

Verkündet am 19. März 1957
Hofmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. des Gastwirts Karl E [REDACTED],
2) seiner Ehefrau Liesbeth E [REDACTED] geb. F [REDACTED],
beide in B [REDACTED], K [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Haupttreuhänder für das Rückerstattungsvermögen Willi
S [REDACTED] in B [REDACTED], N [REDACTED] Straße [REDACTED]
als Treuhänder des im Rückerstattungsverfahren festzustellen-
den Berechtigten des Grundstücks B [REDACTED], K [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. März 1957 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrichter Dr. Spieler,
Dr. Dorschel, Liesecke und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen wird
auf die Revision der Kläger das Urteil des 8. Zivilsenats
des Kammergerichts vom 16. Mai 1955 insoweit aufgehoben, als
es die von den Klägern begehrte Feststellung betrifft, daß
der Beklagte ihnen als Gesamtgläubigern an Ausbaurkosten über
11 500 DM hinaus weitere 6 500 IM zu erstatten habe. In
diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem
auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertra-
gen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger haben laut schriftlichem Vertrag vom 30. Juni 1945 vom Eigentümer des später in die treuhänderische Verwaltung des Beklagten übergegangenen Hausgrundstücks K [REDACTED] in B [REDACTED] einen Teil der im Erdgeschoß des Hauses befindlichen, gewerblich benutzten und durch Kriegseinwirkung erheblich beschädigten Räume zum Betrieb eines Speiserestaurants mit Wirkung vom 1. Juli 1945 gemietet; sie haben sich verpflichtet, auf ihre Kosten die von ihnen gemieteten Räume instandzusetzen und 1 000,- RM als monatlichen Mietzins zu zahlen.

Die Preisstelle für Mieten hat auf den Antrag des Klägers vom 21. Juni 1949 durch Bescheid vom 1. September 1949 den Mietzins auf 589,70 DM ausschließlich Heizung und Warmwasserversorgung mit Wirkung vom 1. Juni 1949 herabgesetzt und auf den Antrag des Klägers vom 23. Mai 1949 durch weiteren Bescheid vom 1. September 1949 mit Rücksicht auf die festgestellten baulichen Schäden eine Mietminderung von 142,75 DM ebenfalls mit Wirkung vom 1. Juni 1949 festgesetzt. Demnach sollte sich der Mietzins noch auf 446,95 DM belaufen.

Der Beklagte hat gegen den erstgenannten Bescheid Beschwerde eingelegt. Vor der Technischen Mietprüfungsstelle haben die Parteien am 6. Dezember 1949 (nach einem Bericht dieser Stelle vom 13. Dezember 1949) folgendes vereinbart:

- "1. Die von der Preisstelle für Mieten festgesetzte Miete wird von beiden Parteien vorläufig anerkannt.
2. Sobald die baulichen Schäden, die sich inzwischen um fast mehr als 1/3 vergrößert haben, beseitigt sind, erhöht sich der Mietpreis um den Betrag, der von der Preisstelle für Mieten infolge baulicher Schäden angesetzt wurde.

- 3 -

3. Herrn E. [REDACTED] /Kläger/ wurde in dem Begründungsschreiben zum Einspruch vom 30. 9. 1949 des Rechtsanwalts Dr. M. [REDACTED] /Bevollmächtigter des Beklagten/ zugestanden, daß ihm eine bessere Ausnutzung der Räume ermöglicht wird. Daraufhin hat Herr E. [REDACTED] Vorbereitungen für den Ausbau eines Kinos getroffen.

Beide Parteien waren sich darin einig, daß Herrn E. [REDACTED] für den Anlauf des Kinos eine gewisse Wartezeit zuzugestehen ist, und zwar wurde eine vorläufige Anlaufszeit von 4 Monaten vereinbart.

Nach Ablauf dieser 4 Monate will Herr E. [REDACTED] dem Treuhänder /Beklagter/... über die Rentabilität des Betriebes Bericht erstatten. Es bleibt dem Treuhänder überlassen, die Miete in dem Maße zu erhöhen, als es die Rentabilität des Kinos zuläßt.

Bei guter Rentabilität des Betriebes bleibt es dem Treuhänder anheimgestellt, die volle Miete zu fordern. Die Preisstelle für Mieten wurde gebeten, bei den Parteien je eine Abschrift dieser Abmachung zugänglich zu machen "

Das bei der Preisstelle anhängig gemachte Verfahren ruht seitdem.

Eine unter dem 28. September 1949 vom Beklagten gegen die Kläger erhobene Klage auf Zahlung von restlichem Mietzins für die Zeit vom Mai bis zum Dezember 1949 hat am 15. Dezember 1949 zu einem gerichtlichen Zwischenvergleich geführt, dem ebenfalls ausdrücklich ein Mietzins von 446,95 DM zugrunde gelegt worden ist.

Für den Ausbau des in der Vereinbarung vom 6. Dezember 1949 erwähnten Kinos wurden nur 72 % der von den Klägern gemieteten Räume benötigt. Die restlichen 28 % hat der Beklagte demnächst zurückerhalten; insoweit haben die Parteien den Vertrag vom 30. Juni 1945 aufgehoben.

Über die zum Kino ausgebauten Räume haben die Kläger am 14. März 1950 mit dem Kaufmann R. [REDACTED] einen notariell beurkundeten Untermietvertrag geschlossen (Nr 76/50 des Notariats-



registers des Notars B. (). Darin heißt es u.a.:

"§ 2.

Der Erschienene zu 3 /R. ()/ zahlt an die Erschienenen zu 1 und 2 /Kläger/ 8% - acht Prozent - des Bruttoumsatzes, d.h. 8% derjenigen Beträge, die er für die von ihm verkauften Eintrittskarten einnimmt, mindestens jedoch 72% - zweiundsiebzig Prozent - der Miete, die die Erschienenen zu 1 und 2 an den Hauseigentümer für die von ihnen insgesamt gemieteten Räume zu zahlen haben und mindestens zuzüglich die anteiligen Heizungskosten.

§ 4.

Der Erschienene zu 3 zahlt von dem Tage ab, an dem die endgültige baupolizeiliche Genehmigung erteilt wird, bis zur Eröffnung des Lichtspieltheaters monatlich 250,-DM."

Alsdann haben die Kläger ihren bisherigen Betrieb aus den von ihnen zunächst gemieteten "alten" Räumen in andere Teile des gleichen Hauses verlegt. Dabei handelt es sich um zwei frühere Läden ("neue" Räume), die durch Kriegseinwirkung zerstört waren und die die Kläger ebenfalls ausgebaut haben. Dem liegt ein schriftliches Angebot der Kläger an den Beklagten vom 13. April 1950 zugrunde; es lautet im Auszug folgendermaßen:

"Unter Bezugnahme auf die heutige Besprechung mit Herrn Rechtsanwalt M. () bitten meine Ehefrau und ich um Ihre Bestätigung zu dem Abschluß folgenden Vertrages:

1. Der Mietrückstand von 3 326,75 DM-West per 31. März 1950 wird ab 1. Oktober 1950 in monatlichen Raten von 100 DM-West abgedeckt ...
2. Der Mietzins beträgt ab 1. April 1950 1000 DM-West monatlich. Von diesem Betrage werden die gesetzlich festgelegten Abzüge für die fehlende Zentralheizung und Warmwasserversorgung abgesetzt, so daß die Wintermiete 750 DM-West und die Sommermiete 950 DM-West beträgt....
4. Sie sind damit einverstanden, daß wir die uns noch verbleibenden am Straßeneingang und am Hauseingang gelegenen beiden Lokalräume sowie die hinteren Räume mit Ausnahme der Küche und des Vorratsraumes aufgeben, sobald die beiden Läden am Kurfürstendamm bezugsfertig und von uns bezogen worden sind
Diese neu zu mietenden Räume werde ich instandsetzen lassen.

5. Die Baugruppe des Landesfinanzamtes wird (zu 4 Abs 2) feststellen, welche Kosten erstattungsfähig sind. Diese Kosten werden uns in der Weise erstattet, daß wir monatlich nur 50 % der Miete zahlen.

Sollte der Mietvertrag für diese Räume gelöst werden, bevor die erstattungsfähigen Kosten erstattet sind, so wird der Rest der erstattungsfähigen Kosten Zug um Zug gegen Räumung fällig werden.

6. Der Mietvertrag für diese Räume wird in der bei Ihnen üblichen Form abgeschlossen werden.

Die Miete für diese Räume wird von der Baugruppe des Landesfinanzamts festgesetzt werden. Ich unterwerfe mich hiermit der Entscheidung der Baugruppe sowohl, soweit es sich um die Festsetzung der Miete als auch der erstattungsfähigen Kosten handelt.

7. Wie Ihnen bekannt, haben wir mit Herrn R. einen Vertrag abgeschlossen, durch den wir uns verpflichtet haben, für den Betrieb eines Kinos einen Teil der von uns gemieteten Räume an Herrn R. unterzuvermieten. Der Zweck des Abschlusses dieses Vertrages war, die Räume wirtschaftlich besser verwerten zu können.

Wir bitten um die Genehmigung zur Aufnahme des Herrn als Untermieter.

Wir erklären uns damit einverstanden, daß Herr R. den von ihm zu zahlenden Mietzins (72 % der von uns zu zahlenden Miete für die gesamten Räume) unmittelbar an Sie zahlt. Ich trete meine Forderung in dieser Höhe an Sie ab.

8. Sollten wir mit irgend welchen Forderungen, die sie gegen uns geltend machen können, rückständig bleiben, so treten wir hiermit auch unsere weitergehenden Forderungen gegen Herrn R. in Höhe des jeweiligen Rückstandes ab.

Wir werden Herrn R. von dieser Abtretung Kenntnis geben und anweisen, die abgetretenen Forderungen an Sie zu zahlen."

In dem Entwurf dieses Angebots, der von dem Rechtsanwalt B. als Bevollmächtigten der Kläger und dem Rechtsanwalt M. als Bevollmächtigten des Beklagten aufgesetzt worden war, hatte Nr 2 Satz 1 gelautet: "Der Mietzins beträgt ab 1. 4. 1950 vorbehaltlich einer anderweitigen Festsetzung

durch die Preisstelle 1000 DM-West monatlich." Nach der Darstellung der Kläger hat der Vertreter des Beklagten namens Sch[REDACTED] in dem Entwurf die Worte "vorbehaltlich einer anderweitigen Festsetzung durch die Preisstelle" gestrichen und auch noch andere Änderungen vorgenommen; sie hätten diese Änderungen unter dem Druck der damaligen wirtschaftlichen Verhältnisse gutgeheißen. - Der Beklagte hat das Angebot mit Schreiben vom 17. April 1950 angenommen

Am 9. Juni 1950 ist ein weiterer Mietvertrag über die neuen Räume zu einem monatlichen Mietzins von 210 DM schriftlich niedergelegt worden und auch von den Klägern sowie von Vertretern des Beklagten unterzeichnet worden. Den Klägern ist jedoch der Vertrag nicht ausgehändigt worden, weil sich nachträglich Unstimmigkeiten über die Höhe des Mietzinses ergeben haben.

Die Preisstelle für Mieten hat auf Antrag der Kläger durch Bescheid vom 7. Oktober 1950 den Mietzins auf 258 DM festgesetzt und ihn auf Beschwerde des Beklagten demnächst auf 290 DM erhöht. Schließlich hat die Hauptpreisstelle auf Beschwerde des Beklagten durch rechtskräftigen Bescheid vom 14. November 1952 ihn auf 343 DM festgesetzt.

Der Kläger hat am 16. Mai 1951 folgende schriftliche "Vollmacht" erteilt:

"Wir, der Restaurateur Karl E[REDACTED] und die Ehefrau Liesbeth E[REDACTED] haben mit dem Kaufmann R[REDACTED] einen notariellen Vertrag am 14.3.1950 geschlossen, wonach Herr R[REDACTED] sich verpflichtet hat, folgende Beträge zu zahlen: .

- a) 8 % des Bruttoumsatzes, d.h. 8 % derjenigen Beträge, die er für die von ihm verkauften Eintrittskarten aus dem von ihm in unseren Mieträumen eingerichteten Filmtheater einnimmt, mindestens jedoch 72 % der Miete, die wir an den Hauseigentümer für die von uns insgesamt gemieteten Räume zu zahlen haben (§ 2 des Vertrages,,

- b) 250 DM monatlich von dem Tage ab, an dem die endgültige baupolizeiliche Genehmigung erteilt wird, bis zur Eröffnung des Filmtheaters (§ 4 Abs 2 des Vertrages).

Hiermit bevollmächtige ich Herrn Rechtsanwalt M., ab baupolizeiliche Genehmigung für das Filmtheater monatlich 250 DM, die Herr R. an mich zu zahlen hat, Herrn RA M. abzuführen, also bis zur Eröffnung des Filmtheaters.

Ab Eröffnung des Theaters hat Herr R. 8 % vom Bruttoumsatz an Herrn Rechtsanwalt M. zu zahlen.

Diese Abrechnung trete ich an Herrn Rechtsanwalt M. so lange ab, bis mein Mietrückstand getilgt ist.

Nach Begleichung der Mietschuld hat Herr R. die Abrechnung an mich zu zahlen."

R. hat daraufhin Zahlungen an den Beklagten geleistet

Eine vom Beklagten am 8. Mai 1951 gegen die Kläger erhobene Klage auf Zahlung des in Nr 1 des Vertragsangebots vom 13. April 1950 aufgeführten Mietrückstandes in Höhe von 3 326,75 DM und auf Zahlung weiterer nicht bezahlter Mietzinsen für die alten Räume, bzw für den ihnen davon verbliebenen Teil hat zu dem gerichtlichen Vergleich vom 14. November 1951 geführt, in dem die Kläger sich verpflichtet haben, vom 1. Dezember 1951 an in monatlichen Raten von 100,- DM an den Beklagten 4 004,52 DM zu zahlen "als rückständige Miete per 31.10.1951 aus dem Mietvertrage über die früheren Restaurationsräume".

Die Kläger haben ihrerseits R. auf Zahlung von Untermietzins für die Zeit vom 4. September bis zum 24. Dezember 1950 in einem Rechtsstreit in Anspruch genommen. R. hat mit einer Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung aufgerechnet, die er daraus hergeleitet hat, daß er für die Zeit vom 25. Dezember 1950 bis zum 31. Dezember 1951 mehr an die Kläger bezahlt habe, als er an Untermietzins geschuldet habe. Das Landgericht hat im Urteil vom 1. Oktober 1953

diese Aufrechnung für durchgreifend erachtet aus der Erwägung, daß die in Nr 2 des Vertrages vom 13./17. April 1950 vereinbarte Erhöhung des Mietzinses für die alten Räume gegen die Preisvorschriften verstoße und daher nichtig sei; ein höherer Mietzins als 589,70 DM habe für die gesamten alten Räume nicht vereinbart werden dürfen.

Deshalb halten die Kläger für die ihnen mietweise verbliebenen alten Räume (alte Resträume) einen monatlichen Mietzins von 72% von 589,70 DM = 424,58 DM für gerechtfertigt. Sie haben von dieser Grundlage aus errechnet, daß für die Zeit vom 25. Dezember 1950 bis zum 30. September 1953 und vom 1. Oktober 1953 bis zum 31. Juli 1954 (nicht - wie es im angefochtenen Urteil infolge eines Schreibfehlers heißt - vom 1. November 1953 bis zum 30. Juni 1954) auf die alten Resträume sowie für die Zeit vom 1. November 1953 bis zum 30. Juni 1954 auf die neuen Räume an Mietzins insgesamt 4 835,47 DM zu viel bezahlt worden seien und vor dem Landgericht die Verurteilung des Beklagten zur Rückzahlung dieses Betrags nebst 4 % Zinsen seit dem 4. August 1954 an sie als Gesamtgläubiger verlangt. Ferner haben sie auf Feststellung geklagt, daß der Beklagte aus der Urkunde vom 16. Mai 1951 keine Rechte mehr herleiten könne. Was die neuen Räume betrifft, so haben sie zu ihrem Leistungsantrag zwar vorgebracht, daß der monatliche Mietzins "eigentlich 210,- DM vereinbarungsgemäß" betrage, in ihre Berechnung aber - mit Rücksicht auf Nr 5 des Angebots vom 13. April 1950 und auf den Bescheid vom 14. November 1952 - 50 % von 343,- DM, also nur 171,50 DM angesetzt, "ohne diesen Mietsatz anzuerkennen."

Was die von ihnen für die Instandsetzung der neuen Räume angewendeten Kosten anlangt, so hat der Beklagte 8 028,- DM als erstattungsfähige Kosten anerkannt. Die Kläger haben behauptet, ihre Kosten hätten 27 351,15 DM betragen. Daher

haben sie weiter die Feststellung beantragt, daß der Beklagte ihnen über 8 028,- DM hinaus noch 19 323,15 DM zu erstatten habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Kläger haben Berufung eingelegt und ihren Zahlungsanspruch auf 3 086,47 DM ermäßigt, weil sie nämlich für die Zeit vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 1954 als Mietzins bezüglich der neuen Räume weitere $6 \times 171,50 = 1\,029,-$ in der Abrechnung zu ihren Lasten berücksichtigt haben. Dazu haben sie erklärt, sie wollten, ohne diesen Mietsatz anzuerkennen, aus den von den Beklagten vorgenommenen Erhöhungen des Mietzinses "keine Schwierigkeiten herleiten".

Der Beklagte hat eine Prüfung der Erstattungsforderung der Kläger für die Instandsetzungskosten durch den Senator für Finanzen (Vermögens- und Bauverwaltung) veranlaßt und auf Grund seines Gutachtens vom 9. März 1955 über 8 028,- DM hinaus noch 3 472,- DM, insgesamt also 11 500,- DM als erstattungsfähig anerkannt. Dem haben die Kläger durch eine entsprechende Änderung ihres weiteren Feststellungsantrages Rechnung getragen.

Das Kammergericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die Revision der Kläger, die sie bezüglich des weiteren Feststellungsantrags auf nur noch weitere 6 500,- DM beschränkt haben und mit der sie im übrigen ihre Anträge weiter verfolgen. Der Beklagte erstrebt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

a) Das Berufungsgericht hat bei Berechnung des Mietzinses auf die alten Resträume für die Zeit bis zum 31. Oktober 1951 nicht - wie es die Kläger für richtig halten - monatlich 424,58 DM angesetzt. Vielmehr ist es davon ausgegangen, daß die Kläger sich durch den Vergleich vom 14. November 1951 verpflichtet haben, zur Abgeltung der bis zum 31. Oktober 1951 aufgelaufenen Rückstände 4 004,52 DM zu zahlen; daher hat es pauschal diesen Betrag angesetzt. -

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß Nr 2 des Vertrages vom 13./17. April 1950 nichtig sei, daß das Landgericht das im Rechtsstreit der Kläger gegen Rahn festgestellt habe und daß der Beklagte sich diese Feststellung entgegenhalten lassen müsse.

Die Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil durch den bezeichneten Vergleich für die Zeit bis zum 31. Oktober 1951 die Ungewißheit der Parteien darüber beseitigt worden ist, was die Kläger an Mietzins noch schuldeten. Dieser Vergleich wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß Nr 2 des Vertrags vom 13./17. April 1950 preisrechtlich unzulässig gewesen sein mag. Denn sogar der Vergleich über ein nichtiges Geschäft ist wirksam, wenn durch ihn die Ungewißheit über die Umstände beseitigt werden soll, aus denen möglicherweise auf die Nichtigkeit zu schließen ist (RG in Recht 1923 Nr 1346, JRdSch 1927 Nr 1733 und 1803, Warn Rspr 1931 Nr 58 sowie JW 1935, 1009). Vorliegend ist dem Inhalt des Vergleichs nicht einmal zu entnehmen, von welchem Mietzins die Parteien für die alten Räume bzw für die alten Resträume ausgegangen sind, als sie auch unter Berücksichtigung nicht nur von den Klägern, sondern auch von Rahn an den

Beklagte geleisteter Zahlungen über die Höhe des Rückstandes geeinigt haben. Es ist auch offen, ob dabei der in Nr 1 des Vertrags vom 13./17. April 1950 genannte Betrag von 3 326,75 DM eine entscheidende Rolle gespielt hat.

In dem Rechtsstreit der Kläger gegen R. ist der Vergleich vom 14. November 1951 nicht erörtert worden. Hätte indes das Landgericht ihn in jenem Rechtsstreit als nichtig angesehen, so würde das im Verhältnis zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits schon deshalb unerheblich sein, weil der Beklagte an jenem nicht beteiligt war, die Kläger ihm auch in jenem nicht etwa den Streit verkündet hatten. Wenn die Kläger in jenem Rechtsstreit den Beklagten auf dem laufenden gehalten haben sollten, ja sich von ihm haben beraten lassen sollten, so ersetzt das die Streitverkündung ebensowenig wie der Umstand, daß der Beklagte sich in jenem Rechtsstreit auf Veranlassung des Gerichts zu bestimmten Beweisfragen schriftlich geäußert hat.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe bei der Berechnung als monatlichen Mietzins auf die neuen Räume nicht 343 DM ansetzen dürfen, vielmehr von 210 DM für den Fall ausgehen müssen, daß es - wie geschehen - die Kläger als an den Vergleich vom 14. November 1951 gebunden betrachtete.

Die Rüge ist unbegründet. Die Erklärungen der Kläger darüber, daß und weshalb sie einen Mietzins von 343 DM gelten lassen wollten, bindet sie mindestens hinsichtlich des bis zum 31. Dezember 1954 fällig gewordenen Mietzinses. Sie haben nicht erkennen lassen, daß sie die Berechnung der Höhe des vom Beklagten angesetzten Mietzinses für den von ihnen in der Revisionsinstanz bezeichneten Fall in Zweifel ziehen wollten. Wenn das Berufungsgericht zusätzlich noch erörtert hat, daß ein Mietzins von 210 DM nicht vereinbart

worden sei, so können die Kläger entgegen der Ansicht der Revision auch daraus nichts herleiten; denn diese Erwägung trägt das angefochtene Urteil nicht. Auch der Hinweis der Revision, daß der Mietzins nach Nr 6 des Vertrags vom 13./17. April 1950 durch die Baugruppe des Landesfinanzamtes hat festgesetzt werden sollen, hat gegenüber der unzweideutigen Erklärung der Kläger jedenfalls für diesen Rechtsstreit keine Bedeutung.

c) Da die Kläger nach dem übrigen Rechenwerk im angefochtenen Urteil für den Stichtag ihrer Abrechnung dem Beklagten noch Mietzins schulden, ist die Leistungsklage mit Recht abgewiesen worden.

Dasselbe gilt für den die Urkunde vom 16. Mai 1951 betreffenden, vom Berufungsgericht mit Recht als zulässig betrachteten Feststellungsantrag, denn die Kläger sind mit der Zahlung von Mietzinsen für den Stichtag noch rückständig. Die Revision hat insoweit übrigens selbständige Rügen nicht erhoben.

Daher ist die Revision zurückzuweisen, soweit sie den Leistungsanspruch und den ersten Feststellungsantrag betrifft.

II.

a) Was die Instandsetzungskosten anlangt, so hat das Berufungsgericht eine Erstattung nur im Rahmen der vom Treuhänder vertretenen Interessen und nur insoweit als durch Nr 5 des Vertrags vom 13./17. April 1950 zugesagt angesehen, als die Baugruppe des Landesfinanzamtes (die später durch die Vermögens- und Bauverwaltung des Senators für Finanzen ersetzt worden ist) die Erstattungsfähigkeit bejaht.

Die Bemängelung der Revision, daß diese Auslegung des Vertrages in seinem Wortlaut keine Stütze finde, ist unbe-

gründet. Der Beklagte hat die Belange des noch zu ermittelnden Grundstücksberechtigten wahrzunehmen. Diese den Klägern bekannte Aufgabe wirkt sich ihnen gegenüber in seiner Rechtsstellung als Vermieter dahin aus, daß er nicht ohne weiteres die nachgewiesenen Kosten aller von den Klägern ausgeführten Instandsetzungen zur Hälfte erstatten darf, sondern nur solche, die für die neuen Räume im Rahmen ihrer allgemeinen Zweckbestimmung als Geschäftsräume von bleibendem Wert sind (§ 157 BGB). Dementsprechend ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Erstattungsfähigkeit, auf die in Nr 5 des Vertrages abgestellt ist, und das für die Bestimmung der Leistung des Beklagten ferner als Maßstab dienende billige Ermessen (§ 317 BGB) einschränkend unter jenem Gesichtspunkt gesehen hat. Es brauchte insbesondere nicht davon ausgehen, daß die Erstattungsfähigkeit etwa nur die Angemessenheit der angesetzten Kosten betreffe.

Fehl geht auch die Rüge der Revision, die Vermögens- und Bauverwaltung habe ebensowenig wie vor ihr die Baugruppe die Leistung des Beklagten bestimmen dürfen, weil sie wegen ihrer Stellung und ihrer besonderen Beziehungen zum Beklagten als Schiedsgutachter ausgeschlossen sei. Behörden dürfen grundsätzlich als Schiedsgutachter tätig werden (BGH Urt v. 18. Februar 1955, - V ZR 110/53 - in NJW 1955, 665). Das ist nur dann von vornherein unstatthaft, wenn dieser Aufgabe eine gesetzlich geregelte Zuständigkeit der Behörde entgegensteht, ein Ausnahmefall, der hier mit Sicherheit nicht vorliegt. Die Baugruppe bzw die Vermögens- und Bauverwaltung ist hier nicht als Trägerin staatlicher Gewalt tätig geworden, wie die Revision meint, sondern als von den Parteien vereinbarter Schiedsgutachter. Dafür, daß für eine der beiden Stellen bei der Lösung dieser Aufgabe die Gefahr einer Interessenkollision bestanden hätte, ist dem Berufungsgericht kein hinreichender Anhaltspunkt unterbrei-

tet worden. Das ist insbesondere nicht daraus zu entnehmen, daß die Baugruppe nach ihren an den Prozeßbevollmächtigten der Kläger gerichteten Schreiben vom 7. September 1954 sonst für den Beklagten allein vielfach sachverständig tätig werden mag. Entgegen der Ansicht der Revision rechtfertigt dies indessen nicht den Schluß, der Beklagte sei ihr in dieser Beziehung untergeordnet oder die Baugruppe sei sich nicht der Besonderheit bewußt, daß sie im vorliegenden Fall nicht nur vom Beklagten zu seiner Unterstützung herangezogen, vielmehr von ihm und von den Klägern als dessen Vertragspartner gemeinsam mit der Bestimmung einer Leistung, also mit einer Entscheidung, betraut worden sei.

b) Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Kläger nicht als eine verständliche Einzeldarstellung zu ihrer Behauptung betrachtet, daß sie mehr als 11 500 DM zu beanspruchen hätten. Die Kläger haben eine "Rechnung" des Bau.Ing. K. [REDACTED] vom 12. April 1950 über 27 351,15 DM, einen "Kostenanschlag" des Hoch- und Tiefbau-Geschäfts H. [REDACTED] vom 25. April 1950 über 8 028,- DM sowie ferner eine undatierte, mit 29. 716,- DM abschließende Rechnung vorgelegt, die Franz K. [REDACTED] unter dem 20. November 1954 als überprüft und als richtig bestätigt hat. Auf der Rückseite des nicht unterzeichneten "Kostenanschlags" sind ohne Datum und ohne Unterschrift weitere Bauleistungen mit 7 440,-DM aufgeführt und ist schließlich vermerkt, der "veranschlagte Bau mit der Summe von 8 162,10 DM erhöhte sich im Laufe der Bauzeit auf 23 975,70 DM". Ferner haben die Kläger eine Reihe von Rechnungen und Quittungen vorgelegt, ohne daß indessen die Beziehungen dieses verschiedenartigen Materials zueinander auseinander gesetzt hätten.

Die Revision rügt es mit Recht als einen Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht hierin eine hinreichende Erfüllung der Behauptungslast der Kläger nicht erblickt hat.

Mögen auch die übrigen Belege dazu nicht genügen, so reicht doch im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts - schon für sich allein betrachtet - die Rechnung mit K. Vermerk vom 20. November 1954 als eine ins einzelne gehende und geordnete Darlegung für die Behauptung der Kläger aus, daß sie zum Ausbau der neuen Räume mindestens 27 351,15 DM aufgewendet hätten. Insoweit sich diese unter Beweisantritt aufgestellte Behauptung als zutreffend erweisen und sich weiter herausstellen sollte, daß es sich dabei über 11 500 DM hinaus um erstattungsfähige Kosten in dem unter a) entwickelten Sinne handelt, muß noch geprüft werden, ob die durch das Schiedsgutachten auf 11 500 DM bestimmte Leistung des Beklagten als offenbar unbillig anzusehen und demnach gemäß § 319 BGB bis zur Höhe von 18 000 DM (nur der Unterschiedsbetrag von 6 500 DM ist noch im Streit) durch Urteil zu ersetzen ist.

Insoweit ist deshalb auf die Revision das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

In der Verhandlung vor dem Berufungsgericht werden die Kläger auch ihre Rüge anbringen können, der Tatrichter habe bisher zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, daß sie in die neuen Räume eine gebrauchte Zentralheizungsanlage im Werte von 2 970 DM eingebaut hätten und daß die Vermögens-

und Bauverwaltung darauf trotz der "Wertfeststellung" der
Firma B. und H. vom 20. Oktober 1954 (Beleg Nr 24
in dem grünen Schnellhefter) nicht eingegangen sei

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Dr. Dörschel

Liesecke

Dr. Mezger