

Ansicht des Berufungsgerichts zu folgen, daß die Klägerin ihren Anspruch auf § 635 BGB stützen kann. Diese Schäden hängen eng mit der fehlerhaften Bauleistung der Beklagten zusammen (vgl. Senatsurteil BGHZ 96, 221, 226 m. w. N.). Im Gegensatz zur Meinung des Berufungsgerichts steht jedoch einem möglichen Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht entgegen, daß sie eine Fristsetzung und Ablehnungsandrohung (§§ 635, 634 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht ausgesprochen hat. Denn nach der Rechtsprechung des Senats ist hier ein Fall gegeben, in dem eine Fristsetzung von vornherein nicht nötig war.

Für einen Mangelfolgeschaden nach § 635 BGB kann nicht nur unter denselben Voraussetzungen Ersatz verlangt werden wie bei denjenigen Schäden, die dem Werk selber anhaften. Geht es um den Ersatz eines Schadens, der neben dem schadenstiftenden Mangel des Werkes entstanden ist, bedarf es keiner Fristsetzung, weil deren Zweck fehlt: Dieser besteht darin, dem Auftragnehmer eine letzte Gelegenheit einzuräumen, das noch mit Mängeln behaftete Werk in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, ehe an deren Stelle die finanziell regelmäßig belastendere Gewährleistung nach § 635 BGB tritt (im einzelnen vgl. Senatsurteil BGHZ 96, 221, 226 m. w. N.). Demgegenüber haben sich die Mängel an den Innenwänden und Fußböden des Kellers erst infolge des fehlerhaften Werkes, der von den Beklagten nicht fachgerecht hergestellten Außenisolierung und Drainage eingestellt, nachdem Anstrich, Tapeten und Teppichböden für sich genommen zunächst keinen Anlaß für Beanstandungen gaben. Selbst wenn der Keller trocken gelegt wird, bleiben die schadhafte Innenbeläge. Diese in Ordnung zu bringen ist nicht Gegenstand der nötigen Nachbesserung an der Unterkellerung des Hauses.

bb) Soweit die Klägerin Schadensersatz für 60 qm im Keller lagernden Teppichboden verlangt, kommt im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts eine Haftung der Beklagten aus positiver Vertragsverletzung in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist diese Anspruchsgrundlage heranzuziehen, wenn es darum geht, entferntere und deshalb nicht unter § 635 BGB fallende Mangelfolgeschäden auszugleichen (vgl. Senatsurteil NJW 1979, 1651; BGH Urteil vom 12.6.1980 — IV a ZR 3/80 = BauR 1980, 572, 573). Um einen solchen entfernteren Schaden handelt es sich bei dem Vorrat an Teppichboden. Die Beschädigung des Materials ist ebenso zu beurteilen, wie diejenige beliebiger anderer Gegenstände im Eigentum der Klägerin. Der Teilschaden steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Mangel des Werkes. Das Berufungsgericht hat im einzelnen hierzu keine Feststellungen getroffen. Deutlich ist immerhin, daß das Material lediglich im Keller aufbewahrt wurde und nur deshalb in Mitleidenschaft gezogen wurde, ohne daß ein weiterer Bezug zu dem auslösenden Werkmangel bestand.

Der Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung hat nicht zur Voraussetzung, daß zunächst eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt wird. Vielmehr kann die Klägerin diesen Schaden ohne weiteres geltend machen.

II. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, zurückzuverweisen (§§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 ZPO). Auf die weiteren Angriffe der Revision gegen die Ablehnung deliktischer Ansprüche kommt es nicht mehr an. Sollte jedoch der Gewährleistungsausschluß wirksam sein, wird das Berufungsgericht zu klären haben,

ob die Beklagten die Mängel arglistig verschwiegen haben (§ 637 BGB) oder ob der Klägerin deliktische Ansprüche zustehen. In diesem Fall wird der Klägerin Gelegenheit zu geben sein, ihre Einwände gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung hinsichtlich einer Kenntnis der Beklagten von den Mängeln dem Berufungsgericht vorzutragen.

3. ErbbauVO § 9; BGB §§ 157, 242, 433 (*Anspruch auf Erbbauzinserhöhung bei Wechsel des Erbbauberechtigten*)

1. Die Veräußerung des Erbbaurechts berührt den Anspruch des Bestellers gegen den Veräußerer auf Erhöhung des Erbbauzinses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht. Dies gilt auch dann, wenn das Geschäft des Veräußerers mit dem Dritten nicht auf die Erzielung von Gewinn angelegt ist.
2. Verkauft der Erbbauberechtigte sein Erbbaurecht und wird er von dem Besteller wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf eine Erhöhung des Erbbauzinses in Anspruch genommen, so kann ihm aufgrund ergänzender Auslegung des Kaufvertrages gegen den Käufer ein Anspruch auf Freistellung von dem erhöhten Zins zustehen.

BGH, Urteil vom 4.5.1990 — V ZR 21/89 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Hermann P., dessen alleinige Vorerbin die Klägerin ist, bestellte der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 30.4.1953 an einer Reihe ihm gehöriger Grundstücke Erbbaurechte gegen Einräumung eines Erbbauzinses. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten bebaute die Grundstücke und verkaufte die Erbbaurechte an Dritte. Die Verkäufe zogen sich über eine Reihe von Jahren, bis in die Zeit nach 1960, hin. Die ausgewiesenen Kaufpreise entfielen auf die Baulichkeiten und, zu einem symbolischen Wert von 1 DM, auf das Zubehör.

Zum Ausgleich des Geldwertschwundes hat die Klägerin für die einzelnen Erbbaurechte eine Erhöhung des Erbbauzinses um 434 v. H. des bisherigen Betrages verlangt. Mit der Klage hat sie die Erhöhung ab 11.9.1987 geltend gemacht. Die Beklagte hat unter anderem die Auffassung vertreten, die Klägerin könne allenfalls von den Käufern der Erbbaurechte Anpassung des Erbbauzinses verlangen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

I. ...

II. ...

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß im Verhältnis der Parteien ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses nach den Grundsätzen des Fortfalls der Geschäftsgrundlage grundsätzlich bestehen kann. Ein solcher Anspruch kann sich allerdings nur aus dem schuldrechtlichen Bestellungsvertrag ergeben (vgl. BGHZ 96, 371, 375 ff.; 97, 171, 177; BGB-RGRK/Räffe, 12. Aufl. § 9 ErbbauVO, Rdnr. 63) und setzt daher den Fortbestand dieser schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien voraus. Diese Voraussetzung ist jedoch gegeben, da die Erwerber der Erbbaurechte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mit schuldbefreiender Wirkung in die schuldrechtlichen Bestellungsverträge eingetreten sind.

Eine Äquivalenzstörung infolge des Geldwertschwundes ist dann nicht mehr hinzunehmen, wenn das im Vertrag vorausgesetzte Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegen-

leistung in so erheblichem Maße gestört wird, daß die hier von betroffene Vertragspartei in der Erbbauzinsvereinbarung ihre Interessen nicht einmal mehr annähernd gewahrt sehen kann (BGHZ 77, 194, 198 f. [= DNotZ 1981, 253]). Das ist bei Wohnungserbbaurechten grundsätzlich schon bei einem Kaufkraftschwund des ursprünglich vereinbarten Erbbauzinses um mehr als 60% der Fall (BGHZ 90, 227, 229 [= DNotZ 1985, 368]). Wird diese Grenze überschritten, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Erbbaurechtsbesteller das Risiko auch eines derartigen Anstiegs vorausgesehen und übernommen hat (BGHZ 91, 32, 34 f.; 94, 257, 259 f. [= DNotZ 1985, 21]). Daß diese Voraussetzungen hier an sich gegeben sind, stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest.

2. Die vom Berufungsgericht angeführten besonderen Umstände rechtfertigen keine abweichende Beurteilung:

a) Die Weiterveräußerung der Erbbaurechte ändert nichts an der typischen Risikoverteilung des schuldrechtlichen Vertrages über die Bestellung der Erbbaurechte. Mit den Erbbaurechten wurde der Rechtsvorgängerin der Beklagten das dingliche Recht eingeräumt, auf oder unter der Oberfläche der Grundstücke ein Bauwerk zu haben (§ 1 Abs. 1 ErbbaulVO). Ob und in welcher Weise sie von diesem Recht Gebrauch machte, unterlag ihrer freien Entscheidung. Allein ihre Sache war es, darüber zu befinden, ob sie auf den belasteten Grundstücken jeweils ein Bauwerk errichtete, ob sie hiervon absah oder die Erbbaurechte mit oder ohne Gebäude an Dritte veräußerte. Diese Entscheidungen lagen ausschließlich im Risikobereich der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin und berührten die der Klägerin oder ihrem Rechtsvorgänger gebührende Gegenleistung nicht.

b) Das gleiche gilt für den vom Berufungsgericht weiter herangezogenen Gesichtspunkt, daß die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin sich bei der Veräußerung der Erbbaurechte nicht von der Absicht habe leiten lassen, Gewinn zu erzielen. Auch die Motive und Modalitäten der Weiterveräußerung liegen allein im Verantwortungs- und Risikobereich der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin.

c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts entspricht es nicht der Billigkeit, die Klägerin darauf zu verweisen, daß sie sich von der Beklagten deren — vermeintliche — Ansprüche gegen ihre Käufer abtreten lassen könne. Weder die Veräußerung der Erbbaurechte als solche noch ein Verzicht auf Gewinn aus dem Veräußerungsgeschäft stellen einen sachlichen Grund dafür dar, der Klägerin das Risiko der Bonität der Käufer, auf deren Auswahl sie und ihre Rechtsvorgänger keinen Einfluß hatten, zuzuschieben und sie überdies auf die Auseinandersetzung mit einer Vielzahl von Schuldnern zu verweisen.

Im übrigen bestehen die vom Berufungsgericht unterstellten Ansprüche nicht. Der Erbbauzins ist die im Kausalgeschäft über die Bestellung des Erbbaurechts vereinbarte Gegenleistung des Erbbauberechtigten an den Eigentümer für die Befugnis, auf dem fremden Grundstück ein Bauwerk zu haben (§ 9 Abs. 1 ErbbaulVO). Der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin als Erbbauberechtigter stand gegenüber den Erwerbern zu keinem Zeitpunkt ein Anspruch auf Erbbauzins zu. Sie waren vielmehr Gläubiger von Kaufpreisansprüchen aufgrund der Veräußerung des Erbbaurechts (Rechtskauf; § 433 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB).

d) Als Kontrollüberlegung dafür, ob der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin eine Anpassung des Erbbauzinses an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zuzumuten ist,

kann die Frage Bedeutung gewinnen, ob die Beklagte im Verhältnis zu den Käufern der Erbbaurechte Freistellung von dem Anspruch der Klägerin auf erhöhten Erbbauzins verlangen kann. Ein solcher Freistellungsanspruch ist den Kaufverträgen über die Veräußerung der Erbbaurechte im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu entnehmen. Der Senat kann diese Auslegung selbst vornehmen, denn das Berufungsgericht hat, wenngleich unter dem unzutreffenden rechtlichen Gesichtspunkt des Erbbauzinses, die erforderlichen Feststellungen bereits getroffen, und weitere Aufklärung ist nicht zu erwarten (vgl. BGHZ 65, 107, 112; BGH Urt. v. 24.6.1988, V ZR 49/87, WM 1988, 1599 [= DNotZ 1989, 308]).

Die Kaufverträge weisen eine Lücke für den Fall auf, daß der Eigentümer, obgleich ihm eine Zinsanpassung vertraglich nicht eingeräumt war, eine solche rechtlich durchsetzen könnte. Die Vertragsparteien haben diesen Fall nicht bedacht und auch nicht bedenken können, denn die Rechtsprechung des Senats zur Anpassung des Erbbauzinses auch ohne Anpassungsklausel nach den Grundsätzen des Falls der Geschäftsgrundlage (grundlegend BGHZ 77, 194, 197 ff.) ist erst lange Zeit nach dem Abschluß der Verträge über die Veräußerung der Erbbaurechte begründet worden. Bei der erforderlichen Ergänzung des Vertragsinhalts ist darauf abzustellen, was die Vertragsparteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit einer nachträglichen Erhöhung des Erbbauzinses bedacht hätten (vgl. BGHZ 84, 1, 7 m. w. N.). Für diesen Fall hätten sich die Erwerber der Erbbaurechte auf eine Erfüllungsübernahme einlassen müssen und im Zweifel auch eingelassen. Denn sonst hätte die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin das Risiko einer späteren Inanspruchnahme auf Zahlung erhöhten Erbbauzinses in anderer Weise, z. B. durch eine Erhöhung des Kaufpreises, auf die Käufer abwälzen müssen. Das wirtschaftliche Ergebnis einer Erfüllungsübernahme wird durch einen entsprechenden Freistellungsanspruch erreicht. Durch diese Freistellungsverpflichtung werden die Käufer nicht unzumutbar belastet, weil der von ihnen insgesamt aufzubringende Erbbauzins (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbaulVO i. V. m. § 1108 BGB) auch nach dessen nomineller Erhöhung nur dem wirtschaftlichen Wert des ursprünglich vereinbarten Erbbauzinses entspricht. (Wird ausgeführt.)

4. WEG § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 4 (Kraftloserklärung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung)

1. Ohne Abgeschlossenheitsbescheinigung darf das Grundbuchamt in keinem Fall Wohnungseigentum im Grundbuch eintragen.

2. Hat die Baubehörde eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 WEG für „kraftlos erklärt“, so ist diese Erklärung für das Grundbucheintragungsverfahren nur dann zu beachten, wenn sich aus ihr in Verbindung mit den übrigen Eintragungsunterlagen ergibt, daß eine Abgeschlossenheit im räumlichen Sinn nach § 3 Abs. 2 WEG nicht gegeben ist (Ergänzung zu BayObLG 1989, 447 [= MittBayNot 1990, 109 = DNotZ 1990, 260])

BayObLG, Beschluß vom 20.6.1990 — BReg. 2 Z 37/90 — mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG