
Datum: 14.11.2013
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 105/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2013:1114.5U105.13.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 3 O 468/12
Schlagworte: Erhöhung eines Erbbauzinses
Normen: §§ 317 ff BGB

Leitsätze:

Der Umstand, dass eine in der Vergangenheit vorgenommene Erhöhung des Erbbauzinses den Erhöhungsanspruch des Grundstückseigentümers nicht ausgeschöpft hat, hat nicht zur Folge, dass er für einen späteren Zeitraum diesen Rahmen nicht ausschöpfen darf.

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger und die Anschlussberufung der Streithelferin wird das am 24.04.2013 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 6.289,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz auf jeweils 1.572,35 € seit dem 01.07.2011, 01.01.2012, 01.07.2012 und 01.01.2013 sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 438,99 € zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel abgewiesen.

Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin werden dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

A.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es um die Anpassung eines vertraglich vereinbarten Erbbauzinses.

Die Kläger sind in Erbengemeinschaft Eigentümer des Grundstücks der Gemarkung I, Flur 5, Flurstück 369 mit einer Größe von 4.443 qm, eingetragen im Grundbuch von I Blatt ###.

Mit notariellem Erbbaurechtsvertrag vom 06.04.1960 bestellte der Rechtsvorgänger der Kläger, L, dem Vater und Rechtsvorgänger der Beklagten, S, an dem vorbezeichneten Grundstück ein Erbbaurecht ab dem 01.04.1960 für die Dauer von 99 Jahren mit dem Recht, auf dem Grundstück industrielle Anlagen und Maschinen mit den dazugehörigen Büro- und Wohnhäusern zu errichten. Es wurde ein jährlicher Erbbauzins in Höhe von 1.400,00 DM ab dem 01.04.1960 vereinbart. Dieser ist gem. § 2 des Erbbaurechtsvertrages jährlich am 1. Januar und am 1. Juli nachträglich fällig. Unter § 3 des Vertrages ist weiter geregelt:

„Sollte der vereinbarte Erbbauzins durch Veränderung der allgemeinen Wirtschafts- oder Währungsverhältnisse in ein Missverhältnis zu der jetzt vereinbarten Höhe gekommen sein, so ist jede Vertragspartei berechtigt, die Neufestsetzung des Erbbauzinses zu verlangen. Einigen sich die Vertragsparteien hierüber nicht, so entscheidet über die Höhe des alsdann zu entrichtenden Erbbauzinses und den Zeitpunkt der Fälligkeit des veränderten Erbbauzinses ein von der Industrie- und Handelskammer Bielefeld zu ernennender Sachverständiger im Schiedsgutachterverfahren. ...“

Im Jahre 1980 kam es zu einer einvernehmlichen Erhöhung des geschuldeten Erbbauzinses von 1.400,00 DM auf 2.300,00 DM (umgerechnet von 715,80 € auf 1.176,00 €).

Mit Schreiben vom 04.11.2010 forderten die Kläger vom Beklagten unter Beifügung einer entsprechenden Berechnung eine Erhöhung des Erbbauzinses ab dem 01.01.2011 auf jährlich 5.848,16 €. Die Prozessbevollmächtigten des Beklagten ermittelten unter Zugrundelegung einer Veränderung nach dem Lebenshaltungskostenindex für den Zeitraum von 1980 bis 2010 eine Erhöhung von 87 % und sahen dementsprechend einen nunmehr jährlich zu zahlenden Erbbauzins von 2.199,12 € für berechtigt an. Auf Grundlage dieser Berechnungen zahlte der Beklagte seit dem 01.01.2011 einen Jahreserbbauzins in Höhe von 2.200,00 €.

Da eine Einigung zwischen den Parteien über die Höhe des Erbbauzinses in der Folgezeit nicht möglich war, leiteten die Kläger das im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Schiedsgutachterverfahren ein. Von der Industrie- und Handelskammer Ostwestfalen zu Bielefeld wurde als Sachverständige die Streitverkündete Frau Dipl.-Ing. H benannt. Die Streitverkündete gelangte in ihrem Schiedsgutachten vom 11.09.2012 (vgl. Anlage zur Gerichtsakte) zum Stichtag 01.01.2011 zu einem jährlichen Erbbauzins für das

streitgegenständliche Gewerbegrundstück in Höhe von 5.344,70 €. Wegen der Einzelheiten ihrer Berechnung wird auf das Gutachten Bezug genommen.

Auf Grundlage dieser Berechnungen der Streitverkündeten forderten die Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 17.09.2012 vom Beklagten die Zahlung rückständiger Erbbauzinsen für die Jahre 2011 und 2012 in Höhe von insgesamt 6.289,40 €. 10

Mit anwaltlichem Schreiben vom 20.11.2012 lehnte der Beklagte die Zahlung ab. 11

Die Kläger haben beantragt, 12

den Beklagten zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 6.289,40 € nebst 5 % Jahreszinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz auf jeweils 1.572,35 € ab dem 01.01.2011, dem 01.07.2011, 01.01.2012 und dem 01.07.2012, sowie weitere 827,05 € zu zahlen. 13

Der Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Er hat die Auffassung vertreten, die von der Streitverkündeten getroffene Leistungsbestimmung sei grob unbillig und unterläge der Prüfung des Gerichts. Ausgangsindex und Anknüpfungszeitpunkt für das jetzige Erhöhungsverlangen der Kläger sei das Jahr 1980 und der damals vereinbarte Erbbauzins von 2.300,00 DM (1.176,00 €). Zudem sei im Rahmen der Billigkeitsprüfung der Anpassungsmaßstab festzulegen. § 3 des Erbbaurechtsvertrages enthalte keinen konkreten Bewertungsmaßstab. Es sei der Verbraucherindex zugrunde zu legen. 16

Das **Landgericht** hat den Beklagten verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 2.891,32 € nebst 5 % Jahreszinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz auf jeweils 722,83 € ab dem 01.01.2011, dem 01.07.2011, dem 01.01.2012 und dem 01.07.2012 sowie weitere 428,64 € (Anwaltskosten) zu zahlen. 17

Den Klägern stehe gegenüber dem Beklagten eine Erhöhung des geschuldeten Erbbauzinses auf jährlich 3.645,66 € zu. Ein darüber hinausgehender Anspruch sei nicht gegeben. 18

Das Gericht sei nicht an die Feststellungen der außergerichtlich beauftragten Streitverkündeten gebunden gewesen. Vertragliche Vereinbarungen, nach welchen bei Ausbleiben einer Einigung ein Dritter die Leistungspflicht einer Partei zu bestimmen hat, seien als Schiedsgutachtervertrag zu beurteilen, auf den die Regelungen der §§ 317 ff. BGB Anwendung fänden. Die Leistungsbestimmung des Gutachters habe dabei nach billigem Ermessen zu erfolgen. Ihre Überprüfung durch das Gericht sei auf die Frage beschränkt, ob der Schiedsgutachter von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen sei, sein Ermessen ausgeübt habe und hierbei von den Grundsätzen und Maßstäben ausgegangen sei, die im Vertrag zwischen den Parteien vereinbart seien, oder ob er bei Fehlen einer derartigen Vereinbarung den Zweck berücksichtigt habe, den die Vertragsschließenden verfolgt hätten. Eine gerichtliche Entscheidung habe darüber hinaus die aus § 319 Abs. 1 BGB resultierende weitergehende Beschränkung der Prüfbarkeit der Leistungsbestimmung des Dritten zu beachten. 19

Gemessen an diesen Voraussetzungen sei hier abweichend vom Ergebnis der Streitverkündeten eine Abänderung vorzunehmen. 20

Nach dem zwischen den Parteien bzw. ihren Rechtsvorgängern geschlossenen Vertrag sei der Erbbauzins dann anzupassen, wenn er durch Veränderung der allgemeinen Wirtschafts- oder Währungsverhältnisse in ein Missverhältnis zu der vereinbarten Höhe gekommen sei. Diese Voraussetzungen seien unstreitig gegeben.

Die Streitverkündete habe in ihrem Gutachten unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes dargelegt, dass allein ein Abstellen auf eine Veränderung der allgemeinen Währungsverhältnisse der vertraglichen Regelung nicht gerecht werde, weil ausdrücklich auch die allgemeinen Wirtschaftsverhältnisse als Bezugsgröße im Vertrag genannt seien. Diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. So habe die Sachverständige mit nachvollziehbarer Begründung dargelegt, dass auch die Einkommensverhältnisse zu berücksichtigen seien und im Ergebnis das arithmetische Mittel aus der Veränderung des Lebenshaltungskostenindex und des Einkommensindex als richtiger Erhöhungswert zugrunde zu legen sei. 22

Nicht gefolgt werden könne der Sachverständigen jedoch in Bezug auf den Zeitpunkt, auf welchen bei Ermittlung der veränderten Verhältnisse abzustellen sei. Die Sachverständige habe sich insoweit an dem zwischen den Rechtsvorgängern der Parteien im Jahre 1960 vereinbarten Erbbauzins orientiert und das Missverhältnis in Bezug auf diesen ermittelt. Nach Auffassung des Gerichts sei jedoch auf das Jahr 1980 als Bemessungszeitpunkt und den dort einvernehmlich neu festgesetzten Erbbauzins in Höhe von 2.300,00 DM (1.176,00 €) abzustellen. Die Streitverkündete habe sich hinsichtlich des Anknüpfungszeitpunktes an einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2001 (Urteil vom 20.12.2001 mit dem Az. V ZR 2060/00) orientiert, diese jedoch fehlerhaft interpretiert. 23

Ausgehend davon hat das Landgericht den Erbbauzins nebst Rückstand dann - ebenso wie die teilweise zugesprochenen vorgerichtlichen Kosten - neu berechnet. 24

Beide Parteien greifen diese Entscheidung mit ihren **wechselseitigen Berufungen** an. Die Streitverkündete hat Anschlussberufung eingelegt. Sie begehrt dieselbe Abänderung des angefochtenen Urteils wie die Kläger. 25

Die Kläger vertreten zur Begründung ihrer Berufung die Auffassung, dem Landgericht könne bei seinen Berechnungen nicht hinsichtlich der Bestimmung des Erhöhungszeitpunktes gefolgt werden. Es habe entschieden, dass sich die Erhöhung ab dem Zeitpunkt der letzten einvernehmlichen Erhöhung im Jahre 1980 errechne und nicht ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahre 1960. In dem vorliegenden Rechtsstreit sei diese Frage von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Dies liege daran, dass bei der Erhöhung im Jahre 1980 die allgemeinen Wirtschafts- und Währungsverhältnisse im Jahre 1960 nicht auf die Verhältnisse im Jahre 1980 fortgeschrieben worden seien. Die Erhöhung im Jahre 1980 sei einseitig von dem Rechtsvorgänger des Beklagten vorgenommen worden und fälschlicherweise nur nach dem Lebenshaltungskostenindex errechnet worden. Zudem sei der sich daraus ergebende Betrag noch erheblich unterschritten worden. Damit sei das Äquivalenzverhältnis zwischen den Parteien durch die Erhöhung im Jahre 1980 nicht wieder hergestellt worden. 26

Soweit das Landgericht seine Entscheidung auch auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.04.1992 mit dem Az. 5 ZR 52/91 gestützt habe, sei es dort darum gegangen, ob die in der Anpassungsklausel des Erbbaurechtsvertrages vereinbarten Anpassungsvoraussetzungen seit der letzten Erhöhung erneut gegeben gewesen seien. Es sei dort also um die Frage gegangen, ob bereits wieder eine Erhöhung verlangt werden könne. Diese Frage sei hier aber zwischen den Parteien unstreitig. 27

Demgegenüber besage die vom Landgericht herangezogene Entscheidung des BGH nichts dazu, in welchem Umfang die Erhöhung nun vorzunehmen sei. Zur Klärung dieser Frage sei zunächst auf den Erbbaurechtsvertrag abzustellen. Dieser enthalte eine Erhöhungsklausel, wonach auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahre 1960 abzustellen sei.	28
Da das Landgericht fälschlicherweise auf das Jahr 1980 als Bezugszeitpunkt abgestellt habe, ergäben sich erhebliche Differenzen zu dem Gutachten des Streitverkündeten. Aufgrund dieser Differenzen habe das Landgericht unzutreffenderweise die Bestimmung der neuen Höhe des Erbbauzinses durch die Sachverständige als offenbar unbillig angesehen. Diese Bestimmung sei jedoch nicht unbillig. Danach gelte zwischen den Parteien ein neuer Erbbauzins seit dem 01.01.2011 in Höhe von jährlich 5.344,70 €. Der Beklagte habe nur Teilbeträge gezahlt, so dass er verpflichtet sei, die mit der Klage geltend gemachten Differenzbeträge für die Jahre 2011 und 2012 zu zahlen.	29
Die Kläger beantragen,	30
1.	31
unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger über die bereits erstinstanzlich zugesprochenen Beträge hinaus weitere 3.398,08 € nebst 5 % Jahreszinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz auf jeweils 849,52 € ab dem 01.01.2011, dem 01.07.2011, dem 01.01.2012 und dem 01.07.2012 sowie weitere 398,41 € Rechtsanwaltskosten zu zahlen;	32
2.	33
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	34
Die Streithelferin argumentiert entsprechend, verteidigt ihr Gutachten und beantragt ebenfalls,	35
1.	36
unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, an die Kläger als Gesamtgläubiger 6.289,40 € nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 1.572,35 € ab dem 01.01.2011, dem 01.07.2011, dem 01.01.2012 und dem 01.07.2012, sowie weiterer 827,05 € seit Rechtshängigkeit zu zahlen;	37
2.	38
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	39
Der Beklagte beantragt,	40
1.	41
unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage im Übrigen ihn zu verurteilen, an die Kläger als Gesamtgläubiger lediglich 667,26 € nebst 5 % Jahreszinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 166,81 € ab dem 01.01.2011, dem 01.07.2011, dem 01.01.2012 und dem 01.07.2012 zu zahlen;	42
2.	43

die Berufung der Kläger und die Anschlussberufung der Streitverkündeten zurückzuweisen.	44
Streit bestehe in der Hauptsache darüber, ob der Anknüpfungszeitpunkt für die Berechnung der Erhöhung des Erbbauzinses das Jahr des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages 1960 oder das der letzten Erhöhung 1980 sei. Das Landgericht habe hierzu zutreffend ausgeführt, dass auf das Jahr 1980 als Bemessungszeitpunkt abzustellen sei.	45
Sodann habe das Landgericht den Mittelwert zwischen der Entwicklung der Verbraucherpreise und der Arbeitsverdienste angenommen, sei aber von falschen Indexzahlen ausgegangen.	46
Der Beklagte legt in seiner Berufung eine eigene Berechnung vor, aus der sich eine mittlere prozentuale Steigerung der Indizes der Arbeiterverdienste und der Verbraucherpreise in Höhe von 115,45 % ergibt.	47
Ausgehend von dem 1980 vereinbarten Erbbauzins in Höhe von 1.176,00 € ergebe die Erhöhung um 115,45 % einen Betrag von 1.357,65 € und einen ab Januar 2011 zu zahlenden Gesamterbbauzins von 2.533,63 €. Auf den habe er 2011 und 2012 unstreitig 2.200,00 € gezahlt. Mithin verbleibe eine jährliche Differenz von 363,63 € für 2011 und 2012, und ein Gesamtbetrag von 667,26 €.	48
Da die Kläger von ihm einen überhöhten Erbbauzins verlangt hätten, habe er seine Prozessbevollmächtigten mit seiner Vertretung beauftragen müssen, wodurch nachfolgend errechnete Anwaltskosten in Höhe von 546,69 Euro entstanden seien. Mit diesen Anwaltskosten werde er gegenüber einem eventuellen Erstattungsanspruch die Aufrechnung erklären.	49
B.	50
Die Berufung der Kläger und die Anschlussberufung der Streithelferin sind - bis auf einen Teil der Zinsforderung und der geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten - begründet.	51
Die Berufung des Beklagten ist dagegen unbegründet.	52
I.	53
Die Kläger haben gegen den Beklagten einen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses aus § 3 Satz 1 des notariellen Vertrages vom 06.04.1960, wenn der vereinbarte Erbbauzins durch Veränderung der allgemeinen Wirtschafts- oder Währungsverhältnisse in ein Missverhältnis zu der „jetzt vereinbarten Höhe“ gekommen ist.	54
Kommt insoweit eine Einigung der Parteien nicht zustande, so soll nach § 3 Satz 2 des vorbezeichneten Vertrages über die Höhe des alsdann zu entrichtenden Erbbauzinses und dem Zeitpunkt der Fälligkeit des veränderten Erbbauzinses ein von der Industrie- und Handelskammer Bielefeld zu ernennender Sachverständiger im Schiedsgutachterverfahren entscheiden.	55
1.	56
Zu Recht und ohne Beanstandung durch eine der beiden Parteien hat die Kammer in dieser Klausel des notariellen Vertrages den Abschluss eines Schiedsgutachtervertrages gesehen, auf den die Regelungen der §§ 317 bis 319 BGB Anwendung finden (vgl. dazu BGH NJW 1996, 452 ff. – Rdnr. 25 zitiert nach Juris).	57

2.	58
Des Weiteren ist das Landgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die Entscheidung der von den Parteien einvernehmlich beauftragten Gutachterin Diplom-Ingenieurin H (= Streitverkündete und Streithelferin der Kläger) nur in eingeschränktem Maße vom Gericht überprüft werden kann. Diese Beschränkung ergibt sich insbesondere aus § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach die getroffene Bestimmung für die Vertragsschließenden nicht verbindlich ist, wenn sie offenbar unbillig ist.	59
Eine offenbare Unbilligkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn die Bestimmung des Ditten in grober Weise gegen Treu und Glauben verstößt und sich die Unbilligkeit, wenn auch nicht jedermann, so doch einem sachkundigen und unbefangenen Beobachter sofort aufdrängt. Ein Verschulden des Dritten ist nicht erforderlich; es genügt, dass die Bestimmung objektiv offenbar unbillig ist. Eine Beweiserhebung zu diesem Punkt ist nicht ausgeschlossen. Sie muss sich jedoch darauf beschränken, ob die Unbilligkeit für einen Sachkundigen offensichtlich ist. Eine offenbare Unbilligkeit ist gegeben, wenn der Vertragsinhalt außer Betracht gelassen und einseitig auf die Interessen einer Partei abgestellt wird. Sie kann auch gegeben sein, wenn bei der Anpassung des Erbbauzinses für ein gewerbliches Grundstück die Erhöhung des Bodenwertes nicht berücksichtigt wird oder wenn sich die Leistungsbestimmung völlig über die Entwicklung am betreffenden Markt hinwegsetzt. Fehlschätzungen auch erheblichem Umfangs machen die Bestimmung nicht ohne Weiteres offenbar unbillig. Abweichungen von 17 % können unschädlich sein. Die Toleranzgrenze liegt bei ca. 20 bis 25 % (vgl. zum Ganzen BGH NJW 1991, 2761; BGH NJW 1996, 452 ff. – Rdnr. 26 zitiert nach Juris; Palandt-Grüneberg, 72. Aufl. 2013, § 319 BGB, Rdnr. 3 mit weiteren Nachweisen).	60
II.	61
Mithin ist der von der Streitverkündeten für den Zeitraum ab 01.01.2011 ermittelte Erbbauzins für beide Parteien verbindlich, wenn die errechnete Erhöhung des Erbbauzinses nicht offenbar unbillig im oben beschriebenen Sinne ist.	62
Dabei ist zunächst der Weg der Berechnung und sodann die Berechnung als solche zu überprüfen. Beide Prüfungen führen zu dem Ergebnis, dass der von der Streithelferin ermittelte Erbbauzins zutreffend berechnet worden ist.	63
1.	64
Die Gutachterin hat unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 18.05.1979 mit dem AZ. V ZR 237/77 – veröffentlicht u.a. in NJW 1980, 181 ff – vgl. dort insbesondere Rdnr. 30 ff., zitiert nach Juris) eine Änderung der allgemeinen Wirtschafts- oder Währungsverhältnisse sowohl anhand der Preisentwicklung als auch anhand der Veränderung der Einkommensverhältnisse berechnet.	65
Dies ist zutreffend. Auf diese Weise wird eine Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse auch bei Anwendung des § 9 a Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG festgestellt. Diese Vorschrift greift allerdings nur dann, wenn das aufgrund eines Erbbaurechts errichtete Bauwerk Wohnzwecken dient (Palandt-Bassenge, a.a.O., § 9 a ErbbauRG, Rdnr. 7 mit weiteren Nachweisen).	66
Im vorliegenden Fall handelt es sich um ein rein gewerblich genutztes Grundstück. Über die von den Parteien gewählte Anpassungsklausel, welche auf eine Veränderung der	67

allgemeinen Wirtschafts- oder Währungsverhältnisse abstellt, hat aber auch hier eine Berechnung der Änderung sowohl anhand der **Preisentwicklung** als auch anhand der Veränderung der **Einkommensverhältnisse** stattzufinden, wobei ein Mittelwert aus beiden Indizes zu bilden ist.

Gegen diesen Rechenansatz der Streitverkündeten wendet sich auch die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung nicht mehr (anders noch in ihrer Klageerwiderung auf S. 5). 68

2. 69

Streit herrscht zwischen den Parteien im Wesentlichen darüber, ob der Anknüpfungszeitpunkt für die Berechnung das Jahr des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages 1960 oder das der letzten Erhöhung 1980 ist. 70

Während die Kläger und die Streitverkündete auf das Jahr 1960 abstellen, knüpft der Beklagte bei seinen Berechnungen an das Jahr 1980 an. Er beruft sich in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes vom 24.04.1992 mit dem AZ. V ZR 52/91 (veröffentlicht u.a. in NJW 1992, 2088 f.). Der Beklagte hat jedoch aus dieser Entscheidung die falschen Schlüsse gezogen haben. Der von ihm bemühte dritte Leitsatz der Entscheidung lautet: 71

„Bei einem nicht Wohnzwecken dienenden Erbbaurecht darf an die Prüfung, ob seit der letzten Erhöhung des Erbbauzinses die vereinbarte Anpassungsvoraussetzung eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse erneut eingetreten ist, nicht ein Maßstab angelegt werden, der überhöhte frühere Anpassungen ausgleicht.“ 72

In den Gründen heißt es weiter u.a.: 73

„Verfehlt ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Auslegung der Klausel müsse auch berücksichtigen, dass sich der ursprüngliche Erbbauzins von 0,76 DM/qm durch wiederholte Erhöhungen schon fast verdreifacht habe. Die vereinbarte Voraussetzung der Anpassung muss im Zeitraum seit der letzten Erhöhung eingetreten sein. Ob das der Fall ist, kann mithin nicht von dem Ausmaß früherer Erhöhungen abhängen. Selbst wenn diese nicht der Anpassungsklausel entsprochen haben sollten, darf nicht die einvernehmlich vorgenommene Erhöhung vom Gericht korrigiert werden, indem es an die Klausel einen Maßstab anlegt, der überhöhte frühere Anpassungen ausgleicht.“ 74

Diese Ausführungen sind dahingehend zu verstehen, dass bei Prüfung, **ob** die in der Anpassungsklausel des Erbbaurechtsvertrages vereinbarten Anpassungsvoraussetzungen seit der letzten Anpassung **erneut** gegeben sind, das Gericht frühere, einvernehmlich vorgenommene überhöhte Anpassungen nicht korrigieren bzw. ausgleichen darf. 75

Darum geht es im vorliegenden Fall aber nicht. Der Beklagte hat in seiner Klageerwiderung (vgl. dort S. 4 = Bl. 12) bereits eingeräumt, dass sich von 1980 (letzte einvernehmliche Erhöhung) bis 2010 der „Jahresdurchschnittsindex“ um 87 % auf 2.199,12 Euro erhöht habe. Mithin steht das „**Ob**“ einer erneuten Anpassung des Erbbauzinses für den Beklagten selbst außer Frage. 76

Vorliegend geht es also um die Frage, auf welche Weise die Höhe der angezeigten Anpassung zu berechnen ist. Dabei ist entgegen der Auffassung des Beklagten und des Landgerichts sehr wohl auf das Jahr 1960, in welchem der Erbbaurechtsvertrag zwischen den Parteien bzw. ihren Rechtsvorgängern geschlossen wurde, als Bemessungszeitpunkt 77

abzustellen. Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, warum die Kläger ihre Möglichkeit, den Erbbauzins zu erhöhen, nicht vollständig ausschöpfen sollen. Dieser Grund ist insbesondere nicht in dem Umstand zu sehen, dass die Kläger die im Jahre 1980 mögliche Erhöhung – wohl unstreitig – nicht vollständig ausgeschöpft hatten. Die Beklagte behauptet in diesem Zusammenhang auch nicht, dass der im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Erhöhungsmaßstab seinerzeit – also im Jahre 1980 – abgeändert worden sei. Der im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Erhöhungsmaßstab stellt auf ein durch Veränderung der allgemeinen Wirtschafts- oder Währungsverhältnisse bedingtes Missverhältnis „zu der **jetzt** vereinbarten Höhe“ ab – also zu dem bei Abschluss des Erbbaurechtsvertrages vereinbarten Erbbauzins.

Der Bundesgerichtshof hat in einem ähnlich gelagerten Fall unter dem 11.12.2009 (AZ.: V ZR 110/09) wie folgt entschieden (2. Leitsatz): 78

„Die Tatsache, dass die in der Vergangenheit vorgenommenen Erhöhungen des Erbbauzinses den Erhöhungsanspruch des Grundstückseigentümers nicht ausgeschöpft haben, bewirkt nicht, dass der Grundstückseigentümer für einen späteren Zeitraum diesen Rahmen nicht ausschöpfen darf.“ 79

In den Gründen heißt es weiter u.a.: 80

„Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Berufungsgericht zur Bestimmung des Änderungsbetrages nicht auf den Zeitpunkt der letzten Anpassung des Erbbauzinses, sondern auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages abgestellt hat. Wird in einem Erbbaurechtsvertrag eine Anpassung des Erbbauzinses an die Änderung der im Vertrag bezeichneten Verhältnisse vereinbart, wird der Umfang der vereinbarten Anpassung von den Verhältnissen bei Vereinbarung der Abänderungsklausel bestimmt (...). Hieran ändert sich nicht dadurch etwas, dass die Vertragsparteien in späterer Zeit zum Vorteil einer Vertragspartei von dem vereinbarten Maßstab abweichen (...). Anders liegt es nur dann, wenn die Parteien durch oder im Zusammenhang mit der Abweichung eine Änderung des vertraglich vereinbarten Maßstabes der Anpassungsregelung vereinbaren (...).“ 81

Mithin knüpft der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung (u.a. veröffentlicht in BGH NZM 2010, 253 f.) an seine Rechtsprechung aus dem Urteil vom 20.12.2001 mit dem AZ. V ZR 260/00 (veröffentlicht u.a. in NJW 2002, 1424 f.) an. In dieser Entscheidung, mit welcher die Streitverkündete den von ihr gewählten Bemessungszeitpunkt begründet hat, heißt es u.a.: 82

„Kommt der Eigentümer dem Erbbauberechtigten bei einer Anpassung einmal ausnahmsweise entgegen, indem er mit der Zahlung eines niedrigeren als dem sich aus der Anwendung des Maßstabs ergebenden Erbbauzins einverstanden ist, so hat dieses Entgegenkommen noch nicht eine Veränderung des Anpassungsmaßstabs zur Folge und kann nicht dazu führen, dass dieses einmalige Entgegenkommen fortzuschreiben wäre.“ 83

Der Leitsatz lautet wie folgt: 84

„Die Anpassung des Erbbauzinses um einen anderen Betrag als im Erbbaurechtsvertrag vereinbart, ist bei einer erneuten Anpassung nur dann vorzuschreiben, wenn der Wille der Vertragsparteien bei der vergangenen Anpassung darauf gerichtet war, die im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Anpassungsregelung entsprechen dem vereinbarten Anpassungsvertrag zu ändern (...).“ 85

86

Nach allem hat die Streitverkündete zu Recht auf das Jahr 1960 und nicht auf das Jahr 1980 als Anknüpfungszeitpunkt für ihre Berechnung abgestellt.

3. 87

Gegen die weitere von der Streitverkündete durchgeführte Berechnung als solche werden von dem Beklagten keine Einwendungen geltend gemacht. Allerdings ist der von ihm in seiner Berufungsbegründung gewählte Rechenweg ein anderer. Überträgt man den von der Streitverkündeten zu Recht gewählten Anknüpfungszeitpunkt (Jahr 1960) auf den vom Beklagten gewählten Rechenweg, ergibt sich folgende Berechnung: 88

a) Entwicklung der Verbraucherpreise (2005 = 100): 89

Index (April 1960) = 27,067 90

Index (Januar 2011) = 109,92 91

prozentuale Steigerung: $109,92 : 27,067 \times 100 - 100 = 306,10 \%$ 92

b) Entwicklung der Arbeitnehmerverdienste (2010 = 100): 93

Index (April 1960) = 9,267 94

Index (1. Quartal 2011) = 101,0 95

prozentuale Steigerung: $101 : 9,267 \times 100 - 100 = 989,88 \%$ 96

mittlere prozentuale Steigerung: $306,10 \% + 989,88 \% = 1.295,98 \% : 2 = 647,99 \%$ 97

Erbbauzins im April 1960 = 715,81 Euro 98

715,81 Euro $\times 647,99 \% = 4.638,37$ Euro 99

4.638,37 Euro + 715,81 Euro = **5.354,18 Euro** 100

Mithin ist die von der Streitverkündeten errechnete Erhöhung zutreffend, auf keinen Fall offenbar unbillig und daher auch nicht abzuändern. 101

III. 102

Der **Zinsanspruch** ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Verzuges gemäß den §§ 286 Abs. 2 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB. 103

Einer verzugsbegründenden Mahnung bedurfte es nicht, da die Leistung nach dem Kalender bestimmt worden ist. 104

Allerdings hat das Landgericht mit dem 01.01.2011 einen Zinstermin unrichtig bestimmt. Da der Erbbauzins jährlich am 1. Januar und am 1. Juli **nachträglich** fällig wird, können für die Differenzbeträge in Höhe von 1.572,35 Euro Verzugszinsen erst ab dem 01.07.2011, dem 01.01.2012, dem 01.07.2012 und dem 01.01.2013 verlangt werden. 105

IV. 106

107

Die geltend gemachten vorgerichtlichen **Anwaltskosten** in Höhe von 827,05 Euro (vgl. zu der Berechnung im Einzelnen S. 4 der Klageschrift = Bl. 4) können die Kläger ebenfalls wegen Verzuges gemäß den §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB gleichfalls von dem Beklagten verlangen, allerdings nur in zuerkannter Höhe.

Sie haben den Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 17.09.2012 (vgl. Anlage im blauen 108 Hefter) in Verzug gesetzt. Sodann haben die Kläger mit weiterem anwaltlichen Schreiben vom 30.10.2012 den Beklagten erneut zur Zahlung dieses Betrages sowie der gesetzlichen Verzugsverzinsung aufgefordert.

1. 109

Allerdings sind die vorgerichtlichen Anwaltskosten mit 827,05 € überhöht eingefordert worden. 110

Die mit anwaltlichem Schreiben vom 30.10.2012 angeforderte 4. Teilzahlung war zu diesem Zeitpunkt noch nicht fällig (s.o.). Mithin belief sich der Streitwert der zu diesem Zeitpunkt fälligen Forderung auf bis 5.000,00 € und nicht auf 6.289,40 €. Eine Gebühr nach altem RVG betrug seinerzeit 301,00 €. Die Berechnung der Kläger wie auf Seite 4 ihrer Klageschrift führt zu einem Gebührenanspruch in Höhe von insgesamt (einschließlich Auslagenpauschale und Mehrwertsteuer) in Höhe von 668,54 €. 111

2. 112

Wegen der Aufrechnung des Beklagten mit einem eigenen Kostenerstattungsanspruch ist vom Gebührenanspruch der Kläger in Höhe von 668,54 € ein Betrag in Höhe von 229,55 € abzuziehen. Mithin verbleiben zu erstattende vorgerichtliche Kosten der Kläger in Höhe von 438,99 €. 113

Die Gegenforderung des Beklagten ergibt sich aus dem Umstand, dass zum Zeitpunkt der klägerischen Mahnung erst drei der vier angemahnten Raten fällig waren (s.o.). Mithin war die angemahnte Forderung objektiv um 1.572,35 € überhöht. Insoweit ergibt sich ein Schadensersatzanspruch des Beklagten gegen die Kläger aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB. Mit dieser Gegenforderung hat der Beklagte gegen die Forderung der Kläger auf Erstattung ihrer vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten im Senatstermin gem. §§ 387, 389 BGB wirksam aufgerechnet. 114

C. 115

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 116

Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Der Senat hat die oben zitierte höchstrichterliche Rechtsprechung auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt. 117