
Datum: 19.01.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 47/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:0119.5U47.14.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 11 O 33/13

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 5.2.2014 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das erstinstanzliche Urteil ist jetzt ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe: 1

I. 2

Die Klägerin verlangt unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage von der Beklagten als Grundstückseigentümerin eine Reduzierung des im Jahre 1990 vereinbarten und in der Folgezeit regelmäßig vertraglich erhöhten Erbbauzinses für das Grundstück M- 3

Straße 96/97 (Ecke L-Straße) in der Fußgängerzone von Z.

Die Immobilie stand seinerzeit im Eigentum der L AG, die für die Rechtsvorgänger der Klägerin für die Dauer von 70 Jahren ein Erbbaurecht an dem Grundstück bestellte. 4

Auf einem unmittelbar an das Erbbaurechtsgrundstück angrenzenden Grundstück (M-Straße 91-95) wurde bereits bei Begründung des Erbbaurechts und bis zur endgültigen Schließung im Jahr 2009 ein Warenhaus betrieben, zunächst bis 2007 durch die L AG, später als A Warenhaus. Bei Begründung des Erbbaurechts war die L AG auch Eigentümerin dieses Grundstücks, das sie später (ebenso wie das Erbbaurechtsgrundstück) veräußerte. Das Warenhausgrundstück steht nicht und stand auch zu keinem Zeitpunkt im Eigentum der Beklagten. 5

Der Erbbaurechtsvertrag für das streitbefangene Grundstück wurde am 17.5.1990 (Urkunden Nr. ####/####1 des Notars K in Z, Bl. 15-37 der Akte) mit Nachträgen vom 12. 9. 1991 (Urkunde Nr. ####/####2 des Notars K) und vom 3.4.1992 (Urkunde Nr. ####/####3 des Notars K) zwischen den Rechtsvorgängern der Klägerin, den Herren F, und der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der L AG, geschlossen, wobei es sich sowohl bei der Klägerin als auch bei der Beklagten jeweils um Einzelrechtsnachfolgerinnen handelt. 6

Nach § 3 des notariellen Vertrages sollte das Erbbaurecht für jedenfalls 70 Jahre bestehen. 7

In § 4 des notariellen Vertrages wurde vereinbart, dass vom Tage der Bezugsfertigkeit des Neubauvorhabens an, spätestens jedoch ab dem 1. Juli 1991, der Erbbauberechtigte an den jeweiligen Grundstückseigentümer einen jährlichen Erbbauzins i. H. v. 144.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zu zahlen habe, jeweils in vierteljährlichen Raten im Voraus. 8

In § 5 des notariellen Vertrages wurde eine Wertsicherungsklausel vereinbart, die sich am Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes mit mittlerem Einkommen (Basis 1985 = 100), veröffentlicht vom statistischen Bundesamt in B, orientierte. Wenn sich der Lebenshaltungskostenindex um mehr als 10 Punkte beginnend ab dem 1. Juli 1991 änderte, so sollte sich auch der Erbbauzins entsprechend der prozentualen Veränderung ändern. Die Wertsicherungsklausel sollte von der Landeszentralbank genehmigt werden. Für den Fall, dass die Landeszentralbank die Genehmigung versagen oder nur unter Auflagen erteilen würde, verpflichteten sich die Vertragsparteien, eine genehmigungsfähige Wertsicherungsklausel zu vereinbaren, die dem wirtschaftlich Gewollten entspricht. 9

Eine Bestimmung, nach der sich die Höhe des Erbbauzinses an der Höhe der von den Erbbauberechtigten vereinnahmten Mieten oder an den Besucherzahlen der von den Erbbauberechtigten zu errichtenden Einkaufspassage orientieren sollte, enthielt der Vertrag nicht. 10

Nach § 7 des Erbbaurechtsvertrages waren die Rechtsvorgänger der Klägerin verpflichtet, auf dem Erbbaurechtsgrundstück nach Maßgabe konkret vereinbarter Grundrisspläne und Baubeschreibungen ein Wohn- und Geschäftshaus mit kleinteiligem Einzelhandel, Wohn- und Büronutzung sowie einigen Parkplätzen im Tiefgeschoss zu errichten. Nach § 7 des Erbbaurechtsvertrages war der Baukörper so zu planen und zu errichten, dass ein Haupteingang im Eckbereich des Erdgeschosses M-Straße/L-Straße liegt und die Passage unmittelbar auf den innen liegenden Zugang des Warenhauses auf dem Nachbargrundstück zuführt. Die Erbbauberechtigten hatten die Kundendurchgänge/ -eingänge zum Warenhaus an die jeweiligen Geschosse des Warenhauses auf eigene Kosten herzustellen und zu unterhalten. Die Vertragsparteien vereinbarten weiterhin, dass in dem zu errichtenden Wohn- 11

und Geschäftshaus mit Ladenpassage unter anderem kein Warenhaus/Kaufhaus oder ähnlicher Betrieb, kein Verbrauchermarkt und auch einige andere im Vertrag näher bezeichnete Geschäftsarten nicht errichtet oder geführt werden dürfen. Zur Sicherung dieses Verbots bewilligte die Erbbauberechtigte zugunsten der L AG eine entsprechende Grunddienstbarkeit; eingetragen wurde allerdings eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

§ 8 des Vertrages enthielt die Verpflichtung der Erbbauberechtigten zur Instandhaltung und Versicherung des jeweils vorhandenen Bauwerks sowie die Pflicht zum Wiederaufbau im Fall der Beschädigung bzw. Zerstörung. Die Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses sollte durch eine Beschädigung oder Zerstörung des Bauwerks nicht berührt werden. 12

In § 13 des Vertrages werden Vorkaufsrechte der Grundstückseigentümerin an dem Erbbaurecht sowie der Erbbauberechtigten an dem Grundstück gewährt. Ein Vorkaufsrecht sollte jeweils nur nicht bestehen bei einer Übertragung auf ein mit dem jeweiligen Eigentümer bzw. Erbbauberechtigten verbundenes Unternehmen bzw. Familienmitglied. 13

§ 14 des Vertrages enthält unter anderem die Regelung, dass die Grundstückseigentümerin für die rechtliche oder tatsächliche Eignung des Grundstücks zu dem vorgesehenen Verwendungszweck nicht hafte. 14

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den vorgenannten notariellen Vertrag vom 17.5.1990, Bl. 15 ff. d. A., Bezug genommen. 15

Das Erbbaurechtsgrundstück wurde von den Rechtsvorgängern der Klägerin entsprechend den Vorgaben in § 7 des Vertrages bebaut und die Ladenpassage mit den vorgesehenen Anschlüssen an das Warenhaus errichtet. 16

Mit notariellem Vertrag vom 25.11.1997 erwarb die Klägerin das Erbbaurecht (Urkundennummer #####/##### des Notars Dr. Y in Q). Zuletzt betrug der Erbbauzins jährlich 94.067,65 € und war jeweils in 4 Raten zu je 23.516,91 € am Quartalsanfang zu zahlen. 17

Die Beklagte erwarb das Erbbaurechtsgrundstück. Das Warenhausgrundstück wurde anderweitig veräußert. 18

Im Jahr 2007 wurde das L Warenhaus geschlossen, 2008 als A-Warenhaus neu eröffnet, 2009 endgültig geschlossen und seither nicht wieder eröffnet. 19

Die Klägerin begehrt die Herabsetzung des Erbbauzinses und hat deshalb Feststellungsklage, hilfsweise Leistungsklage erhoben. 20

Sie hat behauptet, der Betrieb des Warenhauses auf dem an das Erbbaurechtsgrundstück anschließenden Nachbargrundstück sei Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrages. Gestaltung und Nutzung der Passage seien auf den Warenhausbetrieb zugeschnitten gewesen, da nach dem Vertrag nur kleine Ladenflächen und kleinteiliger Einzelhandel mit Dienstleistung zulässig gewesen seien. Die Gestaltung der Passage habe sich ausschließlich daran orientiert, eine optimierte Zuwegung zwischen Fußgängerzone und Warenhaus zu schaffen. Mit der Schließung des Warenhauses habe bei Abschluss des Erbbaurechtsvertrages niemand gerechnet, zumal der damalige Erbbaurechtsgeber, was unstreitig ist, zugleich Betreiber des Warenhauses und Eigentümer des Nachbargrundstücks gewesen sei. Mit der Schließung des Warenhauses 2009 sei der Ladenpassage der bestimmungsgemäße Charakter als stark frequentierte Verbindung genommen worden. 21

Heute sei die Passage eine Sackgasse, weil der am Ende gelegene Durchgang zum Warenhaus geschlossen sei. Die Ertragsaussichten der Klägerin seien dramatisch eingebrochen. Sie könne aus der Vermietung keine Einkünfte mehr erzielen, die die laufenden Bewirtschaftungskosten und die Fremdfinanzierungskosten deckten und die Bedienung des vertraglichen Erbbauzinses ermöglichten, woraus sich eine Existenzgefährdung der Klägerin ergebe. Bis zur Schließung des Warenhauses sei die Ladenpassage täglich von 1500-2000 Besuchern frequentiert worden, im Jahr 2000 sogar von 2500-3000 Personen täglich. 75 % der Warenhauskunden seien durch die Passage gegangen. Nach Schließung des Warenhauses sei die Besucherzahl in der Passage auf nahezu 0 – bzw. allenfalls etwa 300-350 Kunden täglich - zurückgegangen. Jede Laufkundschaft fehle. Erheblich seien auch die Auswirkungen auf die erzielbaren Ladenmieten. 2009 hätten noch langfristige Mietverträge bestanden, doch die Mieter seien vielfach nicht mehr in der Lage gewesen, die vereinbarte Miete zu erwirtschaften und zu bezahlen. Auch eine Neuvermietung sei trotz intensiver Bemühungen allenfalls zu erheblich geringeren Mieten möglich. Die Entwicklung der Nettomieten zum 1.1.2009, 1.4.2012 und 1.8.2013 ergebe sich aus den Aufstellungen in der Klageschrift (Bl. 8, 9 der Akte) und dem Schriftsatz vom 19.9.2013 (Bl. 312, 313 der Akte). Wegen der Erläuterungen der Entwicklung im Einzelnen wird auf die Darstellung Bl. 313 f., 403 ff. der Akte und die entsprechenden Mietverträge Bezug genommen. Hinsichtlich des Vortrags der Klägerin zu ihren Vermietungsbemühungen wird auf den Schriftsatz vom 23.4.2014, Bl. 130 ff. d. A., Bezug genommen. Aufgrund des erheblichen Rückgangs der Mieteinkünfte sei in Ansehung der mit dem Objekt und seiner Finanzierung einhergehenden Kosten ein wirtschaftlicher Betrieb der Passage nicht mehr möglich. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Klageschrift vom 5.11.2012, Bl. 1 ff. d. A., sowie die Anlage K3 zur Klageschrift, Bl. 47 ff. d. A., Bezug genommen. Ursächlich dafür seien allein die Schließung des Warenhauses und der Rückgang der Besucherzahlen in der Passage, der seinen Grund wiederum in der Schließung des Warenhauses habe.

Die Klägerin hat gemeint, damit sei das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung des Erbbauvertrages in schwerwiegender Weise gestört, was eine Anpassung des Erbbauzinses an die geänderten Verhältnisse erfordere, im vorliegenden Fall also eine deutliche Herabsetzung des Erbbauzinses. Zumutbar sei der Klägerin eigentlich nur noch ein Erbbauzins von 0,00 € pro Jahr, da das Objekt selbst die laufenden Kosten nicht mehr trage. 22

Sie hat behauptet, der marktübliche Erbbauzins für das Erbbaugrundstück betrage jährlich allenfalls 21.436,80 €, was 6 Prozent des derzeitigen Bodenwertes entspreche. 23

Eine Änderung des Nutzungskonzepts sei aufgrund der Bindungen in § 7 des Erbbauvertrages und der zu deren Absicherung eingetragenen Dienstbarkeit nicht möglich. 24

Eine solche Änderung sei wegen umbaubedingter Kosten auch ohne Herabsetzung des Erbbauzinses unwirtschaftlich bzw. unmöglich. 25

Die Klägerin hat beantragt 26

festzustellen, dass die Klägerin seit dem 1.10.2012 nicht mehr verpflichtet ist, für das Erbbauvertragsgrundstück, eingetragen im Erbbaugrundbuch von Z, Band X1, Blatt X2, vereinbart am 17.5.1990 zu UR-Nr. ####/####1 des Notars K aus Z, Erbbauzins von mehr als 21.436,80 € jährlich zu zahlen, 27

hilfsweise, 28

die Beklagte zu verurteilen, einer Abänderung des Erbbaurechtsvertrages vom 17.5.1990 zu UR-Nr. #####1 des Notars K aus Z dahingehend zuzustimmen, dass die Klägerin seit dem 1.10.2012 verpflichtet ist, für das Erbbaurecht, eingetragen im Erbbaugrundbuch von Z, Band X3, Blatt X2, einen Erbbauzins von 21.436,80 € jährlich zu zahlen.	29
Die Beklagte hat beantragt,	30
die Klage abzuweisen.	31
Die Beklagte hat gemeint, der Feststellungsantrag sei wegen fehlenden Feststellungsinteresses bereits unzulässig. Eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB trete nicht von Gesetzes wegen ein. Vielmehr bestehe lediglich ein Anspruch auf Anpassung. Mangels Zustimmung der Beklagten könne aber nur eine Klage auf Zustimmung zur Anpassung zulässig sein, die ihre Wirkungen erst ab dem Zeitpunkt der Zustimmung bzw. Verurteilung zur Zustimmung entfalte.	32
Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Vertragsanpassung und Herabsetzung des Erbbauzinses gemäß § 313 Abs. 1 BGB auch nicht zu.	33
Der Betrieb des Warenhauses sei nicht Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrages gewesen. Bei einer Laufzeit von 70 Jahren könne dies angesichts der Schnelllebigkeit des Wirtschaftslebens nicht ernsthaft angenommen werden. Die Klägerin habe mit einer Schließung des Warenhauses rechnen müssen, zumal bereits in den siebziger und achtziger Jahren in Deutschland die Warenhauskrise begonnen habe; die Umsätze der Warenhausbetreiber seien eingebrochen, unrentable Warenhäuser seien geschlossen worden. Dessen seien sich die damaligen Vertragsparteien bewusst gewesen. Bei Übernahme des Objekts durch die Klägerin im Jahre 1997 habe sich die Warenhauskrise fortgesetzt. Die ursprünglichen Vertragsparteien seien bei Vertragsschluss nicht davon ausgegangen, dass die Möglichkeit, den vereinbarten Erbbauzins zu erwirtschaften, kausal davon abhängе, dass auf dem Nachbargrundstück während der Gesamtlaufzeit ein Warenhaus betrieben werde. Das Verwendungsrisiko, das sich hier verwirklicht habe, liege allein bei der Klägerin.	34
Die im Erbbaurechtsvertrag enthaltenen Einschränkungen der Gestaltung und Nutzung der Ladenpassage hätten allein den Sinn gehabt, das Kaufhaus vor Konkurrenz zu schützen. Eine Verknüpfung zwischen Warenhausbetrieb und Erbbauzins habe nicht bestanden.	35
Sie hat gemeint, soweit die Klägerin die Anpassung des Vertrages begehre, könne sie allenfalls eine Anpassung der Regelungen des § 7 des Vertrages verlangen. Hierzu sei die Beklagte bereit, da sie nicht Eigentümerin des Nachbargrundstücks sei, dort kein Warenhaus betreibe und kein Interesse an dem Fortbestand der Nutzungsbeschränkungen des § 7 des Erbbaurechtsvertrages habe. Auch habe sie sich eine Löschungsbewilligung bzgl. der diesbezüglichen Dienstbarkeit beschafft. Diese hat sie zur Akte gereicht.	36
Eine Äquivalenzstörung liege nicht vor. Die Beklagte hat die nach ihrer Auffassung unsubstantiierten Zahlenangaben der Klägerin zu den Besucher- und Kundenzahlen und die behauptete Entwicklung der Nettokaltmieten bestritten, ebenso die Ursächlichkeit der Warenhausschließung für die behauptete Entwicklung und mangelnden Vortrag der Klägerin zu ihren Vermietungsbemühungen gerügt.	37
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch die Vernehmung des Zeugen I. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom	38

21.11.2013, Bl. 390 ff. d. A., Bezug genommen.

Das **Landgericht** hat die Klage mit dem angefochtenen, am 05.02.2014 (nicht: 16.01.2014) verkündeten Urteil abgewiesen; der Hauptantrag sei unzulässig und der Hilfsantrag unbegründet. 39

Zwar sei der Betrieb des Warenhauses (wie näher ausgeführt wird) Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrages, doch die Voraussetzungen für eine Anpassung des Erbbauzinses lägen nicht vor. Dies setze voraus, dass bedingt durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage, hier also die Schließung des Warenhauses, eine schwerwiegende, wesentliche, der Klägerin nicht zumutbare Veränderung der Verhältnisse, mithin eine Äquivalenzstörung der beiderseitigen Leistungen, eingetreten sei. Maßgebend sei hier konkret, ob und in welchem Ausmaß sich die Schließung des Warenhauses auf das Objekt der Klägerin und dessen Wirtschaftlichkeit ausgewirkt habe. Derartige schwerwiegende Auswirkungen seien nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar. 40

Gesicherte Angaben zu den Besucher- und Kundenzahlen in dem streitgegenständlichen Objekt seit der Eröffnung der Ladenpassage habe der hierzu vernommene Zeuge I nicht machen können. Der Zeuge habe zwar angegeben, dass sich nach den Spitzenwerten kurz nach Eröffnung des Centers die Besucherfrequenz im Laufe der Jahre auf 3500-4500 Kunden pro Tag eingependelt und vor 2009, dem Jahr der Schließung des Kaufhauses, zwischen 2.800 und 3.200 Personen gelegen habe, heute aber nur noch bei etwa 100 Personen pro Tag liege. Diese Angaben beruhten aber nach eigenem Bekunden des Zeugen nicht auf gesicherten und dokumentierten Feststellungen, sondern seien von dem Zeugen aus der Erinnerung reproduziert worden. Nach Aussage des Zeugen seien die in den Jahren seit Eröffnung des Centers durchgeführten Kundenzählungen zu keiner Zeit schriftlich dokumentiert und deren Ergebnisse nicht festgehalten worden. Seien damit bereits die Zahlen als solche mit erheblichen Unsicherheiten belastet, ließen derart vage Erkenntnisse zur Kundenfrequenz jedenfalls keine verlässlichen Feststellungen über die tatsächliche Entwicklung der Kundenzahl über mehrere Jahre und insbesondere über die entscheidende Frage nach der Ursache eines Rückgangs der Besucherzahlen zu. Welchen Einfluss konkret die Schließung des Warenhauses auf die Anzahl der Besucher und Kunden gehabt habe, sei den mitgeteilten Zahlen letztlich nicht zu entnehmen. Nach Aussage des Zeugen I habe es im Laufe der Jahre auch andere Ereignisse gegeben, die sich auf die Kundenzahlen ausgewirkt hätten, so etwa die von dem Zeugen berichtete Eröffnung einer F-Filiale vor der Stadt. Selbst wenn, wie der Zeuge I sich zu erinnern meine, die Besucherzahlen sich heute nur noch bei etwa 100 Personen pro Tag bewegen sollten, könne dem nicht in hinreichender Weise entnommen werden, ob und in welchem Ausmaß dafür gerade die Schließung des Kaufhauses verantwortlich sei. Auf der Basis des dazu von der Klägerin gelieferten Tatsachenmaterials komme auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht in Betracht. Insoweit sei der Tatsachenvortrag zu den Ursachen der Besucherrückgänge zu wenig substantiiert. 41

Entsprechendes gelte auch für die Entwicklung der Mieten. Die Aufstellung der Mieten (Bl. 312 der Akte) wie auch die Erläuterungen der Klägerin ließen einen maßgeblichen Zusammenhang zwischen einem Rückgang der Mieteinnahmen in der Gegenwart und der Schließung des Kaufhauses im Jahr 2009 nicht hinreichend erkennen. Vielmehr zeigten die mitgeteilten Zahlen, dass die Miethöhen sich im Laufe der Jahre häufig verändert hätten und auch merkbare Herabsetzungen bereits vor Schließung des Kaufhauses vorgenommen worden seien. So sei die Miete aus dem Vertrag mit der X OHG bereits im Jahr 2004 von 1380,49 € auf 800 € herabgesetzt worden. Der weitere Rückgang von 800 auf 600 € ab dem 42

16.6.2009 besage daher wenig über den Einfluss der Warenhausschließung. Die von der Firma W GmbH für das Ladengeschäft Nr. 2 gezahlte Nettokaltmiete sei zum 1.9.2009 sogar zunächst von 2800 € auf 3000 € angehoben worden und, so der Vortrag der Klägerin, ab 1.1.2012 wieder mit 2600 € vereinbart worden, einem Betrag, der auch schon bis Juli 2005 gezahlt wurde. Auch hier könne den Zahlen ein Ursachenzusammenhang mit der Schließung des Warenhauses nicht entnommen werden. Auch die Miete für das Ladenlokal Nr. 8 (G) solle bereits im Jahre 2006 von 1380,49 € auf 950 € herabgesetzt worden sein. Auch dafür könne die Warenhausschließung im Jahre 2009 nicht verantwortlich gewesen sein. Die Miete für das Ladenlokal Nr. 11 (U) sei nach Angaben der Klägerin erstmals zum 1.9.2001 von 2556,46 € auf 2045,17 € und bereits ab 1.9.2006 auf 1350 € herabgesetzt worden.

Die von der Klägerin dargestellte Entwicklung der Netto-Kaltmieten lasse daher nicht erkennen, dass gerade die Schließung des Warenhauses im Jahr 2009 zu einer nachhaltigen, nicht mehr zumutbaren Verschlechterung der Ertragslage der Klägerin geführt habe. Ob und in welchem Ausmaß sich die Schließung möglicherweise im Zusammenwirken mit anderen Faktoren auf die wirtschaftliche Entwicklung des Centers ausgewirkt habe, sei so nicht feststellbar. Zwar sei nachvollziehbar, dass der Wegfall der Anbindung an ein funktionierendes Warenhaus die Attraktivität des Centers nicht erhöht habe. Daneben hätten aber in den vergangenen Jahren bekanntermaßen auch andere Umstände, wie etwa die von dem Zeugen I angesprochene Eröffnung eines Kaufhauses „auf der grünen Wiese“ vor der Stadt zu einem Rückgang der Bedeutung von Einkaufszentren in Innenstädten geführt. Für die Feststellung einer die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage rechtfertigenden Äquivalenzstörung sei das vorgetragene Tatsachenmaterial nicht ausreichend. Auch der Zeuge I habe zur Mietentwicklung und den Ursachen konkret keine Angaben machen können. Die Aussage, dass hohe Mieten wie in der Vergangenheit vor Schließung des Warenhauses heute nicht mehr durchsetzbar seien, besage wenig über die eigentlichen Ursachen. 43

Hinsichtlich des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils im Übrigen wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen. 44

Gegen das Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. 45

Der auf die negative Feststellungsklage gerichtete Hauptantrag sei zulässig, was sie näher ausführt. 46

Auch sei der Antrag begründet; die Ausführungen des Landgerichts zur Begründetheit seien rechtsfehlerhaft. 47

Das Landgericht habe hinsichtlich der Besucherfrequenz die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast überspannt und sei zu Unrecht zu dem Ergebnis gekommen, die Zahlen seien vage. Hinsichtlich der Entwicklung der Mieten habe das Landgericht entscheidungserheblichen Sachvortrag in erheblichem Umfang unberücksichtigt gelassen und nur auf einzelne Mietverhältnisse abgestellt, für die aber jeweils Besonderheiten gälten. Unberücksichtigt gelassen habe das Landgericht die Entwicklung der absoluten Leerstände sowie die absolute Entwicklung der Mieteinnahmen. Letztere sei dabei schon für sich genommen dramatisch und offenbare eine für die Klägerin unzumutbare Äquivalenzstörung, die eine Anpassung des Erbbauzinses erfordere. Das Landgericht habe verkannt, dass sowohl die Entwicklung der Kundenfrequenz als auch die Entwicklung der Leerstände und Mieten bei einem Vergleich der Zahlen unmittelbar vor und nach der Schließung des Warenhauses einen derart drastischen Verlauf genommen hätten, dass die Ursächlichkeit der Warenhausschließung für diesen Verlauf auf der Hand liege. 48

Der Umstand, dass zuvor auch andere Ursachen zu einer Verschlechterung geführt hätten, schließe diese Feststellung gerade nicht aus und wäre nur auf Rechtsfolgenreise, also bei der Bemessung des angemessenen, marktgerechten Erbbauzinses und der Höhe des Anpassungsanspruches der Klägerin zu berücksichtigen gewesen. 49

Es sei auch nicht richtig, dass die vorgetragenen Zahlen zur Entwicklung der Kundenfrequenz in der Passage mit erheblichen Unsicherheiten belastet seien und deshalb keine verlässlichen Feststellungen über die tatsächliche Entwicklung der Kundenzahlen über mehrere Jahre und insbesondere über die entscheidende Frage nach der Ursache eines solchen Rückgangs der Besucherzahlen zuließen. Der Zeuge I habe die seitens der Klägerin vorgetragenen Zahlen bestätigt, ebenso, dass auch seitens der L AG Zählungen vorgenommen worden seien, deren Ergebnisse ebenfalls nicht niedergelegt, sondern schlicht zur Kenntnis genommen und verglichen worden seien, wobei erhebliche Abweichungen nicht bestanden hätten. Die Angaben des Zeugen seien für die Klägerin sogar noch günstiger, als dies ihrem eigenen Vortrag entsprochen habe. Die ursprüngliche Kundenfrequenz nach Eröffnung der Passage von ca. 6000 Kunden pro Tag lasse sich auch aus dem Angebot der D GmbH vom 8.3.1994 nachvollziehen. Ihr Vortrag zur Erhebung und Entwicklung der Kundenfrequenzen im Verlauf der Jahre 1992-2006 könne auch durch weitere Zeugen bestätigt werden. Insbesondere könne der Zeuge C aus eigener Anschauung bestätigen, dass die Schließung des Warenhauses der „Todesstoß“ für die Passage der Klägerin gewesen sei, da die zuvor faktisch garantierte Frequentierung hierdurch nachhaltig entfallen sei. Schließlich habe die Klägerin in Vorbereitung der Berufung in der Zeit vom 4.6.2014 bis 7.6.2014 eine aktuelle repräsentative Zählung der Kundenfrequenz durchführen lassen, die eine durchschnittliche Kundenfrequenz von 328 Kunden pro Tag ergeben habe. Der Zusammenhang zwischen der Warenhausschließung und der Kundenfrequenz in der Passage sei zudem bereits durch Privatgutachten in Form des Verkehrswertgutachtens (Anlage K4 zur Klageschrift) sachverständig festgestellt worden. 50

Des Weiteren habe das Landgericht entscheidungserheblichen Sachverhalt zu den Laufzeiten der abgeschlossenen Mietverträge, zur Lage der vermieteten Ladeneinheiten, zur Höhe der Mietaufschläge und zur absoluten Leerstandsquote nicht berücksichtigt und damit entscheidungserheblichen klägerischen Vortrag nicht beachtet. Aus dem Vortrag der Klägerin in erster Instanz werde deutlich, dass mit zwei Ausnahmen nach Schließung des Warenhauses nur noch die Ladenflächen, die sich im Erdgeschoss der Passage befinden und einen eigenen Eingang zur M-Straße haben, vermietet seien, was sie näher ausführt. Das Landgericht stelle jedoch nur auf die Ladenflächen mit Eingang zur M-Straße ab. Bei vollständiger Würdigung des Sachvortrages habe das Landgericht aber zusätzlich berücksichtigen müssen, dass bis 2009 mit Ausnahme eines branchenüblichen temporären Leerstandes die Ladengeschäfte insgesamt vermietet gewesen seien, dies aber nun mangels Frequentierung der Innenlagen der Passage nicht mehr möglich sei, dass es lang laufende Mietverträge gegeben habe, die zum Teil erst nach Schließung des Warenhauses im Jahr 2012 ausgelaufen seien und dann nicht oder nur zu verschlechterten Konditionen neu hätten vereinbart werden können, dass die Klägerin trotz bestehender Mietverträge aber bereits in den Jahren 2010 und 2011 mit erheblichen Mietaufschlägen habe umgehen müssen, weil die Mieter trotz lang laufender Mietverträge die Mieten nicht mehr erwirtschaftet hätten und dass der absolute Leerstand sich im Jahr 2012 sprunghaft auf das Doppelte und im Jahr 2013 auf das Sechsfache erhöht habe. Das Landgericht habe auch nicht berücksichtigt, dass sich auch die absoluten Mieteinnahmen aus Laden-, Wohnungs- und Garagenmieten seit Eröffnung der Passage in einem dramatischen Ausmaß reduziert hätten. Seit 2009 hätten die Mietumsätze sich von 378.971,74 € auf 199.018,17 € verringert. Bei Eröffnung der Passage seien für die Ladeneinheiten Mietverträge mit einer zehnjährigen Laufzeit abgeschlossen worden. 51

Zuzüglich der Mieteinnahmen aus der Vermietung der Wohnungen und Garagenstellplätze seien in den neunziger Jahren Mietumsätze von 545.007,92 € erzielt worden. Dies entspreche einem Rückgang der Mieteinnahmen gegenüber der ursprünglichen Vermietungssituation in den neunziger Jahren um 64 %. Der Vergleich zwischen der Vermietungssituation in den neunziger Jahren und den Mieteinnahmen vor der Warenhausschließung im Jahr 2009 zeige einen Rückgang von nur 31 %.

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage habe zu einer unzumutbaren Äquivalenzstörung des Erbbaurechtsvertrages geführt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH komme eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage dann in Betracht, wenn dies zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht vereinbarer und damit der betroffenen Vertragspartei nicht zumutbarer Folgen unabweislich erscheine. Die Geschäftsgrundlage im engeren Sinne sei dabei abzugrenzen von der unzumutbaren Äquivalenzstörung, die nach der Rechtsprechung des BGH (BGH 8.5.2002, XII ZR 8/00) schon für sich genommen eine Anpassung rechtfertigen könne. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anpassung des Erbbauzinses bei drastischem Geldwertschwund (NJW 1986, 2698) sei von einer die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitenden Äquivalenzstörung jedenfalls bei Überschreiten einer Grenze von 60 % Mietzinsverfall auszugehen. Dieser Grenzwert sei auch hier maßgeblich, da Besonderheiten, die eine Abweichung zugunsten der Beklagten rechtfertigen könnten, nicht erkennbar seien. Zu Gunsten der Klägerin sei aber zu berücksichtigen, dass sie im Unterschied zur Beklagten keinen Einfluss auf den Betrieb des Warenhauses gehabt habe. Für die Unzumutbarkeit spreche auch, dass der Vertrag noch viele Jahre bestehe, nämlich bis 2062. Das Festhalten am Vertrag sei für die Klägerin auch existenzgefährdend, weil eine laufende erhebliche Unterdeckung erzielt werde.

Daraus ergebe sich ein Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses, um die unzumutbaren Auswirkungen für die Klägerin abzumildern. Die Reduzierung des Erbbauzinses sei der Beklagten auch unter Berücksichtigung ihrer Interessen zumutbar. Nach dem Ergebnis des von der Klägerin eingeholten privaten Sachverständigengutachtens lägen die im Mittel vereinbarten Erbbauzinsen zwischen 4 % und 6,5 % des Bodenwertes. Auf Basis des sachverständig ermittelten Bodenwertes von 357.280 € habe der Sachverständige den angemessenen, marktüblichen Erbbauzins mit 6 % des Bodenwertes, mithin einem Betrag von 21.436,80 EUR festgestellt. Die Beklagte habe das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück im Jahr 2006 zu einem Kaufpreis von 987.942,00 € erworben. Lege man den von der Beklagten bezahlten Kaufpreis als Grundstückswert zu Grunde, ergebe sich bei Anwendung des gleichen Faktors (6 %) ein angemessener marktüblicher Erbbauzins von 59.276,52 €, wobei die von der Beklagten seit 2006 vereinnahmten Erbbauzinsen von ca. 500.000 € und der aktuelle Grundstückswert unberücksichtigt seien.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, dass die Klägerin seit dem 1.10.2012 nicht mehr verpflichtet ist, für das Erbbaurecht, eingetragen im Erbbaugrundbuch von Z, Band X1, Blatt X2, vereinbart am 17.5.1990 zu UR-Nr. #####1 des Notars K aus Z, Erbbauzins von mehr als 21.436,80 € jährlich zu zahlen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, einer Abänderung des Erbbaurechtsvertrages vom 17.5.1990 zu UR-Nr. #####1 des Notars K aus Z dahingehend zuzustimmen, dass die Klägerin seit dem 1.10.2012 verpflichtet ist, für das Erbbaurecht, eingetragen im Erbbaugrundbuch von Z, Band

X3, Blatt X2, einen Erbbauzins von 21.436,80 € jährlich zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,	58
die Berufung zurückzuweisen.	59
Die Beklagte tritt der Auffassung des Landgerichts, der Warenhausbetrieb sei Geschäftsgrundlage geworden, entgegen, rügt das Berufungsvorbringen der Klägerin teilweise als verspätet und verteidigt im Übrigen das erstinstanzliche Urteil.	60
Der mit der Berufungsbegründung nachgeschobene Vortrag könne nach §§ 529, 531 ZPO in der Berufungsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden. Die Benennung der seitens der Klägerin erst in der Berufungsinstanz als Zeugen benannten Leiter bzw. Mitarbeiter des L/A Warenhauses in Z stelle insoweit ein neues Angriffsmittel dar, auf das sich die Klägerin in der Berufungsinstanz nicht mehr berufen könne. Auch die Offerte der D GmbH aus dem Jahr 1994 sei nicht dazu geeignet, die Entwicklung der Besucherzahlen in der Ladenpassage im Anschluss an die Schließung des Warenhauses zu belegen. Auch die nunmehr als Fußgängerfrequenzanalyse von der Klägerin vorgelegte Präsentation sei in keiner Weise geeignet, die Entwicklung der Besucherzahlen in der Ladenpassage im Anschluss an die Schließung des Warenhauses im Jahr 2009 zu belegen.	61
Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt Einfluss auf den Betrieb des Warenhauses gehabt, da sie – was unstreitig ist - zu keinem Zeitpunkt Betreiberin des Warenhauses gewesen sei, sondern lediglich Eigentümerin des Erbbaugrundstücks. Das Warenhaus sei bereits im Oktober 2005 von L an A verkauft worden. Die Beklagte habe das Erbbaurechtsgrundstück dagegen erst im Jahr 2006 von der L GmbH & Co. P KG erworben, die ihrerseits die Immobilie im Jahr 2000 von der damaligen L Aktiengesellschaft erworben habe, die das Erbbaurecht ausgegeben habe. Hierzu legt sie entsprechende Grundbuchauszüge vor. Die Behauptung, die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin hätten Einfluss auf die behauptete Störung der Geschäftsgrundlage in Form der Insolvenz von A gehabt, entbehre daher jeder Grundlage. Der Vortrag der Klägerin, ein Festhalten am Erbbaurechtsvertrag führe bei ihr zu einer Existenzgefährdung, sei unverständlich. Schon nach ihrem eigenen Vortrag betrügen ihre derzeitigen Mieteinkünfte weit über das Doppelte des derzeitigen Erbbauzinses, sie generiere also nach wie vor einen Ertrag. Insgesamt habe auch die Klägerin deutlich mehr an Mieteinnahmen erzielt, als sie für das Erbbaurecht an Erbbauzinsen gezahlt habe. Darüber hinaus gehe mit einer Reduzierung des Erbbauzinses ein Wertverfall des Grundstücks einher, der der Berufungsbeklagten nicht zuzumuten sei.	62
Im Übrigen wiederholt und vertieft die Beklagte ihren erstinstanzlichen Vortrag.	63
Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	64
II.	65
Die Berufung ist unbegründet, da die Klage zulässig aber unbegründet ist.	66
1.	67
Die Klage ist mit dem Hauptantrag zulässig.	68
Insbesondere fehlt der Klägerin nicht das erforderliche Feststellungsinteresse; dies auch insbesondere dann nicht, wenn entsprechend der Ausführungen der Beklagten davon	69

auszugehen wäre, dass eine Klage auf Zustimmung nur zu einer Anpassung des Erbbauzinses für die Zukunft, und zwar ab Rechtskraft des Urteils, führen könnte.

Ein Feststellungsinteresse besteht regelmäßig dann nicht, wenn der Kläger auch eine Leistungsklage erheben könnte, weil er mit der Leistungsklage einen weitergehenden Rechtsschutz erreichen könnte. Dies trifft auf die vorliegende Fallkonstellation jedoch nicht zu. Mit der Feststellungsklage kann die Klägerin den gleichen Rechtsschutz erlangen, wie mit einer Klage auf Zustimmung ab einem bestimmten Zeitpunkt.

Der Auffassung der Beklagten, eine Anpassung wäre im Fall der Unzulässigkeit des Feststellungsantrags nur für die Zukunft, und zwar ab Rechtskraft des Feststellungsurteils möglich, vermag der Senat überdies nicht beizutreten.

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Anpassung ist in aller Regel der erstmalige Zugang des Anpassungsbegehrens bei der Gegenpartei (Münchener Kommentar zum BGB/Finkenauer, 6. Auflage, BGB § 313 Rn. 99 m. w. N.). Wäre auf den Urteilszeitpunkt abzustellen, wäre der Anpassungsgegner zu taktischen Verzögerungen eingeladen. Der Zeitpunkt des Anpassungsverlangens trägt seinem berechtigten Interesse an Schutz vor Überraschung regelmäßig ausreichend Rechnung (a. a. O.).

Der Erbbauzins könnte demnach vorliegend spätestens ab Klagezustellung angepasst werden.

2.

Die Klage ist jedoch unbegründet, weil der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses weder wegen Wegfalls bzw. Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB noch aus anderweitigen Erwägungen nach § 242 BGB zusteht.

a)

§ 313 BGB ist zwar auf den vorliegenden Fall anwendbar.

Voraussetzung für eine Anwendung des § 313 BGB ist zunächst, dass der betreffende Umstand in dem Vertrag nicht geregelt ist und auch mittels ergänzender Vertragsauslegung nicht zu ermitteln ist. Anderenfalls ist für eine Anwendung des § 313 BGB kein Raum (Jauernig/Stadler, BGB, 15. Auflage 2014, § 313 Rn. 8 m. w. N.; BeckOK BGB/Lorenz BGB § 313 Rn. 17 m. w. N.; MüKoBGB/Finkenauer BGB § 313 Rn. 52).

Eine ergänzende Vertragsergänzung setzt eine planwidrige Regelungslücke im Vertrag voraus (BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439 m. w. N.). Diese ist dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien mit der getroffenen Regelung ein bestimmtes Ziel erreichen wollten, dies aber wegen der Lückenhaftigkeit des Vereinbarten nicht gelungen ist (BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439 m. w. N.).

Vorliegend finden sich für den Fall, dass das Warenhaus auf dem Nachbargrundstück des Erbbaugrundstücks geschlossen wird, keinerlei Regelungen im Vertrag. Eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer planwidrigen Regelungslücke ist nicht möglich, da eine planwidrige Regelungslücke nicht gegeben ist.

Insbesondere haben die Parteien keine Regelung getroffen, nach der eine Schließung des Warenhauses sich auf die Höhe des Erbbauzinses auswirken sollte. Eine solche Regelung oder ein solcher Wille der Vertragsparteien lässt sich auch im Wege Auslegung des

Vertrages nicht ermitteln.

Dem Vertrag kann auch nicht entnommen werden, dass die Vertragsparteien eine Bemessung des Erbbauzinses nach dem Umfang der wirtschaftlichen Ausnutzung des Erbbaugrundstücks gewollt hätten. Aus den Vereinbarungen der Parteien über die Höhe des Erbbauzinses (§ 4) und über dessen Anpassung (§ 5) ergibt sich nicht, dass der vereinbarte Erbbauzins (was für einen Erbbaurechtsvertrag untypisch wäre) sich nach den Mieteinkünften des Erbbauberechtigten bemessen oder von dem Fortbestand des Warenhauses abhängen sollte. 82

Der Vereinbarung über die anfängliche absolute Höhe des Erbbauzinses lässt sich nicht entnehmen, nach welcher Bezugsgröße die Vertragsparteien die Höhe des Erbbauzinses bestimmt haben. Insbesondere ist ihr nicht zu entnehmen, dass der Erbbauzins unter Berücksichtigung des Umstandes, dass das Gebäude auf dem Erbbaugrundstück an das Warenhaus angeschlossen werden sollte, gegenüber dem sonst als angemessen angesehenen Erbbauzins erhöht gewesen wäre. Die für die Anpassung des Erbbauzinses im Vertrag gewählte Bezugsgröße (Lebenshaltungskostenindex) spricht vielmehr gegen eine Regelungsvorstellung, bei der die erzielten oder erzielbaren Mieteinkünfte Einfluss auf die Höhe des Erbbauzinses haben sollten. Der Anpassungsmaßstab orientiert sich weder an den von dem Erbbauberechtigten tatsächlich gezogenen Mieteinnahmen noch an der Entwicklung des Wertes der baulichen Nutzung des Erbbaugrundstücks. Eine Anpassung des Erbbauzinses nach dem Lebenshaltungskostenindex führt zu Einkünften des Erbbaurechtsausgebers, die allein an die Entwicklung des Lebensstandards angepasst sind. Eine solche Anpassungsklausel dient gerade nicht der Bewahrung der Äquivalenz zwischen dem Erbbauzins und dem Wert der baulichen Nutzung des Grundstücks (BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439). 83

Im Gegenteil spricht die Regelung des Vertrages, dass die Beschädigung oder Zerstörung des Gebäudes auf dem Erbbaugrundstück nicht zu einer Reduzierung des Erbbauzinses führen sollte (§ 8), gegen eine Vorstellung der Vertragsparteien, bei der der Erbbaurechtsgeber in irgendeiner Weise am Erfolg oder Misserfolg der Aktivitäten der Erbbauberechtigten teilhaben sollte bzw. die Höhe des Erbbauzinses an die Höhe der erzielten oder erzielbaren Mieteinkünfte gekoppelt sein sollte. Das Gleiche gilt für die Vertragsbestimmung, nach der der Erbbaurechtsgeber für die rechtliche oder tatsächliche Eignung des Grundstücks zu dem vorgesehenen Verwendungszweck nicht haften sollte (§ 14). 84

b) 85

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten jedoch kein Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses nach § 313 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu. 86

aa) 87

Der Senat vermag nicht mit der für eine Verurteilung der Beklagten erforderlichen Sicherheit festzustellen, dass der Umstand, dass auf dem Nachbargrundstück dauerhaft bzw. noch zum Zeitpunkt des Anpassungsverlangens der Klägerin mehr als zwanzig Jahre nach Vertragsschluss ein Warenhaus betrieben wird, Geschäftsgrundlage des Erbbaurechtsvertrages ist. 88

Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird gebildet durch die nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluss zutage getretenen gemeinschaftlichen Vorstellungen 89

beider Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein, künftigen Eintritt oder Fortbestand gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien aufbaut (BGH, Urteil vom 06. April 1995 – IX ZR 61/94 –, BGHZ 129, 236-259 Rn. 60 m. w. N.; Jauernig/Stadler BGB § 313 Rn. 4).

Der Senat vermag vorliegend nicht festzustellen, dass dem Vertragsschluss der ursprünglichen Vertragsparteien die Vorstellung zugrunde lag, dass auf dem Nachbargrundstück auch noch zwanzig Jahre nach Vertragsschluss ein Warenhaus betrieben werde. Auch eine entsprechende Vorstellung der Rechtsvorgänger der Klägerin, die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten nicht beanstandet wurde und auf der der Geschäftswille der Vertragsparteien oder auch nur der Geschäftswille der Rechtsvorgängerin der Klägerin aufbaute, ist nicht feststellbar. 90

Zwar sind die Vertragsparteien unzweifelhaft davon ausgegangen, dass auf dem Nachbargrundstück ein Warenhaus betrieben wird. Hierauf baute auch sicherlich der Geschäftswille der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf. Auch kann bei lebensnaher Bewertung davon ausgegangen werden, dass die ursprünglichen Vertragsparteien sich positive Effekte für ihren jeweiligen Geschäftsbetrieb durch die Schaffung einer „Gesamtanlage“ erhofften. 91

Angesichts der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages erscheint es jedoch ausgeschlossen, dass der Geschäftswille der Vertragsparteien tatsächlich darauf aufbaute, dass während der gesamten Vertragslaufzeit ein Warenhaus auf dem Nachbargrundstück betrieben werden wird und hiervon während der gesamten Vertragslaufzeit positive Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb bzw. die Besucherzahlen und die erzielbaren Mieteinnahmen der Erbbauberechtigten ausgehen würden. Hiervon kann angesichts des Umstandes, dass niemand den Fortbestand eines Geschäftsbetriebes über eine derart lange Zeit garantieren kann und dies den Vertragsparteien auch bewusst gewesen sein muss, nicht ausgegangen werden. 92

Gegen eine Vorstellung der Parteien, dass während der gesamten Vertragslaufzeit ein Warenhaus auf dem Nachbargrundstück betrieben wird, spricht auch, dass die Parteien in § 13 des Erbbaurechtsvertrages dem Erbbauberechtigten ein Vorkaufsrecht für den Fall der Grundstücksveräußerung eingeräumt haben. Hieraus ergibt sich, dass den Parteien die Möglichkeit, dass das Eigentum an dem Erbbaugrundstück und das Eigentum an dem Warenhausgrundstück in Zukunft auseinanderfallen könnten, durchaus bewusst war. Ebenfalls ergibt sich hieraus, dass den Parteien die Möglichkeit der Veräußerung von Grundstücken durch die Erbbaurechtsgeberin bei Vertragsschluss bewusst war. Ein Grund, weshalb das Warenhausgrundstück von den Parteien als „unveräußerlich“ angesehen worden sein sollte, ist nicht ersichtlich. Gleichwohl haben sie keine Regelung darüber getroffen, dass die Erbbaurechtsgeberin einen eventuellen Erwerber des Warenhausgrundstücks zum Fortbetrieb des Warenhauses zu verpflichten hätte. 93

Auch enthält der Erbbaurechtsvertrag eine Wiederaufbauverpflichtung der Erbbauberechtigten für den Fall der Zerstörung des Passagengebäudes, aber gerade keine Wiederaufbauverpflichtung für den Fall der Zerstörung des Warenhausgebäudes. Hieraus ergibt sich, dass den ursprünglichen Vertragsparteien die Möglichkeit der Zerstörung eines Gebäudes bewusst war. Wären die ursprünglichen Vertragsparteien oder auch nur die Rechtsvorgänger der Klägerin davon ausgegangen, dass das Warenhaus während der gesamten Vertragslaufzeit weiter betrieben würde, hätte es nahe gelegen, auch eine Wiederaufbauverpflichtung im Fall der Zerstörung des Warenhauses in den 94

Erbbaurechtsvertrag aufzunehmen.

Die Klägerin ist darlegungs- und beweisbelastet für ihre Behauptung, dass der Betrieb des Warenhauses Geschäftsgrundlage des zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien geschlossenen Erbbaurechtsvertrages gewesen sei. Sie ist vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen auch darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass sich die Vorstellung der ursprünglichen Vertragsparteien auf die gesamte Vertragslaufzeit erstreckte oder jedenfalls auch noch auf den Zeitpunkt ihres Anpassungsverlangens, zwanzig Jahre nach Abschluss des Erbbaurechtsvertrages. 95

Die vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen verbleibenden Zweifel gehen zu Lasten der Klägerin. 96

bb) 97

Auch das Vorliegen einer schwerwiegenden, die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitenden Äquivalenzstörung vermag der Senat nicht festzustellen. 98

Bei gegenseitigen, entgeltlichen Verträgen gehört zwar der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zur Geschäftsgrundlage, auch wenn dies bei den Vertragsverhandlungen nicht besonders angesprochen oder bedacht worden ist (BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439 m. w. N.). 99

Wird dieses Gleichgewicht nach Vertragsschluss durch unvorhergesehene Veränderungen so schwer gestört, dass damit das von einer Partei normalerweise zu tragende Risiko in unzumutbarer Weise überschritten wird, ist der Vertrag an die veränderten Umstände anzupassen (BGH, Urteil vom 8.5.2002 - XII ZR 8/00 – (KG Berlin) = NJW 2002, 2384 m. w. N.). 100

aaa) 101

Träfe der Vortrag der Klägerin zu, dass der „marktübliche Erbbauzins“ für das Erbbaugrundstück lediglich 21.436,80 € beträgt, spräche dies auch zunächst für eine schwerwiegende Äquivalenzstörung. Der von der Klägerin zuletzt gezahlte Erbbauzins von 94.067,65 € läge dann bei etwa 438 Prozent des marktüblichen Erbbauzinses bzw. der marktübliche Erbbauzins bei etwa 23 Prozent des von der Klägerin nach dem Vertrag zu zahlenden Erbbauzinses. 102

Eine Äquivalenzstörung i. S. eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage kann aber nur auf Veränderungen des Verhältnisses des Wertes von Leistung und Gegenleistung beruhen, nicht auf einer sehenden Auges in Kauf genommenen Divergenz von Leistung und Gegenleistung. Die Regelungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage dienen nicht der Korrektur von Beginn an bestehender Äquivalenzstörungen. Solche finden vielmehr nur im Rahmen einer etwaigen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB ihre Grenzen. Umstände, aus denen sich eine Sittenwidrigkeit der im Erbbaurechtsvertrag vereinbarten Erbbauzinshöhe ergeben würde, sind hier weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, insbesondere sind keinerlei Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass die Rechtsvorgänger der Klägerin sich bei Vereinbarung des Erbbauzinses in einer irgendwie gearteten Zwangslage befunden hätten. Auch ganz erhebliche Abweichungen von „marktüblichen“ Preisen bei gegenseitigen Verträgen können vielfältige Ursachen haben; insbesondere ergeben sie sich dann, wenn das Interesse eines – nicht in einer Zwangslage befindlichen - Vertragspartners am Abschluss des Vertrages ungleich höher ist als das Interesse des anderen. 103

Die Prämisse, dass die Parteien eines gegenseitigen Vertrages in der Regel von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ausgehen, bedeutet nicht, dass die Parteien von der „Marktüblichkeit“ der Gegenleistung für die Leistung ausgehen, sondern dass sie unter Berücksichtigung der bei Vertragsschluss vorliegenden Interessenlage das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für angemessen und ausgeglichen halten. Der Grundsatz, dass die jeweiligen Vertragsparteien in der Bestimmung der angemessenen Gegenleistung – soweit nicht aus besonderen Gründen eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB vorliegt - grundsätzlich frei und nicht an objektive Kriterien gebunden sind, ist ein Ausfluss der dem BGB zugrundeliegenden Prinzipien der Privatautonomie und Vertragsfreiheit.	104
Eine Äquivalenzstörung könnte demnach nur vorliegen, wenn der ursprünglich vereinbarte Erbbauzins gegenüber dem zu diesem Zeitpunkt „marktüblichen Erbbauzins“ (ermittelt nach den Kriterien, die dem von der Klägerin vorgelegten Privatgutachten zugrunde liegen) nicht in demselben Verhältnis gestanden hätte, wie dies zum jetzigen Zeitpunkt der Fall ist.	105
Derartiges hat die Klägerin jedoch nicht behauptet.	106
Die Klägerin hat ihren Vortrag zum Wert des Erbbaurechts entsprechend dem vorgelegten Privatgutachten darauf gestützt, der marktübliche Erbbauzins betrage etwa 6 Prozent des von ihr behaupteten und von ihrem Privatgutachter zugrunde gelegten Bodenwertes von heute 357.280 €. Zur Darlegung einer Wertveränderung gegenüber dem Zeitpunkt des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages hätte die Klägerin dementsprechend darlegen und unter Beweis stellen müssen, dass der vereinbarte Erbbauzins von 144.000 DM der Marktüblichkeit entsprach, weil entweder – bei einer Quote von 6% - der Grundstückswert bei etwa 2.400.000 DM lag oder ein höherer oder geringerer Grundstückswert in Verbindung mit einer anderen Berechnungsquote zu einer Marktüblichkeit des vereinbarten Erbbauzinses von 144.000 DM führte. Angaben zur Höhe des marktüblichen Erbbauzinses zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages sowie zum Bodenwert zu diesem Zeitpunkt fehlen jedoch gänzlich.	107
Auch die Klägerin stützt ihr Abänderungsverlangen gerade nicht darauf, dass der nach den im Privatgutachten zugrunde gelegten Kriterien zu ermittelnde „marktübliche Erbbauzins“ gesunken sei und der Wert des Erbbaurechts aus diesem Grund nicht mehr dem von ihr zu erbringenden Erbbauzins entspreche. Sie behauptet nicht, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein marktüblicher Erbbauzins vereinbart gewesen wäre und dass die behauptete Differenz zwischen dem nunmehr marktüblichen Erbbauzins und dem von ihr zu zahlenden Erbbauzins auf einer Veränderung des marktüblichen Erbbauzinses beruht.	108
Zudem ergeben sich weder aus dem Erbbaurechtsvertrag noch aus dem weiteren Vortrag der Parteien Anhaltspunkte dafür, dass der ursprünglich vereinbarte Erbbauzins nach den im Privatgutachten zugrunde gelegten Kriterien bemessen worden ist. Hinweise, wie die Höhe des seinerzeit vereinbarten Erbbauzinses ermittelt worden ist, fehlen vielmehr gänzlich.	109
Vor diesem Hintergrund ist auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage der Höhe des marktüblichen Erbbauzinses zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages und zum jetzigen Zeitpunkt nicht angezeigt; dies liefe auf eine prozessual unzulässige Ausforschung hinaus.	110
Eines richterlichen Hinweises auf die vorstehend erörterte Problematik und den unzureichenden Sachvortrag der Klägerin hierzu bedurfte es nicht. Das gilt auch dann, wenn man dem klägerischen Sachvortrag die konkludente Behauptung entnehmen wollte, der ursprünglich vereinbarte Erbbauzinses habe nach den von der Klägerin zugrunde gelegten	111

Kriterien der Marktüblichkeit entsprochen.

Denn auch bei Vorliegen einer Äquivalenzstörung bestünde kein Anspruch der Klägerin auf Anpassung des Erbbauzinses, da – was nachfolgend noch ausgeführt wird - nach der vertraglichen Risikozuweisung das Risiko der Entwertung des Erbbaurechts als Sachleistung bei der Klägerin lag und eine eventuell vorliegende Äquivalenzstörung nicht zur Unzumutbarkeit des Festhaltens an der vertraglichen Risikoverteilung für die Klägerin führt. 112

bbb) 113

Die Ausführungen zu den erzielten und erzielbaren Mieteinnahmen und den Fußgängerströmen in der Passage allein verfangen in Bezug auf die Frage der Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung nicht. Eine Äquivalenzstörung ergibt sich nicht bereits allein aus dem Umstand, dass die erzielten bzw. erzielbaren Mieten gesunken sind. 114

Die Leistung der Erbbaurechtsgeberin, die für die Annahme einer Äquivalenzstörung zur Gegenleistung der Klägerin in einem Missverhältnis stehen müsste, ist der Wert des gewährten Erbbaurechts, nicht eine bestimmte Höhe erzielbarer Mieten. Die Mieten bzw. deren Höhe stellen keine Leistung der Erbbaurechtsgeberin dar, für die die Klägerin ihre Gegenleistung erbringen würde, ebenso wenig die Fußgängerströme. 115

Allenfalls dann, wenn die Höhe des Erbbauzinses bereits bei Vertragsschluss anhand der erwarteten Mieteinkünfte bestimmt worden wäre, könnte eine Veränderung der erzielbaren Mieteinkünfte eine Äquivalenzstörung begründen. Derartiges hat jedoch auch die Klägerin nicht behauptet. Hiergegen spricht auch, dass der Vertrag keinerlei Regelungen für den Fall enthält, dass die Mieteinkünfte (ggf. während einer Anlaufphase o. ä.) hinter den Erwartungen zurückbleiben oder erheblich höher ausfallen als von den Vertragsparteien erwartet. Für den Fall, dass nach Vorstellung der Vertragsparteien die Höhe der erzielbaren Mieteinnahmen der wertbestimmende Faktor des Erbbaurechts bzw. des Erbbauzinses hätte sein sollen, wäre vielmehr eine hieran orientierte Anpassungsklausel bzgl. des Erbbauzinses zu erwarten gewesen, nicht jedoch die im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte, am Lebenshaltungskostenindex orientierte Anpassungsklausel. Im Gegenteil spricht die Regelung des Vertrages, dass die Beschädigung oder Zerstörung des Gebäudes auf dem Erbbaugrundstück nicht zu einer Reduzierung des Erbbauzinses führen sollte (§ 8) dafür, dass die Höhe des Erbbauzinses nicht an die Höhe der erzielten oder erzielbaren Mieteinkünfte gekoppelt sein sollte. Das Gleiche gilt für die Vertragsbestimmung, nach der der Erbbaurechtsgeber für die rechtliche oder tatsächliche Eignung des Grundstücks zu dem vorgesehenen Verwendungszweck nicht hafte (§ 14). 116

cc) 117

Der Senat vermag auch eine Kausalität der Warenhausschließung für das von der Klägerin behauptete Absinken der erzielbaren Mieteinkünfte nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen. Dies gilt auch dann, wenn der Vortrag der Klägerin, die erzielbaren Mieten seien nach der Warenhausschließung erheblich gesunken und die Möglichkeit, die in der Passage liegenden Ladenlokale überhaupt zu vermieten, sei unterdessen nahezu entfallen, als wahr unterstellt wird. 118

Anhand der von der Klägerin behaupteten Zahlen und vorgelegten Mietverträge lässt sich eine derartige Kausalität nicht feststellen. Zwar sind positive Auswirkungen der Warenhausschließung auf die Vermietungssituation wohl auszuschließen. 119

Bereits aufgrund der in der Vergangenheit erfolgten Schwankungen der Höhe der Mieten und der erheblichen Mietsenkungen lange vor Schließung des Warenhauses ist jedoch – wie bereits das Landgericht festgestellt hat - nicht auszuschließen, dass die Vermietungssituation sich auch ohne die Schließung des Warenhauses ähnlich entwickelt hätte bzw. die Verschlechterung der Vermietungssituation auf denselben Ursachen beruht, die auch zur Schließung des Warenhauses führten, insbesondere der allgemeinen Entwicklung der Innenstädte und der zunehmenden Konkurrenz durch das Internet und Einkaufszentren außerhalb der Innenstädte, wobei das Vorhandensein des Warenhauses die Auswirkungen dieser Entwicklungen zeitlich verzögert haben mag. Hierfür spricht insbesondere auch, dass auch bzgl. der in der Straßenfront befindlichen Ladengeschäfte bereits vor Schließung des Warenhauses teilweise erhebliche Absenkungen des Mietzinses erfolgt sind und auch anschließend erhebliche Veränderungen eingetreten sind. So wurde nach dem Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 19.9.2013 (Bl. 309 ff., 314 d. A.) die Miete für das Ladengeschäft Nr. 11 bereits im Jahr 2006 von 2.556,46 EUR auf 1.350,00 EUR monatlich gesenkt. Auch hat die Mieterin O ihren Mietvertrag gekündigt, obwohl deren Ladengeschäft nach dem Vortrag der Klägerin zur Straßenfront lag und nicht innerhalb der streitbefangenen Passage.

Es kann auch nicht mit der für eine Verurteilung der Beklagten hinreichenden Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die Vermietungssituation ihren Grund auch oder ganz überwiegend in unternehmerischen Fehlleistungen der Klägerin oder der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung hat.

Ebenfalls kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine ev. Abhängigkeit der Attraktivität der Passage von der Anbindung an das Warenhaus ihre Ursache ebenfalls in dem Umstand hat, dass die Klägerin wegen unternehmerischer Fehlleistungen eine eigenständige Attraktivität der Passage nicht zu erhalten im Stande war. Der Senat vermag nicht festzustellen, dass ein eventuelles Absinken der Kundenfrequenz in der Passage seinen Grund in der Schließung des Warenhauses hat.

Allein aus dem Umstand, dass Ereignisse zeitlich zusammenfallen oder Entwicklungen zeitlich parallel verlaufen, kann auf eine Kausalität des einen Ereignisses bzw. der einen Entwicklung für das andere Ereignis bzw. die andere Entwicklung nicht geschlossen werden.

Der Zusammenhang zwischen der Warenhausschließung und der Kundenfrequenz in der Passage ist auch nicht durch das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten in Form des Verkehrswertgutachtens sachverständig festgestellt worden. Gegenstand der Begutachtung war der Verkehrswert des Erbbaurechts, nicht die Kausalität der Schließung des Warenhauses für einen Rückgang der Kundenfrequenz in der Passage.

Anlass zur Wiederholung der vom Landgericht verfahrensfehlerfrei durchgeführten Beweisaufnahme und Beweiswürdigung bestand nicht. Die Angriffe der Klägerin, das Landgericht überspanne die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast zum Nachteil der Klägerin, gehen fehl. Die Klägerin schuldet für die Tatsachen, für die sie die Beweislast trifft, den Beweis zur vollen Überzeugung des Gerichts. Verbleibende Zweifel an der Belastbarkeit einer Zeugenaussage bzw. den im Rahmen einer Zeugenaussage getätigten Zahlenangaben gehen zu Lasten des Beweisführers. Anhaltspunkte dafür, dass dem Landgericht im Rahmen der Beweiswürdigung Fehler unterlaufen wären, die eine Wiederholung der Beweisaufnahme gebieten würden, sind nicht gegeben.

Dem Landgericht ist auch darin beizutreten, dass hinreichende tatsächliche Grundlagen, die die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Ursächlichkeit der

Schließung des Warenhauses für die Frequentierung der Passage und hieraus folgend die Vermietungssituation ermöglichen würden, nicht vorliegen. Belastbare Zahlen über die Besucherfrequenz in der streitbefangenen Passage unmittelbar vor und nach Schließung des Warenhauses liegen nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme – wie bereits das Landgericht zutreffend festgestellt hat – nicht vor. Hiermit fehlt es bereits an den wesentlichen, einer Begutachtung zugrunde zu legenden Anknüpfungstatsachen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die diesbezüglichen Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil Bezug genommen.

Der Nachweis der Kausalität kann bereits aufgrund des erheblichen zeitlichen Abstands zu der Warenhausschließung im Jahr 2009 auch nicht durch die zweitinstanzlich vorgelegten Unterlagen der D GmbH vom 8.3.1994 (Bl. 551 d. A.) oder der H GmbH aus Juni 2014 (Fußgängerfrequenzanalyse, BK2, Bl. 556) geführt werden. 127

Der zweitinstanzliche Beweisantritt der Klägerin durch weiteren Zeugenbeweis ist gem. § 531 Abs. 2 ZPO als neues Angriffsmittel nicht zuzulassen. 128

Dies auch nicht deshalb, weil das Landgericht etwa gehalten gewesen wäre, die Klägerin darauf hinzuweisen, dass es die Aussage des Zeugen I als zum Beweis der Behauptungen der Klägerin für nicht ausreichend erachte. Es war vielmehr Aufgabe der Klägerin im Rahmen der ihr obliegenden Prozessförderungspflicht, sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel rechtzeitig vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung zu benennen. Sie konnte nicht ohne Verletzung ihrer Prozessförderungspflicht zunächst das Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme abwarten, um dann ggf. weitere Beweismittel nachzuschieben. 129

Dem mangelnden Nachweis der Kausalität kann auch nicht dadurch Rechnung getragen werden, dass der Erbbauzins jedenfalls (wegen angenommener Mitkausalität der Warenhausschließung) herabgesetzt würde und weitere Ursachen der schlechten Vermietungssituation lediglich im Rahmen der Höhe der Herabsetzung des Erbbauzinses zu berücksichtigen wären. 130

Die Klägerin ist darlegungs- und beweisbelastet nicht nur dafür, dass die Schließung des Warenhauses für ihren Einnahmenrückgang überhaupt mitverantwortlich ist, sondern wäre auch darlegungs- und beweisbelastet für die Höhe des Anteils der Verursachung bei mehreren möglichen Faktoren und dafür, dass der diesbezügliche Anteil der Warenhausschließung so hoch ist, dass dies überhaupt zu einer Unzumutbarkeit des Beibehaltens der bisherigen Erbbauzinsregelung nach den Vorschriften über den Wegfall der Geschäftsgrundlage führt. Denn sämtliche anderen Faktoren, die zu dem von der Klägerin behaupteten Einnahmerückgang und der von ihr behaupteten Vermietungssituation geführt haben könnten (unternehmerische Fehlleistungen der Klägerin / allgemeine wirtschaftliche Entwicklung / Entwicklung der Innenstädte / Konkurrenz durch das Internet / Konkurrenz durch außerörtliche Einkaufszentren), fallen zweifellos in den Risikobereich der Klägerin, nicht der Beklagten. Einnahmerückgänge und eine schlechte Vermietungssituation, die ihren Grund nicht im Wegfall der hier von der Klägerin behaupteten Geschäftsgrundlage (Betrieb des Warenhauses) haben, würden nicht ohne Weiteres zu einer Unzumutbarkeit des Beibehaltens der bisherigen Erbbauzinsregelung nach den Vorschriften über den Wegfall der Geschäftsgrundlage führen, und zwar auch dann nicht, wenn hierdurch für die Klägerin existenzgefährdende Verluste entstünden. 131

dd) 132

133

Für die Berücksichtigung einer Störung der Geschäftsgrundlage ist überdies insgesamt kein Raum, da sich vorliegend ein Risiko verwirklicht hat, das nach der vertraglichen Regelung in den Risikobereich der Klägerin fällt. In einem solchen Fall muss sich die Partei, die dieses Risiko nach den vertraglichen Regelungen übernommen hat, an dem Vertrag festhalten lassen (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439 m. w. N.).

aaa) 134

Aus den vertraglichen Regelungen, insbesondere den Regelungen über die Höhe des Erbbauzinses (§ 4) und deren Anpassung anhand des Lebenshaltungskostenindex (§ 5) ergibt sich, dass die ursprüngliche Grundstückseigentümerin nach dem Willen der Vertragsparteien keinerlei Risiko bzgl. des unternehmerischen Erfolgs der Erbbauberechtigten tragen sollte, sondern dies allein von der Erbbauberechtigten getragen werden sollte. Dies gilt insbesondere auch in Zusammenschau der §§ 4, 5, 8 und 14 des Vertrages. 135

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 7 des Vertrages. § 7 ist allein daran ausgerichtet, der Erbbaurechtsgeberin Vorteile aus dem Bau und dem Betrieb des von den Erbbauberechtigten zu errichtenden Gebäudes zu sichern. § 7 des Vertrages ist gerade nicht darauf ausgerichtet, entsprechende Vorteile auch den Erbbauberechtigten zu garantieren. Eine Risikoübernahme der Erbbaurechtsgeberin bzgl. des unternehmerischen Risikos der Erbbauberechtigten enthält § 7 des Erbbaurechtsvertrages gerade nicht. 136

Eine solche ergibt sich auch unter Berücksichtigung von § 7 des Vertrages nicht aus der Gesamtschau der Vertragsbestimmungen. 137

Die Regelungen des § 7 des Vertrages legen in Zusammenschau mit den übrigen Vertragsbestimmungen vielmehr nahe, dass die Vorteilhaftigkeit des Baus und des Betriebs der Passage für das Warenhaus für die Erbbaurechtsgeberin eine notwendige Bedingung dafür war, dass sie zur Gewährung des Erbbaurechts überhaupt bereit war, wohingegen das unternehmerische Risiko bzgl. der wirtschaftlichen Betreibbarkeit der Passage allein bei den Erbbauberechtigten liegen sollte. 138

Dies entspricht auch dem Grundsatz, dass das Risiko der Entwertung der Sachleistung grundsätzlich vom Gläubiger der Sachleistung zu tragen ist (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, § 313 Rn. 29). 139

bbb) 140

Das Risiko fehlender wirtschaftlicher Betreibbarkeit der Passage im Fall einer Schließung/Umnutzung/Verlegung des Warenhauses ist hier auch nicht in Abweichung von der allgemeinen Risikoverteilung von der Erbbaurechtsgeberin zu tragen, insbesondere nicht nach Auseinanderfallen des Eigentums an dem Erbbaugrundstück und dem Warenhausgrundstück und dem Vergehen von nahezu 20 Jahren. 141

Vorhersehbare Umstände, die im Vertrag durch eine ihnen Rechnung tragende Anpassungsklausel hätten berücksichtigt werden können, schließen einen Anpassungsanspruch nach § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich aus, weil in der Regel davon auszugehen ist, dass die Parteien das Risiko ihres Eintritts übernommen haben (BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439 m. w. N.). Anders verhält es sich dann, wenn die Parteien bei Abschluss des Erbbaurechtsvertrags nicht von Änderungen 142

solcher Umstände in einem für den Wert des Rechts wesentlichem Umfang während der Vertragslaufzeit ausgegangen sind (vgl. BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439 m. w. N.). Nicht schon die Vorhersehbarkeit eines Fortfalls der Geschäftsgrundlage, sondern nur dessen bewusste Inkaufnahme schließt einen Anspruch auf Anpassung des Vertrags aus (BGH, Urteil vom 23.5.2014 – V ZR 208/12 = NJW 2014, 3439 m. w. N.).

Aus den Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrages ergibt sich vorliegend jedoch, dass die Rechtsvorgänger der Klägerin das Risiko, dass das Warenhaus auf dem Nachbargrundstück nicht für die gesamte Vertragslaufzeit betrieben werden wird, sehenden Auges in Kauf genommen haben. 143

Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass die Parteien die Möglichkeit des Auseinanderfallens des Eigentums an dem Erbbaurechtsgrundstück und dem Warenhausgrundstück gesehen haben (§ 13 des Erbbaurechtsvertrages), den Parteien die Möglichkeit der Veräußerung von Grundstücken durch die Erbbaurechtsgeberin bei Vertragsschluss also bewusst war. Ein Grund, aus dem das Warenhausgrundstück von den Parteien vor diesem Hintergrund dennoch als „unveräußerlich“ und der Geschäftsbetrieb der ursprünglichen Erbbaurechtsgeberin als örtlich „unverlegbar“ angesehen worden sein sollte, ist – insbesondere angesichts der hiermit einhergehenden Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit der Erbbaurechtsgeberin - nicht ersichtlich. Das Auseinanderfallen des Eigentums an dem Erbbaurechtsgrundstück und dem Warenhausgrundstück hat notwendig zur Folge, dass der neue Erbbaurechtsgeber – hier die Beklagte - auf den Fortbestand des Warenhauses keinen Einfluss haben würde. Welcher Verwendung ein eventueller neuer Eigentümer des Warenhausgrundstücks dieses Grundstück zuführen würde, war für die Vertragsparteien nicht vorhersehbar. Gleichwohl haben die Parteien keine Regelung darüber getroffen, dass die ursprüngliche Erbbaurechtsgeberin einen eventuellen Erwerber des Warenhausgrundstücks zum Fortbetrieb des Warenhauses zu verpflichten hätte. 144

Auch die Möglichkeit der Zerstörung von Gebäuden haben die Vertragsparteien vorhergesehen und als tatsächlich bestehendes Risiko eingeschätzt. Dementsprechend wurden die Erbbauberechtigten zum Wiederaufbau der Passage für den Fall verpflichtet, dass das Gebäude beschädigt oder zerstört werde. Demgegenüber fehlt eine entsprechende Wiederaufbauverpflichtung der Erbbaurechtsgeberin im Fall der Beschädigung oder Zerstörung des Warenhausgrundstücks. Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien das Warenhaus – im Gegensatz zum Passagegebäude – in lebensfremder Weise als „unzerstörbar“ angesehen hätten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, ebenso wenig Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien selbstverständlich von einem Wiederaufbau des Warenhauses an derselben Stelle im Fall einer Zerstörung des Gebäudes ausgegangen wären. Auch eine Zerstörung des Warenhauses hätte jedoch – bei fehlendem Wiederaufbau – mindestens zu demselben Ergebnis geführt, wie die Schließung des Warenhauses. Das Warenhaus hätte für die Vermarktbarkeit der auf dem Erbbaugrundstück befindlichen Ladengeschäfte keine positiven Wirkungen mehr entfalten können. 145

Aus dem Umstand, dass die ursprünglichen Vertragsparteien Regelungen für diese Fälle (Auseinanderfallen des Eigentums und Zerstörung eines Gebäudes) im Erbbaurechtsvertrag getroffen haben, ergibt sich, dass die Vertragsparteien derartige Veränderungen der ursprünglichen Umstände während der Vertragslaufzeit nicht als bloße theoretische Möglichkeit, sondern als tatsächlich nicht gänzlich unwahrscheinliche Veränderungen angesehen, mithin das aus ihnen resultierende Risiko, soweit sie Regelungen im Vertrag 146

nicht getroffen haben, sehenden Auges in Kauf genommen haben.

Hinzu kommt, dass seitens der Erbbaurechtsgeberin eine Bereitschaft, das Risiko einer eventuellen Unrentabilität des Erbbaugrundstücks infolge einer Schließung des Warenhauses auch nahezu 20 Jahre nach Vertragsschluss übernehmen zu wollen, weder aus dem Vertrag hervorgeht noch naheliegt. Zwar mag eine Unrentabilität der Passage durch Schließung des Warenhauses unmittelbar nach Bau der Passage ggf. noch (mit) in den Risikobereich der damaligen Erbbaurechtsgeberin gefallen sein, weil die unmittelbar oder in enger zeitlicher Nähe zum Abschluss des Erbbaurechtsvertrages vorgenommene Schließung des Warenhauses in Ansehung der Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrages und der Ausrichtung des Bauvorhabens an den Bedürfnissen der Erbbaurechtsgeberin (die zu diesem Zeitpunkt noch Eigentümerin beider Grundstücke war) treuwidrig erscheinen würde. Dies kann jedoch nicht für eine Schließung des Warenhauses nach nahezu 20 Jahren gelten, insbesondere dann, wenn diese nicht willkürlich, sondern aufgrund der schlechten Geschäftslage erfolgt und die beiden betroffenen Grundstücke zwischenzeitlich veräußert wurden. Sähe man dies anders, müsste man der Erbbaurechtsgeberin die Bereitschaft unterstellen, das Risiko des wirtschaftlichen Misserfolgs der Erbbauberechtigten infolge wirtschaftlichen Misserfolgs des Unternehmens der damaligen Erbbaurechtsgeberin oder eines Erwerbers des Warenhausgrundstücks bedingungslos mit zu übernehmen und dieses Risiko bei Verkauf des Erbbaugrundstücks auch dem jeweiligen Grundstückskäufer aufzubürden. Dies wäre auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der wirtschaftliche Erfolg der Erbbauberechtigten in nicht unerheblichem Umfang auch von deren eigenen Bemühungen und Fähigkeiten abhängt, lebensfremd.

ccc) 148

Auch im Hinblick auf das Verhältnis des vereinbarten Erbbauzinses zu dem von der Klägerin behaupteten marktüblichen Erbbauzins liegt das Risiko der mangelnden Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich bei der Klägerin. 149

aaaa) 150

Bei langfristigen Verträgen, aus denen als Entgelt für eine Sachleistung wiederkehrende Leistungen geschuldet werden, besteht regelmäßig die nicht fernliegende Möglichkeit, dass das vereinbarte Entgelt im Laufe der Zeit erheblich von der Entwicklung des marktüblichen Entgelts abweicht (vgl. BGH, Urteil vom 8.5.2002 - XII ZR 8/00 – (KG Berlin) = NJW 2002, 2384 (in Bezug auf langfristige Mietverträge)). Dieses typische Vertragsrisiko trägt grundsätzlich die jeweils benachteiligte Vertragspartei (BGH a. a. O.). Diese vertragliche Risikoverteilung ist bei Abschluss langfristiger Verträge auch regelmäßig von den Parteien gewollt, denn der Sinn derartiger Regelungen ist die Herstellung von Planungssicherheit für beide Vertragsparteien. 151

Der Umstand, dass jemand durch eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse wirtschaftlich ungünstiger steht, als nach den getroffenen Vereinbarungen zu erwarten war, reicht regelmäßig nicht, um ihm aus Billigkeitsgründen ein auch nur teilweises Abgehen vom Vertrag zu erlauben (BGH a. a. O. m. w. N.). Eine andere Beurteilung wäre eine Verletzung der gesetzlichen Grundentscheidung, dass Verträge, so wie sie geschlossen sind, gehalten werden müssen (BGH a. a. O; ferner BGH, Urteil vom 1. Oktober 1975 - VIII ZR 108/74 - NJW 1976, 142). 152

Aus den vertraglichen Regelungen, insbesondere den Regelungen über die Höhe des Erbbauzinses (§ 4) und deren Anpassung anhand des Lebenshaltungskostenindex (§ 5) 153

ergibt sich auch vorliegend, dass das wirtschaftliche Risiko der Werthaltigkeit des Erbbaurechts von den Erbbauberechtigten zu tragen sein sollte. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Zusammenschau der §§ 4, 5, 7, 8 und 14 des Erbbaurechtsvertrages.

Eine Orientierung der Höhe des Erbbauzinses an dem marktüblichen Erbbauzins ist im Vertrag ebenso wenig vorgesehen wie eine Orientierung an erzielbaren Erträgen. Die Anpassung des Erbbauzinses sollte vielmehr – wie bereits ausgeführt – unter Berücksichtigung des Lebenshaltungskostenindex erfolgen. Eine solche Anpassungsklausel dient jedoch gerade der Erhaltung der relativen Höhe der Einkünfte des Erbbaurechtsgebers im Verhältnis zur allgemeinen Preissteigerung unabhängig von der Entwicklung der Werthaltigkeit des Erbbaurechts und dem wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg des Erbbauberechtigten. 154

Dies entspricht auch dem Grundsatz, dass das Risiko der Entwertung der Sachleistung grundsätzlich vom Gläubiger der Sachleistung zu tragen ist (vgl. Palandt/Grüneberg, § 313 Rn. 29). 155

Diese Risikoverteilung ist auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht unbillig, da sich hieraus eine einseitige Benachteiligung des Erbbauberechtigten nicht ergibt. Vielmehr ist spiegelbildlich auch der Grundstückseigentümer grundsätzlich von der Teilhabe an Wertsteigerungen des Erbbaurechts ausgeschlossen; er kann auch bei Wertsteigerungen des Erbbaurechts nur eine am Lebenshaltungskostenindex orientierte Anpassung des Erbbauzinses verlangen. 156

bbbb) 157

Die von der Klägerin behauptete Äquivalenzstörung in Form der erheblichen Abweichung des vertraglichen Erbbauzinses vom marktüblichen Erbbauzins führt - auch wenn sie vorläge - hier nicht zu einer Unzumutbarkeit der Fortzahlung des vertraglich vereinbarten Erbbauzinses. 158

Soweit das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung nach Vertragsschluss durch unvorhergesehene Veränderungen gestört ist, wird hierdurch das von der Klägerin normalerweise zu tragende Risiko nicht in unzumutbarer Weise überschritten. Dies insbesondere, weil die zur Unzumutbarkeit führenden Umstände jedenfalls auf die infrage kommende Äquivalenzstörung zurückzuführen sein müssen (BGH, Urteil vom 8.5.2002 - XII ZR 8/00 – (KG Berlin) = NJW 2002, 2384), was vorliegend nicht der Fall ist. Die Klägerin hat geltend gemacht, ihr sei die Vermietung von großen Teilen des Gebäudes nur zu geringen Mietzinsen oder sogar gar nicht möglich, was zu einem Einnahmenausfall führe, der in Ansehung der Höhe des Erbbauzinses einen wirtschaftlichen Betrieb der Passage nicht mehr ermögliche. Die von der Klägerin geltend gemachte mangelnde Rentabilität der Passage ergibt sich hiernach aber gerade nicht aufgrund der Abweichung des vertraglich vereinbarten Erbbauzinses vom marktüblichen Erbbauzins, sondern aufgrund des Umstandes, dass die Klägerin nach ihrem Vortrag mangels Vermietung großer Teile der Passage keine hinreichenden Einkünfte erzielen kann. 159

Auch die von der Klägerin behauptete Existenzgefährdung hätte ihre Ursache nicht in dem Verhältnis des vertraglich vereinbarten Erbbauzinses zum marktüblichen Erbbauzins, sondern ebenfalls in dem Fehlen von Mieteinkünften aufgrund der Vermietungssituation. Die Möglichkeit, hinreichende Mieteinkünfte aus dem Erbbaugrundstück zu erzielen, unterfällt jedoch dem Verwendungsrisiko. Das Risiko der Verwendbarkeit des Erbbaugrundstücks zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck trägt sowohl nach den allgemeinen Regeln als auch 160

nach den ausdrücklichen Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrages die Erbbauberechtigte.

Eine Unzumutbarkeit lässt sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht aus einer prozentualen Differenz zwischen marktüblichem Erbbauzins und vertraglich vereinbartem Erbbauzins in welcher Höhe auch immer herleiten. Derartiges ergibt sich aus der von der Klägerin zur Begründung ihrer Rechtsauffassung zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 8.5.2002 - XII ZR 8/00 – (KG Berlin) = NJW 2002, 2384) gerade nicht. 161

ddd) 162

Auch aus der Zusammenschau der Umstände, nämlich der erfolgten Warenhausschließung, dem von der Klägerin behaupteten Rückgang der Mieteinkünfte und dem von der Klägerin behaupteten Auseinanderfallen des vertraglich vereinbarten und des marktüblichen Erbbauzinses lässt sich eine Unzumutbarkeit des Festhaltens an der Erbbauzinsregelung für die Klägerin nicht herleiten. Derartiges würde voraussetzen, dass aufgrund der Berücksichtigung der von den Vertragsparteien vorausgesetzten positiven Effekte des Betriebs des Warenhauses auf die erzielbaren Mieteinkünfte der Erbbauberechtigten ein über dem marktüblichen Wert liegender Erbbauzins vereinbart worden wäre und die Schließung des Warenhauses für den Rückgang der Mieteinkünfte kausal wäre. Eine solche Kausalität der Schließung des Warenhauses für den Rückgang der Mieteinkünfte lässt sich jedoch nicht feststellen (s. o.), ebenso wenig eine tatsächliche Abweichung des ursprünglichen Erbbauzinses vom marktüblichen Erbbauzins gerade aufgrund gemeinsamer Vorstellungen der ursprünglichen Vertragsparteien über die Höhe der zu erzielenden Mieteinkünfte und deren Beeinflussung durch das Vorhandensein des Warenhauses (s. o.). 163

3. 164

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 165