

2055 087

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ErbbauVO §§ 1, 11; BGB § 873

Zur Frage, inwieweit bei Erbbaurechtsverträgen Mängel
der dinglichen Einigung zugleich die schuldrechtlichen
Vereinbarungen berühren.

BGH, Urt. v. 14. Februar 1969 - V ZR 119/65 OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_119/65

URTEIL

Verkündet am

14. Februar 1969

Wüst,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Baugenossenschaft "W [REDACTED]" eingetragene
Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht in B [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre Vorstandsmitglie-
der Anton B [REDACTED] in B [REDACTED], W [REDACTED]ring [REDACTED], und Josef
S [REDACTED] in B [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Käthe W [REDACTED] geb. O [REDACTED]
in B [REDACTED] Q [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Dr. Grell für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 18. Juni 1965 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, Eigentümerin eines Hofes in B [REDACTED] G [REDACTED], bot der beklagten Baugenossenschaft mit notarieller Urkunde vom 11. Februar 1960 an, ihr auf 99 Jahre ein Erbbaurecht an drei Flurstücken dieses Hofes in Größe von insgesamt 35 655 qm zu bestellen. Das Angebot, das die näheren Einzelheiten des abzuschließenden Erbbaurechtsvertrages enthielt und bis zum 30. Juni 1960 befristet war, wurde von der Beklagten abgelehnt. Daraufhin erneuerte die Klägerin am 21. Juli 1960 ihr Angebot unter Änderung einzelner Vertragsbestimmungen und Fristverlängerung bis Ende Dezember 1960; gleichzeitig dehnte sie es aus auf ein weiteres Flurstück in Größe von 26 890 qm, jedoch mit Ausnahme einer am westlichen Ende dieses Flurstücks gelegenen Teilfläche von etwa 4 890 qm. Am 29. Dezember 1960 erklärte die Beklagte, daß sie das Vertragsangebot der Klägerin annehme. Das Erbbaurecht wurde, da zwischen den Parteien Meinungsverschieden-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

heiten über das Zustandekommen eines Vertrages bestehen, bisher nicht im Grundbuch eingetragen. Durch Vertrag vom 6. Juni 1961 übertrug die Beklagte das ihr nach ihrer Meinung zustehende Erbbaurecht an einer Teilfläche von etwa 35 000 qm auf die Stadt B[REDACTED], die sich verpflichtete, auf dieser Fläche eine Volksschule, öffentliche Straßen sowie Sport- und Grünanlagen zu erstellen.

Mit der vorliegenden Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, daß der zwischen den Parteien in den notariellen Urkunden vom 11. Februar, 21. Juli und 29. Dezember 1960 abgeschlossene Erbbaurechtsvertrag nicht rechtswirksam sei. Hilfsweise möchte sie festgestellt wissen, daß durch die Erklärungen der Parteien in den genannten Urkunden kein Anwartschaftsrecht der Beklagten auf ein Erbbaurecht entstanden sei; weiterhin Hilfsweise, daß die Beklagte auf Grund des Erbbaurechtsvertrages nicht berechtigt sei, ohne Zustimmung der Klägerin das Erbbaurecht zu teilen oder Teile davon an Dritte zu veräußern. Zur Begründung trägt sie vor, der beurkundende Notar habe ihr am 22. November 1960 namens und im Auftrag der Beklagten erklärt, daß das Vertragsangebot abgelehnt werde; damit sei das Angebot erloschen gewesen und habe am 29. Dezember 1960 nicht mehr von der Beklagten angenommen werden können. Die Klägerin ist im übrigen der Ansicht, der Vertrag enthalte eine unzulässige Wertsicherungsklausel und weise zahlreiche sonstige Rechtsmängel auf; insbesondere fehle es hinsichtlich verschiedener für das Erbbaurecht wesentlicher Punkte an einer Einigung zwischen den Parteien. Außerdem habe sie den Vertrag rechtswirksam wegen Irrtums angefochten. Schließlich berechtige er die Beklagte allenfalls zu einer Veräußerung des Erbbaurechts im ganzen, während ihr eine Befugnis, es zu teilen, nicht zustehe. Die Beklagte beantragt Klageab-

weisung. Sie bestreitet das tatsächliche Vorbringen der Klägerin und ist ihren Rechtsausführungen entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dem Hauptantrag der Klage stattgegeben und die Unwirksamkeit des Erbbaurechtsvertrages festgestellt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Daß das Berufungsgericht vorschriftswidrig besetzt gewesen sei (§ 551 Nr. 1 ZPO), hat die Revision nicht dargetan. Das von ihr angeführte Urteil vom 30. April 1965, V ZR 230/62 bezog sich auf den 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Braunschweig und hatte die dortige Geschäftsverteilung für das Jahr 1962 zum Gegenstand, während das jetzt angefochtene Berufungsurteil vom 2. Zivilsenat stammt und auf mündliche Verhandlung vom 20. Mai 1965 ergangen ist. Wenn der Vorsitzende des letztgenannten Senats, wie die Revision geltend macht, damals zugleich den Vorsitz im 3. Zivilsenat führte und außerdem noch ein weiterer Richter beiden Senaten als stellvertretender Vorsitzender und Beisitzer angehörte, ist das solange nicht zu beanstanden, als die Zuständigkeitsgebiete der zwei Senate geschäftsplanmäßig einwandfrei voneinander abgegrenzt sind (Urteil vom 3. Juli 1967, VIII ZR 82/65, S. 5 f); daß es an dieser Voraussetzung hier gefehlt habe, behauptet auch die Revision nicht. Ebensowenig greift ihre weitere Rüge durch, der Vorsitzende - Vizepräsident Dr. F[REDACTED] - sei "an sich"

praktisch nicht in der Lage gewesen, 75% der anfallenden Geschäfte eines jeden Zivilsenats wahrzunehmen (BGHZ 37, 210). Denn mit dieser allgemeinen Wendung wurde nicht konkret behauptet, daß der Vorsitzende in der Tat weniger als drei Viertel der angefallenen Arbeiten erledigt habe. Außerdem hat der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 29. November 1967, I b ZR 165/65, das ebenfalls eine Braunschweiger Entscheidung vom Jahre 1965 betraf, bereits das Gegenteil festgestellt (S. 5 f aaO); danach war Vizepräsident Dr. F. [REDACTED] trotz seiner Zugehörigkeit zu zwei Senaten und gleichzeitiger Tätigkeit als Leiter des Landesprüfungsamts "in der Lage, in der nach dem Gesetz gebotenen Weise als Vorsitzender an der Rechtsprechung des 3. Zivilsenats mitzuwirken". Entsprechendes muß auch für seine Vorsitzenden-Tätigkeit im 2. Zivilsenat gelten.

2. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage (§ 256 ZPO) hat der Berufungsrichter mit Rücksicht darauf, daß die Beklagte sich im Prozeß eines wirksam vereinbarten Erbbaurechts an den Grundstücken der Klägerin berührt und einen Teil dieses Rechtes bereits an die Stadt B. [REDACTED] weiterzuveräußern versucht hat, ohne Rechtsirrtum bejaht. Auch von der Revision werden insoweit keine Einwendungen erhoben.

3. Gegenstand von Revisionsangriffen ist die rechtliche Beurteilung, die das Oberlandesgericht dem § 6 des Erbbaurechtsvertrages hat zuteil werden lassen. Dort wird der Erbbauzins auf jährlich 0,50 DM je Quadratmeter festgesetzt, und es heißt dann weiter (Abs. 4 und 5):

"Sollten sich die Gehälter der Beamten des gehobenen Dienstes der Stadt B. [REDACTED] oder des Bundes um insgesamt mehr als 20% gegenüber dem Stand vom 11.2.1960 verändern, werden Grund-

stückseigentümerin und Erbbauberechtigte den Erbbauzins den dann herrschenden allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen, so daß eine angemessene Verzinsung des Verkehrswertes des Grundbesitzes stets gewährleistet ist. Der Erbbauzins soll dann mindestens in dem gleichen Maße geändert werden, wie sich die Beamtengelder geändert haben.

Der Erbbauzins dient dem Lebensunterhalt der Grundstückseigentümerin und ihrer Familie. Er soll stets so hoch sein, daß der heutige Lebensstandard der Grundstückseigentümerin und ihrer Familienangehörigen erhalten bleibt."

Diese Vereinbarung hält der Berufungsrichter für eine Wertsicherungsklausel im Sinne von § 3 Satz 2 WährG, die mangels Genehmigung durch die Landeszentralbank schwebend unwirksam sei und nach dem entsprechend anzuwendenden § 139 BGB die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge habe. Ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt, wonach vereinbarungsgemäß die Geldschuld erst künftig genau beziffert werden sollte, liege entgegen der Meinung der Beklagten nicht vor.

Das erscheint, wie der Revision einzuräumen ist, nicht unbedenklich. Zutreffend unterscheidet freilich das angefochtene Urteil zwischen genehmigungsbedürftigen Gleitklauseln und genehmigungsfreien Leistungsvorbehalten. Bei der Gleitklausel hängt die zahlenmäßige Höhe der Verbindlichkeit unmittelbar von einer vertraglich vereinbarten Bezugsgröße ab, und jede Veränderung derselben führt zwangsläufig ("automatisch") zur entsprechenden Erhöhung oder Verringerung des geschuldeten Geldbetrages, während im Falle des Leistungsvorbehalts die Höhe dieses Betrages zunächst noch unbestimmt bleibt und erst durch eine weitere, selbständige Maßnahme ermittelt werden muß. Die Änderung der Bezugs-

größe bildet also letzterenfalls nur eine Voraussetzung für die Bestimmbarkeit der Leistung; sie gibt bloß den Anstoß dazu, daß auf Wunsch des Gläubigers die Höhe der Schuld in irgendeiner Form - etwa durch eine weitere Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern oder durch einen Dritten - der späteren Entwicklung angepaßt und neu beziffert wird (Urteile vom 6. Oktober 1967, V ZR 141/64, WM 1967, 1248, 1249, vom 28. Juni 1968, V ZR 195/64, WM 1968, 985, 986, und vom 18. Oktober 1968, V ZR 63/65, WM 1969, 62, 63 f).

Fraglich ist indessen, ob das Oberlandesgericht diese Grundsätze fehlerfrei auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt angewendet hat. Soweit es meint, durch § 6 Abs. 4 des Erbbaurechtsvertrages, der den Erbbauzins von der Entwicklung der Beamtengehälter abhängig mache, werde der zahlenmäßige Umfang der Neufestsetzung bindend vorge-schrieben und den Parteien trotz des Wortes "mindestens" kein - die Automatik ausschließender - Spielraum gewährt, weil die Beklagte insbesondere zu einer über das etwaige Ansteigen der Beamtengehälter hinausgehenden Erbbauzins-erhöhung "nicht verpflichtet" sei, lassen die Urteils-ausführungen nicht erkennen, woraus sich das Nichtbestehen einer solchen Pflicht ergeben soll. Angesichts des von dem Zeugen Dr. Vo [REDACTED] bekundeten Verlangens der Klägerin, der Erbbauzins müsse immer den durch den Vertrag geschaf-fenen sozialen Verhältnissen entsprechen (BU S. 20), das auch durch den Wortlaut von § 6 Abs. 5 des Erbbaurechts-vertrages bestätigt wird, scheint es keineswegs ausge-schlossen, daß die Klägerin nach dem Willen der Vertrag-schließenden sehr wohl berechtigt sein sollte, unter ge-wissen Umständen eine über den Prozentsatz der gestiege-nen Beamtengehälter hinausgehende, zusätzliche Erbbauzins-erhöhung zu fordern, vor allem wenn die Beamtengehälter

trotz Ansteigens um mehr als 20% noch hinter einer Erhöhung des Lebensstandards oder einer sonstigen Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zurückbleiben würden.

Das Außerachtlassen dieses Gesichtspunktes im Berufungsurteil mag jedoch dahinstehen, und es kann auch offenbleiben, ob etwa eine sogenannte Spannungsklausel vorliegt. Denn unabhängig von der Annahme, es handele sich um eine genehmigungsbedürftige Wertsicherungsklausel, führt das Urteil noch weitere Gründe an, aus denen seiner Ansicht nach kein gültiger Erbbaurechtsvertrag besteht. Von diesen halten jedenfalls die beiden im folgenden (Nr. 4 und 5) zu erörternden Gründe einer rechtlichen Nachprüfung stand.

4. Die Bestellung eines Erbbaurechts setzt gemäß § 11 ErbbauVO, der die Vorschriften über Grundstücke für entsprechend anwendbar erklärt, Einigung und Grundbucheintrag voraus. Was die Einigung anbetrifft, so ist für diesen dinglichen Akt keine besondere Form vorgeschrieben; § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO schließt die Anwendung des § 925 BGB aus - ebenso wie die des später erlassenen § 925 a BGB -, und es verbleibt daher bei der allgemeinen Regelung des § 873 BGB (Ingenstau, Kommentar zur ErbbauVO 3. Aufl. § 11 Anm. 23). Erforderlich ist danach, daß die Vertragsschließenden sich über alle wesentlichen Einzelheiten der beabsichtigten Grundstücksbelastung einig werden. Art, Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts sind eindeutig festzulegen; sie müssen sich auch für dritte Personen, insbesondere die späteren Berechtigten und Verpflichteten, aus Wortlaut und Sinn dessen, was bei der Einigung erklärt wurde, zweifelsfrei ergeben (RGZ 131, 158, 168; BGB RGRK 11. Aufl. § 873 Anm. 67; Palandt/Degenhart, BGB 28. Aufl. § 873 Anm. 3 c). Bei einem Erbbaurecht gehören zu den Ein-

zelheiten, auf die sich die Einigung, um rechtswirksam zu sein, zu erstrecken hat, sowohl die gesetzlichen Merkmale dieses Rechts, wie sie § 1 ErbbauVO aufzählt, als auch sämtliche sonstigen Abreden, welche die Beteiligten gemäß §§ 2 ff aaO zu seinem vertragsmäßigen, jedem Teilnehmer am Rechtsverkehr gegenüber verbindlichen Inhalt machen wollen (vgl. Ingenstau aaO § 1 Anm. 16 und § 11 Anm. 22).

Da ohne dingliche Einigung kein Erbbaurecht entstehen kann, bildet sie einen unerläßlichen Bestandteil der Erbbaurechtsbestellung. Fehlt die Einigung oder weist sie einen grundlegenden Mangel auf, dann hat das möglicherweise zur Folge, daß auch der ganze übrige Erbbaurechtsvertrag nichtig ist. So soll es sich nach Meinung des Oberlandesgerichts im vorliegenden Fall verhalten. Das Berufungsurteil weist auf mehrere zur wirksamen Erbbaurechtsbestellung notwendige Einzelpunkte hin, über die sich, wie es feststellt, die Parteien bei Abschluß des Vertrages vom Jahre 1960 teils überhaupt nicht, teils nur unter Verletzung zwingender Gesetzesvorschriften geeinigt hätten.

Bei dem ersten dieser Einigungsmängel handelt es sich um die mit dem Erbbaurecht zu belastende Bodenfläche. Sie war, so führt das Urteil aus, zwar in dem ursprünglichen Vertragsangebot vom 11. Februar 1960 ausreichend bestimmt, nicht dagegen in der späteren Urkunde vom 21. Juli 1960, mit der die Klägerin ihr Angebot auf das 26 890 qm große Flurstück 46/1 ausdehnte. Dort hieß es (Abschnitt II Abs. 2 und 3):

"Von diesem Grundstück soll eine Teilfläche in Größe von etwa 4 890 qm ausgeschlossen werden, die am westlichen Ende sich befindet. Die genaue Größe und Abgrenzung dieser Teilfläche bleiben einer Vereinbarung bei der Durchführung der Vermessung vorbehalten.

Die gesamte Fläche, an welcher die Eigentümerin ein Erbbaurecht ... bestellt, soll gegenüber dem Vertrag vom 11.2.1960, der eine Fläche von 35 655 qm umfaßt, um rund 21 000 qm durch Hinzunahme des größten Teiles des Flurstücks 46/1 vergrößert werden."

Hierin erblickt das Berufungsgericht eine sowohl nach örtlicher Lage als auch nach zahlenmäßiger Größe ungenaue Bezeichnung des Erbbaugrundstücks. Die Größe allerdings könne, wenn man die in RGZ 165, 161, 163 aufgestellten Grundsätze anwende, noch mit hinreichender Genauigkeit auf Grund von Umständen, die außerhalb der förmlichen Urkunde lägen, ermittelt werden. Dagegen lasse sich eine Einigung der Parteien über die Lage des der Klägerin vorbehaltenen Grundstücksteils (und damit über diejenige auch des Erbbaugrundstücks selbst) nicht feststellen. Insoweit genüge weder der Vertragsinhalt, noch habe ein Versuch, den wirklichen Willen der Vertragsschließenden zu erforschen, zu einer Klärung geführt. In diesem Zusammenhang setzt sich das angefochtene Urteil eingehend mit der Behauptung der Beklagten auseinander, daß die in Betracht kommende Fläche vor Abgabe des Vertragsangebots vom 21. Juli 1960 eindeutig an Hand einer Karte festgelegt worden sei. Es würdigt hierzu das Ergebnis der Beweisaufnahme sowie den einschlägigen Schriftwechsel und gelangt zu der abschließenden Feststellung, die Beklagte habe ihre Behauptung nicht zu beweisen vermocht.

Die Revision bekämpft diese Ausführungen. Allein ihre Rügen sind nicht stichhaltig. Daß Bestimmbarkeit genügt, hat das Oberlandesgericht nicht verkannt, aber es verneint sie auf Grund von Erwägungen, die keinen Rechtsverstoß erkennen lassen. Die "Ausklammerung" einer Teilfläche ist im Berufungsurteil berücksichtigt worden. Im übrigen laufen die Revisionsangriffe auf das nach § 561 Abs. 2 ZPO unzu-

lässige Bestreben hinaus, die Aussagen der Zeugen Dr. Vo[REDACTED] und Ma[REDACTED] anders zu würdigen als der Tatrichter. Der Angabe Volkerdings, bei Beurkundung des Vertragsangebots vom 21. Juli 1960 habe ihm die erwähnte Karte vorgelegen, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt, weil sie mit Mathaeas' Darstellung in einem unlösbaren Widerspruch stehe; wenn die Revision dies mit dem Hinweis in Abrede stellt, daß die beiden Aussagen aber doch in einem anderen Punkt ("über das, was auszuklammern ist") übereinstimmten, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Tatsachenwürdigung.

Die Bekundung der Klägerin selbst bei ihrer Parteivernehmung, es hätten Erörterungen an Hand einer Karte stattgefunden, bezog sich auf eine spätere Zeit, als nach erfolgter Annahme des Vertragsangebots seitens der Beklagten bereits zwischen den Parteien Streit herrschte (Februar 1961); auf die Möglichkeit, daß es sich so verhalten habe, stellt auch der Berufungsrichter ab (BU S. 26). Soweit er sich gleichwohl außerstande gesehen hat, die Richtigkeit der von der Klägerin gegebenen Darstellung hinreichend zuverlässig festzustellen, folgt daraus entgegen der Meinung der Revision keineswegs zwingend die Richtigkeit der Zeugenaussage Dr. Vo[REDACTED]. Vielmehr blieb es dem Tatrichter unbenommen, den Sachverhalt als ungeklärt anzusehen (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO), was hier zu Lasten der für das Zustandekommen einer Einigung beweispflichtigen Beklagten geht. Damit erledigt sich zugleich die weitere Revisionsrüge, daß das Oberlandesgericht sich nicht mit einer bloßen Möglichkeit hätte begnügen dürfen, sondern daß seine Erwägungen "einer Tatsächlichkeit entsprechen" müßten.

Eine Anwendbarkeit des § 139 BGB hat das angefochtene Urteil ohne Rechtsirrtum verneint. Daß die Parteien den Erbbaurechtsvertrag auch ohne das im zweiten Vertragsangebot

vom 21. Juli 1960 hinzugekommene Flurstück 46/1 abgeschlossen haben würden, ist weder festgestellt noch von der Revision vorgetragen worden. Wenn diese einwendet, von der "Ausklammerung", zu der auch die Klägerin ursprünglich bereit gewesen sei, werde nur eine Teilfläche betroffen, übersieht sie, daß hinsichtlich der Lage gerade jener Fläche eine Einigung der Parteien nicht festgestellt werden kann.

Die Nichtigkeit ergreift den Erbbaurechtsvertrag auch insoweit, als die Vertragschließenden sich darin vorbehalten hatten, die genaue Abgrenzung jener Teilfläche erst später bei Gelegenheit der Vermessung zu vereinbaren. Nichtig ist nämlich nicht bloß die Einigung als dinglicher Akt, sondern zugleich die ihr zugrunde liegende schuldrechtliche Vereinbarung, weil auch dieser die erforderliche Bestimmtheit fehlt. Der Grundsatz, wonach die Partner alles in ihren Kräften Stehende tun müssen, um einen wirksamen Vertragsabschluß zustandezubringen, und erforderlichenfalls sogar verpflichtet sind, ein neues, nunmehr gültiges Erfüllungsgeschäft vorzunehmen, findet nur bei schwebender Unwirksamkeit Anwendung, während ein nichtiger Vertrag keine dahingehende Pflicht begründet (BGH LM WährG § 3 Nr. 14 = WM 1963, 763, 766). Keinen rechtlichen Bedenken unterliegt schließlich die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin sei auch nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht gehalten, den wegen Einigungsmangels nichtigen Erbbaurechtsvertrag gleichwohl als rechtswirksam zu behandeln. Was die Revision hiergegen vorbringt, beschränkt sich auf die Behauptung, der Klägerin sei es bei Vertragsabschluß nur darauf angekommen, einen Obstgarten, den sie als solchen bezeichnet habe, von der Erbbaurechtsbestellung auszunehmen, und insofern mache ihr die Beklagte keine Schwierigkeiten. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bildete die-

ser Garten jedoch lediglich einen Teil der Fläche, welche die Klägerin sich vorbehalten wollte; das war auch der Grund, weshalb die in dem Entwurf des Vertragsangebots vom 21. Juli 1960 ursprünglich dafür eingesetzte Quadratmeterzahl von 1890 dann endgültig auf "etwa 4 890 qm" erhöht wurde (vgl. die Zeugenaussagen Dr. Volkerding und Mathaeas vom 14. April 1964).

5. Der zweite Einigungsmangel, den das angefochtene Urteil feststellt, betrifft die vorgesehene Art der Bebauung. § 3 Abs. 1 des Vertragsangebots vom 11. Februar 1960 lautete:

"Die Erbbauberechtigte ist berechtigt und verpflichtet, auf dem Erbbaugrundstück Bauwerke zu errichten, und zwar sowohl auf als auch unter der Erdoberfläche".

Diese Bezeichnung hält der Berufungsrichter für nicht ausreichend, weil sie lediglich den Wortlaut des Gesetzes (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO) wiederhole und nicht erkennen lasse, daß sich die Parteien über eine bestimmte Bebauungsart geeinigt hätten. Letzteres sei aber erforderlich. Denn zum Wesen des Erbbaurechts gehöre das "Habendürfen" eines oder mehrerer bestimmter Bauwerke oder wenigstens solcher von bestimmter Art. Hierauf müsse sich zugleich die Einigung erstrecken. Wenn auch an diese - so legt das Urteil unter Anführung von Rechtsprechung und Schrifttum näher dar - keine zu strengen Anforderungen gestellt werden dürften, da oftmals bei Abschluß eines Erbbaurechtsvertrags noch nicht sämtliche Einzelheiten feststünden, so müsse sie doch mindestens die "Grundart" der vorgesehenen Bebauung erkennen lassen.

Dem ist beizutreten. Mit der Frage, welche Mindest-
erfordernisse hinsichtlich der Benutzungsart an die ding-
liche Einigung in Erbbaurechtsverträgen zu stellen sind,
hat sich der erkennende Senat in seinem Urteil vom 17. März
1967, BGHZ 47, 190, das erst nach Erlaß der jetzt angefoch-
tenen Berufungsentscheidung ergangen ist, eingehend befaßt,
und er hat sie im wesentlichen ebenso beantwortet wie das
Oberlandesgericht. Danach muß aus der Erklärung der Betei-
ligten, die ein Erbbaurecht bestellen wollen, deutlich her-
vorgehen, wie die geplante Grundstücksbebauung ungefähr be-
schaffen sein soll. Eine bloße Wiedergabe der gesetzlichen
Begriffsbestimmung genügt nicht. An dieser Auffassung hält
der Senat auch nach erneuter Prüfung fest.

Der Berufsrichter hat weiter erwogen, daß die Ver-
mutung der Vollständigkeit, die der notariellen Urkunde vom
11. Februar 1960 zukomme, widerlegt werden könne; das sei
der Fall, wenn etwa die Parteien über die Bebauungsart münd-
liche Nebenabreden getroffen hätten und diese dann zu einem
Bestandteil des Erbbaurechtsvertrages geworden wären; solche
Abreden könnten, sofern sie im beurkundeten Vertrag hin-
reichend Ausdruck gefunden hätten, bei der Auslegung der
Einigungserklärung verwertet werden. Auch diese Urteilsaus-
führungen stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des er-
kennenden Senats, wonach es statthaft ist, zur Ermittlung
von Inhalt und Umfang eines Grundstücksrechts Umstände, die
außerhalb der Bestellungsurkunde liegen, mit heranzuziehen,
wenn und soweit sie nach den besonderen Umständen des Ein-
zelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ
aaO S. 196). Hiervon ausgehend hat das Oberlandesgericht
durch Erhebung von Beweisen zu klären versucht, ob sich die
Parteien über die Art, wie das Erbbaugrundstück zu bebauen
sei, mündlich geeinigt hätten. Nach seiner Ansicht ist es

indessen der Beklagten nicht gelungen, das Zustandekommen einer solchen Abrede zu beweisen. Zwar sei man möglicherweise mit ausreichender Bestimmtheit übereingekommen, Wohnblöcke und Einfamilienhäuser nebst Gartenanlagen zu errichten. Aber die Behauptung der Beklagten, daß darüber hinaus laut Vereinbarung der Parteien eine größere Teilfläche des gesamten Erbbaugrundstücks mit öffentlichen Gebäuden - Schule, Altersheim, Sportplatz und dergleichen - habe bebaut werden sollen, sei von den Zeugen Dr. Vo[redacted], Ma[redacted] und W[redacted]-W[redacted] nicht bestätigt worden.

Die Rügen, welche die Revision zu diesem Punkt erhebt, richten sich gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung. Sie müssen ohne Erfolg bleiben, da kein Verfahrensverstoß zu erkennen ist. Daß nach den erstinstanzlichen Aussagen der genannten Zeugen zwischen den Parteien von dem Wunsch der Stadt Braunschweig die Rede war, einen Teil der Erbbaurechtsfläche übertragen zu erhalten und dort öffentliche Gebäude zu errichten, wird auch vom Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat jedoch sämtliche drei Zeugen erneut vernommen - den Zeugen Mathacas sogar zweimal - und sich mit ihren Bekundungen auseinandergesetzt (BU S.29 ff). Wie es abschließend feststellt, ist das, was die Parteien über die Absichten der Stadt gesprochen haben, nicht über den Umfang von ganz allgemeinen Erörterungen hinausgegangen; daß die Klägerin sich jemals mit einer Bebauung des Geländes durch städtische Gebäude einverstanden erklärt habe, sei nicht erwiesen; nach ihrer - vom Tatrichter ersichtlich für unwiderlegt erachteten - Darstellung habe sie vielmehr gerade durch die Bestellung eines Erbbaurechts zugunsten der Beklagten verhindern wollen, daß die Stadt das Grundstück oder einen Teil davon in die Hand bekomme. Soweit die Revision den Zeugenaussagen einen abweichenden Sinn beizulegen versucht, überschreitet sie ihre verfahren-

rensrechtlichen Grenzen (§ 561 Abs. 2 ZPO). An die Beweiswürdigung im landgerichtlichen Urteil war der Berufungsrichter nicht gebunden, und es stand ihm auch frei, die Zeugen nochmals zu vernehmen (§ 398 ZPO). Daß sich die neue Vernehmung, wie die Revision behauptet, nicht auf die hier streitige Frage - nämlich ob die Parteien über die Verwendung des Erbbaugeländes einig geworden seien - erstreckt habe, ist unzutreffend; aus dem Beweisprotokoll vom 14. April 1964 ergibt sich das Gegenteil (Zeuge Dr. Vo[REDACTED]: Protokoll S. 4 Mitte, dazu BU S. 29 f; Zeuge W[REDACTED]-W[REDACTED]: Protokoll S. 6 Mitte, dazu BU S. 30; Zeuge Ma[REDACTED]: Protokoll S. 8; dazu BU S. 30). Eine Verletzung der Grundsätze, die der Bundesgerichtshof im Anschluß an die Entscheidung LM ZPO § 398 Nr. 2 entwickelt hat (vgl. etwa die Urteile vom 17. März 1967, V ZR 81/64, S. 5 ff, und vom 13. März 1968, VIII ZR 217/65, NJW 1968, 1138), liegt daher entgegen der Meinung der Revision nicht vor.

6. Einen weiteren, dritten Mangel weist die Einigung der Parteien hinsichtlich des Heimfallanspruchs auf. Hierüber heißt es in § 8 des Vertragsangebots vom 11. Februar 1960, daß der Grundstückseigentümer die Übertragung des Erbbaurechts verlangen könne, wenn

"die Erbbauberechtigte trotz Abmahnung mit einem Erbbauzins in Verzuge bleibt, der mindestens der Summe des einjährigen Erbbauzinses entspricht".

Diese Vereinbarung steht im Widerspruch zu der unabdingbaren Vorschrift des § 9 Abs. 3 ErbbauVO, wonach der Heimfallanspruch wegen Zahlungsverzugs des Erbbauberechtigten frühestens bei einem Rückstand in Höhe zweier Jahresbeträge entstehen kann. Das hat - worüber die Parteien übereinstimmen - die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge (§ 134 BGB).

Ob allerdings dadurch auch der gesamte übrige Erbbaurechtsvertrag hinfällig geworden ist, hat das Berufungsgericht

unentschieden gelassen, weil möglicherweise die Klägerin auf einen Heimfallanspruch keinen Wert gelegt habe und deshalb den Vertrag vielleicht auch ohne die nichtige Klausel geschlossen haben würde (§ 139 BGB). Wenn es gleichwohl die Klägerin für befugt erachtete, auch diesen Mangel zur Stützung ihres Feststellungsbegehrens heranzuziehen, da er ihre Bedenken gegen die Wirksamkeit des Gesamtvertrages bestärke, so mag die Stichhaltigkeit einer solchen Erwägung auf sich beruhen. Denn nichtig ist der Vertrag aus den oben (Nr. 4 und 5) dargelegten Gründen ohnehin, so daß es auf die Rechtsfolgen der Vereinbarung über den Heimfallanspruch nicht mehr ankommt.

7. Da hiernach das Berufungsurteil im Ergebnis den Angriffen der Revision standhält und auch keinen sonstigen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, ist deren Rechtsmittel mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Dr. Grell