

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 208/63

URTEIL

Verkündet am

7. Juli 1965
 Mückenhausen,
 Justizangestellte
 als Urkundsbeamter
 der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) des Kaufmanns Bernhard D. [REDACTED] in Mi [REDACTED]-S [REDACTED],
 Ho [REDACTED] Straße [REDACTED],
- 2) dessen Ehefrau Eugenie D. [REDACTED] geb. M. [REDACTED], ebenda,
 Beklagten und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

- 1) Frl. Emilie Z. [REDACTED] in Sa [REDACTED], Sche [REDACTED] Straße [REDACTED],
 - 2) die Ehefrau Hermine K. [REDACTED] geb. W. [REDACTED] in Sche [REDACTED]-S [REDACTED],
 Ka [REDACTED]straße, Zum St [REDACTED] Sch [REDACTED],
 - 3) die Ehefrau Gertrud C. [REDACTED] geb. W. [REDACTED] in Sa [REDACTED],
 Sche [REDACTED] Straße [REDACTED],
- Klägerinnen und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 5. Juli 1963 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin zu 1 und Frau Hermine W., die von den Klägerinnen zu 2 und 3 beerbt worden ist, bestellten als Eigentümerinnen der im Grundbuch von St. J. Bd. Bl. eingetragenen Grundstücke Flur Parzellen (Wohn- und Geschäftshaus) und durch notariellen Vertrag vom 1948 für die Beklagten an diesem Grundbesitz ein Erbbaurecht auf die Dauer von 30 Jahren, beginnend mit dem 1948. Die Beklagten verpflichteten sich in einem weiteren notariellen Vertrag vom 1948, ein Drittel der Nettomieten an die Eigentümerinnen abzuführen.

Die Beträge sollten auf den vereinbarten Erbbauzins angerechnet werden.

In einem privatschriftlichen Vertrag vom [REDACTED]. [REDACTED] 1948 verpachteten die Klägerin zu 1 und die Rechtsvorgängerin der Klägerinnen zu 2 und 3 denselben Grundbesitz "in Ergänzung des Erbbauvertrages bis zur behördlichen Genehmigung und Wirksamkeit dieser Urkunde" den Beklagten zu den im Erbbauvertrage festgelegten Bedingungen. Gleichzeitig vereinbarten die Parteien hinsichtlich des an die Klägerinnen abzuführenden Drittels der Nettomieten, daß die Beklagten monatlich mindestens 40 000 ffrs. zu zahlen hatten. Diesen Mindestbetrag erhöhten sie später auf 65 000 ffrs. Die Vertragsschließenden waren sich darüber einig, daß die Beklagten die auf den Grundstücken stehenden Gebäude, die durch Kriegseinwirkung erheblich zerstört worden waren, wieder aufbauen sollten. Im Jahre 1957 erklärten die Klägerinnen den Rücktritt vom Verträge. Sie wiederholten in dem Schreiben ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 24. März 1958 den Rücktritt, und begründeten ihn damit, daß die Beklagten einmalige Mietempfänge von dem Mieter H [REDACTED] (2 000 000 ffrs. im Jahre 1952) und dem Mieter M [REDACTED] (1 600 000 ffrs. im Jahre 1956) verheimlicht und demgemäß auch nicht zu dem vereinbarten Drittel an sie abgeführt hätten. Darauf ließen die Beklagten das Erbbaurecht im Grundbuch eintragen. Die Klägerinnen verlangten nunmehr im Wege der auf ihre Rücktrittserklärung gestützten Klage die Herausgabe der Grundstücke und Bewilligung der Löschung des Erbbaurechts. Ihr wurde in allen Rechtszügen stattgegeben (Urteil des BGH vom 15. Februar 1961 - V ZR 129/59 - = WM 1961, 607). Das Erbbaurecht wurde gelöscht und die Grundstücke wurden an die Klägerinnen herausgegeben.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit fordern die Klägerinnen von den Beklagten Herausgabe der Sondervergütungen, die sie



von Hanau in Höhe von 2 000 000 ffrs., von M. [REDACTED] in Höhe von 1 450 000 ffrs. und von Rei in Höhe von 250 000 ffrs. (zusammen 3 700 000 ffrs.) erhalten hätten, im Gegenwert von 31 475,90 DM nebst Zinsen. Durch Teilurteil hat das Landgericht den Klägerinnen einen Betrag von 8 365,22 DM zugesprochen. In Höhe von 21 692,85 DM hat es die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung und die Klägerinnen Anschlußberufung eingelegt.

Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und sich die Entscheidung über die Berufung der Klägerinnen vorbehalten.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerinnen beantragen, erstreben die Beklagten im Umfange ihrer Verurteilung die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision greift die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß die Beklagten von dem Mieter H. [REDACTED] mindestens 1 500 000 ffrs. und von dem Mieter M. [REDACTED] (Fahrrad-R.) 1 450 000 ffrs., Sondermietzuschüsse erhalten haben, die sie nach dem Vertrage zu einem Drittel an die Klägerinnen hätten abführen müssen, aber nicht abgeführt haben, nicht an. Auch der Auffassung des Berufungsgerichts, daß in der arglistigen Verheimlichung dieser Sondervergütungen eine unerlaubte Handlung zu sehen ist (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB) tritt sie nicht entgegen. Sie hält jedoch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Beklagten auch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verpflichtet seien, ihnen das

nach dem rückwirkend aufgehobenen Vertrag geschuldete Drittel dieser Sondervergütungen zu zahlen und daß die Beklagten deshalb gemäß § 393 BGB nicht mit Gegenforderungen aufrechnen könnten, für rechtsirrig.

II. Da die Verteidigung der Beklagten im Berufungsrechtszuge gegen die auf §§ 346 ff BGB gestützte Klage nur dahin ging, sie hätten mit ihren Gegenansprüchen auf Ersatz von Verwendungen aufgerechnet und dadurch die Klageforderung getilgt, hängt die Entscheidung im Hinblick auf § 393 BGB davon ab, ob die Klägerinnen ihre Ansprüche auf Herausgabe eines Drittels der Mietsondervergütungen, wie das Berufungsgericht annimmt, auch aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung herleiten können. Das ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aufgrund des Sachverhalts, welcher der Beurteilung des erkennenden Senats unterliegt, nicht der Fall.

Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB, die den Klägerinnen nach Ansicht des Berufungsgerichts gegen die Beklagten zustehen, sind auf Schadensersatz gerichtet. Die Klägerinnen haben also die ihnen zugesprochenen Beträge aufgrund der erwähnten Bestimmungen nur dann zu beanspruchen, wenn ihnen in dieser Höhe durch die unerlaubte Handlung der Beklagten ein Schaden entstanden ist. Ein unerlaubtes und zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten der Beklagten erblickt das Berufungsgericht hier nicht in einem Tun, sondern in einem Unterlassen, nämlich in dem betrügerischen und arglistigen Verschweigen der Sonderzahlungen. Durch ein solches Unterlassen können die Klägerinnen aber nur dann einen Schaden in Höhe des ihnen zugesprochenen Betrages erlitten haben, wenn feststeht, daß sie diesen Betrag erhalten hätten, falls die Beklagten sich nicht eines Betruges und einer sittenwidrigen Täuschung der Klägerinnen schuldig, sondern diesen von dem wahren Sachverhalt alsbald Mitteilung gemacht hätten. Aus

dem angefochtenen Urteil läßt sich jedoch nicht entnehmen, daß die Beklagten in diesem Falle, wie es allerdings ihre Pflicht gewesen wäre, ein Drittel der von H. und M. geleisteten Mietsonderzahlungen an die Klägerinnen ausgekehrt hätten. Die Beklagten haben jedenfalls bis zum Erlaß des Berufungsurteils eine entsprechende Zahlung nicht geleistet, obwohl sie im übrigen ihrer Verpflichtung zur Zahlung eines Drittels der eingenommenen Nettomieten immer pünktlich nachgekommen sind. Sie haben ferner sowohl in dem Vorprozeß als auch in dem vorliegenden Rechtsstreit ihre Verpflichtung zur Herausgabe des von den Klägerinnen in Anspruch genommenen Drittels der Sondervergütungen entschieden bestritten. Das gilt sowohl für den Betrag, den das Berufungsgericht als Sondervergütung des Mieters M. festgestellt hat, als auch für den Betrag, den H. an die Beklagten als sog. Abstandszahlung geleistet hat.

Läßt sich aber nicht feststellen, daß die Klägerinnen durch die unerlaubte Handlung der Beklagten einen Schaden erlitten haben und läßt sich deshalb die Forderung der Klägerinnen, über die das Berufungsgericht entschieden hat, nicht auf eine unerlaubte Handlung stützen, so ist den Beklagten eine Aufrechnung mit Gegenforderungen nicht verwehrt. Das angefochtene Urteil kann daher mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht aufrechterhalten werden.

III. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus einem anderen Grunde als im Ergebnis richtig dar (§ 563 ZPO).

Die Klägerinnen haben den Klageanspruch zwar hilfsweise auch darauf gestützt, daß ihnen die Beklagten im Hinblick auf die rückwirkende Vernichtung der Verträge die ihnen aus der Benutzung der Grundstücke zugeflossenen

Überschüsse herauszugeben hätten. Sie haben indes ausweislich des Urteilstatbestandes (BU S. 3) ausdrücklich erklärt, sie wollten auf diese Ansprüche nur für den Fall zurückgreifen, daß ihnen die eine oder andere der herausverlangten Sondervergütungen abgesprochen werde. Diese verfahrensrechtliche Willenserklärung ist dahin zu verstehen, daß auf die hilfsweise gegebene Klagebegründung nur dann eingegangen werden soll, wenn die an erster Stelle erhobenen Ansprüche als unbegründet und nicht etwa als durch Aufrechnung getilgt angesehen werden würden. Keinen der drei Ansprüche hat das Berufungsgericht für nicht begründet erachtet. Die Herausgabeverpflichtung hinsichtlich der Sondervergütung des Mieters Hanau ist mit Ausnahme des noch beim Landgericht anhängig gebliebenen Forderungsteils von 500 000 ffrs. vom Berufungsgericht anerkannt worden. Dasselbe gilt hinsichtlich der Sondervergütung des Mieters M■■■■■, und zwar sogar für die volle Höhe der Forderung von 1 450 000 ffrs. Die Pflicht zur Herausgabe der Einnahme von der Firma Re■■■■ in Höhe von 250 000 ffrs. hat das Berufungsgericht schließlich von seiner Entscheidung ausgenommen, da sie einen Teil des Gegenstandes der Berufung der Klägerinnen bildet, über die das Berufungsgericht noch nicht entschieden hat.

Bei dieser Sachlage ist dem erkennenden Senat eine Gesamtverrechnung der gegenseitigen Ansprüche, aus der sich möglicherweise ein Überschuß für die Klägerinnen in Höhe des zuerkannten Betrages hätte ergeben können, verwehrt.

Unter diesen Umständen braucht der Senat nicht zu der Frage Stellung zu nehmen, ob der Rücktritt der Klägerinnen von dem Erbbaurechtsvertrag auch einen Rücktritt vom Pachtvertrage bedeutet und diesen rückwirkend vernichtet hat oder ob der Pachtvertrag erst mit dem Wirksamwerden des Erbbaurechtsvertrages außer Kraft getreten ist, wie das Berufungsgericht angenommen hat.

IV. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Sieht sich das Berufungsgericht in der neuen Verhandlung vor die Notwendigkeit gestellt, eine Gesamtverrechnung der gegenseitigen Ansprüche der Parteien vorzunehmen, so wird es allerdings auch die soeben erwähnte von dem erkennenden Senat offengelassene Frage der rückwirkenden Vernichtung des Pachtvertrages zu entscheiden haben. Bemerkt sei, daß gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Pachtvertrag habe jedenfalls in dem Zeitpunkt geendet, in dem der Erbbaurechtsvertrag im Hinblick auf die Genehmigung der Wohnsiedlungsbehörde wirksam wurde, keine rechtlichen Bedenken bestehen.

Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Sachentscheidung des Berufungsgerichts abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Messner

Mormann

Bundesrichter
Dr. Dorschel ist beurlaubt,
ortsabwesend und dadurch an
der Beifügung seiner Unters-
schrift verhindert.

Dr. Gelhaar