

Verkündet
am 24. Juni 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma C- , Elektrizitäts-Aktiengesellschaft in
Ratingen, vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Direk-
tor Max H in R , Spstraße und Direktor
Erwin M in R , Spstraße ,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Helfer in Steuersachen Werner G in R ,
Am St ,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 24. Juni 1964 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Artl,
Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 14. Juni 1963 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1952 erwarb der Kläger einen Bauplatz in R [REDACTED]. Im März oder April 1954 trat er an die Beklagte mit der Anregung heran, ihm für seinen beabsichtigten Hausbau sogenannte 7c-Gelder für werksgeförderte Wohnungen zur Verfügung zu stellen. Je qm Wohnfläche forderte er je nach Lage der Wohnung eine Miete von 1,15 - 1,33 DM. Dieses Angebot lehnte die Beklagte ab; sie wollte nur einen Betrag von 1,11 - 1,12 DM je qm zugestehen, weil sie zu diesen Mietsätzen anderweit ausreichend Wohnraum für ihre Gefolgschaftsmitglieder erhalten könne. Nach einigen Monaten erklärte sich der Kläger mit den ihm von der Beklagten genannten Mietsätzen einverstanden. Am 3. Dezember 1954 schlossen die Parteien einen Werkförderungsvertrag. Danach gewährte die Beklagte dem Kläger zur Errichtung von sechs Wohnungen in seinem Neubau ein 7c-Darlehen in Höhe von 31 000 DM, das zinslos und in vierteljährlichen Teilen von 390 DM zu tilgen und hinter 97 000 DM Vorbelastungen hypothekarisch zu sichern war. Dafür erhielt sie für die sechs Wohnungen ein durch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit gesichertes Wohnungsbesetzungsrecht zugunsten ihrer Belegschaftsmitglieder auf die Dauer von mindestens 15 Jahren, längstens bis zur Darlehenszurückzahlung. Als Mieten wurden für die drei Wohnungen im Erdgeschoß je 1,08 DM und für die drei Wohnungen im ersten Obergeschoß je 1,15 DM je qm Wohnfläche festgelegt.

Unter II 11 des Vertrages heißt es:

"Der Mietzins darf den oben angegebenen Betrag nicht übersteigen. Zukünftige behördliche oder gesetzliche Aufschläge sind hierin nicht einbegriffen."

Unter Hinweis auf diesen Vertrag schloß der Kläger mit sechs Werksangehörigen der Beklagten ab 1. Juli 1955 Mietverträge ab und überließ ihnen die Wohnungen zu den vorgesehenen Mietsätzen. Von der Mehrzahl der ihm benannten Mieter erhielt der Kläger weitere zinslose Lastenausgleichsdarlehen von insgesamt 22 800 DM.

Nach dem Inkrafttreten des 1. Bundesmietengesetzes versuchte der Kläger, erstmalig mit Schreiben vom 26. Oktober 1955, eine Erhöhung der Miete auf die Kostenmiete als die preisrechtlich zulässige Miete (gestützt auf die §§ 22, 18 ff 1. BMG) zu erreichen. Laufende Verhandlungen des Klägers mit der Beklagten blieben ergebnislos.

Im April 1960 erhob der Kläger gegen die Beklagte Klage auf Feststellung, daß er berechtigt sei, von den sechs werksangehörigen Mietern der Beklagten in seinem Hause die jeden einzelnen Mieter betreffende Kostenmiete nach Maßgabe des § 18 1. BMG zu fordern. Das Landgericht wies die Klage als unzulässig ab (Urteil vom 30. Juni 1960). Dieses Urteil wurde vom Berufungsgericht - unter Bejahung des Feststellungsinteresses - aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen (Urteil vom 18. November 1960). Inzwischen hatte der Kläger sowohl den einzelnen Mietern als auch der Beklagten eine Wirtschaftlichkeitsberechnung nach der zweiten Berechnungsverordnung mit Schreiben vom 14. September 1960 zugesandt. Darin war die Kostenmiete für die Erdgeschoßwohnungen mit 1,95 DM und für die Wohnungen im ersten Obergeschoß mit 2,17 DM je qm Mietfläche errechnet.

Entsprechend stellte er den Antrag,
festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm
zu gestatten, vom 1. Oktober 1960 an für die in seinem Hause



an sechs namentlich bezeichnete Werksangehörige der Beklagten vermietete Wohnungen statt der im Vertrage vom 3. Dezember 1954 bezifferten Mietsätze (1,08 und 1,15 DM je qm) die nach Maßgabe des § 18 l. BMG errechneten Kostenmieten in der aufgrund gerichtlichen Sachverständigengutachtens zu bestimmenden Höhe, mindestens aber in folgender Höhe zu verlangen (es folgt die Angabe der Mietflächen der sechs Wohnungen und der daraus errechnete Mietzins nach den Sätzen von 1,95 und 2,17 DM je qm), hilfsweise festzustellen, daß er der Beklagten gegenüber an die in dem genannten Vertrage mit 1,08 und 1,15 DM je qm bezifferten Mietsätze vom 1. Oktober 1960 ab nicht mehr gebunden, sondern von diesem Zeitpunkt an berechtigt ist, für die betreffenden Wohnungen die nach Maßgabe des § 18 l. BMG errechnete und geforderte Kostenmiete in der den einzelnen Mieter treffenden Höhe zu beanspruchen.

Das Landgericht wies die Klage als unbegründet ab. Das Berufungsgericht änderte das landgerichtliche Urteil dahin ab:

"Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger zu gestatten, vom 1. Oktober 1960 an für die im Hause R. ... den Werksangehörigen der Beklagten vermieteten Wohnungen anstelle der im notariellen Vertrag vom 3. Dezember 1954 ... mit 1,08 DM je qm bzw. 1,15 DM bezifferten Mietsätze die nach § 18 l. BMG errechneten Kostenmieten in der den einzelnen Mieter treffenden Höhe zu verlangen. Die weitere Entscheidung über die Berufung und der Kostenausspruch ist dem Schlußurteil vorbehalten."

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt die Beklagte Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Gegen die verfahrensrechtliche Zulässigkeit der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellung bestehen unabhängig von der vom Berufungsgericht gewählten Bezeichnung seines Urteils keine Bedenken (RGZ 93, 154).

II. Das Berufungsgericht geht rechtlich bedenkenfrei davon aus, daß sich der Kläger als Vermieter, der mit einem Unternehmer einen sog. Werkförderungsvertrag abgeschlossen hat, von den darin vereinbarten Mieten unter den gleichen Voraussetzungen lösen darf, unter denen er nach §§ 18 ff 1. BMG gegenüber seinen Mietern eine Mieterhöhung verlangen kann. Daß die Feststellungsklage als solche zulässig ist, ist vom Berufungsgericht rechtskräftig entschieden. Es entspricht dies auch der Rechtsprechung des erkennenden Senats. Wie dieser ebenfalls bereits entschieden hat, braucht die vom Kläger beabsichtigte Mietzinsanhebung auch nicht grundsätzlich daran zu scheitern, daß er die Mietzinsvereinbarung erst nach dem 1. August 1953, dem Inkrafttreten der Neufassung des 1. Wohnungsbaugesetzes, getroffen hat und deshalb von vornherein rechtlich nicht gehindert gewesen wäre, eine die Kosten deckende oder sie sogar überschreitende Miete zu vereinbaren (Urteile des erkennenden Senats vom 2. Juli 1957 - VIII ZR 322/56 = NJW 1957, 1436 = WM 1957, 1223; BGHZ 31, 63; vom 20. Oktober 1959 - VIII ZR 28/59 - = NJW 1960, 386 = WM 1960, 114). Der Senat hält an der in diesen Urteilen vertretenen Auffassung auch gegenüber den von Henseler in MDR 1964, 384 neuerdings erhobenen Bedenken fest.

Im Streit ist nur noch eine Mieterhöhung ab 1. Oktober 1960. Zu diesem Zeitpunkt wirksame Erhöhungserklärungen hat der Kläger unstreitig sowohl der Beklagten als auch den einzelnen Mietern gegenüber abgegeben, so daß insoweit keine Bedenken bestehen (vgl. Henseler aaO S. 386). Das Berufungsgericht geht davon aus, eine Erhöhung der Miete sei für den Fall ihrer preisrechtlichen Zulässigkeit weder durch ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen, noch ergebe sich der Ausschluß aus den Umständen. Die Beklagte und ihre Werksangehörigen könnten sich deshalb dem Kläger gegenüber nicht auf § 19 Abs. 1 1. BMG berufen. Dem Kläger stünde danach ab 1. Oktober 1960 uneingeschränkt das Recht auf eine Anhebung der vereinbarten Miete auf die volle Kostenmiete nach § 18 1. BMG zu.

III. Die Revision greift die Ausführungen des Berufungsgerichts in vollem Umfange an.

1. Unbegründet sind ihre Rügen, soweit sie ausführt, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 157 BGB keine "Auslegung" des Vertrages vom 3. Dezember 1954 im Hinblick auf die umstrittene Bestimmung unter II 11 vorgenommen, sondern sich auf eine unzulässige "Beweislastentscheidung" zurückgezogen und sich nur auf die "mangelnde Eindeutigkeit" der Klausel berufen.

a) Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, ein ausdrücklicher Ausschluß des Mieterhöhungsrechts könne, wenn überhaupt, nur mit den Sätzen in II 11 des Vertrages erfolgt sein: "Der Mietzins darf den oben angegebenen Betrag nicht übersteigen. Zukünftige behördliche und gesetzliche Aufschläge sind hierin nicht einbegriffen." Es lehnt zwar die Meinung des Klägers ab, es handele sich um eine sog. Gleitklausel. Dem Wortlaut der Klausel entnimmt es aber im Hinblick auf ihren zweiten Satz auch keinen Ausschluß der Mieterhö-

hung. Nicht rechtsirrig ist es, wenn es zur Stützung seiner Auffassung auf die Schreiben der Beklagten vom 14. November 1955 und 25. Juni 1957 verweist, die es dahin auslegt, der Kläger habe auch spätere gesetzliche Zuschläge zur Stammiete fordern können. Daraus ergibt sich als seine Rechtsmeinung, es könne im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob der Gesetzgeber einen Vermieter unter Aufhebung oder Einschränkung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" ermächtigte, einseitig gegen den Willen seiner Mieter "fest vereinbarte Mietsätze" um bestimmte Prozentsätze "anzuheben" oder diese Miete auf die sogenannte Kostenmiete "umzustellen". Das ist nicht rechtsirrig; denn beides kommt letzten Endes auf eine allgemeine gesetzliche Mieterhöhung hinaus.

b) Seine weiteren Ausführungen: "Danach ist nicht sicher auszuschließen, daß jedenfalls höchstens die Kostenmiete als preisrechtlich zulässig statthaft sein sollte", beziehen sich auf das Ergebnis der Beweisaufnahme. Das Berufungsgericht hat den früheren Angestellten W. der Beklagten, der die Vertragsverhandlungen geführt hatte, als Zeugen gemäß Beweisbeschluß vom 27. Juni 1962 darüber vernommen, wie er dem Kläger die hier streitige Bestimmung damals gedeutet und ob dieser sich mit der damaligen Auslegung der Klausel durch den Zeugen einverstanden erklärt hat. Damit hat es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Rechnung getragen, daß, solange sich der wirkliche übereinstimmende Wille der Parteien durch eine Beweisaufnahme ermitteln läßt, für eine (freie) Auslegung kein Raum ist (Urt. vom 14. März 1956 - VI ZR 336/54 - LM BGB § 157 Gf Nr. 2; Urteile des erkennenden Senats vom 11. Juli 1958 - VIII ZR 116/57 S. 9 und vom 13. Oktober 1958 - VIII ZR 52/59 S. 8). Es liegt im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts, wenn es der Aussage des Zeugen W. nicht entnommen hat, es lasse sich ein übereinstimmender Wille der Parteien dahin feststellen,

künftige Mieterhöhungen, wie sie § 18 1. BMG durch Anhebung einer fest vereinbarten Miete mittels einseitiger Erklärung auf die Kostenmiete zulasse, sollten ausdrücklich ausgeschlossen sein.

2. a) Die Revision meint weiter, die Auslegung des Berufungsgerichts, ein gesetzlicher Aufschlag könne auch die gesetzlich zulässige Angleichung an die Kostenmiete sein, sei mit dem Wortlaut der streitigen Klausel "schlechthin unvereinbar"; denn ein gesetzlicher "Aufschlag" zu einem bestimmten Quadratmetermietbetrag könne nur eine (genau) bestimmte Erhöhung des Quadratmeterpreises, nicht aber eine völlig neu berechnete Miete sein. Sie ist ferner der Auffassung, es sei vom Berufungsgericht verkannt, daß der Vertrag nur von "zukünftigen" gesetzlichen Aufschlägen spricht. Es sei aber schon gemäß § 45 EWobG möglich gewesen, die Kostenmiete zu vereinbaren, die Vorschriften des 1. BMG hätten danach keinerlei neue Rechtslage geschaffen. Außerdem verweist die Revision auf den Wortlaut des § 1 VOPR Nr. 72/52 über einen Mietzuschlag bei Wohnraum des Althausbesitzes vom 27. September 1952 (BGBl I 648) und des § 30a EWobG i.d.F. des Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23. Juni 1960 (BGBl I 389), in denen von bestimmten Zuschlägen gesprochen ist.

b) Auch unter Berücksichtigung dieser Ausführungen und der genannten gesetzlichen Bestimmungen ist die Auslegung des Berufungsgerichts jedenfalls nicht unmöglich.

Die VO PR Nr. 72/52 betrifft Althausbesitz und der § 30a EWobG öffentlich geförderte Mietwohnungen, um die es sich hier nicht handelt. Außerdem beachtet die Revision nicht hinreichend, daß es nicht darauf ankommt, ob durch die Klausel die Angleichung an die Kostenmiete (ausdrücklich) gestattet werden sollte, sondern daß es sich darum handelt,

ob durch diese Klausel eine künftig möglich werdende Mieterhöhung auf die Kostenmiete vertraglich ausdrücklich ausgeschlossen werden sollte. Das ist vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei verneint worden. Dabei ist wegen der Frage, ob dem Verlangen nach Mieterhöhung für steuerbegünstigten Wohnraum von vornherein der Umstand entgegensteht, daß die Mietzinsvereinbarung erst nach dem Inkrafttreten der Neufassung des 1. Wohnungsbaugesetzes (1. August 1953) getroffen worden ist, auf die schon erwähnte Entscheidung des erkennenden Senats BGHZ 31, 63 zu verweisen. Dort wurde diese Frage für einen ähnlich gelagerten Fall bereits verneint.

3. Das Berufungsgericht hat jedoch seine Auffassung, auch den Umständen sei kein vereinbarter Ausschluß der Mieterhöhung zu entnehmen, nicht rechtsirrtumsfrei begründet.

a) Es sieht solche Umstände "angesichts der auch von der Beklagten nicht bestrittenen mangelnden Rentabilität" des Hausgrundstücks insbesondere nicht in der Hingabe und der Unverzinslichkeit des verhältnismäßig hohen Darlehens, den Steuervorteilen (des Klägers) nach § 7b EStG, der langen Dauer der Tilgungszeit und den Vergünstigungen infolge der Zuführung von Mietern mit Lastenausgleichsberechtigung. Es erwägt dabei, der Kläger habe bei Vertragsabschluß von der Vereinbarung einer höheren, preisrechtlich zulässigen Miete Abstand nehmen müssen, weil die Beklagte eine höhere Miete nicht habe einräumen wollen und der Kläger sich der Erwartung hingegeben habe, daß er nach Zuschußzahlungen während der fünfzehnjährigen Laufzeit des Vertrages eine Altersversorgung aus dem Hause beziehen werde. Sein Einverständnis zu der geringen Miete habe er nur notgedrungen abgegeben, weil die Ausschachtungsarbeiten schon begonnen waren und er vorher ergebnislos versucht habe, anderweit Werkförderungsdarlehen günstiger zu erhalten. Bei der gegebenen Sachlage hätte sich der Kläger

nach Meinung des Berufungsgerichts nicht auf die ihm von der Beklagten angebotenen Vertragsbestimmungen eingelassen, wenn er die Regelung im 1. BMG vorausgesehen hätte. Dabei wertet das Berufungsgericht zugunsten des Klägers, daß der langen Dauer des Werkförderungsvertrages und der zinslosen Hingabe des Darlehens besondere Vorteile der Beklagten gegenüberstünden. Als solche erwähnt es: die Einräumung einer Sicherungshypothek und einer Grunddienstbarkeit, ihr weitgehendes Mitbestimmungsrecht bei baulichen Veränderungen und bei der Auswahl der Mieter sowie ihre Vergünstigungen nach § 7c EStG.

b) Hierbei hat das Berufungsgericht zwar "die mangelnde Rentabilität des Grundstücks" erwähnt (BU 13). Damit meint es ^{aber} ersichtlich nur, die vereinbarte Miete unterschreite die (jetzige) Kostenmiete. Das ist jedoch von vornherein Voraussetzung für die Anwendung der §§ 22, 18 1. BMG. Es bleibt daneben immer gesondert zu prüfen, ob trotz fehlender Rentabilität nicht doch die Befugnis, die Miete zu erhöhen, den Umständen nach ausgeschlossen sein sollte. Als Umstände erwähnt das Berufungsgericht im Ergebnis nur solche, die jedem Werkförderungsvertrag zu eigen sind: zinsloses oder auch zinsverbilligtes Darlehen, Besetzungsrecht, Auswahl der Mieter aus dem Kreis der Arbeitnehmer des Werkförderers, Sicherstellung dieses Rechtes durch eine Grunddienstbarkeit und des Darlehens durch eine Hypothek (hier nach 97 000 DM Vorbelastung). Auch die beiderseitigen Steuervorteile des Klägers nach § 7b und der Beklagten nach § 7c EStG gleichen sich im Endergebnis aus, mögen die der Beklagten vielleicht auch (prozentual) höher sein. Die Revision rügt hier mit Recht, daß das Berufungsgericht auf die besonderen Umstände des Einzelfalles nicht eingegangen ist und vor allem eine Abwägung der wirtschaftlichen Folgen nicht vorgenommen hat. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats bedarf es bei der Prüfung, ob sich ein Ausschluß des Rechts auf Mieterhöhung aus den

Umständen ergibt, in der Regel zur Feststellung, in welchem Maße der Vermieter durch den Verlust des Rechts betroffen würde, eines Vergleichs der für die Errechnung der Vertragsmiete maßgebenden Unterlagen mit der der Kostenmiete zugrunde liegenden Wirtschaftlichkeitsberechnung (Urteil vom 20. Oktober 1959 - VIII ZR 28/59 - NJW 1960, 386). Dazu hat das Berufungsgericht nichts festgestellt. Es hat ferner nicht beachtet, daß nach § 19 Abs. 1 1. BMG das Recht des Vermieters aus § 18 1. BMG auch teilweise ("insoweit") entfallen kann. Dazu hat der erkennende Senat (Urt.v. 20. Oktober 1959 - VIII ZR 28/59 - NJW 1960, 386 = WM 1960, 114) ausgeführt: Hat ein Vermieter, um billiges Baugeld zu erhalten, etwa bewußt auf die Verzinsung seines Eigenkapitals ganz oder teilweise verzichtet, so kann das im Einzelfall ein Beweisanzeichen dafür sein, daß die Parteien, wenn sie die in Frage stehenden Vorschriften des späteren Bundesmietengesetzes in Betracht gezogen hätten, übereingekommen wären, dem Vermieter solle mindestens insoweit die Berufung auf ein Recht zur Mietzinserhöhung versagt bleiben, als eine solche Erhöhung zur Deckung der Verzinsung des Eigenkapitals dient. Die Revision verweist hierzu mit Recht darauf, daß in der Kostenmiete nach der Wirtschaftlichkeitsberechnung eine sechsprozentige Verzinsung der Eigenleistung des Klägers in Höhe von 3 843 DM und außerdem noch ein Betrag in Höhe von 450 DM jährlich an Verwaltungskosten enthalten ist, wobei der Kläger nicht dargetan hat, daß ihm solche Kosten in dieser Höhe tatsächlich entstanden. Außerdem könnte von Bedeutung sein, daß der Kläger, der unstreitig den Bauplatz im Jahre 1952 billig erworben hat, jetzt diesen in der Wirtschaftlichkeitsberechnung mit 20 DM je qm = insgesamt mit 16 840 DM bewertet und diesen Betrag, ein Mehrfaches des Erwerbspreises, ersichtlich als verzinsliche Eigenleistung zugrunde legt. Schließlich beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang auch auf die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger selbst habe mit "Zuschußzahlungen" während der 15-jährigen Laufzeit des Werkförderungsvertrages gerechnet, um dann nach

deren Ablauf (aus freier Vermietung) eine Altersversorgung zu haben. Das könnte möglicherweise den Schluß rechtfertigen, es habe dem Willen der Parteien entsprochen, solange sich diese "Zuschüsse" des Klägers noch in tragbaren Grenzen hielten, habe eine Mieterhöhung ganz oder teilweise stillschweigend ausgeschlossen werden sollen. Hinzu kommt folgendes: Der erkennende Senat hat zwar in seinem Urteil vom 20. Oktober 1959 (BGHZ 31, 63) ausgesprochen, dem Verlangen nach einer Mieterhöhung für steuerbegünstigten Wohnraum stehe nicht grundsätzlich der Umstand entgegen, daß die Mietzinsvereinbarung erst nach dem 1. August 1953 (Inkrafttreten der Neufassung des Ersten Wohnungsbaugesetzes) getroffen worden ist. In diesem Urteil hat der erkennende Senat aber gleichzeitig ausgeführt, aus dem Umstand, daß die Parteien eine geringere als die Kostenmiete vereinbart haben, lasse sich ein Beweiszeichen dafür herleiten, daß eine Anhebung der vereinbarten Miete auf die Kostenmiete nach dem Parteiwillen habe ausgeschlossen sein sollen. Dabei wird gegebenenfalls auch zu prüfen sein, ob nicht wenigstens eine volle Anhebung ausgeschlossen sein sollte, damit dem Vertragsgegner auf jeden Fall der Vorteil einer unter der Kostenmiete liegenden Mietzinsvereinbarung insoweit erhalten bleiben sollte.

4. d) Schon nach den bisherigen Ausführungen kann das Berufungsurteil nicht aufrechterhalten werden, weil sich nicht ausschließen läßt, daß das Berufungsgericht bei Berücksichtigung der Gesamtumstände und nach näherer Aufklärung des Sachverhalts in den erwähnten Richtungen zu der Feststellung gelangt wäre, die Mieterhöhung sei ganz oder teilweise stillschweigend ausgeschlossen. Diese Frage kann das Revisionsgericht nicht selbst entscheiden, weil es dazu einer weiteren tatsächlichen Würdigung nach näherer Aufklärung des Sachverhalts bedarf. Da das Urteil ohnehin der Aufhebung unterliegt, bedarf es keines Eingehens auf die weiteren Rügen der Revision.

Der Beklagten kann es vielmehr überlassen bleiben, ihr Vorbringen dazu in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu wiederholen und notfalls zu ergänzen.

IV. Die Kostenentscheidung für das Revisionsverfahren war dem Berufungsgericht zu überlassen, weil sie von der Entscheidung in der Sache selbst abhängt.

Dr. Haidinger

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

BR Dr. Messner ist erkrankt
und verhindert zu unter-
schreiben.

Dr. Haidinger