
Datum: 19.11.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 74/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:1119.5U74.15.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 4 O 405/14
Schlagworte: Verschulden bei Rechtsirrtum
Normen: §§ 286, 278 BGB

Leitsätze:

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung trägt der Verpflichtete/Schuldner das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst. Er darf das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage nicht dem Gläubiger zuschieben und muss sich ein Verschulden seines Rechtsanwaltes zurechnen lassen, § 278 S. 1 BGB.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 18.03.2015 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bochum unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.155,62 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.11.2013 zu zahlen.

Der Beklagte wird weiter verurteilt, an die B Versicherungen SE, B-Platz, ##### E, vorgerichtliche Kosten in Höhe von 413,64 Euro zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu $\frac{1}{4}$ der Kläger und zu $\frac{3}{4}$ der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

Der Kläger nimmt den Beklagten wegen der Verweigerung einer Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Kläger war Erbbauberechtigter des im Wohnungserbbaugrundbuch von X, Amtsgericht Bochum, Blatt X verzeichneten Wohnungseigentums, Wohnung im Erdgeschoss rechts mit Keller (Teilungsplannummer x, Haus H x8 in C). Der Beklagte ist Grundstückseigentümer des mit dem Erbbaurecht belasteten Anwesens, eingetragen im Grundbuch von X Blatt X.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 19.05.2011 (UR-Nr.: ####/20## Notar T aus C) veräußerten der Kläger und die Miterbbauberechtigte T1 das vorgenannte Erbbaurecht an B zu einem Preis von 70.000,-- Euro. Gem. § 4 des notariellen Vertrages sollte der Kaufpreis fällig und zahlbar sein bis zum 15.06.2011, jedoch erst in 14 Tagen, nachdem der Notar dem Käufer mitgeteilt hat, dass u. a. die Zustimmung des Eigentümers des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zur Veräußerung gem. dem Inhalt dieses Vertrages ebenso in grundbuchtauglicher Form vorliegt wie die Erklärung des Eigentümers, dass er in diesem Verkaufsfall auf die Ausübung des Vorkaufrechtes verzichtet.

Mit Schreiben vom 24.05.2011 (Bl. 27 ff.) forderte der beurkundende Notar T den Beklagten auf, seine Zustimmung zu erteilen und auf das Vorkaufsrecht „in diesem Verkaufsfall“ zu verzichten. Mit Schreiben vom 24.06.2011 (Bl. 30 ff. d. A.) meldete sich der Prozessbevollmächtigte des Beklagten und erhob verschiedene Einwendungen gegen das Zustimmungsverlangen. Unter dem 15.09.2011 übersandte Notar T dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten den Entwurf einer Abänderung des Kaufvertrages vom 19.05.2011 mit der Bitte um Überprüfung, ob in dieser Form beurkundet werden könne (vgl. Bl. 33 ff. d. A.). Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten antwortete mit Schreiben vom 16.09.2011 und erhob weitere Einwendungen gegen die begehrte Zustimmung zum Verkauf des Wohnungserbbaurechts. In seinem Schreiben vom 29.09.2011 an die zwischenzeitlich vom Kläger beauftragten Rechtsanwälte T und T2 beharrte der Prozessbevollmächtigte des Beklagten weiterhin auf seinen Einwendungen und vor allem auf die Aufnahme des gesamtschuldnerisch zu zahlenden Erbbauzinses in den Kaufvertrag (Bl. 56 d. A.).

Unter dem 25.10.2011 beantragten der Kläger sowie die Miterbbauberechtigte T1 beim Amtsgericht Bochum die Ersetzung der Eigentümerzustimmung gem. § 7 Abs. 3 ErbbauRG. Mit Beschluss vom 23.04.2012 wies das Amtsgericht Bochum (Az.: 71 II 3/11) den Antrag kostenpflichtig zurück. Dabei sah es die Einwendungen des Beklagten zumindest teilweise als berechtigt an (vgl. zu den weiteren Einzelheiten des Beschlusses Bl. 141 ff. d. A.). Die Erbbauberechtigten legten gegen diese Entscheidung des Amtsgerichts Beschwerde ein. Mit Beschluss vom 24.07.2013 (Az.: 15 W 199/12) gewährte das Oberlandesgericht Hamm wegen Versäumung der Beschwerdefrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und

ersetzte die Zustimmung des Beklagten – wie beantragt – gem. § 7 Abs. 3 ErbbauRG (vgl. zu den Einzelheiten des Beschlusses Anlage K 2 zur Klageschrift).

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Beklagte sei aufgrund der verweigerten Zustimmung wegen positiver Vertragsverletzung des Erbbaurechtsvertrages schadensersatzpflichtig. Er hat behauptet, ihm sei aufgrund der weiteren Bedienung seiner für die Immobilie aufgenommenen Darlehen bei der x-Bank ein Zinsschaden entstanden, wobei er als Schadenszeitraum die Zeit vom 01.08.2011 (avisierter Kaufpreisfälligkeit) bis zum 15.10.2013 zugrunde gelegt hat. Darauf hat sich der Kläger erzielte Mieteinnahmen anrechnen lassen. Unter dem 03.12.2011 will er mit der Tochter B2 des Käufers einen Mietvertrag über die mit dem Erbbaurecht belastete Wohnung geschlossen haben (vgl. Anlage K 7 der Klageschrift). Danach soll eine Kaltmiete in Höhe von 300,-- Euro monatlich geschuldet worden sein, die jedoch bis zum 31.12.2012 auf den Kaufpreis für die Übertragung des Erbbaurechts angerechnet und erst ab dem 01.01.2013 ohne entsprechende Anrechnung gezahlt worden sein soll. Des Weiteren hat der Kläger Ersatz von Rechtsanwaltskosten durch die Beauftragung der T & T3 gem. Kostenrechnung vom 14.10.2011 über 226,10 Euro aufgrund einer Auseinandersetzung mit der Mieterin B2 begehrt. Zusammengefasst hat der Kläger seinen Schaden wie folgt berechnet:

Zinszahlungen an die x- Bank 01.08.2011 bis 15.10.2013:	8.105,82 Euro	9
Abzgl. Mieteinnahmen vom 01.01.2013 bis 15.10.2013: ./.	2.850,00 Euro	10
Zzgl. Rechtsanwaltskosten T & T3:	226,10 Euro	11
Gesamtforderung Klage:	5.481,92 Euro	12

Wegen der weiteren Einzelheiten der Schadensrechnung wird auf Seite 4 ff. der Klageschrift Bezug genommen. 13

Der Kläger hat beantragt, 14

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 5.481,92 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.11.2013 nebst außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 571,44 Euro zu zahlen. 15

Der Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Er hat ein Verschulden in Abrede gestellt und gemeint, die Zustimmungsverweigerung könne ihm nicht im Sinne einer Vertragsverletzung vorgeworfen werden. Allein das Vertreten einer anderweitigen Rechtsauffassung bei einer komplexen rechtlichen Fragestellung, die noch dazu vom Amtsgericht Bochum geteilt worden sei, könne keinen Verstoß gegen Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag begründen. 18

Zudem hat sich der Beklagte gegen die Schadensberechnung gewandt und insbesondere den Vortrag des Klägers zur Nutzung der Wohnung bis zur Umschreibung des Wohnungserbbaurechtes, insbesondere ihre Vermietung und die Konditionen der Vermietung, mit Nichtwissen bestritten. 19

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 20

Das **Landgericht** hat die Akte des Amtsgerichts Bochum mit dem Aktenzeichen 71 II 3/11 beigezogen. Es hat die Klage als unbegründet abgewiesen. 21

Dem Kläger stünden keine Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten wegen Pflichtverletzungen aus dem Erbbaurechtsvertrag oder wegen Verzuges gem. §§ 280, 286 BGB i. V. m. § 7 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz zu. Es fehle an einem erforderlichen Verschulden des Beklagten. Gem. § 286 Abs. 4 BGB komme der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibe, den er nicht zu vertreten habe. Auch ein Rechtsirrtum des Schuldners könne ausnahmsweise den Verzug ausschließen. Der Schuldner müsse grundsätzlich auch für einen Rechtsirrtum nur eintreten, wenn er fahrlässig gehandelt habe. Nach Auffassung der Kammer sei weder ein Verschulden des Beklagten noch ein zuzurechnendes Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Beklagten anzunehmen. Maßgeblich sei dabei der Umstand, dass mit Beschluss des Amtsgerichts Bochum vom 23.04.2012 im Verfahren 71 II 3/11 eine erstinstanzliche Entscheidung ergangen sei, welche die seitens des Beklagten und dessen Prozessbevollmächtigten vertretene Rechtsansicht gestützt habe. Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten habe damit nicht nur die Rechtslage der schwierigen und komplexen Angelegenheit sorgfältig geprüft, sondern darüber hinaus auch eine Bestätigung durch die erstinstanzliche Entscheidung erhalten. Der Beklagte und dessen Prozessbevollmächtigter hätten auch nicht – etwa aufgrund einer entgegenstehenden ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung oder sonstiger bekannter Umstände – damit rechnen müssen, dass das Oberlandesgericht Hamm abweichend entscheiden werde. 22

Gegen diese Entscheidung wendet sich der **Kläger** mit seiner **Berufung**. 23

Das Landgericht verkenne, dass für bestimmte Berufsgruppen ein besonders strenger Sorgfaltsmaßstab gelte und dass Rechtsanwälte und Steuerberater bei Erledigung der ihnen übertragenen Angelegenheiten grundsätzlich für jeden Rechtsirrtum einzustehen hätten. Das Verschulden seines Rechtsanwalts habe sich der Beklagte nach § 278 BGB zurechnen zu lassen. 24

Der Beklagte bzw. sein Prozessbevollmächtigter hätte bei kritischer Beurteilung die Rechtslage erkennen können und müssen, dass der Fall auch mit guter Begründung zugunsten des Klägers habe entschieden werden können. Der Beklagte hätte bei der jedenfalls unsicheren Rechtslage den sichersten Weg gehen müssen. Dieser wäre gewesen, die Zustimmung zum Verkauf des Erbbaurechts zu erteilen und sodann aufgrund des materiellen Rechts außerhalb dieses Verfahrens seine im Zusammenhang mit der Zustimmung geltend gemachten Rechte beim alten bzw. neuen Erbbauberechtigten einzufordern. 25

Dem Beklagten sei auch das Risiko seiner verweigerten Zustimmung bewusst gewesen. Es seien bereits frühzeitig Schadensersatzansprüche angekündigt worden und der Beklagte habe gewusst, dass der Veräußerungsvertrag ohne seine Zustimmung nicht vollziehbar sei und der Notar den Kaufpreis nicht fällig stellen könne. Der Beklagte habe letztlich auch das Risiko einer falschen erstinstanzlichen Entscheidung zu tragen. 26

Der Kläger beantragt, 27

unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Schlussanträgen zu erkennen. 28

Der Beklagte beantragt, 29

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	30
Der Beklagte meint, die Berufung sei unzulässig. Es sei nach dem Inhalt der Gerichtsakte und Erhebung weiterer Beweise, die der Beklagte im Einzelnen auf Seite 2 seiner Berufungserwiderung benennt, feststellbar, dass das angefochtene Urteil vom 18.03.2015 dem Prozessbevollmächtigten des Klägers bereits am 02.04.2015 per Fax übermittelt worden sei. So sei es auch an diesem Tag gegen 15.00 Uhr beim Prozessbevollmächtigten des Beklagten eingegangen.	31
In der Sache selbst wiederholt und vertieft der Beklagte sein erstinstanzliches Vorbringen.	32
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrages der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	33
B.	34
Die Berufung ist zulässig und weitgehend begründet.	35
I.	36
Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere innerhalb der Notfrist von einem Monat nach Zustellung des Urteils bei dem Berufungsgericht eingegangen (§ 517 ZPO).	37
1.	38
Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit der Berufung trägt der Berufungskläger. Im vorliegenden Fall, wo der Eingang der Berufungsschrift am 22.05.2015 unstreitig ist, muss der Berufungskläger (hier Kläger) also beweisen, dass das Urteil seinem Prozessbevollmächtigten nicht vor dem 22.04.2015 zugestellt worden ist (vgl. BGH-Report 2002, 951, Rdn. 8 zitiert nach Juris).	39
Für die Urteilszustellung ist jedoch <u>nicht</u> der Eingang des Urteils in der Kanzlei des Prozessbevollmächtigten des Klägers der maßgebliche Zeitpunkt. Zugestellt ist ein Urteil erst dann, wenn der Rechtsanwalt es entgegen nimmt mit dem Willen, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen, und dies durch seine Unterschrift auf dem Empfangsbekenntnis mit Angabe des Zustellungszeitpunkts dokumentiert (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes: BGH-Report 2002, 951 – Rdn. 8 zitiert nach Juris und BGH NJW-RR 1998, 1442 unter 2 a).	40
Unter Beachtung dieser Grundsätze ist hier folgendes festzustellen:	41
Unter dem 06.05.2015 (Bl. 75 R d. A.) findet sich ein handschriftlicher Vermerk – vermutlich der Geschäftsstelle der 4. Zivilkammer – wonach Urteilsabschriften „erneut“ mit Empfangsbekenntnis an den Klägervertreter versandt worden seien. Zu diesem handschriftlichen Vermerk passt das vom Klägervertreter vorgelegte Schreiben der Geschäftsstelle vom 06.05.2015 (Bl. 123 d. A. – Anlage K 12). Dort heißt es:	42
„...“	43
<i>In dem Rechtsstreit</i>	44
<i>C ./.</i>	45
	46

wird anliegende beglaubigte Abschrift des Urteils vom 18.03.2015 und einfache Abschrift des Urteils vom 18.03.2015 erneut zugestellt, weil trotz mehrfacher Erinnerung das Empfangsbekenntnis bezüglich der am 02.04.2015 erfolgten Zustellung des Urteils nicht zurückgereicht worden ist.“

Vom 07.05.2015 datiert das Empfangsbekenntnis des Klägervertreters (vgl. Bl. 76 d. A.) 47
betreffend den Zugang des Urteils vom 18.03.2015.

Am 22.05.2015 ist die Berufungsschrift des Klägers – datierend vom 20.05.2015 – beim 48
hiesigen Oberlandesgericht eingegangen. Damit ist die Berufungsfrist des § 517 ZPO
gewahrt.

Zugleich ist damit die Frist zur Berufungsbegründung gem. § 520 Abs. 2 ZPO gewahrt 49
worden, denn in dem Schriftsatz vom 20.05.2015 ist die Berufung auch begründet worden.

2. 50

Ist – wie dargelegt – die Zustellung des angefochtenen Urteils und der fristwahrende Eingang 51
der Berufungsschrift urkundlich (hier durch Empfangsbekenntnis) belegt, muss der
Berufungsbeklagte (hier Beklagte) eine frühere Zustellung des angefochtenen Urteils
darlegen und beweisen (vgl. Zöller/Heßler, 30. Aufl. 2014, § 517 Rdn. 16). Jedenfalls ist nicht
dem Berufungskläger die Beweislast für Vorgänge aufzubürden, die er nicht aufklären kann,
weil sie sich ausschließlich im gerichtswirtschaftlichen Bereich und/oder im Postbereich abgespielt
haben und ihm daher unbekannt sind und deren Unaufklärbarkeit allein in den
Verantwortungsbereich des Gerichts fällt (vgl. BGH NJW 1981, 1673 f. – Rdn. 11).

a) 52

Entgegen der Behauptung des Beklagten ergibt sich aus der Gerichtsakte nicht, dass das 53
Urteil vom 18.03.2015 dem Kläger – per Telefax oder in anderer Form – bereits am
02.04.2015 tatsächlich zugestellt worden ist.

Es gibt zwar eine entsprechende Verfügung des Richters und einen Vermerk der 54
Geschäftsstelle der 4. Zivilkammer in der Akte, wonach das Urteil an beide Parteivertreter
versandt werden soll und auch die Versendung veranlasst worden ist (vgl. Verfügung hinter
dem unterzeichneten Original des Urteils vorgeheftet in der Akte). Nirgendwo lässt sich
jedoch die tatsächliche Umsetzung und insbesondere der Zugang des Urteils beim
Klägervertreter nachweisen. Es gibt also lediglich Indizien, die auf eine Versendung des
Urteils bereits Anfang April 2015 auch an den Klägervertreter hinweisen könnten. Dies ist
zum ersten der sogenannte „Ab“-Vermerk der Justizbeschäftigten I1 vom 02.04.2015 (vgl.
Seite 6 des Originalurteils). Zum zweiten ist es die Tatsache, dass dem
Prozessbevollmächtigten des Beklagten bereits am 02.04.2015 das Urteil (per Telefax)
übersandt worden ist (vgl. das Empfangsbekenntnis Bl. 69 d. A.). Drittens spricht dafür der
Umstand, dass die Justizbeschäftigte I1 auf der Geschäftsstelle der 4. Zivilkammer
ausweislich ihres Vermerks vom 16.04.2015 (vgl. Bl. 69 R) offensichtlich davon ausging, dass
das Urteil an den Vertreter des Klägers auch tatsächlich abgesandt worden war. Sie forderte
nämlich von ihm das entsprechende Empfangsbekenntnis zurück. Dies geht auch aus dem
Schreiben der Geschäftsstelle vom 06.05.2015 (Bl. 123 d. A.) hervor. Diese Indizien reichen
– auch in ihrer Gesamtschau – aber nicht aus, sicher auf einen Zugang des Urteils bereits am
02.04.2015 beim Klägervertreter schließen zu können.

b) 55

Eine Versendung des Urteils an den Klägervertreter per Telefax durch die Geschäftsstelle der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bochum lässt sich anhand der Akte unmittelbar nicht feststellen. Dazu fehlt jeglicher Vermerk der Geschäftsstelle und insbesondere ein entsprechender Sendebericht. Einziger Hinweis auf eine Versendung des Urteils per Telefax ist die Erklärung der Justizbeschäftigten I1 gegenüber der Assistentin D des klägerischen Prozessbevollmächtigten, dass das Urteil per Telefax abgesandt worden sei (vgl. Telefonnotiz D vom 24.04.2015, Bl. 133 – Anlage K 17). Der von der Justizbeschäftigten I1 in dem Telefonat angekündigte Sendebericht ist dem Klägervertreter jedoch nicht übersandt worden und befindet sich auch nicht in der Gerichtsakte. Das Telefonat zwischen der Justizbeschäftigten I1 und der Assistentin D ist allein nicht ausreichend, um von einem Zugang des Urteils am 02.04.2015 beim Klägervertreter auszugehen.

Der Beweisantritt des Beklagten auf Seite 2 seiner Berufungserwiderung (Bl. 100 d. A.) auf Vorlage der Übertragungsberichte des Faxservers der Geschäftsstelle der 4. Zivilkammer, der Vorlage der Übertragungsberichte der Fax-Geräte der Kanzlei Dr. H und der Vorlage der Empfangsdaten des Fax-Servers der Kanzlei Dr. H unter den dort jeweils angegebenen Faxnummern ist nicht zielführend. Die Übertragungsberichte des Fax-Servers der Geschäftsstelle der 4. Zivilkammer beweisen nicht den Zugang auf Seiten des Klägervertreters. Jedenfalls müssten sich entsprechende Übertragungsberichte in der Gerichtsakte befinden, was nicht der Fall ist. Übertragungsberichte und Empfangsdaten der Fax-Geräte bzw. des Fax-Servers der Kanzlei Dr. H vom 02.04.2015 liegen nach Angaben des Prozessbevollmächtigten des Klägers nicht mehr vor. Insgesamt läuft der Beweisantritt des Beklagten auf eine Ausforschung hinaus, zumal – wie oben dargelegt – aus der Gerichtsakte noch nicht einmal ersichtlich ist, dass das Urteil an den Klägervertreter gefaxt wurde.

c) 58

Schließlich ist die Zustellung gegen Empfangsbekenntnis im Sinne von § 174 ZPO erst erfolgt, wenn das Empfangsbekenntnis vom Anwalt unterzeichnet worden ist mit dem Willen, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen (s. o.). Entgegen der Auffassung des Beklagten kann der Mangel des Empfangswillens des klägerischen Prozessbevollmächtigten nicht gem. § 189 ZPO geheilt werden (vgl. BGH NJW 1989, 1154 – Rdn. 17 zitiert nach Juris und OLG Hamm, NJW 2010, 3380 – Rdn. 30 zitiert nach Juris). Zudem ist diese Vorschrift vorliegend bereits von ihrem Wortlaut her nicht anwendbar, da eine formgerechte Zustellung des Urteils hier durch Empfangsbekenntnis nachweisbar ist, jedoch erst am 22.05. und nicht bereits am 02.04.2015.

Nach allem ist die Berufung des Klägers zulässig. 60

II. 61

Die Berufung ist auch weitgehend begründet, das angefochtene Urteil ist unrichtig und abzuändern. 62

Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz in tenorierter Höhe. 63

Anspruchsgrundlage sind §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 278 BGB i. V. m. § 7 Abs. 1 ErbbauRG. 64

Indem der Beklagte die gem. § 7 Abs. 1 ErbbauRG geschuldete Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechtes an den Zeugen B nicht erteilte, sondern diese im Juli 2013 durch den 15. Zivilsenat des hiesigen Oberlandesgerichts ersetzt werden musste, hat der 65

Beklagte schuldhaft seine Pflicht aus dem Erbbaurechtsverhältnis mit dem Kläger verletzt. Er muss sich insoweit das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, der ihn auch seinerzeit gegenüber dem Kläger vertrat, zurechnen lassen.

1. 66

Die Tatsache, dass der Beklagte zur Abgabe dieser Zustimmungserklärung auf Anforderung des Klägers bzw. des von ihm eingeschalteten Notars T im Mai 2011 verpflichtet war, hat der 15. Zivilsenat des hiesigen Oberlandesgerichts durch Beschluss vom 24.07.2013 mit dem Aktenzeichen 15 W 199/12 festgestellt und mit seiner Entscheidung die Zustimmung des Beklagten gem. § 7 Abs. 3 ErbbauRG rechtskräftig ersetzt (vgl. Anlage K 2 zur Klageschrift). Auf eine Wiederholung der zur Begründung gemachten Ausführungen wird verzichtet. Sie sind den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten bekannt. 67

2. 68

Der Beklagte befand sich mit der Abgabe der begehrten Zustimmungserklärung spätestens ab dem 24.06.2011 in Verzug im Sinne von § 286 Abs. 1 S. 1 BGB, weil er auf die Mahnung des Klägers vom 24.05.2011 nicht leistete. 69

a) 70

Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Aufforderung des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu erbringen. Sie ist eine nicht formgebundene, einseitige, empfangsbedürftige Klärung. Die in der Mahnung enthaltene Aufforderung zur Leistung muss eindeutig sein. Eine Fristsetzung ist nicht nötig, ebenso wenig die Androhung von Folgen oder der Hinweis auf die Rechtsfolgen. Es genügt, wenn der Gläubiger zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung verlangt. Das kann durch eine Fristsetzung, aber auch in höflicher Form oder in Versen geschehen (vgl. Palandt-Grüneberg, 74. Aufl. 2015, § 286 BGB, Rdn. 16 und 17). 71

b) 72

Die oben genannten Voraussetzungen werden durch das Aufforderungsschreiben des Notars T vom 24.05.2011 (vgl. Bl. 27 f. d. A. – Anlage B 1) erfüllt. 73

Der Notar handelte im Auftrage des Klägers, was sich nach Aktenlage aus dem Gesamtzusammenhang ergibt. Die Nichtvorlage der Vollmachtsurkunde durch den Notar ist gem. § 174 S. 1 BGB unschädlich, weil der Beklagte die Leistungsaufforderung nicht unverzüglich zurückgewiesen hat. 74

Der genaue Zeitpunkt des Zugangs des Aufforderungsschreibens vom 24.05.2011 ergibt sich nach Aktenlage nicht. Der Zugang muss allerdings spätestens am 24.06.2011 erfolgt sein, denn an diesem Tag antwortete der Beklagte durch seinen Prozessbevollmächtigten (vgl. Bl. 30 f. d. A. – Anlage B 2). 75

3. 76

Die pflichtwidrige Verweigerung der Zustimmungserklärung erfolgte jedenfalls fahrlässig im Sinne der §§ 286 Abs. 1 und 2, 278 BGB. 77

a) 78

79

Der Beklagte trägt als Schuldner die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtvertretenmüssen des Verzuges. Die Beweislastverteilung ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1 S. 2 und 286 Abs. 4 BGB (vgl. Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 280 BGB Rdn. 34 und § 286 BGB Rdn. 49). Verbleibende Zweifel gehen zu seinen Lasten.

Für ein Verschulden seines von ihm in dieser Rechtsangelegenheit bereits vorgerichtlich beauftragten Rechtsanwalts und Vertreters – seinem nunmehrigen Prozessbevollmächtigten – hat der Beklagte in gleichem Umfang einzustehen wie für eigenes Verschulden, § 278 S. 1 BGB. 80

b) 81

Der Beklagte hat die Verschuldensvermutung der §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB nicht widerlegt. 82

Zwar mögen die zu klärenden Rechtsfragen, welche im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Beklagten zur Abgabe der begehrten Zustimmungserklärung standen bzw. stehen, komplex und in ihrer Behandlung in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum nicht einheitlich gewesen sein. Dies entlastet den Beklagten und den von ihm zur Prüfung beauftragten Rechtsanwalt jedoch nicht von ihrer rechtlichen Fehleinschätzung. 83

In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen der Haftung des Gläubigers, der vom Schuldner zu Unrecht eine Leistung verlangt, und der Haftung des Schuldners, der zu Unrecht eine Leistung verweigert. 84

Ein Gläubiger, der vom Schuldner zu Unrecht eine Leistung verlangt, handelt grundsätzlich nicht dann schon fahrlässig, wenn er nicht erkennt, dass seine Forderung unberechtigt ist. Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass dem Gläubiger die Durchsetzung seiner Rechte unzumutbar erschwert würde, wenn man von ihm verlangte, die sicher nur in einem Rechtsstreit zu klärende Berechtigung einer geltend gemachten Forderung schon im Vorfeld oder außerhalb eines Rechtsstreits vorausszusehen. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht der Gläubiger demgemäß regelmäßig schon dann, wenn er sorgfältig prüft, ob der eigene Rechtsstandpunkt plausibel ist (vgl. BGH NJW 2014, 2717 ff. – Rdn. 33 zitiert nach Juris). 85

Anders liegen die Dinge bei einem Schuldner. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fordert der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Verpflichtete grundsätzlich das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt. Daher stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung in diesen Fällen an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums seit je her strenge Anforderungen. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum liegt bei einem Schuldner regelmäßig nur dann vor, wenn er die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Ein solcher Ausnahmefall ist in etwa dann anzunehmen, wenn der Schuldner eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung für seine Auffassung in Anspruch nehmen konnte und eine spätere Änderung derselben nicht zu befürchten brauchte. Musste der Schuldner dagegen mit der Möglichkeit rechnen, dass das zuständige Gericht einen anderen Rechtsstandpunkt einnehmen würde als er, ist ihm regelmäßig ein Verschulden anzulasten. Dies gilt insbesondere bei einer unklaren, komplexen Rechtslage. Hier handelt ein Schuldner regelmäßig bereits dann fahrlässig, wenn er sich erkennbar in einem Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegt, in dem er eine von der eigenen Entscheidung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit des fraglichen 86

Verhaltens in Betracht ziehen muss. Der Schuldner darf das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage nicht dem Gläubiger zuschieben. Entscheidet er sich bei einer unsicheren Rechtslage dafür, die von ihm geforderte Leistung nicht zu erbringen, geht er – von besonderen Sachlagen abgesehen – das Risiko, dass sich seine Einschätzung später als falsch erweist, zumindest fahrlässig ein und hat deshalb seine Nichtleistung zu vertreten, wenn er – wie in einem späteren Rechtsstreit festgestellt wird – zur Leistung verpflichtet war (vgl. zum Ganzen: BGH NJW 2014, 2717 ff. – Rdn. 33 bis 36 zitiert nach Juris; BGH NJW 2006, 3271 Rdn. 19 zitiert nach Juris und Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 276 BGB, Rdn. 22 f.).

Hier hat der Beklagte bereits in seiner Klageerwiderung die Komplexheit der rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der ihm abverlangten Zustimmungserklärung eingeräumt. Er hat aber zu keiner der entsprechenden Rechtsfragen, welcher sich aus seinen erhobenen Einwendungen und geltend gemachten Bedingungen gegen die begehrte Zustimmungserklärung ergeben, auf eine höchstrichterliche Rechtsprechung verweisen können, die für seine Rechtsauffassung sprach bzw. spricht. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Der 15. Zivilsenat hat insbesondere auf den obergerichtlichen Grundsatz verwiesen, der auch seine Entscheidung maßgeblich beeinflusste, wonach ein wichtiger Grund zur Versagung der Zustimmung nicht allein daraus hergeleitet werden könne, dass der Grundstückseigentümer aus der bisherigen Nutzung des Erbbaurechts Ansprüche herleite, die ggfs. auch gegen den Erwerber gerichtet werden können, von diesem jedoch nicht ohne weiteres anerkannt werden. In diesem Zusammenhang ist durch obergerichtliche Rechtsprechung einhellig anerkannt, dass das als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers zu dessen Veräußerung nicht dazu dient, etwaigen Ansprüchen des Grundstückseigentümers aus dem beiderseitigen Rechtsverhältnis, mögen sie begründet sein oder nicht, Nachdruck zu verleihen. Der 15. Zivilsenat des hiesigen Oberlandesgerichts verweist dazu auf das Bayerische Oberste Landesgericht NJW-RR 1986, 449 ff., das Oberlandesgericht Frankfurt, Rechtspfleger 1979, 24, sowie u. a. auf seine Entscheidung vom 27.05.1993, abgedruckt in NJW-RR 1993, 1106. Die Prüfung dieser obergerichtlichen Entscheidungen hat der Beklagte bzw. sein Prozessbevollmächtigter offensichtlich nicht oder nicht mit der erforderlichen Sorgfalt angestellt. Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des 15. Zivilsenats vom 03.11.2005 mit dem Aktenzeichen 15 W 337/05 (veröffentlicht u. a. in NZM 2006, 276 ff.) anzuführen. Auch in dieser Entscheidung ist klargestellt worden, dass der Grundstückseigentümer seine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht zusätzlich davon abhängig machen darf, dass der Erbbaurechtserwerber das Bestehen einer schuldrechtlichen Verpflichtung eines bestimmten Inhaltes anerkennt (OLG Hamm NZM 2006, 256 ff. – Rdn. 17 zitiert nach Juris). Insbesondere dient das Zustimmungserfordernis nicht dazu, etwaigen Ansprüchen des Grundstückseigentümers auf eine Erbbauzinserhöhung, mögen sie begründet sein oder nicht, Nachdruck zu verleihen (vgl. a.a.O., Rdn. 18 zitiert nach Juris). Dabei macht es – entgegen der vom Beklagten in seiner Berufungserwiderung geäußerten Auffassung – keinen Unterschied, ob der erhöhte Erbbauzins seit Jahren gezahlt wird oder nicht. Es geht hier um das grundsätzliche Verbot, die Prüfung einer Zustimmungserteilung nach § 7 Abs. 1 ErbbauRG mit der Überprüfung etwaiger Ansprüche der Vertragsparteien aus ihrem beiderseitigen Rechtsverhältnis zu verquicken.

87

Das Argument des Beklagten, dass die eine oder andere durch den 15. Zivilsenat in seinem Beschluss entschiedene Rechtsfrage noch nicht Gegenstand anderweitiger gerichtlicher Entscheidungen gewesen sei, hilft ihm nicht weiter. Im Gegenteil zeigt dieser Umstand die Unsicherheit des von ihm vertretenen Rechtsstandpunktes auf.

88

89

Jedenfalls hätte der Beklagte bzw. sein Prozessbevollmächtigter bei gebotener sorgfältiger Prüfung der Rechtslage nach Aufforderung zur Zustimmungserklärung im Mai 2011 erkennen können und müssen, dass mit einer anderen Beurteilung durch die zuständigen Gerichte zu rechnen war. In diesem Zusammenhang wird auch auf das Schiedgutachten Dr. G für die ARAG aus August 2015 (vgl. Bl. 114 ff. d. A. – Anlage K 11 zur Klageschrift) verwiesen. Die dort gemachten Ausführungen sind inhaltlich voll zutreffend. Der Senat schließt sich ihnen an. Das Gutachten liegt auch dem Beklagten, bzw. seinem Prozessbevollmächtigten vor. Wiederholungen erübrigen sich daher.	
Der Umstand, dass das Amtsgericht Bochum die oben angeführten Rechtsgrundsätze fehlerhaft nicht beachtet hat, vermag den Beklagten nicht zu entlasten (vgl. BGH NJW 1974, 1903, Rdn. 26 f. zitiert nach Juris).	90
4.	91
Der Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers, weil dieser nicht allein Inhaber des übertragenen Erbbaurechts gewesen ist. Nachdem der Kläger die Abtretungserklärung vom 18.09.2015 im Original (vgl. Bl. 137 d. A.) vorgelegt hat, bestehen an seiner Aktivlegitimation keine Zweifel mehr.	92
5.	93
Die <u>Höhe</u> des dem Grunde nach gegebenen Schadensersatzanspruchs berechnet sich wie folgt:	94
a)	95
<u>Zinszahlungen an die T-Bank vom 01.08.2011 bis 15.10.2013</u>	96
Während der Anfangszeitpunkt (01.08.2011) schlüssig dargelegt worden ist, erschließt sich der Endzeitpunkt (15.10.2013) nicht. Rechtskräftig war die die Zustimmung des Beklagten ersetzende Entscheidung des 15. Zivilsenats vom 24.07.2013 am 17.09.2013 geworden (vgl. den Rechtskraftvermerk auf Seite 9 des Beschlusses – Anlage K 2 zur Klageschrift). Sodann bedurfte es noch des Fälligkeitsschreiben des Notars T und weiterer 14 Tage gem. § 4 des Erbbaurechtskaufvertrages vom 19.05.2011. Mithin ist ein Schadenszeitraum vom 01.08.2011 bis 30.09.2013 zugrunde zu legen, wie ihn der Kläger auch in seinem Schreiben vom 01.09.2014 (vgl. Anlage K 9 zur Klageschrift) berechnet hat, insgesamt also 26 Monate.	97
Das Argument des Beklagten, es sei wegen der noch vom Kläger einzuholenden Zustimmung zur Finanzierung ein weiterer Zeitraum verstrichen, der von diesen 26 Monaten abzusetzen sei, überzeugt nicht. Der Beklagte übersieht in diesem Zusammenhang, dass der Kläger den Schadenszeitraum erst ab dem 01.08.2011 berechnet hat, obwohl der Beklagte spätestens mit dem ablehnenden Schreiben vom 24.06.2011 in Verzug geriet. Es sind also über 5 Wochen Vorlauf für die Einholung der Belastungszustimmung und Eintragung ins Grundbuch bereits eingerechnet worden, was grundsätzlich ausreichend ist. Dies wird belegt durch den tatsächlichen Geschehensablauf, nämlich die Grundschuldbestellung für die finanzierende AG am 12.12.2013 und die Eintragung ins Grundbuch am 16.01.2014. Überdies ist nicht geklärt, ob bei zeitnaher Umsetzung des Kaufvertrages im Mai/Juni 2011 eine mit einer Belastung verbundene Finanzierung zur Umsetzung des Kaufvertrages überhaupt erforderlich gewesen wäre. Ausweislich § 9 des Kaufvertrages dürfte dies seinerzeit nicht der Fall gewesen sein.	98

Seine monatlichen Zinsbelastungen stellt der Kläger wie folgt dar:

Darlehen T- Bank Nummer #####/##### monatlich:	145,51 Euro	100
Darlehen T- Bank Nummer #####/##### monatlich:	69,66 Euro	101
Darlehen über T- bei L quartalsweise 272,14Euro mithin	90,71 Euro	102
Gesamtsumme monatlich	305,88 Euro.	103

Die Zahlungen sind alle belegt; allerdings enthalten die Zahlungen des L-Darlehens mit der Endziffer 02 (L-Darlehen über T) auch Tilgungen, die herauszurechnen sind. 104

Dies ergibt insgesamt folgende Rechnung: 105

-Darlehen T- Bank mit der Endziffer 1000 monatlich	145,41 Euro	106
-Darlehen T- Bank mit der Endziffer 1003 monatlich	<u>69,66 Euro</u>	107

215,17 Euro 108

26 Monate x 215,17 Euro 5.594,42 Euro 109

Zinsanteil für das L-darlehen mit der Endziffer 02: 110

03.10.2011 145,81 Euro 111

30.12.2011 144,50 Euro 112

30.03.2012 143,17 Euro 113

30.06.2012 141,83 Euro 114

30.09.2012 (Beleg fehlt), geschätzt 139,00 Euro 115

30.12.2012 (dito) 138,00 Euro 116

31.03.2013 137,70 Euro 117

30.06.2013 136,30 Euro 118

30.09.2013 134,89 Euro 119

Summe drittes Darlehen: 1.261,20 Euro 120

Darlehenszinsen insgesamt: 5594,42 Euro + 1.261,20 Euro = **6.855,62 Euro** 121

b) 122

Mieteinnahmen 123

Diese sind abzuziehen für den Zeitraum vom 01.01.2013 bis zum 30.09.2013, also für 9 Monate á 300,-- Euro, 2.700,00 Euro 124

Es verbleiben dem Kläger als nicht zu kompensierender 125

Schaden	<u>4.155,62 Euro</u>	126
Der Beklagte vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, der Kläger habe im Zuge der Vermietung der Wohnung gegen seine Schaddensminderungspflicht im Sinne des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen. Darlegungs- und beweispflichtig ist insoweit der Beklagte (vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 254 BGB –Rdn. 72 m. w. N.). Der Nachweis ist nicht gelungen, nachdem der Kläger insoweit seiner sekundären Darlegungslast nachgekommen ist.		127
Es war sinnvoll, der Tochter des Erbbaurechtskäufers – der Zeugin B2 – die Wohnung vorzeitig durch Abschluss eines Mietvertrages zu überlassen. Damit band der Kläger zum einen den Käufer des Erbbaurechts und Vater der Mieterin weiter an sich, obwohl der Beklagte zu diesem Zeitpunkt die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechtes verweigerte und der Kläger den Rechtsweg beschreiten musste. Zum anderen gelang es dem Kläger, die Zahlung von Nebenkosten an die Mieterin weiter zu geben und zudem für 9 Monate auch jeweils 300,-- Euro für die Bedienung der laufenden Kreditverbindlichkeiten zu erhalten. Alternative wäre das Leerstehen der Wohnung gewesen, nachdem der Kläger im Hinblick auf den avisierten Verkauf des Erbbaurechtes dort bereits ausgezogen war.		128
6.		129
Der Beklagte hat den geltend gemachten Schaden gem. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB ab dem 26.11.2013 zu verzinsen. Unstreitig wurde ihm mit Schreiben vom 07.11.2013 zur Zahlung eine Frist bis zum 25.11.2013 gesetzt.		130
7.		131
Die Erstattung seiner vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten gegenüber seiner Rechtsschutzversicherung kann der Kläger von dem Beklagten gem. §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB verlangen, da es sich um Rechtsverfolgungskosten wegen des Verzuges des Beklagten mit der eingeforderten Zustimmungserklärung handelt. Ihre Höhe berechnet sich aus einer 1,3-Gebühr, bezogen auf die berechnete Schadensforderung (4.155,62 Euro), zuzüglich Auslagenpauschale (20,00 Euro) und Mehrwertsteuer.		132
8.		133
Einen Anspruch auf Erstattung der Rechtsanwaltskosten der T & T3 hat der Kläger nicht schlüssig dargelegt. Seine Bezugnahme auf die Rechnung der Rechtsanwälte T & T3 vom 14.10.2011 (Anlage K 7 a zur Klageschrift) ersetzt keinen schlüssigen Vortrag. Zudem bezieht sich die vorbezeichnete Rechnung ausweislich ihres Betreffs auf eine „ <i>Zustimmung Verkauf H x Bochum</i> “, weshalb es nicht nachvollziehbar ist, warum zwischenzeitlich die Rechtsanwälte T & T3 vom Kläger beauftragt worden sind und nicht vor vorherein die jetzigen Prozessbevollmächtigten. Der Hinweis des Klägers auf eine Vorbefassung der jetzigen Prozessbevollmächtigten führt nicht zu einer Klarstellung. Zudem soll nach Vortrag des Klägers auf Seite 8 seiner Klageschrift die anwaltliche Tätigkeit der Rechtsanwälte T & T3 für eine „ <i>Regelung mit dem Käufer/Mieterin B2</i> “ entfaltet worden sein. Dies macht seinen Vortrag an dieser Stelle noch verwirrender und noch unklarer.		134
Bis auf diesen letzten Punkt und die dargelegten Abzüge ist die Klageforderung aus den vorstehenden Ausführungen jedoch begründet und das angefochtene Urteil entsprechend abzuändern.		135
C.		136

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.	137
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 711, 713 ZPO.	138
Der Senat hat von der Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO abgesehen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch eine Entscheidung des Revisionsgerichts zum Zweck der Rechtsfortbildung oder zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung veranlasst ist. Die hier zu entscheidenden Rechtsfragen sind bereits höchstrichterlich geklärt.	139
