

11/81

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: * ja

* nur zu ErbbauVO § 1 und GrdstVG § 2

BGB § 157 B

Zur Auslegung der Vereinbarung, der Vertrag werde nach Genehmigung des zuständigen Ministers wirksam, wenn eine solche Genehmigung bei richtiger rechtlicher Beurteilung nicht erforderlich war.

ErbbauVO § 1

An mehreren selbständigen Grundstücken kann ein Gesamterbbaurecht bestellt werden.

GrdstVG § 2

Die Bestellung eines Erbbaurechts bedarf nicht der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz.

BGH, Urt. v. 21. November 1975 - V ZR 21/74 - OLG Frankfurt(Main
LG Frankfurt(Main

1/2

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 21/74

URTEIL

Verkündet am

21. November 1975
H i r t h ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt R [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
ihren Magistrat,

Beklagten, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagten,

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

g e g e n

die N [REDACTED] H [REDACTED] He [REDACTED] Gemeinnützige Wohnungs- und Sied-
lungsgesellschaft mbH, F [REDACTED], W [REDACTED]-L [REDACTED]-
Straße [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer: Paul
E [REDACTED], Willi Le [REDACTED], Hilde von J [REDACTED] geb. Wi [REDACTED],
Peter Sch [REDACTED], Wilfried B [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1975 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Mattern, Dr. Grell, Dr. Eckstein und Prof. Dr. Hagen für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Anschlußrevision der Klägerin wird auf die Revision der Beklagten das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 25. Oktober 1973 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den 3. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsrechtszuges trägt die Klägerin 2/25; im übrigen wird die Entscheidung über diese Kosten dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin plante auf der Gemarkung der beklagten Stadtgemeinde die Errichtung einer "Waldstadt" für etwa 25 000 Einwohner.

Im Hinblick darauf schlossen die Parteien in notarieller Urkunde vom 13. Juni 1961 einen Erbbaurechtsvertrag auf 99 Jahre über ein aus mehreren Grundstücken sowie noch wegzuvermessenden Trennstücken bestehendes Waldgelände über etwa 230 ha.

Nach § 2 des Vertrags sollte der vorläufig auf 1 305 000 DM - später durch Folgevereinbarung auf 1 250 000 DM - festgesetzte jährliche Erbbauzins vom Ersten des Monats ab zu zahlen sein, der auf die Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch folgt. In derselben Vertragsbestimmung wurde festgelegt, daß bezüglich ausgewiesener und wegvermessener Flächen für öffentliche Anlagen das an ihnen zunächst mitbegründete Erbbaurecht wieder aufzuheben sei.

Weiter heißt es in dem Vertrag:

"§ 5 (Abs. 1 Satz 4 und 5)

...
Der Gemeinde R[REDACTED] ist bekannt, daß eine wirtschaftlich vertretbare Nutzung nur möglich ist, wenn die Erbbauberechtigte das Gelände mit mindestens 60 Wohneinheiten je ha Nettobauland (Blockwohnungen und Eigenheimen) bebauen kann. Sie verpflichtet sich, diese Bebauungsdichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu genehmigen....

§ 14

Der Vertrag wird rechtswirksam, wenn die nachstehend genannten Unterlagen bzw. Genehmigungen rechtskräftig vorliegen:

- a) Beschluß der Gemeindevertretung und Genehmigung des Landrates des Landkreises G[REDACTED],
- b) Beschluß der Gemeindevertretung auf Ausweisung des Erbbaugeländes als Bauland (beglaubigte Protokollabschrift),
- c) Genehmigung des Herrn Hessischen Ministers des Innern als der obersten kommunalen Aufsichts- und Siedlungsbehörde.

Liegen die vorgenannten Genehmigungen und Unterlagen nicht binnen 2 Jahren (gerechnet vom Tage der Beurkundung an) vor, dann gilt der Vertrag als nicht geschlossen, er wird unwirksam.

§ 15

Wird der Vertrag rechtswirksam, so beginnt mit dem darauf folgenden Monatsersten die Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzinses (gem. § 2).

Die EB (d.i. die Klägerin) hat 2 Jahre nach diesem Termin, und zwar für die Dauer von 6 Monaten, das Recht, von diesem Vertrag ohne Angabe von Gründen zurückzutreten. Der bis dahin gezahlte Erbbauzins gilt als zu Gunsten der GE (d.i. die Beklagte) verfallen.

Die EB ist in diesem Falle verpflichtet, die Grundstücke kosten- und lastenfrei an die GE zurückzugeben.

§ 18 Abs. 1

Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages nichtig sein, so wird dadurch der übrige Vertragsinhalt nicht berührt...."

Am 4. Juli 1961 stimmte die Gemeindevertretung der Beklagten dem Vertrag zu und beschloß "aufgrund der §§ 2, 5 und 9 des Bundesbaugesetzes die Aufstellung von Bauleit-, Flächennutzungs- und Bebauungsplänen".

Am 10. Juli 1961 erteilte der Landrat des Kreises G [REDACTED] die nach § 94 der Hessischen Gemeindeordnung erforderliche aufsichtsbehördliche Genehmigung zum Erbbaurechtsvertrag.

Nachdem der Regierungspräsident in D [REDACTED] dem Hessischen Minister des Innern unter dem 23. August 1961 und dem 19. Juni 1962 berichtet hatte, daß er Gefahren für das Klima, den Wald und den Wasserhaushalt kommen sehe, daß ferner eine erhebliche Fluglärmbelästigung der künftigen Waldstadtbewohner zu befürchten sei und er deshalb vorschlage, "eine Genehmigung zur Errichtung der Waldstadt" von verschiedenen - einzeln aufgeführten - Auflagen abhängig zu machen, teilte der Hessische Minister des Innern dem Regierungspräsidenten mit Erlaß vom 25. Juni 1962 mit:

"Den Ausführungen in Ihrem Bericht vom 19. Juni 1962 trete ich bei. Ihrer Absicht, die Genehmigung der Bauleitpläne gemäß § 6 Abs. 3 BBauG unter den genannten Auflagen zu erteilen, stimme ich zu.

Ich bitte, den Herrn Landrat des Landkreises G [REDACTED] anzuweisen, unter diesen Bedingungen die beantragte kommunalaufsichtliche Genehmigung zu erteilen."

Der Regierungspräsident wies den Landrat daraufhin unter dem 28. Juni 1962 an, unter den genannten Auflagen "die Genehmigung nach § 6 Abs. 3 BBauG" zu erteilen.

Mit Schreiben vom 19. Juli 1962 erhob die Flughafen AG F [REDACTED] gegenüber dem Regierungspräsidenten Bedenken gegen die geplante Waldstadt, indem sie auf die zu erwartende Fluglärmbelästigung hinwies.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 1962 bestätigte die GE [REDACTED] (Tochtergesellschaft der Klägerin) der Beklagten, daß alle nach § 14 des Vertrags erforderliche Zustimmungen, Genehmigungen und Beschlüsse "im Monat Juni 1962 zugegangen bzw. nachgewiesen" seien. Am selben Tag überwies sie als Halbjahresrate für den Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 1962 (625 000 DM) unter gleichzeitig erklärter Aufrechnung mit einer Gegenforderung in Höhe von 597 000 DM an die Beklagte 28 000 DM.

Am 20. Februar und 21. Juni 1963 wurde das Erbbau-recht hinsichtlich der im ganzen zu belastenden Grundstücke im Grundbuch sowie im angelegten Erbbaugrundbuch eingetragen.

Unter dem 3. April 1963 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß sie erst jetzt Kenntnis von den im Schreiben vom 19. Juli 1962 mitgeteilten Bedenken der Flughafen F [REDACTED] AG gegen das Projekt "Waldstadt R [REDACTED]" erhalten habe. Sie erklärte, sie habe daher die neuen Erbbauzinsen von 625 000 DM für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 1963 nur unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Rückforderung zur Zahlung an-

gewiesen. In gleicher Weise verfuhr die Klägerin im Oktober 1963 mit der Halbjahresrate für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1963.

Weitere Zahlungen leistete die Klägerin nicht.

Seit April 1963 kam es zwischen den Parteien - teilweise unter Zuziehung von Sachverständigen - zu Gesprächen und Verhandlungen über Probleme, die sich aus der von dem Rh[REDACTED]-M[REDACTED]-Flughafen ausgehenden Lärmbelästigung für die geplante Waldstadt ergaben.

Mit Schreiben vom 8. Juli 1965 erklärte sich der Hessische Minister des Innern, obwohl er die geplante Waldstadt als innerhalb einer grundsätzlich bebauungsfrei zu haltenden Lärmschutzzone liegend bezeichnete, ausnahmsweise im Hinblick auf die bereits seit längerer Zeit bestehenden Grundstücksüberlassungsverträge, die inzwischen geleisteten Vorarbeiten für die Bebauung und die beachtlichen finanziellen Belastungen der Beteiligten mit einer Genehmigung des Flächennutzungsplanes der Beklagten unter Auflagen einverstanden.

Am 22. Juli 1965 genehmigte der Regierungspräsident in Darmstadt den Flächennutzungsplan. Er wurde am 26. August 1965 rechtskräftig.

Zur Aufstellung eines rechtskräftigen Bebauungsplans ist es bisher ungeachtet verschiedener Entwürfe und Vorschläge der Parteien nicht gekommen. Die Gründe hierfür sind streitig.

Die Klägerin hält den Vertrag unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten für unwirksam und hat im ersten Rechtszug den "letztrangigen Teilbetrag" von 100 000 DM des für das Jahr 1963 unter Vorbehalt gezahlten Erbbauzinses nebst 4 % Zinsen seit Klagzustellung (1. Juli 1970) zurückverlangt. Die Beklagte hat widerklagend als Erbbauzins für das Jahr 1967 Zahlung von 1 250 000 DM samt Zinsen begehrt.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen.

Beide Parteien haben Berufung eingelegt und ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Die Klägerin hat die Klage um Zinsen aus dem von ihr geleisteten Gesamtbetrag (1 875 000 DM) vom 1. Januar 1969 bis 31. Dezember 1971, zusammen 224 250 DM, erweitert. Die Beklagte ihrerseits hat die Widerklage auf die Erbbauzinsrate für das Jahr 1969 (1 250 000 DM) erstreckt.

Das Berufungsgericht hat in Abänderung des landgerichtlichen Urteils dem Klaganspruch in Höhe von 100 000 DM nebst Zinsen stattgegeben, im übrigen Klage und Widerklage abgewiesen.

Mit Revision und Anschlußrevision verfolgen die Parteien ihr zweitinstanzliches Begehren, soweit abgewiesen, weiter.

Jede Partei bittet, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hält den Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung des an die Beklagte entrichteten Erbbauzinses für begründet, weil der Erbbaurechtsvertrag vom 13. Juni 1961 nicht rechtswirksam geworden sei. Die in § 14 Abs. 1 c vorgesehene Genehmigung des Hessischen Ministers des Innern sei während der vorgesehenen Zeitspanne nicht erteilt worden. Demnach sei eine rechtsgeschäftlich begründete aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit des Vertrags nicht eingetreten.

An dieser Rechtsfolge ändere auch die Eintragung des Erbbaurechts auf einem Teil der zu belastenden Grundstücke nichts. Da das Recht nicht auf allen vorgesehenen Grundstücken eingetragen worden sei, sei das Erbbaurecht insgesamt nicht entstanden.

Wegen der Unwirksamkeit des Vertrags müsse die Beklagte nicht nur den erhaltenen Erbbauzins zurückzahlen, sondern ihr stehe auch der mit der Widerklage verfolgte Anspruch auf Zahlung weiteren Erbbauzinses nicht zu.

Andererseits könne die auf Zahlung von Zinsen aus dem geleisteten Gesamtbetrag gerichtete Klagerweiterung deshalb keinen Erfolg haben, weil die Vorzugsvoraussetzungen nicht dargetan seien. Auf Ent-

richtung von Nutzungen nach §§ 818 Abs. 1, 819 BGB sei das Begehren der Klägerin nicht gerichtet.

II.

A. Die Revision rügt zunächst, das Verhandlungsprotokoll des Berufungsgerichts vom 25. Oktober 1973 lasse nicht erkennen, daß das Berufungsgericht zwischen Verhandlung und Entscheidung beraten und das Beratungsgeheimnis gewahrt habe. Ausweislich des Protokolls sei unmittelbar, nachdem die Prozeßbevollmächtigten verhandelt und sich entfernt hätten, die Entscheidung verkündet worden. Das Protokoll erbringe somit den Nachweis, daß eine geheime Beratung nach Schluß der mündlichen Verhandlung nicht stattgefunden habe (§ 164 ZPO aF). § 193 GVG sei verletzt.

Die Rüge geht fehl.

Nach § 164 ZPO kann zwar die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden. Die Beratung ist aber kein Teil der mündlichen Verhandlung und braucht sich an diese auch nicht unmittelbar anzuschließen. Auf die bei Durchführung der Beratung zu beachtenden Förmlichkeiten ist § 164 ZPO nicht anzuwenden (Stein/Jonas, ZPO 19. Auflage § 164 Anm. I) und für den Nachweis, daß eine nicht öffentliche Beratung überhaupt stattgefunden hat, gilt nichts anderes. Wenn sich auch die Aufnahme eines Hinweises auf die Beratung in das Protokoll empfiehlt, so ergibt doch sein

Fehlen keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, daß das Berufungsgericht ohne (geheime) Beratung zu seiner Entscheidung gelangt wäre.

B. In der Sache selbst wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Erbbaurechtsvertrag sei wegen Fehlens der Genehmigung durch den Hessischen Minister des Innern nicht wirksam geworden. Sie beanstandet, das Berufungsgericht habe den - von der Revision als unstreitig dargestellten - Vortrag nicht gewürdigt, beide Parteien seien irrigerweise von einem auf Gesetz beruhenden Erfordernis ministerieller Genehmigung ausgegangen. Bestehe aber - wie hier - ein derartiges von beiden Parteien vorausgesetztes Genehmigungserfordernis objektiv nicht, könne das Ausbleiben der Genehmigung nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, sondern lasse seine Gültigkeit unberührt.

Die Rüge hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, das Fehlen eines auf Gesetz beruhenden Erfordernisses ministerieller Genehmigung sei ohne Belang. Es sei unerheblich, welche insoweit offensichtlich verschwommenen Vorstellungen über die Gesetzeslage die Parteien auch immer gehabt haben mögen. Mit der Klausel unter Buchstabe c des § 14 Abs. 1 des Vertrags hätten sie jedenfalls, wenn es ein eine solche Genehmigung vorsehendes Gesetz nicht gebe, aus sich heraus und zu ihrer beider Absicherung eine Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 158 ff BGB

gesetzt. Die - aufschiebende - Bedingung sei ausgefallen und der Vertrag damit hinfällig.

Zutreffend rügt die Revision, das Berufungsgericht habe hierbei den bezeichneten Vortrag der Beklagten nicht gewürdigt und hätte bei richtiger Würdigung dieses Vortrags die Frage, welchem Zweck die Aufnahme des Erfordernisses ministerieller Genehmigung in den Vertrag diene, nicht dahinstehen lassen dürfen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 5. Juli 1973 hatte die Beklagte zu Protokoll erklärt, "man habe seinerzeit allseits geglaubt, daß es ein Gesetz, das eine solche Vertragsgenehmigung vorschreibe, gebe (eine Annahme, die jedoch irrig gewesen sei)".

Trifft dies zu, haben die Parteien lediglich ein nach ihrer Auffassung bestehendes gesetzliches Gültigkeitserfordernis (Rechtsbedingung) im Vertrag wiederholt. Ein solcher deklaratorischer, lediglich erläuternder Hinweis auf eine vermeintlich kraft Gesetzes bestehende Genehmigungsbedürftigkeit ist rechtlich irrelevant; der Nichtbestand des Genehmigungserfordernisses hat auf die Gültigkeit des Geschäfts keinen Einfluß (Urteile des Senats vom 21. Dezember 1960 - V ZR 54/60 - WM 1961, 407, 410 und vom 11. März 1959 - V ZR 160/57 - WM 1959, 668).

2. Gleichwohl vermag der Senat nach dem bisherigen Sach- und Streitstand über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Vertrags unter dem Gesichtspunkt des Erfor-

dernisses ministerieller Genehmigung nicht abschließend zu entscheiden.

Denn nach Darstellung der Klägerin bezweckten die Parteien mit dem Hinweis auf jenes Erfordernis etwas anderes, und zwar, daß der Minister "sich binde", das Projekt finanziell fördere und landesplanerisch billige, mit dem Ziel einer Absicherung der Parteien. Diese Zwecksetzung könnte zur Folge haben, daß eine echte rechtsgeschäftliche Bedingung vorliegt (vgl. Oertmann, Die Rechtsbedingung 1924 S. 46; Egert, Rechtsbedingungen im System des BGB 1974 S. 43/44; Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1. Band § 194 II 2 c = S. 1187; Staudinger/Coing, BGB 11. Aufl. Vorbem. vor § 158 Rdn. 13).

3. Die Beantwortung der Frage, ob die eine oder die andere Darstellung zutrifft, gehört dem tatrichterlichen Bereich an. Ist ein Vertragswortlaut wie hier nicht eindeutig und daher auslegungsbedürftig, müssen der Inhalt des ganzen Vertrags, die Interessenlage der Partner beim Vertragsschluß und ihr Gesamtverhalten einschließlich des Verhandlungsablaufs in Erwägung gezogen werden. Eine solche Auslegung unter Würdigung und Abwägung der oben aufgezeigten Möglichkeiten läßt das angefochtene Urteil vermissen.

C. Über die Klage kann nach den bisher getroffenen Feststellungen auch aus anderen rechtlichen Gründen nicht abschließend befunden werden.

1. Der Vertrag ist nicht um deswillen auf eine rechtlich unmögliche Leistung gerichtet (§ 306 BGB), weil er die Bestellung eines Gesamterbbaurechts an mehreren selbständigen Grundstücken vorsieht. Nach ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, der sich der Senat anschließt, begegnet die Zulassung eines Gesamterbbaurechts keinen durchgreifenden Bedenken (vgl. KGJ 51, 228; OLG Hamm, DNotZ 1960, 107; OLG Köln Rechtspfleger 1961, 18 mit Nachweisen; LG Siegen Rechtspfleger 1961, 402 mit Anm. Tröster; LG Dortmund NJW 1960, 487 mit Anm. Balser; LG Münster MDR 1956, 678; Huber, NJW 1952, 687, 689; Ingenstau, Erbbaurecht 4. Aufl. § 1 Rdn. 20 mit weiteren Nachweisen; Lutter, DNotZ 1960, 80, 87; Riedel, DNotZ 1960, 375 ff; a.A. Hesse/Saage/Fischer, GBO 4. Aufl. § 48 Anm. II 1; Horber, GBO 13. Aufl. § 48 Anm. 2 B; Glaß/Scheidt, ErbbauVO 2. Aufl. S. 92; Staudinger/Ring, BGB 11. Aufl. § 1 ErbbauVO Rdn. 18). Daraus, daß die Erbbauverordnung ein Gesamtrecht an verschiedenen Grundstücken nicht vorsieht, darf nicht auf dessen Unzulässigkeit geschlossen werden (vgl. BGHZ 62, 179 hinsichtlich der insoweit ähnlichen Problematik beim Untererbbaurecht). Mit zutreffender Begründung hat das Kammergericht aaO die Auffassung vertreten, ein Gesamtrecht entstehe, wenn ein mit einem Erbbaurecht belastetes Grundstück geteilt werde. Diese Rechtsauffassung hat der Senat in seinem Urteil vom 24. März 1972 - V ZR 2/70 S. 11 gebilligt. Ein solches Gesamtrecht steht nicht zur Natur des Erbbaurechts in Widerspruch. Ist aber das Gesamterbbaurecht im vorgenannten Fall für zulässig zu erachten, muß es folgerichtig auch von vornherein begründbar

sein. Das geltende bürgerliche Recht schließt die Möglichkeit nicht aus, die Rechtsbeziehung zwischen Grundeigentümer und Erbbauberechtigtem durch Schaffung eines solchen Gesamtrechts zu gestalten und einem wirtschaftlichen Bedürfnis Rechnung zu tragen.

2. Der Erbbaurechtsvertrag bedurfte nicht der Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz. Die Aufzählung in § 2 Abs. 2 GrdstVG begrenzt die Fälle genehmigungspflichtiger Verfügungen. Verfügungen anderer Art unterliegen grundsätzlich keiner Genehmigungspflicht nach dem Grundstückverkehrsgesetz. Mag auch die Ausdehnung dieser Pflicht auf die Bestellung eines Erbbaurechts mit der Zielsetzung des Gesetzgebers (vgl. BVerfG RdL 1967, 92, 93 f) zu vereinbaren sein (vgl. Ehrenforth RSG und GrdstVG Teil E GrdstVG § 1 Anm. 2 c und § 2 Anm. 7 j), so verbietet sich eine Erweiterung der Genehmigungspflicht doch aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr.

3. Zur Nichtigkeit des Vertrags führen ferner weder die Bestimmungen in § 2 Abs. 3 (Verpflichtung zur Aufgabe des Erbbaurechts bezüglich wegvermessener Flächen für öffentliche Anlagen) noch in § 15 Abs. 2 (Einräumung eines Rücktrittsrechts). Es kann dahinstehen, ob insoweit Verstöße gegen § 1 Abs. 4 Satz 2 bzw. Satz 1 ErbbauVO gegeben sind. In beiden Fällen wäre die Nichtigkeitsfolge nach § 18 Abs. 1 des Vertrags auf die jeweilige Bestimmung beschränkt und würde nicht den Vertrag im ganzen erfassen.

4. Kann somit eine abschließende Entscheidung im Sinne der Klage nicht ergehen, erweist sich diese auf der anderen Seite auch nicht als abweisungsreif.

a) Der Berufung auf eine etwaige Unwirksamkeit des Vertrags kann die Beklagte nicht mit dem Hinweis auf einen Verstoß gegen Treu und Glauben begegnen.

Insoweit meint die Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß sich die Klägerin auf das Fehlen der ministeriellen Genehmigung nicht berufen könne, weil sie sich hierdurch zu ihrem eigenen früheren Verhalten in einen unlösbaren Widerspruch setze (§ 242 BGB). So habe die Tochtergesellschaft der Klägerin mit Schreiben vom 22. Oktober 1962 ausdrücklich anerkannt, daß sämtliche erforderlichen Genehmigungen vorlägen, worauf die erste Erbbauzinsrate vorbehaltlos beglichen worden sei. Die Klägerin habe ferner die Maklergebühr entrichtet, das eingetragene Erbbaurecht mit einer Grundschuld belastet und eigene Bebauungsvorschläge unterbreitet. Durch dieses Verhalten habe die Klägerin zum Ausdruck gebracht, daß sie von der Wirksamkeit des Erbbaurechtsvertrages ausgegangen sei. Ihr erstmals im Prozeß erhobener Einwand, es fehle an der ministeriellen Genehmigung gemäß § 14 Abs. 1 c des Vertrags, sei ein Verstoß gegen Treu und Glauben.

Die Rüge greift nicht durch.

Die Tatsache, daß die Klägerin den Vertrag anfänglich als gültig angesehen, sich entsprechend verhalten und insbesondere Zahlungen geleistet hat, läßt es ihr ohne Hinzukommen besonderer - auch von der Revision nicht aufgezeigter - Umstände unbenommen, später den als irrig erkannten Rechtsstandpunkt aufzugeben (vgl. Soergel/Siebert/Knopp, BGB 10. Aufl. § 242 Rdn. 235). Dasselbe gilt für die Berufung auf andere Unwirksamkeitsgründe.

b) Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung kann die Beklagte ferner aus der teilweisen Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch als solcher beim gegenwärtigen Sach- und Streitstand nichts für sich herleiten.

D. Nach alledem war auf die Revision das angefochtene Urteil, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt ist, aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Parteien erhalten damit Gelegenheit, vor dem Berufungsgericht auf ihr sonstiges Vorbringen im Revisionsrechtszug, insbesondere zur Frage des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, zurückzukommen.

III.

Die Anschlußrevision wendet sich gegen die Abweisung der Zinsforderung aus dem geleisteten Gesamtbetrag von 1 875 000 DM. Sie bekämpft in verschiedener Hinsicht die Darlegungen des Berufungsgerichts, die

dahin gehen, das Begehren habe sich ausschließlich auf in ihren Voraussetzungen nicht nachgewiesene Verzugszinsen gerichtet und nicht auf davon zu unterscheidende Nutzungen nach §§ 818 Abs. 1, 819 BGB.

1. Zutreffend und von der Anschlußrevision unbeanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, das Schreiben vom 29. Januar 1965 stelle kein Mahnschreiben dar und habe Verzugsfolgen nicht auszulösen vermocht.

2. Die Anschlußrevision ist jedoch der Auffassung, auf eine förmliche Inverzugsetzung komme es nicht an. Es genüge, wenn der Empfänger der Bereicherung den Mangel des rechtlichen Grundes kenne oder ihn später erfahre (§ 819 Abs. 1 BGB). Von diesem Zeitpunkt ab hafte der Empfänger, wie er nach Eintritt der Rechtshängigkeit hafte, d.h., er hafte wie im Falle des Verzugs. Die vom Berufungsgericht vermißte Mahnung werde durch den Eintritt der verschärften Haftung ersetzt. Diese beginne mit dem Empfang des Schreibens vom 29. Januar 1965, durch welches die Beklagte den Mangel des rechtlichen Grundes - spätestens - erfahren habe.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Richtig ist zwar, daß die Verzinsung der herauszugebenden Bereicherung mit Erlangung der Kenntnis von der Nichtschuld beginnt (Staudinger/Engelmann, BGB 9. Aufl. § 819 Anm. II). Zur Kenntnis gehört jedoch

das positive Wissen vom Mangel des rechtlichen Grundes. Bloße Zweifel und fahrlässige Unkenntnis genügen nicht. Erforderlich ist ferner die Kenntnis der Grundlosigkeit des Empfangs, also der Rechtsfolgen, nicht nur der sie begründenden Tatsachen. Die Kenntnis kann nur dann als erlangt gelten, wenn der Empfänger über den Mangel seines Rechts in einer Weise aufgeklärt worden ist, daß sich ein redlich Denkender, der vom Gedanken an den eigenen Vorteil nicht beeinflusst ist, der Überzeugung vom Fehlen des rechtlichen Grundes nicht verschließen würde (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 819 Rdn. 3 mit Nachweisen). Die Voraussetzungen der verschärften Haftung nach § 819 Abs. 1 BGB (Kenntnis der Beklagten) hat der Anspruchsberechtigte darzutun.

Insofern fehlt es aber an einem schlüssigen Vortrag der Klägerin. Entgegen der Auffassung der Anschlußrevision genügt dazu weder der Hinweis auf das Schreiben vom 29. Januar 1965 noch der Hinweis darauf, daß der Bürgermeister der Beklagten in einem Presseinterview am 17. Oktober 1969 erklärt habe, "unter seiner Amtsführung werde die Waldstadt R [REDACTED] nicht gebaut, das dürfte klar sein".

Ob ein Fall des § 820 Abs. 2 BGB vorliegt, kann unentschieden bleiben, da es auch für diesen Zinsanspruch an einem schlüssigen Vortrag in dem bezeichneten Sinn fehlt.

4. Soweit die Anschlußrevision den rechtlichen Gesichtspunkt des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen anführt, ist nicht ausreichend dargetan, daß hieraus ein Anspruch auf die begehrten Zinsen resultieren soll.

5. Verfehlt ist schließlich auch die Auffassung der Anschlußrevision, die Erhebung der Klage über 100 000 DM habe eine Mahnung nicht allein zur Leistung des eingeklagten Teilbetrages, sondern des vollen Betrages des grundlos geleisteten Erbbauzinses bedeutet.

Nach alledem war die Anschlußrevision zurückzuweisen.

IV.

Soweit über die Kosten erkannt ist, beruht die Entscheidung auf § 97 ZPO.

Die Entscheidung über die restlichen Kosten der Revisionsinstanz wird dem Berufungsgericht übertragen.

Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1
Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Hill

Mattern

Dr. Grell

Dr. Eckstein

Hagen