
Datum: 14.05.1992
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 136/91
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1992:0514.7U136.91.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 142/88

Tenor:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels werden das am 12. Juli 1988 verkündete Versäumnisurteil und das am 16. April 1991 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 5 O 142/88 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 491.235,40 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 12. April 1988 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage wegen der von der Beklagten in zweiter Instanz hilfsweise erklärten Aufrechnung abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 700.000,- DM abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet. Die Sicherheiten können auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse erbracht werden.

Tatbestand:

1

##blob##nbsp;

2

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht der Firma L. KG Schadensersatz wegen eines angeblich rechtswidrigen Bauvorbescheids der Beklagten, hilfsweise wegen einer von der Beklagten erteilten und auf Nachbarklage vom OVG Münster aufgehobenen Baugenehmigung.

3

4

##blob##nbsp;

Die KG erwarb aufgrund notariellen Vertrages vom 4.6.1982 (S. 1 ff. im Anlagenband I) die in K. gelegenen Grundstücke Flur .. Nr. 1045 (5077 qm) und 1048 (900 qm) zum Preis von 2,6 Mio. DM. Ferner vereinbarte sie mit den Verkäufern am 7.6.1982 privatschriftlich den Erwerb von deren Bauplanung zum Preis von 400.000,- DM. Die Verkäufer leisteten ausweislich III.1) des Vertrages vom 4.6.1982 Gewähr für die Zulässigkeit der Bebauung und sicherten zu, daß das Grundstück mit einer GRZ von 0,3 und einer GFZ von 0,6 bebaut werden könne.

5

##blob##nbsp;

6

Der Zeuge G. L., persönlich haftender Gesellschafter der KG, beauftragte den Zeugen Rechtsanwalt Le., eine formelle Bestätigung der Beklagten betreffend die angegebene GRZ bzw. GFZ zu erwirken. Bezüglich der GRZ gelang das nicht; die Beklagte war nicht bereit, eine höhere GRZ zu akzeptieren, als sie der genehmigten Bauplanung der Voreigentümer zugrundelag (0,23 oder 0,24). Antragsgemäß erteilte sie der KG jedoch am 20.7.1982 einen Vorbescheid u.a. mit dem Inhalt, daß die Errichtung von zweigeschossigen Wohnhäusern mit ausgebautem Dachgeschoß zulässig sei, wobei eine GFZ von 0,6 nicht überschritten werden dürfe (Bl. 13 f. im Anlagenband I). Ausweislich der Berechnung auf dem dem Vorbescheid zugrundeliegenden Plan (Bl. 405 im Anlagenband III), bezog sich die GFZ von 0,6 auf beide Grundstücke, also auf eine Fläche von ca. 6000 qm. Das hat die Beklagte im übrigen später, nämlich mit Schreiben vom 19.4.1983 (Bl. 406 im Anlagenband III), ausdrücklich bestätigt.

7

##blob##nbsp;

8

Den Kaufpreis von 2,6 Mio. DM zahlte die KG nach Behauptung der Klägerin erst nach Erhalt des Vorbescheids, und zwar im August 1982. Die Beklagte behauptet, er sei schon vorher, unabhängig vom Vorbescheid, gezahlt worden.

9

##blob##nbsp;

10

Am 13./14.8.1982 schloss die KG mit einer Firma I. R. GmbH eine Vereinbarung über die Vermarktung des Grundbesitzes im Bauherrenmodell (Bl. 101 ff. im Anlagenband I). Daraufhin wurde eine Bauherrengemeinschaft "A. d. S. " gegründet. Die Beklagte erteilte dieser am 10.10.1983 die Genehmigung zur Errichtung von zwei Mehrfamilienhäusern mit Tiefgarage (Bl. 19 ff. im Anlagenband I). Der Vorbescheid war zu diesem Zeitpunkt bereits wirkungslos geworden. Zwar hatte die KG im Juli 1983 einen Verlängerungsantrag gestellt. Dem hatte die Beklagte aber nicht entsprochen.

11

##blob##nbsp;

12

Gegen die Baugenehmigung erhob ein Nachbar Widerspruch und anschließend Klage, die in zweiter Instanz Erfolg hatte. Das OVG Münster führte in seinem Urteil vom 28.3.1985 (Bl. 129 ff. der beigezogenen Akte 2 K 1198/84 VG Köln) u.a. aus, das Baugrundstück liege im Außenbereich und könne als nicht privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BBauG nicht zugelassen werden, da es das Gebot der Rücksichtnahme gegenüber dem klagenden Nachbarn verletze.

13

##blob##nbsp;

14

15

Die Außenbereichslage ist zwischen den Parteien mittlerweile unstreitig, ebenso, daß ein Teil des Grundbesitzes im Landschaftsschutzgebiet lag und liegt. Zu einer Bebauung ist es bisher nicht ge-kommen.

##blob##nbsp;

16

Im Jahre 1986 wurde die Zwangsversteigerung beider Grundstücke angeordnet. Das Versteigerungsgericht setzte den Verkehrswert nach Einholung von Gutach-ten des Sachverständigen E. (Bl. 60 ff., 114 ff. der beigezogenen Akte 92 K 402/86 AG Köln) mit Beschluß vom 6.7.1988 (Bl. 122 ff. der genannten Akte) in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen auf 1,95 Mio. DM fest, davon 1,59 Mio. DM für das Flurstück Nr. 1045, 0,36 Mio. DM für 1048. Im Versteigerungstermin am 27.2.1989 war die Klägerin mit einem Gebot von 1,3 Mio. DM (Gesamtausgebot für beide Grundstücke) Meistbietende. Zu diesem Betrag wurden ihr die Grundstücke mit Beschluß vom 20.3.1989 (Bl. 263 der genannten Akte) zuge-schlagen.

17

##blob##nbsp;

18

Die Klägerin begehrt im Wege der Teilklage Scha-densersatz in Höhe von 500.000,- DM, und zwar in erster Linie wegen eines Minderwerts der Grundstück-ke infolge fehlender Bebaubarkeit - die KG habe, wie sich im nachhinein, insbesondere aufgrund des Urteils des OVG Münster vom 28.3.1985 herausge-stellt habe, kein Bauland erworben, sondern Acker-land im Wert von allenfalls 1 Mio. DM -, in zweiter Linie wegen der für die KG nutzlosen Zahlung von 400.000,- DM an die Verkäufer für deren Bauplanung, schließlich wegen von der KG unnütz aufgewendeter Zinsen und Kosten; insoweit wird auf die Aufschlüs-selung im Schriftsatz vom 12.12.1988 (Bl. 114 ff. GA) Bezug genommen.

19

##blob##nbsp;

20

Die Klägerin hat vorgetragen, der Vorbescheid vom 20.7.1982 sei rechtswidrig. Eine Ausnutzung des Grundstücks mit einer GFZ 0,6 sei nicht möglich gewesen und auch heute nicht möglich. Dem Vorbescheidsantrag habe keine detaillierte Planung zugrundegelegt, sondern nur der im Prozeß vorgelegte Lageplan (Bl. 405 im Anlagenband III). Dementsprechend sei im Vorbescheid die Aufstellung der Baukörper nicht vorgegeben und die KG in der Aufteilung der Gesamtnutzfläche von ca. 3600 qm (60 % von ca. 6000 qm) frei gewesen. Die spätere Planung, die der 1983 erteilten Baugenehmigung zu-grundegelegt habe, habe sich daher im Einklang mit dem Vorbescheid befunden. Aus den vom OVG Münster zur Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung ausgeführ-ten Gründen folge deshalb auch die Rechtswidrigkeit des Vorbescheids. Hätte die Beklagte pflichtgemäß den Vorbescheidsantrag abgelehnt, so wäre die KG von den mit den Verkäufern geschlossenen Verträgen vom 4. und 7.6.1982 zurückgetreten. Hierzu wäre sie wegen der - objektiv falschen - Zusicherung einer GRZ 0,3 und einer GFZ 0,6 berechtigt gewesen. Im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vorbescheids habe sie stattdessen nach dessen Erhalt den Grundstückskaufpreis von 2,6 Mio. DM am 19.8.1982 gezahlt. Daß die Beklagte nicht bereit gewesen sei, eine GRZ von 0,3 zu genehmigen, habe die KG dagegen nicht zum Anlaß für einen Rücktritt genommen, weil es ihr im wesentlichen auf die durch die GFZ vorge-gebene Gesamtnutzfläche angekommen sei.

21

##blob##nbsp;

22

Nachdem die Klägerin am 12.7.1988 ein Versäumnisur-teil über 500.000,- DM nebst 8 % Zinsen seit dem 12.4.1988 - dem Tag der Zustellung der Klage - erwirkt und die

23

Beklagte dagegen am 22.7.1988 Ein-spruch eingelegt hatte, hat die Klägerin beantragt,	
##blob##nbsp;	24
##blob##nbsp;	25
das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.	26
##blob##nbsp;	27
Die Beklagte hat beantragt,	28
##blob##nbsp;	29
##blob##nbsp;	30
die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils abzuweisen.	31
##blob##nbsp;	32
Sie hat geltend gemacht, auf den Vorbescheid vom 20.7.1982 könnten Ansprüche schon deshalb nicht gestützt werden, weil dessen Wirkung im Juli 1983 ausgelaufen sei.	33
##blob##nbsp;	34
Außerdem sei der Vorbescheid rechtmäßig gewesen. Aus dem Urteil des OVG Münster vom 28.3.1985 könne nichts Gegenteiliges hergeleitet werden, weil die Planung, die der damals im Streit befindlichen Bau-genehmigung zugrundegelegt habe, in wesentlichen Punkten von derjenigen abgewichen sei, die Gegen-stand des Vorbescheids gewesen sei - insbesondere: Dachgeschoß als zusätzliches Vollgeschoß, Errich-tung einer Tiefgarage, Veränderung der Stellung des Baukörpers, Abgrabungen im hinteren Grundstücksbe-reich mit dem Ziel, im Kellergeschoß weitere Woh-nungen zu errichten -.	35
##blob##nbsp;	36
Ferner sei die Erteilung des Vorbescheids nicht ursächlich für die behaupteten Aufwendungen. Die Kaufpreiszahlung sei im Vertrag vom 4.6.1982 nicht von der Erteilung des Vorbescheids abhängig gemacht worden, dessen Versagung hätte deshalb die KG nicht zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt. Tatsächlich sei der Kaufpreis auch unabhängig von der Erteilung des Vorbescheids schon vorher bezahlt worden. Erst recht fehle es am Ursachenzusammenhang zwischen der Baugenehmigung vom 10.10.1983 und den geltend gemachten Aufwendungen. Außerdem habe die KG aus dieser Genehmigung nichts herleiten können, weil sie nicht ihr, sondern der - in Wahrheit gar nicht rechtlich wirksam begründeten - Bauherrenge-meinschaft erteilt worden sei. Eine realistische Chance, den Grundbesitz im Bauherrenmodell zu ver-markten, habe es ohnehin nicht gegeben.	37
##blob##nbsp;	38
Die Beklagte hat ferner ein Mitverschulden der KG geltend gemacht. Diese habe mit Nachbarwiderrsprü-chen rechnen müssen, zumal sie gewußt habe, daß die Verkäufer die Grundstücke von einem Nachbarn erwor-ben hätten mit der Verpflichtung, nicht mehr als acht Einzelhäuser zu errichten und diese Verpflich-tung auch späteren Erwerbern aufzuerlegen - was tatsächlich im Vertrag vom 4.6.1982 allerdings nicht geschehen ist -. Auch habe die KG es sich selbst zuzuschreiben, daß ihre Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision	39

gegen das Urteil des OVG Münster erfolglos geblieben sei (Beschluß des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.10.1985, Bl. 193 f. in 2 K 1198/84 VG Köln), weil sie auf die Aus-nutzung der Baugenehmigung verzichtet habe.

##blob##nbsp; 40

Schließlich bestreitet die Beklagte den Schadensum-fang, macht insbesondere geltend, 41
der Grundbesitz könne, soweit außerhalb des Landschaftsschutzgebiete-tes gelegen, in
begrenztem Umfang bebaut werden, so z.B. mit acht Einfamilienhäusern, wie das der Pla-
nung der Voreigentümer entsprochen habe.

##blob##nbsp; 42

Das Landgericht hat Sachverständigenbeweis erho-ben. Insoweit wird verwiesen auf die 43
Ausführungen des Sachverständigen J. in dessen Gutachten vom 12.12.1989 und
12.9.1990 sowie im Termin vom 5.3.1991 (Bl. 205 ff., 269 ff., 312 ff. GA).

##blob##nbsp; 44

Mit dem angefochtenen und hiermit in Bezug genom-menen Urteil vom 16.4.1991, das 45
der Beklagten am 24.4.1991 zugestellt worden ist, hat das Landge-richt das
Versäumnisurteil vom 12.7.1988 aufrech-terhalten. Hiergegen richtet sich die am 23.5.1991
eingelegte und nach entsprechender Fristverlän-gerung am 12.7.1991 begründete Berufung
der Be-klagten.

##blob##nbsp; 46

Beide Parteien wiederholen und ergänzen ihr erstin-stanzliches Vorbringen nach 47
Maßgabe der im Beru-fungsrechtszug gewechselten Schriftsätze.

##blob##nbsp; 48

Die Beklagte erklärt hilfsweise die Aufrechnung mit Kostenerstattungsansprüchen in 49
Höhe von insgesamt 8.764,60 DM (Schriftsatz vom 24.10.1991 mit Anla-gen, Bl. 433 ff.
GA).

##blob##nbsp; 50

Die Beklagte beantragt, 51

##blob##nbsp; 52

##blob##nbsp; 53

unter Abänderung des angefochtenen Urteils vom 16.4.1991 das Versäumnisurteil vom 54
12.7.1988 aufzuheben und die Klage abzuweisen,

##blob##nbsp; 55

##blob##nbsp; 56

hilfsweise, 57

##blob##nbsp; 58

##blob##nbsp;	59
ihr nachzulassen, Sicherheit auch in Form der Bürgschaft einer deutschen Großbank oder einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen.	60
##blob##nbsp;	61
Die Klägerin beantragt,	62
##blob##nbsp;	63
##blob##nbsp;	64
die Berufung zurückzuweisen und ihr zu gestat-ten, Sicherheit auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank, Genossen-schaftsbank oder öffentlichen Sparkasse leisten zu können.	65
##blob##nbsp;	66
Sie widerspricht der Zulassung der Aufrechnung, hält außerdem die der Aufrechnungserklärung zugrun-deliegenden Kostenerstattungsansprüche für erlo-schen, weil sie ihrerseits vorher mit Kostenerstat-tungsansprüchen aus den Prozessen 2 K 38 u. 39/90 VG Köln aufgerechnet habe - diese Erstattungsan-sprüche sind weder rechtskräftig festgesetzt noch unstreitig; die genannten Prozesse befinden sich z.Zt. in der Berufung beim OVG Münster -. Außerdem erklärt die Klägerin die "Gegenaufrechnung" mit ih-ren Kostenerstattungsansprüchen aus dem vorliegen-den Rechtsstreit, die in erster Instanz festgesetzt worden sind.	67
##blob##nbsp;	68
Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den Inhalt der beigezo-genen, S. 1 des Sitzungsprotokolls vom 5.3.1992 (Bl. 516 GA) bezeichneten Akten Bezug genommen.	69
##blob##nbsp;	70
Der Senat hat gemäß dem Beschluß vom 21.11.1991 (Bl. 488 GA) durch Vernehmung von Zeugen Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird verwiesen auf die Sitzungsniederschrift vom 5.3.1992 (Bl. 516 ff. GA).	71
##blob##nbsp;	72
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :	73
##blob##nbsp;	74
Die Berufung ist zulässig, hat aber nur wegen und in Höhe der von der Beklagten in zweiter Instanz erklärten Aufrechnung einen relativ geringfügigen Teilerfolg. Die Beklagte war der KG nach §§ 39 Abs. 1 b, 40 OBG zum Schadensersatz zumindest in Höhe des geltend gemachten Teilbetrages von 500.000,- DM verpflichtet, weil der Vorbescheid vom 20.7.1982 rechtswidrig war, die KG im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vorbescheids davon abgesehen hat, den Kaufvertrag vom 4.6.1982 zu wandeln, einen Wandlungsanspruch gegen die Verkäufer später nicht mehr durchsetzen konnte und deshalb die Grundstücke behalten mußte, obwohl diese den Kaufpreis von 2,6 Mio. DM nicht wert waren, infolge des	75

späteren Zwangsversteigerungsverfahrens für die KG sogar nur einen Vermögensposten in Höhe von 1,3 Mio. DM darstellen. Auf die hilfsweise geltend gemachten Schadenspositionen - Zahlung von 400.000,- DM an die Verkäufer für die Übernahme von deren Bauplanung, Zinsen und Kosten für die eigene Planung - kommt es deshalb nicht an. Der Ersatzanspruch ist aufgrund Abtretung auf die Klägerin übergegangen.

##blob##nbsp; 76

1.) 77

##blob##nbsp; 78

Der auf § 84 BauO NW a.F. beruhende Vorbescheid vom 20.7.1982 war eine ordnungsbehördliche Maßnahme im Sinne des § 39 OBG. Die Bauaufsichtsbehörden sind Ordnungsbehörden. Die ihnen obliegenden Aufgaben gelten als solche der Gefahrenabwehr (§§ 77 Abs. 2 BauO NW a.F., 57 Abs. 2 BauO NW vom 26.6.1984). Der Anwendung der §§ 39, 40 OBG steht nicht entgegen, daß die Erteilung eines Vorbescheids ebenso wie die einer Baugenehmigung ein den Antragsteller begünstigender Verwaltungsakt ist. Ein Vorbescheid bezweckt zumindest auch, dem Bauherrn hinsichtlich der gestellten Fragen (siehe § 84 Abs. 1 BauO NW a.F.) eine verlässliche Grundlage für seine weiteren Planungen und wirtschaftlichen Dispositionen zu verschaffen (BGH, Urteil vom 30.6.1988, NJW 1988, 2884 f.). Wird dieses Vertrauen enttäuscht, so besteht deshalb - nicht anders als im Anwendungsbe-reich des § 839 BGB (siehe insoweit BGH a.a.O. und BGHZ 60, 112; NJW 1969, 234; 1975, 1968) - ein An-spruch auf Ersatz nutzloser Aufwendungen. 79

##blob##nbsp; 80

2.) 81

##blob##nbsp; 82

Obwohl die KG zur Zeit des Vorbescheids noch nicht Grundstückseigentümerin war, war sie in dessen Schutzbereich einbezogen. Sie war Antragstellerin und Adressatin des Bescheids. Aufgrund Kaufvertrags vom 4.6.1982 stand ihr ein Anspruch auf Eigentumsübertragung zu und war sie berechtigt, den Grundbe-sitz zu bebauen. Unter dieser Voraussetzung ist der Käufer selbst dann geschützt, wenn er - anders als hier - am Genehmigungsverfahren nicht formell be-teiligt war (BGHZ 93, 87). 83

##blob##nbsp; 84

Entgegen der Ansicht der Beklagten spielt es keine Rolle, daß der Vorbescheid nicht aufgehoben worden ist, sondern nach einem Jahr mangels Verlängerung seine Bindungswirkung verloren hat (BGH NJW 1988, 2884 ff.). Der KG kam es auf die bauliche Aus-nutzbarkeit des Grundbesitzes in einem bestimmten Umfang, insbesondere mit GFZ O,6, an. Sie wollte die Gewissheit haben, den Grundbesitz in einem bestimmten Umfang baulich nutzen zu können. Das war für die Bediensteten der Beklagten ohne wei-teres erkennbar. Auf die streitige Frage, ob der Beklagten mit dem Vorbescheidsantrag eine Abschrift des Kaufvertrags vorgelegt worden ist, kommt es nicht an. Der positive Vorbescheid bildete für die KG keine Vertrauensgrundlage, die der gebotenen Ablehnung der Bauvoranfrage gleichwertig war. Im Falle der Zurückweisung ihres Antrags hätte sie, wie noch ausgeführt werden wird, den Kaufvertrag gewandelt. Stattdessen hat sie im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Bescheides den Kaufpreis ge-zahlt. Ihr berechtigtes Vertrauen 85

beschränkte sich nicht darauf, innerhalb der Bindungsdauer von einem Jahr die Grundstücke mit einer GFZ O,6 bebauen zu können, vielmehr hat sie auch darauf vertraut und durfte darauf vertrauen, daß bei unveränderter bauplanungsrechtlicher Lage eine Bebauung mit GFZ O,6 auch später möglich sein werde. Tatsächlich hat sich an den planungsrechtlichen Grundlagen nichts geändert. Im übrigen hätte der Vorbescheid, weil rechtswidrig (siehe unter 3.), nicht verlängert werden dürfen (BGH NJW 1988, 2884 ff.).

86

87
An der Vertrauensgrundlage ändert der formularmäßige Vorbehalt der eventuell notwendigen Zustimmung des Regierungspräsidenten nach § 36 Abs. 2 BBauG (Hinweis Ziff. 1 im Vorbescheid) nichts. Primär hatte die Beklagte selbst die Zulässigkeit des Vorhabens speziell unter dem Aspekt der GFZ O,6 zu beurteilen.

88

89
Der sachliche Schutzbereich eines Vorbescheids erstreckt sich nicht nur auf unnütz aufgewendete Bau- und Planungskosten, sondern auch auf die Kaufpreiszahlung des Käufers, der im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Bescheids das Grundstück, das er andernfalls nicht erworben hätte, erwirbt (BGH a.a.O. zu Finanzierungskosten des Käufers). Darum geht es hier.

90

91
3.)

92

93
Der Vorbescheid war rechtswidrig.

94

95
Auf den Streit der Parteien darüber, ob das im Jahre 1983 genehmigte Vorhaben den Rahmen einhielt, der durch den Vorbescheid abgesteckt war, kommt es nicht an. Zum einen ist die Entscheidung des OVG Münster vom 28.3.1985, da sie die Baugenehmigung und nicht den Vorbescheid betraf, für den Senat ohnehin nicht bindend; er hält allerdings die Entscheidung nebst Begründung für zutreffend. Zum anderen ist folgendes zu berücksichtigen:

96

97
Das VG Köln und das OVG Münster hatten über eine Nachbarklage zu befinden. Deshalb genügte nicht irgendein Rechtsverstoß für die Aufhebung der Baugenehmigung, erforderlich war vielmehr die Verletzung einer nachbarschützenden Norm - seinerzeit in Betracht kommend: Verletzung des Rücksichtnahmegebots. Im Verhältnis zum Bauherren ist das anders. Der Bundesgerichtshof bejaht in ständiger Rechtsprechung (z.B. BGH 60, 112; NJW 1969, 234; 1975, 1968) einen Ersatzanspruch des Bauherren mit der Begründung, das Verbot, ohne Genehmigung zu bauen, sei nur eine präventive Beschränkung der aus dem Grundeigentum fließenden Baufreiheit, deren Wegfall durch Erteilung der Genehmigung für den Bauherren einen Vertrauenstatbestand des Inhalts schaffe, daß dem Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Hindernisse nicht entgegenstünden und er dementsprechend wirtschaftlich disponieren könne. Daraus folgt die Berechtigung des Ersatzanspruchs unabhängig von der Art der Rechtsverletzung. Zwischen Baugenehmigung und Vorbescheid

besteht insoweit kein relevanter Unterschied, auch wenn dieser - wie hier - vom "Noch - nicht - Eigentümer" beantragt worden ist.

##blob##nbsp; 98

Der Vorbescheid war planungsrechtlich unzulässig. Er verstieß gegen § 35 BBauG. 99

##blob##nbsp; 100

Im Anschluß an das Urteil des OVG Münster besteht kein Streit mehr darüber, daß 101
jedenfalls die für die Bebauung vorgesehene Parzelle 1045 (5077 qm) - die Parzelle
1048 (900 qm) sollte nur als Erschließungsfläche dienen - im Außenbereich lag. Der Senat
hält im übrigen die betreffenden Ausführungen des OVG Münster für überzeugend und
schließt sich ihnen in vollem Umfang an.

##blob##nbsp; 102

Das dem Vorbescheid zugrundeliegende Vorhaben war nicht privilegiert im Sinne des § 103
35 Abs. 1 BBauG. Nicht privilegierte Vorhaben konnten nach § 35 Abs. 2 BBauG (jetzt: §
35 Abs.2 BauGB) im Einzel-fall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder Benutzung
öffentliche Belange nicht beeinträchtigte. Diese Voraussetzung lag und liegt nicht vor.

##blob##nbsp; 104

Unzulässig war jedenfalls eine Bebauung im Landschaftsschutzgebiet. Das zieht die 105
Beklagte selbst nicht in Zweifel. Die Landschaftsschutzgrenze verläuft mitten durch das
Flurstück 1045 (Bl. 233 GA - dort grün markiert -; Anlage zum Gutachten des
Sachverständigen J. vom 12.12.1989). Nach der Berechnung des Sachverständigen S. 11
des genannten Gutachtens (Bl. 215 GA) fallen 2982 qm ins Landschaftsschutzgebiet, so daß
die verbleibende Baufläche auf Nr. 1045 2095 qm beträgt. Das Flurstück 1048 war als
Erschließungsfläche vorgesehen; schon wegen seines Zuschnitts (siehe Bl. 233 GA) kam sei-
ne Bebauung nicht oder jedenfalls nicht in nennens-wertem Umfang in Betracht. Wie auf der
verbleiben-den Baufläche eine GFZ von 0,6, d.h. eine Geschoss-fläche von annähernd
3600 qm, was einer Wohnfläche von knapp 3000 qm entspricht, mit zweigeschossigen
Wohnhäusern mit ausgebautem Dachgeschoß verwirklicht werden sollte, ist unerfindlich. Die
Beklagte trägt das auch nicht nachvollziehbar vor. Daß sich die GFZ 0,6 auf die
Gesamtfläche beider Grundstük-ke, also knapp 6000 qm bezog, ergibt sich nicht erst aus
dem Schreiben der Beklagten vom 19.4.1983 (Bl. 406 im Anlagenband III), sondern schon
aus der Berechnung auf dem Lageplan (Bl. 405 im Anlagenband III), der dem Vorbescheid
zugrundelag. Ausweislich dieses Lageplans besteht im übrigen kein Zweifel, daß der dort
eingezeichnete Baukörper zum Teil im Landschaftsschutzgebiet liegt. Davon ist auch der
Regierungspräsident in seinem Schreiben vom 29.6.1983 (Bl. 70 f. in 2 K 1198/84 VG Köln)
zu Recht ausgegangen. Nach den Feststellungen des VG Köln im Verfahren 2 L 907/84 lag
der Baukörper ausweislich der Baunterlagen ca. 13,5 m innerhalb der Grenze des
Landschaftsschutzgebiets (S. 3 des Beschlusses vom 5.9.1984, Bl. 129 der beigezogenen
Akte 15 O 635/83 LG Köln).

##blob##nbsp; 106

Die planungsrechtliche Unzulässigkeit des dem Vor-bescheid zugrundeliegenden 107
Vorhabens folgt ferner aus dem Ausmaß der vorgesehenen und geplanten baulichen
Nutzung, die außer jedem Verhältnis zum Charakter der Nachbarbebauung gestanden hätte,

die noch innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile im Sinne des § 34 BBauG lag. Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 22.6.1990 (NVwZ 1991, 64 ff.) entschieden, daß in der Überschreitung des in der Nachbarschaft verwirklichten Maßes der baulichen Nutzung durch ein Vorhaben im Außenbereich regelmäßig keine Beeinträchtigung öffentlicher Belange im Sinne von § 35 Abs. 2, 3 BauGB liegt. Zum einen ging es dort aber nur um den Ausbau eines ohnehin im Außenbereich gelegenen Gewerbebetriebs. Zum anderen hat das Bundesverwaltungsgericht bei erheblich größeren Unterschieden im Maß der Bebauung, als sie in dem ihm zur Beurteilung vorliegenden Fall vorlagen, eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange für möglich gehalten. Hier sollte nach dem dem Vorbescheid zugrundeliegenden Plan ein in der Mitte durch einen nur 5 m breiten Durchlaß getrennter massiver Baukörper errichtet werden, und zwar nicht "auf der grünen Wiese", sondern in der Nähe einer dem Innenbereich zugehörigen Bebauung völlig anderen Charakters.

##blob##nbsp;

108

Schließlich folgt die planungsrechtliche Unzulässigkeit auch aus den Gründen des Urteils des OVG Münster vom 28.3.1985, denen sich der Senat anschließt. Das OVG hat S. 12, 13 des Urteils ausgeführt, angesichts der im 1983 genehmigten Bauvorhaben vorgesehenen 36 Wohneinheiten seien auf der Zuwegung (Flurstück 1048) so erhebliche Verkehrsvorgänge zu erwarten, daß dadurch die Wohnruhe auf dem Grundstück des damaligen Klägers erheblich gestört werde. Das ist ohne weiteres auf das dem Vorbescheid zugrundeliegende Vorhaben übertragbar. Ob bei einer GFZ von 0,6, d.h. einer Wohnfläche von knapp 3000 qm, mit der Erstellung von 36 Wohneinheiten zu rechnen war, ist nicht entscheidend. Jedenfalls waren bei einer solch großen Fläche so viele Bewohner zu erwarten, daß die Anlieger des Erschließungswegs erhebliche, im Vergleich zu ihrer bis dahin ruhigen Wohnlage unzumutbare Verkehrseinträchtigungen hätten ertragen müssen. Belanglos ist, daß die 1983 erteilte Genehmigung sich auch auf eine Tiefgarage erstreckte - anders als der Vorbescheid vom 20.7.1982 -. Die Störung der Wohnruhe wäre nicht von der Tiefgarage als solcher ausgegangen, sondern von dem über den Erschließungsweg zu- und abfließenden Kraftfahrzeugverkehr.

##blob##nbsp;

110

An der planungsrechtlichen Unzulässigkeit haben auch weder der Regierungspräsident noch das VG Köln noch das OVG Münster (die beiden letzteren ausdrücklich allerdings nur zur Baugenehmigung vom 10.10.1983, da sie über den Vorbescheid nicht zu befinden hatten) Zweifel gehabt. Im Prozeß 2 K 1198/84 VG Köln ist die Nachbarklage in erster Instanz nicht etwa deshalb abgewiesen worden, weil das VG Köln das genehmigte Vorhaben für zulässig hielt (das Gegenteil ergibt sich aus dem Beschluß vom 5.9.1984 im Verfahren 2 L 907/84, Bl. 127 ff. der beigezogenen Akte 15 O 635/83 LG Köln), sondern weil das VG Köln die Verletzung einer nachbarschützenden Norm nicht feststellen zu können glaubte. Die Beklagte ist offenbar nur deshalb zu einer gegenteiligen Beurteilung gelangt, weil sie irrig davon ausging, die Baufläche gehöre nicht zum Außenbereich im Sinne des § 35 BBauG, sondern zu dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil im Sinne des § 34 BBauG (siehe Schreiben vom 27.9.1982, Bl. 107 im Anlagenband I; Bekundung des Zeugen Rechtsanwalt Le. am 16.10.1984 im Verfahren 15 O 635/83 LG Köln, dort Bl. 147).

##blob##nbsp;

112

4.)

113

114

##blob##nbsp;

Die Kausalität der Pflichtverletzung wird weder dadurch in Frage gestellt, daß die KG 115
keine Verlän-gerung des Vorbescheids - die wegen dessen Rechts-widrigkeit im übrigen
unzulässig gewesen wäre - erwirkt hat, noch dadurch, daß sie den Vorbescheid nicht
innerhalb der Bindungsfrist von einem Jahr ausgenutzt hat. Ebensowenig fehlt es am
Ursachen-zusammenhang deshalb, weil nicht die Beklagte die später beantragte
Genehmigung verweigert hat, die-ses Vorhaben vielmehr am Widerspruch eines Nachbarn
gescheitert ist. Die KG befand sich spätestens nach Rechtskraft des Urteils des OVG
Münster vom 28.3.1985 genau in der Lage, in der sie sich bei rechtmäßigem Handeln -
Ablehnung des Vorbescheids-antrages - nicht befunden hätte und die sie durch den
Vorbescheidsantrag gerade vermeiden wollte: Sie hatte zu einem Preis von 2,6 Mio. DM ein
Grundstück erworben, das sie aus planungsrechtlichen Gründen allenfalls in sehr
eingeschränktem Maße bebauen konnte.

##blob##nbsp; 116

Aufgrund der Bekundung des Zeugen L. im Termin vom 5.3.1992 (S. 2 ff. des 117
Sitzungsprotokolls, Bl. 517 ff. GA) hat der Senat keinen Zweifel daran, daß der Zeuge
namens der KG den Kaufvertrag gewandelt hät-te, wenn die Beklagte nicht mit dem
Vorbescheid ei-ne GFZ von 0,6 bestätigt hätte. Der Senat verkennt dabei nicht das
persönliche Interesse des Zeugen am Ausgang des Rechtsstreits. Er ist ersichtlich des-sen
Initiator und derjenige, dem ein Prozeßerfolg wirtschaftlich zugute kommt. Die Wandlung im
Fall der Versagung des Vorbescheids lag aber nach Lage der Dinge so nahe, daß trotz
dieses persönlichen Interesses die Bekundung des Zeugen glaubhaft ist.

##blob##nbsp; 118

Die Fälligkeit des Kaufpreises war im Vertrag vom 4.6.1982 zwar nicht abhängig gemacht 119
von der Ertei-lung eines Bauvorbescheids. Der Kaufpreis sollte aber gemäß II 2 des
Vertrages erst innerhalb von vier Wochen nach Eigentumsumschreibung an den Notar
gezahlt werden. Dieser Zeitraum reichte aus, um eine Entscheidung der Beklagten über die
planungs-rechtliche Zulässigkeit eines Bauvorhabens und das Maß der baulichen Nutzung
herbeizuführen. Daß dies für die KG von wesentlicher Bedeutung war, ergibt sich schon
daraus, daß sie ein Wohnungsbauunterneh-men betrieb. Sie wollte den Grundbesitz mit
Gewinn vermarkten. Das Maß der baulichen Nutzbarkeit war dabei von entscheidender
Bedeutung. Dessen erhebli-che Relevanz kommt auch darin zum Ausdruck, daß sie sich im
Vertrag vom 4.6.1982 nicht nur eine GRZ von 0,3, sondern auch und vor allem ein GFZ von
0,6 hat zusichern lassen. Die Rentabilität des Erwerbs hing dabei in erster Linie von der GFZ
ab, da letztlich diese die zulässige Wohnfläche bestimmte. Von daher ist es verständlich und
kein ins Gewicht fallendes Indiz gegen die Annahme, daß die KG im Falle der Versagung des
Vorbescheids den Kaufvertrag gewandelt hätte, daß sie schon vor Erlaß des Vorbe-scheids
wußte, daß die Beklagte nicht bereit war, eine GRZ von 0,3 zu akzeptieren, sie dies allein
aber nicht zum Anlaß für eine Wandlung genommen hat. Offenbar schon zur Zeit der
Antragstellung war ihr bekannt, daß eine GRZ von 0,3 nicht erreichbar sein würde. Das
ergibt sich aus der Berechnung der GRZ mit 0,24 auf dem dem Vorbescheid zugrun-
deliegenden Plan (Bl. 405 im Anlagenband III). Im Prozeß 15 O 635/83 LG Köln hat die KG
die Verkäufer wegen der geringeren GRZ als 0,3 auf Minderung in Anspruch genommen.
Daß sie sich auf diese - statt auf Wandlung - auch dann beschränkt hätte, wenn der
Vorbescheid versagt worden wäre, sie deshalb nicht auf der Grundlage einer GFZ 0,6 hätte
disponieren können, ergibt sich daraus nicht. Das Urteil des OVG Münster vom 28.3.1985,
aufgrund dessen die KG zumindest erhebliche Zweifel an der Erreichbarkeit einer GFZ 0,6

haben mußte, ist erst lange nach Rechtshängigkeit des Minderungsanspruchs ergangen, nämlich während des damaligen Berufungsverfahrens.

##blob##nbsp;

120

Für die Wesentlichkeit der formellen Bestätigung einer GFZ 0,6 spricht ferner, daß der Ankauf der Grundstücke von der ...bank kreditiert werden soll-te. Das ergibt sich nicht nur aus der Bekundung des Zeugen L., sondern auch aus den mit Schriftsatz vom 30. Dezember 1991 überreichten Anlagen. Die Kreditsumme sollte sich auf über 3.000.000,-- DM belaufen. Es drängt sich geradezu auf, daß die Bank dazu nur bereit war, wenn die bauliche Ausnutzung in dem Umfang gesichert war, der der Planung der KG zugrundelag. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang der Vermerk des Banksachbearbeiters auf dem Schreiben der KG vom 27. Juli 1982 "reicht aus". Diesem Schreiben war der Vorbescheid vom 20. Juli 1982 nebst Bauzeichnung beigefügt. Gerade hierauf bezog sich ersichtlich der Vermerk.

##blob##nbsp;

122

Dafür, daß die KG im Falle der Versagung des Vorbescheids den Kaufvertrag gewandelt hätte, spricht unterstützend - ohne daß es letztlich hierauf ankommt - auch die Bekundung des Zeugen Rechtsanwalt Le., seines Erachtens spreche von der Mentalität des Herrn L. her, den er seit vielen Jahren in Baurechtsfragen berate, alles dafür, daß dieser versucht hätte, sich vom Grundstückskaufvertrag zu lösen, wenn der Antrag auf Erteilung eines Vorbescheids abgelehnt worden wäre (Seite 2 des Protokolls vom 5. März 1992, Bl. 517 GA).

##blob##nbsp;

124

Der Senat hat auch keinen Zweifel daran, daß der Kaufpreis erst nach Erteilung des Vorbescheids gezahlt worden ist. Das hat der Zeuge L. bekundet (Seite 3 des Protokolls vom 5. März 1992, Bl. 518 GA). Dafür spricht ferner, daß die KG nach Erteilung des Vorbescheids mit Schreiben vom 27. Juli 1982 unter Beifügung des Vorbescheids bei der Bank um Auszahlung des Darlehens auf das Anderkonto des Urkundsnotars gebeten hat. Schließlich war im Prozeß 15 O 635/83 LG Köln zwischen den dortigen Parteien - KG und Verkäufer - unstreitig, daß der Kaufpreis am 19. August 1982 gezahlt worden ist. Die damaligen Parteien hatten keinen vernünftigen Grund, ein falsches Zahlungsdatum anzugeben.

##blob##nbsp;

126

Unzutreffend ist die von der Beklagten vertretene Ansicht, die KG hätte sich auch bei Ablehnung des Vorbescheidsantrags vom Kaufvertrag nicht lösen können. Die Verkäufer hatten GRZ 0,3 und GFZ 0,6 zugesichert im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB. Weder das eine noch das andere war erreichbar. Wie oben unter 3. ausgeführt, war und ist eine GFZ 0,6 auf dem im Außenbereich gelegenen Grundstück nicht zu verwirklichen. Dies hätte die KG durch eine ablehnende Entscheidung der Beklagten über ihren Vorbescheidsantrag ohne weiteres belegen können. Im übrigen kommt es für die Wandlungsberechtigung darauf letztlich noch nicht einmal an, weil unstreitig jedenfalls eine GRZ 0,3 nicht zu erreichen war. Jedenfalls darauf hätte die KG die Wandlung stützen können, wenn die Verkäufer eingewendet hätten, aus der Ablehnung des Vorbescheidsantrags ergebe sich nicht, daß GFZ 0,6 auch nicht durch eine andere Art der Planung erreichbar sei. Zwar wollte sich die KG wegen der unter 0,3 liegenden GRZ ersichtlich nicht vom Vertrag lösen, angesichts der Zusicherung der

Verkäufer hätte sie darauf aber ohne weiteres die Wandlung stützen können, wenn sie wegen Versagung des Vorbescheids davon ausging, daß auch eine GFZ 0,6 nicht zu verwirklichen sei, die Verkäufer dies aber bestritten hätten. Im Prozeß 15 O 635/83 LG Köln, der im wesentlichen um die GRZ geführt worden ist, ist die KG - abgesehen von der Verjährungseinrede - nur deshalb erfolglos geblieben, weil der 24. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln Seite 10, 11 seines Urteils vom 18. Dezember 1985 (Bl. 349, 350 der genannten Akte) angenommen hat, mit Zahlung des Kaufpreises am 19. August 1982 in Kenntnis der Nicht- Erreichbarkeit von GRZ 0,3 sei Verwirkung eingetreten. Im Falle der Ablehnung des Vorbescheidsantrags hätte die KG jedoch nicht gezahlt, der Einwand der Verwirkung wäre deshalb nicht begründet gewesen.

###blob###nbsp; 128

Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß die KG im Falle der Versagung des Vorbescheids innerhalb der kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist gewandelt hätte. Erst infolge des Urteils des OVG Münster vom 28. März 1985 erlangte sie Kenntnis davon, daß der Grundbesitz in geringerem Umfang baulich ausnutzbar war, als das dem Vorbescheid entsprach. Zu diesem Zeitpunkt waren Gewährleistungsansprüche gegen die Verkäufer nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg durch-zusetzen.

###blob###nbsp; 130

5.) 131

###blob###nbsp; 132

Die KG trifft kein Mitverschulden. 133

###blob###nbsp; 134

Von der Fehlerhaftigkeit des Vorbescheids hat sie keine Kenntnis gehabt. Sie hätte diese auch nicht haben müssen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, daß der Staatsbürger auf Belehrungen und Erklärungen eines Beamten ihm gegenüber grundsätzlich vertrauen darf; in der Regel gereicht es ihm deshalb nicht zum Verschulden, wenn er nicht klüger ist als der Beamte (BGH NJW 1991, 1168, 1170 m.w.N.). Es bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte, hier von dieser Regel eine Ausnahme zu machen. Es mag sein, daß die KG angesichts der Größe ihres Bauvorhabens mit Nachbarwidersprüchen rechnen mußte und - so die Behauptung der Beklagten-- auch wußte, daß die Verkäufer mit dem früheren Eigentümer vereinbart hatten, daß der Grundbesitz mit höchstens 8 Einfamilienhäusern mit Einliegerwohnungen bebaut werden sollte. Diese Verpflichtung hatte sie aber nicht übernommen. Nachbarwidersprüche gegen größere Bauvorhaben sind nicht ungewöhnlich; daß mit ihnen zu rechnen ist, begründet für sich allein nicht den Mitverschuldenseinwand. Aus der Sicht der KG erschien die Entscheidung der Beklagten damals auch nicht unvertretbar. Das Bauvorhaben lag praktisch auf der Grenze zwischen Innen- und Außenbereich im Sinne der §§ 34, 35 BBauG. Wenn die Beklagte von § 34 BBauG ausging - was sich später als falsch herausstellte -, so war das aus der damaligen Sicht der KG nicht erkennbar falsch. Es ist auch nicht ersichtlich, daß der KG die genaue Grenze des Landschaftsschutzgebiets bekannt war.

###blob###nbsp; 136

137

Ein Mitverschulden der KG deshalb, weil sie auf die Ausnutzung der im Jahre 1983 erteilten Baugenehmigung verzichtet hat und - so die Meinung der Beklagten - deshalb die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des OVG Münster vom 28. März 1985 erfolglos geblieben ist, scheidet aus. Die KG war überhaupt nicht verpflichtet, Nichtzulassungsbeschwerde einzulegen. Auf die Richtigkeit der Entscheidung des OVG Münster durfte sie vertrauen. Davon abgesehen hätte die Beschwerde auch aus sachlichen Gründen keinen Erfolg gehabt. Der Senat hält die vom OVG Münster getroffene Entscheidung für richtig.

138

Ein Mitverschulden ist auch nicht deshalb zu bejahen, weil die KG weder rechtzeitig die Verlängerung der Wirkungskdauer des Vorbescheids beantragt noch innerhalb der einjährigen Bindungsfrist mit dem Bauvorhaben begonnen hat (siehe hierzu auch BGH NJW 1988, 2884, 2886). Einem Verlängerungsantrag hätte schon deshalb nicht entsprochen werden können, weil der Vorbescheid, wie oben unter 3.) ausgeführt, rechtswidrig war. Innerhalb eines Jahres brauchte die KG das Bauvorhaben nicht zu beginnen, weil sie während dieses Zeitraums keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vorbescheids haben mußte.

140

6.) 141

142

Der Schaden beläuft sich unabhängig von den Ausführungen des Landgerichts und denen des Sachverständigen J. schon aus folgendem Grund auf mindestens 500.000,-- DM:

144

Im Falle der Ablehnung des Vorbescheidsantrags hätte die KG den Kaufvertrag gewandelt und den Kaufpreis - zu Recht - nicht gezahlt. Ihr Schaden belief sich deshalb ursprünglich auf die volle Kaufpreissumme von 2,6 Mio. DM. Die Beklagte war in dieser Höhe zum Ersatz verpflichtet, konnte allerdings Zug um Zug gegen Zahlung die Übereignung des Grundbesitzes verlangen. Zur Übereignung ist die KG nicht mehr in der Lage, nachdem die Grundstücke im Jahre 1989 zwangsversteigert worden sind. An ihre Stelle tritt der Versteigerungserlös in Höhe von 1,3 Mio. DM. Die Zwangsversteigerung steht in innerem Zusammenhang mit der den Schadensersatz begründenden Pflichtverletzung. Es liegt auf der Hand, daß in Anbetracht der Höhe des Kaufpreises, der zudem kreditiert werden mußte, die KG in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten mußte, wenn sie das Bauvorhaben nicht wie geplant durchführen konnte. Ersichtlich diese Schwierigkeiten haben zur Zwangsversteigerung geführt. Sie wurde u.a. von der kreditierenden Bank betrieben, und zwar wegen eines Betrages von 3,5 Mio. DM nebst 20 % Zinsen seit dem 25. August 1982. Angemeldet hat sie im Versteigerungsverfahren dementsprechend einen Betrag von mehr als 4,5 Mio. DM (Bl. 201 der Zwangsversteigerungsakte 92 K 402/86 Amtsgericht Köln). Die Schadensberechnung unter Berücksichtigung des Versteigerungsverfahrens hält sich unter diesen Umständen im Rahmen des § 40 OBG.

146

147

Unerheblich ist, daß die Klägerin - Mutter des Zeugen und persönlich haftenden Gesellschafters der KG L. - Ersteherin war. Auch wenn hinter ihr prak-tisch der Zeuge stehen dürfte, so kann rechtlich doch nicht von einer Identität der KG als früherer Eigentümerin und der Klägerin oder dem Zeugen ausgegangen werden. Es ist daher unerheblich, daß die Klägerin in eigener Person zur Übereignung der Grundstücke an die Beklagte in der Lage war und evtl. auch jetzt noch ist.

###blob###nbsp; 148

Davon abgesehen geht der Senat davon aus, daß der tatsächliche Wert der Grundstücke im Jahre 1982 jedenfalls nicht höher als 2,1 Mio. DM war, also mindestens 500.000,-- DM hinter dem Kaufpreis zu-rückblieb. Die Wertermittlung des Sachverständigen J. Seite 20 seines Gutachtens vom 12. Dezember 1989 (Bl. 224 GA) mit knapp 2,9 Mio DM beruht auf der Grundlage einer offenen Einfamilienhausbebauung mit einer GFZ von 0,6, bezogen allerdings nur auf das Flurstück 1045. Es ist nicht ersichtlich, daß die-ser Grad baulicher Nutzung erreichbar war. Die Be-klagte legt nicht konkret dar, daß sie - nach Klä-rung der planungsrechtlichen Fragen durch das Ur-teil des OVG Münster vom 28.03.1985 - zur Erteilung einer Baugenehmigung zu einem Vorhaben entsprechen-den Umfangs bereit war. Den Wert in 1989, ausgehend von einer Aufteilung in 6 Einfamilienhausgrundstük-ke, hat der Sachverständige J. Seite 17, 24 des ge-nannten Gutachtens (Bl. 221, 228 GA) auf etwas über 1,5 Mio. DM angesetzt. Ein deutlich höherer Wert für 1982 kann nicht angenommen werden, da sich in der Zwischenzeit an den planungsrechtlichen Grund-lagen nichts geändert hat. Im Zwangsversteigerungs-verfahren ist der Sachverständige E. nach Rückspra-che bei der Beklagten über die Bebaubarkeit des Grundbesitzes von einem Wert von 1,95 Mio DM, bezo-gen auf 1987, ausgegangen (Gutachten vom 23. Juli 1987, Bl. 60 ff. in 92 K 402/86 Amtsgericht Köln). Schließlich ergibt sich aus dem eigenen Sachvor-trag der Beklagten, daß ein Verkehrswert von über 2,1 Mio. DM in 1982 nicht angenommen werden kann. Seite 7 ihres Schriftsatzes vom 16. Mai 1989 (Bl. 183 GA) hat sie vorgetragen:

###blob###nbsp; 150

Die KG habe selbst unter Berücksichtigung einer GFZ 0,6 den Grundbesitz völlig überteuert erworben. Per 1987 könne bei einer GFZ 0,6 allenfalls ein Wert von 2,5 Mio. DM angesetzt werden. Für den Er-werbszeitpunkt 1982 habe der realistische Marktwert noch erheblich darunter gelegen.

###blob###nbsp; 152

Bei solchen Wertangaben bezüglich einer GFZ 0,6 kann nicht ernstlich zweifelhaft sein, daß bei der tatsächlich geringeren baulichen Ausnutzbarkeit der Wert im Erwerbszeitpunkt nicht über 2,1 Mio DM lag.

###blob###nbsp; 154

7.) 155

###blob###nbsp; 156

Die von der Beklagten in zweiter Instanz erklärte Hilfsaufrechnung mit Kostenerstattungsansprüchen in Höhe von insgesamt 8.764,60 DM hat Erfolg.

###blob###nbsp; 158

159

Der Senat läßt die Aufrechnung gemäß § 530 Abs. 2 ZPO als sachdienlich zu. Über sie kann ohne Verzö-gerung des Rechtsstreits entschieden werden.

##blob##nbsp; 160

Die Kostenerstattungsansprüche sind durch die mit Schriftsatz vom 24. Oktober 1991 161
vorgelegten Unter-lagen (Bl. 435 ff. GA) belegt. Sie sind nicht durch die
"Gegenaufrechnung" der Klägerin erloschen. De-ren Kostenerstattungsansprüche sind weder
unstreit-tig noch rechtskräftig festgesetzt. Die Aufrech-nung mit einem prozessualen
Kostenerstattungsan-spruch kann im Rechtsstreit nur dann berücksichtigt werden, wenn
dieser Anspruch auch seiner Höhe nach unumstritten oder wenn er im
Kostenfestsetzungsver-fahren rechtskräftig festgesetzt worden ist (BGH LM Nr. 5 zu § 104
ZPO). Das folgt aus der Selbstän-digkeit des Kostenfestsetzungsverfahrens. Über die Höhe
prozessualer Kostenerstattungsansprüche ist in diesem zu befinden und nicht im
Erkenntnisverfah-ren. Die Zulassung einer Aufrechnung mit weder rechtskräftig festgesetzten
noch unstreitigen Ko-stenerstattungsansprüchen würde dagegen zur Prüfung ihrer Höhe im
Erkenntnisverfahren nötigen.

##blob##nbsp; 162

Für die von der Beklagten erklärte Aufrechnung greift diese Einschränkung nicht ein, 163
denn der ihr zugrundeliegende Kostenfestsetzungsbeschluß ist un-streitig rechtskräftig.
Infolge ihrer mithin wirk-samen Aufrechnungserklärung ist der Ersatzanspruch deshalb in
entsprechender Höhe gemäß § 389 BGB er-loschen.

##blob##nbsp; 164

Die Klägerin hat die Aufrechnungserklärung nicht zum Anlaß genommen, ihre Teilklage 165
über 500.000,-- DM in Höhe der zur Aufrechnung gestell-ten Beträge zu erhöhen.

##blob##nbsp; 166

8.) 167

##blob##nbsp; 168

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 92 Abs. 2, 97 Abs. 1, Abs. 2 ZPO, die 169
über die vorläu-fige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Es besteht kein Anlaß,
zugunsten der Klägerin die Revision zuzulassen. Für die Beklagte ist das Ur-teil ohnehin
revisibel.

##blob##nbsp; 170

Streitwert zweiter Instanz: 508.764,60 DM 171

##blob##nbsp; 172

Die Beschwer der Beklagten beträgt 500.000,-- DM, die der Klägerin 8.764,60 DM. 173
