der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden haben wird, weil deren Verteilung vom Ausgang der Hauptsache abhängt.

Dr. Haidinger

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann