

Nachschlagewerk: ja  
Amtliche Sammlung: nein

2164 035

WährG § 3

Eine Vertragsklausel des Inhalts, der Besteller eines Erbbaurechtes solle im Falle der Aufhebung des Mietzinsstops für Geschäftsräume berechtigt sein, den vereinbarten Erbbauzins entsprechend dem allgemeinen Steigen der Mietzinsen zu erhöhen, wird von § 3 WährG nicht erfaßt.

BGB § 157 D

Bei der ergänzenden Vertragsauslegung kann an den in der Regelung eines anderen Punktes zum Ausdruck kommenden tatsächlichen Willen der Parteien auch dann angeknüpft werden, wenn diese Regelung aus Rechtsgründen unwirksam ist.

ZPO § 97 Abs. 2

Hat die obsiegende Partei aus Gründen vernünftiger wirtschaftlicher Prozeßführung mit dem neuen Vorbringen in der ersten Instanz zurückgehalten, so entfällt die Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO.

BGH, Urt.v. 10. Februar 1960 - V ZR 113/58 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

V ZR 113/58

Verkündet  
am 10. Februar 1960  
Symalla, Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Wiederaufbau K[redacted]straße [redacted], Gesellschaft mit beschränk-  
ter Haftung in S[redacted], K[redacted]straße [redacted], gesetzlich vertre-  
ten durch ihren Geschäftsführer Wilhelm S[redacted], Konditormeister  
in S[redacted],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

gegen

Frau Elly E[redacted] in S[redacted], I[redacted],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [redacted] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche  
Verhandlung vom 27. Januar 1960 unter Mitwirkung des Senats-  
präsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Augustin,  
Dr. Rothe, Dr. Freitag und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des  
Oberlandesgerichts Stuttgart vom 22. Juli 1958 wird  
auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks K [REDACTED]straße [REDACTED] zu S [REDACTED], das eine Größe von 501 qm hat; ein auf ihm errichteter Geschäftsbau ist im Kriege bis auf die Grundmauern zerstört worden. Am 13. September 1949 schlossen die Parteien einen notariellen Erbbauvertrag; die Klägerin bestellte darin der Beklagten an dem Grundstück ein Erbbaurecht für 40 Jahre; die Beklagte verpflichtete sich, darauf ein Geschäftshaus zu errichten. Beanstandungen der Preisbehörde wie des Grundbuchamtes führten dazu, daß der Vertragstext noch zweimal notariell geändert wurde. In der danach maßgebenden Fassung des § 9 des Vertrages verpflichtete sich die Beklagte als Erbbauberechtigte, einen Erbbauzins von 30 450 DM jährlich zu bezahlen, und zwar in monatlichen Raten von 2 537,50 DM. Nach Bezahlung der auf die Erbbauberechtigte übergehenden Reste des ursprünglichen Gebäudes durch Sonderleistungen, die im Vertrag im einzelnen festgesetzt wurden, sollte sich der Erbbauzins auf jährlich 25 050 DM oder monatlich 2 087,50 DM ermäßigen. In Absatz 2 des § 9 wurde folgendes bestimmt:

"Im Falle einer allgemeinen gesetzlichen Erhöhung der Mietzinsen tritt ohne weiteres eine entsprechende Erhöhung des Erbbauzinses (nicht der Sonderzahlung) ein. Die Erbbauberechtigte ist in diesem Fall verpflichtet eine entsprechende Änderung des Erbbauvertrages und des dinglich gesicherten Erbbauzinses (zuzüglich der Sonderzahlung) zu vereinbaren und deren Eintragung in das Grundbuch zu bewilligen. Bei einer Änderung der Währung ändert sich auch die Sonderzahlung entsprechend. Diese Bestimmungen begründen zwischen den Vertragsschließenden nur schuldrechtliche Verpflichtungen und gelten nur für den Fall, daß keine Genehmigung erforderlich ist oder eine etwa erforderliche Genehmigung erteilt wird oder eine etwa derzeit erforderliche Genehmigung in späterer Zeit nicht mehr nötig ist. Gegebenenfalls gelten die Bestimmungen dieses Absatzes von dem Zeitpunkt ab, von dem eine zur Zeit erforderliche Genehmigung vorliegt oder nicht mehr notwendig



ist. Falls eine der Bestimmungen in § 9 Abs. 1 Satz 2 bis 8 oder in diesem Absatz nichtig sein sollten, wird dadurch der Bestand des Erbbauvertrages nicht berührt."

Das Erbbaurecht ist im Grundbuch eingetragen worden; bis November 1955 hatte die Beklagte den Preis für die Baureste beglichen. Im Jahre 1949/50 wurden Erdgeschoß und erstes Stockwerk eines neuen Gebäudes erstellt und vermietet, 1954/55 der Neubau (die oberen Stockwerke) im wesentlichen bezugsfertig vollendet.

Mit Schreiben vom 9. August 1955 forderte die Klägerin die Beklagte auf, statt der im § 9 Abs. 1 vorgesehenen Zahlung von monatlich 2 087,50 DM den höheren ortsüblichen Erbbauzins zu bezahlen. Da die Beklagte dieser Aufforderung nicht nachkam, erhob die Klägerin Klage und beantragte die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 20 000 DM mit 5 % Zinsen seit 1. September 1955. Nach Meinung der Klägerin schuldet die Beklagte für die Jahre 1952 bis 1955 wegen Erhöhung des Erbbauzinses insgesamt 135 825 DM (= 14 550 DM + 38 625 DM + 38 625 DM + 44 025 DM). Der Klagebetrag wurde in erster Linie für das Jahr 1952 und ein Teilbetrag für 1953 verlangt, hilfsweise jeweils für die Beträge aus den späteren Jahren in zeitlicher Reihenfolge.

Die Klägerin stützt ihre Klage zunächst auf die Bestimmung des § 9 Abs. 2 des Vertrages. Sie trägt vor, die Vertragsteile hätten damit gerechnet, daß das damals bestehende Mißverhältnis zwischen dem gebundenen Grundstückspreis und den Grundstücksmieten einerseits und dem gesteigerten Preisniveau andererseits in absehbarer Zeit gesetzlich geregelt werde. Für diesen Fall hätten sie die Vereinbarung getroffen, daß ohne weiteres eine entsprechende Erhöhung der Erbbauzinsen eintrete. Hierbei handle es sich nicht um eine unzulässige

Wertsicherungsklausel, sondern um eine erlaubte Wertspannungsklausel: Der Erbbauzins hätte in einem angemessenen Verhältnis zu den gesetzlichen Mieten gehalten werden sollen. Preisrechtlich seien für Erbbauzinsen die gleichen Bestimmungen angewandt worden wie für Mietzinsen. Entgegen der Erwartung der Vertragsteile sei dann allerdings eine Anhebung der Geschäftsraummietzinsen nicht in der Weise erfolgt, daß vom Gesetzgeber prozentuale Zuschläge zum Stopppreis gestattet worden seien; das Geschäftsraummietengesetz habe vielmehr diese Mietzinsen von den Preisvorschriften ganz ausgenommen. Demnach komme es nach der Freigabe auf den ortsüblichen Mietzins für Geschäftsräume gleicher Art und Lage an. Die Klageforderungen hätten sich dem angepaßt.

Den Klageanspruch stützt die Klägerin weiter auf den Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie auf die §§ 24 Abs. 2, 33 des Ersten Bundesmietengesetzes.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie sieht die Klausel des § 9 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages als rechtsunwirksam an, weil sie gegen § 3 des Währungsgesetzes verstoße. Eine Genehmigung der Klausel sei nicht eingeholt worden. Die Klausel gelte auch nur für den Fall der allgemeinen Erhöhung der Mietzinsen; dieser Fall sei nicht eingetreten. Sie habe die Mietzinsen seit 1949 nicht erhöht. Von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage könne nicht gesprochen werden. Auf die Bestimmungen des Ersten Bundesmietengesetzes lasse sich der Klageanspruch nicht stützen. Die Ansprüche seien im übrigen verwirkt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin ihre Ansprüche hilfsweise auch auf die bis zum 30. Juni 1958 nach ihrer An-

sicht fällig gewordenen Erbbauzinsen gestützt. Sie hat ferner vorgetragen: Das Landgericht hätte, da es die Klausel des § 9 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages als automatische Wert-sicherungsklausel im Sinne des § 3 WährG angesehen und deshalb mangels Genehmigung als unwirksam betrachtet habe, die nunmehr entstandene Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ausfüllen müssen.

Das Berufungsgericht hat unter Abweisung weitergehender Zinsansprüche die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 20 000 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtskraft des Berufungsurteils zu bezahlen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter; die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz ihren Klageantrag hilfsweise auch auf vermeintliche Ansprüche gestützt, die sie aus der Erhöhung der Erbbauzinsen für die Jahre 1956, 1957 und 1958 ableitet. Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen verwertet. Die Revision ist unter Berufung auf Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. (§ 260 II A 2, II B 2 a, § 268 I Abs. 3, III 2 Fußnote 37) der Auffassung, es handle sich hier um eine Klageänderung, die nicht hätte zugelassen werden dürfen; es läge eine erst in der Berufungsinstanz vorgenommene Klagehäufung in echter Eventualstellung vor. Es kann indessen dahin

stehen, ob diese Auffassung zutrifft oder ob, wenn ein einheitlicher Klageantrag vorliegt, bei Häufung selbständiger Klagegründe § 260 ZPO nicht zur Anwendung zu kommen hat, bei nachträglicher Einführung eines neuen Klagegrundes eine Klageänderung zu verneinen ist (vergl. RGZ 165, 374, 378; BGHZ 9, 22). Denn auch vom Boden der von der Revision vertretenen (ersten) Auffassung aus lassen sich gegen das Verfahren des Berufungsgerichts keine Bedenken erheben. Das Berufungsgericht hat nämlich unter Bezugnahme auf BGHZ 1, 65 die "Klageänderung" als sachdienlich erklärt und zugelassen. Diese Entscheidung ist nicht angreifbar (§ 270 ZPO). Das Revisionsgericht hat demnach auch nicht mehr zu prüfen, ob das Berufungsgericht, wie die Revision meint, damit die Grenzen seines Ermessens überschritten habe.

## II.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich ein Anspruch der Klägerin weder aus §§ 33, 24 des Ersten Bundesmietengesetzes noch aus der Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Die Revision greift diesen Teil der Urteilsbegründung nicht an.

## III.

Das Berufungsgericht führt zum Klageanspruch aus § 9 Abs. 2 des Vertrages folgendes aus:

Diese Vertragsbestimmung und die Aussagen des Zeugen Dr. Sandberger ergäben, daß die Klägerin an einer allgemeinen Erhöhung der Mietzinsen teilnehmen sollte. Der in § 9 Abs. 2 des Vertrages genannte Fall einer allgemeinen gesetz-

lichen Erhöhung der Mietzinsen sei aber nicht eingetreten. Die Vertragsteile hätten nämlich darunter eine allgemeine gesetzliche Anhebung der Mietpreise verstanden, nicht deren Freigabe. An diesen Fall hätten sie nicht gedacht; er sei aber eingetreten. Nun sei es Aufgabe des Gerichtes, den hypothetischen Willen der Parteien zu erforschen, wie dieser Fall geregelt werden solle. Die in § 9 Abs. 2 gewählte automatische Erhöhung des Erbbauzinses lasse sich nicht übertragen auf den nicht vorgesehenen Fall einer völligen Freigabe und des alsdann erfolgenden Ansteigens des allgemeinen Mietpreisniveaus: Ein leicht feststellbarer eindeutiger Maßstab und ein bestimmter Anknüpfungszeitpunkt fehlten hier. Die Mietpreise hätten sich tatsächlich auch unterschiedlich erhöht, und zwar nicht sofort und einmalig, sondern allmählich und ohne Stillstand. Die Ergänzung des Willens müsse dem erkennbaren Willen der Parteien Rechnung tragen. Da aber weder ein bestimmter Zeitpunkt für die Erhöhung noch ein eindeutiger Maßstab dafür festzustellen sei, sei die Erhöhung nicht automatisch eingetreten; es sei vielmehr anzunehmen, daß die Parteien, wenn sie die Änderung der Verhältnisse vorausgesehen hätten, der Klägerin das Recht eingeräumt hätten, durch gestaltende Willenserklärung eine Abänderung des schuldrechtlichen Vertrages herbeizuführen. Die Klägerin dürfe also mindestens einmal nach Aufhebung des Mietpreisstops eine Erhöhung des schuldrechtlichen Erbbauzinses entsprechend dem allgemeinen Steigen der Mietzinsen verlangen. Ihre Erklärung könne unter entsprechender Anwendung des § 315 BGB nachgeprüft werden.

Die Revision bekämpft diese Ausführungen mit Verfahrensrügen, die trägt auch Bedenken sachlich-rechtlicher Art gegen die Beurteilung des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts vor.

1. Sie beanstandet zunächst, daß das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob eine Vertragsergänzung ausscheide, weil eine gewünschte und deshalb nicht erweiterungsfähige Begrenzung der Beteiligung der Klägerin an der Aufwärtsentwicklung der Mietpreise auf den vertraglich festgelegten Fall der gesetzlichen Mietzinsanhebung vorliege. Es trifft indes nicht zu, daß das Berufungsgericht "wie selbstverständlich" davon ausgegangen sei, es liege eine Vertragslücke vor. Eine bewußte vertragliche Begrenzung auf den Fall der gesetzlichen Mietzinsanhebung hat das Berufungsgericht vielmehr damit verneint, daß es unter Verwertung des Beweisergebnisses darauf hinweist, der Fall der Preisfreigabe sei nur deshalb nicht geregelt worden, weil man an ihn nicht gedacht habe. Daraus ergibt sich, daß nach Auffassung des Berufungsgerichts die Parteien nicht etwa nur für den Fall der gesetzlichen Mietzinsanhebung eine Beteiligung der Klägerin an der allgemeinen Mietzinserhöhung vorsahen, in allen sonstigen Fällen aber ihn ausschließen wollten.

Die Revision meint ferner, die Annahme einer Begrenzung habe sich deshalb aufdrängen müssen, weil eine gesetzliche Anhebung der Mietzinsen zwangsläufig die für das Streitobjekt in Betracht kommenden Mietverträge erfaßt hätte, während bei einer Freigabe der Mietzinsen nicht vorauszusehen gewesen wäre, ob und in welchem Umfange sie sich für die Beklagte auswirken werde. Da die Vertragsteile an den Fall der Freigabe nicht gedacht haben, scheidet aber die Annahme aus, wegen der Ungewißheit der Entwicklung im Falle der Freigabe hätten die Vertragsteile bewußt davon Abstand genommen, der Klägerin auch für diese Möglichkeit der gesetzlichen Regelung einen Anspruch auf Erhöhung der Erbbauzinsen zu gewähren. Bei dieser Sachlage war es daher Aufgabe des Tatrichters, zu erforschen, wie die Parteien diesen nicht bedachten Fall der gesetzlichen Regelung in ihrem Vertrage behandelt hätten, wenn er ihnen schon damals als möglich vor Augen gestanden hätte.

2. Das Berufungsgericht hatte sonach gemäß Treu und Glauben im Verkehr unter Berücksichtigung des im Vertrag für die dort ins Auge gefaßten Verhältnisse bereits ausgedrückten Parteiwillens zu erforschen, was für den später eingetretenen, beim Vertragsschluß aber nicht vorausgesehenen Fall der Preisfreigabe zwischen den Parteien Rechtens sein sollte. Was sich, wenn die Parteien ihren Gedanken zu Ende gedacht hätten, als Folge aus dem ganzen Zusammenhang der getroffenen Abrede darstellt, konnte auch als ihr Parteiwille vermutet werden. Die ergänzende Vertragsauslegung durfte allerdings nur im Rahmen des Vertrages stattfinden und mußte in dem Vertragsinhalt eine Stütze (eine Richtlinie) für das Erkennen des hypothetischen Parteiwillens finden. Zu Unrecht behauptet die Revision, diese Grundsätze habe das Berufungsgericht nicht beachtet. Seine Auslegung stellt weder eine Abänderung des Vertrages im Widerspruch zu dem im Vertrag zum Ausdruck kommenden Parteiwillen, noch eine unzulässige Erweiterung des Vertragsgegenstandes, noch eine Abänderung oder Ergänzung des Parteiwillens dar. Die ergänzende Vertragsauslegung des Berufungsgerichts steht auch nicht mit den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen (BGHZ 9, 273 ff; 23, 282 ff) in Widerspruch, wie dies die Revision meint. Das Berufungsgericht hat den hypothetischen Willen erforscht und demgemäß die Willenserklärungen ergänzt. Den Anknüpfungspunkt hat es in der Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages gefunden. Da dort eine automatische Anpassung der Erbbauzinsen an eine etwaige Mietzinserhöhung vorgesehen ist, die sich für den Fall einer Preisfreigabe zur Erreichung des von den Parteien erstrebten Zieles als ungeeignet erweist, hat das Berufungsgericht in Anlehnung an die Klausel eine andere Regelung der durch die Preisfreigabe entstandenen Lage als Parteiwillen vermutet und in diesem Sinne den Vertragstext ergänzt. Hiergegen ist mit Rechtsgrün-

den nichts einzuwenden. Das Berufungsgericht bewegt sich bei dieser Auslegung immer noch im Rahmen des Vertrages, ohne dessen Gegenstand zu verändern.

Die Revision kann auch mit ihrer Auffassung, der Erbbauzins hätte bei Anwendung der Klausel des § 9 Abs. 2 des Vertrages dann nicht erhöht werden dürfen, wenn das Streitobjekt von einer gesetzlichen Regelung der Mietzinsen unberührt geblieben wäre, keinen Erfolg haben, weil das Berufungsgericht eine gegenteilige Feststellung getroffen hat: Die Parteien hätten auf die allgemeine Erhöhung abgestellt, auf die speziellen Verhältnisse des konkreten Hauses komme es daher nicht an (UA S. 35 VIII). Es ist auch nicht einzusehen, daß der Anspruch der Klägerin davon abhängig sein sollte, ob die Beklagte eine gesetzlich mögliche Erhöhung der Mietzinsen durchführen und somit die Voraussetzung für eine Erhöhung der Erbbauzinsen schaffen wollte oder nicht. Sinn und Zweck des § 9 Abs. 2 des Vertrages war es nach den Urteilsfeststellungen, die Klägerin an allgemeinen Mieterhöhungen teilnehmen zu lassen, mögen sie auch aus besonderen Gründen gerade bei der Beklagten nicht eingetreten sein. Was aber für den in der Klausel des § 9 Abs. 2 des Vertrages geregelten Fall gilt, durfte das Berufungsgericht als Richtlinie auch für den Fall der Preisfreigabe zur Ergänzung des Vertragsinhaltes übernehmen und auch hier auf die allgemeine Erhöhung der Mietzinsen abstellen ohne Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Beklagten. Wenn es daher der Beklagten nach ihrem Vortrag nicht möglich war, eine Preiserhöhung, wie sie allgemein nach Preisfreigabe stattfand, mitzumachen, weil sie langfristige Verträge eingegangen war, so mußten diese Umstände bei der Prüfung der Klagenansprüche außer Betracht bleiben. Überdies hatte die Beklagte im Schriftsatz vom 4. Juni 1957 (GA 216) selbst vorgetragen, es sei nicht richtig, daß die Mietein-

nahmen die rechnerische Grundlage für die Bemessung der Erbbauzinsen abgeben sollten; nach § 9 des Vertrages sollten nur allgemeine gesetzliche Mietzinserhöhungen eine Erhöhung des Erbbauzinses zur Folge haben. Unter den Parteien sei eindeutig abgesprochen worden, daß nur allgemeine Mietzinserhöhungen eine Änderung der Erbbauzinsen bewirken sollten. Hätten die Parteien die Erhöhung der Erbbauzinsen von der Höhe der Mieteinnahmen des streitigen Hauses abhängig machen wollen, so wäre eine entsprechende Formulierung einfach gewesen. Es kam mithin auch nicht auf den Vortrag und die entsprechenden Beweisangebote der Beklagten an, daß die Mietzinsen des Hauses K[REDACTED]straße nach der Preisfreigabe nur teilweise und aus besonderen Gründen hätten erhöht werden können (Schriftsatz vom 14. März 1956 GA 24 R), daß die Räume zeitweise leergestanden hätten (Schriftsätze vom 14. März 1956 GA 26 und 30. April 1956 GA 53), daß Mietzinsen nicht erhöht worden seien (Schriftsätze vom 30. April 1956 GA Bl. 51, 4. Juni 1957 GA Bl. 216 und 23. Dezember 1957 GA Bl. 245), daß die Ertragnisse stets gleich geblieben seien (Schriftsätze vom 20. Juli 1956 GA Bl. 79 und 27. Januar 1957 GA Bl. 137 a), daß es sich um fest vereinbarte Neubaumietzinsen gehandelt habe, eine Erhöhung derselben nicht möglich gewesen sei und auch nicht stattgefunden habe (Schriftsatz vom 20. Januar 1957 GA Bl. 136 R). Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe durch Nichtbeachten dieses Vorbringens das Verfahrensrecht verletzt (Verstoß gegen § 286 ZPO), ist daher ungegründet.

Daß die Regelung des § 9 Abs. 2 des Vertrages für den Fall der Preisanhebung der Mietzinsen "klar, einfach und praktikabel" war, während bei der Preisfreigabe die Ermittlung eines eindeutigen Maßstabes für die Preiserhöhung und des Zeitpunktes für ein allgemeines Ansteigen der Preise

großen Schwierigkeiten begegnete, hat das Berufungsgericht keineswegs verkannt. Diese Umstände nötigten aber noch nicht zu dem Schluß, die Parteien hätten dieser Schwierigkeiten wegen, hätten sie den Fall der Preisfreigabe vorausgesehen, von einer Erhöhung der Erbbauzinsen ganz abgesehen. Die Bezugnahme der Revision auf die Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 23, 282, 285) geht fehl; im vorliegenden Fall entzieht sich nämlich die Art der gesetzlichen Regelung der Mietpreise einer Beurteilung nach dem Vertragswillen nicht.

Die Ergänzung des Vertragsinhaltes durch Bestimmung dessen, was im Falle der Preisfreigabe der Mietzinsen unter den Parteien Rechtens sein sollte, stellt keine Erweiterung des Vertrages dar, da der vermutete Wille der Parteien sich darauf erstreckt. Wenn in der Klausel des § 9 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages von einer allgemeinen gesetzlichen Erhöhung der Mietzinsen gesprochen wird, so ist, entgegen der Auffassung der Revision, bei der ergänzenden Vertragsauslegung des Berufungsgerichtes die von den Parteien für erforderlich erachtete erhöhende Wirkung einer gesetzlichen Regelung auf die Mietzinsbildung dadurch berücksichtigt, daß das allgemeine Steigen der Mietpreise durch die gesetzliche Freigabe der Mietzinsen herbeigeführt sein muß.

3. Die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermittelte Regelung des tatsächlich eingetretenen Falles gesetzlicher Freigabe der Mietzinsen für Geschäftsräume begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken.

a) Das Berufungsgericht hat den Anknüpfungspunkt in der Klausel des § 9 Abs. 2 des Vertrages gefunden. Deren Gültigkeit bestreitet allerdings die Beklagte im Hinblick auf § 3

des Währungsgesetzes. Mit Recht läßt aber das Berufungsgericht es dahingestellt, ob dem zuzustimmen ist oder nicht. Zu erforschen war bei der ergänzenden Vertragsauslegung der tatsächliche Wille der Vertragsteile, wie der nichtbedachte Fall der Preisfreigabe geregelt werden sollte. Er ergab sich für das Berufungsgericht aus der Klausel des § 9 Abs. 2 des Vertrages. Selbst wenn nun diese Klausel wegen Nichteinholung der etwa erforderlichen Genehmigung (schwebend) unwirksam sein sollte, so hat doch dies nur die Bedeutung, daß die Parteien für einen erlaubten Zweck einen nach dem Gesetz ungeeigneten Weg gewählt haben, daß also ihre Willenserklärung keine Rechtswirkung hat. Dadurch wird aber daran nichts geändert, daß tatsächlich der Wille der Parteien vorhanden war, die Klägerin an einer allgemeinen Aufwärtsentwicklung der Mietpreise zu beteiligen, und an diesem nach Auffassung des Berufungsgerichts tatsächlich vorhandenen Willen der Parteien durfte der Tatrichter bei der Ergänzung des Vertragsinhaltes anknüpfen, wenngleich die Klausel des § 9 Abs. 2 rechtlich ohne Wirksamkeit geblieben sein könnte.

b) Gegen die Zulässigkeit einer die Vertragsteile schuldrechtlich bindenden Vereinbarung einer Erhöhung der Erbbauzinsen bestehen nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit keine Bedenken (BGHZ 22, 220, 223; Urteil des erkennenden Senats vom 23. Oktober 1957, V ZR 270/56 S. 9); auch im Wege gerichtlicher Entscheidung können Erbbauzinsen mit schuldrechtlicher Wirkung für die Vertragsteile festgesetzt werden. § 9 Abs. 2 der Erbbaurechtsverordnung steht der Gültigkeit der im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefundenen Regelung demnach nicht entgegen.

c) Schließlich verstößt diese Regelung auch nicht gegen § 3 WährG. Zwar ist es fraglich, ob eine genehmigungsfreie

Spannungsklausel vorliegt. Sie ist gegeben, wenn die Bewertungen im wesentlichen gleicher Leistungen miteinander verkoppelt werden, die eine Leistung an Hand jener lediglich eingestuft wird (BGHZ 14, 306, 310 f). Solche Spannungsklauseln sind auf dem Gebiete der Gehalts-, Unterhalts-, Renten- und Pensionsvereinbarungen anerkannt; der Wortlaut des § 3 WährG zwingt an sich nicht dazu, sie auf diesen Kreis zu beschränken. Es muß sich aber immer um vergleichbare Leistungen handeln, nicht um sach- und artfremde Leistungen. Die Leistung der Klägerin besteht in der Gewährung des Erbbaurechts. Sie überläßt der Beklagten das Grundstück zur Bebauung. Bei der Vermietung, die mit dieser Leistung in Bezug gesetzt wird, stellt der Vermieter Räume zur Verfügung. Ob deshalb, insbesondere aber auch wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falles, noch von vergleichbaren Leistungen gesprochen werden kann, mag zweifelhaft sein. Doch bedarf es keiner abschließenden Stellungnahme, weil die Klausel aus einem anderen Grunde von § 3 WährG nicht erfaßt wird.

Die Parteien haben in § 9 Abs. 1 des Vertrages die Leistungen der Beklagten genau betragsmäßig festgelegt. Die vom Berufungsgericht ergänzte Klausel (= im Falle der Aufhebung des Mietzinsstops für Geschäftsräume kann die Klägerin mindestens einmal eine Erhöhung der Erbbauzinsen entsprechend dem allgemeinen Steigen der Mietpreise verlangen) ist ein genehmigungsfreier Leistungsvorbehalt (vgl. Dürkes, Wertsicherungsklauseln 4. Aufl. S. 71). Die Veränderung der dritten Größe, nämlich der Mietpreise, bildet die Voraussetzung für die Änderung der Leistung der Beklagten, während bei der Wertsicherungsklausel die dritte Größe zur bindenden Bezugsgröße gemacht wird, von der der Umfang der Leistung des anderen Vertragsteiles abhängig sein soll. Es ist rechtlich dabei ohne Bedeutung, ob bei Eintritt der Voraussetzung die Neufest-

setzung durch Dritte (Schiedsgericht) zu erfolgen hat oder ob sie, wie im vorliegenden Falle, der Gläubiger selbst vornehmen darf. Anders ist die Sachlage dann zu beurteilen, wenn die Neufestsetzung nach einer Bezugsgröße bindend vorgeschrieben ist, wenn sie also automatisch die Entwicklung der Bezugsgröße auf die neu zu bestimmende Leistung des anderen zu übertragen hat. Wenn beispielsweise die Neufestsetzung in dem gleichen Maße zu vollziehen ist, wie etwa sich das Gehalt eines bestimmten Beamten erhöht oder ermäßigt, so handelt es sich nicht mehr um einen Leistungsvorbehalt, weil hier die Erhöhung der Leistung automatisch zu erfolgen hat. Im vorliegenden Falle hat die Erhöhung "entsprechend" dem allgemeinen Steigen der Mietpreise zu geschehen. Würde es sich um eine Anhebung des gesetzlichen Mietpreises nach Prozentsätzen handeln, so könnte das Wort "entsprechend" zu Zweifeln Anlaß geben, ob nicht eine automatische Übernahme dieses Prozentsatzes zu erfolgen habe und deshalb ein Leistungsvorbehalt nicht vorliege (vgl. Fögen, BB 1958, 1259, 1261 II 3 c; Szagunn, BB 1959, 205 I; Dürkes, BB 1959, 1121 I 4). Im vorliegenden Falle war jedoch das allgemeine Steigen der Mietpreise lediglich als Richtlinie für die Neufestsetzung vorgesehen und der Klägerin keineswegs vorgeschrieben, daß sie bei der Preisneufestsetzung in einem genau bestimmten Verhältnis zu der Änderung der Mietpreise vorzugehen habe. Insoweit war ein freier Spielraum gegeben. Wenn das Berufungsgericht gelegentlich von einem gebundenen Ermessen spricht, so meint es ersichtlich, daß die Klägerin sich nicht völlig frei entscheiden konnte, ihre Entscheidung vielmehr dem allgemeinen Steigen der Mietpreise anpassen mußte. Der Senat hat bereits in seiner Entscheidung vom 28. November 1956 (DNotZ 1957, 300, insoweit in BGHZ 22, 220 nicht abgedruckt; vgl. hierzu Weitnauer, DNotZ 1957, 295, 299; Haegele, Der

deutsche Rechtspfleger 1957, 6 ff VII 1) eine "bestimmten Verhältnissen entsprechende" Neufestsetzung der Erbbauzinsen nicht als automatische Erhöhung und damit von § 3 WährG betroffene Regelung angesehen (vgl. noch BGH DNotZ 1959, 580 = BB 1958, 1220). Es besteht kein Anlaß, von dieser Auffassung im vorliegenden Falle abzugehen. Die Klausel bedurfte nach alledem keiner Genehmigung nach § 3 WährG.

4. Inwiefern das Berufungsgericht durch die zugunsten der Beklagten angewandte Vorschrift des § 315 Abs. 3 BGB die Beklagte benachteiligt hat, hat auch die Revision nicht dargetan. Ihre Rüge, diese Vorschrift sei rechtsirrig angewandt worden, greift daher nicht durch.

#### IV.

Die Voraussetzungen, an die demnach der Anspruch der Klägerin auf Erhöhung des Erbbauzinses geknüpft ist, hält das Berufungsgericht für gegeben. Hierzu führt es aus: Die Klägerin könne Erhöhung erst ab 1. September 1955 verlangen, weil sie die gestaltende Erklärung erst am 9. August 1955 abgegeben habe; Ansprüche aus früherer Zeit seien daher nicht gegeben. Die Klägerin habe sich dabei aber nicht im Rahmen des Vertrages gehalten, daher sei in Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Erhöhung der Erbbauzinsen durch Urteil festzusetzen. Auf Grund der Gutachten der vier Sachverständigen sei der Senat zur Überzeugung gekommen, daß sich die Mietzinsen im Durchschnitt bis August 1955 um mindestens 35 % erhöht hätten. Das Mittel zwischen den von den Sachverständigen genannten Zahlen liege höher. Die Erhöhungen bei Läden ohne Komfort und besonders bei Büro- und Praxisräumen in nicht bevorzugter Lage seien andererseits geringer und

es gäbe deren mehr als solche in bevorzugter Lage. Es sei auch berücksichtigt worden, daß bei zahlreichen Geschäftsräumen die Mietzinsen nicht gesteigert werden konnten, weil sie vertraglich festgelegt waren. Die Ermittlung der Durchschnittserhöhung habe sich nur auf Geschäftsräume erstreckt, weil es sich bei dem Haus der Beklagten um ein reines Geschäftshaus handle und "allgemein" im Sinne der ergänzenden Vertragsauslegung eine Mieterhöhung sei, die Geschäftsräume umfasse, nicht aber Wohnräume; auch die Klägerin habe stets nur auf Geschäftsräume abgestellt. Demnach könne die Klägerin für September und Oktober 1955 eine Erhöhung von 35 % von 2 537,50 DM und ab Oktober 1955 eine Erhöhung von 35 % von 2 087,50 DM beanspruchen. Der Betrag von 20 000 DM sei mit der Erhöhung ab September 1955 bis Oktober 1957 sowie mit einem Teilbetrag von 691,28 DM für November 1957 belegt. Zinsen könnten erst ab Rechtskraft des Gestaltungsurteils zuerkannt werden.

Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts bekämpft die Revision ohne Erfolg.

Daß statistische Feststellungen über die Mietzinsbildung für Geschäftsräume fehlen, hat das Berufungsgericht nicht außer acht gelassen. Auf das Schreiben der A [REDACTED]-Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft an den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten vom 2. August 1957 (GA Bl. 249) und die dort geäußerten Bedenken brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen. Es durfte auf die Sachkunde der Sachverständigen vertrauen, deren Ergebnisse es verwertet hat.

Daß vielfach eine Angleichung an die veränderten Verhältnisse hinsichtlich der Mietpreise nicht erfolgen konnte, weil die Mietverträge auf viele Jahre hinaus geschlossen worden waren, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es trifft auch nicht zu, daß es die Auskunft des Liegenschaftsamtes

S [REDACTED] (GA Bl. 250) und die Darlegungen des Sachverständigen Schuster (GA 270) nicht beachtet habe, die dies ausgesprochen haben. Das Berufungsgericht hat aber diesem Umstand keine Bedeutung zugemessen, da auch bei der gesetzlichen Mieterhöhung möglicherweise in bestehende Verträge eingegriffen worden wäre. Es hat damit der Klausel die Auslegung gegeben, daß die Bindung der Beklagten an langfristige Mietverträge nach dem Willen der Parteien die Teilnahme der Klägerin an einer im übrigen allgemeinen Steigerung der Mietpreise nicht hindern sollte. Diese Auslegung verstößt nicht gegen § 157 BGB, wie die Revision geltend macht. Von einer "allgemeinen" Steigerung kann auch dann noch gesprochen werden, wenn abgesehen von einer bestimmten Gruppe Mietpreiserhöhungen im übrigen eingetreten sind. Die Klägerin sollte eben unabhängig von der Zufälligkeit des streitigen Objektes und der Gruppe, zu der es gehört, an einer sonst allgemeinen, den Geschäftsraumsektor betreffenden, Mietpreiserhöhung teilnehmen. Da es auf die konkreten Verhältnisse des im Streit stehenden Objektes nicht ankommt, fiel es auch nicht ins Gewicht, daß der zweite Bauabschnitt (1954) vom Preisstop nicht mehr erfaßt war und daß dieser für die 1950/51 erstellten Räume möglicherweise nicht die Bedeutung hatte wie für Altbauten mit Krisenmieten. Die Revision beruft sich in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf die Gutachten der Sachverständigen (GA 270, 277, 278, 293). Diese haben an den angeführten Stellen dargelegt, aus welchen Gründen bestimmte Gruppen von Geschäftsräumen von der allgemeinen Erhöhung der Mietzinsen nicht erfaßt worden waren. Darauf kam es aber nach der Bedeutung, die das Berufungsgericht der im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefundenen Vertragsklausel gegeben hat, nicht an. Maßgebend war, ob im allgemeinen eine Erhöhung der Mietzinsen für Geschäftsräume eingetreten war; daß bestimmte Verträge wegen ihrer Langfristigkeit an dieser allgemeinen

Höherentwicklung zeitweise nicht teilnehmen konnten, sollte bei der Neufestsetzung des Erbbauzinses außer Betracht bleiben.

Schließlich rügt die Revision Verletzung des § 287 ZPO, weil das Berufungsgericht bei seiner Schätzung wesentliche Gesichtspunkte übergangen habe. Das Berufungsgericht hat indessen keine Schätzung vorgenommen, sondern gemäß § 286 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses der Beweisaufnahme über die Höhe des geschuldeten Erbbauzinses entschieden. Schon deshalb kann von einem Verstoß gegen § 287 ZPO nicht gesprochen werden.

Die Revision kann mithin, da auch im übrigen ein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts nicht zu erkennen ist, keinen Erfolg haben.

V.

Das Berufungsgericht hat der Beklagten die Kosten der beiden ersten Rechtszüge auferlegt und diese Entscheidung mit der Bezugnahme auf §§ 91, 92 ZPO begründet. Hierzu ist zu bemerken:

Die Klägerin hat in der zweiten Instanz obgesiegt; die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Maßgebend für die Kostenverteilung ist der Enderfolg, den die Klägerin in der Sache erzielt hat. Mit Rücksicht auf den Grundsatz, daß die Kostenentscheidung - abgesehen von den im Gesetz geregelten Ausnahmen - für die Kosten des ganzen Rechtsstreits einheitlich zu ergehen hat (Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes 8. Aufl. § 79 III 5), kann für alle Rechtszüge nur die gleiche Kostenentscheidung Platz greifen, wie sie im dritten

Rechtszug Rechtens ist. Auf die Kostenverteilung kann es daher keinen Einfluß haben, daß die Klägerin im ersten Rechtszuge auf Klagegründe ihren Anspruch gestützt hat, die diesen Antrag nur zum Teil rechtfertigen. Allerdings hat das Reichsgericht vereinzelt die Kosten des ersten Rechtszuges dem Kläger auferlegt, wenngleich er in dritter Instanz obsiegte (Wieczorek, ZPO § 97 B II mit Zitaten), sei es, daß in der zweiten Instanz das Klagebegehren erst fällig wurde, sei es, daß es in anderer Weise seine volle Begründung erhielt, etwa durch Beibringung einer Genehmigung, die der Kläger schon im ersten Rechtszug hätte beschaffen können (vgl. hierzu aber hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 97 Abs. 2 ZPO: BGH LM § 97 ZPO Nr. 7). Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Der Grundsatz der einheitlichen Kostenlast kennt nur die im Gesetz zugelassenen Ausnahmen der Kostentrennung; nach Billigkeit zu entscheiden, wie das Reichsgericht in jenen Entscheidungen es getan hat, geht nicht an (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 91 V 1 unter Hinweis auf diese Rechtsprechung; BGH NJW 1957, 543).

Eine jener eben erwähnten Ausnahmen bildet die Vorschrift des § 97 Abs. 2 ZPO; danach müssen der obsiegenden Partei die Kosten des zweiten Rechtszuges ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie nach freiem Ermessen des Gerichts schon im ersten Rechtszug geltend zu machen imstande war. Die Vorschrift erfaßt vornehmlich jene Fälle, in denen der obsiegende Teil in der zweiten Instanz gerade durch jenes neue Vorbringen erfolgreich war, das der erste Richter vermißt hatte. Ihr Wortlaut zwingt indessen nicht dazu, sie auf diesen Anwendungsbereich zu beschränken. Sie trifft auch die Fälle, in denen der Kläger in erster Instanz abgewiesen wurde, im zweiten Rechtszuge aber infolge eines neuen Klagegrundes den Klagezuspruch

erzielte (BGH ZZP 70, 236); es genügt, daß das Berufungsgericht tatsächlich auf Grund des neuen Vortrages der Klage stattgegeben hat (OGHZ 2, 102, 113). Ob dies auch dann zu gelten hat, wenn, wie im vorliegenden Falle, das "neue Vorbringen" vom Boden der Rechtsauffassung des Erstrichters aus unbehelflich war, die Klage im ersten Rechtszuge also auch bei Geltendmachung des neuen Klagegrundes abgewiesen worden wäre, kann hier dahinstehen. Bejaht man diese Frage, so bleibt nämlich doch noch zu prüfen, ob die Partei imstande war, das neue Vorbringen schon dem ersten Richter zu unterbreiten. Diese Prüfung beschränkt sich aber nicht auf die Untersuchung, ob eine solche Möglichkeit tatsächlich gegeben war. Sie erstreckt sich auch darauf, ob die Partei nach dem Grundsatz vernünftiger wirtschaftlicher Prozeßführung Anlaß hatte, mit diesem Vorbringen zunächst zurückzuhalten, ob ihr also eine mit gewissenhafter Prozeßführung nicht vereinbare Säumigkeit nicht zum Vorwurf gemacht werden kann (vergl. Schroeder, JZ 1956, 451). Die Anwendung des § 278 Abs. 2 ZPO, der seinem Wortlaut nach mit der Vorschrift des § 97 Abs. 2 ZPO weitgehend übereinstimmt, setzt nach allgemeiner Auffassung ein schuldhaftes Verhalten der obsiegenden Partei voraus (Wieczorek, ZPO § 278 B IV; Baumbach/Lauterbach ZPO 25. Aufl. § 278 2 B b). Wie diese Vorschrift dient auch § 97 Abs. 2 ZPO dazu, die Parteien zur Konzentration des Prozeßstoffes für die Verhandlung anzuhalten. Beide Bestimmungen haben ihre geltende Fassung ("Mußvorschrift" an Stelle der früheren "Kannvorschrift") durch die Novelle vom 13. Februar 1924 (RGBl I 135) erhalten, die vornehmlich dieses Anliegen des Gesetzgebers im Auge hatte. Diese Zusammenhänge rechtfertigen nach Auffassung des Senats eine gleiche Auslegung. § 97 Abs. 2 ZPO ist deshalb nicht anzuwenden, wenn das Zurückhalten des "neuen Klagevortrags" der Partei nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. Das wird dann der Fall sein, wenn die Partei in der

berechtigten Erwartung, ihr Vortrag werde in Verbindung mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme ihren Anspruch rechtfertigen, im Interesse einer anständigen Prozeßführung den Vortrag weiterer Klagegründe, etwa den eines betrügerischen Verhaltens des Gegners, unterläßt (BGH ZZP 70, 236; OLG Celle JZ 1956, 450). Ein schuldhaftes säumiges Verhalten einer Partei kann aber auch aus andern Gründen zu verneinen sein. So ist die Sachlage im vorliegenden Falle gestaltet.

Die Klägerin hatte den ortsüblichen Erbbauzins beansprucht und den Klageanspruch auf die Mehrbeträge für die Jahre 1952 bis 1955 gestützt. Das Landgericht hörte einen Sachverständigen über die Höhe des ortsüblichen Erbbauzinses und holte gleichzeitig eine Auskunft der Landeszentralbank über die Gültigkeit der Vertragsklausel (§ 9 Abs. 2 S 1) ein. Diese Auskunft war für die Klägerin ungünstig, während das Gutachten des Sachverständigen die Höhe der geltend gemachten Ansprüche stützte. Hätte das Landgericht die Gültigkeit der Klausel bejaht, wäre es demnach nicht mehr erforderlich gewesen, auf die Mehrbeträge für das Jahr 1956 zurückzugreifen. Andererseits konnte die Klageabweisung auch durch die Berufung auf diese Beträge (für das Jahr 1956) nicht vermieden werden, wenn die Klausel als unwirksam angesehen wurde. Die Beklagte hatte ihrerseits auch nicht etwa zum Ausdruck gebracht, daß allenfalls eine Pflicht zur Mehrzahlung erst ab 1. September 1955 in Betracht käme. Nach alledem brauchte sich die Klägerin in der Schlußverhandlung vor dem Landgericht (21. Januar 1957) nicht veranlaßt sehen, zusätzlich die bis dahin noch fällig gewordenen Mehrbeträge geltend zu machen. Es kann ihr bei dieser Sachlage nicht der Vorwurf gemacht werden, das Gebot der Konzentration des Verfahrens nicht gewissenhaft befolgt zu haben. Wollte sich die Beklagte vor Kostenlast schützen, so hätte

sie die Ansprüche ab 1. September 1955 im Berufungsverfahren anerkennen müssen unter Verwahrung gegen die Kostenlast. Da sie Abweisung der Klage aber weiterhin beantragt hat, bleibt es bei der Anwendung des § 91 ZPO für die beiden ersten Rechtszüge. Mithin kommt es auf die Beantwortung der oben offen gelassenen Frage nicht mehr an, ob die Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO etwa schon deshalb ausscheiden müsse, weil die Einführung des neuen Klagegrundes mit Rücksicht auf die rechtliche Würdigung des Landgerichts die Klageabweisung nicht aufgehalten hätte.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Offterdinger