

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ErbbauVO §§ 1, 11, BGB §§ 313, 315 ff

Ein notariell beurkundeter schuldrechtlicher Erbbaurechtsbestellungsvertrag genügt dem Beurkundungs- und dem Bestimmtheitserfordernis auch dann, wenn er die nähere Bestimmung der zu belastenden Grundstücke einem Vertragspartner oder einem Dritten überläßt; diese Einzelbestimmung selbst bedarf nicht der Beurkundung.

ErbbauVO § 1

Ein Erbbaurechtsbestellungsvertrag wird nicht unwirksam, wenn der Erbbauberechtigte ein Gebäude nur zum Teil auf dem Erbbaugrundstück und zum Teil auf anderem Gelände errichtet, sondern ist nur dann nichtig, wenn dies schon zur Zeit des Vertragsschlusses von den Vertragsparteien vereinbart wurde.

BGH, Urt. v. 22. Juni 1973 - V ZR 160/71 - OLG München

LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 160/71

URTEIL

Verkündet am
22. Juni 1973
H i r t h ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der I- A- W Aktiengesellschaft, gesetzlich
vertreten durch den Vorstand Dr. Anton R
und Dr. Franz F, M, Bstraße,

Beklagte, Revisionsklägerin und
Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von -

g e g e n

den Diplomkaufmann Heinz K in S, Gemeinde
P,

Kläger, Revisionsbeklagter und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1973 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 13. Juli 1971 insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt ist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

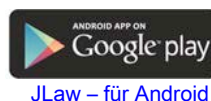
Die Anschlußrevision des Klägers wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Kläger seine eigenen und die Hälfte der Gerichtskosten; im übrigen wird die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Der Kläger ist Eigentümer von Grundstücken mit Wasserkraftanlagen an der L[REDACTED] in S[REDACTED], Gemeinde P[REDACTED], und Inhaber einer Berechtigung zum Ausbau und zur Nutzung der Wasserkraft an der L[REDACTED].

Mit notariellem Vertrag vom 1. September 1921 verpflichtete sich der Rechtsvorgänger des Klägers, Dr. S[REDACTED], zugunsten der mittelbaren Rechtsvorgängerin der Beklagten, der O[REDACTED] U[REDACTED]-Z[REDACTED] AG (O[REDACTED]), auf den nach den herzustellenden Plänen zur Ausführung und zum Betrieb einer Wasserkraftanlage erforderlichen Grundstücken ein Erbbaurecht und außerdem einen Nießbrauch an allen seinen gegenwärtigen und künftigen Wasserbenutzungsrechten für Triebwerksanlagen an der L[REDACTED] zu bestellen (beides bis 31. Dezember 1970).

Am 11. Januar 1951 schlossen der Freistaat Bayern, die A[REDACTED]-W[REDACTED]-Elektrizitäts-Aktiengesellschaft (Rechtsnachfolgerin der O[REDACTED] und unmittelbare Rechtsvorgängerin der Beklagten) und der Kläger einen notariellen Vertrag, in dessen Nr. VIII "Ergänzungen und Änderungen" zum Vertrag von 1921 vereinbart wurden (unter anderem "Verlängerung" des Erbbaurechts und des Nießbrauchs bis 31. Dezember 2000).

Die Parteien streiten seit langem um die Höhe der dem Kläger zustehenden Nutzungsvergütung. Diese war festgesetzt worden: im Vertrag von 1921 auf 30 000 Mark, bei

einer bestimmten Turbinenleistung auf 50 000 Mark jährlich; im Vertrag von 1951 auf 35 000 DM und für jede über jährlich 30 Millionen Kwh hinaus erzeugte Kwh weitere 0,125 Deutsche Pfennige. Der Vertrag von 1951 erklärte die A- und den Kläger "bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse" für "berechtigt, neue Preisvereinbarungen zu verlangen". Im Schriftwechsel vom 2./10. November 1958 wurde die Vergütung um 20 % ab Anfang 1956 erhöht. Weitere Erhöhungsverhandlungen führten zu keiner Einigung.

Eine Klage des Klägers auf Feststellung eines Anspruchs auf "neue, den gegenwärtigen Wertverhältnissen angemessene, von der früheren Regelung unabhängige Preisvereinbarungen" ab Anfang 1961 wurde rechtskräftig abgewiesen (Urteil des Landgerichts München 4 O 533/61 vom 20. Dezember 1961).

Der Kläger hält alle Vereinbarungen wegen Formmangels, wegen Verstößen gegen die Erbbauverordnung und sonstige gesetzliche Vorschriften, wegen Vollmachtmangels, wegen Sittenverstosses oder wegen Drohungsanfechtung für nichtig. Er beruft sich auf Wegfall der Geschäftsgrundlage und Kündigung. Daraus leitet er einen Bereicherungsanspruch auf Ersatz des Nutzungswerts ab. Fürsorglich macht er einen vertraglichen Anspruch auf Vergütungserhöhung geltend.

Mit der vorliegenden Klage begehrte er:

im ersten Rechtszug Zahlung von jährlich 250 000 DM für die Zeit von Anfang 1962 bis Mitte 1965;

im Berufungsverfahren denselben Jahresbetrag bis Ende 1965 sowie jährlich 402 800 DM für die Jahre 1966 bis 1968,

jeweils abzüglich der geleisteten Zahlungen und zuzüglich Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat dem Kläger für die Jahre 1962 bis 1965 jährlich 188 453 DM und für die Jahre 1966 bis 1968 jährlich 207 493 DM zugebilligt. Es hat demgemäß die Beklagte zur Zahlung von (noch) 1 014 622,33 DM ohne Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Die Beklagte begehrt mit der Revision völlige Klageabweisung, der Kläger mit der Anschlußrevision Verurteilung zur Zahlung der weiter eingeklagten 934 909 DM sowie der eingeklagten Zinsen. Jede Partei bittet um Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I.

Die in erster Linie eingeklagte Bereicherungsforderung wegen Fehlens eines vertraglichen Nutzungsanspruchs der Beklagten wird vom angefochtenen Urteil verneint: Es bejaht die Sachlegitimation der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der O. und die Rechtswirksamkeit des Vertrags-

werks von 1921/1951/1958, das weder nichtig noch anfechtbar noch vom Wegfall der Geschäftsgrundlage betroffen oder wirksam gekündigt sei.

Der fürsorglich erhobene vertragliche Anspruch auf höhere Vergütung wird im zuerkannten Umfang bejaht, darüber hinaus verneint.

Die Angriffe der Revision hiergegen greifen durch. Die der Anschlußrevision sind erfolglos.

II.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht die Wirksamkeit des Vertragswerks bejaht und deshalb den in erster Linie eingeklagten Bereicherungsanspruch verneint. Die Rügen der Anschlußrevision dagegen sind unbegründet:

1. Ihre Gültigkeitsbedenken gegenüber der schuldrechtlichen Erbbaurechtsabrede greifen nicht durch.

Daraus, daß das Gesetz für ein Erbbaurecht den ersten Rang fordert (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO) und diese Rangstelle an dem den Gegenstand des Vertragswerks bildenden Gelände von vornherein von einem Vorkaufsrecht zugunsten des Bayerischen Staats (jetzt Freistaat Bayern) eingenommen worden war und ist, entnimmt das Berufungsgericht nicht, die Verpflichtung des Klägers zur Erbbaurechtsbegründung wäre eine objektiv unmögliche Leistung, so daß der Vertrag nach § 306 BGB nichtig wäre. Es nimmt vielmehr nur (für die Dauer des Bestands jenes Vorkaufsrechts) ein subjektives

Leistungsunvermögen des Klägers an, das den Rechtsvorgängern der Beklagten (und dieser selbst) von vornherein bekannt war und daher weder eine Haftung des Klägers (entsprechend § 439 Abs. 1 BGB) noch eine Einrede der Beklagten (§§ 320, 273 BGB) rechtfertigten. Die Anschlußrevision will eine objektive Unmöglichkeit daraus herleiten, daß die Vertragsschließenden von 1921 die Zweitrangigkeit gewollt hätten. Aber das ist weder vom Tatrichter festgestellt noch dem Vertragstext im Weg der Auslegung durch das Revisionsgericht zu entnehmen.

Daß die Nr. VI des Vertrags von 1921 gegen die gesetzliche Mindeststückstandsvoraussetzung für den Heimfall (§ 9 Abs. 3 ErbbauVO) und möglicherweise gegen § 1 Abs. 4 ErbbauVO verstößt, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hält dies jedoch ohne Rechtsirrtum für ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrags im übrigen im Hinblick auf die ausdrückliche Vereinbarung (Nr. X des Vertrags von 1921), daß von der etwaigen Nichtigkeit einer Bestimmung der übrige Inhalt des Vertrags nicht berührt wird. Daß der verbleibende Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht gewollt gewesen wäre (vgl. BGHZ 45, 376) oder gar nicht mehr als selbständiges Rechtsgeschäft bestehen bleiben könnte, ist von der Anschlußrevision weder dargelegt noch sonst ersichtlich; der Tatrichter hatte auch keinen Anlaß, dies ausdrücklich zu erörtern.

Zu Unrecht vermißt die Anschlußrevision eine hinreichend genaue Bezeichnung der mit dem Erbbaurecht zu belastenden Grundstücke. Der Vertrag von 1921 (in Nr. 1) nennt als Vertragsgegenstand "die ... zur Ausführung und zum Betrieb der Anlage erforderlichen Grundstücke" (soweit

der Rechtsvorgänger des Klägers Eigentümer oder wie ein Eigentümer Verfügungsberechtigt sei) und der Vertrag von 1951 (Nr. VIII 1) die Grundstücke, die der Kläger vom Freistaat Bayern (im Zug der damaligen Überleitung des R[REDACTED] in die L[REDACTED] auf Grund von Nr. II des Vertrags) erwerbe. Die Auffassung des Berufungsgerichts, damit sei das mit dem Erbbaurecht zu belastende Gelände für den schuldrechtlichen Vertrag (§ 11 Abs. 2 ErbbauVO, § 313 BGB) hinreichend bestimmt oder bestimmbar bezeichnet, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Soweit die nähere Einzelbestimmung dem einen Vertragspartner oder einem Dritten überlassen worden sein sollte, war das zulässig und erforderte für die Einzelbestimmung selbst nicht ebenfalls Beurkundung (vgl. § 316 BGB; Urteil vom 30. Juni 1967, V ZR 104/64, BB 1967, 1394; Palandt/Heinrichs, BGB 32. Aufl. § 313 Anm. 8).

Den Abreden über die Veränderlichkeit des Erbbauzinses mißt der Tatrichter nur schuldrechtlichen Charakter bei. In diesem Umfang sind Veränderlichkeitsvereinbarungen nach der gefestigten Rechtsprechung des erkennenden Senats zulässig (BGHZ 22, 220). Das gilt nicht nur für die spätere Ersetzung eines festen Geldbetrags durch einen anderen (vgl. die Neufestsetzungsklausel, Nr. VIII des Vertrags von 1921), sondern auch für die Vereinbarung, daß sich der Erbbauzins nach einer veränderlichen Bezugsgröße, etwa dem Umsatz eines auf dem Erbbaugelände betriebenen Gewerbes richten soll (Urteil vom 27. Februar 1970, V ZR 49/67, NJW 1970, 944 = LM ErbbauVO § 9 Nr. 6). Die Umsatzbeteiligungsvereinbarung in Nr. VIII 2 des Vertrags von 1951 verstößt deshalb auch dann nicht gegen § 9 Abs. 2 ErbbauVO, wenn sie - abweichend von Nr. IV des Vertrags von 1921 -

sich nicht nur auf die Vergütung für den Nießbrauch, sondern auch auf die für das Erbbaurecht beziehen sollte, was infolgedessen offen bleiben kann. Der Beurkundungsform (§ 11 Abs. 2 ErbbauVO, § 313 BGB) bedurfte zwar die Neufestsetzungsklausel (Nr. VIII 2 des Vertrags von 1951) - sie ist notariell beurkundet -, aber nicht die auf ihrer Grundlage später erfolgte Neufestsetzung selbst im Jahr 1958 (vgl. das genannte Urteil vom 30. Juni 1967, BB 1967, 1394).

Daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten im Vertrag von 1921 die Verpflichtung übernommen hätte, die maßgeblichen Anlagen und Gebäude (des Kraftwerks) ausschließlich auf den Erbbaugrundstücken des (Rechtsvorgängers des) Klägers zu errichten, also nicht außerhalb seines Grundeigentums zu bauen, ist dem Vertrag von 1921 vom Berufungsgericht nicht entnommen worden. Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Die von der Revision herangezogenen Bestimmungen dieses Vertrags enthalten ihrem Wortlaut nach nur die Pflicht der O., die geplante Wasserkraftanlage auszubauen, und die Pflicht des Rechtsvorgängers des Klägers, der O. auf allen zur Ausführung und zum Betrieb der Anlage "nötigen", "erforderlichen" Grundstücken ein Erbbaurecht zu bestellen; sie ergeben nichts für die behauptete Pflicht der O., als Baugrund für ihre Anlagen nur Grundstücke des Rechtsvorgängers des Klägers zu verwenden. Deshalb sind die von der Revision aus der angeblichen Verletzung einer solchen Pflicht gezogenen Schlußfolgerungen gegenstandslos. Andererseits ergeben die tatrichterlichen Feststellungen auch keinen Anhaltspunkt für die Annahme, daß über diesen Punkt eine Vereinbarung hätte getroffen werden sollen, so daß wegen Dissenses kein wirksamer Vertrag zustande gekommen wäre (§ 155 BGB).

Ob die Schiedsgerichtsabrede in Nr. VII des Vertrags von 1921 auch nach der Neufassung des § 1027 ZPO im Jahr 1933 wirksam geblieben ist, spielt keine Rolle, da einerseits die Einrede des Schiedsvertrags nicht erhoben ist (vgl. § 274 ZPO) und andererseits die Unwirksamkeit der Abrede auf die Wirksamkeit des Vertrags im übrigen nach seiner Nr. X ohne Einfluß ist.

Schließlich ist der Vertrag von 1921 auch nicht nach § 1 Abs. 3 ErbbauVO deswegen unwirksam, weil ein und dasselbe Bauwerk zu einem Teil auf Erbbaugelände und zu einem anderen Teil auf eigenem Gelände der (Rechtsvorgängerin der) Beklagten errichtet worden sei. Eine solche Unwirksamkeit ist nicht schon dann gegeben, wenn der Erbbauberechtigte nachträglich ein Gebäude nur zum Teil auf dem Erbbaugrundstück und zum Teil auf anderem Gelände errichtet, sondern nur dann, wenn dies schon zur Zeit des Vertragsschlusses von den Parteien vereinbart wurde (vgl. Senatsurteil vom 24. März 1972, V ZR 2/70); derartiges ist nicht festgestellt.

Wurde hiernach eine Erbbaurechtsbestellungspflicht wirksam begründet, so kommt es hier auf die Möglichkeit einer Umdeutung (§ 140 BGB) in ein anderes Rechtsverhältnis, etwa Pacht, und die für diesen Fall anzunehmende Rechtslage nicht mehr an. Die einschlägigen Ausführungen der Anschlußrevision sind gegenstandslos.

2. Auch die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Nießbrauchsbestellungsabrede wird von der Anschlußrevision ohne Erfolg in Zweifel gezogen.

Das Berufungsurteil verneint das Bestellungshindernis der Unübertragbarkeit (§ 1069 Abs. 2 BGB): Die Erlaubnis zur Wassernutzung - hier nach dem Bayerischen Wassergesetz vom 23. März 1907 (BayBS II 471) und dem vom 26. Juli 1962/7. Dezember 1970 (GVBl 1962 S. 143, 1971 S. 41) - werde zwar zwangsläufig einem bestimmten Unternehmer (hier dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger) erteilt, sei aber als reine Sacherlaubnis nicht an diesen gebunden, sondern auf Rechtsnachfolger übertragbar; daher sei auch eine Nießbrauchsbestellung für die Beklagte als staatlich anerkanntes Energieversorgungsunternehmen zulässig. Dem ist jedenfalls für Fälle wie den vorliegenden beizutreten, wo die Nießbrauchsbestellung am Wassernutzungsrecht gleichzeitig mit der Einräumung eines dinglichen Nutzungsrechts (hier: Erbbaurecht) an den wirtschaftlich dazugehörigen Grundstücken und baulichen Anlagen zugunsten derselben Person und im Benehmen mit der zur Erlaubniserteilung zuständigen öffentlichen Hand (Bayerischer Staat) erfolgen soll. Daß die Parteien hierfür das Rechtsinstitut des Erbbaurechts und nicht das des Nießbrauchs vorgesehen haben, bildet entgegen der Meinung der Anschlußrevision kein Hindernis. Es kommt auch nicht darauf an, ob Wassernutzungsrechte zu den Grunddienstbarkeiten gerechnet werden können, wie die Anschlußrevision unter Bezugnahme auf Meisner/Ring (Nachbarrecht in Bayern, 6. Aufl., S. 500, 392, 655; vgl. auch S. 564 und 456) geltend macht.

Auf die vom Berufungsgericht hilfsweise erwogene Umdeutung der Nießbrauchsbestellungspflicht in ein Pachtverhältnis und auf die Rügen der Anschlußrevision hierzu kommt es nicht mehr an.

3. Nichtigkeit des Vertragswerks von 1921/1951 wegen Sittenverstoßes wird vom Berufungsgericht verneint: Ein erhebliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sei für 1921 vom Kläger nicht mit schlüssigen Tatsachen dargelegt worden; 1951 habe es zwar bestanden, sei aber nicht sittenwidrig gewesen, weil aus damaliger Sicht nicht wie heute der einzelwirtschaftliche, sondern der soziale und gesamtwirtschaftliche Aspekt im Vordergrund gestanden habe; durch eine Änderung der wirtschaftlichen und sozialen Anschauungen werde ein zur Zeit der Vornahme unbedenkliches Rechtsgeschäft nicht nachträglich wegen Sittenverstoßes nichtig (vgl. dazu BGHZ 20, 71, 73 - 75); gerade für den Veränderungsfall hätten hier die Vertragsschließenden neue Preisvereinbarungen vorgesehen.

Die Revision rügt Verletzung des Eigentumssatzes des Grundgesetzes (Art. 14) und macht gegenwärtige Arglist, wucherische Ausbeutung und Ausnutzung einer Monopolstellung geltend. Sie zeigt jedoch insoweit keinen Rechtsirrtum auf.

III.

Einen vertraglichen Anspruch des Klägers auf Erbbauzinserhöhung hat das Oberlandesgericht bejaht. Dem Berufungsurteil liegt ersichtlich die Auffassung zugrunde, daß nach dem Vertragswerk Vergütung nicht erst für die Zeit nach Eintragung von Erbbaurecht und Nießbrauch im

Grundbuch geschuldet wird, sondern schon von dem jetzt Jahrzehnte zurückliegenden Zeitpunkt der tatsächlichen Nutzungsgewährung an. Die Grundlage für die Erhöhung der Vergütung sieht das Berufungsgericht in der Neufestsetzungsklausel des Vertrags von 1951 (Nr. VIII 2). Diese Klausel ist nach Auffassung des Tatrichters hinsichtlich des Erbbauzinses auf das schuldrechtliche Verhältnis beschränkt, zulässig und währungsrechtlich genehmigungsfrei; unter den "wirtschaftlichen Verhältnissen" seien sowohl die allgemeinen als auch die den Vertragsgegenstand und die Grundlagen der Erbbaurechts- und Nießbrauchsvergütung betreffenden zu verstehen, wobei neben der Steigerung der allgemeinen Lebenshaltungskosten der Ertrag des Kraftwerks Schönmühl ein bedeutsamer Faktor sei; als "wesentlich" sei schon eine Veränderung um 10 % anzusehen; eine solche Veränderung sei seit der - bindend abgeschlossenen - Vergütungsvereinbarung von 1958 erstmals Anfang 1962 und nochmals Anfang 1966 eingetreten.

Hierin liegt die Auslegung eines Individualvertrags. Das Revisionsgericht kann sie nur darauf nachprüfen, ob sie gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt (Urteil vom 18. Februar 1954, IV ZR 145/53, LM BGB § 133 (Fb) Nr. 3). Eine solche Verletzung vermag die Revision der Beklagten zwar nicht mit allen Rügen, aber mit einem Teil von ihnen aufzuzeigen:

a) Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht schon eine Veränderung um 10 % und nicht, wie das Landgericht, erst eine um 20 % als wesent-

lich ansieht. Das Oberlandesgericht hält sich damit im Rahmen seines tatrichterlichen Spielraums.

Ohne Erfolg beanstandet die Revision ferner die Nichtberücksichtigung weiterer Faktoren der wirtschaftlichen Gesamtentwicklung, nämlich des etwaigen wirtschaftlichen Aufschwungs und der höheren Gewinne, und sieht im Abstellen nur auf die Lebenshaltungskosten eine Verkennung des Begriffs der wirtschaftlichen Verhältnisse. Aber dieser Begriff ist ebensowenig eindeutig wie der ihm sachlich gleichstehende Begriff "Wirtschaftsverhältnisse" (vgl. für diesen das Urteil vom 10. November 1967, V ZR 105/65, IM ErbbauVO § 9 Nr. 3). Wenn das Oberlandesgericht vorrangig auf die Entwicklung der Lebenshaltungskosten abstellt, so liegt eine solche Auffassung der Neufestsetzungsklausel im Bereich des tatrichterlichen Auslegungsspielraums und ist rechtlich nicht zu beanstanden, so daß offen bleiben kann, ob die Berücksichtigung weiterer Faktoren zu einem für die Beklagte günstigeren Ergebnis führen würde. Die von der Revision angeführte Urteilsanmerkung Bilda (NJW 1971, 372) ergibt nichts dagegen. Im übrigen stellt das Berufungsurteil in diesem Zusammenhang nicht ausschließlich auf die Lebenshaltungskosten ab, sondern außerdem auf den Ertrag des Kraftwerks S [REDACTED].

Die Revision meint weiter: das Anpassungsergebnis dürfe bei einer Anpassungsklausel nicht anders sein als bei einer kraft Gesetzes (durch Treu und Glauben) gebotenen Anpassung. Aber dies ergibt sich weder aus einem

allgemeinen Grundsatz (vgl. Senatsurteil vom 10. November 1967, V ZR 105/65, LM ErbbauVO § 9 Nr. 3 zu II a) noch aus tatrichterlich festgestellten besonderen Umständen des Einzelfalls.

Die Revision meint sodann, das Berufungsgericht hätte aus einem Vergleich der wirtschaftlichen Lage von 1958 und derjenigen von 1962 bis 1968 einen bestimmten Änderungsfaktor ermitteln und ihm entsprechend die Vergütungserhöhung festsetzen müssen. Ein solches Vorgehen war indessen zwar möglich, aber nach der rechtsirrtumsfreien tatrichterlichen Vertragsauslegung nicht geboten. Das Berufungsgericht legt das Vertragswerk weder dahin aus, daß die Neufestsetzung mehr oder weniger schematisch nach dem Prozentsatz der Änderung des einen oder anderen Index vorgenommen werden müsse - bei solcher Auslegung wäre übrigens Genehmigungsbedürftigkeit nach § 3 des Währungsgesetzes in Betracht gekommen -, noch dahin, daß sie sich von der Ausgangsbemessung (1951 oder 1958) völlig zu lösen habe (was ihrerseits die Anschlußrevision ohne Erfolg angreift), sondern wählt einen Mittelweg; er ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Wenn die vom Berufungsurteil für 1962 festgesetzte Vergütung von der im Vorprozeßurteil für 1961 bestätigten erheblich nach oben abweicht (nach dem Vortrag der Revision beträgt sie fast das Dreifache), so lassen sich derartige Auffälligkeiten nicht immer vermeiden; sie ergeben nichts Entscheidendes gegen die Richtigkeit des einen oder anderen Urteils. Es kann daher offen bleiben, ob eine so

plötzliche Erhöhung unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs für Minderbewertung in der Vergangenheit auch sachlich gerechtfertigt ist, wie die Revisionsantwort meint.

Bei der Bewertung der vom Kläger gebotenen Stromerzeugungsmöglichkeit stellt das Gutachten W[REDACTED] auf den Jahresertrag des Kraftwerks S[REDACTED] ab und bemißt dabei die Kosten, die der Beklagten ohne die Leistungen des Klägers entstehen würden, nach dem fiktiven Kaufpreis, den die Beklagte bei einem Strombezug von dritter Seite, nämlich der B[REDACTED]-W[REDACTED] AG, bezahlen müßte. Die Revision verweist auf den Vortrag der Beklagten in den Vorinstanzen, daß sie bei einem Ausfall des Kraftwerks S[REDACTED] den benötigten Strom in eigenen Kraftwerksanlagen erzeugt und daher billiger erworben hätte. Aber der Sachverständige hat die Maßgeblichkeit einer solchen Berechnung auf Selbsterzeugungsbasis mit ausführlicher Begründung verneint (S. 36, 37 ff des Hauptgutachtens vom 14. Februar 1969, S. 7 ff, 20 ff des zweiten Ergänzungsgutachtens vom 21. Oktober 1970). Wenn das Berufungsgericht dem Sachverständigen hierin gefolgt ist, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden.

Entsprechendes gilt für den Vortrag, der Ertrag von Laufwasserkraftwerken wie des Werks S[REDACTED] sei in den letzten 15 Jahren nicht gestiegen, sondern gefallen, und die ausführlichen gegenteiligen Darlegungen des Gutachters (S. 7 ff des zweiten Ergänzungsgutachtens aaO).

Die Revision meint, der Ertrag schlechtweg sei überhaupt nicht der richtige Bezugsfaktor. Ihr mag zwar zugegeben werden, daß er nicht der einzig mögliche ist. Daß seine Betonung gegen ein Denkgesetz verstoße, trifft jedoch keinesfalls zu; sie liegt vielmehr durchaus innerhalb des tatrichterlichen Ermessensspielraums nach § 315 BGB.

b) Begründet sind jedoch zwei auf die Bemessung dieses Ertrags bezügliche Rügen.

Die Revision führt aus: für den Fall einer Strompreiserhöhung oder Strommehrerzeugung sei eine Zuschußvergütung ausdrücklich vereinbart (Vertrag von 1921 IV b, Vertrag von 1951 VIII 2), beide Faktoren seien also einer Sonderregelung zugeführt und könnten deshalb nicht noch einmal bei der allgemeinen Gleitklausel eine Rolle spielen. In der gegenteiligen Annahme des Berufungsgerichts liegt zwar noch nicht notwendig ein Denkfehler, wie die Revision meint; denn die Vertragsparteien haben den beiden genannten Faktoren im Vertragstext nicht allgemein eine die Vergütung des Klägers erhöhende Bedeutung zugemessen, sondern im Vertrag 1921 nur der Strompreiserhöhung über ein bestimmtes Maß hinaus und im Vertrag 1951 nur der Strommehrerzeugung über ein bestimmtes Maß hinaus, und die erstere Sonderklausel betraf auch nicht die Vergütung für das Erbbaurecht, sondern nur die für den Nießbrauch. Aber ob diese teilweise Berücksichtigung der beiden Ertragsberechnungsfaktoren schon bei der Ausgangsvergütung daneben auch ihre Berücksichtigung als mögliche Vergütungserhöhungsmomente im Rahmen der allgemeinen Anpassungsklausel zuließ oder ob sie sie ausschloß, war eine Frage der Vertragsauslegung. Diese Frage hat das

Oberlandesgericht nicht geprüft; es ist nicht auszuschließen, daß eine solche Prüfung bereits dem Grunde nach zur Verneinung eines Erhöhungsanspruchs geführt hätte. Diese Prüfung muß deshalb vom Tatrichter nachgeholt werden.

Im Rahmen der Ertragsberechnung beanstandet die Revision weiter mit Grund, daß das Berufungsurteil, dem Sachverständigen folgend, laufende Abschreibungen vom Anlagekapital berücksichtigt hat (BU S. 49, S. 10 ff des ersten Ergänzungsgutachtens vom 20. Januar 1970). Wenn sie darauf hinweist, diese Bewertungsart müsse zu dem befremdlichen Ergebnis führen, daß auch bei sonst unveränderter wirtschaftlicher Lage der Ertrag rechnerisch laufend steige und deshalb auch die Vergütung des Klägers laufend zu erhöhen sei, so wird dabei zwar übersehen, daß ohne wesentliche Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine Erhöhung der Vergütung des Klägers schon dem Grunde nach nicht geschuldet wird. Für die Frage jedoch, ob die Veränderung wesentlich ist, behält der Hinweis der Revision seine Bedeutung: Die Absetzung von Abschreibungen, wie sie der Gutachter vorgenommen hat, mag betriebswirtschaftlicher oder wenigstens buchtechnischer Betrachtungsweise entsprechen; daß sie auch bei der Berechnung des für den Erhöhungsanspruch bedeutsamen Ertrags eine Rolle spielen sollte, ist keineswegs so naheliegend, daß das Berufungsgericht davon ohne weiteres hätte ausgehen können. Auch hier handelt es sich um eine Frage der Vertragsauslegung, die dem Tatrichter überlassen werden muß.

c) Sollte sich auch unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte (oben b) wiederum ergeben, daß der vertragliche Vergütungserhöhungsanspruch des Klägers dem Grunde nach gerechtfertigt ist, so ist weiter zu prüfen, inwieweit sie zu einer für die Beklagte günstigeren Höhe dieses Anspruchs führen. Auch diese Prüfung muß dem Tatrichter überlassen bleiben.

In der hiernach zu erneuernden Berufungsverhandlung wird die Beklagte Gelegenheit haben, auch ihre sonstigen Bedenken gegen die Bemessung der Vergütung vorzubringen, insbesondere gegen die Änderung des Ertragsaufteilungsverhältnisses gegenüber den Jahren 1950/51 (BU S. 44).

IV.

Die Anschlußrevision wendet sich ohne Erfolg auch dagegen, daß das Oberlandesgericht auf vertraglicher Grundlage einen den zuerkannten Betrag übersteigenden Vergütungsanspruch verneint.

Das Berufungsurteil führt aus: Die Anspruchshöhe sei mangels vertraglicher Anhaltspunkte nach billigem Ermessen durch den Kläger, hilfsweise durch das Gericht zu bestimmen; dabei sei der Ertrag zu berechnen nicht nach den in den letzten 8 bis 10 Jahren entwickelten Gesichtspunkten, zurückbezogen auf die Zeit ab 1950/51, sondern nach der bei Vertragsschluß 1951 üblichen und von Energieversorgungsunternehmen auch heute noch angewandten Methode; billig sei deshalb nicht die vom Kläger

verlangte, dem Gutachten W■■■ entsprechende Erhöhung auf jährlich 250 000 DM für die Jahre 1962 bis 1964 und auf 402 800 DM für die Jahre 1965 bis 1968, wohl aber eine Erhöhung auf jährlich 188 453 DM für die ersteren drei Jahre und auf 207 493 DM für die letzteren vier Jahre, was jeweils einem Drittel des Werksertrags entspreche.

Die Anschlußrevision betont zwar richtig, daß die Leistungsbestimmung zunächst dem Kläger zustand (§ 316 BGB). Aber der Kläger hatte sie nach billigem Ermessen zu treffen (§ 315 Abs. 1 BGB); nur wenn die mit den Klaganträgen getroffene Bestimmung der Billigkeit entsprach, war sie für die Beklagte verbindlich (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB); der Tatrichter hatte zu prüfen, ob sie der Billigkeit entsprach, und bei Verneinung die Bestimmung im Urteil selbst zu treffen (§ 315 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BGB). Um die richterliche Umfangsbestimmung auszulösen, genügte jede (einfache) Unbilligkeit der vom Kläger getroffenen Bestimmung; daß die Unbilligkeit offenbar gewesen wäre, war anders als bei der Leistungsbestimmung durch einen Dritten (§ 319 BGB) nicht erforderlich. Falls die Anschlußrevision, die "nur auf eine allgemeine, objektive Billigkeit" abstellt, hiermit etwas anderes meinen sollte, könnte ihr nicht gefolgt werden.

Die Annahme der Unbilligkeit im genannten Sinn und die Eigenbestimmung des Erhöhungsumfangs durch den Tatrichter enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers.

Daß sich die Bezifferung des Klägers auf das Gutachten W. stützt, hinderte das Berufungsgericht rechtlich nicht daran, sie für unbillig zu halten.

Da die tatrichterliche Auslegung des Vertragswerks im Sinn einer fortdauernden Pflicht zur Begründung von Erbbaurecht und Nießbrauch rechtsirrtumsfrei ist (oben II), ist die von der Annahme eines Pachtvertrags ausgehende Rüge gegenstandslos, ein bloßer Pachtzins umfasse nicht den bei Bemessung eines Erbbauzinses zu berücksichtigenden Nutzen aus dem Heimfallrecht.

Mit ihren wiederholten Hinweisen auf den angeblich nicht berücksichtigten "Heimfall"gesichtspunkt will die Anschlußrevision möglicherweise geltend machen: das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Sachverständige die Vergütung für ein Pachtverhältnis und nicht für ein Erbbaurecht und einen Nießbrauch bemessen und deshalb zum Nachteil des Klägers nicht berücksichtigt habe, daß die erbauten Anlagen nach Nutzungsende einem Pächter verblieben (§ 95 BGB), einem Erbbauberechtigten jedoch nicht (vgl. § 27 ErbbauVO). Aber es ist nicht ersichtlich, inwieweit sich dies im Berufungsurteil zum Nachteil des Klägers sollte ausgewirkt haben können.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Kläger keine von den früheren Vereinbarungen völlig unabhängige neue Preisvereinbarung verlangen kann, entspricht der Annahme des Landgerichts im Vorprozeß und ist als Auslegung eines Individualvertrags rechtlich nicht zu be-

anstanden; deshalb kann offen bleiben, ob ein solcher Ausgangspunkt nicht schon durch die Rechtskraftwirkung des Vorprozeßurteils festgelegt ist.

Die Bemessung der billigen Vergütung mit 1/3 des jährlichen Reinertrags weist ebenfalls keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers auf.

Auch ein sonstiger Rechtsirrtum des Berufungsgerichts zum Nachteil des Klägers ist nicht ersichtlich.

V.

Hiernach war die Anschlußrevision des Klägers als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Dagegen war auf die Revision der Beklagten das Berufungsurteil, soweit zu ihrem Nachteil erkannt ist, aufzuheben und die Sache insoweit an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Hill

Rothe

Mattern

Offterdinger

Dr. Grell