

Verkündet am 13. Juli 1964  
[REDACTED], Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

2170 095

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. Frau Lucie S [REDACTED] geb. B [REDACTED], Be [REDACTED] W [REDACTED],  
K [REDACTED]damm [REDACTED],
2. des Kaufmanns Kurt T [REDACTED] Be [REDACTED] W [REDACTED],  
P [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

B e [REDACTED] vertreten durch den Senator für Finanzen,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1964 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter  
Dr. Kreft, Dr. Hußla, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des  
6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom  
11. Oktober 1960 wird mit der Maßgabe zurückge-  
wiesen, daß Ziff. 1 des Entscheidungssatzes des  
Urteils der Zivilkammer 7 des Landgerichts Berlin  
in Berlin-Charlottenburg vom 11. Januar 1960 dahin  
gefaßt wird:

Den Beklagten steht für die Zeit, in der die  
Klägerin durch den Planfeststellungs- und Be-  
sitzzeineinweisungsbeschluß ihres Senators für Bau-  
und Wohnungswesen vom 17. April 1959 in den Be-  
sitz eines zu dem Anwesen der Kläger Kurfürsten-  
damm 16 in Berlin gehörenden Grundstücks-  
streifens eingewiesen war, eine Entschädigung

nach Enteignungsgrundsätzen für den ihnen durch die Besitzeinweisung entstandenen Ausfall der Nutzung des Grundstücksstreifens nicht zu.

Die Beklagten haben die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

**Tatbestand:**  
-----

Die Beklagten sind Miteigentümer des in unmittelbarer Nähe der J [REDACTED] Straße gelegenen, bebauten Grundstücks K [REDACTED] damm [REDACTED] in Be [REDACTED]. Zum Grundstück gehört ein rund 113 qm großer Geländestreifen. Auf dem Streifen, der heute gepflastert ist, hatten die Beklagten, und zwar unmittelbar an der Grenze zum Straßenrand, im Jahre 1952 mit einer bis zum 31. Mai 1956 befristeten baupolizeilichen Genehmigung vier Schauvitрины aufgestellt, aus deren Vermietung sie monatlich 4 mal 150 DM vereinnahmten. Weil dort ein Ausgang des damals erst geplanten U-Bahnhofs Kurfürstendamm errichtet werden sollte, wurde im Februar 1958 bei der damals zuständigen Enteignungsbehörde, dem Polizeipräsidenten von Berlin, ein Verfahren zur Enteignung des Grundstücksstreifens eingeleitet. Während des Verfahrens wies der Senator der Klägerin für Bau- und Wohnungswesen in dem Planfeststellungs- und Besitzeinweisungsbeschluss vom 17. April 1959 die Klägerin unter Heranziehung von § 6 PrVereinfEnteignG mit Wirkung vom 1. Mai 1959 vorläufig in den Besitz des Grundstücksstreifens ein.

Nach Ziffer 5 des entscheidenden Teils des Beschlusses bleibt die Entschädigung der Grundstückseigentümer und der Mieter, soweit sie in Ziffer 6 nicht auferlegt ist, einer späteren Feststellung vorbehalten. Diese Entschädigung ist vom Tage der Besitzeinweisung an mit 4 v.H. zu verzinsen.

In Ziffer 6 heißt es:

"Die Besitzeinweisung des Landes Berlin wird von folgenden Auflagen abhängig gemacht:

Das Land Berlin hat

- a) den Antragsgegnern den ihnen durch die vorläufige Besitzeinweisung entstehenden Mietausfall von

monatlich 600 DM vom 1. Mai 1959 an bis zum Tage der Zustellung des Enteignungs- und Entschädigungsfeststellungsbeschlusses jeweils monatlich im voraus zu ersetzen,

b) .....

c) ....."

In den Gründen des Beschlusses wird ausgeführt, da die Grundstückseigentümer und Mieter durch die angeordneten Maßnahmen nicht schlechter als vorher gestellt werden dürften, sei "die vorläufige Besitzeinweisung, soweit tunlich, von der Zahlung der Besitzeinweisungsentschädigung abhängig zu machen".

Die Klägerin zahlte als Besitzeinweisungsentschädigung an die Beklagten lediglich je 600 DM für die Monate Mai und Juni 1959 und ließ sodann die Vitrinen entfernen. Später wurde unmittelbar vor dem Grundstücksstreifen, wenige Zentimeter in ihn hineinragend, auf dem Straßengelände der U-Bahnausgang errichtet.

Während des Enteignungsverfahrens bemühten sich die Beklagten darum, daß die baupolizeiliche Erlaubnis zur Aufstellung der Vitrinen, die abgelaufen war, verlängert oder neu erteilt würde. Das Baupolizeiamt lehnte mit Verfügung vom 10. März 1958 den Antrag ab und gab zugleich den Beklagten unter Androhung von Zwangsmitteln auf, die Vitrinen bis zum 1. April 1958 abzureißen. Das von den Beklagten angerufene Verwaltungsgericht hob die Verfügung auf. Im Berufungsverfahren erklärten die Parteien, weil die Vitrinen inzwischen von der Klägerin auf Grund der vorläufigen Besitzeinweisung entfernt worden waren, den Rechtsstreit für erledigt. Das Oberverwaltungsgericht entschied am 29. August 1959 in ent-

sprechender Anwendung von § 91 a ZPO über die Kosten des Verfahrens, wobei es die Verfügung des Baupolizeiamtes vom 10. März 1958 als nicht zu beanstanden bezeichnete.

Mit der vorliegenden, noch während des Laufs des Enteignungsverfahrens am 17. Juli 1959 eingereichten und erstmals Anfang August 1959 zugestellten Klage hat die Klägerin verlangt, die in dem Beschluß des Senators für Bau- und Wohnungswesen vom 17. April 1959 festgesetzte Besitzeinweisungsentschädigung von monatlich 600 DM auf 0.- DM herabzusetzen. Sie hat sich vor allem darauf berufen, die Beklagten könnten eine Entschädigung für den Entgang der Mieten für die Vitrinen schon deswegen nicht beanspruchen, weil die baupolizeiliche Erlaubnis zur Aufstellung der Vitrinen abgelaufen gewesen und überdies der Abriß der Vitrinen angeordnet worden sei, sie hätten zudem in dem Beschluß vom 17. April 1959 in unzulässiger Weise eine Loppelentschädigung, nämlich Ersatz für Mieteinnahmen sowie eine Verzinsung der Enteignungsentschädigung zugesprochen bekommen.

Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt, weil für diese der Rechtsweg zu den Zivilgerichten nicht eröffnet sei und weil das Klagebegehren auch sachlichrechtlich nicht durchgreifen könne.

Die Vorinstanzen haben zugunsten der Klägerin entschieden.

Die Beklagten haben am 21. Dezember 1960 Revision eingelegt und weiterhin beantragt, die Klage abzuweisen. Die Klägerin hat zunächst die Zurückweisung der Revision beantragt, sodann hat sie mit Rücksicht darauf, daß der Beschluß des Senators für Bau- und Wohnungswesen vom 17. April 1959 durch das Obergerverwaltungsgericht Berlin

am 29. Juni 1962 aufgehoben wurde, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, gemäß § 91 a ZPO den Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Die Beklagten haben, weil die Aufhebung des Beschlusses nicht rückwirkend die ihnen zustehende Entschädigung berühre, der Erledigung widersprochen. Die Klägerin beantragt nunmehr in erster Linie, den Rechtsstreit unter Auferlegung der Kosten auf die Beklagten für erledigt zu erklären, hilfsweise die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:  
-----

1.) Fehl geht die Auffassung der Revision, die Klägerin habe durch die Zahlung der ersten beiden Monatsraten auf Rechtsbehelfe verzichtet. Eine Verzichtserklärung könnte, wie in BGHZ 4, 314, 321 für einen Verzicht auf Rechtsmittel gegen ein landgerichtliches Urteil ausgeführt ist, nur angenommen werden, wenn die Handlung völlig unzweideutig hätte erkennen lassen, daß die Partei auf ein Rechtsmittel hat verzichten wollen. Daran fehlt es entgegen der Revision bereits in Anbetracht der Erwägung: Die Zahlung der beiden Raten kann sehr wohl deswegen als geschehen angesehen werden, weil die Klägerin sich zunächst über ein klageweises Vorgehen gegen den Beschluß vom 17. April 1959 schlüssig machen und vorerst dem Einweisungsbeschluß, um Weiterungen zu entgehen, nachkommen wollte.

2.) Dem Berufungsgericht ist entgegen der Annahme der Revision darin zuzustimmen, daß für das Klagebegehren der Rechtsweg zu den Zivilgerichten offen steht.

Wenn der Beschluß des Senators für Bau- und Wohnungswesen vom 17. April 1959 die Besitzeinweisung von "Auflagen abhängig gemacht" hat, insbesondere von der monatlichen Erstattung des Mietausfalls, so hat er damit eine Fassung erhalten, wie sie ähnlich in neueren Gesetzen (Landbeschaffungsgesetz vom 3. August 1953 § 31; Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 § 116) vorgesehen ist. Nach beiden Bestimmungen kann die Enteignungsbehörde die Besitzeinweisung von der Leistung einer Sicherheit in Höhe der voraussichtlichen Entschädigung und von der vorgängigen Erfüllung "anderer Bedingungen abhängig machen". Diese Bedingungen sind aber - jedenfalls wenn etwas anderes nicht ausdrücklich gesagt sein sollte - nicht als echte Bedingungen, sondern als Nebenbestimmungen der Besitzeinweisung zu werten (vgl. Dittus-Zinkahn, Baulandbeschaffungsgesetz § 31 Anm. 4; Brügelmann-Förster, Bundesbaugesetz § 116 II 3 d aa). Es wäre auffallend und bedürfte zumindest einer ausdrücklichen Anordnung, wenn in einem Falle wie dem vorliegenden die Besitzeinweisung der Klägerin entfallen sollte, falls die Klägerin den Bedingungen ganz oder, was dem für den Eintritt der Bedingungswirkung gleichstehen könnte, nur teilweise nicht nachkäme, etwa eine oder einige Monatsraten nicht rechtzeitig entrichtete. Daß der Senator für Bau- und Wohnungswesen eine derartige Wirkung wollte, wenn er im Jahre 1959 bei der Anwendung der landesrechtlichen Bestimmungen sich der Ausdrucksweise des seit Jahren in Geltung befindlichen Baulandbeschaffungsgesetzes annäherte, läßt sich nicht mit Fug annehmen.

Handelt es sich aber um eine Auflage im eigentlichen Sinn, so folgt daraus, wie das angefochtene Urteil zutreffend annimmt, daß die zusätzlich zum Hauptinhalt der

Verwaltungsverfügung hinzutretende Anordnung von Entschädigungsleistungen selbständig, wie hier geschehen, angefochten werden kann, ohne daß hieran die weiteren einschlägigen Ausführungen der Revision etwas zu ändern vermöchten.

3.) Als nächstes ist zu prüfen, ob der vorliegende Rechtsstreit sich dadurch in der Hauptsache erledigt hat, daß das Obergerverwaltungsgericht Berlin am 29. Juni 1962 den Planfeststellungs- und Besitzeinweisungsbeschluß vom 17. April 1959 aufgehoben hat. Die - rechtskräftig gewordene - Aufhebung ist damit begründet, die Klägerin hätte den von ihr mit der Enteignung des Grundstücksstreifens angestrebten Zweck statt mit einer Eigentumsentziehung schon durch die Belastung des Grundstücks mit einer Lienstbarkeit erreichen können, die die Benutzung des Grundstücksstreifens für den öffentlichen Fußgängerverkehr u.a. gesichert haben würde.

Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung ist, obwohl sie erst im Laufe dieses Revisionsverfahrens erging, von dem jetzt erkennenden Senat unter dem Blickpunkt zu beachten und zu würdigen, ob mit ihr die Entschädigungspflicht, gegen die sich die Klägerin mit ihrer jetzigen Klage wendet, im vollen Umfang weggefallen und damit das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin für ihr Klagebegehren entfallen ist. Ein Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses ist auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen und zwar für den jeweiligen Abschnitt des Revisionsverfahrens zu berücksichtigen (LM ZPO § 546 Nr. 21). Nach dieser Richtung ist zu erwägen:

Es liegt zunächst der Gedanke nahe, daß eine mit einem Einweisungsbeschluß verbundene Entschädigungs-

festsetzung mit der Aufhebung der vorläufigen Besitzeinweisung nicht auf die rückwirkende Zeit jede Wirkung verliert. Denn Aufgabe der Entschädigung ist es, dem Betroffenen einen Ausgleich für die Zeit zukommen zu lassen, in der er den Besitz der ihm gehörenden Sache nicht hat, und für die Erfüllung einer solchen Aufgabe ist es gleichgültig, ob die "besitzlose Zeit" mit der endgültigen Enteignung oder mit einer Abweisung des Enteignungsantrags und einer Aufhebung der vorläufigen Besitzeinweisung als unstatthaft endet. Hinzu kommt: Mit der Aufhebung der vorläufigen Besitzeinweisung als unstatthaft steht fest, daß der Betroffene in seiner Besitzerstellung eine Zeit lang ohne Rechtsgrund beeinträchtigt wurde; wegen der Beeinträchtigung kann der Betroffene bei gegebenen übrigen Voraussetzungen einen Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs geltend machen.

Im gegenwärtigen Fall haben sich die Beklagten gegen die Enteignung gewendet und zu erkennen gegeben, daß sie ihr Verlangen nach Gewährung einer Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen für eine ihnen verwehrte Nutzung des Grundstücksstreifens auf jeden in Betracht kommenden Rechtsgrund stützen wollen. Sie haben sich im übrigen auch darauf berufen, sie hätten den von der Besitzeinweisung erfaßten Streifen durch eine Aufstellung der Vitrinen an anderer Stelle des Streifens oder durch Zurverfügungstellung als Schankgarten nützen können. Zu diesem rechtlichen und tatsächlichen Vorbringen der Beklagten hatte die Klägerin bereits in den Vorinstanzen Stellung genommen und sich gegenüber dem Entschädigungsbegehren der Beklagten namentlich darauf berufen, die

Beklagten hätten nicht die Erlaubnis gehabt, den Grundstücksstreifen durch Aufstellung von Vitrinen oder in anderer Weise zu nutzen, die Erlaubnis sei aber nach Berliner Recht erforderlich gewesen. In der Tat ist das Fehlen der Erlaubnis in Bezug auf die von den Beklagten behauptete Nutzung rechtserheblich, wie noch dargetan werden wird.

Das alles zeigt, daß der Streit der Parteien jedenfalls, nachdem der Einweisungsbeschluß durch die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts aufgehoben worden war, nicht nur dahin zu würdigen ist, ob die in dem Einweisungsbeschluß genannte Entschädigung von monatlich 600,- auf 0,- Dm herabzusetzen ist, sondern richtig dahin, ob die Klägerin verpflichtet ist, die Beklagten für den Ausfall von Nutzungen in dem Zeitraum zu entschädigen, in dem die Klägerin in den Besitz des Grundstücksstreifens eingewiesen war. Diese - nicht erledigte - Frage ist zu Ungunsten der Beklagten zu entscheiden.

Die Beklagten benötigten zu der Nutzung des Grundstücksstreifens sei es durch Aufstellung von Vitrinen oder durch Zurverfügungstellung als Schankgarten nach Berliner Recht eine Erlaubnis der Bauaufsichtsbehörde. Denn nach § 25 Ziff. 3, § 7 Ziff. 5 der Berliner Bauordnung vom 9. November 1929 durften sie in dem hier fraglichen Zeitraum den Grundstücksstreifen für andere als gärtnerische Zwecke nur mit einer derartigen Erlaubnis benutzen. Diese Erlaubnis hatten sie zu der Zeit, als der Besitzeinweisungsbeschluß bei Bestand war, nicht. Die ihnen im Jahre 1952 zur Aufstellung von Vitrinen erteilte Erlaubnis war bereits am 31. Mai 1956 abgelaufen, eine neue Erlaubnis war nicht erteilt worden. Bei der

Erteilung der Erlaubnis, die das Berufungsgericht für eine in das pflichtgemäße Ermessen der Verwaltung gestellte, sogenannte freie Erlaubnis hält, handelt es sich, anders als bei einer Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt, um die Befreiung von einer sogenannten repressiven Verbotsnorm; der Widerruf einer solchen Befreiung kann jederzeit aus sachlichen Gründen erfolgen, ohne daß darin ein enteignender Eingriff liegt (Urteil vom 19. Dezember 1963 III ZR 162/63 = MDR 1964, 487; WM 1964, 657). Noch weniger läßt sich dann (hierzu Urteil v. 16. März 1964 III ZR 11/63 = WM 1964, 698) von einem enteignenden Eingriff sprechen, wenn in dem maßgeblichen Zeitraum eine Befreiung von der repressiven Verbotsnorm überhaupt nicht vorgelegen hat. Eine Nutzung des Grundstücksstreifens ohne die benötigte Erlaubnis stand im Widerspruch zum materiellen Recht und bildete daher nicht eine entschädigungsfähige Rechtsposition. Ob den Beklagten die Erlaubnis zu Recht oder zu Unrecht nicht erteilt worden ist, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Auch kann auf sich beruhen, ob den Beklagten etwa aus einer zu Unrecht erfolgten Verweigerung der Erlaubnis ein Entschädigungsanspruch erwachsen konnte. Denn Gegenstand dieses Rechtsstreits ist allein, ob den Beklagten für den vorübergehenden Entzug der Nutzung des Grundstücksstreifens, für eine "besitzlose Zeit" eine Entschädigung zusteht oder nicht. Nur auf die Verneinung dieser Frage kann das Klagebegehren bezogen werden, und hierin ist ihm recht zu geben.

4.) Mithin ist die Revision zurückzuweisen, wobei der Senat zugleich den Entscheidungssatz des landgerichtlichen Urteils der inzwischen eingetretenen Entwicklung der Verhältnisse und dem Ergebnis des unter 3.) Ausgeführten anpaßt. Gemäß § 97 ZPO sind die Beklagten außerdem mit den Kosten des Revisionsverfahrens zu belasten.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Hußla

Gähtgens

Kesler