

---

**Datum:** 09.12.2005  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 1. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 1 U 48/05  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2005:1209.1U48.05.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 5 O 52/05

---

**Tenor:**

Die Berufung der Beklagten und Drittwiderkläger gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 31.05.2005 - 5 O 52/05 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagte und die Drittwiderkläger zu 45 % als Gesamtschuldner. Im Übrigen trägt die Beklagte die Kosten allein.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 240.000,00 EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Den Drittwiderklägern wird gestattet, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

---

**Gründe**

I.

1

2

3

Die Klägerin ist Eigentümerin eines im Tenor des landgerichtlichen Urteils näher bezeichneten Grundstücks, auf dem sich die "F. Gaststätten" befinden, deren Herausgabe die Klägerin beansprucht.

Der bis Ende 2003 befristete Mietvertrag zwischen der Klägerin und den Drittwiderklägern wurde mit Schreiben der Klägerin vom 29.04.2002 gekündigt. Nach diesem Vertrag bestanden für die Drittwiderkläger zwei Verlängerungsoptionen bis zum 31.12.2011. Nach Kündigung dieses Mietvertrages wurde die Neuvergabe des Objekts durch ein Ausschreibungsverfahren der Klägerin betrieben. Nach den Ausschreibungsunterlagen sollte eine langfristige Vergabe auf 30 Jahre im Rahmen einer Erbbaurechtsvereinbarung erfolgen. Hintergrund dieser Konstruktion war, dass der Erbbauberechtigte die grundlegende Sanierung des Objekts, für die im städtischen Haushalt keine Mittel zur Verfügung standen, übernehmen sollte. In den Ausschreibungsunterlagen war folgender Hinweis enthalten:

*"Der Erbbauberechtigte hat eine Bankbürgschaft oder vergleichbare Sicherheit in Höhe des jährlichen Erbbauzinses zu hinterlegen."*

In den Ausschreibungsunterlagen heißt es darüber hinaus:

*"Vor der Abgabe eines Angebots bitte ich Sie die Frage der Finanzierung mit einem Kreditinstitut definitiv zu klären."*

Die Beklagte hat auf diese Ausschreibung ein Angebot abgegeben und zunächst einen jährlichen Erbbauzins in Höhe von 190.000,00 EUR angeboten. Wenige Wochen später hat sie dieses Angebot auf 240.000,00 EUR jährlich erhöht. Der Beklagten wurde aufgrund dieses Angebots der Zuschlag erteilt.

Der sodann geschlossene notarielle Erbbaurechtsvertrag hat in § 10 Abs. 6 folgenden Wortlaut:

*"Zur Absicherung der in diesem Vertrag eingegangenen Verpflichtungen hinterlegt der Erbbauberechtigte bei der Stadt Köln eine Kautions- oder eine selbstschuldnerische Bankbürgschaft eines deutschen Kreditinstituts in Höhe von 240.000,00 EUR. Die Kautions- oder die Bürgschaft ist der Stadt Köln bis zum 31.01.2004 zu übergeben. Sofern der Erbbauberechtigte dieser Pflicht nicht nachkommt, ist die Stadt Köln berechtigt, von diesem Vertrag zurückzutreten."*

Eine Finanzierung der übernommenen Verpflichtungen gelang der Beklagten im Jahr 2004 nicht. Die Sicherheit wurde nicht hinterlegt.

Mit Schreiben vom 01.12.2004 forderte die Klägerin die Beklagte wegen Zweifel an ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zur Vorlage eines Zahlungs- und Investitionsplans auf. Das Schreiben war mit der Aufforderung verbunden, die vereinbarte Bürgschaft sofort beizubringen.

Nachdem die geforderte Sicherheitsleistung nicht gestellt wurde, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 06.01.2005 den Rücktritt vom Erbbaurechtsvertrag und forderte die Beklagte auf, das Objekt bis zum 14.02.2005 zurückzugeben.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin Räumung und Herausgabe des Objekts.

Mit nicht nachgelassenem und nach der mündlichen Verhandlung erster Instanz beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz haben die Drittwiderkläger Klage erhoben mit dem

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Antrag, die Klägerin zu verurteilen, das streitbefangene Grundstück an sie herauszugeben. Sie haben sich dabei auf den Standpunkt gestellt, die Kündigung des Mietverhältnisses durch das Schreiben der Stadt vom 29.04.2002 sei unwirksam, da sie zuvor von den Verlängerungsoptionen bis zum Jahr 2011 Gebrauch gemacht hätten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |    |
| Das Landgericht hat mit dem angegriffenen Urteil der Klage stattgegeben und die Widerklage als unzulässig zurückgewiesen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 16 |
| Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin zu Recht vom Vertrag zurückgetreten sei. Dieser Rücktritt sei auch nicht rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig gewesen. Die Drittwiderklage sei unzulässig, da sie erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erhoben worden sei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 17 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das landgerichtliche Urteil vom 31.05.2005 (Bl. 71 ff. d.A.) Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 18 |
| Gegen dieses Urteil haben die Beklagte und die Drittwiderkläger Berufung eingelegt. Sie verfolgen ihr erstinstanzlichen Begehren weiter und machen geltend, der Rücktritt vom Erbbaurechtsvertrag sei unwirksam gewesen. Im Laufe des Jahres 2004 sei es nämlich gelungen, eine Reihe von Hindernissen, die der Durchführung des notariellen Erbbaurechtsvertrages entgegenstanden, zu beseitigen. Bei den Verhandlungen mit der Klägerin sei auch der Eindruck erweckt worden, die Stellung der Sicherheit sei nicht zwingend. Es solle eine Ratsvorlage entwickelt werden, die vorsah, dass die Beibringung der Kautions zurückgestellt werden sollte. Vor diesem Hintergrund sei das Schreiben vom 01.12.2004, in dem die Beklagte aufgefordert wurde, einen Zahlungs- und Investitionsplan vorzulegen, die rückständigen Jahreserbbauzinsen zu zahlen und die "vereinbarte Bürgschaft" sofort beizubringen, unangemessen und habe keine Frist in Gang gesetzt. Zudem hätte nach dem notariellen Vertrag auch nicht die Stellung einer Bürgschaft verlangt werden dürfen, da Sicherheit auch in anderer Weise geleistet werden konnte. Im Übrigen sei der Anspruch auf Sicherheitsleistung durch Aufrechnung erloschen. Aus abgetretenem Recht stehe der Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von 350.107,00 EUR gegen die Klägerin zu. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 08.09.2005 verwiesen. | 19 |
| Die Beklagte und die Widerkläger beantragen,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 20 |
| unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 31.05.2005 - 5 O 52/05 - die Klage abzuweisen und im Wege der Widerklage die Klägerin zu verurteilen, die im Botanischen Garten in Köln auf dem Grundstück Gemarkung N., Flur xx, Flurstück xxxx gelegene "F. Gaststätte" an die Beklagte und die Drittwiderkläger herauszugeben.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 21 |
| Die Klägerin beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 22 |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 23 |
| Sie vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung vom 13.10.2005 (Bl. 134 ff. d.A.) Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 24 |
| II.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 25 |
| Die in förmlicher Hinsicht unbedenkliche Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 26 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 27 |

Das Landgericht hat mit zutreffenden Erwägungen den Räumungsanspruch der Klägerin bejaht. Die Klägerin hat aus einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis einen Anspruch auf Räumung. Sie ist nämlich wirksam vom Erbbaurechtsvertrag zurückgetreten. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die nach diesem Vertrag bis zum 31.01.2004 geschuldete Sicherheit nicht gestellt worden ist, sich die Beklagte fast ein Jahr vergeblich um die Stellung der Sicherheit bemüht hat und ihre Hausbank die Finanzierung des Vorhabens ablehnte. Soweit die Beklagte mit der Berufung versucht hat, Zweifel an der Wirksamkeit des nach § 10 Ziffer 6 des notariellen Erbbaurechtsvertrages erklärten Rücktritts zu begründen, hat sie damit keinen Erfolg.

Schon das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Geltendmachung des vertraglichen Rücktrittsrechts nicht rechtsmissbräuchlich und treuwidrig war. Zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen kann zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen werden. Ergänzend ist zu den Angriffen der Berufung nur auf Folgendes hinzuweisen: 28

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, die Sicherheitsleistung gemäß § 321 BGB zu Recht zurückgehalten zu haben. Für eine Gefährdung ihres Anspruchs auf Bestellung des Erbbaurechts an erster Rangstelle nach § 28 des notariellen Vertrages war bei objektiver Betrachtung nichts ersichtlich. Es war nämlich zu keinem Zeitpunkt zu befürchten, dass die Durchführung des notariellen Erbbaurechtsvertrages daran scheitern könnte, dass die von der Klägerin abhängige GEW Köln AG die erforderliche Löschungs- bzw. Rangrücktrittsbewilligung für ein Fernheizleitungsrecht nicht beibringen würde. Eine entsprechende Erklärung wurde mit der Berufungserwiderung ohne weiteres vorgelegt. 29

Auch aus dem Verlauf und der Dauer der Verhandlungen zwischen der Klägerin und der Beklagten im Jahre 2004 können keine die Wirksamkeit des Rücktritts berührenden Einwendungen abgeleitet werden. 30

Der Rücktritt war insbesondere nicht als unzulässige Rechtsausübung unstatthaft. Grundsätzlich sind die Vertragschließenden in der Ausübung ihrer Rechte frei. Es ist ihnen insbesondere unbenommen, sich eines Besseren zu besinnen und bei der Geltendmachung von vertraglichen Rechten neu abzuwägen. Nach der Rechtsprechung kann die Ausübung eines Rechts ausnahmsweise dann unzulässig sein, wenn das Verhalten des Berechtigten bei objektiver Betrachtung einen Vertrauenstatbestand geschaffen und der andere Teil im Hinblick darauf Disposition getroffen hat. Die Art und Dauer der hier geführten Verhandlungen füllt diesen Ausnahmetatbestand nicht aus. Die Beklagte hat sich vielmehr sehenden Auges auf ein finanzielles Risiko eingelassen, dessen Dimension ihr bereits mit den Ausschreibungsunterlagen mitgeteilt worden war. Nachdem der Beklagten der Zuschlag erteilt worden war und die nach dem notariellen Erbbaurechtsvertrag übernommenen Verpflichtungen nicht eingehalten wurden, erklärt sich die Geduld der Klägerin ausschließlich mit den durch einen Nutzerwechsel für das gesamtstädtisch bedeutsame Objekt notwendigerweise einhergehenden Schwierigkeiten. Diese für die Beklagten erkennbaren Umstände schließen für sie die Annahme aus, die Klägerin werde auf Dauer von ihren vertraglichen Rechten keinen Gebrauch machen. 31

Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, mit Schreiben vom 01.12.2004 sei eine zu kurze Frist für die Stellung der Sicherheit gesetzt worden und die Art und Weise der Sicherheitsleistung sei unzulässig beschränkt worden. Nach dem notariellen Vertrag war die Geltendmachung des Rücktrittsrechts nicht von einer Fristsetzung abhängig. Der kalendermäßig festgelegte Zeitpunkt, an dem die Sicherheitsleistung zu bewirken war, und die Art und Weise, mit der dies zu geschehen hatte, ergibt sich unmittelbar aus dem Vertrag. 32

Der in dem Schreiben liegenden letzten Aufforderung, den eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen, hätte es für den Rücktritt nicht bedurft. Die darin enthaltene sprachliche Ungenauigkeit bezüglich der Art der Sicherheitsleistung ist angesichts der vorangegangenen Nichtleistung der Beklagten daher unbeachtlich.

Schließlich hat die Berufung auch insofern keinen Erfolg, als sich die Beklagte auf die Aufrechnung mit abgetretenen Ansprüchen beruft. Wie das Landgericht bereits überzeugend festgestellt hat, sind die zur Aufrechnung gestellten angeblichen Ansprüche der Beklagten schon dadurch verbraucht, dass sie zunächst gegenüber dem Anspruch auf rückständigen Erbbauzins verrechnet worden sind. Die angeblichen Ansprüche stehen daher für eine weitere Aufrechnung gegenüber dem Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht mehr zur Verfügung. Im Übrigen kann auch die nach dem Rücktritt erklärte Aufrechnung dessen vertragsauflösende Wirkungen nicht mehr beseitigen. Mit Zugang der Rücktrittserklärung wurde der notarielle Vertrag endgültig in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt. 33

Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht die Widerklage als unzulässig zurückgewiesen. Hierauf wird Bezug genommen. Soweit die Widerklage im Berufungsrechtszug weiterverfolgt wird, ist dies auch mit § 533 ZPO nicht zu vereinbaren. Die Widerklage ist nicht sachdienlich und im Übrigen müsste die Verurteilung zur Herausgabe an die Drittwiderkläger auf Tatsachen gestützt werden, die im vorliegenden Rechtsstreit zwischen den Vertragspartnern des Erbbaurechtsvertrages nicht zu Grunde zu legen sind (§ 533 Nr. 2 ZPO). Dem Landgericht kann auch nicht vorgehalten werden, bezüglich der Drittwiderklage eine Hinweispflicht verletzt zu haben. Zwar hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 21.04.2005 (am Ende) um einen Hinweis gebeten, ob die Erhebung einer Drittwiderklage erforderlich sei. Darauf nicht einzugehen, war indessen nicht verfahrensfehlerhaft, da es keine Pflicht des Gerichts zum Hinweis an Dritte auf die Möglichkeit Klage zu erheben gibt. 34

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 35

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache einen Einzelfall betrifft und keine grundsätzliche Bedeutung hat. 36

Streitwert für das Berufungsverfahren: 470.000,00 EUR (240.000,00 EUR Klage; 230.000,00 EUR Widerklage). 37