



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

V ZR 201/11

Verkündet am:  
15. März 2013  
Lesniak  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

BGB § 320 Abs. 1; InsO § 80 Abs. 1

Ein Schuldner verliert nicht dadurch die Befugnis zur Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist. Der Schuldner kann dieses Recht - wenn der Gläubiger nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zulässigerweise einen Prozess

gegen ihn fortführt - vielmehr dahin geltend machen, dass die Gegenleistung in die Insolvenzmasse gezahlt werden soll.

BGH, Urteil vom 15. März 2013 - V ZR 201/11 - OLG Dresden  
LG Leipzig

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 2013 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richter Dr. Czub und Dr. Roth, die Richterin Weinland und den Richter Dr. Kazele

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 12. Juli 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Stadt schloss mit dem Beklagten einen Erbbaurechtsvertrag, der nicht im Grundbuch vollzogen wurde. Der Beklagte, der bereits vor Eintragung des Erbbaurechts ein Entgelt in Höhe des Erbbauzinses zahlen sollte, nahm das Grundstück in Besitz und begann mit dem Bau eines Einfamilienhauses. Der Bau blieb im Rohbauzustand stecken, und der Beklagte zahlte das vereinbarte Nutzungsentgelt nicht weiter. Die Klägerin trat von dem Erbbaurechtsvertrag zurück, nachdem sie dem Beklagten fruchtlos eine Frist zur Nachzahlung des rückständigen Entgelts gesetzt hatte.
  
- 2 Die Klägerin hat gegen den Beklagten Klage u.a. auf Herausgabe des Grundstücks erhoben, der Beklagte hat sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen seiner Aufwendungen für den Bau berufen. Über das Vermögen des Beklagten ist nach Rechtshängigkeit der Klage das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die Klägerin hat den Rechtsstreit wieder aufgenommen, nachdem der Insolvenzverwalter ihr mitgeteilt hatte, dass er keinen Besitz an dem Erbbaugrundstück ausübe.
  
- 3 Das Landgericht hat den Beklagten zur Herausgabe des Grundstücks verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will der Beklagte erreichen, nur Zug um Zug gegen Ersatz seiner Aufwendungen für den Bau zur Herausgabe des Grundstücks verurteilt zu werden.

Entscheidungsgründe:

I.

4 Das Berufungsgericht meint, der Beklagte habe nach § 346 Abs. 1 BGB das Grundstück an die Klägerin herauszugeben, weil diese wirksam von dem Erbbaurechtsvertrag zurückgetreten sei. Dem Beklagten stehe weder ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 348 i.V.m. § 322 Abs. 1 BGB) noch ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) wegen eines Verwendungsersatzanspruchs zu. Der Beklagte könne einen solchen Anspruch jedenfalls deshalb nicht geltend machen, weil die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Verwalter übergegangen sei. Er habe nicht vorgetragen, dass ihm von dem Verwalter, der zwar das Grundstück, nicht aber den Anspruch auf Verwendungsersatz freigegeben habe, eine Einziehungsermächtigung erteilt worden sei.

II.

5 Das Berufungsurteil ist bereits deshalb aufzuheben, weil es keine tatsächlichen Feststellungen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) enthält.

6 1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft unter Hinweis auf § 540 Abs. 2 i.V.m. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO von einer Wiedergabe des Parteivortragens abgesehen. Von dieser Möglichkeit darf es nur Gebrauch machen, wenn es sich zuvor von Amts wegen vergewissert hat, dass ein Rechtsmittel gegen sein Urteil unzweifelhaft nicht zulässig ist (BGH, Beschluss vom 18. September 2012 - VI ZR 51/12, NJW-RR 2012, 1535). Daran fehlt es hier, weil die Beschwerde des zur Herausgabe eines Grundstücks (Verkehrswert: 106.780 €) verurteilten Beklagten unter Zurückweisung eines Leistungsverweigerungsrechts für seine baulichen Aufwendungen (mit 77.700,53 € beziffert) eindeutig die für eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung einer Revision bestimmte Wertgrenze von 20.000 € (§ 26 Nr. 8 EGZPO) übersteigt. Die Auffassung des

Berufungsgerichts, dass ein Rechtsmittel gegen seine Entscheidung nicht gegeben sei, beruht offenbar auf seiner (unrichtigen - siehe unten III. 3) Festsetzung des Streitwerts nach § 41 Abs. 2 GKG gemäß dem einjährigen Nutzungsentgelt (4.271,20 €). Die Bestimmung der für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels maßgebenden Beschwer nach den Vorschriften über den Gebührenstreitwert ist jedoch nicht nur rechtsfehlerhaft, sondern stellt darüber hinaus eine mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbare, objektiv willkürliche Rechtsanwendung dar (vgl. BVerfG, AnwBl. 1996, 643).

7            2. Fehlen in dem angefochtenen Berufungsurteil die tatsächlichen Feststellungen zum Parteivorbringen nach § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO vollständig, leidet es an einem von Amts wegen zu berücksichtigenden Verfahrensmangel, der regelmäßig zur Aufhebung und Zurückverweisung führt (Senat, Urteil vom 6. Juni 2003 - V ZR 392/02, NJW-RR 2003, 1290, 1291; BGH, Urteile vom 26. Februar 2003 - VIII ZR 262/02, BGHZ 154, 99, 101; vom 30. September 2003 - VI ZR 438/02, BGHZ 156, 216, 220; vom 10. Februar 2004 - VI ZR 94/03, BGHZ 158, 60, 63). Es ist weder die Aufgabe des Revisionsgerichts noch ist es ihm hinreichend sicher möglich, anstelle des Berufungsgerichts selbst den Sachverhalt zu ermitteln, um abschließend beurteilen zu können, ob die Revision begründet ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 2007 - I ZR 152/04, NJW 2007, 2334, 2335).

8            Von der Aufhebung und Zurückverweisung kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn sich sowohl die tatsächlichen Grundlagen der angefochtenen Entscheidung als auch die von den Parteien gestellten Anträge hinreichend deutlich aus den Gründen des Berufungsurteils ergeben (Senat, Urteil vom 6. Juni 2003 - V ZR 392/02, NJW-RR 2003, 1290, 1291; BGH, Urteil vom 22. Dezember 2003 - VIII ZR 122/03, NJW-RR 2004, 494). Daran fehlt es hier jedoch. Den Urteilsgründen können zwar einzelne Sachverhaltselemente ent-

nommen werden, die das Berufungsgericht bei der Subsumtion unter die von ihm herangezogenen Rechtsvorschriften für wesentlich erachtet hat; den Gründen lässt sich aber nicht der maßgebliche Sach- und Streitstand insgesamt entnehmen. Gleiches gilt hinsichtlich der im Berufungsurteil nicht wiedergegebenen Anträge, was sich daran zeigt, dass die Parteien im Revisionsverfahren unterschiedlich vortragen, ob der Beklagte in der Berufungsinstanz wegen seiner Verwendungen Zahlung an sich oder in die Insolvenzmasse verlangt hat.

### III.

9           Vorsorglich weist der Senat für die neue Verhandlung und Entscheidung darauf hin, dass die Rechtsausführungen in den Urteilsgründen ebenfalls nicht von Rechtsfehlern frei sind.

10           1. Das Berufungsgericht meint zu Unrecht, dass der Beklagte das Leistungsverweigerungsrecht infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr geltend machen könne. Ein Schuldner verliert nicht dadurch die Befugnis zur Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Anspruch auf die Gegenleistung nach § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist. Der Schuldner kann dieses Recht - wenn der Gläubiger nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zulässigerweise einen Prozess gegen ihn fortführt - vielmehr dahin geltend machen, dass die Gegenleistung in die Insolvenzmasse gezahlt werden soll.

11           a) Richtig ist zwar, dass der Schuldner eine zur Insolvenzmasse gehörende Forderung nur dann aktiv (im Wege der Klage oder der Widerklage) geltend machen kann, wenn er dazu von dem Insolvenzverwalter ermächtigt worden ist (vgl. BGH, Urteile vom 29. Mai 1961 - VII ZR 46/60, BGHZ 35, 180, 184 und vom 19. März 1987 - III ZR 2/86, BGHZ 100, 217, 218 - sog. modifizierte

Freigabe). Das steht der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB durch den Schuldner jedoch nicht entgegen.

12            b) Das Leistungsverweigerungsrecht folgt aus dem bei gegenseitigen Verpflichtungen durch § 320 BGB rechtlich geschützten Interesse jedes Vertragsteils, nicht leisten zu müssen, solange der andere Teil seinen vertraglichen Leistungspflichten nicht nachkommt.

13            aa) Dieses Interesse wird selbst nach einer Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung geschützt. Der dadurch eingetretene Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Zedenten führt nicht zum Wegfall seines Leistungsverweigerungsrechts (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1994 - VIII ZR 295/93, NJW 1995, 187, 188; Erman/H.P. Westermann, BGB, 13. Aufl., § 320 Rn. 9; NK-BGB/Tettinger, § 320 Rn. 5). Einer Ermächtigung zur Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts durch den Zessionar bedarf es nicht (BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 262/05, NJW-RR 2007, 1612, 1613 Rn. 20). Das gilt - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - nicht nur für bei der Abtretung von Ansprüchen wegen Mängeln nach §§ 434 ff. BGB oder §§ 633 ff. BGB, sondern allgemein.

14            bb) Vollstreckungsrechtliche Gesichtspunkte stehen der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts durch den Schuldner nach dem Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dann nicht entgegen, wenn das Recht im Interesse der Vollstreckungsgläubiger geltend gemacht wird.

15            (1) In der Einzelzwangsvollstreckung wird davon ausgegangen, dass der Schuldner das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB trotz des mit der Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf die Gegenleistung bewirkten Verfügungsverbots (§ 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO) ausüben kann, wenn er damit eine Verurteilung Zug um Zug bis zur Bewirkung der Gegenleistung an den Voll-

streckungsgläubiger erreichen will (vgl. OLG Braunschweig, JR 1955, 342, 343 mit Anm. von Blomeyer). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass es nicht Zweck des Verfügungsverbots sei, dem Drittschuldner ein Mittel an die Hand zu geben, seinen Anspruch gegen den Schuldner durchzusetzen, ohne die von ihm geschuldete Gegenleistung zu erbringen. Die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts liege auch im Interesse des Vollstreckungsgläubigers, da der Schuldner dadurch Druck auf den Drittschuldner ausübe, an den Vollstreckungsgläubiger zu leisten (vgl. Blomeyer, aaO).

16 (2) Die auf die Einzelzwangsvollstreckung bezogenen Erwägungen treffen auch zu, wenn der Insolvenzschuldner das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB geltend macht, um damit auf seinen Gläubiger Druck zur Zahlung in die Insolvenzmasse auszuüben. Leistung an sich kann der Schuldner dagegen nicht verlangen, da diese den Gläubiger nicht von seiner zur Masse zu erfüllenden Verbindlichkeit befreite (§ 82 InsO).

17 Insolvenzrechtliche Gründe stehen einer solchen Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts durch den Schuldner jedenfalls dann nicht entgegen, wenn - wie hier - der gegen den Schuldner geführte Prozess auf Herausgabe einer Sache (Passivprozess) zwischen den Parteien fortgesetzt wird, nachdem der Insolvenzverwalter den Rechtsstreit nicht aufgenommen hat, weil er entweder die Sache als nicht massebefangen ansieht und für diese auch nicht in Besitz genommen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 1994 - XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156, 162) oder die Sache in Anerkennung eines Aussonderungsrechts freigegeben hat (BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1973 - VII ZR 9/72, NJW 1973, 2065). Geschieht das, so gewinnt der Schuldner seine Verfügungsbefugnis über den Gegenstand und seine Prozessführungsbefugnis zurück. Ein vom Gegner oder vom Schuldner wieder aufgenommener Rechtsstreit wird zwischen diesen Parteien fortgesetzt. Das Prozessrisiko betrifft dann



allein das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners (KPB/Lüke, InsO [2009], § 86 Rn. 17; MünchKomm-InsO/Schumacher, 2. Aufl., § 86 Rn. 26; Wittkowski in Nerlich/Römermann, InsO [2011], § 86 Rn. 11; Windel in Jaeger, InsO, § 86 Rn. 22). Die berechtigte Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts durch den Schuldner wirkt zugunsten der Masse, weil sie einen Druck auf den Gläubiger ausübt, seine Gegenleistung in diese zu erbringen, den der Insolvenzverwalter in Bezug auf die nicht zur Masse gehörenden oder von ihm freigegebenen Gegenstände nicht (mehr) erzeugen kann. Eine unrechtmäßige Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts wirkt dagegen nur zu Lasten des Schuldners, der in diesem Fall die Kosten des verlorenen Rechtsstreits aus dem ihm verbliebenen massefreien Vermögen aufzubringen hat.

18           c) Der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts durch den Beklagten stehen auch keine anderen Gründe entgegen. Zwar setzen die Ansprüche auf Verwendungs- oder Aufwendungsersatz nach dem Wortlaut des § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB voraus, dass der Rückgewährschuldner die Sache zurückgibt (§ 346 Abs. 1 BGB) oder Wertersatz leistet (§ 346 Abs. 2 BGB). Die Revision geht aber zutreffend mit der Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 1. März 2007 - IX ZR 261/03, BGHZ 171, 261, 266 Rn. 17) und dem Schrifttum (NK-BGB/Hager, § 347 Rn. 6, MünchKomm-BGB/Gaier, BGB. 6. Aufl., § 347 Rn. 17; PWW/Medicus/Stürner, BGB, 7. Aufl., § 347 Rn. 10) davon aus, dass der Schuldner wegen dieser Ansprüche ein Leistungsverweigerungsrecht nach §§ 348, 320 BGB gegenüber dem Rückgewähranspruch des Rücktrittsgläubigers geltend machen kann.

19           2. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - dahinstehen lassen, ob dem Beklagten ein Ersatzanspruch wegen der von ihm behaupteten Verwendungen auf das Grundstück zusteht. Der Senat weist vor-

sorglich darauf hin, dass das erstinstanzliche Gericht einen solchen Anspruch rechtsfehlerhaft verneint hat.

20 a) Anspruchsgrundlage ist allerdings - entgegen der Ansicht der Revision - nicht die Vorschrift in § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach der der Rücktrittsschuldner nur den Ersatz der notwendigen Verwendungen auf den Gegenstand vom Rücktrittsgläubiger verlangen kann.

21 Dabei kann offenbleiben, ob die die - von der Revision herausgestellte - Kritik im Schrifttum (Staudinger/D. Kaiser, BGB [2012], § 347 Rn. 24 mwN sowie zu § 994 BGB: Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 11 Rn. 55; Westermann/Gursky, Sachenrecht, 8. Aufl., § 32 Rn. 4) an der ständigen Rechtsprechung des Senats, nach der eine den Zustand des Grundstücks verändernde Bebauung keine Verwendung darstellt (Senat, Urteile vom 10. Juli 1953 - V ZR 22/52, BGHZ 10, 171, 178; vom 26. Februar 1964 - V ZR 105/61, BGHZ 41, 147, 160; vom 14. Juni 2002 - V ZR 79/01, NJW 2002, 3478, 3479), berechtigt ist. Für dahingehende Überlegungen gibt dieser Fall schon deshalb keinen Anlass, weil es sich bei den Aufwendungen des Beklagten für den im Rohbauzustand steckengebliebenen Neubau jedenfalls nicht um notwendige Verwendungen im Sinne dieser Vorschrift handelt.

22 Notwendige Verwendungen sind die Aufwendungen, die zur Erhaltung oder zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des zurückzugebenden Gegenstands erforderlich gewesen sind und nicht nur Sonderzwecken des Rücktrittsschuldners gedient haben (vgl. zu § 994 BGB: Senat, Urteile vom 24. November 1995 - V ZR 88/95, BGHZ 131, 220, 223 und vom 14. Juni 2002 - V ZR 79/01, NJW 2002, 3478, 3479 jeweils mwN). Maßgeblich ist, ob im Hinblick auf den vorhandenen Zustand der Sache und deren Bewirtschaftung dem Rücktrittsgläubiger Aufwendungen erspart werden, die er sonst hätte übernehmen

müssen (vgl. Senat, Urteile vom 20. Juni 1975 - V ZR 206/74, BGHZ 64, 333, 339 und vom 14. Juni 2002 - V ZR 79/01, aaO). Nur dann sind die Vermögensopfer des Rücktrittsschuldners, ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Rücktrittsgläubiger einen fortwirkenden Nutzen verschaffen oder den Wert der Sache erhöhen, zu erstatten, und es findet insoweit eine „Verlustabwälzung auf den Eigentümer“ statt (vgl. Senat, Urteile vom 24. November 1995 - V ZR 88/95, aaO und vom 14. Juni 2002 - V ZR 79/01, aaO).

- 23            Gemessen daran handelt es sich bei den dem Beklagten entstandenen Baukosten nicht um notwendige Verwendungen auf das Grundstück der Klägerin. Die Aufwendungen für den Bau des Gebäudes dienen in jedem Fall den Sonderzwecken des Beklagten. Als Erbbaurechtsausgeberin hat die Klägerin (eine Stadt) zwar ein bauplanerisches und wohnungspolitisches Interesse an der Bebauung der Erbbaugrundstücke. Sie bebaut die Grundstücke jedoch nicht selbst und hat schon deshalb durch die dem Beklagten infolge des Baus entstandenen Kosten keine Auslagen erspart.
- 24            b) Der Beklagte kann jedoch nach § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB Ersatz in Höhe seiner Aufwendungen verlangen, soweit die Klägerin durch diese bereichert ist.
- 25            aa) Diesen Anspruch kann die Klägerin nicht dadurch abwenden, dass sie den Beklagten auf ein Recht zur Wegnahme des Bauwerks verweist, wie es die Revisionserwiderung unter Hinweis auf eine Entscheidung des Senats (Urteil vom 21. Dezember 1956 - V ZR 110/67, BGHZ 23, 61, 65) und auf Äußerungen im Schrifttum zum Schutz des Rücktrittsgläubigers vor einer aufgedrängten Bereicherung (jurisPK-BGB/Faust, 5. Aufl., § 347 Rn. 62; NK-BGB/Hager, 2. Aufl., § 347 Rn. 10; MünchKomm-BGB/Gaier, 6. Aufl., BGB, § 347 Rn. 22; PWW/Medicus/Stürner, BGB, 7. Aufl., § 347 Rn. 6; Soer-

gel/Lobinger, BGB, 13. Aufl., § 347 Rn. 63; Staudinger/D. Kaiser, BGB [2012], § 347 Rn. 58) vorbringt. Der Senat hat in der zitierten Entscheidung allerdings eine Befugnis des Eigentümers, den Entschädigungsanspruch nach § 951 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. §§ 812, 818 BGB durch Gestattung der Wegnahme abzuwenden, bei einem gegen seinen Willen auf seinem Grundstück errichteten Bauwerk in Analogie zu § 1001 Satz 2 BGB bejaht. Ob dieser Rechtsgeanke auch auf den Anspruch nach § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB zutrifft, bedarf hier schon deswegen keiner Entscheidung, weil von einer Bebauung gegen den Willen des Eigentümers keine Rede sein kann, wenn der Beklagte - wie hier - nach dem Erbbaurechtsvertrag zu einer Bebauung des Grundstücks nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet war.

26           bb) Das Berufungsgericht wird daher dem Vorbringen des Beklagten zur Höhe seiner Aufwendungen und zur Bereicherung der Klägerin nachzugehen haben. Letztere ist nach der durch die Bebauung eingetretenen Steigerung des Verkehrswerts des Grundstücks bei dessen Rückgewähr zu bemessen (vgl. MünchKomm-BGB/Gaier, 6. Auflage, BGB, § 347 Rn. 22; Staudinger/D. Kaiser, BGB [2012], § 347 Rn. 58). Liegt eine solche Werterhöhung des Grundstücks der Klägerin noch vor, sind dem Beklagten seine Aufwendungen bis zu deren Höhe zu ersetzen. Ist das nicht der Fall (weil es sich um eine wertlose Bauruine handelt), besteht kein Anspruch.

27           3. Rechtsfehlerhaft ist auch die Festsetzung des Gebührenstreitwerts nach § 41 Abs. 2 GKG. Bei einem Herausgabeverlangen des Grundstückseigentümers gegenüber dem Erbbauberechtigten (hier auf Grund eines vor der Eintragung des dinglichen Rechts noch möglichen Rücktritts - vgl. Senat, Urteile vom 15. Februar 1961 - V ZR 129/59, WM 1961, 607, 608 und vom 14. März 1969 - V ZR 158/65, NJW 1969, 1112) bestimmt sich der Gebührenstreitwert nach § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. § 6 ZPO nach dem Wert des Erbbau-

grundstücks (vgl. OLG Bamberg, JurBüro 1985, 1706; OLG Bremen, AnwBl. 1996, 412). Die Nutzung des Grundstücks der Klägerin durch den Beklagten erfolgte nicht auf Grund eines den Miet- oder Pachtverhältnissen ähnlichen Nutzungsverhältnisses, sondern auf Grund des Vertrags über die Bestellung eines Erbbaurechts. Dieser ist ein Rechtskauf (§ 453 BGB) und begründet kein Dauerschuldverhältnis (vgl. nur BGH, Urteile vom 20. Oktober 2005 – IX ZR 145/04, NJW-RR 2006, 188, 189 Rn. 10 und vom 19. April 2007 - IX ZR 59/06, NJW 2007, 2325, 2326 Rn. 10). Daran ändert sich nichts, wenn die Parteien schuldrechtlich vereinbaren, dass bereits vor der Entstehung des dinglichen Rechts durch Eintragung der künftige Erbbauberechtigte ein Entgelt in Höhe des Erbbauzinses zahlen soll (vgl. OLG Bremen, aaO, für den Fall einer entgeltlichen Stundung des Herausgabeanspruchs nach Ausübung des Heimfallrechts). Soweit der Beklagte allerdings nicht mehr die Aufhebung der Verurteilung zur Herausgabe, sondern „nur“ eine Zug um Zug Verurteilung beantragen sollte, bestimmte sich auch der Streitwert allein nach dem Wert der Gegenleistung, deren sich der Beklagte berührt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Januar 2004 - X ZR 167/02, NJW-RR 2004, 714).

28

4. Die von den Parteien in der Revisionsverhandlung angeregte Nichterhebung der Gerichtskosten wegen unrichtiger Sachbehandlung durch das Berufungsgericht (§ 21 Abs. 1 Satz 1 GKG) kommt hier nicht in Betracht, weil der offensichtliche und schwerwiegende Verstoß gegen § 540 Abs. 2 i.V.m. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO für die Entstehung der Kosten des Revisionsverfahrens nicht ursächlich geworden ist. Auch ohne diesen Verstoß wäre das Berufungsurteil aufzuheben gewesen, nämlich wegen der Nichtanwendung der

§§ 348, 320 BGB. Dieser Rechtsfehler rechtfertigt nicht die Niederschlagung der Gerichtskosten nach § 21 GKG.

Stresemann

Czub

Roth

Weinland

Kazele

Vorinstanzen:

LG Leipzig, Entscheidung vom 15.12.2010 - 7 O 1852/09 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 12.07.2011 - 14 U 119/11 -