

B. 4

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 94, 95, 951

Errichtet ein Mieter auf dem Mietgrundstück mit Zustimmung des Eigentümers in der - diesem bekannten - Erwartung, dieser werde ihm das in Aussicht gestellte Erbbaurecht demnächst bestellen, einen Massivbau, so ist dieser als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 BGB) zu behandeln, wenn es zu einer Erbbaurechtsbestellung nicht kommt. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB findet keine Anwendung. Handelt es sich bei dem Bau um einen Teilabschnitt der beabsichtigten Gesamtbauung, so richtet sich die Vergütung des Mieters aus § 951 BGB nach der Werterhöhung des Grundstücks in dem Zeitpunkt, in dem der Mieter den Weiterbau endgültig aufgibt und der Vermieter wieder in den Besitz seines Grundstücks gelangt.

BGH, Urt. v. 12. April 1961 - VIII ZR 152/60 -

OLG Hamburg
LG Hamburg

4

VIII ZR 152/60

Verkündet laut Protokoll
am 12. April 1961
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der [REDACTED] H[REDACTED], vertreten durch den
Leiter des Bezirksamts A[REDACTED] in H[REDACTED]-A[REDACTED], Rathaus,

Klägerin, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

gegen

den früheren Hotelpächter Friedrich Gustav E[REDACTED] in
H[REDACTED]-A[REDACTED], A[REDACTED] B[REDACTED]platz [REDACTED]

Beklagten, Berufungskläger, Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 12. April 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel,
Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 23. März 1960
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen. Diesem wird auch die Ent-
scheidung über die Kosten des Revisionsver-
fahrens übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von insgesamt 41 852,53 DM rückständige Mietzinsen und Sietgebühren in Anspruch, ein Betrag, der ihr nebst Zinsen durch Urteil des Landgerichts in Verbindung mit dem ersten Urteil des Berufungsgerichts vom 10. April 1958 zugesprochen worden ist. Das letztgenannte Urteil ist jedoch durch Urteil des erkennenden Senats vom 23. Juni 1959 - VIII ZR 90/58 -, auf dessen Tatbestand verwiesen wird, aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Dieses hat nunmehr die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin Verurteilung des Beklagten nach ihrem Zahlungsantrag.

Entscheidungsgründe:

A. Klagforderung und Zurückbehaltungsrecht.

I. Das Berufungsgericht führt näher aus, die Klagforderung sei in der geltend gemachten Höhe von 41 852,53 DM ursprünglich entstanden.

In diesem Betrage sind Mietzinsen (zum Teil als Entschädigung gemäß § 557 BGB) in Höhe von 1000 DM monatlich für die Zeit von August 1954 bis zur zwangsweisen Räumung im April 1957 = für 33 Monate enthalten sowie 5000 DM Mietrückstände aus der Zeit von Februar 1950 bis September 1951. Diese Mietforderung von insge-



samt 38 000 DM war der Höhe nach unstreitig. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auch ausgeführt, der Beklagte habe nicht nachzuweisen vermocht, daß ihm wegen des Rückstandes von 5000 DM über den Monat September 1951 hinaus Stundung gewährt worden sei.

Keine rechtlichen Bedenken bestehen schließlich gegen seine Ausführungen, der Beklagte schulde der Klägerin auf Grund des § 7 des Vertrages Sietgebühren in dem Umfange, in welchem sie ein privater Grundeigentümer zu entrichten gehabt hätte. Das Gleiche gilt, soweit es in der Berechnung dieser Gebühren den Angaben der Klägerin gefolgt und unter Berücksichtigung von Zahlungen des Beklagten zu einem Restbetrag von 3852,56 DM gekommen ist, den er noch schulde. Insoweit sind schon nach dem Urteil des erkennenden Senats vom 23. Juni 1959 keine Beanstandungen gegen das erste Berufungsurteil zu erheben gewesen.

II. Daß der Beklagte gegenüber der Klagforderung kein "Zurückbehaltungsrecht" mit der Begründung geltend machen kann, ihm sei von der Klägerin ein Erbbaurecht an dem Grundstück zu bestellen, ist bereits im ersten Revisionsurteil des erkennenden Senats im gegenwärtigen Rechtsstreit ausgesprochen. Insoweit ist ergänzend auch auf das Urteil des erkennenden Senats vom 18. März 1958 - VIII ZR 64/57 - zu verweisen, mit dessen Verkündung die Verurteilung des Beklagten zur Räumung des Grundbesitzes rechtskräftig geworden ist.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht ferner ausgeführt (BU 39), der vom Beklagten zur Begründung seines auch weiterhin geltend gemachten Zurückbehaltungs-

rechts wegen der Mietzahlungen neu vorgetragene Gesichtspunkt, zwischen den Parteien habe hinsichtlich des Kaiserhofgrundstücks eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden, weil sie beide am Wiederaufbau dieses Grundbesitzes interessiert gewesen seien, könne nicht zum Erfolge führen. Es liegt jedenfalls nichts dafür vor, daß sich die Parteien zu einer solchen Gesellschaft zusammengeschlossen haben. Sie haben vielmehr ihre rechtlichen Beziehungen zunächst rein mietvertraglich geregelt. Anstelle des Mietvertrages sind späterhin erbbaurechtliche Beziehungen in Aussicht genommen worden. In dieser Richtung hat die Klägerin dem Beklagten zwar Zusicherungen gemacht, ohne daß es jedoch zu einem Erbbaurechtsvertrag gekommen ist. Das Interesse der Klägerin am Wiederaufbau des Grundbesitzes war für sie nur Beweggrund, dem Beklagten das Grundstück zu vermieten und ihm späterhin auch einen Erbbaurechtsvertrag in Aussicht zu stellen. Daraus ergibt sich aber nichts für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages.

Sonstige bislang im Rahmen des Zurückbehaltungsrechts nicht geprüfte Gesichtspunkte sind nicht erkennbar.

B. Aufrechnung.

Das Berufungsgericht weist die Klage ab, weil es dem Beklagten wegen des von ihm auf dem Kaiserhofgrundstück errichteten Geschäftsbaues für die Hansabank und für einen Optikerladen einen Entschädigungsanspruch nach § 951 BGB in Verbindung mit §§ 946 bis 950 BGB zubilligt, mit dem er gegenüber der Klagforderung rechtswirksam aufgerechnet habe, so daß diese erloschen sei (EU 35, 39).

I. 1. Das Berufungsgericht prüft zunächst (BU 40), ob die Parteien Ansprüche aus § 951 BGB abbedungen hätten. Dazu erwägt es, nach § 5 des Mietvertrages habe der Beklagte allerdings das Recht und auf Verlangen der Klägerin auch die Pflicht gehabt, die von ihm errichteten Baulichkeiten und sonstigen Einrichtungen zu entfernen. Eine Entschädigungspflicht der Klägerin für Gebäude und Anlagen, die er bei Lösung des Mietverhältnisses mit ihrer Zustimmung auf dem Grundstück belasse, sei danach (ausdrücklich) ausgeschlossen gewesen! Es führt jedoch aus, diese vertragliche Bestimmung gelte nicht für diejenigen Bauwerke, die der Beklagte in Erwartung des ihm in Aussicht gestellten Erbbaurechts mit Zustimmung der Klägerin errichtet habe, und erwägt dabei, sie beziehe sich, da sie sich in einem nur auf zehn Jahre abgeschlossenen Mietvertrage befinde, nur auf die üblichen provisorischen Bauten, die nach der Kapitulation bis zur Währungsreform in der Regel möglich waren und keinen bleibenden Wert hatten; denn solche mit "wertlosen" Reichsmark erstellten Bauten hätten sich schnell amortisieren müssen.

2. Nicht ausdrücklich erwähnt hat das Berufungsgericht die Nr. 12 des Vertrages vom 28./29. Januar 1946. Dort heißt es: "Die Zahlung einer Entschädigung durch die Vermieterin bei Ablauf des Mietverhältnisses am oder nach dem 31. März 1956 oder, wenn der Mieter selbst kündigt, scheidet für alle Fälle aus". Die Revision meint, aus dieser Abmachung folge, dem Beklagten hätten unter gar keinen Umständen Ansprüche aus § 951 BGB oder sonstige Ansprüche wegen der in Hinblick auf das in Aussicht gestellte Erbbaurecht errichteten Gebäude zustehen sollen, und sieht in der Nichterwähnung dieser Vertragsbestimmung eine Verletzung des § 286 ZPO. Die Rüge ist unbegründet.

4

Dabei mag dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht die genannte Bestimmung übersehen hat. Auch für sie kann jedenfalls nichts anderes gelten als für die Nr. 5 des Vertrages; denn auch sie ist zugeschnitten auf solche Bauten, die ein Mieter, der einen nur zehnjährigen Mietvertrag hat, im Rahmen dieses Vertrages errichtet und bei denen er deshalb von vornherein darauf Bedacht nehmen muß, daß sie sich auch in dieser Zeit amortisieren. Sie kann aber nicht auch auf Massivbauten angewendet werden, die der Beklagte nur im Hinblick auf das ihm - für sechzig Jahre - in Aussicht gestellte Erbbaurecht errichtet hat. Für sie gilt das gleiche, was der erkennende Senat in seinem ersten Revisionsurteil auf S. 13 für die Nr. 5 des Vertrages ausgeführt hat. Wenn auch derartige Massivbauten, die sich in den Rahmen des nach dem eigenen Schreiben der Klägerin vom 22. April 1949 in mehreren Bauabschnitten vorgesehenen Gesamtwiederaufbaues (Tatbestand erstes Revisionsurteil S. 3, 4) einfügten, noch unter Nr. 12 des alten Mietvertrages hätten fallen sollen, hätte das klar und eindeutig vereinbart werden müssen. Daß das geschehen ist, hatte die Klägerin weder früher vor dem ersten Revisionsverfahren, noch hat sie es im neuen Berufungsverfahren vorgebracht. Allerdings hat die Klägerin nunmehr, worauf die Revision in einem anderen Zusammenhang verweist, behauptet (Schriftsatz vom 7. März 1960 S. 2), die Baulichkeiten müßten abgerissen werden, weil sie für die jetzt vorliegende endgültige Bebauung nicht verwandt werden könnten. Das ist jedoch für die Frage, ob es sich bei der Errichtung der Bauten um solche gehandelt hat, für die jeder Anspruch des Beklagten gegen die Klägerin auf Grund der Nr. 12 des Mietvertrages von vornherein vertraglich ausgeschlossen war, unerheblich. Angesichts des eigenen Vortrages der Klägerin im Schriftsatz vom 6. November 1954 S. 3, auf den schon im ersten Revisionsurteil verwiesen ist (s. 13), es habe anerkannt werden können, daß sich der Wiederaufbau der Ge-

bäudeecke für die Ha■■■■bank und den Optiker He■■■■ in die Gesamtplanung einfügen werde, muß jedenfalls davon ausgegangen werden, daß die Klägerin in der Zwischenzeit ihre Pläne geändert hat. Darauf kommt es aber für die Frage, ob ein vertraglicher Ausschluß etwaiger Ansprüche als vereinbart angesehen werden kann, nicht an.

Das Berufungsgericht ist deshalb ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß Ansprüche aus § 951 BGB nicht abgedungen sind (BU 39).

II. Zum Grund des Gegenanspruchs.

Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen des § 951 BGB für gegeben. Es führt aus, der Beklagte habe einen Rechtsverlust im Sinne von § 946 BGB erlitten, weil er ein Gebäude (Räume für Ha■■■■bank und Optiker) mit dem Grundstück der Klägerin dergestalt verbunden habe, daß es ein wesentlicher Bestandteil (im Sinne von § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB) geworden sei. Es sieht keinen der beiden Ausnahmetatbestände des § 95 Abs. 1 Satz 1 und 2 für gegeben an.

Die Revision, welche Verletzung der §§ 94, 95, 242, 276, 812, 818, 951 BGB und der §§ 139, 286 ZPO rügt, kann, soweit sie sich gegen den Grund des Gegenanspruchs richtet, keinen Erfolg haben. Denn das Berufungsgericht hat rechtsirrtumsfrei einen Anspruch des Beklagten unmittelbar aus § 951 BGB bejaht.

1. Die Revision greift zunächst vergeblich die Feststellung an, der Beklagte habe die Räume für die Hansa-bank und den Optiker nicht auf Grund des Mietvertrages zu einem vorübergehenden Zweck, sondern für die Dauer errichten wollen. In diesem Zusammenhang hat das Berufungs-

4

gericht erwogen, diese Bauten hätten bei dem vom Beklagten geplanten Gesamtwiederaufbau Verwendung finden sollen und ihre tragenden Mauern und Fundamente seien so stark gebaut, daß auf sie noch vier bis fünf Stockwerke hätten hinaufgesetzt werden können (BU 42). Daß diese Bauweise nach dem Vortrag des Beklagten auf eine Auflage der Baubehörde zurückzuführen ist, ist entgegen der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zum Ausdruck gebrachten Auffassung unerheblich, zumal das Berufungsgericht weiter festgestellt hat (BU 41), auch der Klägerin sei, als sie - d.h. ihre Liegenschaftsverwaltung - die Zustimmung zur Errichtung der Bauten erteilte, erkennbar gewesen, daß der Beklagte sie nicht auf Grund des (nur) auf zehn Jahre fest abgeschlossenen Mietvertrages vom 28./29. Januar 1946 errichtete, sondern auf Grund des ihm in Aussicht gestellten Erbbaurechts; denn für die restliche Dauer von sechs Jahren (bis 1956) habe es sich für den Beklagten (im Jahre 1950) nicht mehr gelohnt, auf dem Grundstück Massivbauten zu errichten.

Diese Feststellungen beruhen auf nicht angreifbaren tatrichterlichen Erwägungen. Daß für die Entscheidung von Bedeutung war, ob die erwähnten Räume auf Grund des alten Mietvertrages und damit nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet waren, ergab sich eindeutig aus dem ersten Revisionsurteil. Das Berufungsgericht hatte deshalb im Gegensatz zur Auffassung der Revision keinen Anlaß, sein Fragerecht dahin auszuüben, ob die Klägerin in dieser Richtung noch etwas vorzutragen hatte. Schon aus diesem Grunde ist die in diesem Zusammenhang aus § 139 ZPO erhobene Rüge der Revision unbegründet. Im übrigen ergibt sich auch aus den im Revisionsrechtszuge von der Klägerin neu vorgelegten Schreiben des Beklagten persönlich vom 22. August 1954 und seines Prozeßbevollmächtigten vom 19. Oktober 1959 nichts zu ihren Gunsten. Nach dem erstgenannten Schreiben hatte der Beklagte zwar damals ver-

sucht, beim Finanzamt zu erreichen, daß er den auf dem Kaiserhofgrundstück errichteten Bankbau bis zum Ablauf des Mietvertrages voll abschreiben konnte. Daraus ist aber nicht zu entnehmen, daß er diesen Bau 1950 in Hinblick auf diesen Vertrag errichtet hatte. Schon das Finanzamt hat sich, wie ebenfalls aus dem vorgelegten Schreiben zu ersehen ist, auf den richtigen - hier auch vom Berufungsgericht vertretenen - Standpunkt gestellt, dieser Mietvertrag sei längst durch die Zusatzklärungen der Klägerin überholt gewesen. Auch sonst spricht dieses Schreiben eindeutig dafür, daß der Beklagte die Auffassung vertrat, er habe die Gebäude errichtet, weil er einen Anspruch auf Abschluß des - zugesagten - Erbbaurechtsvertrages gehabt und noch habe. Nach dem zweiten der vorgelegten Schreiben mag der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten zwar der - irrigen - Meinung gewesen sein, der Beklagte habe das Recht gehabt, auch diese Baulichkeiten abzureißen. Auch daraus läßt sich jedoch nichts gegen die Feststellung des Berufungsgerichts herleiten, er selbst sei bei Errichtung der Bauten davon ausgegangen, sie sollten für die Dauer mit dem Grund und Boden verbunden bleiben und habe den Willen gehabt, sie entsprechend mit ihm zu verbinden.

2. Zu § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach zu den Bestandteilen eines Grundstückes ein Gebäude nicht gehört, das in Ausübung eines Rechtes an einem Grundstück errichtet wird, vertritt das Berufungsgericht die Rechtsauffassung, diese Bestimmung könne hier deshalb keine Anwendung finden, weil der Beklagte, der die Räume zwar im Hinblick auf das ihm in Aussicht gestellte Erbbaurecht mit dem Grund und Boden verbunden habe, ein solches Recht weder gehabt noch erhalten habe. Ausgeübt werden könne aber erst, so führt es aus, ein bestelltes Recht. Diese Auffassung, daß das Recht rechtsgültig bestehen muß, daß ein nur ir-

rigerweise in Anspruch genommenes Recht nicht "ausgeübt" werden kann, sowie daß ein es trotzdem Ausübender nicht "Berechtigter" im Sinne von Satz 2 aaO ist, entspricht der jetzt herrschenden Meinung (Palandt, BGB 20. Aufl. § 95 Anm. 3; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 95 Anm. 10; so schon: Planck, BGB 4. Aufl. § 95 Anm. 4 c). Nicht nötig ist allerdings, daß das dingliche Recht, in dessen Ausübung ein Gebäude errichtet wird, zu dieser Zeit bereits eingetragen war, wenn es nur später eingetragen wird (Erman, BGB 2. Aufl. § 95 Anm. 4; OLG Breslau, Deutsche Justiz 1938, 380; Soergel, BGB 9. Aufl. § 95 Anm. 9). Auch hier würde das vom Beklagten begonnene und schon teilweise errichtete Bauwerk, wenn ihm später ein Erbbaurecht bestellt worden wäre, damit wesentlicher Bestandteil dieses Erbbaurechts geworden sein (Staudinger, aaO. ErbbauVO § 12 Anm. 3 b). Das ändert aber nichts daran, daß das Gebäude durch den Willen des Beklagten, es endgültig mit dem Grund und Boden fest zu verbinden, wesentlicher Bestandteil des Grundstücks im Sinne von § 94 BGB geworden ist, mag er sich auch vorgestellt haben, es werde einmal wesentlicher Bestandteil des ihm in Aussicht gestellten Erbbaurechts werden. Dem Berufungsgericht ist deshalb darin zu folgen, daß es zwar auf die Willensrichtung des Einfügenden oder Erbauers dann ankommt, wenn zu prüfen ist, ob die mit dem Grund und Boden vorgenommene Verbindung für die Dauer oder nur vorübergehend im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgenommen worden ist, daß aber, wenn ein Erbauer eine Verbindung für die Dauer schaffen will, der Eintritt der in §§ 93, 94 BGB vorgesehenen Rechtsfolge nicht durch seine Vorstellung verhindert wird, er schaffe einen wesentlichen Bestandteil eines künftigen Erbbaurechts. Die Rechtslage ist im Ergebnis nicht anders zu beurteilen,

als wenn ein Mieter in der Erwartung, sein vorläufiger Mietvertrag werde durch einen langfristigen - mit demnächstiger Entschädigungsverpflichtung des Vermieters - ersetzt werden, auf dem Grundstück ein Gebäude errichtet, das endgültig stehen bleiben soll (BGHZ 10, 171, 176). Hier hat der Beklagte es in der Hoffnung errichtet, er werde ein Erbbaurecht erhalten. Diese Erwartung hat sich nicht verwirklicht, so daß die Bereicherung der Klägerin auch ohne Rechtsgrund im Sinne von § 812 BGB eingetreten ist.

3. Bei dieser Sach- und Rechtslage kommt es nicht mehr auf die Hilferwägung des Berufungsgerichts an, die Räume für die Ha-Bank und den Optikerladen müßten auch dann als wesentliche Bestandteile des Grundstücks angesehen werden, wenn man davon ausgeht, die Errichtung eines Bauwerkes im Hinblick auf ein in Aussicht gestelltes Erbbaurecht sei einem Fall des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtlich gleichzustellen (BU 44). Die hierzu vorgebrachten Rügen der Revision brauchten deshalb nicht beschieden zu werden.

4. Das Berufungsurteil enthält auch sonst, soweit es den Grund des Gegenanspruchs des Beklagten aus § 951 BGB bejaht, keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin. Auch die dagegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision können keinen Erfolg haben.

a) Das Berufungsgericht hat im Anschluß an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGHZ 23, 61 = NJW 1957, 460 erwogen (BU 40), ein Mieter, der auf einem gemieteten Grundstück gebaut habe, könne den Vermieter nicht ohne weiteres zwingen, das Bauwerk zu übernehmen und ihn zu entschädigen,

weil ihm § 951 BGB nicht das Recht gebe, dem Grundeigentümer ein Gebäude aufzudrängen, das er nicht haben wolle. Auf diese Entscheidung, die den Eigentümer unter gewissen Voraussetzungen für berechtigt erklärt, den auf § 951 BGB gestützten Bereicherungsanspruch des Erstellers eines Gebäudes dadurch abzuwehren, daß er ihm das Bauwerk zum Abbruch zur Verfügung stellt, würde sich die Klägerin hier schon deshalb nicht berufen können, weil vorliegend das Gebäude nicht wie in dem damals entschiedenen Fall gegen den Willen des Eigentümers errichtet worden ist; denn das Berufungsgericht hat festgestellt, der Beklagte habe die Räume für die Ha■■■■bank und den Optiker gerade mit ausdrücklicher Zustimmung der Klägerin erbaut. Im übrigen ist dem Berufungsgericht auch darin beizutreten, wenn es ausführt, der Eigentümer müsse die Entschädigung nach § 951 BGB jedenfalls dann zahlen, wenn er die vom Mieter errichteten Bauwerke übernehme. Dazu hat es festgestellt, die Klägerin habe das hier dadurch getan, daß sie, nachdem sie den Beklagten des Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung entsetzt habe, Mietverträge mit der Ha■■■■bank und dem Optiker zu ungefähr gleichen Bedingungen abgeschlossen habe, wie diese Mieter sie mit dem Beklagten vereinbart gehabt hätten. Vor allem habe sich die Höhe des Mietzinses nicht geändert. Auf diese Weise habe die Klägerin von der Zeit der Übernahme der Bauten an bis in die Gegenwart allein für die Geschäftsräume der Ha■■■■bank für 33 Monate je 2300 DM = 80 500 DM eingenommen; denn diese Bank zahle unbestritten eine Jahresmiete von 27 600 DM. Von dem Optiker habe die Klägerin für die gleiche Zeit eine Jahresmiete von 3600 DM erhalten. Damit müßte die Klägerin für den Optikerladen in 33 Monaten = 300 DM monatlich, d.h. weitere 9900 DM oder = insgesamt 90 400 DM erhalten haben. Die Auffassung, daß

in dem Verhalten der Klägerin auch eine Übernahme der Gebäude liegt, ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar. Nach außen hin ist darin jedenfalls eine entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärung zu finden.

b). Soweit die Revision unter Bezugnahme darauf, die Klägerin habe schon am 14. Mai 1952 die Projekte des Beklagten abgelehnt, weil sie aus bauplanerischen Gründen freie Hand habe behalten wollen (erstes Berufungs-urteil vom 10. April 1958 S. 22), vorträgt, das Gebäude sei im Hinblick auf die Stadtplanung, die eine Entfernung der Gebäude vorsah, wertlos gewesen, ist zu bemerken, daß dieser Vortrag jedenfalls dem früheren Vorbringen der Klägerin widerspricht. Nach dem bereits oben erwähnten Schriftsatz vom 6. November 1954 S. 3 hat diese damals anerkannt, der Wiederaufbau der Gebäudeecke für die Ha~~bank~~ und den Optiker He~~bank~~ werde sich in die Gesamtplanung einfügen. Von einer Wertlosigkeit der Baulichkeiten konnte das Berufungsgericht deshalb und auch im Hinblick auf die von der Klägerin nach seinen Feststellungen aus dem Gebäude seit 1957 erzielten erheblichen Einnahmen nicht ausgehen. Demgegenüber ist auch unerheblich, daß die Beklagte im Schriftsatz vom 7. März 1960 S. 2 vorgetragen hat, die Baulichkeiten müßten nunmehr abgerissen werden, weil sie "für die jetzt vorliegende endgültige Bebauung" nicht verwandt werden können. Auch daraus brauchte das Berufungsgericht nicht zu entnehmen, daß das Gebäude, als es die Klägerin nach der Räumung übernahm, wertlos war. Das gilt auch dann, wenn der Abbruch noch im Frühjahr 1960 vorgenommen werden sollte, wie die Klägerin nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 34) ergänzend vorgetragen hat.

4

Nach dem bisher festgestellten Sachverhalt konnte das Berufungsgericht jedenfalls annehmen, die Klägerin habe das Gebäude erst auf Grund eines später gefaßten Entschlusses abreißen lassen wollen und sich dem Beklagten gegenüber auch in Hinblick auf § 818 Abs.4 BGB nicht ohne weiteres auf einen Fortfall der Bereicherung berufen können, nachdem der Anspruch aus § 951 BGB durch Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß schon lange vorher rechtshängig geworden war.

1, c) Das Berufungsgericht hat weiter erwogen (BU 41), die Klägerin habe den Beklagten in der Annahme bauen lassen, die Bauwerke würden auf die Dauer mit dem Grundstück verbunden bleiben. Dazu hat es auf ihre Schreiben vom 22. Januar 1949 und 22. April 1949 verwiesen, in welchen dem Beklagten das Erbbaurecht in Aussicht gestellt war, und darauf hingewiesen, sie habe der Errichtung der Bauten ausdrücklich zugestimmt. Es ist von ihm auch festgestellt, der Klägerin sei dabei erkennbar gewesen, der Beklagte errichte die Bauten nicht auf Grund des nur für zehn Jahre fest abgeschlossenen Mietvertrages, sondern in Hinblick auf das in Aussicht gestellte Erbbaurecht. Es berücksichtigt weiter, der Klägerin sei der Mietvertrag mit der Ha bank, der über fünfzehn Jahre lief, bekannt gewesen und stellt ausdrücklich fest, die Klägerin habe in diesem Bau (in Verbindung mit dem Ausbau des Optikerladens) selbst den ersten Schritt zum Wiederaufbau des Kaiserhofgrundstücks erblickt; denn nach ihrem eigenen - früheren - Vortrag hätten diese Bauten nach dem damaligen Aufbauplan in den Gesamtaufbauplan einbezogen werden sollen. Aus diesen und den weiteren Feststellungen (unter a) hat das Berufungsgericht den

b-
z
-
n-
h
es
at.

Schluß gezogen, der Beklagte habe auf Grund des Gesamtverhaltens der Klägerin davon ausgehen müssen, ihm würde, wenn es zur Bestellung des Erbbaurechtes nicht kommen sollte, zumindest ein Entschädigungsanspruch nach § 951 BGB zustehen (BU 42), die Klägerin würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie diesen Entschädigungsanspruch dadurch abwehren wolle, daß sie ihm den Abbruch der Bauwerke anheimgabe (BU 41), und sie habe ihr Recht, den Beklagten auf diese Möglichkeit hinzuweisen, verwirkt (BU 44). Auf diese Hilferwägungen kommt es zwar hier nicht an, weil auch unabhängig davon ein Anspruch aus § 951 BGB zu bejahen ist. Sie könnten aber von Bedeutung sein, wenn sich im weiteren Verlaufe des Verfahrens ergeben sollte, daß die Klägerin doch im Ergebnis nicht bereichert ist, und deshalb geprüft werden muß, ob dem Beklagten ein Anspruch aus culpa in contrahendo zusteht oder sonst aus Billigkeitsgründen zuzuerkennen ist.

d) Soweit die Revision auf den angeblich vom Berufungsgericht unbeachtet gelassenen Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 7. März 1960 S. 3 verweist, der Beklagte habe wissen müssen, die Entschädigung für den Abriß der Neubauten werde nur in dem Materialwert bestehen, den er über die Abbruchkosten hinaus erzielen werde, beachtet sie nicht, daß der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht damit zu rechnen brauche, das Gebäude werde wieder abgerissen werden müssen. Auch in diesem Zusammenhang ist unerheblich, daß nach den neuen Plänen der Klägerin die Räume im Jahre 1960 abgerissen werden mußten, wie die Revision vorträgt.

4

e) Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht es schließlich für unerheblich angesehen, daß der Beklagte den teilweisen Aufbau mit einem ihm von der Hansa-bank gewährten Darlehen durchgeführt hat. Ob jemand für ein Gebäude eigene oder fremde Mittel verwendet hat, ist jedenfalls im Rahmen der Beurteilung der Frage, ob ihm ein Bereicherungsanspruch aus § 951 BGB zusteht, ohne Bedeutung.

5. Im vorliegenden Einzelfall bestehen auch keine Bedenken, wenn das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, der Anspruch auf Entschädigung sei hier im Zeitpunkt der Zwangsräumung des Grundbesitzes entstanden und deshalb auch für die Bemessung der Entschädigung entsprechend auf diese Zeit abgestellt^{hat}. Der Anspruch konnte keinesfalls früher fällig werden, als bis die Klägerin in den Besitz des Gebäudes kam und in der Lage war, daraus die Ertragnisse zu ziehen, die es abwarf. Nach den obigen Ausführungen zu 1 muß zwar angenommen werden, daß die vom Beklagten 1950 errichteten Räume von Anfang an in das Eigentum der Klägerin fielen, weil sie wesentliche Bestandteile des Grundstücks wurden. Hätte der Beklagte aber, wie ihm in Aussicht gestellt war, ein Erbbaurecht erhalten, dann würden die Räume in diesem Augenblick wesentlicher Bestandteil dieses Erbbaurechts geworden sein. Bis sich herausstellte, daß es endgültig nicht zur Bestellung eines Erbbaurechts kam, blieb danach das Eigentum der Klägerin im Ergebnis "noch in der Schwebe". Es kommt hinzu, daß es sich bei den Räumen für die Ha-bank und den Optiker nur um einen Gebäudeteil handelt, der sich allerdings in den Rahmen des vom Beklagten beabsichtigten Gesamtaufbaues einfügen sollte. Diesen Gesamtaufbau konnte er aber nicht mehr vollenden. Ein solcher Ge-

bäudeteil muß einem unvollendeten Gebäude gleichgestellt werden. In einem solchen Falle entsteht der Anspruch auf Vergütung aber erst in dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte den Weiteraufbau endgültig aufgibt (BGHZ 10, 171, 179, 180 = NJW 1953, 1466; Urt.v. 23.Oktober 1953 - V ZR 38/52 - NJW 1954, 265; BGB RGRK 11. Aufl. § 951 Anm. 14). Das war hier der Zeitpunkt der Räumung. Dabei ist unerheblich, daß sich der Beklagte 1957 noch der Hoffnung hingegeben haben mag, er werde im Revisionsrechtszug obsiegen. Praktisch mußte er jedenfalls spätestens damals seine Absicht weiterzubauen endgültig aufgeben.

III. Höhe des Gegenanspruchs.

1. Das Berufungsgericht schätzt die Erhöhung des Wertes des Grundbesitzes nach der Ertragssteigerung durch die Bebauung seitens des Beklagten. Es geht dabei von einer Einnahme von jährlich 31 200 DM aus. Von diesem Betrage setzt es als Bodenwertanteil ein Viertel des vom Beklagten gezahlten Mietzinses = 3000 LM ab. Unter Berücksichtigung von 75 % Bewirtschaftungskosten = 21 150 LM errechnet es einen jährlichen Reinertrag von 7050 DM. Mit Rücksicht darauf, daß die Gebäude solide gebaut seien, weil sie noch vier bis fünf Stockwerke hätten aufnehmen sollen, geht es von einer Restnutzungsdauer von neunzig Jahren aus. Daraus errechnet es einen Gebäudeertragswert von 96 514,50 DM, der die Klagforderung bereits erheblich überschreite. Hilfsweise erwägt es, zu dem Ergebnis, der Anspruch aus § 951 BGB ergebe mindestens 45 000 DM, so daß die Klagforderung nebst Zinsen, die es auf insgesamt 44 533,24 LM errechnet, auf jeden Fall durch die Aufrechnung erloschen sei, führe auch die Anwendung der Faustregel, nach der im allgemeinen als Wert eines Gebäudes mindestens

das Siebenfache des Ertrages angesetzt werde, nämlich hier bei vorsichtiger Schätzung $7050 \times 7 = 49\ 350$ DM.

Ob die Hansabank auch gegenüber der Klägerin, wie sie es nach dem Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 19. Juni 1957 ihm gegenüber getan habe, zwecks Tilgung des ihm gewährten Darlehens, monatlich 1800 DM zurückbehält, läßt das Berufungsgericht dahingestellt. Dazu führt es aus, wenn sie es tun sollte, und die Klägerin damit einverstanden sei, würde diese auf eine Schuld des Beklagten Leistungen erbringen. Ihr würde alsdann ein Bereicherungsanspruch gegen den Beklagten zustehen, den sie jedoch im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht geltend gemacht habe.

2. Der Revision ist darin beizutreten, daß diese Ausführungen des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten.

a) Der Anspruch aus § 951 BGB ist zwar entgegen § 818 Abs. 2 BGB stets nur auf Vergütung in Geld gerichtet (Palandt 20. Aufl. § 951 Anm. 2 a). Auch bei ihm handelt es sich jedoch um einen echten Bereicherungsanspruch. Die Herausgabepflicht beschränkt sich deshalb immer auf die Bereicherung. Dieser Begriff ist aber nach herrschender Meinung nicht rechtlicher, sondern wirtschaftlicher Natur (BGB RGRK 11. Aufl. § 818 Anm. 30; Palandt BGB 20. Aufl. § 818 Anm. 6; BGHZ 1, 75, 81, 82; BGH Urt. v. 15. März 1955 - I ZR 173/55 - LM BGB § 818 Abs. 3 Nr. 6). Aus diesem Grunde ist die Auffassung des Berufungsgerichts, es könne dahingestellt bleiben, ob die Hansabank der Klägerin gegenüber ihr Darlehen weiter verrechne, und die Klägerin müsse für den Fall, daß dies geschehe und sie damit einverstanden sei, auf einen (besonderen) Bereicherungsanspruch,

den sie durch eine solche Erfüllung einer Schuld des Beklagten erlangt, aber im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht geltend gemacht habe, verwiesen werden, rechtlich nicht haltbar. Denn, abgesehen davon, daß auch dem Beklagten nicht damit gedient sein könnte, wenn die Klägerin einen neuen Prozeß anstrengen müßte, kann diese auch insoweit nicht als bereichert angesehen werden, als sie bei Übernahme des Gebäudes in den mit der Bank laufenden Mietvertrag, der teilweise Verrechnung der Miete auf das dem Beklagten gewährte Darlehen vorsah, eingetreten ist und die Restschuld des Beklagten zu tilgen übernommen hat.

Schon dieser von der Revision gerügte Rechtsfehler des Berufungsgerichts nötigt zur Aufhebung des Berufungsurteils, weil es zur Feststellung der Höhe des Bereicherungsanspruchs, den das Berufungsgericht allein nach dem - erhöhten - Ertragswert ermittelt hat, noch weitere Erörterungen tatsächlicher Art bedarf, die das Revisionsgericht von sich aus abschließend vorzunehmen nicht in der Lage ist.

Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten in dem vom Berufungsgericht angeführten Schriftsatz vom 19. Juni 1957 behielt die Bank damals noch monatlich 1800 = jährlich 21 600 DM ein. Nicht festgestellt ist, wie lange sie dazu berechtigt war. Das Berufungsgericht ist andererseits nur zu einem Reinertrag für die fraglichen Räume von jährlich 7050 DM gekommen. Dieser kann nicht erzielt werden, solange die Bank noch ihr Darlehen auf Miete verrechnen kann. Bei den vom Berufungsgerichts unterstellten Bewirtschaftungskosten von jährlich 21 150 DM würde die Klägerin vielmehr noch erhebliche Zuschüsse leisten müssen. Nun wird allerdings, wie das Berufungsgericht selbst hervorhebt, kaum davon ausgegangen werden können, daß die sog. "Bewirtschaf-

4

tungskosten" wirklich 75 % der Roheinnahmen betragen. Es fehlt aber jeder Anhalt dafür, wie hoch sie wirklich sind. Nur dann, wenn diese Kosten und der im Zeitpunkt der Übernahme des Gebäudes noch nicht getilgte Darlehensrest festständen, könnte die Bereicherung der Klägerin - unter Berücksichtigung des "erhöhten" Ertragswertes - einigermaßen zuverlässig festgestellt und danach errechnet werden, ob nach der erklärten Aufrechnung noch etwas und wieviel von den unstreitigen Forderungen der Klägerin bleibt.

b) Soweit das Berufungsgericht seine Entscheidung über die Erhöhung des Wertes des Grundbesitzes der Klägerin durch die Bauten des Beklagten für die Ha bank und den Optikerladen allein auf den dadurch erhöhten Ertragswert des Besitzes abgestellt hat, folgte es der Auffassung des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung BGHZ 17, 236, 237. Dort ist ausgesprochen, zur Ermittlung des Ertrages, um den sich in einem solchen Falle der Grundstückswert erhöht habe, sei "in der Regel" auf den Ertrag abzustellen. Dadurch sollte aber an dem Grundsatz, daß es, wenn ein Eigentümer nach Bereicherungsgrundsätzen wegen Erhöhung des Grundstückswertes durch darauf errichtete Bauten in Anspruch genommen wird, in erster Reihe darauf ankommt, um wie viel sich der Verkehrswert des Grundbesitzes erhöht hat (BGHZ 10, 171, 180), nichts geändert werden. Ob bei einem Teilaufbau, wie er hier erfolgt ist, sich der Verkehrswert des Grundbesitzes immer voll um den Ertragswert der errichteten Baulichkeiten erhöht, ist aber mindestens nicht zweifelsfrei

Das Berufungsgericht wird Gelegenheit haben, auch dazu demnächst Stellung zu nehmen.

c) Der Klägerin kann es, weil die Sache sowieso einer neuen Verhandlung im Berufungsrechtszuge bedarf, überlassen bleiben, in dieser auch ihr weiteres Vorbringen aus der Revisionsbegründung zu wiederholen.

Es mag jedoch dazu Folgendes bemerkt werden:

aa) Nicht grundsätzlich ist zu beanstanden, daß das Berufungsgericht nur ein Viertel des vom Beklagten gezahlten Mietzinses als Bodenwertanteil an- und abgesetzt hat. Nach dem unstreitigen Sachverhalt konnte es nämlich davon ausgehen, daß von dem ursprünglich dem Beklagten vermieteten Grund- und Boden nicht mehr als ein Viertel für die von ihm errichteten Massivbauten in Anspruch genommen war, während das Restgrundstück mit Behelfsbauten im Rahmen des Mietvertrages bebaut war, die der Klägerin entschädigungslos zufielen. Bei dieser Sachlage ist kein Grund ersichtlich, im Rahmen der Berechnung der Ertragswertsteigerung ohne weiteres die für das gesamte Grundstück vorgesehene Miete allein auf den mit Massivbauten versehenen Grundstücksteil zu verrechnen.

bb) Es kann auch nicht als grundsätzlich unrichtig angesehen werden, wenn das Berufungsgericht von einer Restbenutzungsdauer von 90 Jahren ausgegangen ist. Daß der Beklagte nur ein Erbbaurecht für 60 Jahre erhalten sollte, schließt das jedenfalls nicht aus; denn der Anspruch aus § 951 BGB kann sich auch auf einen höheren Betrag belaufen als der Verlust des Entreicherten beträgt. Er zielt darauf ab, die Vermögensvermehrung bei dem Bereicherten rückgängig zu machen (BGHZ 17, 236). Da für die Ermittlung des Wertes auf April/Mai 1957 abzustellen war, ist auch unerheblich, ob das Gebäude im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zum Abbruch vorgesehen

war. Da dem Vortrag der Klägerin in den Tatsachenrechten nicht zu entnehmen ist, daß schon 1957 der Abbruch feststand, bedarf auch keiner Entscheidung, ob sich die Klägerin angesichts ihres früheren Verhaltens - sei es nach Treu und Glauben oder, weil sie sich andernfalls aus culpa in contrahendo schadensersatzpflichtig machen würde, - dem Beklagten gegenüber darauf berufen kann, daß das Gebäude für sie nicht den sonst zu errechnenden Wert hat. Zu der auch in diesem Zusammenhang wiederholten Rüge der Revision aus § 139 ZPO in Verbindung mit dem überreichten Schreiben des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vom 19. Oktober 1959 ist auf das zu II 1 Gesagte zu verweisen.

cc) Der Revision kann auch darin nicht gefolgt werden, das Berufungsgericht habe von dem Bereicherungsanspruch die vom Beklagten seit Errichtung des Gebäudes dafür eingezogenen Mieten absetzen müssen. Einmal standen ihm diese Mieten mindestens bis zum Ablauf des Mietvertrages (31. März 1956) ohne weiteres rechtlich zu. Nachdem die Klägerin für die Zeit vom 1. April 1956 bis zum 30. April 1957 den bisherigen Mietzins, den sie für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 557 BGB als Entschädigung zu erhalten hat, weiter verlangt und im gegenwärtigen Rechtsstreit auch eingeklagt hat, mußten dem Beklagten dafür für diese Zeit die Grundstücksnutzungen bleiben. Im übrigen kommt es auch nicht darauf an, ob es dem Beklagten gelungen ist, bis zum Stichtag (Ende April 1957) seine Aufwendungen zu amortisieren; denn bei der Berechnung der Höhe des Bereicherungsanspruchs kommt es nicht auf den Verlust des Entreicherten, sondern allein auf die Vermögensvermehrung bei dem Bereicherten an (zu vgl. oben bb).

Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache selbst abhängt.

Bei der Kostenentscheidung wird das Berufungsgericht berücksichtigen müssen, daß der Beklagte im ersten Rechtszuge mit seiner Widerklage endgültig unterlegen ist. Die Kosten dieses Rechtszuges können daher der Klägerin, auch wenn sie im übrigen unterliegen sollte, nicht voll auferlegt werden.

Dr.Gelhaar	Bundesrichter Dr.Spieler ist beurlaubt und ortsabwesend. Er ist daher an der Beifü- gung seiner Unterschrift verhindert.	Dr.Dorschel	Dr.Mezger	Dr.Messner
	Dr.Gelhaar			