

Klausel zusätzlich festgelegte Frist von zwei Jahren seit dem Tage der Übergabe.

f) Die danach maßgebliche fünfjährige Gewährleistungsfrist hätte mithin frühestens Ende März 1985 ablaufen können. Schon vorher haben die Kläger jedoch die jetzt noch umstrittenen Mängel, und zwar auch den Mangel am Schacht der für die Heizung benötigten Hebeanlage, hinreichend substantiiert und mit ihren verschiedenen Klageerweiterungen geltend gemacht. Auf die vom Berufungsgericht verneinte Frage, ob das Beweissicherungsverfahren geeignet gewesen sei, die Verjährung für alle dort gerügten Mängel zu unterbrechen, kommt es deshalb nicht mehr an.

III. Soweit die Klage wegen eines Betrages von 62.516,44 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist, kann das angefochtene Urteil nach alledem nicht bestehen bleiben.

6. AGBG § 11 Nr. 10 f., 23; VOB/B § 13 A; BGB § 638 (Unwirksamkeit der isolierten VOB/B-Gewährleistungsregelung im einzelnen Bauträgervertrag)

Auch die in einem einzelnen Bau- oder Bauträgervertrag enthaltene „isolierte“ Vereinbarung der Gewährleistungsregelung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B ist unwirksam, wenn sie auf eine vom Unternehmer/Auftragnehmer/Bauträger gestellte Vertragsbedingung zurückgeht (Er-gänzung zu BGHZ 96, 129 [= MittBayNot 1985, 250 = DNotZ 1986, 17]; BGH NJW 1986, 713 [= MittBayNot 1986, 17 = DNotZ 1986, 269]; 1987, 837).

BGH, Urteil vom 7.5.1987 — VII ZR 129/86 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Gemäß notariellem Vertrag vom 18. März 1981 erwarben der Kläger und seine Ehefrau von der Beklagten zu 1 ein „Grundstück einschließlich Einfamilienhaus mit einkommensteuerrechtlich relevanter Einliegerwohnung sowie Doppelgarage“. Nach § 10 des Vertrages richtet sich die Gewährleistung „nach den Bestimmungen der VOB/B“ und nachfolgenden Vertragsbedingungen, die u. a. die bloß subsidiäre Haftung der Beklagten zu 1 vorsehen. Das Haus, das bei Vertragsschluß im Rohbau annähernd fertig war, wurde am 15. April 1981 abgenommen, nachdem mit Bauschein vom 24. März 1981 die Genehmigung für den Einbau von Wänden und Installationen im Kellergeschoß (Einliegerwohnung) erteilt worden war. Unter dem 5. Mai 1981 bescheinigte das Bauamt die Besichtigung des Hauses mit Einliegerwohnung ohne Beanstandung. Als der Kläger später die Einliegerwohnung steuerlich geltend machte, wurde auf Veranlassung des Finanzamtes vom Bauamt am 14. März 1983 festgestellt, daß die lichte Höhe der Kellerräume zu gering war. Daher lehnte das Finanzamt mit Schreiben vom 19. Mai 1983 die Artfortschreibung vom Einfamilienhaus in ein Zweifamilienhaus ab. Auch ein Antrag des Klägers auf Ausnahmegenehmigung hatte keinen Erfolg.

Der Kläger, der sich von den Beklagten arglistig getäuscht fühlt, hat Ende Dezember 1983 323.635,34 DM Schadensersatz nebst Zinsen gegen die Beklagten zu 1 als Bauträgerin, die Beklagten zu 2 und 3 als Architekten und die Beklagten zu 4 und 5 als persönlich haftende Gesellschafterinnen der Beklagten zu 1 eingeklagt. Die Beklagten haben die Einrede der Verjährung erhoben und den Vorwurf arglistiger Täuschung zurückgewiesen. Außerdem haben die Beklagten zu 2 und 3 bestritten, überhaupt an dem Vertrag beteiligt zu sein.

Das Landgericht hat durch Grund- und Tellurteil die Klage gegen den Beklagten zu 3 insgesamt und gegen die anderen Beklagten in Höhe von 61.748 DM (angeblicher Steuernachteil) abgewiesen. Im übrigen hat es die Klage gegen die Beklagten zu 1, 2, 4 und 5 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Diese sowie der Kläger haben Berufung eingereicht. Während des zweiten Rechtszuges haben der Kläger und seine Ehefrau das Haus weiterveräußert. Der Kläger, an den die Ansprüche seiner Ehefrau abgetreten worden sind, hat daraufhin die Klagesumme in erster Linie als Ersatz des positiven Interesses, hilfswise des negativen Interesses verlangt.

Das Oberlandesgericht hat die Klage wegen Verjährung ganz abgewiesen. Durch Beschuß vom 4. Dezember 1986 hat der Senat die Revision des Klägers im Kostenpunkt und nur insoweit angenommen, als sie sich gegen die Beklagten zu 1, 4 und 5 richtet. In diesem Umfang verfolgt der Kläger das Rechtsmittel weiter.

#### Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht läßt offen, ob hier Kauf- oder Werkvertragsrecht anzuwenden sei. Auch im letzteren Fall sei die Gewährleistungsfrist nach § 13 Nr. 4 VOB/B am 15. April 1983 abgelaufen, also weit vor Klageerhebung. Dem Haus habe zwar eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt, jedoch könne nicht festgestellt werden, daß dieser Mangel den Erwerbern arglistig verschwiegen worden sei. Der Schadensersatzanspruch sei daher verjährt.

Dagegen wendet sich die Revision des Klägers mit Erfolg.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs richten sich Ansprüche des Erwerbers wegen Sachmängel an neuerrichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluß bereits fertiggestellt sein (BGHZ 74, 204, 206 [= DNotZ 1979, 741]; 74, 258, 268 f. [= MittBayNot 1979, 153]; 87, 112, 117; 92, 123, 126 [= MittBayNot 1984, 179]; NJW 1981, 2344, 2345 [= DNotZ 1982, 125]; 1982, 2243 [= MittBayNot 1982, 117 = DNotZ 1982, 626]; 1985, 1551 [= MittBayNot 1985, 116 = DNotZ 1985, 622]; zuletzt Urteil vom 20. Februar 1986 — VII ZR 318/84 = BauR 1986, 345 [= MittBayNot 1986, 120 = DNotZ 1986, 610], jeweils m. w. N.). Dabei ist es ohne Bedeutung, daß die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnen (BGHZ 74, 204, 207; 74, 258, 269; 87, 112, 117 jeweils m. w. N.). Da es sich hier um einen Sachmangel (unzureichende Raumhöhe für eine Kellerwohnung) handelt, ist auf die Gewährleistung nach dem Erwerbsvertrag Werkvertragsrecht anzuwenden.

2. In einem Bau- oder Bauträgervertrag kann die Gewährleistungsregelung der VOB/B formularmäßig „isoliert“ zumindest insoweit nicht wirksam vereinbart werden, als damit die Gewährleistungsfrist des § 638 BGB verkürzt wird (BGHZ 96, 129 [= MittBayNot 1985, 250 = DNotZ 1986, 17]; BGH NJW 1986, 713, 714 [= MittBayNot 1986, 17 = DNotZ 1986, 269] — in BGHZ 96, 146 nicht mitabgedruckt). Das gilt nicht nur, wenn die Regelung des § 13 VOB/B „isoliert“ in einem vom Unternehmer/Bauträger verwendeten Formularvertrag, der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuzuordnen ist, vereinbart wird (wie es in den beiden angeführten Fällen war), sondern auch, wenn es in einem einzelnen, vom Unternehmer/Bauträger (bzw. für ihn) abgefaßten Vertrag geschieht. Denn die Bestimmungen des § 13 VOB/B stellen schon für sich Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, die durch bloße Inbezugnahme oder Wiedergabe ihres Wortlauts, also ohne „ausgehandelt“ worden zu sein (vgl. dazu Senatsurteil vom 9. Oktober 1986 — VII ZR 245/86 = BauR 1987, 113 = ZfBR 1987, 40), Vertragsinhalt werden können — wie sie es hier auch geworden sind — und dann der Kontrolle nach dem AGBG unterliegen. Eine vom Unternehmer/Auftragnehmer/Bauträger gestellte Vertragsbedingung, in der lediglich auf § 13 VOB/B verwiesen wird, verstößt jedoch gegen § 11 Nr. 10 f AGBG und ist damit unwirksam (Senatsurteil NJW 1986, 713, 714). Anders ist es nur, wenn die VOB/B ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen im ganzen zur Vertragsgrundlage gemacht wird und werden kann (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG; BGHZ 86, 135, 142 [= MittBayNot 1983, 117 = DNotZ 1983, 480]; 96, 129, 133) oder wenn die „isolierte“ Ver-

einbarung des § 13 VOB/B auf eine vom Besteller/Auftraggeber gestellte Vertragsbedingung zurückgeht (Senatsurteil NJW 1987, 837).

Die Gewährleistungsfrist beträgt daher hier nicht zwei, sondern gemäß § 638 BGB fünf Jahre. Der — im Revisionsrechtszug zu unterstellende — Schadensersatzanspruch der Hausbesitzer ist nicht verjährt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Beklagte zu 2, der bei Abschluß des Vertrages für die Beklagte zu 1 aufgetreten ist, arglistig gehandelt hat.

3. Das Berufungsgericht hat rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß dem vom Kläger und seiner Ehefrau erworbenen Haus eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt hat, nämlich die „einkommensteuerrechtlich relevante Einliegerwohnung“, wie sie in dem notariellen Erwerbsvertrag ausdrücklich aufgeführt worden ist. Damit war das von der Beklagten zu 1 hergestellte Werk mangelhaft.

Der Mangel beruht auch auf einem Umstand, den die Beklagte zu 1 zu vertreten hat (§ 635 BGB). Dabei müßte die Beklagte zu 1 beweisen, daß sie kein Verschulden trifft (BGHZ 48, 310; BGH NJW 1983, 1721, 1732 jeweils m. w. N.). Diesen Beweis hat sie nicht geführt und kann sie auch nicht führen. Es ist ihre Sache, wenn sie eine solche Zusicherung gibt, sich nach den nötigen Voraussetzungen für etwaige Ausnahmegenehmigungen zu erkundigen und diese dann auch zu schaffen. Gelingt ihr das nicht, so muß sie für den Mangel einstehen. Dabei gehen etwaige Risiken, die hinsichtlich der Genehmigung und der steuerrechtlichen Anerkennung der Kellerwohnung von Anfang an bestanden haben mögen, nach Lage des Falles zu Lasten der Beklagten zu 1, die diese Risiken am ehesten überblicken und bewerten konnte. Damit steht die Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 1 gemäß § 635 BGB dem Grunde nach fest. Für diese Verbindlichkeiten haften die Beklagten zu 4 und 5 nach § 128 HGB.

#### 7. ErbauVO § 5 Abs. 1, § 7 Abs. 1 und 3, § 8 (Eigentümerzustimmung bei der Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts)

a) Der die Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts betreibende Gläubiger ist berechtigt, den Anspruch aus § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbauVO auf Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts geltend zu machen und die gerichtliche Ersetzung der verweigerten Zustimmung nach § 7 Abs. 3 ErbauVO zu beantragen.

b) Mit der Bestellung eines Erbbaurechts verfolgter Zweck im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbauVO kann auch die Erzielung von Erbbauzins sein.

c) Hat der Grundstückseigentümer der Belastung des Erbbaurechts mit einem gegenüber der Erbbauzinsreallast vorrangigen Grundpfandrecht zugestimmt und wird aus diesem Grundpfandrecht die Zwangsversteigerung betrieben, so wird die nach § 5 Abs. 1, § 8 ErbauVO für den Zuschlag erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers ohne ausreichenden Grund im Sinne des § 7 Abs. 3 Satz 1 ErbauVO verweigert und ist nach § 7 Abs. 3 ErbauVO zu ersetzen, wenn die Verweigerung der Zustimmung lediglich darauf gestützt wird, daß die Erbbauzinsreallast infolge des Zuschlags erlischt und daß der Meistbietende nicht bereit ist, in die schuldrechtlichen Verpflichtungen des zahlungsunfähigen Erbbauberechtigten hinsichtlich des Erbbauzinses einzutreten.

BGH, Beschuß vom 26.2.1987 — V ZB 10/86 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Antragsgegner sind Eigentümer der im Grundbuch von S. eingetragenen, insgesamt 463 qm großen Grundstücke Flur 9 Flurstücke 2956, 2995 und 2996. Durch notariellen Vertrag vom 25.6.1979, ergänzt durch notariellen Vertrag vom 22.9.1980, bestellten sie der Firma T. mbH (im folgenden: Erbbauberechtigte) an diesen Grundstücken ein Erbbaurecht auf die Dauer von 99 Jahren. In § 2 des Vertrages vom 25.6.1979 ist ein als Reallast einzutragender jährlicher Erbbauzins von 1,80 DM je qm und in § 3 eine Anpassungsklausel hierzu vereinbart. § 8 dieses Vertrages lautet wie folgt:

„1) Zu jeder Veräußerung oder Übertragung des Erbbaurechts bedarf der Erbbauberechtigte der vorherigen Zustimmung des Grundstückseigentümers. Das gleiche gilt für die Belastung des Erbbaurechts mit Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden, Reallasten, Dauerwohn- und Dauernutzungsrechten (§ 31 WEG) ...“

2) Der Grundstückseigentümer ist verpflichtet, die Belastungen für die Erstbebauung, die mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar sind, zu genehmigen und ihnen, soweit erforderlich, den Vorrang vor Erbbauzins, Vorkaufsrecht und Vormerkung einzuräumen. Den Belastungen vor Erbbauzins, Vorkaufsrecht und Vormerkung ist der Vorrang nur bis zu 80 v.H. der Gesamtherstellungskosten zu gewähren.“

Das Erbbaurecht wurde — einschließlich der vereinbarten Verfügbungsbeschränkungen — am 3.11.1980 in das Grundbuch eingetragen; am selben Tag wurde auch das Erbbaugrundbuch angelegt und wurden hierin in Abteilung II zugunsten des jeweiligen Eigentümers der mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücke eingetragen

1. Erbbauzins von jährlich 803,40 DM;
2. Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle und
3. Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erbbauzinsverhöhung.

Am 13.11.1980 wurde in die Abteilung III des Erbbaugrundbuchs für die Antragstellerin eine (brieflose) Grundschuld über 280 000 DM nebst 15% Zinsen eingetragen, und zwar mit Vorrang vor den erwähnten Eintragungen in der Abteilung II. Die Antragsgegner hatten auf Verlangen der Erbbauberechtigten dieser Belastung und der Rangänderung am 10.11.1980 zugestimmt; die Grundschuldbestellungsurkunde war vom Geschäftsführer der Erbbauberechtigten bereits am 25.7.1979 unterzeichnet worden.

Auf Grund Antrags vom 2.12.1981 betreibt die Antragstellerin die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts, und zwar jetzt noch wegen einer erstrangigen Kapitalteillorderung von 44 570,67 DM nebst 15% jährlichen Zinsen seit dem 13.11.1980. Anlaß für die Einleitung des Versteigerungsverfahrens war unstreitig, daß die Antragstellerin für die Erbbauberechtigte Erschließungskosten für das Baugebiet, zu dem auch das hier in Rede stehende Erbbaugrundstück gehört, bezahlt und hierfür keinen Ausgleich durch die Erbbauberechtigte zu erlangen vermocht hat. Diese ist zahlungsunfähig; ein am 25.1.1983 eröffnetes Konkursverfahren wurde am 25.1.1983 mangels einer die Kosten deckenden Masse eingestellt.

Der Verkehrswert des Erbbaurechts wurde vom Versteigerungsgericht auf 32 000 DM festgesetzt. Im Versteigerstermin vom 11.2.1985 gab die Antragstellerin mit 35 000 DM das Meistgebot ab. Eine Entscheidung über den von ihr beantragten Zuschlag erging bisher nicht, weil die Antragsgegner ihre Zustimmung hierzu verweigern.

Im vorliegenden Verfahren beantragt die Antragstellerin, die Zustimmung der Antragsgegner zur Veräußerung des Erbbaurechts im Wege der Zwangsvollstreckung zugunsten der Antragstellerin gemäß § 7 Abs. 3 ErbauVO zu ersetzen.

Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil die — erforderliche — Zustimmung von den Antragsgegner nicht ohne ausreichenden Grund verweigert werde. Denn durch den Zuschlag würden sie Gefahr laufen, den Erbbauzins zu verlieren; im Hinblick auf den erst vor sechs Jahren erfolgten Abschluß des Erbbaurechtsvertrags und die Vermögenslage der Erbbauberechtigten würde damit aber der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck wesentlich beeinträchtigt.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Antragstellerin aus Erwägungen gleicher Art zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Antragstellerin.

Das Oberlandesgericht Hamm möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich daran jedoch gehindert durch die Entscheidung des Kammergerichts vom 21.2.1984, OLGZ 1984, 171 = DNotZ 1984, 384 = Rpfleger 1984, 282, und hat deshalb gemäß § 28 Abs. 2 FGG die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (Beschl. v. 13.3.1986, WM 1986, 1290).