

ju

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

009

BGB § 319

Fällt der ursprünglich vereinbarte Schiedsgutachter weg und vermögen sich die Beteiligten über die Person eines im Vertrag ersatzweise dafür vorgesehenen Dritten (hier: eine "andere amtliche Schätzstelle") nicht zu einigen, so wird die geschuldete Leistung in entsprechender Anwendung des § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB durch gerichtliches Urteil bestimmt.

Urt. v. 14. Juli 1971 - V ZR 54/70 - OLG Celle

LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 54/70

URTEIL

Verkündet am

14. Juli 1971

Hirth

Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadt W [REDACTED], vertreten durch
den Oberstadtdirektor,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Bauingenieur Horst F [REDACTED] in W [REDACTED],
S [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1971
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin
und der Bundesrichter Dr. Rothe, Hill, Offterdinger
und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Cel-
le vom 6. März 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des Re-
visionsverfahrens, an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Stadtgemeinde, der mehr als die
Hälfte der in ihrem Stadtgebiet gelegenen Grundstük-
ke zu Eigentum gehört, hat mit zahlreichen Personen
Erbbaurechtsverträge geschlossen. Insbesondere be-
stellte sie dem Beklagten durch notariellen Vertrag
vom 17. Mai 1960 - mit Nachtragsvereinbarungen vom
2. November 1961 und 9. Oktober 1962 - zur Errich-



tung eines Wohn- und Geschäftshauses ein Erbbaurecht für 99 Jahre an ihrem 939 qm großen Grundstück Rabenbergstraße 30 c. Den jährlichen Erbbauzins setzten die Vertragspartner auf 591,50 DM fest, und der (formularmäßige) Erbbaurechtsvertrag enthielt darüber in Nr. 6 Abs. 4 folgende weitere Bestimmung:

"Die Stadt als auch der Erbbauberechtigte sind berechtigt, bei einer wesentlichen Änderung des Wertes des Erbbaugrundstückes oder der allgemeinen Wirtschafts- und Währungsverhältnisse - als wesentliche Änderungen werden nur solche über 20 % angesehen - eine Anpassung des Erbbauzinses an die veränderten Umstände zu verlangen, durch die eine billige und angemessene Verzinsung des Grundstückswertes gewährleistet wird. Einigen sich die Vertragsparteien über die Höhe des neu festzusetzenden Erbbauzinses nicht, so soll die Preisbehörde oder eine andere amtliche Schätzstelle entscheiden."

Als die Klägerin im Dezember 1963 auf Grund dieser Vertragsklausel eine Erhöhung des Erbbauzinses ab Januar 1964 verlangte, lehnte der Beklagte das ab. Andere Erbbauberechtigte, in deren Verträgen die gleiche Klausel enthalten ist, widersetzten sich ebenfalls einer Zinserhöhung. Daraufhin wandte sich die Klägerin an den Regierungspräsidenten in I [REDACTED] in seiner Eigenschaft als Preisbehörde. Der Regierungspräsident verwies sie auf die inzwischen durch das Bundesbaugesetz eingetretene Freigabe der Grundstückspreise und vertrat den Standpunkt, daß die ihm unterstellte Preis-

überwachungsstelle zur Erstattung von Schiedsgutachten nicht befugt sei; er müsse deshalb ein Tätigwerden seiner Behörde in dieser Angelegenheit ablehnen.

Nachdem die Klägerin den Beklagten in der Folgezeit noch mehrfach vergeblich aufgefordert hatte, in eine Erbbauzinserhöhung zu willigen, hat sie gegen Ende Januar 1969 die vorliegende Klage erhoben, mit der zunächst die Feststellung begehrt wurde, daß der Beklagte verpflichtet sei, für das Jahr 1964 über die im Erbbaurechtsvertrag festgelegte Summe hinaus einen weiteren, durch die Preisbehörde oder eine andere amtliche Schätzstelle oder gegebenenfalls durch das ordentliche Gericht noch zu bestimmenden Betrag als Erbbauzins zu zahlen. Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil die Klägerin auf Leistung klagen könne und infolgedessen kein Interesse an der begehrten Feststellung habe.

In der Berufungsinstanz ist die Klägerin zur Leistungsklage übergegangen und hat unter Vorlage eines von dem "Gutachterausschuß für die Stadt W[REDACTED]-[REDACTED]" erstatteten "Schiedsgutachtens", dem zufolge der angemessene Erbbauzins für das Grundstück R[REDACTED]-straße 30 c seit 1964 jährlich 3 140,20 DM beträgt, vom Beklagten Zahlung des Unterschiedsbetrages für die Jahre 1964 bis 1966, hilfsweise auch für 1967 bis 1969, in Höhe von insgesamt 7 646,10 DM nebst Zinsen gefordert; ihr bisheriges Feststellungsbegehren hat sie, unter Ausdehnung auf die Jahre 1965 und 1966, als Hilfsantrag aufrechterhalten. Der Beklagte ist

dem entgegengetreten und hat vor allem das Fehlen des vertraglich vorgesehenen Schiedsgutachterverfahrens beanstandet: mit der Einschaltung jenes Ausschusses - dessen ehrenamtliche Mitglieder von der Klägerin in ihr Amt berufen worden und daher befangen seien - könne er sich nicht einverstanden erklären, vielmehr müsse der Schiedsgutachter von beiden Parteien gemeinsam bestellt werden. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß die Klage hinsichtlich des Zahlungsanspruches als unbegründet abgewiesen werde.

Mit der im Berufungsurteil zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge aus der Vorinstanz weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Ob die neue Antragstellung der Klägerin im zweiten Rechtszug eine Klageänderung und diese bejahendenfalls sachdienlich war (§ 264 ZPO), bedarf keiner Erörterung. Denn das Berufungsgericht hat, ohne zum Änderungsproblem abschließend Stellung zu nehmen, jedenfalls die Sachdienlichkeit bejaht. Dies ist einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen (§ 270 ZPO).

2. Zutreffend geht das angefochtene Urteil davon aus, daß gegen die Rechtswirksamkeit der Anpassungsklausel in Nr. 6 Abs. 4 des Erbbaurechtsvertrages keine begründeten Bedenken bestehen. Die Klausel läuft insbesondere nicht dem Bestimmtheitserfordernis des § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO zuwider, da ihr nach dem Willen der Vertragschließenden ersichtlich bloß schuldrechtliche Wirkung zukommen sollte (BGHZ 22, 220). Eine Genehmigung gemäß § 3 Satz 2 WährG ist nicht erforderlich; denn die Höhe der vom Erbbauberechtigten jeweils zu entrichtenden Geldbeträge wird in der Klausel nicht unmittelbar von einer Änderung der vereinbarten Bezugsgrößen - Grundstückswert oder allgemeine Wirtschafts- und Währungsverhältnisse - abhängig gemacht, sondern muß erst durch eine weitere selbständige Maßnahme - "Anpassung" an die veränderten Umstände - ermittelt werden (Urteil des erkennenden Senats vom 30. Oktober 1970, V ZR 4/68, WM 1971, 39, 40, mit Nachweisen).

3. Daß der Wert des Erbbaugrundstücks zu Beginn des Jahres 1964 und in der Folgezeit um mehr als 20 % höher war als bei Vertragsabschluß, hat der Beklagte nicht substantiiert in Abrede gestellt. Die Voraussetzungen, unter denen die Klägerin nach Nr. 6 Abs. 4 des Erbbaurechtsvertrages eine Neufestsetzung des Erbbauzinses verlangen darf, sind daher erfüllt. Über die Höhe der fortan dem Beklagten obliegenden Zinszahlungen haben sich die Parteien nicht zu einigen vermocht. Infolgedessen kommt der letzte Satz jener Vertragsklausel zum Zuge, wonach "die Preisbehörde oder eine

andere amtliche Schätzstelle entscheiden" soll. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um Bestimmung der geschuldeten Leistung durch einen Dritten im Sinne der §§ 317 ff BGB; die Aufgabe der genannten Schätzstelle soll darin bestehen, den Vertragsinhalt durch rechtsgestaltende Festsetzung des nunmehr angemessenen, den veränderten wirtschaftlichen Umständen entsprechenden Erbbauzinses zu ergänzen, und zwar, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, durch Erstattung eines sogenannten Schiedsgutachtens (über diesen Begriff und seine Abgrenzung gegenüber dem hier nicht in Frage kommenden schiedsrichterlichen Verfahren vgl. Urteil des Senats vom 29. Januar 1971, V ZR 97/68). Insoweit sind sich die Beteiligten einig. Streit herrscht jedoch über die Person dessen, der im vorliegenden Fall das Schiedsgutachten zu erstatten hat.

Die im Erbbaurechtsvertrag in erster Linie als Schiedsgutachter vorgesehene Preisbehörde ist mit dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes weggefallen (vgl. § 185 aaO); nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil wurde zwar bei der Bezirksregierung in Lüneburg eine Preisüberwachungsstelle eingerichtet, aber der Aufgabenkreis dieser Abteilung erstreckt sich nicht auf die Ermittlung von Grundstückswerten, und der Regierungspräsident hat eine Gutachtenerstattung durch seine Behörde ausdrücklich abgelehnt. Scheidet mithin die Preisbehörde aus, so fragt sich, ob eine andere "amtliche Schätzstelle" vorhanden ist, die

nach dem Willen der Partner des Erbbaurechtsvertrages tätig werden soll. Die Klägerin meint, hierfür komme allein der bei ihrer Stadtverwaltung nach den Vorschriften der §§ 136 ff BBauG gebildete örtliche Gutachterausschuß in Betracht; von ihr hat sie sich demgemäß ein "Schiedsgutachten" erstatten lassen, das sie zur Grundlage ihres Zahlungsbegehrens macht.

Das Berufungsgericht ist dem nicht gefolgt. Es erblickt in den Zahlenangaben jenes Gutachtens über Grundstückswert und daraus zu errechnende Erbbauzinshöhe keine für den Beklagten verbindliche Leistungsbestimmung. Wenn im Erbbaurechtsvertrag die Neufestsetzung des Erbbauzinses der Preisbehörde oder einer anderen amtlichen Schätzstelle übertragen worden sei, könne dies trotz scheinbar gegenteiligen Wortlauts nicht im Sinne eines Wahlrechts für jede Partei verstanden werden. Die Vertragsschließenden hätten vielmehr nur eine einzige Stelle, nämlich die Preisbehörde, als leistungsbestimmenden Dritten eingesetzt. Für den Fall, daß diese Behörde im maßgebenden Zeitpunkt nicht mehr bestehen oder aus sonstigen Gründen ausfallen sollte, sei von ihnen lediglich insoweit Vorsorge getroffen worden, als sie dann eine andere amtliche Stelle - die allerdings ebenfalls eine "Schätzstelle" sein müsse - hätten vereinbaren wollen; über die Identität eines solchen Ersatzschiedsgutachters habe man aber bei Vertragsabschluß noch keinerlei, jedenfalls keine übereinstimmenden Vorstellungen gehabt und infolgedessen im Vertrage auch nichts angeben können.

Von diesem Vertragsinhalt ausgehend stellt das angefochtene Urteil fest, daß eine Vereinbarung darüber, wer nach dem Ausfall der Preisbehörde nunmehr das Schiedsgutachten zu erstatten habe, bisher nicht zustande gekommen sei. Der "Gutachterausschuß für die Stadt W [REDACTED]" sei nicht von beiden Parteien zum Ersatzschiedsgutachter bestellt worden; der Beklagte habe dessen einseitige Bestellung durch die Klägerin weder genehmigt, noch wolle er dies in Zukunft tun. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts müßte deshalb die Klägerin, bevor sie einen erhöhten Erbbauzins verlangen kann, sich erst mit dem Beklagten über die Person des Ersatzschiedsgutachters verständigen und ihn notfalls auf Abschluß eines den Erbbaurechtsvertrag ergänzenden Vertrages hierüber verklagen. Die erhobene Zahlungsklage sei daher unbegründet, und für das hilfsweise geltend gemachte Feststellungsbegehren fehle es an einem rechtlichen Interesse.

Diese Urteilsausführungen werden von der Revision als fehlerhaft bekämpft. Ihr ist zuzugeben, daß sie jedenfalls im Ergebnis die klageabweisende Entscheidung nicht rechtfertigen.

4. Keinen Bedenken unterliegt freilich der Ausgangspunkt des Urteils, wonach das in Nr. 6 Abs. 4 des Erbbaurechtsvertrages vorgesehene Schiedsgutachterverfahren bislang nicht stattgefunden hat. Wenn demgegenüber die Revision auf die Darlegungen des Gut-

achterausschusses verweist, der automatisch an die Stelle der nicht mehr bestehenden Preisbehörde getreten sei und daher mit seinem "Schiedsgutachten" den ab Januar 1964 geschuldeten Erbbauzins rechtsverbindlich festgesetzt habe (§§ 317, 318 BGB), greift sie damit lediglich die tatrichterliche Vertragsauslegung an. Diese aber läßt keinen Rechtsfehler erkennen und ist infolgedessen für den Senat bindend (§ 561 Abs. 2 ZPO). Daß sie "unmöglich und keinesfalls mit Sinn und Zweck des Vertrages zu vereinbaren" sei, trifft nicht zu.

Als irrig erweist sich insbesondere die Auffassung der Revision, die streitige Vertragsklausel sei durch den Wegfall der Preisbehörde eindeutig geworden und damit einer Auslegung überhaupt entzogen. Ob die gemäß § 137 BBauG bei den kreisfreien Städten und den Landkreisen zu bildenden selbständigen Gutachterausschüsse heutzutage die einzigen amtlichen Schätzstellen für Grundstückswerte sind und es sonst, wie die Revision behauptet, "in unserem Lande" keine vergleichbaren Einrichtungen mehr gibt, mag dahinstehen. Hieraus ergäbe sich keineswegs zwingend, daß aus der großen Zahl dieser Ausschüsse nur ein bestimmter einzelner, und noch dazu gerade der bei der klagenden Stadtgemeinde, als "andere amtliche Schätzstelle" im Sinne jener Klausel in Betracht käme. Zu der Annahme, letzteres habe dem übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden entsprochen, war der Tatrichter nicht

genötigt; denn der Beklagte konnte, auch wenn seine Zweifel an der Unbefangenheit der Mitglieder dieses Ausschusses objektiv unbegründet sein sollten, doch von seinem persönlichen Standpunkt aus Bedenken nach dieser Richtung haben. Infolgedessen kommt es auf das, was die Revision über die besondere Sachkunde und völlige Weisungsunabhängigkeit der Ausschußmitglieder vorbringt (unter Hinweis auf § 139 BBauG), nicht an. Gleiches gilt von ihren Ausführungen über den gesetzlich umrissenen Aufgabenkreis der Gutachterausschüsse.

Soweit die Revision das Unterbleiben einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB rügt, die nach ihrer Meinung unzweifelhaft die Zuständigkeit des Gutachterausschusses der Stadt W [REDACTED] ergeben hätte, wird von ihr übersehen, daß es hier an einer Vertragslücke fehlt. Sie läge vor, wenn das Vereinbarte innerhalb seines tatsächlich gegebenen Rahmens einen offengebliebenen Punkt aufwiese, den die Vertragspartner abschließend zu regeln unterlassen hätten (BGHZ 9, 273, 277; Urteil des Senats vom 14. März 1969, V ZR 174/65, WM 1969, 769, 770). Die Parteien haben indessen, wie das angefochtene Urteil feststellt, bereits bei Vertragsabschluß die Möglichkeit eines späteren Wegfalls des ursprünglich vorgesehenen Schiedsgutachters ins Auge gefaßt und sie dahin geregelt, daß man alsdann einen Ersatzschiedsgutachter, der eine amtliche Schätzstelle sein müsse, vereinbaren werde. Angesichts dieser Regelung ist für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum.

5. Mit Recht wendet sich jedoch die Revision gegen den vom Berufungsgericht aus seiner Vertragsauslegung gezogenen Schluß, die Klägerin müsse den Beklagten, falls die Parteien sich über die Person des Ersatzschiedsgutachters nicht einigen könnten, zunächst in einem neuen Prozeß auf Abschluß einer entsprechenden Vereinbarung (eines "den Erbbaurechtsvertrag ergänzenden Vertrages") verklagen.

Gegen die Annahme, daß jemand verpflichtet sei, einen Vertrag bestimmten Inhalts abzuschließen, bestehen allerdings keine grundsätzlichen Bedenken. Eine derartige Verpflichtung könnte sich insbesondere aus einem anderen, zeitlich vorangehenden Vertrag ("Vorvertrag") ergeben, sofern dieser ein solches Maß an Bestimmtheit aufweist, daß im Streitfall der Inhalt des weiteren, in Zukunft abzuschließenden Vertrages durch Richterspruch festgesetzt werden kann; die Vereinbarungen im Vorvertrag müssen den erforderlichen Anhalt gewähren, um die noch fehlende Einigung der Vertragsbeteiligten später richterlich zu ergänzen (RGZ 156, 129, 138; vgl. zum Begriff des Vorvertrags auch BGH NJW 1962, 1812, 1813). Prüft man indessen unter diesem Gesichtspunkt die Abrede in Nr. 6 Abs. 4 des Erbbaurechtsvertrages, worin nach tatrichterlicher Auslegung die Bereitschaft der Vertragsschließenden zum Ausdruck gekommen ist, bei Wegfall der Preisbehörde eine andere amtliche Schätzstelle als Schiedsgutachter zu vereinbaren, so erscheint bereits zweifelhaft, ob sich aus einem Vorvertrag dieser Art ein klagbarer Anspruch auf Vereinbarung, daß eine erst noch zu bestim-

mende Person Ersatzschiedsgutachter sein solle, herleiten läßt. Aus welchem Rechtsgrunde das angerufene Gericht gezwungen wäre, aus der großen Zahl der in Betracht kommenden amtlichen Schätzstellen gerade diejenige, die von der Klägerin gewünscht wird - etwa den bei ihrer Stadtverwaltung gebildeten Gutachterausschuß - als Dritten im Sinne der §§ 317, 318 BGB festzusetzen, ist nicht ersichtlich. Mit einem allgemein gehaltenen, den Beklagten lediglich zum Abschluß einer Vereinbarung über die Person jenes Dritten verurteilenden gerichtlichen Erkenntnis wäre dagegen der Klägerin schwerlich gedient; sie könnte daraus nicht mit Erfolg vollstrecken, weil es an geeigneten Zwangsmitteln gegenüber dem Beklagten gebricht, sich mit der Klägerin auf eine bestimmte amtliche Schätzstelle als Ersatzschiedsgutachter zu einigen.

Aber auch abgesehen von diesen Bedenken würde, wie die Revision zutreffend rügt, die vom Oberlandesgericht für notwendig erachtete Handhabung im vorliegenden Fall zu schwerwiegenden, mit dem Gebot der Prozeßwirtschaftlichkeit und Sicherheit im Rechtsverkehr kaum zu vereinbarenden Folgen führen. Der Klägerin würde dadurch die Verwirklichung ihres vertraglichen Anspruchs auf Neufestsetzung des Erbbauzinses in unzumutbarer Weise erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Sie müßte zunächst einen neuen Rechtsstreit anstrengen mit einem Klagebegehren, das nicht nur hinsichtlich der richtigen Antragstellung Zweifel offen läßt, sondern das sie selbst von ihrem Standpunkt aus

für unbegründet hält. Ob das anzurufende Gericht die Rechtsauffassung des angefochtenen Urteils teilen und den Beklagten zum Abschluß einer ergänzenden Vereinbarung verurteilen wird, ist im voraus nicht abzusehen; weist es die Klage ab und erlangt diese Entscheidung Rechtskraft, so würde die Klägerin überhaupt rechtlos gestellt. Auch wenn sie jedoch mit ihrer neuen Klage Erfolg hätte und die Einsetzung eines bestimmten Ersatzschiedsgutachters erreichte, wäre nicht auszuschließen, daß das alsdann zu erstattende Schiedsgutachten von einer der Parteien als offenbar unbillig beanstandet wird (§ 319 Abs. 1 BGB) und es darüber noch zu einem dritten, möglicherweise durch sämtliche Instanzen betriebenen Prozeß kommt.

Bei der geschilderten Sachlage war die Klägerin, entgegen der vom Beklagten in der Revisionsverhandlung vertretenen Meinung, auch nicht gehalten, ihm eine bestimmte "andere amtliche Schätzstelle" als Ersatzschiedsgutachter vorzuschlagen.

Es muß deshalb nach einem Weg gesucht werden, um die Schwierigkeiten, die sich aus der von den Parteien getroffenen vertraglichen Regelung ergeben, zu vermeiden. Für eine den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht werdende Lösung bietet sich der § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB an, auf den übrigens die Klägerin während des zweiten Rechtszuges wiederholt hingewiesen hatte (Schriftsätze vom 24. Oktober 1969, S. 3,

und vom 16. Februar 1970, S. 2 und 6). Nach dieser Vorschrift hat die - an sich einem Dritten übertragene - Bestimmung der geschuldeten Leistung durch gerichtliches Urteil zu geschehen, "wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert".

Daß dies bei der ursprünglich als Schiedsgutachter vorgesehenen Preisbehörde der Fall ist, steht außer Streit: sie besteht nicht mehr seit Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes, und die jetzige Preisüberwachungsstelle bei der Bezirksregierung darf angesichts der Weigerung des Regierungspräsidenten nicht tätig werden. Hinsichtlich der "anderen amtlichen Schätzstelle", die laut Erbbaurechtsvertrag Ersatzschiedsgutachter sein soll, fehlt es zwar, wenn man unmittelbar auf den Gesetzeswortlaut abstellt, an den genannten Voraussetzungen; denn da mangels Einigung der Parteien nicht feststeht, welche konkrete Schätzstelle zur Begutachtung berufen ist, liegt auch kein Nichtkönnen, Nichtwollen oder Verzögern auf seiten des Dritten vor. Aber dieser Umstand stellt keinen Hinderungsgrund dar, den § 319 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB jedenfalls entsprechend anzuwenden. Nach dem unverkennbaren Sinn und Zweck dieser Vorschrift soll, um einen vertraglich nicht geregelten Zustand auszuschließen, die geschuldete Leistung dann durch das Gericht bestimmt werden, wenn sich die von den Vertragspartnern in erster Linie gewollte Bestimmung durch einen Dritten als nicht durchführbar erweist. Die Tätigkeit des Dritten ist in derartigen Fällen

nicht das einzige Mittel zur Behebung der Unbestimmtheit; versagt es, so tritt das dafür zuständige Gericht in seine Funktion (Planck/Siber, BGB 4. Aufl. § 319 Bem. 2; vgl. auch Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Bearbeitung § 5 II d, S. 28, und BAG BB 1969, 579). Wenn das schon gilt bei Vorhandensein eines Dritten, der nur die ihm gestellte Aufgabe nicht erfüllt oder zu erfüllen vermag, dann muß gleiches erst recht in einem Falle wie dem vorliegenden geschehen, wo der ursprünglich vereinbarte Schiedsgutachter weggefallen und ein ersatzweise dafür vorgesehener Dritter - entgegen der Ansicht des Berufungsrichters - nicht bestimmbar ist.

Anstatt die Klägerin auf einen neuen Prozeß zu verweisen, hätte daher das Oberlandesgericht gemäß § 319 Abs. 1 BGB in der Sache selbst entscheiden müssen.

6. Da das angefochtene Urteil aus dem angeführten Grunde nicht aufrechterhalten werden kann, vielmehr die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen ist (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO), erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Rügen der Revision. Zu diesen sei lediglich bemerkt, daß die Abweisung des auf Feststellung gerichteten Hilfsantrages nicht zu beanstanden ist; denn mit Rücksicht auf ihre Leistungsklage fehlt der Klägerin ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 ZPO), und sie ist, soweit die Klage rechtzeitig erhoben wurde, auch gegen einen Verjährungseintritt geschützt (§ 209 Abs. 1 BGB).

In der neuen mündlichen Verhandlung wird das Berufungsgericht, zweckmäßigerweise unter Zuziehung von Sachverständigen, die den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Höhe des Erbbauzinses zu ermitteln haben. Dabei sind die gesamten Umstände des Falles einschließlich des Inhalts der Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen (Urteil des Senats vom 30. Oktober 1970, V ZR 4/68, WM 1971, 39).

Dem Berufungsgericht ist auch die vom endgültigen Prozeßausgang abhängige Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Dr.Augustin

Rothe

Hill

Offterdinger

Dr.Grell