

d

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 213/74

URTEIL

Verkündet am

8. Oktober 1976

H i r t h ,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Alfred Walter Wilhelm D [REDACTED]
in H [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Käthe R [REDACTED] in H [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1976 durch die Richter Offterdinger, Dr. Grell, von der Mühlen, Dr. Eckstein und Prof. Dr. Hagen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das an Stelle der Verkündung am 14./15. August 1974 zugestellte, durch Beschluß vom 19. Dezember 1974 berichtigte Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als sich der Ausspruch über die Widerklage auf die Zeit vom 1. Februar 1974 bis zum 31. Dezember 1977 bezieht.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Streit der Parteien geht um die Erhöhung eines Erbbauzinses.

Durch notariellen Vertrag vom 14. Oktober 1957 zwischen der Klägerin, ihrem inzwischen verstorbenen Ehemann und dem Beklagten ist dem Beklagten an einem 21 929 qm

- 3 -

großen, in Hamburg-Bramfeld gelegenen Grundstück ein Erbbaurecht für die Zeit vom 1. Januar 1958 bis zum 31. Dezember 2032 bestellt worden. Das damals dem Ehemann der Klägerin gehörende Grundstück steht nunmehr auf Grund Erbfolge im Eigentum der Klägerin.

Als Erbbauzins wurde ein monatlicher Betrag von 700 DM vereinbart. Außerdem wurde für die Klägerin und ihren Ehemann ein lebenslängliches unentgeltliches "Wohnrecht" an einer Wohnung, einem Laden und einer Garage in einem auf dem Erbbaugelände zu erstellenden Gebäude ausbedungen, das mit 2 400 DM jährlich bewertet wurde. In § 12 des Vertrages ist weiter folgendes vereinbart worden:

"Außer den Vorschriften der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 gilt folgende Bestimmung:

Alle 10 Jahre und zwar erstmalig am 1. Januar 1968 wird für die folgenden 10 Jahre, außerdem in der Zwischenzeit bei eingetretenem außergewöhnlichem Anlaß der Erbbauzins erneut den derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend festgesetzt. Falls eine gütliche Einigung hierüber nicht zu erzielen ist, hat der auf Antrag einer Partei von der Handelskammer in Hamburg zu benennende Sachverständige für die Parteien verbindlich die Entscheidung. Der Erbbauzins darf nicht unter 3 % des jeweiligen gemeinen Grundstückswertes sinken. ... Die Bestimmung soll nur auf Lebenszeit der Erschienenen zu 1.) und 2.) (das sind die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann) Gültigkeit haben. ..."

Nach § 7 des Vertrages sollte beim Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf das Eigentum an dem Erbbaugrundstück ohne Entschädigung auf den Beklagten übergehen.



2

Als bald nach Vertragsabschluß hat der Beklagte das Gelände erschlossen und mit öffentlichen Mitteln geförderte Wohnhäuser sowie einen Gewerbetrakt darauf errichtet.

Ab 1. Januar 1968 bezahlte der Beklagte einen auf 914 DM monatlich erhöhten Erbbauzins. Diesen Betrag hatte der Beklagte entsprechend dem Anstieg des Lebenshaltungskostenindex seit Vertragsabschluß errechnet. Nach seiner von der Klägerin bestrittenen Behauptung soll die in § 12 des Erbbaurechtsvertrages getroffene Regelung am 1. Dezember 1967 in diesem Sinn geändert worden sein. In der Folgezeit verlangte die Klägerin eine weitere Anhebung des Erbbauzinses. Nachdem es hierüber zu keiner Einigung kam, hat auf Veranlassung der Klägerin der von der Handelskammer H. benannte Sachverständige D. unter dem Datum vom 15. November 1971 ein Gutachten erstattet, in dem für diesen Zeitpunkt der Quadratmeterpreis des Grundstücks auf 80 DM geschätzt wird. Dieses Gutachten hat die Klägerin dem Beklagten mit Schreiben vom 1. Dezember 1971 übersandt und hat mit Schreiben vom 17. Januar 1972 Erhöhung des Erbbauzinses ab 1. Februar 1972 verlangt.

Mit der Klage hat sie ausgehend von einer Anhebung des Erbbauzinses um monatlich 2 915 DM Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 11 660 DM nebst Zinsen für die Monate Februar bis Mai 1972 beantragt. Den Betrag von 2 915 DM hat sie aus einer Verzinsung von 3 % pro Jahr des mit 80 DM pro Quadratmeter angesetzten Grundstückswerts (nämlich 3 % von 21 929 x 80 DM = 52 629 DM) abzüglich des von ihr nunmehr mit 6 720 DM jährlich bewerteten Wohnrechts und abzüglich eines vom Beklagten bezahlten Erbbauzinses von monatlich 910 DM errechnet.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag auf Feststellung, daß der Klägerin bis zum 1. Januar 1978 kein höherer Erbbauzins als 914 DM monatlich zustehe.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Widerklage der Klage in Höhe von 8 623,56 DM stattgegeben. Es ist dabei - auf der Grundlage eines von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens - unter Ausklammerung der vom Beklagten aufgebrauchten Erschließungskosten von einem Quadratmeterpreis des Grundstücks von 48 DM, einem Zinssatz von 3,5 % und einem vom Beklagten bereits bezahlten monatlichen Erbbauzins von 914 DM ausgegangen; einen Abzug im Hinblick auf das eingeräumte Wohnrecht hat das Landgericht nicht vorgenommen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht eine Zahlungsverpflichtung des Beklagten nur in Höhe von 6 869,92 DM ausgesprochen und auf die Widerklage festgestellt, daß der Beklagte der Klägerin für die Zeit vom 1. Juni 1972 bis zum 31. Dezember 1977 außer freiwillig gezahlten 914 DM monatlich nur einen weiteren monatlichen Erbbauzins von 1 717,48 DM zu zahlen brauche. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts ist es nicht angemessen, der Berechnung des Erbbauzinses eine höhere Verzinsung als 3 % des Grundstückswerts zugrunde zu legen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag weiter, je in vollem Umfang die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

A

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist das auf Erhöhung des Erbbauzinses gerichtete Verlangen der Klägerin ausschließlich nach der in § 12 des Erbbaurechtsvertrages getroffenen Anpassungsregelung zu beurteilen.

Daß die Parteien Ende 1967 eine Änderung dieser Vertragsbestimmung vereinbart hätten, habe der Beklagte nicht bewiesen. Bedenken gegen ihre Wirksamkeit ergäben sich weder aus § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO noch aus § 3 Satz 2 WährG.

Die vereinbarte Anpassungsklausel habe auch durch den durch das Gesetz vom 8. Januar 1974 zur Änderung der Verordnung über das Erbbaurecht (BGBl I S. 41) in die ErbbauVO eingefügten § 9a für die voraufgegangene Zeit keine Einschränkung erfahren. Es greife hier die in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 dieses Gesetzes getroffene Übergangsregelung ein, wonach es bei vor dem Inkrafttreten des Gesetzes auf der Grundlage bestehender Vereinbarungen vorgenommenen Erhöhungen sein Bewenden habe. Dies leitet das Berufungsgericht aus folgenden Überlegungen her:

Das auf Antrag der Klägerin am 15. November 1971 erstellte Gutachten des Sachverständigen D. sei als eine im Sinn der angeführten Gesetzesbestimmung vorgenommene Erhöhung anzusehen. Denn die in § 12 des Erbbaurechtsvertrages für den Fall nicht zu erreichender Einigung getroffene Regelung stelle einen Schiedsgutachtenvertrag dar, auf den die §§ 317 ff BGB anzuwenden

seien. Eine hiernach erfolgte Neufestsetzung des Erbbauzinses durch den Sachverständigen begründe die neue Leistungsverpflichtung. Dabei komme es nicht darauf an, ob der Verpflichtete eine so getroffene Leistungsbestimmung hinnehme oder ob es dieserhalb zu einem über das Inkrafttreten des § 9a ErbbauVO hinaus andauernden Rechtsstreit komme. Denn auch im Fall eines Rechtsstreits stelle nicht erst das die Leistungsbestimmung bestätigende Urteil eine Erhöhung im Sinn des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Erbbaurechts-Änderungsgesetzes dar, sondern bereits jene Bestimmung durch den Dritten. Allerdings sei, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang näher ausführt (BU 19/20), im vorliegenden Fall die Leistungsbestimmung durch den Sachverständigen Dorn nach § 319 Abs. 1 BGB wegen offenkundiger Unbilligkeit nicht verbindlich gewesen. Auch dies rechtfertige aber keine andere Beurteilung der Frage des Zeitpunkts der Erhöhung des Erbbauzinses. Maßgebend bleibe der - im vorliegenden Fall Ende 1971 erfolgte - Zugang der gutachterlichen Äußerung an die Parteien (§ 318 Abs. 1 BGB).

II. Diesem Ausgangspunkt des Berufungsgerichts kann nicht in vollem Umfang gefolgt werden.

1. Soweit das Berufungsgericht eine vertragliche Abänderung des § 12 des Erbbaurechtsvertrages als nicht bewiesen angesehen hat, bleiben die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision allerdings ohne Erfolg. Die erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO). Die Beweislast ist nicht verkannt.

2. Auch gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, es bestünden weder unter dem Gesichtspunkt des § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO noch des § 3 WährG Bedenken gegen die Wirksamkeit der in § 12 des Erbbaurechtsvertrages getroffenen Regelung, ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

Wie der erkennende Senat schon wiederholt ausgesprochen hat, steht § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO, wonach der Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbauzeit im voraus feststehen muß, der Wirksamkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen über eine Anpassung des Erbbauzinses an geänderte Verhältnisse oder über eine Neufestsetzung nicht entgegen (statt vieler BGHZ 22, 220, 222).

§ 3 WährG kommt entgegen der Meinung der Revision auf eine Klausel der hier vorliegenden Art nicht zur Anwendung. Die Geldschuld, d.h. der Erbbauzins, wird hier weder mit einer anderen Währung noch mit dem Preis von anderen Gütern oder Leistungen in Beziehung gesetzt, sondern es ist vereinbart, daß zu bestimmten Zeitpunkten oder aus bestimmtem Anlaß der Erbbauzins neu festgesetzt werden soll (so schon Urteil des erkennenden Senats vom 28. November 1956 - V ZR 40/56 -, in BGHZ 22, 220 insoweit nicht abgedruckt, das eine gleichlautende Klausel zum Gegenstand hatte). Der Revision kann nicht gefolgt werden, wenn sie allein aus der Bestimmung, daß der Erbbauzins nicht unter 3 % des jeweiligen Grundstückswertes absinken dürfe, eine Genehmigungspflicht herleiten will. Denn nach der aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Auslegung, die das Berufungsgericht der Klausel gegeben hat (s. dazu unten B), berechtigt

auch ein solches Absinken des Erbbauzinses nicht ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen dazu, eine entsprechende Anpassung zu verlangen.

3. Nicht frei von Rechtsirrtum ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die durch § 9a ErbbauVO für die Erbbauzinserhöhungen eingeführte Billigkeits-schranke bleibe gemäß der in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Erbbaurechts-Änderungsgesetzes vom 8. Januar 1974 enthaltenen Übergangsvorschrift im vorliegenden Fall deshalb ohne Auswirkung, weil die im Streit befindliche Erhöhung vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vorgenommen worden sei.

Hinsichtlich der Klage, mit der nur Erhöhungsbe-träge für die Monate Februar bis Mai 1972 geltend ge-macht werden, kommt es indes auf die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt bereits eine Erhöhung vorgenommen worden ist, nicht an. Denn nach Art. 2 Abs. 1 des Erb-baurechts-Änderungsgesetzes ist § 9 a ErbbauVO nur an-zuwenden für Erbbauzinsen, die nach dem - gemäß seinem Art. 4 am 23. Januar 1974 erfolgten - Inkrafttreten dieses Gesetzes fällig geworden sind. Der so bestimmte Anwendungsbereich des § 9 a ErbbauVO erfährt durch die in Abs. 2 des Art. 2 des Änderungsgesetzes getroffene, auf den Zeitpunkt einer Erhöhung abstellende Regelung lediglich eine Einschränkung; diese Bestimmung erwei-tert aber nicht den durch Art. 1 Abs. 1 gezogenen Rah-men.

Auch hinsichtlich der Widerklage kommt somit ange-sichts der vereinbarten monatlichen Fälligkeit des Erb-bauzinses (§ 11 des Vertrages) eine Anwendung des § 9 a ErbbauVO insoweit nicht in Betracht, als die Widerklage

Erbbauzinsansprüche zum Gegenstand hat, die vom 1. Juni 1972 bis zum 31. Januar 1974 fällig geworden sind. Soweit es sich dagegen um Ansprüche handelt, die vom 1. Februar 1974 bis zum 31. Dezember 1977 fällig werden, ist § 9 a ErbbauVO zu berücksichtigen, da entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Voraussetzung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Erbbaurechts-Änderungsgesetzes im vorliegenden Fall nicht gegeben ist:

Dabei kann offen bleiben, zu welchem Zeitpunkt eine Erbbauzinserhöhung im Sinn dieser Gesetzesbestimmung in einem Anwendungsfall des § 319 BGB als vorgenommen anzusehen wäre, d.h. also in dem - vom Berufungsgericht als hier gegeben erachteten - Fall, daß die nach §§ 317 ff BGB durch einen Dritten vorgenommene Bestimmung der Leistung wegen offenkundiger Unbilligkeit nicht verbindlich ist und die Bestimmung deshalb durch Urteil erfolgt. Denn die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen schon nicht die Annahme, der Sachverständige D. habe durch sein Gutachten vom 15. November 1971 eine Entscheidung über die Erhöhung des Erbbauzinses getroffen. Zwar ist es rechtlich nicht zu beanstanden und wird von der Revision auch nicht angegriffen, wenn das Berufungsgericht in der in § 12 des Erbbaurechtsvertrages getroffenen Vereinbarung, daß im Fall von Meinungsverschiedenheiten über eine Neufestsetzung des Erbbauzinses ein Sachverständiger für die Parteien verbindlich die Entscheidung treffen sollte, einen Schiedsgutachtenvertrag erblickt, auf den die §§ 317 ff BGB anzuwenden seien (vgl. dazu BGHZ 48, 25, 29). Es ist jedoch nicht dargelegt, daß der Sachverständige Dorn mit seinem Gutachten vom 15. November 1971 eine solche Entscheidung getroffen hätte. Dieses Gutachten beschränkt sich auf eine Bewertung des mit dem Erbbaurecht

belasteten Grundstücks für die Jahre 1957 und 1971, ohne die Frage der Neufestsetzung des Erbbauzinses auch nur anzusprechen, geschweige denn hierüber eine Entscheidung zu treffen. Der der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegende Sachverhalt gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Sachverständige D. überhaupt um eine Neufestsetzung des Erbbauzinses nach Maßgabe des § 12 des Erbbaurechtsvertrages angegangen worden wäre. Schon damit würde sich auch ein etwaiges Verständnis des Gutachtens dahin verbieten, durch die Schätzung des derzeitigen Grundstückswerts habe der Sachverständige zugleich zum Ausdruck bringen wollen, daß der Erbbauzins nunmehr auf 3 % dieses Betrages festgesetzt werde. Die Frage nach der Verbindlichkeit der "Leistungsbestimmung durch den Sachverständigen D." im Sinn des § 319 BGB und nach ihrer Bedeutung für die Anwendung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des Erbbaurechts-Änderungsgesetzes stellt sich damit nicht mehr; desgleichen ist die Rüge der Revision gegenstandslos, das Berufungsgericht hätte das Vorbringen des Beklagten jedenfalls als Herabsetzungsverlangen im Sinn von Satz 2 des Art. 2 Abs. 2 des Änderungsgesetzes auffassen müssen.

B

Hinsichtlich der Klage begegnet es somit keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Berufungsgericht § 9 a ErbbauVO nicht anwendet, vielmehr von der in § 12 des Erbbaurechtsvertrages getroffenen Anpassungsklausel ausgeht. Einer Entscheidung auf dieser Grundlage steht auch nicht entgegen, daß das in dieser Klausel für den Fall nicht zu erzielender Einigung vorgesehene Verfahren, nämlich Übertragung der Entscheidung auf einen Sachverständigen,

nicht eingehalten worden ist; aus dem Verhalten der Parteien im vorliegenden Prozeß ergibt sich bereits ein entsprechendes anderweitiges Einvernehmen.

I. Das Berufungsgericht legt § 12 des Erbbaurechtsvertrags dahin aus, daß bei einem Sinken des Erbbauzinses unter 3 % des Grundstückswerts eine Neufestsetzung nach dem Willen der Vertragsparteien ebenso wie bei "außergewöhnlichem Anlaß" auch außerhalb des im übrigen vorgesehenen Zehnjahres-Turnus zulässig sein solle. Nach Treu und Glauben sei die Klausel allerdings mit der Einschränkung zu verstehen, daß eine zwischenzeitliche Neufestsetzung wegen eines solchen Absinkens des Erbbauzinses nicht bei jeder auch nur geringfügigen Unterschreitung der 3 %-Grenze in relativ kurzen Abständen, jedenfalls aber dann zulässig sei, wenn die Klägerin erstmals außer der Reihe eine solche Anhebung verlange und ein Zuwarten bis zum nächsten Zehnjahrestermin nicht zumutbar sei.

Die so für eine Erhöhung bestimmten Voraussetzungen hält das Berufungsgericht für gegeben. Es legt dabei die Grundstücksschätzung des in erster Instanz gerichtlich bestellten Sachverständigen V. zugrunde und zwar die in dem Gutachten unter Absetzung der Erschließungskosten angenommenen Werte. Für eine Prüfung, ob infolge des erfolgten Anstiegs des Grundstückswertes etwa die Geschäftsgrundlage weggefallen sein könnte, bleibe bei Würdigung der in dem Vertrag insgesamt getroffenen Regelung kein Raum. Den Erhöhungsbetrag errechnet das Berufungsgericht aus einer Verzinsung in Höhe von 3 % des Bodenwertes; eine höhere Verzinsung sei bei der nach dem Vertrag gebotenen Neufestsetzung entsprechend den "derzeitigen wirtschaftli-

chen Verhältnissen", worunter die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zu verstehen seien, nicht gerechtfertigt.

II. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Sie rügt, der Berufungsrichter habe sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Klägerin mit der Zustimmung zu der Neuberechnung ab 1. Januar 1968 und der annähernd vier Jahre langen widerspruchslosen Hinnahme von so berechneten Zahlungen sich für die bis zum 1. Januar 1977 laufende zehnjährige Periode mit einem Erbbauzins von monatlich 914 DM einverstanden erklärt habe. Einen entsprechenden Sachvortrag hat die Revision indes nicht dargetan.

2. Ferner bekämpft die Revision zu Unrecht die Auslegung der Anpassungsklausel durch den Berufungsrichter dahin, daß eine Erhöhung des Erbbauzinses wegen seines Absinkens unter 3 % des Grundstückswertes auch vor Ablauf eines Zehnjahres-Zeitraumes zulässig sei. Nach der Feststellung des Tatrichters haben die Parteien nicht gewollt, daß die 3 %-Klausel nur bei der alle 10 Jahre vorzunehmenden Neufestsetzung berücksichtigt werde. Diese Auslegung ist möglich und verstößt nicht gegen gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Insbesondere ist nichts gegen die Meinung des Berufungsgerichts zu erinnern, es sei schon deshalb ein zu einem Erhöhungsverlangen berechtigender "außergewöhnlicher Anlaß" im Sinn des § 12 des Vertrages eingetreten, weil vom 1. Januar 1968 - dem Zeitpunkt der vorangegangenen, nach Ablauf eines Zehnjahres-Zeitraumes vorgenommenen Erhöhung - bis November 1972 der Grundstückswert erneut wesentlich,

nämlich um ein Drittel, gestiegen sei. Soweit sich die Revision gegen eine ergänzende Vertragsauslegung wendet, ist sie unbegründet, da eine solche nicht vorliegt. Es bestehen schließlich auch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Tatrichter bei seiner Auslegung den Prozeßstoff nicht erschöpfend berücksichtigt hätte.

3. Soweit das Berufungsgericht die Voraussetzungen für die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage verneint hat, hat die Revision keinen Vortrag des Beklagten in den Tatsacheninstanzen aufgezeigt, daß sich die bei Vertragsabschluß maßgeblichen Umstände derart grundlegend und einschneidend geändert hätten, daß ein Festhalten an dem ursprünglichen Vertrag zu einem mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr vereinbaren Ergebnis führen würde (ständige Rechtsprechung, vgl. Senatsurteil vom 23. April 1976 - V ZR 167/74 -, WM 1976, 1034 mit weiteren Nachweisen). Das Vorbringen, daß der Beklagte die Zinserhöhung nicht auf seine Mieter abwälzen könne und daß sich das von ihm auf dem Erbbaugrundstück errichtete Objekt insgesamt als verlustreich erwiesen habe, reicht hierfür nicht aus.

4. Zur Höhe des vom Berufungsgericht der Klägerin zugesprochenen Erbbauzinses rügt die Revision die Nichtberücksichtigung des ebenfalls gestiegenen Nutzungswertes des der Klägerin zustehenden Wohnrechts einschließlich Laden und Garage, das von dem Sachverständigen Vieth nunmehr auf monatlich 681,60 DM geschätzt werde. Wie die Errechnung der Klagforderung durch die Klägerin zeige, sei dieser Betrag nach den eigenen Vorstellungen der Klägerin von dem vom Berufungsgericht auf der Grundlage einer 3 %igen Nutzung des Bodenwerts errechneten Betrag von 2 631,48 DM abzuziehen.

Auch dieser Angriff hat keinen Erfolg. Der Revision ist einzuräumen, daß die Klägerin in der Klagschrift bei der Errechnung der Klagforderung einen derartigen Abzug vorgenommen hat. Entgegen der Meinung der Revision ist jedoch kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung diesen Punkt übersehen hätte, zumal es im Zusammenhang mit der Erörterung der angemessenen Verzinsung des Bodenwerts das Wohnrecht der Klägerin und dessen Bewertung ausdrücklich erwähnt hat.

III. Nach alledem ist die Revision zurückzuweisen, soweit sie sich gegen den Urteilsausspruch über die Klage richtet.

C

1. Zur Widerklage gilt, wie sich aus den Ausführungen oben unter A II 3 ergibt, dasselbe, soweit sich der Urteilsausspruch auf den Zeitraum vom 1. Juni 1972 bis zum 31. Januar 1974 bezieht.

Dabei ist noch zu bemerken:

Die Rüge der Revision, aus dem Verhalten der Klägerin habe nicht geschlossen werden können, daß sie im Umfang der in erster Instanz erfolgten Klagabweisung sich auch für die Folgezeit keines Anspruchs mehr habe berühren wollen, ist begründet. Da, wie das Berufungsgericht zu Recht darlegt, der Ausspruch zur Klage keine Rechtskraft hinsichtlich der Zeit ab Juni 1972 bewirkte, kann aus dem Umstand allein, daß die Klägerin gegen die teilweise Abweisung der Klage kein Rechtsmittel einlegte,

noch nicht mit Sicherheit geschlossen werden, daß sie sich für die Zeit ab 1. Juni 1972 keines über den ihr für die Monate Februar bis Mai 1972 zugesprochenen Betrag hinausgehenden Anspruchs mehr berühren wollte. Insoweit konnte die Widerklage daher zwar nicht als unzulässig mangels Feststellungsinteresse abgewiesen werden; an dem Ausspruch teilweiser Zurückweisung der Widerklage selbst ändert sich dadurch aber nichts, da sie im Hinblick auf den der Klägerin zustehenden Erhöhungsbetrag von monatlich 1 717,48 DM insoweit jedenfalls unbegründet ist.

2. Soweit dagegen die Widerklage die Zeit nach dem Inkrafttreten des Erbbaurechts-Änderungsgesetzes zum Gegenstand hat, besteht nach Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes in Verbindung mit § 9 a ErbbauVO ein Anspruch auf der Grundlage der Ausführungen des Berufungsgerichts nur insoweit, als die von dem Beklagten auf dem Erbbaugrundstück errichteten Gebäude nicht Wohnzwecken dienen, § 9 a Abs. 2 ErbbauVO. Soweit dagegen die Gebäude Wohnzwecken dienen, kommt eine Erhöhung des Erbbauzinses nur nach Maßgabe des § 9 a Abs. 1 ErbbauVO in Betracht. Es bedarf daher noch der Prüfung, inwieweit der Erbbauzins als auf nicht Wohnzwecken dienende Gebäude entfallend anzusehen ist, und weiter, inwieweit im übrigen die Forderung, deren sich die Klägerin berührt, unter Berücksichtigung des § 9 a Abs. 1 ErbbauVO begründet ist. Insoweit ist daher der Ausspruch über die Widerklage aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

D

Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung hinsichtlich der in der Revisionsinstanz erwachsenen Kosten übertragen.

Offterdinger Dr. Grell von der Mühlen

Dr. Eckstein Hagen