

V ZR 127/62

Verkündet am
18. Dezember 1964

2186 021

Hirth, Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1.

Beklagten, Berufungsklägers, Anschlußrevisions-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte

2.

-

Beklagten und Berufungsbeklagten,

gegen

1.

a)

b)

c)

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

Kläger, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1964 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der
Bundesrichter Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag
und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten zu 1) gegen das
Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts
vom 19. März 1962 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision der Kläger wird
dieses Urteil aufgehoben, soweit es ihre An-
schlußberufung gegen das Teilurteil der 8.
Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 10.
Dezember 1957 zurückgewiesen und auf die Beru-
fung des Beklagten gegen dieses Urteil die
Klage abgewiesen hat.

Die Kostenentscheidung des Berufungsge-
richts wird aufgehoben mit Ausnahme der Aufer-
legung der außergerichtlichen Kosten des Be-
klagten zu 2) auf die Kläger.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur
erneuten Verhandlung und Entscheidung an das
Kammergericht zurückverwiesen, dem auch die
Entscheidung über die übrigen Kosten übertragen
wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Eigentümer der drei Grundstücke B [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] und [REDACTED]. Verwalter dieser Grundstücke war bis zum 31. Dezember 1953 der Beklagte zu 2. Dieser schloß mit dem Beklagten zu 1 am 20. Mai 1949 einen Mietvorvertrag sowie am 15. Juni 1949 und 9. Januar 1950 drei Mietverträge über im Erdgeschoß und im 1. Obergeschoß des Vorderhauses S [REDACTED]straße [REDACTED] gelegene Räume zur Benutzung für gewerbliche Zwecke zu einem Mietzins von insgesamt monatlich 800 DM auf die auf die Dauer von 15 Jahren. Da dieses Haus erhebliche Kriegsschäden erlitten hatte (Schadensgrad 64 %), verpflichtete sich der Beklagte zu 1, die ihm vermieteten Räume wieder aufzubauen und die Arbeiten auszuführen, die die Baupolizei für die Erhaltung des Vorderhauses verlangte, sowie ein Notdach zu errichten. Von den hierdurch entstehenden Kosten durfte der Beklagte zu 1 vereinbarungsgemäß in der Zeit vom 1. Oktober 1949 bis 30. September 1954 monatlich 150 DM (insgesamt also 9 000 DM) und in der Zeit vom 1. April 1950 bis 31. März 1955 monatlich weitere 100 DM (insgesamt also weitere 6 000 DM) mit dem Mietzins verrechnen.

Gleichzeitig mit dem Mietvorvertrag vom 20. Mai 1949 schlossen die beiden Beklagten folgenden Vertrag:

"Herr Fritz K [REDACTED] tritt als stiller Teilhaber in das im Haus B [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], zu errichtende Geschäft ein und stellt seine technischen und kaufmännischen Kenntnisse und Erfahrungen Herrn Alfred P [REDACTED] zur Verfügung. Dafür erhält er für die Dauer des Mietverhältnisses vorerst für 15 Jahre als Vergütung 3 % des Brutto-Umsatzes, jedoch mindestens 200 DM monatlich, zahlbar jeweils am 5. des folgenden Monats.

Herr Fritz K [REDACTED] ist berechtigt, die Umsatzsteuererklärungen einzusehen.

Eine vorzeitige Aufhebung dieser Vereinbarung kann nur im Einverständnis beider Teile erfolgen."



Da es zur Eröffnung des geplanten Geschäfts, einer Gaststätte, nicht kam, erteilte der Beklagte zu 1 dem Beklagten zu 2 am 2. Januar 1950 folgende Verpflichtungs-urkunde:

"Für seine mir geleisteten Dienste verpflichte ich mich, ab 1. April 1950 monatlich 250 DM (Zweihundert fünfzig DM) auf die Dauer von 15 Jahren, also bis zum 31. März 1965, vorerst zu zahlen."

Über diese ihm auf Grund dieser Verpflichtungserklärung des Beklagten zu 1 zufließenden Beträge rechnete der Beklagte zu 2 mit den Klägern nicht ab, machte ihnen auch sonst keine Mitteilung davon.

Durch im Januar 1950 abgeschlossenen Untermietvertrag vermietete der Beklagte zu 1 unter Zustimmung des Beklagten zu 2 vom 1. April 1950 an die von ihm auszubauenden Räume im Erdgeschoß und 1. Obergeschoß an die Firma R. [REDACTED] & R. [REDACTED] zu einem monatlichen Mietzins von 1 250 DM weiter. Die Firma R. [REDACTED] & R. [REDACTED] bezog die Räume am 1. April 1950 und leistete an den Beklagten zu 1 bis September 1953 insgesamt 25 000 DM als verlorenen Baukostenzuschuß. Den Mietzins von monatlich 1 250 DM erhielt dieser bis einschließlich April 1957.

Da der Beklagte zu 1 dem Beklagten zu 2 seit Januar 1954 nicht mehr die ihm in der Verpflichtungsurkunde vom 2. Januar 1950 zugesagten 250 DM monatlich zahlte, erhob dieser gegen den Beklagten zu 1 vor dem Amtsgericht Lichtenfelde mehrere Klagen auf Zahlung dieses Betrages (8 O 826/54 und 8 O 518/55). In dem letztgenannten Rechtsstreit ließ der Beklagte zu 1 durch seinen damaligen Prozeßbevollmächtigten im Schriftsatz vom 6. Juni 1955 zur Natur des Anspruchs ausführen:

"Um den Kläger (K[REDACTED]) geneigt zu machen, mit dem Beklagten (P[REDACTED]) den Vertrag vom 19. Januar 1950 abzuschließen, übernahm der Beklagte die Verpflichtung, an den Kläger, den er als Miteigentümer ansah, monatlich 250 DM auf die Dauer von 15 Jahren zu zahlen. Darin lag für den Beklagten eine Mieterhöhung, die den damaligen Mietpreisvorschriften widersprach und deshalb nichtig ist. In Wahrheit waren es aber, wie der Beklagte erfahren hat, nachdem dem Kläger die Verwaltungsbefugnisse seitens der B[REDACTED]'schen Erbengemeinschaft entzogen waren, Bestechungsgelder. Der B[REDACTED]'schen Erbengemeinschaft ist aus den bisherigen monatlichen Zahlungen kein Pfennig zugeflossen. Der Kläger hat die Zahlungen alle für sich behalten, ohne irgendeine Gegenleistung aufzubringen, abgesehen von dem Abschluß des Mietvertrages über die erste Etage vom 19.1.1950, und für diese Leistung durfte sich der Kläger keine private Gegenleistung versprechen lassen. Das ist ein Verstoß gegen die guten Sitten. Es ist auch Untreue den B[REDACTED]'schen Erben gegenüber, denn der Beklagte wäre bereit gewesen, den monatlichen Mietpreis von 300 DM für den 1. Stock etwas zu erhöhen, wenn er nicht die monatliche Zahlung von 250 DM an den Kläger übernommen hätte."

Auf die im August 1956 erhobene Klage der Kläger gegen den Beklagten zu 1 auf Herausgabe des von ihm als mittelbaren Besitzer innegehaltenen Erd- und 1. Obergeschosses wegen Nichtigkeit der Mietverträge vom 15. Juni 1949 und 19. Januar 1950 infolge Verstoßes gegen die guten Sitten durch Zahlung von Schmiergeld an den Beklagten zu 2 verurteilte das Landgericht Berlin durch Urteil vom 19. November 1956 den Beklagten zu 1 zur Herausgabe dieser Geschosse (11 O 230/56). Die hiergegen von dem Beklagten zu 1 eingelegte Berufung wies das Kammergericht durch Urteil vom 19. März 1957 zurück (6 U 107/57). Die Herausgabe der Räumlichkeiten an die Kläger fand am 20. Mai 1957 statt.

Durch Urteil vom 23. März 1956 verurteilte das Landgericht den Beklagten zu 2 zur Zahlung der von diesem in der Zeit vom 1. April 1950 bis 31. Dezember 1953 seitens des Beklagten zu 1 monatlich empfangenen 250 DM = insgesamt

11 250 DM an die Kläger (8 O 46/56). Der Beklagte zu 2 zahlte darauf diesen Betrag an sie.

Den Beklagten zu 1 verurteilte das Landgericht Berlin schließlich durch Versäumnisurteil vom 22. Oktober 1956 zur Zahlung von 1 500 DM an die Kläger, die diese mit je 250 DM für die Monate Januar bis Juni 1954 als Schadensersatz aus unerlaubter Handlung wegen Überlassung des Mietobjekts durch den Beklagten zu 2 gegen ein zu geringes Entgelt geltend machten. Dieses Versäumnisurteil wurde durch weiteres Versäumnisurteil vom 30. September 1957 aufrechterhalten (11 O 185/56).

Mit der gegenwärtigen, am 20. August 1957 zugestellten Klage fordern die Kläger von den Beklagten als Gesamtschuldnern 25 500 DM Schadensersatz aus unerlaubter Handlung (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB). Sie haben dazu vorgetragen, beide Beklagten hätten gemeinsam und absichtlich den Mietzins zu ihrem, der Kläger, Nachteil zu niedrig vereinbart, zu welchem Zweck der Beklagte zu 1 dem Beklagten zu 2 Schmiergelder, zu deren Verschleierung die Verträge zwischen den beiden Beklagten vom 20. Mai 1949 und 2. Januar 1950 geschlossen worden seien, zugewendet und dieser sie angenommen habe. Für das Mietobjekt habe mindestens der von der Firma P. & R. gezahlte Mietzins von monatlich 1 250 DM erzielt werden können. In Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen der von dieser Firma gezahlten Miete von 1 250 DM und der von dem Beklagten zu 1 gezahlten Miete von 800 DM monatlich = 450 DM, seien die Beklagten für die Zeit vom 1. April 1950 bis 30. April 1957 schadensersatzpflichtig. Von dem Gesamtbetrag von $85 \times 450 \text{ DM} = 38 250 \text{ DM}$ gingen die gegen die Beklagten inzwischen eingeklagten 11 250 DM und 1 500 DM ab, so daß 25 500 DM verblieben.

Die Kläger haben beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie gemeinschaftlich 25 500 DM

nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie haben bestritten, zum Nachteil der Kläger gehandelt zu haben und jede Ersatzpflicht geleugnet.

Der Beklagte zu 1 hat überdies behauptet, für den teilweisen Ausbau des Hauses S [REDACTED]straße [REDACTED] insgesamt 104 978,86 DM aufgewendet zu haben, für welchen Betrag ihm die Kläger ersatzpflichtig seien. Er hat mit seiner Gegenforderung gegen die Klageforderung hilfsweise aufgerechnet.

Der Beklagte zu 1 hat wegen seiner Aufwendungen für den teilweisen Ausbau des Hauses S [REDACTED]straße [REDACTED] Widerklage erhoben und beantragt,

die Kläger als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 62 474,40 DM nebst 4 % Zinsen seit 20. Mai 1957 zu zahlen.

Die Kläger haben bestritten, daß dem Beklagten zu 1 über die mit der Miete verrechneten 15 000 DM und die von der Firma R [REDACTED] & R [REDACTED] erhaltenen 25 000 DM hinaus weitere Bauaufwendungen entstanden seien. Weiter haben sie geltend gemacht, ein beträchtlicher Teil der Arbeiten sei von Osthandwerkern ausgeführt worden, deren Kosten steuerlich nicht abzugsfähig seien und deshalb von ihnen nicht übernommen würden.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 10. Dezember 1957 den Beklagten zu 1 verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 8 500 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. August 1957 zu zahlen. Die Klage gegen den Beklagten zu 2

hat es abgewiesen. Mit seinem Schlußurteil hat das Landgericht die Widerklage wegen Beweisfälligkeit des Beklagten zu 1 mangels Vorlage ordnungsmäßiger Unterlagen abgewiesen.

Der Beklagte zu 1 hat gegen das Teilurteil und das Schlußurteil Berufung, die Kläger haben in der Richtung gegen beide Beklagten gegen das Teilurteil Berufung eingelegt, gegen den Beklagten zu 1 zweimal. Die erste Berufung gegen den Beklagten zu 1 haben die Kläger nicht begründet. Der Berufungsantrag der Kläger ging auf Verurteilung der Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 25 500 DM (hinsichtlich des Beklagten zu 1 also zur Zahlung von weiteren 17 000 DM, außer den bereits durch das Teilurteil zugesprochenen 8 500 DM), der des Beklagten zu 1 auf Abweisung der Klage in vollem Umfang und Verurteilung der Kläger gemäß seiner Widerklage.

Das Berufungsgericht hat im Berufungsurteil die erste Berufung der Kläger gegen den Beklagten zu 1 als unzulässig verworfen. Die Berufung gegen den Beklagten zu 2 hat es zurückgewiesen, desgleichen die als Anschlußberufung gewertete zweite Berufung der Kläger gegen das Teilurteil und ferner die Berufung des Beklagten zu 1 gegen das Schlußurteil. Auf die Berufung des Beklagten zu 1 gegen das Teilurteil hat es Klage gegen den Beklagten zu 1 voll abgewiesen, so daß nach dem Berufungsurteil Klage und Widerklage abgewiesen sind.

Mit der Revision beantragt der Beklagte zu 1, die Kläger auf die Widerklage hin zur Zahlung von 58 946,80 DM nebst Zinsen zur verurteilen. Mit ihrer in der Richtung gegen den Beklagten zu 1 eingelegten Anschlußrevision beantragen die Kläger, den Beklagten zu 1 entsprechend ihrem

Klageantrag zur Zahlung von 25 000 DM nebst Zinsen an sie als Gesamtgläubiger zu verurteilen. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt u.a. aus:

1. Die zwischen dem Beklagten zu 1 und dem Beklagten zu 2 als Vertreter der Kläger geschlossenen Mietverträge seien wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, weil der Beklagte zu 2 sich für ihren die Kläger schädigenden Abschluß vom Beklagten zu 1 Schmiergelder habe zahlen lassen. Die Ansprüche der Kläger gegen den Beklagten zu 1 regelten sich nach den §§ 987 ff BGB. Der Beklagte zu 1 habe die Nichtigkeit der Verträge von Anfang an gekannt. Dies ergebe sich daraus, daß die beiden Beklagten den Mietvorvertrag über den Eintritt des Beklagten zu 2 als "stillen Teilhaber" in das damals von dem Beklagten zu 1 für das Erdgeschoß des Hauses S. Straße geplante Geschäft am selben Tage (20. Mai 1949) abgeschlossen hätten. Eine wahre Teilhaberschaft des Beklagten zu 2 in der zwischen dem Beklagten zu 1 und dem Konditor F. geplanten Gesellschaft sei nicht beabsichtigt gewesen, da sonst F. hätte beigezogen werden müssen. Der Beklagte zu 2 habe sich auch mit keiner Vermögenseinlage an dem Geschäft beteiligt, vielmehr seine technischen und kaufmännischen Kenntnisse und Erfahrungen zur Verfügung stellen sollen. Er sei aber doch ebenso wie der Beklagte zu 1 Architekt gewesen und habe als solcher und Hausverwalter über besondere kaufmännische Kenntnisse und Erfahrungen nicht verfügt. Hier habe nur eine Begründung

nach außen für die dem Beklagten zu 2 zugesagte Vergütung geschaffen werden sollen. In die gleiche Richtung weise, daß der Vertrag über die stille Teilhaberschaft die gleiche Laufzeit wie der Mietvertrag habe. Wirkliche stille Beteiligung an einem Geschäft sei nicht davon abhängig, in welchem Haus sich dieses befinde, sondern bestehe auch bei einem Ortswechsel. Der Vertrag vom 20. Mai 1949 über die stille Teilhaberschaft sei hinter dem Rücken der Kläger geschlossen worden. Sie hätten bis Dezember 1955 nichts von ihm erfahren und, wie der Beklagte zu 1 aus den gesamten Umständen unschwer habe erkennen können, auch nicht erfahren sollen. Der Sinn des Abkommens sei es gewesen, dem Beklagten zu 2 mit Rücksicht auf den vorgesehenen Mietvertrag persönlich eine besondere Vergütung zukommen zu lassen. Das ergebe sich auch daraus, daß nach dem Scheitern des Planes, im Erdgeschoß des Hauses S-straße ein Restaurant zu errichten, der Beklagte zu 1 sich mit der Urkunde vom 2. Januar 1950 zu der fortlaufenden Vergütung an den Beklagten zu 2 für die von ihm geleisteten Dienste verpflichtet habe, obwohl er solche weder geleistet habe noch habe leisten können. Der Beklagte zu 1 habe demgemäß in dem Prozeß zwischen ihm und dem Beklagten zu 2 die Leistung von irgendwelchen Diensten seitens des Beklagten zu 2 bestritten und dieser habe sie seinerseits niemals angegeben.

Der Beklagte zu 1 habe von Anfang an erkannt, daß der Beklagte zu 2 mit dem Abschluß des Mietvorvertrags und der Mietverträge seine Stellung als Hausverwalter durch Herbeiführung zu niedriger Mieten gröblichst mißbraucht habe, wobei es keinen Unterschied mache, ob er ihn anfangs als Mit-eigentümer angesehen habe oder nicht. Der Beklagte zu 1 brauche sich der Sittenwidrigkeit seines Tuns nicht bewußt gewesen zu sein, es genüge, daß er die Tatumstände gekannt habe, aus denen sich die Sittenwidrigkeit seines Tuns ergebe

Er habe also die Tatumstände gekannt, aus denen die Sittenwidrigkeit und damit die Nichtigkeit der (auf unlautere Weise zustande gekommenen) Mietverträge sich ableite, und habe sich deshalb nicht im guten Glauben bei dem Besitzerwerb an den Räumen im Erdgeschoß und im ersten Obergeschoß befunden. Nach § 990 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 987 Abs. 1 BGB habe er den Klägern alle Nutzungen herauszugeben, die er von der Zeit seines Besitzerwerbs an gezogen habe, d.h. bis zur Besitzherausgabe (Ende April 1957) den Unterschied zwischen der Untermiete von 1 250 DM und seiner eigenen Miete von 800 DM, sonach 85 x 450 DM = 38 250 DM, abzüglich 12 750 DM, die die Kläger inzwischen gegen den Beklagten zu 1 teils schon eingeklagt hätten, teils über den Beklagten zu 2 inzwischen bereits erhalten hätten. Die offene Forderung der Kläger gegen den Beklagten zu 1 betrage daher 25 500 DM.

2. Andererseits könne der Beklagte zu 1 von den Klägern nach § 994 Abs. 2 BGB Ersatz seiner notwendigen Aufwendungen nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Hierzu gehörten auch die objektiv erforderlichen Aufwendungen des Beklagten zu 1 für den Wiederaufbau des Hauses Schloßstraße 126, um die ihm "vermieteten" Räume wieder einer ordnungsmäßigen Nutzung und Bewirtschaftung zuzuführen. Da die Kläger von dem Vorvertrag mit der Bauverpflichtung Kenntnis erhalten hätten und mit den vom Beklagten zu 1 übernommenen Bauarbeiten einverstanden gewesen seien, hätten sie ihm seine notwendigen Aufwendungen hierfür nach § 683 Satz 1 BGB zu ersetzen.

Der Ersatz der Aufwendungen könne dem Beklagten zu 1 nicht deshalb aberkannt werden, weil er nicht oder nicht mehr in der Lage sei, seine Aufwendungen ordnungsmäßig zu belegen. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß der Beklagte zu 1 die Bauaufwendungen im Rahmen seines gleichzeitig betriebenen

Baugeschäfts erbracht habe und eine Abrechnung der Bauleistung nicht vorgesehen gewesen sei. Es sei deshalb verständlich, daß die Unterlagen nicht so erstellt worden seien, wie es im Fall der Abrechnung erforderlich gewesen wäre. Daß der Beklagte zu 1 Bauleistungen erbracht habe stehe fest. Er habe die ihm "vermieteten" Räume ausgebaut und die Firma R [REDACTED] & R [REDACTED] habe sie seit dem 1. April 1950 dort für ihr Geschäft benützt. Da jedoch die Aufklärungen der von dem Beklagten zu 1 erbrachten Bauleistungen nicht möglich sei, sei der Wert dieser Leistungen nach § 287 Abs. 2 ZPO zu schätzen.

Der gerichtliche Sachverständige Kögel habe in seinem Ergänzungsgutachten unter Beachtung des Schadensgrads des Gebäudes von 61 %, des in Frage kommenden umbauten Raumes und des mittleren Baukostenindex für 1949/50 einen Bauaufwand von 85 248,25 DM angenommen. Nach dem Gutachten des von den Klägern beauftragten Sachverständigen Professor Enderlein betrage der Aufwand des Beklagten zu 1 49 840,47 DM. Mit den noch hinzuzurechnenden Beträgen für Enttrümmerungsarbeiten, Schuttabfuhr, Architektengebühr ergebe sich beim Ausgehen vom Gutachten des Professor Enderlein ein notwendiger Bauaufwand von 59 644,-- DM. Andererseits seien von dem Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Kögel Teilbeträge abzusetzen, so daß sich ein berichtigter Gesamtbetrag von 70 872 DM ergebe.

Den Unterschiedsbetrag von 11 228 DM führe der Sachverständige Kögel teilweise darauf zurück, daß nach Fertigstellung des Gebäudes eine Anzahl von Arbeiten nicht mehr festzustellen oder bei dem Fehlen genügender Unterlagen auch sonst nicht zu erfassen seien. Auch die von Professor Enderlein angewandte Methode der Ermittlung der Baukosten an Hand der Baupolizeizeichnungen und des Ausmaßes an Ort und Stelle führe nicht zu einem genauen einwandfreien Ergebnis.

Da der Umfang der von dem Beklagten zu 1 geleisteten und die Kläger zum Ersatz verpflichtenden Bauaufwendungen demnach nicht mehr aufgeklärt werden könne, schätze es, fährt das Berufungsgericht fort, die Bauaufwendungen gemäß § 287 Abs. 2 ZPO auf 65 500 DM, also den ungefähren Mittelbetrag zwischen den Beträgen, die auf Grund des Sachverständigengutachtens je anzusetzen seien.

Auf diesen Betrag müsse sich der Beklagte zu 1 die Beträge, die er mit dem Mietzins habe verrechnen dürfen und verrechnet habe, anrechnen lassen, da sie seine Bauaufwendungen vermindert hätten, ebenso den Baukostenzuschuß der Firma R. & R., da es sich insoweit um eine an die Kläger herauszugebende Nutzung handle. Die nach Abzug von insgesamt 40 000 DM gemäß vorstehender Ausführungen noch verbleibenden 25 500 DM seien durch zulässige Aufrechnung des Beklagten zu 1 gegen die Klageforderung von 25 500 DM getilgt.

II.

Zur Revision.

1. Die Revision bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zu 1 zum Besitz der von ihm gemieteten Räume nicht berechtigt und die mangelnde Besitzberechtigung ihm auch bekannt gewesen sei. Die Richtigkeit der Auffassung des Berufungsgerichts hängt davon ab, ob die zwischen dem Beklagten zu 1 und zu 2 geschlossenen Verträge lediglich die Zuwendung von unerlaubten Vorteilen für den Beklagten zu 2 und die Tarnung dieses Vorgangs bezweckt oder schutzwürdigen wirtschaftlichen Zwecken gedient haben, und damit von der Feststellung einer Tatsache, die Gegenstand

der allein dem Tatrichter zustehenden Beweiswürdigung ist. Das Revisionsgericht kann diese nur beschränkt nachprüfen, insoweit sie nämlich auf Rechtsirrtum beruht oder wesentlichen Tatsachenstoff unter Verletzung des § 286 ZPO nicht berücksichtigt oder auf Verletzung eines Denkgesetzes beruht, insbesondere widerspruchsvoll ist (§ 561 Abs. 2 ZPO; Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. vor § 282 Anm. 5 B).

Mit der Feststellung des Berufungsrichters, daß der Beklagte zu 1 die Wichtigkeit der Mietverträge von Anfang an gekannt habe, steht es nicht in Widerspruch, daß der Berufungsrichter davon spricht, der Beklagte zu 1 habe un-
schwer erkennen können, daß die Verträge zwischen den Beklagten absichtlich hinter dem Rücken der Kläger abgeschlossen worden seien. Der Sinn dieser Redewendung ist, daß der Beklagte zu 1 dies habe erkennen können und tatsächlich auch erkannt habe. Ohne Bedeutung ist die Unterstellung des Berufungsrichters, der Beklagte zu 1 habe erst später erfahren, daß der Beklagte zu 2 nicht Miteigentümer des Hauses sei, da auch im gegenteiligen Fall der Beklagte zu 2 nicht für sich allein, sondern auch für Dritte, denen gegenüber er treuepflichtig war, verwaltet hätte. Daß endlich für die Sittenwidrigkeit eines Vertrags bei sonst gegebenen Voraussetzungen es ohne Bedeutung ist, ob die Vertragsschließenden ihn als sittenwidrig beurteilen, unterliegt keinem Zweifel. Insofern reicht die Kenntnis der Tatumstände aus. Der gute Glaube des Besitzers in § 990 BGB bezieht sich auf seine Berechtigung zum Besitz gegenüber dem Eigentümer (Palandt, BGB 23. Aufl. § 990 Anm. 1; RG WarnRspr 1912 Nr. 31 = JW 1911, 1025). Die Kenntnis der Tatumstände wird hier an sich nicht ausreichen. Im vorliegenden Fall muß jedoch der vom Senat in BGHZ 26, 256 für § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB aufgestellte Grundsatz zum Zuge kommen, daß die Kenntnis der Nichtberechtigung als erlangt gelten muß, wenn ein redlich und vom eigenen Vorteil nicht

beeinflusst Denkender sich der Überzeugung seiner Nichtberechtigung nicht verschließen würde. Ein solch redlich Denkender hätte sich der Erkenntnis, daß ein auf anstößige Weise erlangter Besitz nicht rechtmäßig sei, nicht verschlossen.

Einen Rechtsirrtum des Berufungsrichters erblickt die Revision darin, daß er nicht die Möglichkeit berücksichtigt habe, daß der Beklagte zu 2 durch den Teilhaberschaftsvertrag vom 20. Mai 1949 nur am Anteil des Beklagten zu 1 beteiligt habe werden sollen, wozu F. dann nicht hätte beigezogen werden müssen. Allein zur Erörterung dieser Frage bestand für den Berufungsrichter angesichts des vorgesehenen Eintritts in das Geschäft selbst, der noch durch das Recht auf Einsicht der Umsatzsteuererklärungen verdeutlicht wurde, kein Anlaß. Ein für die Entscheidung ursächlicher Rechtsirrtum scheidet damit aus. Ebensowenig ist den Ausführungen des Berufungsrichters zu entnehmen, er hätte verkannt, daß bei einer stillen Gesellschaft die Einlage auch in der Einbringung von Diensten bestehen kann und desgleichen bei der Innengesellschaft. Der Berufungsrichter will nur sagen, eine eben nicht vorgesehene Vermögensseinlage hätte gegen den Schmiergeldcharakter gesprochen. Die Feststellung, daß nach dem Vertrage der Beklagte zu 2 seine technischen und kaufmännischen Kenntnisse und Erfahrungen zur Verfügung stellen sollte, genügt entgegen der Meinung der Revision auch nicht für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses, da es darauf ankam, ob diese Bestimmung ernst gemeint war. Dafür, daß das Berufungsgericht den im Tatbestand des Berufungsurteils, S. 8, aufgeführten Vortrag des Beklagten zu 1 übersehen hätte, er habe durch den Gesellschaftsvertrag von einer Reihe von Arbeiten entlastet sein wollen und nach Scheitern des Gesellschaftsvertragsprojekts habe der Beklagte zu 2 für ihn, den Beklagten zu 1, eine Verwaltungstätigkeit ausüben sollen, fehlt

ein genügender Anhalt. Der Berufungsrichter hat vielmehr offenbar im Rahmen der Beweiswürdigung diese Ausführungen gegenüber den auf die Sittenwidrigkeit der Verträge deutenden Umständen - es genügt darauf hinzuweisen, daß nach dem Abkommen vom 2. Januar 1950 für 15 Jahre der Beklagte zu 1 für geleistete, nicht erst zu leistende Lieste zahlen sollte - als unglaublich erachtet. Einer Erörterung dieser Frage in allen Einzelheiten bedurfte es nicht, insbesondere auch nicht einer ausdrücklichen Auseinandersetzung mit der Behauptung des Beklagten zu 1, die übrigens als von den Klägern als bestritten zu betrachten und nicht bewiesen war, der Beklagte zu 2 habe durch Einziehung von Mieten und von Architektenhonorar dem Beklagten zu 1 Lieste geleistet. Erachtete der Berufungsrichter kraft seiner Beweiswürdigung den Gesellschaftsvertrag als bloßen Schmiergoldvertrag, so ergab sich die gleiche Natur für die Schuldverpflichtung vom 2. Januar 1950, die ja unstreitig nur geschlossen wurde, weil der Gesellschaftsvertrag mangels Entstehung der Gesellschaft hinfällig war, ohne weiteres und ein Eingehen auf den rechtfertigenden Vortrag des Beklagten zu 1 zu dieser Schuldverpflichtung war nicht mehr nötig. Wenn die Revision eine Auseinandersetzung des Berufungsgerichts damit vermißt, daß der Beklagte zu 1 den Gedanken der Sittenwidrigkeit zu Verteidigungszwecken, nämlich als Beklagter im Rechtsstreit mit dem Beklagten zu 2, bei dem er Ansprüche aus der Verpflichtungsurkunde vom 2. Januar 1950 geltend machte, erstmalig aufgeworfen habe, so handelt es sich hier um bloße Beweiszeichen, die allenfalls zugunsten des Beklagten zu 1 sprechen konnten. Das entsprechende Vorbringen ist im Tatbestand des Berufungsurteils (S. 5 und 14) erwähnt, einer besonderen Würdigung durch den Berufungsrichter bedurfte es angesichts der sonstigen Urteilsbegründung nicht, wenn er glaubte, die vom Beklagten zu 1 gewünschten Schlüsse nicht ziehen zu können (vgl. BGHZ 3, 162, 175).

Damit erweisen sich die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil wegen der Beurteilung der Verträge zwischen dem Beklagten zu 2 und dem Beklagten zu 1 als unbegründet.

2. Nach Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch den Verwendungsersatzanspruch des Beklagten zu 1 rechtsirrig zu niedrig bemessen.

Wenn die Revision geltend macht, der Berufsrichter hätte dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen Kögel gegenüber dem des Sachverständigen Professor Enderlein den Vorzug geben müssen, so trifft das nicht zu. Das Gutachten des Professor Enderlein war zwar ein Privatgutachten, konnte aber urkundenbeweislich vom Berufungsgericht verwendet werden (BGH LM ZPO § 286 E Nr. 7; Rosenberg, ZPO 9. Aufl. § 120 I; Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. vor § 402 Anm. 5). Die Bewertung beider Gutachten war dann Gegenstand der freien Beweiswürdigung des Berufsrichters. Daß das Berufungsgericht bei der Verwendung des Ergänzungsgutachtens Kögel die Mauerarbeiten der Zentralheizungsanlage im Betrag von 9 500 DM (S. 33 BU) entgegen der Feststellung im vorangehenden Text (S. 28), daß diese vom Beklagten zu 1 ausgeführt worden seien, als darin enthaltenen Posten abgezogen habe, trifft nicht zu. Eine derartige Feststellung des Berufungsgerichts ist seinen Ausführungen nicht zu entnehmen. Abgesehen davon wäre nicht anzunehmen, es hätte die in runder Summe erfolgte Schätzung des Berufungsgerichts durch den Posten, wenn er zugunsten des Beklagten zu 1 noch anzusetzen wäre, zu einem anderen Ergebnis geführt. Inwiefern die Minderung der im Gutachten Kögel enthaltenen Architektengebühr durch das Berufungsgericht fehlerhaft sein soll, ist nicht erkennbar. Die Gebühr wird aus der Bausumme errechnet. Da das Berufungsgericht bei Würdigung des Gutachtens Kögel Beträge als nicht angemessen abgesetzt hat (BU S. 33 Nr. 1 bis 5).

war die Architektengebühr aus den Überträgen von der Endsumme des Gutachtens Kögel abzusetzen, weil dieses auch die Architektengebühr enthielt. Die Absetzung einer Architektengebühr aus dem Baukostenzuschuß der Firma

R [REDACTED] & R [REDACTED] ging in Ordnung, da nach der Feststellung des Berufungsgerichts diese Firma dem Beklagten zu 1 inso- weit eine Architektengebühr bereits gezahlt hatte (BU S. 32 oben).

3. Greifen die Rügen der Revision hinsichtlich des von den Klägern geltend gemachten und vom Berufungsgericht mit 25 500 DM berechneten Anspruchs auf Nutzungsauskehrung nicht durch und sind bei der Berechnung des Verwendungsersatzan- spruchs des Beklagten zu 1 die hierauf bezüglichen Rügen unbegründet, sonstige materiell-rechtliche Verstöße des Berufungsrichters zu Lasten des Beklagten zu 1 nicht er- sichtlich, so steht fest, daß eine höhere Summe als 25 500 DM ihm als Verwendungsersatz nicht zustand, die durch Aufrechnung gegen die Klagesumme getilgt ist. Die Revision des Beklagten zu 1 ist infolgedessen als unbegründet zurückzuweisen.

III.

Zur Anschlußrevision.

Die Anschlußrevision der Kläger erstrebt den Erfolg ihrer Klage. Sie bemängelt die Höhe des vom Berufungsgericht für gegeben erachteten Verwendungsanspruchs des Beklagten zu

1. Die Anschlußrevision beanstandet, daß dem Beklagten zu 1 der Ersatz von Aufwendungen zugesprochen worden ist. Sie ist der Auffassung, dem Beklagten zu 1 stehe lediglich ein Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereiche- rung der Kläger durch den Bau zu. Die Kläger hätten vorge- tragen, der Beklagte zu 1 habe schlecht gebaut, was er auch zugegeben habe. Das habe aber dem mutmaßlichen Willen der

Kläger nicht entsprochen (§§ 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 BGB).

Dem kann nicht beigestimmt werden. Der Beklagte zu 1 hat nur erklärt, daß er den Bau als eigenen betrachtet und daher keine Abrechnungsunterlagen für einen fremden Bau vorbereitet habe, was über die Güte der Bauausführung nichts besagt. Die Beanstandungen, die die Kläger hinsichtlich der Güte der Bauausführung vor dem Tatrichter vorgebracht haben (Schriftsatz vom 16. Februar 1962, S. 3 ff) entbehren der Einzeldarlegung. Das im Sinn des Gesetzes zu führende Geschäft, das der Beklagte zu 1 ausgeführt hat, war der teilweise Wiederaufbau als solcher, nicht die einzelnen hierfür erforderlichen Leistungen (Palandt BGB 23. Aufl. § 683 Anm. 1).

2. Gerügt wird von der Anschlußrevision weiter die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO, der die Feststellung der Höhe einer streitigen Forderung durch freiere Stellung des Gerichtes erleichtert, wenn die vollständige Aufklärung aller für die Höhe maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zur Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Dem Wortlaut nach liegt die Voraussetzung dieser Vorschrift nach der Feststellung des Berufungsrichters nicht vor, da er (BU S. 34) ausführt, der Umfang der vom Beklagten zu 1 geeigneten Bauaufwendungen könne nicht mehr aufgeklärt werden. Das entspricht dem Vortrag des Beklagten zu 1, der einen Nachweis in üblicher Form mit Unterlagen für die Bauaufwendungen nicht erbringen zu können angibt und deswegen mit seiner Widerklage im ersten Rechtszug unterlegen ist. Die Rechtsprechung insbesondere auch des Bundesgerichtshofs (RGZ 139, 172, 174; BGH Urteil vom 29. Juni 1961, VII ZR 32/60, S. 7 JR 1961, 500) hat jedoch die Vorschrift auch für den Fall für anwendbar erklärt, daß die vollständige Aufklärung

sich als unmöglich erweist, wobei der Vergleich zwischen den Schwierigkeiten der Aufklärung und der Bedeutung der Forderung notwendig wegfallen muß. Fraglich wäre allenfalls, ob nur unbedeutende Forderungen derart behandelt werden dürften, was aber, wie dieser Fall und der des VII. Senats zeigen, wenig zweckmäßig wäre. Die Anschlußrevision hält die Vorschrift schon deswegen für nicht anwendbar, weil der Beklagte zu 1 ja nach der Feststellung des Berufungsrichters bösgläubig gewesen sei, da er Aufzeichnungen hätte machen müssen. Wie jedoch der Bundesgerichtshof in dem obengenannten Urteil ausführt, ist auch in den Fällen verschuldeter Beweisnot die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Versäumnis des Beklagten zu 1, Aufzeichnungen zu machen, hinderte daher die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO nicht. Die Kläger haben allerdings (Schriftsatz vom 8. Mai 1961) erklärt, daß die Motive für die "bewußte Unordnung" beim Beklagten zu 1 nicht gerade lauter gewesen seien. Das Berufungsgericht hat aber offenbar eine absichtliche Unterlassung der Abrechnungsvorbereitung wie für einen fremden Bau in der Absicht einen überhöhten, von den wirklichen Aufwendungen abweichenden Ersatz der Aufwendungen zu erreichen als nicht vorliegend erachtet. Einer besonderen Begründung bedurfte es dafür nicht, sie ergab sich schon daraus, daß das Berufungsgericht die Schmiergeldgeschäftseigenschaft der Verträge zwischen den Beklagten zu 1 und zu 2 und die Absicht der Geheimhaltung bejaht hat, womit festgestellt war, daß der Beklagte zu 1 gar nicht damit rechnete, er werde seine Verwendung gegen die Kläger geltend machen müssen.

Ein völliger Ausschluß der Beweisführung nach § 287 Abs. 2 ZPO, an den bei absichtlicher Vereitelung der Aufklärung der Höhe einer Forderung gedacht werden könnte (vgl. § 444 ZPO) und auf den die Anschlußrevision in erster Linie abzielt, kommt demnach nicht in Frage.

Dem Beklagten zu I war aber nach der Feststellung des Berufungsgerichts, die nach den oben zu II gemachten Ausführungen rechtlich nicht zu beanstanden ist, die Nichtigkeit der Verträge bekannt. Wenn er es bei dieser Sachlage unterließ, die für seine Verwendungsansprüche erforderlichen Unterlagen zu schaffen oder für ihre Aufbewahrung Sorge zu tragen, so geht dies zu seinen Lasten und ist eine Handlungsweise, die er zu vertreten hat. In Weiterführung des vom Bundesgerichtshof in dem bereits mehrfach erwähnten Urteil aufgestellten Grundsatz, die Verletzung einer Abrechnungspflicht müsse dazu führen, daß Unklarheiten zu Lasten des Abrechnungspflichtigen gingen, muß der Grundsatz auch im vorliegenden Fall einer verschuldeten Beweisnot des Beklagten gelten. Das empfindet übrigens der Beklagte offenbar selbst, da er, wie auf S. 15 des Berufungsurteils festgehalten ist, sich damit einverstanden erklärt hat, daß der Sachverständige immer von der unteren Grenze der Bewertung ausgehe. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt nicht - jedenfalls nicht erkennbar - bei seiner Schätzung berücksichtigt, seine Ausführungen (BU S. 34), seine Schätzung liege ungefähr in der Mitte zwischen den von den beiden Sachverständigen je angenommenen notwendigen Bauaufwendungen, spricht vielmehr für das Gegenteil.

Schon aus diesem Grunde mußte dem Berufungsrichter durch Aufhebung des Berufungsurteils, insoweit es das Bestehen der Klageforderung wegen der Höhe der Aufwendungen des Beklagten zu I verneint, aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Die Aufhebung und Zurückverweisung wäre unabhängig von dem eben angeführten Grund auch aus einem anderen Grunde zum Teil erforderlich gewesen. Die Anschlußrevision rügt

mit Recht unter Bezugnahme auf § 286 ZPO die Übergehung des mit Beweis vertretenen Sachvortrags der Klägerin im Schriftsatz vom 8. Mai 1961 S. 4, daß der Baukostenzuschuß der Firma R. & R. nicht 25 000 DM, sondern 45 400 DM 9 500 DM (Zentralheizungsanlage) = 35 900 DM betragen habe. Hier hätte nicht etwa eine Tatbestandsberichtigung durch die Kläger beantragt werden müssen, da im Tatbestand des Berufungsurteils (S. 5) als unstreitig lediglich festgehalten ist, daß die Firma bis September 1953 insgesamt 25 000 DM geleistet habe.

Die ohnedies gebotene Zurückverweisung wird dem Berufungsgericht auch Gelegenheit geben nochmals zu prüfen, ob etwa die Unmöglichkeit der Sachaufklärung, wie die Anschlußrevision unter Hinweis auf die Schriftsätze der Klägerin vom 23. und 24. Februar 1961 geltend machte, mit Rücksicht auf steuerliche Unterlagen zu dem entstandenen Verwendungsaufwand zu verneinen wäre, wobei ins Gewicht fallen könnte, daß der Beklagte zu 1 sich in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht vom 22. Februar 1962 hilfsweise zum Beweis seiner Gegenforderung selbst auf die Steuerunterlagen berufen und seine Bereitwilligkeit notfalls das Finanzamt von der Schweigepflicht zu entbinden, ausgesprochen hat.

Soweit die Anschlußrevision rügt, das Berufungsgericht habe Einwendungen der Kläger gegen die von den Sachverständigen als erbracht angesehenen Leistungen im Rahmen seiner Schätzung nicht berücksichtigt, insbesondere den Einwand, der Beklagte habe gegenüber der normalen Bezahlung Ersparnisse durch Verwendung von Handwerkskorn aus dem Ostsektor der Stadt Berlin gemacht, weiter die Beanstandung der angenommenen Schutt- und Trümmerarbeiten, den Einwand, der Beklagte habe überhaupt ein Notdach nicht errichtet,

dies sei vielmehr schon vorhanden gewesen, sind diese Rügen zunächst durch die Zurückverweisung gegenstandslos, die eine neue Beurteilung des Verwendungsanspruchs nötig macht und vor der die Kläger ihre Einwendungen nochmals vorbringen können. Grundsätzlich ist jedoch zu bemerken, daß das Bestreiten von Einzelpositionen des an sich nicht zu bestreitenden Wiederaufbaus durch den Beklagten zu 1 den § 287 Abs. 2 ZPO nicht von vornherein unanwendbar macht. Im vorliegenden Fall ist die Erstellung der Räume wie der Grund des Anspruchs beim Schadensersatzanspruch zu behandeln, die einzelnen Arbeiten brauchen im Rahmen der freien Schätzung nicht zwingend nachgewiesen zu werden. Eine andere Auffassung, daß nämlich Grund und Höhe für jede einzelne Aufwendung (Arbeit) zusammenfallen, würde den mit § 287 Abs. 2 ZPO verfolgten Zweck vereiteln. Mit der zur Erstellung der Räume überhaupt gehörenden Frage, ob der Beklagte zu 1 ein Notdach errichtet hat, was von Seiten der Kläger bestritten worden ist (Schriftsatz vom 16. Februar 1962), befaßt sich das Berufungsgericht allerdings nicht ausdrücklich. Es hat aber offenbar die Erklärung des Beklagten (Schriftsatz vom 15. August 1961) das in seinem Antrag an die Baupolizei als schon bestehend bezeichnete Notdach (Schriftsatz der Kläger vom 23. Februar 1961) sei früher direkt über dem Erdgeschoß errichtet worden, ebenso wie die Sachverständigen als glaubhaft erachtet, zumal da die Verpflichtung zur Errichtung eines Notdachs durch den Beklagten zu 1 im Mietvorvertrag damit übereinstimmte.

4. Die Berücksichtigung eines Architektenhonorars bei der Schätzung insofern, als ein solches in den Gutachten enthalten war, ist kein Rechtsfehler. Eine Leistung, die in den Kreis der beruflichen Tätigkeit des Geschäftsführers fällt, gibt dem Geschäftsführer ohne Auftrag einen Anspruch auf Vergütung (Palandt, BGB 24. Aufl. § 683 Abs. 4). Der Umstand, daß der Beklagte zu 1 sich nicht selbst beaufsichtigen konnte, ist dadurch Rechnung getragen, daß wegen

teilweise eigener Bauausführung das Berufungsgericht eine Kürzung von 20 % des Honorars, wie vom Sachverständigen Kögel in seinem Gutachten vorgeschlagen, bei der Schätzung berücksichtigt hat (BU S. 32).

IV.

Die Kostenentscheidung des Berufungsurteils konnte bestehen bleiben, soweit sie zugunsten des Beklagten zu 2 ergangen ist, der seit der Berufungsinstanz am Rechtsstreit nicht mehr beteiligt ist. Im übrigen erschien es angemessen, die neue Kostenentscheidung dem Berufungsrichter zu übertragen.

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Offterdinger