

---

**Datum:** 14.01.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 22. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 22 U 136/11  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2016:0114.22U136.11.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Hagen, 8 O 308/10  
**Schlagworte:** Grundstückskaufvertrag, Stadt, Vertragsstrafe, Bürgschaft, Rechtsmangel, Widmung, Privatgrundstück, öffentliche Straße, Gewährleistung, Verjährung, Rücktritt, Wissenszurechnung,  
**Normen:** §§ 218, 280, 313, 323, 346, 371, 433, 435, 437, 438, 774 BGB

**Leitsätze:**

Ein Gläubiger, der die ihm als Sicherheit geleistete Bürgschaft zu Unrecht in Anspruch nimmt, hat dem Schuldner die erhaltene Zahlung zu erstatten, wenn der Schuldner darlegt und nachweist, dass er seinerseits den Bürgen befriedigt hat.

Der mit einem Rechtsmangel begründete Rücktritt des Käufers von einem Kaufvertrag ist unwirksam, wenn der zu Grunde liegende Gewährleistungsanspruch verjährt ist und sich der Verkäufer auf die Einrede der Verjährung beruft.

Ein Grundstückskaufvertrag weist einen Rechtsmangel auf, wenn ein als öffentliche Straße gewidmetes Grundstück im Eigentum einer Stadt durch die Stadt als Privatgrundstück verkauft wird.

Zu der Frage, ob die mit dem Verkauf eines Grundstücks befassten städtischen Mitarbeiter eines Liegenschaftsamtes verpflichtet waren, die in einem anderen Amt verfügbare Widmungskartei abzufragen, die als Privatgrundstück zu verkaufenden Flächen als öffentliche Straße gewidmet waren.

Auf ein in einem Kaufvertrag zulasten des Käufers vereinbartes Vertragsstrafeversprechen kann die Vorschrift des § 438 IV 2 BGB analog anzuwenden sein, so dass der Käufer die Zahlung einer weiteren Vertragsstrafe verweigern kann, wenn er zurecht vom



Als Kaufpreis wurde ein Betrag von 205.000 € vereinbart. § 2 des Kaufvertrags sah einen Gewährleistungsausschluss für Sach-, nicht aber für Rechtsmängel vor. In § 8 Abs. 1 des Vertrags heißt es unter der Überschrift „Arbeitsplatzgarantie“ wie folgt:	5
<i>„Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer ab dem 1.1.2010 für die Dauer von mindestens fünf Jahren mindestens 30 Arbeitsplätze auf dem Kaufobjekt nachzuweisen. Es muss sich entweder um Vollzeitarbeitsplätze oder um eine gleichwertige Anzahl von Teilzeitarbeitsplätzen handeln. Diese müssen jeweils einen Bestand von insgesamt fünf Jahren aufweisen, wobei geringfügige Unterbrechungen – höchstens vier Wochen – statthaft sind.</i>	6
<i>Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer bei Unterschreitung der garantierten Anzahl von Arbeitsplätzen pro nicht eingehaltenen B-Platz eine einmalige Vertragsstrafe von 5.000 € pro Arbeitsplatz (...) zu zahlen. (...)</i>	7
<i>Wegen der Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe unterwirft sich der Käufer dem Verkäufer gegenüber in Höhe von 150.000 € der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen (...).“</i>	8
Wegen der weiteren Einzelheiten der vertraglichen Regelungen wird auf den notariellen Kaufvertrag vom XX.X.2009 Bezug genommen (Bl. 11 ff. GA).	9
Teil des verkauften Geländes ist eine als „T-Straße“ bezeichnete Wegfläche, eine Sackgasse. Diese ist nach etwa 20-30 m über die gesamte Breite der Fahrbahn mit einem Tor versehen. Wegen der Örtlichkeiten wird auf die als Anlage zum Protokoll vom 29.3.2011 im Parallelverfahren (4 O 327/11 LG Hagen) zur Akte genommenen Fotos (Bl. 64a f. BA) sowie den Katasterplan (Bl. 51 BA) Bezug genommen. Die Beklagte hatte im Jahr 1976 verwaltungsintern festgestellt, dass die T-Straße nach altem Recht als gewidmet anzusehen sei, da sie bereits seit 1878 vorhanden sei. Diese Feststellung wurde seinerzeit von der Beklagten auf einer Karteikarte ihrer im damaligen Fachbereich 66/55 (Planen und Bauen) geführten Widmungskartei vermerkt und die T-Straße als gewidmete Straße in den Stadtplan aufgenommen. Die mit dem Verkauf des streitgegenständlichen Grundstücks an die H2 GmbH befassten Mitarbeiter des seinerzeit hierfür zuständigen Fachbereichs 23 (ehemaliges Liegenschaftsamt) hatten von der Existenz der Eintragung der T-Straße in die Widmungskartei keine Kenntnis. Es entsprach (und entspricht) auch nicht der üblichen Handhabung bei der Beklagten, dass die mit dem Verkauf eines städtischen Grundstücks befassten Mitarbeiter routinemäßig die Widmungskartei abfragen.	10
Die Übergabe des Kaufobjektes erfolgte zum X.X.2009.	11
Am 18.5.2009 wurde die H2 GmbH ins Grundbuch eingetragen.	12
Zur Absicherung des Vertragsstrafversprechens erfolgte die Eintragung zweier Grundschulden über jeweils 75.000 € nebst Zinsen zugunsten der Beklagten in das Grundbuch.	13
Mit notariellem Vertrag vom 20.2.2009 verkaufte die H2 GmbH eine 2.503 m <sup>2</sup> große Teilfläche des von der Beklagten erworbenen Grundstücks (Flur X, neues Flurstück X) zum Preis von 200.000 € an die D & C GbR. Wegen der Einzelheiten wird auf Notarvertrag vom XX.X.2009 (Bl. 180 ff. GA) Bezug genommen. Die Eintragung der D & C GbR ins Grundbuch erfolgte am 17.9.2009.	14
	15

In der Folgezeit firmierte die H2 GmbH um in „Haus und H GmbH“.

Mit Schreiben vom 08.07.2010 teilte die Beklagte der Haus- und H GmbH mit, dass ihr eine vollstreckbare Ausfertigung des Kaufvertrags vorliege. Zugleich forderte sie die Klägerin wegen der behaupteten Nichteinhaltung der Zusage zur Schaffung von Arbeitsplätzen auf dem verkauften Grundstück zur Zahlung der Vertragsstrafe in Höhe von 150.000 € bis zum 06.08.2010 auf (Bl. 40 GA). 16

Die Haus- und H GmbH hat daraufhin mit einem am 20.9.2010 eingegangenen Schriftsatz die vorliegende Klage – zunächst als bloße Vollstreckungsgegenklage – erhoben. 17

Zeitgleich nahm die Haus- und H GmbH im Parallelverfahren (4 O 327/10 LG Hagen) die Fa. Fleischwaren & Q GbR, welche einen der Torbögen des Viaduktes angemietet hatte, auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Anspruch, und zwar mit dem Argument, die Fa. X nutze die im Eigentum der Haus- und H GmbH stehende – näher bezeichnete - Teilfläche vor dem angemieteten Torbogen unberechtigt als Zuwegung und Abstellfläche für Verkaufswagen und Lieferfahrzeuge. Darüber hinaus verklagte die Haus- und H GmbH die Fa. Fleischwaren & Q GbR im Verfahren 9 O 309/10 LG Hagen auf Räumung und Unterlassung der Nutzung der genannten Flächen. Im erstgenannten Verfahren bekundete der Zeuge S, Kommunalbeamter bei der Beklagten, tätig im seinerzeitigen Fachbereich 66, im Beweisaufnahmetermin vom 29.3.2011 (Bl. 52 R ff. Beiakte 4 O 327/10 LG Hagen), dass die T-Straße (zumindest deren auf dem Katasterplan - Bl. 51 BA 4 O 327/10 - schraffierter Bereich) seiner Meinung nach als öffentliche Straße anzusehen sei. 18

Unter Bezugnahme auf diese Zeugenaussage wandte sich die Haus- und H GmbH unter dem 3.5.2011 an die Beklagte und verwies darauf, bei einem Großteil des verkauften Grundstücks handele es sich offensichtlich um öffentliches Straßenland, was eine Rückabwicklung des Kaufvertrages rechtfertige (Bl. 238 ff. GA). Mit weiterem Schreiben vom 18.5.2011 (Bl. 250 GA) wurde seitens der Haus- und H GmbH daraufhin der Rücktritt vom Kaufvertrag, hilfsweise dessen Anfechtung gemäß § 123 BGB erklärt. Der Beklagten wurde eine Frist zur Entwidmung der betroffenen Flächen als öffentliches Straßenland gesetzt bis zum 3.6.2011, welche fruchtlos verstrich. 19

Die seinerzeitige Klägerin, die Haus- und H GmbH, hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, die von der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde sei unzulässig. Die Vertragsstrafe sei nicht verwirkt, zudem bestünden rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vertragsstrafversprechens. Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ergebe sich ferner aus dem von ihr erklärten Rücktritt vom Kaufvertrag bzw. dessen Anfechtung. Im Übrigen werde hilfsweise die Aufrechnung mit Minderungsansprüchen erklärt; das in großem Umfang verkaufte öffentliche Straßenland sei wirtschaftlich wertlos. Der Kaufpreis sei um mindestens 150.000 € zu mindern. 20

Die – seinerzeitige - Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, 21

die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus § 8 des Kaufvertrags vom XX.X.2009 (UR-Nr. 39/2009 des Notars T4 in Hagen) für unzulässig zu erklären. 22

Die Beklagte hat beantragt, 23

die Klage abzuweisen. 24

25

Sie hat die Auffassung vertreten, die Vertragsstrafe sei wirksam vereinbart worden und – verschuldensunabhängig – verwirkt.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 25.5.2011, auf welches wegen des vollständigen Sachverhaltes, der Anträge und der Einzelheiten der Entscheidungsgründe verwiesen wird, die Zwangsvollstreckung „derzeit“ für unzulässig erklärt, „soweit sie einen Betrag von 130.000 € übersteigt“, und die Klage im Übrigen abgewiesen. 26

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht ausgeführt, die Vollstreckungsabwehrklage der Klägerin sei zulässig, aber überwiegend unbegründet. Die Klägerin habe verschuldensunabhängig eine Vertragsstrafe in Höhe von 130.000 € (= 26 x 5.000 €) verwirkt. Die Beklagte habe über vier unstreitige Arbeitsplätze hinaus keine Arbeitsplätze nachgewiesen. Eine weitere Beweiserhebung sei insoweit nicht geboten. Die Klägerin sei nämlich nach dem Kaufvertrag verpflichtet gewesen, die Arbeitsplätze der Beklagten gegenüber nachzuweisen, wofür eine etwaige Beweisführung im Prozess nicht genüge. Die Klägerin habe den Kaufvertrag auch nicht wirksam angefochten, da die Beklagte sie nicht arglistig über die (behauptete) Widmung von 50 % der verkauften Grundstücksfläche als öffentliche Straße getäuscht habe. Ob die Klägerin zum Rücktritt berechtigt sei, könne dahinstehen, da ein wirksamer Rücktritt die bereits zuvor verwirkte Vertragsstrafe ohnehin nicht berühre. Schließlich könne die Klägerin auch nicht mit einem Minderungsanspruch gegen die Vertragsstrafe aufrechnen. Dies folge jedenfalls daraus, dass die von der Klägerin bis zum 03.06.2011 gesetzte Frist zur Mangelbeseitigung bei Erlass des Urteils noch nicht verstrichen gewesen sei. 27

Gegen die ihr am 16.6.2011 zugestellte Entscheidung hat die Haus- und H GmbH mit einem am 15.7.2011 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese – nach Fristverlängerung bis 16.9.2011 (Bl. 331 GA) mit einem an diesem Tag eingegangenen weiteren Schriftsatz begründet (Bl. 347 GA). Hierbei hat sie zunächst – unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens – den Antrag angekündigt, das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuweisen. Für den Fall einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts hat sie den Antrag angekündigt, das angefochtene Urteil abzuändern und die Zwangsvollstreckung aus dem Kaufvertrag insgesamt für unzulässig zu erklären. 28

Unter dem 9.6.2011 wurde die formwechselnde Umwandlung der Haus- und H GmbH in die J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG (persönlich haftende Gesellschafterin: J T5 J a.r.l., Kommanditistin: Haus- und H GmbH & Co. KG) ins Handelsregister eingetragen (Bl. 590 GA), woraufhin die Abänderung des Aktivrubrums beantragt wurde (Bl. 437, 439 GA). 29

Mit einem am 28.11.2011 eingegangenen Schriftsatz erhob die Fa. Fleischwaren & Q GbR beim Verwaltungsgericht Arnsberg gegen die hiesige Beklagte Klage auf Feststellung, dass es sich bei der T-Straße um eine öffentliche Straße handele (Beiakte 7 K 3091/11 = 11 A 2227/12 OVG NRW). 30

Mit Vertrag vom 8.12.2011 verkaufte die J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG eine weitere Teilfläche des streitgegenständlichen T-geländes (Flur X, neues Flurstück X) an einen Herrn Y (Bl. 537 ff. GA). Dessen Eintragung ins Grundbuch erfolgte am 2.5.2013. 31

Mit Beschluss vom 16.01.2012 (Bl. 413 ff. GA) hat der Senat das Berufungsverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wegen Vorgreiflichkeit gemäß § 148 ZPO ausgesetzt. 32

Mit Urteil vom 6.9.2012 wies das Verwaltungsgericht Arnsberg die Klage der Fa. Fleischwaren & Q GbR auf Feststellung, dass es sich bei der T-Straße um eine öffentliche Straße handele, als unbegründet ab (Bl. 124 ff. Beiakte 7 K 3091/11). Hiergegen legte die Fleischwaren & Q GbR Berufung ein.

Nach dem Ausscheiden ihrer Kommanditistin Haus- und H GmbH & Co. KG und Übertragung ihrer Kommanditeinlage auf die Komplementärin wurde aus der J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG die nunmehrige Klägerin, wobei die entsprechende Eintragung am 25.1.2013 erfolgte. 34

Unter dem 13.2.2013 erteilte eine „Kommanditgesellschaft H-Platz“ der P M. T AG den Auftrag zur Übernahme einer selbstschuldnerischen Bürgschaft zugunsten der Beklagten in Höhe von bis zu 75.000 € zur Besicherung der Vertragsstrafverpflichtung gemäß dem Kaufvertrag vom XX.X.2009 (Bl. 582 GA). Hiermit sollte die Löschung der auf dem an den Käufer Y veräußerten Grundstück lastenden Grundschuld in gleicher Höhe ermöglicht werden. Die Bürgschaftsurkunde, welche sich ausdrücklich auf Forderungen der Beklagten gegen die Fa. J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG bezog, datiert vom 4.3.2013 (Bl. 564 f. GA). 35

Unter dem 17.4.2013 wurde die P M. T AG von der Beklagten aus der Bürgschaft in Anspruch genommen. Die Zahlung in Höhe von 75.000 € an die Beklagte erfolgte am 2.5.2013 (Bl. 589 GA). Bereits zuvor, am 12.4.2013 war der Bürgin ein Betrag von 80.000 € überwiesen worden (Bl. 588 GA). 36

Unter dem 28.5.2013 verkaufte die Klägerin eine weitere Teilfläche des T-geländes (Flur X, neues Flurstück X) an eine T6 B.V. (Bl. 519 ff. GA) sowie am 26.9.2013 die Flurstücke X, X, X und X an eine Fa. S2 Grundstücks- und Immobiliengesellschaft mbH (Bl. 544 ff. GA). Beide Verträge wurden dinglich vollzogen. 37

In seinem Berufungsurteil vom 16.6.2014 stellte das Oberverwaltungsgericht NRW in Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Arnsberg fest, dass es sich bei der T-Straße in Hagen um eine öffentliche Straße handele, wobei es im Tatbestand die betroffenen Flächen - nämlich Flur X, Flurstücke X und X sowie Flur X, Flurstück X – näher bezeichnete. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 16.6.2014 (Bl. 217 ff. Beiakte 7 K 3091/11 = 11 A 2227/12 OVG NRW) Bezug genommen. 38

Mit Schriftsatz vom 03.11.2014 hat die Klägerin ihren bisherigen Antrag um weitere Anträge ergänzt (Bl. 478 ff. sowie Bl. 599 GA). Darüber hinaus hat sie vorsorglich erneut den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt (Bl. 481 GA). 39

Die Klägerin trägt vor, die Beklagte schulde ihr die Zahlung eines Betrages in Höhe von 75.000 €, welchen sie aufgrund der abredewidrigen Inanspruchnahme der Bürgin durch die Beklagte ersterer erstattet habe. Die im Grundbuch von I Bl. ##### in Abt. III unter lfd. Nr. 4 eingetragene Grundschuld über 75.000 € habe der Sicherung des Vertragsstrafversprechens gemäß § 8 des Kaufvertrags vom XX.XX.2009 gedient. Wegen ihres Rücktritts vom Kaufvertrag sei diese Sicherheit freizugeben. Aufgrund der fehlenden Nutz- und Bebaubarkeit derjenigen Grundstücksteile, die öffentliches Straßenland darstellten, sei ihr, der Klägerin ein – allerdings derzeit noch nicht im Einzelnen bezifferbarer – Schaden entstanden. 40

Die Klägerin beantragt nunmehr, 41

42

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 75.000 € nebst Zinsen seit dem 29.08.2014 zu zahlen; 43
  2. die Beklagte zu verurteilen, die Löschung der im Grundbuch von I Bl. ##### in Abt. III unter lfd. Nr. 4 eingetragenen Grundschuld über 75.000 € nebst Zinsen seit dem 29.08.2014 zu bewilligen; 44
  3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, jeden Schaden zu ersetzen, der der Klägerin dadurch entstanden ist oder noch entsteht, dass Teilbereiche des mit Kaufvertrag vom XX.X.2009 von den Beklagten erworbenen Grundbesitzes als öffentliches Straßenland gewidmet sind; 45
  4. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin die vollstreckbare Ausfertigung des Kaufvertrags vom XX.X.2009 herauszugeben; 46
  5. die Zwangsvollstreckung aus § 8 des notariellen Kaufvertrags vom XX.X.2009 für unzulässig zu erklären. 47
- Die Beklagte beantragt, 48
- die Berufung zurückzuweisen. 49
- Sie rügt die Zulässigkeit der Klageänderung. Diese sei nicht sachdienlich. Im Übrigen beruft sich die Beklagte im Hinblick auf sämtliche geltend gemachten und denkbaren Ansprüche der Klägerin auf die Einrede der Verjährung. Ein etwaiges Rücktrittsrecht der Klägerin sei überdies verwirkt; die Klägerin habe den erworbenen Grundbesitz mit großem Gewinn weiterverkauft. Die Klägerin sei der Beklagten bei Annahme eines Rückabwicklungsschuldverhältnisses zum Schadens- bzw. Wertersatz verpflichtet; insofern werde hilfsweise die Aufrechnung in Höhe eines erstrangigen Teilbetrags von 75.000 € erklärt, weiter hilfsweise werde im Hinblick auf die noch nicht weiterveräußerten und damit zurück zu übereignenden Flurstücke X und X ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Im Übrigen habe nicht die Klägerin, sondern die Fa. Kommanditgesellschaft H-Platz der Bürgin, der P M. T, die Bürgschaftssumme in Höhe von 75.000 € erstattet. 50
- Zwischenzeitlich wurde die Klägerin durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst und befindet sich in Liquidation (Handelsregisterauszug vom 10.7.2015, Anlage K 42). 51
- Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 52
- Die Beiakten 3 O 309/10 Landgericht Hagen, 4 O 327/10 Landgericht Hagen und 7 K 3091/11 Verwaltungsgericht Arnsberg (= 11 A 2227/12 Oberverwaltungsgericht NRW) lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 53
- II. 54
- A. 55
- Die nunmehrige Klägerin ist wirksam Partei des Prozesses geworden. 56
- Die ursprüngliche Klägerin, die Haus- und H GmbH, ist im Wege der formwechselnden Umwandlung mit Wirkung vom 9.6.2011 zur „J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG“ 57

geworden (vgl. Handelsregisterauszug vom 10.8.2011, AG München, HRB 185902, überreicht als Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 8.10.2015). Der Umwandlung war prozessual – wie geschehen – durch Rubrumsberichtigung Rechnung zu tragen (vgl. allgemein etwa Gehrlein, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, § 239 Rdn. 17).

In der Folgezeit ist dann – ausweislich des weiterhin vorgelegten Handelsregisterauszugs vom 25.1.2013 (AG München HRA 97298) – die einzige Kommanditistin der J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG, die Haus- und H GmbH & Co. KG, aus der KG ausgeschieden (Eintragung am 25.1.2013), mit der Folge, dass ihr Anteil der Komplementärin, der J T5 a.r.l., angewachsen ist. Diese ist materiell-rechtlich Gesamtrechtsnachfolgerin der KG geworden; letztere wurde zugleich liquidationslos vollbeendet (vgl. allgemein etwa BVerwG, Urteil vom 13. 7. 2011 ? 8 C 10/10 - NJW 2011, 3671 m.w.N.). In prozessualer Hinsicht hat die KG durch die Vollbeendigung ihre Parteifähigkeit eingebüßt (vgl. allgemein Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 50 Rdn. 4); es sind die §§ 239, 246 ZPO entsprechend anzuwenden (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 15. März 2004 – II ZR 247/01 – WM 2004, 1138). Da die KG zur Zeit des Rechtsübergangs durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war und ein Aussetzungsantrag gemäß § 246 ZPO nicht gestellt worden ist, konnte der Rechtsstreit zunächst unter der bisherigen Parteibezeichnung mit Wirkung für die Komplementärin als Rechtsnachfolgerin der Klägerin fortgesetzt werden (vgl. allgemein BGH a.a.O.). Indem mit Schriftsatz vom 03.11.2014 (Bl. 478 ff. GA) mitgeteilt worden ist, dass die Klägerin als „J T5 J arl.“ firmiere, hat sie entsprechend §§ 239 Abs. 1, 246 Abs. 2 ZPO konkludent die Aufnahme des Verfahrens als Rechtsnachfolgerin der J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG erklärt. Da der Schriftsatz förmlich zugestellt worden ist (vgl. Bl. 490a GA), ist die Aufnahme auch wirksam vollzogen (vgl. § 250 ZPO).

58

Dass die Klägerin inzwischen durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst worden ist und sich in Liquidation befindet, ändert an ihrer Parteistellung nichts. Insbesondere entfällt hierdurch nicht ihre Parteifähigkeit im Sinne von § 50 ZPO, da diese – wie erwähnt - bei rechtsfähigen Gesellschaften weder mit deren Auflösung, noch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder mit der Löschung der Gesellschaft in dem jeweiligen Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsregister, sondern erst mit der Vollbeendigung nach Abwicklung endet (vgl. etwa BGH, Urteil vom 5. April 1979 - II ZR 73/78 - NJW 1979, 1592; BGH, Urteil vom 17. Oktober 1994 - V ZR 58/93 - NJW 1995, 196; BGH, Urteil vom 28. März 1996 - IX ZR 77/95 - NJW 1996, 2035). Mit der Auflösung etwa durch Beschluss der Gesellschaft tritt die Gesellschaft nur in ein Liquidationsstadium ein und besteht mit Liquidationszweck fort. Unabhängig davon gilt aber auch eine vermeintlich beendete Gesellschaft als aktiv parteifähig, wenn sie ein Vermögensrecht in Anspruch nimmt, weil sich hieraus ergibt, dass die Liquidation tatsächlich noch nicht beendet ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 1979 - II ZR 257/78 - NJW 1980, 233). Für die Parteifähigkeit der Klägerin ist es vorliegend mithin ausreichend, dass sie sich in dieser Parteirolle eines Vermögensrechtes berührt (vgl. allgemein auch OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Februar 2013 – 12 U 136/12 – IBR 2015, 670).

59

B.

60

Die Berufung ist zulässig. Sie ist rechtzeitig eingelegt und begründet worden. Die Beschwerde beträgt über 600 €. Die Berufungsbegründung genügt den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

61

C.

62

63

Die Berufung hat in der Sache nur teilweise Erfolg.

<b><u>1. Antrag: Zahlung von 75.000 € nebst Zinsen</u></b>	64
I.	65
Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die mit Schriftsatz vom 3.11.2014 (Bl. 478 ff. GA) erfolgte nachträgliche Klagehäufung – für welche die Vorschriften zur Klageänderung entsprechend gilt (vgl. allgemein etwa Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 263 Rdn. 2) – zulässig, so dass der erst in der Berufung gestellte Zahlungsantrag nicht bereits auf der Grundlage von § 533 ZPO als unzulässig abzuweisen ist.	66
Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach in dem Übergang von einer Vollstreckungsabwehrklage auf eine Rückgewährklage nach Inanspruchnahme einer Prozessbürgschaft keine Klageänderung gemäß § 263 ZPO, sondern eine privilegierte Antragsumstellung gemäß § 264 Nr. 3 ZPO zu sehen sei (vgl. Urteil vom 12.07.2002 - V ZR 195/01 - BeckRS 2002, 30272315), die vorliegende Erweiterung des Antrags auf Zahlung von 75.000 € den Beschränkungen des § 533 ZPO ohnehin nicht unterfällt (vgl. allgemein etwa BGH, Urteil vom 19. März 2004 – V ZR 104/03 – BGHZ 158, 295). Denn sie ist jedenfalls auch nach § 533 ZPO zulässig:	67
Zwar liegt eine Einwilligung der Beklagten gemäß § 533 Nr. 1 ZPO nicht vor. Eine solche ist allerdings entbehrlich, denn die Klagehäufung bzw. Klageänderung ist jedenfalls sachdienlich i.S.v. § 533 Nr. 1 ZPO: Würde der neue Zahlungsantrag nicht zugelassen, müsste die Klägerin womöglich einen weiteren Rechtsstreit führen. Es wird auch kein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt, vielmehr geht es wie bei der ursprünglich allein erhobenen Vollstreckungsabwehrklage letztlich darum, ob die Klägerin zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet ist bzw. war.	68
Die Beurteilung der Sachdienlichkeit erfordert eine Berücksichtigung, Bewertung und Abwägung der beiderseitigen Interessen. Hierbei kommt es allein auf die objektive Beurteilung an, ob und inwieweit die Zulassung der Klageänderung den sachlichen Streitstoff im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits ausräumt und einem andernfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt. Maßgebend ist der Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit. Unter diesem Gesichtspunkt ist nicht die beschleunigte Erledigung des anhängigen Prozesses, sondern die Erledigung der Streitpunkte zwischen den Parteien entscheidend. Deshalb steht der Sachdienlichkeit einer Klageänderung nicht entgegen, dass im Falle ihrer Zulassung Beweiserhebungen nötig werden und dadurch die Erledigung des Prozesses verzögert würde. Die Sachdienlichkeit kann vielmehr bei der gebotenen prozesswirtschaftlichen Betrachtungsweise im allgemeinen nur dann verneint werden, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (BGH, Urteil vom 27. September 2006 – VIII ZR 19/04 – NJW 2007, 2414)	69
Die weitere Zulässigkeitsvoraussetzung des § 533 Nr. 2 ZPO ist ebenfalls erfüllt. Der neue, weitere Klageantrag kann auf Tatsachen gestützt werden, die das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen hat: Für die Begründetheit des neuen Antrags kommt es letztlich darauf an, ob die Beklagte zu Recht die Bürgin aus der Bürgschaft in Anspruch genommen hat, was voraussetzt, dass seitens der Klägerin die Vertragsstrafe weiterhin geschuldet ist. Insoweit sind also dieselben Tatsachen maßgeblich wie für die Vollstreckungsabwehrklage. Hinzu kommt, dass der neue Vortrag der Klägerin zur Stellung	70

der Bürgschaft und deren Inanspruchnahme schon deshalb gemäß den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. Nr. 3 ZPO zu berücksichtigen ist, weil sich die entsprechenden Ereignisse ersichtlich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugetragen haben (vgl. allgemein etwa Heßler, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., § 533 Rdn. 3).

II. 71

Die Klage auf Zahlung von 75.000 € ist jedoch unbegründet. 72

1. 73

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe zu Unrecht die Bürgin – die P M. T AG – aus der Bürgschaft auf Zahlung von 75.000 € in Anspruch genommen, so dass sie, nachdem die Bank bei ihr, der Klägerin, Rückgriff genommen habe, der Klägerin den aus der Bürgschaft erlangten Betrag zu erstatten habe. 74

Den entsprechenden Anspruch hat die Klägerin allerdings im Ergebnis nicht hinreichend schlüssig dargetan. 75

a) 76

Es ist grundsätzlich anerkannt, dass im Fall unberechtigter Inanspruchnahme einer Bürgschaft und Rückgriff des Bürgen - aufgrund Forderungsübergangs (§ 774 BGB) - beim Dritten, letzterem aus der Sicherungsabrede ein Erstattungsanspruch gegen den Gläubiger zusteht (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 24. September 1998 – IX ZR 371/97 – BGHZ 139, 325): Aus Inhalt und Zweck der Sicherungsabrede folgt die Verpflichtung des Gläubigers, die Sicherung zurückzugewähren, sobald feststeht, dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 27. November 1997 – GSZ 1/97, GSZ 2/97 – BGHZ 137, 212). Hat der Gläubiger die ihm als Sicherheit geleistete Bürgschaft zu Unrecht verwertet, hat er folglich dem Schuldner, der seinerseits den Bürgen befriedigt hat, die erhaltene Zahlung zu erstatten (vgl. etwa BGH, Urteil vom 24. September 1998 – IX ZR 371/97 – BGHZ 139, 325). 77

b) 78

Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob die Beklagte die Bürgin zu Unrecht aus der Bürgschaft in Anspruch genommen hat, denn die Klägerin hat bereits nicht hinreichend schlüssig dargetan, dass sie der Bürgin den streitgegenständlichen Betrag erstattet hat. 79

Zu berücksichtigen ist zunächst, dass ausweislich Bl. 582 GA nicht etwa die – seinerzeit bereits existente – Klägerin der Bank den Auftrag zur Übernahme der Bürgschaft erteilt hat, sondern eine Fa. Kommanditgesellschaft H-Platz. Auch die Bürgschaftsurkunde vom 4.3.2013 (Bl. 584 GA) bezieht sich nicht auf Forderungen im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin, sondern als solche zwischen der Beklagten und der nach obigen Darlegungen seinerzeit – seit 25.1.2013 – allerdings bereits vollbeendeten J Haus- und Grundmanagement s.r.l. & Co. KG. Dass es die Klägerin war, die von der Bürgin auf Zahlung in Anspruch genommen worden ist bzw. der Bank den Betrag erstattet hat, ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht hinreichend: Die als Bl. 588 GA vorgelegte Gutschrift erwähnt eine – nicht näher bezeichnete – Kommanditgesellschaft. Auch die Bestätigung der bürgenden Bank vom 27.1.2015 (Bl. 589 GA) richtet sich nicht etwa an die Klägerin, sondern an die J Haus- und Grundstücksmanagement s.r.l. & Co KG, aus deren Guthaben die Erstattung des Bürgschaftsbetrages erfolgt sein soll. 80

2.	81
Einem Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Rückzahlung eines Betrages in Höhe von 75.000 € aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m §§ 437 Nr. 2, 323 BGB steht entgegen, dass der von der Klägerin erklärte Rücktritt nach § 218 BGB i.V.m. § 438 Abs. 4 S. 1 BGB wegen Verjährung des ihm zugrunde liegenden Gewährleistungsanspruchs unwirksam ist.	82
Im Einzelnen:	83
a)	84
Die Klägerin hat die – wirksam vereinbarte - Vertragsstrafe zumindest in Höhe des hier in Rede stehenden Betrages von 75.000 € zunächst verwirkt.	85
aa)	86
Wie das Landgericht, auf dessen Ausführungen zur Vermeidung von Wiederholungen insoweit Bezug genommen wird, zu Recht angenommen hat, hat die Klägerin über die vier zwischen den Parteien unstreitigen Arbeitsplätzen im Betrieb der Fa. T & I hinaus keinen Nachweis weiterer Arbeitsplätze mit einem Bestand von 5 Jahren ab 1.1.2010 erbracht. Hierzu wäre sie allerdings nach § 8 des Kaufvertrages verpflichtet gewesen.	87
bb)	88
Die Ansicht der Klägerin, dass sich § 8 des Kaufvertrags nicht auf den festen Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2014 beziehe, sondern auf einen „flexiblen“ Fünfjahreszeitraum „irgendwann“ nach dem 01.01.2010 (Bl. 95 f., 366 f. GA) teilt der Senat ebenso wenig wie das Landgericht. Der Vertragswortlaut ist insoweit weder auslegungsfähig noch -bedürftig. Die Klägerin hat sich eindeutig dazu verpflichtet, den Bestand von 30 Arbeitsplätzen ab dem 01.01.2010 nachzuweisen, und zwar durchgehend für die Dauer von fünf Jahren, mithin bis 31.12.2014.	89
cc)	90
Die Beklagte hat die Klägerin hinsichtlich des von ihr geschuldeten <i>Nachweises</i> der genannten Arbeitsplätze auch in Verzug (§§ 339 Abs. 1 S. 1, 286 Abs. 1 BGB) gesetzt, nämlich mit Schreiben vom 7.4.2010 (vgl. Bl. 39 f. GA).	91
Dass sie den Verzug nicht zu vertreten gehabt hätte (§ 286 Abs. 4 BGB), hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht hinreichend dargetan. Soweit sie geltend macht, sie sei für den Nachweis auf die Mithilfe der Mieter angewiesen und habe die D & C GbR schon seit dem 08.10.2009 wiederholt aufgefordert, Auskunft über die dort vorhandenen Arbeitsplätze zu erteilen (Bl. 174 f.GA), hat sie ihr Auskunftsverlangen gegenüber der D & C GbR nach ihrem eigenen Vortrag allerdings erst im Jahr 2011 mit dem gebotenen Nachdruck verfolgt, nämlich mit Anwaltsschreiben vom 17.01.2011 (Bl. 193 GA), mithin zu einem Zeitpunkt, in welchem die Vertragsstrafe bereits verwirkt war. Weitere konkrete Nachweishindernisse trägt die Klägerin nicht dar.	92
dd)	93
Die Klägerin vermag sich auch nicht mit Erfolg darauf zu berufen, das Landgericht habe zu Unrecht eine weitere Beweisaufnahme über die Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze abgelehnt. Abgesehen davon, dass das Vorbringen der insoweit darlegungs- und	94

beweisbelasteten Klägerin (vgl. § 345 BGB) die erforderliche Substantiierung vermissen lässt – es hätte aus obigen Gründen auch dargetan werden müssen, dass die von der Garantie umfassten Arbeitsplätze tatsächlich über den gesamten in Rede stehenden Zeitraum Bestand hatten - , ergibt sich aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 des Kaufvertrags eindeutig, dass sich die Klägerin nicht nur zur Schaffung, sondern auch zum Nachweis entsprechender Arbeitsplätze verpflichtet hat. Ein Nachweis im Prozess kann damit allerdings vernünftigerweise nicht gemeint gewesen sein, denn dann wäre die ausdrückliche vertragliche Nachweisverpflichtung überflüssig.

Soweit die Klägerin beantragt hat, die Zeugen I und C zu vernehmen, damit diese den klägerischen Vortrag konkretisieren (vgl. Bl. 368, 369 GA), würde eine solche Vernehmung überdies einen unzulässigen Ausforschungsbeweis darstellen. 95

ee) 96

Der Senat sieht auch keinen Anlass für eine nachträgliche Anpassung der Vertragsstrafenklausel in § 8 des Kaufvertrags, etwa gemäß § 313 BGB: Die Klägerin hat nicht einmal ansatzweise substantiiert dargelegt, inwiefern etwa Probleme der Energieversorgung oder das nachträgliche Verbot des Einzelhandels konkret die Schaffung von Arbeitsplätzen behindert hätte. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin hinsichtlich der Schaffung der Arbeitsplätze ausdrücklich eine „Garantie“ übernommen hat, so dass sie für deren Einhaltung sogar verschuldensunabhängig haftet. 97

b) 98

Die verwirkte Vertragsstrafe ist durch den Rücktritt der Klägerin nicht in Wegfall geraten, denn dieser ist durch die Berufung der Beklagten auf Verjährung unwirksam geworden (§ 218 Abs. 1 S. 1 BGB). 99

aa) 100

Grundsätzlich war die Klägerin allerdings zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt. 101

(1) 102

Zwischen den Parteien – bzw. zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten – ist ein Kaufvertrag über das streitgegenständliche Schlachthofgelände zustande gekommen. 103

(2) 104

Das verkaufte Grundstück war insoweit mit einem Mangel behaftet, als ein großer Teil der verkauften Fläche, nämlich Flur X, Flurstücke X und X sowie Flur X, Flurstück X, der Widmung als öffentliches Straßenland unterliegt. Dies ergibt sich aus dem - gemäß den §§ 121 Nr. 1, 63 VwGO die Parteien und damit auch den Senat bindenden – rechtskräftigen Urteil des Oberverwaltungsgerichts NRW vom 16.6.2014. Die Widmung als öffentliche Straße hat zur Folge, dass die Klägerin mit dem erworbenen Eigentum – jedenfalls zum Teil - nicht im Sinne von § 903 S.1 BGB nach eigenem Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung auf die Sache ausschließen kann, sondern den Gemeingebrauch (§ 14 Abs. 1 StrWG NW) zu dulden hat. 105

Hierbei handelt es sich um einen Rechtsmangel (§ 435 BGB), nicht um einen Sachmangel der Kaufsache, so dass der vereinbarte Gewährleistungsausschluss (§ 2 des Kaufvertrag), 106

welcher sich ausdrücklich nur auf Sachmängel bezieht, von vornherein keine Anwendung findet.

Der Einordnung als Rechtsmangel steht nicht entgegen, dass nach ganz überwiegender, auch vom Senat geteilter Auffassung und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Baulasten als Sachmangel eines Grundstücks bewertet werden. Eine solche öffentlich-rechtliche Baubeschränkung (vgl. § 83 BauO NW) stelle – so die Begründung - kein Recht eines Dritten im Sinne des Rechtsmangelbegriffs dar: Nach § 435 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Hierunter fallen aber grundsätzlich nur diejenigen Baubeschränkungen, die ihre Grundlage in Privatrechten Dritter haben, nicht aber auch die, welche auf öffentlichem Recht beruhen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 15. Juli 2011 – V ZR 171/10 – BGHZ 190, 272; Urteil vom 08. Juli 1983 – V ZR 204/82 – BGHZ 88, 97; BGH, Urteil vom 10. März 1978 – V ZR 69/76 –, juris; Urteil vom 15. Juni 1965 – V ZR 20/63 –, juris, unter Hinweis auf RGZ 131, 348, 161, 193, 194; Senat, Urteil vom 29. März 2012 – 22 U 40/10 - juris; B. Grunewald in: Erman BGB, Kommentar, § 435, Rdn. 13; Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB (2013), § 435, Rn. 27).

Auch wenn es sich bei der Widmung als öffentliche Straße ebenfalls um eine auf dem öffentlichen Recht beruhende Beschränkung handelt, unterliegt sie einer anderen rechtlichen Bewertung als eine Baulast: Zu berücksichtigen ist nämlich, dass dem Eigentümer in der ersten Fallkonstellation kraft der bestehenden öffentlich-rechtlichen Bindung in deren Umfang das Grundstückseigentum selbst *entzogen* werden kann: § 11 Abs. 1 StrWG NW sieht vor, dass der Träger der Straßenbaulast „das Eigentum an den der Straße dienenden Grundstücken erwerben soll“. Für den Fall, dass kein freihändiger Erwerb eines bereits für die Straße in Anspruch genommenen Grundstücks möglich ist, sehen §§ 11 Abs. 3 S. 1 StrWG NW, 2 Abs. 1 Nr. 1 EEG NW bzw. § 42 StrWG NW die Möglichkeit der Enteignung vor. Diese „Belastung“ eines Grundstücks mit einer Enteignungsmöglichkeit stellt insofern einen Rechtsmangel dar, als der Verkäufer dem Käufer nur Eigentum ohne rechtlichen Bestand verschaffen konnte (vgl. BGH, Urteil vom 4.6.1982 - V ZR 81/81 – NJW 1983, 275; Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB (2013), § 435, Rdn. 29; Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hrsg: Bamberger/Roth, Stand: 01.08.2014, § 435 Rdn. 18; B. Grunewald in: Erman BGB, Kommentar, § 435 BGB, Rdn. 13). Im Übrigen können auch Rechte des Verkäufers oder des Käufers selbst (hier der Beklagten als Verkäuferin und Trägerin der Straßenbaulast) grundsätzlich unter § 435 BGB fallen (vgl. Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB (2013), § 435, Rdn. 8, ebenso Grunewald, in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 435 BGB Rdn. 10).

(3) 109

Dafür, dass die Klägerin positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Qualifikation eines Teiles der vor ihr erworbenen Fläche als Straßenland gehabt hätte (§ 442 BGB), ergeben sich aus dem beiderseitigen Vortrag keinerlei Anhaltspunkte. Grob fahrlässig handelt derjenige, der die verkehrserforderliche Sorgfalt in einem ungewöhnlich hohen Maß verletzt und dasjenige unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl., § 277 Rdn. 5). Schon der Umstand, dass das Verwaltungsgericht Arnberg der „T-Straße“ die Qualität einer öffentlichen Straße erstinstanzlich abgesprochen hat, spricht dafür, dass der Mangel für die Klägerin nicht auf der Hand lag.

(4) 111

112

Dem Rücktritt der Klägerin steht auch nicht entgegen, dass sie der Beklagten keine – zureichende – Frist zur Leistung bzw. Nacherfüllung (§ 323 Abs. 1 BGB) gesetzt hätte.

Die Klägerin hat den Rücktritt mit Schreiben vom 18.05.2011 erklärt, ohne vorher eine entsprechende Frist gesetzt zu haben. Allerdings kann der Rücktritt auch vorsorglich für den Fall des erfolglosen Fristablaufs erklärt werden, also mit der Fristsetzung verbunden werden (vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl., § 323 Rdn. 33), was vorliegend der Fall ist. Die gesetzte Frist zur Entwidmung (bis zum 03.06.2011) war allerdings deutlich zu kurz, schon weil § 7 Abs. 4 StrWG NW vorsieht, dass die Absicht der Entwidmung („Einziehung“) mindestens drei Monate vorher ortsüblich bekanntzumachen ist. Andererseits setzt eine unangemessen kurze Fristsetzung grundsätzlich die objektiv angemessene Frist in Gang (vgl. Grüneberg, a.a.O., Rdn. 14). Auch diese Frist, die der Senat vorliegend mit sechs Monaten bemisst, ist inzwischen verstrichen; die Rücktrittserklärung vom 18.05.2011 ist wirksam geworden. Jedenfalls aber war die Frist verstrichen, als die Klägerin mit Schriftsatz vom 03.11.2014 vorsorglich erneut den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hat (Bl. 481 GA). 113

(5) 114

Das Rücktrittsrecht der Klägerin ist auch nicht gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung der Beklagten ausgeschlossen. 115

(6) 116

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 18.5.2011 (Bl. 243 GA) – sowie nochmals unter dem 3.11.2014 (Bl. 481 GA) – den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. 117

(7) 118

Die Klägerin hat auch nicht, wie die Beklagte meint, dadurch – konkludent - auf ihr Rücktrittsrecht verzichtet, dass sie noch nach ihrer (ersten) Rücktrittserklärung mehrere Teilflächen des erworbenen Grundstücks an Dritte weiterveräußert hat. 119

Da das Rücktrittsrecht ein Gestaltungsrecht ist, das durch einseitige Erklärung ausgeübt wird, kann der Rücktrittsberechtigte auf dieses Recht auch einseitig verzichten 120

(vgl. Kaiser, in: Staudinger, BGB (2012) § 349 Rdn. 56 f.) Dabei kommt es nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen nicht auf einen Verzichtswillen des Rücktrittsberechtigten, sondern darauf an, wie sein Verhalten objektiv zu würdigen ist. So kann beispielsweise die eigene Leistung oder die Annahme der Gegenleistung in Kenntnis der Voraussetzungen des Rücktrittsrechts als Verzicht anzusehen sein. Allein langes Zuwarten mit der Rücktrittserklärung trotz Kenntnis der Voraussetzungen kann dagegen noch nicht als Verzicht ausgelegt werden. Selbst nach Ausübung des Rücktrittsrechts stellt im Übrigen der bloße Weitergebrauch der empfangenen Leistung im Rahmen des Üblichen regelmäßig keinen Verzicht dar. Kommen zum Weitergebrauch zusätzliche Umstände hinzu, kann sich auf Grund einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen unter Umständen ein Verzicht ergeben (vgl. etwa Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, § 349 Rdn. 7 m.w.N.). Ein Verzicht ist aber nur dann anzunehmen, wenn dem Verhalten oder der Erklärung des Berechtigten nach dem objektiven Empfängerhorizont tatsächlich der Wille entnommen werden kann, er wolle trotz Bestehens der Rücktrittsvoraussetzungen am Vertrag festhalten (vgl. Kaiser, a.a.O., Rdn. 57). 121

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass seinerzeit das Vorliegen der Voraussetzungen eines wirksamen Rücktritts – die teilweise Qualifikation des verkauften Grund und Bodens als öffentliche Straße – keineswegs feststand; erst durch die Entscheidung des OVG vom 16.6.2014 durfte die Klägerin sicher davon ausgehen, dass die von der Beklagten erworben Immobilie mit einem

(Rechts-)Mangel behaftet war. Insofern kann allein in dem Umstand, dass in der Zwischenzeit 123 mehrere Teilflächen weiterverkauft worden sind, aus der Sicht eines objektiven Dritten nicht der zwingende Schluss darauf gezogen werden, die Klägerin habe trotz ihrer Rücktrittserklärung den Willen gehabt, am Vertrag festzuhalten.

(8) 124

Die Klägerin hat durch den Weiterverkauf der Grundstücke auch nicht – wie die Beklagte weiter meint - ihr Rücktrittsrecht verwirkt. 125

Auch wenn das Verhalten eines Rücktrittsberechtigten nach den Umständen nicht als Verzicht gedeutet werden kann, kann das Rücktrittsrecht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) – etwa wegen widersprüchlichen Verhaltens – ausgeschlossen, also „verwirkt“ sein (vgl. näher Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, § 349 Rdn. 8 m.w.N.). Allerdings regelt das Gesetz (inzwischen – anders als noch § 351 a.F. BGB) in § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB, dass auch im Fall der zwischenzeitlichen Weiterveräußerung – ebenso wie bei vorsätzlicher Zerstörung, Belastung, Verarbeitung etc. - der Rücktritt erfolgen kann, wobei es statt der Rückgewähr oder Herausgabe des Gegenstandes eine Pflicht des Käufers zum Wertersatz vorsieht. Hierdurch wird in derartigen Fällen der Einwand des Rechtsmissbrauchs gesperrt (vgl. Kaiser, in: Staudinger, BGB (2012), § 349 Rdn. 61). 126

bb) 127

Grundsätzliche Folge eines Rücktritts vom Vertrag ist, dass die vertraglichen Beziehungen der Parteien in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt werden. Noch nicht erfüllte primäre Leistungspflichten aus dem ursprünglichen Vertrag sind erloschen (vgl. Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, § 346 Rdn. 15 m.w.N.). 128

Das gilt auch für die in § 8 des Vertrags übernommene „Arbeitsplatzgarantie“ der Klägerin, sodass eine diesbezügliche Vertragsstrafe nach erfolgtem Rücktritt nicht mehr verwirkt werden konnte. Allerdings führte vorliegend, wie der Senat bereits in seinem Aussetzungsbeschluss vom 16.1.2012 (Bl. 413 ff. GA), auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, näher ausgeführt hat, der Rücktritt (zunächst) auch dazu, dass die zu diesem Zeitpunkt bereits verwirkte Vertragsstrafe nicht mehr verlangt werden konnte: Die Vertragsstrafe ist den primären vertraglichen Leistungspflichten der Vertragsparteien zuzuordnen, denn sie wurde – im Gegenzug zu einer Reduzierung des Kaufpreises für die Immobilie - vereinbart, um die Erfüllung der primären Pflicht der Klägerin zur Schaffung von Arbeitsplätzen zu sichern (vgl. § 340 Abs. 1 S. 1 BGB). Mit dem Strafverlangen der Beklagten ist ihr Anspruch auf Nachweis der entsprechenden Arbeitsplätze gemäß § 340 Abs. 1 S. 2 BGB untergegangen und demgemäß die Vertragsstrafe an die Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht getreten, deren rechtliches Schicksal sie fortan teilt. 129

cc) 130

Der hiernach zunächst wirksam erklärte Rücktritt der Klägerin vom Vertrag ist allerdings durch die Berufung der Beklagten auf die Einrede der Verjährung nachträglich unwirksam 131

geworden (§ 218 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 438 Abs. 4 S. 1 BGB).

(1)	132
Die Einrede der Verjährung konnte die Beklagte zulässigerweise auch noch in zweiter Instanz erheben: Erst aufgrund der Klageänderung bzw. –erweiterung in zweiter Instanz ergab sich für die Beklagte den Anlass bzw. die Notwendigkeit, sich auf Verjährung zu berufen (vgl. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).	133
(2)	134
Der sich aus der Leistung einer mangelhaften Kaufsache ergebende Anspruch der Kläger gegen die Beklagte auf Nacherfüllung war zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 18.5.2011 – erst recht bei deren Wiederholung mit Schreiben vom 3.11.2014 – bereits verjährt:	135
(a)	136
Der Senat geht von einer zweijährigen Verjährungsfrist gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB aus:	137
(aa)	138
Die fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 a) BGB greift vorliegend nicht ein. Die Regelung betrifft die Verjährung der Ansprüche des Käufers wegen Sach- und Rechtsmängeln des Bauwerks; wird ein unbebautes Grundstück verkauft, richtet sich die Verjährung demgegenüber nach Nr. 3, desgleichen, wenn bei Verkauf eines bebauten Grundstücks der Mangel (etwa eine Kontamination) am Grundstück und nicht am Bauwerk auftritt (vgl. etwa Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012 § 438 Rdn. 16). Da es vorliegend um einen	139
(Rechts-)Mangel am Grundstück geht, scheidet § 438 Abs. 1 Nr. 2 a) BGB aus.	140
(bb)	141
Auch die 30jährige Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 1 a) BGB hält der Senat vorliegend nicht für einschlägig,	142
Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift scheidet bereits daran, dass der Mangel der Kaufsache hier nicht in einem dinglichen Recht (vgl. dazu Pammler in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 438 BGB, Rdn. 23) eines Dritten, aufgrund dessen die Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, zu sehen ist. § 438 Abs. 1 Nr. 1 a) BGB betrifft die sog. Eviktionsfälle, mithin die Konstellationen, in denen es um die Durchsetzung eines Herausgabe- oder Abtretungsanspruchs durch eine Person geht, die ein besseres Recht auf einen Gegenstand als der Besitzer beziehungsweise Inhaber hat (vgl. Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB (2013), § 438, Rdn. 47), etwa aufgrund eines Pfandrechtes oder Nießbrauchs (vgl. etwa Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 74. Aufl., § 438 Rdn. 6).	143
Die Vorschrift ist auch nicht analog auf die vorliegende Konstellation anzuwenden.	144
Da der Rechtsverkehr klare Verhältnisse erfordert, ist es zwar grundsätzlich geboten, sich bei der Auslegung der Verjährungsvorschriften eng an deren Wortlaut zu halten (BGH, Urt. v. 6. November 1969 - VII ZR 159/67 - BGHZ 53, 43, 47). Das schließt allerdings nach der	145

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Berücksichtigung des Gesetzeszweckes und die analoge Anwendung von Vorschriften des Verjährungsrechts nicht grundsätzlich aus (vgl. BGH, Urteil vom 08. Dezember 1992 – X ZR 123/90 - NJW-RR 1993, 1059; Urteil vom 17. Januar 1985 - IX ZR 59/85 - BGHZ 93, 278; Urteil vom 11. Juli 1985 - III ZR 62/84 - BGHZ 95, 238; Urteil vom 14. Mai 1986 - VIII ZR 99/85 - BGHZ 98, 59).

Zwar besteht insoweit eine Parallele zwischen der vorliegenden Konstellation und den vom Wortlaut der Vorschrift umfassten Fällen, als die Klägerin sich nach obigen Darlegungen hinsichtlich derjenigen Flächen, bei denen es sich um öffentliches Straßenland handelt, gegebenenfalls einer Enteignung ausgesetzt sieht, also auch insoweit die Sache herauszugeben hat. Die Interessenlage ist jedoch insofern eine andere, als die Bestimmung des § 438 Abs. 1 Nr. 1a) BGB ihrem Gesetzeszweck nach verhindern soll, dass der Käufer, der seinerseits 30 Jahre dem Recht des Dritten ausgesetzt ist (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB), beim Verkäufer nicht mehr Rückgriff nehmen kann, was bei einer Enteignung insofern nicht zum Tragen kommt, als diese ohnehin nur gegen Entschädigung erfolgen kann (vgl. Art. 14 Abs. 3 GG). Überdies hätte die Herausgabe vorliegend nicht an einen Dritten zu erfolgen, sondern an die Beklagte als Verkäuferin selbst. 146

(cc) 147

Auch § 438 Abs. 1 Nr. 1 b) BGB findet vorliegend keine – auch nur entsprechende – Anwendung, denn es handelt sich weder um einen Mangel in der Form eines im Grundbuch eingetragenen sonstigen Rechtes noch um die Fallkonstellation, dass der Mangel in einem außerhalb des Grundbuchs entstandenen, nicht eingetragenen und gegen einen gutgläubig lastenfreien Erwerb geschützten dinglichen Recht besteht (vgl. allgemein etwa BGH, Urteil vom 27. Februar 2015 – V ZR 133/14 – NJW 2015, 2029). Vielmehr ist die gegenständliche Konstellation eher mit einer öffentlich-recht- 148

lichen Bindung als Rechtsmangel vergleichbar (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 28.10.1983 – V ZR 235/82 – juris), bei der § 438 Abs. 1 Nr. 1 b) BGB keine entsprechende Anwendung findet. 149

(dd) 150

Es greift vorliegend auch nicht die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 438 Abs. 3 S. 1 BGB in Verbindung mit §§ 195, 199 BGB – Verjährungsbeginn wäre dann der 1.1.2010 - ein. 151

Die Beklagte hat nämlich den Mangel der Kaufsache – die (teilweise) bestehende Widmung als öffentliche Straße – nicht arglistig verschwiegen. 152

Das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines "Fürmöglichhaltens" reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (vgl. etwa BGH, Urteil vom 11. Mai 2001 – V ZR 14/00 – NJW 2001, 2326). 153

Die Annahme von Arglist auf Seiten der Beklagten lässt sich vorliegend im Ergebnis insbesondere nicht damit begründen, dass die Beklagte bereits 1976 die Widmung der „T-Straße“ als öffentliche Straße festgestellt und auf einer Karteikarte ihrer im damaligen Fachbereich 66/55 (Planen und Bauen) geführten Widmungskartei vermerkt sowie die T-Straße als gewidmete Straße in den Stadtplan aufgenommen hat. Das Wissen der mit der Führung der Widmungskartei befassten Mitarbeiter der Beklagten in deren (ehemaligen) 154

Fachbereich 66/55 – etwa des im Parallelverfahren 4 O 327/10 LG Hagen vernommenen Zeugen S (Bl. 52R ff. BA) – sind der Beklagten nämlich nicht zuzurechnen:

Nach den vom Bundesgerichtshof hierzu entwickelten Grundsätzen, denen sich der Senat anschließt, kommt bei juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts allerdings grundsätzlich entsprechend § 166 BGB eine Wissenszurechnung in Betracht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 203/09 – juris; BGH, Urteil vom 01. Oktober 1999 – V ZR 218/98 – NJW 1999, 3777; Urteil vom 02. Februar 1996 – V ZR 239/94 – BGHZ 132, 30). Deren Umfang lasse sich – so der Bundesgerichtshof (vgl. etwa Urteil vom 02. Februar 1996 – V ZR 239/94 –, BGHZ 132, 30) - nicht mit logisch-begrifflicher Stringenz, sondern nur in wertender Beurteilung entscheiden. Jedenfalls für die Frage der Risikoverteilung bei Grundstücksgeschäften sei es geboten, der Gemeinde das ihr durch Organvertreter einmal vermittelte, "typischerweise aktenmäßig festgehaltene", Wissen auch weiterhin – mithin bis zum Abschluss des streitgegenständlichen Grundstückskaufvertrages - zuzurechnen; nur so lasse sich die strukturelle Besonderheit der organisatorischen Aufspaltung gemeindlicher Funktionen in personeller und zeitlicher Hinsicht (etwa auch durch Wechsel der Amtsträger) ausgleichen. Der Bürger, der mit der Gemeinde einen wirtschaftlich bedeutsamen Vertrag schließe und ihr dabei im Zweifel sogar erhöhtes Vertrauen entgegenbringe, dürfe im Prinzip nicht schlechter gestellt werden, als wenn er es nur mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hätte. In diesem Sinne sei als "Wissensvertreter" zunächst jeder anzusehen, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen sei, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten; er brauche weder zum rechtsgeschäftlichen Vertreter noch zum "Wissensvertreter" ausdrücklich bestellt zu sein. Der Geschäftsherr müsse sich seiner aber im rechtsgeschäftlichen Verkehr wie eines Vertreters bedienen haben; habe der Wissensträger den Geschäftsherrn nur intern beraten, scheidet eine sinngemäße Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB aus (vgl. etwa BGH, Urteil vom 24.1.1992 – V ZR 262/90 – BGHZ 117, 104).

155

Allerdings hat der Bundesgerichtshof die Grundsätze zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen in der Folgezeit erweitert. Es komme nicht notwendig auf die eigenverantwortliche Erledigung bestimmter Aufgaben, sondern auf die Verfügbarkeit derjenigen Informationen an, die "typischerweise aktenmäßig festgehalten" würden. Hiernach gründet die Wissenszurechnung weniger auf der Organstellung oder vergleichbaren Position des Wissensvermittlers, sondern auf dem Gedanken des Verkehrsschutzes und der daran geknüpften Pflicht zu ordnungsgemäßer Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation. Andererseits bestehe auch keine Pflicht einer Gemeinde, zwischen den verschiedenen Ämtern allgemein einen Informationsaustausch zu organisieren – mithin das theoretisch verfügbare Wissen des einen Amtes dem anderen zurechnen -, denn dann stünde der Vertragspartner in derartigen Fällen organisationsbedingter "Wissensaufspaltung" sogar besser da als wenn er den Vertrag mit einer natürlichen Person geschlossen hätte, denn diese besäße nicht jene Informationen, welche die Gemeinde aufgrund ihrer öffentlichen Aufgaben erlange. Der Wissenszurechnung seien dementsprechend persönliche und zeitliche Grenzen zu ziehen. So dürfe das als Wissen Zuzurechnende nicht zu einer Fiktion entarten, die juristische Personen oder andere am Rechtsverkehr teilnehmende Organisationen weit über jede menschliche Fähigkeit hinaus belasteten. Vielmehr müsse für denjenigen Menschen, für den die Zurechnung gelten soll, wenigstens eine reale Möglichkeit, aber auch ein Anlass bestanden haben, sich das Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichern oder von anderen Menschen zu beschaffen.

156

(grundlegend BGH, Urteil vom 2. Februar 1996 – V ZR 239/94 – BGHZ 132, 30).

157

Die gebotene Pflicht zur Organisation eines Informationsausgleichs zwischen den einzelnen Stellen einer juristischen Person kann unter Zugrundelegung dessen inhaltlich in drei Pflichten aufgeteilt werden: in die grundsätzliche Pflicht, wichtige Informationen zu speichern, in die Pflicht, Informationen weiterzuleiten an die Stellen, die es angeht, und in die Pflicht derjenigen Stellen, die es angeht, Informationen abzufragen (vgl. etwa Krüger, in: Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 10. Aufl., S. 13). 158

In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof etwa in einer späteren Entscheidung BGH, Urteil vom 01. Oktober 1999 – V ZR 218/98 – NJW 1999, 3777) etwa angenommen, das Liegenschaftsamt einer kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft sei als Verkäufer eines Grundstücks selbst auf die gezielte Frage nach Altlasten ohne dahingehende Anhaltspunkte nicht verpflichtet, sämtliche die Nachbargrundstücke betreffenden Akten auf Zufallsinformationen zu einer möglichen Kontamination des Vertragsobjekts durchzusehen. Die Auferlegung einer derart weitreichenden Nachforschungspflicht ginge über die vom Senat herausgearbeiteten Kriterien hinaus, die bezweckten, den Vertragspartner einer fiskalisch handelnden politischen Gemeinde nicht schlechter aber auch nicht besser zu stellen, als wenn er den Vertrag mit einer Privatperson geschlossen hätte. Die Gemeinde würde jedoch schlechter gestellt, wenn man jedes theoretisch verfügbare Wissen des einen Amtes mit der Begründung, es habe eine Nachforschungspflicht bestanden, dem anderen Amt zurechnen wollte (vgl. BGH, Urteil vom 1. Oktober 1999, a.a.O.). 159

Gemessen hieran geht der Senat davon aus, dass die Beklagten sich das Wissen der mit der Führung der Widmungskartei befassten Mitarbeiter – etwa des Zeugen S – nicht zurechnen lassen muss: 160

Im Verhältnis zu der Klägerin sind die Mitarbeiter des mit der Führung der Widmungskartei (seinerzeit) befassten Fachbereichs 66/55 (Planen und Bauen) nicht als Repräsentanten der Beklagten im Rechtsverkehr aufgetreten. Eine Wissenszurechnung analog § 166 BGB ergibt sich vorliegend aber auch nicht aus einer Verletzung der Pflicht zum Informationsausgleich – hier zwischen dem Fachbereich 66/55 und dem (seinerzeit) mit dem Verkauf an die Klägerin befassten Liegenschaftsamt der Beklagten. Letzteres hatte nämlich im vorliegenden Fall keinen Anlass, vor dem Verkauf des streitgegenständlichen T-geländes die Widmungskartei einzusehen: 161

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu berücksichtigen, dass nach dem im Senatstermin vom 30.11.2015 vorgelegten „Ablaufplan“ (Bl. 712 f. GA) – einer Art verwaltungsinternen Handlungsanweisung – beim Verkauf städtischer Grundstücke eine routinemäßige Beteiligung des Fachbereiches „Planen und Bauen“ nur im Hinblick auf die bauplanungsrechtliche Situation (Bestand eines Bebauungs- oder Flächennutzungsplanes) bzw. im Hinblick auf etwa noch offene Erschließungs- oder Anschlussbeiträge vorgesehen ist, nicht aber eine Einsicht in die Widmungskartei. Auch der Bundesgerichtshof hat im Übrigen einer Pflicht einer Gemeinde, im Zusammenhang mit dem Verkauf eines eigenen Grundstücks zwischen dem Liegenschafts- und dem Baurechtsamt einen allgemeinen Informationsaustausch zu organisieren, eine eindeutige Absage erteilt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 1992 – V ZR 262/90 –, BGHZ 117, 104). 162

Es gab vorliegend aber keinen konkreten Anlass für das Liegenschaftsamt, die Widmungskartei abzufragen. Ein solcher hätte dann bestanden, wenn sich aus den Umständen zureichende Anhaltspunkte für die Qualifikation der streitgegenständlichen Flächen als öffentliches Straßenland ergeben hätten. Dies war jedoch nicht der Fall: 163

Zwar war unstreitig ein Teil der verkauften Fläche auch im Katasterplan (vgl. Bl. 51 Beiakte 4 O 327/10 LG Hagen) als „T-Straße“ bezeichnet; wie sich aus dem im Parallelverfahren überreichten Foto (Bl. 137 BA 4 O 327/10 LG Hagen) ergibt, befindet sich an der Kreuzung der Straße mit der N-Straße auch ein entsprechendes T3. Allerdings war allen Beteiligten klar, dass es sich bei dem verkauften Grundstück um das ehemalige Schlachthofgelände handelte, so dass die Bezeichnung „T-Straße“ sich auch auf deren Funktion – die innerbetriebliche Erschließung des T-geländes - bezogen haben könnte.

Vor allem aber vermitteln die – sämtlichen Beteiligten vor dem Vertragsschluss bekannten - örtlichen Gegebenheiten den Eindruck, es handele sich um ein Privatgelände, nicht aber um öffentliches Straßenland: Die als T-Straße bezeichnete Wegfläche ist keine durchgehende Straße, sondern eine Sackgasse. Sie beginnt an der (T-)Kreuzung mit der N-Straße und ist auf der einen Seite begrenzt durch ein Eisenbahnviadukt. Vor allem aber ist der Bereich „T-Straße“, wie sich aus dem im Senatstermin vom 30.11.2015 erörterten Foto (Anlage zum Protokoll vom 29.3.2011, Bl. 63a Beiakte 4 O 327/10 LG Hagen) ergibt, etwa 20 – 30 m hinter der Einmündung der N-Straße mit einem Tor versehen - wobei der Senat davon ausgeht, dass der Abstand zwischen der Einmündung der N-Straße und dem Tor lediglich der besseren Rangmöglichkeit von Lieferwagen dienen bzw. verhindern soll, dass vor dem Tor wartende LKW die Kreuzung mit der N-Straße versperren. Gerade die Abgrenzung mit einem Tor stellt jedoch ein starkes Indiz dafür dar, dass es sich bei dem dahinter liegenden Bereich gerade nicht um öffentliches, der Allgemeinheit zur Verfügung stehendes Straßenland handelt. Dies gilt umso mehr, als auf dem besagten Foto (Bl. 63a Beiakte) zu erkennen ist, dass das Tor ein Schild trägt mit der Aufschrift

*„Unbefugten ist das Betreten des Betriebsgeländes streng. Widerrechtliches Betreten wird strafrechtlich verfolgt“.*

Gegen die Annahme, die mit dem Verkauf befassten Mitarbeiter des Liegenschaftsamtes der Beklagten seien ihrer Informationsabfragepflicht nicht hinreichend nachgekommen, hätten also pflichtwidrig die Widmungskartei nicht eingesehen, spricht schließlich auch, dass die Frage der Einordnung der T-Straße als öffentliche Straße selbst von den hiermit befassten Fachgerichten, dem Verwaltungsgericht Arnsberg und dem Oberverwaltungsgericht NRW, keineswegs einheitlich beantwortet worden ist; es bedurfte erst zweier Instanzen, um die entsprechenden Feststellungen zu treffen. Wenn aber bereits das Verwaltungsgericht Arnsberg in einer ausführlich begründeten, allerdings in der Berufung abgeänderten Entscheidung (Bl. 124 ff. Beiakte 7 K 3091/11), zu dem Ergebnis gekommen ist, es handele sich bei der „T-Straße“ *nicht* um eine öffentliche Straße, kann nicht erwartet werden, dass die mit dem Verkauf befassten Mitarbeiter des Liegenschaftsamtes dies bereits im Vorfeld des Vertrages hätten hinterfragen müssen.

(ee)

Kommt mithin mangels Wissenszurechnung und damit mangels Arglist nur die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB in Betracht, so hat diese mit der Übergabe des Grundstücks – hier am 1.2.2009 (Bl. 15 GA) – zu laufen begonnen (vgl. § 438 Abs. 2 BGB). Demgemäß ist am 1.2.2011 Verjährung eingetreten (vgl. § 188 BGB).

(ff)

Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche der Klägerin ist auch nicht nach § 203 S. 1 BGB gehemmt gewesen. Die Klägerin hat sich erstmals mit Schreiben vom 3.5.2011 auf Gewährleistungsansprüche im Hinblick auf den Verkauf von öffentlichem Straßenland

berufen. Zu diesem Zeitpunkt war allerdings insoweit bereits Verjährung eingetreten.	
Ebenso wenig kommt eine Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB in Betracht, denn die Klägerin hat sich im Verfahren erstmals mit Schriftsatz vom 3.11.2014 – zugestellt am 13.11.2014 (Bl. 490a GA) - auf etwaige Gewährleistungsansprüche berufen.	172
(3)	173
Die – erfolgreiche - Berufung der Beklagten auf Verjährung hat zur Folge, dass der von der Klägerin erklärte Rücktritt unwirksam geworden ist und der Anspruch auf Rückzahlung des geltend gemachten Betrages in Höhe von 75.000 € aus § 346 Abs. 1 BGB i.V.m §§ 437 Nr. 2, 323 BGB in Wegfall geraten ist: Beruft sich der Schuldner auf die Verjährung des Hauptanspruchs, wird der zunächst wirksame Rücktritt bzw. die Minderung unwirksam und das ursprüngliche Vertragsverhältnis lebt wieder auf. Ansprüche aus dem Rücktritt gemäß §§ 346 f. fallen ersatzlos weg (vgl. Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 218 Rdn. 7).	174
3.	175
Die Klägerin kann den geltend gemachten Betrag in Höhe von 75.000 € auch nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB ersetzt verlangen.	176
Zwar hat die Klägerin – hilfsweise – die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung über die Qualifikation eines Teiles verkauften Grundstücks als öffentliche Straße (§ 123 Abs. 1 BGB) erklärt. Wie oben dargelegt, hat die Beklagte die Klägerin insoweit allerdings nicht arglistig getäuscht, so dass es bereits an dem geltend gemachten Anfechtungsgrund des § 123 Abs. 1 BGB fehlt.	177
4.	178
Auf die von Beklagtenseite hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch aus § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB in Höhe eines erstrangigen Teilbetrag von 75.000 € sowie das weiterhin „äußerst hilfsweise“ geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf die nach ihrem Vortrag von der Klägerin im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrags nach Rücktritt geschuldete Rückgewähr der noch nicht weiterveräußerten Flurstücke X und X (Bl. 640 GA) kommt es nicht mehr an.	179
<b><u>2. Antrag: Bewilligung der Löschung der Grundschuld (Grundbuch Hagen, Blatt #####, Abt. III, lf. Nr. 4) über 75.000 €</u></b>	180
A.	181
In der – zusätzlichen - Erhebung des neuen Klageantrags zu 2. liegt eine – wie oben dargelegt - als Klageänderung (§§ 263, 533 BGB) zu behandelnde nachträgliche Klagehäufung. Diese ist nach § 533 ZPO zulässig:	182
Die Klageänderung bzw. –erweiterung ist sachdienlich i.S.v. § 533 Nr. 1 ZPO, da sie geeignet ist, einen Folgeprozess über die Löschungsbewilligung zu vermeiden, und auch kein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt wird. Es wird insoweit auf die Ausführungen oben verwiesen.	183
Der neue Antrag kann auch i.S.v. § 533 Nr. 2 ZPO auf Tatsachen gestützt werden, die ohnehin gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen bzw. – was den Bestand der	184

Grundschuld deren Sicherungszweck (Bl. 482 f. GA) angeht – unstreitig sind.

B.	185
Der Antrag ist auch begründet.	186
Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Löschung der noch bestehenden Grundschuld in Höhe von 75.000 € (Grundbuch von Hagen, Bl. #####, Abt. III, lf. Nr. 4) aus der Sicherungsabrede der Parteien zu.	187
Wenn sich der Sicherungszweck erledigt hat, ist der Sicherungsnehmer verpflichtet, die Grundschuld an den Sicherungsgeber zurück zu übertragen. Dieser Anspruch ergibt sich aus der Sicherungsabrede (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19. April 2013 – V ZR 47/12 – BGHZ 197, 155; Wenzel in: Erman BGB, Kommentar, § 1191 BGB, Rdn. 61).	188
So liegt es hier:	189
Die Klägerin kann die (weitere) Zahlung der Vertragsstrafe, deren Sicherung die streitgegenständliche Grundschuld dient, nach § 438 Abs. 4 S. 2 BGB verweigern; ihr steht insoweit eine Einrede gegen den entsprechenden Anspruch der Beklagten zu:	190
Zwar regelt die Vorschrift des § 438 Abs. 4 S. 2 BGB ihrem Wortlaut nach nur das Recht des Käufers, trotz der Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 Abs. 1 BGB, den noch nicht gezahlten <i>Kaufpreis</i> zu verweigern – wobei das Erfordernis einer Mängelanzeige wie nach § 478 BGB a.F. nicht mehr besteht (vgl. etwa Matusche-Beckmann, in: Staudinger, BGB (2013), § 438 Rdn. 125).	191
Der Senat geht allerdings davon aus, dass die Vorschrift des § 438 Abs. 4 S. 2 BGB analog auf das vorliegende Vertragsstrafversprechen Anwendung findet, soweit hierauf eine Zahlung der Klägerin noch nicht erfolgt ist:	192
Wie oben dargelegt, sind die in § 8 des Vertrags übernommene „Arbeitsplatzgarantie“ der Klägerin und als ihr Surrogat die versprochene Vertragsstrafe den primären vertraglichen Leistungspflichten der Vertragsparteien zuzuordnen. Die Verpflichtung zur Schaffung von Arbeitsplätzen auf dem verkauften Grundstück wurde nämlich im Gegenzug zu einer Reduzierung des Kaufpreises für die Immobilie vereinbart, ist also letztlich Teil der vertraglich geschuldeten	193
(Gegen-)Leistung der Klägerin. Entsprechendes gilt für deren Surrogat, die versprochene Vertragsstrafe: Diese ist mit dem Strafverlangen der Beklagten aus ihrem Anspruch auf Nachweis der entsprechenden Arbeitsplätze hervorgegangen (vgl. § 340 Abs. 1 S. 2 BGB) und an die Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht getreten. Das bedeutet aber, dass die Klägerin die Einrede des § 438 Abs. 4 S. 2 BGB auch gegenüber dem Anspruch der Beklagten auf die noch nicht erbrachte (weitere) Vertragsstrafe in Höhe von 75.000 €, deren Sicherung die streitgegenständliche Grundschuld dient, erheben kann. Die Situation ist insoweit wertungsmäßig keine andere, als wenn die Parteien bei Vertragsschluss statt der Vertragsstrafe für den Fall der unzureichenden Schaffung von Arbeitsplätzen einen aufschiebend bedingten (§ 158 Abs. 1 BGB) weiteren Kaufpreisanspruch vereinbart hätten.	194
Steht aber dem mit der Grundschuld gesicherten Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin in Höhe von 75.000 € eine (dauerhafte) Einrede entgegen, so bedeutet das, dass deren Sicherungszweck entfallen ist und sich aus der Sicherungsabrede ein Anspruch der Klägerin auf Rückgewähr der Sicherheit, m.a.W. auf Löschung der Grundschuld zusteht.	195

In der Geltendmachung des Löschungsanspruchs liegt zugleich auch die Geltendmachung der Einrede aus § 438 Abs. 4 S. 2 BGB durch die Klägerin. 196

**3. Antrag: Feststellung einer Schadenersatzverpflichtung der Beklagten im Hinblick auf die teilweise Widmung des verkauften Grundstücks als Straßenland** 197

A. 198

Der Feststellungsantrag ist zulässig. 199

I. 200

Die Klägerin beruft sich darauf, ihr Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) ergebe sich daraus, dass sie etwaige Schadenersatzansprüche, die sich etwa aus der mangelnden Nutz- oder Bebaubarkeit der als Straßenland verkauften Flächen ergeben könnten, noch nicht beziffern könne (Bl. 483 f.). Das genügt zur Begründung eines Feststellungsinteresses aus (vgl. allgemein Greger, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl. § 256 Rn. 7a, 9). 201

II. 202

Der Feststellungsantrag ist auch hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 Abs.2 Nr. 2 ZPO ist, und zwar auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, wonach ein Feststellungsantrag, mit dem eine Gewährleistungspflicht festgestellt werden solle, die Mängel im Einzelnen so genau zu bezeichnen habe, dass kein Zweifel darüber entstehen könne, für welche Mängel die Gewährleistungspflicht bestehe, wobei sich eine Konkretisierung auch unter Heranziehung des Sachvortrages ergeben könne (vgl. etwa BGH, Urteil vom 06. Dezember 2001 – VII ZR 440/00 – NJW 2002, 681). 203

Die Klägerin begehrt die Feststellung, „dass die Beklagte verpflichtet ist, jeden Schaden zu ersetzen, der der Klägerin dadurch entstanden ist oder noch entsteht, dass Teilbereiche des mit Kaufvertrag vom XX.X.2009 von den Beklagten erworbenen Grundbesitzes als öffentliches Straßenland gewidmet sind“ (Bl. 479 GA). Ob das bereits genügt, den fraglichen Mangel hinreichend bestimmt zu bezeichnen, kann dahinstehen, da die im Antrag genannten „Teilbereiche“ jedenfalls im Sachvortrag der Klägerin hinreichend konkretisiert worden sind. Dort findet sich nämlich die Behauptung, dass „sämtliche asphaltierten und nicht überbauten Flächen“ des Kaufobjekts öffentliches Straßenland seien (Bl. 248 GA). Ob dies zutreffend ist, ist an dieser Stelle irrelevant. 204

III. 205

Der (neue) Klageantrag ist auch unter Berücksichtigung des § 533 ZPO zulässig. 206

Auch hier gilt, dass die Klageerweiterung sachdienlich ist und der zugrundeliegende Vortrag nach § 529 ZPO zu berücksichtigen ist. Es wird auf obige Ausführungen Bezug genommen. 207

B. 208

Der Feststellungsantrag ist allerdings unbegründet. 209

Der Schadenersatzanspruch, dessen Feststellung dem Grunde nach die Klägerin begehrt (§§ 435, 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 BGB) ist nämlich nach § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB verjährt. Es wird auf obige Darlegungen Bezug genommen. 210

211

#### **4. Antrag: Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung des Kaufvertrages**

A.	212
Die Klage ist zulässig.	213
Eine Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines unter § 794 ZPO fallenden Titels ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat – ebenso wie die überwiegende Literatur - folgt, in analoger Anwendung von § BGB § 371 BGB jedenfalls dann statthaft, wenn sie – wie hier - gemäß § 260 ZPO gleichzeitig mit der Vollstreckungsabwehrklage erhoben wird (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19. Dezember 2014 – V ZR 32/13 –, NJW-RR 2015, 521; BGH, Urteil vom 19. Dezember 2014 – V ZR 82/13 – NJW 2015, 1181; OLG Hamm, Beschluss vom 13. Juni 2008 – 10 WF 79/08 – FamRZ 2008, 2225; Preuß, in: Beck`scher Onlinekommentar zur ZPO, Hrsg. Vorwerk/Wolf, 18. Edition, Stand: 01.09.2015, § 767 Rdn. 73; Olzen, in: Staudinger, BGB (2011), § 371 Rdn. 7; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl., § 371 Rdn. 4).	214
Auch § 533 ZPO steht der Zulässigkeit des – neuen – Herausgabeantrags nicht entgegenstehen. Die Zulassung des Antrags ist sachdienlich gemäß § 533 Nr. 1 ZPO, neuer Sachvortrag ist zur Begründung des Antrags ersichtlich nicht erforderlich. Es insoweit auf obige Ausführungen verwiesen.	215
B.	216
Die Klage ist auch begründet.	217
Ein Schuldner kann in entsprechenden Anwendung des § 371 BGB die Herausgabe eines Vollstreckungstitels verlangen, wenn die Vollstreckung aus dem Titel auf Grund einer auf materiell-rechtlich Einwänden gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO für unzulässig erklärt wird. Der Anspruch besteht in diesem Fall aber nicht schon, wenn und weil die Vollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt worden ist, sondern erst, wenn die Schuld mit Sicherheit erloschen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat. Denn das Urteil beseitigt nur die Vollstreckbarkeit der Urkunde, besagt aber nichts über das Bestehen oder Nichtbestehen des zu vollstreckenden Anspruchs (vgl. etwa BGH, Urteil vom 19. Dezember 2014 – V ZR 82/13 – NJW 2015, 1181; Urteile vom 14. Juli 2008 - II ZR 132/07 - NJW-RR 2008, 1512).	218
Vorliegend steht – wie oben dargelegt - der titulierten Forderung in Höhe von 75.000 € die – dauerhafte - Einrede des § 438 Abs. 4 S. 2 BGB entgegen; in Höhe von weiteren 75.000 € ist der Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf die Vertragsstrafe durch die Leistung der Bürgin (§ 267 Abs. 1 BGB) durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erloschen.	219
<b><u>5. Antrag: Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung aus § 8 des Notarvertrages (Vertragsstrafe)</u></b>	220
A.	221
Die Vollstreckungsabwehrklage gemäß den §§ 767 Abs. 1, 774 Abs. 1 Nr. 5, 775 S. 1 ZPO ist statthaft, denn es werden materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend gemacht.	222
B.	223
	224

Das Landgericht hat der Vollstreckungsgegenklage teilweise stattgegeben, nämlich soweit „derzeit“ hinsichtlich eines über 130.000 € hinausgehenden Betrages die Vollstreckung betrieben wird.

Indem die Klägerin nunmehr in der Berufung die Feststellung der uneingeschränkten Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung begehrt, wendet sie sich nicht nur gegen die Vollstreckung in Höhe von 130.000 €, sondern auch dagegen, dass das Landgericht hinsichtlich des weiteren Betrages von 20.000 € die Zwangsvollstreckung (lediglich) „derzeit“ für unzulässig erklärt hat. Die Beschwer der Klägerin insoweit ergibt sich aus der eingeschränkten Rechtskraftwirkung der landgerichtlichen Entscheidung. 225

C. 226

Die Vollstreckungsgegenklage ist – insgesamt – begründet. 227

Hinsichtlich eines Teilbetrages von 75.000 € ist durch die Zahlung der entsprechenden Summe durch die O. M. T. Erfüllung eingetreten (§§ 267 Abs. 1, 362 Abs. 1 BGB); im Hinblick auf den Teilbetrag von weiteren 75.000 € steht dem Anspruch der Beklagten – wie dargelegt – die Einrede des § 438 Abs. 4 S. 2 BGB entgegen. 228

III. 229

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 230

Bezüglich der Kosten des Rechtsstreits erster Instanz ist maßgeblich, dass hier allein die Vollstreckungsgegenklage rechtshängig gewesen ist, die im vollen Umfang Erfolg hat. § 97 Abs. 2 ZPO in analoger Anwendung findet zugunsten der Beklagten nicht Anwendung, weil das neue Vorbringen der Klägerin auf einer dynamischen Entwicklung der Tatsachengrundlage im zweiten Rechtszug beruht. Es hätte also nicht schon in der ersten Instanz geltend gemacht werden können. 231

IV. 232

Die Revision lässt der Senat nicht zu, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind: Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Angelegenheit von grundsätzlicher, über den Einzelfall hinausgehender Bedeutung (vgl. allgemein etwa Kessal-Wulf, in: Beck'scher Onlinekommentar zur ZPO, § 543 Rdn. 19) 233

V. 234

Der Gegenstandswert des Berufungsverfahrens wird in Abänderung des Beschlusses des Senates vom 2.2.2015 (Bl. 606 GA) wie folgt festgesetzt: 235

Klageantrag zu 1) 75.000 € 236

Klageantrag zu 2) 15.000 € 237

Klageantrag zu 3) 20.000 € 238

Klageantrag zu 4) 500 € 239

Klageantrag zu 5)	<u>150.000 €</u>	240
Gesamt	260.500 €	241

Die Notwendigkeit der Abänderung des Streitwertbeschlusses des Senates vom 2.2.2015 ergibt sich daraus, dass der Senat den Wert der Vollstreckungsgegenklage, für den die Höhe der titulierten Forderung maßgeblich ist (vgl. Musieloh-Heinrich, ZPO, 12. A., § 3 ZPO „Zwangsvollstreckung“) versehentlich zu niedrig bemessen hat. 242

		243
--	--	-----