

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ErbbauVO § 9 a Abs. 1 Satz 5

- a) Die Anwendung des § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO setzt nicht voraus, daß die vereinbarte Anpassungsklausel eine Fristenregelung enthält.
- b) § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO schließt nicht aus, daß ein Verlangen auf Erhöhung des Erbbauzinses für die Zeit nach Ablauf der vorgeschriebenen Abstandsfrist vor Ablauf dieser Frist geltend gemacht wird.
- c) Zur Frage der Verbindlichkeit einer Erbbauzinserhöhung, die auf der Grundlage einer vereinbarten Anpassungsklausel ohne Einhaltung der in § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO vorgeschriebenen Abstandsfrist vereinbart worden ist.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1982 - V ZR 88/81 - OLG Frankfurt a.Main
LG Wiesbaden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 88/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
14. Juli 1982
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Firma H [REDACTED] Grundbesitz-Verwaltungs-GmbH, Abraham
L [REDACTED]-Straße [REDACTED] W [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
ihren Geschäftsführer Dr. Ottmar K [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Theodor Johann Andreas B [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED]
S [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelfer des Beklagten:

Rechtsanwalt und Notar Dr. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED],

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

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Dr. Räfle und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 4. März 1981 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden vom 28. Mai 1980 in Höhe eines Betrages von 4 580 DM zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 17. Dezember 1968 bestellte der Beklagte der Klägerin ein Erbbaurecht auf die Dauer von 99 Jahren an dem damals ihm gehörenden Grundstück S██████straße █████ in M██████. Die Klägerin errichtete auf dem Grundstück ein Wohn- und Geschäftshaus.

Als Erbbauzins wurde in § 12 des Vertrages ein jährlicher Betrag von 20 500 DM vereinbart, zahlbar in Vierteljahresraten jeweils im voraus zum Beginn jedes Kalenderquartals. Weiter enthält dieser § 12 folgende Bestimmungen:

"(3) Sollte sich während des Bestehens des Erbbaurechts das Gehalt eines Bundesbeamten der Bundesrepublik Deutschland in der Besoldungsgruppe A 14 um mehr als 10 % gegenüber dem Stand vom 1.1.1969 oder jeweils gegenüber dem Stand einer späteren Neufestsetzung des Erbbauzinses nach oben oder unten verändern, so ändert sich der Erbbauzins jeweils entsprechend. Hierbei ist nur auf das Gehalt selbst abzustellen und nicht auf Nebenleistungen gleich welcher Art (z.B. Weihnachtsgeld). Als Zeitpunkt für die Änderung des Erbbauzinses gilt der auf die maßgebliche Gehaltsänderung mit dem Erreichen der Prozentzahl folgende Quartalserste.

(4)

(5) Für den Fall der Erhöhung des Erbbauzinses nach Absatz 3 soll zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers der geänderte Erbbauzins dinglich gesichert werden. Zur Sicherung dieses Anspruchs ist im Erbbaugrundbuch eine Vormerkung für den jeweiligen Grundstückseigentümer einzutragen."

Da die in Absatz 3 getroffene Regelung von der Landeszentralbank nicht genehmigt wurde, ersetzten die Parteien dieselbe durch notariellen Vertrag vom 13. März 1 durch folgende Vereinbarung:

- "a) Sollte sich während der Lebensdauer des jetzigen Grundstückseigentümers das Gehalt eines Bundesbeamten der Bundesrepublik Deutschland in der Besoldungsgruppe A 14 um mehr als 10 % gegenüber dem Stand vom 1.1.1969 oder jeweils gegenüber dem Stand einer späteren Neufestsetzung des Erbbauzinses nach oben oder unten verändern, so ändert sich der Erbbauzins jeweils entsprechend. Hierbei ist nur auf das Gehalt selbst abzustellen und nicht auf Nebenleistungen gleich welcher Art (z.B.: Weihnachtsgeld).
- b) Falls sich nach dem Ableben des jetzigen Grundstückseigentümers der im Zeitpunkt seines Todes gültige Lebenshaltungskostenindex jeweils um mehr als 10 % nach oben oder unten verändern sollte, so ändert sich der jeweils zu zahlende Erbbauzins entsprechend.
- c) Als Zeitpunkt für die Änderung des Erbbauzinses gilt der auf die maßgebliche Änderung folgende Quartalserste."

Mit Wirkung vom 1. April 1970 wurde der Erbbauzins auf jährlich 23 370 DM erhöht. Auf Grund notariellen Vertrages vom 10. Dezember 1970 übertrug der Beklagte das Erbbaugrundstück schenkweise auf seine beiden Töchter, die am 8. März 1971 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wurden. Zugleich bestellten die Töchter dem Beklagten und seiner Ehefrau je ein selbständiges, lebenslängliches Nießbrauchsrecht an dem Grundstück. Die Klägerin wurde von diesen Vorgängen im Juni/Juli 1971 unterrichtet. Mit Wirkung vom 1. April 1972 wurde der Erbbauzins in

Anwendung der vereinbarten Anpassungsklausel auf 25 940 DM erhöht und mit Wirkung vom 1. April 1974 auf 30 520 DM. Dabei trat in beiden Fällen der Beklagte auf Grund einer Generalvollmacht auf, die ihm von seinen Töchtern erteilt worden war. In notarieller Urkunde vom 6. Dezember 1974 unterwarf sich die Klägerin - hier wie bei den früheren Vorgängen vertreten durch den Diplom-Kaufmann Bernd F. - wegen des auf 30 520 DM erhöhten Erbbauzinses der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Im Jahr 1977 erhob der Beklagte vor dem Amtsgericht Mainz Klage auf Zahlung des Erhöhungsbetrages, der nach seiner Ansicht gemäß der vereinbarten Anpassungsklausel ab 1. April 1976 geschuldet wurde, und zwar berechnet für die Zeit vom 1. April 1976 bis 31. Dezember 1976, hilfsweise bis 31. März 1978. Durch rechtskräftiges zweitinstanzliches Urteil des Landgerichts Mainz vom 2. Mai 1978 wurde die Klage abgewiesen mit der Begründung, daß seit dem Übergang des Eigentums an dem Grundstück auf die Töchter des Beklagten ein Anspruch auf künftig fällig werdende Erbbauzinsbeträge und auf eine Erhöhung nur von diesen geltend gemacht werden könnte, ein Erhöhungsanspruch ihnen aber nicht zustehe, da sie nicht in die schuldrechtlichen Abreden zwischen den Parteien eingetreten seien.

Unter Berufung auf dieses Urteil stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, die zum 1. April 1972 und zum 1. April 1974 vorgenommenen Erbbauzinserhöhungen seien nicht wirksam. Sie habe daher keine über die zum 1. April 1970 vereinbarte Anhebung auf jährlich 23 370 DM

hinausgehende Erhöhung geschuldet und deshalb bis zum 30. Juni 1978 33 744 DM zuviel entrichtet; hiermit rechne sie gegen die seit 1. Juli 1978 fälligen Zinsraten auf.

Darauf vereinbarten der Beklagte und seine Töchter in notariellem Vertrag vom 12. Oktober 1978 Aufhebung des Schenkungsvertrages vom 10. Dezember 1970 und - bei Aufrechterhaltung der bestellten Nießbrauchsrechte - Rückübertragung des Erbbaugrundstücks auf den Beklagten. Dieser wurde am 6. Februar 1979 wieder als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Die für die Töchter des Beklagten ausgefertigte vollstreckbare Urkunde vom 6. Dezember 1974 über einen ab 1. April 1974 zu entrichtenden Erbbauzins von jährlich 30 520 DM wurde am 1. Juni 1979 auf den Beklagten umgeschrieben. Er betrieb hieraus die Zwangsvollstreckung wegen des nach seiner Ansicht rückständigen Erbbauzinses für die Zeit vom 1. Juli 1978 bis 31. Dezember 1979 in Höhe von 45 780 DM.

Hiergegen richtet sich die vorliegende Vollstreckungsgegenklage. Die Klägerin hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde vom 6. Dezember 1974 hinsichtlich der Erbbauzinsraten für die Zeit vom 1. Juli 1978 bis 31. Dezember 1979 für unzulässig zu erklären.

Das Landgericht hat der Klage lediglich in Höhe von 1 311 DM stattgegeben, da insoweit bereits eine Zahlung der Klägerin erfolgt sei; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. Der Beklagte hat im Wege der Anschlußberufung Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß die unter a) der Nachtragsvereinbarung vom 13. März 1969 zwischen den Parteien vereinbarte Wertsicherungsklausel auch über den 31. März 1971 hinaus zwischen den Parteien wirksam sei. Der Urkundsnotar des Schenkungsvertrages vom 10. Dezember 1970 ist dem Beklagten als Streithelfer beigetreten mit dem Antrag, die Berufung zurückzuweisen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und der Widerklage des Beklagten stattgegeben mit der Maßgabe, daß es die begehrte Feststellung nur für die Zeit über den 6. Februar 1979 hinaus getroffen hat.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klagantrag im abgewiesenen Umfang weiter, desgleichen ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage. Der Beklagte sowie sein Streithelfer beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Vollstreckung aus der Urkunde vom 6. Dezember 1974 erfolge zu Recht, da die Klägerin keine Erbbauzinsbeträge gezahlt habe, die sie nicht geschuldet hätte; auf § 812 BGB beruhende aufrechenbare Gegenansprüche stünden ihr daher nicht zu. Die Erbbauzinserhöhungen zum 1. April 1972 und zum 1. April 1974 seien auf der Grundlage der Anpassungsklausel des § 12 des Erbbaurechtsvertrages in der Fassung des Änderungsvertrages vom 13. März 1969 zwischen der Klägerin und den damaligen Grundstückseigentümerinnen, den Töchtern des Beklagten, vertreten durch den Beklagten, wirksam vereinbart worden. Die Anpassungsklausel gelte zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers, es handle sich dabei also um einen Vertrag zugunsten Dritter. Der aus der Klausel folgende schuldrechtliche Anpassungsanspruch sei daher anlässlich der Übereignung des Grundstücks an die Töchter des Beklagten entgegen der Meinung der Klägerin nicht untergegangen; er sei auch nicht bei dem Beklagten verblieben, sondern auf dessen Töchter übergegangen, ohne daß es insoweit einer besonderen Übertragung bedurft hätte.

Die Klausel sei von der Klägerin auch nicht etwa wirksam angefochten worden. Aus § 9 a ErbbauVO seien ebenfalls keine Bedenken gegen die mit Wirkung vom 1. April 1974 vereinbarte Erbbauzinserhöhung herzuleiten.

Die erhöhten Erbbauzinsen stünden dem Beklagten auf Grund des ihm eingeräumten Nießbrauchs auch für die Zeit zu, in der seine Töchter Eigentümer des Erbbaugrundstücks gewesen seien.

Was die Widerklage betreffe, so sei nach der vom Beklagten gegebenen Begründung der Antrag dahin zu verstehen, daß festgestellt werden solle, daß der Erbbauzinserhöhungsanspruch mit der Übereignung des Grundstücks an die Töchter des Beklagten nicht untergegangen, sondern in der Rechtszuständigkeit des Beklagten verblieben sei. Da indes in der Zeit vom 8. März 1971 (Eigentumserwerb der Töchter) bis zum 6. Februar 1979 (Rückübertragung an den Beklagten) die Anpassungsklausel nicht zwischen der Klägerin und dem Beklagten, sondern zwischen der Klägerin und den Töchtern des Beklagten gegolten habe und der schuldrechtliche Erhöhungsanspruch auch nicht von dem Nießbrauch des Beklagten erfaßt werde, könne dem Antrag nur für die Zeit ab 6. Februar 1979 stattgegeben werden.

II.

Die Revision bleibt im Ergebnis ohne Erfolg.

A. Zur Klage

1. Wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, gehen die Rechte, die aus einer im Rahmen eines Erbbaurechtsvertrages hinsichtlich des Erbbauzinses schuld-

rechtlich vereinbarten Anpassungsklausel dem Grundstückseigentümer erwachsen, bei Veräußerung des Grundstücks nicht ohne weiteres auf den Erwerber über (Senatsurteile vom 19. November 1971, V ZR 88/69, NJW 1972, 198; vom 3. Juli 1981 V ZR 100/80, WM 81, 899, 901 unter c; vom 11. Dezember 1981, V ZR 222/80, WM 1982, 236). Das Berufungsgericht hat jedoch im vorliegenden Fall einen solchen Übergang aus einer Auslegung der zwischen den Parteien vereinbarten Anpassungsklausel als eines Vertrages zugunsten Dritter, nämlich zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers, hergeleitet.

Insoweit rügt die Revision zu Recht, das Berufungsgericht habe hierbei übersehen, daß die Klausel Anpassungen nach oben oder unten vorsehe, die geltende Rechtsordnung einen Vertrag zu Lasten Dritter aber nicht kenne. Der Revision ist auch einzuräumen, daß etwa eine Aufspaltung dahin, daß nach dem Willen der Parteien bei Vereinbarung der Anpassungsklausel ein sich daraus ergebender Erhöhungsanspruch unmittelbar zugunsten eines Rechtsnachfolgers im Grundstückseigentum wirken, die Verpflichtung zur Herabsetzung des Erbbauzinses im Fall gegenläufiger Entwicklung der Bezugsgröße dagegen beim bisherigen Grundstückseigentümer verbleiben sollte, der tatrichterlichen Auslegung nicht zu entnehmen ist.

Eine andere Frage ist indes, ob nicht die Töchter des Beklagten auf Grund späterer vertraglicher Vereinbarungen den Anspruch aus der Klausel auf Erhöhung des Erbbauzinses sowie auf konkret erhöhte Erbbauzinszahlungen erworben haben. Dies ist zu bejahen:

Daß es - trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Bestimmung in dem Schenkungsvertrag vom 10. Dezember 1970 - dem Willen des Beklagten und seiner Töchter entsprach, die Rechtsstellung des Beklagten hinsichtlich des Erbbaurechts einschließlich der getroffenen schuldrechtlichen Abreden in vollem Umfang auf seine Töchter zu übertragen, wird auch von der Klägerin nicht in Abrede gestellt; ein etwa gegebener Formmangel wäre durch die Eigentumsumschreibung und Erfüllung auch im übrigen geheilt, §§ 313, 518 BGB. Der Vortrag der Klägerin, den sie dem Standpunkt des Beklagten entgegensetzt, geht vielmehr dahin, daß die Rechte aus der Anpassungsklausel nur dem Beklagten persönlich zustehen sollten, eine Grundstücksveräußerung zu Lebzeiten des Beklagten sei nicht in Betracht gezogen worden, jedenfalls aber nicht eine Übertragung der Rechte aus der Anpassungsklausel auf einen Grundstückserwerber. Es kann jedoch auf sich beruhen, ob ursprünglich Derartiges zwischen den Parteien vereinbart war. Denn dadurch, daß später die Klägerin in Kenntnis der Veräußerung des Erbbaugrundstücks an die Töchter des Beklagten mit diesen, vertreten durch den Beklagten, auf der Grundlage der Anpassungsklausel zunächst zum 1. April 1972 eine Anhebung des Erbbauzinses auf jährlich 25 940 DM und später zum 1. April 1974 eine Anhebung auf jährlich 30 520 DM vereinbart hat, hat sie jedenfalls zu erkennen gegeben, daß sie sich nicht auf eine dem etwa entgegenstehende frühere Abrede berufen wolle, sondern hat sich vielmehr mit dem Eintritt der Töchter des Beklagten in die Anpassungsklausel einverstanden erklärt.

Sind aber sonach die Erbbauzinserhöhungen mit Rechtsgrund vereinbart worden, so hat die Klägerin auch keine rechtsgrundlosen Zahlungen geleistet, mit denen sie gegen

die ab 1. Juli 1978 fällig gewordenen Erbbauzinsraten hätte aufrechnen können (vorbehaltlich einer Überprüfung an Hand des § 9 a ErbbauVO; s. dazu die unter 2. folgenden Ausführungen).

Diesem Ergebnis steht nicht die Rechtskraft des zwischen den Parteien ergangenen Urteils des Landgerichts Mainz vom 2. Mai 1978 entgegen. Dieses Urteil hat nicht den hier strittigen Anspruch, sondern weitere Erhöhungsforderungen für die Zeit ab 1. April 1976 zum Gegenstand. Die in den Entscheidungsgründen vertretene Auffassung aber, der Anspruch auf Erbbauzinsanpassung sei nicht auf die Töchter des Beklagten übergegangen, ist nicht in Rechtskraft erwachsen.

2. Ein Rückforderungsanspruch gemäß § 812 Nr. 1 Satz 1 BGB könnte sich für die Klägerin allerdings im Hinblick auf § 9 a ErbbauVO ergeben, wonach insoweit, als das auf Grund eines Erbbaurechts errichtete Bauwerk Wohnzwecken dient, Erbbauzinserhöhungsansprüche, die an sich vertraglich begründet wären, aus Billigkeit Gesichtspunkten eine Einschränkung erfahren. Das auf dem Erbbaugrundstück errichtete Gebäude dient zu einem Teil Wohnzwecken; gemäß § 9 a Abs. 2 ErbbauVO sind daher die Bestimmungen des ersten Absatzes dieser Vorschrift auf einen angemessenen Teil des Erbbauzinses anzuwenden. (Wegen der zeitlichen Geltung des § 9 a ErbbauVO s. Art. 2 des Gesetzes zur Änderung der Verordnung über das Erbbaurecht vom 8. Januar 1974 (BGBI I S. 41.)

a) Allerdings kann die Klägerin insoweit, als es um den nach § 9 a Abs. 1 Sätze 1 bis 4, Abs. 2 ErbbauVO zulässigen Umfang der Erhöhung geht, mit ihrem behaupteten Bereicherungsanspruch keinen Erfolg haben:

Nach § 9 a Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO begründet eine vereinbarte Erbbauzinsanpassungsklausel nur dann einen Erhöhungsanspruch, wenn dies nicht unbillig ist; Satz 2 der Vorschrift stellt eine Auslegungsregel für die Frage auf, wann ein Erhöhungsanspruch unbillig ist und sieht insoweit eine Anpassung an die "Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse" als Obergrenze vor (BGHZ 75, 279, 283); die Sätze 3 und 4 wiederum enthalten Ausnahmen von diesen Grundsätzen. Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob diese Gesetzesbestimmungen, wie das Berufungsgericht meint, nur die Durchsetzbarkeit eines Anpassungsverlangens einschränken, nicht aber zur Unwirksamkeit einer darüber hinausgehenden Erhöhung führen, die von den Parteien gleichwohl vereinbart worden ist, so daß die in Erfüllung einer solchen Vereinbarung geleisteten Zahlungen nicht ohne Rechtsgrund erbracht worden sind (ebenso Staudinger/Ring, BGB 12. Aufl. ErbbauVO § 9 a Rdn. 5; Hartmann in Deutsches Stiftungswesen 1966 - 1976, S. 221, 265; Dürkes, BB 1980, 1609, 1617 unter c); a.A. Palandt/Bassenge, BGB 41. Aufl. ErbbauVO § 9 a Anm. 1 b); MünchKomm/von Oefele, ErbbauVO § 9 a Rdn. 4 und 5; Ingenstau, Erbbau-recht 5. Aufl. § 9 a Rdn. 39). Denn jedenfalls hätte die Klägerin zur Begründung eines Bereicherungsanspruchs darlegen müssen, weshalb und inwieweit sich die zum 1. April 1974 vereinbarte Erbbauzinserhöhung nicht innerhalb der durch § 9 a Abs. 1 Sätze 1 bis 4 ErbbauVO gezogenen Schranken gehalten habe und in welchem Umfang daher von ihr rechtsgrundlose Zahlungen geleistet worden seien. Einen Vortrag der Klägerin hierzu hat die Revision nicht aufgezeigt; er ist auch nicht ersichtlich.

b) Zu Unrecht hat dagegen das Berufungsgericht die Vorschrift des § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO nicht zugunsten der Klägerin berücksichtigt. Die hier vorgesehene zeitliche Schranke läßt eine Erbbauzinserhöhung frühestens nach Ablauf von drei Jahren seit Vertragsabschluß oder seit der jeweils letzten Erhöhung zu, während im vorliegenden Fall zwischen der strittigen Erhöhung zum 1. April 1974 und der vorangegangenen Erhöhung nur ein Zeitraum von zwei Jahren liegt.

Es kann nicht, wie die Revisionserwiderung des Streithelfers des Beklagten meint, davon ausgegangen werden, daß § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO im vorliegenden Fall bereits deshalb nicht eingreife, weil in der Anpassungsklausel selbst überhaupt keine Fristenregelung getroffen sei. Das Fehlen einer Fristenregelung in einer Anpassungsklausel hat jedenfalls nicht zur Folge, daß die Vorschrift des § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO überhaupt nicht anwendbar wäre. Ganz abgesehen davon, daß der Gesetzeswortlaut hierfür keinerlei Anhaltspunkte bietet, gilt insoweit jedenfalls das in BGHZ 68, 152, 153 Abs. 2 zu § 9 a Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO Ausgeführte entsprechend: Es wäre widersinnig, wenn zwar im Fall vereinbarter Anpassungsfristen, also gegebenenfalls entgegen einer ausdrücklich getroffenen Vertragsvereinbarung, die gesetzlich vorgesehenen Fristabstände einzuhalten wären, während in denjenigen Fällen, in denen keine bestimmten Anpassungsfristen vereinbart sind eine vertragliche Vereinbarung insoweit also nicht entgegenstände, die vom Gesetz vorgeschriebenen zeitlichen Abstände nicht gewahrt zu werden brauchten.

Was nun die oben unter a) offengelassene Frage der Verbindlichkeit einer Erbbauzinserhöhung betrifft, die auf der Grundlage einer vereinbarten Anpassungsklausel unter Außerachtlassung der Vorschriften des § 9 a Abs. 1 ErbbauVO vereinbart worden ist, so kann jedenfalls im Rahmen des § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO nicht davon ausgegangen werden, daß das Gesetz nur der Durchsetzbarkeit eines bereits vor Ablauf der gesetzlich vorgesehenen Frist gestellten Erhöhungsverlangens entgegenstehe, die Wirksamkeit einer gleichwohl vereinbarten Erhöhung dagegen nicht berührt werde.

Seinem Wortlaut nach verbietet das Gesetz zwar nur die vorzeitige Geltendmachung eines Erhöhungsverlangens. Dabei ist vorweg klarzustellen, daß nach Auffassung des Senats hiermit nicht schon die Geltendmachung eines Erhöhungsanspruchs vor Ablauf der Drei-Jahres-Frist als solche untersagt werden soll, sondern nur die Geltendmachung für einen vor Ablauf dieser Frist liegenden Zeitraum (soweit ersichtlich einhellige Meinung, s. Staudinger/Ring aaO ErbbauVO § 9 a Rdn. 9; Soergel/Baur, BGB 11. Aufl. ErbbauVO § 9 a Rdn. 10; MünchKomm/von Oefele, ErbbauVO § 9 a Rdn. 13; Palandt/Bassenge aaO ErbbauVO § 9 a Anm. 3). Im übrigen aber wäre dem Sinn und Zweck dieses Verbots, nämlich einer übermäßigen Anhebung von Erbbauzinsen entgegenzuwirken, nur unzureichend Rechnung getragen, wenn eine ihm entgegenstehende Erhöhungsvereinbarung als verbindlich angesehen würde, auf die sich ein Erbbaurechtsnehmer eingelassen hat, weil er sich auf Grund der vereinbarten Anpassungsklausel dazu für verpflichtet hielt. In einem solchen Fall kann auch nicht von einer "freiwillig" getroffenen Vereinbarung gesprochen werden, wie dies etwa dann der Fall wäre, wenn

eine Erbbauzinserhöhung vereinbart wird, ohne daß dem eine früher vereinbarte Anpassungsklausel zugrunde liegt. Ein anderer Sachverhalt wäre auch dann gegeben, wenn ein Erbbaurechtsnehmer - zwar auf Grund einer vereinbarten Anpassungsklausel, aber - in Kenntnis des § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO einem danach noch nicht zulässigen Erhöhungsverlangen zugestimmt hätte; in einem solchen Fall könnte jedenfalls § 814 BGB der Rückforderung bereits entrichteter Erhöhungsbeträge entgegenstehen. Die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Kenntnis des Erbbaurechtsnehmers läge aber bei der Gegenseite (Palandt/Thomas aaO § 814 Anm. 4). Im vorliegenden Fall ist ein dahingehender Sachvortrag des Beklagten in den Tatsacheninstanzen nicht ersichtlich.

Andererseits aber sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür gegeben, daß das Verbot des § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO einer vorzeitigen Erbbauzinserhöhung auch für die Zeit nach Ablauf der Drei-Jahres-Frist entgegensteht; dem Schutzzweck des Verbots ist vielmehr schon dann Genüge getan, wenn eine solche Erhöhungsvereinbarung nur für die Zeit vor Ablauf der dreijährigen Sperrfrist keinen Anspruch begründet, wohl aber für die Zeit danach verbindlich ist (ebenso Palandt/Bassenge aaO ErbbauVO § 9 a Anm. 1 b; jedenfalls im Ergebnis auch Staudinger/Ring aaO ErbbauVO § 9 a Rdn. 6; MünchKomm/von Oefele, ErbbauVO § 9 a Rdn. 4 a.E.). Da ein weitergehender Gesetzeswille jedenfalls nicht eindeutig festzustellen ist, verbietet sich schon unter dem Gesichtspunkt, daß es sich bei der getroffenen gesetzlichen Regelung um Eingriffe in die Vertragsfreiheit handelt, eine die Wirkung dieses Eingriffs ausdehnende Auslegung.

Im vorliegenden Fall kommt daher der zum 1. April 1974 vereinbarten Erhöhung des jährlichen Erbbauzinses von 25 940 DM auf 30 520 DM, also um jährlich 4 580 DM, inso- weit, als diese Erhöhung als auf den Teil des Gebäudes ent- fallend anzusehen ist, der Wohnzwecken dient, Verbindlichkeit erst mit Wirkung ab dem nach § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO zulässigen Zeitpunkt, also ab 1. April 1975 zu. Um welchen Teil des Jahresbetrages von 4 580 DM es sich dabei handelt, bedarf tatrichterlicher Prüfung unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin über den Umfang der Verwendung des auf dem Erbbaugrundstück errichteten Gebäudes einerseits zu Wohn-, andererseits zu geschäftlichen Zwecken.

3. Soweit das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, daß dem Beklagten im Hinblick auf den ihm einge- räumten Nießbrauch die Erbbauzinsen gemäß der zum 1. April 1974 vereinbarten Erhöhung, die im Grundbuch als neuer Erbbauzins eingetragen worden sind, auch für die Zeit zustehen, in der seine Töchter Grundstücks- eigentümer waren, wird dies von der Revision nicht ange- griffen; ein Rechtsirrtum ist insoweit auch nicht er- sichtlich.

4. Jedenfalls im Ergebnis ohne Erfolg rügt die Revision schließlich, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vorbringen der Klägerin befaßt, für die Zeit vor dem 1. Juni 1976, dem Zeitpunkt der Umschrei- bung der Vollstreckungsklausel auf den Beklagten, sei die Zwangsvollstreckung auch formell fehlerhaft (Rüge aus § 551 Nr. 7 ZPO). Denn bei der Beanstandung, daß

die Vollstreckungsklausel nicht in vollem Umfang der titulierten Forderung auf den Beklagten umgeschrieben worden sei und wegen des nicht umgeschriebenen Teiles die Vollstreckung daher zu Unrecht betrieben werde, handelt es sich um eine Einwendung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, die nicht im Wege einer Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann. Dafür, daß die Klägerin etwa auch hätte geltend machen wollen, daß die Voraussetzungen für eine Umschreibung im vollen Umfang der titulierten Forderung auf den Beklagten nicht gegeben gewesen seien, und ihr Antrag daher auch als sogenannte beschränkte Vollstreckungsgegenklage im Sinn der §§ 795, 768, 797 Abs. 5 ZPO zu verstehen sein sollte, fehlt es an Anhaltspunkten.

B. Zur Widerklage

Gesonderte Angriffe bringt die Revision insoweit nicht vor; ihre Ansicht, die zwischen den Parteien auf die Lebensdauer des Beklagten vereinbarte Anpassungsklausel sei bereits mit der Grundstücksveräußerung von seiten des Beklagten an seine Töchter hinfällig geworden, ist bereits im Rahmen der Erörterungen zur Klage als unzutreffend beschieden worden. Die Auffassung des Berufungsgerichts, diese Klausel sei über den 6. Februar 1979 hinaus zwischen den Parteien wirksam, ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Zwar bedurfte es auch hinsichtlich des Wiedereintrückens des Beklagten in die Rechtsstellung aus der Anpassungsklausel wiederum eines Übertragungsaktes von

seiten seiner Töchter. Die entsprechende Verpflichtung hierzu sind sie in der unter § 2 des zwischen dem Beklagten und seinen Töchtern geschlossenen notariellen Aufhebungsvertrages vom 12. Oktober 1978 getroffenen Vereinbarung eingegangen, wonach die Vertragschließenden sich gegenseitig so zu stellen haben, als ob hinsichtlich des Erbbaugrundstücks ein Vertrag gar nicht zustande gekommen wäre. Aus dem Gesamtzusammenhang des Vortrags des Beklagten ist zu entnehmen, daß diese Verpflichtung auch erfüllt worden ist. Einer Zustimmung der Klägerin hierzu bedurfte es, soweit es um Ansprüche des Grundstückseigentümers aus der Anpassungsklausel geht, jedenfalls schon deshalb nicht, weil die Klägerin, wie oben unter A 1. ausgeführt, durch ihr eigenes Verhalten zu erkennen gegeben hat, daß sie an der von ihr behaupteten ursprünglichen Bindung der Anpassungsklausel an die Person des Beklagten selbst nicht festgehalten hat. Soweit es um Verpflichtungen des Grundstückseigentümers geht, stünde einer Berufung der Klägerin auf ihre fehlende Zustimmung aber eben im Hinblick auf die von ihr betonte enge Verknüpfung der Anpassungsklausel mit der Person des Beklagten der Einwand treuwidrigen Verhaltens entgegen.

III.

Nach alledem hat die Revision der Klägerin nur hinsichtlich der Klage und auch insoweit nur hinsichtlich eines Betrages von 4 580 DM Erfolg. In diesem Umfang

ist die Zurückweisung der Berufung der Klägerin aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Hagen

Räfle

Dr. Zopfs