

BUNDESGERICHTSHOF 2063 062

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 16/64

URTEIL

Verkündet am

16. Dezember 1966

Hirth

Justizangestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Gerhard G [REDACTED] in I [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],
2. des Kaufmanns Helmut G [REDACTED] in I [REDACTED],
H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadt I [REDACTED], vertreten durch den Rat
der Gemeinde, dieser vertreten durch den Stadt-
direktor,

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 9. Dezember 1963 wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger, die unter der Firma August Theodor G. in I. außer einer Lackiererei die Herstellung von Stecknadeln, Haarklammern und Drahtstiften betreiben, beabsichtigten, auf ihrem Grundstück in der H. Straße in I. eine Werkhalle zu errichten. Da die beklagte Stadt I. den hierfür vorgesehenen, zu dem Dröscheder Weg, einer inzwischen eingezogenen Straße, hin gelegenen Teil dieses Grundstücks zur Vergrößerung eines angrenzenden Schulgrundstücks benötigte, bot sie dem Kläger zur Errichtung der Werkhalle im Tauschweg ein Ersatzgrundstück am G. Weg in I. an.

- 3 -

In dem nach mehrjährigen Verhandlungen am 5. Dezember 1958 notariell beurkundeten Tauschvertrag überließen die Kläger von ihrem Grundstück in der H[REDACTED] Straße an die Beklagte eine Teilfläche, "die in dem einen Bestandteil dieses Vertrags bildenden Lageplan rot umrandet ist," und eine "ungefähre Größe von 800 qm" hat. Das rot umränderte Teilstück stellt eine Fläche von etwa 960 qm dar. Als Gegenleistung überließ die Beklagte von ihrem Grundstück am Grünen Weg an die Kläger eine Teilfläche von etwa 1300 qm und verpflichtete sich zum Ausgleich der Wertdifferenz zur Zahlung eines Betrags von insgesamt 12 800 DM. Der Vertrag hat u.a. folgenden weiteren Inhalt: Die Stadt I[REDACTED] verpflichtet sich, die auf dem Grundstück am Gr[REDACTED] Weg stehenden Baracken abzubrechen (§ 2 Nr. 5). Die Übergabe der Grundstücksteile erfolgt am Tag der grundbuchlichen Umschreibung (§ 3 Abs. 2). Die Auflassung soll erfolgen, sobald die Vermessung der ausgetauschten Grundstücke erfolgt ist (§ 5). Der Vertrag wird unter der Voraussetzung der Zustimmung des Rates der Stadt I[REDACTED] abgeschlossen (§ 7).

Die Auflassung erfolgte am 30. Mai 1960, die Umschreibung im Grundbuch am 28. Juli 1960.

Das Grundstück Gr[REDACTED] Weg wurde den Klägern "abgeräumt" erst Ende November 1961 übergeben. Vorher hat die Beklagte mit Schreiben vom 21. November 1961 angezeigt, daß die Baracke des Pächters E[REDACTED] nunmehr abgebrochen werde, nachdem Ersatzraum an anderer Stelle bereitgestellt sei. In dem Schreiben heißt es wörtlich: "Das Grundstück stehe den Klägern dann uneingeschränkt zur Verfügung".

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Die Kläger begehren von den Beklagten in Höhe von 20 000 DM Schadensersatz, den sie zuletzt nur noch auf verzögerte Vermessung des Grundstücks H[REDACTED] Straße und auf verspätete Freistellung des Grundstücks Grüner Weg von den Baracken gestützt haben. Sie behaupten, dadurch hätten sie mit dem Bau der Werkhalle erst im Jahre 1962 beginnen können. Tatsächlich ist der Bau heute noch nicht in Angriff genommen.

Mit einem weiteren Betrag von 100 DM machen die Kläger die Beklagte aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung dafür haftbar, daß ihnen durch unsachgemäße Behandlung ihrer Baugesuche Schäden entstanden seien.

Die Kläger haben im einzelnen u.a. vorgetragen: Die Parteien seien sich vor und bei Abschluß des Tauschvertrags vom 5. Dezember 1958 darüber einig gewesen, daß das Grundstück H[REDACTED] Straße so aufgeteilt werden sollte, wie es später vermessen und an die Beklagte aufgelassen worden sei. Auf diese Grenzlinie hätten die Kläger deshalb Wert gelegt, um in ihrem südlich davon gelegenen Haus möglichst wenig durch den Lärm der Schule beeinträchtigt zu werden. Dem seien einige in der Nähe des alten Gartenhauses stehende Obstbäume förderlich gewesen. Es sei mit dem Verwaltungsangestellten St[REDACTED] der Beklagten abgesprochen worden, daß diese Bäume den Klägern verbleiben und demgemäß die Grenzlinie durch die Mitte des Gartenhauses laufen sollte. Dadurch habe sich die an die Beklagte abzugebende Fläche allerdings von 960 qm auf etwa 800 qm verringert. Gleichwohl sei man übereingekommen, an dem zugunsten der Kläger vorgesehe-

nen Ausgleich der Wertdifferenz festzuhalten. Noch bei der Beurkundung des Tauschvertrags habe St[REDACTED] auf Befragen des Rechtsanwalts B[REDACTED], des Rechtsberaters der Kläger, bestätigt, daß die zum Vertrag genommene Karte mit ihrer Grenzeinzeichnung den Besitz der Kläger an einem Teil des Gartenhauses und der dort stehenden Obstbäume wahre. Hinterher bei der Vermessung habe die Beklagte Schwierigkeiten gemacht und sich zu einer Vermessung entsprechend der heutigen Grenzlinie (Mitte Gartenhaus) nach langen vergeblichen Verhandlungen erst am 21. März 1960 bereit erklärt. Darauf sei es zurückzuführen, daß von der Genehmigung des Vertrags durch den Rat der Beklagten am 9. April 1959 bis zur Auflassung am 30. Mai 1960 ein gutes Jahr vergangen sei. Da die Baracken auf dem Grundstück Gr[REDACTED] Weg der Errichtung der Werkhalle im Wege gestanden hätten, hätten die Kläger von vornherein Wert auf eine pünktliche Erfüllung der Räumungsverpflichtung der Beklagten gelegt. Auf jeden Fall sei das Grundstück Gr[REDACTED] Weg nach § 3 Abs. 2 des Vertrags am Tag der Umschreibung im Grundbuch, also am 28. Juli 1960, an die Kläger zu übergeben gewesen. Daß die Kläger bis heute nicht den Bau der Werkhalle auf dem Grundstück Gr[REDACTED] Weg begonnen hätten, sei darauf zurückzuführen, daß die Beklagte anderweit ein Hindernis für den Baubeginn gesetzt habe. In dem von ihrem Bauordnungsamt am 25. Oktober 1961 erteilten Bauschein sei nämlich für Aufstellung und Betrieb der Nadelschlagmaschinen der Kläger eine Sondergenehmigung des Beschlußausschusses der Beklagten gefordert worden. Tatsächlich unterlägen die von den Klägern betriebenen Maschinen überhaupt nicht der Genehmigungspflicht nach § 16 GewO.

Die Kläger haben beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger
20 100 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 22. Juli
1961 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen: Der Nichtbeginn des Baues beruhe offenbar auf finanziellem Unvermögen der Kläger. Keinesfalls seien dafür die der Beklagten vorgeworfenen Verzögerungen in der Durchführung des Tauschvertrags ursächlich gewesen. Die zügig in Angriff genommene Vermessung des Grenzstücks an der H[REDACTED] Straße sei ausschließlich deshalb verzögert worden, weil sich die Kläger gegen die Festlegung der Grenze gesperrt hätten, wie sie unter den Parteien vereinbart worden sei. Die Kläger hätten auf Kosten der Beklagten Vorteile durch Hinausrücken der Grenze nach Norden angestrebt und erreicht, ohne daß sie darauf einen Rechtsanspruch gehabt hätten. Einem Baubeginn am Gr[REDACTED] Weg habe die Anwesenheit des Pächters E[REDACTED] nicht hindernd im Wege gestanden. Die Steinbaracke, um deren Besitz es lediglich zu den Schwierigkeiten mit E[REDACTED] gekommen sei, habe an der Grenze des Grundstücks gestanden, die dem von den Klägern für die Halle beabsichtigten Bauplatz entgegengesetzt gewesen sei. Zudem sei ein Termin oder eine Frist zur Beseitigung der Baracken im Vertrag im Gegensatz zu anderen Verpflichtungen der Beklagten nicht bestimmt worden. Vielmehr habe die Beklagte es bei den Vertragsverhandlungen ausdrücklich abgelehnt, angesichts der mit E[REDACTED] bestehenden oder von ihm zu erwartenden

Schwierigkeiten sich auf einen Zeitpunkt festlegen zu lassen. Im übrigen habe Rechtsanwalt B[REDACTED] erklärt, die Räumung durch Ebert könne bis zur Errichtung der Werkhalle zurückstehen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat nach umfassender Beweisaufnahme mit Teilurteil die Berufung der Kläger zurückgewiesen, soweit diese in Höhe eines Teilbetrags von 20 000 DM mit der Klage abgewiesen wurden.

Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gekommen, daß die Kläger nicht den Nachweis erbracht haben, daß die Beklagte durch die Verspätung in der Vermessung des Trennstücks in der H[REDACTED] Straße mit der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 5. Dezember 1958 in Verzug geraten ist (a) und auch nicht dargetan haben, daß die Verzögerung in der Räumung des Grundstücks Gr[REDACTED] Weg für einen etwaigen Schaden ursächlich gewesen ist (b).

a) Was die verspätete Vermessung des Trennstücks an der H[REDACTED] Straße anbetrifft, so geht das Berufungsgericht von folgendem unstreitigem Zeitablauf aus: Nach-

dem der Rat der Beklagten den Tauschvertrag am 9. April 1959 genehmigt habe, habe die Beklagte am 12. Mai 1959 dem Katasteramt den Auftrag zur Vermessung erteilt. Es seien drei Teilungsgenehmigungen herbeigeführt und demgemäß drei Grenzverhandlungen mit den Parteien durchgeführt worden, nämlich am 4. August 1959, am 12. Januar 1960 und am 1. April 1960. Erst die letzte Verhandlung habe zum Erfolg geführt.

Das Berufungsgericht führt sodann aus:

Nach der unbestritten gebliebenen Aussage des Vermessungsassessors Be[REDACTED] sei die in der ersten Teilungsgenehmigung festgelegte Grenze südlich des Gartenhauses und der in der Nähe stehenden Obstbäume verlaufen. Sie habe Anschluß an den Zaun genommen, der das Grundstück des Nachbarn He[REDACTED] nach Norden zu zum Schulgrundstück der Beklagten abgegrenzt habe, und rechtwinklig zur Grenze G[REDACTED]/He[REDACTED] quer durch das Grundstück G[REDACTED] auf die Grenze G[REDACTED]/Gemeinnützige Wohnungsgesellschaft (Parzellen Nr. 317/24 und 318/24) geführt, die sie rechtwinklig angeschnitten habe. Das dadurch abgetrennte Teilstück hätte etwa den Flächeninhalt gehabt, wie er mit 800 qm in dem Tauschvertrag zur Übergabe an die Beklagte abgesprochen gewesen sei. Die Kläger hätten dieser Grenzlinie ebenso wie der in der zweiten Teilungsgenehmigung vorgesehenen widersprochen. Diese sei gegenüber der ersten Grenzlinie etwas nördlicher verlaufen, so daß sich zur Grenze He[REDACTED] bereits ein Knick und für die Beklagte nicht mehr eine ungebrochene südliche Schulhofgrenze ergeben habe. Erst der in der dritten Teilungsgenehmigung vorgesehenen Grenzlinie, die ihnen das

halbe Gartenhaus und die drei Obstbäume erhalten habe, hätten die Kläger zugestimmt. Diese Grenzlinie setze allerdings auf der Grenze G[REDACTED]/He[REDACTED] ca. 4 m nördlicher an, als der Zaun zwischen dem Grundstück He[REDACTED] und der Schule. Sie habe, wie unter den Parteien unstreitig sei, zu einer Verringerung des an die Beklagte abzutretenden Geländes auf 731 qm geführt.

Damit lasse sich der Vortrag der Kläger nicht vereinbaren, daß die endgültig - Mitte Gartenhaus - vermessene Grenze der vertraglichen Vereinbarung der Parteien entspreche. Diese Vereinbarung sei unstreitig insofern unrichtig in dem notariellen Vertrag wiedergegeben worden, als auf die rote Einzeichnung in dem beigegeführten Lageplan Bezug genommen worden sei. Diese Einzeichnung weise den Ansatzpunkt an der Grenze He[REDACTED] erheblich südlicher aus, als dort der Trennzaun zwischen Schulgrundstück und He[REDACTED] verlaufe. Auch entspreche die Einzeichnung einer Fläche von 960 qm, während sich die Parteien vor Abschluß des notariellen Vertrags ausweislich der Aktennotiz des Rechtsanwalts B[REDACTED] vom 25. November 1958 darüber einig gewesen seien, die von den Klägern an die Beklagte abzugebende Fläche auf 800 qm zu vermindern. So sei denn auch diese Zahl in dem Vertrag aufgeführt.

Das Berufungsgericht zieht hieraus folgende Schlussfolgerung:

Die Kläger hätten in den Verhandlungen mit der Beklagten bis zum 1. April 1960 eine andere Grenzziehung erreicht, als sie in dem notariellen Kaufvertrag vorgesehen gewesen sei. Sie hätten damit nicht nur Raum nach Norden gewonnen, sondern sich gegenüber der nach der Aktennotiz des Rechtsanwalts B. [REDACTED] vom 25. November 1958 vorgesehenen Fläche auch eine solche von 69 qm erhalten.

Die Beweisaufnahme habe keinerlei Anhalt dafür ergeben, daß sich die Kläger bei den Grenzverhandlungen jemals ausdrücklich darauf berufen hätten, sie nähmen mit der Forderung nach der Grenze Mitte Gartenhaus ein ihnen durch den notariellen Vertrag gewährleistetes Recht wahr. Auch für eine entsprechende Absprache Grenze Mitte Gartenhaus vor Protokollierung des Tauschvertrags sei nichts dargetan. Insbesondere finde sich eine solche Absprache der zukünftigen Grenze nicht in dem Aktenvermerk, den der frühere Prokurist E. [REDACTED] der Firma G. [REDACTED] am 7. August 1956 über eine Besprechung mit dem Verwaltungsangestellten St. [REDACTED] der Beklagten angefertigt habe. Dort sei unter Nr. 4 zum Gartenhaus gesagt:

"Nach Möglichkeit die Grenze nicht so weit nach Süden ziehen, wie dieses bei den zwei Nachbargrundstücken geschieht, sondern etwa 2 Meter nach Norden, wodurch evtl. ein Knick in der Grenze entstehen würde."

Damit sei die Grenze noch außerhalb des Gartenhauses verlaufen. Erst der um 4 m gegenüber dem Zaun He. [REDACTED] Schulgrundstück nördlichere Ansatz der Trennlinie habe

den Klägern das halbe Gartenhaus und die drei Obstbäume gewährleistet.

Der Aktennotiz des Prokuristen E[REDACTED] entspreche im übrigen, was die Kläger am 16. August 1956 an den Verwaltungsangestellten St[REDACTED] geschrieben hätten:

"Die von Ihnen zu errichtende Mauer müßte hart an der Grenze des Gartenhauses verlaufen. Einen größeren Teil meines Besitztums möchte ich im Wege des angeregten Tausches unter keinen nur denkbaren Umständen freigeben."

Da eine Grenzziehung nördlich des Gartenhauses niemals nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Erörterung gestanden habe, könne es sich bei der Grenze in dem Schreiben vom 16. August 1956 nur um die südliche Grenze des Gartenhauses gehandelt haben. Auch das spreche dafür, daß die Kläger mit der Verlegung der Grenze bis Mitte Gartenhaus im Zug der Grenzverhandlungen etwas erreicht hätten, was den vorher stattgehabten Absprachen nicht entsprochen habe. Unter diesen Umständen könne der Zeugenaussage des Prokuristen E[REDACTED], die Parteien hätten sich 1957 oder 1958 darauf geeinigt, die Grenze solle in der Mitte des Gartenhauses liegen, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

Auch die Zeugenaussage des Rechtsanwalts B[REDACTED] vermöge die Darstellung der Kläger über die Vereinbarung einer Grenze Mitte Gartenhaus nicht zu stützen. Sie lasse sich mit den urkundlich von dem Zeugen über

die abzugebende Fläche gemachten Angaben in der Aktennotiz vom 25. November 1958 nicht vereinbaren.

Die Grenze der in zähen Verhandlungen von 960 qm auf 800 qm heruntergehandelten Fläche sei südlich des Gartenhauses anschließend an den Grenzzaun He [REDACTED] / Schulgrundstück verlaufen. Es frage sich, was den Vertragsschließenden entscheidender gewesen sei, der Verlauf der Grenzlinie oder die Festlegung der abzugebenden Fläche. Die Grenze habe sich, wie der Stadtbaurat Br [REDACTED] als Zeuge richtig bemerkt habe, bei im übrigen festliegenden Grenzen unschwer ermitteln lassen, wenn es den Parteien auf die Fläche angekommen sei. Ein solcher Wille sei an der Eintragung der Zahl von 800 qm in die im übrigen - unstreitig - unrichtige Kartenanlage des Vertrags erkennbar. Umgekehrt hätten es die Vertragsschließenden unterlassen, aus der Natur Punkte zu bezeichnen, die der Bestimmung der Grenzlinie hätten dienen können, z.B. die Mitte des Gartenhauses oder auch einen gewissen Abstand von dem Punkt der Grenze G [REDACTED] gegen He [REDACTED], an dem der Grenzzaun Ho [REDACTED] / S [REDACTED] beginne. Das wäre möglich gewesen. Das Unterlassen einer solchen klaren Bestimmung des Vertragsobjekts an der Hagerer Straße werde durch das Vorhandensein eines vorbereiteten Vertragsentwurfs, worauf Rechtsanwalt B [REDACTED] es abstellen wolle, nicht überzeugend erklärt.

Aus welchen Gründen die Beklagte zuletzt den Wünschen der Kläger nach Vermessung der heutigen Grenze entsprochen habe, könne auf sich beruhen. Jedenfalls stelle die zunächst ausgesprochene Ablehnung der Beklagten

nicht eine unberechtigte Weigerung und damit schuldhaft-
te Verzögerung dar, an der Vermessung mitzuwirken. Die
spätere Mitwirkung sei Neuordnung aus freiem Entschluß
gewesen.

b) Seine Auffassung, die Kläger hätten nicht dar-
gotan, daß die Verzögerung in der Räumung des Grund-
stücks Gr[REDACTED] Weg für einen etwaigen Schaden ursächlich
gewesen sei, hat das Berufungsgericht wie folgt begrün-
det: Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß von den auf
dem Grundstück Gr[REDACTED] Weg stehenden Baracken einige pri-
mitive Schuppen aus Holz gewesen seien und der Aufbe-
wahrung geringwertiger Sachen gedient hätten, so daß
Ebert an ihrer Beibehaltung kein ernstes Interesse ge-
habt habe. Wie er dem Zeugen Stadthauptsekretär K[REDACTED]
[REDACTED] gesagt habe, habe er sich wegen einer anderweitigen
Abstellung bereits mit dem Eigentümer des benachbarten
Grundstücks geeinigt und sei zur Räumung bereit gewesen.
Nur an der Baracke aus Stein habe er festgehalten. Diese
habe jedoch hart auf der Grenze des Grundstücks zu der
Parzelle Nr. 60 gestanden, während die Werkhalle im
westlichen Teil des Grundstücks hätte errichtet werden
sollen. Für den Beginn eines Baues an dieser Stelle
sei deshalb die auf der entgegengesetzten Grenze ste-
hende kleine Steinbaracke des E[REDACTED] kein Hindernis ge-
wesen. Weder hätte sie die Bauarbeiten gestört, noch
hätten die Bauarbeiten den E[REDACTED] gehindert, von dem
Gr[REDACTED] Weg her zu und dahin zu fahren. Der entgegen-
stehende Vortrag der Kläger sei mit ihrem sonstigen
Vorbringen im übrigen nicht vereinbar. Zu ihrem Anspruch
aus Amtspflichtverletzung hätten sie nämlich vorgetragen,

daß für sie eine Inangriffnahme des Baues vor Klärung und Entscheidung der Frage, welche Maschinen sie in der zu bauenden Halle aufstellen dürften und welche Maßnahmen sie nach neuerlicher Auflage des Bauordnungsamtes der Beklagten zur Lärmdämmung usw. ergreifen müßten, nicht diskutabel sei. So gesehen könne die Tatsache des Abbruchs der Baracken erst Ende November 1961 keine Ursache für den geltend gemachten Schaden sein. Es brauche somit zu dem Streit der Parteien nicht Stellung genommen werden, ob die Verzögerung des Abbruchs der Baracken auf einem Verschulden der Beklagten beruhe. Eine Freistellung von der Räumungsverpflichtung auf unbestimmte Zeit habe die Beklagte, wie sich aus den Zeugenaussagen des Rechtsanwalts B[REDACTED] und des Verwaltungsangestellten St[REDACTED] ergebe, niemals erwirkt. Dagegen habe sie den von Rechtsanwalt B[REDACTED] abgegebenen Erklärungen entnehmen dürfen, daß sie die Räumung nicht mit aller Schärfe habe durchzuführen brauchen, so daß sie sich mangels Baubeginns der Kläger zu einer gütlichen Einigung der Angelegenheit E[REDACTED] habe berechtigt fühlen können.

2. Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an.

a) Sie meint zunächst, das angefochtene Urteil könne schon deshalb keinen Bestand haben, weil nicht ersichtlich sei, ob die Klage aus prozeßrechtlichen oder materiell-rechtlichen Gründen abgewiesen worden sei. Sie stellt dabei darauf ab, daß das Berufungsgericht unmittelbar im Anschluß an seine zusammenfassende Würdigung,

die Kläger könnten weder aus dem Gesichtspunkt des Verzugs noch aus einem Verschulden der Beklagten bei Vertragsabschluß von der Beklagten Ersatz des Schadens verlangen, der ihnen angeblich dadurch entstanden sei, daß sie der Bau der Werkhalle höhere Aufwendungen kosten werde, als diese ohne die Verzögerung entstehen würden, noch folgendes ausgeführt hat: Diese Kostendifferenz wäre im übrigen an Hand der Baumasse des festliegenden Bauplans und dem veränderten Bauindex (Sommer 1959 und Sommer 1960) unschwer zu ermitteln, so daß allenfalls für einen Feststellungsantrag das Rechtsschutzinteresse zu bejahen wäre.

Hiermit wendet sich die Revision offensichtlich nur gegen Hilferwägungen, welche die auf vielen Seiten seines Urteils (BU S. 10 Mitte bis S. 16 unten) begründete Auffassung des Berufungsgerichts nicht gefährden können, die Beklagte habe die Verzögerung der Vermessung des Trennstücks an der Hagener Straße nicht zu vertreten.

b) Die Revision meint sodann, die Erklärung der Kläger in ihrem Schriftsatz vom 3. Mai 1963 (S. 9), daß der Zeitraum zwischen der Vermessung und der Auflassung "vernachlässigt werden" könne, enthalte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Einschränkung dahin, daß dieser Zeitraum überhaupt außer Betracht zu bleiben habe; diese auch der Auslegung durch das Revisionsgericht zugängliche Prozeßerklärung bedeute vielmehr, daß der Zeitraum zwischen Vermessung und Auflassung erst in zweiter Linie, also nur hilfsweise Berück-

sichtigung finden sollte; wenn die Kläger von dem Berufungsgericht gemäß § 139 ZPO nach dem Sinn ihrer Erklärung gefragt worden wären, so hätten sie sich in dem aufgeführten Sinn geäußert.

Bei dieser Rüge muß sich die Revision entgegenhalten lassen, daß sie die Erklärung der Kläger in ihrem Schriftsatz vom 3. Mai 1963 nicht vollständig wiedergegeben hat. Es heißt dort nämlich ausdrücklich, daß der in Frage stehende Zeitraum "wegen Unerheblichkeit" vernachlässigt werden könne. Das ist auch verständlich, da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Grenzverhandlung, die zu der auch von den Klägern anerkannten Vermessung führte, erst am 1. April 1960 erfolgte und somit zwischen diesem Zeitpunkt und der am 30. Mai 1960 erklärten Auflassung nur eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne liegt. Im übrigen haben sich die Kläger nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 5), dessen Berichtigung nicht beantragt worden ist, ausdrücklich auf die schuldhaft verzögerte Vermessung und nicht auch auf eine schuldhaft verzögerte Auflassung gestützt. Bei dieser Sachlage bestand für das Berufungsgericht keine Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO im Sinne der Ausführungen der Revision.

c) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, den Parteien sei es bei dem Abschluß des Tauschvertrags hinsichtlich des von den Klägern an die Beklagte abzugebenden Trennstücks nicht entscheidend auf den Grenzverlauf, sondern auf die abzugebende Fläche angekommen. Sie meint, die Formulie-

rung in dem Tauschvertrag, daß die Kläger aus ihrem Grundbesitz eine Teilfläche verkaufen, "die in dem einen Bestandteil dieses Vertrags bildenden Lageplan rot umrandet ist", lasse keine andere Deutung zu, als daß sich der Vertragswille der Parteien auf den Verlauf einer den Grenzen nach bestimmten Fläche bezogen habe; insoweit sei der Vertrag eindeutig, auch wenn sich herausgestellt habe, daß die Einzeichnung objektiv falsch gewesen sei; zumindest hätte das Berufungsgericht diese enge Verknüpfung zwischen dem Wortlaut und dem beigegeführten Lageplan berücksichtigen müssen.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Von einer Eindeutigkeit des Vertrags in dem von der Revision aufgeführten Sinne kann nicht gesprochen werden, weil die Einzeichnung der Grenzlinie in den dem Vertrag beigegeführten Lageplan, was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zwischen den Parteien unstreitig ist und von der Revision auch nicht verkannt wird, dem Willen der Parteien nicht entsprach. Da das Berufungsgericht in dem Tatbestand seines Urteils (S. 2) ausdrücklich nicht nur wörtlich den in Frage stehenden Teil des Vertrags zitiert, sondern im unmittelbaren Anschluß daran auch auf den Lageplan Bezug genommen hat, kann der Revision auch nicht darin gefolgt werden, das Berufungsgericht habe die enge Verknüpfung zwischen dem Wortlaut und dem beigegeführten Lageplan nicht berücksichtigt. Das Berufungsgericht hat weiter seine Auffassung, es sei den Parteien entscheidend nicht auf den Grenzverlauf, sondern auf die abzugebende Fläche angekommen, nicht nur auf die Flächenangabe in dem Vertrag, sondern auch darauf gestützt, daß die Parteien es unterlassen hätten, aus der Natur Punkte zu be-

zeichnen, die der Bestimmung der Grenzlinie hätten dienen können. Hinzu kommt, daß, wie das Berufungsgericht an anderer Stelle seines Urteils (S. 11) feststellt, bei einer Größe des an die Beklagte abzugebenden Trennstücks von etwa 800 qm die Grenzlinie in geradliniger Fortsetzung des Trennzauns zwischen dem Schulgrundstück und dem Grundstück He [REDACTED] verlaufen wäre und damit das Schulgrundstück im Süden eine geradlinige Grenze erhalten hätte. Bei dieser Sachlage wird die angegriffene Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht dadurch erschüttert, daß, wie die Revision schließlich meint, nach dem Vertragswortlaut das Trennstück nur eine ungefähre Größe von 800 qm haben sollte und damit der Flächeninhalt noch nicht festgestanden habe.

d) Soweit die Revision meint, auf Grund der Vorverhandlungen habe die Beklagte die Aufgabe gehabt, nicht nur den Vertragstext abzufassen, sondern auch die in Bezug genommene Zeichnung durch ihr Vermessungsamt erstellen zu lassen und sich dabei auf die Zeugenaussagen des Notars und des Stadtbaurats Br [REDACTED] sowie auf den nach ihrer Meinung übereinstimmenden Vortrag der Parteien (der Kläger im Schriftsatz vom 4. November 1965 - S. 3 f - und der Beklagten im Schriftsatz vom 25. November 1963 - S. 2 -) beruft, ist ihr entgegenzuhalten, daß hieraus nur zu entnehmen ist, daß die Beklagte den Vertragsentwurf und den Lageplan gefertigt hat und beides von den Klägern, die auch bei dem Abschluß des Vertrags durch Rechtsanwalt B [REDACTED] anwaltlich beraten waren, für richtig befunden wurde. Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht auch ausdrücklich geprüft, ob sich die Beamten der Beklagten

entsprechend dem Vorwurf der Kläger bei der Vorbereitung und dem Abschluß des Vertrages eines unachtsamen und die Interessen des Vertragspartners schädigenden Verhaltens schuldig gemacht haben. Es hat diese Frage mit folgender Begründung verneint: Die Kläger selbst treffe der in Frage stehende Vorwurf in einem viel stärkeren Maße. Sie allein seien an der Grenzziehung in der später erzielten Form interessiert gewesen. Ihnen sei aus jahrelanger Anschauung der Verlauf der Grenze bekannt gewesen. Möge auch das Gartenhaus in der Vertragskarte nicht eingezeichnet gewesen sein, so habe doch diese Karte die Grenze zum Nachbarn He [REDACTED] und auf dieser Grenze den Punkt aufgewiesen, wo He [REDACTED] sich mittels eines Zaunes zur Schule hin abgegrenzt habe. Ein Vergleich dieses Punktes mit der südlichen Grenzlinie der roten Karteneinzeichnung müsse den Klägern bei einiger Aufmerksamkeit gesagt und demonstriert haben, daß das Gartenhaus völlig in der nach der Vertragskarte an die Beklagte abzugebenden Fläche gelegen sei.

Damit hat das Berufungsgericht auf Grund tatrichterlicher Würdigung und deshalb für das Revisionsgericht bindend einen Sachverhalt festgestellt, der ein Verschulden der Beklagten bei Vertragschluß, dessen Feststellung die Revision mit ihrer Rüge bezweckt, ausschließt.

Ebenso sind auch die in diesem Zusammenhang noch erhobenen Rügen unbegründet, das Verhalten der Kläger könne nur im Rahmen des § 254 BGB Berücksichtigung finden und es sei die Erwägung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten bei Vertragsabschluß sofort erkennen können,

daß die Einzeichnung im Lageplan ihren Vorstellungen nicht entsprochen habe, abwegig, weil es Laien in aller Regel Schwierigkeiten bereite, Einzeichnungen in einem Lageplan zu verstehen. Es handelt sich insoweit um unzulässige Angriffe gegen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts.

e) Das Berufungsgericht hat entgegen der Meinung der Revision auch die Verteilung der Beweislast nicht verkannt. Da die Kläger behauptet haben, das tatsächlich an die Beklagte abgegebene Trennstück habe den Vorstellungen der Parteien bei Abschluß des Vertrags entsprochen, dies sich jedoch unbestritten nicht aus der Vertragsurkunde ergibt, waren die Kläger in der Tat für ihre Behauptung beweispflichtig. Im übrigen kommt es auf die Beweislast nicht mehr an, nachdem das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme uneingeschränkt zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die Parteien bei dem Vertragsabschluß eine andere als die von dem Kläger behauptete Vorstellung gehabt haben. Schon damit ist auch die weitere Rüge der Revision unbegründet, die Kläger hätten, selbst wenn sie beweispflichtig gewesen wären, den Beweis wegen des (unter d behandelten) Verschuldens der Beklagten bei Vertragsabschluß nicht an Hand der dafür in erster Linie bestimmten Vertragsurkunde führen können, so daß diese Lücke in der Beweisführung zu Lasten der Beklagten gehe.

f) Die Revision meint sodann, daß sich die Parteien entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beim Abschluß des Vertrags noch nicht über den Flächeninhalt des

an die Beklagte abzugebenden Trennstücks einig gewesen seien, gehe, was das Berufungsgericht übersehen habe, auch daraus hervor, daß das Trennstück nach dem Vertrag "ungefähr 800 qm" und nach der Aktennotiz des Rechtsanwalts B. "ca. 800 qm" groß sein sollte. Das vermag jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien seien beim Abschluß des Vertrags von der Größe der abzugebenden Fläche und nicht von dem Verlauf der Grenzlinie ausgegangen, nicht zu erschüttern, weil das Berufungsgericht den in Frage stehenden Teil des Vertrags wörtlich in den Tatbestand seines Urteils (S.2) aufgenommen und auf Grund der als unbestritten bezeichneten Zeugenaussage des Vermessungsassessors Be. festgestellt hat, daß durch die in geradliniger Fortsetzung des Trennzaunes zwischen dem Grundstück He. und dem Schulgrundstück verlaufende Grenzlinie ein Teilstück abgetrennt worden wäre, das etwa den Flächeninhalt gehabt hätte, wie er mit 800 qm in dem Vertrag zur Abgabe an die Beklagte abgesprochen worden sei (BU S. 11). Bei dieser Sachlage kann weder dem Umstand eine Bedeutung beigemessen werden, daß das Berufungsgericht bei der Bezugnahme auf die Aktennotiz des Rechtsanwalts B. von 800 qm und nicht von ca. 800 qm spricht, noch kann sich die Revision mit Erfolg darauf berufen, es halte sich noch im Rahmen von "ungefähr 800 qm", wenn die tatsächlich an die Beklagte abgegebene Fläche nur 731 qm groß sei, die Abweichung also nicht einmal 9 % betrage.

g) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, bei der in dem Schreiben

der Kläger an den Verwaltungsangestellten St. [REDACTED] vom 16. August 1956 genannten Grenze könne es sich nur um die südliche Grenze des Gartenhauses gehandelt haben, weil eine Grenzziehung nördlich des Gartenhauses niemals nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Erörterung gestanden habe. Sie hält diese Auffassung für fehlerhaft und legt zum Beweis dafür zwei Urkunden vor, welche die Kläger erst nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von dem damaligen Leiter der Schulpflegschaft erhalten hätten; aus diesen Urkunden, die noch in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden könnten, ergebe sich klar, daß ursprünglich vorgesehen gewesen sei, die Grenze nördlich des Gartenhauses zu ziehen. Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Da der Rechtsstreit durch das Urteil des Senats beendet wird, können neue Tatsachen und Beweismittel, die einen Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 7 b ZPO darstellen, nicht entgegen § 561 ZPO vom Revisionsgericht berücksichtigt werden (BGHZ 18, 59).

h) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die in den Schriftsätzen der Kläger vom 16. Juli 1963 (S. 1) und vom 4. November 1963 (S. 2) benannten Zeugen Gerda G. [REDACTED], Witwe Theodor G. [REDACTED] und Heinz Bu. [REDACTED] nicht vernommen. Diese Zeugen sollten die Behauptung der Kläger bestätigen, der Kläger zu 2 habe im Anschluß an die Besprechungen mit dem Verwaltungsangestellten St. [REDACTED] den Zeugen erklärt, er sei mit der Beklagten dahin einig geworden, daß die Grenze durch das Gartenhaus gelegt werde. Das Berufungsgericht hat die Verneh-

mung mit der Begründung abgelehnt, es möge sein, daß der Kläger zu 2 nach dem Verlauf der Besprechungen subjektiv der Überzeugung gewesen sei, die abgesprochene Grenze verlaufe Mitte Gartenhaus; daraus ergebe sich aber nichts für eine entsprechende Vorstellung und Willensbildung bei dem Partner St. auch habe der Kläger zu 2 nichts für eine gehörige Verlautbarung seines Willens bei dem Vertragsabschluß unternommen. Die Revision meint demgegenüber, Gegenstand des Beweisantritts sei vielmehr die Behauptung gewesen, der Kläger zu 2 habe den Zeugen darüber berichtet, er habe mit der Beklagten eine Einigung dahin erzielt, daß die Trenngrenze durch die Mitte des Gartenhauses verlaufen solle. Sie macht dem Berufungsgericht damit zum Vorwurf, es habe das Beweisthema mißverstanden. Dafür sind jedoch, wenn man den Wortlaut des Beweisthemas mit dem der Begründung des Berufungsgerichts vergleicht, keine Anhaltspunkte gegeben. Auch im übrigen enthält die Ablehnung der Beweiserhebung keinen Rechtsverstoß. Bei dem, was der Kläger zu 2 den Zeugen gegenüber erklärt haben soll, handelt es sich lediglich um ein Indiz, so daß das Berufungsgericht, wenn es hieraus einen sicheren Schluß auf die zu beweisende Tatsache nicht glaubte ziehen zu können, die Zeugen nicht zu vernehmen brauchte (Urteil des Senats vom 22. Februar 1960, V ZR 179/58 S. 12/13 unter Bezugnahme auf LM § 539 ZPO Nr. 1). Aus der von der Revision im Zusammenhang mit ihrer Rüge zitierten Entscheidung BGHZ 6, 398, 401 ergibt sich nichts zu ihren Gunsten.

i) Soweit das Berufungsgericht die Verzögerung in

der Räumung des Grundstücks Gr[REDACTED] Weg für einen etwaigen Schaden nicht als ursächlich angesehen hat, wendet sich die Revision zunächst gegen die einleitende Bemerkung des Berufungsgerichts, mit den Bauarbeiten hätte frühestens Ende Oktober 1961 begonnen werden können, weil der Bauschein erst am 25. Oktober 1961 erteilt worden sei. Sie meint, wenn die Verzögerung in der Vermessung des an die Beklagte abzugebenden Trennstücks nicht erfolgt wäre, so hätte mit den Vorarbeiten zu dem Baugesuch früher begonnen und damit der Bauschein früher erteilt werden können. Dem Erfolg der Rüge steht entgegen, daß das Berufungsgericht einen solchen Zeitgewinn ausdrücklich unterstellt (BU S. 16/17), ihm aber, wie aus dem Aufbau seiner Urteilsgründe zu entnehmen ist, deshalb keine Bedeutung beigemessen hat, weil die nicht vertragsmäßige Freimachung des Grundstücks Gr[REDACTED] Weg von den Baracken, um die es in dem hier in Frage stehenden Teil der Ausführungen des Berufungsgerichts allein geht, der Errichtung der von den Klägern geplanten Werkhalle nicht entgegengestanden habe.

k) Die Revision meint sodann, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sei es ohne Bedeutung, daß der Pächter E[REDACTED] sich gegenüber dem Zeugen K[REDACTED] bereit erklärt gehabt habe, die Holzbaracken zu räumen; tatsächlich habe E[REDACTED] diese Baracken nicht geräumt; das Berufungsgericht habe auch keine Feststellung dahin getroffen, daß die Beklagte den Klägern das Einverständnis E[REDACTED] mitgeteilt habe. Hierbei übersieht die Revision, daß das Berufungsgericht seine Auffassung, daß E[REDACTED] an der Beibehaltung der Holzbaracken kein ernstes

Interesse gehabt habe, in erster Linie darauf gestützt hat, daß sie primitive Schuppen gewesen seien und lediglich der Aufbewahrung geringwertiger Sachen gedient hätten, und sich nur nebenbei, gleichsam als Bestätigung seiner Auffassung, auf die Aussage des Zeugen K [REDACTED] bezogen hat. Im übrigen ist nicht ersichtlich und wird auch von der Revision nicht dargetan, daß sich die Kläger auf die fehlende Bereitschaft E [REDACTED] zur Räumung der Holzbaracken berufen haben.

1) Die Revision rügt ferner, die Auffassung des Berufungsgerichts, die als Pferdestall dienende Steinbaracke habe weder die Bauarbeiten gestört, noch hätten diese den Pächter E [REDACTED] gehindert, die Zufahrt zum Grünen Weg zu benutzen, beruhe auf Verfahrensfehlern.

Sie macht dem Berufungsgericht insoweit zum Vorwurf, es habe den unter Beweis (Architekt Kr [REDACTED] als Zeuge, Sachverständigengutachten) gestellten Vortrag der Kläger in ihren Schriftsätzen vom 22. November 1962 (S. 9/10) und vom 3. Mai 1963 (S. 13) nicht berücksichtigt, daß sowohl die geplante Durchführung des Neubaus durch die Benutzung des Pferdestalls seitens Eberts behindert, als auch umgekehrt E [REDACTED] durch die Ausschachtungsarbeiten und die damit verbundene Inanspruchnahme von Arbeitsraum von der Benutzung des Pferdestalls ausgeschlossen worden wäre. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Beweissthema ausschließlich dahin ging, daß sich die Flächen, auf denen die Gebäude E [REDACTED] gestanden hatten und auf denen diejenigen der Kläger errichtet werden sollten,

überschnitten. Das trifft aber nach der auf einen Lageplan des Katasteramts und auf den von ihm vorgenommenen Augenschein gestützten Auffassung des Berufungsgerichts auf die Steinbaracke, um die es hier nur noch geht, nicht zu.

Für die Meinung der Revision, dem Berufungsgericht habe zu seiner Feststellung, es hätte weder die Steinbaracke den Beginn des geplanten Neubaus gestört, noch hätten die Bauarbeiten den Pächter E. [REDACTED] am Zugang zur Steinbaracke gehindert, die notwendige Sachkunde gefehlt, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich und von der Revision auch nicht geltend gemacht worden.

Soweit die Revision meint, es liege auf der Hand, daß bei dem Bau einer Fabrikhalle ein großer Arbeitsraum benötigt werde und bei einer Grundstücksgröße von nur 1300 qm müsse sich schon dem Laien die Erkenntnis aufdrängen, daß diese Fläche während der Ausschachtungs- und Bauarbeiten völlig in Anspruch genommen werde und nicht noch Platz für einen Zufahrtsweg zu dem im rückwärtigen Gelände liegenden Pferdestall biete, handelt es sich um unzulässige Angriffe gegen die tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts.

Die in diesem Zusammenhang von der Revision übergebenen Fotos, aus denen sich der benötigte Arbeitsraum ergeben solle, sind als neues Parteivorbringen in der Revisionsinstanz unbeachtlich (§ 561 ZPO).

m) Die Revision stellt sodann auf die Ausführungen

des Berufungsgerichts dahin ab, die Kläger hätten zu ihrem Anspruch auf Amtspflichtverletzung vorgetragen, daß für sie eine Inangriffnahme des Baues vor Klärung und Entscheidung der Frage, welche Maschinen sie in der zu bauenden Halle aufstellen dürften und welche Maßnahmen sie nach neuerlicher Auflage des Bauordnungsamtes zur Lärmdämmung usw. unternehmen müßten, nicht diskutabel sei. Sie meint, daraus folgere das Berufungsgericht, daß die Tatsache des verspäteten Abbruchs der Baracken im November 1961 keine Ursache für den geltend gemachten Schaden sei.

Damit werden von der Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts mißverstanden. Dieses ist schon auf Grund des dem Bauschein als Anlage beigefügten Lageplans und der in ihm enthaltenen Einzeichnung der geplanten Werkhalle zu seiner Auffassung gekommen, daß die Steinbaracke weder den Neubau noch den Zugang E [REDACTED] zur Steinbaracke behindert hätte. Wenn das Berufungsgericht in unmittelbarem Anschluß hieran ausführt, der entgegengesetzte Vortrag der Kläger sei mit ihrem sonstigen Vorbringen, nämlich mit dem Vorbringen, auf das die Revision abstellt, im übrigen nicht vereinbar, so handelt es sich dabei lediglich um eine Hilfsbegründung, auf die es nicht mehr ankommt, nachdem die Hauptbegründung ohne Erfolg angegriffen wurde. Damit sind alle Folgerungen gegenstandslos, welche die Revision aus ihrer Rüge zieht.

n) Auch mit ihrer letzten Rüge wendet sich die Revision gegen eine Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, nämlich gegen dessen Ausführungen dahin, die Beklagte ha-

be zwar eine Freistellung von der Räumungsverpflichtung auf unbestimmte Zeit niemals erwirkt, sie habe aber den Erklärungen des Rechtsanwalts B. ent- nehmen dürfen, daß sie die Räumung nicht mit aller Schärfe durchzuführen brauche. Auf diese Ausführungen, und damit auf die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision, kommt es deshalb nicht an, weil es nach den ohne Erfolg angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts schon an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Nichträumung des Grundstücks und dem behaupteten Schaden fehlt, so daß das Berufungsgericht, wie es auch ausdrücklich hervorhebt, zu dem Streit der Parteien nicht Stellung zu nehmen brauchte, ob die Verzögerung des Abbruchs der Baracken auf einem Verschulden der Beklagten beruht.

3. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Kläger erkennen lassen, war deren Revision mit der Kostenfolge der §§ 97, 100 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Offterdinger

Dr. Grell