

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ErbbauVO § 1 Abs. 1; BGB §§ 242 Bb, 433 Abs. 1 Satz 2

- a) Ein Erbbaurecht mit dem Inhalt, auf dem Grundstück "Gebäude aller Art in Übereinstimmung mit dem zu erstellenden Bebauungsplan" errichten zu dürfen, ist zulässig.
- b) Das Erbbaurecht geht nicht unter, wenn sich die Erwartung der Bebaubarkeit zerschlägt.
- c) Beim Kauf eines sich auf Bauerwartungsland beziehenden Erbbaurechts trägt in der Regel der Käufer das Risiko, ob und wann das Grundstück bebaubar wird.

BGH, Urt. v. 12. Juni 1987 - V ZR 91/86 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 91/86

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
12. Juni 1987
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Peter P. [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED], B. [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

N. [REDACTED] L. [REDACTED] S. [REDACTED] H. [REDACTED] Baugenossenschaft e.G.,
vertreten durch Heinz Bo. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED], L. [REDACTED]

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WIII

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1987 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Linden, Dr. Räfle und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 6. März 1986 aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird unter teilweiser Abänderung des Urteils der 3. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 11. April 1985 die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger bestellte durch notariellen Vertrag vom 28. April 1972 der Beklagten sowie dem Ge[REDACTED]
[REDACTED]unternehmen D[REDACTED] eGmbH und der Wol[REDACTED]
[REDACTED] S[REDACTED]-H[REDACTED] mbH an mehreren, damals land-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

wirtschaftlich genutzten, Flurstücken ein Erbbaurecht zu je 1/3 Anteil auf die Dauer von 99 Jahren. Der an eine Wertsicherungsklausel gekoppelte jährliche Erbbauzins betrug anfänglich 1,10 DM je qm.

Der Vertrag enthält in § 1, auf den die Eintragungsbeurteilung Bezug nimmt, u.a. folgende Vereinbarung:

"...

Die Erbbauberechtigte ist berechtigt, auf dem Erbbaugrundstück Gebäude aller Art in Übereinstimmung mit dem zu erstellenden Bebauungsplan zu errichten. Das Erbbaurecht erstreckt sich auch auf das für die Bebauung selbst nicht erforderliche Gelände, das die Erbbauberechtigte in jeder in Betracht kommenden Weise, insbesondere als Hofraum und Gartenland benutzen und nutzen sowie ganz oder teilweise einfriedigen darf.

Dem Erbbaurecht unterliegen die folgenden Flurstücke:

...
in Größe von zusammen 8.16.43 ha.

Die Erbbauberechtigte erwirbt das Erbbaugelände, um es mit Wohnungen im öffentlich geförderten und steuerbegünstigten Wohnungsbau zu bebauen. Die Erbbauberechtigten verpflichten sich, die betroffene Fläche erst dann zu bebauen, wenn ein rechtsverbindlicher Bebauungsplan der Stadt Br... für dieses Gebiet vorliegt oder die Voraussetzungen nach § 33 BBauG erfüllt sind."

Das Erbbaugelände liegt in einem Gebiet, das damals in dem Flächennutzungsplan der Stadt Br... als Wohnbaufläche vorgesehen war. Die Erteilung einer Bodenverkehrs-

genehmigung für den Erbbaurechtsvertrag wurde zunächst versagt, weil das Gelände im Außenbereich liege und dafür "kaum in den nächsten 3 Jahren" ein Bebauungsplan zu erwarten sei. Auf den Widerspruch der Vertragsparteien wurde die Genehmigung durch Bescheid vom 14. November 1972 erteilt. Das Erbbaurecht wurde in das Grundbuch der betroffenen Flurstücke und in das Erbbaugrundbuch eingetragen.

Ein Bebauungsplan für dieses Gebiet ist bis jetzt nicht aufgestellt worden. Durch Verordnung des Landes Schleswig-Holstein vom 13. September 1985 (GVBl S. 275), in Kraft getreten am 27. September 1985, wurde das Erbbaugelände bis auf eine Teilfläche von 281 qm aus dem städtebaulichen Entwicklungsbereich, der für Br[] in der Landesverordnung vom 20. Februar 1973 (GVBl S. 30) festgelegt worden war, herausgenommen.

Die Beklagte verweigerte im Hinblick auf die planungsrechtliche Situation die zum Ende des ersten Quartals 1983 fällige Zahlung des Erbbauzinses. Daraufhin hat der Kläger im Urkundenprozeß die Beklagte auf Zahlung des Erbbauzinses verklagt. Dieser Anspruch ist ihm rechtskräftig zuerkannt worden.

Im Nachverfahren hat die Beklagte Widerklage mit dem Antrag auf Feststellung erhoben, daß der Erbbaurechtsvertrag mit Wirkung zum 7. September 1983, hilfsweise zum 31. Dezember 1983, aufgelöst sei. Zur Begründung hat sich die Beklagte auf Wegfall der Geschäftsgrundlage des Vertrages berufen.

Das Landgericht hat auf die Widerklage die Feststellung getroffen, daß der Erbbaurechtsvertrag seit dem 1. Oktober 1983 aufgelöst sei. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision begehrt der Kläger Abweisung der Widerklage. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Die Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrages vom 28. April 1972 sei weggefallen "bzw." von Anfang an nicht vorhanden gewesen. Geschäftsgrundlage sei die in § 1 Abs. 4 des Vertrages zum Ausdruck gekommene Vorstellung der Parteien gewesen, das Erbbaugelände werde zur Bebauung freigegeben. Demgemäß sei die Höhe des Erbbauzinses nach dem Wert des Erbbaurechts für bebaubare Grundstücke bemessen worden. Dies spreche dagegen, daß die Beklagte einseitig das Risiko übernommen habe, ob sich die Erwartung der Aufstellung eines Bebauungsplanes erfülle. Die Geschäftsgrundlage sei jedenfalls in dem vom Landgericht angenommenen Zeitpunkt (1. Oktober 1983) entfallen, weil in der bis dahin abgelaufenen Vertragszeit von über 11 Jahren kein Bebauungsplan erlassen worden sei und ein solcher jetzt auch nicht mehr erwartet werden könne. Daher müsse hier ähnlich wie bei einem Dauerschuldverhältnis ein Recht zur Kündigung bestehen. Die Kündigungserklärung, welche die

Beklagte durch Erhebung der Widerklage im Schriftsatz vom 30. August 1983 zum Ausdruck gebracht habe, habe mit Ablauf des vierteljährlichen Zahlungszeitraumes am 30. September 1983 zur Auflösung des schuldrechtlichen Bestellungsvertrages geführt.

II.

Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen nicht stand.

1. Die Vereinbarung in § 1 des Erbbaurechtsvertrages vom 28. April 1972, wonach die Erbbauberechtigten befugt sind, "Gebäude aller Art in Übereinstimmung mit dem zu erstellenden Bebauungsplan zu errichten", wirft zunächst die - im Berufungsurteil nicht erörterte - Frage auf, ob damit die dingliche Einigung den Inhalt des Erbbaurechts ausreichend und daher wirksam bestimmt. Das ist der Fall.

Der gesetzlich nur allgemein bestimmte Inhalt des Erbbaurechts als eines Rechts, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO), bedarf zwar im konkreten Bestellungsvertrag einer näheren Bezeichnung nach Art und Umfang der zulässigen Bebauung, jedoch nur mit solcher Genauigkeit, daß deutlich wird, wie die Bebauung ungefähr beschaffen sein soll und ob es sich bloß um ein oder um mehrere Bauwerke handelt (ständige Rechtspr. des Senats, vgl. BGHZ 47, 190, 193; Urt. v. 14. Februar 1969, V ZR 119/65, WM 1969, 564, 566; Beschl. v. 13. Juli 1973, V ZB 8/73, WM 1973, 1071, 1072; Urt. v. 14. März 1975,

V ZR 184/72, WM 1975, 544). Damit wird dem Bedürfnis Rechnung getragen, die Bestellung von Erbbaurechten auch für künftige, noch nicht in Einzelheiten feststehende Bauvorhaben zu ermöglichen (vgl. BGHZ 47, 190, 192).

Soweit vorliegend zum Umfang der Bebauung vereinbart ist, daß nicht bloß ein, sondern mehrere Gebäude errichtet werden dürfen, genügt das dem Bestimmtheitserfordernis; die Angabe der Gebäudezahl ist nicht geboten (vgl. BGHZ 47, 190, 193).

Was die Art der Bebauung anbelangt, so ist durch die Bezeichnung "Gebäude aller Art in Übereinstimmung mit dem zu erstellenden Bebauungsplan" eine objektive, jedermann zugängliche Bezugsgrundlage gewählt. Hier ist also nicht zweifelhaft, auf welche Art der Bebauung sich die Beteiligten geeinigt haben, nämlich auf eine dem Bebauungsplan entsprechende Beschaffenheit der Gebäude. Ungewiß ist allerdings geblieben, ob und wann der als maßgebend vereinbarte Bebauungsplan aufgestellt wird. Diese Ungewißheit aber ist bei einem, wie hier, nur für Bauerwartungsland bestellten Erbbaurecht hinzunehmen. In einem solchen Falle steht die Bezugnahme auf den erst noch zu erstellenden Bebauungsplan nicht den Gründen entgegen, aus denen die Notwendigkeit einer den gesetzlichen Inhalt des Erbbaurechts konkretisierenden vertraglichen Bestimmung hergeleitet wird. Dadurch soll zum einen die Feststellung ermöglicht werden, ob das Bauwerk bei Erstreckung des Erbbaurechts auf einen für den Bau nicht erforderlichen Teil des Grundstücks gemäß § 1 Abs. 2 ErbbauVO wirtschaftlich die Hauptsache bleibt (BGHZ

47, 190, 191/192). In dieser Hinsicht bestehen hier jedoch keine Zweifel, da den Erbbauberechtigten das Recht eingeräumt ist, eine Vielzahl von Gebäuden auf dem Erbbaugelände zu errichten. Damit ist evident, daß die Gebäude im Verhältnis zum Grundstück wirtschaftlich die Hauptsache sein sollten. Zum anderen soll durch eine nähere Inhaltsbestimmung der für die Beleihungsfähigkeit wesentliche Wert des Erbbaurechts wenigstens einigermaßen erkennbar werden (BGHZ 47, 190, 191). Dieser Gesichtspunkt indessen spielt bei einem Erbbaurecht, das nur für Bauerwartungsland bestellt wird, keine ausschlaggebende Rolle. Denn unabhängig davon, mit welcher Genauigkeit der Bestellungsvertrag das Bauwerk beschreibt, wird immer erst nach Erlaß eines entsprechenden Bebauungsplans der Beleihungswert erkennbar. Auch wenn vorliegend die ungefähre Beschaffenheit des Bauvorhabens unmittelbar bezeichnet worden wäre, z.B. durch die inhaltlich ausreichende Angabe "mehrere Wohnhäuser" (vgl. BGHZ 47, 190, 193), so wäre dennoch die Einschätzung des Beleihungswerts unsicher geblieben, da sie sich lediglich auf die Erwartung der Aufstellung eines entsprechenden Bebauungsplans hätte stützen können. Es wäre folglich keine größere Klarheit gewonnen als durch die hier getroffene Vereinbarung, daß Gebäude derjenigen Art errichtet werden dürfen, die ein künftiger Bebauungsplan zuläßt. Diese Bestimmung schafft gerade bei einem Erbbaurecht, dessen Gegenstand nur Bauerwartungsland ist, die für einen Kreditgeber, aber auch für etwaige Rechtsnachfolger des Erbbauberechtigten oder des Eigentümers vordringliche Klarheit, daß das Erbbaugrundstück noch nicht bebaubar und erst ein künftiger Bebauungsplan für die Art der Bebauung maßgebend ist.

2. Die Tatsache, daß es sich nur um Bauerwartungsland handelte, hinderte die Entstehung des Erbbaurechts nicht. Das Recht ging auch nicht unter, als sich die Bebaubarkeitserwartung zerschlug.

a) Zwar kann ein Erbbaurecht, das schon im Zeitpunkt der Bestellung infolge eines dauernden öffentlich-rechtlichen Bauverbots nicht die Nutzung des Erbbaugrundstücks als Baugrund ermöglicht, nicht wirksam entstehen (BGHZ 96, 385, 388); so liegt der Fall hier aber nicht. Denn bei Bestellung des Erbbaurechts am 28. April 1972 stand noch nicht fest, daß für das damals in dem Flächennutzungsplan der Stadt Brunsbüttel als Wohnbaufläche vorgesehene und im Jahre 1973 in den städtebaulichen Entwicklungsbereich aufgenommene Erbbaugelände kein Bebauungsplan aufgestellt wird. Da ein Erbbaurecht auch für den Zweck einer erst in Zukunft beabsichtigten Bebauung bestellt werden darf, besteht kein zwingender Grund, hiervon Grundstücke auszunehmen, deren Bebaubarkeit erst in Zukunft erwartet wird. Auch in diesem Falle erlangt der Erbbauberechtigte die für ein Erbbaurecht nach § 1 Abs. 1 ErbbauVO wesentliche Befugnis, auf dem fremden Grundstück "ein Bauwerk zu haben", also in dieser Hinsicht das Grundstück wie ein Eigentümer zu nutzen. Die Ungewißheit, ob sich diese Befugnis bauplanungsrechtlich erwartungsgemäß verwirklichen läßt, ist nicht gleichbedeutend mit einer zur Zeit der Erbbaurechtsbestellung bereits auf Dauer feststehenden rechtlichen Unmöglichkeit baulicher Nutzung (vgl. auch BGHZ 65, 345, vollständig abgedruckt in WM 1976, 271, wo der Senat unausgesprochen schon von der Wirksamkeit eines für Bauerwartungsland bestellten Erbbaurechts ausgegangen ist).

b) Die Ansicht der Revisionserwiderung, daß hier das Erbbaurecht erloschen sei, weil sich nach der Bestellung die Erwartung zerschlagen habe, ein Bebauungsplan werde erlassen, ist nicht zutreffend. Die dafür als Beleg angeführte Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 24. Februar 1984, V ZR 177/82, NJW 1984, 2157, 2158 m.w.N.), wonach eine Dienstbarkeit erlischt, wenn deren Ausübung objektiv und endgültig unmöglich wird, läßt sich auf Erbbaurechte nicht übertragen.

Im Unterschied zur Dienstbarkeit ist das Erbbaurecht nicht nur eine dingliche Belastung des Grundstücks, sondern darüber hinaus ein grundstücksgleiches Recht; denn es ist wie ein Grundstück zu behandeln (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO) und ebenso wie dieses eigenständig belastbar und veräußerlich. Damit hat der Erbbauberechtigte eine dem Grundeigentümer ähnliche - wenn auch durch den Inhalt des Erbbaurechts beschränkte - Rechtsstellung. Ist das Erbbaurecht hiernach wirksam entstanden, so ist sein Fortbestand, genauso wie der des Grundeigentums, unabhängig davon, ob das Recht ausgeübt werden kann. Ein Untergang des Erbbaurechts käme in der Auswirkung einer dem Verbot des § 1 Abs. 4 ErbbauVO widersprechenden Bindung an eine auflösende Bedingung gleich.

3. Auch für das schuldrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien, also für den Kauf des Erbbaurechts, ist bedeutungslos, daß der erwartete Bebauungsplan nicht aufgestellt worden ist. Denn anders als im Falle des Senatsurteils BGHZ 96, 385 ging die Verpflichtung des Klägers nur dahin, der Beklagten und den beiden Miterbbauberechtigten

ein Erbbaurecht mit der Befugnis einzuräumen, die betroffenen Flurstücke unter der Voraussetzung eines künftigen Bauungsplans baulich zu nutzen. Diese lediglich Bauerwartungsland betreffende Pflicht zur Rechtsverschaffung aber hat der Kläger erfüllt, so daß Gewährleistungsansprüche ausscheiden.

4. Die Widerklage ist auch nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt.

a) Mit Recht beanstandet die Revision schon die zu weit gehende Feststellung in der Urteilsformel, daß der "Erbbaurechtsvertrag" aufgelöst sei. Dieser Vertrag enthält nicht nur das zur Erbbaurechtsbestellung verpflichtende schuldrechtliche Geschäft, sondern zugleich die dingliche Einigung, die ein Teil des Erfüllungsgeschäfts ist. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage könnte indessen nur zur Auflösung des schuldrechtlichen Teils führen, wovon das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen selbst ausgeht. Es hätte folglich die Widerklage jedenfalls im Umfang der darin einbezogenen dinglichen Einigung abweisen müssen.

b) Die Revision wendet sich zu Recht auch dagegen, daß das Berufungsgericht die - nach seiner Meinung der Widerklageschrift zu entnehmende - Kündigungserklärung der Beklagten als wirksam angesehen hat.

Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, daß ein Vertrag bei einem dessen Auflösung rechtfertigenden Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht von selbst aufgelöst

ist, sondern daß diese Rechtsfolge nur durch eine entsprechende Gestaltungserklärung herbeigeführt werden kann (Esser/Schmidt, Schuldrecht 6. Aufl., Bd. I § 24 III S. 340; Larenz, Lehrb. d. Schuldrechts, 14. Aufl., Bd. I § 21 II 2 S. 329; Palandt/Heinrichs, BGB 46. Aufl. § 242 Anm. 6 B f; allg. Auff.). Erforderlich ist mithin die Erklärung des Rücktritts vom Vertrag oder der Kündigung, je nachdem, ob das Schuldverhältnis rückwirkend oder - wie etwa ein Dauer-schuldverhältnis - nur für die Zukunft beseitigt werden kann (vgl. BGH Urt. v. 21. November 1968, VII ZR 89/66, NJW 1969, 233, 234). Insoweit ist dem Berufungsgericht im Ergebnis darin zu folgen, daß vorliegend eine Vertragsauflösung - wenn überhaupt - erst für die Zeit ab Wegfall der Geschäftsgrundlage und somit durch Kündigung in Betracht kommt, und zwar deshalb, weil bis dahin der dinglich vollzogene Erbbaurechtsvertrag schon den Erbbauberechtigten die Befugnis gegeben hatte, das Grundstück zu nutzen, und weil dementsprechend für diesen Zeitraum auch die schuldrechtliche Vereinbarung des die Gegenleistung bildenden Erbbauzinses Bestand haben muß (vgl. BGHZ 96, 385, 390).

Das Berufungsgericht hat jedoch nicht beachtet, daß die Beklagte nach dem Vertrag vom 28. April 1972 lediglich Miterbbauberechtigte zu einem ideellen Anteil von 1/3 ist. Eine Kündigung des schuldrechtlichen Vertrags hätte daher gemäß § 747 Satz 2 BGB - ebenso wie ein Rücktritt - nur von allen drei Miterbbauberechtigten erklärt werden können. Denn die Kündigung des Erbbaurechtsvertrages ist im Sinne dieser Vorschrift eine den gemeinschaftlichen Gegenstand und nicht bloß den Bruchteilsanteil betreffende Verfügung, die von den Teilhabern nur gemeinschaftlich vorgenommen werden darf

(vgl. BGB-RGRK/von Gamm 12. Aufl. § 747 Rdn. 5; Soergel/Hadding, BGB 11. Aufl. § 747 Rdn. 6; Erman/Schulze-Wenck, BGB 7. Aufl. § 747 Rdn. 4; Palandt/Thomas aaO § 747 Anm. 3 a; wohl auch MünchKomm/Karsten Schmidt 2. Aufl. § 741 Rdn. 43 a.E. und § 747 Rdn. 3). Die Kündigungserklärung allein der Beklagten genügte daher nicht. Eine von den beiden anderen Miterbbauberechtigten ausgesprochene Kündigung ist weder festgestellt noch in den Vorinstanzen behauptet.

Das angefochtene Urteil kann demnach nicht bestehen bleiben. Ob der Rechtsstreit, wenn hier allein die Frage der ordnungsgemäßen Kündigung entscheidungserheblich wäre, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden müßte, weil die Beklagte - wie die Revisionserwiderung meint - einen Hinweis des Tatrichters auf den Kündigungsmangel hätte erwarten können (§§ 139, 278 Abs. 3 ZPO), kann dahinstehen. Denn die Sache ist nach dem festgestellten Sachverhältnis aus den nachfolgenden Gründen zur Abweisung der Widerklage und damit zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

c) Das Berufungsgericht hat sich nicht mit der Frage befaßt, ob eine Kündigung des Erbbaurechtsvertrages entsprechend § 1 Abs. 4 Satz 2 ErbbauVO ausgeschlossen ist. Insoweit verweist die Revision auf das Senatsurteil vom 14. März 1969, V ZR 158/65, LM ErbbauVO § 1 Nr. 4 = NJW 1969, 1112, wonach der schon im Grundbuch eingetragene Erbbauberechtigte nicht ein gesetzliches Rücktrittsrecht (§§ 325, 326 BGB) wegen eines vertragswidrigen Verhaltens des Grundstückseigentümers geltend machen kann. Dieser Entscheidung stimmt das Schrifttum überwiegend zu (Ingenstau, ErbbauVO 5. Aufl. § 1 Rdn. 123 ff; Staudinger/Ring, BGB

12. Aufl. ErbbauVO § 1 Rdn. 49; BGB-RGRK/Räfle 12. Aufl. ErbbauVO § 1 Rdn. 67; MünchKomm/von Oefele aaO ErbbauVO § 1 Rdn. 83, der allerdings Rdn. 84 - ebenso wie Hönn, NJW 1969, 1669 - in solchen Fällen analog § 2 Nr. 4 ErbbauVO die Möglichkeit der Rückübertragung des Erbbaurechts befürwortet). Ob es nach dieser Rechtsprechung folgerichtig wäre, nach Eintragung des Erbbaurechts auch einer sich aus § 242 BGB ergebenden Befugnis zum Rücktritt von dem schuldrechtlichen Erbbaurechtsvertrag oder zur Kündigung die Anerkennung zu versagen, kann offenbleiben; denn vorliegend sind schon die Voraussetzungen einer solchen Befugnis nicht erfüllt.

Für den Kauf von Bauerwartungsland hat der Senat entschieden, daß nach dem Vertrag in der Regel der Käufer das ihm erkennbare Risiko zu tragen hat, ob und wann sich die Erwartung künftiger Bebaubarkeit erfüllen wird (BGHZ 74, 370, 374; Urt. v. 28. September 1979, V ZR 123/77, WM 1979, 1309, 1310 und v. 25. April 1980, V ZR 79/79, WM 1980, 800, 801). Für den Kauf eines sich auf Bauerwartungsland beziehenden Erbbaurechts kann - entgegen dem Standpunkt des Berufungsgerichts - in dieser Hinsicht nichts anderes gelten. Die gesetzliche Interessenbewertung beim Grundstückskauf (vgl. BGHZ 74, 370, 374) unterscheidet sich insoweit nicht von der bei einem Erbbaurechtskauf, da auf diesen die kaufvertraglichen Vorschriften über die Gewährleistung für Rechtsmängel unmittelbar (§§ 434, 437 BGB) und für Sachmängel analog anwendbar sind (BGHZ 96, 385, 387). Ist das Erbbaurecht sach- und rechtsmängelfrei verschafft, was aus den schon dargelegten Gründen (unter II. 3.) nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß Gegenstand dieses Rechts nur Bauerwartungsland sein soll, so trägt auch hier der Käufer das

Risiko, ob sich das Erbbaurechtsgrundstück für den gewollten Zweck nutzen läßt. Insoweit geht derjenige, der ein Erbbaurecht in Kenntnis des Umstandes kauft, daß das betreffende Grundstück nach öffentlichem Planungsrecht noch nicht bebauungsfähig ist, in gleicher Weise wie ein Grundstückskäufer die Gefahr einer womöglich dauernden Unbebaubarkeit ein. Bei der Langfristigkeit von Erbbaurechten - im vorliegenden Falle 99 Jahre - liegt die wirtschaftliche Tragweite des Entschlusses, ein solches Recht in der bloßen Erwartung späterer Bebaubarkeit zu erwerben, auf der Hand. Dieses Risiko darf dem Erbbaurechtskäufer nicht zu Lasten des Verkäufers abgenommen werden. Es ist vielmehr Sache des Käufers, eine das Verwendungsrisiko begrenzende Regelung in dem schuldrechtlichen Erbbaurechtsvertrag zu treffen. Zwar kann sich der Erbbaurechtskäufer nicht durch einen Rücktrittsvorbehalt absichern (§ 1 Abs. 4 ErbbauVO); er kann aber jedenfalls die Höhe des Erbbauzinses von dem Eintritt der Bebaubarkeit abhängig machen.

Vorliegend haben die Parteien den Vertrag indessen so gestaltet, daß auch der sich aus dem Erfordernis einer Bodenverkehrsgenehmigung normalerweise für den Erwerber ergebende Schutz nicht eingreifen konnte. Der Erbbaurechtsvertrag vom 28. April 1972 bedurfte zwar nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 BBauG a.F. - anders als nach der jetzigen Gesetzeslage - einer Bodenverkehrsgenehmigung; diese wurde auch erteilt. Die ihr gemäß § 21 Abs. 1 BBauG a.F. auf die Dauer von drei Jahren zukommende Bindungswirkung für einen Antrag auf Erteilung der Baugenehmigung konnte hier jedoch nicht eintreten, weil der Erbbaurechtsvertrag (§ 1 Abs. 1 und 4) die Bebauung von der Aufstellung eines rechtsverbindlichen Be-

bauungsplans abhängig macht und die Erbbauberechtigten dementsprechend auch im Genehmigungsverfahren auf eine frühere Bebauung verzichteten. Ein solcher Verzicht auf die mit der Erteilung einer Bodenverkehrsgenehmigung verbundene Bindungswirkung war zulässig (vgl. von Brauchitsch/Ule/Schlichter, BBauG 2. Aufl. § 21 Anm. 2 a.E.). Die Beklagte hat im übrigen nicht geltend gemacht, daß die Vertragsparteien irrigerweise angenommen hätten, durch die vertragliche Regelung das Bauerwartungsrisiko zu Lasten des Klägers abgesichert zu haben. Daher stellt sich auch nicht die Frage einer dahingehenden ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. BGHZ 74, 370, 376).

5. Bei dieser Rechtslage ist, da hierzu tatsächliche Feststellungen nicht mehr erforderlich sind, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Widerklage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht für alle Instanzen auf
§ 91 ZPO.

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Linden

Räfle

Lambert-Lang