

V ZR 70/54

2351 067

76

Verkündet am 30. September 1955
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Hauseigentümers Hermann W. [REDACTED] in B. [REDACTED],
A. [REDACTED],

Klägers, Berufungs- und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

g e g e n

den Kaufmann Günther P. [REDACTED] in Firma P. [REDACTED] Max P. [REDACTED]
in B. [REDACTED], A. [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. September 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. v. Normann, Dr. Oechßler, Dr. Großmann und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivil-
senats des Kammergerichts vom 1. Februar 1954
wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer des in B[REDACTED] gelegenen Grundstücks A[REDACTED]. Im Jahre 1925 errichtete er ein massives vier Garagen enthaltendes eingeschossiges Gebäude (nebst angrenzendem kleinen Schuppen), welches je etwa zur Hälfte auf dem Grundstück A[REDACTED] und auf dem benachbarten dem Kläger nicht gehörenden Grundstück K[REDACTED]straße[REDACTED] stand. Der Eigentümer des Grundstücks K[REDACTED]straße[REDACTED] war mit der Überbauung seines Grundstücks einverstanden gewesen. Während des letzten Weltkrieges wurde das Garagengebäude durch Kriegseinwirkung teilweise zerstört. Das Dach war vernichtet und die Garagentüren waren herausgerissen; das Fundament und im wesentlichen auch die Außenmauern waren noch vorhanden.

Am 1. November 1946 schlossen die Parteien in einfacher Schriftform folgenden Vertrag:

"Die Firma Max P[REDACTED] übernimmt ab 1. November ds.Js. die durch Kriegseinwirkung beschädigten Garagen Nr 24, 25, 26, 27 und den anschließenden Lagerraum auf dem 4. Hof.

Die Firma P[REDACTED] läßt den Schutt abfahren und übernimmt den Aufbau der oben genannten Garagen und des Schuppens. Die Kosten für die Wiederinstandsetzung werden dergestalt verrechnet, daß die Firma P[REDACTED] 2 Jahre lang keine Miete für diese Räume zu zahlen hat. Nach Ablauf dieser 2 Jahre beträgt der Mietpreis für die Garagen und des Schuppens, sowie der alleinigen Benutzung des 4. Hofes

RM 175,-

pro Monat. Die Firma P[REDACTED] ist berechtigt, auf ihre

- 3 -

Kosten den 4. Hof durch ein anzubringendes Tor abzusperren.

Dieses Abkommen läuft nach Ablauf der 2 Jahre von Jahr zu Jahr mit vierteljährlicher Kündigung.

Wird durch behördliche Anordnung bestimmt, daß die Räume wieder ihren früheren Benutzungszwecken dienen müssen, oder wird infolge Störung der Nachbarschaft durch besonders verursachte Geräusche ein Betriebsverbot erlassen, so ist obige Vereinbarung hinfällig ohne Anspruch auf Schadensersatz."

Der Beklagte beseitigte vertragsgemäß den Schutt. Das Garagegebäude stellte er dagegen nicht wieder her, sondern errichtete unter Benutzung von dessen Fundament und Außenmauern und unter Entfernung von dessen Innenmauern einen mit einem zweiten Geschoß (in Holzkonstruktion) und einem neuen Dach versehenen offenen Schuppen, den er zum Lagern von Holz benutzte. Das Vertragsverhältnis wurde im Jahre 1949 gelöst, und zwar nach Angabe des Klägers am 31. Dezember, nach Angabe des Beklagten schon um die Mitte dieses Jahres.

Zu Anfang des Jahres 1950 kam es zwischen den Parteien zu einem Rechtsstreit (16. O. 52/50 des Landgerichts Berlin). Der Kläger verlangte von dem Beklagten Zahlung von 3 347,55 DM; in diesem Betrag war unter anderem rückständige Miete aus dem vorerwähnten Vertrag vom 1. November 1946 enthalten. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, und verlangte durch Widerklage vom Kläger Zahlung von 2 700 DM. Gegenüber dem Widerklageanspruch rechnete der Kläger hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen gegen den Beklagten, weil dieser seiner Wiederaufbauverpflichtung aus dem



Vertrag vom 1. November 1946 nicht nachgekommen wäre, in einem Schriftsatz vom 27. Mai 1950 auf. Dieser Rechtsstreit endete durch rechtskräftiges Urteil vom 20. März 1952 damit, daß dem Kläger 2 769,55 DM zugesprochen wurden; der Kläger wurde mit seiner Mehrforderung, der Beklagte mit seinem Widerklageanspruch abgewiesen.

Im Juni 1952 erhob der Kläger die vorliegende Klage mit nachstehenden Anträgen:

1. a) Der Beklagte wird verurteilt, auf dem Grundstück des Klägers, B [REDACTED], A [REDACTED], 4. Hof, anstelle des dort befindlichen Schuppens auf der gleichen Grundfläche ein den baupolizeilichen Vorschriften entsprechendes verschließbares Garagengebäude für 4 Einstellräume auf eigene Kosten zu errichten.
b) Der Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger 2 000 DM West nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen.
2. Es wird ferner festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der dem Kläger vom 1.7.1952 ab dadurch entsteht, daß die Errichtung des verschließbaren Garagengebäudes anstelle des Schuppens gemäß Klageantrag zu 1) noch nicht hergestellt ist.

Diese Klage begründete er damit, daß der Beklagte seiner Verpflichtung, das Garagengebäude wieder herzustellen, nicht nachgekommen sei und sich mit der Erfüllung dieser

Verpflichtung in Verzug befände. Wenn der Beklagte das Garagengebäude rechtzeitig wieder aufgebaut hätte, hätte er (Kläger) aus der Vermietung der Garagen für die Zeit vom 1. Januar 1950 bis zum 30. Juni 1952 einen Gewinn von 2 000 DM erzielen können, den ihm der Beklagte ersetzen müsse; ebenso sei der Beklagte verpflichtet, ihm den weiteren Schaden (d.h. den entgehenden Gewinn aus Vermietung der Garagen) so lange zu ersetzen, als er das Garagengebäude nicht wieder hergestellt habe. Er (Kläger) sei aus Mangel an Mitteln zur Wiederherstellung des Garagengebäudes außerstande.

Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen, indem er im wesentlichen folgendes vortrug: Der Vertrag vom 1. November 1946 sei aus mehreren Gründen nichtig gewesen, und zwar sowohl wegen Sittenwidrigkeit, da die von ihm (Beklagten) zu erbringende Leistung in grobem Mißverhältnis zu der Leistung des Klägers stünde, als auch nach § 134 BGB deshalb, weil der Wiederaufbau des Garagengebäudes in der früheren Art gegen ein gesetzliches Gebot verstoßen hätte, denn zum Wiederaufbau hätte es einer Genehmigung bedurft, welche nicht erteilt worden sei und auch nicht erteilt werden würde; ohne eine solche Genehmigung wäre der Wiederaufbau strafbar gewesen. Zumindest sei der Vertrag vom 1. November 1946 deshalb nichtig, weil der Wiederaufbau eine unmögliche Leistung im Sinne des § 306 BGB gewesen sei. Wenn aber der Vertrag vom 1. November 1946 rechtswirksam sei, so habe der Kläger seine Ansprüche dadurch verwirkt, daß er von der Errichtung des Holzlagerschuppens gewußt, sie niemals beanstandet und damit stillschweigend gebilligt habe. Falls die Klageansprüche aber nicht verwirkt seien, dann seien sie nach § 558 BGB verjährt. Schließlich habe der Kläger seinen Schaden (entgangenen

Gewinn), dessen Höhe übrigens bestritten werde, selbst zu verantworten, denn er hätte nach Auflösung des Vertragsverhältnisses "in kürzester Frist das Garagengebäude nach seinen eigenen Wünschen errichten können", habe es vielleicht sogar schon errichtet.

Der Kläger trat diesen Ausführungen des Beklagten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht entgegen. Er wandte sich insbesondere gegen die Annahme, daß die Klagansprüche verwirkt seien. Er habe keinen Anlaß gehabt, der Errichtung des Holzlagerschuppens durch den Beklagten zu widersprechen, denn der Beklagte habe die Mietsache während der Dauer des Mietverhältnisses nach seinem Belieben benutzen können; nur darauf sei es angekommen, daß der Beklagte bis zur Beendigung des Mietverhältnisses das Garagengebäude wieder herstellte. Ferner führte er aus, daß die Verjährung sämtlicher Klageansprüche durch die im Vorprozeß im Schriftsatz vom 27. Mai 1950 hilfsweise erklärte Aufrechnung unterbrochen worden sei und diese Unterbrechung bis zur Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils vom 20. März 1952, fortgedauert habe; mithin sei die vorliegende Klage noch vor Ablauf der Verjährungsfrist des § 558 BGB erhoben.

Das Landgericht hat Zeugen darüber vernommen, ob der Kläger gesehen habe, daß der Beklagte den Lagerschuppen errichtete, und ob und in welcher Weise der Kläger die Errichtung des Lagerschuppens genehmigt habe, sowie darüber, ob und wann der Kläger den Beklagten an die Wiederherstellung des Garagengebäudes erinnert habe.

Durch Urteil vom 1. April 1952 wies das Landgericht die Klage ab; es erachtete auf Grund der Beweisaufnahme

für bewiesen, daß der Kläger die Errichtung des Lager-
schuppens durch den Beklagten gekannt und ihr nicht wider-
sprochen habe, und folgerte daraus, daß die Klageansprüche
verwirkt seien.

Gegen dieses Urteil legte der Kläger Berufung ein. Er
beantragte, den Beklagten unter Aufhebung des angefochtenen
Urteils nach den Klageanträgen zu verurteilen. Er wie-
derholte zur Begründung der Berufung sein bisheriges Vor-
bringen, indem er sich vor allem gegen die vom Landge-
richt angenommene Verwirkung seiner Ansprüche wandte. Der
Beklagte beantragte, ebenfalls unter Wiederholung seines
früheren Vorbringens, die Berufung zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht beschloß, unter Übersendung der
Prozeßakten von dem Baupolizeiamt Tiergarten in Berlin
eine Auskunft darüber einzuholen,

..ob in der Zeit von Frühjahr bis Ende 1949 ein Wie-
deraufbau der streitigen kriegszerstörten Garage
im ursprünglichen Zustand voraussichtlich baupo-
lizeilich genehmigt worden und durch etwa erfor-
derliche Zuteilung von Baumaterialien möglich ge-
wesen wäre.

Diese Auskunft ergab folgendes: Die Baupolizei hatte am
25. August 1924 dem Kläger die Errichtung eines Schuppens
für eine Lackiererei, nicht aber dessen Benutzung als Ga-
rage, für 10 Jahre genehmigt. Im Dezember 1934 verlangte
sie, daß der Kläger, nachdem die Zehnjahresfrist abgelau-
fen und damit die baupolizeiliche Genehmigung erloschen
war, das Gebäude binnen einer bestimmten Frist beseitigte.
Diese Frist wurde auf Vorstellungen des Klägers zunächst

bis zum 30. September 1935, dann bis zum 31. März 1936 verlängert. Was die Baupolizei in der Folgezeit hinsichtlich des Gebäudes veranlaßt habe, lasse sich nicht feststellen. In der Auskunft heißt es dann weiter:

"Eine baupolizeiliche Genehmigung war 1949 und ist heute genau so möglich, wie sie seinerzeit möglich war, nämlich auf dem Befreiungswege. Da eine baupolizeiliche Genehmigung rechtlich nichts weiter ist als die Erklärung, daß dem Bauvorhaben aus dem öffentlichen Recht Hindernisse nicht entgegenstehen, muß sie in diesem Fall zunächst versagt werden, weil die Anlage gegen mehrere zwingende Vorschriften der zur Zeit gültigen Bauordnung für Berlin vom 9.11.1929 verstößt, nämlich gegen § 7 Ziff 6 Abs 5, wonach in der Bauklasse V a nicht mehr als 6/10 der Baugrundstücksfläche bebaut werden dürfen, und gegen § 14 Ziff 3a, wonach zum Abschluß von Gebäuden, die unmittelbar an der Nachbargrenze errichtet werden, Brandmauern herzustellen sind.

Von den zwingenden Vorschriften der Bauordnung kann die Baugenehmigungsbehörde gemäß § 5 der Bauordnung Befreiung erteilen, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfalle zu einer nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, oder wenn Gründe des allgemeinen Wohles eine Abweichung erfordern. Da u.E. hier weder ein Einzelfall vorliegt, in dem die Forderung auf Unterlassung einer weiteren Überbebauung sowohl des Grundstücks A [REDACTED] wie K [REDACTED] Straße [REDACTED] eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Härte bedeuten würde, noch Gründe des allgemeinen Wohles eine Abweichung erfordern und außerdem das Amt für Stadtplanung ebenfalls wegen der ohnehin vorhandenen Überbebauung seine nach dem Planungsgesetz notwendige Zustimmung nicht gegeben hat, haben wir die baupolizeiliche Genehmigung für die Wiedererrichtung des Gebäudes als Garage versagt, haben aber unter Berücksichtigung der von Weinmann vorgetragenen Gründe für die Beseitigung der Garage eine Frist von 2 Jahren (bis zum 31.8.1955) gewährt."

In einem Schriftsatz vom 1. Dezember 1953 trug der Kläger vor, er habe das Garagengebäude mit einem Kostenaufwand von 2 287,59 DM, unter Beseitigung der vom Beklagten vorgenommenen Aufstockung und Überdachung, im wesentlichen wieder in seinen früheren Zustand versetzt; nur einige Maler-, Glaser- und Klempnerarbeiten seien noch auszuführen, deren Kosten auf 722,74 DM zu veranschlagen seien. Anstelle des Klageantrags zu 1 a) stellte der Kläger nunmehr folgende Anträge:

"Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2 287,59 DM West (Wertersatz für bisher ausgeführte Arbeiten an der Garage) zu zahlen.

Der Beklagte wird ferner verurteilt, die auf dem Grundstück des Klägers B [REDACTED], A [REDACTED] 4. Hof, befindliche verschließbare Garage den baupolizeilichen Vorschriften entsprechend auf eigene Kosten wiederherzustellen. "

Der Beklagte beantragte darauf von neuem, die Berufung zurückzuweisen, im Falle einer Abänderung des landgerichtlichen Urteils zugunsten des Klägers ihn zu einer Zahlung nur Zug um Zug gegen Rückgabe des von ihm seinerzeit (für die Errichtung des Holzlagerschuppens) zur Verfügung gestellten Bauholzes. Zu dem Klageantrage zu 1 b) (Zahlung von 2 000 DM) machte der Beklagte geltend, daß der Kläger die Wiederherstellung des Garagengebäudes, wie er sie verlangt habe, schon im Jahre 1949 hätte betreiben können und daß ihm dann kein Gewinnausfall in Höhe von 2 000 DM entstanden wäre; vollends sei die Feststellungsklage (Klageantrag zu 2) gegenstandslos, nachdem der Kläger das Garagengebäude wiederhergestellt habe; die

Kosten der wenigen noch ausstehenden Arbeiten aufzubringen sei der Kläger imstande. Der Kläger räumte zwar ein, daß ihm die baupolizeiliche Genehmigung für die Wiederherstellung des Garagengebäudes befristet bis zum 31. August 1955 einschließlich erteilt worden sei, behauptete aber, ihm sei (von der Baupolizeibehörde) versichert worden, diese Frist würde immer wieder verlängert werden, es sei denn, daß auf dem Grundstück K[REDACTED]straße bauliche Änderungen einträten, durch die "Gefahren" hervorgerufen werden könnten.

Schließlich ersetzte der Kläger den zweiten Absatz seines Antrags aus dem Schriftsatz vom 1. Dezember 1953 durch folgenden Antrag:

"Der Beklagte wird ferner verurteilt, an der auf dem Grundstück des Klägers B[REDACTED], A[REDACTED], 4. Hof, befindlichen verschließbaren Garage folgende Instandsetzungen vorzunehmen:

- a) die Garagentore entrosteten, z.T. soweit erforderlich mit Bleimenige vorstreichen und zweimal mit Bleiweißfarbe innen und außen streichen zu lassen,
- b) die fehlenden Verglasungen der Fenster und Oberlichtöffnungen vornehmen zu lassen,
- c) 11,50 m Vorhangrinne mit Einhang, 3 m Abfallrohr, 26 m Wandkehle und Kappleiste herstellen und anbringen, befestigen und auslöten, sowie 2 Oberlichtfenstereinfassungen 25 cm im Zuschnitt herstellen, anbringen und auslöten zu lassen."

Dieser Antrag betraf offensichtlich die nach dem früheren Vorbringen des Klägers noch ausstehenden Maler-, Glaser- und Klempnerarbeiten. Der Beklagte trat auch diesem Antrag entgegen.

Durch Urteil vom 1. Februar 1954 wies das Berufungsgericht die Berufung des Klägers zurück.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Revision eingelegt. Er hat beantragt,

1. das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 1. Februar 1954 aufzuheben;
2. auf die Berufung des Klägers das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts in Berlin vom 1. April 1953 teilweise abzuändern und
 - a) die Beklagte zur Vornahme der im Klageantrag zu 1 a) bezeichneten Instandsetzungsarbeiten zu verurteilen,
 - b) den Anspruch auf Zahlung von 2 287,59 DM dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären;
3. den Rechtsstreit im übrigen und wegen der Höhe des Anspruchs zu 2 b), hilfsweise auch in dem ganzen Umfange zu 2), zur anderweiten bzw. weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 275 und 323 BGB, der Rechtsgrundsätze über Baugenehmigungen und Baudispense sowie der §§ 139 und 286 ZPO. Der Beklagte hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsurteil beruht auf der Erwägung, daß die Erfüllung der vom Beklagten übernommenen Verpflichtung,

das Garagengebäude in seinem früheren Zustand wieder herzustellen, nach Vertragsschluß und vor Beendigung des Mietverhältnisses (31. Dezember 1949) infolge eines vom Beklagten nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden und daß dadurch der Beklagte von seiner Wiederaufbauverpflichtung gemäß § 275 BGB frei geworden sei. Dabei stützt sich das Berufungsurteil auf die tatsächliche Feststellung, daß die Baupolizeibehörde ausweislich ihrer Auskunft vom 6. November 1953 während der genannten Zeit dem Beklagten weder die allgemeine baupolizeiliche Genehmigung zur Wiederherstellung des Garagengebäudes erteilt noch dem Beklagten im Wege des sogenannten Baudispenses eine weitere die zugelassene Bebauungsfähigkeit sowohl des Grundstücks A [REDACTED] als auch des Grundstücks K [REDACTED]straße [REDACTED] (60 % der Baugrundfläche jedes der beiden Grundstücke) übersteigende Bebauung gestattet haben würde. Daraus folge, daß sämtliche Klageansprüche unbegründet seien. Die Tatsache, daß der Kläger, nachdem der Beklagte von seiner Wiederaufbauverpflichtung frei geworden sei, entgegen der Bauordnung (gemeint ist: ohne Baugenehmigung und ohne Dispens) das Garagengebäude im wesentlichen wieder hergestellt und erreicht habe, daß die vor vollendete Tatsachen gestellte Baupolizeibehörde ihm zur Beseitigung seiner "vorschriftswidrigen" baulichen Maßnahmen eine Frist bis zum 31. August 1955 gewährt habe, sei im Verhältnis des Klägers zum Beklagten rechtlich unerheblich.

Die Revision erkennt an, daß es zur Wiederherstellung des Daches des Garagengebäudes einer baupolizeilichen Genehmigung bedurfte; sie weist aber darauf hin, daß auf die Erteilung dieser Genehmigung ein Anspruch bestand und daher die Genehmigung nicht hätte versagt werden dürfen. Dieser Hinweis trifft zu (vgl. W. Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl. S. 28).

Ein neuer Dispens wegen übermäßiger Bebauung wäre dagegen nach Meinung der Revision für die Wiederherstellung des Daches des Garagengebäudes nicht erforderlich gewesen. Ein solcher Dispens sei hinsichtlich des Grundstücks K[REDACTED] straße dem Kläger schon bei oder nach Errichtung des Garagengebäudes erteilt worden. Ein neuer Dispens hätte nur erwirkt werden müssen, wenn das Garagengebäude völlig zerstört gewesen wäre, nicht aber für die Wiederherstellung des Gebäudedaches. Dieser Meinung kann nicht beigetreten werden. Die Bestimmungen über die Bebauungsdichte von Grundstücken verfolgen vor allem den Zweck, den auf einem Grundstück errichteten Gebäuden ein gewisses Maß von Luft und Licht zu sichern. Daher kommt es für die Erteilung eines Dispenses der hier in Rede stehenden Art nicht nur auf den Umfang der zu bebauenden Fläche, sondern auch auf die Höhe und den Rauminhalt des zu errichtenden Gebäudes an. Es liegt auf der Hand, daß ein vierstöckiges Gebäude die Zuführung von Luft und Licht weit mehr beeinträchtigt als ein einstöckiges Gebäude. Daraus folgt, daß im vorliegenden Falle für die Wiederherstellung des Dachgeschosses ein neuer Dispens notwendig war, wobei es auf sich beruhen kann, ob die Bebauungsfähigkeit lediglich des Grundstücks Kirchstraße 5 überschritten werden sollte, was unstreitig ist, oder auch die Bebauungsfähigkeit des Grundstücks A[REDACTED], wie nach der Auskunft der Baupolizeibehörde vom 6. November 1956 angenommen werden muß.

Die Revision meint weiter, daß es ein Ermessensmißbrauch gewesen wäre, wenn die Baupolizeibehörde den - wie eben ausgeführt - notwendigen Dispens verweigert hätte. Dazu ist vorab zu bemerken, daß die Bestimmungen der in Preußen geltenden Bauordnungen über die Erteilung von Dispensen eine Ermächtigung der Baupolizeibehörde enthalten,

bei der Erteilung von Baugenehmigungen von dem materiellen Baurecht in gewissem Umfange zugunsten des Antragstellers nach ihrem (pflichtgemäßen) Ermessen abzuweichen. Daher besteht auf Erteilung eines solchen Dispenses - anders als bei der Baugenehmigung - kein Anspruch (W. Jellinek, Verwaltungsrecht 3. Aufl S 28; Urteil des OVG Münster vom 25. Mai 1950 bei Thiel, Baurechtssammlung, S 41). Dafür, daß im vorliegenden Fall die Baupolizeibehörde ihr Ermessen offensichtlich willkürlich ausgeübt haben würde, wenn sie einen Antrag des Beklagten auf Dispenserteilung abgelehnt hätte, bietet der unstreitige Tatbestand keinen Anhalt; dazu kommt, daß der Kläger dazu nichts vorgetragen hat. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Baupolizeibehörde dem Kläger, nachdem er nach dem 31. Dezember 1949 das Garagengebäude ohne Baugenehmigung und ohne den erforderlichen Dispens wieder hergestellt hatte, bis zum 31. August 1955 eine Frist zur Beseitigung des unzulässigen Wiederaufbaus offenbar aus Billigkeitsgründen, gewährt hat. Eine solche Fristsetzung ist keine (befristete) Erteilung eines Dispenses. Die - übrigens ohne Beweisantritt aufgestellte - Behauptung des Klägers (S 3 des Schriftsatzes vom 11. Januar 1954), die Baupolizeibehörde habe ihm versichert, die bis zum 31. August 1955 laufende Frist werde "immer wieder verlängert werden", ist als unverbindliche Inaussichtstellung eines Verwaltungsaktes unbeachtlich.

Hilfsweise macht die Revision geltend, der Beklagte hätte wenigstens die Innenwände zwischen den Garagen errichten und die Garagentore entrostet, anstreichen und wieder einsetzen sowie die in dem Antrag vom 1. Februar 1954 bezeichneten Glaser- und Klempnerarbeiten ausführen lassen müssen; denn für diese Arbeiten habe es weder einer Baugenehmigung noch

eines Baudispenses bedurft und sie seien deshalb keine aus Rechtsgründen unmöglichen Leistungen gewesen. Es mag unterstellt werden, daß diese Leistungen durch den Beklagten ohne Baugenehmigung und ohne Baudispens hätten bewirkt werden können. Aber darauf kommt es nicht an; sie wären wirtschaftlich sinnlos gewesen, da die Wiederherstellung des Daches des Garagengebäudes, wie oben ausgeführt ist, dem Beklagten unmöglich ist.

Hiernach sind sämtliche Klageansprüche unbegründet, weil die vom Beklagten übernommene Wiederaufbauverpflichtung auf eine unmögliche Leistung gerichtet und deshalb der Vertrag vom 1. November 1949 mindestens insoweit nichtig war. Es handelt sich allerdings nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, um eine nachträglich eingetretene Unmöglichkeit (§ 275 BGB); es ist vielmehr die Bestimmung des § 306 BGB anzuwenden. Nach § 306 BGB ist für die Frage der Unmöglichkeit nicht der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, sondern der Zeitpunkt, an oder bis zu welchem die Leistung zu erbringen ist; bei Leistungen, die nicht sofort zu erfolgen haben, besteht zunächst ein Schwebezustand und die Gültigkeit des Vertrages hängt dann davon ab, ob die Leistung bei ihrer Fälligkeit möglich oder unmöglich ist (RGR 10. Aufl. Anm. 1 zu § 306 BGB). Im vorliegenden Fall war der Beklagte nicht verpflichtet, das Garagengebäude alsbald nach dem Vertragsschluß wieder herzustellen; es genügte, wie der Kläger selbst vorgetragen hat, daß die Wiederherstellung bis zur Beendigung des Mietverhältnisses (31. Dezember 1949) bewirkt war. Daher hat das Berufungsgericht mit Recht die Auskunft der Baupolizeibehörde nicht für den 1. November 1946 (Vertragsschluß) sondern für die Zeit bis Ende 1949 eingeholt. Davon, daß die

Verpflichtung des Beklagten, das Garagengebäude wieder herzustellen, nach dem 31. Dezember 1949 dem Vertrage gemäß fortbestanden habe, kann keine Rede sein; denn die Verpflichtung des Beklagten war spätestens am 31. Dezember 1949 fällig und spätestens bis dahin stand zugleich fest, daß die vom Beklagten zu erbringende Leistung unmöglich war, womit der Beklagte seiner Verpflichtung nach § 306 BGB ledig wurde. Übrigens würde der vom Berufungsgericht angewendete § 275 BGB für diese Klage zum selben praktischen Ergebnis führen.

Die Revision hat noch ausgeführt, der Beklagte sei, wenn seine Wiederaufbauverpflichtung nichtig gewesen oder hinfällig geworden sei, verpflichtet, dem Kläger für die ersten zwei Mietjahre Miete zu zahlen; sie erblickt einen Verstoß des Berufungsgerichts gegen § 139 ZPO darin, daß es den Kläger nicht angeregt habe, seinen Zahlungsantrag hilfsweise auf diese Verpflichtung zu stützen, wodurch ein weiterer Rechtsstreit erspart worden wäre. Diese Verfahrensrüge ist abwegig; denn es liegt dem Gericht zwar ob, den Kläger dazu zu veranlassen, bezüglich der schon erhobenen Ansprüche sachdienliche Anträge zu stellen, nicht aber, auf die Einführung neuer Ansprüche in dem Rechtsstreit hinzuwirken. Die von der Revision auf eine angebliche Verletzung des § 286 ZPO gestützte Verfahrensrüge ist gegenstandslos; denn daß bei Abschluß des Vertrages vom 1. November 1946 nur das Dach und die Zwischenwände des Garagengebäudes zerstört waren und daß die Garagentore zwar herausgerissen, aber noch vorhanden waren, war nach dem Akteninhalt unstreitig.

Aus diesen Gründen war die Revision des Klägers mit der sich aus § 97 Abs 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. v. Normann

Dr. Oechßler

Dr. Großmann

Dr. Spieler