

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 96/63

URTEIL

Verkündet am

29. Oktober 1965

Hirth,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma G [REDACTED] GmbH, Gesellschaft für Wohnungseigentum und Familienheim, gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer, Wilhelm G [REDACTED] und Dr. Ernst Z [REDACTED],
H [REDACTED], R [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Luitpold D [REDACTED] - B [REDACTED], H [REDACTED] -
E [REDACTED], Q [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 4. April 1963 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin errichtete auf dem in H [REDACTED] E [REDACTED], Ecke Q [REDACTED] - und H [REDACTED]straße belegenen, im Grundbuch von E [REDACTED] Band 100 Blatt 4 [REDACTED] eingetragenen Grundstück Häuser mit 79 Eigentumswohnungen sowie 4 zur H [REDACTED]straße hin gelegenen Ladenräumen, die vermietet werden. Am 1. April 1957 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vorvertrag, in dem sich die Klägerin verpflichtete, dem Beklagten auf dem angegebenen Grundstück die Eigentumswohnung Nr. 50 zu verschaffen. Der Beklagte verpflichtete sich, hierüber einen notariellen Kaufvertrag abzuschließen (§ 1).

- 3 -

Im Vorvertrag ist der Kaufpreis mit ca. 33 700 DM bei einem Eigengeldanteil von ca. 8 800 DM festgelegt (§ 3). Weiter ist die Klägerin u.a. für berechtigt erklärt, den Vertrag mit einer Kündigungsfrist von 10 Tagen zu kündigen, wenn der Beklagte seinen Zahlungsverpflichtungen nach § 4 dieses Vertrags nicht termingerecht nachkommt. Die Klägerin übt die Verwaltung gemäß Wohnungseigentumsgesetz vom 15. März 1951 aus (§ 6). Am 15. April 1957 bezog der Beklagte die Wohnung.

Nach längeren Verhandlungen schlossen die Parteien am 12. Juni 1957 einen Mietvertrag über einen der in der Heckscherstraße gelegenen Läden, wobei der Beklagte für die Firma A. von L. & Co als deren Inhaber handelte. Im Mietvertrag wurde wegen der Lage der Räume auf einen "beiliegenden Plan" verwiesen. Ein solcher Plan lag aber dem Mietvertrag nicht bei. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte, wie er behauptet, den linken (Eck-) Laden oder, wie die Klägerin vorträgt, den daneben liegenden Mittelladen gemietet hat. Beide durch eine Tür verbundene Läden befanden sich bei Abschluß des Mietvertrags im Besitz des Tabakwarenhändlers W., der nach Fertigstellung seines eigenen Neubaus ausziehen beabsichtigte. Er benutzte den Eckladen als Verkaufsraum und den Mittelladen als Wohnraum. Einen der beiden Läden hatte die Klägerin am 28. September 1956 an den Gärtnermeister B. vermietet.

Von dem Eckladen - nicht auch vom Mittelladen - konnte ein Mauerloch zum Hausdurchgang gebrochen werden. Der Beklagte beabsichtigte, einen solchen Mauerdurchbruch als Durchreiche für Zeitungen zu benutzen. Außer

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



ihm wünschte B[REDACTED], den Eckladen zu benutzen, weil er im Hausdurchgang Gemüse verkaufen wollte.

Am 31. Oktober 1957 räumte W[REDACTED] die Läden. Der Beklagte begab sich am selben Tag dorthin und blieb über Nacht dort. In den Abend- oder Nachtstunden wurde die Verbindungstür zwischen beiden Läden zugemauert. Am folgenden Morgen befand sich der Beklagte im Eckladen. B[REDACTED], der bereits einige Sachen dort stehen hatte, konnte am Morgen des 1. November 1957 die Ladentür nicht öffnen, weil von innen ein Schlüssel steckte. Das Firmenschild des Beklagten war an diesem Laden angebracht. B[REDACTED] holte drei Zeugen und den Geschäftsführer der Klägerin herbei. Es kam zu einer Auseinandersetzung, in deren Verlauf die Klägerin den mit dem Beklagten geschlossenen Mietvertrag vom 12. Juni 1957 fristlos kündigte bzw. vom Vertrag zurücktrat. Die Sachen des Beklagten wurden auf die Straße gestellt. Unter dem 4. November 1957 richtete die Klägerin an ihn ein Schreiben folgenden Inhalts:

"Aufgrund der Vorfälle am Freitag, den 1. November 1957 in dem Laden Nr. 1 unserer Wohnanlage Q[REDACTED]straße sahen wir uns genötigt, Ihnen an Ort und Stelle den mit Ihnen unter dem 12. Juni 1957 abgeschlossenen Mietvertrag über den Laden Nr. 2 mündlich zu kündigen.

Wir bestätigen hiermit diese Kündigung schriftlich und erweitern sie dahingehend, daß wir von dem mit Ihnen unter dem 1. April 1957 abgeschlossenen Vorvertrag über den Kauf einer Wohnung in unserer Wohnanlage Q[REDACTED]straße fristlos zurücktreten. Die ganzen Vorfälle machen es uns unmöglich, mit Ihnen einen notariellen Kaufvertrag über die Wohnung abzuschließen, da die Gewähr für ein gedeihliches Zusammenleben mit den übrigen Mitgliedern der Wohngemeinschaft nicht gegeben ist."

Mit der vorliegenden, am 27. Januar 1958 zugestellten Klage verlangt die Klägerin die Räumung und Herausgabe der dem Beklagten auf Grund des Vorvertrags vom 1. April 1957 überlassenen, H[REDACTED]straße 23, Erdgeschoß links gelegenen Wohnung. Der Beklagte erhob unter seiner Firma im Mai 1958 Klage gegen die Klägerin u.a. auf Herausgabe eines Ladenraumes. Im zweiten Rechtszug wies das Landgericht auf die Berufung der Klägerin durch Urteil vom 28. Oktober 1960 die Klage wegen des Ladenraumes ab.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie sei mit Recht vom Vorvertrag vom 1. April 1957 zurückgetreten, weil der Beklagte nicht die erforderliche Gewähr dafür biete, daß er mit den übrigen Wohnungseigentümern in Frieden leben könne. Er habe sich hinsichtlich des Ladens über alle Grundsätze des höflichen Umgangs und des Rechts hinweggesetzt, zu Unrecht auf den Standpunkt gestellt, ihm sei der Laden neben dem Durchgang vermietet worden, und habe sich am 31. Oktober 1957 durch verbotene Eigenmacht in den Besitz des Ladens gesetzt. Die Klägerin lehne es ab, einen notariellen Vertrag über die Eigentumswohnung abzuschließen. Da der Vorvertrag vom 1. April 1957 entgegen § 4 WEG nicht notariell beurkundet sei, könne der Beklagte den Abschluß eines formgültigen Vertrags ohnehin nicht fordern. Hilfsweise stütze sie die Klage darauf, daß der Beklagte die Finanzierungskosten von 1 % monatlich auf 4 600 DM nicht vertragsgemäß gezahlt habe und ihm deshalb mit Schriftsatz vom 12. März 1958 in dieser Sache mit zehntägiger Frist gekündigt worden sei.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten und dazu angeführt, der Vorfall vom 1. November 1957 habe nichts mit dem Räumungsanspruch hinsichtlich der Wohnung zu tun. Der gesamte Vorgang um den Laden beruhe auf einem bedauerlichen Mißverständnis, das aufzuklären ihm die Klägerin keine Gelegenheit gegeben habe. Ihm sei der Eckladen vermietet gewesen. Die Klägerin könne sich auf die Nichtigkeit des Vorvertrags nicht berufen. Ihr Verhalten stelle sich als unzulässige Rechtsausübung dar.

Während des Rechtsstreits haben die Parteien und die Hamburgische Wohnungsbaukasse am 7. November 1958 einen Darlehensvertrag über Aufbaudarlehen für den Wohnungsbau abgeschlossen. Die Klägerin hat den Beklagten mit Schreiben vom 19. Dezember 1958 darauf hingewiesen, daß die Unterzeichnung ihrerseits "ohne jedes Präjudiz für den in dem Prozeß vertretenen Standpunkt erfolgt" sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Gegen das Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihr bisheriges Begehren weiterverfolgt. Der Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

A) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Vorvertrag vom 1. April 1957 nach § 4 WEG i.V.m. §§ 313 und

125 BGB nichtig ist, weil er nicht notariell beurkundet wurde. Es fährt sodann fort: Die Klägerin verstoße dadurch, daß sie sich auf die Formnichtigkeit berufe, gegen Treu und Glauben. Es handle sich zunächst entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht bei dem Vorvertrag nicht nur um eine unverbindliche Festlegung einzelner Punkte. Sie werfe dem Beklagten vor, nicht seinen Zahlungspflichten nachgekommen zu sein, und habe längere Zeit die Zahlung des vereinbarten Wohnungsgeldes von ihm verlangt. Es sei nicht anzunehmen, bei Abschluß des Vorvertrages habe man bis zur notariellen Beurkundung einen vertragslosen Zustand bestehen lassen wollen, obwohl der Beklagte die Wohnung zwei Wochen später bezogen habe. Der als solcher ausdrücklich bezeichnete Vorvertrag enthalte im übrigen übereinstimmende, ausreichend bestimmte Willenserklärungen über alle wesentlichen Punkte eines Kaufvertrags für eine Eigentumswohnung.

Die Klägerin sei mit dem Beklagten ein Geschäftsbesorgungsverhältnis nach § 675 BGB bzw. ein Betreuungsverhältnis eingegangen, dem es widerspreche, wissentlich formnichtige Verträge mit dem Partner abzuschließen. Der Beklagte habe dem Vertrag nicht entnehmen können, daß sich die Klägerin in Wahrheit in keiner Weise band. Sie habe nach Vertragsabschluß auch so gehandelt, als ob der Vertrag gültig sei. Der Beklagte habe die Wohnung seit Jahren in Besitz, die Klägerin habe mit den mehr als 70 anderen Wohnungseigentümern die endgültigen Verträge geschlossen, ohne sich auf die Formnichtigkeit zu berufen.

B) Die Revision greift diese Ausführungen unter Bezugnahme auf die in BGHZ 16, 338 und 29, 6 veröffentlichten Entscheidungen mit dem Hinweis an, daß weder die Länge der Besitzzeit noch eine Rücksichtnahme auf die Existenz des Beklagten eine Einschränkung des in § 313 BGB normierten Grundsatzes verlange. Das Berufungsgericht habe verkannt, daß der Beklagte ein erfahrener Kaufmann und kein schutzwürdiger Laie sei, der vor der rechtskundig beratenen Klägerin geschützt werden müsse. Der Vorvertrag sichere dem Beklagten auch kein bestimmtes Eigentum an einer bestimmten im Grundbuch eingetragenen Wohnung, sondern nur die Verschaffung einer Eigentumswohnung in Zukunft zu. Das Berufungsgericht habe sich nur unvollkommen mit dem darauf abzielenden Vorbringen der Klägerin auseinandergesetzt, aus dem folge, daß aus dem vorläufigen Vertrag nicht auf Erfüllung geklagt werden könne.

Die Klägerin habe den Beklagten nicht durch früheres Verhalten in dem Glauben gewiegt, daß ein notarieller Vertrag nicht nötig sei. Allein aus den durch den Vorvertrag für die Parteien geschaffenen Beziehungen ergebe sich kein Verbot für die Klägerin, sich auf das Formerfordernis des § 313 BGB zu berufen. Das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß ein großer Unterschied zwischen einem Recht zur fristlosen Kündigung und dem Recht bestehe, sich gegenüber einem Formmangel auf den Grundsatz von Treu und Glauben zu berufen. Selbst wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung nicht vorliegen sollte, sei damit dem Beklagten noch nicht die Berufung auf § 242 BGB gestattet. Das Oberlandesgericht dürfe für die Anwendung dieser Bestimmung ferner nicht ins Feld führen, daß der Beklagte die Wohnung schon seit Jahren in Besitz

habe. Als er die Aufforderung zur Räumung am 4. November 1957 erhielt, sei er weniger als 7 Monate im unangefochtenen Besitz der Wohnung gewesen.

C) Der Angriff der Revision hat Erfolg.

Der Vorvertrag vom 1. April 1957 ist nichtig, weil er nicht notariell beurkundet ist (§§ 4 Abs. 4 WEG, 313, 125 BGB). § 56 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes vom 27. Juni 1956 (BGBl I 523) betrifft nur Kaufeigenheime, nicht aber Eigentumswohnungen.

Allerdings ist entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß es sich bei dem Vorvertrag nicht nur um eine unverbindliche Festlegung einzelner Punkte handelt. Offenbar hat die Klägerin den Vorvertrag vom 1. April 1957 zunächst selbst für verbindlich gehalten. Andernfalls hätte sie nicht vom Vorvertrag im Schreiben vom 4. November 1957 fristlos zurückzutreten brauchen. Ferner spricht für diese Annahme ihr an den Beklagten gerichtetes Schreiben vom 2. Dezember 1957 (Hefter Revisionsbericht vom 11. Januar 1958, Anl. 48). Erst im Berufungsrechtszug hat sie die Auffassung, es handle sich nur um eine unverbindliche Punktation, geäußert. Die Vereinbarung vom 1. April 1957 ist so vollständig, daß der Inhalt des künftigen Kaufvertrags hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist. Die Klägerin übersieht, daß ein Vorvertrag nicht die gleiche Vollständigkeit aufweisen muß, die für den Hauptvertrag zu verlangen ist, und ein solches Maß an Bestimmtheit genügt, daß im Streitfall der Inhalt des Hauptvertrags richterlich

festgesetzt werden kann. Es ist nicht ausgeschlossen, eine notwendige Ergänzung der Einigung in einzelnen Punkten unter Berücksichtigung des vermutlichen Parteiwillens nach § 287 ZPO vorzunehmen (BGH Urteil vom 17. Dezember 1952 - II ZR 19/52, LM BGB § 707 Nr. 3). Die Ansicht des Oberlandesgerichts, § 1 des Vorvertrags bezeichne die Eigentumswohnung, die die Klägerin dem Beklagten zu verschaffen, d.h. im Sinne des § 4 WEG zu veräußern sich verpflichtete, genau, es sei unschädlich, daß Wohnungsgrundbuch, Miteigentumsanteil und Belastungen nicht angegeben seien, begegnet ebensowenig durchgreifenden rechtlichen Bedenken wie die Feststellung, daß auch die Gegenleistung des Beklagten in § 3 des Vorvertrags bei Heranziehung der für den Kaufpreis bisher maßgeblichen Berechnungsfaktoren letztlich noch bestimmbar gehalten ist (vgl. hierzu auch das Senatsurteil vom 16. Februar 1965 - V ZR 235/62, WM 1965, 674, 676 f) und der Eigengeldanteil ersichtlich nur wegen einer unerheblichen Differenz mit c i r c a 8 800 DM angegeben ist. Soweit über den Inhalt des Sondereigentums sowie die Rechte und Pflichten am gemeinschaftlichen Eigentum im Vorvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen ist, lassen sich diese Fragen aus dem Zusammenhang des Vorvertrags, insbesondere seinem Hinweis auf die Bauentwurfszeichnungen, oder vom Gericht bei einer Klage auf Abschluß des Hauptvertrags im vorbezeichneten Rahmen nach § 287 ZPO regeln. Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht könnte auf Erfüllung des Vorvertrags geklagt werden. Wenn der Beklagte darauf hinweist, daß sich aus der Formulierung in § 1 des Vorvertrags, die Klägerin verpflichte sich, dem Beklagten die Eigentumswohnung Nr. 50 des Planes zu verschaffen,

ergebe, daß unter den Parteien ein Auftragsverhältnis bestanden habe, so ist das nicht stichhaltig. Das Oberlandesgericht hat die Erklärungen in der Vereinbarung vom 1. April 1957 dahin ausgelegt, daß die Parteien damit den Kauf einer Eigentumswohnung vorvertraglich regeln wollten. Diese Auslegung ist möglich und deshalb für das Revisionsgericht bindend.

Hingegen hält die Meinung des Berufungsgerichts, die Klägerin dürfe sich nicht auf §§ 313, 125 BGB und damit auf die Nichtigkeit des Vorvertrags berufen, einer Nachprüfung nicht stand. Die Berufung auf einen Formmangel kann grundsätzlich dann keinen Erfolg haben, wenn es bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls Treu und Glauben widerspräche, den vertraglichen Anspruch an der Formnichtigkeit scheitern zu lassen, und der bei nichtigen Verträgen gewährte Rechtsschutz nicht ausreicht (Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 242 Anm. 216; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 242 Anm. D 443). Eine durch Treu und Glauben gebotene Bindung an formnichtige Verträge (§ 242 BGB) hat der Senat, wie das Berufungsgericht richtig bemerkt, bejaht bei Erwerbsverträgen über Kleinsiedlungen zwischen Siedlungsträger und Siedler im Hinblick auf die Betreuungs- und Fürsorgepflicht des Trägers (BGHZ 16, 334). Im Urteil vom 29. Januar 1965 - V ZR 53/64 (WM 1965, 315) ist aber dargetan, daß dies nicht ohne weiteres auch für Kaufeigenheim-Vorverträge gilt. Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß sich die Stellungnahme des Senats zu den Kleinsiedlererwerbsverträgen nicht schlechthin auf Absprachen über die Beschaffung städtischen Wohnungseigentums übertragen läßt, da die Beziehungen der Partner hier lockerer sind und es nicht um die wirtschaftliche Lebensexistenz des

Erwerbswilligen geht. Zudem ist der Beklagte als ein im Geschäftsleben stehender erfahrener Kaufmann nicht einem rechtsunkundigen Siedler gleichzuachten. Schließlich darf das Oberlandesgericht für die Anwendung des § 242 BGB nicht anführen, daß der Beklagte die Wohnung schon seit Jahren besitzt. Als die Klägerin ihn zur Räumung aufforderte, war er weniger als 7 Monate (vom 15. April bis 4. November 1957) im unangefochtenen Genuß der Räumlichkeiten. Daraus, daß der gegenwärtige Rechtsstreit sich über mehrere Jahre hingezogen hat, kann für den Beklagten keine Verstärkung seiner Rechtsstellung im Hinblick auf § 242 BGB hergeleitet werden. Es ist aber auch nicht einzusehen, daß den berechtigten Interessen des Beklagten nur die Erfüllung des Vertrags entspreche und sich die Nichtanerkennung des formnichtigen Vertrags, insbesondere bei Beachtung der von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 28. September 1959 (S. 10, Bl. 242 GA) im einzelnen angeführten Gesichtspunkte als ein schlechthin untragbares Ergebnis darstellen würde. Für eine solche Annahme reicht der Umstand, daß die Klägerin den für die Nichtigkeit des Vorvertrags ursächlichen Formmangel verschuldet hat, noch nicht aus. Herbeiführung des Mangels in böser Absicht kommt nach dem festgestellten Sachverhalt nicht in Betracht. Möglicherweise ist die Klägerin zudem dem Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß schadensersatzpflichtig (vgl. das Senatsurteil vom 29. Januar 1965 aaO). Die Klägerin hat den Vorvertrag in Kenntnis seiner Formnichtigkeit geschlossen. Der Beklagte konnte zwar aus § 1 der Vereinbarung ersehen, daß noch ein notarieller Vertrag abgeschlossen werden sollte, er vermochte aber nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts dem Schriftstück nicht

zu entnehmen, daß sich in Wahrheit die Klägerin in keiner Weise band und dadurch, daß sie ihm die Wohnung überließ, das Wohnungsgeld auf Grund des Vertrags verlangte und weitere Zahlungen des Beklagten entgegennahm, so handelte, als ob der Vertrag gültig sei. Unter diesen Umständen wirft sich die Frage auf, ob nicht die Klägerin Sorgfaltspflichten zuwiderhandelte, die durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien begründet worden waren und die weitgehend durch einen Rechtsanwalt als ihren Prokuristen handelnde Klägerin hätten veranlassen müssen, den Beklagten auf die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung auch des Vorvertrags zum Zwecke seiner Wirksamkeit aufmerksam zu machen. Ob und inwieweit daneben ein mitwirkendes Verschulden des auch vom Berufungsgericht nicht als rechtsunkundig bezeichneten Beklagten ins Gewicht fällt (§ 254 BGB), bedarf ebenfalls noch tatrichterlicher Feststellungen.

Wegen Verschuldens bei Vertragsschluß kann allerdings grundsätzlich nur Ersatz des Schadens gefordert werden, der dem Geschädigten durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrags entstanden ist. Ausnahmsweise kann der Schaden aber das Erfüllungsinteresse ausmachen, er kann sogar darüber hinausgehen (Senatsurteil vom 29. Juni 1965 - V ZR 153/62, S. 17). Wie der Senat in seinen beiden Erkenntnissen vom 29. Januar 1965 (aaO) und 16. Februar 1965 (aaO) dargetan hat, liegt gerade bei formungültigen Vereinbarungen zwischen Bauunternehmungen und Hausbewerbern die Möglichkeit nicht fern, daß dann, wenn der Bewerber die Formbedürftigkeit gekannt hätte, notarielle Verbriefung von ihm gewünscht und vom

Bauunternehmen gewährt worden wäre. Dementsprechend könnte im vorliegenden Fall die Schadensersatzpflicht bedeuten, daß die Klägerin den Beklagten in Geld so zu stellen hätte, daß er sich nach Herausgabe der im Klageantrag bezeichneten Wohnung unter Berücksichtigung der heutigen Grundstücks- und Baustoffpreise und der heutigen Arbeitslöhne sowie seiner damaligen Finanzierungsmittel eine gleichwertige Eigentumswohnung beschaffen könnte (vgl. die vorstehend genannten Senatsurteile).

Eine solche Schadensersatzforderung des Beklagten entfielen jedoch dann, wenn die Klägerin berechtigt gewesen wäre, sich auf Grund der Vorfälle vom 1. November 1957 von ihren im Vorvertrag übernommenen Pflichten zu lösen. In diesem Fall käme es auf die schuldhaft von der Klägerin herbeigeführte Formnichtigkeit nicht an, weil unter solchen Umständen auch ein rechtswirksamer Vorvertrag den Beklagten nicht an sein Ziel gebracht hätte. Indessen stand der Klägerin, wie noch zu zeigen ist, ein Recht, sich von der Vereinbarung vom 1. April 1957 loszusagen, nicht zu.

II.

A) Das Oberlandesgericht hat weiter ausgeführt: Der Klägerin sei an sich in entsprechender Anwendung des aus § 18 WEG folgenden Rechtsgedankens ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht zuzubilligen. Der Beklagte müsse danach so schwer gefehlt haben, daß den Wohnungseigentümern die Gemeinschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden könne. Den Erwägungen zu seiner schweren Verletzung im Sinne des § 18 WEG habe die Klägerin dadurch Rechnung getragen, daß

nach § 15 der von ihr entworfenen Ordnung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (Hefter Revisionsbericht vom 11. Januar 1958, Anlage 18) die Veräußerung des Wohnungseigentums nur verlangt werden dürfe, wenn der betroffene Wohnungseigentümer trotz Verwarnung und wiederholt gegen die ihm nach der Gemeinschaftsordnung oder der Hausordnung obliegenden Verpflichtungen in gröblicher Weise verstößt.

Das Verhalten des Beklagten müsse in zwei Abschnitten betrachtet werden, nämlich in der Zeit vor dem 1. November 1957 und an diesem Tage. Falls er vor dem 1. November 1957 habe annehmen dürfen, daß ihm der Eckladen vermietet oder sowohl an ihn als auch an Baltrusch vergeben sei, könne sein Verhalten am 1. November 1957 nicht in allen Einzelheiten auf die Goldwaage gelegt werden.

In der Vorkorrespondenz seien die Parteien zunächst ohne jeden Zweifel von einer Vermietung des Mittelladens ausgegangen. Aus diesem Schriftwechsel ergebe sich aber ebenfalls, daß die Verhandlungen der Parteien sich sodann auf zwei Ladenräume erstreckten, daß Wollenberg vorübergehend den von ihm als Laden benutzten Eckladen zuerst räumen wollte und daß der Beklagte diesen Laden zu beziehen beabsichtigte. Da die Klägerin nach Führung dieser Korrespondenz einen Mietvertrag ohne genaue Bezeichnung des Raumes mit dem Beklagten geschlossen habe, hätte sie, falls sie dem Beklagten nicht den Eckladen vermieten wollte, seinem Schreiben ausdrücklich widersprechen müssen. Das sei auch späteren Zuschriften des Beklagten gegenüber nicht geschehen. Ferner habe die Klägerin nach Ab-

schluß des Mietvertrags über die Läden nicht für eine Klarstellung gesorgt. Die Klägerin habe nicht bewiesen, daß der Beklagte vor dem 1. November 1957 nicht habe annehmen dürfen, den Eckladen gemietet zu haben. Wegen der für den Beklagten sprechenden Vorkorrespondenz könne sein Verhalten am 1. November 1957 nicht als so schwerwiegend angesehen werden, als wenn eindeutig feststünde, daß nur B. den Laden gemietet hat. Es könne nicht ausgeschlossen werden, daß man hier eine Doppelvermietung vorgenommen hat. Bei Abwägung der für und wider den Beklagten sprechenden Begleitumstände des Vorfalls am 1. November 1957 sei gebührend zu berücksichtigen, daß die Klägerin eine Abmahnung und ferner ihre Behauptung nicht bewiesen habe, dem Beklagten sei statt des Eckladens am Morgen jenes Tages der Mittelladen angeboten worden. Auch wenn man die Darstellung der Klägerin über das Verhalten des Beklagten am 1. November 1957 als richtig unterstelle, könne es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß die außer der Kündigung des Ladens ausgesprochene Kündigung des Vorvertrags über die Eigentumswohnung in keinem auch nur entfernt angemessenen Verhältnis zum Benehmen des Beklagten stehe. Er habe sich bereits in seinen beiden Schreiben vom 1. November 1957 vergleichsbereit gezeigt. Es könne keine Rede davon sein, daß den anderen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft die Fortsetzung der Gemeinschaft mit dem Beklagten nicht mehr zugemutet werden könne.

B) Hiergegen wendet die Revision ein:

1. Das Berufungsgericht habe verkannt, daß Baltrusch vom Eckladen schon Besitz ergriffen hatte, indem er dort

einige Sachen abgestellt und die Tür abgeschlossen hat. Das Eindringen des Beklagten und die Anbringung seines Firmenschildes seien verbotene Eigenmacht gewesen. Hierfür sei es unerheblich, ob der Eckladen vorher an den Beklagten und B [REDACTED] vermietet gewesen sei.

2. Zu Unrecht entnehme das Berufungsgericht der Vorkorrespondenz, daß das Verhalten des Beklagten am 1. November 1957 als nicht so schwerwiegend angesehen werden könne, als wenn eindeutig feststünde, daß nur Baltrusch den Laden gemietet hat. Das Oberlandesgericht führe selbst aus, die Parteien seien in der Vorkorrespondenz zweifelsfrei von einer Vermietung des M i t t e l - ladens ausgegangen. Es verkenne, daß das Schreiben des Beklagten vom 21. März 1957 kein Angebot zur Vermietung des Eckladens darstelle und der spätere Mietvertrag vom 12. Juni 1957 keine genaue Bezeichnung des vermieteten Raumes enthalte, der Beklagte danach unter keinen Umständen habe annehmen können, daß ihm der Eckladen vermietet sei.

3. Entgegen der vom Oberlandesgericht vertretenen Auffassung ließen sich daraus, daß die Klägerin die Zumauerung des Mauerdurchbruchs zwischen Eck- und Mitteladen genehmigte, keine Schlüsse darüber ziehen, ob die Klägerin der Meinung gewesen sei, sie habe den Eckladen an den Beklagten vermietet, und ebensowenig habe der Beklagte daraus den Schluß ziehen dürfen, er habe den Eckladen ermietet.

4. Den Schreiben der Klägerin zufolge habe diese niemals den Eckladen an den Beklagten vermieten wollen, jedenfalls solange nicht, wie B [REDACTED] nicht ausdrücklich auf die Rechte aus seinem Mietvertrag verzichtet

hatte. Die Zustimmung der Klägerin zur Zumauerung der Verbindungstür habe dem Beklagten nicht das Recht gegeben, den Eckladen in Mietbesitz zu nehmen.

5. Das Berufungsgericht werfe der Klägerin ungerichtfertigterweise vor, sie habe erst im Schriftsatz vom 27. April 1959 vorgetragen, man habe versucht, den Beklagten zu bewegen, in den mittleren Laden umzuziehen. Zur Dauer des Gesprächs am 1. November 1957 berücksichtigte das Oberlandesgericht nur die Aussage des Zeugen G. Es hätte aber aus der Gesamtheit der Zeugenaussagen seine Schlüsse ziehen müssen.

6. Das Berufungsgericht habe verkannt (BU S. 33), daß im vorliegenden Fall nicht Wohnungseigentum entzogen werden könne, weil der Beklagte noch gar kein Wohnungseigentümer geworden sei. Demjenigen, der auf Grund des § 242 BGB Ansprüche aus einem wegen Formmangels nichtigen Vertrage erhebe, dürfe der Gegeneinwand der Arglist entgegengehalten werden. Da der Beklagte als Anwärter auf die Erwerbung eines Wohnungseigentums sich gegenüber dem Besitzer eines Ladens gewalttätig gezeigt habe, sei eine Abmahnung oder Verwarnung nicht erforderlich gewesen.

C) Die Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Insoweit das Berufungsgericht der Klägerin unter Heranziehung der in § 18 WEG, § 2 MieterschutzG, § 56 Abs. 1 Zweites WohnungsbauG und § 242 BGB enthaltenen Rechtsgedanken an sich das Recht zubilligt, bei schwerer Pflichtverletzung des Bewerbers oder sonst aus wichtigem Grund die bevorstehende Übereignung dadurch zu

verhindern, daß sie sich von ihren Pflichten aus dem Vorvertrag lossagt, ist ein Rechtsirrtum weder gerügt noch ersichtlich (vgl. hierzu das Senatsurteil vom 29. Januar 1965 aaO S. 13 und 14). Aber auch die weiteren Ausführungen des Oberlandesgerichts darüber, daß das Verhalten des Beklagten der Klägerin ein solches Lösungsrecht nicht gegeben hat, enthalten keinen Rechtsverstoß. Die Angriffe der Revision laufen im wesentlichen auf den verfahrensrechtlich unzulässigen Versuch hinaus, den Sachverhalt anders zu würdigen als der Tatrichter.

2. Zu Unrecht wirft die Revision dem Oberlandesgericht vor, es habe verkannt, daß B. von dem Eckladen schon vor dem Beklagten Besitz ergriffen hatte, indem er dort einige Sachen abstellte und die Tür abschloß. Das Berufungsgericht hat, ohne daß dies zu beanstanden wäre, nicht festgestellt, daß B. eindeutig von dem Eckladen Besitz ergriffen hatte, und nach dem Beweisergebnis ersichtlich mit dem Landgericht das Verhalten des Beklagten dahin gewürdigt, daß er einen etwaigen Besitz des B. nicht schuldhaft entzogen hätte. Dabei hat das Oberlandesgericht dem Umstand, daß die Ladentür abgeschlossen war, der Beklagte sie gleichwohl öffnete und beide Läden betrat, deswegen keine dem Beklagten nachteilige Bedeutung beigemessen, weil er zuvor von der Klägerin das Recht erhalten hatte, die Verbindungstür zwischen den umstrittenen Läden zuzumauern, und er zu diesem Zweck beide Lokale betrat. Das Berufungsgericht hätte noch darauf hinweisen können, daß der Beklagte den Eckladen schon v o r B. zum Zuzumauern der Tür betreten, den Vermieter W. förmlich zum Ausziehen gedrängt hatte und schon längere

Zeit mit den Handwerkern auch im Eckladen tätig war, als Baltrusch eintraf (vgl. Beiakte Amtsgericht Hamburg 43 C 184/59, Bl. 163, Protokoll vom 12. Januar 1959, S. 3).

3. Auch die Auslegung der Vorkorrespondenz der Parteien durch das Oberlandesgericht läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Das Oberlandesgericht hat entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht im Schreiben des Beklagten vom 21. März 1957 (Hefter Revisionsbericht vom 11. Januar 1958, Anlage 11) nicht nur die Bereitschaft, sondern im Ergebnis offensichtlich auch dessen Angebot erblickt, einen Mietvertrag über den Eckladen abzuschließen. Diese Auslegung erweist sich als möglich und ist für die Revisionsinstanz bindend. Demzufolge enthält die Folgerung des Oberlandesgerichts, die Klägerin hätte, wenn sie schon nach Führung dieser Korrespondenz einen Mietvertrag ohne genaue Bezeichnung des Raumes mit dem Beklagten abgeschlossen hat, jenem Schreiben des Beklagten ausdrücklich widersprechen müssen, falls sie ihm den Eckladen nicht vermieten wollte, keinen Rechtsverstoß. Der Vorwurf der Revision, das Oberlandesgericht habe aus der Korrespondenz nur die Schreiben des Beklagten gewürdigt, ist ungerechtfertigt. Darauf, daß die Klägerin niemals den Eckladen an den Beklagten hat vermieten w o l l e n, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. In der Gesamtwertung des Schriftwechsels beider Parteien dahin, daß der Beklagte die Auffassung hegte, ihm sei der Eckladen vermietet, tritt, soweit sie nicht als dem Gebiet tatrichterlicher Würdigung angehörend, ohnehin den Revisionsrügen entzogen ist, ein Fehler in rechtlicher Hinsicht nicht hervor. Das hat auch für den Standpunkt des Berufungsgerichts zu gelten,

der Beklagte habe in Anbetracht des Verhaltens der Klägerin jene Auffassung hegen d ü r f e n . Wenn das Oberlandesgericht im übrigen ausführt, weder die Kenntnis des Beklagten von einem Mietvertrag der Klägerin mit B [REDACTED] noch die Unterredung des Beklagten mit B [REDACTED] über einen Tausch der Läden änderten etwas daran, daß urkundlich feststehe, daß die Parteien über die Vermietung des Eckladens verhandelt haben und die Klägerin den Mietvertrag mit dem Beklagten geschlossen hat, nachdem er in seinem Schreiben vom 21. März 1957 über den Eckladen gesprochen hatte, so wird diese Meinung des Berufungsgerichts durch den Hinweis ausreichend gestützt, es sei mit des Beklagten Darstellung über seine Vorstellungen vom Mietobjekt vereinbar, wenn er gegen die Einschränkung des Warensortiments des B [REDACTED] einen Verzicht auf den Eckladen anbot, also Tauschverhandlungen führte, wo er doch nach der Korrespondenz annehmen durfte, den Eckladen gemietet zu haben, und nicht dazu verpflichtet war, ohne weiteres auf seine Rechte zu verzichten.

Soweit die Revision die Darlegungen des Berufungsurteils über den Sinn der Verhandlungen des Beklagten mit der Klägerin wegen des Mauerdurchbruchs angreift (BU S. 29), mißversteht sie das Berufungsgericht. Es meint ersichtlich nicht die Verbindungstür zwischen den beiden Ladenlokalen, die zugemauert worden ist, sondern den geplanten Mauerdurchbruch (nebst Durchreiche) vom Eckladen zum Hausdurchgang. Mit dieser Klarstellung erweist sich die Begründung des Oberlandesgerichts als einwandfrei.

4. Ohne Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Bemerkung des Berufungsgerichts (BU S. 32), im Rahmen der Beweiswürdigung, die Klägerin habe erst im Schriftsatz vom 27. April 1959 vorgetragen, man habe am 1. November 1957 versucht, den Beklagten zu bewegen, in den mittleren Laden umzuziehen. Die Revisionsklägerin meint, es sei erst im April 1959 oder kurz vorher zu erkennen gewesen, daß es auf diesen Punkt ankam. Sie verkennt hierbei, daß die Beweiswürdigung auf tatrichterlichem Gebiet liegt und nur nachprüfbar ist, wenn eine Auseinandersetzung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme fehlt (RG HRR 1935, 1076) oder das Urteil nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung und des Beweisergebnisses berücksichtigt (RG LZ 1932, 1250). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Ebenso geht der Angriff der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts zur Dauer des Gesprächs vom 1. November 1957 fehl. Das Oberlandesgericht hat die Bekundungen der Zeugen R [REDACTED] und B [REDACTED] wie auch die des Zeugen G [REDACTED] gewürdigt. Es liegt kein Anhalt dafür vor, daß es dabei die Aussage des Zeugen Re [REDACTED] übersehen hätte. Es stand dem Oberlandesgericht frei, der Bekundung Gehrmanns zu folgen.

5. Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision anführt, verkannt, daß im vorliegenden Fall nicht Wohnungseigentum entzogen werden kann, weil der Beklagte noch gar kein Wohnungseigentümer geworden ist. Es spricht ausdrücklich (BU S. 33) von der k ü n f t i g e n Eigentumswohnung, die der Beklagte am 1. November 1957 bereits seit Monaten bewohnte, wägt diese Folgen der Kündigung des Vorvertrags gegen das Verhalten des Beklagten am 1. November 1957 ab und kommt zu dem Ergebnis,

daß der Entzug der vorvertraglichen Rechte des Beklagten auf Verschaffung des Wohnungseigentums "in keinem auch nur entfernt angemessenen Verhältnis" zu seinem Benehmen am 1. November 1957 steht. Die Abwägung hat das Oberlandesgericht letztlich im Rahmen des § 242 BGB vorgenommen und sich deshalb zusätzlich mit dem Anwendungsbereich des § 18 WEG in Verbindung mit § 15 der von der Klägerin entworfenen Ordnung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (Hefter Revisionsbericht vom 11. Januar 1958, Anlage 18) befaßt, weil es sich angesichts des Klagvortrags zu der (für § 18 WEG bedeutsamen) Feststellung veranlaßt sah, es könne keine Rede davon sein, daß den anderen Gemeinschaftsmitgliedern die Fortsetzung der Gemeinschaft mit dem Beklagten nicht mehr zuzumuten sei. Auf diesen zusätzlichen Erwägungen beruht das Urteil nicht.

6. Da, wie zu I dargelegt ist, dem Beklagten ein Erfüllungsanspruch nach den bisherigen Feststellungen aus dem wegen Formmangels nichtigen Vertrage nicht zuzubilligen ist, liegen die Ausführungen der Klägerin darüber, daß gegenüber dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung der Gegeneinwand der Arglist zulässig ist, das Verhalten des Beklagten am 1. November 1957 einen derartigen Einwand ohne weiteres rechtfertigt und es einer Abmahnung oder Verwarnung nicht bedurfte, neben der Sache.

7. Schließlich sind auch die von der Revision nicht angegriffenen Ausführungen zur Unwirksamkeit der Kündigung aus § 4 Abs. 4 des Vorvertrags (BU S. 33) aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III.

Der Einwand des Beklagten, ihm stehe gegenüber dem Herausgabeanspruch der Klägerin ein Leistungsverweigerungsrecht auf Grund des Darlehensvertrags vom 7. November 1958 zu, greift nicht durch. Der Beklagte führt an, die Klägerin habe sich darin der Hamburgischen Wohnungsbaukasse und ihm gegenüber zur Überlassung der bereits benutzten Wohnung verpflichtet. Es ist aber zu beachten, daß die Klägerin den Vertrag während des Rechtsstreits geschlossen und das Darlehen entgegengenommen hat, da sie die Finanzierungslücke bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Prozesses und Übergabe der Wohnung an einen neuen Erwerber überbrücken mußte (Schriftsatz der Klägerin vom 27. April 1959, S. 9, 11; GA Bl. 190, 192). Sie hat den auch im Interesse des Beklagten liegenden Vertrag unter dem Vorbehalt geschlossen, daß ihr daraus kein Rechtsnachteil für ihren im Prozeß vertretenen Standpunkt erwächst, und jenen nach Lage der Dinge selbstverständlichen Vorbehalt vor Valutierung des Darlehens in ihrem dem Beklagten übergebenen Schreiben vom 19. Dezember 1958 festgehalten. Der Beklagte kann sich unter diesen Umständen gegenüber dem Klaganspruch nicht auf den Überlassungsanspruch aus dem Darlehensvertrag berufen. Die Klägerin hat, ohne daß der Beklagte dem substantiiert entgegengetreten ist, unter Hinweis auf bereits abgewickelte ähnliche Fälle vorgebracht, daß ihr das Ausgleichsamt das Darlehen beläßt, wenn sie die Wohnung an einen anderen lastenausgleichsberechtigten Erwerber abgibt.

IV.

Da eine auf Verschulden bei Vertragsschluß zu gründende Schadensersatzforderung des Beklagten mangels einer wirksamen Rücktritts- oder Kündigungserklärung nicht entfallen ist, kann nach den bisherigen Feststellungen nicht angenommen werden, daß die Nichtanerkennung des formlosen Vorvertrags für den Beklagten zu einem schlechthin untragbaren Ergebnis führen würde. Das angefochtene Urteil kann daher mit der jetzigen Begründung nicht bestehen bleiben. Der Sachverhalt bedarf unter Zugrundelegung der oben aufgezeigten Rechtsauffassung weiterer Aufklärung. Kommt das Berufungsgericht, an das die Sache nach § 565 Abs. 1 ZPO zurückzuverweisen ist, zu der Ansicht, daß die Klägerin mit ihrem Vorgehen nicht gegen Treu und Glauben verstößt, wäre ihrem Herausgabeverlangen nur Zug um Zug gegen Erfüllung der vom Beklagten, insbesondere in seinem Schriftsatz vom 2. März 1959 (S. 4 ff, GA Bl. 172 ff), begründetermaßen gestellten Rückzahlungsforderung zu entsprechen. Der Beklagte wäre dann auch in der Lage, das Zurückbehaltungsrecht auf die Forderung des Schadens zu erstrecken, den ihm die Klägerin gegebenenfalls aus Verschulden bei Vertragsschluß nach den obigen Ausführungen zu I zu ersetzen hat.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist, da sie von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, ebenfalls dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger

Dr. Grell