

IV ZR 43/56

Verkündet
am 20. Juni 1956
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2507 060

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

In dem Rechtsstreit

der Stadt Duisburg, vertreten durch den Rat der Stadt,
dieser vertreten durch den Oberstadtdirektor,

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

g e g e n

die Eheleute

1. Rentner Hermann A. [REDACTED],

2. Anna A. [REDACTED] geb. P. [REDACTED],

beide in D. [REDACTED] N. [REDACTED] Str. [REDACTED]

Kläger, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 1956 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Johannsen, Dr. Kregel und Dr. v. Werner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 21. Dezember
1955 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger zu 1 verkaufte der Beklagten mit Vertrag vom 7. Juni 1939 sein Hausgrundstück in D[REDACTED], N[REDACTED] Str. [REDACTED]. Die Beklagte erwarb das Grundstück, weil es innerhalb des Geländes lag, das für die Erweiterung des Bahnhofsvorplatzes am Ostausgange des D[REDACTED] Hauptbahnhofs vorgesehen war. Der Kaufvertrag enthält u.a. folgende Bestimmung:

"Der Übergang des Besitzes und Nutzung wie auch der Gefahren und Lasten der Benutzung N[REDACTED] Straße [REDACTED] auf die Stadt soll mit dem Tage erfolgen, an dem das von dem Verkäufer erworbene Ersatzgrundstück N[REDACTED] Straße 3[REDACTED] völlig geräumt ist. Die Stadt räumt dem Verkäufer das Recht ein, das Hausgrundstück N[REDACTED] Straße [REDACTED] bis zur Besitzübergabe im bisherigen Umfange zu nutzen und hat dieser bis zu dem gleichen Zeitpunkt auch sämtliche Steuern und Lasten zu tragen."

Die Kläger haben das "Ersatzgrundstück" N[REDACTED] Str. 3[REDACTED] auf folgende Weise erworben: Es gehörte einem Fräulein Herta Ph[REDACTED], welche Jüdin war. Das Amt 34 der Beklagten teilte jener mit Schreiben vom 15. Februar 1939 mit, die Beklagte beabsichtige im öffentlichen Interesse ihr Grundstück zu erwerben. Gegen einen anderweitigen Verkauf werde Einspruch erhoben werden. Verhandlungen mit anderen Personen seien daher zwecklos. Am 14. März 1939 schlossen Fräulein Ph[REDACTED] und die Beklagte vor dem Stadtamtmann Br[REDACTED] als Urkundsbeamten der Beklagten einen Kaufvertrag über das Grundstück. Darin heißt es u.a.:

"Sie (Fräulein Ph[REDACTED]) verkauft das vorstehend genannte Grundstück hiermit an die Stadt D[REDACTED] oder an einen von der Stadt D[REDACTED] noch zu be-

- 3 -

nennenden Dritten, der dem Urkundsbeamten bei Abschluß dieses Vertrages bereits bekannt ist "

Br [REDACTED] vermerkte am selben Tage unter dem Vertrage:

"Der zu benennende Dritte sind die Eheleute A [REDACTED]
wohnhaft D [REDACTED] N [REDACTED] Straße [REDACTED]."

Der Oberbürgermeister genehmigte den Vertrag mit Entschliebung vom 28. März 1939. Die Kläger erklärten am 13. Juni 1939 vor dem Stadtamtmann Br [REDACTED] als Urkundsbeamten:

"Von dem Vertragsangebot des Fräulein Herta Ph [REDACTED] vom 14. März 1939, betr. Ankauf des Hausgrundstücks Gemarkung D [REDACTED], Flur 8 Parz. 1950/124, groß 379 qm, haben wir Kenntnis genommen. Wir nehmen dies Vertragsangebot an und erkennen die Bedingungen desselben als rechtsverbindlich an."

Am selben Tage ließ Br [REDACTED] als Bevollmächtigter des Fräulein Ph [REDACTED] deren Grundstück (Nr 38) an die Kläger und der Kläger sein Grundstück (Nr [REDACTED]) an die Beklagte auf (Nr 131 und 132/1939 der Urkundenrolle des Notars V [REDACTED]). Die Kläger und die Beklagte wurden demgemäß im Herbst 1939 als neue Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Das Grundstück N [REDACTED] Straße 38 konnte infolge des Krieges nicht geräumt werden. Es verblieb daher zunächst bei folgender Regelung: Die Beklagte verwaltete und nutzte das Grundstück N [REDACTED] Straße 38, während den Klägern die Nutzungen und Lasten ihres an die Beklagte verkauften Grundstückes N [REDACTED] Straße [REDACTED] verblieben. Während des Krieges wurden die auf beiden Grundstücken vorhandenen Häuser durch Feindeinwirkung zerstört. Im August 1945 zahlte die Beklagte den Kaufpreis-

- 4 -



rest für das Grundstück N[REDACTED] Straße [REDACTED] an die Kläger, den sie nach Abzug der Kosten, der Grunderwerbssteuer, der von ihr abgelösten Hypothek von 9 000,- RM, eines angezahlten Betrages von 300,- RM und des von ihr an Fräulein Ph[REDACTED] für das Grundstück N[REDACTED] Str. 3[REDACTED] gezahlten Kaufpreises von 12 000,- RM mit rd. 6 023,- RM errechnete. Die Beklagte verwandte das Grundstück N[REDACTED] Straße [REDACTED] zur Erweiterung des Bahnhofsvorplatzes.

Die Erben des Fräulein Ph[REDACTED] haben ein Rückerstattungsverfahren gegen die Kläger angestrengt, das bei der Wiedergutmachungskammer in Duisburg anhängig ist.

Im vorliegenden Rechtsstreit haben die Kläger im ersten Rechtszuge beantragt, festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, sie von allen Rückerstattungsansprüchen der Erben Ph[REDACTED] freizustellen und ihnen allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Ankauf der Besitzung D[REDACTED] N[REDACTED] Straße 3[REDACTED], entstanden ist, hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihnen 12 676,85 DM zu zahlen.

Sie machen geltend, der Kläger zu 1 habe der Beklagten sein Grundstück nur unter der Bedingung verkauft, daß sie den Klägern ein Ersatzgrundstück in unmittelbarer Nähe verschaffe. Die Beklagte habe daraufhin das streitige Grundstück (Nr 3[REDACTED]) gekauft und es gegen das Grundstück des Klägers (Nr [REDACTED]) getauscht.

Die Beklagte hat gebeten, die Klage abzuweisen. Sie will bei dem Ankauf des Grundstücks N[REDACTED] Straße 3[REDACTED] nur als Vermittlerin für die Kläger tätig gewesen sein. Sie behauptet, die Kläger hätten auf jenes Grundstück hingewiesen und den Wunsch geäußert, es zu erwerben.

Sie, die Beklagte, habe das Grundstück niemals für sich selbst erwerben wollen. Sie habe auch keinen Austausch der beiden Grundstücke (Nr 3 und) mit den Klägern vereinbart. Diese hätten selbst mit dem Makler des Fräulein Ph. verhandelt und unmittelbar von jener gekauft.

Das Landgericht hat dem Hauptantrage der Kläger voll stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat der Berufung der Beklagten zum Teil entsprochen und nur festgestellt, die Beklagte sei verpflichtet, die Kläger von allen Rückerstattungsansprüchen hinsichtlich des Grundstücks N. Str. 3 freizustellen. Die Beklagte verfolgt mit der Revision ihren Antrag weiter, die Klage auch insoweit abzuweisen. Die Kläger bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Kläger machen einen Rückgriffsanspruch nach Art 39 REG (brZ) geltend. Hierfür ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben (BGHZ 8, 193).

II. Die Revision leugnet zu Unrecht, daß die Feststellungsklage zulässig sei.

1. Soweit die Revision meint, eine Rückerstattungspflicht der Kläger stehe "jedenfalls noch nicht fest", ist das in diesem Zusammenhange unbeachtlich. Denn diese Frage berührt nicht die Zulässigkeit der Feststellungsklage; sie betrifft vielmehr die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen des von den Klägern geltend gemachten Rückgriffsanspruchs.

Die Revision trägt damit überdies etwas Neues vor, was nach § 561 Abs 1 ZPO im Revisionsrechtszug ausgeschlossen ist. Die Beklagte hat ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils nicht geleugnet, daß die Kläger rückerstattungspflichtig sind. Der gesamte Sachverhalt legt auch die Annahme nahe, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Rückerstattung vorliegen. Die Kläger haben zwar im Rückerstattungsverfahren (Aktenzeichen 13 Rü.Sp 18/55 der Wiedergutmachungskammer bei dem Landgericht Duistburg) mit Schriftsatz vom 13. Januar 1955 (Bl 48) selbst vortragen lassen, das sei nicht der Fall; den Nachweis hierzu würden sie führen, sobald in dem Rechtsstreit gegen die Beklagte geklärt sei, wie es zu dem Kaufvertrag vom 14. März 1939 gekommen ist und auf welche Weise die Verkäuferin den Kaufpreis erhalten hat. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtlich bedenkenfrei angenommen, wie aus den Akten der Wiedergutmachungskammer hervorgehe, lägen die anspruchsbegründenden Tatsachen nach der Behauptung der Rückerstattungsberechtigten vor. Da - jedenfalls bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht - keine Umstände ersichtlich waren, mit denen die Kläger sich erfolgreich dem Grunde nach gegen die Rückerstattung wehren könnten und die Beklagte selbst solche Tatsachen auch nicht geltend gemacht hat, konnte das Berufungsgericht ohne weiteres davon ausgehen, daß die Beklagte den Rückerstattungstatbestand als solchen nicht in Zweifel ziehe.

2. Die etwaige Rückgriffspflicht nach Art 39 REG (brZ) ist, ein Rechtsverhältnis; sie ist eine Beziehung der Parteien zueinander, die als Rechtsfolge aus einem bestimmten Tatbestande fließt (vgl RGZ 107, 303 304). Das hat der Senat schon in seinem Urteil vom 10. Dezember

1955 (IV ZR 173/55) angenommen.

3. Die Kläger haben ein rechtliches Interesse daran, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird (§ 256 ZPO).

a) Die Revision meint, die Kläger hätten kein Feststellungsinteresse, weil sie ihre Rechte dadurch wahren könnten, daß sie der Beklagten im Rückerstattungsverfahren den Streit verkünden. Das ist unrichtig. Der erkennende Senat hat schon mit dem erwähnten Urteil vom 10. Dezember 1955 (IV ZR 173/55) ausgesprochen, der Rückerstattungs-pflichtige könne auch dann, wenn das Rückerstattungsver-fahren noch schwebe und er dem Rückgriffspflichtigen dar-an den Streit verkündet habe, ein Interesse haben, die Rückgriffspflicht alsbald in einem besonderen Rechts-streit feststellen zu lassen. Er hat dort ausgeführt:

"Hierbei steht weder entgegen, daß das Rückgriffs-recht durch die Rückerstattung bedingt ist, noch daß die Kläger der Beklagten im Rückerstattungs-verfahren den Streit verkündet haben. Auch ein bedingtes Rechtsverhältnis kann die Erhebung einer Feststellungsklage rechtfertigen, wenn der Kläger ein wirtschaftliches Interesse daran hat, die Verpflichtung des Beklagten schon vor Eintritt der Bedingung feststellen zu lassen (so schon RGZ 49, 370, 372 f.). Die Wirkung der Streit-verkündung erschöpft sich nach den §§ 74, 68 ZPO darin, daß der Dritte (hier die Beklagte) im Ver-hältnis zur Hauptpartei (hier den Klägern) nicht mit der Behauptung gehört wird, der Rechtsstreit sei, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrich-tig entschieden worden; er wird ferner mit dem Vorbringen, die Hauptpartei habe den Rechtsstreit mangelhaft geführt, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit, als der Beitritt infolge der Streitverkündung mög-lich war, oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs-oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder

als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht worden sind. Das Vorbringen der Beklagten ging von vornherein über solche Einwände hinaus. Sie leugnete, auch dann rückgriffspflichtig zu sein, wenn die Kläger mit vollem Recht zur Rückerstattung verurteilt würden. Das Feststellungsinteresse der Beklagten wird demgegenüber durch die §§ 74, 68 ZPO nicht gedeckt."

Diese Erwägungen treffen auch auf den vorliegenden Fall zu. Der Hinweis der Revision, die im Feststellungsverfahren obsiegenden Kläger würden möglicherweise verleitet, den Hauptstreit (auf Rückerstattung) nur noch uninteressiert zu führen, ist rechtlich unbeachtlich. Die Beklagte könnte überdies den Klägern gemäß § 66 ZPO von sich aus im Rückerstattungsverfahren beitreten.

b) Es liegt den Klägern auch daran, daß die Rückgriffspflicht der Beklagten alsbald geklärt wird. Die drohende Rückerstattung berührt ihre Lebensgrundlage so nachhaltig, daß ihnen an einer möglichst frühzeitigen Feststellung gelegen sein muß, inwieweit sie sich an der Beklagten schadlos halten können.

III. Das Berufungsgericht hat ferner die Voraussetzungen des Art 39 REG (brZ) im Ergebnis zutreffend bejaht. Nach Abs 1 aaO bestimmen sich die Rückgriffsansprüche des Rückerstattungspflichtigen gegen seinen unmittelbaren Rechtsvorgänger nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Hierbei gilt die Rückerstattungspflicht als Mangel im Recht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs; § 439 Abs 1 BGB ist nicht anzuwenden (Abs 1 Satz 2 und 3 aaO).

1. Gemäß den obigen Ausführungen unter II 1 ist davon auszugehen, daß die Kläger nach dem bisher festgestellten

Sachverhalt rückerstattungspflichtig sind.

2. Die Beklagte ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch unmittelbare Rechtsvorgängerin der Kläger.

a) Das Berufungsgericht geht von der Rechtsprechung des I. Zivilsenats aus, unter dem Begriff "Rechtsvorgänger" sei nicht nur ein Verkäufer zu verstehen, der die Kaufsache als Eigentümer besessen und verkauft habe; Rechtsvorgänger sei auch, wer eine Sache nur schuldrechtlich gekauft und schuldrechtlich weiterverkauft habe (LM REG (amZ) Art 47 Nr 1 = RzW 1953, 71). Der erkennende Senat tritt dem bei.

b) Das Berufungsgericht hat es sodann dahingestellt gelassen, ob die Parteien - wie das Landgericht meint - mit ihren Vereinbarungen vom 7. und 13. Juni 1939 einen Grundstückstauschvertrag geschlossen haben. Es meint, der vorstehende Rechtssatz müsse auch dann gelten, wenn, wie in dem zu entscheidenden Falle, ein Grundstück gekauft und sodann die Rechte aus dem Kaufvertrage an einen Dritten abgetreten würden. Denn der wirtschaftliche und rechtliche Erfolg sei in beiden Fällen derselbe. Eine andere rechtliche Beurteilung sei nur dann geboten, wenn der Käufer das Grundstück von vornherein im Auftrag und für Rechnung eines Dritten gekauft habe, da alsdann rechtlich allein eine Stellvertretung vorliege; eine solche Feststellung lasse sich hier jedoch nicht treffen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtlich bedenklich. Aus der bloßen Abtretung von Rechten als einer Verfügung ergibt sich nicht, ob der frühere Gläubiger dem Abtretungsempfänger für einen Rechtsmangel haftet. Dazu muß vielmehr auf das schuldrechtliche Grundverhältnis zurückgegangen werden. Andererseits schließt

ein Ankauf im Auftrag und für Rechnung eines Dritten weder als echte Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff BGB noch als verdeckte Stellvertretung die Rechtsmängelhaftung ohne weiteres aus. Auch insoweit kommt es auf das Schuldverhältnis an, das dem Erwerb durch den offenen oder verdeckten Stellvertreter zugrundeliegt. Die Frage, welches Schuldverhältnis hier in Betracht kommt, kann daher nicht offen bleiben.

c) Der Rechtsirrtum des Berufungsgerichts ist aber nicht entscheidungserheblich, da seine Feststellungen das Berufungsurteil im Ergebnis tragen. Das Gericht hat u.a. festgestellt, aus den Akten P 82 der Beklagten ergebe sich zweifelsfrei, daß die Beklagte das Grundstück N [REDACTED] Str. 3 im eigenen Interesse angekauft habe, ohne von den Klägern hierzu beauftragt worden zu sein. Erst fast drei Monate nach dem Ankauf des Grundstücks N [REDACTED] Str. 3 sei die Beklagte mit den Klägern übereingekommen, von ihnen das Grundstück N [REDACTED] Straße [REDACTED] zu kaufen und den Klägern dafür das von ihr durch den Vertrag vom 14. März 1939 bereits gekaufte Grundstück N [REDACTED] Straße 3 zu überlassen. Es handele sich insoweit wirtschaftlich um eine einheitlich zu beurteilende Vereinbarung. Das lasse sich unbedenklich dem Umstande entnehmen, daß nach dem Vertrage vom 7. Juni 1939 der Übergang des Besitzes, der Gefahren, Lasten und Nutzungen hinsichtlich beider Grundstücke nur Zug um Zug erfolgen sollte, und daß später bei der Überweisung des Kaufpreises für das Grundstück N [REDACTED] Straße [REDACTED] an die Kläger der Preis für das Grundstück N [REDACTED] Straße 3 in Abzug gebracht wurde. Der Wille der Parteien sei nach allem dahin gegangen, daß die Kläger als Ersatz für ihr Grundstück N [REDACTED] Straße [REDACTED] das Grundstück N [REDACTED] Straße 3 von der Beklagten erhalten sollten. Das Berufungsgericht hat damit festgestellt,

daß die Beklagte den Klägern Besitz und Eigentum an dem Grundstück N[REDACTED] Str. 3[REDACTED] verschaffen sollte.

Auf Grund dieser Feststellungen ist - mit dem Landgericht - davon auszugehen, daß die Parteien einen Tauschvertrag geschlossen haben. Ein Tausch im Sinne des § 515 BGB erfordert nur, daß jeder Vertragsteil sich verpflichtet, dem andern Sachen oder Rechte gegen Sachen oder Rechte zu verschaffen (BGB RGRK 10. Aufl § 515 Anm 1). Hier sollten Sachen, nämlich Grundstücke, ausgewechselt werden. Dabei ist es unerheblich, daß die Beklagte den Klägern nicht das Grundstück selbst veräußert, sondern den Weg gewählt hat, sie das "Vertragsangebot" vom 14. März 1939 "annehmen" zu lassen. Das war einer der rechtlich denkbaren verschiedenen Wege, mit denen die Beklagte die Erfüllung ihrer Vertragspflicht vorbereiten konnte, den Klägern als Gegenleistung für die Hergabe des Grundstücks N[REDACTED] Str. 3[REDACTED] das Grundstück N[REDACTED] Str. [REDACTED] zu verschaffen.

Die etwaigen Formmängel sind durch die Auflassung und Eintragung im Grundbuch geheilt (§ 313 S 2 BGB).

d) Soweit die Revision die Feststellung beanstandet, die Beklagte habe die Rechte aus dem Kaufvertrage an die Kläger abgetreten, kommt es darauf aus den oben erörterten Rechtsgründen nicht an.

e) Die Revision greift ferner die Feststellung des Berufungsgerichts zu Unrecht an, daß die Kläger das Grundstück Nr 3[REDACTED] als Ersatz für das Grundstück Nr [REDACTED] erhalten sollten. Weder die Vorverhandlungen mit den Klägern vor dem 14. März 1939 noch der Vertrag vom 13. März 1939 selbst noch die Tatsache, daß das Grundstück

Nr 3 unmittelbar an die Kläger aufgelassen worden ist ergeben zwingende Gegengründe. Andererseits haben die zuständigen Beamten der Beklagten ausweislich der städtischen Akten A 70 und P 82 das Grundstück N[REDACTED] Str. 3 so oft selbst als "Tauschgrundstück" oder "Ersatzgrundstück" für den früheren Besitz des Klägers bezeichnet, daß die Würdigung der Vorgänge durch das Berufungsgericht nicht nur möglich ist, sondern sich geradezu aufdrängt (vgl unter anderem in P 82: Schreiben der Beklagten an die Gebag vom 9. Mai 1939 und an die Kreissparkasse D[REDACTED] vom 13. Mai 1939; Verfügung vom 2. Juni 1939; in A 70: Verfügung vom 19. Juni 1939 unter Nr 6; Verfügung vom 26. Juli 1939). Insoweit ist insbesondere Nr 1 der Verfügung vom 2. Juni 1939 bemerkenswert (P 82). Dort heißt es:

"Das Haus N[REDACTED] Str. 3 ist als Ersatzgrundstück für das von der Stadt für die Gestaltung des Vorplatzes am Ostausgang des Hauptbahnhofs in N[REDACTED] zu erwerbende Hausgrundstück N[REDACTED] Straße (Eheleute A[REDACTED]) angekauft worden. Die Verhandlungen mit den Eheleuten A[REDACTED] konnten noch nicht zum Abschluß gebracht werden. Es ist jedoch zu erwarten, daß das Hausgrundstück N[REDACTED] Straße 3 von den Eheleuten A[REDACTED] übernommen wird.

Die Auflassung soll alsdann direkt von der bisherigen Eigentümerin auf die Eheleute A[REDACTED] erfolgen, wie dies auch im Kaufvertrag vorgesehen ist."

Gegen die Darstellung der Beklagten, sie habe nur den Ankauf des Grundstücks N[REDACTED] Str. 3 vermittelt, spricht auch, daß ihre eigenen Verfügungen ihre Pflicht ergeben, die Räumung des Hauses zu veranlassen, und daß sie in Erfüllung dieser Pflicht der Inhaberin eines Kaffee-geschäfts in jenem Hause, Johanna Ro[REDACTED], eine Umzugs-kostenbeihilfe von 500,- RM gewährt hat (vgl insbesondere die Verfügung vom 26. Juli 1939 in A 70 und die Schrift-

stücke vom 1., 2. und 4. August 1939 betr. die Angelegenheit Roskothen in P 82).

f) Die Revision bemängelt noch als Verstoß gegen die §§ 286, 313 ZPO, daß das Berufungsgericht auf die Akten der Beklagten A 70 und P 82 "lediglich summarisch Bezug genommen" habe. Sie meint, das Berufungsgericht habe angeben müssen, welche Teile der Beiakten vorgetragen worden seien. Die unzulässige Bezugnahme habe dazu geführt, Beweisanträge zu übergehen. Es sei dadurch auch "Ungewißheit über das Parteivorbringen entstanden". Die Beklagte habe sich nur auf bestimmte Teile ihrer Handakten berufen.

Das Verfahren des Berufungsgerichts ist jedoch nicht zu beanstanden. Ausweislich der Verhandlungsniederschrift vom 30. November 1955 (Bl 102 GA) waren "die Akten" A 70 und P 82 Gegenstand der mündlichen Verhandlung, d.h. also die Akten mit ihrem Gesamtinhalt, nicht nur einzelne Aktenteile. Der Urteilstatbestand gibt das also zutreffend wieder. Der Gesamtinhalt von Akten kann an sich aber auch durch eine allgemeine Bezugnahme zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht werden. § 137 Abs 3 ZPO gestattet eine Bezugnahme auf Schriftstücke, soweit keine der Parteien widerspricht und das Gericht sie für angemessen hält. Das gilt auch für eine Sammlung von Schriftstücken, also für den Inhalt von Beiakten schlechthin (vgl Baumbach-Lauterbach 23. Aufl ZPO § 137 Anm 3). Eine allgemeine Bezugnahme auf Akten verbietet sich allerdings dann, wenn dadurch unklar wird, was Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist. Sie ist deshalb insbesondere dann ausgeschlossen, wenn es sich um umfangreiche oder unübersichtliche Aktenbände handelt. Solche Bedenken bestehen hier jedoch nicht. Die Akten

A 70 und P 82 sind nicht umfangreich und zeitlich wohl geordnet. Sie betreffen nur die hier in Rede stehenden Vorgänge.

Keine Partei hat der Bezugnahme widersprochen und das Gericht sie - revisionsmäßig nicht nachprüfbar - für angemessen gehalten. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern hierdurch eine Ungewißheit über das Parteivorbringen entstanden sein soll. Unter den hier gegebenen Umständen lassen die erwähnten herangezogenen Beihefte A 70 und P 82 eine allgemeine Bezugnahme ohne weiteres zu. Andererseits gibt nur ihr Gesamtinhalt eine einigermaßen sichere Grundlage dafür, festzustellen, was die Parteien mit den Vertragsschlüssen im Jahre 1939 wirklich gewollt haben. Die von der Beklagten angezogenen Aktenvermerke Br [REDACTED] vom 23. Januar, 2. Februar, 12. Februar und 14. März 1939 geben nur die nach ihrer Meinung für sie günstigen Teile der Vorverhandlungen wieder. Sie lassen aber für sich allein keinen einwandfreien Schluß zu.

Es ist nach allem unter den hier gegebenen besonderen Umständen auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Vernehmung der von der Beklagten für ihre Darstellung benannten Zeugen Br [REDACTED] und Li [REDACTED] mit der Erwägung abgelehnt hat, die Zeugen hätten die vorerwähnten Aktenvermerke im Jahre 1939 gefertigt und es könne unbedenklich davon ausgegangen werden, daß die Vermerke auch den Tatsachen entsprochen hätten.

3. Auf Grund der vorerörterten Feststellungen folgt die Gewährleistungspflicht der Beklagten aus den §§ 515, 434 BGB, weil die Beklagte für ihr ursprüngliches Unvermögen haftet, den Klägern das Grundstück frei von

Rechten Dritter zu verschaffen.

Dabei rechtfertigt sich das allgemeine Verlangen der Kläger, von Rückerstattungsansprüchen "freigestellt" zu werden, schon aus folgender Erwägung. Es steht bisher noch nicht fest, daß die Beklagte die Verpflichtung nicht erfüllen kann, den Klägern das Eigentum lastenfremd zu verschaffen. Sie könnte die Rückerstattungsberechtigten möglicherweise vergleichsweise veranlassen, auf ihre Ansprüche gegen die Kläger zu verzichten.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Der Senat konnte der Anregung der Kläger nicht entsprechen, die Entscheidung des Berufungsgerichts im Kostenpunkte von Amts wegen zu ändern und den Klägern allenfalls 1/15 der Kosten der ersten Rechtszüge aufzuerlegen. Denn insoweit ist der Sachvortrag der Kläger, der Antrag, die Schadenersatzpflicht festzustellen, betreffe nur einen Wert von insgesamt 802,90 DM, weder aus dem Tatbestand des Berufungsurteils noch aus der Sitzungsniederschrift ersichtlich (§ 561 Abs 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat vielmehr festgestellt, die Kläger hätten nichts dafür vorgetragen, daß ihnen "bereits jetzt ein Schaden entstanden" sei (BU S 19).

Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Kosten auf Grund dieser Feststellung im Wege freier Schätzung im Verhältnis von 1/5 und 4/5 verteilt hat. Die Kläger können auch insoweit im Revisionsrechts-

zuge keine neuen Tatsachen nachschieben.

Schmidt

Ascher

Johannsen

Kregel

v. Werner