

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 21/66

URTEIL

Verkündet am

28. Mai 1969
Hirth,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Tiefbauunternehmers Georg O [REDACTED]
in H [REDACTED], B [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die F [REDACTED] und H [REDACTED] H [REDACTED], vertreten durch
das Bezirksamt Ha [REDACTED] in H [REDACTED], Rathaus,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Hill und Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 3. Februar 1966 unter Zurückweisung der Revision im übrigen im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Verurteilung des Beklagten nicht auch von einer Zug um Zug zu erbringenden Zahlung auf einen Verwendungsersatzanspruch abhängig gemacht ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte kaufte am 17. August 1959 von Theodor B. zum Preis von 70 000 DM unter gleichzeitiger

Auflassung und Übergabe ein langgestrecktes Grundstück, das nördlich der Straße G[REDACTED] im Bezirk Ha[REDACTED] der Stadt H[REDACTED] liegt, zum Gebrauch für sein fuhrgeschäft und Tiefbauunternehmen. Auf die Mitteilung des Kaufvertrags und den Antrag vom 26. August 1959 erteilte das Bezirksamt Ha[REDACTED] am 11. September 1959 die nach dem Wohnsiedlungsgesetz erforderliche Genehmigung. Der Beklagte wurde am 9. Oktober 1959 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Das dafür zuständige Liegenschaftsamt Harburg erklärte nach Zustimmung der städtischen Kommission für Bodenordnung vom 22. Oktober 1959 auf Grund seines vorausgegangenen Berichts im Schreiben vom 23. Oktober 1959 an den Notar W[REDACTED], der den Kaufvertrag beurkundet hatte, daß die Klägerin gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über den Aufbau der H[REDACTED] H[REDACTED] (Aufbaugesetz) vom 11. April 1949 i.d.F. vom 12. April 1957 (HambGVBl S. 241) - AufbauG - das Vorkaufsrecht an dem Kaufgrundstück ausübe. Beglaubigte Abschriften dieses Schreibens wurden am 24. Oktober 1959 den Vertragsparteien mit der Bitte um Kenntnisnahme im Wege der Postzustellung übergeben. Vergleichsweise Verhandlungen über das Vorkaufsrecht mit dem Bezirksrechtsamt im November 1959 führten zu keinem Ergebnis.

Mit der Klage begehrt die Klägerin, der der Verkäufer das Grundstück am 8. April 1960 aufgelassen hat, vom Beklagten die Zustimmung zu ihrer Eintragung als Eigentümerin des Grundstücks und dessen Herausgabe. Dieser bestreitet die sachlichen Voraussetzungen für die Entstehung des Vorkaufsrechts sowie form-



und fristgerechte Ausübung. Am 29. Juni 1960 erklärte die Klägerin vorsorglich dem Verkäufer gegenüber erneut die Ausübung des Vorkaufsrechts.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

In der Berufungsbegründungsschrift machte der Beklagte mit entsprechendem Hilfsantrag ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Erstattung des von ihm an den Verkäufer bezahlten Kaufpreises samt Kosten (70 322,40 DM) und der von ihm zwischenzeitlich durchgeführten werterhöhenden Aufwendungen für das Grundstück (50 000 DM) geltend. Die Klägerin hat im Wege der Anschlußberufung beantragt, festzustellen, daß der Beklagte sich mit der Annahme des Betrags von 70 322,40 DM im Annahmeverzug befinde.

Auf Grund der mündlichen Verhandlung über die Berufung am 25. April 1963 traten die Parteien in weitere Vergleichsverhandlungen ein. Dem ausgearbeiteten Vergleich stimmte die Kommission für Bodenordnung am 1. Juli 1965 zu. Nach Anberaumung eines Termins zur Protokollierung des Vergleichs kam es nicht zur Protokollierung, nachdem die Klägerin vorgetragen hat, der Kleingärtnerverband habe die zur Durchführung des Vergleichs erforderliche Einwilligung nunmehr abgelehnt. Schließlich erklärte sich die Klägerin im Schriftsatz vom 18. November 1965 im Hinblick auf einen neuen Entwurf des Bebauungsplans für Neuland 1 außerstande, den Vergleich abzuschließen. Der Beklagte vertritt den Standpunkt, die Parteien hätten sich materiell-rechtlich dahin geeinigt, daß

die Klägerin auf die Ausübung eines möglicherweise entstandenen Vorkaufsrechts verzichtet habe.

Das Berufungsgericht hat auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. Januar 1966 unter Zurückweisung der Berufung im übrigen die Verurteilung nur Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises und der Vertragskosten ausgesprochen und gleichzeitig dem Feststellungsantrag der Klägerin stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter, hilfsweise beantragt er, der Verurteilung nur Zug um Zug gegen Zahlung weiterer 50 000 DM stattzugeben, in zweiter Linie hilfsweise Zurückverweisung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht erachtet die Voraussetzungen des Vorkaufsrechts im Sinn des § 4 AufbauG für gegeben. Auch habe, führt das Berufungsgericht weiter aus, die Klägerin dieses Recht gegenüber dem Verkäufer des Grundstücks jedenfalls durch die Erklärung vom 29. Juni 1960 rechtzeitig ausgeübt, da die sechswöchige Ausübungsfrist mangels Vorlage einer Vertragsausfertigung mit der schriftlichen Aufforderung an die örtlich zustän-

dige Liegenschaftsdienststelle, sich über die Ausübung zu erklären (vgl. Art. 1 der 1. Verordnung zur Durchführung des Aufbaugesetzes vom 9. August 1949 i.d.F. der Verordnung vom 10. Juni 1958, HambGVBl S. 194), nie in Lauf gesetzt worden sei. Im Hinblick auf die Absicht beider Parteien, einen Vergleich gerichtlich beurkunden zu lassen, stelle eine gewisse Übereinkunft bei den Vergleichsverhandlungen schließlich noch keinen Vergleichsabschluß im Sinn des § 779 BGB dar.

II.

Die Revision greift das Urteil in allen diesen drei Punkten an, jedoch ohne Erfolg.

1. a) Das im Hamburger Aufbaugesetz normierte Vorkaufsrecht stellte keine bundesrechtliche Regelung dar. Da sein Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckte, kann die Revision gemäß § 549 Abs. 1 ZPO nicht darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung das Hamburger Aufbaugesetz verletzt, soweit darin das Vorkaufsrecht der Stadt H [REDACTED] geregelt ist. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt dieser Gesetzesbestimmungen ist für die vorliegende Entscheidung maßgebend (§ 562 ZPO), wobei jedoch deren Vereinbarkeit mit Bundesrecht vom Revisionsgericht zu überprüfen ist (Art. 31 GG).

Die Revision verweist zur Revisibilität des Hamburgischen Aufbaurechts auf das Urteil des Senats vom 28. Oktober 1955 - V ZR 19/55 - (NJW 1956, 143), das das Hessische Aufbaugesetz betrifft, und meint, was dort für Hessen gesagt sei, müsse für das Hamburger Aufbaugesetz entsprechend gelten. Die angeführte Entscheidung wie auch das Urteil des Senats vom 17. April 1953 (BGHZ 9, 242) äußert sich zur Frage, ob § 11 bzw. § 12 Abs. 1 Nr. 1 HessAufbauG gemäß Art. 125 GG Bundesrecht waren. Beide Vorschriften betreffen jedoch nicht das Vorkaufsrecht der Gemeinden, sondern die Eigentumsentziehung im Fluchtlinienverfahren (§ 11 HessAufbauG) und die Enteignung im Rahmen der Ordnung des Grund und Bodens (§§ 12 ff HessAufbauG) samt den verfahrensrechtlichen Vorschriften innerhalb dieses Rechtsbereichs. Was für diese Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung gilt, gilt nicht ohne weiteres für andere Gegenstände. Allerdings unterliegt auch das im Rahmen des Aufbaugesetzes geschaffene Vorkaufsrecht der Gemeinden der konkurrierenden Gesetzgebung (Senatsurteile vom 22. Februar 1961 - V ZR 187/59 (HambAufbauG) und vom 20. Februar 1963 - V ZR 182/61 (SchlHolstAufbauG), MDR 1963, 579). Durch das im Hamburger Aufbaugesetz geregelte Vorkaufsrecht ist jedoch nicht früheres Reichsrecht abgeändert worden (Art. 125 Nr. 2 GG). Eine Abänderung früheren Reichsrechts liegt auch insoweit vor, als die reichsrechtliche Ordnung eines bestimmten Gesetzgebungsgegenstandes durch eine landesrechtliche Regelung ersetzt wurde (BVerfGE 7, 18, 26). In Betracht kommt hier das frühere Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4. Oktober 1937

(RGBl I S. 1054), das zwar nicht allgemein, sondern nur "für städtebauliche Maßnahmen" anzuwenden war, deren Durchführung der Führer und Reichskanzler anordnet"; dieses Gesetz ist aber nach dem Erlass des Führers und Reichskanzlers über städtebauliche Maßnahmen in der Hansestadt Hamburg vom 17. Februar 1939 (RGBl I S. 265) für das Gebiet der Stadt Hamburg in Kraft gesetzt worden. Dieses partikuläre Reichsrecht betraf jedoch nicht eine näher bestimmte Planung, vielmehr eine dem "Führer und Reichskanzler" vorbehaltene "Neugestaltung" deutscher Städte, während das Aufbaugesetz den in der Nachkriegszeit vordringlichen Wiederaufbau der kriegszerstörten Stadt und damit einen anderen Gegenstand zum Inhalt hatte (vgl. auch schon Senatsurteile vom 22. Februar 1961 - V ZR 187/59, vom 24. Oktober 1962 - V ZR 203/60 und vom 31. Januar 1964 - V ZR 28/62).

b) Die Revision hält die Bestimmungen über das Vorkaufsrecht als Landesrecht nach Art. 31 GG für unwirksam, weil dieses Rechtsgebiet im Bürgerlichen Gesetzbuch abschließend geregelt sei und landesgesetzliche Vorkaufsrechte entgegen der Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 112, 72) nicht unter Art. 119 Nr. 1 EGBGB subsumiert werden könnten. Entgegen der Meinung der Revision ist jedoch die Einführung eines Vorkaufsrechts durch Landesgesetz nach der früher bestehenden reichsrechtlichen und jetzt geltenden bundesrechtlichen Regelung des Vorkaufsrechts nicht ausgeschlossen. Abgesehen davon, daß landesgesetzliche Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Beschränkung des Eigentums schon nach Art. 109 EGBGB unberührt bleiben und daß die Länder vom

8. Mai 1945 bis zum 7. September 1949 ohne Einschränkung durch Reichsrecht ihre Gesetzgebungsmacht von der Besatzungsmacht ableiteten, sind landesgesetzliche Vorkaufsrechte, und zwar auch solche mit dinglicher Wirkung, durch den Vorbehalt des Art. 119 EGBGB gedeckt, wie der Senat schon im Urteil vom 31. Januar 1964 - V ZR 28/62 S. 5 (vgl. auch RGZ 112, 72) ausgeführt hat. Von dieser Ansicht abzuweichen, besteht kein Anlaß.

c) Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 zweiter Absatz AufbauG finden auf das Vorkaufsrecht die Vorschriften in den §§ 504 bis 509, § 512 und § 1098 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung. Die Revision will aus der Verweisung auf § 1098 Abs. 2 ableiten, daß das dingliche Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches schlechthin, also auch § 1094 BGB gelte. Da aber, führt sie weiter aus, der Beklagte schon am 9. Oktober 1959 als Eigentümer eingetragen worden sei, das Vorkaufsrecht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch erst am 29. Juni 1960 gegenüber dem Verkäufer ausgeübt worden sei, sei die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht gegenüber dem richtigen Gegner, nämlich dem damaligen Eigentümer, ausgeübt worden. Dies stellt einen unzulässigen Angriff auf die vom Berufungsgericht getroffene Auslegung nicht revisiblen Landesrechts dar. Dasselbe gilt für den Vortrag der Revision, Art. 1 1. DVO HambAufbauG in der Fassung der 5. Durchführungsverordnung vom 10. Juni 1958 könne angesichts des deutlichen Willens der vertragschließenden Parteien, daß das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden soll, nur den Sinn haben, zu sichern, daß der Kaufvertrag der zu-

ständigen Stelle vorgelegt werde; nach anderer Auslegung müßte das Erfordernis der schriftlichen Anzeige "für den Beginn der Ausübung des Vorkaufsrechts" maßgeblich sein.

d) Die das Vorkaufsrecht der Gemeinden betreffenden Vorschriften des Bundesbaugesetzes vom 23. Juni 1960 kommen nicht zur Anwendung. Diese Bestimmungen sind erst nach der Ausübung des Vorkaufsrechts im Jahre 1961 in Kraft getreten (§ 189 Abs. 1 BBauG.). Sie haben auf die Wirksamkeit der vor diesem Zeitpunkt erklärten Ausübung des Vorkaufsrechts keinen Einfluß. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist entgegen der Meinung der Revision auch nicht davon abhängig, daß die sechswöchige Ausschlußfrist im Sinn des Art. 1 1. DVO HambAufbauG in Lauf gesetzt worden ist.

2. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 dritter Absatz AufbauG soll das Vorkaufsrecht von seiten der Klägerin nur ausgeübt werden, wenn der Erwerb des Grundstücks zur Durchführung von Aufbaumaßnahmen erforderlich ist.

a) Das Berufungsgericht schließt sich bei der Auslegung dieser Vorschrift den Ausführungen des Senats über die entsprechende Regelung im Rheinland-Pfälzischen Aufbaugesetz an (BGHZ 36, 155, 157, 161) und geht dementsprechend davon aus, daß die Klägerin die Voraussetzungen des Vorkaufsrechts darzulegen und zu beweisen habe, dabei jedoch an die Beweisführung hinsichtlich der zukünftigen Verwirklichung der vorgetragenen Planungsabsichten kein strenger Maßstab anzulegen sei, da grundsätzlich nicht zu unterstellen

sei, daß sich die Verwaltung mit unlauteren, ihrem Parteivortrag nicht entsprechenden Absichten für die Zukunft trage. Die Würdigung des Sachvortrags führte den Tatrichter zu der Überzeugung, daß in dem maßgebenden Zeitpunkt, nämlich dem Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung vorgelegen haben. Im einzelnen stellt das Berufungsgericht dazu fest, daß die Klägerin in Neuland zwar Grundstücke von über 10 ha zu eigen habe (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 3. April 1963 S. 9: Flurstücke 518, 519, 522 und 523); aus der dazu vorgelegten Skizze ergebe sich jedoch, daß davon nur etwa 5 200 qm innerhalb des vom Aufbauplan vom 16. Dezember 1960 ausgewiesenen Industriegebiets liege. Wenn auch das Gelände am Großmoordamm erst durch das Gesetz über den Aufbauplan Ende des Jahres 1960 vom Außengebiet zum Gewerbegebiet umgestuft worden sei, so ergebe sich doch schon aus unstreitigen Tatsachen, daß eine darauf abzielende Planung spätestens im Jahr 1958 begonnen habe. Dafür spreche nach der Heranziehung eines Grundstücks des Bauunternehmens T in der sanierungsbedürftigen Harburger Innenstadt im November 1958 die Ansiedlung dieses Unternehmens am Großmoordamm und die Anlegung einer 10 m breiten Stichstraße in unmittelbarer Nähe des streitigen Grundstücks zum Zwecke der Aufschließung der dort langgestreckten, aber schmalen Grundstücke in solche Flächen, die für eine gewerbliche Verwendung besonders geeignet erschienen. Die Ernsthaftigkeit dieser planerischen Absicht werde weiter durch die Äußerungen des Liegenschaftsamts zur Vorbereitung der Sitzung der Bodenkommission am 22. Oktober 1959

überzeugend gestützt, wonach das Grundstück zur sachgemäßen Neuaufteilung des dortigen Geländes als Gewerbegebiet erworben werden sollte. In dem zu jenem Zeitpunkt gegebenen Stadium der Planung hätten zwar endgültig feststehende Pläne für die Aufteilung und Verteilung dieses Grundstücks noch nicht bestanden, weshalb es als "Vorratsgelände" für die Verlagerung von Betrieben der Ha[REDACTED] Innenstadt bezeichnet worden sei; die Ausübung des Vorkaufsrechts sei jedoch, wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf das genannte Urteil des Senats (aaO S. 159) ausführt, auch in dem Anfangsstadium einer bestimmten Planung schon gestattet.

Die Revision hält dagegen die Voraussetzung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 AufbauG nicht für gegeben. Soweit sie die Auslegung dieser Vorschrift angreift, scheitern diese Angriffe schon an der Bindung des Revisionsgerichts an die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Inhalt dieser gesetzlichen Bestimmungen. Soweit die Revision Verstöße in Bezug auf das Verfahren geltend macht, ist sie nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat, wie sich aus den erwähnten Ausführungen ergibt, nicht verkannt, daß die Klägerin die gesetzlichen Voraussetzungen des Vorkaufsrechts nicht nur darzulegen braucht, sondern darüber hinaus diese Voraussetzungen unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen zu seiner Überzeugung feststellen müssen (§ 286 Abs. 1 ZPO). Soweit die Revision den Sachvortrag hinsichtlich der planerischen Absichten der Klägerin im Jahre 1959 nur anders gewürdigt sehen will (Ansiedlung des Unternehmens Todt in

(

Zusammenhang mit der Raumbeschaffung für eine Schule in der Innenstadt von Ha[REDACTED] und deren verkehrsgerechter Sanierung, Erstellung einer Stichstraße, Qualifizierung als "Vorratsgelände", spätere Bereitschaft der Klägerin, dem Beklagten 5 000 qm auf zwanzig Jahre mietweise zu überlassen), sind ihre Angriffe nicht zulässig. Das Berufungsgericht hat sich insoweit innerhalb der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung gehalten. Im übrigen erschöpft sich die Revision in dem Vorwurf, bei dieser Würdigung wesentlichen Prozeßstoff nicht berücksichtigt zu haben. Dieser Vorwurf ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat berücksichtigt, daß der Klägerin etwa 10 ha in Neuland gehören, jedoch gleichzeitig auf Grund der mit Schriftsatz vom 3. April 1963 als Anlage 11 übergebenen Skizze festgestellt, daß von diesem Besitz nur 5 200 qm in dem als Industriegebiet ausgewiesenen Bezirk liegen. Die Folgerung des Berufungsgerichts, daß Sanierungsarbeiten im Gebiete der Ha[REDACTED] Innenstadt die Verlagerung gewerblicher Betriebe mit sich bringe, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Ausmaß des im Zusammenhang mit dieser Sanierung erforderlichen Industriegeländes ist nach der tatrichterlichen Würdigung unerheblich. Verfehlt ist die Meinung der Revision, die Klägerin hätte die Planung dergestalt durchführen müssen, daß das Vorkaufsrecht nicht hätte ausgeübt zu werden brauchen. Offensichtlich legt das Berufungsgericht das Gesetz dahin aus, daß die Planung des Wiederaufbaus der Stadt sowie des Umbaus, der Erweiterung und des Neuaufbaus einzelner ihrer Teile eine Abwägung aller widerstreitenden Interessen zum Ziele hat. Entgegen der Ansicht der Revision besagen

schließlich spätere Zweifel über die Geeignetheit des Bodens für industrielle Bauten nichts Entscheidendes gegen die frühere Planung; eine besondere Erwähnung der von der Klägerin im Jahr 1963 durchgeführten Bodenuntersuchungen war nicht veranlaßt.

Schließlich brauchte der Beweis dafür, daß die Klägerin zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht die Verlagerung von Betrieben aus dem Sanierungsgebiet der Innenstadt auf das vom Beklagten gekaufte Grundstück plante, nicht erhoben zu werden. Das Berufungsgericht unterstellt, daß zu diesem Zeitpunkt endgültig feststehende Pläne für die Aufteilung und Verteilung des streitigen Grundstücks im Oktober 1959 noch nicht bestanden hätten; es hält unter Hinweis auf das erwähnte Urteil des Senats (aaO S. 159) auch nach dem Hamburgischen Aufbaugesetz die Ausübung des Vorkaufsrechts für möglich, ehe die endgültige Planung feststeht.

b) Zur Behauptung des Beklagten, durch die Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber anderen Grundstückserwerbern ungleich behandelt worden zu sein, führt das Berufungsgericht aus, der Klägerin stehe bei der Entscheidung darüber, ob sie das Vorkaufsrecht auszuüben habe, ein Ermessensspielraum zu. Es lasse sich nicht feststellen, daß die Klägerin von diesem Ermessen gegenüber dem Beklagten einen sachfremden Gebrauch gemacht habe oder ihm gegenüber den Gleichheitsgrundsatz verletzt habe. Entscheidend sei, daß sich alle vom Beklagten im einzelnen aufgeführten Vergleichsfälle, insbesondere auch der Ankauf Todt, vom vorliegen-

den unterschieden, der Ankauf des Unternehmens Todt dadurch, daß es aus der Innenstadt aus planerischen Gründen habe weichen müssen, die anderen Fälle durch die Lage und Form der jeweils verkauften Grundstücke. Das streitige Grundstück sei besonders dadurch gekennzeichnet, daß es außerordentlich langgestreckt sei und parallel zu der Erschließungsstraße liege; hätte die Klägerin ihr Vorkaufsrecht nicht ausgeübt, so hätte für sie keine Möglichkeit bestanden, diese Straße dadurch planerisch sinnvoll auszunutzen, daß mehrere Grundstücke an ihr belegen wären. Diese Überzeugung hat sich das Berufungsgericht ohne Verfahrensverstoß auf Grund der ihm zustehenden tatrichterlichen Würdigung der gegebenen Grundstücksgrenzen und der durch die Planung angestrebten Ziele verschafft. Die Revision legt in diesem Zusammenhang auch nicht dar, welchen Beweisantritt das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang übergangen haben soll. Die Entscheidung der Klägerin, beim Verkauf des streitigen Grundstücks, im Gegensatz zu den vom Beklagten angeführten Fällen, das Vorkaufsrecht auszuüben, läßt auf Grund der bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts über die Verschiedenheit der Vergleichsfälle keinen Verstoß gegen Bundesrecht erkennen.

c) Der Beklagte hat weiter den Vorwurf erhoben, die Klägerin habe durch die Ausübung des Vorkaufsrechts privaten Interessen Vorschub geleistet. Dazu stellt das Berufungsgericht fest, daß die Firma M. erst nach der Ausübung des Vorkaufsrechts mit dem Streit der Parteien in Berührung gekommen sei, weshalb seine Interessen für die Ausübung des Vorkaufs-

rechts überhaupt nicht hätten ursächlich gewesen sein können. Weder diese Feststellung noch die daraus gezogene Folgerung vermochte die Revision anzugreifen; sie verweist in diesem Zusammenhang nur auf den entscheidungsunerheblichen Vortrag des Beklagten in der Berufungsbegründung über die unter Beweis gestellten Erklärungen des Herrn M■■■■, die dieser auf die Frage, warum die Stadt sich in den seit 1961 gepflogenen Verhandlungen für seine Interessen einsetze, abgegeben habe.

d) Verfehlt ist die Meinung der Revision, das Berufungsgericht hätte bei der Prüfung, ob die Durchführung des Vorkaufsrechts wirksam sei (Bl. 28/29 BU), auch § 29 BBauG berücksichtigen müssen. Diese Bestimmung ist erst 1961 in Kraft getreten und findet auf ein Vorkaufsrecht, das zuvor nach dem Hamburger Aufbaugesetz entstanden und ausgeübt worden ist, keine Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn die Planung erst seit 1960 im einzelnen festgelegt worden ist und verschiedenen Änderungen unterworfen war.

3. Zur Frage, ob ein Vergleich schon vor der gerichtlichen Protokollierung zustande gekommen ist, macht die Revision Ausführungen für den Fall, daß die Prozeßparteien einen Vergleich nur zu Beweis Zwecken beurkunden wollen. Dieser Fall liegt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht vor und bedarf daher keiner Prüfung. Soweit das Berufungsgericht seine Feststellung darauf stützt, daß auch der Beklagte immer wieder neue Termine zur Förderung der

Vergleichsverhandlungen und zum eventuellen Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs beantragt habe, und zwar entgegen dem Sachvortrag der Revision auch nach der am 1. Juli 1965 erteilten Zustimmung der Kommission für Bodenordnung, findet dies im Protokoll vom 22. Juli 1965 (Bl. 189 GA) und im Schriftsatz des Beklagten vom 23. November 1965 (Bl. 196 GA) seine Stütze; erst im Schriftsatz vom 3. Januar 1966 (Bl. 198 GA) vertritt der Beklagte den Standpunkt, die Parteien hätten sich auf Grund des gerichtlichen Vergleichsvorschlags dahin geeinigt, daß die Klägerin auf eine ihr etwa zustehende Möglichkeit, das Vorkaufsrecht auszuüben, verzichte.

Der Abschluß eines Vergleichs stand der Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, frei. Feststellungen darüber, daß die Zustimmung der Kommission zu der ins Auge gefaßten vergleichswisen Regelung eine Entscheidung dahin enthalte, das Vorkaufsrecht solle nicht ausgeübt werden oder die auf Grund der Ausübung des Vorkaufsrechts entstandenen Rechte sollten nicht mehr wahrgenommen werden, sind nicht getroffen. Eine solche Entscheidung der Kommission ersetzte nicht die für einen wirksamen Verzicht erforderlichen Willenserklärungen der vertretungsberechtigten Behörde, und sie verschaffte so wenig wie die festgestellte Zustimmung zu dem ins Auge gefaßten Vergleich dem Beklagten einen Anspruch gegenüber der Klägerin auf Abschluß des Vergleichs.

III.

1. Das vom Beklagten in der Berufungsinstanz geltend gemachte weitere Zurückbehaltungsrecht wegen wert erhöhender Aufwendungen hat das Berufungsgericht nicht geprüft, vielmehr den zur Begründung beigebrachten Sachvortrag als verspätet gemäß § 529 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, weil der Beklagte schon während der mehr als zweijährigen Verhandlungsdauer der ersten Instanz Gelegenheit gehabt habe, dieses Zurückbehaltungsrecht anzubringen, und die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögert werden würde, wenn der Senat dieser Verteidigung jetzt noch nachgehen würde.

Die Revision bekämpft die Zurückweisung als rechtsfehlerhaft mit dem Hinweis, daß die Berufungsbegründungsschrift schon im Januar 1961 bei Gericht eingegangen, der Rechtsstreit dagegen erst am 3. Februar 1966 entschieden worden sei. Es sei nicht ersichtlich, führt sie dazu aus, weshalb in der Zeit von der Berufungsbegründung bis zur Entscheidung es nicht möglich gewesen sein sollte, die entsprechenden Beweise zu erheben. Eine Verzögerung im Jahre 1966 könne jedenfalls dem Beklagten nicht zur Last gelegt werden.

Im Ergebnis hat diese Rüge Erfolg. Im Streit stand noch, ob am 2. November 1959 eine Vereinbarung über den behaupteten Ersatzanspruch zustande gekommen und um welchen Betrag das Grundstück in seinem Wert erhöht worden ist. Für das Zustandekommen der Vereinbarung war mit 2 ortsanwesenden Zeugen und zur Höhe der Werterhöhung mit Sachverständigengutachten Beweis angetreten.

Es ist nicht dargetan, daß diese Beweiserhebung - während des Berufungsverfahrens bei Nichtberücksichtigung der Dauer der Vergleichsverhandlungen - unter Anwendung des § 272 b ZPO ohne Verzögerung nicht hätte durchgeführt werden können. Zur Frage der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen war daher das Urteil aufzuheben und die Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

2. Die Revision wendet sich schließlich gegen die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung, der Beklagte befinde sich mit der Annahme des Kaufpreises einschließlich des Betrags, den die Vertragskosten ausmachen, in Annahmeverzug. Sie meint, der Beklagte brauche sich - zu ergänzen: im Hinblick auf den Verwendungsersatzanspruch - nach § 266 BGB mit Teilleistungen nicht zufrieden zu geben. Die Revision übersieht jedoch dabei, daß es sich bei den geltend gemachten Zahlungsansprüchen nicht um einen, sondern um 2 verschiedene Ansprüche handelt.

13

IV.

Die Kostenentscheidung war, da sie von der Entscheidung über den zurückverwiesenen Teil mitbestimmt wird, dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Mattern

Hill

Offterdinger