

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ErbbauVO § 1; BGB § 2113

Die Bestellung eines Erbbaurechts durch den nicht
befreiten Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben
ist unwirksam.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1969. - V ZR 122/66 - OLG
LG } Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR 122/66

URTEIL

Verkündet am

14. Juli 1969

■, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Hans M ■ in H ■, K ■-straße ■,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

gegen

den Obersteuerinspektor i.R. Carl N ■

in H ■-B ■, O ■,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■ -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Freitag, Dr. Mattern, Hill und Dr. Groll für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 6. Mai 1966 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über die Berufung des Klägers erkannt ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 6. Mai 1965 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens tragen der Kläger 1/3, der Beklagte 2/3.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte erwarb als Vorerbe des 1932 verstorbenen Kaufmanns Ernst Hinrich M. bei der Erbauserb-
andersetzung 1960 ein Grundstück in Sp.

Am 9. März 1962 schloß er mit dem Kläger und dessen Ehefrau als bisherigen Pächtern einen notariellen



Vertrag, wonach er ihnen als Gesellschaftern ein Erbbaurecht auf 99 Jahre (mit Verlängerungsmöglichkeit) an einem noch wegzuvermossenden, etwa 5 000 qm großen, mit einem Haus bebauten Teil dieses Grundstücks überließ (§ 1). Der Erbbauzins wurde auf 0,08 DM/qm jährlich mit Anpassungsklausel festgesetzt, die Erbbauzins-reallast auf 20 % des mit 6,- bis 7,- DM/qm angegebenen Bodenwerts (§§ 2, 10).

Durch notariellen Vertrag vom 14. Mai 1962 verkauften der Kläger und seine Ehefrau das Erbbaurecht für 34 000 DM an die Gastwirtin Frau Fu■■■■, die das Grundstück in Besitz nahm.

Durch notarielle Erklärungen des Klägers und seiner Ehefrau sowie des Beklagten vom 31. Juli/27. August 1962 wurde der Erbbauvertrag in der Gebäudebezeichnung geändert (statt Wohnhaus Wochenendhaus).

Am 29. April 1964 erteilte der Landkreis zum Erbbauvertrag die Teilungsgenehmigung unter Auflage; eine Bodenverkehrsgenehmigung hatte er für nicht erforderlich erklärt.

Mit zwei Schreiben vom 15. Mai 1964 und August 1964 erklärte der Beklagte dem Kläger die Kündigung des Erbbauvertrags, mit Prozeßschriftsätzen vom 23. Januar 1965 und 8. Oktober 1965 auch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und den Rücktritt.

Am 14. November 1964 ist die Ehefrau des Klägers gestorben. Der Kläger ist ihr Alleinerbe.

Der Kläger klagt auf Feststellung der Wirksamkeit des Erbbauvertrags.

Der Beklagte leugnet sie insbesondere wegen Fehlens der Genehmigung seines Sohnes als Nacherben und der erforderlichen behördlichen Genehmigungen sowie wegen Kündigung, Anfechtung und Rücktritts.

Das Landgericht hat festgestellt, daß der Vertrag schuldrechtlich wirksam sei, und die Klage im übrigen abgewiesen.

Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Das Oberlandesgericht hat der Klage im vollen Umfang stattgegeben.

Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Der Kläger hat dem beurkundenden Notar den Streit verkündet. Der Notar ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.

Entscheidungsgründe:

I.

a) Gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen keine Bedenken. Die Klage geht in verfahrensrechtlich unbedenklicher Weise auf Feststellung eines

Rechtsverhältnisses im Sinn von § 256 ZPO (vgl. auch RGZ 144, 54, 57). Das Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung wird vom Berufungsgericht zutreffend deshalb bejaht, weil der Beklagte das rechtswirksame Zustandekommen des Vertrags und seinen Fortbestand leugne. Die Möglichkeit einer Leistungsklage steht unter diesen Umständen entgegen der Meinung der Revision der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen.

b) Den Klagantrag hat das Berufungsgericht zutreffend dahin ausgelegt, daß er den Vertrag in der durch die Nachtragserklärungen vom 31. Juli 1962 und 27. August 1962 ergänzten Fassung betrifft (vgl. GA II 232) und die Feststellung begehrt, daß dieser Vertrag wirksam zustande gekommen und nicht (durch Anfechtung, Kündigung oder Rücktritt) wieder beseitigt worden ist. In demselben Sinn ist auch der Urteilsausspruch zu verstehen. Die Revision erhebt keine Bedenken.

c) Dem Wortlaut nach betreffen Klagantrag und Urteilsausspruch die Rechtswirksamkeit des Vertrags ohne Einschränkung. In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils wird eine Einzelbestimmung des Vertrags, nämlich die Kündigungsklausel des § 7, für (an sich) unwirksam erklärt (allerdings in eine wirksame Heimfallvereinbarung umgedeutet) und die Wirksamkeit des Vertrags im übrigen (wegen möglicher späterer Unwirksamkeit nach § 2113 BGB) in zeitlicher Beschränkung (auf die Gegenwart) ausgesprochen. Hierin liegt nur scheinbar ein Widerspruch zwischen Tenor und Gründen. In Wirklichkeit sind Klagantrag und Urteilsausspruch in entsprechend eingeschränktem Sinn auszulegen. Über

den Klagantrag führt das Berufungsurteil nämlich selbst aus: er umfasse nicht die Wirksamkeit der Kündigungsklausel (BU S. 58) und zielle nur auf die gegenwärtige Wirksamkeit des Vertrags ab (BU S. 99). Dem ist beizutreten. Für den Urteilsausspruch kann nichts anderes gelten.

II.

In sachlicher Hinsicht bejaht das Berufungsgericht das wirksame Zustandekommen des Erbbauvertrags, abgesehen von der Kündigungsklausel (§ 7), deren Unwirksamkeit durch Umdeutung behebbar sei und deshalb die Wirksamkeit des Vertrags im übrigen nicht beeinträchtige. Für das schuldrechtliche Geschäft sei die Beurkundungsform trotz unrichtiger Bezeichnung des Erbbaugeländes nach Grundbuchstelle und örtlicher Lage gewahrt; das den Gegenstand des Erbbaurechts bildende Bauwerk (ursprünglich als Wohnhaus, dann als Wochenendhaus bezeichnet) sei genau genug bezeichnet und wirtschaftlich gegenüber dem Restgelände die Hauptsache (vgl. § 1 Abs. 2 ErbbauVO); der Erbbauzins sei dinglich in § 10 des Vertrags in Höhe von 20 % des mit 7,- DM/qm bemessenen Grund- und Bodenwertes = 1,40 DM/qm und damit hinreichend genau bestimmt (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO); die in § 2 zum Erbbauzins getroffenen Vereinbarungen seien schuldrechtlicher Natur und insoweit zulässig; das gelte auch für die Wertsicherungsklausel, die von vornherein in dem der späteren Korrespondenz mit der Landeszentralbank entsprechenden Inhalt auszulegen und daher nach § 3 WährG genehmigungsfrei gewesen sei. Auch sonstige Bedenken des Beklagten gegen schuldrechtliche Einzelbestimmungen griffen nicht durch. Der Vertrag grenze

auch hinreichend bestimmt ab, was nur schuldrechtlich und was als Inhalt des Erbbaurechts oder sonst (Vorkaufsrecht) dinglich wirken solle. Die Nacherbenbeschränkung (§ 2113 Abs. 1 BGB) sei für den schuldrechtlichen Teil überhaupt kein Wirksamkeitshindernis, sondern begründe hier gegebenenfalls Gewährleistungs- oder Schadensersatzpflichten. Sie stehe aber auch beim dinglichen Teil des Vertrags der uneingeschränkten Wirksamkeit bis zum Eintritt des Nacherbfalls nicht entgegen.

Ein Anfechtungs-, Kündigungs- oder Rücktrittsgrund liege nicht vor.

Die Angriffe der Revision hiergegen haben teilweise Erfolg.

III.

Der dingliche Teil des Vertrags (Bestellung von Erbbaurecht und Vorkaufsrecht) ist wegen der Nacherbenbeschränkung des Beklagten unwirksam.

a) Dies ergibt sich allerdings noch nicht schon aus dem erbrechtlichen Gesichtspunkt des § 2113 BGB. Zwar ist der Beklagte Vorerbe ohne die Befreiung des § 2136 BGB; Nacherbe ist sein Sohn, der die Zustimmung zum Erbbaupvertrag verweigert. Das vom Beklagten als Miterben im Weg der Erbauscinandersetzung erworbene Eigentum am Grundstück, auf dessen Teil sich der Vertrag bezieht, gehörte zur Vorerbschaft (§ 2111 BGB; Senatsurteil vom 3. Dezember 1958, V ZR 98/57 IM BGB § 242 (Ca) Nr. 13); deshalb ist die Einigung über die Bestellung von Erbbaurecht und Vorkaufsrecht

(§§ 9, 13 des Vertrags; § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO, § 873 BGB) - als Verfügung über das Grundstück im Sinn einer Belastung - im Fall des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 2113 Abs. 1 BGB). Erbbaurecht und Vorkaufsrecht stellen eine Beeinträchtigung des Rechts des Nacherben dar; infolgedessen sind diese Vorerbenverfügungen im Fall des Eintritts der Nacherbfolge unwirksam. Diese auf § 2113 BGB gegründete Unwirksamkeit ist auch absoluter Natur, so daß sich jeder auf sie berufen kann. Aber sie ist zeitlich hinausgeschoben auf den Tag, an dem der Nacherbfall eintritt (Erman/Henso, BGB 4. Aufl. § 2113 Anm. 2; Keidel bei Palandt, BGB 28. Aufl. § 2113 Anm. 1 a aa; Lange, Lehrbuch des Erbrechts § 26 IV 4 Fußn. 4). Solange die Vorerbschaft besteht, ist die Vorerbenverfügung unter dem Gesichtspunkt des § 2113 BGB wirksam (Keidel aaO). Daß ihr von vornherein ein Mangel anhaftet (Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 2113 Anm. 1 c, BGB RGRK § 2113 Anm. 8), nämlich die Eignung, unter bestimmten Voraussetzungen später unwirksam zu werden, und daß hierüber der Nacherbe unter Umständen schon vor Eintritt des Nacherbfalls mag Feststellungsklage erheben können (vgl. RG HRR 1928, 1629; auch RGZ 139, 343, 347), steht der gegenwärtigen Wirksamkeit der Verfügung unter erbrechtlichem Gesichtspunkt nicht entgegen. Diese Wirksamkeit ist auch nicht etwa in der Schwebe, wie bei einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft vor der Genehmigung; die Rechtslage ist eher vergleichbar mit der bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft vor der Anfechtung. Infolgedessen ergeben sich aus § 2113 BGB gegen die vom Kläger begehrte Bejahung der gegenwärtigen Wirksamkeit des Vertrags auch in seinem dinglichen Teil keine Bedenken.

Jedoch ergibt sich die Unwirksamkeit der dinglichen Erbbaurechtsbestellung aus der Natur des Erbbaurechts. Hierin ist mit der Revision dem Landgericht, nicht dem Berufungsgericht beizutreten, und zwar entsprechend der überwiegenden Meinung im Schrifttum:

Dies folgt zwar noch nicht aus § 1 Abs. 1 ErbbauVO, wonach das Erbbaurecht vererblich und veräußerlich ist. Wieso das letztere einer Erbbaurechtsbestellung auf Lebenszeit der einen oder anderen Person entgegenstehen soll (Staudinger/Ring, BGB 11. Aufl. ErbbauVO § 1 Rdn. 20), ist nicht erkennbar. Die Vererblichkeit könnte allenfalls bei Erbbaurechtsbestellung auf Lebenszeit des Erbbauberechtigten in Zweifel gestellt sein (vgl. Baur bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 1 Rdn. 15; Degenhart bei Palandt, BGB 28. Aufl. ErbbauVO § 1 Anm. 4; Günther, Erbbaurecht 1919 § 1 Anm. 3; Haegeler, Rechtspfleger 1967, 282; Ingenstau, ErbbauVO 3. Aufl. § 1 Anm. 41; Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl. § 68 1; Wolff/Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Bearb. § 104 III zu Fußn. 18). Die hier gegebene Erbbaurechtsbestellung auf Lebenszeit des Bestellers beeinträchtigt die Vererblichkeit des Rechts nicht.

Beachte die Beil. 3
Bj. 145
23. 10. 63
Ullig

Jedoch ergibt sich aus dem Verbot einer auflösenden Bedingung in § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO die Unwirksamkeit der Bestellung eines Erbbaurechts auf Lebenszeit des Berechtigten und damit einer Bestellung durch den Vorerben in Fällen wie dem vorliegenden. Auf die vom Berufungsgericht gezogene Parallele zu der (noch mehr) bedingungsfeindlichen Eigen-

tumsveräußerung und auf die Bedenken der Revision dagegen kommt es hierbei nicht an. Die unmittelbare Anwendung des § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO auf eine Vorerbenverfügung der vorliegenden Art scheidet allerdings deshalb aus, weil die zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit des Vertrags auf die Dauer der Vorerbschaft keine Bedingung im Rechtssinne (§ 158 Abs. 2 BGB) ist; denn sie beruht auf Gesetz, nicht auf Rechtsgeschäft, und das künftige Ereignis, das die Wirkung beenden soll (Tod des Vorerben), ist nicht in seinem Eintritt, nur in dessen Zeitpunkt ungewiß (Weitnauer, DNotZ 1955, 335; Diester, Rpfleger 1964, 214). Aber die der Nach-
erbenbeschränkung vergleichbare Zeitbestimmung auf die Lebenszeit einer Person, hier des Erbbaurechtsbestellers, enthält trotz der Gewißheit, daß das beendende Ereignis eintreten wird, in der Frage, wann es eintreten wird, einen so starken Unsicherheitsfaktor, daß sie dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO ebenso zuwiderläuft wie eine auflösende Bedingung; deshalb ist diese Vorschrift entsprechend anwendbar (OLG Celle, Rpfleger 1964, 213; Klingenstein, BWNNotZ 1965, 222; Ronke bei Erman, BGB 4. Aufl. § 1 ErbbauVO Anm. 7; Gläß/Scheidt, Erbbaurecht 2. Aufl. 1930 § 1 V a, VI a; vgl. Baur aaO). Dem Bedingungsverbot des § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO liegt nämlich zugrunde der gesetzgeberische Zweck, die Belohnbarkeit des Erbbaurechts nicht durch späteren Wegfall des Rechts und damit auch seiner Belastungen gefährden zu lassen (siehe dazu insbesondere Gläß/Scheidt aaO S. 17, Klingenstein aaO). Dieser Zweck trifft auch bei der Vorerbenverfügung zu. Daß die Nacherbenbeschränkung ihrer Natur nach kein unbehebbares Hindernis für die künftige Wirksamkeit des Vertrags

F < S. 11 >
Berichtigt das
BauG 1965 B. 14
29. 10. 1967
Luis

ist, sondern durch Zustimmung des Nacherben ausgeräumt werden kann, ergibt nichts anderes.

Hiernach ist die dingliche Erbbaurechtsbestellung (§ 873 BGB) in entsprechender Anwendung des § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO als unwirksam anzusehen. Darauf, ob dasselbe Ergebnis auch aus dem etwa durch Eintragung des Nacherbenvermerks verletzten Erstranggebot des § 10 ErbbauVO abzuleiten ist, kommt es nicht mehr an (vgl. über ausnahmsweise Durchbrechung dieses Verbots in anderen Richtungen Senatsurteil vom 31. Oktober 1968, BGHZ 51, 50, 52 sowie Senatsbeschluss vom 9. Juli 1954, V ZB 6/54 IM ErbbauVO § 10 Nr. 1: Rangverlust nach fehlerhafter Löschung bei gutgläubigem Rechtserwerb eines Dritten; gleichrangiges Vorkaufsrecht für den jeweiligen Erbbauberechtigten selbst). Dem Berufungsurteil ist auch einzuräumen, daß die Nacherbenbeschränkung begrifflich eher als einer Bedingung einer Zeitbestimmung ähnelt (wo der Ereigniseintritt gewiß ist), eine Zeitbestimmung aber bei der Bestellung des Erbbaurechts nicht grundsätzlich verboten ist (anders als nach § 11 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO bei der Übertragung des Erbbaurechts, die aber hier nicht in Frage steht).

b) Die Unwirksamkeit der Erbbaurechtsbestellung hat auch die Unwirksamkeit der Einigung über das dingliche Vorkaufsrecht (§ 9 des Vertrags; §§ 1094, 873 BGB; vgl. BU S. 66) zur Folge. Ob sich dies bereits daraus ergibt, daß das Vorkaufsrecht zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden könnte (vgl. § 2 Nr. 7 ErbbauVO) und im vorliegenden Fall gemacht worden wäre, kann offenbleiben. Denn jedenfalls bil-

Berichtigt durch
Beschluss 31. 11. 68
29. 12. 68
Hilg
p. 11. 1. 69
S. 2.
H. 14. 1. 69

det bei dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt die dingliche Einigung über das Vorkaufsrecht mit der dinglichen Einigung über das Erbbaurecht ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinn von § 139 BGB, und dafür, daß das Vorkaufsrecht auch ohne das Erbbaurecht bestellt worden wäre (§ 139 Halbsatz 2), besteht kein Anhaltspunkt.

c) Hiernach ist die Klage, soweit sie den dinglichen Teil des Erbbauvertrags betrifft, vom Landgericht zu Recht als unbegründet abgewiesen worden. In soweit war der Revision stattzugeben und das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

IV.

Unbegründet ist die Revision jedoch hinsichtlich des schuldrechtlichen Teils des Erbbauvertrags.

1. Der Erbbauvertrag ist in seinem schuldrechtlichen Teil, abgesehen von seinem § 7, rechtswirksam zustande gekommen.

a) Die Unwirksamkeit des dinglichen Vertragsteils (o.III) steht nicht entgegen. Weder bildet das Verpflichtungsgeschäft mit dem Erfüllungsgeschäft eine rechtliche Einheit im Sinn von § 139 BGB. Noch kommt eine Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts aus § 306 BGB in Frage; denn einmal ist der Mangel, der für das Erfüllungsgeschäft in der Nacherbenbeschränkung liegt, durch Zustimmung des Nacherben heilbar; und zum andern kommt auch bei dessen Zustimmungsweigerung nicht objektive Unmöglichkeit der Leistung

in Betracht, sondern allenfalls subjektives Unvermögen, das anerkanntermaßen nicht unter diese Vorschrift fällt. § 2113 BGB selbst stellt nicht in Frage, daß sich der Vorerbe wirksam zu einer Verfügung über ein Nachlaßgrundstück verpflichten kann.

b) Die unrichtige Bezeichnung des Erbbaugeländes nach Grundbuchstelle und Lage in der Natur war entgegen der Meinung der Revision deshalb unschädlich, und zwar auch für die Wahrung der für den schuldrechtlichen Teil des Vertrags vorgeschriebenen Beurkundungsform (§ 11 Abs. 2 ErbbauVO i.V.m. § 313 BGB), weil die Vertragsparteien nach der Feststellung des Tatrichters über das tatsächlich gemeinte Gelände und seine Begrenzung einig waren (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 1967, V ZR 4/66 unter 3 mit Zitaten). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob das Grundbuch eingesehen und die Falschbezeichnung der Grundbuchstelle bei Grundbucheinsicht vermeidbar war. Die Revision hebt ab auf die Feststellung des Berufungsurteils (S. 45/46): der Kläger habe es dem Beklagten überlassen, sich einen ihm genehmen Teil der Parzelle auszusuchen und abzugrenzen. Wenn allerdings die Einigung der Vertragsparteien bei der Vertragsbeurkundung dahin gegangen wäre, daß dieses Aussuchen und Abgrenzen nach der Beurkundung erfolgen sollte (und erfolgte), dann hätte zur Zeit des Vertragsschlusses noch keine Einigung über das zu belastende Gelände bestanden; es läge eine Vereinbarung nach § 315 BGB vor, die ihrerseits hätte beurkundet werden müssen und deren Nichtbeurkundung den schuldrechtlichen Vertrag nichtig gemacht hätte. Aber so ist jene Stelle des Berufungsurteils nicht zu verstehen. Denn es führt unmittelbar

davor aus: die Parteien seien sich bei Abschluß des Vertrags über die genaue Lage und die Grenzen des Erbbaugrundstücks einig gewesen; und es fährt unmittelbar nach jener Stelle fort: das (Aussuchen und Abgrenzen) habe der Beklagte getan, und damit sei er (Kläger) einverstanden gewesen. Diese Gesamtdarstellung ist dahin zu verstehen, daß die Geländebestimmung durch den Beklagten und ihre Billigung durch den Kläger bereits vor der Vertragsbeurkundung stattfanden und im Zeitpunkt der Beurkundung Einigung über bereits festgelegte Grenzen bestand (vgl. den entsprechenden Sachvortrag des Klägers im Schriftsatz vom 15. Dezember 1955 S. 2).

c) Die zeitliche Begrenzung des Erbbaurechts - 99 Jahre, mit automatischer Verlängerung auf je 5 Jahre bei Nicht-"Kündigung" - ist zulässig. Sie verstößt insbesondere nicht gegen § 1 Abs. 4 ErbbauVO. Denn wie das Berufungsgericht richtig ausführt, wird dem Eigentümer hier nicht das Recht eingeräumt, beim Eintritt bestimmter Voraussetzungen die vorzeitige Aufgabe des Erbbaurechts zu fordern, vielmehr soll das Erbbaurecht für die Dauer von 99 Jahren fest bestellt und lediglich - bei Unterbleiben der "Kündigung" - für jeweils ebenfalls fest bestimmte Zeiträume (5 Jahre) verlängert werden; diese Regelung steht nicht einer auflösenden, sondern - bezogen auf die ohne Kündigung eintretende Verlängerung des Rechts - einer aufschiebenden Bedingung nahe, die zulässig ist. Auch eine Kündigung im eigentlichen Sinn, die gegen § 1 Abs. 4 Satz 2 ErbbauVO verstoßen könnte, liegt nicht vor.

Daß angesichts des Lebensalters des Beklagten schon bei Vertragsschluß nicht damit zu rechnen war, er werde den Ablauf jener 99 Jahre erleben, ist abgesehen von dem bereits erörterten Gesichtspunkt der Nacherbenbeschränkung (oben a und III) unerheblich. Insbesondere ergibt sich daraus keine Nichtigkeit des Vortrags wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 306 BGB.

d) Die Vertragsbestimmungen über den Erbbauzins (§§ 2, 10) hat der Tatrichter ausgelegt (BU S. 51 - 57); dabei hat er sich ausführlich mit dem Verhältnis von § 10 und § 2 sowie mit der in § 2 enthaltenen Wertsicherungsklausel befaßt. Die Auslegung ist entgegen der Meinung der Revision zu billigen.

Daß die Parteien den von der Landeszentralbank als zur Wirksamkeit notwendig bezeichneten Inhalt der Wertsicherungsklausel zum Gegenstand eines formlosen nachträglichen Einverständnisses gemacht haben, schloß nicht aus, dieses als bloße Klarstellung eines von vornherein vorhandenen Vertragsinhalts und deshalb ihre Nichtbeurkundung als unschädlich anzusehen.

Die Höhe der Erbbauzinsbelastung (§ 10) war allerdings ungewöhnlich groß und daher geeignet, die Belastbarkeit des Rechts entscheidend zu beeinträchtigen. Das machte sie jedoch noch nicht zu einem Gesetzesverstoß, steht vielmehr der Rechtswirksamkeit der Vereinbarung nicht entgegen.

Die Schiedsgutachterklausel in § 2 Abs. 4 ist nicht deshalb unwirksam, weil sie als Schiedsgutachter den jeweiligen Aufsichtsrichter des das Grundbuch führenden Amtsgerichts Tostedt benennt. Denn einmal ist nicht festgestellt, daß dieser Richter nach der Geschäftsverteilung mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch oder mit einem Rechtsstreit über die Höhe des Erbbauzinses befaßt werden kann. Und zweitens gäbe ein solcher Tatbestand zwar einen Grund zur Versagung der Genehmigung dieser Nebentätigkeit ab (§ 40 Abs. 1 des Deutschen Richtergesetzes); er würde aber die Schiedsgutachterabrede selbst nicht unwirksam (etwa nach § 134 BGB), allenfalls weiterer Auslegung bedürftig machen.

Der Wertsicherungsklausel weist das Berufungsgericht nur schuldrechtlichen, nicht dinglichen Charakter zu, wie sich aus seiner Unterscheidung zwischen § 2 und § 10 des Vertrags ergibt. Die Zulässigkeit solchen "variablen" Erbbauzinses auf schuldrechtlicher Ebene erkennt die Rechtsprechung an (Senatsurteil vom 28. November 1956, BGHZ 22, 220).

e) Die Vertragsbestimmung, daß der Kläger und seine Ehefrau das Erbbaurecht "in Gesellschaft" erwerben sollten (§ 1), wird vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum im Sinn einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgelegt. Das genügt nicht nur für den Grundbucheintrag (§ 47 GBO; vgl. Güthe/Triebel, GBO 6. Aufl. § 47 Rdn. 8). Auch den Interessen des Beklagten als Vertragspartners wurde damit ausreichend Rechnung getragen, da ihm die Gesellschafter nach § 427 BGB als Gesamtschuldner hafteten. Daß eine

bürgerlich-rechtliche Gesellschaft zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau nicht bestanden hätte, ist nicht festgestellt, ohne daß die Revision insoweit einen Prozeßverstoß aufzeigt; daher kann der Vertrag nicht (etwa nach § 306 BGB) unwirksam, vielmehr allenfalls weiter auslegungsbedürftig gewesen sein. Inwiefern zur Wirksamkeit des Vertrags eine weitergehende "Klärung des Rechtsverhältnisses" nötig gewesen wäre, wie die Revision meint, ist nicht erkennbar.

f) Auch die sonstigen Bedenken der Revision gegen das wirksame Zustandekommen des schuldrechtlichen Teils des Erbbauvertrags sind unbegründet.

Dem Erfordernis bestimmter Bezeichnung des Bauwerks (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO; Senatsurteil BGHZ 47, 190) genügt § 6 des Vertrags nicht nur in seiner später geänderten, sondern auch - was das Berufungsgericht offen läßt - in seiner ursprünglichen Fassung. Beide Fassungen verweisen auf das unstreitig bereits bei Vertragsschluß auf dem Grundstück befindliche Haus; das genügt. Daß es später als Wochenendhaus bezeichnet wurde, während es zunächst Wohnhaus genannt worden war, hing mit Bedenken der Genehmigungsbehörde zusammen und war für das Bestimmtheitserfordernis des § 1 Abs. 1 ErbbauVO ohne Bedeutung. Im übrigen trifft aber auch die Erwägung des Berufungsgerichts zu, daß die Nachtragsvereinbarung auch ohne Mitwirkung der Ehefrau des Beklagten wirksam zustande kam, weil diese am Hauptvertrag nicht als Vertragspartei, sondern nur als Zustimmungsbeteiligte und diese Zustimmung mangels eines Anhaltspunktes für

einen Sachverhalt nach § 1365 BGB rechtlich nicht erforderlich war; daß ihre Zustimmung gleichwohl von den Parteien als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vertrag gewollt gewesen wäre, ist weder von der Revision geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

Ob der Kläger bei Abschluß des Hauptvertrags oder wenigstens bei Abschluß der Nachtragsvereinbarung den Bestand des Nacherbenrechts kannte - wozu die Revision mangelnde Beweiserhebung rügt -, sowie daß er sich wegen des eingetragenen Nacherbenvermerks nicht auf gutgläubigen Erwerb (§ 891 BGB) berufen kann, ergibt gegen die Wirksamkeit des Vertrags nichts. Denn es ist weder festgestellt noch geltend gemacht, daß der Kläger auch die Genehmigungsverweigerung des Nacherben gekannt hätte; eine noch offene Möglichkeit der Nacherbenzustimmung stand aber schon dem von der Revision verfochtenen Ausschluß der Gewährleistungsansprüche nach § 439 BGB und erst recht einer Unwirksamkeit des Vertrags nach § 306 BGB und der Anwendung des § 307 BGB entgegen, abgesehen davon, daß es dafür auch hier am Erfordernis objektiver Unmöglichkeit fehlt.

Daß sich das Erbbaurecht nicht auf den vom Haus bedeckten Grund und Boden beschränken, sondern darüber hinaus erstrecken sollte (vgl. § 1 Abs. 2 ErbbauVO), ergibt sich bereits aus § 1 des Vertrags ("etwa 5000 Meter groß"). § 4 und teilweise § 6 des Vertrags regeln Einzelheiten der Behandlung des Geländes und des Hauses. Wieso dadurch die erforderliche klare Kennzeichnung in Frage gestellt sein soll, ist nicht erkennbar.

Ob die Vertragsbestimmung, daß der Baumbestand Eigentum des Grundeigentümers bleibt (§ 4 Satz 2), im Hinblick auf § 12 Abs. 2 ErbbauVO in Verbindung mit § 94 Abs. 1 BGB nicht mit dinglicher Wirkung getroffen werden konnte, kann offen bleiben. Denn es liegt gegebenenfalls auf der Hand, sie umzudeuten in eine schuldrechtliche Überlassungspflicht des Erbbauberechtigten (vgl. § 956 BGB). Infolgedessen ist weder die Wirksamkeit dieser Bestimmung noch des Vertrags im übrigen in Frage gestellt.

Zwischen § 6 Abs. 3 und § 8 des Vertrags besteht nicht der vom Beklagten auch mit der Revision gerügte Widerspruch. Nach rechtsirrtumsfreier tatrichterlicher Auslegung (BU S. 62, 66) ist vielmehr § 8 subsidiär nach § 6 Abs. 3, d.h. bei Erbbaurechtsende hat der Kläger das Erbbaugrundstück im erhaltenen Zustand zurückzugeben, soweit er nicht von seinem Gebäudeabbruchsrecht Gebrauch macht.

Dieses Abbruchsrecht selbst weicht zwar von der gesetzlichen Regelung des § 34 ErbbauVO ab, aber zulässigerweise, weil diese Vorschrift abdingbar ist (Planck/Strecker, BGB 4. Aufl. Anm. 6; Erman/Ronke Anm. 2, Staudinger/Ring Anm. 3, Palandt/Degonhart Anm. 3, Baur bei Soergel/Siebert Anm. 2, alle zu § 34 ErbbauVO).

In der Abrede, daß der Kläger bei Erbbaurechtsende für das Gebäude (wenn er es nicht abreißt) nur 50 % des Zeitwerts ersetzt verlangen kann (§ 6 Abs. 3 Satz 1), sieht die Revision einen Verstoß gegen § 32 Abs. 2 ErbbauVO. Aber es ist weder festgestellt noch

mit Tatsachenvortrag belegt, daß das Erbbaurecht im vorliegenden Fall zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt worden wäre; entgegen der Meinung der Revision trifft dies auf Wochenendgrundstücke keineswegs allgemein zu. Infolgedessen konnte die Vergütung nach Absatz 1 Satz 2 von § 32 ErbbauVO durch Vertrag auch auf weniger als 2/3 des gemeinen Wertes festgesetzt werden.

Die Vereinbarung der dereinstigen Rückgabe des Grundstücks im "erhaltenen" Zustand (§ 8), d.h. (BU S. 66) in dem Zustand, in dem es sich bei Vertragsschluß befand, ist entgegen der Meinung der Revision nicht schon deswegen in ihrer Gültigkeit zweifelhaft, weil ein Beweis des ursprünglichen Zustands nach 99 Jahren auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Der Tatrichter hat die Bestimmung dahin ausgelegt, daß nur die allgemeine Beschaffenheit des Grundstücks, nicht aber auch die Beschaffenheit des Hauses oder des Bodenbewuchses im einzelnen gemeint sei. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Mit der Kündigungsklausel des § 7 des Vertrags befaßt sich das Berufungsurteil eingehend, wobei es das Senatsurteil vom 15. Februar 1961 (V ZR 129/59, LM ErbbauVO § 1 Nr. 1) zugrunde legt. Da sich die Wirksamkeitsfeststellung im Klagantrag und Berufungsurteil auf diese Bestimmung nicht erstreckt, ist die Klausel für die Entscheidung dieses Rechtsstreits nur insoweit von Bedeutung, als ihre Unwirksamkeit nach § 139 BGB die Unwirksamkeit des Vertrags im übrigen bewirken könnte. Dies hat das Berufungsurteil verneint, weil die Klausel zwar an sich wegen Verstoßes gegen

§ 1 Abs. 4 ErbbauVO unwirksam, aber in die Vereinbarung eines Heimfallsrechts im Sinn von § 2 Nr. 4, § 9 Abs. 3 ErbbauVO umzudeuten und mit diesem Inhalt gültig sei (BU S. 57/59). Es ist mit dem Landgericht der Überzeugung, daß auch der Beklagte bei Kenntnis jener Unwirksamkeit diese Heimfallsvereinbarung gewollt hätte, obwohl sie einen erheblich längeren Erbbauzinsrückstand (2 Jahre statt 1 Monats) forderte. Es hat dies entgegen dem Vortrag der Revision begründet, nämlich mit Bezugnahme auf die Ausführungen des Landgerichts sowie damit, daß der Beklagte ihnen im zweiten Rechtszug nicht entgegengetreten sei. Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Infolgedessen wurde die Frage der Auswirkung einer Teilnichtigkeit auf das schuldrechtliche und dingliche Gesamtgeschäft (vgl. dazu für einen Erbbauvertrag das Senatsurteil vom 14. April 1969, V ZR 119/65) im vorliegenden Fall nicht praktisch. Auf die weiteren Rügen der Revision - zur Geltung der Kündigungsklausel in der Zeit vor Erbbaurechtseintragung, sowie zur Hilfsbegründung des Berufungsgerichts aus § 242 BGB - kam es nicht mehr an.

Nach § 16 des Vertrags hat der Beklagte mit seiner Ehefrau das Recht, einen Brunnen mit Pumpenanlage mitzubenutzen. Das Berufungsurteil stellt fest, daß Brunnen und Pumpenanlage vorhanden seien, und bezeichnet als unerheblich, ob die Anlage vom Kläger stamme, wie der Vertrag sagt, oder von seinen Rechtsvorgängern. Wieso dies dem Beklagten "gar keine Rechte geben" und gegen § 139 BGB verstoßen soll, ist nicht erkennbar.

2. Der schuldrechtliche Teil des Erbbauvertrags ist nicht durch Anfechtung, Kündigung oder Rücktritt aufgelöst worden.

a) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 EGB)
- über die Absicht des Selbstbehaltens und Selbstbewohnens statt der alsbald getätigten Veräußerung - erklärt das Berufungsgericht mit dem Landgericht deshalb für unbegründet, weil eine etwaige Täuschung für den Vertragsabschlußwillen des Beklagten nicht erwiesenermaßen ursächlich gewesen sei. Der Tatrichter begründet dies mit den erheblichen Vorteilen, die der Erbbauvertrag dem Beklagten bot - gegenüber dem bisherigen, ebenfalls langfristigen (30jährigen) Pachtvertrag mehr als doppelte Nutzungsentschädigung monatlich für ein um ein Drittel kleineres Gelände, mögliche Befriedigung des eigenen Bauinteresses des Beklagten mit dem zurückerhaltenen Geländedrittel -, sowie damit, daß angesichts der geringen Höhe des schuldrechtlich vereinbarten Erbbauzinses und seiner Sicherung durch die vereinbarte Reallast ein etwaiger Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten für den Beklagten ohne Interesse gewesen sei. Unter diesen Umständen sei die Möglichkeit nicht sicher auszuschließen; daß der Beklagte Haupt- und Nachtragsvertrag auch bei Kenntnis der Veräußerungsabsicht des Klägers abgeschlossen hätte; auch für einen Anscheinsbeweis der Ursächlichkeit (vgl. Urteil vom 12. November 1957, VIII ZR 311/56, NJW 1958, 177) sei nach Sachlage kein Raum. Zur Offenbarung der Höhe des Weiterverkaufspreises sei der Kläger nicht verpflichtet gewesen; daher sei unerheblich, ob die Kenntnis dieses Umstands den Beklagten vom Abschluß des Vertrags abgehalten hätte.

Wieso das Berufungsgericht dabei verkannt haben soll, daß der Kläger durch den Kaufvertrag mit Frau Du■■■■ nur seine Rechte, aber ohne Zustimmung des Beklagten nicht auch seine Pflichten aus dem Erbbaupvertrag an die Käuferin abgeben konnte (§§ 414, 415 BGB), ist nicht erkennbar. Wie sich aus seinen Ausführungen zur Kündigung (Leistungsweigerungsrecht des Klägers, unten b) ergibt, ging der Tatrichter zutreffend davon aus, daß der "Eintritt" von Frau Du■■■■ in die "Bedingungen" des Erbbaupvertrags, der "Übergang" (auch) aller Pflichten aus diesem Vertrag an sie (§§ 1, 2 ihres Vertrags) keine Schuldübernahme im Außenverhältnis, sondern nur eine Erfüllungsübernahme im Innenverhältnis (§ 415 Abs. 3 BGB) war, so daß zwar im Verhältnis zum Kläger Frau Du■■■■ zur Erbbauzinszahlung an den Beklagten verpflichtet wurde, im Verhältnis zum Beklagten dagegen der Kläger zur Erbbauzinszahlung weiter verpflichtet blieb. Daher liegt auch die von der Revision im Aufzwingen eines neuen Schuldners gesehene positive Vertragsverletzung des Klägers nicht vor.

Mit ihren Ausführungen zur Ursächlichkeit der vom Berufungsgericht unterstellten Täuschung (Revisionsbegründung S. 24 bis 28) vermag die Revision keinen Verfahrensverstöß aufzuzeigen. Es handelt sich vielmehr um in dieser Instanz unbeachtliche Angriffe gegen die Tatsachenwürdigung des Oberlandesgerichts.

b) Die Kündigungs- und Rücktrittserklärungen des Beklagten (vom 15. Mai 1964, August 1964 und 8. Oktober 1965) hält das Berufungsgericht ebenfalls für unwirksam: Soweit sie sich auf den - allerdings

über zweijährigen - Zahlungsrückstand stützten, hätten der Kläger und seine Ehefrau gegenüber der Erbbauzinsforderung ein Leistungsweigerungsrecht wegen Vertragsverletzungen des Beklagten gehabt und im Juli 1964 den Zahlungsrückstand innerhalb einer noch angemessenen Frist seit Kenntnis von ihm beglichen. Soweit sie sich auf Einzelheiten der Grundstücksbenutzung durch Frau Du■■■■ und die mangelnde Beteiligung des Klägers und der Frau Du■■■■ an den Kosten der vom Beklagten neu errichteten Pumpenanlage gründeten, scheiterte eine allenfalls (entsprechend § 626 BGB) aus wichtigem Grund mögliche Vertragsauflösung daran, daß die behaupteten Vorkommnisse dem Beklagten die Fortsetzung des Vertrags nicht unzumutbar machten: Bei Frau Du■■■■ sei ein Anlaß zu ernstlichen Beanstandungen nicht dargetan, zumal der Beklagte sie bis heute auf dem Grundstück als Nachbarin dulde und den Kläger nicht vor der Kündigung verständigt und zu einer Einwirkung auf Frau Du■■■■ aufgefordert habe. In der Pumpenangelegenheit seien der Kläger und seine Ehefrau zur Beteiligung beim Bau einer neuen Anlage nach Sinn und Zweck der Pumpenklausel (§ 16 des Vertrags) nicht verpflichtet gewesen, bevor geklärt war, ob es zur Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch kommen würde; das sei schon 1963 ungewiß gewesen, als der Beklagte an den Kläger wegen einer Neuanlage herantrat, und nach der ersten Kündigung des Beklagten erst recht.

Soweit das Berufungsgericht das Leistungsweigerungsrecht des Klägers und seiner Ehefrau darauf gründet, daß der Beklagte nicht bei der Erwirkung der Teilungsgenehmigung mitgewirkt und sie sogar angefochten hat, kann offen bleiben, ob der zugrundeliegenden Annahme

einer Vertragspflichtverletzung des Beklagten dadurch der Boden entzogen ist, daß der Beklagte zu wirksamer Vertragserfüllung infolge der fehlenden Nacherbenzustimmung ohnehin außerstande war. Denn das Berufungsurteil wird hinsichtlich der Annahme des Leistungsweigerungsrechts jedenfalls von seiner weiteren Erwägung getragen: Der Beklagte habe sich um die Zustimmung des Nacherben bemühen müssen und sei dieser Verpflichtung nicht nachgekommen.

Im übrigen versucht die Revision mit ihren Angriffen auch hier in verfahrensrechtlich unbeachtlicher Weise, den Sachverhalt anders zu würdigen, als es der Tatrichter getan hat. Seine weiteren Ausführungen enthalten keinen Rechtsverstoß. Infolgedessen kommt es nicht mehr darauf an, ob Kündigung und Rücktritt schon durch die Natur des Erbbauvertrags ausgeschlossen waren (vgl. dazu Senatsurteile vom 15. Februar 1961 aaO und vom 14. März 1969, V ZR 158/65).

3. Hiernach hat das Oberlandesgericht hinsichtlich des schuldrechtlichen Vertragsteils die Rechtswirksamkeit fehlerfrei festgestellt. Insoweit war die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92,
97 ZPO.

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Hill

Dr. Grell

B e r i c h t u n g

Die Abschriften des Urteils vom 14. Juli 1969

V_ZR_122/66

(Leitsatz zu ErbbauVO § 1, BGB § 2113) werden dahin berichtigt, daß der letzte Satz des zweiten Absatzes auf Seite 11:

" Dem Berufungsurteil ist auch einzuräumen, daß die Nacherbenbeschränkung begrifflich eher als einer Bedingung einer Zeitbestimmung ähnelt (wo der Ereignisseintritt gewiß ist), eine Zeitbestimmung aber bei der Bestellung des Erbbaurechts nicht grundsätzlich verboten ist (anders, als nach § 11 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO bei der Übertragung des Erbbaurechts, die aber hier nicht in Frage steht)."

nach Seite 10, 12. Zeile zwischen ".....Rpfleger 1964, 214" und "Aber die" gehört.

Karlsruhe, den 18. August 1969

Geschäftsstelle des Bundesgerichtshofs