

NL

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_142/66

URTEIL

Verkündet am

16. Juni 1967

W ü s t ,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) des Angestellten Alphart B [REDACTED] in
K [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED],
- 2) dessen Ehefrau Marta Rita B [REDACTED] geb. H [REDACTED]
ebenda,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Fa. "He [REDACTED]" Wohnungs- und Siedlungsbau GmbH,
K [REDACTED], Gerhart-Hauptmann-Weg 5, vertreten durch
den Geschäftsführer Egon W [REDACTED], K [REDACTED], Ha [REDACTED]str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Freitag, Offterdinger und Dr. Grell für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 9. Zivilsenat in Freiburg - vom 22. September 1966 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erstellte im Jahre 1959 auf Grundstücken an der L [REDACTED] straße in K [REDACTED], an denen ihr von der Stadt Konstanz zum Wohnbau für Konstanzer Bürger das Erbbaurecht bestellt worden war, Reihenhäuser für Kaufanwärter auf diese Eigenheime. Sie schloß am 8. April 1959 auch mit dem Beklagten, der am 1. April 1959 bei ihr als Angestellter eingestellt worden und bis 31. März 1960 bei ihr tätig war, einen "Bewerbevertrag" nach dem Mustervertrag des Gesamtverbandes gemeinnütziger Wohnungsunternehmen e.V. (Anlagenmappe Anlage 1). Darin verpflichteten sich die Parteien u.a., zu gegebener Zeit auf Verlangen des Wohnungsunternehmens einen Kaufvertrag nach bestimmtem Muster abzuschließen, bis zu welchem Zeitpunkt die Rechtsbeziehungen sich nach den Teilen 3 - 9 des Vertrags richten sollten. Nach Fertigstellung bezogen die Beklagten am 1. September

1959 das Haus, und die Parteien schlossen am 10. September 1959 einen "Nutzungs- (Miet)-Vertrag" (Anlage 2), in dem sich die Beklagten zur Zahlung einer nach der vorläufigen Lastenberechnung in Teil 1.5 des Bewerbervertrags berechneten Nutzungsgebühr in Höhe von monatlich 217 DM verpflichteten. Da die Beklagten zwar gewisse Eigenleistungen, aber keine Geldmittel beisteuerten und auch mit Nutzungsgebühren im Rückstand geblieben waren, errechnete die Klägerin im Schreiben vom 13. März 1961 (Anlage 4) eine durch langfristige Darlehen nicht gedeckte Baurestforderung in Höhe von 14 400 DM (Eigenkapitalbeitrag nach dem Bewerbervertrag 5 400 DM, Sonderwünsche 6 000 DM, sonstige Mehrkosten (Preis- und Lohnsteigerungen) 3 000 DM), mahnte unter Androhung der Kündigung des Vertrags etwa zehn bis zum 28. Februar 1961 nicht bezahlte Nutzungsgebühren (2 019 DM nebst Zinsen, Anlage 7) an und bat bis zum 20. März 1961 um Anweisung zur Auszahlung eines den Beklagten zu Bauzwecken bei der Ba[REDACTED] Be[REDACTED]bank bereitgestellten Darlehens (4000 DM). Der Beklagte machte im Schreiben vom 17. März 1961 (Anlage 5) Erlaß des in der Bausumme einbegriffenen Architektenhonorars und der Betreuungsgebühr geltend, stellte die eingeforderten Kosten der Sonderwünsche in Frage und machte die Stundung von sieben Nutzungsgebühren geltend, worauf die Klägerin die Beklagten an ihren Prozeßbevollmächtigten verwies. Der Beklagte erstattete darauf Strafanzeige gegen den Geschäftsführer der Klägerin wegen Betrugs, begangen durch die Vorspiegelung, Architektenhonorar und Betreuungsgebühr gegen Rücknahme der vom Beklagten bei seiner Entlassung erhobenen arbeitsgerichtlichen Klage erlassen zu wollen. Die Klägerin erklärte durch Anwaltschreiben vom 12. Juni 1961 unter Hinweis auf die Nr. 8.22 und Nr. 8.24 des Bewerbervertrags den Rücktritt von diesem Vertrag und kündigte gleichzeitig auch den



Nutzungsvertrag. Der Beklagte wandte sich alsdann unter verschiedenen Vorwürfen gegenüber der Klägerin und Mitteilung seiner Betrugsanzeige an die Badische Landeskreditanstalt, an das Regierungspräsidium Südbaden und an das Ministerium für Wohnungsbau.

Die Klägerin erhob, zuerst an der ursprünglichen Wirksamkeit des Bewerbervertrags weiter festhaltend, Klage mit dem Antrag auf Feststellung dahin, daß die Klägerin wirksam von dem Bewerbervertrag zurückgetreten sei, und dem weiteren Antrag, die Beklagten zur Räumung und Herausgabe zu verurteilen; später ging sie von der Formnichtigkeit des Bewerbervertrags aus und hat dementsprechend den seitherigen Hauptfeststellungsantrag als Hilfsantrag erklärt und in erster Linie die Feststellung begehrt, daß der Bewerbervertrag nichtig sei und daß die Beklagten daher keinen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks hätten.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat zum Feststellungsbegehren unter Abweisung des Hauptantrags dem Hilfsantrag und der Leistungsklage (Räumung und Herausgabe) stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten auf die Anschlußberufung der Klägerin ihrem Hauptfeststellungsantrag unter Weglassung des Wortes "demgemäß" das im Berufungsantrag an Stelle des Wortes "daher" gesetzt worden ist, stattgegeben.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage; die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Der Bewerbervertrag sei mangels der gesetzlichen Form (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO, § 313 BGB) gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Der Klägerin sei auch nicht versagt, sich auf diesen Formmangel zu berufen (BGH NJW 1965, 812), daß die Unwirksamkeit des Vertrages und deren Folgen für die Beklagten nicht schlechthin untragbar seien. Der Nutzungsvertrag seinerseits sei gemäß § 139 BGB ebenfalls nichtig, weil nach dem Willen der Vertragsparteien dieser Vertrag von dem Bewerbervertrag rechtlich abhängig, also der Abschluß oder das Bestehen des einen durch den Abschluß oder das Bestehen des anderen ausdrücklich oder stillschweigend bedingt gewesen sei (RGZ 103, 298; BGH BB 55, 450). Wenn der Bewerbervertrag aber wirksam gewesen wäre (S. 14 BU) oder wenn den Beklagten ein Ersatzanspruch wegen Verschuldens der Klägerin bei Vertragsabschluß zugestanden hätte (S. 20 BU), so wären Ansprüche aus dem Vertrag oder solche Ersatzansprüche doch im Hinblick darauf entfallen, daß der Klägerin gemäß den - alsdann auch wirksam zu erachtenden - Rücktrittsbestimmungen ein Rücktrittsrecht zugestanden und die Klägerin dieses Recht auch wirksam ausgeübt hätte. Die Klägerin sei aber auch von der Pflicht, mit den Be-

klagten einen Veräußerungsvertrag nach den Vorschriften des zweiten Wohnungsbaugesetzes abzuschließen, verbunden gewesen, weil ein wichtiger Grund in der Person der Beklagten als Bewerber vorgelegen habe (§ 56 Abs. 2 II. WoBauG). Die mangelnde Zahlungsbereitschaft, die böswilligen Verdächtigungen, das Einschalten von Behörden ohne begründeten Anlaß und das Festhalten an einmal erhobenen, ehrenrührigen Vorwürfen trotz Fehlens jeglicher Aussicht auf einen Beweis, stellten in ihrer Gesamtheit wegen der aus ihnen herrührenden Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses einen wichtigen Grund in der Person nicht nur des Erstbeklagten, sondern auch in der Person der das Verhalten ihres Ehemannes deckenden Zweitbeklagten dar, der die Klägerin zur Ablehnung des Übereignungsbegehrens berechtige.

Dementsprechend könnten die Beklagten ein Recht auf den Besitz an dem Wohngrundstück weder aus Vertrag noch aus einem Anspruch auf Ersatz des Schadens herleiten, der ihnen auf Grund eines Verschuldens der Klägerin bei Vertragsschluß zustehen könnte. Ein solcher Schadensersatzanspruch, der übrigens nur auf Geld gerichtet gewesen wäre (BGH NJW 1965, 812), entfalle jedenfalls, weil ein vertraglicher Anspruch selbst im Hinblick auf das begründete wirksam ausgeübte Rücktrittsrecht weggefallen wäre. Mangels eines Gegenanspruchs stehe den Beklagten auch kein Recht auf Zurückbehaltung des Besitzes zu. Ein solches Recht bestehe schließlich auch nicht gemäß § 1000 BGB; ihr unstreitiger Verwendungersatzanspruch (5000 DM) sei geringer als der Bereicherungsanspruch der Klägerin wegen der ohne Rechtsgrund

genossenen Nutzungen (mindestens 5.987,03 DM).

II.

Darüber, daß der eine Verpflichtung zum Verkauf des Erbbaurechts enthaltende Bewerbervertrag der notariellen Beurkundung bedurft hätte, besteht kein Zweifel und auch kein Streit unter den Parteien. Die Revision meint, unstreitig unter den Parteien sei auch, daß der Vertrag wegen Formmangels unwirksam gewesen sei, und daher fehle das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags.

Der Revision ist zuzugestehen, daß auch die Beklagten die Unwirksamkeit des Vertrags eingeräumt haben (Schriftsatz vom 16. März 1966, Blatt II, 151); gleichzeitig haben sie jedoch den Standpunkt vertreten, die Klägerin könne sich auf die Unwirksamkeit nicht berufen, weil sie diese Unwirksamkeit fahrlässigerweise herbeigeführt habe. Vor allem haben aber die Beklagten, was entscheidend ist, beantragt, die den Feststellungsantrag weiter verfolgende Anschlußberufung aus Sachgründen zurückzuweisen. Angesichts dieses Antrags kann der Klägerin das Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags nicht abgesprochen werden, ohne daß es hierfür einer näheren Erörterung bedurfte, ob und unter welchen Umständen sich eine Partei auf die Formnichtigkeit eines Vertrags berufen kann.

III.

In der Sache hält die Revision im Gegensatz zum Beru-

fungsgerecht den Anspruch auf Ersatz des Schadens für entscheidungserheblich, der den Beklagten ihres Erachtens dadurch entstanden ist, daß der Vertrag infolge einer schuldhaften Verletzung der der Klägerin bei Vertragsabschluß obgelegenen Pflichten nicht in der vom Gesetz geforderten Form abgeschlossen worden ist. Dieser Schadensersatzanspruch, meint sie, sei gerade darauf gerichtet, die Beklagten im Verhältnis zur Klägerin so zu stellen, wie sie bei einem formgerechten und damit rechtswirksamen Vertrag stünden. Die vom Berufungsgerecht in den Vordergrund gestellten Fragen, ob die Nichtanerkennung des Vertrags mit Treu und Glauben unvereinbar sei und unter welchen Umständen eine solche Unvereinbarkeit vorliege, sei gegenüber diesem Schadensersatzanspruch nicht erheblich.

Abgesehen davon, trägt die Revision weiter vor, stünden den Beklagten ein Anspruch aus dem zwischen der Klägerin und der Stadt Konstanz am 5. März 1959 abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag und weiter ein gesetzlicher Anspruch aus § 56 Abs. 2 II. WoBauG auf Übertragung des Kaufeigenheimes zu, der letztere, weil in der Person der Beklagten kein wichtiger Grund vorgelegen habe, deren Verlangen auf Abschluß eines Veräußerungsvertrags abzulehnen. Ebensowenig hätten die vom Berufungsgerecht festgestellten vertragliche Rücktrittsgründe (Nr. 8.22 und 8.24 des Bewerbervertrags) bestanden. In diesem Punkt rügt die Revision die Außerachtlassung entscheidungserheblichen Sachvortrags der Beklagten. Hilfsweise stünde den Beklagten gegenüber

dem Klagantrag Nr. 2 ein Zurückbehaltungsrecht zu.

IV.

Die Rügen sind nicht begründet.

1. Es kann mit dem Berufungsgericht dahingestellt bleiben, ob den Beklagten ein Ersatzanspruch wegen Verschuldens der Klägerin bei Vertragsabschluß zugestanden hat und worauf dieser Anspruch gegebenenfalls gerichtet gewesen wäre. Unterstellt man einen solchen Anspruch, mag er auf Geld oder auf Einräumung der Rechte aus dem Bewerbervertrag gerichtet gewesen sei, der ohne Formverstoß zustandegekommen wäre, so wären die Beklagten jedenfalls auch den Rücktrittsvorschriften dieses Vertrags unterworfen gewesen. Die Revision unterliegt einem Denkfehler, soweit sie meint, mangels eines wirkamen Vertrags bestehe keine Grundlage für den Rücktritt vom Vertrag, und weiter ausführt, der Schadensersatzanspruch sei längst vor der Rücktrittserklärung entstanden und sein Wegfall nicht dargelegt. Eben weil die Beklagten in der rechtlichen Würdigung auf Grund eines zu ihren Gunsten unterstellten Ersatzanspruchs so gestellt werden - übrigens auch noch bis in den Rechtsstreit hinein von seiten der Klägerin so behandelt wurden - , als ob der Bewerbervertrag notariell beurkundet und damit wirksam abgeschlossen wäre, müssen sie ihr eigenes Verhalten entsprechend dieser Unterstellung beurteilen lassen. Wenn sie die Vertragsrechte in Anspruch nehmen, sei es auch nur über einen Schadensersatzanspruch, so müssen sie selbst auch vertragstreu handeln, wenn sie dieser Rechtsstellung nicht verlustig gehen wollen. Dement-

sprechend müssen folgerichtig auch die im Vertrag getroffenen Vereinbarungen über den Rücktritt auf ihr eigenes Verhalten angewendet werden. Wenn die Revision, wie in der mündlichen Verhandlung erstmals in diesem Zusammenhang vorgebracht, meint, die Klägerin sei vor dem Vertragsrücktritt ihren eigenen Vertragspflichten schuldhafterweise nicht nachgekommen und aus diesem Grund hätten die Voraussetzungen des Rücktritts gefehlt, so fehlt der hierfür notwendige Sachvortrag in der Tatsacheninstanz.

2. Ohne Erfolg greift die Revision die Feststellungen an, die die Klägerin nach Ansicht des Berufungsgerichts zum Rücktritt vom Vertrag berechtigten.

a) Nach Nr. 8.22 des Bewerbervertrags sollte die Klägerin zum Rücktritt berechtigt sein, wenn der Bewerber seinen Verpflichtungen aus diesem Vertrag trotz Mahnung und Fristsetzung nicht nachkommt.

aa) Aus dem Schriftwechsel der Parteien, dem Umstand, daß der Erstbeklagte selbst bei der Ba[REDACTED] Be[REDACTED]bank ein Darlehen von 4000 DM beschafft hat, ferner aus den Schreiben dieser Bank vom 10. Dezember 1960 und 20. Dezember 1960 entnahm das Berufungsgericht die Verpflichtung des Erstbeklagten, die durch das Fehlen der 5400 DM entstandene Finanzierungslücke u.a. mit Hilfe eines den Beklagten von der Be[REDACTED]bank zur Verfügung gestellten Darlehens aus der Aktion "Junge Familie" in Höhe von 4000 DM zu schließen. Gleichwohl hat der Beklagte, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, trotz Mahnung und

Fristsetzung entgegen der ihm nach Treu und Glauben vorliegenden Verpflichtung die Be[REDACTED]bank nicht zur Auszahlung dieser 4000 DM angewiesen, so daß er sich mit dieser vertraglichen Verpflichtung in Verzug befunden hat.

Die Revision macht hierzu geltend, der Tatrichter habe das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 16. November 1964 S. 16 f (II, 59f Ga) übersehen. Fraglich kann schon sein, ob diese Rüge gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO hinreichend darlegt, welche Tatsachen das Berufungsgericht übersehen haben soll, und ob daher die notwendigen Voraussetzungen einer Revisionsbegründung erfüllt sind. Nicht übersehen hat das Berufungsgericht jedenfalls die Behauptung, die Klägerin hätte die 4000 DM ausbezahlt erhalten, wenn sie nur der Be[REDACTED]bank den in ihrem Besitz befindlichen Grundschulbrief ausgehändigt hätte. Dies ergibt sich daraus, daß S. 15 BU unten auf die Anlagen 9 und 10 verwiesen wird. Diese Anlagen sind Schreiben der Be[REDACTED]bank vom Dezember 1960 an die Klägerin des Inhalts, daß die Bank eine Auszahlungsbestätigung nicht ohne entsprechenden Auftrag des Beklagten abgeben könne. Ob aber die Beklagten nach den Darlehensbedingungen nicht anderweitig über dieses Darlehen hätten verfügen können, ist demgegenüber unerheblich.

bb) Weiter stellt das Berufungsgericht fest, daß den Beklagten die Nutzungsgebühr nach ihrem eigenen Vorbringen (Anlage 5; II, 25 GA) ab 1. April 1960 nur für sieben Monate gestundet worden sei, so daß der Rückstand ab 1. November 1960 auszugleichen gewesen wäre.

Dazu rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Einlassungen der Beklagten zu diesem Punkt im Schriftsatz vom 17. (richtig 16.) März 1966 S. 16 ff und besonders S. 19 ff nicht beachtet. Abgesehen von der Frage, ob diese Rüge den Anforderungen des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO genügt, ist sie sachlich nicht begründet. Einschlägig ist allenfalls die Bemerkung auf S. 20 des genannten Schriftsatzes, daß es sich bei der vereinbarten Nutzungsgebühr gar nicht um eine Verpflichtung aus dem Bewerbervertrag, etwa im Sinne von Nr. 8.22, handle. Dieser Einwand ist jedoch nicht begründet, da nach Nr. 1.5 des Bewerbervertrags als Last, die vom Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit ab anfällt, Kapitalkosten und Tilgungen neben den Bewirtschaftungskosten als Annuitäten ausgewiesen sind.

Ein Recht auf Zurückbehaltung der Nutzungsgebühren hat den Beklagten nicht zugestanden, da die Klägerin zur Übertragung des Erbbaurechts nur gegen Begleichung des Veräußerungspreises verpflichtet gewesen wäre. Im übrigen bezieht sich der als übergangen erwähnte Sachvortrag der Beklagten auf die Einstellung der Zahlung ab Ende des Jahres 1964, die für den hier maßgebenden Verzug unerheblich ist. Die Einstellung der Zahlung in diesem späteren Zeitpunkt hat der Tatrichter nicht als Zahlungsverzug herangezogen (vgl. S. 16 unter 3 BU). Es bedarf daher auch keiner Prüfung, ob die Beklagten etwa in diesem Zeitpunkt die Nutzungsgebühr mit Recht zurückbehalten hätten, wenn der Erfüllungsanspruch nicht schon mit dem Rücktritt der Klägerin weggefallen wäre (vgl.

IV 2 und 3 der Revisionsbegründung).

b) Nach Nr. 8.24 des Bewerbervertrags sollte die Klägerin zum Rücktritt von diesem Vertrag berechtigt sein, wenn sonst ein dringender Grund vorliegt, der die Aufrechterhaltung dieses Vertrags als nicht mehr zumutbar erscheinen läßt.

Dazu stellt das Berufungsgericht fest, der Erstbeklagte habe nicht nur am 13. Juni 1961 gegen den Geschäftsführer der Klägerin eine ungerechtfertigte Betrugsanzeige erstattet und die Strafverfolgung auch nach Einstellung des Verfahrens erfolglos weiter betrieben, sondern in einem auch dem Regierungspräsidium Südbaden abschriftlich mitgeteilten Schreiben an die Badische Landeskreditanstalt vom 30. Oktober 1961 schwere, unbewiesen gebliebene Vorwürfe gegen den Geschäftsführer der Klägerin erhoben, die geeignet waren, dessen persönliches und geschäftliches Ansehen schwer zu schädigen, und die die Landeskreditanstalt zu Nachforschungen veranlaßt haben.

Die Revision verweist gegenüber diesen Feststellungen und Würdigungen auf den Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 16. November 1964 Seite 2 ff (Bl. II, 31 ff GA), wonach der Erstbeklagte selbst von der Richtigkeit seiner Vorwürfe überzeugt gewesen sei und nach wie vor überzeugt sei. Wenn der Beklagte berechnete Vorwürfe erhebe, so könne dies seine Rechte niemals beeinträchtigen. Daß der Beklagte aber seine Vorwürfe mit Unrecht oder gar wider besseres Wissen erhoben habe, stelle das Berufungsgericht nicht fest; es beschränke sich auf die Feststellung, daß die Vorwürfe nicht erweislich seien.

Auch diese Rügen sind unbegründet. Entscheidend für die Frage, ob der Klägerin zuzumuten ist, den Vertrag weiter zu führen, ist nach der zutreffenden Rechtsansicht des Berufungsgerichts nicht die Frage, ob der Beklagte sich selbst von der Richtigkeit seiner Vorwürfe gegen den Geschäftsführer der Klägerin überzeugt gehalten hat und noch hält, vielmehr ist hierfür die vom Berufungsgericht festgestellte Tatsache maßgebend, daß sich für einen Betrug des Geschäftsführers der Klägerin keinerlei Anhaltspunkte ergeben haben und die Strafanzeige selbst dann ungerechtfertigt gewesen wäre, wenn der Beklagte möglicherweise einen verständlichen Anlaß zu der Annahme gehabt hätte, ein Gebührenerlaß sei ihm früher einmal zugesagt worden. Daneben hat der Beklagte nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts der Landeskreditanstalt nicht nur die von ihm erstattete Betrugsanzeige mitgeteilt, sondern auch behauptet, die Klägerin denke nicht daran, ihre Zusagen einzuhalten, ihr liege nur daran, das Eigenheim möglichst gewinnbringend zu veräußern, schon der Voranschlag sei erhöht, und die Vorkalkulation oberflächlich gewesen, die Klägerin sei kapitalschwach und erstrebe einen risikolosen, aber gewinnbringenden Handel mit Eigenheimen. Nicht zu beanstanden ist, wenn das Berufungsgericht das gesamte Verhalten des Beklagten im Hinblick auf die noch offenen Streitfragen, die bei einer Abwicklung der beiderseitigen Rechtsbeziehungen nach Maßgabe des Bewerbervertrages noch zu klären gewesen wären, als einen dringenden Grund im Sinn der Nr. 8.24 des Bewerbervertrags würdigt.

3. Keine Bedenken bestehen schließlich dagegen, daß das festgestellte Verhalten des Beklagten vom Berufungsgericht gleichzeitig als ein wichtiger Grund in der Person des Beklagten gewürdigt wurde, der die Klägerin gemäß § 56 Abs. 1, II. WoBauG zur Ablehnung der Veräußerung des Kaufeigenheims an die Beklagten berechtigt.

4. Den Vertrag über die Bestellung des Erbbaurechts vom 5. März 1959 legt das Berufungsgericht dahin aus, daß es sowohl der Stadt Konstanz als auch ihrer Spitalstiftung bei der Bestellung von Erbbaurechten allein darauf ankam, den Bau von Wohnungen für Wohnungssuchende Konstanzer Bürger zu ermöglichen, nicht aber, für die vorgesehenen Kaufanwärter Rechtsansprüche gegenüber der Klägerin zu begründen. Demgegenüber meint die Revision, der Tatrichter habe bei dieser Auslegung überschen, daß die Beklagten eines der in diesem Vertrag erwähnten, aber noch nicht anderweitig vergebenen Grundstücke hätten erhalten sollen. Die Rüge ist unbegründet, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, daß das Berufungsgericht diesen Umstand bei der Auslegung nicht berücksichtigt hätte.

5. Nicht auszuschließen ist, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, ob der Nutzungsvertrag nicht auch bei Kenntnis der Nichtigkeit des Bewerbervertrags von den Vertragsparteien abgeschlossen worden wäre, die Tatsache unbeachtet gelassen hat, daß mindestens die Klägerin die Formnichtigkeit des Bewerber-

vertrags hingenommen hat und auch die Beklagten, etwa im Hinblick auf die Schutzvorschriften des II. Wohnungsbaugesetzes, trotz der Formnichtigkeit des Bewerbervertrags den Nutzungsvertrag abgeschlossen hätten. In diesem Fall wäre aber der Nutzungsvertrag entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht schon nach § 139 BGB nichtig gewesen. Gleichwohl ändert diese Möglichkeit nichts am Ergebnis, da das Erbbaugrundstück den Beklagten nur bis zur Beendigung des Bewerbervertrages überlassen worden war (§ 1) und eine Kündigung des Nutzungsvertrags nur während der Dauer der Kaufanwartschaft ausgeschlossen war (§ 7). Wie dargelegt, brauchte sich die Klägerin von dem Zeitpunkt an, in dem sie bei Unterstellung der Wirksamkeit des Bewerbervertrags - zum Rücktritt von diesem Vertrag berechtigt gewesen ist und dementsprechend den Rücktritt erklärt hat, an diesem zugunsten der Beklagten als wirksam unterstellten Vertrag nicht mehr festhalten zu lassen, so daß sie von diesem Zeitpunkt an auch nicht mehr zur Überlassung des Besitzes verpflichtet war, vielmehr gemäß § 8 des Nutzungsvertrags das Erbbaugrundstück von den Beklagten herausverlangen konnte.

6. Ohne nähere Begründung hält die Revision die ablehnenden Erwägungen des Berufungsgerichts zu dem auf Verwendungsersatz gegründeten Zurückbehaltungsrecht an dem Grundstück (§ 1000 BGB) für unrichtig. Der Vorwurf ist nicht gerechtfertigt, da nach den nicht angefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts der Verwendungsersatzanspruch der Beklagten durch Aufrechnung erloschen ist.

V.

Da auch im übrigen kein materieller Rechtsverstoß zum Nachteil der Beklagten festgestellt werden kann, erweist sich die Revision als unbegründet. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 ZPO.

Dr. Piepenbrock

Rothe

Bundesrichter Dr. Freitag
ist aus dienstlichen Gründen
ortsabwesend und deshalb
verhindert zu unterschreiben.

Dr. Piepenbrock

Offterdinger

Dr. Grell