

V ZR 25/53

Verkündet
am 18. Dezember 1953
[REDACTED], Justiz-
angestellter als Ur-
kundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

der Eheleute Josef S [REDACTED] und Maria S [REDACTED] geb.
J [REDACTED] in W [REDACTED], Kreis Sc [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. die Ehefrau Ursula M [REDACTED] geb. Freiin von R [REDACTED]
[REDACTED],
2. ihren Ehemann Dr. Franz M [REDACTED], Schriftsteller,
beide in K [REDACTED] - Ma [REDACTED], M [REDACTED] Strasse [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklag-
te und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 1953 unter Mit-
wirkung des Bundesrichters Dr.v.Normann als Vorsitzen-
den und der Bundesrichter Dr. Heck, Schuster, Dr.Oechßler
und Dr.Großmann

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 16. Januar 1953 wird, soweit
sie die Beklagte zu 1) betrifft, zurückge-
wiesen. .

Die Kläger haben die Kosten des Revisions-
verfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 20. November 1941 verkauften die Kläger an die Beklagte zu 1

- a. aus dem im Grundbuch von W[REDACTED] Amtsgericht B[REDACTED] Bd 11 Bl 02 eingetragenen Grundstück Flur 25 Nr 98/9 das am L[REDACTED]bach gelegene Landhaus mit einer zugehörigen Grundfläche von etwa 1000 qm, die, wie folgt, begrenzt ist:
- im Süden von dem Privatweg,
 - im Osten von dem Zaun am nächsten Ackerschlag
 - die von dem Zaun besetzte Fläche selbst nicht einbegriffen -,
 - im Norden von der kleinen, etwa zehnjährigen Laubholzschonung,
 - im Westen von der auf dem den Verkäufern verbleibenden Restgrundstück aufstehenden Scheune
 - bemerkt wird, dass die von dem verkauften Landhaus bebaute Fläche in den 1000 qm enthalten ist -;
- b) aus dem im Grundbuch von W[REDACTED] Bd 11 Bl 02 eingetragenen Grundstück Flur 25/16 den mit dem sogenannten Fischhaus bebauten Teil nebst einem 2 1/2 m breiten Umgang um dieses Haus.

Der Kaufpreis sollte 16 000 RM betragen und in bar bei dem beurkundenden Notar hinterlegt werden, der nach Eintritt bestimmt festgelegter Voraussetzungen, u.a. nach Durchführung der Eintragungen im Grundbuch, über diesen Betrag in der im Vertrag vereinbarten Weise verfügen, d.h. den grössten Teil an den klagenden Ehemann auszahlen sollte. In dem Vertrag ist u.a. bestimmt: Die Vermessungskosten gehen zu Lasten der Käuferin.

Durch notariellen Vertrag vom 9. Dezember 1941 verkauften die Kläger an die Beklagte zu 1 aus den Grund-

- 3 -

stücken Flur 25 Nr 98/9 und 16, gegebenenfalls aus ihrem übrigen anliegenden Grundbesitz ein weiteres, noch herauszumessendes Trennstück, welches zusammen mit den /Im Vertrag vom 20. November 1941/ ersterwähnten Trennstücken eine Grundfläche von 4 Morgen erreicht und die drei oberen östlichen Fischteiche und das zwischen, vor und hinter den beiden früher gekauften Häusern gelegene Gelände einschliesslich der zugehörigen zur Bewässerung der Fischteiche dienenden Wassernutzung umfasst, und wie folgt begrenzt ist:

"Die insgesamt 4 Morgen betragende Kauffläche soll ungefähr ein Rechteck bezüglich der Fischteiche mit anschliessendem ungefähr gleichseitigem Viereck bezüglich der Umgegend der Häuser bilden, und zwar im Süden angrenzend an den S[]schen Privatweg und weiterhin anschliessenden Gemeindeweg, im Westen durch den Damm des dritten Teichs begrenzt, wobei dieser Damm mit aufstehenden Pappeln noch mit zu dem oben verkauften Gesamtgrundstück gehört. Nach Norden bildet die Grenze der Fussteg (schräg Richtung Scheune), anschliessend im Norden begrenzt durch den südlichen Wiesenrand bis unterhalb der Scheune. Die Grenze zieht sich alsdann diesem Punkt weiter nördlich an der westlichen Scheunenmauer vorbei bis zur zehnjährigen Schonung."

Der Kaufpreis betrug 10 000 RM. Über die Zahlung enthält der Vertrag nähere Bestimmungen. Wegen der Vermessung der verkauften Flächen besagt der Vertrag:

"Parteien werden den Landmesser beauftragen, die Vermessung in folgender Weise vorzunehmen:

Zuerst wird das Gelände vermessen oberhalb des Privatwegs, auf welchem sich das Wohnhaus nebst Scheune befinden mit Hof und Garten, bis an die oberhalb stehende zehn- bis zwanzigjährige Buchen-



und Fichtenschonung. Nachdem die Grösse dieses Geländes festgestellt ist, beginnt die Weitervermessung im Osten und endigt im Westen, weil im Osten der Privatweg einen festen Anhalt bietet; im Westen muss eine Grenzlinie für die zur Vermessung kommenden 4 Morgen gesucht werden."

Auch in diesem Vertrag ist bestimmt, dass die durch die Vermessung entstehenden Kosten zu Lasten der Käuferin gehen.

Bei den im Jahre 1942 beginnenden Vermessungsarbeiten ergab sich, dass die in den Kaufverträgen als verkauft umschriebene Fläche das Mass von 4 Morgen weit übersteigt.

Es kam zu einem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht B[REITENBURG]. In diesem wurde festgestellt, dass im Vertrag vom 9. Dezember 1941 die Himmelsrichtungen unrichtig angegeben sind: Norden im Vertragstext ist in Wirklichkeit Westen; Osten im Vertragstext ist in Wirklichkeit Norden; Süden im Vertragstext ist in Wirklichkeit Osten; Westen im Vertragstext ist in Wirklichkeit Süden.

Durch Urteil des Amtsgerichts B[REITENBURG] vom 30. Juni 1948 wurden die jetzigen Kläger verurteilt, in die Vermessung der verkauften Teilstücke einzuwilligen. Ferner wurde unter C des Urteils festgestellt, dass der durch die im Vertrag vom 9. Dezember 1941 erfolgte Grenzbezeichnung eventuell notwendige Ausgleich nur im äusseren Bereich der drei Fischteiche, und zwar im Südwesten gesucht werden kann und die Kauffläche nicht durch Herausschneiden des wesentlichen Bestandteils des Kaufgegenstandes, nämlich des dritten Fischteiches, geschmälert wird.

Durch Urteil der Zivilkammer des Landgerichts Aachen

vom 7. Januar 1949 wurde unter Zurückweisung der sonstigen Berufung der jetzigen Kläger Abs C des amtsgerichtlichen Urteils dahin abgeändert:

"Es wird festgestellt, dass der durch die im Ver-
trage vom 9.12.1941 erfolgte Grenzbezeichnung even-
tuell notwendige Ausgleich nur im äusseren Bereich
der drei Teiche gesucht werden kann und die Kauffläche
nicht durch Herausschneiden des wesentlichen Bestand-
teils des Kaufgegenstands, nämlich der drei Fischteiche,
geschmälert werden darf.

Der erforderliche Ausgleich soll erfolgen zunächst an
dem Hang östlich des L[REDACTED]baches von der Höhe des
Dammes zwischen drittem und viertem Teich bis nörlich
zu dem Punkte, der in Höhe der an der südlichen Scheune-
mauer entlanglaufenden Grenze liegt, sodann, falls noch
erforderlich, in der Weise, dass eine die Grenzlinie,
die entlang der südlichen Scheunemauer läuft, ver-
längernde Gerade so weit nach Norden verschoben wird,
bis das Gesamtareal durch Verringerung des westlich
der Teiche gelegenen Wiesengeländes und des Osthanges
die Grösse von 4 Morgen erreicht."

Mit Schreiben vom 13. April 1949 beauftragte daraufhin die
Beklagte zu 1 den Landmesser J[REDACTED], die gekaufte Fläche
entsprechend den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils
zu vermessen, der dann auch Anfang Juli 1949 mit der Ver-
messung begann und am 21. Juli 1949 der Beklagten zu 1 eine
Skizze der 4 Morgen grossen Fläche übersandte. Nach dieser
Skizze sollte zur Beschränkung der Fläche auf 4 Morgen der
gesamte östlich des L[REDACTED]baches gelegene Hang sowie ein
Teilstück der südlich des Privatwegs der Kläger gelegenen
Wiese den Klägern verbleiben. Die auf der Skizze dargestellten
Grenzen steckte der Landmesser auf dem Grundstück mit Pfäh-
len ab. Am 12. August 1949 teilten die Kläger, die inzwischen

von der durch die Pfähle gekennzeichneten Grenze Kenntnis genommen hatten, der Beklagten mit, dass sie diese Grenzziehung nicht anerkennen würden, und drängten auf Fertigstellung der Vermessungsarbeiten. Mit Schreiben vom 23. August 1949 gaben sie der Beklagten zu 1 ihre Beanstandungen dahin bekannt:

"Ferner habe ich festgestellt, dass die Grenzpfähle im Westen von der Fichten- und Buchenschonung zu weit ab stehen, ebenso stehen die Grenzpfähle an dem Privatweg, der am Kopf der Teiche durch die Wiese führt, zu weit vom Weg ab."

Am 25. August 1949 drängten die Kläger erneut auf Fortführung der Vermessungsarbeiten und unterrichteten die Beklagte zu 1 davon, dass die Umschreibung im Grundbuch, die die Vermessung und Parzellierung voraussetze, deswegen für sie besonders wichtig sei, weil sie ihren restlichen Grundbesitz zur Aufnahme eines Darlehens verpfänden müssten. Dieses Darlehen benötigten sie dringend zur Wiederinbetriebnahme ihrer Forstbaumschule. Da nach der Umschreibung der verkauften Parzellen auch noch anderweitige Regelungen der Eigentumsverhältnisse bezüglich des gesamten Grundbesitzes der Kläger erforderlich seien, die ohne die Umschreibung des verkauften Grundbesitzes nicht vorgenommen werden könnten, sei die Angelegenheit doppelt eilig. Durch Schreiben vom 27. August 1949 beantwortete die Beklagte zu 1 die Schreiben der Kläger vom 12. und 25. August 1949 und schlug darin, ohne auf die Beanstandungen der Kläger bezüglich der Grenzziehung einzugehen, vor, zur Regelung der noch offenstehenden Fragen in der ersten Hälfte des Monats September an Ort und Stelle mit den Klägern sich zu treffen.

Mit Schreiben vom 28. November 1949 kündigte der Bevollmächtigte der Beklagten zu 1 seinen Besuch für den 1. Dezember 1949 an. Bei der Besprechung am 1. Dezember 1949

händigte dieser den Klägern die Skizze über die Vermessung vom 27. Juli 1949 aus. Mit Schreiben vom gleichen Tag teilten die Kläger der Beklagten erneut ihre Beanstandungen hinsichtlich der Vermessung mit.

In Beantwortung dieses Schreibens teilte die Beklagte zu 1 am 10. Januar 1950 den Klägern mit, dass sie eine Vermessung entsprechend der Skizze vom 27. Juli 1949 als richtig gemäss den vertraglichen Abmachungen und den Bestimmungen des Urteils vom 7. Januar 1949 ansehe und nicht bereit sei, die Beanstandungen der Kläger anzuerkennen. Sie verlangte mit Schreiben vom 25. Januar 1950 ausdrücklich die Anerkennung der in der Skizze dargestellten Grenzen seitens der Kläger. Mit Schreiben vom 27. Januar 1950 lehnten die Kläger eine Anerkennung im verlangten Sinne ab und wünschten die Vermessung ausgeführt, "wie im Urteil geschrieben steht".

Am 1. Februar 1950 teilte der Bevollmächtigte der Beklagten zu 1 dem Landmesser mit, er habe Herrn S [REDACTED] vorgeschlagen,

1. damit einverstanden zu sein, dass der Weg zwischen der ersten und zweiten Kauffläche in das Kaufgelände einbezogen wird im Austausch gegen den gekennzeichneten Streifen im Westen mit der kleinen Laubholz-schonung,
2. den Streifen zwischen dem Privatweg und der markierten Grenze im Norden schätzungsweise 300 bis 350 qm zusätzlich unter entsprechender Vereinbarung eines Kaufpreises noch abzutreten.

Beide Vorschläge seien von Herrn S [REDACTED] nicht angenommen worden. Dieser bitte darum, die Vermessung nach dem Urteil vorzunehmen. Der Bevollmächtigte fährt dann fort:

"Der Weg zwischen den beiden Kaufflächen zählt nicht zur Kauffläche. Daher muss es im Westen bei der ursprünglich festgelegten Grenze verbleiben. Dafür fällt der Weg aus. Nach Ihrer Skizze sind die Flächen ungefähr gleich gross. Für die Benutzung des Weges ist ein Wegerecht eingeräumt.

Im Einvernehmen mit Herrn Dr. M. [REDACTED] bitte ich Sie daher, die Grenze im Westen auf die bereits eingezeichnete schwarze Linie abzustecken und die Vermessung im übrigen gemäss Ihrer Skizze fertigzustellen, die Kartierung herbeizuführen usw., damit nun endlich die Umschreibung erfolgen kann."

Am 8. März 1950 setzten die Kläger der Beklagten zu 1 zur Veranlassung der Umschreibung im Grundbuch Frist bis zum 20. März 1950 und kündigten eine Schadensersatzklage in Höhe von 20 000 DM oder den Rücktritt vom Vertrag an.

Am 15. April 1950 schrieb der Bevollmächtigte der Beklagten den Klägern:

"Sie haben mir bisher trotz der inzwischen verstrichenen vielen Monate noch nicht erklärt, in welcher Weise der Landmesser J. [REDACTED] nicht nach dem Urteil vermessen hat. Sie haben auch bisher die Ihnen vor Monaten übergebene erste Skizze über das Ergebnis der Grenzabsteckung bis heute noch nicht anerkannt.

Wie sich aus der Ihnen von mir persönlich vor Monaten übergebenen Skizze ergibt, hat der Landmesser entgegen dem Wortlaut der Verträge und dem Urteil lediglich das Stück Privatweg zwischen der ersten und zweiten Kauffläche in den Komplex des gekauften Geländes einbezogen und dafür im Austausch ein gleichgrosses Stück jenseits des Wohnhauses von der dort befindlichen Schonung herausgeschnitten. Ich habe hierauf seinerzeit sofort aufmerksam gemacht und bei Ihnen angefragt,

ob Sie mit dieser, von dem Landmesser aus eigenem Antrieb im Interesse der Gewinnung einer geschlossenen Fläche vorgenommenen kleinen Regulierung einverstanden seien. Nachdem Sie hierzu kein Einverständnis erklärt haben, ist der Landmesser von mir veranlasst worden, das Wegstück herauszulassen und unter Weglassung des kleinen Austausches eine neue Zeichnung anzufertigen.

In der Anlage übersende ich Ihnen die nunmehr für die Setzung der Grenzsteine als massgeblich vorgesehene Zeichnung zu Ihrer gefälligen Prüfung und Kenntnissnahme."

Am 24. April 1950 begann der Landmesser mit der Weiterführung der Vermessungsarbeiten und trat am 27. April 1950 mit den Parteien in die abschliessende Grenzverhandlung ein. Hierbei lehnten die Kläger die Anerkennung der Grenzen, die auch hierbei im wesentlichen entsprechend der Skizze vom 27. Juli 1949 vorgeschlagen wurden, wiederum ab, da sie nicht den Verträgen sowie den Bestimmungen des landgerichtlichen Urteils vom 7. Januar 1949 entsprächen.

Die Kläger haben die am 19. April 1950 eingekommene, am 29. April 1950 zugestellte Klage erhoben mit dem Antrag,

1. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an sie 20 000 DM nebst 5 % Zinsen seit Klagzustellung zu zahlen,
2. den Beklagten zu 2 zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Beklagten zu 1 zu dulden.

Die Klage wird darauf gestützt: Dadurch, dass die Beklagte zu 1 ihrer Verpflichtung, die an sie verkaufte Fläche zu vermessen, nicht rechtzeitig nachgekommen sei, sei den Klägern ein erheblicher Schaden entstanden. Sie hätten, da die Umschreibung des verkauften Grundbesitzes im Grundbuch nicht habe durchgeführt werden können, ein bereits bewillig-

tes Darlehen auf ihren restlichen Grundbesitz nicht bekommen. Dadurch sei die Wiederaufnahme eines Forstbauschulbetriebs nicht möglich gewesen und ihnen ein Gewinn von mindestens 20 000 DM entgangen.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz haben die Kläger den Klagspruch gegen die Beklagte zu 1 auf 10 000 DM ermässigt. Die Beklagten haben Zurückweisung der Berufung beantragt.

In der Berufungsinstanz haben die Beklagten ein Gutachten des Kreisvermessungsrats H. [REDACTED] vorgelegt, das in einem anderen Rechtsstreit der Parteien (mit umgekehrter Parteirolle) vor dem Amtsgericht B. [REDACTED] am 8. Oktober 1952 erstattet wurde.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen.

In der Revisionsinstanz erklärten beide Parteien den Rechtsstreit gegen den Beklagten zu 2 in der Hauptsache für erledigt. Im übrigen verfolgen die Kläger mit der Revision ihren Berufungsantrag weiter und beantragen hilfsweise Zurückverweisung. Die Beklagten beantragen Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht führt aus, die auf Schadensersatz gerichtete Klage sei in erster Linie auf Verzug der Beklagten zu 1 gestützt und nach Meinung der Kläger stelle schon die saumselige Vornahme der notwendigen Ver-

messungen durch die Beklagte zu 1 einen Verzug dar. Die Durchführung der Vermessung sei jedoch keine der Beklagten zu 1 obliegende Vertragspflicht. Schon der Wortlaut des Vertrags: "Parteien werden den Landmesser beauftragen, die Vermessung in folgender Weise vorzunehmen", lasse nur den Schluss zu, dass die Vermessung Sache beider Parteien sein sollte. Aus Ziel und Zweck des Vertragswerks folge nichts anderes. Auch die Art der notwendigen Massnahmen spreche dagegen, dass die Beklagte zu 1 allein für ihre Erfüllung einstehen sollte, denn die Vermessung könne nur von einem Fachmann durchgeführt werden. Die Übernahme der Kosten der Vermessung sei nicht massgebend. Die auf Verletzung der Vermessungspflicht gestützten Schadensersatzansprüche entfielen daher, ohne dass es weiterer Untersuchungen über das Vorliegen von Verzögerung, Ursächlichkeit und Schaden bedürfte.

Die Revision wendet sich gegen die Auffassung, dass beide Parteien die Pflicht zur Vermessung hätten. Das Berufungsgericht verstosse gegen § 322 ZPO. Das vorprozessuale Urteil gehe davon aus, die Vermessung sei nur von der Beklagten zu 1 zu betreiben und die Kläger hätten die Vermessung nur zu dulden, sie seien nicht zur Mitwirkung bei der Vermessung verurteilt worden. Das Berufungsgericht habe auch nicht berücksichtigt, wie die Parteien sich sonst zu der Vermessung gestellt hätten, nur die Beklagte zu 1 habe bisher die Vermessungsingenieure beauftragt, von den Klägern habe man bisher nur verlangt, dass sie der Vermessung kein Hindernis entgensetzten.

Diese Einwendungen sind nicht begründet. Auch wenn durch das Urteil des Amtsgerichts B[REITENBURG] vom 30. Juni 1948, das insoweit vom Landgericht Aachen am 7. Januar 1949 bestätigt worden ist, die jetzigen Kläger nur zur Einwil-

ligung in die Vermessung der beiden gekauften Teilgrundstücke und zur Gestattung des Betretens der Grundstücke zur Vornahme der Vermessung verurteilt worden sind, so besagt das nicht, dass damit die weitere Verpflichtung, die sich aus dem Vertrag vom 9. Dezember 1941 ergibt und dahin geht, dass die Parteien den Landmesser mit der Vermessung zu beauftragen haben, hinfällig geworden ist. Es stand der Beklagten zu 1 frei, den Klagantrag in dem früheren Rechtsstreit zunächst auf die Pflichten zu beschränken, deren Verletzung zuerst zu befürchten war und wobei die Kläger die Vermessung von vornherein hätten undurchführbar machen können, indem sie sich der Vermessung widersetzt und das Betreten des Geländes unmöglich gemacht hätten. Wenn die Kläger nicht zur Mitwirkung bei der Vermessung verurteilt worden sind, so hat dies die vertraglich übernommene Pflicht dazu nicht beseitigt. Das ist auch dadurch nicht geschehen, dass die Beklagte zu 1 zuerst die Durchführung der Vermessung in die Hand genommen hat, übrigens, wie das Schreiben vom 8. Juli 1949 zeigt, unter Benachrichtigung des Bevollmächtigten der Kläger.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, erheblich könnte die von den Klägern behauptete Verletzung der Mitwirkungspflicht der Beklagten zu 1 bei der Vornahme der Vermessung sein. Auch hier würde es sich nur um Verzug, nicht um positive Vertragsverletzung handeln, denn die Leistung könne ohne inhaltliche Veränderung des Vertragsverhältnisses immer noch nachgeholt werden.

Bei der Erteilung des Vermessungsauftrags liege keine schuldhafte Verzögerung vor. Im übrigen wäre die Durchführung der Vermessung aus klimatischen Gründen vor Ende Mai nicht möglich gewesen. Die Kläger sühnen eine schuldhafte Verzögerung darin, dass ihnen, obwohl die Vermessung Ende

Juli 1949 vorgenommen worden sei, die Skizze des Landmessers erst am 1. Dezember 1949 zugänglich gemacht worden sei. Eine alsbaldige Mitteilung des Vermessungsergebnisses wäre allerdings angebracht gewesen. Die Kläger hätten jedoch die beabsichtigte Grenzziehung bereits aus den vom Landmesser gesetzten Grenzzeichen erkannt und sich hierzu auch in den Briefen vom 12. und 28. August 1949 ablehnend geäußert. Es hätte auch eine frühere Übersendung der Skizze zu keiner anderen Stellungnahme der Kläger geführt.

Die Hinausschiebung der Rücksprache zwischen den Parteien bis zum 1. Dezember 1949 könne nicht als Verzug gewertet werden. Die Kläger hätten nie gemahnt und sich passiv verhalten. Wenn sie sich von einer früheren Rücksprache einen Erfolg versprochen hätten, so hätten sie sich selbst um eine frühere Zusammenkunft bemühen müssen. Der Beklagten zu 1 habe auch eine längere Frist zugebilligt werden müssen, um zu überlegen, in welcher Weise die erheblichen Schwierigkeiten überbrückt werden könnten. Da die Angelegenheit bereits acht Jahre gelaufen sei, sei eine Frist von drei bis vier Monaten nicht unangemessen gewesen. Die Beklagte zu 1 habe sich auch sagen können, dass nichts dafür spreche, es werde in einem früheren Zeitpunkt ein Ausgleich der verschiedenen Standpunkte erreicht werden. Der Schaden sei daher durch die Verspätung nicht verursacht worden.

Wenn die Kläger ihre Ansprüche darauf stützen wollten, dass die Vermessung nicht richtig, d.h. nicht in Übereinstimmung mit den Verträgen und dem Urteil des Landgerichts Aachen erfolgt sei, so scheitere dies daran, dass die Beklagte zu 1 nicht zur Vermessung verpflichtet gewesen sei und nicht für deren Richtigkeit einzustehen brauche. Im übrigen ergebe sich aus dem Gutachten H [REDACTED], dem sich

das Berufungsgericht anschliesse, dass eine Vermessung auf Grund der Verträge und des landgerichtlichen Urteils nicht möglich sei, da nicht alle dort gestellten Bedingungen erfüllt werden könnten, weil auch im besten Fall die Gesamtfläche die vereinbarte Grösse von 4 Morgen um 600 qm übersteige. Welche Folgerungen sich daraus für die vertraglichen Beziehungen der Parteien ergäben, brauche hier nicht erörtert zu werden. Jedenfalls ergebe sich für die mit der Klage verfolgten Schadensersatzansprüche, dass der Grund, weshalb alle bisherigen Versuche, die Vermessung entsprechend dem Urteil vorzunehmen, gescheitert seien, nicht in einer verzögerten oder falschen Vermessung lägen, sondern in der Unmöglichkeit, das Urteil zu verwirklichen.

Die Revision meint, wenn die Vermessung auf Grund der Verträge und des Urteils des Vorprozesses nicht durchführbar sei, so sei der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag unwirksam. Darauf hätten die Kläger gemäss § 139 ZPO hingewiesen werden müssen, sie hätten dann hilfsweise beantragt, dass diese Rechtsfolge festgestellt werde.

Dieser Angriff geht fehl. Den Klägern, die durch einen Rechtsanwalt vertreten waren, war das Gutachten H[REDACTED] bekannt, sie haben sich mit der Annahme, dass die Vermessung in der vorgesehenen Weise nicht möglich sei, im Schriftsatz vom 8. Dezember 1952 (Bl 228 GA) auseinandergesetzt. Es konnte ihnen daher zugemutet werden, daraus die entsprechenden Folgerungen zu ziehen. Eines besonderen Hinweises durch das Berufungsgericht bedurfte es nicht.

Die Kläger stehen dazu auch in der Revisionsinstanz auf dem Standpunkt, die Vermessung sei durchführbar. Sie

machen geltend, sie hätten eingehend vorgetragen und unter Beweis gestellt, wie die Verträge durchführbar seien. Nun haben, soweit ersichtlich, die Kläger vor dem Prozess nie vorgetragen, wie sie die Vermessung für richtig halten. Aus den Briefen vom 12. und 23. August 1949 ist dies jedenfalls nicht zu entnehmen; sie haben vielmehr, ebenso wie im Berufungsverfahren, immer nur geltend gemacht, die von den Landmessern vorgeschlagene Grenzziehung entspreche nicht dem Urteil des Landgerichts in Aachen. Die im Schriftsatz vom 12. Januar 1951 (nicht 1952) vorgetragenen "Einzelheiten, wie richtig vermessen werden könne", würden, soweit ersichtlich, das Übermass nur noch vergrössern. Als Beweismittel sind ausser dem Zeugen Heinrich S. nur Sachverständigengutachten und Ortsbesichtigung genannt. Was der Zeuge Heinrich S. bekunden sollte, ist für die Frage der Vermessung belanglos. Das Berufungsgericht weist mit Recht darauf hin, dass eine etwa inzwischen von dem Pächter verursachte Veränderung der Grenzen das Ergebnis des Landmessers He. und des Sachverständigen H. nicht beeinflusst hat. Die Revision rügt nun zu Unrecht, dass sich das Berufungsgericht auf das Gutachten H. gestützt hat. Es ist zwar richtig, dass das Gutachten, da es in einem anderen Prozess erstattet worden ist, in diesem Rechtsstreit nur im Wege des Urkundenbeweises benutzt werden kann, und es ist den Parteien unbenommen, demgegenüber Zeugen- und Sachverständigenbeweis anzutreten. Das Gericht entscheidet aber darüber nach pflichtmässigem Ermessen, ob es die weitere Beiziehung eines Sachverständigen für erforderlich hält. Sie ist nur nötig, wenn das Gericht sich selbst die erforderliche Sachkunde nicht zutraut, die es sich auch durch ein als Urkunde vorliegendes Sachverständigengutachten verschaffen kann. Es ist also kein Rechtsverstoss, wenn

das Berufungsgericht einen anderen Sachverständigen nicht mehr beigezogen hat.

Die Revision macht weiter geltend, die Beklagte zu 1 habe auch der Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Vermessung nicht genügt, wobei sie davon ausgeht, dass "die Vermessung nach den Vorschlägen der Kläger möglich wäre". Die Beklagte zu 1 habe Versehen der Landmesser zu vertreten und könne sich nicht darauf berufen, die Vermessung sei falsch durchgeführt worden oder sie selbst habe eine offenbar unrichtige Vermessung nicht erkannt. Die Beklagte zu 1 habe auf die Mitteilung der Kläger, sie könnten die Vermessung, so wie sie abgesteckt worden sei, nicht anerkennen, in keiner Weise reagiert. Das Berufungsgericht habe die Schreiben der Kläger übergangen. Durch das Schreiben vom 12. August 1949 sei die Schuld der Beklagten fällig geworden, durch das Schreiben vom 23. August 1949 sei sie angemahnt worden. Es sei auch nicht zu billigen, dass das Berufungsgericht den Beklagten eine Frist von drei bis vier Monaten zur nochmaligen Überlegung der Sache zugebilligt habe.

Diese Einwendungen können keinen Erfolg haben. Dem Berufungsgericht ist, wie schon oben unter Nr 1 dargelegt, darin beizustimmen, dass es nicht Vertragspflicht der Beklagten zu 1 war, die Vermessung vorzunehmen. Der Auffassung der Revision, die Beklagte zu 1 müsse für einen etwaigen Fehler des Landmessers einstehen, kann daher nicht gefolgt werden. Es war vielmehr Pflicht beider Parteien, zur Lösung der Frage mitzuwirken, welche Fläche in der Natur vom Vertrag der Parteien als verkauft umfasst ist. Es wäre daher, nachdem ein von der Beklagten zu 1 gebilligter Vorschlag des Landmessers

vorlag, Sache der Kläger gewesen, im einzelnen darzutun, welche Einwendungen sie gegen diesen Vorschlag erheben und anzugeben, wie sie selbst die Vermessung sich denken. Sie durften sich nicht damit begnügen, die vorgeschlagene Vermessung im ganzen mit der Begründung abzulehnen, sie entspreche nicht den Verträgen und dem Urteil des Landgerichts Aachen. Sie durften nicht die Beklagte zu 1 nötigen, mit erheblichen Kosten nach neuen Lösungen zu suchen mit der Aussicht, dass die Kläger dem neuen Vorschlag wieder ihre Zustimmung versagen. Es mag richtig sein, dass die Verzögerung der Besprechung bis zum 1. Dezember 1949 nicht damit entschuldigt werden kann, dass drei bis vier Monate nicht mehr ins Gewicht fielen, nachdem die Angelegenheit bereits acht Jahre sich hingezogen habe. Diese Verzögerung der Rücksprache war aber für die Verzögerung der Vermessung nicht ursächlich, da die Kläger auch dem neuen Vorschlag des Vermessungsingenieurs He [REDACTED] vom 27. April 1950 und später auch dem Vorschlag des Kreisvermessungsrats H [REDACTED] vom 8. Oktober 1952 die Zustimmung versagten, selbst wenn man annehmen wollte, dass doch eine den Verträgen und dem Urteil entsprechende Lösung hätte gefunden werden können, was die Kläger jedoch bis jetzt, soweit ersichtlich, nicht dargelegt haben.

3. Das Berufungsgericht lehnt auch, von der Auffassung ausgehend, dass eine den Verträgen und dem Urteil des Landgerichts in Aachen entsprechende Vermessung nicht möglich sei, das Vorbringen der Kläger ab, es sei ein grob fahrlässiges Verschulden der Beklagten zu 1, dass sie das Urteil des Landgerichts in Aachen erstritten und an ihm festgehalten hätte.

Die Revision rügt hierzu, dass das Berufungsgericht auf grobe Fahrlässigkeit der Beklagten zu 1 abgestellt

habe, obgleich zum Eintritt eines Verzugsschadens wie für einen Schaden aus positiver Vertragsverletzung leichte Fahrlässigkeit genüge. Das Berufungsgericht lehnt aber mit Recht jedes Verschulden ab und verweist nur auf die Ausführungen der Kläger, die ein grob fahrlässiges Verhalten behauptet hätten.

Der Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1 ist somit nicht begründet. Die Revision war daher, soweit sie den Anspruch gegen die Beklagte zu 1 betrifft, zurückzuweisen.

4. Der Klagantrag gegen den Beklagten zu 2 ging dahin, die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Beklagten zu 1 zu dulden. Dieser Anspruch ist, wie der erkennende Senat im Urteil vom 14. Juli 1953 (BGHZ 10, 266) dargelegt hat, seit dem 1. April 1953 unbegründet, da die Vorschrift, die als Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau die Verurteilung des Mannes zur Duldung dieser Massnahme verlangt, mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau unvereinbar ist.

In der Revisionsinstanz haben die Parteien den Anspruch gegen den Beklagten zu 2 in der Hauptsache für erledigt erklärt. Es ist daher nach § 91 a ZPO über die Kosten des Revisionsverfahrens gegen den Beklagten zu 2 unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Die Revision gegen das die Abweisung der Klage gegen den Beklagten zu 2 bestätigende Berufungsurteil hätte auch ohne Änderung des ehelichen Güterrechts zurückgewiesen werden müssen,

wenn der Anspruch gegen die Beklagte zu 1 unbegründet war.

Es ist daher gerechtfertigt, den Klägern die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens aufzuerlegen.

Dr.v.Normann Dr. Heck Schuster Dr.Oechßler

Bundesrichter Dr.Großmann ist beurlaubt
und dadurch an der Unterschrift verhindert.

Dr.v.Normann.