

84

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 139/67

URTEIL

Verkündet am

19. Dezember 1969
Hirth,
Justizangestellter
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Witwe Marguerite F [REDACTED] geb. G [REDACTED]
in R [REDACTED] a. Rh [REDACTED], Am Sp [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägerin und Anschlußrevisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Gesellschaft für Wohnungsbau und -verwaltung im
Rh [REDACTED] Braunkohlenrevier m.b.H. in K [REDACTED], A [REDACTED] -
[REDACTED] Nr. [REDACTED] - [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäfts-
führer Direktor Dr. Kurt H [REDACTED] und Bergwerks-
direktor Mathias T [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und Anschlußrevisions-
klägerin,

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

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Freitag, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 2. Juni 1967 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu Lasten der Beklagten erkannt ist und die Klage in Höhe von 150 992,86 DM nebst 7,5 % Zinsen hieraus abgewiesen worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision und Anschlußrevision an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Firma E [REDACTED] Ri [REDACTED] werk F [REDACTED] KG in E [REDACTED] [REDACTED], deren Komplementär der 1961 verstorbene Ehemann der Beklagten und deren Kommanditistin die Beklagte war, übertrug durch Vertrag vom 25. November 1959 14,5153 ha ausgeziegeltes Gelände zum einkommensteuerpflichtigen Teilwert von 2,- DM je qm (insgesamt 290 306 DM) auf die

- 3 -

Beklagte zu Alleineigentum. Über 10,3494 ha des näher beschriebenen Geländes bestellte die Beklagte durch Vertrag vom 13. Dezember 1960 zugunsten des Architekten Dr. Ne[REDACTED] in Fr[REDACTED], der im Interesse der Gesellschaft für Familienheimbau mbH. - GE[REDACTED] - in Fr[REDACTED] handelte, ein Erbbaurecht gegen Zahlung eines Erbzinses von jährlich 0,35 DM je qm unter gleichzeitiger Einräumung eines dinglichen Vorkaufrechts für jeden Verkaufsfall. Am selben Tag bot die Beklagte dieses mit dem Erbbaurecht belastete Eigentum um 827 952 DM der Bank für Gemeinwirtschaft in D[REDACTED] - im folgenden als Bank bezeichnet - unwiderruflich auf fünf Jahre zum Kauf mit der Maßgabe an, daß die "Annahme frühestens drei Monate nach Ablauf eines die Steuerfreiheit nicht gefährdenden Termins erfolgen kann". In den §§ 1 und 2 des Vertragsangebots ist bestimmt:

§ 1

Die Grundstückseigentümerin verkauft die angeführten Grundstücke an die Bank für Gemeinwirtschaft,..... oder von dieser zu benennenden dritten Personen zum Preise von DM 8,-- pro Quadratmeter, insgesamt DM 827 952,- zuzüglich Nebenkosten. Als Nebenkosten in diesem Sinne gelten alle Notar- und Grundbuchgebühren und Zinsen, die für inzwischen in Anspruch genommene Kredite anfallen.

§ 2

Der Kaufpreis ist ohne Rücksicht darauf, wer von dem Kaufangebot Gebrauch macht, mit der Übergabe der Grundstücke fällig. Er wird um etwaige von der Grundstückseigentümerin bei der Bank genommene Kredite gekürzt.



Die nach Saldierung sich ergebenden Spitzen sind innerhalb von acht Tagen nach erfolgter Umschreibung des Eigentums im Grundbuch zu bezahlen."

Die Bank stellte der Beklagten sogleich einen Betrag in Höhe des Kaufpreises auf einem Kreditkonto bereit, worüber die Beklagte auch verfügte. Am 31. Dezember 1960 bestellte die Beklagte der Bank eine Briefgrundschuld in Höhe von 900 000 DM.

Am 30. Dezember 1961 schrieb die Beklagte an Dr. N. [REDACTED] und die GE [REDACTED] unter Bezugnahme auf den Erbbaurechtsvertrag folgendes:

"Sie hatten bei Abschluß des vorgenannten Vertrages in Verbindung mit dem Kaufangebot, das der Bank für Gemeinwirtschaft meinerseits gemacht worden ist, sich verpflichtet, bei der Bank für Gemeinwirtschaft in K. [REDACTED] ein Festgeldkonto in Höhe des Betrags zu errichten, welchen die Bank für Gemeinwirtschaft mir zunächst auf einem persönlichen Konto als Kredit einräumen würde. Sie haben ferner zugesagt, daß dieses Festgeldkonto unverzüglich gebildet würde und daß die Zinsen, die auf diesem Konto gutgeschrieben wurden, meinem persönlichen Konto gutgebracht würden in Anrechnung auf die Zinsforderung, die die Bank für Gemeinwirtschaft für dieses Konto erheben würde. Die Differenz zwischen dem Zinssoll und der Gutschrift auf dem Festgeldkonto war von der GE [REDACTED] auszugleichen. Ferner haben Sie sich verpflichtet, mir unverzüglich ein Bestätigungsschreiben der Bank für Gemeinwirtschaft zu behändigen, in dem die Bank die Zusicherung erklärt, daß sie ihre Forderung aus meinem persönlichen Konto nur aus dem Festgeldkonto abdecken dürfe. Sie sind Ihren Verpflichtungen in keiner Weise nachgekommen. Sie haben keinerlei Zahlung aus der rechtlichen Verpflichtung des Erbbauzinses

geleistet. Sie haben auch keinerlei Zahlung zur Abdeckung der Zinsschuld aus Ihren eigenen Mitteln geleistet. Sie haben kein Festgeldkonto gebildet und ich bin bis heute nicht im Besitz der Zusicherung der Bank für Gemeinwirtschaft, wonach sie bezüglich ihrer Forderung aus dem persönlichen Konto sich nur aus dem Festgeldkonto befriedigen dürfe.

.....

Ich habe Sie aufgefordert die auf meinem Konto entstandene Zinsschuld abzudecken. Auch das haben Sie bis heute nicht getan. Ich erkläre Ihnen hiermit, daß ich von dem gesamten Vertragswerk zurücktrete, also sowohl vom Erbbaurechtsvertrag als auch von meinem Kaufangebot, was ich hiermit formell zurückziehe und welche Erklärung ich auch der Bank für Gemeinwirtschaft mit der notwendigen Erläuterung zum Gesamtbestand abgeben werde."

Die GE [REDACTED] antwortete mit Schreiben vom 8. Januar 1962, in dem sie u.a. ausführte:

"Zu Ihren Ausführungen müssen wir zur Richtigstellung mitteilen, daß das besagte Festgeldkonto bei der Bank für Gemeinwirtschaft eingerichtet ist, und zwar bereits seit dem Zeitpunkt der ersten Auszahlung bzw. Kreditgewährung der Bank für Gemeinwirtschaft an Sie. Mit der Bank für Gemeinwirtschaft ist seinerzeit, und zwar in Anwesenheit Ihres verstorbenen Gatten, vereinbart worden, daß das Festgeld entsprechend verzinst wird, und zwar so, daß die Marge zwischen dem Habenzins für das Festgeld und dem Sollzins für den von Ihnen in Anspruch genommenen Kredit von 2 - 2 1/4 % beträgt. Darüberhinaus ist bei Anlage des Geschäfts vereinbart worden, daß die entstehende Zinsdifferenz bei endgültigem Abschluß eines Kaufvertrages der gemäß § 10 des Vertrages erfolgen muß, der Käufer neben dem reinen Grund-

stückerpreis von DM 8,-/qm, (§ 1) zuzüglich die Nebenkosten zu zahlen hat. Als Nebenkosten im Sinne des Vertrages gelten alle Notar- und Grundgebühren und Zinsen, die für inzwischen in Anspruch genommene Kredite anfallen.

Es ist also nicht richtig, wie Sie ausführen, daß die GE [REDACTED] bzw. Herr Dr. N [REDACTED] verpflichtet sei, die seither angefallenen Sollzinsen für von Ihnen in Anspruch genommene Kredite bei der Bank auszugleichen. Dies soll und kann erst mit endgültigem Abschluß eines Kaufvertrages geschehen, und zwar so, wie es in § 2 des Kaufangebots festgelegt ist.

Wie wir wiederholt mitteilten, wäre im anderen Falle eine Kausalität gegeben, die als Beweis für die Handhabung des § 9 Steueranpassungsgesetzes gelten würde."

Durch Vertrag vom 5. Februar 1962 übertrug Dr. N [REDACTED] das Erbbaurecht, das zwischenzeitlich mit einer Grundschuld in Höhe von 900 000 DM zugunsten der Bank belastet worden war, zu je 1/2 auf die Klägerin und die Gemeinnützige Siedlungsgesellschaft mbH. für das Rh [REDACTED] Braunkohlenrevier in K [REDACTED] - im folgenden Siedlungsgesellschaft genannt - gegen Zahlung von 1,- DM je qm (insgesamt 103 494 DM). Gleichzeitig benannte Dr. N [REDACTED] die beiden Gesellschaften zu je 1/2 Anteil als Berechtigte des Vorkaufsrechts und trat seine Ansprüche aus dem Vorkaufsrecht an beide zu je 1/2 Anteil ab. Am 15. März 1962 wurde das Erbbaurecht auf die Erwerberinnen umgeschrieben und die Übertragung des Vorkaufsrechts im Grundbuch eingetragen.

Am 31. März 1962 zahlte die Klägerin 1 020 369,95 DM an die Bank. Ihr wurden die beiden Briefgrundschulden

über je 900 000 DM abgetreten. Die Bank nahm das Kaufangebot am 17. Dezember 1962 an, die Klägerin und die Siedlungsgesellschaft übten anderntags das Vorkaufsrecht aus.

Unter Hinweis auf die Unwirksamkeit des § 5 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages vom 13. Dezember 1960 (Rücktrittsrecht der Eigentümerin bei Zahlungsverzug zweier Erbbauzinsraten) und des Abschnitts VI Nr. 2 seines Anhangs (Heimfall bei Zahlungsverzug mit mehr als zwei Erbbauzins-Halbjahresraten) begehrte die Beklagte erfolglos die Löschung des Erbbaurechts, hilfsweise die Eintragung eines Widerspruchs. Ihre Beschwerde und weitere Beschwerde wurden zurückgewiesen (vgl. Bl. 76 ff, 95 a ff und 123 ff Grundakten).

Nachdem die Siedlungsgesellschaft den Anspruch auf Auflassung des Grundstücks zur ideellen Hälfte an die Klägerin abgetreten hat, hat diese mit vorliegender Klage von der Beklagten zunächst die Auflassung des Grundstücks begehrt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie vertritt den Standpunkt, die für die Wirksamkeit der Vertragsannahme geforderte steuerliche Unschädlichkeit hinsichtlich des Veräußerungsgewinns habe von Anfang an nicht vorgelegen. Die im Kaufangebot gestellte Bedingung sei daher von Anfang an nicht zu erfüllen gewesen und der Kaufvertrag über das Grundstück nicht zustande gekommen. Auch sei die Erbbaurechtsbestellung wegen der

Nichtigkeit der erwähnten Vertragsbestimmungen insgesamt nichtig gewesen, mindestens sei der Erbbaurechtsvertrag durch den Rücktritt vom 30. Dezember 1961 erloschen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte vorgetragen, der Erbbaurechtsvertrag mit Bestellung eines Vorkaufsrechts, das Verkaufsangebot der Beklagten an die Bank und die Grundschuldbestellung zugunsten der Bank verbrieften Teilakte eines einheitlichen Geschäfts, mit dem der Zweck verfolgt worden sei, die Verfügungsbefugnis der Beklagten über die Grundstücke in E [REDACTED] im Zeitpunkt der Vollziehung dieser Verträge uneingeschränkt auf die GE [REDACTED] bzw. deren Kreditgeber zu übertragen und der Beklagten dafür als Gegenleistung einen Betrag von 827 952 DM im Zeitpunkt der Vollziehung dieser Verträge ohne Rückzahlungsverpflichtung zur Verfügung zu stellen. Dies sei allen Beteiligten, einschließlich der Klägerin, bekannt gewesen. Die Bank sei das von der GE [REDACTED] eingeschaltete Finanzierungsinstitut gewesen, über das die Gegenleistung bereitgestellt worden sei, die offiziell als Kredit gegenüber der Beklagten bezeichnet worden, in Wirklichkeit aber ein Kredit der Bank an die GE [REDACTED] bzw. deren Treuhänder Dr. Ne [REDACTED] gewesen sei.

Während des zweiten Rechtszuges ist das Urteil des Bundesfinanzhofs vom 23. April 1965 - VI 34/62 U (veröffentlicht BStBl III, 477) ergangen. In diesem Urteil hat der Bundesfinanzhof unter Aufgabe der früheren

Rechtsprechung entschieden, daß die Überführung eines Wirtschaftsguts vom Betriebsvermögen in das Privatvermögen keine Anschaffung im Sinn des § 23 Abs. 1 EStG darstellt. Die Klägerin, die ihre steuerrechtliche Beurteilung der vorliegenden Entnahme durch diese Entscheidung bestätigt sieht, hat Anschlußberufung erhoben und verlangt nach erfolgloser Fristsetzung unter Androhung, die Erfüllung nach erfolglosem Fristablauf abzulehnen, nunmehr Schadensersatz in Höhe von 1 500 000.- DM.

Das Berufungsgericht hat diesen Anspruch in Höhe von 1 326 480,35 DM nebst 7,5 % Zinsen seit dem 1. April 1966 Zug um Zug gegen Übertragung des Erbbaurechts sowie einer Erklärung des Verzichts auf das Vorkaufsrecht zuerkannt.

Die Beklagte erstrebt mit der Revision die völlige Abweisung der Klage, die Klägerin im Wege der Anschlußrevision die Zahlung weiterer 150 992,86 DM. Beide Parteien beantragen, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Steuerrechtlich würdigt das Berufungsgericht die von der Beklagten im Dezember 1960 vorgenommenen Rechtsgeschäfte dahin, daß ein Umgehungsgeschäft vorliege, das zwar äußerlich die Zweijahresfrist des § 23 EStG um drei Monate übersteige, aber die Beklagte sogleich in den Genuß

des Gegenwerts habe setzen sollen. Es kommt zu der Überzeugung, daß die Finanzbehörde bei Durchführung des Kaufgeschäfts die Gewinnsteuer erhoben hätte, weil es im Steuerrecht nicht auf die gewählte bürgerlich-rechtliche Gestaltung ankomme, sondern auf den gewollten wirtschaftlichen Gehalt der Vorgänge. Als rein äußerlich erscheine, daß die Bank und die Klägerin sowie die Siedlungsgesellschaft nach dem Vertragswerk zur Annahme des Kaufangebots an sich nicht verpflichtet gewesen seien. Das Erwerbsinteresse der Klägerin, nicht etwa dasjenige der nur geldmäßig ein- und vorgeschalteten Bank, sei wirtschaftlich offenbar sehr stark gewesen, da die Klägerin ein großes Areal für Bauzwecke gebraucht und sich deshalb auf die im Interesse der Beklagten gewünschte komplizierte Handhabung eingelassen habe. Die Klägerin sei auch durch die Investierung hoher Mittel vermögensmäßig so gebunden gewesen, daß eine Abstandnahme von dem Geschäft praktisch nicht in Frage gekommen sei. Die Bank habe der Beklagten zwar Kreditgeld gegeben; dies jedoch nicht wegen ihrer Beziehungen zu der Beklagten, als vielmehr wegen ihrer Abmachungen mit der Klägerin und deren Rückbesicherung oder Kreditwürdigkeit, insbesondere also gegen Anschaffung des Geldes auf einem Festgeldkonto. So habe denn auch die Klägerin, als die Durchführung des Kaufgeschäfts notleidend geworden sei, das Kreditkonto bei der Bank ausgeglichen.

Der Bundesfinanzhof habe allerdings durch das Urteil vom 23. April 1965 die jahrzehntelang geübte frühere Rechtsprechung aufgegeben, wonach die Überführung eines

Wirtschaftsgutes vom Betriebsvermögen in das Privatvermögen Anschaffung im Sinne der Gewinnsteuer nach § 23 EStG gewesen sei, und nunmehr das Gegenteil ausgesprochen. Nach dieser Entscheidung dürfe aber mit dieser neuen Rechtsprechung nicht einer mißbräuchlichen Handhabung gedient sein. Vor allem unterscheide sich der dieser Entscheidung zugrundeliegende Fall darin von der vorliegenden Sachlage, als dort die Gesellschafterinnen das Grundeigentum im gleichen Beteiligungsverhältnis nach der Entnahme des Grundstücks fortgesetzt hätten wie vorher als Liquidationswert innerhalb der Gemeinschaft zur gesamten Hand am Gesellschaftsvermögen. Die Beklagte sei dagegen an der Kommanditgesellschaft nur mit einem Bruchteil neben ihrem Ehemann als dem Komplementär beteiligt gewesen. Für die Entscheidung könne davon ausgegangen werden, daß der Ehemann der Beklagten, welcher der eigentliche Unternehmer gewesen sei, mindestens nicht geringer als seine Ehefrau beteiligt gewesen sei. Wenn ihr nach der neuen Entscheidung des Bundesfinanzhofs ihre Besitzzeit vor der Entnahme anzurechnen sei, so könne das doch nur für ihre eigene Quote, nicht die des anderen Gesellschafters, hier ihres Ehemannes, gelten. Soweit dieser die Übernahme der Grundstücke gestattet habe, liege auch nach dem heutigen Stand der Steuerrechtsprechung eine Anschaffung und Veräußerung im Sinne des § 23 EStG vor. Bei der Differenz zwischen dem Herausnahmewert von 290 306 DM und dem Verkaufserlös von 827 952 DM komme jedenfalls immer noch solch erhebliche Ziffern als versteuerbar in Frage, daß eine Durchführung des Kaufgeschäftes für die Beklagte nicht zumutbar gewesen wäre.

Den Vorbehalt im Kaufangebot dahin, daß dessen Annahme so befristet sein müsse, daß die Steuerfreiheit nicht gefährdet würde, würdigt das Berufungsgericht als echte Bedingung, daß nämlich die Annahme nur steuerunschädlich erklärt werden könne. Die Steuerfreiheit sei nicht von der Wahrung einer Frist abhängig gewesen, sie sei vielmehr mit dem gewählten Vertragswerk überhaupt und von Anfang an nicht zu erreichen gewesen, weshalb ein Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit im Sinn des § 323 (analog) BGB vorliege; der Klägerin stehe ein Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte auf Herausgabe der im Vorgriff auf den Kaufvertrag gewährten Empfänge zu. Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB könne die Klägerin dagegen nicht verlangen, weil ein wirksamer Kaufvertrag, den die Beklagte schuldhaft nicht erfüllt hätte, nicht zustande gekommen sei.

II.

1. Zunächst stellt sich die Frage, ob ein Kaufvertrag zwischen der Beklagten und der Bank zustande gekommen ist.

Diesen Standpunkt vertritt die Anschlußrevision der Klägerin. Nach ihrer Meinung hätte das Berufungsgericht nicht unterstellen dürfen, der Ehemann der Beklagten sei als "eigentlicher Unternehmer" nicht geringer an der Gesellschaft beteiligt gewesen als seine Ehefrau. Nähere Anhaltspunkte für eine solche Unterstellung fehlten; die Schlußfolgerung, daß jedenfalls immer noch solch

erhebliche Ziffern als versteuerbar in Frage kämen, daß eine Durchführung des Kaufgeschäftes für die Beklagte nicht zumutbar gewesen wäre, sei daher nicht ausreichend begründet. In Wirklichkeit hätte die von den Beteiligten gewählte Gestaltung des Kaufgeschäftes nicht zur Auslösung der Gewinnsteuer führen können; auch sonst bestünden keine Einwendungen gegen das Vertragswerk.

Zunächst ist der Standpunkt des Berufungsgerichts zu billigen, daß schon die Abgabe eines bindenden Verkaufsangebots als Veräußerung im Sinne des § 23 EStG dann gelten kann, wenn keine Zweifel bestehen, daß das Angebot nach den gesamten Umständen angenommen wird (BFH BStBl. 1967 III, 73 = NJW 1967, 696).

Der Anschlußrevision ist jedoch darin beizupflichten, daß unter den vorliegenden Verhältnissen nicht ohne weiteres von den im allgemeinen gegebenen gesellschaftlichen Beteiligungsverhältnissen ausgegangen werden kann. Die Beklagte hat keine diesbezüglichen Unterlagen vorgelegt; der vom Berufungsgericht angeforderte Gesellschaftsvertrag ist nach ihren Einlassungen nicht auffindbar. Ein Erfahrungssatz über die Beteiligung der Gesellschafter am Vermögen einer Familienkommanditgesellschaft besteht nicht. Der tatsächliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts entbehrt damit einer hinreichenden Begründung. Im vorliegenden Fall ergibt sich im übrigen aus den Erklärungen der Eheleute F. in dem Übernahmevertrag vom 25. November 1959 etwas anderes. Dieser Übernahmevertrag ist Bestandteil der Grundakten, die beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. In diesem Vertrag

haben die Eheleute F. . . seinerzeit erklärt, Frau F. . . sei ausweislich der letzten Bilanz per 30. Juni 1959 die wirtschaftliche Alleineigentümerin der Kommanditgesellschaft; der Ehemann F. . . habe keine Kapitalbeteiligung bzw. besitze keine Anteile am Gesellschaftsvermögen. Wenn auch die Entnahme eines Vermögensstücks aus dem Betriebsvermögen einer Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters formal durch die Übertragung des Gegenstands von der gesamthänderisch gebundenen Gesellschaft auf den einzelnen Gesellschafter vollzogen wird, so ist für die steuerrechtlich gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise der Wert, zu dem dieser übernehmende Gesellschafter schon am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, von ausschlaggebender Bedeutung. In dem Umfang, in dem der übernehmende Gesellschafter schon am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist, kann, etwa ähnlich wie bei der den §§ 5, 6 GrdErwStG (vgl. Urteil des BFH vom 14. November 1956, BStBl 1957 III, 19, 20 rechte Spalte) zugrundeliegenden Sachlage, der Übergang eines Vermögenswerts auf den Erwerber zu verneinen sein, wenn auch die rechtliche Zuständigkeit eine andere wird. Vom Boden dieser Erwägungen aus könnte eine Entnahme des Gesellschafters, dem wirtschaftlich das gesamte Gesellschaftsvermögen zusteht, derjenigen gleichzustellen sein, die der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 23. April 1965 zugrunde liegt, in welchem Fall das entnommene Grundstück auch nach der Entnahme den Gesellschafterinnen im gleichen Verhältnis zustand, das zuvor am Gesellschaftsvermögen bestanden hat. Die bloße Entnahme der Grundstücke aus dem Betriebsvermögen wäre dann keine hinreichende Voraussetzung für den Anfall einer Gewinnsteuer und damit die wirksame Annahme der Kaufvertragsofferte durch die Bank möglich gewesen.

Der Kaufvertrag wäre auch nicht, wie die Revision der Beklagten meint, wegen Gesetzesverstoßes nach § 134 BGB nichtig gewesen. Das Vertragsangebot der Beklagten, die Kreditgewährung der Bank unter Anschaffung des Geldes auf ein Festgeldkonto durch die eigentliche Käuferin, die Bestellung eines Erbbaurechts und Vorkaufsrechts zugunsten dieser Käuferin dienten allerdings dazu, der aus damaliger Sicht vermeintlich entstehenden Gewinnsteuer auszuweichen. Aus diesem Grund allein verstoßen die zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte jedoch nicht gegen die Steuergesetze, und zwar um so weniger als dieser - hier zu unterstellende - Tatbestand nach der zwischenzeitlich geläuterten Rechtsprechung gar keine Steuerschuld auszulösen brauchte.

Da sonach der von der Klägerin erhobene Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach dem in der Revisionsinstanz zu unterstellenden Sachverhalt nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden kann, schon ein wirksamer Kaufvertrag zwischen der Bank und der Beklagten sei nicht zustande gekommen, bedarf es der Prüfung, ob der Kauf zwischen der vorkaufsberechtigten Klägerin und der Beklagten etwa deshalb nicht zustande kam, weil der Klägerin und der Siedlungsgesellschaft kein Vorkaufsrecht zustand.

2. Die Revision der Beklagten erhebt im Hinblick darauf, daß das Berufungsgericht einen Bereicherungsanspruch gemäß §§ 323, 812 ff BGB zuerkannt hat, entsprechende Rügen unter dem Gesichtspunkt, die Klägerin sei aus den vorliegenden Verträgen wegen des Rücktritts

der Beklagten von dem gesamten Vertragswerk nicht "zur Sache berechtigt". Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand läßt sich aber auch eine wirksame Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Klägerin und die Siedlungsgesellschaft nicht ausschließen.

a) Da nach § 1 Abs. 3 ErbbauVO zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten ein vertragliches Rücktrittsrecht nicht vereinbart werden kann (BGH LM § 1 ErbbauVO = WM 1961, 607), entbehrt § 5 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrags der Wirksamkeit. Die Beklagte kann daher ihren Rücktritt nicht auf diese Bestimmung stützen. Ihre Nichtigkeit berührt nicht unmittelbar die Bestellung des Erbbaurechts und des Vorkaufsrechts, da sie nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gehört, wie das Oberlandesgericht Köln im Beschluß vom 24. Juni 1963 zutreffend ausgeführt hat. Die Nichtigkeit dieser Bestimmung kann jedoch nach § 139 BGB das gesamte Verpflichtungsgeschäft ergreifen. Darüber sind keine Feststellungen getroffen. Sollte dies der Fall sein, so wäre nicht ausgeschlossen, daß auch das Erfüllungsgeschäft nach § 139 BGB der Nichtigkeit verfiele (vgl. über diesen Zusammenhang Urteil des Senats vom 14. Juli 1969 - V ZR 122/66, WM 1969, 1169, 1170). Die Revision der Beklagten leitet das Rücktrittsrecht nicht aus dem Verzug des Erbbauzinses her, da die dem Erbbauberechtigten im Vertrag auferlegte Zahlungspflicht nicht auf die Zahlung eines echten Erbbauzinses gerichtet gewesen wäre. "Bei richtiger Auslegung des § 5 Abs. 2 im Rahmen des Gesamtvertragswerks" ergebe

sich, meint die Revision, daß Dr. N. [REDACTED] bzw. die GE. [REDACTED] Zahlungen zu leisten gehabt habe, damit die Debetzinsen für den von der Beklagten aufgenommenen Kredit ausgeglichen würden zusammen mit der der Beklagten vom Festgeldkonto gutzuschreibenden Zinsen. Eine Rücktrittsklausel dieses Inhalts könnte jedoch ebensowenig wie diejenige in § 5 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrags einen Rücktritt von diesem Vertrag begründen und damit in Verbindung das hier entscheidungserhebliche Vorkaufsrecht unmittelbar berühren. Soweit Dr. N. [REDACTED] seiner Pflicht, ein Festgeldkonto in Höhe des von der Beklagten in Anspruch genommenen Kredits einzurichten nicht nachgekommen sein sollte, gilt entsprechendes. Der Rücktritt vom obligatorischen Grundstücksgeschäft hätte, die Wirksamkeit einer solchen Klausel unterstellt, im übrigen noch nicht den Bestand der beiden dinglichen Rechte ergriffen.

Schließlich macht die Revision im Zusammenhang mit dem Rücktritt der Beklagten vom Gesamtvertragswerk geltend, im Hinblick darauf, daß der Erbbaurechtsvertrag untrennbar mit dem Kaufangebot verbunden gewesen sei, sei die Beklagte auch von ihrem Kaufangebot gegenüber der Bank zurückgetreten, so daß dieses Angebot von der Bank nicht mehr hätte angenommen werden können. Es mag sein, daß der rechtswirksame Rücktritt gegenüber Dr. N. [REDACTED] oder der GE. [REDACTED] als eigentlicher Grundstückskäuferin wegen des Zusammenhangs mit der von der Bank schon geleisteten Zahlung wohl zur Rückabwicklung dieser Leistung und damit auch zur Rückgängigmachung

des Verkaufsangebots geführt hätte. Der Rücktritt gegenüber Dr. N. konnte jedoch die zwischen der Beklagten und der Bank bestehenden vertraglichen Beziehungen nicht unmittelbar berühren, es sei denn, zwischen diesen Vertragsparteien wäre Entsprechendes vereinbart worden. Darüber ist nichts vorgetragen. Es fehlt auch an einer Rücktrittserklärung gegenüber der Bank.

b) Da das Vorkaufsrecht nicht zugunsten der Klägerin und der Siedlungsgesellschaft bestellt worden ist und das Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht übertragbar ist (§§ 1094, 1098 Abs. 2, 514 BGB), bedurfte es zur Wirksamkeit der Übertragung auf die beiden Gesellschafter einer besonderen Vereinbarung mit der Vorkaufsverpflichteten (vgl. BGH WM 1963, 617). Eine solche Vereinbarung kann in dem in dieser Richtung auslegungsbedürftigen § 10 des Erbbaurechtsvertrags enthalten sein. Soweit die Übertragbarkeit Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts geworden ist, wäre selbst für den dinglichen Fall, daß das dingliche Erfüllungsgeschäft nichtig sein sollte, ein Erwerb kraft guten Glaubens möglich gewesen.

3. Ist nach all dem nicht auszuschließen, daß mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen den beiden vorkaufsberechtigten Gesellschaften und der Beklagten unter den Bedingungen zustande gekommen ist, welche die Beklagte mit der Bank vereinbart hat (§ 505 Abs. 2 BGB), daß weiter die Grundstücke, die die Klägerin wegen der Nichterfüllung dieses Kaufvertrags nicht erhalten hat, entsprechend ihrem Vortrag mindestens 1 500 000 DM wert sind, so ist der Teil der auf § 326

Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB gestützten Klage, der 1 326 480,35 DM übersteigt, nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht abweisungsreif. Der klagabweisende Teil des angefochtenen Urteils war daher zu dem von der Anschlußrevision angefochtenen Teil (150 992,86 DM) aufzuheben. Insoweit war die Sache zur weiteren Klärung nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III.

Bei der weiteren Prüfung der Revision der Beklagten ist zu ihren Gunsten im Hinblick auf das noch ungeklärte Beteiligungsverhältnis der Ehegatten F. im Zeitpunkt der Entnahme der Grundstücke zu unterstellen, daß schon das Angebot vom 13. Dezember 1960 ganz unabhängig vom Zeitpunkt seiner Annahme eine Steuer im Sinn des § 23 EStG ausgelöst hat. Geht man hiervon aus, so hat schon vom Zeitpunkt der Abgabe des Angebots an keine Steuerfreiheit mehr eintreten und damit das Angebot entsprechend der darin gestellten Bedingung nicht wirksam angenommen werden können. In diesem Fall wäre kein Kaufvertrag zustande gekommen, auch kein aufschiebend bedingter Kaufvertrag und kein Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen wäre (§ 306 BGB). Das letztere schon deshalb nicht, weil die Übereignung des Eigentums an den Grundstücken weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen unmöglich gewesen wäre. Mangels Abschluß eines Vertrages kann daher bei dieser Fallgestaltung § 323 BGB entgegen der Meinung des Berufungsgerichts keine Anwendung finden, abgesehen davon,

daß diese Vorschrift auf den Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit auch nicht analog anzuwenden ist. Der Anspruch auf Rückgewähr des Geldes kann daher nicht auf § 323 Abs. 3 BGB gestützt werden und damit die Verurteilung der Beklagten mit der gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten werden.

Bei solcher Sachlage wirft sich vielmehr die Frage auf, ob die Parteien den Fall einer Rückabwicklung etwa ins Auge gefaßt und rechtsgeschäftlich geregelt haben (vgl. BGH LM BGB § 159 Nr. 1) oder ob §§ 812 ff BGB eine unmittelbare Grundlage für den Klaganspruch geben. Anhaltspunkte über eine, wenn auch nur stillschweigende Regelung über die Rückabwicklung der schon erbrachten Leistungen sind nicht vorgetragen.

Für die bereicherungsrechtliche Beurteilung sind die Feststellungen von Bedeutung, die das Berufungsgericht bei der Prüfung der Frage trifft, ob eine Gewinnsteuer bei der Durchführung des Kaufvertrags zu Lasten der Beklagten entstanden wäre. Das Berufungsgericht führt aus, zwar habe die Bank der Beklagten Kreditgeld gegeben, aber doch wegen des Vertragswerks der Parteien und sie habe das Geld nicht wegen ihrer Beziehungen zur Beklagten, sondern wegen ihrer Abmachungen mit der Klägerin und deren Rückbesicherung oder Kreditwürdigkeit, insbesondere gegen Anschaffung des Geldes auf einem Festgeldkonto. So habe denn auch die Klägerin, als die Durchführung des Kaufgeschäfts notleidend geworden sei, das Kreditkonto bei der Bank ausgeglichen. Nach diesen Feststellungen zahlte die Bank zwar auf Grund der Deckung

seitens der Klägerin das Geld an die Beklagte aus. Nach dem hier mangels anderweitiger Feststellung zu unterstellenden Sachvortrag der Beklagten sollte ihr durch diese Zahlung der erst später fällig werdende Kaufpreis von der zukünftigen Käuferin im voraus zufließen, und zwar von der GE [REDACTED] oder von einem noch zu bezeichnenden Dritten, der letztlich als Käufer der Grundstücke und damit als Kaufpreisschuldner in Aussicht genommen war. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts läßt sich nicht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, ob die Klägerin im Einvernehmen mit der Beklagten schon von Anfang an oder etwa im Zeitpunkt der Abdeckung des der Beklagten eingeräumten Bankkredits als zukünftige Käuferin bestimmt worden ist. Ist dies nicht der Fall, so wäre die Beklagte nach Ansicht des Senats nur dann durch mittelbare Zuwendung des noch nicht fälligen Kaufpreises unmittelbar auf Kosten der Klägerin bereichert, wenn der Eintritt der Klägerin in den zukünftigen Kaufvertrag auf Grund ihrer Rechte aus dem Erbbauvertragsvertrag, nämlich als Vorkaufsberechtigte, hätte erfolgen können. Ob dies der Fall ist, ist nach den Ausführungen unter II, 2 des vorliegenden Urteils noch offen. Es kann daher nach dem jetzigen Sach- und Streitstand auch noch nicht entschieden werden, ob die Beklagte das empfangene Geld durch eine Leistung der Klägerin ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

Da sonach die Verurteilung der Beklagten nach den bisherigen Feststellungen auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Bereicherung aufrecht erhalten werden kann, ist es auf ihre Revision auch insoweit aufzuheben, als zu ihren Lasten erkannt ist, und die Sache insgesamt, soweit ange-

fochten, zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Dr. Augustin

Dr. Mattern

zugleich für den
erkrankten und da-
durch an der Unter-
zeichnung verhinderten
Bundesrichter Dr. Freitag

Offterdinger

Dr. Grell