

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

ErbbauVO § 9 Abs. 1; BGB §§ 289, 1107

Aus Erbbauzinsen sind ebenso wie aus Einzelleistungen
einer Reallast Verzugszinsen nicht zu entrichten.

BGH, Urt. v. 27. Oktober 1969 - III ZR 135/66 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 135/66

URTEIL

Verkündet am
27. Oktober 1969
S c h o r n,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Rechtsanwalts Dr. Julius H [REDACTED], St [REDACTED]-
V [REDACTED], Wo [REDACTED]straße [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Dr.med. Gertrud Carola H [REDACTED],
daselbst,

Kläger, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagten,

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

gegen

1. den Schuhmacher Rudolf L [REDACTED], St [REDACTED]-
V [REDACTED], Mö [REDACTED] Landstraße [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Hedwig L [REDACTED] geb. Ru [REDACTED],
daselbst,

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 1969
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt,
Dr. Beyer, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Stuttgart vom 6. Juli 1966 wird zurückge-
wiesen. Auf die Anschlußrevision der Beklag-
ten wird das Urteil im Kostenpunkt und inso-
weit aufgehoben, als zum Nachteil der Be-
klagten erkannt ist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der klagende Ehemann ist Eigentümer des Grund-
stücks MÖ [REDACTED] Landstraße Nr. [REDACTED] in St [REDACTED]-V [REDACTED].
Durch notariellen Vertrag vom 1. Juli 1953 bestellten
der Kläger und die frühere Miteigentümerin Pauline M [REDACTED]
den Beklagten ein Erbbaurecht an dem Grundstück auf
die Dauer von 75 Jahren. Der Erbbauzins sollte jährlich
4.800 DM betragen und in monatlichen Raten von 400 DM
zahlbar sein.



Die Beklagten wollten auf dem Grundstück ein Gebäude mit zwei Läden und zehn Wohnungen errichten und zu diesem Zweck öffentliche Mittel in Anspruch nehmen. Das Bauförderungsamt der Stadt St[REDACTED] beanstandete, daß ihnen nur ein Eigenkapital von 15.000 DM zur Verfügung stand. Nach den Angaben der Beklagten verlangte es auch eine Ermäßigung des Erbbauzinses. In der Folge schlossen die Kläger am 11. Februar 1955 mit den Beklagten einen Beteiligungsvertrag. Nach Ziff. 1 dieses Vertrags "beteiligten sich" die Kläger mit einem Betrag von 30.000 DM an dem Eigenkapital der Beklagten. Nach Ziff. 2 des Vertrags war die Einlage der Kläger mit 4 % jährlich zu verzinsen. Nach Ziff. 3 begann die Beteiligung am 1. April 1955 und endete sie am 31. März 1965; sie sollte sich jeweils um drei Jahre verlängern, wenn sie nicht sechs Monate vor Ablauf gekündigt wurde. Nach Ziff. 5 des Vertrags waren die Kläger mit zwei Dritteln an dem Netto-Jahresmietertrag beteiligt; an einem etwaigen Verlust nahmen sie nicht teil. Ziffer 6 des Vertrags enthielt nähere Bestimmungen über die Berechnung des Netto-Jahresmietertrags; danach durften nur die tatsächlich verauslagten Bewirtschaftungskosten, die tatsächlich gezahlten Instandsetzungskosten und die tatsächlichen Mietausfälle sowie eine vierprozentige Verzinsung des Eigenkapitals (15.000 DM für die Beklagten und 30.000 DM für die Kläger) am Brutto-Mietertrag abgezogen werden. Nach Ziff. 9 des Vertrags hatten die Kläger das Recht, bei Beendigung der Beteiligung wahlweise die Rückzahlung der 30.000 DM oder ein Fünftel des Verkehrswertes des Gebäudes zu verlangen. Mit Schreiben vom 14. Februar 1955 teilte der Kläger dem Bauförderungsamt mit, daß der Erb-

bauzins auf jährlich 1.680 DM herabgesetzt werde und daß er den Beklagten ein mit 4 % verzinsliches Darlehen in Höhe von 30.000 DM auf die Dauer von zehn Jahren gewährt habe, so daß sich das Eigenkapital der Beklagten entsprechend erhöhe. Dementsprechend wurde durch notariellen Vertrag vom 16. Februar 1955 der Erbbauzins ab 1. April 1955 auf jährlich 1.680 DM (monatlich 140 DM) herabgesetzt. Die Kläger zahlten den Betrag von 30.000 DM an die Beklagten. Das Gebäude wurde in den Jahren 1955/1956 mit einem Kostenaufwand von 293.500 DM errichtet.

Durch Vertrag vom 2. Dezember 1957 wurde der Beteiligungsvertrag teilweise abgeändert, insbesondere in folgenden Punkten: Nach § 5 des abgeänderten Vertrags waren die Kläger an dem Netto-Jahresmietertrag zunächst mit zwei Dritteln beteiligt; das Beteiligungsverhältnis sollte sich aber jeweils entsprechend dem Verhältnis des Eigenkapitals der Beklagten (Anfangskapital zuzüglich Tilgung) zu dem Eigenkapital der Kläger (Anfangskapital zuzüglich verbleibendem Gewinnanteil) solange ändern, bis das Verhältnis 1 : 1 erreicht war; bei diesem Verhältnis sollte es dann bis zur Beendigung des Vertrags verbleiben. Nach § 9 Abs. 2 des abgeänderten Vertrags sollte die Höhe des Erbbauzinses auf den Tag der Beendigung des Vertrags und weiterhin alle drei Jahre entsprechend den dann herrschenden wirtschaftlichen Verhältnissen neu festgesetzt werden; dabei sollte der Erbbauzins mindestens 25 % der Gesamtbruttomieten betragen.

Beide Parteien haben den Beteiligungsvertrag fristgerecht zum 31. März 1965 gekündigt. Die Kläger haben mit Schreiben vom 7. März 1964 von dem ihnen nach § 9 Abs. 1 des Vertrags zustehenden Wahlrecht in der Weise Gebrauch gemacht, daß sie ein Fünftel des Verkehrswerts des Ge-

bäudes verlangen. Die Beklagten haben am 31. März 1965 den Betrag von 30.000 DM an die Kläger zurückbezahlt; weitere Zahlungen haben sie abgelehnt.

Die Kläger fordern von den Beklagten ein Fünftel des Verkehrswertes des Gebäudes sowie die Bezahlung eines erhöhten Erbbauzinses für die Zeit ab 1. April 1965. Sie haben geltend gemacht: Nach der Schätzung des Amtes für Grundstücksbewertung der Stadt St. [REDACTED] vom 12. April 1965 betrage der Verkehrswert des Gebäudes 469.000 DM. Sie hätten daher noch den fünften Teil dieses Betrages abzüglich bezahlter 30.000 DM, also 63.800 DM zu fordern. Nach § 9 Abs. 2 des Vertrags betrage der Erbbauzins ab 1. April 1965 mindestens 25 % der Gesamtbruttomiete. Diese mache derzeit 25.977 DM im Jahre aus. Das ergebe einen Erbbauzins von 6.494 DM im Jahr oder 541 DM im Monat. Für die Monate April und Mai 1965 seien daher mindestens 1.082 DM fällig gewesen, aber nur 280 DM bezahlt worden. Die Kläger hätten also noch 802 DM zu fordern. Sie verlangten Verzugszinsen, da sie Bankkredit zu 7 % in Anspruch nähmen.

Die Kläger haben beantragt, die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an die Kläger 64.602 DM nebst 7 % Zinsen aus 64.201 DM seit 1. April 1965 und aus weiteren 401 DM seit 1. Mai 1965 zu bezahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung haben sie vorgetragen: Das Bauförderungsamt habe auf Veranlassung der Württembergischen Landeskreditanstalt verlangt, daß der monatliche Erbbauzins von 400 DM auf 140 DM herabgesetzt werde;

da ein monatlicher Erbbauzins von 400 DM im sozialen Wohnungsbau nicht vertretbar sei. Außerdem seien die Bedingungen für die Gewährung von öffentlichen Mitteln geändert worden, was eine Aufstockung des Eigenkapitals der Beklagten erforderlich gemacht habe. Darauf habe der Kläger erklärt, daß er den Erbbauzins herabsetzen werde, wenn ein weiterer Vertrag geschlossen werde, der ihm dieselben Vorteile biete wie der ursprüngliche Erbbauzins, der aber nur die Parteien angehe und der den Behörden nicht vorgelegt werden dürfe. Bei dem Beteiligungsvertrag handle es sich nicht um ein Gesellschaftsverhältnis, sondern um ein partiarisches Darlehen, da es an jeder gemeinsamen Zweckbestimmung fehle. Der Vertrag sei wegen Wuchers und sonstigen Sittenverstosses nichtig. Die Kläger hätten sich unverhältnismäßig hohe Gegenleistungen ausbedungen, nämlich neben dem Darlehenszins von 4 % vom Netto-Jahresmietertrag einen Anteil, der durchschnittlich mehr als 5.000 DM im Jahr betragen habe; das entspreche einer weiteren Verzinsung des Darlehens von rund $16 \frac{2}{3}$ %. Dazu komme noch die geforderte Abschlußzahlung von 63.800 DM. Die Nichtigkeit des Vertrags erstrecke sich auch auf die in § 9 Abs. 2 vorgesehene Erhöhung des Erbbauzinses.

Die Kläger haben das Vorbringen der Beklagten bestritten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hält den Beteiligungsvertrag deshalb für nichtig, weil das Bauförderungsamt in sittenwidriger Weise getäuscht worden sei.

Mit ihrer Berufung haben die Kläger weiter vorge-
getragen: Der Beteiligungsvertrag vom 11. Februar 1955/
2. Dezember 1957 habe nicht den Zweck gehabt, die für die
Bewilligung von öffentlichen Mitteln zuständigen Behör-
den zu täuschen. Der Zweck des Vertrags sei nur gewesen,
die internen Rechtsbeziehungen der Parteien zu regeln.
Der Kläger habe am 9. Februar 1955 bei einem Ferngespräch
mit dem Bauförderungsamt von Oberamtmann Ob[REDACTED] die
Auskunft erhalten, daß das Bauförderungsamt das für die
Bewilligung öffentlicher Mittel erforderliche Eigenkapital
der Beklagten als vorhanden betrachte, wenn die Kläger
den Beklagten ein ungesichertes Darlehen von 30.000 DM
geben würden. Oberamtmann Ob[REDACTED] habe bei diesem
Ferngespräch weiter erklärt, daß die internen Abmachungen
der Parteien das Bauförderungsamt nicht interessierten.
Der Kläger habe sogar Oberamtmann Ob[REDACTED] ausdrück-
lich davon in Kenntnis gesetzt, daß die Kläger am Netto-
Mietertrag des Gebäudes beteiligt würden. Nach der vom
Bauförderungsamt im Jahre 1955 geübten Praxis hätte das
Bauförderungsamt den Beklagten die öffentlichen Mittel
auch dann bewilligt, wenn ihm der gesamte Inhalt des Be-
teiligungsvertrags mitgeteilt worden wäre. Dem Bauför-
derungsamt sei es nur darauf angekommen, daß die Kläger
die 30.000 DM den Beklagten ohne dingliche Sicherung zur
Verfügung stellen würden. Auch bei der Ermäßigung des
Erbbauszinses sei es dem Bauförderungsamt entscheidend
darauf angekommen, welche Verpflichtungen mit Vorrang
dinglich abgesichert würden. Dagegen seien die internen
Abmachungen der Parteien für das Bauförderungsamt ohne
Belang gewesen. Mindestens habe der Kläger dies auf
Grund der ihm erteilten Auskünfte annehmen können. Der
Kläger habe deshalb auch keinen Anlaß gehabt, dem Bau-
förderungsamt den vollständigen Inhalt des Beteiligungs-
vertrags mitzuteilen. Überdies sei der Beteiligungsver-

trag am 2. Dezember 1957 völlig neu gefaßt worden. Zu diesem Zeitpunkt seien aber die öffentlichen Mittel längst bewilligt und ausbezahlt gewesen. Irgendwelche unlauteren Machenschaften der Parteien kämen daher bei der Neufassung nicht in Betracht. Selbst wenn aber der Beteiligungsvertrag vom 11. Februar 1955/2. Dezember 1957 nichtig sein sollte, so sei auch der notarielle Vertrag vom 16. Februar 1955, durch den der Erbbauzins herabgesetzt worden sei, für nichtig zu erachten. Die Kläger seien in diesem Falle berechtigt, die Differenz zwischen dem ursprünglichen Erbbauzins von monatlich 400 DM und dem ermäßigten Erbbauzins von monatlich 140 DM nachzufordern. Dies ergebe für die Zeit vom 1. April 1955 bis 31. Dezember 1965 (129 Monate zu je 260 DM) den Betrag von 33.540 DM nobst 4 % Zinsen ab dem jeweiligen Fälligkeitstag. Hierauf werde die Klage hilfsweise gestützt.

Die Beklagten haben das neue Vorbringen bestritten und behauptet, das Bauförderungsamt hätte nicht das von den Klägern gewährte Darlehen von 30.000 DM als Ersatz für das fehlende Eigenkapital der Beklagten anerkannt, wenn es gewußt hätte, daß das Darlehen nicht zu 4 %, sondern weit höher verzinslich sei. In gleicher Weise sei es dem Bauförderungsamt um eine echte Herabsetzung des Erbbauzinses zu tun gewesen, weil die Höhe des ursprünglich vereinbarten Erbbauzinses mit den Anforderungen des sozialen Wohnungsbaus nicht vereinbar gewesen sei. Die öffentlichen Mittel wären daher nicht bewilligt worden, wenn das Bauförderungsamt den vollständigen Inhalt des Beteiligungsvertrags gekannt hätte. Der Zweck des Vertrags sei es gerade gewesen, das Amt zu täuschen und die Kläger in den Genuß derjenigen wirtschaftlichen Vorteile kommen zu lassen, wegen derer das Amt die Gewährung von öffentlichen Mitteln zunächst abgelehnt habe. Hierüber seien sich die Parteien völlig im klaren gewesen.

Das Berufungsgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, 15.600 DM nebst 4 % Zinsen seit 4. Januar 1966 zu zahlen. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihren Klageantrag weiter, soweit er abgewiesen worden ist. Die Beklagten erstreben mit ihrer Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage. Beide Parteien bitten, das Rechtsmittel der Gegner zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Zur Revision der Kläger:

I.

Das Berufungsgericht geht bei der Prüfung der Gültigkeit des Beteiligungsvertrags von zutreffenden rechtlichen Erwägungen aus. Nach ständiger Rechtsprechung (BGHZ 34, 169, 176 ff mit Nachweisen) ist ein Vertrag dann sittenwidrig, wenn er nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter den guten Sitten zuwiderläuft. Der Sittenverstoß kann nicht nur in dem Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner, sondern auch darin liegen, daß die Vertragspartner sich in dem Vertrag gegenseitig

verpflichten oder sich zusammentun, um zur Erreichung ihres Vertragszieles einen Dritten, der nicht am Ver-
trage beteiligt ist, durch wissentlich falsche Anga-
ben in einen Irrtum zu versetzen und ihn dadurch zu
veranlassen, eine Handlung vorzunehmen, ohne die das
Vertragsziel nicht oder nur unter Schwierigkeiten,
insbesondere unter Aufwendung weiterer finanzieller
Mittel, erreicht werden könnte. Dabei kann ein Sit-
tenverstoß auch dann vorliegen, wenn nicht sicher
feststeht, daß der Dritte die Handlung ohne die Täu-
schung nicht vornehmen werde. Es kann genügen, wenn
diese Möglichkeit ernsthaft in Betracht kommt und
die Vertragspartner die Täuschung begehen, um sie
auf jeden Fall auszuschließen. Wird die Herbeiführung
der Täuschung bewußt und gewollt zum Gegenstand und
Inhalt eines Vertrags gemacht, so steht ein solcher
Vertragsinhalt im Gegensatz zur Auffassung aller ge-
recht und billig Denkenden und der Vertrag ist nich-
tig. Das gilt nach gefestigter Rechtsprechung insbe-
sondere auch dann, wenn durch den Vertrag eine Behör-
de getäuscht und zu einem bestimmten Verhalten ver-
anlaßt werden soll (RGZ 63, 143; RG Warn 1923 Nr.89;
Nr. 106; Nr. 161; 1929 Nr. 92; RG JW 1926, 2858 Nr.2;
1927, 2288; BGHZ 34, 169; BGH NJW 1962, 1436).

Allerdings ist diesen Fällen gemeinsam, daß durch
die Täuschung der Behörde ein gesetzwidriger Zustand
herbeigeführt werden sollte, wie die Führung einer
Gastwirtschaft durch jemanden, der die erforderliche
Konzession nicht besaß, oder ein Ziel erreicht werden
sollte, das gegen wichtige allgemeine Belange verstieß,
sei es die Versorgung des Volkes mit wichtigen Lebens-

gütern wie Wohnung, sei es die Erhaltung des Friedens und der Verteidigungsfähigkeit der freien Welt oder die Bekämpfung des Rauschgiftmißbrauchs (vgl. Anm. Spieler zu BGHZ 34, 149 in LM § 138 (Ca) BGB Nr. 5).

Dagegen sind Verträge, in denen die Parteien ebenfalls durch falsche Angaben die Behörden getäuscht haben, um sich ungerechtfertigte Vorteile zu erschleichen, gleichwohl nicht als nichtig erachtet worden, wenn der Vertragszweck als solcher unbedenklich war und die Täuschung ihn nicht unmittelbar betraf. Insbesondere sind in ständiger Rechtsprechung Grundstücksveräußerungsverträge als gültig anerkannt worden, in denen der Kaufpreis von den Parteien einverständlich niedriger als vereinbart angegeben war, um Grunderwerbsteuer und Gebühren zu hinterziehen (RGZ 107, 357, 364; BGH Urteil vom 17. Dezember 1965 - V ZR 115/63 = NJW 1966, 588 mit Nachweisen). Als entscheidend für die Gültigkeit wurde angesehen, daß der Vertrag nicht der Steuerhinterziehung wegen abgeschlossen war, sondern die ernsthafte schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks begründen sollte, daß also nicht der Vertrag als solcher, sondern lediglich die Vereinbarung der Falschangabe des Kaufpreises etwas Anstößiges enthalte.

Der Beteiligungsvertrag war von den Parteien ernsthaft gewollt. Er enthielt selbst keine unrichtigen Angaben und verschaffte den Beklagten zusätzliche Gelder, deren sie bedurften, um die zur Durch-

führung des Baues weiter benötigten Mittel mit Hilfe der öffentlichen Hand zu erhalten. Anstößig sind deshalb nicht die Bestimmungen des Vertrages an sich. Anstößig ist vielmehr die vom Berufungsgericht - wie noch zu erörtern sein wird, ohne Rechtsverstoß - festgestellte Tatsache, daß der Inhalt des Vertrages von dem abwich, was die Behörde gefordert hatte, um die Wirtschaftlichkeit des Bauvorhabens zu sichern, die im allgemeinen Interesse Voraussetzung der Zuteilung öffentlicher Mittel sein mußte, und daß er der Behörde von den Parteien in der Absicht verheimlicht wurde, mit Hilfe der Vortäuschung einer dem Verlangen der Behörde entsprechenden Regelung die Gewährung von Darlehen zu erreichen. Entgegen der Ansicht der Revision ist dem Berufungsgericht dahin zu folgen, daß dies genügt, um die Nichtigkeit des Beteiligungsvertrages herbeizuführen. Hier betrifft die Täuschung nicht wie im Falle der Angabe eines zu niedrigen Grundstückspreises einen Nebenpunkt, sie läuft nicht in einem sonst unbedenklichen Vertragswerk sozusagen nebenher, hier ist es gerade der Zweck des Vertrages, die Forderungen der Behörde zu umgehen. Der Vertrag steht in engstem Zusammenhang mit der Täuschung der Behörde und wird daher von dem Makel erfaßt, der dem Täuschungsmanöver anhaftet.

Etwas anderes ergibt sich weder daraus, daß die Parteien den Beteiligungsvertrag unter geringen Veränderungen am 2. Dezember 1957, also in einem Zeitpunkt neu gefaßt haben, in dem die Darlehen bewilligt und ausgezahlt waren und das Gebäude stand, noch

daß sie jahrelang den Vertrag ihren Beziehungen und Leistungen zugrunde gelegt haben. Ein unsittliches Rechtsgeschäft kann durch eine Bestätigung oder durch eine Neuvernahme nur dann zu einem sittlich unbedenklichen werden, wenn der die Sittenwidrigkeit begründende Umstand weggefallen ist; ebensowenig wird ein auf Dauerleistungen gerichteter unsittlicher Vertrag dadurch geheilt, daß diese Leistungen lange Zeit erbracht werden (RGZ 64, 146, 149; 150, 385; RG LZ 1922, 158 = SeuffArch 77 Nr. 57; BGB RGRK 11. Aufl. § 141 Anm. 4; vgl. auch BGHZ 28, 164, 167 ff). Hier war der die Sittenwidrigkeit des Vertrags begründende Umstand im Zeitpunkt der Neufassung nicht entfallen. Die Täuschung der Behörde war nicht beseitigt. Der Zustand, daß eine die Verpflichtungen aus dem Beteiligungsvertrage berücksichtigende Wirtschaftlichkeitsberechnung erheblich ungünstiger ausfallen mußte als die von der Behörde vorgenommene, bestand fort. Es besteht ein starkes allgemeines Interesse daran, daß gerade im sozialen Wohnungsbau die Wirtschaftlichkeit gesichert ist, einmal wegen der Sicherheit der zur Verfügung gestellten öffentlichen Mittel, aber auch weil eine schwache wirtschaftliche Lage des Haus Eigentümers zu unerwünschten Folgen wie zu unberechtigten Mietsteigerungen und zu ungenügender Instandhaltung des Gebäudes führen kann. Mögen hier auch nachteilige Folgen der bezeichneten Art nicht zutage getreten sein, so hielt die Neufassung des Beteiligungsvertrages doch einen zu mißbilligenden Zustand aufrecht und vermochte daher nicht zu einer Heilung des Vertragswerks zu führen; der Fall liegt anders, als wenn etwa ein wegen der besonderen Verhältnisse der

Nachkriegszeit verbotenes Geschäft nach Wegfall des Verbotes bestätigt wurde (BGHZ 11, 60). Auf die Frage, ob das Vertragswerk wegen Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) nichtig ist und ob die Kläger den Betrag von 30 000 DM als partiarisches Darlehen oder als Gesellschaftseinlage zur Verfügung gestellt haben, kommt es unter diesen Umständen nicht an.

II.

Daß es die Absicht der Parteien war, das Bauförderungsamt zu täuschen, stellt das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß fest.

1. Die Revision der Kläger wendet sich ohne Erfolg gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, durch den Beteiligungsvertrag habe den Klägern ein Ausgleich für die Herabsetzung des Erbbauzinses und eine höhere als die vierprozentige Verzinsung für den Betrag von 30 000 DM verschafft werden sollen. Als Gegenleistungen haben sich die Kläger unstreitig außer dem herabgesetzten Erbbauzins von 1 680 DM und den Zinsen von 1 200 DM jährlich einen 2/3-Anteil am Netto-Mietertrag bei für sie günstiger Berechnungsart und für den Zeitpunkt der Beendigung des Beteiligungsvertrags wahlweise statt des Anspruchs auf Rückzahlung des Betrages von 30 000 DM den Anspruch auf 20 % des Gebäudewertes ausbedungen. Unstreitig haben sie während der zehnjährigen Vertragszeit als Anteil am Mietertrag 40 412 DM er-

halten; daß dieser Betrag die ursprünglichen Erwartungen übertroffen habe, ist nicht vorgetragen. Danach haben sich die Kläger insgesamt erheblich mehr als den ursprünglichen Erbbauzins von 4 800 DM und 1 200 DM Zinsen jährlich versprechen lassen. Zutreffend stellt das Berufungsgericht auf das wirtschaftliche Ergebnis und darauf ab, ob die Grundlagen der vom Bauförderungsamt aufgestellten Wirtschaftlichkeitsberechnung des Gebäudes unangetastet blieben. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß es die gesamten beiderseitigen Leistungen verglichen und dabei sowohl die Beteiligung der Kläger am Mietertrag wie den eingeklagten Anspruch auf einen Anteil am Gebäudewert berücksichtigt hat. Es kann der Revision nicht eingeräumt werden, das Berufungsgericht habe hier unzulässigerweise zwei Größen - Erbbauzins und Anspruch auf Wertanteil - verglichen. Daran ändert es nichts, daß die Forderung auf einen Wertanteil im Gegensatz zum Erbbauzins nicht dinglich gesichert ist. Denn die Anteilsforderung wird gerade mit dem Wertzuwachs des Gebäudes gerechtfertigt, an dem die Kläger Anteil haben wollen, und es sind keine Umstände vorgetragen oder ersichtlich, aus denen sich ergeben könnte, daß sie uneinbringlich oder auch nur gefährdet sei.

Entgegen der Ansicht der Revision scheidet eine Täuschungsabsicht nicht deshalb aus, weil die Parteien das im Beteiligungsvertrag Erklärte tatsächlich gewollt haben. Denn die Täuschung lag, wie ausgeführt, nicht im Abschluß des Vertrages, sondern dar-

in, daß dem Bauförderungsamt die tatsächliche finanzielle Belastung der Beklagten verborgen gehalten und damit die Möglichkeit genommen wurde, eine der Wirklichkeit entsprechende Wirtschaftlichkeitsberechnung aufzustellen und die Frage der Förderungswürdigkeit des Bauvorhabens sachgerecht zu prüfen. Wie das Berufungsgericht unangegriffen feststellt, war die Wirtschaftlichkeit des Amtes bei einem zu 4 % verzinslichen Darlehen von 30 000 DM gerade noch gewahrt. Die Feststellung, das Amt sei in einem wesentlichen Punkt getäuscht worden, ist daher ohne Rechtsverstoß getroffen.

Ebensowenig ist es aus Rechtsgründen zu beanstanden, daß das Berufungsgericht aus diesem objektiven Sachverhalt und dem Ergebnis der Beweisaufnahme geschlossen hat, die Parteien hätten das Bauförderungsamt täuschen wollen. Mit ihren Angriffen gegen diese Feststellung versucht die Revision in Wirklichkeit, ihre tatsächlichen Behauptungen an die Stelle der Feststellungen des Berufungsgerichts zu setzen; das geht im Revisionsverfahren nicht an. Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß der Vertrag dem Amt verheimlicht werden sollte. Es konnte dies aus der gegebenen Sachlage, nach der die Parteien mit einer negativen Entscheidung des Amtes für den Fall der Kenntnis der vollen Belastung der Beklagten rechnen mußten, und aus der unbestrittenen Tatsache schließen, daß der Kläger dem Amt mit Schreiben vom 14. Februar 1955 mitgeteilt hat, er habe den Erbbauzins auf jährlich 1 680 DM ermäßigt und gewähre den Beklagten auf mindestens zehn Jah-

re ein mit 4 % zu verzinsendes Darlehen von 30 000 DM. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht damit seine Feststellung ausreichend begründet.

An dieser Feststellung war das Berufungsgericht nicht deshalb gehindert, weil Oberamtmann Ob[REDACTED] vom Bauförderungsamt als Zeuge die Behauptung des Klägers, dieser habe ihm bei einem Ferngespräch von der Beteiligung der Kläger am Mietertrag Kenntnis gegeben, weder bestätigen noch verneinen konnte. Das Berufungsgericht hat zu der Aussage Stellung genommen. Daß es der Behauptung der Kläger nicht folgt, liegt im Rahmen der ihm zustehenden Tatsachenwürdigung und zeigt keinen Rechtsfehler. Ebenso wenig liegt ein Rechtsfehler darin, daß es einen Vermerk Ob[REDACTED] in den Akten des Bauförderungsamts vom 9. Februar 1955 nicht erörtert hat. In dem Vermerk ist festgehalten, daß der Kläger bereit sei, den Erbbauzins auf 140 DM monatlich zu ermäßigen. Weiter heißt es: "Ebenso ist er bereit, die schwache Finanzierung des Erbbauberechtigten Rudolf La[REDACTED] durch Gewährung eines Darlehens von 30 000 DM bei 4 % Verzinsung zu unterstützen, so daß er gewissermaßen als zweiter Bauherr dahintersteht. Dingliche Sicherstellung fällt weg, da dieser Betrag als Ersatz für fehlende Eigenmittel zu werten ist." Es ist nicht ersichtlich, wieso das Berufungsgericht aus diesem Vermerk ein Anzeichen gegen die Absicht des Klägers hätte herleiten sollen, das Amt unvollständig zu informieren. - Eine Verken-

nung der Beweislast kommt entgegen der Ansicht der Revision nicht in Betracht; das Berufungsgericht hat Feststellungen getroffen und nicht auf die Beweislast abgestellt.

Seine Erwägung, selbst wenn Ob[REDACTED] gesagt hätte, die internen Abmachungen der Parteien interessierten das Bauförderungsamt nicht, wäre das nicht dahin zu verstehen gewesen, daß dem Bauförderungsamt eine nur scheinbare Herabsetzung des Erbbauzinses genügt hätte und daß ihm die Höhe der Darlehenszinsen gleichgültig gewesen sei, dies habe auch dem Kläger klar sein müssen, läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Wenn die Revision geltend macht, es sei weder jemals vorgetragen worden und auch sonst spreche nichts dafür, daß der Kläger den Zeugen in dieser geradezu arglistigen Weise mißverstanden habe, so übersieht sie, daß es auf die Wirtschaftlichkeitsberechnung ankam und daß diese, wie der Kläger nicht verkennen konnte, allein durch die Gewinnbeteiligung der Kläger eine entscheidende Verschlechterung erfahren mußte.

Ebensowenig Erfolg hat die Revision mit dem Vorbringen, es sei völlig offen, ob die Parteien jemals der Meinung gewesen seien, das Bauförderungsamt werde den Beklagten bei Kenntnis des Beteiligungsvertrages keine Mittel geben; selbst Oberndorfer habe nicht angeben können, ob in diesem Falle der Bewilligungsantrag der Beklagten abgelehnt worden wäre; er habe die Ablehnung nur als möglich bezeichnet; das Berufungsgericht könne den Parteien nicht ein

Wissen unterstellen, das nicht einmal der Fachmann besessen habe; vollends unerfindlich sei es, wie das Berufungsgericht zu seiner nicht näher begründeten Überzeugung gelangt sei, das Bauförderungsamt hätte die öffentlichen Mittel bei Kenntnis des wahren Sachverhalts nicht oder wenigstens nicht in dieser Form bewilligt; dies habe nicht einmal der Zeuge Oberndorfer bestätigen können.

Die Revision berücksichtigt hierbei die vorhergehenden Feststellungen des Berufungsurteils nicht, das Bauförderungsamt sei angewiesen gewesen, nur solche Bauvorhaben zu fördern, deren Wirtschaftlichkeit gesichert gewesen sei; nach seiner Wirtschaftlichkeitsberechnung sei die Wirtschaftlichkeit des Bau-darlehens bei einem Zinssatz des klägerischen Darlehens von 4 % gerade noch gewährleistet gewesen. Es liegt im Rahmen der dem Tatrichter zustehenden Tatsachenwürdigung und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht unter diesen Umständen trotz der unbestimmten Aussage des Zeugen zu der bekämpften Feststellung gelangt ist. Im übrigen würde es für die Frage der Sittenwidrigkeit des Beteiligungsvertrages keinen Unterschied machen, wenn die Parteien nicht mit Sicherheit erwartet hätten, das Bauförderungsamt werde bei Kenntnis der wahren Sachlage die Mittel nicht bewilligen, sondern nur mit dieser Möglichkeit gerechnet hätten.

Das Berufungsgericht geht nach alledem ohne Rechtsverstoß davon aus, daß das Bauförderungsamt getäuscht worden ist.

III.

1. Da der Beteiligungsvertrag nichtig ist, sind die Ansprüche der Kläger auf Zahlung von 20 % des Gebäudewerts und des im Vertrage vorgesehenen, am Brutmietertrage ausgerichteten Erbbauszinses unbegründet. Wie das Berufungsgericht ausführt und die Parteien nicht anzweifeln, hat jedoch die Nichtigkeit des Beteiligungsvertrags wegen des engen Sachzusammenhangs zur Folge, daß auch der notarielle Vertrag vom 16. Februar 1955, durch den der Erbbauszins von 4 800 DM auf 1 680 DM jährlich herabgesetzt wurde, unwirksam ist. Den Klägern stand daher ein Anspruch auf Zahlung des Erbbauszinses in der ursprünglich vereinbarten Höhe zu; dagegen wenden sich auch die Beklagten nicht. Das Berufungsgericht hat den Klägern den Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrags nur für die Zeit vom 1. Januar 1961 bis 31. Dezember 1965 in Höhe von 15 600 DM zuerkannt. Im übrigen hält es den Anspruch für verjährt (§ 197 BGB), weil die Verjährung erst durch die Einreichung der Berufungsbegründung am 29. Dezember 1965 unterbrochen worden sei. Entgegen der Ansicht der Revision hat es mit Recht die Einrede der Verjährung, die die Beklagten erhoben haben, nicht als unzulässig erachtet. Indem die Beklagten die Zahlungen geleistet haben, zu denen sie sich nach dem Beteiligungsvertrage verpflichtet glaubten, sind sie gerade den Forderungen der Kläger nachgekommen und haben nicht aus ihrer Initiative heraus etwas getan, was die Kläger davon hätte abhalten können, ihnen zustehende Ansprüche zu verfolgen. In der umfangreichen

Rechtsprechung, die sich mit der Frage befaßt, unter welchen Umständen die Einrede der Verjährung mit dem Gegeneinwand der unzulässigen Rechtsausübung ausgeräumt werden kann (vgl. die Nachweise in BGB RGRK 11. Aufl. § 222 Anm. 13) ist, soviel ersichtlich, ein dem vorliegenden vergleichbarer Fall nicht behandelt. Das vermag auch die Revision nicht aufzuzeigen. Vielmehr handelt es sich durchweg um Tatbestände, bei denen die Schuldner die Gläubiger veranlaßt haben, die Forderung nicht gerichtlich geltend zu machen, auf deren Verjährung sie sich später beriefen, und zwar durch Handlungen, die sich gerade auf diese Forderung bezogen, wie Vergleichsverhandlungen oder den Hinweis auf eine noch erfolgende Klärung, und die bei den Gläubigern den Eindruck hervorrufen konnten, es werde nur auf die sachliche Berechtigung der Forderung anzukommen haben. Von derartigen Handlungen der Beklagten kann hier keine Rede sein.

2. Das Berufungsgericht hat den Klägern aus dem Betrage von 15 600 DM Prozeßzinsen in Höhe von 4 % ab Rechtshängigkeit (4. Januar 1966) zugesprochen, nicht aber die ab Fälligkeit der monatlichen Erbbauzinsbeträge geforderten Verzugszinsen, da es an einem Verschulden der Beklagten fehle (§ 285 BGB). Das hält der Nachprüfung stand für die Zeit bis 31. März 1965, dem Zeitpunkt, zu dem der Beteiligungsvertrag gekündigt wurde. Denn solange die Beklagten auf die Gültigkeit des Vertrags vertrauten, kann es ihnen nicht zum Verschulden angerechnet werden, daß sie nicht den ursprünglich vereinbarten Erbbauzins zahlten. Anders ist möglicherweise die Lage für die Zeit ab 1. April 1965

zu beurteilen: Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gilt für Erbbauzinsen die Bestimmung des § 289 Satz 1 BGB, wonach aus Zinsen Verzugszinsen nicht zu entrichten sind. Dem Berufungsgericht, das diese Bestimmung auf Erbbauzinsen nicht anwenden will, ist einzuräumen, daß diese wirtschaftlich nicht Zinsen im üblichen Sinne, sondern das Entgelt für die Einräumung des Erbbaurechts sind, ebenso wie dies bei "Mietzinsen" zutrifft, die die Überlassung der Mietsache zum Gebrauche abgelten und rechtlich Haupt-, nicht Nebenschuld sind. Gleichwohl ist auf Grund der positiven Regelung des Gesetzes an der Meinung festzuhalten (vgl. Staudinger BGB 11. Aufl. § 9 ErbbRVO Anm. 6 a; Ingenstau ErbbRVO 3. Aufl. § 9 Anm. 40): Nach § 9 Abs. 1 ErbbRVO finden für den Erbbauzins die Vorschriften über die Reallasten, nach § 1107 BGB für die einzelnen Leistungen aus einer Reallast die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Es ist ganz herrschende Meinung, von der abzugehen kein Anlaß besteht, daß § 289 BGB für die Einzeilleistungen aus einer Reallast gilt (BGB RGRK 11. Aufl. § 1107 Anm. 7 a.E.; Staudinger BGB 11. Aufl. § 1107 Rdn. 18; Soergel-Siebert BGB 10. Aufl. § 1107 Anm. 2; Planck BGB 5. Aufl. § 1107 Anm. 2 b mit Nachweisen aus der älteren Literatur). Dann aber kann folgerichtig für den Erbbauzins, der nach dem Willen des Gesetzgebers entsprechend den einzelnen Leistungen aus einer Reallast zu behandeln ist - Westermann bezeichnet ihn als auf dem Erbbaurecht ruhende Goldreallast (Sachenrecht 5. Aufl. § 67 I 3) -, kraft der Vorschrift

des § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbRVO nichts anderes gelten. Auch die Einzelleistungen aus einer Reallast entsprechen ihrem Charakter nach vielfach nicht wirklichen Zinsen. Trotzdem ist auf sie § 289 BGB anzuwenden. Ebenso wenig steht daher beim Erbbauzins der Anwendung dieser Bestimmung im Wege, daß er nicht einen Zins im üblichen Sinne darstellt. Die Kläger können sonach, soweit ihnen - was bei der Prüfung der Anschlußrevision zu behandeln sein wird - ein Anspruch auf einen monatlichen Erbbauzins von 400 DM für die Zeit ab 1. April 1965 zusteht, nicht gemäß § 288 Abs. 1 BGB Verzugszinsen fordern. Wohl aber können sie Ersatz des durch Verzug der Beklagten entstandenen Schadens nach §§ 288 Abs. 2, 289 Satz 2 BGB verlangen. Solchen Schaden haben sie behauptet, zwar nur hinsichtlich des mit dem Hauptantrag verlangten Betrages, nämlich Aufnahme von Bankkredit; das schließt nicht aus, daß die Forderung auf Zinsen aus dem Erbbauzins auch unter dem Gesichtspunkt des Verzugs zu prüfen ist. Wie der Revision einzuräumen ist, könnten die Beklagten in der Zeit ab 1. April 1965 in Verzug geraten sein, wenn sie ab diesem Zeitpunkt lediglich den ermäßigten Erbbauzins von monatlich 140 DM bezahlt haben. Denn es spricht viel dafür, daß sie sich sagen mußten, sie könnten nicht einerseits § 9 des Beteiligungsvertrages unberücksichtigt lassen, wonach sie als Erbbauzins nach Ablauf des Beteiligungsvertrages 25 % der Gesamtbruttomiete zu entrichten hatten, andererseits die Kläger an der Herabsetzung des Erbbauzinses auf 140 DM festhalten, die im Zusammenhang mit dem Abschluß des Beteiligungsvertrages erfolgt war. Das bedarf, falls es darauf ankommt, der weiteren Prüfung.

B.

Mit ihrer Anschlußrevision bekämpfen die Beklagten ihre Verurteilung zur Zahlung des Betrages von 15 600 DM. Sie meinen, der Anspruch der Kläger auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen dem herabgesetzten, bezahlten und dem tatsächlich in der ursprünglich vereinbarten Höhe geschuldeten Erbbauzins sei erloschen, weil sie über den herabgesetzten Erbbauzins hinaus den Unterschiedsbetrag übersteigende Zahlungen auf Grund des Beteiligungsvertrages geleistet hätten. Damit haben sie dem Grunde nach Erfolg. Inwieweit sie indessen die Abweisung der Klage erreichen können, hängt von Umständen ab, hinsichtlich deren das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus zu Recht - keine Feststellungen getroffen hat, so daß dem Revisionsgericht eine abschließende Beurteilung nicht möglich ist. Da der Beteiligungsvertrag nichtig ist, haben die Beklagten die darin eingegangenen Verpflichtungen ohne Rechtsgrund erfüllt, nicht aber den ursprünglich vereinbarten Erbbauzins getilgt. Denn es fehlte beiden Parteien an einem dahin gehenden Willen. Den Beklagten ist daher ein Bereicherungsanspruch erwachsen (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Mit diesem können sie gegen die Ansprüche der Kläger aufrechnen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die Beklagten nicht durch die Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB gehindert, den Bereicherungsanspruch geltend zu machen. Zweck ihrer Leistungen war es, die Leistungen der Kläger abzugelten, nämlich die Einräumung des Erbbaurechts und die Hingabe des Kapitals von 30 000 DM.

Dieser Zweck ist nicht unsittlich. Erst recht ist nicht dargetan, auch vom Berufungsgericht nicht festgestellt, daß die Beklagten sich bewußt gewesen seien, mit ihren dem Beteiligungsvertrage entsprechenden Leistungen sittenwidrig zu handeln. Die Voraussetzungen der Sanktion des § 817 Satz 2 BGB liegen daher nicht vor (vgl. BGHZ 35, 103, 107; 36, 395, 399; 50, 90, 92; BGH LM § 817 BGB Nr. 12; Palandt BGB 28. Aufl. § 817 Anm. 3 a). Indessen ist den Beklagten aus den Zahlungen, die sie auf Grund des Beteiligungsvertrages geleistet haben, nicht ein Bereicherungsanspruch in gleicher Höhe erwachsen. Die Beklagten sind selbst dadurch bereichert, daß ihnen die Kläger das Kapital von 30 000 DM zu einem erheblich unter dem verkehrsüblichen und nach ihrem Vortrag unter den eigenen Aufwendungen für das Kapital liegenden Zinssatz ohne Rechtsgrund zur Verfügung gestellt haben (RGZ 151, 123, 127; BGH NJW 1961, 452). Diese Leistung sollte den vorgesehenen Bau ermöglichen und diene damit - anders als in dem Fall, der dem von dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung angeführten Urteil des Bundesgerichtshofs NJW 1964, 1791 zugrunde lag - einem sittlich nicht anstößigen Zweck. Daß das zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig ist, macht den Zweck der Leistung selbst nicht anstößig im Sinne des § 817 BGB, weil hier nicht der Inhalt des Vertrages als solcher, sondern dessen Zusammenhang mit der Täuschung der Behörde der Grund der Nichtigkeit ist (vgl. BGHZ 50, 90, 92; Heimann - Trosien WM 1969, 329). Bei der Feststellung eines Bereiche-

rungsanspruchs sind Aktiv- und Passivposten gegeneinander zu verrechnen; die Bereicherung besteht in einem Saldo (BGB RGRK 11. Aufl. § 818 Anm. 33). Die Beklagten müssen sich auf ihren Bereicherungsanspruch die den Umständen nach angemessene Vergütung für den Genuß des Kapitals von 30 000 DM abzüglich der gezahlten Zinsen von jährlich 1 200 DM anrechnen lassen. Nur soweit ein Saldo zu ihren Gunsten verbleibt, steht ihnen eine Forderung aus Bereicherung zu, die sie gegen den Anspruch der Kläger auf Zahlung des Erbbauzinses verrechnen können. Dabei wird es ihnen auf Grund der Bestimmung des § 390 Satz 2 BGB und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben schwerlich möglich sein, den Bereicherungsanspruch, der ihnen aus den für die gesamte Laufzeit des Beteiligungsvertrages erbrachten Leistungen etwa zusteht, nur gegen den nichtverjührten Teil der Forderung der Kläger auf den ursprünglich vereinbarten Erbbauzins aufzurechnen. Nach alledem kann das Revisionsgericht nicht, wie die Anschlußrevision will, zu dem Ergebnis gelangen, die den Klägern zugesprochene Forderung von 15 600 DM sei durch Aufrechnung erloschen. Vielmehr bedarf es weiterer Prüfung und tatsächlicher Feststellungen, die dem Revisionsgericht nicht möglich sind.

Andererseits ergeben der unstreitige Tatbestand und der Vortrag der Parteien keinen Anhaltspunkt für die Annahme, den Klägern könne ein Bereicherungsanspruch entstanden sein, der die Lei-

stungen übersteigt, die die Beklagten für die Laufzeit des Beteiligungsvertrages aufgebracht haben, und den Klägern könne deshalb für diese Zeit ein Betrag von 15 600 DM übersteigender Anspruch zustehen.

C.

Danach ist die Revision der Kläger als unbegründet zurückzuweisen. Auf die Anschlußrevision der Beklagten ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt ist, ebenso im Kostenpunkt. Im Umfange der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten ist.

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Keßler