

VIII. ZR 64/57

2340 096

Verkündet am 18. März 1958
[REDACTED], Justizengestell-
ter als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Friedrich Gustav E [REDACTED] in H [REDACTED],
[REDACTED] B [REDACTED] platz [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Freie und Hansestadt H [REDACTED], vertreten durch das
Bezirksamt A [REDACTED], dieses vertreten durch den Bezirks-
leiter, H [REDACTED]-A [REDACTED], Neues H [REDACTED], Platz der R [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. März 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrich-
ter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivil-
senats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu
Hamburg vom 28. Februar 1957 wird auf Kosten
des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks in H- -A- : B- -platz - , B- -straße - und M- -Straße - , dessen Herausgabe sie vom Beklagten verlangt. Darauf befand sich früher das im Sommer 1943 bei einem Fliegerangriff zerstörte Hotel K- -hof, das der Beklagte seit 1941 als Pächter betrieb. Er ließ das Grundstück aufräumen und behelfsmäßig herrichten. Auf Grund Vertrages vom 28./29. Januar 1946 überließ die Klägerin es ihm gegen eine Jahresvergütung von 12 000 RM für die Zeit vom 1. April 1946 bis 31. März 1956 und anschließend auf unbestimmte Zeit.

Unter Nr. 10 der Vertragsbedingungen ist bestimmt:

Der Mietvertrag kann vom Mieter auch vor dem 31. März 1956 jederzeit mit vierteljährlicher Frist zu jedem Monatsletzten schriftlich gekündigt werden. Die Vermieterin behält sich das Recht der Kündigung mit dreimonatiger Frist vor dem 31. März 1956 vor, wenn sie des Grundstücks zum Straßen- oder Siedbau oder im öffentlichen Interesse bedarf. Sie zahlt dann die entstehenden Räumungs- und Umzugskosten.

Nach dem 31. März 1956 kann auch die Vermieterin jederzeit mit dreimonatiger Frist zu jedem Monatsletzten schriftlich kündigen.

Der Klägerin war außerdem die Möglichkeit eingeräumt, den Vertrag bei Zahlungsrückstand (Nr. 1 Abs. 2) und bei Verstößen gegen die Mieterpflichten (Nr. 11 Abs. 1) fristlos zu kündigen. Nach Nr. 4 des Vertrages war dem Beklagten gestattet, die Ruine auf seine Kosten wieder aus- und aufzubauen. Auch die Klägerin war an dem Aufbau interessiert, weil es sich um ein besonders repräsentatives Grundstück handelte. Für sein Bauvorhaben fehlte es dem Beklagten an eigenen Mitteln. Fremdmittel konnte er vor allem deshalb

- 3 -

nicht erhalten, weil die in Betracht kommenden Geldgeber eine nur zehn Jahre betragende Vertragsdauer für zu kurz hielten. Er bemühte sich deshalb um eine Vertragsverlängerung auf dreißig Jahre. Der Hausmakler T. richtete für ihn am 28. November 1946 einen entsprechenden Antrag an die Liegenschaftsverwaltung. Der Antrag wurde von dieser am 24. Januar 1947 dahin beschieden, es werde wegen der zur Zeit unübersichtlichen Verhältnisse in der städtebaulichen Entwicklung anheimgegeben, ihn etwa im Juni/Juli 1947 zu wiederholen. Das Schreiben schließt mit den Worten, "gleichzeitig werde bestätigt, die Stadt H. werde das abgeschlossene Pachtverhältnis nur kündigen, wenn das Grundstück im öffentlichen Interesse benötigt werde, ausgenommen die Abmachungen in Nr. 11 des Vertrages".

Im Verlauf seiner Versuche, die für den Wiederaufbau erforderlichen Gelder zu erhalten, erfuhr der Beklagte, daß diese nur gegen dingliche Sicherheiten abgegeben würden. Die Parteien wurden sich darüber einig, daß eine solche Sicherungsgrundlage am zweckmäßigsten durch ein Erbbaurecht für den Beklagten geschaffen werden könnte. In Zuge der Verhandlungen schrieb ihm die Liegenschaftsverwaltung am 22. Januar 1949, der Grundstücksausschuß und die Finanzdeputation hätten zugestimmt, ihm ein Erbbaurecht für die Dauer von sechzig Jahren an dem Grundstück H. -hof, B. -straße - und M. -straße (K. -hof), groß 2621 qm, zu bestellen, wenn er das zerstörte Gebäude wieder aufbaue. Unter der Voraussetzung, daß auch die Bürgerschaft zustimme und er den Finanzierungsnachweis für den Wiederaufbau des Gebäudes erbringe, werde die Stadt mit ihm einen Erbbaurechtsvertrag für die Dauer von sechzig Jahren abschließen. Das Schreiben ist von dem im Berufungsverfahren als Zeugen ver-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



nommenen Regierungsoberinspektor, jetzigen Amtsrat R. [REDACTED] "im Auftrag" unterschrieben. Kurz danach beantragte der Senat bei der Bürgerschaft, der Einräumung eines Erbbaurechts an dem K. [REDACTED] hofgrundstück zuzustimmen. In der entsprechenden Mitteilung des Senats Nr. 26 an die Bürgerschaft vom 4. Februar 1949 heißt es u.a., der Beklagte habe die Ruine auf seine Kosten zum Teil ausbauen lassen; der behelfsmäßige Ausbau könne nicht auf die Dauer geduldet werden. Der Beklagte sei bereit, die von der Baubehörde vorgeschlagenen Baumaßnahmen (4-geschossige Errichtung) auf seine Kosten durchzuführen, sei aber nicht in der Lage, das Bauvorhaben allein zu finanzieren. Zur dinglichen Sicherung beantrage er die Einräumung eines Erbbaurechtes. Der Erbbauvertrag solle auf die Dauer von 60 Jahren abgeschlossen werden. Innerhalb dieser Frist müßten die investierten Gelder getilgt werden. Nach Ablauf des Vertrages solle das Gebäude entschädigungslos an die Stadt fallen. Das Grundstück sei 2621 qm groß, der Wert sei mit 80 DM je qm, im ganzen mit rund 210 000 DM anzunehmen. Der Erbbauzins solle für die ersten 5 Jahre auf 5 % des Wertes (= 10 500 DM) festgesetzt werden; dazu komme ein Betrag von 3 000 DM für die erhalten gebliebenen Ruinenteile, so daß der Gesamt-Erbbauzins für die ersten fünf Jahre 13 500 DM jährlich betrage. Die Bürgerschaft ließ dem Senat darauf folgende Mitteilung aus ihrer Sitzung am 13. April 1949 zukommen: Die Bürgerschaft hat den folgenden Anträgen des Senates zugestimmt: Nr. 26: Bestellung eines Erbbaurechts an dem K. [REDACTED] hofgrundstück in H. [REDACTED] - A. [REDACTED].

Die Finanzbehörde - Liegenschaftsverwaltung - der Klägerin schrieb nunmehr dem Beklagten am 22. April 1949:

Der Senat und die Bürgerschaft haben beschlossen, Ihnen an dem angeführten Grundstück ein Erbbau-recht für die Dauer von 60 Jahren zu bestellen. Sie sind verpflichtet, die zerstörten Grundstücke wieder aufzubauen. Der Liegenschaftsverwaltung ist bekannt, daß der Wiederaufbau in mehreren Bauab-schnitten erfolgen soll. Der Erbbauvertrag kann abgeschlossen werden, sobald die Baupläne geneh-migt sind und die Finanzierung sichergestellt ist. Unabhängig davon werde ich Ihnen in Kürze einen Entwurf zum Erbbauvertrag zusenden. Nachdem die Baupläne genehmigt sind und die Finanzierung in Ordnung ist, bitte ich um Nachricht, damit der Erbbauvertrag beschleunigt abgeschlossen werden kann.

Auch dieses Schreiben ist von dem Zeugen R. unter-zeichnet worden.

Der Beklagte, welcher bereits 1947 und 1948 Pläne für einen teilweisen Aufbau und für die Errichtung eines Lichtspieltheaters vorgelegt hatte, die jedoch nicht die Zustimmung der Klägerin gefunden hatten, ließ durch die Architekten K. und K. und unter Einschaltung der "H. bau" Wohn- und Geschäftshaus GmbH Es. nach Rück-sprache mit dem Bauordnungsamt einen Baufinanzierungs-plan entwerfen. Die Klägerin beanstandete ihn; sie hielt auch die Baukosten für zu gering eingesetzt. Auch nach Vorlage einer Bescheinigung durch die "H. bau", nach der eine bestimmte Aktiengesellschaft den Bau zu einem Festpreis von 1,8 Millionen DM ausführen wollte, hielt die Klägerin die daraufhin überarbeiteten Finanzierungs-pläne wiederum nicht für ausreichend. Es kam noch zu zahl-reichen weiteren Verhandlungen zwischen den Parteien, ohne daß jedoch eine Einigung erzielt wurde.

Seit dem 1. September 1954 zahlt der Beklagte keinen Mietzins mehr. Dazu will er berechtigt gewesen sein, weil er mit Schadensersatzansprüchen gegenüber der Mietzinsforderung aufgerechnet habe, die ihm daraus erwachsen seien, daß er im Vertrauen auf die Absprachen mit der Klägerin erhebliche Beträge zur Vorbereitung der Planung für den Wiederaufbau ausgegeben habe. Die Klägerin sei diesen Abmachungen untreu geworden, sie wolle von ihnen abrücken oder habe seine Unterlagen nachlässig geprüft.

Wegen rückständigen Mietzinses schwebt ein Rechtsstreit der Parteien - jetzt vor dem Oberlandesgericht Hamburg in der Berufungsinstanz -, nachdem der Beklagte im ersten Rechtszuge unterlegen ist.

Im gegenwärtigen Verfahren verlangt die Klägerin Räumung und Herausgabe des Grundstückes. Der Beklagte hält sich dazu nicht für verpflichtet. Er ist der Auffassung, die Klägerin habe sich mit ihrem Schreiben vom 24. Januar 1947 des Rechtes einer fristgemäßen Kündigung begeben und der Verlängerung des Mietvertrages auf Lebenszeit zugestimmt. Zahlungsverzug liege nicht vor, weil er aufgerechnet habe, auch ein Zurückbehaltungsrecht sowohl an der Miete als auch am Grundstück selbst ausüben könne. Er habe einen Anspruch auf Einräumung eines Erbbaurechtes, den die Klägerin nicht erfüllt habe. Weil sie ihm deshalb das Grundstück wieder zurückgeben müsse, handele sie arglistig, wenn sie es erst herausverlange.

Dazu hat er die Ansicht vertreten, es sei bereits zu einer - bindenden - dinglichen Einigung über die Bestellung des Erbbaurechtes gekommen, und im zweiten Rechtszuge noch

ergänzend behauptet, er habe kurze Zeit nach der Währungsreform vor dem jetzigen Amtsrat, damaligen Oberinspektor R. einen auch formell gültigen Antrag auf Abschluß eines Erbbaurechtsvertrages nach einem Formular (Anlage B f c GA Bl. 161 - 164) gestellt, der rechtswirksam angenommen worden sei.

Die Klägerin ist diesen Ausführungen entgegengetreten und hat insbesondere bestritten, daß R. als Urkundsbeamter einen Antrag des Beklagten aufgenommen habe.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Räumung des Grundbesitzes und Herausgabe an die Klägerin verurteilt. Seine Berufung war erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision konnte sachlich keinen Erfolg haben.

A.

(Kündigung des Vertrages vom 28./29. Januar 1946)

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin sei auf jeden Fall zur fristgemäßen Kündigung des Vertrages vom 28./29. Januar 1946 nach dem 31. März 1956 berechtigt gewesen, weil er unstreitig nicht verlängert worden und weil ein Verzicht der Klägerin auf ihr Kündigungsrecht nicht festzustellen sei. Dazu führt es aus, ein

unbefristeter Kündigungsverzicht sei dem Schreiben der Klägerin vom 24. Februar (richtig: Januar) 1947 nicht zu entnehmen, auch habe die klare Aussage des Amtsrates Richter als Zeugen ergeben, damals sei über einen weitergehenden Kündigungsverzicht nicht gesprochen, sondern nur über eine Verlängerung des Vertrages, zu der es aber nicht gekommen ist (BU S. 14 - 16).

Die Ausführungen des Berufungsgerichts, welche sich weitgehend auf tatsächlichem Gebiete bewegen, den Schriftwechsel und die Beweisaufnahme würdigen, enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten und werden von der Revision auch nicht im einzelnen angegriffen.

II. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß dem Beklagten wegen etwaiger Schadensersatzansprüche aus Verschulden der Klägerin bei den Verhandlungen über die Bestellung eines Erbbaurechts (oder auch aus einem sonstigen Grunde) ein Zurückbehaltungsrecht an dem herausverlangten Grundbesitz nicht zusteht, weil dieses durch die klare Vorschrift des § 556 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist. Diese Vorschrift findet nach § 581 Abs. 2 BGB auch auf Pachtverträge Anwendung, so daß es unerheblich ist, ob es sich bei dem von den Parteien als Mietvertrag bezeichneten Vertrag vom 28./29. Januar 1946 wirklich um einen solchen und nicht um einen Pachtvertrag handelt. Nun kann allerdings der Pächter eines Grundstücks, welchem für seine Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zusteht (§ 590 Satz 1 BGB), insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, aber nur an den Inventarstücken, nicht am Grundstück (Palandt BGB 16. Aufl. § 590 Anm. 2).

Ein solches Zurückbehaltungsrecht kommt hier jedoch nicht in Betracht.

III. Eine andere Frage ist, ob etwa der Beklagte Mietzinsen zurückbehalten oder gegen sie aufrechnen konnte, weil ihm die Klägerin im Widerspruch zu ihren bisherigen Handlungen die Einräumung eines Erbbaurechtes verweigert hat oder weil sie ihm sonst schadensersatzpflichtig geworden ist. Darauf brauchte das Berufungsgericht jedoch in dem hier in Betracht kommenden Zusammenhang schon deshalb nicht einzugehen, weil es seine Entscheidung nicht auf die ursprünglich auf die Nichtzahlung von Mietzins gestützte außerordentliche Kündigung gemäß Nr. 1 Abs. 2 des Vertrages, sondern auf Vertragsablauf infolge fristgemüßer Kündigung nach dem 31. März 1956 abgestellt hat (s. zu I).

Der Revisionsangriff, das Berufungsgericht habe bei der Entscheidung, das Mietverhältnis habe gekündigt werden können, verkannt, daß der Tatbestand des § 556 Abs. 2 BGB nicht vorliege, geht deshalb insoweit ins Leere.

IV. Rechtsirrtumsfrei führt das Berufungsgericht aus, der Beklagte werde durch die eben genannte Bestimmung des § 556 Abs. 2 BGB nicht gehindert, geltend zu machen, er könne von der Klägerin die Einräumung eines Erbbaurechtes verlangen. Stünde ihm ein solches Recht zu, dann würde die Klägerin verpflichtet sein, das Grundstück ihm als dem Erbbauberechtigten alsbald wieder zurückzugeben. Ihren Klagebegehren würde deshalb die Einrede der Arglist nach dem Grundsatz entgegenstehen: "dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est".

Das Berufungsgericht ist aber, wie nachstehend auszuführen ist, ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gekommen, daß dem Beklagten ein Anspruch auf Einräumung eines Erbbaurechts nicht zusteht.

B.

(Erbbaurechtsbestellung)

Das Berufungsgericht führt aus, zwischen den Parteien sei kein Vertrag, durch den sich die Klägerin verpflichtet habe, ein Erbbaurecht zu bestellen, unter Beachtung der nach § 11 Abs. 2 ErbbauVO, § 313 BGB vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung - oder einer solchen durch einen Urkundsbeamten der Klägerin - abgeschlossen worden.

I. 1) Es ist der Auffassung, es fehle bereits an einem ordnungsgemäß protokollierten Antrag des Beklagten, ohne den ein solcher Vertrag hier nicht habe zustandekommen können. Dazu führt es aus, es sei auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme davon überzeugt, daß - entgegen der erst im zweiten Rechtszuge vom Beklagten aufgestellten Behauptung, im Sommer 1948 vor dem Zeugen R. als Urkundsbeamten der Klägerin einen solchen Antrag gestellt zu haben, - dies nicht geschehen sei. Es nimmt in diesem Zusammenhang auf die Aussage R. Bezug, welcher mit Bestimmtheit bekundet habe, er habe keinen Antrag des Beklagten protokolliert, dieser habe ihn zwar mehrfach aufgesucht und mit ihm über das Erbbaurecht verhandelt, möglicherweise habe er auch einen schriftlichen Antrag gestellt, andernfalls habe er, der Zeuge, über die mündliche Verhandlung Niederschriften für seine Akten gefertigt, einen Antrag beurkundet habe er jedoch nicht (BU S. 18,

19). Schließlich verweist es noch darauf, der Zeuge habe an Gerichtsstelle die Liegenschaftsaktten noch einmal durchgesehen und erklärt, es sei darin über die Beurkundung eines Antrages des Beklagten nichts enthalten, es fehlten auch keine Seiten in den Akten. Es glaubt dem Zeugen R. und führt ergänzend aus, der von dem Beklagten beantragten Vorlage der Liegenschaftsaktten, an Hand deren R. sein Gedächtnis an Gerichtsstelle noch aufgefrischt habe, bedürfe es nicht mehr; denn seine - des Beklagten - Behauptung über die erfolgte Beurkundung und, daß darüber etwas in den Akten enthalten sei, sei durch die Aussage R. widerlegt. Auf Vorlage der Liegenschaftsaktten als solcher habe er kein Recht. Dieses Recht bestünde nur hinsichtlich einer bestimmten Urkunde, die sich aber nach der glaubhaften Aussage R. nicht bei den genannten Akten befände.

2) Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten; es sind in diesem Zusammenhang auch weder § 286 noch § 282 ZPO verletzt, wie die Revision rügt.

a) Ob das Berufungsgericht dem Zeugen R. glauben wollte, obwohl er, wovon es ausgeht, an dem Rechtsstreit nicht uninteressiert sei, weil eine der Klägerin nachteilige Entscheidung ein ungünstiges Licht auf ihn werfen könnte (BU 19), war Sache seines tatrichterlichen Ermessens. Das Gleiche gilt, soweit es nicht für schwerwiegend erachtet hat, daß der Zeuge einige Tage vor der Verhandlung die Akten eingesehen und auch mit Beanten der Klägerin Rücksprache genommen, sowie sich mit dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vor der Verhandlung auf dem Gerichts-

flur u.a. über diesen Rechtsstreit und über sein (des Zeugen) etwaiges Beweisthema unterhalten hat (BU 220). Letzteres hat es ersichtlich nur als Ungeschicklichkeit; nicht aber als Zeugenbeeinflussung gewertet. Daß sich aber ein Beamter vor seiner Vernehmung als Zeuge über die Einzelheiten dienstlicher Vorgänge zur Auffrischung seines Gedächtnisses informiert, wird im allgemeinen sogar erwartet.

b) Das Berufungsgericht hat auch nicht übersehen, wie die Revision meint, daß der Beklagte ausweislich der Senatsmitteilung Nr. 26 vom 4. Februar 1949 einen Antrag auf Einräumung eines Erbbaurechts gestellt hat. Davon ist es vielmehr ausgegangen. Es hat nur als widerlegt erachtet, daß ein beurkundeter Antrag gestellt ist, auf den es allein ankam. Mit Recht hat es als unerheblich angesehen (EU 21), ob R. etwa eine Aktenniederschrift als internen Behördenvermerk zu seiner Gedächtnisstütze oder zur Unterrichtung anderer Bearbeiter gefertigt hat, weil ein solcher Vermerk - entgegen der vom Beklagten im Berufungsverfahren vertretenen Rechtsauffassung, die sich die Revision nicht zu eigen gemacht hat, - nicht die Formvorschriften der §§ 128, 313 BGB, § 11 ErbbauVO und §§ 174 ff FGG erfüllt.

c) Zu Unrecht glaubt die Revision auch einen Widerspruch in der Aussage des Zeugen daraus herleiten zu können, daß er einmal ausgesagt habe, ob ein mündlicher oder ein schriftlicher Antrag des Beklagten vorliege, wisse er nicht (EU 10, 11) oder, wie es in den Urteilsgründen heißt (EU 18, 19), möglicherweise habe der Beklagte auch einen schriftlichen Antrag gestellt, andernfalls habe er, der Zeuge, über die mündliche Verhandlung Niederschriften für seine Akten gefertigt und daß er dann nicht in der Lage gewesen sei, trotz der von ihm behaupteten Einsicht in die Liegenschaftsakten einen schriftlichen Antrag des Beklagten oder die im Falle

der Stellung eines mündlichen Antrages gefertigte Niederschrift vorzulegen.

Die Revision hat bei dieser Rüge nicht berücksichtigt, daß die Aussage R■■■■s, wie der Tatbestand des angefochtenen Urteils klar erkennen läßt, in mehrere zeitlich getrennte Abschnitte zerfällt. Der Zeuge ist erst allgemein über die Erbbaurechtsverhandlungen (BU 9, 10, 11 oben) gehört, alsdann zur Frage der Vertragsverlängerung vernommen worden (BU 11). Darauf folgte seine Vernehmung darüber, was er auf dem Flur mit dem Anwalt der Klägerin besprochen, und, wie er sich vorher informiert habe (BU 11, 12). Nur bei der allgemeinen Vernehmung ist die Frage, ob ein (privatschriftlicher oder mündlicher Antrag gestellt ist, überhaupt erörtert worden. Dabei hat der Zeuge abschließend bekundet, er wisse jedenfalls genau, er habe einen Antrag nicht beurkundet. Bei seiner Aussage über den Umfang seiner Information hat er angegeben, er habe die Liegenschaftsakten auf eine Beurkundung durchgesehen, sie hätten eine solche nicht enthalten; vom Fehlen von Seiten habe er nichts bemerkt (BU 12). Daraufhin ist erst der Makler T■■■■ als Zeuge vernommen worden (BU 12, 13), ehe die Vernehmung R■■■■s fortgesetzt ist (BU 13). R■■■■ hat dann bekundet, wie er Urkunden behandelt habe und daß unter Antrag ein nicht beurkundetes Angebot zu verstehen sei, und hat abschließend ausgesagt: Er habe soeben noch einmal die Liegenschaftsakte durchgesehen, sie sei vollständig, er habe nichts über eine Beurkundung darin gefunden. Bei diesem zweiten Teil der Vernehmung ist ein Unterschied zwischen schriftlichen Angebot oder mündlichen (mit Aktenvermerk darüber) nicht mehr gemacht. Auch dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils ist zu entnehmen, daß das Berufungsgericht den Zeugen nur danach gefragt hat, ob die Akten etwas über

34

eine (förmliche) Beurkundung enthalten. Nur das war entscheidend, wie bereits ausgeführt worden ist; nur das hat der Zeuge verneint. Es ergibt sich deshalb aus seiner Aussage kein Widerspruch und es ist ihr auch nicht zu entnehmen, daß die Liegenschaftsakten der Klägerin unvollständig sein müßten, wie die Revision meint, weil ihnen der Zeuge sonst habe entnehmen müssen, ob ein schriftlicher oder ein durch Niederschrift (gemeint: Aktenvermerk) festgehaltener mündlicher Antrag vorgelegen hat. Darauf kam es dem Berufungsgericht ersichtlich nicht an. Damit entfällt auch die von der Revision gezogene Schlußfolgerung, an der Unvollständigkeit ihrer Akten sei die Klägerin schuld; dieses Verschulden sei ihr zuzurechnen; damit verschiebe sich die Beweislast; denn Lücken in der Beweisführung gingen zu Lasten der nicht beweispflichtigen Partei, wenn sie die Unaufklärbarkeit schuldhaft herbeigeführt habe.

d) Im übrigen betrifft die von der Revision angezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofes (Urt. vom 16. April 1955. VI ZR 72/54 IM ZPO § 282 I r. 2) ^{auch} einen anderen Sachverhalt. In dem dort entschiedenen Fall war ein in einer Wunde zurückgelassenes Tupferstück, das bei einer Nachoperation gefunden war und welches für die Frage, ob ein Verschulden bei der ersten Operation zu bejahen war, von Bedeutung sein konnte, alsbald vernichtet worden. Bei einem solchen Sachverhalt konnte von einer (möglichen) Lücke in der Beweisführung gesprochen werden, nicht aber im vorliegenden Falle, in dem es an jedem Anhalt dafür fehlt, daß ein beurkundetes Angebot abgegeben ist. In diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht auch anführen können, das vom Beklagten selbst überreichte Formblatt (in Abschrift Anlage BfG GA 161 ff) spreche mehr gegen als für seine Darstellung; denn im § 4 aaO heißt es, der Erbbauberechtigte hat auf der Erbbaufläche ein Geschäftshaus zu erbauen und zu haben. Die diesem Vortrage angeheftete Bauzeichnung vom 1949

ist Bestandteil dieses Vertrages. Es ist aber unstreitig, daß weder im Sommer 1948, in dem der Beklagte seinen (angeblich) beurkundeten Antrag gestellt haben will, noch bis kurz vor der Mitteilung des Senats Nr. 26 an die Bürgerschaft vom 4. Februar 1949, einem Zeitpunkt, zu dem er diesen Antrag spätestens zu Protokoll gegeben haben müßte, Baupläne, die die Billigung der Klägerin gefunden hatten, fertiggestellt waren.

II. 1) Ohne Rechtsirrtum führt das Berufungsgericht weiter aus, fehle es schon an einem formgültig beurkundeten Vertragsangebot des Beklagten, so komme es nicht darauf an, ob dieses Angebot angenommen worden sei und ob bei der Annahme die durch § 11 Abs. 2 ErbbauVO und § 313 BGB vorgeschriebenen Formen gewahrt worden seien, weil ein unwirksames Vertragsangebot nicht rechtswirksam angenommen werden könne. Alle vom Beklagten in diesem Zusammenhange vorgetragene Behauptungen seien daher ganz abgesehen davon unerheblich, daß nicht behauptet sei, die annehmenden Behörden, Dienststellen oder (sonstigen) Einrichtungen der Klägerin hätten die Annahme dem Urkundsbeamten gegenüber (zu Protokoll) abgegeben.

Abschließend legt das Berufungsgericht noch dar, der Beklagte könne auch kein Recht auf Einräumung eines Erbbaurechts daraus herleiten, daß Senat und Bürgerschaft der Klägerin es beschlossen hätten. Dazu verweist es darauf, schon der Wortlaut der Senatsmitteilung an die Bürgerschaft, die nichts über den erforderlichen Finanzierungsnachweis enthalte, lasse erkennen, der Beschluß der Bürgerschaft solle keine Verfügung oder Verpflichtung hinsichtlich des Erbbaurechts, sondern nur eine Ermächtigung der Verwaltungsbehörden zum Abschluß eines Erbbauvertrages zum Inhalt haben, wobei es diesen Behörden überlassen bleibe, ob und wie sie die Ermächtigung verwerten wollen. Daraus könne aber der Vertragsinteressent für sich nichts herleiten.

Diesen Ausführungen ist beizutreten.

2) Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch nicht übersehen, wie die Revision meint, daß nach § 11 Abs. 1 ErbbauVO der § 925 BGB auf die Bestellung eines Erbbaurechtes keine Anwendung findet. Das bedeutet jedoch nur, daß die zur Begründung eines Rechtes an einem Grundstück erforderliche dingliche Einigung (§ 873 BGB) bei der Bestellung eines Erbbaurechtes nicht, wie es § 925 BGB für die Auflassung bestimmt, bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor der zuständigen Stelle erklärt werden muß. Das ist hier jedoch unerheblich. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Beklagte einen mündlichen, jedoch nicht protokollierten, oder ob er einen privatschriftlichen Antrag auf Bestellung eines Erbbaurechts gestellt hat. Schließlich ist es auch nicht entscheidend, daß ihm die Liegenschaftsverwaltung durch Schreiben vom 22. April 1949 mitgeteilt hat, Senat und Bürgerschaft hätten beschlossen, ihm ein Erbbaurecht für die Dauer von sechzig Jahren zu bestellen, dessen einzelnen Bedingungen, wie die Revision meint, aus der Mitteilung des Senats Nr. 26 vom 24. Februar 1949 zu entnehmen seien. Selbst wenn letzteres zuträfe, wogegen aber sprechen dürfte, daß noch keinerlei greifbare Aufbaupläne vorlagen, und selbst wenn man annehmen wollte, damit sei die dingliche Einigung der Parteien über die Bestellung des Erbbaurechtes zustande gekommen, wie die Revision ausführt, so bedeutet das noch nichts zu Gunsten des Beklagten. Dabei ist auch unerheblich, daß die Einigung über die Bestellung eines Erbbaurechtes ebenso wenig an eine bestimmte Form gebunden ist (BGB RGRK 10. Aufl. § 1 ErbbauVO Anm. 1 b; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 1 ErbbauVO Nr. 32, § 11 ErbbauVO Nr. 10; Ingenstau-Schnitzler, ErbbauVO 2. Aufl. § 11 Anm. B II a S. 116; Palandt, 16. Aufl. § 873 Anm. 1 b II, Überblick vor § 1012 BGB Anm. 4) wie eine sonstige Einigung über die Belastung eines Grundstücks mit einem Recht gemäß § 873

BGB (Palandt aaO); denn nach Abs 2 des § 873 BGB, der auch auf die Erbbaurechtsbestellung Anwendung findet (Ingenstau-Schnitzler aaO), sind die Beteiligten vor der Eintragung (ins Grundbuch und ins Erbbaugrundbuch), die hier unstreitig nicht stattgefunden hat, an ihre Erklärung nur gebunden, wenn sie gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat. Daß diese Formen - und auch nicht die an sich ebenfalls genügende Form der Beurkundung vor einem Urkundsbeamten der Stadt Hamburg - nicht gewahrt sind, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen.

Es ist deshalb auch unerheblich, ob der Zeuge Rechter überhaupt befugt war, die Stadt H. verpflichtende Erklärungen abzugeben, und ob die für solche nach der Gemeindeordnung etwa zu wählenden besonderen Formen erfüllt sind, wie die Revision meint. Daß das Schreiben vom 22. April 1949 an den Beklagten jedenfalls nicht den an Erklärungen im Grundbuchverkehr zu stellenden Anforderungen genügt, bedarf keiner näheren Darlegung. Es ist seinem Inhalte nach eine einfache Mitteilung und keine Eintragungsbewilligung nach den Vorschriften der Grundbuchordnung (§§ 19, 28, 29 GBO) und geht von einem erst noch abzuschließenden Erbbauvertrage aus.

Aus diesem Grunde kommt es auch nicht darauf an, ob und inwieweit durch die dingliche Einigung, insbesondere eine Auflassung, Anwartschaftsrechte entstehen, die einen Vermögenswert darstellen, wie die Revision - insbe-

sondere unter Bezugnahme auf Staudinger BGB 11. Aufl. § 925 BGB Nr. 40, 90 und Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957, § 61, II S. 215 - ausführt; denn ihre Entstehung setzt schon begrifflich eine Bindung des Verpflichteten an die Einigung voraus, die hier jedoch fehlt.

Das Berufungsgericht hat nach allem zutreffend sowohl einen schuldrechtlichen Anspruch des Beklagten auf Bestellung eines Erbbaurechts als auch eine dingliche Einigung mit bindender Wirkung über eine solche Bestellung verneint.

C.

(Allgemeiner Arglisteinwand)

I. Der festgestellte oder der sonst dem Berufungsgericht unterbreitete Sachverhalt gibt auch keinen Anhalt dafür, daß die Klägerin etwa sonst arglistig handelt, wenn sie den Grundbesitz nach fristgemäßer Kündigung des Überlassungsvertrages vom Beklagten herausverlangt. Daß das Berufungsgericht auch eine solche (allgemeine) Arglist verneint hat, ist dem Zusammenhang seiner Entscheidungsgründe - in Verbindung mit seinem ausführlichen Tatbestand - zu entnehmen.

Ein Klagbegehren kann dann eine mißbräuchliche Rechtsausübung bedeuten, wenn sich der klagende Teil damit in einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten setzt. Bei einem solchen "venire contra factum proprium" ist von der Rechtsprechung in Ausnahmefällen einer Partei die Berufung darauf, ein

Vertrag sei wegen Formmangels nicht rechtswirksam zustandegedehkommen, versagt worden. Das setzt aber voraus, daß ein Vertrag überhaupt abgeschlossen oder doch als abgeschlossen angesehen worden ist, sowie daß die Lossagung vom Vertrage nach dem bisherigen Verhalten des sich lossagenden Teiles mit dem allgemeinen Rechtsempfinden unvereinbar ist, d.h. Treu und Glauben widerspricht (RGZ 153, 59; 157, 209; 169, 65, 73; 170, 203, 205; BGHZ 12, 286, 304; 16, 334, 337). In solchen Fällen kann (BGH aaO) ein ungültiger Grundstückveräußerungs- oder Übergabevertrag, sogar ein formloser und deshalb unwirksamer Erbvertrag (BGHZ 23, 249, 258; BGH Beschl. vom 10. Dezember 1957 - V BILV 31/57 NJW 1958, 377) und könnte entsprechend auch ein nicht rechtswirksam zustandegedehkommener Erbbaurechtsvertrag als rechtsgültig behandelt werden. Der Sachverhalt liegt aber hier wesentlich anders als in den in den angeführten Entscheidungen behandelten Fällen; denn vorliegend ist - abgesehen von dem rechtswirksam gekündigten Überlassungsvertrag - ein Vertrag, wie bereits ausgeführt ist, nicht abgeschlossen, auch nicht stillschweigend; man hat ihn auch nicht als abgeschlossen betrachtet. Dem Beklagten steht auch das in BGHZ 15, 177 veröffentlichte Urteil des Bundesgerichtshofs nicht zur Seite. Dort ist zwar ausgesprochen, daß die Zuteilung eines Erbbaurechts an einen Genossen durch Beschluß der zuständigen Organe einer Baugenossenschaft nicht der Formvorschrift des § 313 BGB bedarf. Der Bundesgerichtshof hat diese Auffassung darauf gestützt, daß schon die Satzung dieser Genossenschaft ihre allgemeine Verpflichtung zur Übertragung des Erbbaurechts begründete. Ein solcher oder auch nur ähnlicher Sachverhalt ist hier nicht gegeben.

Die Klägerin ist vielmehr, und zwar auch für den Beklagten erkennbar, davon ausgegangen, der - eigentliche -

Erbbauvertrag müsse erst noch abgeschlossen werden. Das ergibt besonders augenscheinlich das vom Beklagten selbst mehrfach angezogene Schreiben der Liegenschaftsverwaltung vom 22. April 1949, in dem es heißt, der Vortrag könne abgeschlossen werden, sobald die Baupläne genehmigt sind und die Finanzierung sichergestellt ist.

II. 1) Für einen (allgemeinen) Arglisteinwand spricht auch nicht, wie die Revision meint, daß dem Beklagten nach Nr. 4 des Mietvortrages der Aus- und Aufbau der Ruine gestattet war und daß die Klägerin nach den Urteilsfeststellungen selbst am Wiederaufbau interessiert war. Es liegt auch kein Anhalt dafür vor, daß das Berufungsgericht aus der mehrfach erwähnten Mitteilung des Senates an die Bürgerschaft Nr. 26 vom 4. Februar 1949 übersehen und deswegen nicht gewürdigt hat, wie die Revision meint, daß der Beklagte die Ruine auf seine Kosten zum Teil erneut ausgebaut, dort einen Restaurationsbetrieb eröffnet und außerdem einen Saal und verschiedene Läden ausgebaut oder wiederhergestellt und vermietet hat. Diese Mitteilung ist ausdrücklich im Tatbestand erwähnt. Wenn das Berufungsgericht auf den hier angeführten Teil ihres Inhalts, auf den die Revision besonderen Wert legt, nicht eingegangen ist, so ersichtlich deshalb, weil es ihn für unerheblich gehalten hat. Das ist auch nicht rechtsirrtümlich; denn, was der Beklagte bis 1949 auf Grund seines Vertrages mit der Klägerin am Grundstück ausgebaut hat, hat er in Kenntnis der Tatsache getan, daß der Vertrag nur bis zum 31. März 1956 fest abgeschlossen war, daß er nach diesem Zeitpunkt gekündigt werden konnte und daß er alsdann keine Entschädigung für Gebäude und Anlagen zu beanspruchen hatte, die er mit Zustimmung der Vermieterin auf dem Grundstück beließ, daß

er sogar auf Verlangen der Stadt verpflichtet war, die errichteten Baulichkeiten und sonstigen Einrichtungen, mit denen er das Grundstück unterirdisch oder oberirdisch versehen hatte, zu entfernen (Nr. 5 des Vertrages). Schon aus diesem Grunde kann er sich nicht zur Begründung eines Arglisteinwandes gegenüber dem Herausgabeverlangen auf die Aufwendungen für die erwähnten Baulichkeiten berufen, die errichtet sein müssen, bevor nähere Verhandlungen über die Bestellung eines Erbbaurechtes zwischen den Parteien gepflogen worden sind.

2) Der Beklagte hatte nun allerdings noch, worauf die Revision verweist, in seinem Schriftsatz vom 10. September 1954 unter Nr. 4 vorgetragen, er habe mit der damaligen Ha...bank einen Vertrag über den Wiederaufbau und die Vermietung eines Teiles des streitigen Grundstücks abgeschlossen, die Ha...bank habe für diesen Bau über 200 000 DM aufgewendet, die im Wege der Mietverrechnung über etwa fünfzehn Jahre getilgt werden sollten (aaO in Verbindung mit Abschnitt V des vom Beklagten in Abschrift vorgelegten Vertrages mit der Ha...bank). Er hatte auch weiter behauptet und unter Beweis gestellt (Zeugnis Dr. P...), die Ha...bank habe eine Auskunft über das Erbbaurecht des Beklagten von der Klägerin eingeholt und den Bescheid erhalten, es sei vereinbart und müsse nur noch eingetragen werden. Daß das Berufungsgericht diesen Vortrag übersehen und deshalb nicht gewürdigt hat, ist ausgeschlossen. Es hat nämlich in dem gedrängten Tatbestand seines Urteils sogar ausdrücklich den Beweisantrag Dr. P... über die der Ha...bank erteilte Auskunft aufgenommen (BU S. 8).

Der Auffassung der Revision, der Kläger könne für sich selbst Rechte aus der der Ha...bank erteilten Aus-

kunft in dem Sinne herleiten, daß die Klägerin nunmehr ihm gegenüber verpflichtet sei, ihm ein Erbbaurecht zu bestellen, oder auch nur das Grundstück weiter zu belassen, kann jedoch nicht beigetreten werden. Auch ein allgemeiner Arglisteinwand läßt sich dem Herausgabeverlangen gegenüber damit nicht begründen.

Es ist hier nicht zu entscheiden, ob sich die Klägerin etwa durch eine unrichtige oder auch nur ungenaue Auskunft der Ha...bank gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht haben könnte, weil dies das Verhältnis der Parteien nicht betrifft.

Unterstellt man aber, daß die Klägerin durch die erwähnte, den Beklagten bekannt gewordene Auskunft gegenüber der Bank sowie durch ihr sonstiges Verhalten bei den Verhandlungen über die Einräumung eines Erbbaurechts beim Beklagten einen falschen Eindruck über seine Aussichten auf Bestellung eines solchen Rechts erweckt und ihn dadurch zu Aufwendungen veranlaßt haben könnte, die er sonst nicht gemacht haben würde, so könnte auch dieser Umstand die Verteidigung des Beklagten nicht tragen. Bei einem schuldhaften Verhalten der Klägerin könnte dann allenfalls eine Haftung der Klägerin für den dem Beklagten entstandenen Schaden aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen in Frage stehen. Das hat das Berufungsgericht jedoch nicht übersehen, wie sich daraus ergibt, daß es, wie oben bereits erwähnt (A II), dazu ausgeführt hat, ein Zurückbehaltungsrecht könne darauf nicht gestützt werden. Hier ist nur ergänzend zu bemerken, daß ein etwaiger solcher Anspruch den Beklagten nicht zu einem allgemeinen Arglisteinwand gegenüber dem Herausgabeverlangen berechtigen könnte. Eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen bzw. bei Vertragsschluß kann grundsätzlich nicht zu einer

Verpflichtung führen, den nicht zustandgekommenen Vertrag doch abzuschließen, d.h. in diesem Falle das Erbbaurecht zu bestellen. Denn von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen abgesehen ist der Betroffene nicht berechtigt, das (positive) Erfüllungsinteresse zu verfolgen, sondern darauf beschränkt, Ersatz des negativen Vertragsinteresses (des Vertrauensschadens) zu fordern (BGB RGRK, 10. Aufl., § 276 Anm. 3 S. 536 unten).

D.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, mußte seine Revision mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Messner