

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 108/64

URTEIL

Verkündet am

2. November 1966
Hirth, Justiz-
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landwirtschaftsinspektors a.D. Josef M. [REDACTED] in
B. [REDACTED] (b. M. [REDACTED]), Mo. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Ba. [REDACTED]-Wohnungen GmbH in L. [REDACTED]-W. [REDACTED],
H. [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch die Ge-
schäftsführer Dr. Günter Bö. [REDACTED], Rechtsanwalt in
L. [REDACTED]-S. [REDACTED], Karl-Maria-von-We. [REDACTED]-Straße [REDACTED],
und Architekt N. Z. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Olfertdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 24. März 1964 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer der im Grundbuch von M■■■■■, Gemarkung G■■■■■ eingetragenen Grundstücke Plan Nr. 16■■■■, 16■■■■, 160■■■■ und 160■■■■. Im Jahre 1958 traten die Parteien in Verhandlungen über die Bestellung eines Erbbaurechts an diesen Grundstücken zugunsten der Beklagten ein. Die Beklagte bestätigte mit Schreiben vom 21. Oktober 1958 eine mündliche Vereinbarung der Parteien vom 16. Oktober 1958 u.a. mit folgendem Wortlaut:

"1. Sie werden unserer Gesellschaft an den oben genannten Grundstücken ... ein Erbbaurecht auf 99 Jahre bestellen.

Der Erbbauzins beträgt 25 Pfennig pro Quadratmeter jährlich.

- 3 -

2. Unsere Gesellschaft ist berechtigt, durch einseitige Erklärung die Übereignung der mit Erbbaurecht belasteten Grundstücke von Ihnen zu unseren Kosten zu verlangen.
3. Unsere Gesellschaft wird den Erbbauzins durch einmalige Zahlung von 900 000 DM, zahlbar zu 400 000 DM durch Verrechnungsscheck beim Abschluß des Erbbaurechtsvertrages zu Händen des Notars Dr. BÜ[REDACTED], zu 400 000 DM bei Vorliegen der zur Wirksamkeit des Vertrages erforderlichen Genehmigungen beim amtierenden Notar und zu 100 000 DM bei restloser Räumung der mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücke von Heimgärten und Bewohnern ablösen. Zinszahlungen erfolgen nicht. Die Ablösung erfolgt auf Grund eines privatschriftlich zu fertigenden Ablösungsvertrages."

Mit Schreiben vom 22. Oktober 1958 berichtigte die Beklagte ihr Bestätigungsschreiben vom 21. Oktober 1958 dahin, daß der Erbbauzins nicht 0,25 DM, sondern 0,40 DM pro Quadratmeter jährlich betrage und der für 99 Jahre zu zahlende Gesamterbbauzins mithin aufgerundet sich auf 900 000 DM belaufe. Der Kläger bestätigte seinerseits mit einem Schreiben vom 26. Oktober 1958 im wesentlichen die Vorschläge der Beklagten. Er änderte dabei u.a. den Zahlungsvorschlag der Beklagten (Nr. 3 des Bestätigungsschreibens der Beklagten vom 21. Oktober 1958) dahin ab, daß er als zweite Teilzahlung 450 000 DM sowie als letzte Rate demgemäß 50 000 DM vorschlug, und ergänzte das Bestätigungsschreiben dahin, daß der Erbbauberechtigte die Vermögensabgabe nach dem Lastenausgleichsgesetz zu tragen habe.



Am 3. November 1958 schlossen die Parteien daraufhin einen notariellen Erbbaurechtsvertrag. Der Kläger bestellte der Beklagten in diesem Vertrag an den oben bezeichneten Grundstücken ein Erbbaurecht auf 99 Jahre. Der Erbbauzins sollte in das Erbbaugrundbuch eingetragen werden. Unter Buchstabe C) des notariellen Vertrags verpflichtete sich der Kläger ferner, auf jederzeitiges Verlangen des Erbbauberechtigten gegen Ablösung des Erbbauzinses für die ganze noch offene Laufzeit ohne Berechnung von Zwischenzinsen das Eigentum an den Grundstücken auf die Beklagte zu übertragen. Zu einer Übertragung des Eigentums vor dem 1. Januar 1960 war er indessen nicht verpflichtet. Der Kläger erteilte der Beklagten Vollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, ihn bei der Übertragung des Eigentums auf sich selbst allgemein zu vertreten und die Auflassung zu erklären. Unter Buchstabe D) ist festgestellt, daß die Beklagte dem Kläger ein unverzinsliches Darlehen in Höhe von 400 000 DM gewährt habe. Die Rückzahlung des Darlehens sollte gegen Verrechnung des jeweils fälligen Erbbauzinses oder der Gegenleistung für die Eigentumsübertragung erfolgen. Der Kläger verpflichtete sich zu Bestellung einer Sicherungshypothek von 400 000 DM. Er beantragte zur Sicherung dieses Anspruchs die Eintragung einer Vormerkung. Die Vertragsparteien einigten sich über die Bestellung des Erbbaurechts sowie über die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts. Diese Vormerkung wurde im Grundbuch eingetragen.

Am selben Tage - nach der Behauptung des Klägers vor der Unterzeichnung des notariellen Vertrages, nach der Darstellung der Beklagten erst nach dessen Unterzeichnung - schlossen die Parteien in den Räumen des Notariats, aber

ohne Mitwirkung des Notars, einen privatschriftlichen "Ablösungsvertrag", wonach der vereinbarte Erbbauzins durch eine einmalige Zahlung von 900 000 DM abgelöst wurde mit der Folge, daß dem Kläger keinerlei Ansprüche auf Entrichtung eines Erbbauzinses für die zu belastenden Grundstücke mehr zuständen, solange das vereinbarte Erbbaurecht laufe bzw. bis zum Erlöschen infolge Über-eignung an die Beklagte. Die 900 000 DM sollten, wie in der Korrespondenz vorgesehen, in Teilbeträgen von zwei-mal 400 000 DM und einmal 100 000 DM bezahlt werden. Im Falle der Ausübung des Ankaufsrechts aus dem notariellen Vertrage sollte der Ablösungsbetrag gleichzeitig der Ankaufspreis sein.

Die Beklagte bezahlte die ersten 400 000 DM mittels Verrechnungsschecks noch beim Notar, den Rest von 500 000 DM am 9. März 1959.

Die Landeshauptstadt München versagte mit Bescheid vom 8. Juni 1960 die preisrechtliche Genehmigung des notariellen Vertrages. Die Regierung von Oberbayern wies am 8. August 1960 den Widerspruch der Beklagten zurück. Die Beklagte erhob dagegen Anfechtungsklage. Beide Bescheide wurden von den Behörden danach wieder aufgehoben.

Die Landeshauptstadt München versagte dem notariellen Vertrag am 28. August 1961 die Genehmigung nach dem Bundesbaugesetz. Mit Bescheid vom 3. Mai 1963 erteilte die Landeshauptstadt aber unter Aufhebung des früheren Bescheides diese Genehmigung unter gewissen Auflagen. Über den Widerspruch des Klägers gegen diesen Bescheid ist noch nicht entschieden.

Unmittelbar nach dem Abschluß des notariellen Vertrages war es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten gekommen.

Die Beklagte wies den Kläger in einem Schreiben vom 6. November 1958 darauf hin, daß er die Bebauungsfähigkeit des Geländes bei den Kaufverhandlungen ausdrücklich zugesichert habe, so daß sie sich für berechtigt halte, gemäß § 123 BGB die Verträge anzufechten und so die Nichtigkeit herbeizuführen. Für den Fall, daß der Kläger ihr bis zum 25. November 1958 keine Stellungnahme zugehen lasse, drohte sie ihm an, dann die Anfechtung auszusprechen.

In einem Schreiben seines anwaltschaftlichen Vertreters vom 4. Februar 1960 ließ der Kläger mit der Begründung, er sei über die wahren Absichten der Beklagten bei der Verwendung der Grundstücke getäuscht worden, seine Erklärungen im notariellen Erbbaurechtsvertrag vorsorglich anfechten, jedoch dabei anfügen, die Beklagte solle durch diese Anfechtung nicht gehindert sein, auch jetzt noch zum Schreiben des Klägers vom 16. Dezember 1959 Stellung zu nehmen, da er ihrer Stellungnahme hierzu immer mit Interesse entgegenzusehen werde.

Der Kläger hält den Erbbaurechtsvertrag aus verschiedenen Gründen für nichtig. Er hat mit der vorliegenden Klage beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Löschung der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung des Erbbaurechts zu bewilligen.

Die Beklagte hat beantragt, den Kläger mit der Klage abzuweisen.

Sie hält den Vertrag für rechtswirksam.

Das Landgericht hat den Kläger mit der Klage abgewiesen. Er hat Berufung eingelegt und über sein bisheriges Verlangen hinaus beantragt festzustellen, daß

der Erbbaurechtsvertrag nichtig sei und der Beklagten kein Anspruch gegen ihn auf Bestellung eines Erbbaurechtes und Übertragung des Eigentums an den Grundstücken zustehe.

Das Oberlandesgericht hat nach dem Antrag der Beklagten die Berufung zurückgewiesen und die Feststellungsklage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers, mit der er sein bisheriges Begehren weiter verfolgt. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht hat festgestellt, die Parteien hätten sich auf einen jährlichen Erbbauzins von 9 088 DM geeinigt. Die notarielle Urkunde enthalte den wahren Vertragswillen. Die Parteien hätten insoweit keine Erklärung zum Schein abgegeben. Daneben habe die privatschriftliche Ablösungsvereinbarung gelten sollen. Es komme nicht darauf an, ob sie vor oder nach Unterzeichnung des notariellen Erbbaurechtsvertrags abgefaßt und unterschrieben worden sei. Sie habe zwar wesentliche Bedeutung für die Partner gehabt. Beide Verträge hätten aber nach dem Willen der Parteien nicht im Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit gestanden.

Der notarielle Vertrag sei nicht mangels Einwilligung der früheren Ehefrau des Klägers nach § 1365 BGB unwirksam. Durch ihren Tod im November 1962 wäre der Vertrag auf jeden Fall rückwirkend wirksam geworden.

Die von der Preisbehörde zunächst ausgesprochene Beanstandung des notariellen Vertrags sei durch die spätere Aufhebung des Bescheides und des Widerspruchsbescheides beseitigt worden und die Genehmigungsbedürftigkeit inzwischen nach §§ 185, 189 BBauG entfallen. Im Übrigen sei der Erbbaurechtsvertrag nach §§ 19 Abs. 2 Nr. 1 und 20 Abs. 2 BBauG genehmigt. Der vom Kläger dagegen eingelegte und noch nicht beschiedene Widerspruch ändere nichts daran, daß die Parteien mindestens gegenwärtig noch an den Vertrag gebunden seien.

Der Kläger habe in seinem Schreiben vom 4. Februar 1960 seinen Willen, den Erbbaurechtsvertrag anzufechten, nicht klar genug kundgetan. Im Übrigen sei nicht bewiesen, daß die Beklagte den Kläger arglistig getäuscht und er sich über die tatsächlichen Bebauungsmöglichkeiten im Irrtum befunden habe.

Schließlich hat das Berufungsgericht die unter Beweis gestellten Behauptungen des Klägers, er habe sich zur Zeit des Vertragsschlusses in einem Zustand so hochgradiger Bewußtseinstrübung befunden, daß seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen gewesen sei (§ 104 Nr. 2 BGB) gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen.

II.

1. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe aus Rechtsirrtum die Voraussetzungen des § 117 BGB als nicht erfüllt angesehen, ist darauf hinzuweisen, daß ein Scheingeschäft vorliegt, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundene Rechtswirkung nicht eintreten lassen wollen; es setzt deshalb voraus, daß den Parteien der

Geschäftswille fehlt (vgl. BGHZ 36, 84, 87 f). Das Oberlandesgericht hat nicht gegen diese Rechtsgrundsätze verstoßen. Es hat nämlich festgestellt, die im notariellen Erbbaurechtsvertrag niedergelegte Verpflichtung des Klägers - Bestellung des Erbbaurechts gegen einen jährlich, jeweils am 3. November fälligen Erbbauzins von 9 088 DM - habe tatsächlich dem Willen beider Vertragsparteien entsprochen. Diese Überzeugung hat das Berufungsgericht schon auf Grund der Nr. 1 des Bestätigungsschreibens der Beklagten vom 21. Oktober 1958 (nebst der Berichtigung vom 22. Oktober 1958) und dem Antwortschreiben des Klägers vom 26. Oktober 1958 (zu Nr. 1) gewonnen. Nach dem Schriftwechsel hätten die Parteien bereits vor Vertragsschluß den jährlichen Erbbauzins auf 0,40 DM je Quadratmeter festgelegt. Bei einer Größe des gesamten Grundbesitzes von 22720 qm habe der Preis genau den im Erbbaurechtsvertrag erwähnten Zins von jährlich 9 088 DM ergeben. Der Jahresbetrag habe die Berechnungsgrundlage für die Ablösungssumme gebildet.

Die Revision meint demgegenüber, der Standpunkt des Berufungsgerichts müsse schon deshalb irrtümlich sein, weil ein jährlicher Erbbauzins von 9 088 DM, der 99 Jahre hindurch zu entrichten wäre, nicht bei sofortiger Zahlung mit dem gleichen Summenbetrag aller Erbbauzinsen zu bewerten sei. Die im Ablösungsvertrag genannten 900 000 DM seien der von den Parteien vorgestellte Wert des Grundstücks. Der Erbbauzins von 9 088 DM jährlich stelle daher nur eine Verzinsung des Grundstückswerts von etwa 1 % dar, was überhaupt kein Gegenwert wäre. Der Erbbauzins von jährlich 9 088 DM sei nur ein fingierter Betrag und niemals Berechnungsgrundlage für die Ablösungssumme gewesen.

Mit diesem Vorbringen versucht die Revision, den Sachverhalt anders zu würdigen als der Tatrichter. Sie überschreitet damit die ihr verfahrensrechtlich gezogenen Grenzen. Das Oberlandesgericht hat die Bedeutung der Ablösungsvereinbarung für den Geschäftswillen der Parteien ausführlich erörtert. Es hat im Hinblick auf die mündlichen Vorbesprechungen der Parteien festgestellt, daß die Ablösungsabsprache von beiden Parteien **n e b e n** dem Erbbaurechtsvertrag gewollt war. Die äußere Trennung der Vereinbarung über den Erbbauzins und der Ablösungsvereinbarung unter Nr. 1 und 3 der Schreiben vom 21. und 26. Oktober 1958, aber auch die vom Kläger unbeanstandete Fassung der Nr. 3 des Bestätigungsschreibens vom 21. Oktober 1958, schließlich die schon damals ausdrücklich vereinbarte Trennung des Vertragswerks in einen notariellen Erbbaurechtsvertrag und einen privatschriftlichen Ablösungsvertrag deuten nach Ansicht des Oberlandesgerichts darauf hin, daß die Parteien von vornherein nicht die Ablösung, sondern ausschließlich das jährliche Entgelt von 9 088 DM als den zu vereinbarenden Erbbauzins angesehen haben. Am Geschäftswillen hat es ihnen nach der Überzeugung des Tatrichters insoweit also nicht gefehlt. Diese tatrichterliche Würdigung läßt entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht einen Verfahrensverstoß nicht erkennen. Wenn die Revision rügt, das Oberlandesgericht habe nicht den vom Kläger im Schriftsatz vom 9. Mai 1963 beantragten Beweis über Äußerungen des Geschäftsführers der Beklagten Dr. B. [REDACTED] erhoben, die jene Feststellungen des Berufungsurteils zu entkräften vermögen, läßt sie außer acht, daß der Kläger das Beweisangebot im zweiten Rechtszug nicht wiederholt hat (vgl. BGHZ 35, 103, 106).

Soweit der Revisionskläger in diesem Zusammenhang ferner den Hinweis des Berufungsurteils auf die dem Kläger zugute kommende dingliche Sicherung der wiederkehrenden Zinsleistungen (§ 9 Abs. 1 ErbbaurechtsVO) beanstandet, handelt es sich um einen Angriff auf eine lediglich zusätzliche, nicht ausschlaggebende Erwägung des Tatrichters.

2. Hingegen hat der Revisionsangriff Erfolg, das Berufungsgericht habe §§ 11 Abs. 2 ErbbaurechtsVO, 313 BGB verletzt. Der notarielle Vertrag und die privatschriftliche Vereinbarung müßten als einheitliches Vertragswerk gewertet werden, weil sie im Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit ständen.

Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts hat folgende Erwägung Platz zu greifen. Der der Erbbaurechtsbestellung zugrunde liegende Kausalvertrag bedarf nach § 11 Abs. 2 ErbbaurechtsVO der notariellen Beurkundung (§ 313 BGB), und zwar müssen alle Abreden, die die Vertragspartner für den Abschluß als wesentlich erachten, in die Urkunde aufgenommen werden (vgl. RGZ 97, 219, 220; 103, 295, 298). Es gibt keine rechtliche Möglichkeit, die privatschriftliche Vereinbarung über die Ablösung, die von den Parteien als Entgelt gewollt ist, als einen vom Kausalvertrag getrennten selbständigen Vertrag anzusehen. Die Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts gehört hier zum Wesen des Kausalvertrags (vgl. § 433 Abs. 2 BGB). Das Entgelt besteht, wie die Vorbesprechungen der Parteien und ihr zur Bestätigung der Absprache geführter Schriftwechsel nach der Wertung des Tatrichters ergeben, aus dem Erbbauzins, der zwar geschuldet sein und die Berechnungsgrundlage der Ablösung bilden soll, aber durch Zahlung von 900 000 DM in Raten

abzulösen ist. Auf einen erheblichen, sofort zu erlegenden Teil dieser Ablösung war der Kläger zur Abfindung des Vorkäufers K[REDACTED] unausweichlich angewiesen. Die Abfindung des K[REDACTED] war die Voraussetzung des Erwerbs des Erbbaurechts und des Ankaufsrechts durch die Beklagte. Sie wußte das. Das Oberlandesgericht bezeichnet denn auch die Ablösungsabrede für die Parteien als "wesentlich". Die Partner können nicht willkürlich gewisse Vertragsbestimmungen von der Beurkundung ausschließen, es sei denn, es handelt sich um Nebenbestimmungen, auf welche die Vertragsschließenden keinen Wert legen und von deren Wirksamkeit sie den Bestand des Veräußerungsvertrags nicht abhängig gemacht haben (vgl. Urteil des Senats V ZR 62/64 vom 8. März 1966, WM 1966, 585, 586). Der Wille der Klageparteien, die zur Gegenleistung gehörende, wesentliche Ablösung von 900 000 DM zum Gegenstand einer rechtlich selbständigen Vereinbarung zu machen und sie vom notariellen Erbbaurechtsvertrag getrennt zu halten, ist hier unbeachtlich. Die Vorstellungen und Erklärungen der Parteien beruhen insoweit auf Rechtsirrtum (vgl. RG HRR 1925 Nr. 1001). Der Tatrichter hätte in diesem Zusammenhang übrigens der Frage nachgehen müssen, ob der Erbbaurechtsvertrag selbst dann ein eigenes rechtliches Dasein nach der Vorstellung der Parteien weiterführen sollte, wenn die privatschriftliche Vereinbarung etwa infolge Nichtigkeit entfielen. Die Frage hätte er schwerlich bejahen können. Aus alledem folgt, daß die Regel des § 313 BGB hinsichtlich der gesamten obligatorischen Abreden Platz greifen muß (vgl. Ingenstau aaO § 11 Rdn. 17) und diese Abreden formnichtig sind. Der Klage kann gleichwohl noch nicht stattgegeben werden, weil die Beklagte gegenüber dem Formmangel die Einrede

der Arglist erhoben und das Berufungsgericht hierzu bisher nicht Stellung genommen hat.

3. Entgegen den von der Revision geäußerten Bedenken hat das Oberlandesgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeführt, Teil C des notariellen Vertrags vom 3. November 1958, der sich mit der Verpflichtung des Klägers zur Eigentumsübertragung befaßt, habe rechtswirksam ein Ankaufsrecht der Beklagten begründet; den Kaufpreis hätten die Parteien hinreichend genau bestimmt. Eine noch genauere Bestimmung sei gar nicht möglich gewesen, weil nicht festgestanden habe, ob und gegebenenfalls wann die Beklagte von ihrem Ankaufsrecht Gebrauch machen würde. Die Parteien waren sich bei der Abfassung des Teils C darüber einig, daß die Ablössungssumme dem jeweiligen "Gesamterbbauzins" (s. Schreiben der Beklagten vom 22. Oktober 1958) entspricht. Dieser Gesamterbbauzins errechnet sich ohne Abzug von Zwischenzinsen jeweils aus der Multiplikation des jährlichen Zinses von 9 088 DM mit der Zahl der Jahre für die noch offene Laufzeit des Erbbaurechts im Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts. Infolgedessen war auch der Kaufpreis bestimmt genug angegeben. Seine Fälligkeit richtete sich ebenfalls nach dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte das Ankaufsrecht ausübte. Mit dieser Regelung stand der privatschriftliche Ablösungsvertrag nicht in Widerspruch. Er befaßte sich mit der Ablösung in Höhe des Gesamterbbauzinses und besagte außerdem, im Falle der Ausübung des Ankaufsrechts solle der Ablösungsbetrag von 900 000 DM gleichzeitig der Ankaufspreis sein. Das entsprach der Vereinbarung in Teil C des notariellen Vertrags. Unter solchen Umständen bringt die Revision vergeblich vor, das Be-

berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang durch Beweis-
aufnahme die Frage klären müssen, ob die privatschrift-
liche Ablösungsabrede vor oder nach dem notariellen Ver-
trag zustande gekommen ist.

4. Die Revision rügt weiterhin, das Berufungsgericht
habe nicht erkannt, daß nach dem Vortrag des Klägers die
Parteien unter F des notariellen Vertrags wahrheitswidrig
"die Vermögensverfügung im ganzen" verneint haben. Es
liege eine unzulässige Umgehung des § 1365 BGB mit der
Folge vor, daß der notarielle Vertrag von vornherein
nichtig war.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Ein auf Umgehung abgestelltes Zusammenwirken der
Parteien folgt nicht aus dem als übergangen gerügten
Vorbringen des Klägers in der Berufungsbegründung.

Einen bewußten Verstoß Dr. Bö[REDACTED] gegen § 1365 BGB
hat das Oberlandesgericht diesem Vortrag nicht entnehmen
müssen. Daß das Vermögen des Klägers am 3. November 1958
nur aus dem Grundbesitz in G[REDACTED] bestand, ist nicht
festgestellt. Dr. Bö[REDACTED] hätte es auch trotz der angeb-
lich am 3. November 1958 beim Notar mündlich vom Kläger
so dargestellten Vermögenslage nicht annehmen müssen.
Der Kläger hatte vor dem 3. November 1958 einen Teil
seines Grundbesitzes an K[REDACTED] zu hohem Preis ver-
kauft und den Preis erhalten. Dr. Bö[REDACTED] ist möglicher-
weise davon ausgegangen, daß der Kläger dieses Geld ganz
oder teilweise für sich angelegt hatte. Der Kläger besaß
nämlich offensichtlich keine ausreichenden Barmittel
mehr, um K[REDACTED] nach Aufhebung des mit ihm geschlossenen
Kaufvertrags abzufinden. Dazu benötigte er das ihm
nach D des notariellen Vertrags von der Beklagten gewährte
Darlehen von 400 000 DM.

Da das als übergangen gerügte Vorbringen des Klägers somit im Rahmen des § 1365 BGB nicht erheblich ist, hat das Berufungsgericht § 286 ZPO nicht verletzt. Auch im übrigen lassen die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß hier aus § 1365 BGB keine Nichtigkeit des Vertrags hergeleitet werden könnte, einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

5. Die Revision meint ferner, das Oberlandesgericht habe zu Unrecht die Aufhebung der Bescheide vom 8. Juni und 8. August 1960 hingenommen, die die preisrechtliche Genehmigung versagt haben. Nach den aufhebenden Bescheiden vom 5. Dezember 1960 und 26. Januar 1961 handele es sich um Akte, die **r e c h t s k r ä f t i g e** Bescheide ohne fristgemäß eingelegte Rechtsmittel aufgehoben hätten. Die Anfechtungsklage gegen den Widerspruchsbescheid vom 8. August 1960 sei nicht fristgerecht erhoben worden. Mit der Rechtskraft dieses Bescheides sei der bis dahin schwebend unwirksame Erbbaurechtsvertrag vom 3. November 1958 endgültig unwirksam geworden.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Gegen den Widerspruchsbescheid vom 8. August 1960 hat die Beklagte bereits nach ihrem Vortrag in der Klagebeantwortung Anfechtungsklage erhoben. Der Kläger hat demgegenüber in den Vorinstanzen nicht darauf hingewiesen, daß diese Klage verspätet erhoben worden ist. Er hat das auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht nicht mehr behauptet. Das Landgericht hat in seinem Urteil ausdrücklich festgestellt, die ursprüngliche Versagung der preisbehördlichen Genehmigung sei **n i e** rechtskräftig geworden. Der Kläger

hat sich in der Berufungsinstanz dagegen nicht gewandt. Er hat - folgerichtig - nur geltend gemacht, daß eine Genehmigung "noch nicht rechtskräftig erteilt" worden sei. Unter solchen Umständen ist das Vorbringen der Revisionsbegründung, die versagenden Bescheide vom 8. Juni 1960 und 8. August 1960 seien rechtskräftig geworden, neu. Der Kläger kann damit in der Revisionsinstanz nicht gehört werden. Seine rechtlichen Folgerungen entbehren infolgedessen der tatsächlichen Grundlage.

Da mit dem Tatrichter davon auszugehen ist, daß die versagenden Bescheide nicht rechtskräftig geworden sind, und mit Wirkung vom 29. Oktober 1960 die Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. Juli 1942 (RGBl I 451) aufgehoben ist (§ 186 Abs. 1 Nr. 65, § 189 BBauG), haben entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht preisrechtliche Vorschriften eine Unwirksamkeit des Erbbauvertrags nicht herbeigeführt.

6. Die Revision rügt weiterhin, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die vom Kläger erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht durchgreifen lassen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Meinung des Oberlandesgerichts, im Schreiben vom 4. Februar 1960 sei der Wille der Anfechtung nicht in klarer und eindeutiger Form zum Ausdruck gekommen, auf Rechtsirrtum beruht. In einer Hilfs erwägung hat es die Eindeutigkeit und Rechtzeitigkeit der Anfechtung (§ 124 BGB) unterstellt, den Kläger aber hinsichtlich des Anfechtungsgrundes für beweisfällig erklärt. Der dagegen gerichtete Angriff der Revision erweist sich als erfolglos.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, es sei nicht bewiesen, daß der Beklagten die tatsächlichen Bebauungsmöglichkeiten schon beim Vertragsschluß bekannt gewesen seien, sie aber dennoch den Kläger darüber arglistig getäuscht habe. Außerdem folge aus der vom Kläger in dessen Antwortschreiben vom 26. Oktober 1958 nicht beanstandeten Feststellung unter Nr. 5 Satz 1 des Bestätigungsschreibens der Beklagten vom 21. Oktober 1958, daß der Berechnung des Erbbauzinses s ä m t l i c h e Grundstücke zugrunde gelegt worden seien. Es sei demnach nicht ersichtlich, worüber die Beklagte den Kläger getäuscht haben sollte.

Die Revision greift diese Feststellung über die Vorstellung der Vertragspartner von der Bebaubarkeit aller Grundstücke mit dem Hinweis an, der Kläger habe die Nummer 5 des Schreibens der Beklagten vom 21. Oktober 1958 im hier interessierenden Teil überhaupt nicht bestätigt. Denn im Eingang zu seinem Schreiben vom 26. Oktober 1958 heiße es, er bestätige die Vorschläge der Beklagten "wie folgt". Was demnach nicht ausdrücklich bestätigt sei, habe auch nicht seine Billigung gefunden.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Kläger selbst hat bereits im ersten Rechtszug vorgetragen, daß das Schreiben der Beklagten vom 21. Oktober 1958 die Bestätigung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen darstellt, und damit vorbehaltlos zugegeben, daß er bei der mündlichen Absprache des Erbbaurechtsvertrags u.a. versichert hat, die mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücke seien als Baugelände ausgewiesen. Schon danach kommt es nicht mehr auf den jetzigen Vortrag an, er habe in seinem Antwortschreiben vom 26. Oktober 1958 seinerseits nicht alles

bestätigt, was im Schreiben der Beklagten vom 21. Oktober 1958 festgehalten ist. Darüberhinaus hat das Oberlandesgericht ohne Verfahrensverstoß das Schreiben des Klägers vom 26. Oktober 1958 als Beweis dafür angesehen, daß beide Vertragspartner auf Grund der Versicherung des Klägers sämtliche Grundstücke als bebaubar erachtet haben, und rechtsfehlerfrei festgestellt, daß ein Irrtum des Klägers insoweit nicht erkennbar ist. Im übrigen weist die Beklagte in der Revisionsbeantwortung zutreffend darauf hin, daß nach dem auch vom Oberlandesgericht gewürdigten Genehmigungsbescheid der Landeshauptstadt München vom 3. Mai 1963 noch zu dieser Zeit kein rechtskräftiger Bebauungsplan vorlag und noch nicht einmal einwandfrei feststand, daß die beabsichtigte Bebauung der künftigen Festlegung des Bebauungsplans nicht entgegensteht. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht danach ferner den Beweis für eine arglistige Täuschung der Beklagten als nicht erbracht angesehen.

7. Schließlich rügt die Revision, das Oberlandesgericht habe dadurch gegen § 529 Abs. 2 ZPO verstoßen, daß es den Vortrag des Klägers über seine Geschäftsunfähigkeit nicht zugelassen habe.

Der Angriff hat Erfolg.

Der Kläger hat im zweiten Rechtszug zusätzlich Feststellungsklage erhoben und sich auch auf seine Geschäftsunfähigkeit zur Zeit des Vertragsschlusses berufen. Klage- und Berufungsanträge sowie neue mit ihnen geltend gemachte Ansprüche gehören nicht zu den Angriffsmitteln im Sinne des § 529 Abs. 2 (RG HRR 1935 Nr. 1536). Der Anspruch ist vielmehr der Angriff selbst und darf deshalb nur nach §§ 264, 523 ZPO beurteilt werden. Da das Ober-

landesgericht den Feststellungsantrag zugelassen hat, hätte es das Vorbringen hierzu nicht nach § 529 Abs. 2 ZPO zurückweisen dürfen (vgl. BGH Urteil vom 18. Januar 1955 - 1 ZR 119/53, LM ZPO § 264 Nr. 6; Wieczorek, ZPO § 529 B I 5). Auf den Vortrag in der ergänzenden Revisionsbegründung kommt es nicht mehr an.

III.

Das angefochtene Urteil kann hiernach nicht bei Bestand bleiben. Es muß aus den oben zu II 2 und 7 genannten Gründen aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Offterdinger

Dr. Grell