

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 68, 74

Zur Frage, wie weit der Streitverkündungsempfänger an die tragenden Gründe eines Urteils gebunden ist, das zu Gunsten der streitverkündenden Partei ergangen ist.

BGH, Urt. v. 14. Dezember 1983 - IVa ZR 66/82 OLG Schleswig
LG Flensburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 66/82

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
14. Dezember 1983
Hellmann
Jusitzamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. des Architekten Axel G., H. Str. ,
B. ,
2. des Steuerberaters Herbert M., T. str. ,
Berlin 21,
3. des Fleischermeisters Hans Werner Waldemar A.,
Br. str. , B. ,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

den Makler Wilhelm P., W. str. , We.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. und
-

- 2 -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 10. März 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger verlangen die Rückgewährung einer Maklerprovision, die sie in Höhe von 97.125,-- DM an den Beklagten bezahlt haben.

Im Jahre 1971 beabsichtigten die Kläger, Baugelände in S███ zu erwerben. Sie traten zu diesem Zweck mit dem Beklagten in Verbindung, der in Wen██████ als Makler tätig ist und zur damaligen Zeit Mitglied des Gemeinderats war. Sie erhielten von ihm im Oktober 1971 eine "Verkaufsaufgabe", in der es u.a. heißt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Eigentümer: So[REDACTED], Andree und Droop, We[REDACTED]/S[REDACTED]
Objekt: 1. Baugrundstück in Wen[REDACTED]/S[REDACTED]...
Flurstück 5/2
8.382 qm groß

2. Baugrundstück in Wen[REDACTED]/S[REDACTED]...
Flurstück 5/5
2.120 qm groß

.....

Bebaubarkeit: Es hat dem Gemeinderat eine Bauvoranfrage eines Kaufinteressenten vorgelegen. Danach ist eine eineinhalbgeschossige Bauweise hartgedeckt möglich. Nach Parzellierung auf je etwa 1000 qm Grundstücksgröße können maximal 20% der Grundstücksfläche mit auslaufend 240 qm je Parzelle bebaut werden. Höhe der einzelnen Gebäude 9 m. Lt. Beschluß des Wen[REDACTED] Gemeinderates in Sachen Baunutzungsverordnung soll an der Ha[REDACTED]straße (Verlängerung der Be[REDACTED] Bl[REDACTED]-Straße in Ostrichtung) eine dreigeschossige Bauweise erlaubt werden. Die Kreis- und Landesbehörden haben sich zu diesem Beschluß noch nicht abschließend geäußert. Die Voranfrage des Interessenten betraf auch die dreigeschossige Bebauung; ein Bescheid ging bis heute noch nicht ein. Nach vorliegenden Plänen sollte das Flurstück 5/2 mit 8 Häusern und die Parzelle 5/5 mit 2 Häusern bebaut werden.

Jedes Haus würde 8 Wohnungen ausweisen, so daß insgesamt 72 Eigentumswohnungen erstellt werden könnten. Die Grundstücke werden nicht architektengebunden verkauft, so daß eigene Planungen möglich sind

Kaufpreis: Für beide Grundstücke DM 1.750.000,--.
Für den Fall, daß eine dreigeschossige Bebauung nicht in Betracht kommt, ist der Kaufpreis für beide Grundstücke DM 1.500.000,--

Courtage: Käufer zahlt an das Maklerbüro (des Beklagten) ... 5% vom Kaufpreis zuz. MWST."

Am 29. Juni 1972 unterzeichneten die Parteien eine "Ankaufsverpflichtung", die folgenden Wortlaut hatte:

"(Die Kläger) als Auftraggeber, handelnd zugleich im Namen und in Vollmacht des Ehegatten, der Miteigentümer oder sonstiger Mitberechtigter, verpflichten sich bindend, das vom (Beklagten) nachgewiesene oder vermittelte Objekt

Haus Ameland 8382 t
in Wen[REDACTED] 2120 qm

erwerben zu wollen.

Der Kaufinteressent sichert verbindlich und unwiderruflich dem obigen Makler eine Courtage in Höhe von 5% von dem unten genannten Kaufpreis zuz. 11% MWST zu.

Die Courtage ist bei Vertragsabschluß fällig ...

Die Courtage ist auch dann fällig und zahlbar, wenn der vorgesehene Kauf nicht stattfindet. Entscheidend für die Fälligkeit und das Entstehen der Courtage ist allein die Nachweis- bzw. die Vermittlertätigkeit des Maklers."

Handschriftlich war folgender, in der bei den Akten befindlichen Ablichtung teilweise unleserlicher Vermerk beigelegt:

"Kaufp.....3 geschossige Bebauung -
1.750.000,-- - bei 2 geschossiger Bebauung
1.500.000,--"

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 2. August 1972 kauften die Kläger die genannten beiden Parzellen zum Kaufpreis von 1.800.000,-- DM.

In § 3 des Kaufvertrages heißt es u.a.:

"Die Käufer beabsichtigten eine Bebauung der Grundstücke, wobei Käufer und Verkäufer davon ausgehen, daß für das Mischgebiet Ost, das der Gemeinderat von Wen[REDACTED] nach Angaben der Verkäufer in seiner Sitzung vom 12.7. und 18.7.1972 ausgewiesen hat, eine Grundflächenzahl von 0,2 mit dreigeschossiger Bauweise und für das übrige Gebiet eine Grundflächenzahl von 0,18 mit eineinhalbgeschossiger Bebauung vorgesehen ist. Der Notar wies die Erschienenen darauf hin, daß er keinerlei eigene Feststellungen bezüglich der Bebaubarkeit des Kaufobjekts getroffen habe, sondern die Angaben nur auf Informationen der Verkäufer beruhen ..."

Nach § 4 des Kaufvertrages waren die Käufer verpflichtet, die Baugenehmigungen unverzüglich zu beantragen.

Die Kläger zahlten an die Verkäufer 600.000,-- DM auf den Kaufpreis sowie an den Beklagten die vereinbarte Provision von 97.125,-- DM.

Am 12. Juni 1973 beantragten die Kläger beim Landrat des Kreises N[REDACTED], ihnen eine Baugenehmigung für die Flurstücke 5/2 und 5/5 zu erteilen. Auf dem Flurstück 5/2 sollte ein dreigeschossiges Wohn- und Geschäftshaus errichtet werden; in dessen Erdgeschoss sollte ein Supermarkt, in den zwei Obergeschossen sollten zehn Wohneinheiten entstehen. Außerdem sollten auf diesem Grundstück rings um

das verbleibende Haus Ameland sieben eineinhalbgeschossige Wohnhäuser mit je vier Wohneinheiten entstehen. Auf dem Flurstück 5/5 war die Errichtung eines Gebäudekomplexes geplant, der drei versetzt aneinander gebaute eineinhalbgeschossige Wohnhäuser mit insgesamt 12 Wohneinheiten umfaßte. Der Landrat lehnte durch Bescheid vom 14. November 1973 die Erteilung der Genehmigung für das Bauvorhaben auf dem Flurstück 5/5, durch Bescheid vom 15. November 1973 die Genehmigung zu dem Bauvorhaben auf dem Flurstück 5/2 ab. Die von den Klägern eingelegten Widersprüche blieben erfolglos. Die Kläger zu 2 und 3 erhoben Anfechtungsklage, die durch das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts Sch[REDACTED] vom 2. März 1976 zurückgewiesen wurde. In den Gründen wird ausgeführt: Die Parzelle 5/2 liege teilweise im unverplanten Innenbereich, teilweise im Außenbereich, die Parzelle 5/5 vollkommen im Außenbereich. Soweit das Bauvorhaben der Kläger im Außenbereich auszuführen sei, sei es unzulässig, weil dadurch die vorhandene Bebauung entgegen der Zielsetzung des BBauG planlos in den Außenbereich hinaus ausgedehnt und damit die Gefahr der städtebaulich unerwünschten Zersiedlung des Außenbereichs hervorgerufen werde. Soweit es den unverplanten Innenbereich betreffe, werfe es derart zahlreiche städtebauliche Probleme auf, daß deren Lösung bei Vermeidung einer erheblichen Verschlechterung der städtebaulichen Situation nur durch das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren der Aufstellung eines förmlichen Bebauungsplanes erreicht werden könne.

Bereits vorher hatten die Kläger von den Verkäufern des Grundstücks die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangt. Sie hatten geltend gemacht, die Geschäftsgrundlage für diesen Vertrag sei weggefallen, weil sich herausgestellt habe, daß die Grundstücke nicht bebaubar seien. Im März 1976 erhoben die Kläger gegen die Verkäufer Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises. Das Landgericht Flensburg gab ihr durch Urteil vom 19. November 1976 statt; es nahm an, daß der Mangel der Bebaubarkeit ein Sachmangel der verkauften Grundstücke sei, der die Kläger zur Wandelung des Kaufvertrages berechtige. Die Verkäufer legten gegen dieses Urteil am 24. Januar 1977 Berufung ein. Am 29. Juli 1977 verkündeten die damaligen und jetzigen Kläger dem jetzigen Beklagten den Streit. Am 3. Oktober 1978 zeigte der Prozeßbevollmächtigte der damaligen Beklagten dem Oberlandesgericht an, daß die Parteien sich außergerichtlich verglichen hätten. Die Berufung wurde mit Schriftsatz vom 31. Oktober 1978 zurückgenommen.

Inzwischen hatte Rechtsanwalt Uwe J. am 1. Oktober 1978 als vollmachtloser Vertreter der Grundstückseigentümer die Parzellen 5/2 und 5/5 an die Ehefrauen der Kläger zu 1 und 2 zu einem Preis von 1.150.000,-- DM verkauft. Im Kaufvertrag wird festgehalten, daß ein erststelliges Kaufpreisteil von 600.000,-- DM bereits gezahlt sei und mithin von den Erwerbern nicht mehr entrichtet zu werden brauche. Das vollmachtlose Handeln des Rechtsanwalts J. wurde durch notarielle Erklärung vom 10. Oktober 1978 von den Grundstückseigentümern genehmigt. Am 20. Oktober 1978 wurde der Kaufvertrag dahin abgeändert, daß die beiden Grundstücke von den Ehefrauen sämtlicher Kläger gemeinsam gekauft wurden; am selben Tage wurde auch die Auflassung an diese erklärt.

Am 19. November 1978 reichte die Firma A■■■■, M■■■■ u. Co einen neuen Bauantrag ein, nach dem auf dem Grundstück 5/2 zwei Wohngebäude mit 21 Wohnungen und 26 PKW-Stellplätzen errichtet werden sollten. Am 2. Februar 1979 stimmte der Planungsverband Insel S■■■, auf den inzwischen die Planungshoheit für das Gebiet der Gemeinde Wen■■■■ übergegangen war, dem Bauvorhaben unter Bezugnahme auf den Bebauungsplan Nr.2 Wen■■■■ zu. Am 30. Mai 1979 wurde die endgültige Bauerlaubnis erteilt.

Die Kläger meinen aufgrund dieses Sachverhalts, daß der Beklagte keinen Anspruch auf Maklerprovision gehabt habe und daher die gezahlte Provision zurückerstatten müsse.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Kläger zur Entrichtung der Maklerprovision verpflichtet gewesen seien. Der Beklagte sei von ihnen als Nachweismakler beauftragt worden. Die Kläger hätten einen Kaufvertrag über ein Objekt geschlossen, das ihnen vom

Beklagten nachgewiesen worden sei. Daß der Kaufvertrag nicht durchgeführt worden sei, sei unerheblich. Entscheidend sei, daß das nachgewiesene Objekt den Anforderungen entsprochen habe, die die Kläger bei Abschluß des Maklervertrages gestellt hätten. Der Maklerauftrag sei auf den Nachweis von Bauland gerichtet gewesen; der Beklagte habe sich daher seine Provision nur durch den Nachweis von bebaubaren Grundstücken verdienen können. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Hauptvertrages hätten jedoch der Bebauung der Parzellen 5/2 und 5/5 keine Hindernisse entgegengestanden. Ein rechtzeitig gestellter Bauantrag hätte die Zustimmung und die Unterstützung der Gemeindevertretung gefunden; auch der Leiter des Bauamts des Landkreises habe dem Vorhaben "durchaus positiv gegenübergestanden". Wenn es den Klägern nicht gelungen sei, eine Baugenehmigung zu erreichen, sei dies allein auf ihr verzögerliches Verhalten zurückzuführen.

II.

1. Mit Recht hat es das Berufungsgericht als entscheidungserheblich angesehen, ob die beiden Parzellen, die vom Beklagten nachgewiesen und von den Klägern gekauft worden waren, bebaubar waren. Diese Frage kann unter zwei rechtlichen Gesichtspunkten von Bedeutung sein: Wenn dem Beklagten im Maklervertrag der Nachweis von bebaubaren Grundstücken (oder die Vermittlung von Kaufverträgen über solche Grundstücke) klar aufgetragen war, konnte durch den Nachweis von unbebaubaren Grund-

stücken (oder eine entsprechende Vermittlungstätigkeit) kein Anspruch auf Maklerprovision begründet werden. Darüberhinaus stellt sich die Frage, ob bei den Besonderheiten des vorliegenden Falls die fehlende Bebaubarkeit zur Folge hatte, daß der Kaufvertrag mit Mängeln behaftet war, die eine Provisionspflicht ausschlossen (vgl. dazu Abschnitt III).

Das Berufungsgericht hat die Bebaubarkeit nur unter dem erstgenannten Gesichtspunkt geprüft. Die Revision beanstandet mit Recht, daß aus dem Berufungsurteil nicht mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen ist, welchen Maßstab das Berufungsgericht dabei zugrundelegen wollte; es ist nicht klar ersichtlich, ob es lediglich die Bebaubarkeit schlechthin, die Bebaubarkeit im Sinne der Verkaufsaufgabe des Maklers oder die Bebaubarkeit im Sinne von § 3 des Grundstückskaufvertrages prüfen wollte. Bereits dieser Mangel nötigt zu einer Aufhebung des Berufungsurteils. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zu den Einzelfragen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Im einzelnen ist dazu zu bemerken:

Bei der Prüfung der Frage, welche Art von Grundstücken der Beklagte den Klägern nach dem Inhalt des Maklervertrages nachzuweisen oder zu vermitteln hatte, kommt es in erster Linie darauf an, was bei Abschluß des Maklervertrages vereinbart wurde; in dieser Hinsicht können der Wortlaut eines etwaigen Auftragsschreibens, der eines etwaigen Antwortschreibens des Maklers und

Äußerungen, die bei Abschluß des Maklervertrages gefallen sind, von Bedeutung sein. Die Parteien haben hierüber nichts Konkretes vorgetragen; durch die Zurückverweisung der Sache erhalten sie Gelegenheit, in dieser Hinsicht ihr Vorbringen zu ergänzen.

Dagegen hängt die Entstehung des Provisionsanspruchs eines Maklers in der Regel nicht davon ab, ob das nachgewiesene Objekt tatsächlich diejenigen Eigenschaften aufwies, die in dem Informationsschreiben des Maklers (Expose, Verkaufsaufgabe) angegeben waren. Wenn der Makler in diesem Schreiben unrichtige Angaben macht, so ist das für den Tatbestand des § 652 BGB belanglos; es kann allenfalls zu einem Schadensersatzanspruch und - bei einer besonders schwerwiegenden Verletzung der vertraglichen Treupflicht - zu einer Verwirkung der Provision gemäß § 654 BGB führen. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Verkaufsaufgabe des Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit unbeachtlich wäre. Sie kann beim Fehlen anderweitiger Anhaltspunkte ein wertvolles Erkenntnismittel dafür sein, von welcher Beschaffenheit die Grundstücke sein sollten, die der Beklagte nach dem Maklervertrag nachzuweisen oder zu vermitteln hatte. Der Beklagte hat vorgetragen, bei rechtzeitiger Antragstellung sei eine der Verkaufsaufgabe entsprechende Bebauung gewährleistet gewesen; auch er geht demnach davon aus, daß er ein Grundstück nachzuweisen hatte, das hinsichtlich der Bebaubarkeit mindestens den Angaben in der Verkaufsaufgabe entsprach.

Es erscheint daher angebracht, bei den folgenden Erörterungen die Angaben in der Verkaufsaufgabe zugrunde zulegen.

Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß es auch in diesem Zusammenhang auf die Bebaubarkeit im Sinne von § 3 des Kaufvertrages ankommen könnte. Das würde allerdings voraussetzen, daß die Parteien des Rechtsstreites bei Abschluß des Kaufvertrages die Bestimmungen des Maklervertrages dahin präzisiert oder eingeschränkt haben, daß eine Provision nur dann gezahlt werden soll, wenn die Verkaufsgrundstücke den in § 3 des Kaufvertrages genannten Anforderungen entsprachen. Ob ein solcher rechtsgeschäftlicher Wille angenommen werden kann, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben.

2. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe nicht hinreichend beachtet, daß im Vorprozeß G. u.a. ./.. So u.a. 3 O 50/76 des Landgerichts Flensburg dem jetzigen Beklagten von den Käufern (damaligen und jetzigen Klägern) der Streit verkündet worden war. Infolgedessen müsse sich der Beklagte die tragenden Gründe des Vorprozessurteils entgegenhalten lassen. Dort sei aber festgestellt, daß die verkauften Grundstücke nicht in der nach § 3 des Grundstückkaufvertrags vorgesehenen Weise bebaut werden könnten; dies sei auch der entscheidende Grund dafür gewesen, daß der Klage der Käufer stattgegeben worden sei.

Der Senat kann sich dem nicht anschließen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Streitverkündungsempfänger sich auch die tragenden Gründe eines für den Streitverkünder günstigen Urteils entgegenhalten lassen muß (vgl. dazu BGH, Urteil vom 28.5.1962, VersR 1962, 952).

Davon muß zumindest dann eine Ausnahme gelten, wenn im umgekehrten Fall einer für den Streitverkündenden ungünstigen Entscheidung diese gegenüber dem Streitverkündungsempfänger keine Bindungswirkung entfalten würde. So ist es aber hier. Hätte das Landgericht im Vorprozeß zu Ungunsten der Kläger entschieden und hätten diese die Berufung eingelegt und zurückgenommen, so wäre das landgerichtliche Urteil für den Beklagten nicht verbindlich gewesen: Da ihm in der ersten Instanz nicht der Streit verkündet war, wäre er nicht in der Lage gewesen, auf die Entscheidung des Landgerichts einzuwirken; durch die Rücknahme der Berufung wäre ihm auch die Möglichkeit genommen worden, eine Abänderung des Urteils in der zweiten Instanz zu erreichen. Dann aber kann der Beklagte nicht schlechter stehen, wenn die Entscheidung des Landgerichts im Vorprozeß zu Gunsten der streitverkündenden Kläger ergangen ist.

3. Es kommt demnach darauf an, ob die Gründe mit denen das Berufungsgericht eine Bebaubarkeit der beiden verkauften Grundstücke bejaht hat, einer rechtlichen Nachprüfung standhalten. Das ist nicht der Fall.

a) Hinsichtlich der Parzelle 5/2 ist dazu zu bemerken:

aa) Das Berufungsgericht meint, diese Parzelle sei "als solche immer schon bebaubar" gewesen, "weil sie schon mit dem Hause Amelang eineinhalb-geschossig bebaut" gewesen sei. Diese Begründung läßt sich mit den Vorschriften des Bundesbaugesetzes und der dazu ergangenen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht vereinbaren.

Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts Schleswig im Urteil vom 2. März 1976 - 8 A 264/74 -, denen im vorliegenden Rechtsstreit die Parteien nicht entgegengetreten sind und gegen deren Richtigkeit auch das Berufungsgericht keine Bedenken äußert, lag die genannte Parzelle 5/2 teilweise im Außenbereich (§ 35 BBauG), teilweise im sogenannten unverplanten Innenbereich (§ 34 BBauG).

Soweit das Grundstück im Innenbereich lag, richtete sich seine Bebaubarkeit nach § 34 BBauG in seiner ursprünglichen Fassung. Danach war ein Bauvorhaben planungsrechtlich zulässig, wenn es nach der vorhandenen Bebauung und Erschließung unbedenklich war. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat diese Vorschrift dahin ausgelegt, daß ein Bauvorhaben dann abgelehnt werden muß, wenn es einen "bodenrechtlich relevanten Widerspruch" zur vorhandenen Bebauung hervorruft (BVerwGE 32, 31; 44, 302; BVerwG NJW 1975, 460 = BauR 1975, 29; Verwaltungsrechtsprechung 1976 Bd. 27 S. 691). Daß sich bereits ein Gebäude auf dem Grundstück befand, gab dem Eigentümer also noch nicht ohne weiteres die Befugnis, ein zusätzliches Gebäude

zu errichten oder das vorhandene zu erweitern oder umzubauen. Im Außenbereich kann allerdings die Tatsache, daß ein Grundstück bereits bebaut ist, planungsrechtlich von Bedeutung sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts genießen Gebäude, die im Zeitpunkt ihrer Errichtung materiell zulässig waren, auch im Falle einer nachträglichen Änderung der Rechtslage Bestandschutz (BVerwG NJW 1971, 1624; 1977, 1932; 1980, 252; BauR 1971, 38; 1972, 152, 1975, 114; Friauf in Festschrift des BVerwG S. 217). Dagegen konnte aus dem Bestandschutz nach dem im Jahre 1972 geltenden Rechtszustand weder ein Anspruch auf Genehmigung der Erweiterung eines bereits vorhandenen Baus (BVerwG BauR 1975, 413; OVG Münster NJW 1965, 832; VG Hannover MDR 1969, 253) noch auf Genehmigung der Errichtung eines Ersatzbaus anstelle eines abgebrochenen oder zerstörten bestandgeschützten Gebäudes (BVerwG BauR 1973, 170) hergeleitet werden. Das Vorhandensein eines Gebäudes auf der Parzelle 5/2 besagt daher noch nichts über die planungsrechtliche Zulässigkeit der im Kaufvertrag geäußerten Bauabsicht.

bb) Das Berufungsgericht verweist weiterhin darauf, daß für die Bebauung der Parzelle 5/2 unter dem 29. Januar 1979 eine Teilbaugenehmigung und unter dem 30. Mai 1979 die endgültige Baugenehmigung erteilt worden ist. Dabei wurde nicht hinreichend beachtet, daß zwischen dem Abschluß des Kaufvertrages (2. August 1972) und der Erteilung dieser Genehmigung fast sieben Jahre verflossen waren. Es kommt nicht darauf an, ob die Grundstücke heute bebaubar sind (oder im Jahre 1979 bebaubar waren), sondern ob sie es bei Abschluß

des Kaufvertrages waren. Es hätte deshalb einer näheren Darlegung bedurft, daß sich die planungsrechtliche Situation des Grundstücks in der Zwischenzeit nicht geändert habe. Das ist keineswegs selbstverständlich, denn in der Zwischenzeit war nicht nur das BBauG zweimal novelliert worden (Gesetz zur Änderung des BBauG zum 18. August 1976, BGBl I, 2221 und Artikel 1 des Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren und zur Erleichterung von Investitionsvorhaben im Städtebaurecht vom 6. Juli 1979, BGBl I, 949); es muß vielmehr auch damit gerechnet werden, daß sich in der Zeit zwischen 1972 und 1979 die Bauleitplanung für das hier in Frage stehende Gebiet weiterentwickelt hat; nach der Stellungnahme des Planungsverbandes Insel S. vom 2. Februar 1979 scheint zwischenzeitlich die Parzelle 5/2 in den Geltungsbereich eines Bebauungsplans einbezogen worden zu sein, so daß die Versagungsgründe aus §§ 34, 35 BBauG entfielen. Gegen die Annahme, daß bereits im Zeitpunkt des Kaufabschlusses ein Anspruch auf Baugenehmigung bestanden habe, spricht das Urteil des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 2. März 1976 (Blatt 104 - 116 der Beilagen 8 A 264/74). Dort war die Ablehnung eines die Parzelle 5/2 betreffenden Baugesuchs der Kläger zu 2 und 3 mit folgender Begründung gebilligt worden:

Soweit die geplante Bebauung in den Außenbereich hineinragt, begründe sie die Gefahr der städtebaulichen unerwünschten Zersiedlung des Außenbereichs; soweit sie im Innenbereich liege, werfe sie derart zahlreiche städtebauliche Probleme auf, daß deren

Lösung bei Vermeidung einer erheblichen Verschlechterung der städtebaulichen Situation nur durch das gesetzlich vorgesehene Verfahren der Aufstellung eines förmlichen Bebauungsplans erreicht werden könne. Der zuletzt genannte Versagungsgrund greift allerdings nach der heutigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (NJW 1981, 2426) bei Bauten im Innenbereich nicht durch. Hierauf kommt es jedoch nicht entscheidend an; das Bauvorhaben der Kläger, das sich sowohl über den Innen- als auch über den Außenbereich erstreckte, ließ sich nur dann verwirklichen, wenn sich weder aus § 34 noch aus § 35 Abs. 2 BBauG Versagungsgründe herleiten ließen.

Auf der anderen Seite darf nicht unbeachtet bleiben, daß den Verkäufern am 8. April 1975 bezüglich des Grundstücks 5/2 ein positiver Bauvorbescheid erteilt worden ist (Bl. 20 der Akten des Landrats - untere Bauaufsichtsbehörde - des Landkreises N. Az.: 4110 - V 72/75 Bl. 20). In diesem Verfahren scheint das Vorhaben lediglich unter dem Gesichtspunkt des § 34 BBauG geprüft worden zu sein. Worauf diese von der Auffassung des Verwaltungsgerichts Schleswig abweichende Beurteilung beruht, ist nicht klar ersichtlich. Möglicherweise sollte das Vorhaben, das Gegenstand der Bauvoranfrage war, nur auf dem Teil der Parzelle ausgeführt werden, der zum Innenbereich gerechnet wurde; dies wäre erforderlichenfalls noch tatrichterlich zu prüfen. Der genannte Vorbescheid wäre hier nur dann von Bedeutung, wenn die Bebauung, die durch den Vorbescheid für planungsrechtlich zulässig erklärt wurde, mit der übereinstimmte, die nach dem Inhalt des Maklervertrages vorausgesetzt war. Dazu bedarf es noch tatrichterlicher Feststellungen.

cc) Das Berufungsgericht verweist schließlich darauf, daß die Gemeindevertretung die Bauvoranfrage des Interessenten Wö[REDACTED] in der Sitzung vom 31. August 1971 einstimmig positiv beschieden habe (vgl. dazu Bl. 35 der Vorinstanzakten). Auf die Stellungnahme der Gemeindevertretung könnte es jedoch nur dann ankommen, wenn ihr nach dem - nicht revisiblen - schleswig-holsteinischen Bauordnungsrecht die Entscheidung über Bauvoranfragen zustehen sollte. Hierzu äußert sich das Berufungsgericht nicht. Es hätte von seinem Standpunkt aus prüfen müssen, welcher Behörde die Schleswig-Holsteinische Landesbauordnung (vgl. etwa die §§ 79 Abs. 1 Nr. 2, 88 Abs. 1 Satz 2) die Prüfung und Entscheidung einer Bauvoranfrage übertragen hat.

b) Das Berufungsgericht nimmt an, die Parzelle 5/5 sei deshalb bebaubar gewesen, weil bereits die Bodenverkehrs-genehmigung vom 2. Juni 1970 vorgelegen habe. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten schon deshalb einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil sie inkommensurable Größen (Bauvorhaben mit Wohneinheit) miteinander vergleichen.

c) Daß die Kläger die von ihnen gewünschte Bebauung nicht verwirklichen konnten, ist nach der Auffassung des Berufungsgerichts allein auf ihr eigenes verzögerliches Verhalten zurückzuführen. Es führt dazu aus:

Die Kläger hätten nicht bewiesen, daß ein Bauantrag, den sie unverzüglich nach Abschluß des Vertrages vom 2. August 1972 gestellt hätten, negativ beschieden worden

wäre. Der Bürgermeister habe dem Projekt wohlwollend gegenübergestanden; ein alsbald gestellter Bauantrag hätte die Zustimmung und Unterstützung auch der Gemeindevertretung gefunden. Der Leiter des Bauamts des Kreises N[REDACTED] habe für die Pläne des Bürgermeisters und der Gemeinde Verständnis gehabt.

Das Berufungsgericht stellt demnach nicht darauf ab, ob einem rechtzeitig gestellten Bauantrag nach der objektiven Rechtslage stattzugeben gewesen wäre, sondern darauf, ob die zur Entscheidung berufenen Amtsträger dem Antrag stattgegeben hätten. Damit hat es den zutreffenden Ausgangspunkt gewählt. Die Entscheidung über die planungsrechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens ist zwar keine Ermessensentscheidung (wegen der Vorhaben im unverplanten Innenbereich - § 34 BBauG - vgl. Senatsurteil vom 16. September 1981 - IVa ZR 85/80 - WM 1982, 13 -, insoweit in NJW 1982, 1147 und MDR 1982, 299 nicht abgedruckt; wegen der Vorhaben im Außenbereich - § 35 Abs. 1 und 2 BBauG - vgl. BVerwGE 18, 247; 28, 148, 151; 48, 109, 114; BVerwG NJW 1978, 1818, 1820; ebenso BGH Urteil vom 10. Juni 1980 - III ZR 23/79 - WM 1980, 1199 = NJW 1980, 2573 = LM BGB § 839 [Fe_] Nr. 59 und III 4). Wenn es demnach bei der Entscheidung der planungsrechtlichen Zulässigkeit eines Bauvorhabens theoretisch nur eine richtige Lösung gibt, so darf man doch die Augen nicht davor verschließen, daß in der Praxis die damit zusammenhängenden Rechtsfragen von den zur Entscheidung berufenen Stellen recht unterschiedlich beurteilt werden. Nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien eines Maklervertrages kommt es darauf an, ob dem Baugesuch tatsächlich stattgegeben worden wäre (vgl. auch die zur Genehmigung nach § 19 BBauG ergangenen Ur-

teile des BGH vom 14. Juli und 10. November 1976
- IV ZR 36/75 und 129/75; WM 1976, 1132, 1977, 21).
Wenn daher der Tatrichter die Frage zu entscheiden
hat, ob ein von einem Makler nachgewiesenes Grund-
stück bebaubar war, wird er prüfen müssen, ob die zu-
ständige Bauaufsichtsbehörde - ggf. im Einvernehmen
mit der Gemeinde und mit Zustimmung der höheren Ver-
waltungsbehörde (§ 36 Abs. 1 BBauG) - dem Baugesuch
stattgegeben hätte; soweit den Umständen nach anzunehmen
ist, daß die Entscheidung der Bauaufsichtsbehörde vom
Antragsteller oder von einem Dritten (Nachbarn) ange-
fochten worden wäre, wird der Tatrichter auch die Ein-
stellung der zur Entscheidung über die Rechtsbehelfe
berufenen Behörden und Gerichte zu berücksichtigen
haben.

Der Senat setzt sich damit nicht in Widerspruch
zum Urteil des VII. Zivilsenats vom 15. Januar 1981
- VII ZR 44/80 - (BGHZ 79, 223) und zu den dort auf
Seite 226 erwähnten Urteilen des III. und VI. Zivil-
senats. Dort war allerdings ausgesprochen worden, es
käme in den Fällen, in denen infolge einer Pflichtver-
letzung Gerichte oder Verwaltungsbehörden nicht ange-
rufen worden seien, für den ursächlichen Zusammenhang
zwischen dieser Pflichtverletzung und dem eingetretenen
Schaden nicht darauf an, wie die Gerichte und Verwaltungs-
behörden tatsächlich entschieden hätten, sondern darauf,
wie sie richtig hätten entscheiden müssen. Diese in
einem anderen Zusammenhang ergangenen Entscheidungen
sind auf Fälle der vorliegenden Art nicht übertragbar.
Hier geht es darum, unter welchen Voraussetzungen die

Provision nach dem Maklervertrag verdient ist. Das bestimmt sich in erster Linie nach dem (mutmaßlichen) Willen der Vertragspartner. Dieser geht - wie ausgeführt - dahin, die Provision davon abhängig zu machen, ob dem Bauantrag stattgegeben worden wäre.

Fehlerhaft war es jedoch, daß sich das Berufungsgericht mit der Prüfung begnügt hat, wie der Bürgermeister, die Gemeindevertretung und der Leiter der Bauaufsichtsbehörde des Kreises N. ein alsbald gestelltes Baugesuch beurteilt hätten. Es hat nicht hinreichend beachtet, daß das - nicht privilegierte - Bauvorhaben teilweise im Außenbereich verwirklicht werden sollte. In diesem Falle bedurfte es zur Erteilung der Baugenehmigung nicht nur des Einvernehmens zwischen der Bauaufsichtsbehörde und der Gemeinde, sondern darüberhinaus auch der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde (§ 36 Abs. 1 Satz 2 BBauG). Da es in der schleswig-holsteinischen Verwaltung keine Mittelinstanz gibt, werden die Aufgaben, die das Bundesbaugesetz der höheren Verwaltungsbehörde zuweist, von der obersten Landesbehörde wahrgenommen (§ 148 Abs. 2 BBauG); zuständig war nach § 79 Landesbauordnung ursprünglich der Minister für Arbeit, Soziales und Vertriebene, später der Minister des Innern (vgl. dazu Brügelmann/Förster/Friedrich/Grauvogel/Meyer/Pohl/Schriever/Stahnke/Vogel BBauG § 6 Anm. 10). Das Berufungsgericht hätte daher auch prüfen müssen, ob das Baugesuch die Zustimmung des Ministeriums gefunden hätte.

III.

Wenn sich ergeben sollte, daß der vom Beklagten geführte Nachweis den Anforderungen entsprach, die von den Parteien im Maklervertrag aufgestellt worden waren, wird die Frage der Bebaubarkeit unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen sein. Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts Schleswig lag, wie bereits erwähnt, die Parzelle 5/5 im vollen Umfang, die Parzelle 5/2 teilweise im Außenbereich; der andere Teil der Parzelle 5/2 gehörte zum unverplanten Innenbereich. Da die Veräußerung nach der im Kaufvertrag enthaltenen ausdrücklichen Erklärung der Vertragsparteien zum Zwecke der Bebauung erfolgte, bedurfte die Auflassung der Grundstücke nach der damaligen Fassung des § 19 BBauG der Genehmigung. Nach der Rechtsprechung des früheren IV. Zivilsenats (Urteil vom 14. Juli 1976 - IV ZR 36/75 - WM 1976, 1132 und vom 10. November 1976 - IV ZR 129/75 - WM 1977, 21) hängt in einem solchen Fall die Provision davon ab, ob die Genehmigung erteilt wird. Wird die Genehmigung verweigert, so kann der Makler nach den genannten Entscheidungen keine Provision verlangen.

Aus dem Parteivortrag ist nicht ersichtlich, daß um die Bodenverkehrsgenehmigung, auf deren Notwendigkeit der Notar ausdrücklich hingewiesen hatte, nachgesucht worden wäre. Die Kläger haben vielmehr sich auf einen anderen Weg von der Bindung an dem Vertrag gelöst. Sie haben, nachdem der von ihnen beantragte Bauvorbescheid bestandskräftig verweigert worden war, den Kaufpreis wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückgefordert; das Landgericht Flensburg hat durch rechtskräftiges Urteil vom 3. Dezember 1976 -

3 O 50/76 - dieser Klage mit der Begründung stattgegeben, die Grundstückskäufe seien wegen der mangelnden Bebaubarkeit des Grundstücks zur Wandelung des Kaufvertrages berechtigt. Damit entfiel die Notwendigkeit, eine Entscheidung der Genehmigungsbehörde einzuholen.

Für Fälle, in denen der Grundstückskaufvertrag der Genehmigung nach § 19 Abs. 2 BBauG a.F. bedurft hätte, hat der IV. Zivilsenat im Urteil vom 14. Juli 1976 (aaO.) ausgeführt, dem Makler gebühre die vereinbarte Provision, wenn der Erteilung der Genehmigung nach § 19 BBauG keine Hindernisse entgegenstünden und die Parteien des Hauptvertrages diesen aus anderen Gründen aufheben. Nach dem Urteil desselben Senats vom 10. November 1976 (aaO.) kann der Makler dagegen keine Provision verlangen, wenn dem Maklerkunden die Genehmigung versagt worden und der Kaufvertrag daher aus Rechtsgründen nicht durchführbar gewesen wäre. Der Maklerlohnanspruch des Klägers hängt demnach davon ab, ob der Kaufvertrag nach § 19 BBauG genehmigt worden wäre. Dies wiederum hängt davon ab, ob die im Kaufvertrag vorgesehene Bebauung planungsrechtlich zulässig war. Für die Beantwortung der Frage gelten im wesentlichen die unter Ziff. II dargestellten rechtlichen Überlegungen, wobei jedoch als Prüfungsmaßstab nicht die Verkaufsaufgabe des Maklers, sondern § 3 des Kaufvertrages in Betracht kommt.

Auf frühere behördliche Entscheidungen kommt es unter diesem Gesichtspunkt nur insoweit an, als sie einen Anspruch auf Erteilung der zur Auflassung erforderlichen Bodenverkehrsgenehmigung gegeben hätten. Ohne Bedeutung ist es deshalb, welche Entscheidung auf die Bauvoranfrage des Interessenten Wö~~...~~ ergangen ist; denn aus

einem Vorbescheid kann nur ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung, nicht aber ein Anspruch auf Erteilung einer Bodenverkehrsgenehmigung hergeleitet werden (OVG Lüneburg, Urteil vom 26. September 1973 - I A 131/72; Domning/Koch/Faß, Bauordnungsrecht Schleswig-Holstein, § 88 LBO Anm. 8). Ebenso käme es auf die Teilungsgenehmigung vom 2. Juni 1970 nur dann an, wenn diese einen Anspruch der Kläger und der Verkäufer begründet hätte, daß nunmehr auch die Veräußerung der Parzelle 5/5 genehmigt würde. Das war jedoch nicht der Fall. § 21 BBauG a.F. gewährte nur einen Anspruch darauf, daß die Baugenehmigung nicht aus bestimmten Gründen versagt wurde, nicht aber einen Anspruch auf Erteilung einer weiteren Bodenverkehrsgenehmigung (so Schrödter, BBauG 1. Aufl. § 2 1 Rdn. 6; a.A. derselbe in der 2. Aufl.aaO.).Andernfalls hätte durch eine neue Bodenverkehrsgenehmigung die 3-Jahresfrist aus § 21 BBauG verlängert werden können, was ebensowenig zulässig sein kann wie die Verlängerung der Gültigkeitsdauer eines Bauvorbescheids durch Erwirkung einer Bodenverkehrsgenehmigung.

Auch zur Bodenverkehrsgenehmigung bedurfte es der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde, wenn das im Kaufvertrag erwähnte Bauvorhaben gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 BBauG nicht ohne die Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde zugelassen werden durfte (vgl. Brügelmann/Förster/Friedrich/Grauvogel/Meyer/Pohl/Schriever/Stahnke/Vogel, BBauG § 19 Rdn. 41; Schrödter BBauG 3. Aufl. § 19 Rdn. 6). Auch unter dem hier erörterten Gesichtspunkt wird daher das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Zustimmung erteilt worden wäre.

IV.

Das Berufungsurteil kann auch nicht mit einer anderen Begründung (§ 563 ZPO) aufrechterhalten werden.

Es bedarf allerdings der Prüfung, ob dem Beklagten deshalb eine Maklerprovision zusteht, weil die Ehefrauen der Kläger schließlich die Parzellen 5/2 und 5/5 doch erworben haben. Den Umständen nach ist anzunehmen, daß auch dieser Kaufabschluß auf die Maklertätigkeit des Beklagten zurückzuführen ist. Daß statt der Kläger die Ehefrauen als Käufer aufgetreten sind, schließt eine Provisionspflicht nicht von vornherein aus. Für die Entstehung des Anspruchs auf Maklerlohn kommt es nicht darauf an, ob der tatsächlich abgeschlossene Hauptvertrag in seiner rechtlichen Ausgestaltung dem Vertrag entspricht, dessen Abschluß der Makler nach dem Inhalt des Maklervertrages herbeizuführen hatte; es genügt vielmehr bereits wirtschaftliche Identität. Es ist durchaus denkbar, daß der von den Klägern erstrebte wirtschaftliche Erfolg auch durch den Abschluß eines Kaufvertrages erreicht werden konnte, an dem nicht die Kläger selbst, sondern deren Ehefrauen beteiligt waren. Allerdings könnte dies nur dann bejaht werden, wenn die Grundstücke nunmehr so bebaut werden konnten, wie dies im Maklervertrag vorausgesetzt worden war; die Entscheidung hierüber hängt also

von den Feststellungen ab, die das Berufungsgericht über den Inhalt des Maklervertrages treffen wird (vgl. dazu oben unter II 1). Auch wird zu prüfen sein, ob die wirtschaftliche Identität nicht durch die Länge der inzwischen verflossenen Zeit in Frage gestellt wird.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Zopfs