

OLG Brandenburg
04.12.2008
5 U 67/05

Erbaurechtsvertrag: Bestimmung einer Entschädigung in Höhe des gemeinen Wertes eines Gebäudes bei Erlöschen des Erbaurechtes durch Zeitablauf; Auslegung einer Schiedsgutachterklausel betreffend eine Bestellung eines Sachverständigen durch die IHK; Unverbindlichkeit eines Schiedsgutachtens wegen offenkundiger Unrichtigkeit

1. Bestimmt eine Schiedsgutachterabrede in einem Erbaurechtsvertrag, dass die Höhe des Entschädigungsbetrages von einem Sachverständigen zu ermitteln ist, der von der zuständigen IHK zu bestellen ist, so kann auch eine Benennung des Sachverständigen durch die IHK ausreichen, wenn damit der Zweck der vertraglichen Regelung, eine neutrale Person für die Erstattung des Gutachtens zu gewinnen, erreicht wird.

2. Ein Schiedsgutachten zur Feststellung des gemeinen Wertes eines Gebäudes ist wegen offenkundiger Unrichtigkeit unverbindlich, wenn zur Ermittlung des Verkehrswertes eine Korrektur des Sachwertes durch einen Vergleichswert erfolgt, der in einem offensichtlich unrichtigen Berechnungsverfahren gewonnen wurde.

3. Wird in einem Schiedsgutachten bei der Ermittlung des gemeinen Wertes ein Ortsfaktor als Korrekturfaktor angewendet, ohne Offenlegung, um welchen Ortsfaktor es sich handelt und warum dieser zur Anwendung gelangt, stellt dies einen gravierenden Mangel in der Begründung dar, der zu einer offenkundigen Unrichtigkeit führt.

BGB § 133

BGB § 157

BGB § 319 Abs 1 S 1

Auf die Berufung der Klägerin sowie die Anschlussberufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 13. Mai 2005 - Az. 1 O 311/03 - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 116.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von 1.116.000,00 für die Zeit vom 7. Mai 2003 bis zum 22. Juni 2004 und aus einem Betrag von 116.000,00 € seit dem 23. Juni 2004 zu zahlen.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, Zug-um-Zug gegen Bewilligung der Löschung der Erbaurechte eingetragen in Abteilung II der Blätter 14609, 14613, 14631, 14639, 14643 und 14645 des Erbaugrundbuchs des Amtsgerichts Potsdam von H. die Eintragung von Entschädigungsforderungen nach § 28 ErbbauRG im Range des Erbaurechts zu bewilligen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird die Klägerin verurteilt, für die im Erbaugrundbuch des Amtsgerichts Potsdam von H. Blätter 14623, 14625, 14627, 14629, 14655, 14657, 14659, 14661, 14663, 14665, 14667, 14669, 14671, 14673, 14675 und 14677 eingetragenen Erbaurechte die Löschung der Erbaurechte und Schließung der Erbaugrundbuchblätter zu bewilligen sowie für die in Abteilung III zugunsten der A. AG eingetragene Gesamtgrundschuld über 7.321.699,70 € formgerechte Pfandfreigabeerklärung auflagenfrei beizubringen.

Von den Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Beklagte 1/10 und die Klägerin 9/10. Die außergerichtlichen Kosten des Streithelfers der Klägerin hat die Beklagte zu 1/10 zu tragen, im Übrigen findet eine Kostenerstattung insoweit nicht statt.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz, einschließlich der Kosten des Zwischenvergleichs vom 22. Juni 2004 tragen die Klägerin und die Beklagte je zur Hälfte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar; die Klägerin bzw. die Beklagte können die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 1.270.000,00 €

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, in welchem Umfang die Beklagte nach Erlöschen einzelner Erbbaurechte durch Zeitablauf am 31. Dezember 2002 zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet ist, wie in diesem Zusammenhang die Schiedsgutachterabrede in § 11 des Erbbaurechtsvertrages vom 05. Januar 2000 (UR-Nr. 3/2000 des Notars ... in B.) auszulegen ist und ob insoweit ein die Parteien bindendes Schiedsgutachten des Streithelfers der Klägerin über die Höhe der Entschädigungsforderung vorliegt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird zunächst auf die Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Mit dieser Entscheidung hat das Landgericht Klage und Widerklage abgewiesen und zur Begründung im Einzelnen ausgeführt:

Zwar begegne die Aktivlegitimation der Klägerin hinsichtlich des Hauptantrages keinen Bedenken, denn der Klageantrag berücksichtige nunmehr dass zu Gunsten der finanzierenden Bank gemäß § 29 Erbbaurechtsverordnung ein pfandrechtsgleiches Sicherungsrecht am Veräußerungserlös bzw. an der Entschädigungsforderung besteht. Die Klägerin habe gegen die Beklagte aber keinen fälligen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung gemäß § 11 Abs. 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Erbbaurechtsvertrages vom 05. Januar 2000. Voraussetzung eines solchen Entschädigungsanspruches sei, dass ein durch die zuständige Industrie- und Handelskammer bestellter Gutachter die Höhe des Entschädigungsbetrages ermittle. Diese Parteivereinbarung stelle einen Schiedsgutachtervertrag im Sinne von § 317 Abs. 1 BGB dar. Entsprechende Feststellungen seien nach Maßgabe von § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages bislang jedoch nicht getroffen worden, so dass die Zahlungsklage mangels Fälligkeit des Anspruches als derzeit unbegründet abzuweisen und das Gericht gehindert sei, die den Gegenstand des Schiedsgutachtenvertrages bildenden Tatsachen auf andere Weise festzustellen. Entscheidend sei, dass der tätig gewordene Sachverständige Se. nicht von der für den Ort der Erbringung der zu entschädigenden Bauleistungen zuständigen Industrie- und Handelskammer P., sondern von der Industrie- und Handelskammer B. im Sinne der Parteivereinbarung "bestellt" worden sei. Ausgehend von dem Vertragstext sei das Wort "bestellt" in einem doppelten Sinne dahingehend auszulegen, dass der Gutachter durch die örtlich zuständige Industrie- und Handelskammer P. zum Einen - öffentlich - bestellt und vereidigt sowie zum Anderen auch von dieser ausgewählt, also benannt, werden soll. Dieses Verständnis entspreche sowohl dem objektiven Interesse der Parteien an der Auswahl eines Sachverständigen durch ein unabhängiges Gremium als auch dem der jeweiligen Gegenseite ohne Weiteres erkennbaren und letztlich unstreitigen Bestreben, die Ortsnähe des Gutachters sicher zu stellen. Die terminologische Nähe zu der in § 36 Gewerbeordnung verwendeten Begrifflichkeit und der üblichen sprachlichen Differenzierung zwischen "Benennung" und "Bestellung" stütze diese Beurteilung. Danach sei bereits nach dem sprachlichen Sinngehalt der Schiedsgutachterklausel

das von der Klägerin vertretene Verständnis der Vereinbarung mit deren Wortlaut nicht zu vereinbaren. Die bei der Auslegung der Vereinbarung zu berücksichtigenden Begleitumstände bei Abschluss der Vereinbarung könnten eine abweichende Beurteilung nicht rechtfertigen. Der Werdegang der Klausel könne bereits deshalb kein entscheidendes Indiz für eine bestimmte Auslegung sein, da die Entschädigungsklausel sowohl im Hinblick auf ihren Inhalt als auch hinsichtlich der Formulierung nahezu umfassend verändert worden sei. Im Übrigen spreche der Austausch der Formulierung "genannt" in die sprachliche und nach juristischem Verständnis stärkere Fassung "bestellt" eher dafür, dass die Parteien damit auch eine bestimmte Änderung des Bedeutungsgehaltes beabsichtigt hätten.

Für eine anderweitige Auslegung sei nach Sinn und Zweck sowie der Interessenlage der Parteien kein Raum. Vor dem fachlich komplexen Hintergrund der dem Gutachter obliegenden Aufgabenstellung, deren Ergebnis u.a. maßgeblich von der Berücksichtigung örtlicher Faktoren bei der Wertermittlung abhängt und deren Kenntnis voraussetze, müsse davon ausgegangen werden, dass die vertragsschließenden Parteien die Vertrautheit des Gutachters mit den örtlichen Gegebenheiten soweit wie möglich hätten sicher stellen sollen. Wahrung der erforderlichen Sachkunde sowie Unabhängigkeit des Gutachters seien bei einem durch die Industrie- und Handelskammer öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen besser gewährleistet als bei einem lediglich von ihr benannten Sachverständigen. Nach dem Wortlaut der Klausel spreche nichts dagegen, diese dahingehend zu verstehen, der Industrie- und Handelskammer P. habe auch die Auswahl des Sachverständigen obliegen sollen. Jedenfalls sei § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages keine hinreichend eindeutige, abschließende Regelung in dem von der Klägerin vertretenen Sinne. Es könne allenfalls von einer planwidrigen Unvollständigkeit der Vereinbarung ausgegangen werden, die vorliegend mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung zu beheben sei, denn die Parteien seien sich auch im Rechtsstreit darüber einig, dass der Industrie- und Handelskammer P. nach dem mit § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages verfolgten Zweck in jedem Fall die Ausübung des Rechtes zur Benennung des Gutachters habe übertragen werden sollen. Gerade dies entspreche der klägerischen Argumentation. Aufgrund des Vorranges des erkennbaren, übereinstimmenden Parteiwillens sei daher für eine zu einem abweichenden Ergebnis führende Vertragsauslegung kein Raum. Der Klägerin sei der Nachweis für ihre Behauptung, zwischen den Parteien sei im Rahmen der Vertragsverhandlungen Einigkeit darüber erzielt worden, dass der Gutachter nicht von der zuständigen Industrie- und Handelskammer öffentlich bestellt und vereidigt, sondern lediglich benannt sein müsse, nicht gelungen. Dem subjektiven Verständnis der Zeugin Si., wonach § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages lediglich die Benennung des Sachverständigen durch die IHK P., nicht jedoch dessen Bestellung und Vereidigung habe regeln sollen, könne eine beweiserhebliche Bedeutung nicht zukommen. Nach den Aussagen aller Zeugen sei der Bedeutungsgehalt der Vertragsklausel gerade nicht Gegenstand von Erörterungen der Parteien gewesen, so dass das von der Klägerin behauptete Verständnis der Abrede den Verhandlungsführern bzw. Vertragsschließenden auf Beklagtenseite nicht erkennbar gewesen sei und demgemäß auch nicht hätte Vertragsinhalt werden können. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14. Februar 2005 führe im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis, es handele sich ersichtlich um eine Einzelfallentscheidung zu der dort verwendeten schiedsgutachterlichen Regelung, wonach der Gutachter von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu bestellen sei.

Die Beklagte sei nicht nach Treu und Glauben daran gehindert, sich darauf zu berufen, der Sachverständige Se. sei kein der Parteivereinbarung genügender Gutachter. Allein der Umstand, dass Vertreter der Beklagten an dem von dem Sachverständigen anberaumten Ortstermin teilgenommen hätten, biete keine hinreichende Grundlage für die Annahme, die Beklagte werde künftig keine Einwände gegen die Person des von der Klägerin beauftragten Gutachters vorbringen.

Einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der klagegegenständlichen Entschädigungsforderung nach Bereicherungs- bzw. Werkvertragsrecht scheidet wegen des Vorrangs der vertraglichen Entschädigungsabrede sowie der gesetzlichen Regelung in § 27 ff Erbbaurechtsverordnung aus. Damit unterliege auch der Hauptantrag zu 2. mangels Fälligkeit des zu sichernden Entschädigungsanspruchs der Klageabweisung. Ein gegenteiliges Ergebnis könne entgegen der Auffassung der Klägerin aus § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB bereits deshalb nicht hergeleitet werden, weil die Vorschrift

nicht den Fall betreffe, in dem die Verbindlichkeit einer Leistungsbestimmung daran scheitere, dass die Person des den Umfang der Leistung bestimmenden von den vertraglich festgelegten Kriterien für die Auswahl des Sachverständigen abweiche. Allein dann, wenn ein Vertragspartner seiner vertraglichen Verpflichtung zur Bestellung eines Schiedsgutachters zu Unrecht nicht nachkomme und das Verfahren dadurch verzögere, komme eine Bestimmung der Leistung durch Urteil in entsprechender Anwendung von §§ 315 Abs. 3 Satz 2 letzter Halbsatz, 319 Abs. 1 Satz 2 letzter Halbsatz und Abs. 2 BGB in Betracht. Die mit der Klage hilfsweise gestellten Anträge auf Zustimmung zur Benennung des Sachverständigenwahl bzw. zur Beauftragung eines von der IHK P. zu benennenden und durch diese bestellten sowie vereidigten Gutachters seien mangels Rechtsschutzbedürfnis bereits unzulässig und unterlägen daher ebenfalls der Abweisung. Entsprechendes gelte hinsichtlich des widerklagend verfolgten Begehrens der Beklagten, so dass auch die Widerklage mangels Vorliegens des erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses der Abweisung als unzulässig unterliege. Die im Schriftsatz vom 14. April 2005 enthaltene Ankündigung, nunmehr einen geänderten Widerklageantrag stellen zu wollen, sei nicht zu berücksichtigen gewesen und habe im Übrigen keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der ohne Verfahrensfehler geschlossenen mündlichen Verhandlung gegeben.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer rechtzeitigen Berufung und die Beklagte - hinsichtlich der Abweisung der Widerklage - mit ihrer Anschlussberufung.

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens macht die Klägerin ergänzend geltend:

Mit dem Gutachten des Streithelfers vom 02. April 2003, das den zu zahlenden Entschädigungsbeitrag mit 2.270.000,00 € ermittelte, liege ein die Parteien bindendes Schiedsgutachten vor. Dieses Gutachten sei insbesondere nicht offenbar unrichtig. Der Streithelfer habe in seinem Gutachten genau das ermittelt, was auch der gerichtliche Sachverständige ermittelt habe, insbesondere habe er zutreffend die Erschließungsanlagen auf der Gemeinschaftsfläche mit berücksichtigt. Die äußere wie die innere Erschließung seien wesentliche wertbildende Faktoren, die bei der Ermittlung des Verkehrswertes der Gebäude mit berücksichtigt werden müssten. Die Berücksichtigungsfähigkeit der Erschließungsanlagen ergebe sich auch daraus, dass in Abteilung II des Grundbuches des Amtsgerichts Potsdam von P. Blatt 14679 (Erbbau-Grundbuch der "Gemeinschaftsfläche") für die jeweiligen Erbbauberechtigten aller zum 31. Dezember 2002 erloschenen Erbbaurechte - was unstrittig ist - Grunddienstbarkeiten (Leitungsrecht, Feuerwehrezufahrtsrecht, Geh- und Fahrrecht, Stellplatzrecht) eingetragen seien. Diese Grunddienstbarkeiten seien Bestandteile der durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechte zum Stichtag 31. Dezember 2002. Anlagen, die von dem Eigentümer eines Grundstücks in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück errichtet würden, seien nicht Bestandteil des letztgenannten Grundstückes, Eigentümer sei in solchen Fällen vielmehr der Eigentümer des herrschenden Grundstückes. Zu solchen Anlagen zählten insbesondere Erschließungsanlagen auf fremden Grundstücken. Die Erschließungsanlagen seien von der Klägerin in ihrer Eigenschaft als Erbbauberechtigte der herrschenden Grundstücke in Ausübung der Grunddienstbarkeiten errichtet worden. Sie, die Klägerin, sei damit zum Stichtag 31. Dezember 2002 in ihrer Eigenschaft als Berechtigte der erloschenen herrschenden Erbbaurechte Eigentümerin der Erschließungsanlagen gewesen. Mit dem Erlöschen der Erbbaurechte sei dieses Eigentum nach § 12 Abs. 3 Erbbaurechtsverordnung auf die Beklagte übergegangen. Die Erschließungsanlagen auf der Gemeinschaftsfläche seien keine Bestandteile des Erbbaurechts an der Gemeinschaftsfläche. Der Sachverhalt sei insoweit nicht anders zu beurteilen als bei einem Eigengrenzüberbau. Der Streithelfer habe insoweit in seinem Gutachten seine Ansätze auch hinreichend erläutert.

Die Erschließungsanlagen seien nach § 2 Abs. 1 des Erbbaurechtsvertrages vom 05. Januar 2000 als Nebenanlagen anzusehen. Der beurkundende Notar, der Zeuge ..., habe auf Nachfrage der Zeugin Si. ausdrücklich erklärt, nach der gewählten Regelung in § 11 des Erbbaurechtsvertrages sei eine Entschädigung auch für diese Nebenanlagen zu leisten. Der gerichtliche Sachverständige habe die Einbeziehung der Erschließungsanlagen bestätigt, wenn er auf Seite 16 seines Gutach-

tens ausführe, der Wertzuwachs liege auf den Bauparzellen, nicht auf dem Flurstück 56 (Erschließungsgrundstück).

Allerdings sei der gerichtliche Sachverständige bei der Erstattung seines Gutachtens von einer zu niedrigen Geschossfläche ausgegangen, er habe nicht berücksichtigt, dass der Verkauf der Erbbaurechte mit Gebäude der Umsatzsteuerpflicht unterliege, er habe mit 1,05 einen unzutreffenden Länderkorrekturfaktor angewandt und fehlerhaft bei den unbebauten Parzellen entstandene Planungskosten nicht berücksichtigt sowie bei den Doppelhaushälften lediglich die Normalherstellungskosten für ein Reihenendhaus in Ansatz gebracht und nicht beachtet, dass die Doppelhaushälften eine aufwendigere Dachform hätten.

Verstehe man § 11 Abs. 2 des genannten Erbbaurechtsvertrages so, dass Entschädigung nur für solche Leistungen der Klägerin zu zahlen sei, die sich in einem Bauwerk verkörpert hätten, so sei die Regelung unangemessen. Bei der Ermittlung des gemeinen Wertes des Gebäudes seien sämtliche Leistungen der Klägerin zu berücksichtigen, auch Planungs- und Erschließungsleistungen. Wollte man dies anders sehen, so ergebe sich ein entsprechender Anspruch auf Ausgleich der Planungs- und Erschließungsleistungen aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, denn die Beklagte hätte dann diese Leistungen ohne Rechtsgrund erlangt. Zweck der Regelung in § 11 des Erbbaurechtsvertrages sei es gewesen, dass sämtliche von der Klägerin erbrachten Leistungen über die Entschädigungszahlung vergütet werden.

Der in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages verwendete Begriff der Entschädigung werde in § 27 ErbbauRG ebenfalls verwendet und spreche dafür, dass der dem ursprünglichen Erbbauberechtigten entstandene Schaden, der durch das Erlöschen des Erbbaurechts entstehe, ausgeglichen werden müsse. Hierzu zählten auch im Vertrauen auf das Fortbestehen des Erbbaurechts getätigte Aufwendungen.

Der Gebäudebegriff sei von dem Zeugen ... ohne Hinweis auf diese Änderung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages eingefügt worden; in einem ersten Entwurf dieses Vertrages sei er noch nicht enthalten gewesen. Auf Nachfrage der Zeugin Si. habe der Zeuge ... ausdrücklich bestätigt, auch nach Verkürzung der Laufzeit des Erbbaurechts seien sämtliche Erschließungsleistungen von der Entschädigungsregelung umfasst. Dies ergebe sich auch aus dem Anschreiben des Zeugen ... vom 09. November 1999. In diesem Zusammenhang sei zu beachten, dass, abgesehen davon, dass die jeweils anwesenden Vertreter der Beklagten hiervon Kenntnis gehabt hätten, der Zeuge ... als anwaltlicher Vertreter der Beklagten aufgetreten sei. Die Verkürzung des Erbbaurechtes auf zwei Jahre sei auf dessen Vorschlag hin aus grunderwerbssteuerrechtlichen Gründen in den Vertrag aufgenommen worden. Die Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung in dem geltend gemachten Umfang entspreche ebenso der gewünschten Risikoverteilung der Parteien. Die Beklagte habe bewusst das Risiko der Vermarktungsfähigkeit übernehmen wollen. Schließlich ergebe sich der geltend gemachte Anspruch auch aus §§ 631, 632 BGB.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Klägerin wird insbesondere auf deren Schriftsätze vom 19. Dezember 2005, 30. Januar 2006, 15. Februar 2006, 10. März 2006, 30.10. 2006, 28. September 2007, 14. Dezember 2007, 15. Januar 2008, 05. September 2008 und 15. Oktober 2008 Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt,

I. die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.270.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Gesamtbetrag in Höhe von 2.270.000,00 € ab dem 07. Mai 2003 zu zahlen;

II. die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, Zug-um-Zug gegen Bewilligung der Löschung der jeweiligen Erbbaurechte in Abteilung II folgender Blätter des Grundbuchs des Amtsgerichts Potsdam von H. die Ein-

tragung von Entschädigungsforderungen nach § 28 ErbbauVO in der in Spalte 3 der nachstehenden Aufstellung genannten Höhe zu bewilligen, die den Rang des jeweils in Spalte 2 genannten Erbbaurechts erhalten:

Grd.-stk.-Grundbuch Erbbau-Grundstück

14608	14609
14612	14613
14622	14623
14624	14625
14626	14627
14628	14629
14630	14631
14638	14639
14642	14643
14644	14645
14654	14655
14656	14657
14658	14659
14660	14661
14662	14663
14664	14665
14666	14667
14668	14669
14670	14671
14672	14673
14674	14675
14676	14677

III. Hilfsweise und für den Fall, dass das Gericht Herrn Dipl.-Ing. Bernd Se. nicht als Schiedsgutachter im Sinne des § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages vom 05.01.2000, Urkunde des Notars ..., B., UR-Nr. 3/2000, sieht,

die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, einer Beauftragung des von der IHK P. öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen, Herrn J W., ..., R., als Schiedsgutachter zum Zwecke der Bestimmung der gemeinen Werte der Gebäude, die auf folgenden Grundstücken aufgrund folgender Erbbaurechte errichtet worden sind, zuzustimmen:

IV. Höchst hilfsweise und für den Fall, dass das Gericht über den Hilfsantrag zu

III. entscheidet und diesen für unbegründet oder unzulässig erachtet,

die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte zu verurteilen, der Beauftragung eines von der IHK P. öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter zum Zwecke der Bestimmung der gemeinen Werte der Gebäude, die auf folgenden Grundstücken aufgrund folgender Erbbaurechte errichtet worden sind, zuzustimmen:

Grd.-stk.-Grundbuch Erbbau-Grundbuch

14608	14609
14612	14613
14622	14623
14624	14625

14626	14627
14628	14629
14630	14631
14638	14639
14642	14643
14644	14645
14654	14655
14656	14657
14658	14659
14660	14661
14662	14663
14664	14665
14666	14667
14668	14669
14670	14671
14672	14673
14674	14675
14676	14677

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen sowie

widerklagend unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Potsdam vom 13. Mai 2005 - Az. 1 O 311/03 - die Klägerin und Berufungsklägerin zu verurteilen,

für die im Erbbaugrundbuch von P. Blätter 14623, 14625, 14627, 14629, 14655, 14657, 14659, 14661, 14663, 14665, 14667, 14669, 14671, 14673, 14675 und 14677 eingetragenen Erbbaurechte die Löschung des Erbbaurechte und Schließung der Erbbaugrundbuchblätter zu bewilligen sowie die für die in Abteilung III zugunsten der A. AG eingetragene Gesamtgrundschuld über 7.321.699,70 € formgerechte Pfandfreigabeerklärung auflagenfrei beizubringen.

Die Klägerin beantragt,

die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens insbesondere geltend, das Gutachten des Streithelfers sei schon deswegen nicht bindend, weil es auf Grundlage seiner Annahme erstattet worden sei, es handele sich um ein einheitliches Erbbaurecht und der Sachverständige deswegen alle Leistungen der Klägerin berücksichtigt habe, unabhängig davon, ob sie sich in einem Bauwerk niedergeschlagen hätten. Gegenstand der Bewertung sei anders als beim Heimfall nicht der Wert des Erbbaurechts und auch nicht der Wert des Grundstücks, sondern lediglich der Wertzuwachs, der bei dem Grundstückseigentümer dadurch eintritt, dass er Eigentümer des Gebäudes wird. Zudem sei das Erbbaurecht der Klägerin an der Gemeinschaftsfläche nicht erloschen. Die Erschließungsanlagen seien von der Klägerin auf einem eigenen Grundstück errichtet worden.

Hinsichtlich der Außenanlagen sei das Gutachten des Streithelfers weiter deswegen nicht nachvollziehbar, weil er nicht erläutere, was er unter "üblichen Kostenansätzen" (Ziffer 8.11 des Gutachtens) verstehe.

Der gerichtliche Sachverständige habe dagegen bei der Ermittlung des Wertes des Gebäudes nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Wertanteil der Erschließung jeweils dem 1/36 Anteil an

der Gemeinschaftsfläche zugerechnet werden müsse. Der Wert der Erschließungsanlage fließe der Klägerin in der Weise zu, dass diese entweder an die jeweiligen Erwerber einer Bauparzelle einen 1/36 Miteigentumsanteil der Gemeinschaftsfläche veräußere oder aber für die Nutzung der Erschließungsanlagen nach §§ 44 Abs. 2, 50 Brandenburgisches Nachbarrechtsgesetz eine Entschädigung erhalte. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei der gerichtliche Sachverständige von der zutreffenden Bruttogrundfläche ausgegangen. Für den Wert der Erschließungsanlagen komme es auf die bei der Klägerin angefallenen Kosten nicht an, es komme allein auf den Wert an, den die Erschließung zum Stichtag habe. Vorsorglich werde bestritten, dass bei der Klägerin insoweit Kosten in Höhe von 750.000,00 € angefallen seien, wobei der Streithelfer sogar von Kosten in Höhe von 824.000,00 € ausgehe.

Dagegen habe der gerichtliche Sachverständige nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Erschließungsanlagen (Gemeinschaftsfläche) nicht kostenfrei von einzelnen Erwerbern genutzt werden könnten. Die Beklagte könne daher zur Zahlung der Entschädigung nur Zug-um-Zug gegen Übertragung von 16/36 Miteigentumsanteilen an dem auf Blatt 14679 des Erbbaugrundbuches eingetragenen Erbbaurecht verpflichtet werden.

Die Klägerin verkenne, dass die zu Gunsten der Erbbaugrundstücke bestellten Dienstbarkeiten nicht gemäß § 12 Abs. 3 Erbbaurechtsverordnung Bestandteile der Grundstücke geworden seien. Die Parteien hätten die Entschädigungspflicht auf "Gebäude" im eigentlichen Sinn beschränkt. Auch nach der gesetzlichen Regelung in § 27 Abs. 1 ErbbauRG sei nicht der "gesamte Wertzuwachs" zu entschädigen.

Einen entsprechenden Hinweis des Zeugen ..., von der Entschädigungsregelung des § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages vom 05. Januar 2000 seien auch die Erschließungsanlagen mit umfasst, habe es nicht gegeben. Die Beklagte habe das Vermarktungsrisiko gerade nicht tragen wollen. Die Befristung des Erbbaurechts gehe auf eine Idee der Klägerin zurück, es habe nämlich nicht für die gesamte Laufzeit Grunderwerbssteuer gezahlt werden sollen.

Die von dem Streithelfer auf Seite 11 Ziffer 2 seines Gutachtens ermittelten Vergleichswerte enthielten, entgegen der Annahme des Streithelfers, bereits den Wertanteil der Erschließung, da, wie auch die Klägerin vortrage, für die Übertragung der Anteile an der Gemeinschaftsfläche kein gesonderter Kaufpreis verlangt worden sei.

Die Zusammenarbeit mit der Firma S. Bauten AG in der konkreten Form der Klägerin sei - gerade vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem Projekt "...", bei der die Beklagte 584.605,78 DM an Erschließungskosten habe zahlen müssen - gewählt worden, weil die Beklagte das Vermarktungsrisiko gerade nicht habe tragen wollen. Lediglich für einen konkreten Teil der Erschließungskosten (Verbindung öffentliche Straße - F.) sei im konkreten Fall eine gesonderte Vereinbarung hinsichtlich der Kostentragung durch die Beklagte getroffen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beklagten wird insbesondere auf deren Schriftsätze vom 21. Februar 2006, 25. September 2006, 06. Dezember 2006, 11. Juli 2007, 07. Dezember 2007, 22. Januar 2008, 21. August 2008 und 30. September 2008 ergänzend Bezug genommen.

Der Streithelfer der Klägerin macht geltend, nach seinem Auftrag habe er die gemeinen Werte aller von der Klägerin zum Stichtag erbrachten materiellen und immateriellen Leistungen bestimmen sollen. Im Rahmen einer Kostenbeschränkung habe lediglich eine knappe wirtschaftliche Darstellung erfolgen sollen. Er habe deshalb auch um Informationen zu den Sachaufwendungen gebeten. Eine Interpretation des Begriffes "Wert des Gebäudes" habe er, worauf er auch hingewiesen habe, nicht vorgenommen.

Der gerichtliche Sachverständige habe lediglich den üblichen Aufwand der Erschließung ermittelt. Bei der Bewertung der Doppelhaushälften habe er die aufwändigere Dachform nicht berücksichtigt. Sein, des Streithelfers, Ansatz zu dem Länderkorrekturfaktor sei nicht zu beanstanden. Es sei nicht

seine Aufgabe gewesen, Einsicht in das Grundbuch zu nehmen oder notarielle Verträge beizuziehen. Die Erschließungskosten seien im Anhang als Anlage zu seinem Gutachten erläutert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens des Streithelfers wird ergänzend auf dessen Schriftsätze vom 30. Oktober 2006, 31. Juli 2007, 08. September 2008 und 30. September 2008 Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens; hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. M. vom 9. August 2006 und vom 29. April 2007 sowie - hinsichtlich der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen - auf die Sitzungsniederschrift vom 20. Dezember 2007 Bezug genommen.

Der Senat hat weiter Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen Si., ..., L., St., O., K. und Sch.; hinsichtlich des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 11. September 2008 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, sie wurde insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 517, 519, 520 ZPO). Die Anschlussberufung der Beklagten ist ebenfalls zulässig, sie wurde insbesondere rechtzeitig innerhalb der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO eingelegt.

In der Sache hat die Berufung der Klägerin teilweise in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang, die Anschlussberufung der Beklagten insgesamt Erfolg.

A) Berufung der Klägerin

Auf der Grundlage des § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages vom 05. Januar 2000 - UR-Nr. 3/2000 des Notars ... in B. - steht der Klägerin unter Berücksichtigung des erstinstanzlich mit der Beklagten geschlossenen Zwischenvergleiches noch ein weiterer Zahlungsanspruch in Höhe von 116.000,00 € zzgl. Zinsen zu. Weiter kann sie hinsichtlich der im Erbbaugrundbuch auf den Blättern 14609, 14613, 14631, 14639, 14643 und 14645 eingetragenen Erbbaurechte Zug-um-Zug gegen Bewilligung deren Löschung die Eintragung von Entschädigungsforderungen nach § 28 ErbbauRG verlangen.

1. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Fälligkeit des Entschädigungsanspruches nicht entgegen, dass mit dem Streithelfer der Klägerin ein nicht den vertraglichen Vereinbarungen genügender Schiedsgutachter tätig geworden sei. Der Senat vermag sich der Auslegung des Landgerichts, es müsse sich nach der Regelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages um einen solchen Sachverständigen handeln, der auch von der IHK P. öffentlich bestellt und vereidigt worden ist, nicht anzuschließen.

a) Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, die Formulierung "bestellt" sei in einem doppelten Sinne zu verstehen, nämlich zum Einen von der zuständigen IHK öffentlich bestellt und vereidigt und zum Anderen von dieser für den konkreten Fall ausgewählt. Diese Auslegung werde am ehesten der Interessenlage der Parteien gerecht. Dadurch sei gewährleistet, dass die IHK die Qualifikation des Sachverständigen sicher beurteilen könne und tatsächlich auch einen ortsnahen Sachverständigen auswähle. Der Aufgabenstellung werde ein öffentlich bestellter Sachverständiger auch eher gerecht, als ein lediglich von der IHK benannter Sachverständiger. Sollte hinsichtlich der Frage, wer den Sachverständigen auswähle, eine Lücke entstanden sein, so sei diese im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, dass sich die Parteien bei Abschluss des Vertrages darüber einig gewesen seien, dass der Sachverständige von der IHK lediglich zu benennen sei. Bei der Entscheidung des Bundesgerichtshofs

vom 14. Februar 2005 handele es sich um eine Einzelfallentscheidung. Die Beklagte sei nach Treu und Glauben nicht daran gehindert, sich auf die fehlerhafte Auswahl des Sachverständigen zu berufen

b) Demgegenüber gelangt der Senat im Wege der Auslegung des § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages vom 05. Januar 2000 zu dem Ergebnis, dass auch ein Sachverständiger den dort geregelten Anforderungen genügt, der lediglich von der IHK P. benannt worden ist, aber nicht darüber hinaus zwingend allgemein von der IHK P. selbst öffentlich bestellt und vereidigt worden sein muss, jedenfalls die Benennung des Streithelfers den vertraglichen Vereinbarungen in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages genügt.

aa) Die Formulierung "bestellt" ist - und hierauf hat der erstinstanzlich als Zeuge vernommene Notar ... bei seiner Vernehmung zutreffend hingewiesen (Bl. 928 ff. d. A.) - in einem doppelten Sinne zu verstehen. Sie kann bedeuten, dass der Sachverständige von der IHK allgemein zu seiner Tätigkeit öffentlich bestellt und vereidigt wird, sie kann aber auch bedeuten, dass er von ihr, gemäß dem Auftrag der Klägerin, für den konkreten Auftrag verbindlich ausgewählt wird. Geht man danach bei der Auslegung der Regelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages zunächst von deren Wortlaut aus, so spricht dieser eher für das Verständnis der Klägerin vom Inhalt dieser vertraglichen Regelung.

Den Parteien ging es in erster Linie darum, dass von einem Dritten, der die Kompetenz eines Sachverständigen beurteilen kann, ein solcher für die Erstellung des Schiedsgutachtens konkret ausgewählt wird, das Wort "Bestellung" also allein in diesem Sinne verwendet worden ist. Hierfür spricht weiter, dass den Beteiligten des Vertrages und dem beurkundenden Notar die Formulierung "öffentlich bestellt und vereidigt" vertraut gewesen sein dürfte, zumal sich diese Formulierung nicht nur in der Gewerbeordnung findet, sondern etwa auch in den §§ 402 Abs. 2, 410 Abs. 2 ZPO, sie also, wenn es den Parteien gerade hierauf angekommen wäre, diese Formulierungen auch verwendet hätten. Näher liegt es, angesichts des Wortlauts der Regelung davon auszugehen, dass sie hieran nicht gedacht bzw. gemäß dem in § 404 Abs. 2 ZPO normierten Grundsatz ohne Weiteres davon ausgegangen sind, die IHK P. werde nur einen öffentlich bestellten Sachverständigen, der auf ihrem Gebiet tätig ist, auswählen. In diese Richtung geht auch die erstinstanzliche Aussage des Zeugen L., der ausgesagt hat, er sei davon ausgegangen, bei der IHK handele es sich um ein unabhängiges Gremium, dass sich nicht vorschreiben lasse, welchen Gutachter es auswähle, er aber davon ausgegangen sei, dass er bei der zuständigen IHK zugelassen sei.

bb) Geht man auf der Grundlage der Aussage des Zeugen L. aber davon aus, dass es den Parteien, auch der Beklagten, entscheidend darauf ankam, dass der Sachverständige durch die IHK, und damit durch ein unabhängiges Gremium ausgewählt wird, so spricht dies gegen eine planwidrige Lücke des Vertrages, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden müsste. Auch die Auslegung, dass mit "Bestellung" beides gemeint gewesen sein könnte, die allgemeine Bestellung durch die IHK und die Benennung für den konkreten Fall, drängt sich nach dem Wortlaut der Regelung nicht auf; wäre dies gewollt gewesen, so hätte es nahe gelegen, eine Formulierung zu wählen, wonach der Sachverständige von der IHK P. aus dem Kreis der von ihr bestellten Sachverständigen ausgewählt werden soll.

cc) Dieses Ergebnis der Auslegung wird darüber hinaus Sinn und Zweck der Schiedsgutachterabrede gerecht.

Gewollt war von den Parteien, dass die Entschädigung nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf von einem neutralen Dritten bestimmt wird, der über die erforderliche Sachkunde verfügt und mit den örtlichen Begebenheiten vertraut ist. Dieses Ziel wird aber schon dadurch erreicht, dass die örtlich zuständige IHK den Sachverständigen benennt. Es ist nicht erforderlich, dass der Sachverständige zusätzlich von der örtlich zuständigen IHK selbst allgemein für seine Tätigkeit bestellt worden ist. Dies zeigt sich bereits daran, dass ein von einer IHK bestellter Sachverständiger seinen Sitz verlegen kann. Folgt man der Auslegung der Beklagten, so hätte die IHK einen Sachverständigen benennen können, der zwar von ihr bestellt worden ist, seinen Sitz aber mittlerweile

etwa in ein anderes Bundesland verlegt hat. Die Liste der IHK P. über öffentlich bestellte Sachverständige für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken weist demgemäß eine Reihe von Sachverständigen aus, die von anderen Industrie- und Handelskammern bestellt worden sind, aber nunmehr im Zuständigkeitsbereich der IHK P. ihren Sitz haben (so neben dem Streithelfer der Klägerin die Sachverständigen Mü. - IHK N., R. - IHK B., Kr. - IHK für A. und S., D. - IHK M., Bl. 527 ff d. A.).

Der Umstand, dass der zu begutachtende Sachverhalt in ein gängiges Sachgebiet fällt, für das in der Regel zahlreiche Sachverständige zur Verfügung stehen, lässt es darüber hinaus nicht als nahe liegend erscheinen, dass die IHK einen Sachverständigen auf Anfrage vorschlägt, der nicht öffentlich bestellt ist. Entscheidend ist dann aber, dass die IHK P. einen solchen Sachverständigen benennt, dessen fachliche Qualitäten sie beurteilen kann, weil er in ihrem Zuständigkeitsbereich tätig ist. Dies wird bereits dadurch gewährleistet, dass die örtlich zuständige IHK den Sachverständigen auswählt. Dann aber ist die Auswahl des Streithelfers der Klägerin im Ergebnis nicht zu beanstanden und genügt den vertraglichen Regelungen.

dd) Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 14. Februar 2005 (MDR 2005, 763). Auch in dem dort entschiedenen Fall sollte nach den vertraglichen Vereinbarungen ein von der IHK zu bestellender Sachverständiger ein Schiedsgutachten bestellen. Es wurde dann auch lediglich ein von der IHK selbst nicht bestellter Sachverständiger benannt. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Fall das Auslegungsergebnis der Vorinstanz akzeptiert, wonach die vertragliche Regelung dahin auszulegen ist, dass eine Benennung des Gutachters ausreicht. Die Bestimmung habe dem Zweck gedient, eine neutrale, nicht den Interessen einer der Parteien verpflichtete Person für die Erstattung des Gutachtens zu gewinnen. Hierfür genüge es, dass die IHK einen Gutachter benenne. Das von einem solchen Sachverständigen erstellte Gutachten sei ein solches im Sinne der §§ 317 ff BGB.

Für den vorliegenden Fall kann dann im Ergebnis nichts anderes gelten.

c) Aber selbst in dem Fall, dass eine Vertraglücke im Wege der ergänzenden Auslegung geschlossen werden müsste, wäre das Ergebnis kein anderes. Dem Willen der Parteien hätte es dann entsprochen, einen öffentlich bestellten Sachverständigen bestimmen zu lassen, der auf dem Gebiet der örtlich zuständigen IHK tätig ist. Dies hätte dem Interesse der Parteien, dass nur ein solcher Sachverständiger ausgewählt wird, dessen allgemeine Kompetenz geprüft worden ist und der mit den örtlichen Gegebenheiten vertraut ist, hinreichend Rechnung getragen. Diesen Anforderungen wird der Streithelfer aber ebenfalls gerecht; er ist öffentlich bestellt und er ist - zumindest auch - auf dem Gebiet der IHK P. tätig.

2. Das von dem Streithelfer erstellte Schiedsgutachten vom 02. April 2003 (Bl. 84 ff d. A.) ist allerdings nicht bindend, weil die darin enthaltenen Feststellungen im Sinne von § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB offenbar unbillig und damit für die Vertragsschließenden nicht bindend sind.

a) Ein in einem Schiedsgutachten im engeren Sinn - ein solches liegt, wie im vorliegenden Fall, dann vor, wenn es nicht um die voluntative Festsetzung der Leistung geht, sondern um kognitive Feststellungen (im konkreten Fall gemäß § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages des "verbindlich festgestellten gemeinen Wertes des Gebäudes") - getroffene Feststellung kann im eigentlichen Sinn nicht "unbillig" sein. Da es sich um kognitive Feststellungen handelt, kommt es vielmehr darauf an, ob die in dem Schiedsgutachten getroffenen Feststellungen den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Offenbar unrichtig sind diese Feststellungen dann, wenn sich die Unrichtigkeit einem Sachkundigen - wenn auch erst nach eingehender Prüfung - aufdrängt.

Der Bundesgerichtshof hat zunächst daran festgehalten, dass es auch beim Schiedsgutachten nur auf das Ergebnis, nicht auf das Verfahren ankommt, in dem das Ergebnis gewonnen wurde (BGHZ 6, 335; 9, 195, 198; NJW 1964, 2401). Von dieser strengen Sichtweise hat sich die Rechtsprechung aber in der Sache entfernt. Offenbar unrichtig ist danach ein Schiedsgutachten auch dann, wenn seine Feststellungen auch für einen Fachmann nicht verständlich oder nicht nachprüfbar

sind, etwa bei Mängeln im Berechnungsverfahren oder bei fehlender, lückenhafter oder fehlerhafter Begründung (BGHZ 146, 280, 285; NJW 1991, 2698; Münchener Kommentar Gottwaldt, 5. Aufl., § 319 BGB Rn. 17).

b) In diesem Sinne ist das Schiedsgutachten des Streithelfers - gemessen an der Regelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages - offenbar unrichtig und damit für die Parteien nicht bindend.

aa) Im Ausgangspunkt ist zunächst festzuhalten, dass, wenn in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages von dem "gemeinen Wert" die Rede ist, dies mit dem Verkehrswert der Gebäude identisch ist (BGH NJW 1981, 1045, 1047; Ingenstau/Hustedt, Kommentar zum Erbbaurecht, § 27 Rn. 8). Maßgeblich für die Höhe des Schadensanspruches ist damit der Verkehrswert im Sinne des § 11 Abs. 1 des Vertrages zum Zeitpunkt des Erlöschens des Erbbaurechtes durch Zeitablauf.

bb) Auf dieser Grundlage ist, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht zu beanstanden, dass der Streithelfer als Ausgangspunkt für die Ermittlung des gemeinen Wertes die Sachwertmethode gewählt hat. Die Anwendung der Sachwertmethode zur Ermittlung der angemessenen Entschädigung bei Einfamilienhäusern ist in solchen Fällen wie dem Vorliegenden allgemein anerkannt (Ingenstau/Hustedt, a.a.O.; Münchener Kommentar/von Oefele, § 27 Erbbaurechtsverordnung, Rn. 6 unter Hinweis auf BGH NJW 1981, 1045).

cc) Der Umstand, dass der Streithelfer in seinem Gutachten davon ausgegangen ist, das Gutachten diene der Vorbereitung einer Heimfallauseinandersetzung und es handele sich um ein einheitliches Erbbaurecht, also die rechtliche Ausgangssituation nicht zutreffend erfasst hat, führt für sich genommen ebenfalls noch nicht zu einer offenbaren Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens. Die Beklagte wendet in diesem Zusammenhang u.a. ein, der Gutachterauftrag entspreche nicht den vertraglichen Vorgaben, insbesondere habe der Sachverständige nicht beachtet, dass es sich um mehrere selbständige Erbbaurechte handele. Der Streithelfer spreche daher immer auch nur von "Parzellen" und übersehe, dass es sich um selbständige Grundstücke handele. Es gehe nicht um die Bewertung eines "Bauwerkes", sondern der aufstehenden Gebäude.

Dies macht das Gutachten im Ergebnis ebenfalls noch nicht offenbar unrichtig, denn der Streithelfer hat trotz dieses unzutreffenden rechtlichen Ansatzpunktes tatsächlich nur die Gebäude bewertet bzw. bei den unbebauten Grundstücken den anteiligen Wert der Erschließungsanlagen. Zu einer offenbaren Unrichtigkeit im Sinne des § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB vermag dies - für sich genommen - noch nicht führen. Offenbar unrichtig ist das Schiedsgutachten aber deshalb, weil jedenfalls die Korrektur des zuvor ermittelten Sachwertes durch einen im Vergleichswertverfahren gewonnenen Wert in der von dem Streithelfer in dem Schiedsgutachten vorgenommenen Weise nicht erfolgen konnte.

Der Streithelfer hat diesen Vergleichswert anhand der vorangegangenen Kaufverträge der Klägerin, wie sie von der Beklagten mit der Klageerwiderung vorgelegt worden sind, ermittelt. Hier wirkt sich nun aus, dass der Sachverständige nicht beachtet hat, dass es sich nicht um ein einheitliches Erbbaurecht an einem Grundstück handelt.

Tatsächlich befinden sich nämlich die Erschließungsanlagen (Privatstraße mit verlegten Medien) auf einem eigenen Grundstück, dem Flurstück 56, eingetragen im Grundbuch von H. Blatt 14678 bzw. das Erbbaurecht auf Blatt 14679 (Bl. 138 d. A.). Dieses Erbbaurecht steht überwiegend noch der Klägerin zu, ist also durch Zeitablauf noch nicht erloschen. Findet sich ein Erwerber für ein Haus bzw. ein Baugrundstück, so erwirbt er mit dem Erbbaurecht an dem mit dem Haus bebauten Flurstück ein Teilerbbaurecht von 1/36 an dieser Gemeinschaftsfläche. Teil des Kaufvertrages mit den Erwerbern ist damit auch dieser 1/36-Anteil an den Erschließungsanlagen. Dies hat der Streithelfer in dieser Form nicht gesehen und ist vielmehr davon ausgegangen, dass in dem Kaufpreis in den zum Vergleich herangezogenen Verkaufsfällen die Erschließungskosten, die er mit nicht näher begründeten 154,00 €/m² beziffert hat, nicht enthalten sind, und hat diese anteiligen Erschließungskosten dem Verkaufspreis noch hinzugerechnet. Er kommt so etwa für die Parzelle 2 zu einem Vergleichswert von 266.423,84 € unter Berücksichtigung noch nicht ausgeführter Restleis-

tungen, obwohl die andere Hälfte dieses Doppelhauses einschließlich Erschließung für 231.437,47 € veräußert worden ist.

Der gesamten Vergleichswertberechnung des Streithelfers ist damit die Grundlage entzogen, sie ist offensichtlich unrichtig. Da diese Berechnungen in die Ermittlung des Verkehrswertes eingeflossen sind - der Streithelfer hat als maßgebliche Entschädigung den Mittelwert aus Sachwert und Vergleichswert gebildet - bindet damit das gesamte Gutachten nicht im Sinne des § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Es kommt an dieser Stelle hinzu, dass, unter Berücksichtigung des Ergebnisses des durch das Gericht eingeholten Sachverständigengutachtens grundsätzlich die Anwendung des Vergleichswertverfahrens zur Korrektur des zuvor ermittelten Sachwertes im konkreten Fall nicht in Betracht kam. Ein solcher Vergleichswert konnte danach schon deswegen, weil es an einer hinreichenden Anzahl von geeigneten Kauffällen fehlte, nicht zuverlässig gebildet werden. Nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen (S. 21 des Gutachtens vom 09. August 2006) liegen abgesehen vom bewertungsgegenständlichen Baugebiet für die Stadt P. keine Kauffälle gemäß Kaufpreissammlung des Gutachterausschusses stichtagbezogener Verkäufe bei gleichwertigen Entwicklungs-, Lage-, Erschließungs- und Nutzungszuständen in anderen Lagegebieten der Stadt vor. Für Reihenendhäuser liege sogar nur ein Kauffall vor. Für die Reihenmittelhäuser Typ T. seien lediglich drei Kauffälle vor dem Bewertungsstichtag zu berücksichtigen. Die sechs Kauffälle für die Doppelhaushälfte Typ W. zeigten deutlich, dass eine konjunkturelle Entwicklung zu einem Rückgang der Kaufpreise geführt habe. Diese - gegebenenfalls allgemeine - konjunkturelle Entwicklung könne jedoch an den wenigen Kauffällen aus statistischer Sicht nicht hinreichend genau bestimmt werden, so dass verlässliche Vergleichswerte ebenfalls nicht bestimmt werden könnten. Im Übrigen hätten die Vergleichswertermittlungen ohnehin nicht zu echten Vergleichswerten geführt, weil Bereinigungen um Wertanteile bestimmter Bauglieder erforderlich gewesen wären.

dd) Daneben führen weitere Umstände ebenfalls zu einer offenbaren Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens des Streithelfers.

So lässt sich dem Schiedsgutachten - unabhängig von der Frage, ob insoweit überhaupt die tatsächlichen Erschließungskosten maßgeblich sind - nicht nachvollziehbar entnehmen, welche Kosten im Zusammenhang mit der Bewertung der Erschließungsanlagen von dem Streithelfer in Ansatz gebracht worden sind und warum sie in diesem Zusammenhang (etwa die Kosten der Zufahrtsstraße, die jedenfalls als Verbindung zum öffentlichen Straßenraum auf Kosten der Beklagten erstellt worden ist) zu berücksichtigen waren. Die von der Klägerin selbst in Ansatz gebrachten Erschließungskosten, die nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten nicht alle als Erschließungskosten angesehen werden können, liegen dabei sogar noch unter den von dem Streithelfer in Ansatz gebrachten Erschließungskosten. Entscheidend bleibt aber, dass sich dem Schiedsgutachten nicht entnehmen lässt, welche Kosten an dieser Stelle überhaupt Berücksichtigung gefunden haben. Eine Überprüfung der Angaben des Streithelfers an Hand des Schiedsgutachtens war damit, insbesondere für die Beklagte, nicht möglich. Es kommt hinzu, dass in diesem Zusammenhang in dem Gutachten des Streithelfers nicht zwischen innerer und äußerer Erschließung differenziert wird.

Bei der Ermittlung des "gemeinen Wertes" wendet der Streithelfer als Korrekturfaktor einen Ortsfaktor von 1,24 an (u.a. S. 10 des Schiedsgutachtens, Bl. 99 d. A.), ohne kenntlich zu machen, um welchen Ortsfaktor es sich handelt und warum dieser zur Anwendung gelangt. Hier ergibt sich erst aus dem gerichtlichen Gutachten, dass es sich dabei um den Ortsfaktor für B. handelt, der nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen immerhin rund 20 % des von dem Streithelfer ermittelten Sachwertes ausmacht.

Der Korrekturfaktor von Metropolen wie B. kann zwar grundsätzlich für kleinere Gemeinden im "Speckgürtel" einer solchen Metropole zur Anwendung kommen (Kleiber/Simon, WertV 1998, S. 545). Bei der Stadt P. handelt es sich aber schon nicht um eine kleinere Gemeinde, sondern um eine Großstadt von rund 143.000 Einwohnern. Vor diesem Hintergrund hätte seitens des Streithel-

fers - gerade auch wegen der erheblichen Auswirkungen auf den Sachwert (Erhöhung um 24 %) - erwartet werden müssen, dass er zunächst überhaupt kenntlich macht, dass es sich um den Ortsfaktor für B. handelt und nachfolgend eingehend begründet, warum er diesen Korrekturfaktor für B. von 1,24 auf die zu bewertenden Gebäude anwendet und den eigenen Korrekturfaktor für P. nicht für maßgeblich hält.

Unabhängig von der Frage, ob es vertretbar ist, diesen Korrekturfaktor von 1,24 im konkreten Fall anzuwenden, führt es zu einer offenbaren Unrichtigkeit, wenn in dem Schiedsgutachten nicht offen gelegt wird, dass es sich dabei um den Ortsfaktor für B. handelt und nicht dargelegt wird, warum dieser im konkreten Fall maßgeblich sein soll. Dies stellt einen gravierenden Mangel in der Begründung dar.

Eine weitere offenbare Unrichtigkeit ist darin zu sehen, dass der Streithelfer, der selbst im Laufe des Verfahrens erklärt hat, die stichprobenartig geprüften Daten der Baugenehmigung zugrunde gelegt zu haben und ausweislich seines Gutachtens insoweit Abweichungen nicht festgestellt hat (das Schiedsgutachten enthält keine Hinweise zu Differenzen zwischen der Baugenehmigung und der Bauausführung), bei den Bruttogrundflächen als Grundlage der Normalherstellungskosten die in Holzbauweise hergestellten Kellerersatzflächen berücksichtigt hat und im Rahmen der Ermittlung der Normalherstellungskosten ohne Ableitung oder Korrektur insoweit die Normalherstellungskosten für Wohngebäude in Ansatz gebracht hat.

Es kommt danach nicht mehr darauf an, ob das Gutachten des Streithelfers auch deswegen offenbar unrichtig ist, weil sich ihm nicht eindeutig entnehmen lässt, welcher Baupreisindex zur Anwendung gelangt ist. Insoweit hat der gerichtliche Sachverständige in seinem Ergänzungsgutachten vom 29. April 2007 (dort S. 9) zutreffend ausgeführt, dass der Streithelfer im Textteil Seite 14 seines Gutachtens zwar auf die Anwendung des B. Baupreisindex hinweist, dessen tatsächliche Anwendung aber nicht festgestellt werden kann.

3. Ist danach die in dem Schiedsgutachten des Streithelfers getroffene Bestimmung nach § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht verbindlich, so hat nach § 319 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz BGB die Bestimmung durch Urteil zu erfolgen. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme - Einholung eines Sachverständigengutachtens - steht der Klägerin nach § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages für die sechs bebauten Parzellen eine Entschädigung in Höhe von insgesamt 1.116.000,00 € zu, während für die unbebauten Parzellen, für die das Erbbaurecht jeweils ebenfalls durch Zeitablauf am 31. Dezember 2002 erloschen ist, eine Entschädigung nicht zu zahlen ist.

a) Einer solchen Bestimmung durch Urteil stehen Einwände der Beklagten im Ergebnis nicht entgegen.

Die Beklagte vermag sich nicht mit Erfolg darauf zu berufen, eine Entschädigung für die errichteten Gebäude könne schon deswegen nicht verlangt werden, weil diese entgegen getroffener Absprachen auf Vorrat errichtet worden seien. Insoweit hat die Klägerin bereits in erster Instanz detailliert dargelegt, dass die Errichtung der Gebäude in den Gesellschafterversammlungen erörtert worden ist und die Beklagte hiergegen keine Einwände erhoben hat. Die Klägerin hat aber auch unwidersprochen vorgetragen, dass überhaupt keine Vorratsbebauung im Sinne der getroffenen Vereinbarungen vorliege. Sie hat nämlich eingewandt, ein Reihenhauskomplex (bestehend aus vier Häusern) und ein Doppelhaus könnten nur jeweils einheitlich errichtet werden; die Errichtung dieser Komplexe sei dann erfolgt, wenn jeweils die Hälfte vermarktet gewesen sei. Diesem Vorbringen ist die Beklagte nicht mehr konkret entgegengetreten.

Ohne Erfolg wendet die Beklagte weiter ein, die Entschädigung sei deswegen nicht fällig, weil die Gebäude nicht funktionsfähig seien. Daran ist lediglich zutreffend, dass, abgesehen vom Musterhaus (Parzelle 20), der Innenausbau nicht zu Ende geführt ist. Es fehlen teilweise Innentüren, die Malerarbeiten sind nicht ausgeführt und die Fliesen nicht durchgehend verlegt.

An der Funktionsfähigkeit der Gebäude ändert dies im Ergebnis jedoch nichts. Es handelt sich um vergleichsweise geringfügige Restarbeiten, die einer Vermarktung der Gebäude nicht entgegenstehen, zumal solche Arbeiten häufig erst in Abstimmung mit einem konkreten Erwerber ausgeführt werden und es sich teilweise typischerweise um Arbeiten handelt, die häufig aus Gründen der Kostenersparnis von den Erwerbern in Eigenleistung ausgeführt werden.

b) Auf der Grundlage des Gutachtens bzw. des Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. M. kann danach die Klägerin für die sechs bebauten Parzellen zwei, vier, dreizehn, siebzehn, neunzehn und zwanzig, hinsichtlich deren das Erbbaurecht (Erbbaugrundbuch-Blatt 14609, 14613, 14631, 14639, 14643 und 14645) durch Zeitablauf zum 31. Dezember 2002 erloschen ist, eine Entschädigung in Höhe von insgesamt 1.116.000,00 € verlangen, und zwar für die Parzellen zwei und vier jeweils 188.000,00 €, für die Parzelle drei 180.000,00 €, für die Parzelle siebzehn 185.000,00 €, für die Parzelle neunzehn 164.000,00 € und die Parzelle zwanzig 211.000,00 €. Für die weiteren unbebauten Parzellen, hinsichtlich derer das Erbbaurecht ebenfalls zum 31. Dezember 2002 erloschen ist, steht der Klägerin nach § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages ein Entschädigungsanspruch, etwa im Hinblick auf erbrachte Erschließungs- und Planungsleistungen, nicht zu, weil es sich bei diesen Leistungen nicht um "Gebäude" im Sinne der vertraglichen Regelung handelt und deren Wert dem Grund und Boden, nicht aber einem etwa aufstehenden Gebäude zuzurechnen ist. Bei den Erschließungsanlagen, die sich unmittelbar auf der Gemeinschaftsfläche befinden, kommt hinzu, dass insoweit das Erbbaurecht der Klägerin nicht durch Zeitablauf erloschen ist.

Der Senat schließt sich der Höhe der zu zahlenden Entschädigung den insgesamt überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. M. in seinem Gutachten vom 09. April 2006 und in seinem Ergänzungsgutachten vom 29. April 2007 an.

c) Die von den Parteien und dem Streithelfer hiergegen erhobenen Einwände vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

aa) Einwände der Beklagten, insbesondere der Einwand, der Sachverständige habe übersehen, dass die Erschließung zwar vorhanden, aber durch den Erwerber eines Anteils an der Gemeinschaftsfläche bzw. eines anteiligen Erbbaurechtes gesondert zu vergüten sei, bleiben ohne Erfolg. Es trifft bereits für die zunächst vermarkteten Grundstücke nicht zu, dass für das anteilige Erbbaurecht an dem Erschließungsgrundstück ein gesonderter Erbbauzins zu zahlen war. Der ursprünglich für das gesamte Baugebiet zu zahlende Erbbauzins von 80.878,19 € brutto, dies ergibt sich aus der Anlage zu dem notariellen Vertrag vom 6. August 2001 (Bl. 47, 55 d. A.), wurde allein auf die "Baugrundstücke" umgelegt; für das Erschließungsgrundstück war ein Erbbauzins nicht zu zahlen. Entsprechend wurde mit den Erwerbern insoweit ein gesonderter Erbbauzins ebenfalls nicht vereinbart. Lediglich für die im Rahmen des Zwischenvergleichs veräußerten Erbbaurechte bzw. Grundstücke wurde hinsichtlich des anteiligen Erbbaurechts an der Erschließungsfläche ein gesonderter Kaufpreis ausgewiesen. Zutreffend hat des Weiteren der Sachverständige Dipl.-Ing. M. in seinem Ergänzungsgutachten (Bl. 1511 d. A.) darauf hingewiesen, dass mit der Erschließung keine Werterhöhung der Gebäude und damit keine Doppelberücksichtigung stattfindet; es bestehe vielmehr eine umgekehrte Kausalität, weil die (externe) Erschließung ausschließlich werterhöhend auf Grund und Boden wirke. Es sei daher nicht korrekt, wenn die Beklagte davon ausgehe, eine ungesicherte Erschließung führe zu einer Wertminderung der Gebäude.

Der weitere Einwand, die Ermittlungen des Sachverständigen seien unzutreffend, weil nach dem Bewertungsstichtag 31. Dezember 2002 niedrigere Kaufpreise erzielt worden seien, vermag ebenfalls keinen Erfolg zu haben. Hierbei übersieht die Beklagte, dass die konjunkturelle Entwicklung zwischen 2002 und 2005 zu einem teilweise weiter nachgebenden Wertniveau geführt hat und niedrigere Kaufpreise bereits darauf zurückgeführt werden können; es wird aber auch nicht hinreichend beachtet, dass es sich bei den betreffenden Gebäuden zum jeweiligen Zeitpunkt der Veräußerung nicht mehr um einen "echten" Neubau gehandelt hat, selbst wenn es sich um einen Erstbezug handelte.

bb) Die Einwände des Streithelfers und der Klägerin vermögen ebenfalls im Ergebnis die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen nicht zu erschüttern.

Der Umstand, dass der gerichtliche Sachverständige die Üblichkeit der Erschließungskosten aus Literaturquellen hergeleitet hat, wie der Streithelfer einwendet, begründet keinen Anlass, an der Richtigkeit der Feststellungen insoweit zu zweifeln.

Wie bereits ausgeführt hat der Streithelfer ohne nähere Erläuterung und Differenzierung bei seinen Ermittlungen die tatsächlichen Kosten berücksichtigt, aber nicht beachtet, dass es im Streitfall nicht um die Vergütung erbrachter Leistungen geht, sondern allenfalls um einen Ausgleich des Wertes der Erschließung. Hier weist der Sachverständige Dipl.-Ing. M. in seinem Ergänzungsgutachten zutreffend darauf hin, dass selbst im Falle deutlich höherer tatsächlicher Erschließungskosten diese nicht zwangsläufig mit den vom Immobilienmarkt akzeptierten Werten identisch seien. Der von ihm im Basisgutachten ermittelte Erschließungsanteil am Bodenwert in Höhe von 45,00 €/m² sei unter Würdigung aller Umstände auch im Hinblick auf den realisierbaren und vom Markt akzeptierten Bodenwert die Obergrenze für ein vergleichbares Bodenwertniveau. Der Wert des Erschließungsanteils sei damit angemessen berücksichtigt.

Hinsichtlich der von dem gerichtlichen Sachverständigen zugrunde gelegten Bruttogrundfläche ist anzumerken, dass sich auch dem Gutachten des Streithelfers konkrete Flächenberechnungen nicht entnehmen lassen. Beide, sowohl der gerichtliche Sachverständige als auch der Streithelfer, haben insoweit die Angaben aus dem Baugenehmigungsverfahren zugrunde gelegt. Bei den von ihm durchgeführten Stichproben hat der Streithelfer nach seinen eigenen Angaben Abweichungen hiervon ersichtlich nicht festgestellt, jedenfalls sind solche in seinem Schiedsgutachten nicht kenntlich gemacht. Die Abweichungen bei den zugrunde gelegten Bruttogrundflächen beruhen vielmehr ersichtlich darauf, dass der Streithelfer bei seinem Gutachten insoweit die Kellerersatzräume und die Terrassen mit einbezogen hat, obwohl etwa die Kellerersatzräume den gewählten Neuherstellungskosten nach Bauweise, Konstruktion und Materialien nicht entsprechen. Der gerichtliche Sachverständige hat die Bruttogrundflächen zutreffend ohne Kellerersatzräume angesetzt, diese vielmehr als besondere Bauteile bei seiner Bewertung berücksichtigt. Die von der Klägerin vorgelegten Flächenberechnungen (Anlage BK 20) enthalten bei den dort ermittelten Geschossflächen nach den nicht beanstandeten weiteren Feststellungen des Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten auch die Kellerersatzräume und andere Flächen (etwa Terrassen), die beim Abgleich mit den Plänen offensichtlich nicht der anrechenbaren Bruttogrundfläche zuzuordnen sind. So wären die Geschossflächen der Dachgeschosse nach den Flächenberechnungen der Klägerin größer als die der darunter liegenden Obergeschosse. Zudem sei für das Reihenmittelhaus, so der Sachverständige, durch die Klägerin die Fläche der Terrasse doppelt berücksichtigt worden, nämlich einmal in der gesamten Grundfläche des Obergeschosses und einmal gesondert als Terrasse. Die weiteren Berechnungen des Sachverständigen in seinem Ergänzungsgutachten (Bl. 1518 d. A.) zeigen, dass dann, wenn man die Flächenberechnungen der Klägerin entsprechend um die nicht anrechenbaren Flächen bereinigt, die im Basisgutachten von dem gerichtlichen Sachverständigen ermittelten anrechenbaren Bruttogrundflächen durch die so korrigierten Daten der Klägerin - von geringfügigen Abweichungen abgesehen - grundsätzlich bestätigt werden.

Es kann danach nicht festgestellt werden, dass der Sachverständige Dipl.-Ing. M. bei seiner Wertermittlung von einer unzutreffenden Bruttogrundfläche ausgegangen ist.

Die im Vergleich zu einem Reihenendhaus höheren Herstellungskosten einer Doppelhaushälfte hat der vom Bericht bestellte Sachverständige in der Weise berücksichtigt, dass er im Verhältnis zu den Reihenendhäusern bei den Doppelhaushälften einen Korrekturfaktor von 1,05 zugrunde gelegt hat. Der Einwand, der Sachverständige habe die im Verhältnis zu einem Reihenendhaus höheren Herstellungskosten einer Doppelhaushälfte nicht hinreichend berücksichtigt, trifft daher nicht zu.

Der gerichtliche Sachverständige ist zutreffend davon ausgegangen, dass sich die (äußere) Erschließung nicht unmittelbar werterhöhend auf die aufstehenden Gebäude auswirkt, sondern auf

dem Wert von Grund und Boden, was sich deutlich auch daran zeigt, dass ein Gebäude erst errichtet werden darf, wenn das Grundstück nach Lage, Form, Größe und Beschaffenheit für die beabsichtigte Bebauung geeignet ist.

Es ist nicht zu beanstanden, dass der gerichtliche Sachverständige seinen Berechnungen einen Länderkorrekturfaktor von 1,05 zugrunde gelegt hat. Dieser Länderkorrekturfaktor in Höhe von 1,05 entspricht demjenigen des Gutachterausschusses der Stadt P. und des Oberen Gutachterausschusses des Landes B.. Das Produkt von Länderfaktor und Orts-/Regionalfaktor führt zum Korrekturfaktor der Neuherstellungskosten, der gemäß dem Basisgutachten $1,05 \times 1,00 = 1,05$ beträgt. Auch wenn die Anwendung eines höheren Korrekturfaktors, wie zum Beispiel des vom B. Gutachterausschusses verwendeten Regionalfaktors in Höhe von 1,24, möglicherweise von dem Ermessensspielraum eines Sachverständigen noch gedeckt sein mag, was hier nicht abschließend zu entscheiden ist, ist allerdings zu beachten, dass bei der Anwendung dieses Regionalfaktors keine Plausibilitätsprüfung auf der Grundlage von Marktdaten des Gutachterausschusses der Stadt P. oder des Landes B. möglich ist. Die Verwendung der Rahmendaten der örtlichen Gutachterausschüsse ist daher im konkreten Fall nicht zu beanstanden.

Der Sachverständige M. hat die Baunebenkosten hinreichend berücksichtigt. Planungsleistungen konnten bei unbebauten Parzellen insoweit nicht in Ansatz gebracht werden, weil sich diese Leistungen nicht in einem Gebäude niedergeschlagen haben.

Die - gesonderte - Bewertung der Erschließungsanteile ist gleichfalls zutreffend. Unabhängig davon, welche von der Klägerin nach ihren Vorbringen aufgewandten Kosten (Anlagen BK 21 und BK 22) insoweit tatsächlich in Ansatz zu bringen sind, ist entscheidend, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um die Vergütung dieser Leistungen geht, sondern allenfalls um den Ersatz des Wertes dieser Leistungen. Zwischen Kosten und Werten muss aber grundsätzlich unterschieden werden.

Der Einwand, der Verkauf der Erbbaurechte mit Gebäuden unterliege der Umsatzsteuerpflicht, so dass, anders als bisher, von Bruttobeträgen auszugehen sei, führt gleichfalls nicht zum Erfolg. Darauf, ob im Verhältnis zu privaten Erwerbem eine Umsatzsteuerpflicht besteht, kommt es nicht an, weil es für die Entschädigung des Wertes der Gebäude allein auf das Verhältnis zu der Beklagten ankommt. In Höhe der Mehrwertsteuer ist aber ein Wertzuwachs nicht eingetreten.

Insgesamt werden damit die Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen durch die Einwände der Parteien und des Streithelfers der Klägerin im Ergebnis nicht erschüttert, so dass dessen Berechnungen zum Wert der aufstehenden Gebäude für die Ermittlung des Ausgleichsanspruches der Klägerin nach § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages zugrunde zu legen waren.

4. Einen Ausgleich für Erschließungsleistungen, soweit sie auf der Gemeinschaftsfläche erbracht worden sind, sowie von Planungsleistungen, soweit sie sich nicht in einem Gebäude realisiert haben, kann die Klägerin auf der Grundlage von § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages nicht verlangen.

a) Nach § 11 Abs. 1 des Erbbaurechtsvertrages von 5. Januar 2000 war die Klägerin verpflichtet, bei Erlöschen des Erbbaurechtes durch Zeitablauf die Gebäude funktionsfähig und frei von schwerwiegenden Mängeln zu übergeben. Als "Gegenleistung" war nach § 11 Abs. 2 hierfür eine Entschädigung in Höhe des gemeinen Wertes des Gebäudes zu zahlen. Der Umstand, dass ab dem 2. Entwurf dieses Erbbaurechtsvertrages in § 11 Abs. 2 am Ende es statt "gemeinen Wertes" heißt "gemeinen Wertes des Gebäudes" hat in diesem Zusammenhang allenfalls klarstellende Funktion, denn das es sich um Gebäude handelt, die zu entschädigen sind, ergibt sich bereits hinreichend deutlich aus Absatz 1 dieser Regelung.

Dem Wortlaut der Regelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages, der eindeutig ist, lässt sich eine solche Pflicht zur Entschädigung von Planungs- und Erschließungsleistungen im Hinblick auf die streitgegenständlichen und durch Zeitablauf erloschenen (Teil-)Erbbaurechte nicht entnehmen.

Hieran vermag der Hinweis der Klägerin auf die Regelung in § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG nichts zu ändern. Danach hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten bei Erlöschen des Erbbaurechtes durch Zeitablauf "eine Entschädigung für das Bauwerk" zu leisten. Zwar ist der Begriff des "Bauwerks" gesetzlich nicht definiert, jedoch hat die höchstrichterliche Rechtsprechung eine entsprechende Begriffsbildung, unter Heranziehung des allgemeinen Sprachgebrauches und der Verkehrsanschauung, vorgenommen (RGZ 56, 41, 43; BGHZ 57, 60, 61; 117, 19, 25). Danach ist ein Bauwerk eine (unbewegliche) durch Verwendung von Arbeit und bodenfremden Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Ein Gebäude ist ein Bauwerk, das durch räumliche Umfriedung Schutz gewährt und den Eintritt von Menschen gestattet (BGH DB 1972, 2238; Palandt/Bassenge, § 908 BGB Rn. 1). Der Begriff des Bauwerkes umfasst daher denjenigen des Gebäudes und geht darüber hinaus.

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Ausgangslage im Falle des Erlöschens des Erbbaurechtes durch Zeitablauf haben die Parteien nach dem Wortlaut der Regelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages eine Entschädigung nur für "Gebäude" vorgesehen. Hierunter fallen Planungsleistungen für unbebaute Grundstücke eindeutig nicht. Aber auch die auf dem Flurstück 56 befindlichen Erschließungsanlagen sind im Sinne dieser Regelung keine Gebäude. Selbst wenn man im letztgenannten Fall anderer Auffassung wäre, käme ein - anteiliger - Entschädigungsanspruch für die Erschließungsanlagen auf der Gemeinschaftsfläche deswegen nicht in Betracht, weil insoweit das anteilige Erbbaurecht der Klägerin gerade nicht durch Zeitablauf erloschen ist, vielmehr weiter fortbesteht.

b) Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang weiter geltend, dass deswegen, weil für die 36 Baugrundstücke an dem Erschließungsgrundstück jeweils Dienstbarkeiten bestellt und eingetragen worden seien, diese Dienstbarkeiten damit wesentliche Bestandteile der einzelnen Erbbaurechte geworden seien und die Erschließungsanlagen auf dem Erschließungsgrundstück damit selbst nur Scheinbestandteile dieses Erschließungsgrundstückes seien. Sie, die Klägerin, sei als Erbbauberechtigte der herrschenden Grundstücke zum Stichtag Eigentümerin dieser Anlagen gewesen, habe dieses Eigentum also mit dem Erlöschen des Erbbaurechtes verloren, so dass insoweit ebenfalls eine Entschädigung zu zahlen sei.

Diese Überlegungen übersehen bereits, dass die für die 36 Baugrundstücke als herrschende Grundstücke an dem Erschließungsgrundstück eingetragenen Grunddienstbarkeiten (neben inhaltsgleichen beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten) nach § 96 BGB wesentliche Bestandteile der jeweiligen Erbbaurechte waren, aber nicht der nach § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages zu entschädigenden Gebäude. Im Übrigen sind die Erschließungsanlagen auch nicht gemäß §§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB, 12 Abs. 2 Erbbaurechtsgesetz Scheinbestandteile des Erschließungsgrundstückes (Flurstück 56), weil die Erschließungsanlagen nicht von der Klägerin in Ausübung der herrschenden Erbbaurechte an den 36 Baugrundstücken errichtet worden sind. In diesem Zusammenhang ist unstreitig, dass die Erschließungsanlagen zu einer Zeit von der Klägerin errichtet wurden, als noch ein einheitliches Erbbaurecht an dem gesamten Grundstück bestand. Jedenfalls aber wurden die Erschließungsanlagen in Ausübung des gesonderten Erbbaurechtes an dem Flurstück 56 errichtet, das der Klägerin seinerzeit insgesamt, nunmehr noch anteilig zusteht. Die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB sind damit nicht gegeben, bei den Erschließungsanlagen handelt es sich nicht um Scheinbestandteile des Erschließungsgrundstückes. Eigentümer der Erschließungsanlagen ist vielmehr die Gemeinschaft der Erbbauberechtigten an dem Erschließungs- bzw. Gemeinschaftsgrundstück. Gerade durch die Art und Weise der Aufteilung des ursprünglich einheitlichen Erbbaurechtes haben die Parteien zum Ausdruck gebracht, dass hinsichtlich der Gemeinschaftsfläche insoweit eine gesonderte Berechtigung bestehen soll.

c) Die Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen Si., ..., K., L., O., St. und Sch. hat nicht zu der Überzeugung des Senates geführt, abweichend von dem Wortlaut der Regelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages sei es der übereinstimmende Wille der Parteien dieses Vertrages gewesen, dass mit dem Erlöschen der bis zum 31. Dezember 2002 befristeten Erbbaurechtes die

von der Klägerin insgesamt erbrachten Leistungen einschließlich der Planungs- und Erschließungsleistungen von der Beklagten entschädigt werden sollten.

aa) Die Vernehmung der Zeugen K., O. und Sch. war insoweit unergiebig; die Zeugen konnten zu dem Beweisthema aus eigener Anschauung keine Angaben machen.

bb) Die Zeugin Si. hat ausgesagt, sie habe nach Vorlage des ersten Entwurfes des Erbbaurechtsvertrages moniert, dass dort lediglich eine Entschädigung in Höhe von 80 % vorgesehen gewesen sei. Dies sei aus ihrer Sicht nicht gerechtfertigt gewesen, sie habe deswegen in einer Stellungnahme eine Änderung auf 100 % gefordert. Sie gehe davon aus, dass mit einer "Entschädigung" eine umfassende Entschädigung gemeint gewesen sei. Die Beschränkung auf das Gebäude sei erst später aufgetreten, im ersten Entwurf sei jedenfalls in Absatz 2 der Regelung des § 11 der Begriff "Gebäude" nicht enthalten gewesen. Dies sei ihr zunächst nicht aufgefallen, da der Begriff für sie nicht diese Tragweite gehabt habe. Als an die Klägerin herangetragen worden sei, das Erbbaurecht auf zwei Jahre zu verkürzen, habe der Begriff des "Gebäudes" für sie eine andere Bedeutung erlangt. Im Rahmen dieser Änderung sei ihr der Begriff beim Lesen aufgefallen. Soweit sie sich daran erinnern könne, sei der Vorschlag, die Laufzeit des Erbbaurechtes zu verkürzen, von dem Zeugen ... gekommen; Ziel sei es gewesen, hierdurch Grunderwerbssteuer einzusparen. Nach ihrer Erinnerung sei von Seiten der Klägerin, wahrscheinlich von ihr selber, die Frage aufgeworfen worden, ob von dem Begriff "Gebäude" auch Erschließungsleistungen erfasst sein sollten. Da der Zeuge ... den Vertragsentwurf gefertigt habe, gehe sie davon aus, dass er diese Frage auch beantwortet habe. Nach ihrer Erinnerung habe er diese Frage mit "ja" beantwortet. Die Erörterung zu dieser Frage sei aber eher im Stil von Frage und Antwort erfolgt. Nachfolgend sei über diesen Punkt nicht mehr weiter intensiv diskutiert worden. Dies sei jedenfalls ihre Erinnerung an die Vorgänge nach nunmehr acht Jahren. Ob anlässlich des Beurkundungstermins selbst noch einmal die Regelung des § 11 angesprochen worden sei, könne sie nicht sagen. Nach ihrer Erinnerung sei die Problematik des § 11 nur einmal angesprochen worden und dies eher vor dem Beurkundungstermin.

Sie habe den Zeugen ... im Zusammenhang mit dem Vorgang "... " zunächst als Anwalt der Beklagten kennen gelernt. Später, als sich herauskristallisiert habe, dass ein Baurecht für die Fährweise möglich sei, sei der Zeuge ... in die Konzeptentwicklung der vertraglichen Gestaltung zumindest involviert gewesen, und zwar auf Seiten der Beklagten. Die Beurkundung des Gründungsvertrages der Klägerin habe der Zeuge ... allerdings nicht vorgenommen. Nach ihrer Erinnerung habe sich der Zeuge ... oder ein Mitarbeiter weiter die Investitionsrechnungen angeschaut und überprüft und insoweit auch Änderungsvorschläge gemacht.

Als sich Ende 1998 herauskristallisiert habe, dass für das Gebiet "F." ein Baurecht möglich sein könnte, sei zunächst vorgesehen gewesen, dass die S. AG Erbbaurechtsnehmer und die H.-Stiftung Erbbaurechtsgeber sein sollte. Dies sei die allererste Vorstellung gewesen. Weil die H.-Stiftung nicht nur an dem Erbbauzins habe partizipieren wollen, sondern auch an dem wirtschaftlichen Gewinn, habe sie, die Zeugin, dann auch ein Entwurf für einen Generalübernehmervertrag erarbeitet. In die Rückantwort auf diesen Entwurf sei seitens der Beklagten auch der Zeuge ... eingebunden gewesen. Im Hinblick auf die Gemeinnützigkeit der H.-Stiftung sei dann von Seiten der Beklagten der Vorschlag gekommen, eine 100%ige Tochter zu gründen, die Erbbaurechtsnehmerin werden sollte. Bei der Erörterung dieser Variante sei ebenfalls ... nach ihrer Einschätzung als beratender Anwalt tätig gewesen. Diese Variante sei jedoch ebenfalls im Hinblick auf die Gemeinnützigkeit der Beklagten verworfen worden und seitens der Beklagten sei die Frage aufgeworfen worden, ob es nicht möglich sei, eine Gesellschaft unter einer jeweils 50 %igen Beteiligung der H.-Stiftung und der S.-Bauten AG zu gründen, die dann auch Erbbaurechtsnehmer werden sollte.

Nachdem der Zeuge ... auf ihre Frage hin, ob der Aufwand für die Erschließung mit umfasst sei, mit "ja" geantwortet habe, sei für sie die Sache klar gewesen.

cc) Der Zeuge ... hat ausgesagt, nachdem er zuvor in anderen Angelegenheiten der Beklagten mit der S.-Bauten AG tätig gewesen sei, sei er durch den Zeugen L. am 13. September 1999 beauf-

tragt worden, einen Erbbaurechtsvertrag zu entwerfen. In einem ersten Entwurf sei eine Entschädigung in Höhe von 80 % vorgesehen gewesen, hier habe das Wort "Gebäude" noch gefehlt, das dann in den nächsten Entwurf eingefügt worden sei. Dies sei aus seiner Sicht allerdings allenfalls eine Klarstellung gewesen. Am 4. November 1999 seien die einzelnen Änderungswünsche der S.-Bauten AG auf der Grundlage des ersten Entwurfes durchgesprochen worden. Bei dieser Besprechung sei auch erörtert worden, ob für ihn ein Mitwirkungsverbot als Notar bestehe. Man habe sich darauf verständigt, dass ein solches Mitwirkungsverbot nicht bestehe, weil er, der Zeuge, in der Angelegenheit betreffend die Bestellung eines Erbbaurechtes nicht anwaltlich tätig gewesen sei. Am 7. Dezember 1999 habe die Zeugin Si. Anmerkungen zu dem zweiten Entwurf gemacht. Bereits in der Besprechungsrunde am 4. November 1999 sei die Frage der Verkürzung des Erbbaurechtes im Hinblick auf die steuerlichen Auswirkungen erörtert worden. Vor dem dritten Entwurf des Erbbaurechtsvertrages, den er am 20. Dezember 1999 an die Zeugin Si. übermittelt habe, habe es zuvor am 16. Dezember 1999 eine weitere Besprechung gegeben. Aus seiner Erinnerung, gestützt auf seine Handakte, könne er sagen, dass es hinsichtlich der Ausgestaltung des Vertrages und den Inhalt des Vertrages zwischen den Vertragsparteien keine Differenzen gegeben habe. Bei der ersten Besprechung am 4. November 1999 sei im Hinblick auf die Regelung in § 11 die Beanstandung der Zeugin Si. in ihrem Schreiben vom 8. Oktober 1999 erörtert worden. Dem Vorschlag, eine Entschädigung in Höhe von 100 % vorzusehen, sei entsprochen worden.

Wenn er gefragt werde, ob die Entschädigung auch Erschließungsaufwendungen mit umfasse, so könne er sagen, dass der Begriff der Entschädigung des Gebäudes eindeutig und klar sei. Für einen Juristen sei es seiner Auffassung nach abwegig, hierunter auch Erschließungsleistungen fassen zu wollen. Wenn in einer Besprechung über Erschließungskosten gesprochen worden sei, so sei dies nicht im Rahmen des § 11 Abs. 2 geschehen. Nach seiner handschriftlichen Aufzeichnung sei dieser Punkt gegen Ende als vorletzter Punkt erwähnt worden; dies entspreche dem Schreiben der Zeugin Si. vom 18. Oktober 1999, in dem auch zu § 15 des Entwurfes hinsichtlich der Erschließung Einwendungen vorgetragen worden seien. Nach seinem handschriftlichem Vermerk "Erschließungskosten" komme in seinem Vermerk noch die Problematik der aufschiebenden Bedingung, die in dem Schreiben der Zeugin Si. vom 18. Oktober 1999 ebenfalls danach aufgeführt sei, ebenso die Frage, welche Kosten für die Pflege des Waldgrundstückes anfallen würden. Von daher sei die Frage der Erschließungskosten in diesem Rahmen des damaligen § 15 des Erbbaurechtsvertrages eingebunden gewesen. Über § 11 des Erbbaurechtsvertrages, sei, nachdem die Änderungswünsche eingearbeitet worden seien, in den späteren Besprechungen nicht mehr gesprochen worden. Er könne ausschließen, dass auf eine gestellte Frage nach dem Umfang der Entschädigung des Gebäudes, insbesondere, ob davon Erschließungsaufwendungen mit umfasst seien, er diese Frage mit "ja" beantwortet habe. Er könne zwar nicht ausschließen, dass in der Besprechung die Frage der Entschädigung des Gebäudes angesprochen worden sei, er könne jedoch zu 100 % ausschließen, dass er auf diese Frage nach einer Entschädigung des Gebäudes auch geantwortet habe, dass damit Erschließungsleistungen und Erschließungsaufwendungen mit zu entschädigen seien. Er habe den Begriff des Gebäudes in § 11 Abs. 2 bewusst gewählt. Hintergrund dafür sei die Erfahrung aus einer Regelung im Zusammenhang mit der Bestellung eines Erbbaurechtes betreffend das Baufeld "... " gewesen. Der Begriff Gebäude sei insofern bewusst gewählt worden, als die Unterscheidung zu treffen ist zwischen Bauwerk, ein Begriff, der im Rahmen der Erbbaurechtsverordnung verwendet werde, und Gebäude. Die Verkürzung der Laufzeit des Erbbaurechts auf zwei Jahre sei nicht vor dem Hintergrund einer Änderung der Risikoverteilung diskutiert worden, maßgeblich und entscheidend sei gewesen, dass der Steuerberater der Klägerin festgestellt habe, dass bei einer Verkürzung der Laufzeit erheblich geringere Grunderwerbssteuern anfallen würden.

dd) Der Zeuge L. hat angegeben, er habe seinerzeit als Direktor der H.-Stiftung an den Vorverhandlungen teilgenommen, wobei er nicht genau sagen könne, ob er an jeder Besprechung teilgenommen habe. Er könne sich nicht daran erinnern, dass in einer der Besprechungen, an der er teilgenommen habe, über die Regelung des § 11 des Erbbaurechtsvertrages dezidiert gesprochen worden sei. Wenn er selbst den Begriff "Gebäude" lese, dann sei dieser für ihn eindeutig. Damit sei das Bauwerk gemeint. Er könne sich nicht daran erinnern, dass die Frage der Erschließungskosten bei den Verhandlungen ein Thema gewesen sei. Er könne auch nicht mehr sagen, was der

Grund für die Verkürzung der Laufzeit des Erbbaurechtes auf zwei Jahre gewesen sei. Die Verantwortlichen der H.-Stiftung, aber mehr noch die Verantwortlichen der S.-Bauten AG, seien davon ausgegangen, dass das Vorhaben ein voller Erfolg werde. Über die Konsequenzen, was geschehen solle, wenn nur eine Rumpfbebauung oder unvollständige Bebauung erfolge, sei damals nicht nachgedacht worden. Die H.-Stiftung habe sich für einen kurzen Zeitraum den Vertrieb des Objektes vorbehalten. Dieses kurzfristige Vertriebsrecht habe er selbst initiiert, weil er von einem Eigenbedarf der Stiftung ausgegangen sei. Den Vertrieb habe dann im Weiteren "S." durchgeführt.

ee) Schließlich hat der Zeuge St. bekundet, er habe seinerzeit als Vorstandsmitglied der S.-Bauten AG verschiedene Projekte betreut und sei im Jahre 1999 Geschäftsführer der Klägerin geworden. Er habe die kaufmännische Betreuung des Projektes in der Federführung gehabt. Wenn auch Frau Si. die juristische Betreuung der Vertragsgestaltung innehatte, so sei er gleichwohl in die Besprechungen involviert gewesen und habe dadurch auch Kenntnis von der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages gehabt. Im Hinblick auf die Regelungen in § 11 des Vertrages könne der Begriff der Entschädigung des gemeinen Wertes des Gebäudes zwar Gegenstand der Erläuterung oder der Erörterung gewesen seien, er könne sich jedoch nicht daran erinnern, dass in seiner Gegenwart darüber gesprochen worden sei. Es mag insoweit Gespräche zwischen Frau Si. und den Zeugen ... gegeben haben, jedenfalls habe er hierüber Schriftwechsel gesehen. Grund für die Verkürzung der Laufzeit auf zwei Jahre seien steuerrechtliche Aspekte und zwar grunderwerbssteuerrechtliche gewesen. Von Seiten der S.-Bauten habe nie ein Zweifel bestanden, dass die H.-Stiftung der Verlängerung der Laufzeit zustimmen werde. Sie seien damals von einer Vermarktungszeit von zwei Jahren ausgegangen. Die Frage der Entschädigung des Gebäudes nach Fristablauf in zwei Jahren habe sich damals nicht mit der Vehemenz gestellt, wie dies heute zu Tage trete. Er wisse, dass zwischen Frau Si. und Herrn ... ein Schriftwechsel stattgefunden habe und in diesem Rahmen verschiedene Entwürfe gefertigt worden seien. Diese hätten darauf abgezielt, 100 % des Schadens oder des Betrages erhalten zu bekommen, der zu diesem Zeitpunkt des Erlöschens des Erbbaurechtes auf S.-Bauten entfallen wäre.

ff) Der Senat vermag sich aufgrund der Aussagen der Zeugen unter Berücksichtigung der weiteren Umstände, insbesondere auch der Verteilung des wirtschaftlichen Risikos und der Verkürzung der Laufzeit des Erbbaurechtes nicht die Überzeugung zu verschaffen, zwischen den Parteien habe eine Einigkeit darüber bestanden, die Entschädigung für die "Gebäude" umfasse auch die Entschädigung für Planungsleistungen, die sich nicht in einem Gebäude realisiert haben und von Erschließungsleistungen, soweit sie auf das Flurstück 56 entfallen.

Von den vernommenen Zeugen hat lediglich die Zeugin Si. bekundet, dass nach ihrer Erinnerung, die sie selbst nicht als absolut sicher einstufte, im Rahmen der Besprechungen bei einer Gelegenheit die Frage angesprochen worden sei, und zwar entweder von ihr, jedenfalls von Seiten der Klägerin, ob von der Regelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages auch Erschließungsleistungen mit umfasst seien. Der Begriff des "Gebäudes" sei ihr in diesem Zusammenhang anlässlich der Verkürzung der Laufzeit des Erbbaurechtes aufgefallen. Sie gehe davon aus, dass der Zeuge ... auf die Frage, was von dem Begriff "Gebäude" umfasst sein solle, auch geantwortet habe und er diese Frage im Sinne der Klägerin mit "ja" beantwortet habe.

Dem gegenüber hat der Zeuge ..., gestützt auf seine Handakten und einen handschriftlichen Vermerk hinsichtlich des ersten Besprechungstermins am 4. November 1990 angegeben, über die Frage der Erschließung sei im Einzelnen allein im Zusammenhang mit der Regelung der Erschließungskosten in dem damaligen § 15 des Erbbaurechtsvertrages (jetzt § 16) gesprochen worden. Er könne zwar nicht völlig ausschließen, dass die Frage gestellt worden sei, ob mit der Regelung in § 11 Abs. 2 des Vertrages eine Entschädigung von Erschließungsleistungen erfolgen könne, er könne aber zu 100 % ausschließen, dass er eine solche Frage, wenn sie denn gestellt worden sei, mit "ja" beantwortet habe.

Da der Senat weder Anlass hat, an der Glaubwürdigkeit der Aussage der Zeugin Si. zu zweifeln noch an der Aussage des Zeugen ..., der Schriftverkehr der Parteien darüber hinaus keinen Hinweis darauf enthält, dass die Regelung in § 11 Abs. 2 hinsichtlich der Erstattung von Erschlie-

ßungsleistungen Gegenstand der Vertragsverhandlungen gewesen sein könnte, die Zeugin Si. darüber hinaus mehrfach betont hat, sich nach so langer Zeit jedenfalls nicht mehr genau erinnern zu können, sich also nicht völlig sicher zu sein, konnte die Klägerin damit nicht zur Überzeugung des Senats nachweisen, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen die Regelung in § 11 Abs. 2 im Hinblick auf die Erstattung von Erschließungsleistungen Gegenstand der Erörterungen war und seitens des Zeugen ... eine entsprechende Frage von Vertretern der Klägerin in dem Sinne beantwortet worden wäre, dass solche Erschließungsleistungen von der Entschädigungsregelung mit umfasst sein sollten. Da schon nicht der Nachweis gelungen ist, dass der Zeuge ... in diesem Sinne eine Frage der Klägerin bzw. der Zeugin Si. beantwortet hätte, kommt es nicht darauf an, ob eine solche Erklärung ohne Weiteres der Beklagten zugerechnet werden könnte, weil der Zeuge ... als Vertreter der Beklagten aufgetreten wäre. Eine von dem Wortlaut der vertraglichen Regelung abweichende Vereinbarung der Parteien über den Umfang der Entschädigung konnte die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Klägerin nicht belegen. Es kommt hinzu, dass sich selbst der Aussage der Zeugin Si. nicht entnehmen lässt, dass eine solche Entschädigung für Erschließungsleistungen, so sie denn von der Entschädigungsregelung in § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages umfasst sein sollte, unabhängig von dem Erlöschen an dem Erbbaurecht für die Gemeinschaftsfläche bereits mit Erlöschen der Teilerbbaurechte an den eigentlichen Bauparzellen zu zahlen gewesen wäre.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei Berücksichtigung der Verteilung des wirtschaftlichen Risikos bei der Vermarktung der Bauparzellen, insbesondere nach Verkürzung der Laufzeit des Erbbaurechtes.

Entgegen der Darstellung der Klägerin lässt sich den geschlossenen Verträgen und dem vorgelegten Schriftverkehr nicht entnehmen, dass insoweit die Beklagte allein das wirtschaftliche Risiko tragen sollte. Dem steht nicht entgegen, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen die Bildung einer gemeinsamen Gesellschaft mit der S.-Bauten AG und der Beklagten als Gesellschaftern auf eine Anregung der Beklagten im Hinblick auf deren Status der Gemeinnützigkeit zurückgegangen sein mag.

Der Zeuge ... hat in seinem Schreiben vom 9. November 1999 (Bl. 924 d. A.) gerade nicht bestätigt, die Erschließungskosten würden nach den Regelungen des Erbbaurechtsvertrages von der Beklagten erstattet. In diesem Schreiben, mit dem der zweite Entwurf des Erbbaurechtsvertrages der S.-Bauten GmbH übersandt worden war, heißt es vielmehr ausdrücklich, die Erschließungskosten seien im Verhältnis zum Letzterwerb von dem Bauträger, also der Klägerin, zu tragen. Sollte eine andere Regelung, zu der es dann insoweit nicht mehr gekommen ist, gewollt sein, müsste im Einzelnen aufgeführt werden, welche Erschließungsmaßnahmen von wem in welchem Umfang zu tragen seien. Bereits zuvor hatte die S.-Bauten GmbH mit Schreiben vom 16. September 1997 (Bl. 909 f) klargestellt, dass "selbstverständlich" die Beklagte das Vermarktungsrisiko nicht tragen solle.

Hinreichende Anhaltspunkte für eine andere Beurteilung der Verteilung des Vermarktungsrisikos ergeben sich auch dann nicht, wenn vor dem Hintergrund der von der Klägerin zu zahlenden Grunderwerbsteuer der Vorschlag, das Erbbaurecht auf zwei Jahre zu verkürzen, von dem Zeugen ... gekommen sein sollte. Wie der vorgelegte Schriftverkehr zeigt, hat insbesondere auch die Klägerin in der Folgezeit insbesondere die steuerrechtlichen Folgen einer solchen Verkürzung selbst geprüft und anschließend eine Verkürzung des Erbbaurechtes mit der Beklagten vereinbart. Es lässt sich nicht feststellen, dass mit der Änderung der Laufzeit des Erbbaurechtes die Folge verbunden sein sollte, dass die Beklagte nunmehr, abweichend von den ursprünglichen Vorstellungen, das Vermarktungsrisiko alleine tragen sollte. Dem steht neben dem Anlass der Verkürzung der Laufzeit des Erbbaurechtes auch die Aussage des Zeugen L. entgegen, der glaubwürdig bekundet hat, dass mehr noch als die Beklagten die S.-Bauten AG von dem vollen Erfolg des Vorhabens ausgegangen sei. Über die Konsequenzen einer unvollständigen Bebauung habe man nicht nachgedacht. Man sei damals davon ausgegangen, die Bebauung des Baufeldes "F." sei innerhalb von zwei Jahren abgeschlossen. Der Beklagten sei nur deswegen für einige Monate auf seine, des

Zeugen L. Initiative hin, ein Vertriebsrecht eingeräumt worden, weil er von einem Eigenbedarf der Stiftung ausgegangen sei.

Gegen ein bei der Beklagten liegendes Vermarktungsrisiko hinsichtlich der Erschließungskosten spricht auch, dass vor dem Hintergrund des vorangegangenen Vorhabens "...", bei dem sich die Beklagte in erheblichem Umfang an den Erschließungskosten aufgrund einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung beteiligen musste, im hier streitgegenständlichen Fall die Beklagte sich lediglich konkret dazu verpflichtet hat, auf ihre Kosten die Anbindung der "F." an die öffentliche Straße herzustellen, also ersichtlich ihre eigene Beteiligung an Erschließungsmaßnahmen und daraus resultierenden Kosten klar begrenzen wollte.

Da es für den Inhalt der Entschädigungsregelung und damit für den Umfang der zu zahlenden Entschädigungen nicht darauf ankommt, ob hinsichtlich des Objektes "... von der Beklagten vertreten durch den Zeugen ... wegen der Erschließungskosten eine von den vertraglichen Vereinbarungen abweichende Regelung gefordert worden war und es auch nicht darauf ankommt, aus welchen Gründen die Verlängerung des Erbbaurechtes von der Beklagten verweigert worden war, war eine Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen Li. und F. entbehrlich. Auf eine Vernehmung des Zeugen Sh. hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 11. September 2008 verzichtet.

5. Aus anderen Gründen kann die Klägerin ebenfalls nicht die Erstattung bei ihr angefallener Planungs- und Erschließungskosten verlangen.

a) Die Erschließungs- und Planungsleistungen wurden von der Klägerin auf der Grundlage des geschlossenen Erbbaurechtsvertrages und des Gesellschaftsvertrages vorgenommen; die Leistungen wurden daher nicht ohne Rechtsgrund erbracht. Im Übrigen hat die Beklagte insoweit auch nichts erlangt, weil, wie bereits ausgeführt, die Erschließungsanlagen Bestandteil der Gemeinschaftsflächen sind, hinsichtlich derer der Klägerin weiterhin ein anteiliges Erbbaurecht zusteht. Bereicherungsrechtliche Ansprüche der Beklagten gegen die Klägerin kommen danach nicht in Betracht.

b) Werkvertragliche Ansprüche scheiden ebenfalls aus; ein solcher Vertrag über die Erbringung von Planungs- und Erschließungsleistungen ist zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht zustande gekommen.

6. a) Der Klägerin steht danach für die durch Zeitablauf erschlossenen Erbbaurechte grundsätzlich ein Entschädigungsbetrag von insgesamt 1.116.000,00 € zu. Davon kann sie unter Berücksichtigung des am 22. Juni 2004 geschlossenen Teilvergleiches von der Beklagten noch die Zahlung von 116.000,00 € verlangen. Nach diesem Teilvergleich hat die Beklagte an die Klägerin eine Mindestentschädigung von 1 Mio € gezahlt und zwar nach der ausdrücklichen Regelung in Ziffer 1 dieses Vergleiches als Mindestbetrag einer Entschädigung für die nachstehende zu Nr. 3 a) aufgeführten Häuser auf den Verkaufspartellen 2 (Erbbaugrundbuch Blatt 14609), 4 (Erbbaugrundbuch Blatt 14613), 13 (Erbbaugrundbuch Blatt 14631), 17 (Erbbaugrundbuch Blatt 14639), 19 (Erbbaugrundbuch Blatt 14643) und 20 (Erbbaugrundbuch Blatt 14645). Der aufgrund dieses Teilvergleiches gezahlte Entschädigungsbetrag ist daher in voller Höhe auf die für die auf den genannten Verkaufspartellen aufstehenden Gebäude zu zahlende Entschädigung anzurechnen, ohne dass es auf die Frage ankäme, ob im Gegenzug gegen die Übertragung von 6/36 Miteigentumsanteilen an der Erschließungsfläche (Flurstück 56) ebenfalls noch eine Vergütung zu zahlen wäre.

b) Zinsen stehen der Klägerin in Höhe von 8 % über den Basiszinssatz für die Zeit vom 7. Mai 2003 bis zum 22. Juni 2004 aus einem Betrag von 1.116.000,00 €, und vom 23. Juni 2004 an aus einem Betrag von 116.000,00 € zu.

Zwar wird die gerichtliche Bestimmung der Leistungen nach § 319 Abs. 1 Satz 2 BGB erst mit Rechtskraft der Entscheidung wirksam, ab welchem Zeitpunkt die Neubestimmung im Verhältnis der Parteien wirkt, richtet sich aber primär nach der Parteivereinbarung (BGH NJW 1996, 1748),

wobei im Zweifel die Festsetzung rückwirkend auf den Zeitpunkt erfolgt, zu dem der Dritte die Bestimmung hätte treffen sollen (Münchener Kommentar/Gottwaldt, 5. Aufl., § 319 BGB Rn. 24; § 315 BGB Rn. 52 unter Hinweis auf BGH NJW 1983, 1777, 1778).

Mangels entgegenstehender Regelungen in dem Erbbaurechtsvertrag ist daher davon auszugehen, dass die Festsetzung zeitnahe zum Zeitpunkt des Erlöschens der Erbbaurechte erfolgen sollte, also zu dem Zeitpunkt, als der Streithelfer sein Schiedsgutachten am 2. April 2003 erstattete. War dem aber so, so befand sich die Beklagte aufgrund des Schreibens der Klägerin vom 28. April 2003, mit dem eine Zahlungsfrist zur Zahlung der Entschädigung bis zum 6. Mai 2003 gesetzt worden war, seit dem 7. Mai 2003 in Verzug und schulde seit diesem Zeitpunkt Verzugszinsen in Höhe von 8 % über den Basiszinssatz, § 288 Abs. 2 BGB, gemäß dem geschlossenen Teilvergleich vom 22. Juni 2004 von diesem Zeitpunkt ab allerdings nur noch aus einem Betrag von dann noch 116.000,00 €.

7. Hinsichtlich der im Erbbaugrundbuch Blatt 14609, Blatt 14613, Blatt 14631, Blatt 14639, Blatt 14643 und Blatt 14645 eingetragenen Erbbaurechte ist die Klägerin zur Bewilligung der Löschung dieser Erbbaurechte nur gegen Eintragung der Entschädigungsforderung gemäß § 28 Erbbaurechtsgesetz verpflichtet. Eine solche Entschädigungsforderung ist nach mittlerweile herrschender Meinung eintragungsfähig (von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., Rz. 5.237). Diese Entschädigungsforderung kann darüber hinaus ohne ihre festgelegte Höhe eingetragen werden (OLG Hamm, RPfleger, 2007, 541); einer Bezifferung bedarf es insoweit also nicht.

Da hinsichtlich der unbebauten Teilerbbaurechte, die ebenfalls durch Zeitablauf erloschen sind und die Gegenstand des Widerklageantrages sind, eine Entschädigung nicht zu zahlen ist, kommt insoweit die Eintragung der Entschädigungsforderung nach § 28 Erbbaurechtsgesetz nicht in Betracht.

8. Über die von der Klägerin hilfsweise gestellten Anträge (Ziffern III und IV) war nicht zu entscheiden, weil der Senat davon ausgeht, dass der Streithelfer Schiedsgestalter im Sinne des § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages sein konnte.

B. Anschlussberufung

Die Anschlussberufung, die, wie bereits ausgeführt, rechtzeitig innerhalb der Frist des § 524 Abs. 1 Satz 2 ZPO erhoben worden war, ist auch im Übrigen zulässig.

Eine Anschlussberufung zum Zwecke der Erhebung einer Widerklage ist ohne Weiteres zulässig (Zöller/Gummer/Heßler, § 524 ZPO, Rn. 39 m.w.N.). Die Voraussetzungen des § 533 ZPO sind ebenfalls gegeben. Die Widerklage ist sachdienlich und stützt sich auf Tatsachen, die nach § 529 ZPO der Verhandlung und Entscheidung über die Berufung der Klägerin zugrunde zu legen sind.

In der Sache besteht der geltend gemachte Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB, da die im Widerklageantrag bezeichneten Teilerbbaurechte unstreitig durch Zeitablauf zum 31. Dezember 2002 erloschen sind, das Grundbuch insoweit also unrichtig mit dem Erlöschen der Erbbaurechte zu Lasten der Beklagten unrichtig geworden ist.

C. Nebenentscheidungen

Gründe, die eine Zulassung der Revision rechtfertigen könnten (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf den § 92 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 ZPO sowie auf den Regelungen in dem zwischen den Parteien am 22. Juni 2004 geschlossenen Teilvergleich.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den § 708 Nr. 10, §§ 711, 709 Satz 2 ZPO.