

Ib ZR 202/62

2222 002

Verkündet am 3. Juli 1964
Zug, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Franz M [REDACTED], MÜ [REDACTED], D [REDACTED] str. [REDACTED].

Beklagten, Widerklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die W [REDACTED] gesellschaft D [REDACTED] straße [REDACTED] mbH,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Hans
B [REDACTED], MÜ [REDACTED], D [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]. [REDACTED]. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1964 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth,
Dr. Sprengmann, Dr. Mösl und Alff

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 27./29. August 1962
an Verkündungs Statt zugestellte Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wurde durch Vertrag vom 28. Juli 1950 mit einem Stammkapital von 55.100 DM errichtet und hatte ursprünglich zum Gegenstand ihres Unternehmens den Erwerb des Ruinengrundstücks D [REDACTED] str. [REDACTED] in Mü [REDACTED], dessen Wiederaufbau und Ausbau für Kleinwohnungen und die wirtschaftliche Ausnutzung dieses Wohnraums. Nach dem Erwerb und dem Wiederaufbau des Hausgrundstücks, welches mit einer erststelligen Hypothek von 140.000 DM und einer zweitstelligen Hypothek von 100.000 DM belastet wurde, änderte die Klägerin am 23. Juli 1959 den Gegenstand ihres Unternehmens in den "Zusammenschluß der Gesellschafter zu einer Wohngemeinschaft mit dem Zweck, den Gesellschaftern das Miteigentum an dem gesellschaftseigenen Anwesen D [REDACTED] str. [REDACTED], verbunden mit dem Sondereigentum an den von den Gesellschaftern benutzten Wohn- und Geschäftsräumen dieses Anwesens zu den auf die Miteigentumsanteile entfallenden Erwerbskosten zu übertragen, sobald die der Gesellschaft gewährten Finanzierungskredite zurückbezahlt sind, oder die Realgläubiger eine Verteilung der Grundpfandrechte auf die Sondereigentumsanteile ohne Änderung der Zins- und Zahlungsbedingungen vornehmen." In der neuen Satzung ist weiter vorgesehen, daß mit jedem der (unteilbaren) Geschäftsanteile das Recht zur Nutzung an einer in dem Anwesen D [REDACTED] Str. [REDACTED] befindlichen Wohnungseinheit verbunden ist und daß die Erwerbskosten für die genutzten Wohnungen 359,05 DM pro qm betragen. Soweit von den Gesell-

- 3 -

schaftern Zahlungen auf die Erwerbskosten bereits geleistet worden sind, sind diese Zahlungen in einer Anlage zu der Satzung nach dem Stand vom 31. Dezember 1958 festgehalten. In dem Maße, in welchem die Gesellschafter bereits die Erwerbskosten einbezahlt haben, vermindert sich die an die Klägerin abzuführende Miete, so daß, wenn die Erwerbskosten voll einbezahlt sind, die Miete ganz wegfällt.

Der Beklagte ist Gesellschafter der Klägerin mit einem Geschäftsanteil von 2.200,-- DM und nutzt eine in dem Hause D [REDACTED] Str. [REDACTED] gelegene Wohnung von 66,95 qm. Dementsprechend berechnet die Klägerin für ihn den Erwerbspreis mit 24.038,40 DM. Der Beklagte hat seine Wohnung durch Mietvertrag vom 6. November 1954 als "Eigentumswohnung" gemietet und hat - abgesehen von einem mit der Klage geltend gemachten Restbetrag - die Erwerbskosten bereits seit längerer Zeit voll eingezahlt. Er entrichtet mit Rücksicht auf die von ihm geleisteten Zahlungen keine Miete, sondern nur eine Nutzungsentschädigung zur Bestreitung der laufenden Verwaltungs- und Unterhaltungskosten des Hauses.

Wegen dieser Nutzungsentschädigung war es im Jahre 1956, also mehrere Jahre vor der Satzungsänderung vom 23. Juli 1959, zu einem Rechtsstreit zwischen den Parteien gekommen (3 O 632/58 des Landgerichts München I), in welchem die Klägerin einen Rückstand für Nutzungsentschädigung eingeklagt und der Beklagte widerklagend zunächst die Übertragung des Wohnungs-



eigentums und dann die Zahlung von 25.911,32 DM Zug um Zug gegen Räumung der Wohnung verlangt hatte. Der Rechtsstreit endete durch einen außergerichtlichen Vergleich. Am 24. September 1958, also ebenfalls noch vor der Satzungsänderung, hatte nämlich in Anwesenheit des Beklagten und des Geschäftsführers der Klägerin eine Gesellschafterversammlung stattgefunden, die sich mit dem Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Beklagten befaßte und über die das Protokoll folgendes festhält:

"In Sachen Wohnungsbauges. mbH und Herrn M. kommt ein außergerichtlicher Vergleich zustande.

1. Herr M. nimmt seine Klage zurück und sieht von weiteren Klagen in dieser Sache ab.
2. Die Streitteile teilen sich in die entstandenen Kosten je zur Hälfte.
3. Die Zahlungen in Höhe von 22.024,10 DM und der Nachforderungsbetrag von 2.014,30 DM werden in der kommenden Bilanz, wie folgt, eingesetzt:
 - 1) 2.200,-- DM Geschäftsanteil
 - 2) 7.841,05 DM Baudarlehen
 - 3) 8.040,70 DM 1. Hypothek (Mietvorauszahlung)
 - 4) 5.956,65 DM 2. Hypothek (Mietvorauszahlung)1) bis 4) ergibt zusammen den Baukostenpreis von 24.038,40 DM.

Herr M. anerkennt, eine weitere Zahlung von 2.014,30 DM, die Erhöhung der Baukosten, die zur Erfüllung des seinerzeitigen Vergleichs auf seine

Wohnung entfällt, bis zum Ende dieses Jahres zu bezahlen.

Die GmbH erkennt an, Herrn M[REDACTED] für persönliche Aufwendungen für die Fertigstellung seiner Wohnung einen vom Aufsichtsrat festzustellenden Betrag zu schulden und auf die obige Zahlung aufzurechnen.

Außer der Nachforderung ist noch die strittige Nutzungsgebühr-Differenz für die vergangenen Jahre 1955, 56 und 57 und 58 mit Ziel vom 31.12.58 fällig. Demzufolge hat Herr M[REDACTED] ab 1.1.59 nur noch den jährlich festgesetzten Unkostensatz zu entrichten. Der Unkostensatz von DM -,59 ist zu berechnen.

Herr M[REDACTED] hat dem Vergleich in dieser Form zugestimmt.

Wer ist gegen diesen Vergleich? Keine Gegenstimme.

Wer enthält sich der Stimme - eine Stimmenthaltung.
Herr Di[REDACTED] 21 Stimmen - 465 Stimmen sind für den Vergleich.

Der Vergleich ist von der Gesellschaft angenommen."

Am 25. September 1958 übersandte der Geschäftsführer der Klägerin dem Beklagten einen Protokollauszug, worauf der Beklagte mit Schreiben vom 26. September 1958 den Protokollauszug zurückschickte und gleichzeitig mitteilte, er habe sich entschlossen, den mündlichen Vergleich "zurückzuziehen und für gegenstandslos zu erklären", da bei Einsichtnahme des Protokolls deutlich hervorgehe, "daß die WBG mbH nicht gewillt ist, Eigentumswohnungen jetzt oder in absehbarer Zeit zu

3

machen, (siehe Abstimmung) wofür eine entsprechende Satzungsänderung zu vollziehen wäre." Außerdem focht der Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 23. Oktober 1958 den Vergleich wegen Irrtums an, da er sich zur Zahlung nur unter der Voraussetzung verpflichtet habe, daß er seine jetzige Wohnung als Eigentumswohnung erhalten, mindestens aber für die bereits geleisteten Zahlungen hypothekarisch gesichert werde. Gleichwohl ließ der Beklagte im Vorprozeß in der mündlichen Verhandlung vom 27. Oktober 1958 erklären, daß ein außergerichtlicher Vergleich geschlossen worden sei, und nahm am 2. Februar 1959 unter Hinweis auf den außergerichtlichen Vergleich seine Widerklage zurück. Als die Klägerin auf das Schreiben des Beklagten vom 23. Oktober 1958 eine erneute Gesellschafterversammlung zum 6. November 1958 einberief, teilte der Beklagte der Klägerin durch anwaltliches Schreiben vom 3. November 1958 mit:

".....

Ohne daß nun mein Mandant eine Verpflichtung hätte, Ihnen das Nachstehende mitzuteilen, mache ich Sie darauf aufmerksam, daß der Vergleich vom 25.9.58 rechtswirksam ist und von keinem der beiden Teile einseitig abgeändert werden kann. Diesen Standpunkt haben Sie ja auch in Ihrem Schreiben an meinen Mandanten vom 30.9.58 eingenommen. Es interessiert also in keiner Weise, was die Gesellschafterversammlung am nächsten Donnerstag beschließt oder nicht beschließt.

....."

Die Klägerin macht unter Berufung auf den ihrer Ansicht nach wirksamen Vergleich vom 24. September 1958 gegen den Beklagten den protokollarisch festgehaltenen

Nachzahlungsbetrag von 2.014,30 DM für Baukosten und den Nachzahlungsanspruch auf Nutzungsentschädigung geltend, den sie daraus ableitet, daß der Beklagte während mehrerer Jahre nicht die Nutzungsentschädigung in voller Höhe von 0,59 DM pro qm bezahlt habe, obwohl er sich in dem Vergleich dazu rechtswirksam verpflichtet habe; die Klägerin macht ferner, nachdem in der Gesellschafterversammlung vom 18. Dezember 1958 einstimmig die Nutzungsentschädigung für die Zeit ab 1. Januar 1959 auf 0,65 DM pro qm erhöht worden ist, die Differenz zwischen der in dem Protokoll vom 24. September 1958 festgehaltenen Nutzungsentschädigung in Höhe von 0,59 DM pro qm und der nunmehr zu entrichtenden in Höhe von 0,65 DM für die Zeit bis zum 31. August 1959 geltend. Sie hat von der Klageforderung erstattungsfähige Aufwendungen des Beklagten für die Fertigstellung der Wohnung abgesetzt und zuletzt die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von insgesamt 1.817,98 DM mit Zinsen begehrt.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten und dazu vorgetragen:

Das Protokoll vom 24. September 1958 gebe die mündlichen Verhandlungen in der Gesellschafterversammlung nicht richtig wieder. Er habe den Abschluß eines Vergleichs ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß er ein "festes Recht auf seine Wohnung bekomme" und daß seine geleisteten Zahlungen nicht als "Mietvorauszahlung" verbucht, sondern hypothekarisch gesichert würden. Eine Einigung sei daher nicht zustande gekommen (§§ 154, 155 BGB), jedenfalls habe

er den Vergleich wirksam wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung sei er in der geltend gemachten Höhe nicht verpflichtet. Die Klägerin könne ihn nicht auf dem Umweg über eine sogenannte "Nutzungsentschädigung" praktisch doch wieder mit einer Miete belasten. In jedem Fall sei die Klägerin verpflichtet, die Höhe der Nutzungsentschädigung, mithin ihren Verwaltungsaufwand, zu belegen. Die abermalige Erhöhung der Nutzungsentschädigung ab 1. Januar 1959 sei für ihn nicht bindend. In der Gesellschafterversammlung vom 24. September 1958 sei für ihn nämlich auch für die Zukunft eine Nutzungsentschädigung von 0,59 DM pro qm festgesetzt worden. Der Beklagte rechnet gegenüber der Klageforderung mit einem weiteren, von der Klägerin nicht anerkannten Betrage von 850 DM, auf den er für die Fertigstellung seiner Wohnung aufgewendet habe. Schließlich beruft er sich gegenüber der Klageforderung auf ein Zurückbehaltungsrecht, welches er daraus ableitet, daß die Klägerin weder in der Lage noch willens sei, ihm das Eigentum an seiner Wohnung zu verschaffen.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zur Zahlung von 19.824,10 DM zu verurteilen. Er steht auf dem Standpunkt, daß die Klägerin diesen von ihm unstreitig bezahlten Betrag ohne rechtlichen Grund einbehalte, nachdem sie Wohnungseigentum nicht verschaffen könne und wolle und damit der Zweck der Leistung nicht erreicht worden sei. Betrachte man dagegen diesen Betrag ganz oder teilweise als "Darlehen", so sei ihm

dieser Betrag zurückzuzahlen, nachdem er ihn(im Laufe des Rechtsstreits)durch Schreiben vom 4. März 1960 rechtswirksam gekündigt habe.

Die Klägerin hat um Abweisung der Widerklage gebeten und auf das Vorbringen des Beklagten erwidert:

Der Vergleich sei richtig protokolliert worden und es sei nie die Rede davon gewesen, daß für den Beklagten eine Hypothek im Grundbuch eingetragen werden sollte. Vielmehr sei dem Beklagten nur zugesichert worden, daß die von ihm bezahlten Beträge als Tilgungsbetrag für die erste und zweite Hypothek auf dem Hause D [REDACTED] str. ■ ■ gebucht werden sollten. Der Sinn der in dem Vergleich enthaltenen Regelung über die Nutzungsentschädigung habe darin bestanden, daß die Höhe des Verwaltungsaufwandes gerade nicht belegt werden, sondern der Beklagte die Pauschale von 0,59 DM anerkennen sollte; für die Zukunft hätte er sich verpflichten wollen, die Nutzungsentschädigung in der Höhe zu zahlen, wie sie jeweils in der Gesellschafterversammlung beschlossen würde. Die von dem Beklagten geltend gemachten 850 DM habe ihr damaliger Geschäftsführer Sch [REDACTED] von dem Beklagten als Privatmann erhalten und damit für den Beklagten Rechnungen bezahlt, die zur Verbesserung seiner Wohnung allein aufgrund seiner Sonderwünsche entstanden seien. Sie bemühe sich laufend darum, den Gesellschaftszweck zu erreichen und die von ihr vermieteten Wohnungen den Gesellschaftern als Eigentumswohnungen zuzuteilen. Spätestens werde dies der Fall sein, wenn die auf dem Anwesen D [REDACTED] str. ■ ■ lastenden Hypotheken

bezahlt seien, jedoch werde wahrscheinlich schon vorher eine Umschuldung und damit verbunden eine anteilige Übertragung der Hypotheken auf das zu bildende Sondereigentum möglich sein. Der Beklagte werde keineswegs gegenüber den anderen Gesellschaftern benachteiligt, die die Baukosten für ihre Wohnungseinheit noch nicht einbezahlt hätten. Denn da sich entsprechend dem Anteil, mit welchem die Baukosten bezahlt seien, die Miete ermäßige, wohne der Beklagte seit Einzahlung der Erwerbskosten mietfrei. Wollte man dagegen die einbezahlten Baukosten des Beklagten als Darlehen betrachten, so seien diese Beträge analog § 19 des ersten Bundesmietengesetzes zu behandeln, so daß der Beklagte, wenn er das Geld zurück haben wolle, verpflichtet sei, auszuführen.

Das Landgericht hat über die widerstreitenden Behauptungen der Parteien Beweis erhoben und sodann den Beklagten - mit Ausnahme eines geringfügigen Zinsbetrages - antragsgemäß verurteilt; die Widerklage hat es abgewiesen.

Die Berufung des Beklagten ist - abgesehen von einem Betrag von 123,43 DM für Fertigstellung der Wohnung, den die Klägerin in der Berufungsinstanz weiterhin als erstattungsfähig anerkannt hat - zurückgewiesen worden.

Mit der hiergegen gerichteten Revision verfolgt der Beklagte sein Widerklagebegehren weiter und erstrebt die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Wirksames Zustandekommen des Vergleichs
vom 24. September 1958.

1. Das Berufungsurteil legt dar, daß eine Einigung in der Gesellschafterversammlung vom 24. September 1958 zustandegekommen sei. Die hierfür beweispflichtige Klägerin habe durch die Beweisaufnahme nachgewiesen, daß der Beklagte seine Zustimmung zu dem Vergleich nicht von der Eintragung einer Hypothek zu seinen Gunsten abhängig gemacht habe; hierfür spreche auch sein Verhalten nach Abschluß des Vergleiches, da er mit widersprechenden Behauptungen hervorgetreten sei. So habe er einerseits geltend gemacht, er habe die Bedingung gestellt, daß er für sein Geld "Hypothekensicherheit erhalte", andererseits aber behauptet, er habe "ein festes Recht auf seine Wohnung" zur Bedingung gemacht. Dieser angebliche Inhalt der von dem Beklagten nach seinem Sachvortrag gestellten "Bedingungen" schlosse sich in gewisser Weise gegenseitig aus. Gemeinsam sei ihm nur zu entnehmen, daß der Beklagte eine Sicherung gewünscht habe, es sei aber nicht erwiesen, daß er sie zur Bedingung des Vergleiches gemacht habe. Bei den in sich widerspruchsvollen Behauptungen des Beklagten komme es auch auf die Vernehmung der weiteren von ihm benannten Zeugen nicht an, da sie, wenn sie die in ihr Wissen gestellten, sich widersprechenden Behauptungen des Beklagten bekunden würden, das Beweisergebnis nicht erschüttern könnten.

2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision können den Bestand des angefochtenen Urteils im Ergebnis nicht in Frage stellen.

- a) Die Revision rügt zunächst die Verletzung von Beweislastregeln. Zutreffend habe das Berufungsgericht ausgeführt, daß die Klägerin die Beweislast für das Zustandekommen des Vertrages vom 24. September 1958 habe, während es im Widerspruch hierzu abschließend feststelle, der Beklagte habe nicht nachweisen können, daß er eine dingliche Sicherung zur Bedingung des Vergleichs gemacht habe.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen über die Beweislast mißverständlich sind. Gleichwohl hat das Berufungsgericht im Ergebnis nicht gegen Beweislastregeln verstoßen. Mit Recht geht es nämlich davon aus, die Klägerin habe zu beweisen, daß die im Protokoll vom 24. September 1958 festgehaltenen Abreden tatsächlich Vertragsinhalt geworden sind. Dies hat das Berufungsgericht aufgrund der Zeugenvernehmung bejaht, wobei es noch darauf hätte hinweisen können, daß - wie der Beklagte selbst in seinem Schriftsatz vom 28. März 1962 auf Seite 3 vorträgt - unstreitig das Protokoll in seiner Anwesenheit verlesen wurde und er danach seine Zustimmung gegeben hat. Angesichts dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß das Protokoll den Vortragsinhalt richtig wiedergibt und daß, wenn der Parteiwille entgegen dem Wortlaut des Protokolls auf eine andere Regelung gerichtet gewesen sein sollte, der Beklagte hierfür die Beweislast trägt.

- b) Die Revision rügt unter Hinweis auf § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht den Beweisanträgen des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 28. März 1961 auf Seite 9 (Zeuge Dr. N [REDACTED]) und auf Seite 11 (Zeuge Di [REDACTED] und Zeugin Frau M [REDACTED]) nicht nachgegangen sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht diesen Beweisanträgen mit Recht deshalb nicht nachgegangen ist, weil sie auf den Nachweis widerspruchsvoller Behauptungen gerichtet gewesen seien und deshalb das Beweisergebnis nicht hätten erschüttern können. Tatsächlich hat der Beklagte in seinem letzten, die Vorgänge in der Gesellschafterversammlung vom 24. September 1958 zusammenfassenden Schriftsatz vom 28. März 1962 eine abschließende und widerspruchsfreie Darstellung gegeben und diese Vorgänge erneut in das Wissen des Zeugen Di [REDACTED] gestellt. Gleichwohl brauchte das Berufungsgericht auf diesen Beweisantritt nicht einzugehen, weil es die zuletzt gegebene Darstellung der Vorgänge in der Gesellschafterversammlung als wahr unterstellen konnte. Selbst wenn nämlich - wie der Beklagte vorträgt - der Zeuge Dr. N [REDACTED] erklärt hat, daß die Gesellschafter ja praktisch schon Wohnungseigentümer seien, und selbst wenn dem Beklagten eröffnet worden ist, daß keine Mietvorauszahlung von ihm verlangt werde und er doch für seinen ursprünglichen Kaufpreis eine Hypothekensicherheit habe, so schließen diese Erklärungen die vom Berufungsgericht festgestellte Einigung im Sinne des Protokolls vom 24. September 1958 nicht aus. Die Redewendung, daß die Wohnungen "praktisch" schon Eigentumswohnungen seien, kann nicht als Zusicherung

aufgefaßt werden, daß der Beklagte alsbald das Wohnungseigentum erhalten werde, wobei noch hinzukommt, daß die fragliche Bemerkung wirtschaftlich gesehen sogar zutrifft, da die Klägerin jedenfalls nunmehr satzungsgemäß verpflichtet ist, ihren Gesellschaftern das Sondereigentum an den gemieteten Wohnungen zu verschaffen, und da bis dahin entsprechend den eingezahlten Beträgen die Miete verringert wird oder, wie im Fall des Beklagten, ganz wegfällt. Auch die behauptete Äußerung, daß von dem Beklagten keine Mietvorauszahlung verlangt werde und er ja eine Hypothekensicherheit habe, steht der Feststellung des Berufungsurteils, wonach eine Einigung im Sinne des Protokolls zustandegekommen sei, nicht entgegen, zumal nach Lage der Dinge die Eintragung einer Hypothek auf dem Anwesen D. [REDACTED] Str. [REDACTED] zugunsten des Beklagten nicht in Betracht kommen konnte, da alsdann jeder Gesellschafter mit Recht hätte verlangen können, daß seine jeweiligen Einzahlungen auf den Erwerbspreis hypothekarisch gesichert würden. Schon technisch erscheint eine solche Gestaltung unmöglich, da bei den sich laufend erhöhenden Einzahlungen eine ständige Umschreibung im Grundbuch die Folge gewesen wäre. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsfehler aufgrund des Wortlauts des Protokolls und aufgrund der vorliegenden Zeugenaussagen feststellen, daß eine Sicherung des Beklagten nur dahingehend gewollt war, ihn durch die bilanzmäßige Buchung seiner Einzahlungen als Tilgungsleistung auf die erste und die zweite Hypothek zu sichern.

II. Anfechtung des Vergleichs vom 24. September 1958.

1. Das Berufungsurteil verneint die Anfechtbarkeit des Vergleichs sowohl wegen Irrtums als auch wegen arglistiger Täuschung. Der Beklagte habe nicht nachgewiesen, daß er die Erklärungen in der Gesellschafterversammlung vom 24. September 1958 irrtümlich dahin verstanden habe, daß für seine Zahlungen eine Hypothek auf dem Grundstück D [REDACTED] straße [REDACTED] eingetragen werden solle. Im übrigen sei die Anfechtung am 23. Oktober 1958 verspätet erklärt worden; das Schreiben des Beklagten vom 26. September 1958 könne nicht als Anfechtung wegen Irrtums über die Hypothekenbestellung aufgefaßt werden. Eine Anfechtbarkeit wegen arglistiger Täuschung verneint das Berufungsgericht deshalb, weil der Beklagte nicht dargetan habe, daß ihm bei Abschluß des Vergleichs die Übertragung des Wohnungseigentums versprochen worden sei, und weil er, selbst wenn es ihm versprochen worden wäre, jedenfalls nicht bewiesen habe, daß die Klägerin ihn insoweit getäuscht habe. Denn tatsächlich sei durch die Satzungsänderung vom Juli 1959 die Beschaffung des Wohnungseigentums ausdrücklich zum Gegenstand der Gesellschaft gemacht worden.
2. Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe sind gleichfalls nicht begründet. Zwar ist es, wie das Berufungsgericht auch nicht verkannt hat, trotz der Willenseinigung der Parteien in der Gesellschafterversammlung vom 24. September 1958 nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte die dort abgegebenen Erklärungen falsch verstanden und irrtümlich angenommen hat, daß ihm eine

Hypothek an dem Hause D [REDACTED] straÙe [REDACTED] bestellt werden sollte. Das Berufungsgericht konnte aber auch insoweit ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, daß der Beklagte den dahingehenden, ihm obliegenden Beweis nicht erbracht habe, ohne daß es dem Beweiserbieten des Beklagten über die Vorgänge in der Gesellschafterversammlung nachzugehen brauchte. Denn die in dem Schriftsatz vom 28. März 1962 abschließend gegebene Darstellung dieser Vorgänge konnte das Berufungsgericht auch in diesem Zusammenhang als wahr unterstellen; selbst wenn nämlich dem Beklagten bedeutet worden ist, daß er eine Hypothekensicherheit habe, ist angesichts der Bekundungen des Zeugen V [REDACTED] die tatsächliche Feststellung möglich und deshalb aus Rechtsgründen nicht angreifbar, daß in der Versammlung hinreichende Klarheit in dem Sinne geschaffen worden war, daß die Zahlungen nur als Leistungen auf die erste und die zweite Hypothek verbucht werden, nicht aber für den Beklagten dinglich gesichert werden sollten. An sich zutreffend weist die Revision darauf hin, daß die behaupteten Zusicherungen gegenüber dem Beklagten, wonach er alsbald das Wohnungseigentum erhalten solle, ebenfalls Grundlage einer Irrtumsanfechtung sein können und daß das Berufungsurteil hierzu keine Ausführungen enthält. Das Berufungsgericht hat aber im Zusammenhang mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung diesen behaupteten Irrtum des Beklagten behandelt und hat eine falsche Vorstellung des Beklagten darüber, daß ihm das Wohnungseigentum alsbald beschafft werde, für nicht erwiesen erachtet. Auch insoweit bedurfte es einer weiteren Beweiserhebung über die Vorgänge in der Gesellschafterversammlung vom

24. September 1958 nicht. Denn die im Schriftsatz vom 28. März 1962 behaupteten und als wahr zu unterstellenden Bemerkungen des Zeugen Dr. N [REDACTED], wonach die Wohnungen ja "praktisch" schon Eigentumswohnungen seien, zwingen nicht zu dem Rückschluß, daß der Beklagte davon ausging, das Sondereigentum werde auch formal alsbald den Gesellschaftern eingeräumt werden.

Es kann danach dahingestellt bleiben, ob, was die Revision in Frage stellt, das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei die Anfechtungserklärung für verspätet gehalten hat und ob es zutreffend davon ausgegangen ist, daß das Schreiben des Beklagten vom 26. September 1958 nicht als Anfechtung wegen Irrtums über die Hypothekenbestellung aufgefaßt werden könne.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auch eine wirksame Anfechtung wegen arglistiger Täuschung verneint. Dies ergibt sich, soweit der Beklagte eine arglistige Täuschung auf die gleichen Gründe zurückführt, auf die er die Irrtumsanfechtung stützt, aus dem Dargelegten. Soweit der Beklagte darüber hinaus eine arglistige Täuschung darin erblickt, daß die Klägerin überhaupt nicht beabsichtige, ihren Gesellschaftern Eigentumswohnungen zu beschaffen, wird das Berufungsurteil durch die zutreffende Erwägung getragen, daß die Klägerin inzwischen die Beschaffung des Wohnungseigentums für ihre Gesellschafter zum Gegenstand des Unter-

nehmens gemacht hat. Zwar besteht theoretisch die Möglichkeit, daß die Klägerin ihre Satzung nur im Hinblick auf den Prozeß mit dem Beklagten geändert hat und bei Abschluß des Vergleichs vom 24. September 1958 nicht die Absicht hatte, überhaupt Eigentumswohnungen zu beschaffen. Mit Recht geht das Berufungsgericht aber davon aus, daß der Beklagte insoweit beweisfällig geblieben ist, wobei noch hinzukommt, daß dem Beklagten seine Wohnung in dem Mietvertrag vom 6. November 1954 als "Eigentumswohnung" vermietet worden ist, was immerhin dafür spricht, daß die Klägerin von Anfang an die Absicht hatte, die von ihren Gesellschaftern gemieteten Wohnungen in Eigentumswohnungen umzuwandeln.

III. Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten.

1. Das Berufungsgericht legt dar, daß die Zahlungen des Beklagten als Kaufpreis für eine Eigentumswohnung dienen sollten. Einen Anspruch auf Einräumung des Wohnungseigentums habe der Beklagte aber nicht, weil die Formvorschrift des § 4 WEG in Verbindung mit § 313 BGB nicht gewahrt sei. Da der Beklagte in Kenntnis dieses Umstandes die Vorausleistung auf den Baukostenpreis erbracht habe, sei die Klägerin nicht ohne Rechtsgrund bereichert. Rechtsgrund sei vielmehr der in Aussicht genommene Kauf des Wohnungseigentums. Nur wenn feststehe, daß die Beklagte weder in der Lage noch willens sei, Eigentumswohnungen zu beschaffen, sei der Rechtsgrund als weggefallen zu betrachten.

Dies sei aber nicht der Fall. Der Beklagte könne die Leistung auch nicht deshalb verweigern, weil die Klägerin vorleistungspflichtig sei; denn sie habe sich in dem Vergleich vom 24. September 1958 nicht verpflichtet, dem Beklagten für die von ihm geleisteten Beträge eine Hypothek einzutragen.

2. Die gegen diese rechtliche Beurteilung erhobenen Rügen der Revision sind im Ergebnis ebenfalls nicht begründet. Zutreffend hält das Berufungsgericht den Einwand der Bereicherung für unbegründet. Es verneint zwar - mit Recht - einen Anspruch des Beklagten auf Übertragung des Wohnungseigentums aus dem Vergleich vom 24. September 1958. Denn insoweit fehlt es schon an der Form des § 313 BGB. Gleichwohl besitzt die Klägerin die von dem Beklagten eingezahlten Beträge nicht ohne rechtlichen Grund. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht zutreffend als rechtlichen Grund den in Aussicht genommenen Kauf des Wohnungseigentums betrachtet. Denn in jedem Fall hat der Beklagte aus seinen Mitgliedschaftsrechten bei der Klägerin einen Anspruch auf Zuteilung seiner Wohnung als Eigentumswohnung, und zwar, entsprechend der Satzung der Klägerin, dann, wenn die Hypotheken zurückgezahlt sind oder die Realgläubiger eine Verteilung der Grundpfandrechte auf die Sondereigentumsanteile ohne Änderung der Zins- und Zahlungsbedingungen vornehmen. Mithin besitzt die Klägerin die von dem Beklagten auf den Kaufpreis bezahlten Beträge jedenfalls für die Dauer der Mitgliedschaft des Beklagten mit einem rechtlichen Grunde.

Auch der Hinweis der Revision auf § 320 BGB geht fehl. Aus dieser Vorschrift ergibt sich - was die Revision verkennt - keineswegs die Verpflichtung der Klägerin, sofort zu leisten, wenn die von dem vorleistungspflichtigen Beklagten geschuldete Leistung (Zahlung des Kaufpreises) erbracht ist. Vielmehr hängt die Frage, wann die Leistung des andern Teils zu erbringen ist, jedenfalls im Falle einer vertraglichen Vorleistungspflicht von der jeweiligen Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen ab. Insoweit hat das Berufungsgericht aber in anderem Zusammenhang ohne Rechtsfehler festgestellt, daß der Beklagte sich verpflichtet habe, der Klägerin den Kaufpreis bis zur Bestellung des Wohnungseigentums zu belassen. Soweit die Revision mit ihrer Rüge aus § 320 BGB geltend machen will, daß die Vorleistungspflicht überhaupt entfalle, wenn der Vorleistungsberechtigte nicht seinerseits fähig und bereit sei, demnächst selbst zu leisten (BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 19 zu § 320 BGB), geht auch diese Rüge fehl. Denn das Berufungsgericht hat in anderem Zusammenhang rechtsfehlerfrei festgestellt, der Beklagte habe jedenfalls nicht nachweisen können, daß die Klägerin überhaupt nicht die Absicht habe, Eigentumswohnungen zuzuteilen. Der Umstand allein, daß die Klägerin zur Zeit nicht fähig ist, Sondereigentum zu schaffen, genügt nicht, um das Erlöschen der Vorleistungspflicht herbeizuführen; denn der Beklagte hat sich nach den Feststellungen des Berufungsurteils verpflichtet, den Kaufpreis als Vorleistung weiterhin bis zur Zuteilung des Wohnungseigentums bei der Klägerin zu belassen.

Soweit die Revision schließlich ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten daraus ableitet, daß die Klägerin nicht bereit sei, die gezahlten Beträge dinglich zu sichern, handelt es sich um die gleichen, nicht begründeten Rügen, welche sie gegen den vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt des Vergleichs vorgebracht hat.

IV. Nutzungsentschädigung.

Das Berufungsgericht legt den Vergleich vom 24. September 1958 unter Heranziehung der Zeugenaussagen L. [REDACTED] und M. [REDACTED] dahin aus, der Beklagte habe sich verpflichtet, bis 1958 einschließlich den Satz von 0,59 DM pro qm zu zahlen und ab 1959 den jährlich festzusetzenden Unkostenbeitrag, mithin für 1959 0,65 DM pro qm, zu entrichten. Diese Feststellungen greift die Revision mit dem Hinweis darauf an, daß ein fester Unkostensatz von 0,59 DM pro qm in dem letzten Satz des den Unkostenbeitrag regelnden Absatzes des Vergleiches ausdrücklich festgelegt worden sei. Die Revision verkennt dabei, daß angesichts des Wortlauts des vorletzten Satzes ("demzufolge hat Herr Mahler ab 1.1.1959 nur noch den jährlich festgesetzten Unkostensatz zu entrichten") die Auslegung des Berufungsgerichts jedenfalls möglich und deshalb der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen ist.

V. Aufrechnungsforderung in Höhe von 850 DM.

Bezüglich dieser Forderung führt das Berufungsgericht unter Heranziehung der Zeugenaussage Sch. [REDACTED] aus, es

sei nicht erwiesen, daß die 850 DM für Arbeiten aufgewendet worden seien, die die Klägerin zur Fertigstellung der Wohnung hätte leisten müssen. Die Revision wendet sich hiergegen mit dem Hinweis darauf, daß unstreitig der Betrag an den damaligen Geschäftsführer Sch. der Klägerin ausbezahlt worden sei, und daß deshalb die Klägerin hätte nachweisen müssen, warum der Betrag für Arbeiten bezahlt worden sei, die nicht anrechnungsfähig seien. Auch diese Rüge ist unbegründet. Eine Umkehrung der Beweislast, wie sie die Revision offenbar aufgrund der Tatsache annimmt, daß dem damaligen Geschäftsführer der Klägerin die Beträge ausgehändigt wurden, kann schon um deswillen nicht in Betracht kommen, weil der Zeuge Sch. bekundet hat, daß er die fraglichen Aufträge nicht für die Gesellschaft, sondern für den Beklagten erteilt habe und daß die Handwerker und Geschäftsleute die Rechnungen auf den Namen des Beklagten ausgestellt hätten.

VI. Widerklage.

1. Das Berufungsurteil verneint einen Rückforderungsanspruch des Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus den Gesichtspunkten der Unmöglichkeit, des Rücktritts oder der Kündigung. Die Zahlungen des Beklagten hätten einem doppelten Zweck gedient, einmal als Kaufpreis und zum andern als Mietvorauszahlung. Ein Recht, die Leistungen als Mietvorauszahlung zurückzufordern, sei nicht vorgesehen, so daß dem Beklagten auch ein Kündigungsrecht jedenfalls solange nicht zustehe, als der Mietvertrag bestehe und er mietfrei wohne. Auch

unter dem Gesichtspunkt des Kaufpreises könne der Beklagte die gezahlten Beträge nicht zurückfordern, da er sich verpflichtet habe, der Klägerin den Kaufpreis bis zur Beschaffung des Wohnungseigentums zu belassen. Obwohl ein formgültiger Vertrag über die Beschaffung des Wohnungseigentums nicht vorliege, sei eine Unmöglichkeit nach § 323 BGB nicht gegeben, da die Beschaffung des Wohnungseigentums nicht dauernd unmöglich sei; auch die Voraussetzungen des § 326 BGB lägen nicht vor, da der Beklagte der Klägerin zur formgültigen Übernahme der Verpflichtung, das Wohnungseigentums zu bestellen, keine Frist mit Rücktrittsandrohung gesetzt habe. Schließlich könne sich der Beklagte nicht auf den Gesichtspunkt der Gleichstellung mit den andern Mietern berufen. Denn er sei zumindest bei Abschluß des Vergleichs bewußt davon ausgegangen, daß er den vollen Kaufpreis für das Wohnungseigentum bezahle, während ein großer Teil der Mieter nur Miete bezahle.

2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision erweisen sich ebenfalls als nicht begründet. Der Hinweis darauf, daß die Klägerin zur Zeit nicht leisten könne, insbesondere kein lastenfreies Wohnungseigentum verschaffen könne, ist an sich zutreffend und steht auch in Übereinstimmung mit den Feststellungen des Berufungsgerichts. Rechtsirrtumsfrei hat das Berufungsgericht aber demgegenüber festgestellt, daß der Beklagte sich verpflichtet habe, der Klägerin den Kaufpreis bis zur Bestellung des Wohnungseigentums zu belassen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht mit Recht davon

ausgegangen ist, der Beklagte habe einen Anspruch auf Abschluß eines formgültigen Vertrages, welcher die Übertragung des Wohnungseigentums zum Gegenstand habe. Ein Anspruch auf Übertragung des Wohnungseigentums steht dem Beklagten, wie dargelegt, schon aufgrund seiner Mitgliedschaftsrechte in Verbindung mit dem satzungsmäßigen Zweck der Klägerin zu. Selbst wenn aber der Beklagte darüber hinaus einen Anspruch auf Abschluß eines formgültigen Vertrages hat, welcher die Verpflichtung der Klägerin zur Übertragung des Wohnungseigentums spätestens nach Rückzahlung der Hypotheken auf dem Hause D [REDACTED] straße [REDACTED] nochmals festlegt, kann der Beklagte sich nicht auf § 326 BGB berufen. Denn er hat, wie das Berufungsgericht mit Recht feststellt, insoweit keine Frist mit Rücktrittsandrohung gesetzt, und er hat, worauf das Berufungsgericht darüber hinaus hätte hinweisen können, einen Anspruch auf Abschluß eines formgültigen Vertrages, welcher die in der Satzung der Klägerin niedergelegten Rechte der Gesellschafter bloß wiederholt, nicht einmal geltend gemacht. Vielmehr ging sein Begehren immer darauf, ihm das Wohnungseigentum alsbald zu übertragen.

Die Revision rügt unter Hinweis auf § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht die geleisteten Zahlungen einmal als Kaufpreis, zum andern als Mietvorauszahlung behandelt habe. Diese Rüge ist deshalb verfehlt, weil das Berufungsgericht ausdrücklich darauf hinweist, daß die Zahlungen eine doppelte Funktion gehabt hätten, und zwar als Kaufpreis und zugleich als Mietvoraus-

zahlung für das bis zur Übertragung des Wohnungseigentums bestehende Mietverhältnis.

Soweit schließlich die Revision unter Hinweis auf § 242 BGB ausführt, das Berufungsgericht habe verkannt, daß der Gesellschaftsvertrag die Klägerin zur Gleichbehandlung des Beklagten mit den anderen Gesellschaftern zwingt, kann auch diese Rüge keinen Erfolg haben. Tatsächlich behandelt die Klägerin nämlich ihre Gesellschafter insofern gleich, als sie von denjenigen Gesellschaftern, die den Kaufpreis für ihre Eigentumswohnung noch nicht einbezahlt haben, eine Miete verlangt, die sich je nach der Höhe des Guthabens ermäßigt und bei voller Einzahlung des Kaufpreises ganz wegfällt.

VII. Nach allem war die Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Sprenkmann

Mösl

Alff