

Verkündet am 10. Juli 1963
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2234 065

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

In dem Rechtsstreit

der Witwe Anna W [REDACTED] in B [REDACTED]-Wi [REDACTED],
Ho [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Paul M e [REDACTED] in F [REDACTED] (M [REDACTED]),
Ti [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionskläger und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frank-
furt (Main) vom 19. April 1961 werden zurückge-
wiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens haben
die Klägerin 1/4, der Beklagte 3/4 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 16. Oktober 1948 "verpachtete" (richtig: vermietete) die Klägerin die auf ihrem Grundstück R. -straße Ecke Fr. -platz in H. , dessen Gebäude im Kriege stark beschädigt und ausgebrannt war, für den Betrieb eines Lichtspieltheaters im Bauplan vorgesehenen Räume auf 10 Jahre an den Beklagten. Die Wiederinstandsetzung des Theaters, mit der bereits vor der Währungsreform begonnen worden war, sollte von der Klägerin durchgeführt werden, während die Kosten für die Inneneinrichtung und die Bestuhlung des Theaters in Höhe von 33 000 DM von dem Beklagten übernommen wurden, der auch die technische Anlage einzubringen hatte. Etwaige Mehrkosten hatte ebenfalls der Beklagte zu tragen, der jedoch die Hälfte davon durch Abzug von der Miete erstattet erhalten sollte. Der Mietzins betrug für die ersten 5 Jahre des Mietverhältnisses 12 %, für die folgenden 5 Jahre 12 1/2 % des Bruttoumsatzes. Im Falle der Änderung des Vertrages durch die Preisbehörde sollte er ungültig werden.

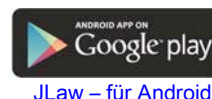
Der Beklagte beteiligte sich in der Folgezeit am Aufbau des Theaters, das am 4. August 1950 eröffnet wurde.

Da die Klägerin das Grundstück im Mai 1933 von jüdischen Voreigentümern erworben hatte, wurde gegen sie am 17. November 1948 ein Rückerstattungsverfahren in Gang gesetzt und am 23. März 1949 die Eintragung des Rückerstattungsvermerks in das Grundbuch veranlaßt. Am 14. August 1950 wurde von dem Amt für Vermögenskontrolle und Wiedergutmachung in O. (im folgenden: Amt O.) das Grundstück beschlagnahmt und die treuhänderische Verwaltung angeordnet. Zum Treuhänder wurde der Kaufmann A. bestellt. Dieser schloß mit der Beklagten am 29. August 1950 einen neuen "Pacht"- und Aufbauvertrag auf 10 Jahre,

beginnend am 4. August 1950, in dem der Zins auf 4 % des Bruttoumsatzes festgesetzt war. Ferner war in diesem Vertrage vereinbart, daß der Beklagte die von ihm für den Aufbau bezahlten, mit 45 685,18 DM bezifferten Beträge in voller Höhe durch Abzug von 500 DM monatlich vom Mietzins erstattet erhielt. Die Einrichtung einschließlich der Bestuhlung und die technische Apparatur, die vom Beklagten eingebracht wurden, sollten sein Eigentum bleiben.

Das Amt O [REDACTED], dem der Treuhänder den Vertrag vorlegte, gab ihn an das Landesamt weiter. Dieses ließ den Vertrag von der Preisüberwachungsstelle prüfen, weil der Pachtzins zu niedrig erschien. Die Preisüberwachungsstelle holte eine Stellungnahme von dem Landesverband hessischer Filmtheater ein, dessen Geschäftsführer Z [REDACTED] den vereinbarten Pachtzins als keineswegs zu niedrig erklärte. Die Preisüberwachungsstelle bezeichnete darauf den Pachtzins als angemessen. Das Landesamt, dem damals auch der Vertrag der Parteien vom 16. Oktober 1948 vorlag, genehmigte sodann den Vertrag vom 29. August 1950 am 19. April 1951.

Anstelle von A [REDACTED] wurde später der Rechtsanwalt Dr. Ro [REDACTED] zum Treuhänder bestellt. Dieser war der Ansicht, daß der Beklagte zur Zahlung eines höheren Entgelts als des im Vertrage vom 29. August 1950 vereinbarten verpflichtet sei, und nahm in einem Vorprozeß den Beklagten auf Zahlung eines Teilbetrages von 6050 DM in Anspruch. Nachdem die Klägerin sich mit dem Rückerstattungsberechtigten verglichen hatte und die Sperre sowie die Treuhandverwaltung aufgehoben worden waren, trat die Klägerin anstelle des Treuhänders in diesen Rechtsstreit ein.



Die Klage hatte in allen Rechtszügen Erfolg (Urteil des erkennenden Senats vom 16. Dezember 1958 - VIII ZR 142/57 -).

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin Auskunft über die ab August 1950 erzielten Monatsbruttoumsätze des Beklagten und Zahlung eines weiteren Mietzinses von 52 248,58 DM nebst Zinsen verlangt, das sind 8 % des vom Beklagten angegebenen Bruttoumsatzes für die Zeit von Januar 1954 bis Februar 1956 und von August 1958 bis Februar 1959. Die hier geforderten Beträge sind nicht Gegenstand des gleichzeitig entschiedenen Rechtsstreits zwischen den Parteien 2/3 O 26/57 LG Frankfurt am Main = 7 U 3/59 OLG Frankfurt am Main = VIII ZR 177/61 BGH.

Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs hat das Landgericht gegen den Beklagten Anerkenntnisteilurteil erlassen. In seinem Schlußurteil hat es dem Zahlungsanspruch in Höhe von 37 374,40 DM nebst Zinsen stattgegeben, die weitergehende Klage jedoch abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung der Klägerin gegen dieses Urteil zurückgewiesen.

Die Klägerin erstrebt mit ihrer Revision die Verurteilung des Beklagten, soweit die Klage abgewiesen worden ist, der Beklagte mit seiner Revision die vollständige Abweisung des Zahlungsanspruchs. Außerdem beantragen beide Parteien die Zurückweisung der von der anderen Partei eingelegten Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision des Beklagten ist nicht begründet.

1. Entsprechend seiner von dem erkennenden Senat in dem Vorprozeß gebilligten Auffassung ist das Berufungsgericht wiederum zu dem Ergebnis gekommen, daß die Klägerin mit Recht wegen eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens des Beklagten von dem Pachtvertrag (richtig: Mietvertrag) vom 29. August 1950 (im folgenden: zweiter Vertrag), in den die Klägerin nach Aufhebung der Vermögenssperre anstelle des Treuhänders eingetreten war, zurückgetreten sei. Dagegen berufe sich der Beklagte zu Unrecht darauf, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß er auf Grund eines vorangegangenen Treubruchs der Klägerin berechtigt gewesen sei, von dem Vertrag vom 16. Oktober 1948 (im folgenden: erster Vertrag) zurückzutreten und den zweiten Vertrag mit dem Treuhänder abzuschließen. Der von dem Beklagten der Klägerin gemachte Vorwurf, sie habe ihn im Unklaren darüber gelassen, daß das Pachtobjekt als ehemals jüdischer Besitz der Vermögenskontrolle unterliege, sei nämlich nicht gerechtfertigt. Der Beklagte sei vielmehr seit längerer Zeit von der Gefahr einer Rückerstattung des Pachtobjekts an den Voreigentümer unterrichtet gewesen, wie sich aus der Antwort des Beklagten vom 9. Januar 1950 auf das Schreiben des Sohnes der Klägerin vom 7. Januar 1950 ergebe.

a) Die Revision rügt den Vortrag des Beklagten als übergangen, er sei der Auffassung gewesen, daß die Rückerstattungsansprüche nur wegen der Beendigung des Pachtvertrages geltend gemacht würden, nicht aber wegen des Grundstücks selbst. Auch sein Steuerberater Dr. Sch[REDACTED] sei derselben Auffassung gewesen.

Bei diesem Vorbringen übersieht die Revision, daß es rechtlich darauf ankommt, ob der Klägerin ein Treubruch zur Last fällt, der den Beklagten zum Rücktritt von dem ersten Vertrag berechtigte. Es ist also nicht entscheidend, ob der Beklagte die Sachlage falsch beurteilt hat, sondern es ist zu prüfen, ob diese unrichtige Beurteilung auf treuwidriges Verhalten der Klägerin zurückzuführen ist. Hierfür ergeben sich jedoch aus dem von der Revision als übergangen gerügten Vorbringen des Beklagten keine Anhaltspunkte. Überdies ist das Berufungsgericht ersichtlich und ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß der erwähnte Vortrag des Beklagten nicht richtig ist. Nach seinem Schreiben vom 9. Januar 1950, auf welches das Berufungsgericht ausdrücklich verwiesen hat, ist die "liebe Konkurrenz gerade noch in letzter Zeit mit dieser Parole hausieren gegangen" (gemeint sind die gegen die Klägerin erhobenen Rückerstattungsansprüche). Der Beklagte hatte also nicht nur aus dem Schreiben des Sohnes der Klägerin vom 7. Januar 1950, in dem von Rückerstattungsansprüchen der früheren Kinobesitzer (also nicht Mieter oder Pächter) St. [REDACTED] und Ru. [REDACTED] die Rede war, sondern auch durch die ihm bekannt gewordenen in H. [REDACTED] umlaufenden Nachrichten davon volle Kenntnis, so ist das Urteil zu verstehen, daß ein Rückerstattungsanspruch wegen des Grundstücks gestellt war. Diese Feststellung kann der Beklagte nicht mit der nicht einmal unter Beweis gestellten Behauptung ausräumen, er habe geglaubt, daß ein Rückerstattungsanspruch lediglich wegen Beendigung des Pachtvertrages erhoben worden sei. Welche Auffassung der Steuerberater des Beklagten vertreten hat, ist vollends ohne Bedeutung, zumal nicht einmal vorgetragen ist, daß der Steuerberater den Beklagten damals über seine Ansicht unterrichtet hat.

Es kommt hinzu, daß es im Falle der Durchführung der Rückerstattung für den Beklagten kaum einen Unterschied gemacht hätte, ob das Grundstück oder nur das Pachtverhältnis zurückerstattet wurde. In beiden Fällen hätte er, wenn die Klägerin oder er selbst sich mit den Rückerstattungsberechtigten nicht einigen konnte, das Lichtspieltheater nicht betreiben können und wäre auf Bereicherungsansprüche gegen die Berechtigten sowie Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin und ihren Sohn angewiesen gewesen. Die Schwierigkeiten, die der Beklagte durch eine Rückerstattung zu befürchten hatte, wären also in beiden Fällen annähernd dieselben gewesen.

b) Zu Unrecht vermißt die Revision ein Eingehen des Berufungsgerichts auf den Vortrag des Beklagten, das Verhalten der Klägerin sei insofern zu beanstanden, als es den Eindruck erweckt habe, das Rückerstattungsverfahren bedeute überhaupt keine Gefahr. Diese Rüge geht daran vorbei, daß das Schreiben vom 7. Januar 1950 lediglich die Mitteilung enthält, die bisherigen Interessenvertreter der Rückerstattungsberechtigten hätten deren Vertretung niedergelegt. Daraus zieht der Sohn der Klägerin den Schluß, daß sie die Chancen der Rückerstattungsberechtigten für aussichtslos hielten, "wie wir dies ja bereits seit langem wissen". Aus dieser Wendung ergibt sich zwar, daß der Sohn der Klägerin das Rückerstattungsbegehren nicht für erfolgsversprechend hielt. Aus dem Schreiben geht jedoch nicht hervor, daß der Sohn der Klägerin dem Beklagten die Verhältnisse falsch dargestellt oder wesentliche Einzelheiten verschwiegen hätte. Die Behauptung, daß die Ansprüche der Rückerstattungsberechtigten bereits endgültig abgelehnt worden seien, enthält das Schreiben nicht. Es mag der Revision zugegeben werden, daß die Beurteilung der durch die Rückerstattungsansprüche dro-

henden Gefahr durch den Sohn der Klägerin rückschauend betrachtet allzu optimistisch gewesen ist. Daraus ergibt sich aber noch nicht, daß die Klägerin treuwidrig gehandelt hat. Zudem ist die Rückerstattung tatsächlich abgewendet worden, ohne daß dem Beklagten durch das Verfahren irgendwelche Nachteile entstanden sind. Der Beklagte kann mithin nicht nachträglich die Einleitung des Rückerstattungsverfahrens zum Anlaß nehmen, um von dem ersten Vertrage zurückzutreten.

c) Aus dem Schreiben des Sohnes der Klägerin vom 20. Januar 1950 an das Amt O [REDACTED] ist entgegen der Darstellung der Revision nicht zu entnehmen, daß dieser die Befürchtung gehegt hat, der Kinobau werde möglicherweise behördlich nicht genehmigt werden. Zudem war das Lichtspieltheater in diesem Zeitpunkt mit den erforderlichen behördlichen Genehmigungen schon weitgehend wieder hergestellt, so daß kein Anlaß zu der Befürchtung vorlag, eine etwa weiter erforderliche Genehmigung werde nicht erteilt werden. Durch die Unterlassung der Mitteilung etwa bestehender Bedenken auf Seiten des Sohnes der Klägerin ist dem Beklagten überdies keinerlei Nachteil entstanden, weil behördliche Genehmigungen nicht versagt sind.

2. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der erste Vertrag als solcher bereits ein besonderes, rechtlich relevantes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien begründet habe. Es meint, jedenfalls seien die Parteien infolge ihrer langen einträchtigen Aufbautätigkeit, durch die das Pachtobjekt im beiderseitigen Interesse überhaupt erst nutzbar gemacht worden sei, derart miteinander verbunden gewesen, daß ihnen bezüglich

aller mit der Bewältigung dieser schwierigen und kostspieligen Aufgabe zusammenhängenden Angelegenheiten eine Verpflichtung zu gegenseitiger Treue und Aufrichtigkeit erwachsen sei. Der Beklagte sei danach gehalten gewesen, auf die berechtigten Interessen der Klägerin in einer Treu und Glauben entsprechenden Weise Rücksicht zu nehmen.

Gegen die der Klägerin gegenüber bestehende Treupflicht habe der Beklagte, so fährt das Berufungsgericht fort, dadurch verstoßen, daß er bei der Aufstellung der beiderseitigen Aufwendungen in dem Anhang zum zweiten Pachtvertrag große Teile der ihm bekannten Aufbaukosten der Klägerin nicht erwähnt und daß er der Wahrheit zuwider gegenüber dem Amt Offenbach behauptet habe, er habe den größten Teil des Wiederaufbaues selbst besorgt, sowie dadurch, daß er der Klägerin von dem Abschluß des zweiten Pachtvertrages und der Anordnung der Treuhänderschaft keinerlei Nachricht gegeben und die bis dahin rege Korrespondenz mit ihr so gut wie abgebrochen habe.

Dieser Verstoß des Beklagten gegen seine Treupflicht wiege so schwer, daß die Klägerin berechtigt gewesen sei, von dem zweiten Vertrag in analoger Anwendung der §§ 325, 326 BGB zurückzutreten. Die Erklärung des Rücktritts sei in der durch den damaligen Treuhänder erhobenen Klage im Vorprozeß zu erblicken.

3. Ob die Angriffe, die von der Revision des Beklagten gegen die wiedergegebenen Darlegungen des Berufungsgerichts erhoben werden, Erfolg haben müßten, kann dahingestellt bleiben, denn die Klage ist in dem Umfange, in dem ihr das Berufungsgericht entsprochen hat, bereits aus einem anderen Grunde gerechtfertigt. Selbst wenn der Revision darin zu folgen wäre, daß der Beklagte nach

der Stellung des Grundstücks unter Treuhandschaft bei der Aushandlung des zweiten Vertrages mit dem Treuhänder keine unrichtigen Angaben zum Nachteil der Klägerin gemacht habe und zur weiteren Benachrichtigung der Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, so handelte er doch dadurch rechtsmißbräuchlich, daß er sich im Verhältnis zu der Klägerin auf den ihn begünstigenden und die Klägerin benachteiligenden zweiten Vertrag, den er mit dem Treuhänder abgeschlossen hatte, berief und die Mietzinsvereinbarung dieses Vertrages zur Grundlage seiner Leistungen an die Klägerin machen wollte. Nachdem das Rückerstattungsverfahren mit einem Vergleich beendet hatte, welcher der Klägerin das Grundstück einschließlich der während der Zeit der Treuhandschaft gezogenen Nutzungen beließ, verstieß er gegen seine der Klägerin gegenüber bestehende Treupflicht, die das Berufungsgericht mit Recht aus dem langen gemeinsam durchgeführten Wiederaufbau des Lichtspieltheaters herleitet, wenn er auch nach der Entsperrung des Grundstücks die Klägerin an dem mit dem Treuhänder vereinbarten niedrigen Zins festhalten wollte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wußte der Beklagte, daß die Klägerin das gegen sie eingeleitete Rückerstattungsbegehren für unbegründet hielt und sich dagegen mit aller Energie verteidigte. Er mußte deshalb auch die Möglichkeit in Rechnung stellen, daß die Klägerin das Grundstück behalten würde. Dem Beklagten war aus den dem ersten Vertrag vorausgegangenen Verhandlungen ferner bekannt, daß die Klägerin unter allen Umständen den von ihr für angemessen gehaltenen Zins von 12 % des Umsatzes erzielen wollte. Deshalb war im ersten Vertrag sogar die zulässige Vereinbarung aufgenommen worden, der Vertrag sollte ungültig sein, falls er von der Preisbehörde geändert wurde (vgl. BGH Urt. v. 3. Juni 1953 - VI ZR 234/52 - IM BGR

§ 134 Nr.8). Bei dieser Sachlage war der Beklagte mit Rücksicht auf die ihm der Klägerin gegenüber obliegende Treupflicht gehalten, sie nach der Entsperrung nicht mit einem Betrage abzuspeisen, der kein echtes Äquivalent für die Leistungen darstellte, die die Klägerin ihm gegenüber erbrachte. Er durfte von der Klägerin umso weniger verlangen, daß sie sich an dem Mietzins festhalten ließ, der in dem mit dem Treuhänder abgeschlossenen zweiten Vertrage vereinbart war, als dem Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht verborgen geblieben war, daß dieser Vertrag ihn ungewöhnlich begünstigte und eine objektiv nicht gerechtfertigte, viel zu niedrige Miete enthielt. Auch wenn der Beklagte, wie er vorgebracht hat, ohne Verschulden den Erlaß des Hessischen Wirtschaftsministeriums vom 30. September 1947 (PR. I/W 3 - 1 zu 3592/47) zur Zeit des Abschlusses des zweiten Vertrages noch für anwendbar gehalten haben sollte, so wäre in seinem Falle damals eine Umsatzmiete von 3 bis 6 % je nach Größe und Lage des Filmtheaters zulässig gewesen. Wie die von der Revision insoweit nicht angegriffenen Darlegungen in dem von dem Vorstandsmitglied Dr. L. [REDACTED] unter Mitarbeit des Prokuristen T. [REDACTED] verfaßten Gutachten der Deutschen Revisions- und Treuhand-Aktiengesellschaft ergeben, dem das Berufungsgericht sich angeschlossen hat, ist die Lage des Lichtspieltheaters am Fr. [REDACTED] platz in H. [REDACTED] außerordentlich günstig. Außerdem hat das Theater eine besonders vorteilhafte Betriebsgröße. Deshalb wäre damals nach Auffassung der Sachverständigen auch bei Berücksichtigung des erwähnten Erlasses jedenfalls ein Mietzins von 6 % des Umsatzes zugelassen worden. Der Beklagte war jahrelang bei der Film-Control-Branch in F. [REDACTED] a.M. [REDACTED] tätig und ist unstreitig ein erstklassiger Fachmann auf dem Gebiet der Filmwirtschaft. Es ist des-

halb ausgeschlossen, daß der Beklagte sich über die Bedeutung der den Mietwert des Lichtspieltheaters der Klägerin erhöhenden Umstände im Unklaren gewesen ist. Er hat daher auch erkannt, daß er nach dem zweiten Verträge sogar weniger zu zahlen hatte, als selbst bei Anwendung des erwähnten Erlasses zulässig gewesen wäre. Daran ändert auch nichts, daß die von dem Geschäftsführer Z [REDACTED] des Landesverbandes Hessischer Filmtheater für die Preisüberwachungsstelle verfaßte Stellungnahme vom 8. Februar 1951 eine Miete von 4 % des Umsatzes als keinesfalls zu niedrig bezeichnete. Einmal handelt es sich bei Z [REDACTED] um den Geschäftsführer der eigenen Interessenvertretung des Beklagten, außerdem sind von ihm die nach dem angeführten Erlaß für die Bemessung der Höhe des Mietzinses innerhalb der Spanne von 3 bis 6 % maßgebenden Gesichtspunkte, nämlich die Größe und die Lage des Kinos, in der "Stellungnahme" überhaupt nicht erwähnt worden. Die gegen diese Stellungnahme sprechenden Bedenken sind dem Beklagten sicher nicht verborgen geblieben.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt einmal, daß der Beklagte zu Lasten der Klägerin sehr erheblich begünstigt sein würde, wenn er sich ihr gegenüber auf die Mietzinsabrede in dem zweiten Verträge berufen dürfte, den er nur deshalb erlangt hat, weil die Klägerin damals von der Verwaltung ihres Grundstücks ausgeschlossen war und der Treuhänder sowie die Ämter, die mit der Genehmigung des Vertrages befaßt waren und bei denen sich der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts selbst um die Durchsetzung des zweiten Vertrages bemüht hatte, offenbar nicht die erforderliche Sachkunde besaßen, wie der Beklagte als Fachmann erkannt hatte. Aus ihnen folgt weiter, daß der Beklagte wider Treu und Glau-

ben verstoßen würde, wenn er eine solche Lage ohne Rücksicht auf die ihm gegenüber der Klägerin obliegende Treupflicht ausnutzen wollte. Der Beklagte darf deshalb die Klägerin an der in dem zweiten Verträge enthaltenen Mietzinsvereinbarung nicht festhalten. Daraus läßt sich allerdings nicht herleiten, daß die Mietzinsvereinbarung aus dem ersten Verträge wieder zwischen den Parteien Geltung erhalten hätte; denn der erste Vertrag war jedenfalls durch den Abschluß des zweiten Vertrages aufgehoben worden und kann - auch nicht teilweise - deshalb wieder wirksam werden, weil der Beklagte sich im Verhältnis zur Klägerin auf die Bestimmung über die Höhe des Mietzinses im zweiten Verträge nicht berufen kann. Der Beklagte muß sich vielmehr so behandeln lassen, als ob eine wirksame Mietzinsvereinbarung nicht getroffen ist, er muß also den objektiv angemessenen Mietzins als Nutzungsentschädigung an die Klägerin leisten.

Als diesen Mietzins hat das Berufungsgericht einen Satz von 10 % des Umsatzes für die ganze Zeit der Nutzung der Kinoräume durch den Beklagten eingesetzt. Es ist insoweit dem nach seiner Auffassung überzeugend begründeten Gutachten der Sachverständigen Dr. L. [REDACTED] und T. [REDACTED] gefolgt, das durch die Gutachten des Geschäftsführers Z. [REDACTED] und des Architekten Ste. [REDACTED] nicht entkräftet werde.

Die von der Revision gegen das Gutachten Dr. Liebig und T. [REDACTED] geäußerten Bedenken können ihr nicht zum Erfolge verhelfen. Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, ist es bei der Ermittlung der objektiv angemessenen Miete ohne Bedeutung, ob zur Zeit des Abschlusses des zweiten Vertrages in den in Frage kommenden Kreisen

bestehende Vorstellungen über behördlich zugelassene Mieten... Einfluß auf die Bildung des Mietzinses gehabt haben. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob Dr. Liebig es unterlassen hat, einen etwa bestehenden Preisstop zu beachten, auf den sich die Revision beruft. Maßgebend ist vielmehr allein der objektiv angemessene Mietzins. Diesen zu ermitteln haben sich die Sachverständigen zum Ziel gesetzt. Sie haben also die ihnen gestellte Aufgabe richtig erkannt, und das Berufungsgericht hat eine ausschließlich ihm als Tatrichter zustehende Entscheidung getroffen, wenn es sich von dem Gutachten überzeugen ließ und ihm folgte. Mit dem Vorbringen, die Sachverständigen seien ungeeignet gewesen, kann die Revision nicht gehört werden. Das Berufungsgericht war jedenfalls von ihrer Sachkunde überzeugt, ohne daß ihm bei dieser Wertung ein Rechtsfehler unterlaufen ist.

Die Revision des Beklagten muß daher auch dann, wenn der Begründung des Berufungsgerichts nicht gefolgt worden könnte, in vollem Umfange zurückgewiesen werden.

II. Auch die Revision der Klägerin, mit der sie Zuerkennung von weiteren 2 % des Umsatzes für die Zeit von Januar 1954 bis Februar 1956 und von August 1958 bis Februar 1959 erstrebt, kann keinen Erfolg haben.

Dieses Ergebnis bedarf keiner weiteren Rechtfertigung, wenn von der in I gegebenen Begründung für die Zurückweisung der Revision des Beklagten ausgegangen wird. Kann nämlich die Klägerin lediglich den objektiv angemessenen Mietzins verlangen, so stehen ihr nur 10 % des Umsatzes zu, da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der objektiv angemessene Mietzins nicht höher ist.

Das Ergebnis ist jedoch auch dann kein anderes, wenn mit dem Berufungsgericht angenommen wird, die Klägerin sei zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt gewesen. In diesem Falle gilt folgendes:

1. Die im Berufungsrechtszuge von der Klägerin vertretene Auffassung, der erste Vertrag habe nach Aufhebung der Vermögenskontrolle rückwirkend volle Wirksamkeit erlangt und sie könne aus diesem Grunde 12 % vom Umsatz als Miete beanspruchen, ist zwar von der Revision der Klägerin in der mündlichen Verhandlung wiederholt worden, während die schriftliche Revisionsbegründung auf sie nicht zurückgekommen war. Sie ist jedoch nicht richtig.

Das Berufungsgericht hat den ersten Vertrag als zu keiner Zeit voll wirksam angesehen und angenommen, er sei infolge der Genehmigung des zweiten Vertrages durch das Landesamt für Vermögenskontrolle und Wiedergutmachung endgültig unwirksam geworden. Diese rechtliche Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Jedenfalls nach Einleitung des Rückerstattungsverfahrens und nach der Stellung des Grundstücks unter Treuhandschaft war für den ersten Vertrag gemäß Artikel II Absatz 3 a MRG 52 die Genehmigung des Amtes für Vermögenskontrolle und Wiedergutmachung erforderlich, da das Grundstück, auf dem sich das Kinogebäude befand, nach dem 30. Januar 1933 von jüdischen Voreigentümern an die Klägerin veräußert worden war und es deshalb der Kontrolle gemäß Art. I Abs. 2 MRG 52 unterlag. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht angenommen hat, durch die Genehmigung des zweiten Vertrages sei zugleich die Genehmigung des ersten Vertrages versagt worden, weil das Landesamt zur Zeit der Genehmigung des zweiten Vertrages von

dem ersten Vertrage Kenntnis hatte und der von ihm vorgenommene Verwaltungsakt nur dahin verstanden werden konnte, die Genehmigung für den zweiten Vertrag werde erteilt, für den ersten dagegen gleichzeitig abgelehnt. Diese Würdigung ist rechtsfehlerfrei. Wenn eine zur Entscheidung über die Genehmigung berufene Behörde zwei sich auf denselben Gegenstand beziehende Verträge vorliegen hat, deren Inhalt miteinander in Widerspruch steht und von denen nur entweder der eine oder der andere durchgeführt werden kann, so wird in der Erteilung der Genehmigung für den einen Vertrag regelmäßig deren Versagung für den anderen Vertrag liegen, ohne daß es hierüber jedenfalls dann eines besonderen Bescheides bedarf, wenn es sich um Verträge zwischen denselben Parteien handelt, wie es hier der Fall war. Der Treuhänder hat nämlich den zweiten Vertrag auf Grund der ihm eingeräumten Befugnis als Verwalter des kontrollierten Vermögens (vgl. BGHZ 24, 393, 396) für den in Wahrheit Berechtigten geschlossen. Das war hier die Klägerin, die auf Grund des Rückerstattungsvergleichs ihre Stellung als Rechtsträgerin behalten hatte. Vertragsparteien waren daher bei beiden Verträgen die Parteien dieses Rechtsstreits. Unter diesen Umständen unterliegt es keinen Bedenken, daß das Berufungsgericht den ersten Vertrag als infolge Versagung der Genehmigung endgültig unwirksam geworden ansieht.

2. Die Revision der Klägerin sucht in erster Linie ihre Forderung auf insgesamt 12 % des Umsatzes als Anspruch auf Herausgabe der vom Beklagten gezogenen Nutzungen zu rechtfertigen. Ein solcher Anspruch - er könnte, wie die Revision nicht verkennt, nur aus §§ 987 ff BGB, nicht aber aus § 818 Abs.1 BGB hergeleitet werden, weil die §§ 987 ff BGB eine erschöpfende und der Vorschrift des § 818 Abs.1 BGB

vorgehende Sonderregelung enthalten (BGB RGRK 11. Aufl. § 818 Anm. 11) - steht indes der Klägerin nicht zu. Es bedarf hierbei keiner Entscheidung der bisher von verschiedenen Senaten des Bundesgerichtshofs nicht ganz einheitlich beantworteten Frage, ob sich die Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen auch auf den Gewinn aus einem Gewerbebetrieb erstreckt (vgl. dazu einerseits BGHZ 7, 208, 217 und das nichtveröffentlichte BGH-Urt. v. 11. März 1954 - IV ZR 210/52 - andererseits BGH-Urt. v. 3. März 1954 - VI ZR 256/52 - LM BGB § 987 Nr. 3 und v. 3. November 1955 - II ZR 261/54 - LM BGB § 818 Abs. 2 Nr. 7). Der Beklagte hat nämlich von der Klägerin keinen eingerichteten Lichtspieltheaterbetrieb, sondern nur leere Räume erhalten, die der Beklagte selbst für den Betrieb eines Kinos ausgestattet und mit der nötigen technischen Einrichtung versehen hat. Der Wert der Nutzung eines leeren Raumes ist jedoch gleichzusetzen mit dem Mietvertrag, der aus ihm zu erzielen ist, nicht dagegen gehören dazu die Ertragnisse eines in ihm geführten gewerblichen Betriebs. Nichts anderes besagt auch die von der Revision erwähnte Entscheidung BGHZ 32, 76, 96, 97, auf die sich die Revision für ihren Standpunkt zu Unrecht beruft. In dem erwähnten Urteil, das sich mit dem Ersatz von Nutzungen befaßt, die aus Schwimmdocks gezogen sind, wird ausdrücklich unterschieden zwischen den vereinnahmten Dockgebühren, die herauszugeben sind, und dem Gewinn aus dem Betriebe, in dem die Docks verwendet worden sind, der nicht herausverlangt werden kann, weil dieser Gewinn nicht zu den Nutzungen gehört. Unter diesen Begriff fallen vielmehr nur die Vorteile, die der Gebrauch der Docks gewährt hat und die sich regelmäßig mit dem Miet- oder Pachtwert der Sache decken, der durch Sachverständige festgestellt werden kann. Diese aus dem erwähnten Urteil

zu entnehmenden Grundsätze, an denen der erkennende Senat festhält, hat das Berufungsgericht beachtet, so daß der Angriff der Revision fehl geht.

3. Einen weiteren Rechtsfehler möchte die Revision der Klägerin darin sehen, daß das Berufungsgericht dahingestellt gelassen hat, ob der Klägerin gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch wegen sittenwidriger Schadenszufügung zustehe. Diese Rüge ist ebenfalls unbegründet. Das Berufungsgericht brauchte nicht zu prüfen, ob die Klägerin nach § 826 BGB oder deshalb, weil ihr durch die Verletzung der Treupflicht seitens des Beklagten ein zusätzlicher Schaden zugefügt war, den sie trotz des von ihr erklärten Rücktritts hätte geltend machen können (vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 5. Aufl. Bd. I § 25 a S. 280), von dem Beklagten Schadensersatz verlangen könnte; denn es hat nicht die Überzeugung gewinnen können, daß die Klägerin ohne das Verhalten des Beklagten einen über 10 % des Umsatzes hinausgehenden Mietzins erzielt hätte. In jener Zeit, so führt das Berufungsgericht aus, sei die preisrechtliche Lage recht unsicher gewesen; denn die beteiligten Kreise hätten noch unter dem Eindruck der in dem Runderlaß 29/47 enthaltenen Höchstpreisbestimmungen gestanden, die entsprechende Nachwirkungen gezeitigt hätten. Diese Erwägungen lassen einen sachlichen Rechtsirrtum nicht erkennen. Ist ein Schaden überhaupt nicht dargetan, so erübrigt sich die Prüfung, ob Schadensersatzansprüche bestehen.

a) Der Erörterung der von der Revision der Klägerin in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen ist der Hinweis vorzuschicken, daß insoweit für das Berufungsgericht die Beweiserleichterung des § 287 ZPO galt. Zwischen den Parteien war streitig, ob ein Schaden entstan-

den ist. Über diese Frage hat das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden, und es bleibt dabei seinem Ermessen überlassen, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme anzuordnen ist. Allerdings darf das Gericht bei dieser in sein Ermessen gestellten Entscheidung nicht willkürlich verfahren, und es muß deshalb aus der Begründung eines Urteils ersichtlich sein, welche Erwägungen im einzelnen es zu seiner Entscheidung veranlaßt haben, damit geprüft werden kann, ob es die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen berücksichtigt hat und seine Würdigung nicht offenbar unsachlich ist.

b) Werden diese der Nachprüfung gesetzten Grenzen beachtet, so können die von der Revision der Klägerin erhobenen Rügen ihr nicht zum Erfolg verhelfen.

Ihre Annahme, daß das Berufungsgericht den ersten Vertrag und den in ihm vereinbarten Mietzins übersehen haben könnte, verbietet sich schon deshalb, weil das Berufungsgericht diesen Vertrag im Tatbestand und den Entscheidungsgründen seines Urteils mehrfach erwähnt hat. Dasselbe gilt auch für die im Tatbestand des Berufungsurteils mitgeteilte unstreitige Tatsache, daß J. in der ganzen Zeit von 1953 bis zur Zerstörung des Kinogebäudes 12 % des Bruttoumsatzes gezahlt hat. Diese Umstände zwangen das Berufungsgericht indes nicht dazu, die Feststellung zu treffen, daß die Klägerin in der hier in Frage stehenden Zeit mehr als den der Klägerin zugebilligten Betrag von 10 % vom Umsatz hätte erzielen können. Die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen schließen es auch aus, ihm Willkür oder Unsachlichkeit vorzuwerfen.

Zur Erhebung der von der Klägerin angetretenen Beweise war das Berufungsgericht nach § 287 ZPO nicht ver-

pflichtet. Außerdem hatte sich die Klägerin auf Urkunden bezogen, die sie selbst in Händen hatte, so daß sie den Beweis durch deren Vorlegung hätte antreten müssen (§ 420 ZPO). Das ist indes nicht geschehen. Die Rüge der Übergehung von Beweisanträgen muß deshalb ebenfalls scheitern.

4. Die Revision der Klägerin vertritt schließlich die Auffassung, daß auch bei Zugrundelegung des Standpunkts des Berufungsgerichts, das der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung eine Nutzungsentschädigung in Höhe der angemessenen Miete zugebilligt hat, ein Anspruch der Klägerin auf 12 % des Umsatzes gerechtfertigt sei.

a) Sie beruft sich darauf, daß der Beklagte sich geweigert habe, seine Steuerbilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen für die Jahre 1950 bis 1957 vorzulegen. Diese Weigerung des Beklagten war jedoch berechtigt, denn er war zu der Erfüllung der ihm gemachten Auflagen nicht verpflichtet. Nach den vorstehenden Darlegungen braucht der Beklagte die von ihm durch den Betrieb des Lichtspieltheaters erzielten Gewinne an die Klägerin nicht herauszugeben. Er ist daher auch nicht zur Auskunfterteilung hierüber verpflichtet. Die Klägerin könnte als Nutzungsentschädigung auf Grund der Bereicherungshaftung des Beklagten nur den objektiven Mietwert des Gebäudes ersetzt verlangen, der nicht von den durch den Betrieb des Kinos in dem Gebäude erzielten Gewinnen abhängt. Der Sachverständige benötigte deshalb keine Jahresabschlußbilanzen, um sein Gutachten erstatten zu können. Daß ihm diese bei der Erstattung des Gutachtens nicht vorlagen, belastet die Klägerin daher nicht.

b) Die Behauptung der Klägerin, sie habe das Lichtspieltheater jederzeit zu 12 % des Umsatzes nebst Investitionszuschuß verpachten können, hat das Berufungsgericht

ersichtlich auch in diesem Zusammenhang nicht übersehen. Allerdings hat es sich nicht von der Richtigkeit dieser Behauptung überzeugen können und sie daher seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt. Hierin liegt entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin kein Rechtsfehler. Es handelt sich vielmehr um eine dem Tatrichter obliegende Ermessensentscheidung, die für den erkennenden Senat bindend ist.

Deshalb muß auch die Revision der Klägerin zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Dr.Haidinger Dr.Gelhaar Dr.Mezger Dr.Messner Mormann