

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: _____ nein

ErbbauVO § 9; BGB § 138 Cc

- a) Neben einem dinglich zu sichernden Erbbauzins kann schuldrechtlich die Beteiligung des Grundstückseigentümers am Umsatz eines auf dem Erbbaugrundstück betriebenen Gewerbes vereinbart werden (Ergänzung zu BGHZ 22, 220).
- b) Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer solchen Vereinbarung, wenn der Grundstückseigentümer eine Monopolstellung innehat.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1970 - V ZR 49/67 - OLG Celle
LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 49/67

URTEIL

Verkündet am

27. Februar 1970
Hirth,
Justizangestellter

in dem Rechtsstreit

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

des Kraftfahrzeugmeisters Hans-Wolfgang K [REDACTED]
in W [REDACTED], B [REDACTED] R [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadt W [REDACTED], vertreten durch den
Verwaltungsausschuß, dieser vertreten durch den Ober-
stadtdirektor, dieser vertreten durch den Stadtrat H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1970 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 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 23. Januar 1967 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

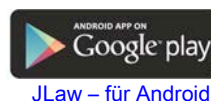
Von Rechts wegen

Tatbestand:

In zwei notariellen Verträgen vom 15. Juni 1961 bestellte die klagende Stadtgemeinde dem Beklagten jeweils für die Dauer von 50 Jahren Erbbaurechte an zwei in ihrem Stadtgebiet nebeneinander gelegenen Grundstücken. Der eine Vertrag berechnete und verpflichtete den Beklagten zur Errichtung einer Tankstelle, der andere zur Errichtung einer Volkswagen-Werkstatt nebst Verwaltungs- und Ausstellungsräumen. Für das 1494 qm große Tankstellengrundstück wurde ein jährlicher Erbbauzins von 1 820 DM, für das 6 855 qm große Werkstattgrundstück ein solcher von 8 180 DM vereinbart. Am selben Tag schlossen die Parteien eine privatschriftliche Vereinbarung, die in ihren einleitenden Worten auf den Erbbaurechts-



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



vertrag über das Tankstellengrundstück verwies; darin verpflichtete sich der Beklagte, "unabhängig von den im Erbbaurechtsvertrag festgelegten allgemeinen Überlassungsbedingungen" für jeden Liter verkauften Vergaserkraftstoffs einen Betrag von einem Pfennig an die Klägerin abzuführen, solange er die Tankstelle betreibe oder durch Dritte betreiben lasse.

In der Folgezeit wurde die Tankstelle errichtet und seit Mai 1963 von einem Pächter des Beklagten betrieben. Da der Beklagte der Klägerin keine Abrechnungen über die dort getätigten Benzinverkäufe erteilte und sich weigerte, dafür etwas zu zahlen, begehrt die Klägerin mit der im September 1965 zugestellten Klage als Umsatzbeteiligung für 1963, hilfsweise für 1964, Zahlung von 8 000 DM nebst Prozeßzinsen. Der Beklagte beantragt Klageabweisung und hat während des Berufungsrechtszuges Widerklage erhoben auf Feststellung, daß der Klägerin auch über den eingeklagten Betrag hinaus kein Zahlungsanspruch für die Zeit bis September 1966 in Höhe von insgesamt 13 034,24 DM zustehe. Er hält die privatschriftliche Vereinbarung für rechtsunwirksam, weil sie den Vorschriften der Erbbaurechtsverordnung sowie der niedersächsischen Gemeindeordnung zuwiderlaufe und ihm eine ins Gewand des Zivilrechts gekleidete, der Klägerin nicht gebührende Umsatzsteuer auferlegt habe. Außerdem verstoße sie gegen die guten Sitten und gegen § 2 a des Wirtschaftsstrafgesetzes; denn die Klägerin habe ihre Monopolstellung als praktisch alleinige Eigentümerin des Grund und Bodens im Stadtgebiet dazu ausgenutzt, von ihm ein wesentlich überhöhtes Entgelt für die Erbbaurechts-

bestellung zu erlangen. Auch sei die Geschäftsgrundlage dadurch weggefallen, daß die Klägerin entgegen ihrer Zusicherung bei Vertragsabschluß, sie werde künftig Erbbaurechte zum Betrieb von Tankstellen nur noch gegen eine Umsatzbeteiligung vergeben, einem anderen Tankstellenbesitzer keine solche Beteiligung abverlangt habe. Die Vereinbarung verletze zudem den Gleichheitsgrundsatz und das verfassungsmäßige Recht zur freien Berufsausübung (Art. 3 und 12 GG).

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist vom Oberlandesgericht unter gleichzeitiger Abweisung der Widerklage zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine bisherigen Anträge weiter. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Die Entscheidung sowohl über die Klage als auch über die Widerklage hängt davon ab, ob das, was die Parteien am 15. Juni 1961 zusätzlich zu den notariellen Erbbaurechtsverträgen privatschriftlich über den vom Beklagten zu entrichtenden sogenannten "Benzinpfennig" vereinbart haben, Rechtswirksamkeit besitzt. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist dies der Fall. Das angefochtene Urteil legt im einzelnen dar, daß die Beteiligung der Klägerin am Umsatz der Tankstelle weder gegen gesetzliche Vorschriften verstoße noch sittenwidrig sei. Die Klägerin habe ihre Machtstellung auf dem Grundstücksmarkt nicht dazu aus-

genutzt, dem Beklagten übermäßige Verpflichtungen aufzuerlegen. Ebensowenig liege eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Beklagten gegenüber anderen ortsansässigen Tankstellenbesitzern vor. Auf Wegfall der Geschäftsgrundlage könne sich der Beklagte nicht berufen. Durch die streitige Vereinbarung würden keine Bestimmungen des Grundgesetzes verletzt. Die Umsatzbeteiligung stelle auch keine unzulässige Umsatz- oder Gewerbesteuer dar.

Diese Beurteilung wird von der Revision in einer Reihe von Punkten angegriffen. Die Rügen erweisen sich jedoch im Ergebnis als unbegründet.

2. Zu Unrecht meint die Revision, die vereinbarte Umsatzbeteiligung widerspreche dem § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO, wonach der Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die ganze Dauer des Erbbaurechtsverhältnisses im voraus bestimmt sein muß. Diese Vorschrift gilt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nur für den dinglich gesicherten Erbbauzins. Sie hat den Zweck, die Beleihbarkeit des Erbbaurechts zu gewährleisten: Die dem Erbbauberechtigten obliegenden Verpflichtungen, soweit sie dinglicher Natur sind und daher jedem Dritten gegenüber wirksam sind, müssen der Höhe und Zeitdauer nach eindeutig feststehen und aus der Eintragung im Grundbuch ersichtlich sein; damit wird eine sichere Grundlage für die Belastung des Erbbaurechts zugunsten anderer, im Range gleichstehender oder nachfolgender Gläubiger geschaffen, ohne deren Einverständnis spätere Änderungen der Erbbauzinsverpflichtung nicht möglich sind (Staudinger/Ring, BGB 11. Aufl. § 9 ErbbauVO Anm. 13 ff). Diese gesetzliche

Regelung schließt indessen zusätzliche Vereinbarungen schuldrechtlicher Natur zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem keineswegs aus; sie wirken nur im Verhältnis dieser beiden Personen zueinander und betreffen die Rechtsstellung sonstiger Erbbaurechts- oder Grundstücksgläubiger nicht. Die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen ist vom erkennenden Senat in Fällen, wo es um nachträgliche Anpassung des Erbbauzinses an geänderte wirtschaftliche Verhältnisse ging, wiederholt bejaht worden (BGHZ 22, 220; Urteile vom 23. Oktober 1957, V ZR 270/56, RdL 1958, 7, und vom 18. Oktober 1968, V ZR 93/65, WM 1969, 64 mit weiteren Nachweisen).

Letzteres verkennt auch die Revision nicht. Allein sie macht geltend, die angeführte Rechtsprechung des Senats sei lediglich bedeutsam für die bisher entschiedenen Fälle, in denen über Erbbauzins-Anpassung an später eintretende Steigerungen des Bodenwertes, d.h. über die Statthaftigkeit sogenannter "Gleitklauseln" gestritten wurde. Im vorliegenden Fall dagegen enthielten die beiden Erbbaurechtsverträge der Parteien ohnehin bereits eine derartige, nur schuldrechtlich wirksame Gleitklausel (Nr. 6 Abs. 4 der notariellen Vertragsurkunden), und zur Entscheidung stehe hier die ganz andere Frage, ob neben dem Erbbauzins eine Beteiligung des Grundstückseigentümers am Umsatz des auf seinem Gelände betriebenen Gewerbes vereinbart werden könne in der Weise, daß Erbbauzins und Umsatzbeteiligung zusammen das Entgelt für die Einräumung des Erbbaurechts ausmachten. Dieses Entgelt werde dadurch von der gewerblichen Betätigung des Erbbauberechtigten (hier: von der Tüchtigkeit des Tank-

stellenbesitzers und der Beliebtheit seiner Benzinmarke) abhängig gemacht; Bemessungsgrundlage sei nicht der Grundstückswert, sondern in erster Linie die von einem anderen auf dem Grundstück entfaltete erwerbswirtschaftliche Tätigkeit. Nach den privatschriftlichen Abmachungen der Parteien betrage die Umsatzbeteiligung ein Mehrfaches des notariell vereinbarten Erbbauzinses und sei in Wirklichkeit die hauptsächliche Gegenleistung für die Überlassung des Erbbaugrundstücks. Derartige Vereinbarungen stünden mit Sinn und Zweck des § 9 ErbbauVO nicht im Einklang.

Die Rüge ist unbegründet. Zwar hat der Bundesgerichtshof bisher, soweit ersichtlich, über keinen Sachverhalt der vorliegenden Art entschieden. Wenn jedoch die Partner eines Erbbaurechtsvertrages zusätzliche Vereinbarungen, die zwischen ihnen schuldrechtlich wirksam sind, in rechtsgültiger Weise zu treffen vermögen, woran der Senat auch gegenüber abweichenden Stellungnahmen im Schrifttum (Huber, NJW 1952, 687; Holtzmann, NJW 1967, 915) nach erneuter Prüfung festhält, dann besteht kein einleuchtender Grund, dies auf Fälle nachträglicher Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere Bodenwertsteigerungen, zu beschränken. Soweit die Revision einwendet, die Höhe der Umsatzbeteiligung und damit zugleich das von den Parteien vereinbarte Gesamtentgelt entbehrten der nach § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO erforderlichen Bestimmtheit, wird von ihr übersehen, daß ein solches Erfordernis aus den oben dargelegten Gründen nur für den dinglich durch Grundbucheintrag gesicherten Erbbauzins gilt (vgl. Ingenstau, Kommentar zur ErbbauVO

3. Aufl. § 9 Anm. 16 und 18). Sie verkennt ferner die Bedeutung, die dem für die Einräumung eines Erbbaurechts geleisteten Entgelt zukommt: Diese Gegenleistung des Erbbauberechtigten ist kein wesentliches Merkmal eines Erbbaurechtsvertrages (BGH RdL 1958, 7, 9; BayObLGZ 1959, 520, 525). Vielmehr können Erbbaurechte unentgeltlich, z.B. schenkweise, bestellt werden (Ingenstau aaO § 9 Anm. 1). Ob ihre Bestellung im Einzelfall von einer Gegenleistung abhängen soll oder nicht, ist Sache der freien Parteivereinbarung (vgl. amtliche Begründung zur ErbbauVO, insbesondere zu § 9, abgedruckt bei Dannenbaum, Erbbaurecht 1918, S. 36). Steht hiernach der Entschluß, überhaupt ein Entgelt zu vereinbaren, im Belieben der Vertragsbeteiligten, so können sie nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, auf den das Berufungsgericht zutreffend verweist, auch Inhalt und Umfang des etwaigen Entgelts nach ihrem Gutdünken bestimmen. Nur wenn und soweit sie ihm durch Eintrag im Grundbuch dingliche Wirkung verleihen wollen, sind sie an § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO gebunden.

Von einer Umgehung dieser Vorschrift kann daher entgegen der Meinung der Revision keine Rede sein.

3. Was den vom Beklagten in den Vorinstanzen erhobenen Einwand der Sittenwidrigkeit betrifft (§ 138 Abs. 1 und 2 BGB), so geht das angefochtene Urteil zwar von einer "Monopolstellung" der Klägerin als Eigentümerin der meisten in ihrem Stadtgebiet gelegenen Grundstücke aus; verneint aber im Ergebnis ohne Rechtsirrtum eine sittenwidrige Ausnutzung dieser Machtposi-

tion gegenüber dem Beklagten. Wiederum unter Hinweis auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit erachtet es die Klägerin, ebenso wie einen privaten Grundstückseigentümer, für befugt, sich als Entgelt für die Überlassung ihres Grund und Bodens eine Beteiligung an den Erträgen zu versprechen zu lassen, die der Nutzungsberechtigte dort erzielt. Das Entgelt, dessen Höhe grundsätzlich der freien Parteivereinbarung unterliege, sei nicht übermäßig hoch.

Nach Auffassung des Oberlandesgerichts soll dies bereits dann gelten, wenn bloß das Tankstellengrundstück für sich allein in Betracht gezogen und dem vereinbarten Erbbauzins von jährlich 1,22 DM je Quadratmeter der aus der Umsatzbeteiligung anfallende Geldbetrag hinzuge-rechnet werde; dann ergebe sich nämlich für das Jahr 1965, in dem der Umsatz bisher am größten gewesen sei, ein Gesamtentgelt von 5,90 DM für den Quadratmeter, was unter den hier gegebenen Umständen nicht als unangemessen angesehen werden könne. Ob dieser Auffassung beizutreten wäre, mag dahinstehen. Denn das angefochtene Urteil stellt anschließend, wohl im Sinne einer Hilfserwägung, auch noch auf das weitere Erbbaurecht für die Kraftfahrzeugwerkstatt ab, das mit dem für die Tankstelle eine wirtschaftliche Einheit bilde und dem Beklagten ohne dieses nicht eingeräumt worden wäre. Danach belaufe sich, so führt es aus, das jährliche Gesamtentgelt für beide Erbbaurechte zuzüglich der Umsatzbeteiligung von 1965 nur noch auf etwa 2 DM je Quadratmeter. Anhaltspunkte dafür, daß dem Beklagten durch die Umsatzbeteiligung besonders drückende Verpflichtungen auferlegt worden seien, die ihn in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit einschränkten, lägen nicht vor.

Gegen diese Würdigung wendet sich die Revision ohne Erfolg. Soweit sie geltend macht, daß der Beklagte seine Vertragspflichten nicht frei habe aushandeln können, vielmehr die Höhe des Entgelts von der Klägerin, in deren Hand sich die für eine Erbbaurechtsbestellung in Betracht kommenden Grundstücke befanden, einseitig bestimmt worden sei, liegen ihre Angriffe neben der Sache, da bereits das Berufungsgericht dies zugunsten des Beklagten als richtig unterstellt hat. Entscheidend für die Anwendung des § 138 BGB ist jedoch nicht die Monopolstellung als solche, sondern es kommt jeweils darauf an, ob der in dieser Weise Begünstigte seine wirtschaftliche Macht sittenwidrig dazu ausnutzt, um sich aus eigensüchtigen Beweggründen unter Mißachtung berechtigter Belange des Vertragspartners unangemessene Vorteile zu verschaffen (BGHZ 24, 148, 150, 156; LM BGB § 138 Cc Nr. 1 und Nr. 2, § 139 Nr. 14). An einer solchen Ausnutzung fehlt es im vorliegenden Fall; wenn der Tatrichter das Entgelt, das die Klägerin dem Beklagten für die Erbbaurechtseinkäumung abverlangt hat, nicht als unangemessen hoch ansah, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Ein Verstoß gegen § 286 ZPO ist dem Oberlandesgericht entgegen der Meinung der Revision nicht unterlaufen. Insbesondere durfte es, als es die Angemessenheit prüfte, zum Vergleich auch die Höhe des von der Zahnärztekammer und der Dresdner Bank gezahlten Erbbauzinses mit heranziehen; daß diese die ihnen überlassenen Grundstücke nicht genau in derselben Weise nutzen wie der Beklagte das seinige und die Höhe ihres Gewinns nicht bekannt ist,

stand einer solchen Heranziehung um so weniger entgegen, als in Wolfsburg, wie die Revision selbst in anderem Zusammenhang hervorhebt, keine völlig geeigneten Vergleichsobjekte vorhanden sind; im übrigen hat der Berufungsrichter sich nicht hiermit begnügt, sondern auch die von anderen Tankstellenbesitzern gezahlten Erbbauzinsen in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen. Wieso es angesichts der Monopolstellung der Klägerin unerheblich sein soll, ob die streitige Umsatzbeteiligung zugleich ein Entgelt für die Überlassung auch des Werkstattgrundstücks darstellt, ist nicht ersichtlich; vielmehr erweist sich gerade die Bejahung dieser Frage als ausschlaggebend. Für die Annahme, dem Senat des Oberlandesgerichts habe insoweit die erforderliche Sachkunde gefehlt und er habe deshalb nicht ohne vorherige Einholung eines Sachverständigengutachtens entscheiden können, bietet die Urteilsbegründung keinen Anhaltspunkt. Wenn andere ortsansässige Erbbauberechtigte ebenfalls mit der Klägerin wegen der Höhe des von ihnen gezahlten Erbbauzinses prozessieren, so nötigt dieser Umstand entgegen der Ansicht der Revision zu keiner abweichenden Beurteilung. Das gleiche gilt von dem im Bundestag eingebrachten Entwurf zur Änderung des § 9 ErbbauVO (Bundestagsdrucksache V/1337), zumal da er nur Grundstücke betrifft, die ganz oder überwiegend Wohnzwecken dienen.

Nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten, das er durch ein Privatgutachten des Architekten B. [REDACTED] vom 14. Dezember 1966 belegt hat, betrug der Bodenwert bei Vertragsabschluß 22 DM und am Tage der letzten Tatsachen-

verhandlung 45 DM je Quadratmeter. Setzt man diesen Wert in Vergleich mit der nach den Vereinbarungen der Vertragsschließenden zu erwartenden Gegenleistung (Erbbauzins und Gewinnbeteiligung), so ist für keinen der beiden Zeitpunkte eine Unangemessenheit des Entgelts zu erkennen. Deshalb erübrigt sich gegenwärtig eine Stellungnahme zu der Frage, ob das Festhalten der Klägerin an ihren vertraglichen Rechten einen Rechtsmißbrauch darstellt und der Beklagte etwa aus diesem Grunde (§ 242 BGB) wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung verlangen kann.

4. Mit der von der Revision ausführlich erörterten (und von ihr verneinten) Frage, ob eine Nichtigkeit der privatschriftlichen Vereinbarung vom 15. Juni 1961 zugleich den notariellen Erbbaurechtsvertrag über das Tankstellengrundstück ergreifen würde, brauchte sich das Berufungsgericht nicht zu befassen, da es jene Vereinbarung für rechtswirksam hielt. Eine Verletzung des § 139 BGB, wie die Revision sie rügt, liegt daher nicht vor.

5. Soweit die Revision den Standpunkt des angefochtenen Urteils angreift, die Vereinbarung über die Umsatzbeteiligung bilde mit beiden Erbbaurechtsverträgen, also auch mit dem über das Werkstattgrundstück, eine wirtschaftliche Einheit, wendet sie sich in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise (§ 561 Abs. 2 ZPO) gegen die tatrichterliche Vertragsauslegung. Die vom Beklagten seinerzeit hierzu beantragte Tatbestandsberichtigung hat das Oberlandesgericht abgelehnt; diese Entscheidung war laut § 320 Abs. 4 Satz 4 ZPO unanfechtbar und kann infolgedessen im jetzigen Rechtszug nicht auf ihre Richtigkeit

nachgeprüft werden (§ 548 ZPO). Die von der Revision nachträglich angeführten Stellen aus der Berufungsbeurteilung (S. 2, 6 und 7), die im Tatbestandsberichtigungsverfahren nicht zur Erörterung gestanden haben, vermögen ebenfalls die Auslegung des Vertragswerks durch den Tatrichter nicht zu widerlegen. Die Revision selbst bezeichnet das dortige Vorbringen des Beklagten als "nicht klar" und "offenbar unvollständig". Ob dieser Umstand, wie sie meint, dem Berufungsgericht Anlaß zur Ausübung des Fragerechts nach § 139 ZPO hätte geben müssen, kann dahinstehen. Denn nach ihrer Behauptung hätte sich der Beklagte, wenn er gefragt worden wäre, lediglich noch auf Abschnitt Nr. 5 des Schreibens der Klägerin vom 20. Oktober 1960 bezogen. Diese Briefstelle aber - die übrigens im Berufungsurteil (S. 3) wörtlich wiedergegeben wird, also dem Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung gegenwärtig war - besagt nichts über die Frage, inwieweit die drei erst später, nämlich am 15. Juni 1961 geschlossenen Verträge rechtlich oder wirtschaftlich miteinander zusammenhängen.

6. Die Revision meint, die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach der "Benzinpfennig" ein zusätzliches Entgelt auch für die Überlassung des Werkstattgrundstücks darstellt, widerspreche seinen späteren Ausführungen zum Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG); denn dort heiße es, daß die Klägerin nicht gegen diesen Grundsatz verstoßen habe, wenn sie eine Umsatzbeteiligung "nur für Erbbaurechte zum Betrieb von Tankstellen, nicht aber für andere Gewerbebetriebe" fordere. Ob der gerügte Widerspruch besteht oder ob es sich insoweit nicht bloß

um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt (gemeint war wohl: Erbbaurechte zum Betrieb von Tankstellen und Kraftfahrzeugwerkstätten), mag auf sich beruhen; denn von einem Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz kann jedenfalls um so weniger gesprochen werden, wenn der Kreis der Betriebe, von denen die Klägerin eine Umsatzbeteiligung fordert, sich über Tankstellen hinaus erweitert und auch Werkstätten mit umfaßt. Die Rüge der Revision, Art. 3 GG sei verletzt, geht daher ins Leere. Im übrigen läßt der Standpunkt des angefochtenen Urteils, der genannte Grundsatz verbiete lediglich, gleichgelagerte Fälle aus unsachlichen Gründen ungleich zu behandeln, doch eine solche unterschiedliche Behandlung sei bei Erbbaurechten für verschiedenartige gewerbliche Zwecke nicht gegeben, keinen Rechtsirrtum erkennen (vgl. Urteil des Senats vom 26. Februar 1965, V ZR 64/64, LM GrundG Art. 3 Nr. 84, Bl. 3 R).

7. Bei dem Einwand der Revision, der Beklagte sei von der Klägerin bedroht und dadurch zum Abschluß der privatschriftlichen Vereinbarung vom 15. Juni 1961 bestimmt worden, so daß diese nach §§ 123, 142 BGB nichtig sei, handelt es sich um neues Vorbringen, für das im jetzigen Verfahrensstande kein Raum ist (§ 561 Abs. 1 ZPO). Auf Anfechtung im Sinne der §§ 119 ff BGB hatte sich der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht berufen. Lediglich in einem vorprozessualen Anwaltschreiben vom 31. Dezember 1964 war für ihn erklärt worden, er fechte die genannte Vereinbarung "aus sämtlichen in Betracht kommenden Gründen, insbesondere gemäß §§ 119 und 123 BGB" an.

Aber den vermeintlichen Anfechtungstatbestand erblickte der Briefverfasser damals, wie aus seinen Ausführungen hervorgeht (vgl. das überleitende Wort "demzufolge"), allein darin, daß die Klägerin ihre bei den Vertragsverhandlungen gegebene Zusicherung, sie werde künftig Erbbaurechte zum Betrieb von Tankstellen nur gegen Umsatzbeteiligung erteilen, nicht eingehalten, sondern dem Tankstellenbesitzer R. [REDACTED] keine dahingehende Verpflichtung auferlegt habe; soweit er in diesem Zusammenhang den § 123 BGB anführte, geschah das also unter dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung, was auch durch seinen anschließenden Hinweis, die Geschäftsgrundlage der Vereinbarung bestehe nicht bzw. sei weggefallen, bestätigt wird. Für die nunmehr von der Revision erstmals behauptete Drohung oder gar - was nach § 123 BGB hinzukommen müßte - für ein widerrechtliches Verhalten der Klägerin bietet der vorgetragene Sachverhalt keine Grundlage; insbesondere ergibt das Schreiben vom 20. Oktober 1960 unter Nr. 5 nicht, daß die Klägerin unter Ausnutzung ihrer Monopolstellung gedroht habe, das Erbbaurecht nicht zu bestellen, falls der Beklagte die Einräumung einer Umsatzbeteiligung verweigern sollte.

8. Das angefochtene Urteil läßt auch keinen sonstigen, von Amts wegen zu beachtenden Rechtsfehler zum

Nachteil des Beklagten erkennen. Deshalb muß die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückgewiesen werden.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Dr. Grell