

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**III ZR 152/71**URTEIL****Verkündet am****20. Dezember 1973****Schorm,****Justizhauptsekretär****als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle****in dem Rechtsstreit****des Dr. Heinrich B [REDACTED], Sa [REDACTED], Me [REDACTED] Straße [REDACTED],****Beklagten und Revisionsklägers,****- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr.Dr. [REDACTED]
und Prof.Dr. [REDACTED] -****gegen****die Firma C h e m i s c h e F a b r i k W [REDACTED] -
[REDACTED] KG, Sa [REDACTED], Q [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten
durch den persönlich haftenden Gesellschafter Dr. Georg
K [REDACTED], daselbst,****Klägerin und Revisionsbeklagte,****- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -**

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1973 durch den Vorsitzenden Richter Hubert Meyer sowie die Richter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Gähtgens und Dr. Krohn

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Saarbrücken vom 29. April 1971 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin mietete am 10. Dezember 1962 von der Erbengemeinschaft B■■■■ (der damals der Beklagte, Frau Ada Ba■■■■ und die inzwischen verstorbene Elisabeth B■■■■ angehörten) deren Grundstücke in Sa■■■■, H■■■■straße ■■■ und Ma■■■■straße ■■■ und ■■■, um dort eine Tankstelle mit Nebengebäuden zu errichten. Gemäß § 4 Nr. 1 des Mietvertrages, der die für die Tankstelle benötigte Fläche betraf, hatte die Klägerin einen monatlichen Mietzins von 1.500 DM zu entrichten. In § 8 Nr. 1 verpflichtete sich die Klägerin, als Abfin-

dung für die durch den Bau der Tankstelle anfallenden Kosten (Verlegung der Kranbahn, Abtragung des Schornsteins und des Verkaufsstandes an der H[REDACTED]straße) an die Firma H. B[REDACTED] Wwe. eine einmalige Abfindung von 30.000 DM zu zahlen; dieser Betrag sollte nach "Erteilung sämtlicher rechtskräftiger Genehmigungen" fällig sein. In § 2 Nr. 5 vereinbarten die Parteien weiter: "Bei Nichterteilung, Einschränkung, Rücknahme oder Erteilung der für den Tankstellenbetrieb erforderlichen Genehmigungen zu von W[REDACTED] als nicht tragbar bezeichneten Bedingungen ist W[REDACTED] zur fristlosen Vertragsauflösung oder zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt." In § 8 Nr. 8 erklärten die Vertragsparteien, daß sie "mit Erteilung sämtlicher behördlicher Genehmigungen binnen kürzester Frist" rechneten.

Als im Januar 1964 für das Tankstellenvorhaben eine Baugenehmigung noch nicht vorlag, gewährte die Klägerin mit Vertrag vom 31. Januar 1964 der Firma H. B[REDACTED] Wwe. ein Darlehen von 30.000 DM. Gemäß § 1 des Darlehensvertrages erfolgte die Darlehenshingabe "aufgrund des § 8, Abs. 1 des zwischen der Firma Chemische Fabrik W[REDACTED] KG ... und der Erbgemeinschaft B[REDACTED] ... abgeschlossenen Mietvertrages vom 10.12.1962". In § 2 wurde vereinbart, das Darlehen sei zurückzuzahlen, wenn § 8 Abs. 1 des abgeschlossenen Vertrags nicht verwirklicht werden könne: "D.h. wenn die zuständigen Behörden die Erteilung rechtskräftiger Genehmigungen für die Errichtung, Bau und Betrieb der von W[REDACTED] geplanten Tankstelle auf der im Mietvertrag festgelegten Grundstücksfläche



ganz oder teilweise versagen." Die Darlehenssumme wurde an den Beklagten ausgezahlt. Die frühere Inhaberin der Firma H. B. Wwe. war bereits am 29. Juni 1961 verstorben; ihre Erben waren der Beklagte, Frau Ada B. und die inzwischen ebenfalls verstorbene Diakonisse Elisabeth B. Erben der Letztgenannten sind der Beklagte und Frau Ada B.

Für die Anmietung der Grundstücke erhielt der Beklagte von der Klägerin ferner eine "einmalige Vermittlergebühr" in Höhe von 18.500 DM. Er verpflichtete sich, von dieser Gebühr 12.000 DM zurückzuzahlen, falls aus noch nicht zu übersehenden Gründen die rechtsgültige Genehmigung für den Bau der Tankstelle nicht erteilt werde.

Nach den Plänen der Klägerin sollten die An- und die Ausfahrt der Tankstelle an der H. Straße liegen.

Am 23. März 1964 richtete die Klägerin eine entsprechende Bauanfrage an die Stadt Sa. Mit Bescheid vom 9. Juli 1964 teilte die Baupolizei der Klägerin mit, das Bauvorhaben sei grundsätzlich zulässig, nur müsse die Lage des Tankstellengebäudes mit dem geltenden Bebauungsplan abgestimmt werden. Dieser Bebauungsplan wies nur eine Ausfahrt zur Ma. Straße aus. Hierzu führte der Bescheid im einzelnen aus:

"Gegen die beabsichtigte Änderung der im Bebauungsplan ausgewiesenen Ausfahrt zur Ma. Straße bestehen keine Bedenken, da die Entwicklungslänge der

Ein- und Ausfahrt mit 41,50 m ausreicht. Es muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß nach Ausbau der H[REDACTED]straße ein Mittelstreifen vorhanden sein wird, der nur in der Achse der Ma[REDACTED]straße für Linksabbieger unterbrochen ist. Da der Abstand der Ausfahrt zu dieser Überfahrtsmöglichkeit zum schrägen Queren der Fahrbahn zu klein ist, kann die Folge der Verlegung der Ausfahrt sein, daß die Tankstelle nur noch in Richtung Bu[REDACTED], aber nicht mehr in Richtung Sa[REDACTED] verlassen werden kann. Die Zufahrt ist auf jeden Fall nur aus Saarbrücken möglich.

Ich stelle Ihnen anheim, auf dieser Grundlage ein entsprechendes Baugesuch einzureichen."

Mit Schreiben vom 29. April 1968 teilte die Klägerin der Erbengemeinschaft mit, die Stadtverwaltung lehne es ab, die projektierte Tankstelle mit Ein- und Ausfahrt in der H[REDACTED]straße zu genehmigen; sie müsse daher auf die Durchführung ihres Planes verzichten und trete gemäß § 2 Nr. 5 vom Mietvertrag zurück. In seinem Antwortschreiben vom 18. Juni 1968 erklärte auch der Beklagte den Mietvertrag für beendet; er erklärte weiter, die Erbengemeinschaft werde von der Klägerin Schadensersatz verlangen.

Der Bauantrag der Klägerin vom 5. Juli 1966 wurde von der Stadt unter dem 28. März 1969 dahin beschieden, daß das Baugesuch nicht in allen Teilen dem Bebauungsplan entspreche und insbesondere eine Ausfahrt von der beabsichtigten Tankstelle zur H[REDACTED]straße nicht möglich sei.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Rückzahlung des Darlehensbetrages von 30.000 DM nebst Zinsen sowie eines Teils der Vermittlungsprovision in Höhe von 12.000 DM nebst Zinsen. Wegen des Darlehensbetrages hat sie die Klage ursprünglich gegen die Firma H. B. [REDACTED] Wwe. gerichtet, sie dann aber im ersten Rechtszug zurückgenommen.

Die Klägerin hat ausgeführt: Sie sei zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen. Sie habe das ihr Zumutbare getan, um eine Baugenehmigung zu erhalten, wobei sie die Sache keineswegs verzögerlich behandelt habe. Es wäre sinnlos gewesen, einen Antrag auf Abänderung des Bebauungsplanes gemäß § 13 BBauG zu stellen, da ein derartiger Antrag von vornherein keinerlei Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Im übrigen sei ihr die Errichtung einer Tankstelle mit einer Ausfahrt zur Ma [REDACTED] straße nicht zuzumuten gewesen, da eine Tankstelle in dieser Ausführung wirtschaftlich nicht vertretbar gewesen sei.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat im wesentlichen erwidert: Die Klägerin habe sich die Nichterteilung der Baugenehmigung wegen ihrer verzögerlichen Behandlung der Sache selbst zuzuschreiben; sie sei daher nicht zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen. Ihr falle vor allem zur Last, es unterlassen zu haben, einen erfolgversprechenden Antrag auf Änderung des Bebauungsplanes gemäß § 13 BBauG zu stellen. Darüber hinaus sei es für die Klägerin ohnehin zumutbar, die Tankstelle mit der Ausfahrt zur Ma [REDACTED] straße zu errichten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben und dem Beklagten u.a. die Kosten des ersten Rechtszuges voll auferlegt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren um Klageabweisung weiter. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens von 30.000 DM

1. Gemäß § 2 des Darlehensvertrages vom 31. Januar 1964 ist das Darlehen zurückzuzahlen, "wenn die zuständigen Behörden die Erteilung rechtskräftiger Genehmigungen für die Errichtung und den Betrieb der von Windmeyer geplanten Tankstelle auf der im Mietvertrag festgelegten Grundstücksfläche ganz oder teilweise versagen". Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Klägerin (in erster Linie) verpflichtet gewesen sei, sich die erforderliche Baugenehmigung zu verschaffen, und daher den Darlehensbetrag nur zurückverlangen könne, wenn die Versagung der Baugenehmigung auf Hindernissen beruhe, welche die Klägerin nicht habe beseitigen können. Das läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

2. Das Berufungsgericht sieht als bewiesen an, daß eine Tankstellen-Ausfahrt zur H[REDACTED]straße zu keiner

Zeit genehmigt worden wäre. Das wird von der Revision ohne Erfolg beanstandet.

a) Das Berufungsgericht ist allerdings nicht auf die Frage eingegangen, ob der Bescheid der Baugenehmigungsbehörde vom 9. Juli 1964 hinsichtlich der von der Klägerin gewünschten Ausfahrt zur H[REDACTED]straße die Wirkung eines der Bauanfrage entsprechenden Vorbescheids hatte. Wenn dem Bescheid diese Wirkung zuerkannt werden könnte, wäre damit in bauplanungsrechtlicher Hinsicht ein Teil des Baugenehmigungsverfahrens im Sinne der Klägerin bereits verbindlich entschieden gewesen (vgl. BVerwG NJW 1969, 73 = DÖV 1969, 143; Gelzer, Bauplanungsrecht 2. Aufl. Rdnr. 343; Scheerbarth, Das allgemeine Bauordnungsrecht 2. Aufl. § 125 S. 306).

Dem Bescheid vom 9. Juli 1964 kann jedoch nicht entnommen werden, daß die Baugenehmigungsbehörde der Klägerin eine Tankstellenausfahrt in die H[REDACTED]straße verbindlich hat zugestehen wollen. Das ergibt sich vor allem aus dem Hinweis, daß das - grundsätzlich zulässige - Bauvorhaben mit dem geltenden Bebauungsplan abgestimmt werden müsse. Dieser sah nur eine Ausfahrt in die Margarethenstraße vor. Bei dieser Rechtslage, der sich die Behörde bewußt war, hätte dem Bauvorhaben nur bei (nochmaliger) Änderung des Bebauungsplans oder aufgrund einer Befreiung (Dispens) von den Planfestsetzungen (§ 5 des Saarl. Baugesetzes = Gesetz Nr. 471 vom 19. Juli 1955 - SaarlABl. S. 1159 -, der im wesentlichen mit § 31 Abs. 2 Satz 1 BBauG übereinstimmt) zugestimmt werden können. In dieser Richtung ist dem Bescheid lediglich zu ent-

nehmen, daß die Baugenehmigungsbehörde das Vorhaben einer "Änderung der Ausfahrt zur Margarethenstraße" nicht endgültig ablehnen wollte. Das wird vor allem in den "Hinweisen" auf die durch die geplante Anlage eines Mittelstreifens auf der H■■■■straße geschaffene Verkehrssituation deutlich, die nach Auffassung der Baugenehmigungsbehörde sogar eine Beschränkung der Zufahrtsmöglichkeiten zur Folge haben mußte. Angesichts dieser Ausführungen kann der Schlußbemerkung, die Klägerin möge "auf dieser Grundlage ein entsprechendes", d.h. ein von der Bauanfrage abweichendes Baugesuch einreichen, jedenfalls nicht die Bedeutung einer verbindlichen Zusage, einen Dispens zu erteilen oder den bestehenden Bebauungsplan zu ändern, zuerkannt werden. Hiernach verschaffte der Bescheid vom 9. Juli 1964 der Klägerin hinsichtlich der gewünschten Ausfahrt zur H■■■■straße keine Rechtsposition, die sie im förmlichen Baugenehmigungsverfahren hätte durchsetzen können.

Aus Rechtsgründen ist es deshalb nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob der Unterzeichner dieses Bescheids zu seinem Erlaß befugt war.

b) Die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht dargelegt, weshalb trotz des Bescheids vom 9. Juli 1964 ein entsprechender Bauantrag der Klägerin keine objektiv erkennbare Erfolgsaussicht gehabt habe, ist nicht berechtigt.

Das Berufungsgericht gründet seine Auffassung im wesentlichen auf das Ergebnis der im Verfahren 6 O 169/70 LG Saarbrücken am 15. März 1971 durchgeführten Beweis-

aufnahme. Dessen Würdigung läßt einen Verfahrensverstoß nicht erkennen. Der als Zeuge vernommene Oberbaurat A[REDACTED] hat unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß jedenfalls eine Tankstellen-Ausfahrt zur H[REDACTED]straße aus Gründen der Sicherheit des Verkehrs keine Aussicht auf Genehmigung gehabt hätte. Das Berufungsgericht brauchte diese Aussage nicht deshalb für unmaßgeblich zu halten, weil - möglicherweise - die Stadt Sa[REDACTED] dem Bauvorhaben in den Jahren 1963/64 zunächst bejahend gegenübergestanden und eine entsprechende Änderung des Bebauungsplans in Aussicht gestellt hatte. Eine rechtliche Bindung der Stadt ergab sich, wie vorstehend dargelegt, aus einem solchen Verhalten nicht. Die Revision übergeht im übrigen, daß die Stadt schließlich - im Bescheid vom 28. März 1969 - aus den von dem Zeugen A[REDACTED] genannten Gründen einer Ausfahrt zur H[REDACTED]straße die Zustimmung versagt hat. Wie sich aus den (im Verfahren 6 O 169/70 LG Sa[REDACTED] beigezogenen) Bauakten ergibt, hat die Stadt diesen Standpunkt während des gesamten Baugenehmigungsverfahrens vertreten. Ihr war im übrigen bekannt, daß die Straßenfront der geplanten Tankstelle durch Inanspruchnahme eines im Eigentum der Bundesbahn stehenden Nachbargrundstücks verlängert werden konnte.

c) Die Revision mißdeutet im übrigen die Aussage des Zeugen A[REDACTED], wenn sie ihr entnimmt, nur ein auf die Zulassung von drei Zufahrten - nämlich zweier Zufahrten zur H[REDACTED]straße und einer weiteren zur Ma[REDACTED]straße - gerichtetes Baugesuch hätte keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Der Zeuge hat ausgeführt, daß jedenfalls eine zweite Zufahrt zur H[REDACTED]straße nicht genehmigt worden wäre. Das deckt sich mit dem Bescheid der Stadt vom

28. März 1969. Danach kann nicht angenommen werden, das Tankstellenprojekt sei nur deshalb gescheitert, weil die Klägerin eine zusätzliche Ausfahrt zur Ma[REDACTED]-straße gewünscht habe.

3. Die Revision meint weiter, das Berufungsgericht hätte die Rücktrittserklärung der Klägerin schon deshalb nicht für wirksam erachten dürfen, weil diese kein dem "Vorbescheid vom 9. Juli 1964 entsprechendes Baugesuch" eingereicht habe. Im übrigen habe das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß der Klägerin die Durchführung des Tankstellenvorhabens nur bei Genehmigung einer zusätzlichen Ausfahrt zur Ma[REDACTED]straße zumutbar gewesen wäre. Auch diese Rügen bleiben ohne Erfolg.

Wie die Revision selbst nicht verkennt, war der Klägerin die Errichtung einer Tankstelle mit einer Ausfahrt lediglich zur Ma[REDACTED]straße nach dem Vertrag nicht zuzumuten. Nur eine solche Ausfahrt wäre der Klägerin aber verblieben, wenn sie ihr Baugesuch den Wünschen der Stadt, wie sie in dem Bescheid vom 28. März 1969 verbindlich festgelegt wurden, angepaßt hätte.

4. Unberechtigt ist auch die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte in der verspäteten Einreichung des Baugesuchs eine Vertragsverletzung der Klägerin sehen müssen. Wie das Berufungsgericht ausführt, wäre selbst ein schuldhaft verzögertes Betreiben des Baugenehmigungsverfahrens für die Versagung der Genehmigung nicht ursächlich gewesen. Die bloße Verzögerung des Baugenehmigungsverfahrens kann hiernach dem ver-

23

traglichen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (vgl. dazu oben I 1) nicht mit Erfolg entgegengehalten werden.

Im übrigen ist ein Lebenserfahrungssatz dahin, daß sich innerhalb eines so langen Zeitraums (hier: 5 Jahre) die Auffassung der zuständigen Behörde über die Genehmigungsfähigkeit eines Bauvorhabens ändere, nicht anzuerkennen. Zumindest könnte ein entsprechender Erfahrungssatz nicht im vorliegenden Fall zum Tragen kommen. Denn hier hat die Stadt an ihrer dem geänderten Bebauungsplan vom 27. März 1963 zugrunde liegenden Konzeption bis zum Erlaß des Bescheids vom 28. März 1969 festgehalten.

5. Soweit die Revision die Auffassung vertritt, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, einen Antrag auf Änderung des Bebauungsplans vom 27. März 1963 zu stellen, verkennt sie, daß insoweit ein Antragsverfahren nicht stattfindet. Es ist grundsätzlich der Selbstverwaltung der Gemeinde überlassen, wie sie ihre Planungshoheit handhabt und welche Konzeption sie ihr zugrunde legt (vgl. BVerwGE 18, 247, 253). Das gilt auch für das vereinfachte Änderungsverfahren nach Maßgabe des § 13 BBauG, für welches ein förmlicher "Antrag" nur eine Anregung bedeutet hätte. Diese Anregung war bereits in der Bauanfrage der Klägerin vom 23. März 1964 enthalten, wo die Bitte geäußert wurde, die Stadt möge der gewünschten Bebauung "im Gegensatz zu dem festgelegten Bebauungsplan zustimmen". Das Baugesuch vom 7. Juli 1966 brachte bezüglich der Ausfahrt zur H■■■■straße zum Ausdruck, daß die Klägerin an ihrem früheren Begehren festhielt. Damit hatte die Klägerin das ihr nach dem Ver-

trag Obliegende getan, um die Stadt zu einer Änderung des Bebauungsplans oder zur Dispenserteilung zu veranlassen.

Danach ist es rechtlich schon im Ansatz verfehlt, nach den "Erfolgsaussichten eines Antrags auf Änderung des Bebauungsplans" zu fragen. Die Stadt hat mit ihrem Bescheid vom 28. März 1969 im übrigen zum Ausdruck gebracht, daß es sachliche Gründe dafür gebe, den bestehenden Bebauungsplan nicht (wiederum) zu ändern.

Angesichts der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts, der Klägerin wäre zu keiner Zeit die gewünschte Genehmigung für eine Tankstellenausfahrt zur H■■■■straße erteilt worden, kommt es nicht darauf an, ob - wie die Revision meint - die mangelnde Erfolgsaussicht eines auf Änderung des Bebauungsplans abzielenden Antrages von der Klägerin zu beweisen wäre.

II.

Der Anspruch auf Teil-Rückzahlung der empfangenen Provision

Insoweit erhebt die Revision keine gesonderten Rügen. Der Beklagte hat sich verpflichtet, 12.000 DM zurückzuzahlen, wenn die "rechtsgültige Genehmigung für den Bau der Tankstelle nicht erteilt" werde. Diesen Sachverhalt hat das Berufungsgericht festgestellt.

III.

Die Revision meint, jedenfalls hätten die Kosten der - in erster Instanz - gegen die Firma H. B. Wwe. erhobenen Klage der Klägerin auferlegt werden müssen, weil insoweit eine bei der Kostenentscheidung zu berücksichtigende teilweise Klagerücknahme vorliege. Das Berufungsgericht hat die Anwendung des § 271 ZPO mit der Begründung abgelehnt, daß dies eine wirksame Klageerhebung voraussetze, was gegenüber der bereits erloschenen Firma nicht möglich gewesen sei.

Es braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen bei mangelhafter Klageerhebung § 271 Abs. 3 Satz 2 ZPO entsprechend angewendet werden kann (bejahend Stein/Jonas/Schumann/Leipold ZPO 19. Aufl. § 271 Anm. II mit weiteren Nachweisen in Fn. 12; Baumbach/Lauterbach ZPO 31. Aufl. § 271 Anm. 2 A und 4 C - Fehlen von Prozeßvoraussetzungen -; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 131 I 3 b). Eine "Klagerücknahme" liegt hier trotz ausdrücklicher Erklärung der Klägerin in der Sache nicht vor, weil die Klage ohnehin gegen die hinter der Firma H. B. Wwe. stehenden Personen gerichtet war und jedenfalls dem Beklagten als einer dieser gesamtschuldnerisch haftenden Personen wirksam zugestellt worden ist. Die Revision weist selbst darauf hin, daß der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten seinerzeit in dessen Vollmacht die Klage auch ausdrücklich namens der Firma H. B. Wwe. entgegengenommen hat. Damit war auch insoweit zwischen den jetzt noch im Rechtsstreit verbliebenen

Parteien ein Prozeßrechtsverhältnis begründet, für welches die nachfolgende "Rücknahme" und Überleitung der Klage auf den Beklagten nur die Bedeutung einer Berichtigung der Parteibezeichnung hatte (vgl. Stein/Jonas/Schumann/Leipold aaO § 268 Anm. VI 2, § 50 Anm. III, 2).

Vors.Richter Hubert Meyer
ist erkrankt und an der
Beifügung seiner Unterschrift
verhindert.

Kreft

Kreft

Richter Dr. Arndt ist
beurlaubt und verhindert,
seine Unterschrift beizufügen.

Kreft

Gähtgens

Dr. Krohn