

Nachschlägewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 323, 433, 434; ErbbauVO § 1; BundesbauG § 14;
BayBauO Art. 92 i.d.F. v. 1. Oktober 1974, GVBl S. 513

- a) Die Erfüllung eines Kaufvertrages über ein noch zu bestellendes Erbbaurecht ist objektiv unmöglich, wenn im Zeitpunkt der Bestellung das Erbbaugrundstück infolge eines Bebauungsplans nicht mehr bebaut werden darf.
- b) Eine Veränderungssperre, die im Zeitpunkt der kaufvertraglich geschuldeten Erbbaurechtsbestellung die Bebauung des Erbbaugrundstücks verbietet, ist ein Rechtsmangel im Sinne des § 434 BGB.
- c) Ein Bauvorbescheid nach der Bayerischen Bauordnung (hier: Art. 92 i.d. Fassung v. 1. Oktober 1974 - GVBl S. 513) kann sich gegen eine Veränderungssperre durchsetzen.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1985 - V ZR 263/83 - OLG München
LG Landshut

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 263/83

URTEIL

Verkündet am: 20. Dezember 1983

H i r t h
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Winfried E [REDACTED] W [REDACTED]straße [REDACTED], R [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

g e g e n

Deutsche Bundesbahn, vertreten durch die Bundesbahn-
direktion M [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Oktober 1985 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Thumm und die Richter Prof. Dr. Hagen, Dr. Vogt, Dr. Räfle und Dr. Lambert-Lang

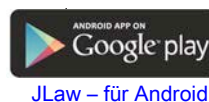
für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. September 1983 aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Landshut vom 21. April 1983 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:
 - a) Die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars Peter W. B. in R. vom 15. November 1979 (UR-Nr. 2/79) wird in Höhe eines 6 492,28 DM übersteigenden Betrages für unzulässig erklärt.
 - b) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu 1/41 und die Beklagte zu 40/41 zu tragen.

Von Rechts wegen



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



Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 15. November 1979 verpflichtete sich die Beklagte, dem Kläger ein Erbbaurecht zur Errichtung eines "Verkaufsgebäudes" zu bestellen. Der vereinbarungsgemäß ab 1. November 1979 als zunächst schuldrechtliche Verpflichtung zu zahlende Erbbauzins betrug monatlich 575,03 DM. Wegen dieses Anspruchs unterwarf sich der Kläger in der Vertragsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Zur Bestellung des Erbbaurechts kam es nicht. Die beabsichtigte Behauung des Grundstücks scheiterte. Nachdem das Landratsamt L. am 9. Oktober 1979 dem Kläger einen auf die Dauer eines Jahres befristeten Vorbescheid für den Bau eines Lager- und Verkaufsgebäudes erteilt hatte, beantragte er am 29. Oktober 1979 - abweichend von dem Vorbescheid - eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Supermarkts mit Diskothek. Diesen Antrag lehnte das Landratsamt am 17. Januar 1980 ab. Widerspruch und verwaltungsgerichtliche Klage blieben erfolglos. Am 30. Januar 1980 hatte die Gemeinde eine Veränderungssperre beschlossen, die am 23. Februar 1980 bekanntgemacht wurde. Der am 19. April 1982 in Kraft getretene Bebauungsplan sieht auf dem Erbbaugrundstück Grünflächen und Parkplätze vor.

Der Kläger hält sich für die Zeit ab Inkrafttreten der Veränderungssperre zur Zahlung des Erbbauzinses nicht mehr für verpflichtet. Er hat deswegen Vollstreckungsgegenklage mit dem Antrag erhoben, die Zwangsvollstreckung aus

der notariellen Urkunde wegen einer den Betrag von 2 300,12 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 28. Juni 1982 übersteigenden Summe für unzulässig zu erklären.

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

Mit der Revision erstrebt der Kläger Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts wurde der Erbbaurechtsvertrag vom 15. November 1979 von dem später erlassenen Bebauungsverbot nicht berührt. Die Veränderungssperre habe keine Unmöglichkeit im Sinne des § 323 BGB herbeigeführt, weil dadurch lediglich tatsächliche Einwirkungen auf das Grundstück, nicht aber rechtsgeschäftliche Verfügungen darüber verboten worden seien. Mängel der Bebaubarkeit eines Grundstücks seien als Sachmängel im Sinne der §§ 459, 493 BGB anzusehen, für die jedoch nach dem Gefahrübergang auf den Kläger eine Haftung der Beklagten nicht bestehe. Diese gesetzliche Risikoverteilung verbiete es auch, die Grundsätze über einen Wegfall der Geschäftsgrundlage heranzuziehen.

II.

Die Revision hat Erfolg, soweit die Vollstreckungsgegenklage den Erbbauzinsanspruch für die Zeit ab 10. Oktober 1980 betrifft.

1. Bei dem vorliegenden Verpflichtungsvertrag zur Bestellung eines Erbbaurechts gegen Zahlung von Erbbauzinsen handelt es sich gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB um den Kauf eines - künftigen - Rechts, das zum Besitz einer Sache (des Erbbaugrundstücks) berechtigt. Ob ein solcher Vertrag, sofern allein auf die vereinbarte Belastungspflicht abgestellt wird, auch als kaufähnlicher Vertrag im Sinne der §§ 445, 493 BGB verstanden werden kann (Senatsurt. v. 18. Dezember 1964, V ZR 68/63, NJW 1965, 532, 533; OLG Düsseldorf NJW 1971, 436, 437; MünchKomm/H.P. Westermann § 493 Rdn. 3), ist unerheblich; denn die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften, auf welche die §§ 445, 493 BGB verweisen, gelten auch für den zum Sachbesitz berechtigenden Rechtskauf, und zwar bei Rechtsmängeln unmittelbar (§§ 434, 437 BGB) und bei Sachmängeln nach allgemeiner Auffassung analog (Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. § 108 IV 3; BGB-RGRK/Mezger 12. Aufl. § 459 Rdn. 2; Palandt/Putzo, BGB 45. Aufl. Vorbem. 3 c vor § 459 und Anm. 1 zu § 451). Daher ist der Standpunkt des Berufungsgerichts, daß auf Verträge zur entgeltlichen Verschaffung eines Erbbaurechts die Gewährleistungsregelung der §§ 459 ff BGB entsprechend anwendbar ist, im Grundsatz richtig.

Zutreffend ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, daß beim Kauf eines Grundstücks öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen, die auf bauordnungs- oder planungsrechtlichen Bestimmungen beruhen, als Sachmängel anzusehen sind und daß mithin dafür der Verkäufer lediglich unter den Voraussetzungen der §§ 459 ff BGB haftet

(BGHZ 67, 134, 136; Senatsurt. v. 4. Juni 1982, V ZR 81/81, WM 1982, 901 = NJW 1983, 275 und v. 7. Dezember 1984, V ZR 141/83, WM 1985, 230 m.w.N.). Das gilt jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht für den Kauf eines Erbbaurechts an einem Grundstück, welches im Zeitpunkt der Bestellung des Erbbaurechts aus rechtlichen Gründen als Folge eines Bebaungsplans nicht mehr bebauungsfähig ist. In einem solchen Falle ist die vom Verkäufer geschuldete Verschaffung des Rechts unmöglich (§§ 275, 323 ff BGB).

2. Nach § 1 Abs. 1 ErbbauVO ist ein Erbbaurecht das Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. In der Nutzung des Grundstücks als Baugrund liegt deshalb das Wesentliche des Erbbaurechts (Motive III 469 f; RGZ 61, 1, 2). Ist diese Nutzungsmöglichkeit bei Bestellung des Erbbaurechts aus Rechtsgründen dauernd ausgeschlossen, so kann es nicht wirksam entstehen, weil es inhaltlich unzulässig wäre. Die gleiche Folgerung hat der Senat für eine Dienstbarkeit gezogen, deren Ausübung schon bei der Bestellung objektiv und dauernd unmöglich ist (Urt. v. 7. Dezember 1984, V ZR 189/83, NJW 1985, 1025 - insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 93, 142). Für ein Erbbaurecht kann in dieser Hinsicht nichts anderes gelten (vgl. auch schon LG Lübeck SchlHA 1959, 151; 1962, 247).

Beim Sachkauf ist - worauf die Revision zu Recht hinweist - die Lage eine andere. Denn dort erhält der Käufer auch dann, wenn er die Sache für den vorgesehenen Verwendungszweck nicht nutzen darf, doch die Sache selbst und das Eigentum daran. Dies rechtfertigt es, auch bei

völliger Unzulässigkeit der Bebauung eines Kaufgrundstücks lediglich einen Sachmangel und nicht Unmöglichkeit der Vertragserfüllung anzunehmen. Demgegenüber ist für die Bestellung eines Erbbaurechts die Befugnis, das Erbbaugrundstück als Baugrund zu nutzen, unabdingbares gesetzliches Inhaltserfordernis. Ein Erbbaurecht, das diesen Inhalt nicht haben kann, ist kein Erbbaurecht. Kann aber ein Erbbaurecht infolge eines dauernden öffentlich-rechtlichen Bauverbots nicht wirksam entstehen, so ist die dem Grundstückseigentümer nach dem Erbbaurechtsvertrag obliegende Leistung unmöglich.

Die Vertragserfüllung ist hier nachträglich unmöglich geworden, weil die Verpflichtung zur Verschaffung des Erbbaurechts bei Abschluß des Vertrages erfüllbar war und erst der später aufgestellte Bebauungsplan mit dem sich daraus ergebenden Bauverbot zur Unmöglichkeit der Leistung geführt hat. Somit kommen über § 440 Abs. 1 BGB die allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff BGB zum Zuge (vgl. Senatsurt. v. 7. Februar 1969, V ZR 112/65, NJW 1969, 837; RGZ 143, 20, 22; Enneccerus/Léhmnn aaO § 107 III; BGB-RGRK/Mezger aaO § 437 Rdn. 8; MünchKomm/H.P. Westermann §§ 440, 441 Rdn. 3 und 5).

Der Umstand, daß schon vor Erlass des Bauverbots der Besitz an dem Erbbaugrundstück und damit die Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der Sache auf den Kläger als Käufer übergegangen war (§§ 451, 446 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist nur bei einem Sachmangel, nicht aber bei Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung von Bedeutung (Senatsurteil vom 7. Februar 1969 aaO; Erman/Weitnauer, BGB 7. Aufl. § 446 Rdn. 1).

3. Was die dem Erlaß des Bebauungsplans vorausgegangene Veränderungssperre anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen dem Zeitraum, für den dem Kläger ein Bauvorbescheid erteilt worden war, und dem Zeitraum nach Fristablauf dieses Bescheids:

a) Durch den Vorbescheid vom 9. Oktober 1979 hatte das Landratsamt L [REDACTED] der vom Kläger geplanten Bebauung mit einem Lager- und Verkaufsgebäude unter bestimmten Bedingungen und Auflagen zugestimmt. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 69, 1 = NVwZ 1985, 183) hat entschieden, daß sich ein Vorbescheid, wenn er nach Landesrecht ein vorweggenommener Teil der Baugenehmigung ist, gegenüber einer Veränderungssperre (§ 14 BBauG) durchsetzt. Diese Entscheidung ist zu § 88 (nicht zu § 80, wie im Urteilsabdruck angegeben) der Landesbauordnung für Schleswig-Holstein in der Fassung vom 20. Juni 1975 (GVBl 141) ergangen. Mit dieser Vorschrift stimmt Art. 92 der Bayerischen Bauordnung in der Fassung vom 1. Oktober 1974 (GVBl 513), auf dem der Vorbescheid beruhte, inhaltlich überein. Auch im Schrifttum wird für die Bayerische Bauordnung der Vorbescheid als vorweggenommener Teil der Baugenehmigung angesehen (Mang/Simon, BayBauO 7. Aufl. Art. 92 Rdn. 1, 4; für die Neufassung v. 2. Juli 1982 - GVBl 419: Simon, BayBauO 8. Aufl. Art. 75 Rdn. 1, 4; Koch/Molodovsky, BayBauO 5. Aufl. Art. 92 Rdn. 2, 5; ebenso für die Neufassung: Koch/Molodovsky/Ramm, BayBauO 9. Aufl. Art. 75 Rdn. 2, 5). Anhaltspunkte dafür, daß dieser Vorbescheid nach Landesrecht etwa nur die Wirkung einer unter dem Vorbehalt gleichbleibender Baurechtslage stehenden Bauzusage hatte (vgl. dazu BVerwG Urt. v. 20. August 1965 = BBauBl 1966, 321 = BRS 16 Nr. 45; BVerwGE 69, 1, 3; BGHZ 73, 161, 168), sind nicht ersichtlich. Rechtsänderungen können

nach Art. 92 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 Abs. 1 Nr. 3 BayBauO (i.d.F. v. 18. Oktober 1974) nur die Zurücknahme eines noch nicht ausgenutzten Vorbescheids rechtfertigen; eine Zurücknahme ist hier jedoch nicht erfolgt. Demgemäß konnte sich der Vorbescheid vom 9. Oktober 1979 für die Dauer seiner bis zum 9. Oktober 1980 befristeten Gültigkeit gegenüber der am 30. Januar 1980 beschlossenen Veränderungssperre durchsetzen (so auch Koch/Molodovsky/Rahm aaO Art. 75 Rdn. 5; a.A. Mang/Simon aaO Art. 92 Rdn. 4 und Simon aaO Art. 75 Rdn. 4, jeweils aber nur unter Hinweis auf das vorgenannte, einen landesrechtlich andersartigen Vorbescheid betreffende Urt. d. BVerwG v. 20. August 1965).

Infolgedessen war in der Zeit bis zum 9. Oktober 1980 die Bestellung und Ausübung des Erbbaurechts uneingeschränkt möglich. Bis dahin hat die Beklagte somit Anspruch auf Zahlung des schuldrechtlich vereinbarten Erbbauzinses.

b) Anders verhält es sich für den nachfolgenden Zeitraum der Veränderungssperre.

Sie führte zwar noch nicht zur Unmöglichkeit der Vertragserfüllung; denn maßgebend dafür sind die Verhältnisse in dem Zeitpunkt, in welchem das Leistungshindernis eingetreten ist (BGHZ 83, 197, 200 m.w.N.). Auch wenn sich die von der Gemeinde nach § 14 BBauG beschlossene Veränderungssperre rückblickend als "Vorwirkung" des späteren Bebauungsplans darstellt (so für den Fall der Enteignungsentschädigung: BGHZ 37, 269, 273; 78, 152, 164), handelte es sich doch aus der damaligen Sicht nur um ein vorläufiges, befristetes Bauverbot zur Sicherung einer etwaigen künftigen Bauleitplanung.

Gleichwohl bedeutete die Bausperre, daß für deren Geltungsdauer ein Erbbaurecht mit dem gesetzlichen Inhaltserfordernis, auf dem Grundstück ein Bauwerk zu haben, zwar bestellt, aber nicht ausgeübt werden konnte. Darin lag ein Rechtsmangel im Sinne des § 434 BGB.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann sich ein Rechtsmangel nicht nur aus privaten Rechten Dritter an dem Kaufgegenstand, sondern auch aus dessen Bindung oder Beschränkung kraft öffentlichen Rechts ergeben (BGHZ 67, 134; Urteile v. 4. Juni 1982, V ZR 81/81, NJW 1983, 275 und v. 28. Oktober 1983, V ZR 235/82, WM 1984, 214). Das ist bei dem hier durch die Veränderungssperre bewirkten baurechtlichen Verbot, das Erbbaugrundstück als Baugrund zu nutzen, der Fall, weil diese Beschränkung nicht nur das Grundstück betraf, zu dessen Besitz das Erbbaurecht berechnete, sondern die Ausübung des Erbbaurechts selbst ausschloß, solange die Sperre bestand. Der vom Berufungsgericht (und vom OLG Düsseldorf NJW 1971, 436, 438) verkannte Unterschied zum Kauf eines Grundstücks, welches von einer Veränderungssperre betroffen ist, ist hier also der, daß der Grundstückskäufer dann sein Eigentum nur nicht für den beabsichtigten, aber doch für einen anderen Sachzweck nutzen kann, während der Käufer eines Erbbaurechts dieses Recht zum "Haben" eines Bauwerks für die Dauer der Bausperre überhaupt nicht ausüben darf. Deshalb besteht in diesem Falle ein Rechtsmangel und kein Sachmangel.

4. Da der vereinbarte Gewährleistungsausschluß (Ziff. VI § 2 des Vertrages) nur Sachmängel und nicht auch Rechtsmängel erfaßt, konnte der Kläger bei Fällig-

keit rechtmängelfreie Verschaffung des Erbbaurechts verlangen. Er war deshalb berechtigt, bis zur Erfüllung dieser Verpflichtung die Zahlung des Erbbauzinses zu verweigern (§§ 434, 440 Abs. 1, 320 Abs. 1 Satz 1 BGB). Mit dem späteren Eintritt der Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung durch den am 19. April 1982 in Kraft getretenen Bebauungsplan ist der Anspruch der Beklagten auf die Gegenleistung gemäß § 323 Abs. 1 BGB erloschen.

Insoweit stellt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei fest, daß keine der beiden Parteien das Bebauungshindernis herbeigeführt hat. Dem Kläger ist nicht vorwerfbar, daß er einen von dem Vorbescheid abweichenden Bauantrag gestellt hatte und sich der Bescheid deshalb nach Fristablauf nicht mehr gegen das Bauverbot durchsetzen konnte; denn unstreitig hielt sich dieser Bauantrag in dem Rahmen der Zweckvereinbarung des Erbbaurechts.

5. Bei der gegebenen Rechtslage kommen weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht. Die Revision hat daher Erfolg, soweit sich die Klage gegen den vollstreckbaren Erbbauzinsanspruch der Beklagten für die Zeit ab 10. Oktober 1980 richtet. Somit ist die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in Höhe eines den Betrag von 6 492,28 DM (Erbbauzins vom 1. November 1979 bis 9. Oktober 1980) übersteigenden Anspruchs unzulässig.

Soweit die Revision weiter geltend macht, die Beklagte dürfe nicht "wegen 4 % Zinsen aus dem 2 300,12 DM übersteigenden Betrag" vollstrecken, ist übersehen, daß sich die Unterwerfungsklausel nicht auf eine solche Zinsforderung erstreckt. Nach Ziff. IX der notariellen

Urkunde ist die Beklagte allein wegen des Erbbauzinses von monatlich 575,03 DM zur Zwangsvollstreckung berechtigt; darum kann sich auch nur hiergegen die Vollstreckungsklage richten.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Thumm

Hagen

Vogt

Räfle

Lambert-Lang