

V e r k ü n d e t

am 23. Juni 1959

██████████, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2337 003

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

In dem Rechtsstreit

des früheren Hotelpächters Friedrich Gustav E██████████ in
H██████████-A██████████, A██████████ B██████████platz ●,

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ██████████ -

gegen

die Freie und ██████████ H██████████, vertreten durch den
Leiter des Bezirksamts A██████████ in H██████████-A██████████ Rathaus,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. ██████████ -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1959 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler,
Dr.Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 10. April 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung an den 10. Zivilsenat des Berufungsgerichts
zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die
Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks H [REDACTED] A [REDACTED], B [REDACTED] platz [REDACTED], Ba [REDACTED] [REDACTED] und Museumstraße 22 - 30. Darauf befand sich früher das im Sommer 1943 bei einem Fliegerangriff weitgehend zerstörte Hotel Kaiserhof, das der Beklagte seit 1941 als Pächter betrieben hatte. Er ließ nach dem Kriege dieses Grundstück aufräumen und behelfsmäßig herrichten. Auf Grund Vertrages vom 28/29. Januar 1946 überließ es ihm die Klägerin gegen eine Jahresvergütung von 12 000 RM zur Nutzung für die Zeit vom 1. April 1946 bis 31. März 1956 und anschließend auf unbestimmte Zeit. Die Vergütung war - nach einer späteren Vereinbarung - in monatlichen Raten im voraus zu zahlen. Nach Nr. 7 des Vertrages mußte der Beklagte auch alle auf den von ihm errichteten Bauwerken ruhenden sowie die sich aus der Benutzung ergebenden Abgaben und öffentlichen Lasten tragen und die Klägerin von allen Ansprüchen dieser Art freihalten.

Nach Nr. 10 des Vertrages konnte er den Vertrag auch vor dem 31. März 1956 jederzeit mit vierteljährlicher Frist kündigen, während sich die Klägerin das Recht der Kündigung mit dieser Frist vor dem 31. März 1956 nur vorbehielt, wenn sie des Grundstücks im öffentlichen Interesse bedürfen sollte. Für die Zeit nach dem 31. März 1956 konnte die Klägerin jederzeit mit dreimonatiger Frist kündigen. Außerdem war für sie unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht zur sofortigen Kündigung vorgesehen.

Nach Nr. 4 des Vertrages war dem Beklagten gestattet, die Ruine auf seine Kosten wieder aus- und aufzubauen, ein Aufbau an dem auch die Klägerin interessiert war, weil es sich um ein besonders bevorzugtes Grundstück handelt. In Nr. 5

- 3 -

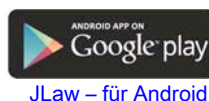
ist bestimmt, daß der Beklagte bei Lösung des Vertragsverhältnisses das Recht und auf Verlangen der Klägerin die Pflicht habe, die errichteten Baulichkeiten und sonstigen Einrichtungen, mit denen er das Grundstück unterirdisch und oberirdisch versehen habe (mit Ausnahme der Einfriedigung und der Auffahrt), zu entfernen. Für Gebäude und Anlagen, die der Beklagte alsdann mit Zustimmung der Klägerin auf dem Grundstück beließ, hatte diese keine Entschädigung zu gewähren.

Dem Beklagten fehlte es für sein Bauvorhaben an eigenen Mitteln. Für ihn hatte auch ein Wiederaufbau solange keinen Sinn, als er nur durch einen 10-jährigen Vertrag geschützt war. Die Parteien erwogen daher zunächst den Abschluß eines längeren Mietvertrages, nahmen jedoch davon Abstand, als sich herausstellte, daß der Beklagte, die Mittel, die er zum Aufbau benötigte, nur dann erhalten würde, wenn er dingliche Sicherheiten bieten konnte. Die Parteien wurden sich darüber einig, daß sich eine solche Sicherung am zweckmäßigsten durch ein auf 60 Jahre befristetes Erbbaurecht herbeiführen ließe. Im Zuge der Verhandlungen schrieb ihm die Liegenschaftsverwaltung am 22. Januar 1949, der Grundstücksausschuß und die Finanzdeputation hätten zugestimmt, ihm ein Erbbaurecht für die genannte Dauer am Kaiserhofgrundstück zu bestellen, wenn er das zerstörte Gebäude wieder aufbaue. Unter der Voraussetzung, daß auch die Bürgerschaft zustimme und er den Finanzierungsnachweis erbringe, werde die Stadt mit ihm einen entsprechenden Erbbaurecht abschließen. Kurz danach beantragte der Senat bei der Bürgerschaft, der Einräumung eines Erbbaurechts an dem Kaiserhofgrundstück für den Beklagten zuzustimmen. Die Bürgerschaft faßte einen entsprechenden Beschluß. Die Finanzbehörde - Liegenschaftsverwaltung - der Klägerin schrieb nunmehr dem Beklagten am 22. April 1949:

"Der Senat und die Bürgerschaft haben beschlossen, Ihnen
..... ein Erbbaurecht für die Dauer von 60 Jahren zu



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



bestellen. Sie sind verpflichtet, die zerstörten Gebäude wieder aufzubauen. Der Liegenschaftsverwaltung ist bekannt, daß der Wiederaufbau in mehreren Bauabschnitten erfolgen soll. Der Erbbauvertrag kann abgeschlossen werden, sobald die Baupläne genehmigt 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 ...".

Kurze Zeit danach sandte die Klägerin dem Beklagten den Entwurf eines Erbbaurechtsvertrages zu. Zum Abschluß ist es nicht gekommen, weil, wie die Klägerin behauptet, der Beklagte nicht den Nachweis habe erbringen können, daß die Finanzierung seiner Aufbaupläne gesichert gewesen sei, während dieser vorträgt, die Klägerin habe seine Finanzierungspläne nur deshalb als unzureichend bezeichnet, weil sie ihm ein Erbbaurecht überhaupt nicht mehr habe einräumen wollen.

Schon in den Jahren 1947 und 1948 hatte der Beklagte Pläne, jedoch nur für einen teilweisen Aufbau und in erster Linie für die Errichtung eines Lichtspieltheaters vorgelegt, die aber nicht die Billigung der Klägerin gefunden hatten. Auf Grund eines Vertrages des Beklagten mit der Hansabank, jetzt Commerzbank, und auf Grund Vereinbarung mit dem Optiker Hesselbein wurde im Herbst 1949 und Frühjahr 1950 ein Teil des Gebäudes wieder aufgebaut. Im Anschluß an diesen Aufbau legte der Beklagte einen weiteren Bauplan vor, der ein Kino vorsah, aber auch, wie der Beklagte behauptet, einen Gesamtwiederaufbau zum Inhalt gehabt haben soll. Auch dieser Plan wurde von der Klägerin abgelehnt. Am 23. Dezember 1950 schrieb deren Bezirksamt Altona dem Beklagten, nachdem in unmittel-

barer Nähe des Kaiserhofes große Geschäftshäuser wieder aufgebaut oder im Wiederaufbau begriffen seien, stellten die jetzigen Baulichkeiten des Kaiserhofes einen städtebaulich nicht länger vertretbaren Zustand dar. Die Stadt sei daher an einem möglichst baldigen Wiederaufbau des Kaiserhofes unter Einbeziehung der angrenzenden Privatgrundstücke (früher Handels- und Handwerkskammer) äußerst interessiert. Es heißt dann weiter:

"In diesem Sinn war auch das Ihnen zugegangene Schreiben vom 22. April 1949 zu verstehen, worin Ihnen mitgeteilt wurde, daß die Stadt den Abschluß eines Erbbauvertrages mit Ihnen beabsichtigt. Nachdem seit dieser Mitteilung schon erhebliche Zeit verstrichen und der von Ihnen geforderte Finanzierungsplan nicht erbracht worden ist, werden Sie nunmehr davon in Kenntnis gesetzt, daß der Abschluß eines Erbbauvertrages mit Ihnen nicht mehr vorgesehen werden kann, wenn Sie nicht bis zum 31. März 1951 einen lückenlosen Finanzierungsnachweis und die Baugenehmigung beibringen".

Nunmehr ließ der Beklagte unter Einschaltung der "Hausbau" Wohn- und Geschäftshaus-Gesellschaft mbH Essen nach Rücksprache mit dem Bauordnungsamt einen Bau- und einen Finanzierungsplan entwerfen und reichte ihn noch im März 1951 zur Prüfung ein. Die Klägerin beanstandete den Finanzierungsplan. Sie hielt insbesondere die Baukosten für zu gering eingesetzt. Die "Hausbau" legte daraufhin eine Bescheinigung der Firma Heilmann und Littmann Aktiengesellschaft vor, nach der diese den Bau zu einem Festpreis von 1,8 Millionen DM ausführen wollte, auch wurde der Finanzierungsplan überarbeitet. Die Klägerin hielt aber auch jetzt die finanzielle Grundlage nicht für ausreichend. Verhandlungen und Besprechungen zwischen den Parteien, die auf Seiten des Beklagten zum Teil von dem früheren Rechtsanwalt Soll und dem Architekten

Kraft, auf seiten der Klägerin insbesondere von dem früheren Senator Kirch und dem damaligen Regierungsrat Dr. Hermann geführt wurden, blieben erfolglos. Das gilt insbesondere von einer Besprechung am 14. Mai 1952 zwischen dem Rechtsanwalt Soll und dem Architekten Kraft einerseits und dem Regierungsrat Dr. Hermann andererseits. Nach dieser Besprechung erhielt Rechtsanwalt Soll für den Beklagten ein von dem damaligen Bezirksleiter Kirch der Klägerin unterzeichnetes Schreiben vom 21. Mai 1952, in dem es heißt, das Bezirksamt sehe sich zu seinem Bedauern nicht in der Lage, dem durch ihn vertretenen Beklagten oder auch der Hausbau, Wohn- und Geschäftshaus GmbH eine Zusage wegen des Wiederaufbaues des Kaiserhofes zu machen.

Der Beklagte hatte schließlich den Verdacht, die Klägerin wolle ihn "los sein", d.h. sie verzögere ihre Zustimmung zu seinen Plänen, um den Ablauf des Vertrages abzuwarten. Er hat die Ansicht vertreten, die Klägerin habe ihm bereits rechtswirksam ein Erbbaurecht bestellt oder sei doch zu einer Bestellung verpflichtet gewesen. Seit dem 1. September 1954 zahlt er unstreitig keine Miete mehr. Dazu will er berechtigt gewesen sein, weil ihm gegen die Klägerin erhebliche Schadensersatzansprüche zuständen, mit denen er aufgerechnet habe.

In einem Parallelprozeß ist der Beklagte durch Urteile des Landgerichts und Oberlandesgerichts Hamburg, die durch Zurückweisung der Revision des Beklagten (Urteil des erkennenden Senats vom 18. März 1958 - VIII ZR 64/57) rechtskräftig geworden sind, zur Räumung und Herausgabe des Kaiserhofgrundstücks verurteilt worden. Die Klägerin hat sich im April 1957 im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz des Grundstücks gesetzt.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit hat sie zunächst Zahlung von 6 000 DM rückständiger Miete für die Zeit bis einschließ-

lich August 1954 zuzüglich 1 081,65 DM rückständiger Sielgebühren verlangt, die ihr vom Landgericht zugesprochen worden sind und die der Beklagte nach Zwangsvollstreckung unter Vorbehalt bezahlt hat. Im Berufungsrechtszuge hat sie ihre Klagforderung im Wege der Anschlußberufung um Miete und Sielgebühren für die Zeit seit dem 1. September 1954 bis einschließlich April 1957 erhöht und für insgesamt 32 Monate je 1086,59 DM (Miete und Sielgebühren) = insgesamt weitere 34 770,88 DM nebst Zinsen eingeklagt, die ihr das Berufungsgericht - unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten - zugebilligt hat.

Auch während des Räumungs- und während des gegenwärtigen Prozesses ist noch erfolglos über die Einräumung eines Erbbaurechts verhandelt worden. Der Beklagte glaubt, einen Anspruch auf Einräumung zu haben, und will deshalb berechtigt sein, die Mietbeträge und die Sielgebühren bis zur Bestellung des Erbbaurechts zurückzubehalten. Hilfsweise rechnet er mit Schadensersatzansprüchen auf, die ihm nach seiner Auffassung gegen die Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluß zustehen. Er meint auch, seine Aufwendungen in Höhe von weit über 200 000 DM für den Aufbau der Räume der Hansabank und des Optikers Hesselbein unter dem Gesichtspunkt des Wertersatzes nach Bereicherungsgrundsätzen fordern zu können.

Die Klägerin hat Ansprüche des Beklagten bestritten.

Eine im ersten Rechtszuge erhobene Widerklage auf Feststellung, daß der Beklagte die im Schreiben der Klägerin vom 22. April 1949 an die Erteilung des Erbbaurechts geknüpften Bedingungen erfüllt habe, welche vom Landgericht als unzulässig abgewiesen worden ist, hat er im Berufungsrechtszuge nicht weiter verfolgt.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin

beantragt, erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage in vollem Umfange.

Entscheidungsgründe:

Die Revision muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht führen.

A.

Klagforderung und Zurückbehaltungsrecht.

Keinen Erfolg kann die Revision allerdings haben, soweit sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, die eingeklagten Beträge seien nicht nur dem Grunde nach gerechtfertigt, sondern auch in der geltend gemachten Höhe festzustellen, sowie daß der Beklagte an ihnen ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB schon deshalb nicht geltend machen könne, weil er einen Anspruch auf Bestellung eines Erbbaurechts nicht habe.

I.

Das Berufungsgericht hat die Klagforderung einschließlich ihrer Erweiterung im Berufsrechtszuge als der Höhe nach außer Streit behandelt (BU 18, 29).

1. Wegen Beanstandung der Höhe der Klagforderung verweist die Revision auf den Vortrag im Schriftsatz des Beklagten

vom 16. Oktober 1957 S. 1 Abs. 2, jedoch schlagen die darauf gestützten Rügen aus § 286 ZPO und aus § 139 ZPO nicht durch. Der Beklagte hatte aaO nur allgemein eingewendet, die Klägerin könne nicht die - vollen - 34 770,88 DM fordern, weil sie durch ihr Verhalten einen Teil seiner Untermieter veranlaßt habe, die Miete entweder nicht oder an sie, die Klägerin, unmittelbar zu zahlen; er selbst sei zur Zeit dabei, Ermittlungen darüber anzustellen, wie hoch diese Beträge seien, die auf jeden Fall von dem Klaganspruch abgesetzt werden müßten. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung am 27. März 1958, also innerhalb von fünf Monaten, hat er jedoch nichts über das Ergebnis dieser Nachforschungen vorgetragen. Das Berufungsgericht durfte deshalb davon ausgehen, er würde nichts weiter vortragen können. Aber auch wenn es insoweit sein Fragenrecht gemäß § 139 ZPO hätte ausüben müssen, kann dies der Revision nicht zum Erfolg verhelfen, weil es auch jetzt noch an jedem Vortrag über das Ergebnis der Ermittlungen des Beklagten fehlt.

2. Zu Unrecht rügt die Revision auch, daß sich das Berufungsgericht im Tatbestand des Berufungsurteils auf Seite 3 auf die Bemerkung beschränkt hat, der Beklagte habe seine Verpflichtung zur Zahlung der Sichelgebühren nicht mehr grundsätzlich bestritten, und daß es deren Höhe in den Entscheidungsgründen als unstreitig behandelt hat. Es trifft zwar zu, daß der Beklagte nach dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Seite 12, 13 unter IV, auf den die Revision verweist, auch die Berechnung dieser Gebühren angegriffen hatte. Wenn die Revision dazu weiter hervorhebt, dieser Vortrag sei durch die allgemeine Bezugnahme auf das frühere Vorbringen unter I der Berufungsbegründung vom 25. August 1955 Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden und habe deshalb vom Berufungsgericht näher beschieden werden müssen, so beachtet sie nicht, daß sich das Landgericht unter A I seiner Entscheidungsgründe S. 16, 17 mit den Einwendungen gegen die Berechnung der Sichel-

gebühren (in Anlage P zum Schriftsatz der Klägerin vom 14. März 1955) eingehend auseinandergesetzt und alsdann diese Forderung in der berechneten Höhe in Anwendung von § 287 Abs. 2 ZPO als richtig zugrunde gelegt hat. Demgegenüber brauchte die bloße Bezugnahme auf das frühere Vorbringen ohne jede Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des Landgerichts dem Berufungsgericht keinen Anlaß zu geben, auf dieses Vorbringen einzugehen. Es konnte vielmehr, ohne gegen § 286 ZPO zu verstoßen, auch die Höhe der Sietgebühren als nicht mehr angegriffen behandeln.

II.

1. Einen rechtswirksamen Anspruch des Beklagten auf Bestellung eines Erbbaurechts gegen die Klägerin und deshalb auch ein daraus möglicherweise herzuleitendes Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Klagforderung hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, es fehle sowohl bei Annahme eines Erbbaurechtsvertrages als auch unter Zugrundelegung des Abschlusses eines entsprechenden Vorvertrages an der Einhaltung der Formvorschrift der §§ 313 BGB, 11 ErbbauVO. In der Berufung auf die Formnichtigkeit der Vereinbarung sei, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, kein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken, der den Beklagten berechtigen könne, so gestellt zu werden, als sei ihm ein Erbbaurecht rechtswirksam eingeräumt worden.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten. Sie werden von der Revision nicht im einzelnen angegriffen. Es kann insoweit auf das zwischen den Parteien ergangene und ihnen bekannte Urteil des erkennenden Senats im Räumungsprozeß vom 18. März 1958 - VIII ZR 64/57 - verwiesen werden, in dem eingehend dargelegt worden ist, daß auch für den Fall einer Haftung

der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluß der Beklagte doch keinen Anspruch auf Bestellung eines Erbbaurechts habe und daß schon deshalb ein Zurückbehaltungsrecht am Grundstück nicht in Betracht komme. Dasselbe gilt gegenüber der Forderung auf Bezahlung der vereinbarten Vergütung.

B.

Gegenansprüche des Beklagten.

Nicht rechtsirrtumsfrei sind jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts, soweit es Gegenansprüche des Beklagten, mit denen er gegenüber der Klagforderung aufrechnen könne, verneint hat.

I. Ansprüche auf Wertersatz aus Anlaß der Errichtung von Baulichkeiten durch den Beklagten auf dem Kaiserhofgrundstück.

1. Ersatzansprüche dieser Art hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgelehnt, gemäß Nr. 5 des Vertrages vom 28./29. Januar 1946 seien Entschädigungsansprüche für vom Beklagten errichtete Gebäude und Anlagen ausdrücklich ausgeschlossen worden. Mit Rücksicht auf diese Bestimmung schieden auch sonst u.U. mögliche Ansprüche gemäß §§ 812, 946, 951 BGB aus (BU 18, 19).

2. Demgegenüber ist die Rüge der Revision begründet, daß die Auslegung des Berufungsgerichts die §§ 157, 242, 812, 946, 951 BGB in Verbindung mit § 286 ZPO verletzt, soweit es auf Grund der angeführten Vertragsbestimmung Ersatzansprüche des Beklagten jeglicher Art auch wegen der Baulichkeiten für die Hansabank und den Optiker H. [REDACTED] verneinen zu können glaubt, die nach dem - im einzelnen nicht bestrittenen - Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 2. Oktober 1954

S. 1, auf den die Revision verweist, Aufwendungen in Höhe von 231 000 DM erfordert haben sollen.

a) Nach § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei gelten keine Ausnahmen für Verträge mit Ländern (Freie und Hansestadt Hamburg). Die Auslegung des Berufungsgerichts würde dazu führen, daß ein Grundstückseigentümer nicht nur die für die Gebrauchsüberlassung vereinbarte Vergütung zu verlangen hätte, sondern auch Gebäude, die auf dem Grundstück nach der Währungsreform mit einem Aufwand von über 200.000 DM errichtet sind und im Zeitpunkt des Auslaufens des Vertrages unmöglich amortisiert sein konnten, entschädigungslos würde behalten dürfen. Ob ein solches Ergebnis noch mit Treu und Glauben vereinbar ist, hat das Berufungsgericht nicht untersucht. Wenn das der Sinn des Vertrages gewesen sein und die Klägerin, als sie die Errichtung der erwähnten Gebäude im Jahre 1949/1950 zuließ, eine solche Absicht damit verfolgt haben sollte, wäre jedenfalls eine Prüfung geboten, ob nicht die Nr. 5 des Vertrages nach § 138 BGB nichtig ist oder ob nicht die Berufung der Klägerin auf diese Bestimmung als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) würde angesehen werden müssen, soweit die erwähnten Baulichkeiten in Betracht kommen.

b) Das Berufungsgericht hat bei seiner Auslegung aber auch verfahrenswidrig (§ 286 ZPO) im wesentlichen unstreitigen Vortrag des Beklagten unberücksichtigt gelassen, nämlich, daß es sich bei den genannten Bauten nicht um solche auf Grund des zehnjährigen Mietvertrages aus dem Jahre 1946 gehandelt habe, dessen Nr. 5 auf billige Behelfsbauten, die in zehn Jahren unschwer amortisiert werden können, zugeschnitten sei (Schriftsatz vom 25. August 1955 S. 2), sondern um wertvolle Massivbauten, die der Beklagte nur im Hinblick auf das ihm - für sechzig Jahre - in Aussicht gestellte Erb-

baurecht und seine schon im Schreiben der Klägerin vom 22. April 1949 zum Ausdruck gebrachte Verpflichtung, die zerstörten Gebäude wieder aufzubauen, errichtet habe. Wenn auch solche Massivbauten, die sich in den Rahmen des - nach dem genannten Schreiben in mehreren Bauabschnitten vorgesehenen - Gesamtwiederaufbaues einfügten, noch unter die Nr. 5 des alten Mietvertrages fallen sollten, hätte das klar und unzweideutig vereinbart werden müssen. Daß das geschehen ist, hat die Klägerin jedoch selbst nicht vorgetragen. Dafür aber, daß es sich bei den Bauten für die Hansabank und für Hesselbein etwa um "Fehlinvestitionen" oder "Fehldispositionen" gehandelt hat, bietet der festgestellte Sachverhalt keinerlei Anhalt. Dieser Annahme steht vielmehr der eigene Vortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 6. November 1954 S. 3) entgegen, durch den sie ausdrücklich anerkannt hat, daß sich der Teilaufbau der Gebäudeecke für die Hansabank und für den Optiker Hesselbein in die Gesamtplanung einfüge.

3. Das angefochtene Urteil konnte hiernach schon deshalb nicht aufrechterhalten werden, weil das Berufungsgericht nicht rechtsirrtumsfrei Bereicherungsansprüche des Beklagten aus der Errichtung der Bauten für die Hansabank und Hesselbein auf Grund der Nr. 5 des Vertrages vom 28./29. Januar 1946 verneint hat.

Wenn auch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, daß dem Beklagten allein aus §§ 812, 946, 951 BGB erhebliche Ansprüche zustehen, die die Klagforderung übersteigen, so konnte das Revisionsgericht jedoch mangels ausreichender Feststellungen darüber nicht abschließend entscheiden und die Klage abweisen. Die Sache bedarf vielmehr noch weiterer Aufklärung und Erörterungen tatsächlicher Art, insbesondere auch zur Höhe des Ersatzanspruches. Ein solcher kann im übrigen nicht vor Beendigung des Vertrages vom 28./29. Januar 1946 entstanden

und auch nicht vor der Herausgabe des Grundstücks fällig geworden sein. Das könnte wegen der Verzinsung rückständiger Mietzinsraten von Bedeutung sein und schließt auch eine Verwirkung dieses zur Aufrechnung gestellten Gegenanspruches aus.

II.

Schadensersatzansprüche aus Vertragsverletzung und Verschulden bei Vertragsschluß.

Ob solche Ansprüche vom Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei verneint worden sind, bedarf keiner abschließenden Prüfung. Da sein Urteil, wie unter I 3 ausgeführt worden ist, auf jeden Fall aufgehoben werden muß, hat es, sofern es hierauf noch ankommen sollte, Gelegenheit, erneut zu prüfen, ob die Ablehnung jeglicher Ersatzansprüche des Beklagten aus dem Verhalten der Klägerin bei Anbahnung und Durchführung der Vertragsverhandlungen über die Einräumung eines Erbbau-rechts - in Verbindung mit der Verletzung ihrer Pflichten aus dem bestehenden Mietvertrag - nach §§ 242, 276, 278 BGB - gerechtfertigt ist.

Dazu ist zu bemerken:

1. Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, insbesondere Gemeinden, können für Verschulden bei Vertragsschluß in Anspruch genommen werden, und ihre Haftung (aus § 278 BGB) beschränkt sich insoweit nicht auf Handlungen ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter oder solcher Personen, die den in Aussicht genommenen Vertrag rechtswirksam abschließen können. Es genügt vielmehr, daß Beamte für sie tätig geworden sind, die den Auftrag hatten, für sie zu verhandeln (BGHZ 6, 330). Diese Beamten sind in ihrem Verhalten gegenüber dem Vertragspartner zur verkehrsüblichen Sorgfalt verpflichtet. Das

gilt hier umsomehr, als die Parteien bereits durch den Vertrag vom 28./29. Januar 1946 in rechtlichen Beziehungen standen, durch den dem Beklagten nicht nur das Recht zum Aus- und Aufbau der Ruine eingeräumt war, sondern auch die Befugnis zur Untervermietung der Säle und Läden auf diesem Grundstück (Nr. 9 Satz 3). In der Ausnutzung dieses Vertrages wurde der Beklagte beschränkt, allerdings durch eigene Maßnahmen, wenn er, wie er behauptet hat, in der Erwartung, es werde ihm ein Erbbaurecht bestellt werden und er könne mit dem Aufbau oder auch dem Teilaufbau baldigst beginnen, es - mindestens zum Teil mit Wissen und Unterstützung der Klägerin - auf sich nahm, bereits fertiggestellte Räume leer stehen zu lassen. Diese Mietausfälle sollen nach seiner bislang unwiderlegten Behauptung allein schon (Anlage Z zum Schriftsatz vom 2. September 1955) über 130.000 DM ausmachen. Die Kosten für den Teilaufbau (Hansabank und Hesselbein) sind - ebenfalls bislang unwiderlegt - mit weiteren rund 230.000 DM und die für Planungen mit weiteren fast 18.500 DM vom Beklagten angesetzt. Daß er zu diesen Maßnahmen von der Klägerin geradezu ermuntert ist, scheint das Berufungsgericht nicht zu verkennen; denn es spricht selbst von einem "recht deutlichen in Aussichtsstellen des Erbbaurechts" (BU 24). Zutreffend verweist die Revision aber auch weiter darauf, daß die Ermunterungen, die dem Beklagten Veranlassung zu seiner ihm Ausfälle und Kosten verursachenden Maßnahmen gegeben haben, schon mit dem Schreiben der Klägerin vom 22. Januar 1949 und 22. April 1949 begannen und nach dem festgestellten Sachverhalt (u.a. Schreiben vom 23. Dezember 1950 sogar mit Fristsetzung bis 31. März 1951) bis kurz vor dem Absageschreiben vom 21. Mai 1952 fort dauerten. Was dabei die Aufwendungen für den Aufbau der Räume für die Hansabank und den Optiker H. [REDACTED] anbelangt, so nimmt die Revision mit Recht auf ihren in der Berufungsbegründung vom 25. August 1955 S. 11 unter Beweis gestellten Vortrag Bezug, die Klägerin habe der Hansabank ausdrücklich bestätigt, der Beklagte bekomme ein Erbbaurecht.

2. Geht man aber von einem Sachverhalt aus, wie er nach den Ausführungen zu 1 teils unstreitig, teils unter Beweis gestellt war, so ist mindestens zweifelhaft, ob die Würdigung, die ihm das Berufungsgericht hat zu Teil werden lassen, noch als mit Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vereinbar angesehen werden kann.

Es spricht zwar von einem "moralischen" Anspruch des Beklagten, gemeint erkennbar auf Einräumung des Erbbaurechts. Es wird aber noch einer näheren Prüfung bedürfen, ob dieser nicht doch zu einem Rechtsanspruch auf Ersatz - mindestens eines Teiles - seiner Aufwendungen unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes geführt hat, weil er nach dem Verhalten der Klägerin ohne eigene Fahrlässigkeit und den Vertretern der Klägerin erkennbar der Auffassung sein durfte, die Bestellung des Erbbaurechtes sei bereits verbindlich zugesagt oder doch nur noch mehr oder weniger eine Formsache. Das gilt nach seinem bereits erwähnten Vortrag in der Berufungsbegründung vom 25. August 1955 S. 11 insbesondere für seine Aufwendungen aus Anlaß der Errichtung der Baulichkeiten für die Hansabank und Hesselbein. Soweit ihm insoweit Bereicherungsansprüche zustehen (zu vgl. B I 2), ist auf jeden Fall gleichgültig, aus welchem Grunde die Klägerin seine späteren Pläne abgelehnt hat. Hinsichtlich der Ablehnung des sog. "Hausbauprojektes" hat das Berufungsgericht allerdings für das Revisionsgericht bindend festgestellt, dieses sei von der Klägerin nur um deswillen abgelehnt, weil sie auf Grund neu gefaßten Entschlusses "aus bauplanerischen Gründen freie Hand" behalten wollte. Dem Berufungsgericht ist nun zwar darin zu folgen, daß sie dem Kläger kein Erbbaurecht zu bestellen brauchte, aber nicht ohne weiteres auch darin, daß sie, ohne sich Schadensersatzpflichtig zu machen, willkürlich ihre Verhandlungen mit dem Beklagten abbrechen durfte. Denn darauf kommt die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung hinaus.

Es wird näherer Erörterungen bedürfen, ob nicht ein derartiges Verhalten, das den Beklagten - nach seiner bislang unwiderlegten Darstellung - im Ergebnis mit Aufwendungen in Höhe von über 350 000 DM ersatzlos "sitzen" läßt und ihn insbesondere, wenn er noch die volle Miete zu zahlen hat, zum Ruin bringen muß, nicht Treu und Glauben widerspricht und die Klägerin nach §§ 242, 276, 278 BGB schadensersatzpflichtig machen kann. Dabei ist allerdings vorausgesetzt, daß es dem Beklagten überhaupt möglich gewesen wäre, ein "brauchbares" Bauvorhaben durchzuführen, was das Berufungsgericht offen gelassen hat.

Dieses meint zwar, der Beklagte habe, weil eine formgültige Vereinbarung nicht bestanden habe, grundsätzlich auf eigenes Risiko gehandelt, wenn er erhebliche Aufwendungen machte, und rechnet dazu sogar die für die Klägerin nützlichen für den Massivaufbau an der Gebäudeecke Hansabank - Hesselbein, den sie als sich in den Rahmen des Gesamtaufbaues einfügend, wie bereits erwähnt, ausdrücklich anerkannt hat. Die Revision verweist jedoch zutreffend darauf, daß ein solches Risiko - nach der Erfahrung des Lebens - nicht einmal der finanzkräftigste Unternehmer auf sich nehmen kann und auf sich zu nehmen gewillt ist, geschweige denn ein finanzschwacher Geschäftspartner, der, wie der Klägerin nach ihrem eigenen Vorbringen bekannt gewesen ist, hohe Beträge in das Grundstück hineingesteckt hatte und kein weiteres Vermögen - abgesehen von dem in dem Grundstück angelegten - hatte. Es wird deshalb einer näheren Prüfung bedürfen, ob die Vertreter der Klägerin bei einiger Sorgfalt diese ganzen Umstände hätten erkennen können und ob ihr Verschulden darin liegt, daß sie den Beklagten nicht von vornherein auf ihre Einstellung aufmerksam gemacht haben, ehe es zu irgendwelchen Aufwendungen oder verlustbringenden Maßnahmen auf seiner Seite kam.

Aber auch, wenn ein Verschulden in dieser Richtung deshalb verneint werden müßte, weil die Stadtverwaltung zunächst fest zu ihrem Entschluß stand, dem Beklagten das zugesagte Erbbaurecht einzuräumen, und deshalb zu einem besonderen Hinweis, man müßte sich "freie Hand" vorbehalten, kein Anlaß bestand, bleibt zu erörtern, ob die Klägerin nicht auf jeden Fall für den Schaden des Beklagten ganz oder teilweise haften muß, wenn sie sich plötzlich aus stadtplanerischen Gründen anders entschlossen hat, zumal, wie bereits erwähnt, ein Risiko, wie es das Berufungsgericht dem Beklagten aufbürden will, kein Unternehmer eingehen wird. Es wird deshalb zu erwägen sein, ob die Klägerin aus diesem Grunde nicht auf jeden Fall so weit an den Beklagten gebunden war, daß sie seine Pläne - ihre Durchführbarkeit vorausgesetzt - nur aus im Rahmen der bisherigen Verhandlungen liegenden Gründen ablehnen durfte, falls sie sich nicht schadensersatzpflichtig machen wollte.

3. Das Berufungsgericht wird weiter Gelegenheit haben, erneut zu prüfen, ob die Klägerin nicht doch schon längere Zeit vor dem 14. Mai 1952 eine sie zum Schadensersatz verpflichtende "Hinhaltetaktik" betrieben hat, ob sie abredewidrig nachträglich "zusätzliche Bedingungen" eingeführt hat, ob sie sich in Kenntnis der Tatsache, daß der Beklagte finanzschwach war, nicht auf weitere Teilprojekte (Schreiben vom 22. April 1949; mehrere Bauabschnitte) einlassen mußte, ob sie sich auf den Standpunkt stellen durfte (Aussage Dr. He [REDACTED] vom 9. Januar 1956), der Beklagte möge nur "die nötigen Millionen auf den Tisch legen, dann könne er morgen bauen", und ob sie nicht, nachdem sie den Beklagten weitgehende Zusicherungen gemacht und ihn zu erheblichen Aufwendungen veranlaßt hatte, schon nach Treu und Glauben nunmehr verpflichtet war, ihn weitgehend zu unterstützen, und sich nicht auf den Standpunkt stellen durfte, er möge nur ihr passende Projekte vorschlagen, ohne ihm hinreichend darüber Klarheit zu geben, welche Pläne überhaupt mit ihrer Billigung rechnen konnten.

III.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts wegen der Ablehnung von Gegenansprüchen erweist sich auch nicht etwa aus anderen Gründen als richtig. Es halten vor allem seine Ausführungen über die Verwirkung etwaiger Schadensersatzansprüche des Beklagten, wie die Revision mit Recht rügt, einer Nachprüfung nicht stand. Insoweit ist vom Berufungsgericht § 242 BGB verletzt.

Verwirkung von Ansprüchen oder Rechten ist ein Sonderfall unzulässiger Rechtsausübung. Sie wird angenommen, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung eine längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, auf Grund deren die verspätete Geltendmachung als gegen Treu und Glauben verstoßend empfunden wird. Dabei kommt es jedoch immer auf den Einzelfall an. Die Revision verweist hier zutreffend darauf, daß die Klägerin den Beklagten - nach seinem Vortrag - fortgesetzt ermuntert hat, neue Pläne einzureichen und daß ihm auch - nach eigener Feststellung des Berufungsgerichts - noch im Jahre 1952 die Hoffnung blieb, er werde sich mit der Klägerin doch noch einigen können (BU 25).

Wenn er bei dieser Sachlage gegenüber der Klägerin, die der wirtschaftlich stärkere Teil war, nur um sie nicht zu verärgern, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, seinen Standpunkt nicht nachhaltiger vertreten und sich gegen jede ihrer Maßnahmen beschwert hat, kann es jedenfalls nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er gegenüber den geltend gemachten Mietzinsansprüchen seinen Schaden einredeweise geltend macht. Dabei braucht nicht einmal besonders berücksichtigt zu werden, daß der Mietvertrag aus dem die Klägerin ihre Ansprüche herleitet, im engsten Zusammenhang mit den Verhandlungen steht, aus deren Führung der Beklagte seinen Schadensersatzanspruch herleitet; denn sie dienten dazu, diesen zehn-

jährigen Mietvertrag durch ein - dingliches - Erbbaurecht für 60 Jahre zu ersetzen.

Gegenüber den auf Verwendungen für den Aufbau Hansabank und Hesselbein gestellten Schadensersatz- und Bereicherungsansprüchen konnte, wie bereits erwähnt, eine Verwirkung von vornherein nicht in Betracht gezogen werden; denn insoweit hatte der Beklagte erst Anlaß und auch erst die Möglichkeit, Ansprüche geltend zu machen, nachdem ihm die Nutzung dieser Bauten durch die Klägerin entzogen war. Daß aber diese angesichts der Einstellung des Beklagten, der jedenfalls bis zum Urteil des erkennenden Senats vom 18. März 1958 - VIII ZR 64/57 - mit Entschiedenheit die Auffassung vertreten hat, er habe einen rechtswirksamen Anspruch auf Einräumung des in Aussicht gestellten Erbbaurechts, ernstlich angenommen und sich darauf eingerichtet haben könnte, der Beklagte werde keinen Anspruch wegen seiner - vergeblichen - Aufwendungen einschließlich der Mietausfälle geltend machen, wenn er kein Erbbaurecht bekäme, ist nach Lage der Sache ausgeschlossen. Auch in diesem Zusammenhang ist unerheblich, daß sich der Beklagte, um die Klägerin nicht zu verärgern, mit ihren Entscheidungen vorläufig abgefunden hat, und auch, daß er möglicherweise wegen der Vorentscheidungen der Klägerin, mochten sie auch noch so fehlsam gewesen sein, keine Ansprüche geltend gemacht haben würde, wenn er sein Ziel, ein Erbbaurecht zu erhalten, hätte erreichen können. Es kommt auch nicht darauf an, daß er, worauf das Berufungsgericht Wert legt, zunächst noch seine Mietzahlungen vorbehaltlos fortgesetzt und sie erst, nachdem ihm vorübergehend Stundung gewährt war, endgültig seit 1. September 1954 eingestellt hat; denn die laufende Miete mußte er schon mit Rücksicht auf das Recht der Klägerin zur sofortigen Kündigung bei Verzug (Nr. 1 Abs. 2 des Vertrages) zahlen. Daß der Beklagte aber keinen Vorbehalt bei seinen Zahlungen gemacht hat, lag im Rahmen seines verständlichen Bestrebens,

die Klägerin nicht zu verärgern. Es läßt sich daraus jedenfalls nichts für einen gegenwärtigen Verstoß des Beklagten gegen Treu und Glauben durch die einredeweise Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen herleiten.

C.

Nach alledem muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, wobei es angebracht erschien, von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen. Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht übertragen worden.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger