



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 27/14

Verkündet am:
22. Januar 2016
Weschenfelder
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

NGO § 92 Abs. 6 (jetzt NKomVG jetzt § 120 Abs. 6)

Ein Erbbaurechtsvertrag bedarf als kreditähnliches Rechtsgeschäft der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde, wenn er eine Verpflichtung der Gemeinde begründet, einen Erbbauzins zu zahlen.

BGB § 900 Abs. 1, § 937 Abs. 1

Der Erwerb durch Ersitzung trägt seinen Rechtsgrund in sich und schließt Ansprüche gegen den Erwerber aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

BGH, Urteil vom 22. Januar 2016 - V ZR 27/14 - OLG Celle
LG Hannover

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und die Richter Dr. Czub, Dr. Kazele und Dr. Göbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 7. Januar 2014 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit notariellem Vertrag vom 27. Februar 1974 bestellte der Vater des Klägers einer nachfolgend in die beklagte Stadt eingegliederten Gemeinde ein Erbbaurecht an einer Teilfläche seines Grundstücks für 99 Jahre. Die Gemeinde war danach berechtigt, auf dem Erbbaugrundstück eine Sportanlage mit den dazu gehörenden Gebäuden zu errichten. Sie verpflichtete sich in Art. 1 Nr. 5 des Erbbaurechtsvertrags (nachfolgend: ErbbV), einen Bebauungsplan aufzustellen, der die Bebauung eines anderen Grundstücks des Vaters des Klägers mit mindestens 11 Einfamilienhäusern ermöglicht. Der Erbbauzins wurde

auf jährlich 1 DM/m² vereinbart; er sollte sich rückwirkend auf 1,55 DM/m² erhöhen, falls der aufzustellende Bebauungsplan nicht bis zum 30. Juli 1976 rechtswirksam sein sollte. Weiter wurden eine Anpassung des Erbbauzinses an den Preisindex für die Lebenshaltungskosten sowie die Eintragung einer Erbbauzinsreallast bis zu einem Preis von 1,55 DM/m² vereinbart. Zeitlich vor dem Erbbaurechtsvertrag hatten die Parteien einen Pachtvertrag mit im Wesentlichen gleichen Verpflichtungen geschlossen.

2 Einen Bebauungsplan gemäß dem Erbbaurechtsvertrag stellte die Beklagte nicht auf. Die Eintragung des Erbbaurechts erfolgte im Dezember 1975. Die Beklagte zahlte zunächst den Erbbauzins gemäß der eingetragenen Real-last von 1 DM/m² im Jahr, in den nachfolgenden Jahren schloss sie mit dem Kläger als Rechtsnachfolger und neuem Eigentümer Vereinbarungen über dessen Erhöhung auf der Grundlage der vereinbarten Anpassungsklausel.

3 Im Juni 2011 kündigte die Beklagte den Pachtvertrag. Im Januar 2012 stellte sie die Zahlung des Erbbauzinses ein. Sie berief sich darauf, dass nach ihren Unterlagen der Erbbaurechtsvertrag von der Kommunalaufsichtsbehörde nicht genehmigt worden sei. Auf Antrag der Beklagten vom Mai 2012 versagte der Regierungspräsident im Juli 2012 die Genehmigung des Erbbaurechtsvertrags.

4 Der Kläger hat Klage auf Zahlung des Erbbauzinses für das Jahr 2012 in Höhe von 40.972,36 € erhoben. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag weiter; die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

- 5 Das Berufungsgericht meint, der Erbbaurechtsvertrag sei nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig gewesen, weil die Gemeinde sich darin einen Vorteil - die Vereinbarung eines unter dem damals marktüblichen Entgelt von 1,55 DM/m² liegenden Erbbauzinses von 1 DM/m² - für die Übernahme einer Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplans habe versprechen lassen. Das führe aber nicht zur Gesamtnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrags. Dieser bestehe auf Grund der salvatorischen Klausel mit dem sich ohne die unwirksamen Vertragsbestimmungen ergebenden Inhalt fort, weil die Beklagte nicht hinreichend unter Beweis gestellt habe, dass die Vertragsparteien den Erbbaurechtsvertrag ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen hätten.
- 6 Der Erbbaurechtsvertrag sei infolge der Versagung der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde im Jahr 2012 unwirksam geworden. Der Vertrag habe als kreditähnliches Rechtsgeschäft nach § 92 Abs. 6 der Niedersächsischen Gemeindeordnung (NGO) der Genehmigung bedurft. Der Vortrag des Klägers über die Erteilung eines Negativattests sei nicht schlüssig, da sich aus seinem Vorbringen lediglich die Erteilung einer unzutreffenden Auskunft durch den Landkreis als damals zuständiger Aufsichtsbehörde ergebe. Der Beklagten sei die Berufung auf Unwirksamkeit des Erbbaurechtsvertrags nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt. Die Unwirksamkeit des Erbbaurechtsvertrags stelle für den Kläger kein schlechthin unerträgliches Ergebnis dar. Anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass die Beklagte das Erbbaurecht nach § 900 Abs. 1, 2 BGB ersessen habe. Da deren Vertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erklärt habe, einem etwaigen Herausgabeanspruch des Klägers nicht die Einrede der Verjährung entgegen-

gehalten zu wollen, riskiere der Kläger nicht, sowohl den Erbbauzins als auch den Besitz zu verlieren.

II.

7 Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision insofern stand, als sich aus dem festgestellten Sachverhältnis kein Anspruch des Klägers auf Zahlung eines Erbbauzinses oder eines anderen Entgelts für die Nutzung des Erbbaugrundstücks im Jahr 2012 ergibt.

8 1. Dabei geht das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon aus, dass der Erbbaurechtsvertrag ohne die nichtigen Bestimmungen zustande gekommen ist.

9 a) Der Vertrag war allerdings mit dem vereinbarten Inhalt sowohl nach § 134 BGB als auch nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Unwirksam war die in Art. 1 Nr. 5 ErbbV begründete Verpflichtung der Gemeinde, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan innerhalb einer bestimmten Zeit aufzustellen. Das verstieß gegen das - nunmehr in § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB geregelte - Verbot, nach dem solche Verträge wegen der mit ihnen verbundenen Beschränkungen des gemeindlichen Planungsermessens nichtig sind (Senat, Urteil vom 2. Oktober 2015 - V ZR 307/13, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 8. Juni 1978 - III ZR 48/76, BGHZ 71, 386, 390; Urteil vom 22. November 1979 - III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 22; BVerwG, NJW 1980, 2538, 2539). Ebenfalls unwirksam war die in Art. 1 Nr. 5 ErbbV vereinbarte bedingte Verpflichtung des Vaters des Klägers, auf eine Erhöhung des Erbbauzinses bei Aufstellung eines Bebauungsplans zu verzichten. Diese Vertragsbestimmung war wegen Verstoßes gegen das Koppelungsverbot nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil die Gemeinde sich dadurch eine unzulässige Gegenleistung für den Erlass eines Be-

bauungsplans hatte versprechen lassen (vgl. Senat, Urteil vom 18. September 2009 - V ZR 2/09, NVwZ 2010, 398 Rn. 15).

10 b) Die Einwendungen der Revisionserwiderung gegen die Wirksamkeit des (restlichen) Erbbaurechtsvertrags sind unbegründet.

11 aa) Der Erbbaurechtsvertrag ist teilbar. Der Vertrag kann nach Aussonderung der nichtigen Teile als selbständiges Rechtsgeschäft auf Bestellung eines Erbbaurechts mit einem wertgesicherten Erbbauzins von 1 DM/m² Bestand haben. Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass die Parteien den Vertrag über Jahrzehnte hinweg auch so vollzogen haben.

12 bb) Die Erbbauzinsvereinbarung in Art. 4 Abs. 1 des Vertrags ist nicht unmittelbar sittenwidrig und nichtig. Die Vereinbarung eines Erbbauzinses, der um 36,67 % unter dem Marktüblichen liegt, begründet kein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.

13 cc) Das Berufungsgericht nimmt auch zu Recht an, dass der Erbbaurechtsvertrag ohne die nichtigen Bestimmungen nach § 139 BGB auf Grund der salvatorischen Klausel aufrechtzuerhalten ist, weil die Beklagte nicht nachgewiesen habe, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre. Ohne Erfolg wendet die Revisionserwiderung dagegen ein, dass die Aufrechterhaltung einzelner Bestimmungen nach dem hypothetischen Parteiwillen nicht in Betracht komme, weil § 139 BGB unanwendbar sei, wenn sich aus dem Zweck der Verbotsnorm eine abweichende Regelung ergebe (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1999 - IX ZR 117/99, NJW 2000, 1333, 1335).

14 (1) Der Zweck des Verbots gebietet es nicht, Verträge, in denen eine Gemeinde eine Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplans eingegangen ist, auch ohne diese Bestimmung als insgesamt nichtig anzusehen. Das

Verbot soll eine ungebundene und umfassende Abwägung der in § 1 Abs. 6 BauGB bezeichneten Belange gewährleisten, die Gemeinden aber nicht vor allen Nachteilen aus dem Abschluss von Verträgen bewahren, die sie im Hinblick auf die von ihrem Vertragspartner erwartete Aufstellung eines bestimmten Bebauungsplans abgeschlossen haben (vgl. Senat, Urteil vom 2. Oktober 2015 - V ZR 307/13, juris Rn. 10 f.). Das Verbot erfordert nur, dass diejenigen Vertragsbestimmungen keine Wirksamkeit entfalten, welche die Gemeinde unmittelbar zum Erlass eines bestimmten Bebauungsplans verpflichten, es steht jedoch einer Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen nach den in § 139 BGB bestimmten Grundsätzen nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 1979 - III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 22; BVerwG, NJW 1980, 2538, 2539).

- 15 (2) Die Beklagte kann die Gesamtnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrags auch nicht daraus herleiten, dass ihre Rechtsvorgängerin sich eine unzulässige Gegenleistung (den Verzicht auf eine Erbbauzinsanhebung) für einen von ihr aufzustellenden Bebauungsplan hat versprechen lassen. Diese Koppelung besteht infolge der Nichtigkeit der darauf bezogenen Vertragsbestimmungen nicht. Die Unwirksamkeit dieser Vertragsbestimmung ist nur für den Kläger nachteilig, der ungeachtet dessen den Vertrag weiter durchführen will. Unter diesen Umständen ist der Beklagten die Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrags versagt. Eine Partei kann sich nämlich nach Treu und Glauben nicht unter Berufung auf § 139 BGB von ihren Vertragspflichten insgesamt befreien, wenn nur die den anderen Teil begünstigenden Vertragsbestimmungen unwirksam sind und dieser dennoch am Vertrag festhalten will. Der andere Teil kann dann der Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit die Einrede der Arglist entgegensetzen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 1983 - IX ZR 95/81, WM 1983, 267, 268; Urteil vom 7. Januar 1993 - IX ZR 199/91, NJW 1993, 1587, 1589; Urteil vom 30. Januar 1997 - IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684, 686).

- 16 2. Ebenfalls rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht den Erbbau-
rechtsvertrag als ein nach § 92 Abs. 6 NGO der Genehmigung durch die Kom-
munalaufsicht bedürftendes kreditähnliches Rechtsgeschäft an.
- 17 a) Die Genehmigungsbedürftigkeit des 1974 geschlossenen Erbbau-
rechtsvertrags ist nach den Vorschriften der am 1. November 2011 außer Kraft
getretenen Niedersächsischen Gemeindeordnung zu beurteilen, weil die Vo-
raussetzungen für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts sich grundsätzlich
nach den im Zeitpunkt seines Abschlusses geltenden Vorschriften bestimmen
(vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1966 - VIII ZR 20/64, BGHZ 45, 322, 326; Urteil
vom 18. Februar 2002 - KVR 24/01, BGHZ 154, 21, 26). Anders verhielte es
sich nur bei einem Wegfall des Genehmigungserfordernisses, der zur Behe-
bung einer schwebenden Unwirksamkeit führt (vgl. Senat, Urteil vom 20. Juli
1962 - V ZR 219/60, BGHZ 37, 233, 236). Das ist aber nicht eingetreten, weil
§ 120 Abs. 6 des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes vom
17. Dezember 2010 - NKomVG (Nds. GVBl. S. 576) - einen § 92 Abs. 6 NGO
inhaltsgleichen Genehmigungsvorbehalt enthält.
- 18 b) Ob ein Vertrag nach den kommunalrechtlichen Vorschriften genehmi-
gungsbedürftig ist, haben die Zivilgerichte selbständig zu entscheiden (vgl.
BGH, Urteil vom 4. Februar 2004 - XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 21; Urteil
vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rn. 11).
- 19 c) Nach § 92 Abs. 6 Satz 1 NGO (die Gemeindeordnungen bzw. Kom-
munalverfassungen der anderen Länder enthalten gleichlautende Bestim-
mungen) bedarf die Begründung einer kreditähnlichen Zahlungsverpflichtung
der Gemeinde der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde. Ob ein
Vertrag eine derartige Verpflichtung der Gemeinde begründet, ist nach dem
Zweck des Genehmigungserfordernisses zu beurteilen. Dieses soll verhindern,

dass unter Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts die kommunalrechtlichen Bestimmungen über die Kreditaufnahme umgangen werden. Eine solche Umgehung liegt vor, wenn das betreffende Rechtsgeschäft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu dem gleichen Erfolg führen würde wie die Aufnahme eines Kredits. Das ist der Fall, wenn die Gemeinde im laufenden Haushaltsjahr im Wesentlichen die volle Leistung erhält, die dafür zu erbringende Gegenleistung jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt erbringen muss (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2004 - XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 23; OLG Dresden, OLG-NL 2001, 268, 270). Allerdings kommt nicht jede Verpflichtung, die eine Gemeinde zur Erlangung einer Leistung im laufenden Haushaltsjahr eingeht und die teilweise oder ganz erst in späteren Haushaltsjahren zu erfüllen ist, einer genehmigungsbedürftigen Kreditaufnahme gleich (Senat, Urteil vom 2. April 2004 - V ZR 105/03, WM 2004, 2183). Maßgebliches Kriterium für ein kreditähnliches Geschäft ist die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung der Gemeinde. Ist die Gegenleistung der Gemeinde an sich mit der Leistung ihres Vertragspartners fällig, wird die Zahlung aber auf eine spätere Zeit hinausgeschoben, handelt es sich um ein kreditähnliches Rechtsgeschäft (OLG Dresden, aaO). Anders ist es dagegen, wenn - wie bei einem Miet- oder Pachtvertrag (BGH, Urteil vom 4. Februar 2004 - XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 23) - die Zahlung ein Entgelt für die jeweils gewährte Nutzungsmöglichkeit darstellt.

20 d) Gemessen daran ist der 1974 geschlossene Vertrag ein kreditähnliches Rechtsgeschäft.

21 aa) Ein Erbbaurechtsvertrag ist allerdings nicht schon dann genehmigungsbedürftig, wenn eine Gemeinde Erbbaurechtsnehmerin ist. Ob und welches Entgelt der Erbbauberechtigte für die Bestellung eines Erbbaurechts zahlen soll, steht im Belieben der Vertragsparteien; die Gegenleistung ist kein wesentliches Merkmal eines Erbbaurechtsvertrags (Senat, Urteil vom 23. Oktober

1957 - V ZR 270/56, RdL 1958, 7, 9; Urteil vom 27. Februar 1970 - V ZR 49/67, NJW 1970, 944). Ein unentgeltlich oder gegen eine einmalige Zahlung im laufenden Haushaltsjahr bestelltes Erbbaurecht begründet keine kreditähnliche Zahlungsverpflichtung.

22 bb) Ein Erbbaurechtsvertrag bedarf jedoch als kreditähnliches Rechtsgeschäft der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde, wenn er eine Verpflichtung der Gemeinde begründet, einen Erbbauzins zu zahlen.

23 (1) Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses auf einer im Erbbaugrundbuch eingetragenen Erbbauzinsreallast (dinglicher Erbbauzins) oder allein auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht (schuldrechtlicher Erbbauzins). Rechtlich betrachtet bestehen zwar Unterschiede insoweit, als bei Vereinbarung eines dinglichen Erbbauzinses die Bestellung des Stammrechts (der Erbbauzinsreallast), jedoch nicht die aus diesem zu leistenden wiederkehrenden Zahlungen die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts ist (Senat, Urteil vom 9. Oktober 2009 - V ZR 18/09, NJW 2010, 224 Rn. 9; von Oefele, MittBayNot 2011, 55), während die Verpflichtung zu wiederkehrenden Zahlungen beim schuldrechtlichen Erbbauzins in der Regel die Leistung ist, die der Schuldner um der Begründung oder der Übertragung des Erbbaurechts willen übernommen hat (vgl. Senat, Urteil vom 9. Oktober 2009 - V ZR 18/09, NJW 2010, 224 Rn. 10). Für die Entscheidung der Frage, ob der Erbbaurechtsvertrag ein kreditähnliches Geschäft im Sinne der Gemeindeordnungen der Länder ist, kommt es jedoch nicht auf den Rechtsgrund der Verpflichtung, sondern allein darauf an, ob die Gegenleistung der Gemeinde für einen Erwerb im laufenden Haushaltsjahr in die kommenden Haushaltsjahre verlagert wird. Solche Rechtsgeschäfte der Kommunen sind im Interesse des Staates an einer geordneten Haushaltswirtschaft der Gemeinden und an einem Erhalt ihrer dauernden Leistungsfähigkeit einem Genehmigungsvorbehalt durch

die Kommunalaufsicht unterworfen (vgl. OLG Dresden, OLG-NL 2001, 268, 270).

24 (2) Danach bedarf ein Erbbaurechtsvertrag mit einer Erbbauzinspflicht der Gemeinde der Genehmigung. Ein solcher Erbbaurechtsvertrag steht zwar auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtung einem kreditierten Erwerbsgeschäft nicht in jeder Beziehung gleich; er erfüllt aber die wesentlichen Merkmale eines kreditähnlichen Rechtsgeschäfts.

25 (a) Für den Grundstückseigentümer sind die Erbbauzinsen einer Miete oder einer Pacht wirtschaftlich vergleichbare Einkünfte. Er erhält mit dem Erbbauzins wie bei einer Miete oder Pacht eine Verzinsung des Bodenwerts für das dem Vertragspartner gewährte Recht zur Nutzung seines Grundstücks (vgl. Grziwotz, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, S. 78).

26 (b) (aa) Für den Erbbauberechtigten stellt der Erbbauzins dagegen ein Entgelt dar, das er künftig für das dingliche Recht zahlen muss, welches ihn berechtigt, auf dem fremden Grundstück ein Bauwerk zu haben. Die Gegenleistung wird nicht bei Erwerb des Erbbaurechts geleistet, sondern in den kommenden Jahren erbracht, in denen das Erbbaurecht besteht. Insofern wird die Fälligkeit der Gegenleistung - ähnlich wie bei einer Stundung - über den bei einem Rechtskauf üblichen Zeitpunkt hinaus, abweichend von dem Grundsatz der Zug-um-Zug-Leistung, in die Zukunft verschoben. Damit liegt das wesentliche Merkmal eines kreditähnlichen Rechtsgeschäfts (vgl. Senat, Urteil vom 2. April 2004 - V ZR 105/03, WM 2004, 2183, 2184) vor.

27 (bb) Einzuräumen ist allerdings, dass bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses sich nicht von derjenigen zur Zahlung der Miete oder der Pacht aus einem langfristigen Vertragsverhältnis unterscheidet. Der Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags mit

einer Verpflichtung der Gemeinde zur Zahlung eines Erbbauzinses ist jedoch nicht - wie die Revision meint - deswegen dem Abschluss eines langfristigen Miet- und Pachtvertrags mit einer entsprechenden Zahlungsverpflichtung gleichzustellen. Zwar sind Erbbauzinsen den Mieten und Pachten vergleichbare Zahlungen; die dafür erworbenen Rechte unterscheiden sich jedoch grundlegend. Mit dem Erbbaurecht erwirbt der Erbbaurechtsnehmer für die gesamte Vertragszeit ein - über die für die Miet- und Pachtverträge geltende zeitliche Begrenzung von 30 Jahren (§ 544 BGB) hinausgehendes - dingliches Recht an dem Grundstück, das hinsichtlich seiner Übertragbarkeit, Beleihbarkeit und der Rechte gegenüber Dritten dem Eigentum an dem Grundstück weitgehend gleichsteht. Aus diesen Gründen stellt sich der Erwerb eines Erbbaurechts unter wirtschaftlichen Aspekten - weit öfter als der Abschluss eines Miet- und Pachtvertrags - als eine Alternative zu einem kreditfinanzierten Grundstückserwerb dar.

28 (c) Vor diesem Hintergrund ist die Zuordnung der Erbbaurechtsverträge, in denen sich die Gemeinden zur Zahlung von Erbbauzinsen verpflichten, zu den kreditähnlichen Rechtsgeschäften auch vom Zweck des Genehmigungsvorbehalts in den Gemeindeordnungen der Länder geboten, Umgehungen von genehmigungspflichtigen Kreditgeschäften zu verhindern. Eine Gemeinde kann ihre künftige Leistungsfähigkeit auch dadurch gefährden, dass sie statt eines finanzierten Grundstückskaufs einen Erbbaurechtsvertrag mit der Verpflichtung zur Zahlung von Erbbauzinsen abschließt, der - was die bauliche Nutzung des Erbbaugrundstücks betrifft - zu einem im Wesentlichen gleichen Ergebnis wie ein Kauf führt.

29 (3) Der 1974 geschlossene Erbbaurechtsvertrag war kein Rechtsgeschäft der laufenden Verwaltung der Rechtsvorgängerin der Gemeinde, das nach § 92 Abs. 6 Satz 3 NGO genehmigungsfrei gewesen wäre. Die Ausfüh-

rungen des Berufungsgerichts dazu sind rechtsfehlerfrei und werden im Revisionsverfahren auch nicht angegriffen.

30 3. Das Berufungsgericht geht ebenfalls rechtsfehlerfrei davon aus, dass der Erbbaurechtsvertrag nicht nach § 133 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 NGO durch Erteilung der erforderlichen Genehmigung wirksam geworden ist. Dass der Erbbaurechtsvertrag vor dem Versagungsbescheid vom Juli 2012 durch die Kommunalaufsichtsbehörde ausdrücklich genehmigt worden wäre, ist weder festgestellt noch von dem Kläger vorgetragen. Der Erbbaurechtsvertrag ist auch nicht auf Grund der Genehmigungsfiktion in § 133 Abs. 1 Satz 2 NGO wirksam geworden. Das setzt die Nichtbescheidung eines Genehmigungsantrags der Gemeinde innerhalb von drei Monaten nach dessen Eingang bei der zuständigen Aufsichtsbehörde voraus (Langenrehr in Thieme, NGO, 3. Aufl., § 113 Rn. 5; Thiele, NGO, 4. Aufl., § 133 Anm. 2). Ein solcher Sachverhalt ist ebenfalls nicht vorgetragen. Dem Kläger steht deshalb kein Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses aus einem durch Genehmigung wirksam gewordenen Erbbaurechtsvertrag zu.

31 4. Im Ergebnis rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht auch einen Zahlungsanspruch des Klägers nach der Ersitzung des Erbbaurechts durch die Beklagte.

32 a) Die Beklagte ist allerdings auf Grund des 30jährigen Bestehens ihrer Eintragung als Inhaberin des Erbbaurechts und ihres Eigenbesitzes durch Buchersitzung (§ 900 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB) Erbbauberechtigte geworden. Diese Vorschriften finden auf das Erbbaurecht Anwendung (MüKoBGB/Kohler, 6. Aufl., § 900 Rn. 2; von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rn. 5.79; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 900 Rn. 26; RGRK/Augustin, BGB, 12. Aufl., § 900 Rn. 4; NK-BGB/Krause, 3. Aufl., § 900 Rn. 3; Toussaint in ju-

risPK-BGB, 7. Aufl., § 900 Rn. 6). Behördlicher Genehmigung bedarf der Rechtserwerb durch Ersitzung nicht (Staudinger/Gursky, aaO Rn. 23; NK-BGB/Krause, 3. Aufl., § 900 Rn.11; Böhringer, NotBZ 2003, 85). Da der Erbbauzins jedoch nicht Inhalt des Erbbaurechts ist, führt die Ersitzung nach § 900 BGB allein nicht zu einer Pflicht des Erbbauberechtigten, den im Erbbaurechtsvertrag vereinbarten Erbbauzins zu zahlen.

33

b) Die Pflicht ergibt sich allerdings in der Regel aus der eingetragenen Erbbauzinsreallast. So verhält es sich hier jedoch nicht. Die Beklagte hat das Erbbaurecht nämlich ohne die eingetragene Erbbauzinsreallast ersonnen. Die Erbbauzinsreallast war infolge der Versagung der kommunalaufsichtsrechtlichen Genehmigung des Erbbaurechtsvertrags nicht wirksam bestellt worden. Der Kläger konnte die Reallast nicht nach § 900 Abs. 2 Satz 1 BGB ersitzen, da sie kein Recht ist, dass zum Besitz des Grundstücks berechtigt oder deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Mit Ablauf der Frist für die Ersitzung ist daher ein sog. erbbauzinsloses Erbbaurecht entstanden. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 900 BGB auf andere Rechte an Grundstücken verstieße gegen den Wortlaut des Gesetzes und gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers, da Anträge, die Ersitzung auf die Hypothek zu erstrecken, im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt wurden (vgl. Prot. II, S. 4320 ff. = Mugdan, Materialien, Bd. III. S. 574 ff.). Daher ist auch der von Heck (Grundriss des Sachenrechts, 1930, § 45 Anm. 4 a) vertretenen Auffassung nicht zu folgen, nach der derjenige, der sein Recht nur auf den Buchinhalt stützen kann, die buchmäßigen Belastungen mit in Kauf nehmen soll. Sie kann zudem zu unsachgemäßen Ergebnissen führen. Im hier zu beurteilenden Fall liefe es dem Zweck des Genehmigungserfordernisses zuwider, wenn die Beklagte trotz Versagung der Genehmigung - und damit entgegen dem mit dem Vorbehalt verfolgten Interesse des Staates an einer geordneten Haushaltswirtschaft und dem Erhalt der Leistungsfähigkeit der Ge-

meinden - infolge der Tabularersitzung den Erbbauzins über 60 Jahre weiterzahlen müsste. Geboten ist allerdings im Einzelfall eine dem Zweck des Genehmigungsvorbehalts entsprechende Korrektur nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB), die das Berufungsgericht allerdings auch vorgenommen hat (siehe unten IV.2).

34 c) Erst recht nicht geheilt worden ist der schuldrechtliche Vertrag über die Bestellung des Erbbaurechts mit dem sich daraus ergebenden Anspruch auf den schuldrechtlichen Erbbauzins. Die Vorschriften über die Ersitzung (§ 900 Abs. 1 Satz 1, § 937 Abs. 1 BGB) ordnen den Erwerb des Eigentums nach einer bestimmten Besitzzeit an, bei einem Grundstück nach dem Bestehen einer Eintragung (sog. Buchbesitz) und einem Eigenbesitz von 30 Jahren, bei einer beweglichen Sache nach einem Eigenbesitz von zehn Jahren. Sie sehen jedoch nicht die Heilung des Rechtsgeschäfts vor, auf Grund dessen der Besitz erlangt wurde. Eine Heilung des Grundgeschäfts ist auch vom Zweck der Buchersitzung nicht begründet. Dass der bisherige Rechtsinhaber sein nicht gebuchtes Recht verliert, beruht auf dem öffentlichen Interesse, ein dauerndes Auseinanderfallen von Recht und Grundbuchlage zu vermeiden, nachdem die Ansprüche aus dem nicht eingetragenen Recht nach Eintritt der Verjährung nicht mehr durchsetzbar und damit inhaltsleer geworden sind (Prot. II, S. 3673 = Mugdan, Materialien, S. 573). Die Heilung des unwirksamen Grundgeschäfts ginge über das mit der Buchersitzung verfolgte Ziel hinaus. Dies folgt aus den Erwägungen, mit denen eine Erstreckung der Tabularersitzung auf die Hypothek abgelehnt wurde. Die Ersitzung sollte nicht auch die Mängel der Forderung heilen, von deren Bestand die Hypothek abhängig sei (Prot. II, S. 4372 = Mugdan, Materialien, Bd. III. S. 575).

35 d) Die Beklagte muss die Vereinbarung über den Erbbauzins auch nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegen sich gelten

lassen, obwohl sie ihrer Pflicht nicht nachgekommen ist, alles zu tun, um die Genehmigung des Vertrags herbeizuführen (zu dieser Pflicht aus dem Vertragsschluss: Senat, Urteil vom 25. Juni 1976 - V ZR 121/73, BGHZ 67, 34, 35; Urteil vom 10. Juli 1998 - V ZR 76/97, VIZ 1998, 577). Ein solches treuwidriges Verhalten der Gemeinde vermag einen Anspruch des Vertragspartners auf Erfüllung nicht zu begründen. In der Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass die zum Schutz öffentlich-rechtlicher Körperschaften geschaffenen gesetzlichen Regelungen durch die Berufung auf Treu und Glauben nicht außer Kraft gesetzt werden können (BGH, Urteil vom 10. März 1959 - VIII ZR 44/58, WM 1959, 672, 673; Urteil vom 2. März 1972 - VII ZR 143/70, NJW 1972, 940, 941; Urteil vom 20. September 1984 - III ZR 47/83, BGHZ 92, 164, 174). Die den Aufsichtsbehörden zugewiesene Zuständigkeit darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft wegen des gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßenden Handelns der Gemeinde als wirksam behandelt wird, wenn die Genehmigung nicht eingeholt oder versagt wird (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 1955 - II ZR 328/53, NJW 1955, 985; Reinicke, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 148).

36 e) Dem Kläger steht schließlich auch nicht ein Anspruch auf Herausgabe der von der Beklagten im Jahr 2012 gezogenen Nutzungen nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB i.V.m. § 818 Abs. 1 BGB zu. Ob bereicherungsrechtliche Ansprüche aus rechtsgrundloser Leistung infolge der Ersitzung ausgeschlossen sind, ist allerdings umstritten.

37 aa) Ein Teil des Schrifttums geht im Anschluss an eine Entscheidung des Reichsgerichts zur Mobilierersitzung nach § 937 BGB (RGZ 130, 69) davon aus, dass die Ersitzung zwar keine Verletzung des Zuweisungsgehalts des Rechts des früheren Eigentümers darstelle und dieser daher nicht im Wege der

Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB) von dem neuen Eigentümer die Herausgabe der von ihm gezogenen Nutzungen verlangen könne. Anders soll es aber sein, wenn die Besitzerlangung auf einem unwirksamen Vertrag beruhe. Dann soll eine Leistungskondiktion auch nach der Ersitzung möglich sein. Bei der Ersitzung gehe es wie bei allen anderen sachenrechtlichen Erwerbstatbeständen nur um die Zuordnung des dinglichen Rechts. Ob diese Zuordnung zu Recht bestehe und wie lange sie Bestand habe, sei jedoch keine sachenrechtliche Frage (vgl. Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 900 Rn. 24; Staudinger/Wiegand, BGB [2011], § 937, Rn. 21; Erman/Artz, BGB, 14. Aufl., § 900 Rn. 6; Toussaint in jurisPK-BGB, 7. Aufl., § 900, Rn. 22; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 51 Rn. 13; BeckOK-BGB/Kindl, BGB, Edition 36, § 937 Rn. 9; NK-BGB/Meller-Hannich, 3. Aufl., § 937 Rn. 11; Siehr, Festschrift Stoll, 2001, S. 373, 378 ff.).

- 38 bb) Nach anderer Ansicht scheiden Bereicherungsansprüche des bisherigen Eigentümers aus, da der Ersitzungserwerb seinen Rechtsgrund in sich trage (MüKoBGB/Kohler, 6. Aufl., § 900 Rn. 6; MüKoBGB/Baldus, 6. Aufl., § 937 Rn. 49 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl., § 900 Rn. 5, Vorb. § 937 Rn. 2; RGRK/Pikart, BGB, 12. Aufl., § 937 Rn. 20; RGRK/Heimann-Trosien, BGB, 12. Aufl., Vor § 812 Rn. 30; PWW/Prütting, BGB, 10. Aufl., § 937 Rn. 8; Soergel/Henssler, BGB, 13. Aufl., § 937 Rn. 7 ff.; NK-BGB/Krause, 3. Aufl., § 900 Rn. 13; Prütting, Sachenrecht, 35. Aufl., Rn. 450 f.; Finkenauer, Eigentum und Zeitablauf, 2000, S. 120 f.).
- 39 cc) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Der Erwerb durch Ersitzung trägt seinen Rechtsgrund in sich und schließt Ansprüche gegen den Erwerber aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

40 (1) Dass mit dem Ersitzungserwerb im Interesse der Rechtssicherheit eine endgültige Regelung eintreten und ein Rückgriff auf Bereicherungsansprüche nicht möglich sein sollte, ergibt sich zwar nicht aus dem - insoweit unergiebigem - Wortlaut der Vorschriften über die Ersitzung (§§ 900, 937 BGB), findet im Gesetz aber darin eine Stütze, dass das Recht der Ersitzung im Gegensatz zu den folgenden Erwerbstatbeständen (vgl. §§ 951, 977 BGB) keine Ausgleichsansprüche für den Rechtsverlust enthält. Dies entspricht der Vorstellung des historischen Gesetzgebers, nach der die Ersitzung den Mangel deckt, der dem sofortigen Erwerb des Eigentums entgegenstand (vgl. Motive III, S. 350 = Mugdan, Materialien, Bd. 3, S. 195). Bei der Buchersitzung ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Vorschrift den Nutzen habe, dass derjenige, der nach dreißigjährigem Besitz originär das Eigentum erwerbe, auch die Einreden aus einem etwaigen Mangel seines Erwerbs zurückweisen könne, und das missliche Zurückgreifen auf lange Zeit zurückliegende Eigentumserwerbsakte vermieden werde (vgl. Prot. II, S. 3674 = Mugdan, Materialien, Bd. III. S. 573).

41 (2) (a) Für die Gegenauffassung sprechen keine zwingenden Gründe mehr. Sie wurde vor allem darauf gestützt, dass die nach zehnjährigem Besitz eintretende Fahrnisersitzung nach § 937 BGB den Rechtsgrund nicht in sich tragen könne, weil der Anspruch aus dem Mangel des Grundgeschäfts auf Herausgabe des Geleisteten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB gegen den Erwerber bis zum Ablauf der nach § 195 BGB aF dreißigjährigen Verjährungsfrist durchgesetzt werden könne (RGZ 130, 69, 73). Dieses Argument ist infolge der Verkürzung der für die Bereicherungsansprüche geltenden Verjährungsfristen nach §§ 195, 199 BGB auf drei bzw. zehn Jahre weggefallen (vgl. PWW/Prütting, BGB, 10. Aufl., § 937 Rn. 8).

42 (b) Die Annahme, dass die Ersitzung den Rechtsgrund in sich trägt, hat dagegen den Vorzug, dass sie einen Wertungswiderspruch zwischen Leis-

tungs- und Eingriffskondiktion vermeidet. Warum der Eigentümer zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet sein soll, wenn er den Besitz durch eine Leistung des früheren Eigentümers erhalten hat, dagegen von dem Anspruch verschont bleiben soll, wenn er auf andere Weise den Besitz erlangt hat, ist nicht nachvollziehbar (vgl. Soergel/Henssler, BGB, 13. Aufl., § 937 Rn. 10). Solche Sonderregeln für die Leistungskondiktion sind bei einem nicht an dem rechtsgeschäftlichen Erwerb, sondern an den Eigenbesitz anknüpfenden, originären Erwerbstatbestand nicht zu rechtfertigen (vgl. MüKoBGB/Baldus, 6. Aufl., § 937 Rn. 53).

III.

43 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung demnach nicht stand, weil aus dem unter Beweis gestellten, streitigen Vorbringen des Klägers sich ein Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Erbbauzinses ergeben kann. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft die Beweisangebote auf Vernehmung des Bürgermeisters der Beklagten als Partei und auf Vorlage der Akten der Beklagten und der Rechtsaufsichtsbehörde zu der Behauptung des Klägers zurückgewiesen hat, die Kommunalaufsichtsbehörde habe 1974 oder 1975 ein Negativattest erteilt.

44 a) aa) Dieses Vorbringen ist schlüssig. Im Ausgangspunkt richtig ist allerdings die Unterscheidung des Berufungsgerichts zwischen einem Negativattest und einer Rechtsauskunft. Ein Negativattest ist die Entscheidung der zuständigen Behörde, dass das ihr mitgeteilte Rechtsgeschäft keiner Genehmigung bedarf (BGH, Urteil vom 22. September 2009 - XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 Rn. 17). Ein Bescheid mit diesem Inhalt steht der Erteilung der Genehmigung gleich, wenn der Genehmigungsvorbehalt - wie hier - allein öffentlichen Interessen dient (BGH, Urteil vom 15. März 1951 - IV ZR 9/50, BGHZ 1, 294, 302; Ur-

teil vom 28. Januar 1969 - VI ZR 231/67, NJW 1969, 922, 923; Urteil vom 3. April 1985 - I ZR 29/83, WM 1985, 1405; Urteil vom 22. September 2009 - XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 Rn. 17; Urteil vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, WM 2013, 798 Rn.11). Von den Negativattesten sind die bloßen Mitteilungen und Bescheinigungen der Behörden zu unterscheiden. Ihnen kommt nur eine deklaratorische, die Gerichte nicht bindende Bedeutung zu. Sie sind ohne Wirkung für das Rechtsgeschäft, das weiterhin genehmigungsbedürftig bleibt (BGH, Urteil vom 28. Januar 1969 - VI ZR 231/67, NJW 1969, 922 924; Urteil vom 22. September 2009 - XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 Rn. 22).

45 bb) Die Würdigung des Vortrags des Klägers im Berufungsurteil, diesem sei nur eine Auskunft der Kommunalaufsichtsbehörde zu entnehmen, die den Erbbaurechtsvertrag möglicherweise fehlerhaft als genehmigungsfrei angesehen habe, beruht auf unzutreffenden Anforderungen an das Vorliegen eines Negativattestes. Die Erklärung der für die Genehmigung zuständigen Behörde stellt ein Negativattest dar, wenn die Behörde die öffentlich-rechtliche Rechtslage durch Verneinung der Genehmigungsbedürftigkeit endgültig hat klären wollen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 1969 - VI ZR 231/67, NJW 1969, 922, 923). Entsprechend dem für die Auslegung von Verwaltungsakten anzuwendenden Auslegungsgrundsatz in § 133 BGB (BGH, Urteil vom 9. Dezember 1982 - III ZR 106/81, BGHZ 86, 104, 110; BVerwG, NJW 1976, 303, 304) kommt es darauf an, ob der Empfänger (hier die beklagte Gemeinde) die Erklärung der Kommunalaufsichtsbehörde unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) so verstehen musste (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1998 - IX ZR 120/97, NJW 1998, 2138, 2140; BVerwG, NVwZ 1984, 518).

46 cc) Gemessen daran ist das Vorbringen des Klägers schlüssig, die Beklagte habe den Erbbaurechtsvertrag der Kommunalaufsichtsbehörde zur Prü-

fung der Genehmigungsbedürftigkeit vorgelegt und diese habe den Vertrag ausdrücklich gebilligt. Die von dem Berufungsgericht für seine Ansicht gegebene Begründung, der Kläger habe nur eine Auskunft vorgetragen, weil nach seinem Vortrag die von Gemeinden als Erbbauberechtigte abgeschlossenen Verträge damals von den Kommunalaufsichtsbehörden als genehmigungsfrei angesehen worden seien, berücksichtigt nicht, dass die Behörden auch dazu berufen sind, diese Frage zu entscheiden. Hätte der Landkreis als damals zuständige Kommunalaufsichtsbehörde sich so - wie von dem Kläger vorgetragen - erklärt, wäre der Vertrag wirksam geworden (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1951 - IV ZR 9/50, BGHZ 1, 294, 302) und die im Jahr 2012 erfolgte Versagung der Genehmigung durch das Regierungspräsidium ins Leere gegangen.

47 b) Das Berufungsgericht hätte den Beweisangeboten des Klägers nachgehen müssen. Die Verfahrensrügen der Revision sind begründet.

48 aa) Die Beweisanträge waren nicht auf eine unzulässige Ausforschung gerichtet. Einer Partei, die (wie hier der Kläger) an dem Verwaltungsverfahren zwischen der beklagten Gemeinde und der Kommunalaufsichtsbehörde über die Genehmigung des Vertrags nicht beteiligt ist, wird es häufig nicht erspart bleiben, in einem Zivilprozess Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genaue Kenntnis haben kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Unzulässig wird ein solches Vorgehen erst, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt. Ein solcher Vorwurf ist aber nur begründet, wenn jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte für den vorgetragenen Sachverhalt fehlen (vgl. Senat, Urteil vom 20. September 2002 - V ZR 170/01, NJW-RR 2002, 69, 70; BGH, Urteil vom 20. Juni 2002 - IX ZR 177/99, WM 2002, 1690, 1692 st. Rspr.). Davon kann

hier wegen des Vorbringens der Beklagten in einem 1974/75 geführten Vorprozess, dass die Kommunalaufsichtsbehörde die Genehmigungsbedürftigkeit des Erbbaurechtsvertrags geprüft habe, und wegen der Verpflichtung der Beklagten, eine verbindliche Entscheidung der Kommunalaufsicht über die Wirksamkeit des Erbbaurechtsvertrags herbeizuführen (siehe oben II.4.d), keine Rede sein.

49 bb) Die beantragte Vernehmung des Bürgermeisters ist kein nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ungeeignetes Beweismittel. Diese Vorschrift ist zwar im Zivilprozess entsprechend anzuwenden, wobei aber an die Annahme der Untauglichkeit des Beweismittels strenge Anforderungen zu stellen sind (BGH, Urteil vom 19. September 2012 - IV ZR 177/11, NJW-RR 2013, 9 Rn. 14). Dass der Bürgermeister - nach Einsichtnahme in die Verwaltungsakte - etwas Sachdienliches zu dem Beweisthema sagen kann, erscheint nicht von vorneherein ausgeschlossen.

50 cc) Begründet ist auch die von der Revision erhobene Verfahrensrüge gegen die von dem Berufungsgericht auf §§ 421, 424 ZPO gestützte Zurückweisung des Beweisantrags des Klägers auf Vorlage der Akten zu dem Verwaltungsvorgang aus den Jahren 1974 und 1975. Mit der Begründung, dass der Antrag auf Vorlage eines Aktenkonvoluts unzulässig sei, hätte der Beweisantritt erst nach einem gerichtlichen Hinweis gemäß § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO zurückgewiesen werden dürfen. Dieser ist nach Aktenlage nicht erteilt worden. Zudem rügt die Revision zu Recht, dass das Berufungsgericht unabhängig von dem nach § 424 ZPO gestellten Beweisantrag hätte prüfen müssen, ob es die Vorlage des in der Berufungsinstanz anhand des Aktenzeichnens näher bezeichneten Verwaltungsvorgangs gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO von Amts wegen anordnet. Auch wenn sich nach den §§ 423, 424 ZPO keine Pflicht des Gegners oder eines Dritten zur Vorlage der bezeichneten Urkunden ergibt, hat der

Tatrichter zu prüfen, ob er deren Vorlage anordnet. Das steht zwar - soweit nicht eine Rechtspflicht zur Urkundenvorlage besteht (vgl. Senat, Urteil vom 14. Dezember 2012 - V ZR 162/11, NJW 2013, 1003 Rn. 12 f.) - im Ermessen des Tatrichters, das von dem Revisionsgericht anhand der Urteilsgründe nur darauf überprüft wird, ob von ihm überhaupt Gebrauch gemacht worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2007 - XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23 Rn.21; Urteil vom 17. Juli 2014 - III ZR 514/13, WM 2014, 1611 Rn. 26). Letzteres ist hier aber nicht der Fall; denn die Zurückweisung des Beweisantrags ist allein auf die Vorschriften über den Urkundenbeweis (§§ 415 ff. ZPO) gestützt worden.

IV.

51 1. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

52 2. Sollte dem Kläger der Beweis für die Behauptung eines Negativattes-
tes nicht gelingen, wäre die Klage unbegründet. Insoweit führt das Berufungs-
gericht zutreffend aus, dass die Beklagte nach dem Zweck des Genehmi-
gungsvorbehalts sich zwar nicht zugleich auf die Unwirksamkeit des Erbbau-
rechtsvertrags zur Abwendung einer Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses und
auf die Ersitzung des dinglichen Rechts berufen darf. Zahlungsansprüche des
Klägers ergäben sich unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die
Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) daraus jedoch nur (dazu oben

II. 4.b), wenn die Beklagte nicht zur Aufhebung oder zur Übertragung des Erbaurechts auf den Kläger bereit wäre, was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber der Fall ist.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Czub

Kazele

Göbel

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 03.05.2013 - 16 O 182/12 -

OLG Celle, Entscheidung vom 07.01.2014 - 4 U 85/13 -