

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 250/62

URTEIL

Verkündet am
11. Mai 1965
Symalla
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Gärtnereibesitzers Fritz W [REDACTED] ,
2. dessen Ehefrau Elise W [REDACTED] geb. P [REDACTED] , in Gr [REDACTED] -
[REDACTED] , Go [REDACTED] Straße [REDACTED] ,

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma C [REDACTED] O i l /Germany, GmbH in H [REDACTED] ,
B [REDACTED] straße [REDACTED] , vertreten durch ihren Geschäftsführer M [REDACTED] ,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] . [REDACTED] . [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 11. Oktober 1962 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Namens der hochbetagten Kläger verhandelte ihr Sohn Otto W. im Frühjahr 1958 mit der Beklagten über die Verwertung eines mit gärtnerischen Anlagen und einem Behelfsheim bebauten Grundstücks der Kläger in Schw., dessen vorderen, etwa 1200 qm großen und von drei Straßen umgrenzten Teil die Beklagte zur Errichtung einer Tankstelle zu mieten gedachte. Die Kläger waren zur Erlangung von Baugeld an der raschen Veräußerung des übrigen Grundstücksteils (etwa 3690 qm) interessiert.

Das N. Verkaufsbüro der Beklagten, vertreten durch den Angestellten Sch., schrieb am 3. April 1958 an Otto W. wie folgt:

"Wir danken für die Besprechung, die Sie unseren Herrn Sch[REDACTED] und LÜ[REDACTED] am 2. d. Mts. in Schw[REDACTED] gaben. Aus einer Reihe von Möglichkeiten, die wir gemeinsam durchsprachen, schälte sich schließlich eine Lösung heraus, die für beide Teile akzeptabel erscheint, und die vor allem auch Ihren Absichten entgegenkommen wird. Wir schlugen deshalb folgende Abwicklung vor:

1. Sie geben uns Ihr Mietvertragsangebot für die zur G[REDACTED]-Schä[REDACTED]-Straße hin gelegene Grundstücksfläche von ca. 1200 qm, Mietzins DM 5000,-- jährlich. Wir reichen unverzüglich das Baugesuch ein.
2. Bei vorliegender Baugenehmigung kaufen wir die beiden hinteren Grundstücke bzw. Grundstücksteile bei gleichzeitiger Hingabe von DM 80 000,-- (Schätzpreis) für die aufgesetzten Baulichkeiten und gärtnerischen Anlagen, sofern nicht ein Dritter zu gleichen Bedingungen kauft. Dabei sagen Sie uns zu, daß Verkaufsverhandlungen ausschließlich über uns laufen sollen, und Sie Kaufinteressenten, die sich direkt an Sie wenden, an uns verweisen werden."

Mit Schreiben vom 16. April 1958 übersandte die Beklagte den Klägern die Formulare zum Abschluß des Mietvertrags, die aus zugswise folgende Bestimmungen enthalten:

".....
§ 2: Der Vertrag läuft vom Tage des Abschlusses bis zum 31. 12. 1988 und verlängert sich stillschweigend um jeweils 5 Jahre.....
Bei Nichterteilung, Einschränkung, Rücknahme oder Erteilung der für den Tankstellenbetrieb erforderlichen Genehmigungen zu von CT als nicht tragbar bezeichneten Bedingungen ist CT zur fristlosen Vertragsauflösung berechtigt.

.....
§ 8: Nebenabreden haben nur Gültigkeit, wenn sie schriftlich geschlossen werden. Ebenso bedürfen spätere Änderungen und Ergänzungen des Vertrages der Schriftform.

.....
§ 10: Dieser Vertrag wird zunächst nur vom Vermieter unterschrieben und stellt dessen einseitig bindendes



Vertragsangebot an CT dar. Der endgültige Vertrag kommt erst dadurch zustande, daß CT ihrerseits die Vertragsurkunde gegenzeichnet und Vermieter die Annahme mitteilt.

An das Vertragsangebot hält sich Vermieter 6 Monate gebunden."

In dem Begleitschreiben ist ausgeführt:

"Es besteht Einvernehmen darüber, daß nach Bestätigung durch die Geschäftsleitung unseres Hauses die Ablösung für die Geschäftshäuser in Höhe von DM 80 000 (Schätzpreis) bezahlt werden soll. Dazu sollen die Vereinbarungen des Punktes 2 unseres Schreibens vom 3. April 1958 gelten. Schließlich dürfen wir Ihnen noch zusagen, daß nach Bestätigung unserer Vereinbarungen durch unsere Geschäftsleitung die Ablösung bei Vorliegen der Baugenehmigung für unser Projekt fällig ist.

Nach Hergabe des Vertragsangebots Ihrer Eltern werden wir um kurzfristige Bestätigung der Abmachungen durch unsere Geschäftsleitung bemüht sein und unverzüglich das Baugesuch einreichen. Daneben werden wir gemeinsam mit Ihnen versuchen, entweder die Grundstücke an die Stadt zu verkaufen oder aber einen anderen Interessenten zu finden. Die wirtschaftliche Abwicklung dieses Komplexes wird sich jedoch angesichts der Größe und des Umfangs der Kapitalinvestition nach den Weisungen unserer Hauptverwaltung richten. Davon werden wir Sie jedenfalls unverzüglich benachrichtigen."

Die Kläger unterzeichneten und sandten den Antrag alsbald an die Beklagte zurück. Auf wiederholtes Drängen der Kläger auf Annahme des Mietvertragsangebots und auf den Verkauf des Restgrundstücks, an dessen Eigenerwerb die Beklagte kein Interesse hatte, kündigte die Beklagte schließlich Anfang Juli 1958 abschließende Besprechungen mit zwei Kaufinteressenten an, die schon zuvor mit den Klägern in Verhandlung gestanden hatten. Die Verhandlungen mit beiden Interessenten führte der Zeuge W. am 14. Juli 1958 mit fernmündlichem Einverständnis

des Angestellten Sch[REDACTED] über den nicht näher aufgeschlüsselten Kaufpreis in Höhe von 40 DM je Quadratmeter zu Ende. Entsprechend dieser Übereinkunft wurden die Kaufverträge abgeschlossen, und zwar in folgendem zeitlichem Ablauf: am 15. Juli 1958 wurde ein 2475 qm großer Grundstücksanteil an die Firma Ga[REDACTED] zum Kaufpreis von 99 000 DM verkauft. Am 24. Juli 1958 unterzeichnete die Hauptverwaltung der Beklagten den Mietvertrag. Am 28. Juli 1958 schrieb der Zeuge W[REDACTED] an die Beklagte:

"..... Zur Sache selbst ist zunächst festzustellen, daß mir offiziell kein Angebot oder eine Zusage über die von Ihnen übernommene Ablösung in Höhe von DM 80 000 unter den gegebenen Umständen vorliegt. Bekanntlich fordert ein Industrieunternehmen für sein unmittelbar anschließendes, unbebautes Gelände einen Quadratmeterpreis von DM 60, wogegen ich, durch Verhandlung und im Einverständnis mit Ihrem Herrn Sch[REDACTED] für mein bebautes Gelände lediglich einen Preis von DM 40 je qm erzielte. Diesen Preis hätte ich selbst, ohne Ihre Vermittlung, von den gleichen Kaufinteressenten schon vor Aufnahme der Verhandlungen mit Ihnen ebenfalls erzielen können, mindestens aber in der inzwischen verstrichenen Zeit."

Am 8. August 1958 verkaufte W[REDACTED] das Restgrundstück in Größe von etwa 1200 qm für 47 600 DM an das Überlandwerk U[REDACTED]. In beiden Kaufverträgen wurde ein einheitlicher Kaufpreis, ohne Trennung eines Preises für Grund und Boden oder für Aufbauten protokolliert. Auf die Anforderung des Ablösungsbetrages in Höhe von 80 000 DM verhandelte Sch[REDACTED] mündlich mit dem Zeugen W[REDACTED]. Die Beklagte stellte sich schließlich auf den Standpunkt, in dem Käuferlös seien 70 000 DM für die Aufbauten enthalten. Nachdem das im Dezember 1958 eingereichte Baugesuch statt, wie beantragt, mit Zufahrten von zwei Straßen her schließlich Anfang Mai 1959 nur mit der Zufahrt von einer Straße her genehmigt worden war, teilte die Beklagte am

10. Juni 1959 den Klägern mit, diese Einschränkung sei für sie nicht tragbar, sie kündige daher den Mietvertrag gemäß § 2 Abs. 6 mit sofortiger Wirkung. Sie bezahlte als anteilige Ablösung 10 000 DM an die Kläger unter Darlegung, das Überlandwerk Unterfranken habe für 1860 qm 45 DM je Quadratmeter bezahlt, wovon 25 DM auf Grund und Boden und 20 DM auf die Aufbauten entfielen, insgesamt demnach $1800 \times 20 = 36\,000$ DM, während die Firma Ga[REDACTED] für 2475 qm 40 DM je Quadratmeter bezahlt habe, wonach 25 DM auf den Grund und Boden und 15 DM auf die Aufbauten entfielen (insgesamt $2475 \times 15 = 37\,000$ DM).

Die Kläger tragen vor, man habe zur teilweisen Ablösung des Preises für die Aufbauten in Höhe von 80 000 DM zuerst vorgesehen, jeden Quadratmeter des Restgrundstücks zu 50 DM zu verkaufen; dies sei aber nicht gelungen. Die vereinbarten 40 DM entfielen nur auf den Grund und Boden; sie wollten sich aber entgegenkommenderweise 8 DM je Quadratmeter auf die Aufbauten anrechnen lassen ($8 \times 3665 = 29\,320$ DM), so daß einschließlich der von der Beklagten bezahlten 10 000 DM erst 39 320, rund 40 000 DM erfüllt seien. Sie haben beantragt, die Beklagte zur Zahlung des Differenzbetrages in Höhe von 40 000 DM zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgen die Kläger den Klaganspruch weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht hält die von den Klägern angenommene Offerte der Beklagten im Schreiben vom 3. April 1958 für rechtsverbindlich, obwohl weder eine förmliche Anerkennung durch die Geschäftsleitung der Beklagten, noch eine schriftliche Bestätigung der Kläger erfolgt ist. Auch seien die gesamten vertraglichen Abmachungen der Parteien nicht etwa durch die Rücktrittserklärung der Kläger vom 10. Juli 1958 endgültig beendet worden. Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Ebenso hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum ausgeführt, die Verpflichtung der Beklagten, ein Grundstück zu erwerben, falle nicht unter die Formvorschrift des § 313 BGB. In der Erklärung vom 3. April 1958 erblickt das Berufungsgericht jedoch entgegen der Annahme der Kläger nicht die Übernahme einer Ausfallgarantie, falls ein anderer Grundstückskäufer für die Aufbauten nicht insgesamt 80 000 DM bezahle. Vielmehr sollte nach dieser Vereinbarung, falls ein Dritter sich nicht zur Zahlung der vollen 80 000 DM für die Baulichkeiten verpflichten sollte, mit diesem ein Kaufvertrag überhaupt nicht abgeschlossen werden, stattdessen vielmehr die Beklagte an seine Stelle treten, d.h. selbst die hinteren Grundstücke kaufen und im Rahmen dieses Kaufvertrages an die Kläger 80 000 DM für die Baulichkeiten zahlen. Bei diesem Ablauf der Geschehnisse hätte ein "Schaden" gar nicht eintreten können, womit jede Möglichkeit entfalle, die hier in Rede stehende Vereinbarung rechtlich als einen Garantievertrag zu kennzeichnen.

Aber auch zum Erwerb des Grundstücks hätte die Beklagte nur und erst bei vorliegender Baugenehmigung verpflichtet sein sollen. Da am 15. Juli 1958 (Vertragsabschluß Ga[REDACTED]) und am 8. August 1958 (Vertragsabschluß Überlandwerk) die Baugenehmigung unbestrittenermaßen noch nicht erteilt gewesen sei, und die Beklagte die Genehmigung bis zu diesem Zeitpunkt auch nicht etwa verhindert oder auch nur vertragswidrig herbeizuführen unterlassen hätte, habe zu diesem Zeitpunkt keine rechtswirksame Verpflichtung der Beklagten zum Kauf des Restgrundstückes bestanden und damit entfielen schon aus diesem Grund ein Schadensersatzanspruch der Kläger im Zusammenhang mit den Grundstückskäufen.

Unbegründet wäre der Klaganspruch aber selbst dann, wenn die (erst mit Annahme des Mietvertrags wirksam gewordene) Grundstückserwerbsvereinbarung bereits am 15. Juli 1958 rechtswirksam gewesen wäre und auch eine Baugenehmigung zu "tragbaren Bedingungen" vorgelegen hätte. Zunächst sei nämlich in die Verkaufsverhandlungen zwar der Angestellte Sch[REDACTED] der Beklagten eingeschaltet gewesen, allein weitergeführt und zum Abschluß gebracht habe die Verhandlungen aber danach der Zeuge W[REDACTED]. Dieser habe bei den von ihm geführten Verkaufsverhandlungen im Hinblick auf die - hier schon als rechtswirksam und fällig unterstellten - Verpflichtungen der Beklagten zugleich als deren Treuhänder fungieren müssen, womit er bei Vermeidung der Freistellung der Beklagten von ihren Verpflichtungen gegenüber dieser zur Sorge verpflichtet gewesen wäre, daß a) die Restgrundstücke nur bei Zahlung von insgesamt 80 000 DM für die Aufbauten verkauft würden und b) dies in den Kaufverträgen auch eindeutig zum Ausdruck käme. Letzteres habe der Zeuge W[REDACTED] versäumt. Bei dieser bestehenden und zu Lasten der Kläger gehenden Unklarheit aber müßten diese die Vermutung gegen sich gelten

lassen, daß in den erzielten Käuferlösen der Betrag von 80 000 DM für die Baulichkeiten in vollem Umfang enthalten sei. Der von ihnen gewollte Versuch der nachträglichen Rekonstruktion einer Aufgliederung nach objektiven Maßstäben (Feststellung der damaligen Verkehrswerte) sei zwecklos, da allein die subjektiven Vorstellungen der Kaufvertragsparteien maßgebend seien, diese aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme dahin feststünden, daß eine Einigung über diese Aufgliederung nie stattgefunden habe.

II.

1. Soweit die Revision unter I a) vorbringt, das Berufungsgericht habe den Tatsachenvortrag übersehen, aus dem sich ergebe, daß die im Mai 1959 erteilte Baugenehmigung nach dem "Vertragsgefüge" nicht als untragbar hätte betrachtet werden dürfen, die Beklagte auch durch willkürliches und schamiges Verhalten es zu einer auflagebedingten Genehmigung habe kommen lassen, so verkennt sie, daß dieser Sachvortrag bei der Begründung des Oberlandesgerichts unerheblich ist. Das Oberlandesgericht stellt fest, daß jedenfalls im Zeitpunkt des Verkaufs des Restgrundstücks (15. Juli und 8. August 1958) überhaupt keine Genehmigung vorgelegen hat und nach der von ihm vorgenommenen Auslegung des Vertrags auch gar nicht vorliegen konnte. Da das Berufungsgericht die Grundstückserwerbspflicht der Beklagten jedoch als von der Erteilung einer Baugenehmigung abhängig erachtet, kommt es nicht darauf an, ob die Baugenehmigung nach diesem Zeitpunkt ohne eine Auflage und schon vor Mai 1959 hätte erteilt sein können. Gegen diese mögliche Auslegung des Grundstückserwerbsvertrags, wie er ursprünglich abgeschlossen

wurde, bringt die Revision auch keine Rügen vor, wie sich aus ihrem Vortrag ergibt, es sei unerheblich, wenn die Parteien ursprünglich einen Kauf der Beklagten vorgesehen hätten, wie es auch nicht auf den Zeitpunkt der Veräußerung des Restgrundstücks ankomme.

2. Mit Erfolg macht die Revision jedoch geltend, vom Berufungsgericht sei nicht gewürdigt worden, daß die Parteien nach dem 3. April 1958 über den sofortigen Verkauf der Restgrundstücke an Dritte verhandelt hätten, insbesondere sei nicht berücksichtigt worden, wie sich die Beklagte bei der maßgebenden Schlußverhandlung am 14. Juli 1958 und auch später gegenüber dem Geldanspruch der Kläger verhalten habe; nicht berücksichtigt seien die Schreiben der Beklagten vom 2. Juli 1958 sowie vom 11. Juli 1958, das Einverständnis des Angestellten Sch. im fernmündlichen Gespräch vom 14. Juli 1958 und die späteren Äußerungen Sch. gegenüber dem Bevollmächtigten der Kläger, dem Rechtsanwalt Dr. Br.

Da der Tatrichter bei der Auslegung der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien davon ausgeht, daß die zusätzliche Vereinbarung über den Erwerb des restlichen Grundstücksteils samt dem Kauf der Aufbauten zu einem Mindestpreis nicht dem vertraglich vereinbarten Formzwang unterliege, konnte diese Vereinbarung in der Zeit vor der Unterzeichnung des Mietvertrags durch die Beklagte auch formfrei abgeändert werden. Im einzelnen ist nach dem Vortrag der Revision übersehen, daß die Beklagte vor der Unterzeichnung des Mietvertrags und auch vor der Einreichung des Baugesuchs das Restgrundstück an die ihr benannten Interessenten zu verkaufen gedachte (vgl. schon ihr Schreiben vom 30. Mai 1958), daß mit der Firma Ga. am 9. Juli 1958 eine

abschließende Besprechung vorgesehen war und in diesem Zeitpunkt ein festes Vertragswerk entsprechend den Wünschen der Beklagten vorgelegen habe, und der Zeuge W■■■■ schließlich auf Veranlassung des Angestellten Sch■■■■ (vgl. Bl. 60 GA) und mit dessen Genehmigung, wie unbestritten ist, den restlichen Grundstücksteil zum Preis von 40 DM je Quadratmeter verkaufte. Sollte sich dieser Vortrag als richtig erweisen, so könnte darin eine Änderung der ursprünglichen Vereinbarung dahin zu erblicken sein, daß im Interesse beider Parteien das Reststück vor Abschluß des Mietvertrags und vor der Baugenehmigung, ja sogar schon vor der Einreichung des Baugesuchs zum bestmöglichen, unter den Parteien einverständlichen Kaufpreis abgestoßen werden sollte und die Beklagte nunmehr an Stelle ihrer Grundstückserwerbspflicht den Unterschiedbetrag zwischen 80 000 DM und den von den Käufern für die Aufbauten bezahlten Betrag ersetzen sollte. In diesem Sinn hat sich auch die Beklagte selbst im Schreiben vom 21. Mai 1959 (Bl. 56/57 GA) ausgelassen. Allein der Umstand, daß die Parteien möglicherweise nicht ausdrücklich geregelt haben, zu welchem Grundstückspreis im Verhältnis unter ihnen beiden die Grundstücke als verkauft gelten sollten, schließt eine Vereinbarung des dargelegten Inhalts nicht aus. Läge eine solche Abänderung der ursprünglichen Vereinbarung über den Erwerb der Aufbauten um den Preis von 80 000 DM vor, so käme es, abgesehen von dem Vortrag der Beklagten, die Parteien hätten sich gleichzeitig auf die Zahlung der Beklagten von höchstens 10 000 DM geeinigt (Bl. 146 GA), darauf an, ob es nach der gesamten Sachlage "zwecklos" ist, wie das Oberlandesgericht meint, den erzielten Kaufpreis in die Preise für den Grund und Boden einerseits und die Aufbauten andererseits aufzuteilen, und eine Vermutung zum Nachteil der Kläger besteht, daß in dem erzielten Käuferlös der Betrag von 80 000 DM für die Aufbauten in vollem Umfang enthalten ist.

Auch in dieser Frage kann der Revision der Erfolg im Ergebnis nicht versagt werden. Allerdings kann ihr darin nicht gefolgt werden, ohne weiteres sei der objektive, durch Sachverständige zu ermittelnde Grundstückswert auch für die Berechnung der von der Beklagten zu übernehmenden Differenz zwischen dem Bodenwert und dem ursprünglich vorgesehenen Einstandspreis für die Aufbauten (80 000 DM) maßgebend. Es ist vielmehr im Wege der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Verhaltens der Parteien zu ermitteln, von welchem Grundstückspreis sie innerhalb einer bestimmten Spanne oder wenigstens als Mindestpreis ausgegangen sind. Dieser Preis kann nach dem Sachvortrag der Parteien nur zwischen 25 bis 26 DM als untere Grenze (Vortrag der Beklagten über den zwischen den Parteien zur Anrechnung vorgesehenen Bodenpreis) und 32 DM (entsprechend dem Vortrag der Kläger) als obere Grenze liegen. Da das Restgrundstück rund 3690 qm groß ist, wären auf die Aufbauten entfallen:

nach dem Vortrag der Kläger $40 - 32 = 8$ DM je Quadratmeter, also insgesamt 29 520 DM, so daß gegenüber 80 000 DM rund eine Differenz von 50 000 DM verbliebe,

nach dem Vortrag der Beklagten, die bei ihren Berechnungen allerdings von einer anderen Größe ausgeht (vgl. Bl. 147 GA), richtigerweise $40 - 25 = 15$ DM je Quadratmeter, also insgesamt 55 350 DM, womit gegenüber dem in Aussicht gestellten Preis eine Differenz von rund 25 000 DM verbliebe. Sonach würde selbst von dem von der Beklagten eingeräumten Ausgangswert für den Grund und Boden, der wohl der unteren Grenze des damals maßgebenden Stoppreises entspricht (vgl. Angebot der Stadt Schw[REDACTED]: 25 bis 30 DM), 25 000 DM nicht gedeckt worden seien und sie wäre zur Zahlung dieses Betrags schon nach ihrem eigenen Vortrag verpflichtet gewesen, falls ihr nicht der Nachweis gelingt, Sch[REDACTED] habe

sich am 14. Juli 1958 mit dem Zeugen W. auf eine Ausgleichszahlung von nicht mehr als 10 000 DM geeinigt. Wollen andererseits jedoch die Kläger einen höheren Grundstücks wert für die Berechnung der Einstandszahlung der Beklagten zugrunde gelegt wissen, als diese selbst angegeben hat, so obliegt ihnen für eine solche Vereinbarung die Beweislast; sie müssen den Nachweis dafür erbringen, daß sie bei der Abänderung der ursprünglichen Vereinbarung von einem höheren Grundstückspreis als 25 bis 26 DM je Quadratmeter, etwa einem höheren Stopppreis oder von einem höheren objektiven Wert des Grund und Bodens ausgegangen sind und auch ausgehen durften.

Die Begründetheit des Klaganspruchs ist aber weiter noch davon abhängig, ob die Parteien sich bei der in Frage stehenden Abänderung des ursprünglichen Vertrags dahin einig wurde, daß die Beklagte für den Unterschiedsbetrag auch in dem Fall aufkommen sollte, daß die noch zu beantragende Baugenehmigung schließlich versagt oder nicht zu tragbaren Bedingungen erteilt werden sollte. Auch die Entscheidung über diese Frage wird im Wege der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Verhaltens der Parteien zu ermitteln sein. Sollte diese Prüfung ergeben, daß die Beklagte das Risiko des Einstandes für den Fall einer Verweigerung der Genehmigung nicht übernehmen wollte und hätte dies der Vertreter der Kläger erkennen können, so wäre der erhobene Geldanspruch schließlich nur dann begründet, wenn die Beklagte in vertragswidriger Weise die Genehmigung unter tragbaren Bedingungen verhindert, eine solche Genehmigung vertragswidrig herbeizuführen unterlassen hätte, oder wenn sie die erteilte mit einer Auflage versehene Genehmigung als tragbar hätte hinnehmen müssen.

Die klagabweisende Entscheidung läßt sich somit mit der gegebenen Begründung nicht aufrecht erhalten, so daß das Urteil aufzuheben war. Ob die ursprüngliche Vereinbarung zwis

den Parteien in dem dargelegten Sinn geändert, die Zahlung der Beklagten solchenfalls jedoch auf 10 000 DM beschränkt worden ist, und ob die Zahlung des Differenzbetrages auch bei endgültiger Verweigerung der Genehmigung geleistet werden sollte, bei Verneinung dieser Frage, ob die Baugenehmigung bei vertragstreuem Verhalten der Beklagten hätte auf-lagenfrei erlangt werden können, oder ob die auferlegte Auf-lage als tragbar im Sinne des Mietvertrags von der Beklagten hätte hingenommen werden müssen, bedarf der tatrichterlichen Würdigung, so daß die Sache an das Berufungsgericht zur er-neuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen war. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger