

032 b.
5.4
IV ZR 165/55

Verkündet
am 7. Dez. 1955
Schorm, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Gutsbesitzers Clemens C. [REDACTED] in M. [REDACTED], T. [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. Anton R. [REDACTED] in M. [REDACTED], T. [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED], als Verwalter im Konkurse über das Vermö-
gen des Holzhändlers Simon R. [REDACTED] in M. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. November 1955 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Raske, Dr. v. Werner, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in München vom 25. Februar
1955 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Verwalter des - in Laufe dieses Rechtsstreits eröffneten - Konkurses über das Vermögen des Holzhändlers R. (im folgenden der Gemeinschuldner genannt). Im November 1951 waren der Gemeinschuldner und der Beklagte in Verhandlungen eingetreten, die den Verkauf verschiedener Waldgrundstücke des Beklagten zum Gegenstand hatten. Der Gemeinschuldner erklärte sich zum Ankauf der Grundstücke bereit und leistete an den Beklagten eine Zahlung von 20.000,-- DM, die in der darüber ausgestellten Quittung vom 15. Dezember 1951 als Anzahlung laut mündlicher Vereinbarung bezeichnet wurde. In einem sodann am 16. Februar 1952 abgeschlossenen privatschriftlichen Kaufvertrage erklärten der Beklagte und der Gemeinschuldner, daß jener an diesen aus seinem Gutsbesitz die Waldgrundstücke mit Holzbestand Pl.-Nr. 1256, 1258a, 1258b, 765 und 444 1/2 in einer Größe von 19,264 ha für 600.000,-- DM verkaufe und daß der Kaufpreis erlegt werde durch die laut Quittung bereits vorschußweise bezahlten 20.000,-- DM und durch Überweisung von 580.000,-- DM auf ein Bankkonto des Beklagten bis zum 21. Februar 1952. Gleichzeitig war vereinbart, daß die Verbriefung auf dem Notariat spätestens am 24. Februar 1952 stattfinde und der Käufer die Grunderwerbssteuer und die Notariatsgebühren übernehme. Am 25. Februar 1952 schlossen beide über denselben Kaufgegenstand einen neuen ebenfalls privatschriftlichen Vertrag, der gegenüber dem Vertrage vom 16. Februar 1952 folgende Änderungen enthielt: Der Kaufpreis sollte durch eine Baranzahlung von 300.000,-- DM bis 27. Februar 1952 und durch Überweisung des Restkaufpreises von 300.000,-- DM "abzüglich eines bereits geleisteten Vorschusses von 20.000,-- DM" bis 15. März 1952 auf das Bankkonto des Beklagten überwiesen werden. Ferner war vorgesehen, daß die Verbriefung des Kaufvertrages nach Übereinkunft zu einem spä -

- 3 -

teren Termin zu erfolgen habe.

Zum Abschluß eines notariellen Kaufvertrages kam es jedoch nicht. Der Beklagte verkaufte durch schriftlichen Vertrag vom 10. März 1952 den Holzbestand der Grundstücke Pl.-Nr. 1256 und 1258 an die Firma Gebr. B[REDACTED] für 517 500,-- DM und durch notariellen Vertrag vom 11. März 1952 die beiden genannten Grundstücke mit einer Fläche von 17,858 ha an den Landwirt Wilhelm B[REDACTED] für 32.500,-- DM.

Der Kläger verlangt die Rückzahlung der 20.000,-- DM. Er erwirkte zunächst im Urkundenprozeß ein seinem Antrag entsprechendes Vorbehaltsurteil. Dieses wurde im Nachverfahren bestätigt, jedoch hob das Oberlandesgericht das bestätigende Urteil auf und verwies die Sache an das Landgericht zurück. In dem erneuten Verfahren erging zunächst ein Versäumnisurteil gegen den Gemeinschuldner, durch welches das Vorbehaltsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen wurde. Der Kläger legte Einspruch ein. Das Landgericht hob darauf durch ein ohne mündliche Verhandlung ergangenes Urteil vom 30. September 1954 das Versäumnisurteil auf und hielt das Vorbehaltsurteil ohne Vorbehalt aufrecht.

Das Oberlandesgericht in München hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I. Die Revision hält das Urteil des Landgerichts vom 30. September 1954 deswegen für keine geeignete Grundlage des Berufungsverfahrens, weil diese Entscheidung nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergangen sei. Sie meint - in Anlehnung an die Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 30. Juni 1955 (BGHZ 18, 61 = NJW 55, 1357) -, es entspreche nicht dem Sinn und Zweck des § 128 Abs 2 ZPO, daß -wie das Landgericht München I in München es tue - ein Gericht seine Urteile in aller Regel im schriftlichen Verfahren erlasse. Denn auch diese Bestimmung rühre nicht an den Grundsatz, daß im allgemeinen das mündliche Verfahren die beste Gewähr für eine rasche und sichere Aufklärung des Sachverhalts und eine sachgerechte Entscheidung des Streitfalls biete. Deshalb müsse das mündliche Verfahren als Regel beibehalten werden. Welche Gefahr es mit sich bringe, wenn das schriftliche Verfahren ungebührlich ausgedehnt werde, zeige gerade der vorliegende Fall, in dem die letzte mündliche Verhandlung vor dem Landgericht am 29. Januar 1954 stattgefunden habe, in dem dann die Parteien im Termin am 23. Februar 1954 ihr Einverständnis mit schriftlicher Entscheidung erklärt hätten und in dem schließlich erst am 30. September 1954 das Urteil erlassen worden sei.

Diesen Ausführungen kann im Ergebnis nicht zugestimmt werden. Grundsätzlich hat die Verhandlung über einen Rechtsstreit eine mündliche zu sein (§ 128 Abs 1 ZPO). Diese Bestimmung hat ihren guten Sinn, weil die mündliche Verhandlung, wenn sie richtig gehandhabt wird, den Sachverhalt besser klärt und auch die Entscheidung beschleunigt, wie die Erfahrung lehrt. Die Ausnahmenvorschrift des § 128 Abs 2 ZPO eröffnet dem Richter aber die Möglichkeit des schriftlichen Verfahrens. Es kann

daher an sich dem Gesetz nicht widersprechen, wenn der Richter im Einverständnis der Parteien schriftlich entscheidet. Macht ein Gericht im Übermaß von der Möglichkeit Gebrauch, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden, so ist das zwar ein Übelstand, der unter Umständen zu erheblichen Nachteilen für die Parteien führen kann, denen aber ihre Prozeßbevollmächtigten jederzeit entgegentreten könnten, indem sie einer schriftlichen Entscheidung nicht zustimmen. Es ist auch nicht zu verkennen, daß die im Einverständnis der Parteien erfolgte Verfahrensweise des Landgerichts den Rechtsstreit stark verzögert hat. Doch kann dies nicht dazu führen, die Wirksamkeit des schriftlich erlassenen Urteils in Zweifel zu ziehen. Der von der Revision gerügte Verstoß ist - wie bereits gesagt - keine Verletzung des § 128 Abs 2 ZPO. Es kommt allenfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Mündlichkeit in Betracht. Ein solcher stellt zwar einen wesentlichen Verfahrensmangel dar (Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl Anm IV zu § 128; Baumbach-Lauterbach, 23. Aufl Anm 2 E zu § 128), und es kann daher die Berufung (oder, wenn der Verstoß vom Berufungsgericht begangen worden ist, auch die Revision) darauf gestützt werden (vgl Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 6. Aufl § 65 I d Seite 290). Eine Nichtigkeit des Urteils hat der - im übrigen verzichtbare (Rosenberg aaO § 75 I, 2; Schönke aaO; REZ 115, 223) - Verstoß gegen den Grundsatz der Mündlichkeit aber nicht zur Folge. Mängel des Verfahrens des Landgerichts kann der Beklagte indessen jetzt im Hinblick auf § 295 ZPO nicht mehr rügen.

II. 1) Das Berufungsgericht hat angenommen, es seien zwischen dem Gemeinschuldner und dem Beklagten nicht zwei gesonderte Verträge - einer über den Holzbestand

und der andere über den Grund und Boden - geschlossen worden, sondern es sei lediglich ein Kaufvertrag über die Grundstücke mit dem Holzbestand von dem Gemeinschaftschuldner und dem Beklagten gewollt und in einer allerdings nicht der gesetzlichen Form des § 313 BGB entsprechenden Weise abgeschlossen worden.

Es hat hierzu ausgeführt: Der Abschluß nur eines Vertrages ergäbe sich einmal aus den beiden schriftlichen Verträgen vom 16. Februar 1952 und 25. Februar 1952, die die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich hätten. Daß in diesen Verträgen als Kaufgegenstand die dort näher bezeichneten Grundstücke mit Holzbestand aufgeführt seien und als Kaufpreis ohne eine Unterscheidung, welcher Teil davon auf die Grundstücke selbst und welcher auf das Holz entfallen sollte, der Betrag von 600.000,-- DM genannt sei, daß weiter in den Verträgen Vereinbarungen über die notarielle Beurkundung des Kaufvertrages und die Verpflichtung des Käufers R. zur Übernahme der Grunderwerbssteuern und Notariatsgebühren enthalten seien, spreche für den gewollten Abschluß nur eines einheitlichen Vertrages. Der Behauptung des Beklagten, die Vertragsurkunde vom 25. Februar 1952 habe ihm lediglich dazu dienen sollen, bei den Kaufverhandlungen über das Hotel H. darzutun, daß er über die zum Erwerb dieses Hotels erforderlichen Mittel verfüge, stehe entgegen, daß daneben noch der Vertrag vom 16. Februar 1952 bestehe und die von diesem Vertrage abweichenden Bestimmungen des Vertrages vom 25. Februar 1952 ersichtlich dadurch veranlaßt worden seien, daß der Gemeinschaftschuldner R. seinen zunächst schriftlich niedergelegten Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen sei. Etwas anderes hätten auch die Zeugen Gr. und Frau H. nicht bekunden können, deren nicht einmal der schriftliche Vertrag vom 16. Februar

1952 bekannt geworden sei. Vielmehr habe der Zeuge Gr[REDACTED], der nach seiner Aussage bei den abschließenden Verhandlungen zwischen dem Beklagten und R[REDACTED] nicht zugegen gewesen sei, lediglich ausgesagt, daß er als Makler einen Kaufpreis von 600.000,-- DM als äußersten Preis genannt habe und daß Inhalt des Kaufvertrages gewesen sei, daß dieser Betrag für das Holz einschließlich des Grundes bezahlt werden sollte, wobei beides i m G a n z e n verkauft worden sei. An der sich auch daraus ergebenden Einheitlichkeit des Vertrages werde nichts geändert durch die weiteren Bekundungen des Zeugen Gr[REDACTED], daß wegen der notwendigen Genehmigung des Bauerngerichts der Grund an einen Bauern für 40.000,-- DM habe verkauft werden sollen und der Gemeinschuldner R[REDACTED] ihm deshalb den Auftrag erteilt habe, ihm einen bauernfähigen Käufer zuzuführen. Einer nochmaligen Einvernahme des Zeugen Gr[REDACTED], die der Beklagte beantragt habe, bedürfe es unter diesen Umständen nicht, da der Zeuge seine vorher in einer eidesstattlichen Versicherung vom 14. April 1952 gemachten Angaben, R[REDACTED] habe nach seinen Erklärungen das Holz für 560.000,-- DM und das Grundstück um 40.000,-- DM g e s o n d e r t gekauft, bei seiner Zeugeneinvernahme vor dem Landgericht offensichtlich nicht habe aufrechterhalten können.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Bekundung des Zeugen Gr[REDACTED] mißverstanden. Es hätte seine Aussage, "beides - nämlich Holz und Grundstücke - seien im ganzen verkauft worden" im Zusammenhang mit seiner Gesamtaussage würdigen müssen. Hierzu gehöre auch die eidesstattliche Versicherung, die der Zeuge bei seiner Vernehmung am 29. Januar 1954 übergeben und zum Gegenstand seiner Aussage gemacht habe. In ihr habe er bestätigt, daß der Gemeinschuldner

damals - nach der mündlichen Aussage des Zeugen vor Weihnachten 1951 - mit Handschlag diesen Wald gekauft habe und daß weiter abgemacht worden sei, daß der Grund an einen Bauern für 40.000,-- DM verkauft werden solle. Die Rüge der Revision ist nicht begründet; denn das Berufungsgericht hat diesen Teil der Aussage des Zeugen Gr[REDACTED] nicht übersehen, sondern sich mit ihm auseinandergesetzt. Seine Würdigung der Aussage kann vom Revisionsgericht nicht nachgeprüft werden. Daß der Zeuge offensichtlich etwas anderes gemeint habe, trifft nicht zu.

Ebensowenig ist anzunehmen, daß der Zeuge sich im Wort vergriffen habe. Dies konnte das Berufungsgericht um so weniger annehmen, als bei der Vernehmung des Zeugen der Beklagte und sein Prozeßbevollmächtigter anwesend waren. Es brauchte daher den Zeugen nicht noch einmal zu vernehmen oder nach § 139 ZPO den Beklagten zu veranlassen, den "scheinbaren Widerspruch aufzuklären", wie die Revision meint.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht hätte aus den schriftlichen Formulierungen der Abmachungen vom 16. und 25. Februar 1952 keine Schlüsse auf einen einheitlichen Vertrag ziehen dürfen, weil der Beklagte behauptet habe, die schriftlichen Verträge hätten nur "Beweiszwecken gegenüber den Gläubigern des damaligen Inhabers des Hotels "H[REDACTED]" in M[REDACTED], das der Beklagte habe kaufen wollen, dienen" sollen. Auch mit dieser Behauptung des Beklagten hat sich das Berufungsgericht auseinandergesetzt: Es hat sie nicht als erwiesen angesehen.

Die Revision meint weiter, das Berufungsgericht hätte die Tatsache der Zahlung von 20.000,-- DM als Draufgabe werten müssen, als Zeichen des Abschlusses des Vertrages und es hätte auch hieraus entnehmen müssen, daß ein selbständiger Vertrag über den Holzbestand abgeschlossen worden war. Dieses Vorbringen ist, da gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts gerichtet, unbeachtlich.

Die Revision führt in diesem Zusammenhang aus: Die 20.000,-- DM seien als Draufgabe gegeben worden und dies hätte zur Folge gehabt, daß der Beklagte aussichtsreiche Verhandlungen mit Dritten abgebrochen habe. Die Draufgabe sei somit das Entgelt für die Verpflichtung des Beklagten gewesen, die laufenden Kaufverhandlungen mit Dritten abzuberechnen und neue Kaufverhandlungen nicht aufzunehmen. Eine solche Abrede sei formfrei gültig. Diesen Ausführungen kann nicht zugestimmt werden. Liegt eine Draufgabe vor - das Berufungsgericht läßt diese Frage offen - so ist sie nach § 337 Abs 2 BGB zurückzugeben, wenn der Vertrag aufgehoben wird, und ebenso kann sie vom Geber zurückgefordert werden, wenn der Vertrag nichtig ist (RGRK BGB Anm 1 zu § 336, S 645; Enneccerus-Lehmann 13. Bearb § 36 zu I S 148; RGZ 53, 238). Daß die 20.000,-- DM das Entgelt für die Verpflichtung des Beklagten gewesen seien, die laufenden Kaufverhandlungen mit Dritten abzuberechnen und neue Kaufverhandlungen nicht aufzunehmen, ist ein neues Vorbringen. Bisher hatte der Beklagte vorgetragen, der Gemeinschuldner habe Anfang Dezember 1951 (unter Vermittlung Gründoblers) durch einen mündlichen Kaufvertrag das Holz ohne die Grundstücke für 560.000,-- DM gekauft (vgl Seite 17 des Schriftsatzes des Beklagten

vom 10. November 1952 (B1 132 d.A.). Unmittelbar nach dem mündlichen Vertragsabschluß habe der Gemeinschuldner eine Sicherheitsgarantie übernommen (Seite 2 des Schriftsatzes des Beklagten vom 10. Februar 1955 (B1 252 R d.A.)). Die als Sicherheit geleisteten 20.000,-- DM hätten im Falle der Vertragserfüllung auf den Kaufpreis angerechnet werden, im Falle der Nichterfüllung des Vertrages jedoch zugunsten des Beklagten verfallen sollen (Schriftsatz des Beklagten vom 10. November 1952 Seite 23 (B1 138 d.A.) und Seite 17 (B1 132 d.A.)). Nach dem Schriftsatz des Beklagten vom 30. Juli 1952 Seite 13 (B1 75 d.A.) hat der Kläger noch Mitte Dezember 1951 - 5 Tage vor der Zahlung der 20.000,-- DM - beteuert, daß die Sicherheitsleistung bei Nichterfüllung des Holzkaufvertrages zugunsten des Beklagten verfallen solle.

Nach diesem eigenen Vorbringen des Beklagten beruhte demnach die Zahlung der 20.000,-- DM auf dem mündlichen Vertrag und sollte dessen Erfüllung gewährleisten. Die Abmachung ist somit als Vereinbarung einer Vertragsstrafe zu werten. Sie ist hinfällig, wenn der zugrunde liegende Vertrag nichtig ist. Diese Nichtigkeit ergibt sich aus der Feststellung des Berufungsgerichts, der Gemeinschuldner und der Beklagte hätten einen einheitlichen, nichtnotariellen Vertrag über die Grundstücke nebst dem Holzbestand geschlossen.

2) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe den Einwand der Arglist gegenüber der Berufung des Klägers auf die Formnichtigkeit zu Unrecht nicht durchgreifen lassen. Auch diese Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat zu der Einrede der Arglist folgendes ausgeführt: Es sei zwar richtig, daß das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung die Mög-

lichkeit anerkannt habe, die Berufung einer Partei auf die Formnichtigkeit eines Vertrages durch die Gegeneinrede der Arglist zu entkräften. Das Reichsgericht habe zunächst den Gegeneinwand der unzulässigen Rechtsausübung nur bei absichtlicher, dann auch bei fahrlässiger Irreführung des Gegners über ein Formerfordernis zugelassen, weiterhin (RGZ 153, 59) auch dann, wenn die Partei, sei es auch unabsichtlich, eine Haltung eingenommen habe, die mit einem früher von ihr betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar sei, und es habe ihn endlich (RGZ 157, 207, 169, 73, 170, 203) ganz allgemein anerkannt, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen Treu und Glauben widerspreche, die Vertragsansprüche am Formmangel scheitern zu lassen.

Keine dieser Voraussetzungen für eine wirksame Arglisteinrede des Beklagten sei jedoch erfüllt. Daß von einer Täuschung oder einem bloßen Irrtum des Beklagten über die Formbedürftigkeit des Grundstücksveräußerungsvertrages keine Rede sein könne, ergäben schon die privatschriftlichen Verträge vom 16. und 25. Februar 1952, in denen die Nachholung der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages ausdrücklich vorgesehen worden sei. Darüber hinaus habe der Beklagte im ersten Rechtszuge wiederholt, zuletzt im Schriftsatz vom 19. Juli 1954 zugegeben, daß beide Vertragsteile gewußt hätten, daß der privatschriftliche Vertrag vom 25. Februar 1952 nichtig sei und aus diesem Vertrage noch keine Ansprüche gegeneinander hergeleitet werden könnten. Es sei auch nicht so, daß die Lossagung von dem formnichtigen Vertrage mit dem bisherigen Verhalten des Gemeinschuldners R. nicht vereinbar gewesen wäre. Bis dahin habe lediglich R. durch Bezahlung der

20.000,-- DM eine Leistung erbracht. Damit werde ausgeschlossen, daß er mit dem Einwand des Formmangels irgendwelche Vorteile, die er aus dem Vertragsverhältnis gezogen hätte, behalten und nur von seiner eigenen Verpflichtung nichts mehr habe wissen wollen. Schließlich könne der Grundgedanke, daß die Berufung auf die Formnichtigkeit nicht mit dem allgemeinen Rechtsempfinden unvereinbar sein dürfe, nicht so weit gehen, daß das bloße Vertrauen darauf, der Vertragsgegner werde auch einen formgültigen Vertrag erfüllen oder sich zum Abschluß eines vorgesehenen formgerechten Vertrages bereitfinden, als ausreichend anzusehen sei, um der Einrede der Arglist zum Erfolge zu verhelfen. Denn das würde im Ergebnis bedeuten, daß damit den für den Abschluß bestimmter Verträge bestehenden Formvorschriften und der Bestimmung des § 125 BGB ihr Inhalt genommen und der vom Gesetzgeber mit der Wahrung einer bestimmten Form verfolgte Zweck vereitelt würde.

Der Berufung des Klägers auf die Formnichtigkeit des Vertrages könne der Beklagte unter dem erörterten Einwand der unzulässigen Rechtsausübung auch nicht entgegenhalten, daß er zur Wiederholung des Vertragschlusses in der in § 313 BGB vorgesehenen Form jederzeit bereit gewesen wäre und der Gegner deshalb aus dem Mangel der Form, die nur zum Schutze des Grundstückseigentümers geschaffen worden sei, um ihn vor einer übereilten Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung zu verpflichten (RGRK Anm 1 zu § 313 BGB), selber keine Rechte herleiten dürfe. § 313 BGB diene nicht nur dem Schutz des Grundstückseigentümers, sondern auch der Sicherung des Beweises für den Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts und habe im Rahmen

der Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. Juli 1942 - RGBl I S 451 - und bei sogenannten Schwarzkäufen eine erheblich weitergehende Bedeutung gewonnen. Es treffe also nicht zu, daß dem Formmangel nach § 313 BGB über den ursprünglichen Zweck des Gesetzes hinaus, den Grundstücksverkäufer vor einer übereilten, ihn schädigenden Veräußerung zu schützen, keine weitere entscheidende Bedeutung zuzumessen sei. Wenn nach der in keiner Richtung eingeschränkten Fassung des § 313 BGB nicht einmal eine Unterscheidung in der Richtung zulässig sei, ob eine neben einem im übrigen formgerecht geschlossenen Kaufvertrage nur mündlich oder privatschriftlich getroffene Bestimmung den Verkäufer lediglich begünstigen würde, sondern die Regel gelte, daß die gesamten Abreden eines Vertrages im Zweifel ein einheitliches Ganzes darstellen und die Gültigkeit des ganzen Vertrages ausgeschlossen sei, wenn auch nur irgend eine von den Vertragsteilen gewollte Bestimmung der Form ermangele (vgl. RGRK Anm 2 zu § 313 BGB), so könne auch die bloße Bereitschaft des Beklagten, in Ausführung eines formnichtigen Vertrages einen der gesetzlichen Form genügenden Vertrag abzuschließen, allein nicht ausreichen, um Ansprüchen des Vertragsgegners, die aus der Formnichtigkeit hergeleitet würden, mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu begegnen.

Ausschlaggebend bleibe vielmehr für die Entscheidung der Frage, inwieweit die Arglisteinrede des Beklagten gegenüber dem geltend gemachten Formmangel durchgreife, ob nach dem Grundsatz, daß alle Schuldverhältnisse der in § 242 BGB ausgesprochenen Wahrung

von Treu und Glauben unterliegen und diese Bestimmung auch gegenüber zwingenden gesetzlichen Vorschriften Geltung beanspruche, die aus der Nichtigkeitsbestimmung des § 125 BGB an und für sich herzuleitenden Folgerungen nicht zu ziehen seien, weil ihnen § 242 BGB entgegenstehen würde (vgl OGH in NJW 49, 62). Das bedeute, daß bei grundsätzlicher Anerkennung des § 125 BGB nur dann die Berufung auf § 242 BGB zu rechtfertigen sei, wenn gerade die Weigerung oder Beseitigung des Erfüllungszustandes durch den Vertragsgegner dem allgemeinen Rechtsempfinden widersprechen würde. Ob die in diesem Zusammenhang aufgestellte Behauptung des Beklagten zutreffe, daß der Gemeinschuldner R. wiederholt versichert habe, er werde trotz der beiden Parteien bekannten Formnichtigkeit des Vertrages diesen doch erfüllen, könne dahingestellt bleiben. Denn auch das würde nicht genügen, um die Arglisteinrede zu rechtfertigen. Wer sich in Kenntnis des Umstandes, daß ein Zwang zu ihrer Erfüllung in keiner Weise ausgeübt werden könne, auf derartige unverbindliche Versprechungen einlasse, tue das grundsätzlich auf eigene Gefahr. Auch wenn der Beklagte im Vertrauen darauf, daß der Gemeinschuldner R. den im formnichtigen Vertrage übernommenen Verpflichtungen nachkommen würde, sich auf den Kauf des Hotels H. eingelassen habe und dadurch in Bedrängnis geraten sei, habe er damit allein das sich daraus ergebende Wagnis übernommen. Ebenso wenig wie der Gemeinschuldner R. mit Sicherheit habe annehmen können, daß der Beklagte, der bis dahin selbst noch keine Leistung erbracht hätte, sich zu dem formnichtigen Vertrage bekennen und ihn noch formgerecht abschließen werde, habe auch der Beklagte selbst damit rechnen dürfen, daß R. sich ungeachtet der Formnichtigkeit für vertraglich gebunden und zur Zahlung in der vorge-

sehenen Weise verpflichtet gehalten habe. Dazu habe der Beklagte um so weniger Veranlassung gehabt, als nach seinem Sachvortrag er schon vorher hinsichtlich der wiederholten Zahlungsversprechen des Gemeinschuldners R. wenig befriedigende Erfahrungen gemacht hätte. Nur deshalb dem Kläger die Berufung auf den Formmangel des Vertrages und dessen Nichtigkeit nach §§ 313, 125 BGB zu versagen, weil der Beklagte trotz des Bewußtseins der Formnichtigkeit des Vertrages und ohne Rücksicht auf die nach seiner Darstellung immer wieder hervorgetretene Unzuverlässigkeit des R. sich darauf verlassen habe, daß R. doch noch sich an die - rechtswirksamen - Vereinbarungen halten könne, hieße, der gesetzlichen Formvorschrift des § 313 BGB und dem bei Nichteinhaltung der Formvorschrift anzuwendenden § 125 BGB ihren Inhalt und jede rechtliche Bedeutung nehmen. Weitere Umstände, die trotzdem den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf diese Vorschriften rechtfertigen könnten, seien von dem Beklagten nicht vorgebracht worden und auch sonst nicht ersichtlich.

Die Revision greift diese Ausführungen an. Sie meint, die Versicherung des Gemeinschuldners, den Vertrag trotz der beiden Parteien bekannten Formnichtigkeit zu erfüllen, rechtfertige in Verbindung damit, daß der Beklagte aussichtsreiche Vertragsverhandlungen mit Dritten abgebrochen und den Hotelkauf abgeschlossen habe, die Arglisteinrede. Die Ansicht der Revision trifft nicht zu. Mit Recht hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, daß der Beklagte, als er das Hotel gekauft habe, die Unzuverlässigkeit des Gemeinschuldners, die wiederholt hervorgetreten sei, gekannt und daß er daher auf eigene Gefahr gehandelt habe, wenn er gleichwohl den Kauf des Hotels abge-

schlossen habe. Dasselbe gilt für die Behauptung des Beklagten, er habe mit Rücksicht auf die mündlichen Zusicherungen des Gemeinschuldners andere aussichtsreiche Kaufverhandlungen abgebrochen. Bei der Prüfung der Frage nach der Sittenwidrigkeit darf auch nicht außer acht gelassen werden, daß der Beklagte - wie auch dem Gemeinschuldner bekannt war - ein im Geschäftsleben erfahrener Mann ist; er war früher Eigentümer eines Hotels in N[REDACTED] er betreibt die dortige Bahnhofsgaststätte und er hat im Zusammenhang mit den hier umstrittenen Verträgen wieder ein Hotel für mehr als 500.000,-- DM erworben.

Den von der Revision weiter hervorgehobenen Umstand, der Beklagte habe dem Gemeinschuldner eindringlich vor Augen gehalten, daß er seinen Kaufvertrag über das Hotel nur unterschreiben könne, wenn er mit Sicherheit das Geld aus dem Holzverkauf erhalte, hat das Berufungsgericht zutreffend dahin gewürdigt, der Beklagte hätte - genau so wenig wie der Gemeinschuldner - mit Sicherheit damit rechnen können, daß der Gemeinschuldner sich zu dem formnichtigen Vertrage bekennen und ihn formgerecht abschließen würde und daß vor allem der Beklagte um so weniger damit habe rechnen können, als der Gemeinschuldner seine früher wiederholt gemachten Zahlungsversprechen nie gehalten habe. Mit Recht hat das Berufungsgericht hierzu ausgeführt, daß der Beklagte damit allein die Folgen des Wagnisses zu tragen habe, das er einging, als er auf die rechtsunverbindlichen und - wie ihm bekannt - nicht vertrauenswürdigen Erklärungen des Gemeinschuldners hin den Kauf des Hotels abschloß.

Außer den vom Berufungsgericht angeführten Umständen, die gegen die Annahme einer Arglist sprechen,

fällt noch ins Gewicht, daß der Beklagte selber sich vom Vertrag losgesagt hat. Auch wenn sein Rücktritt - die Gültigkeit des Vertrages unterstellt - berechtigt gewesen wäre, so müßte er doch gegen sich gelten lassen, daß er nicht mehr die Erfüllung des Vertrages begehrt, also nicht mehr Leistung gegen Erbringung der von ihm zugesagten Gegenleistung verlangt, sondern daß er sich auf den nichtigen Vertrag stützt, um ohne Gegenleistung die 20 000,-- DM zu behalten, die er vom Gemeinschuldner bekommen hat. Es müßten schon besonders schwerwiegende Gründe sein, die es bei dieser Sachlage rechtfertigen könnten, die Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrages durch den Kläger (oder den Gemeinschuldner) als arglistig zu erachten. Solche besonderen Gründe liegen hier nicht vor. Wenn die Revision darauf hinweist, der Gemeinschuldner habe nach der vom Berufungsgericht als richtig unterstellten Behauptung des Beklagten wiederholt versichert, er werde trotz der - beiden Vertragsparteien bekannten - Formnichtigkeit des Vertrages ihn doch erfüllen, so mußte sich der Beklagte darüber im klaren sein, daß auch diese Beteuerungen keine rechtliche Bindung erzeugen konnten und angesichts der ihm bekannten mangelnden Vertrauenswürdigkeit des Gemeinschuldners auch eine sonstige - moralische - Bindung fragwürdig erscheinen ließen.

3) Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe zu Unrecht seine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Verschuldens bei der Anbahnung von Vertragsverhandlungen für unbegründet erklärt.

Auch diese Rüge greift nicht durch.

Das Berufungsgericht hat zu der Frage der Aufrechnung zunächst ausgeführt, daß sich eine Ersatzpflicht, die sich aus Verschulden bei Vertragsschluß ergäbe, nur auf den sog. Vertrauensschaden (auch negatives Interesse genannt) erstrecke. Diese Ausführung trifft jedenfalls auf den vorliegenden Fall zu. Zwar sind Fälle denkbar, in denen das Erfüllungsinteresse gefordert werden darf, insbesondere dann, wenn der Berechtigte ohne das Verschulden des Gegners einen entsprechenden Erfüllungsanspruch gehabt hätte (vgl z.B. RGZ 97, 336 [339]). In der Regel aber kann nur das Vertrauensinteresse verlangt werden. Hiervon geht auch die Revision aus.

Das Berufungsgericht hat dann weiter ausgeführt: Der Beklagte könne allenfalls verlangen, so gestellt zu werden, wie er dagestanden hätte, wenn der Abschluß des formnichtigen Vertrages mit dem Gemeinschuldner oder die rechtsgeschäftliche Anbahnung eines formgerechten Vertrages überhaupt nicht eingetreten wären. Eine solche Schadensberechnung habe der Beklagte nicht einmal aufgestellt. Nach dem Unterschied zwischen dem Kaufpreis, der bei den Verhandlungen zwischen dem Beklagten und R. genannt worden sei und dem später tatsächlich erzielten Kaufpreis, könne der Beklagte seine Schadensersatzansprüche nicht berechnen, da dieser tatsächlich vom Beklagten begehrte Schadensersatz den Schaden wegen Nichterfüllung (positives Interesse) unzulässiger Weise mitumfassen würde.

Die Revision tritt diesen Ausführungen mit folgendem Vorbringen entgegen: Der Kläger habe dem Beklagten vorgespiegelt, daß er kauffähig und auch kaufwillig sei; er habe dadurch veranlaßt, daß der Beklagte Verhandlungen mit Dritten abgebrochen und

sich in den unter diesen Umständen gewagten Hotelkauf eingelassen habe; dadurch habe der Beklagte dann beschleunigt anderweitig verkaufen müssen, ohne in der Lage gewesen zu sein, den wirklich angemessenen Preis zu erhalten. Hätte der Gemeinschuldner den Beklagten nicht getäuscht, so hätte der Beklagte die schwebenden Verhandlungen mit den dritten Interessenten zum Abschluß gebracht und dabei mindestens den mit dem Gemeinschuldner vereinbarten Betrag erzielt. Das hätte der Beklagte, nach § 139 ZPO befragt, vorgetragen und in das Zeugnis Gr[REDACTED] gestellt. Den ihm durch die Verzögerung der Zahlung beim Hotelkauf entstandenen Schaden hätte er substantiiert und durch Sachverständige unter Beweis gestellt.

Dieses Vorbringen ist unschlüssig. Der Beklagte hatte vorgebracht, der Holzmakler Sch[REDACTED], der den Verkauf des Holzes an die Firma B[REDACTED] vermittelt hat, habe den Kaufpreis um 50.000,-- DM, nämlich von 600.000,-- auf 550.000,-- DM herabgedrückt, als er von den Schwierigkeiten erfahren habe, in die der Beklagte durch das Zögern und durch die unwahren Zusicherungen des Gemeinschuldners gekommen sei. Der Beklagte hatte aber andererseits vorgetragen - und er bringt dies auch in der Revisionsbegründungsschrift wieder vor -, er würde ohne die unrichtigen Angaben des Gemeinschuldners die schwebenden Verhandlungen mit den dritten Interessenten zum Abschluß gebracht haben. Bei diesen dritten Interessenten handelt es sich nicht etwa um die Firma B[REDACTED], mit der der Beklagte erst am 7. März 1952 in Kaufverhandlungen getreten ist (vgl. seinen Schriftsatz vom 19. Juli 1954 Seite 5 B1 219 d.A.7), sondern um die Aschaffenburg-Zellstoffabrik. Der dem Beklagten etwa entstan-

54

dene Schaden besteht demnach nicht in dem Unterschied zwischen den 600.000,-- DM, die von der Firma B. ohne das Verhalten des Gemeinschuldners gezahlt worden wären, und den von dieser Firma tatsächlich gezahlten 550.000,-- DM. Denn wenn der Beklagte, wie er vorträgt, ohne das Dazwischentreten des Gemeinschuldners an die Zellstofffabrik verkauft hätte, so ist der Zustand, der hierdurch entstanden wäre, mit dem tatsächlich bestehenden zu vergleichen. Demnach ergibt sich als Schaden der Unterschied zwischen dem Erlös, den der Beklagte bei einem Verkauf an die Zellstofffabrik erzielt haben würde, mit dem tatsächlich von ihm erzielten Erlös.

Mit Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß der Beklagte eine Schadensberechnung auf dieser Grundlage nicht einmal aufgestellt habe. Wenn die Revision hiergegen einwendet, der Beklagte habe vorgebracht, er habe wegen des inzwischen von ihm abgeschlossenen Hotelkaufs beschleunigt zu einem geringeren Preis verkaufen müssen, als er sonst hätte erzielen können, so kommt es hierauf nicht an, wie die oben gemachten Darlegungen ergeben. Auch die im Zusammenhang mit der Rüge aus § 139 ZPO aufgestellten Behauptungen sind keine hinreichende Grundlage für die Schadensberechnung. Es braucht daher nicht erörtert zu werden, ob überhaupt die Voraussetzungen für eine Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Vertragsschluß gegeben sind und ob sie nicht jedenfalls deswegen entfällt, weil dem Beklagten die Nichtigkeit der mündlichen Zusage bekannt war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO

Schmidt Raske v. Werner Scheffler Wüstenberg