

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 256 Abs. 2; BGB §§ 242 Ca, 313 Satz 1

- a) Auf Zwischenfeststellung nach § 256 Abs. 2 ZPO kann auch hilfsweise für den Fall der Abweisung des Hauptantrages geklagt werden.
- b) Ist Inhalt des beurkundeten Vertrages der Verkauf eines Grundstücks und der Bau eines Hauses nebst Garage, sollte aber von vornherein statt der Garage zum gleichen Preis ein Duschbad errichtet werden, so kann der Berufung auf den Formmangel dieser Abrede der Arglisteinwand entgegenstehen, wenn der Verkäufer in der Weise vorgeht, daß er über den Preis der nicht erstellten Garage hinaus eine Vergütung für das Duschbad einklagt, dadurch den Käufer zum Nachweis der Nebenabrede zwingt, sodann aber den geführten Beweis dazu ausnutzt, hilfsweise Feststellung der Formnichtigkeit des Vertrages zu beantragen.

BGH, Urt. v. 21. Februar 1992 - V ZR 273/90 - OLG München

LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 273/90

URTEIL

Verkündet am:
21. Februar 1992
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

WII

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1992 durch die Richter Linden, Dr. Räfle, Dr. Lambert-Lang, Dr. Wenzel und Tropf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. November 1989 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger verkaufte den Beklagten in notarieller Urkunde vom 12. April 1983 eine noch abzuvermessende Teilfläche seines Grundstücks, verbunden mit der Verpflichtung, dort für sie eine Doppelhaushälfte entsprechend der dem Vertrag beigelegten Baubeschreibung zu errichten und den Bau "samt Garage" bis zum 31. August 1983 bezugsfertig herzu-



stellen. Der für Grundstück und Bauleistungen vereinbarte Preis betrug 780.000 DM. Das Haus ist errichtet. Die Auflassung des Grundstücks ist noch nicht erklärt.

Mit der Klage hat der Kläger Zahlung von 55.989,66 DM (nebst Zinsen) für Bauleistungen verlangt, die angeblich auf nachträglichen Sonderwünschen der Beklagten beruhten. Demgegenüber haben die Beklagten u.a. geltend gemacht, die in dieser Forderung enthaltene Vergütung für die Herstellung eines Duschbades im Kellergeschoß stehe dem Kläger nicht zu, weil bei Abschluß des notariellen Vertrages verabredet worden sei, daß statt der in der Urkunde vorgesehenen Garage das Duschbad errichtet werden solle.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der notarielle Vertrag sei mangels Beurkundung der das Duschbad betreffenden Nebenabrede nichtig.

Mit der Berufung hat der Kläger in erster Linie den Zahlungsanspruch weiterverfolgt. Hilfsweise hat er die Feststellung beantragt, daß der notarielle Vertrag nichtig sei. Das Oberlandesgericht hat dem Rechtsmittel nach dem Hilfsantrag stattgegeben. Es hat dem Kläger die bis zum 13. Juni 1989 - vor Zustellung dieses Antrages - angefallenen Kosten des Berufungsverfahrens und den Beklagten die später entstandenen Kosten auferlegt.

Die Beklagten haben Revision eingelegt, mit der sie die Abweisung des Feststellungsantrages begehren. Der Kläger hat sich der Revision angeschlossen. Er beantragt, die Kosten des Berufungsverfahrens in vollem Umfang den Beklagten auf-

zuerlegen. Außerdem beantragt er für den Fall, daß auf die Revision der Beklagten das Berufungsurteil aufgehoben wird, nach seinem vorinstanzlichen Zahlungsantrag zu erkennen.

Entscheidungsgründe

Revision und Anschlußrevision führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

I. Revision der Beklagten:

Das Berufungsgericht geht davon aus, der auf Feststellung der Unwirksamkeit des notariellen Vertrages vom 12. April 1983 gerichtete Hilfsantrag des Klägers sei eine zulässige Zwischenfeststellungsklage. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis zu Recht.

1. Zulässigkeitsvoraussetzung einer solchen Klage ist nach § 256 Abs. 2 ZPO die Vorgreiflichkeit des festzustellenden Rechtsverhältnisses für die Entscheidung über die Hauptklage, hier über die Werklohnforderung des Klägers. An dieser Voraussetzung fehlt es entgegen dem von der Revision vertretenen Standpunkt allerdings nicht schon deswegen, weil der Feststellungsantrag hilfsweise gestellt worden ist und daher erst mit Abweisung des Hauptantrages zur Entscheidung anfallen konnte. Das Erfordernis der Vorgreiflichkeit ersetzt die für eine normale Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO nötige Darlegung eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung (BGHZ 69, 37, 41). Doch ist dies

nicht der alleinige Grund dafür, daß § 256 Abs. 2 ZPO den Antrag auf Feststellung zuläßt, ob das vorgreifliche Rechtsverhältnis besteht; denn darüber ist ohnehin zu befinden, weil davon die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt. Die Möglichkeit einer Zwischenfeststellungsklage eröffnet das Gesetz vielmehr deshalb, damit der Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses mit Rechtskraftwirkung entschieden werden kann. Das dafür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis liegt schon vor, wenn das streitige Rechtsverhältnis womöglich über den gegenwärtigen Prozeß hinaus zwischen den Parteien Bedeutung gewinnen kann (BGHZ 69, 37, 42; 83, 251, 255). Das kann hier so sein, da der Kläger bei Unwirksamkeit des Vertrages später dessen Rückabwicklung verlangen könnte. Ob die Feststellung durch einen Haupt- oder durch einen Hilfsantrag herbeigeführt wird, ist gleichgültig. Der Hilfsantrag trägt der Verfahrenslage Rechnung, weil der Kläger in erster Linie Vertragserfüllung verlangt. Ist für die Entscheidung darüber die Feststellung vorgreiflich, ob der Vertrag wirksam ist, so ist auch der auf die negative Feststellung zielende Hilfsantrag zulässig.

Fraglich ist aber, ob der Klageanspruch mindestens zum Teil tatsächlich vom Bestand des notariellen Vertrages abhängt. Auszuschließen ist das insoweit, als der Kläger für die Herstellung des Duschbades eine Vergütung beansprucht. Nach tatrichterlicher Feststellung war diese Bauleistung anstelle der in der notariellen Urkunde vorgesehenen Errichtung einer Garage gewollt. Der Werklohn für den Garagenbau war indessen in dem vereinbarten Gesamtpreis von 780.000 DM inbegriffen, folgerichtig auch die Vergütung für das statt der Garage herzustellende Duschbad. Dafür steht mithin dem

Kläger eine gesonderte Vergütung auch dann nicht zu, wenn der Vertrag mit der diesen Leistungsaustausch betreffenden Nebenabrede wirksam sein sollte.

Vom Bestand des notariellen Vertrages könnte nur die Werklohnforderung für diejenigen Leistungen abhängig sein, die nach der Behauptung des Klägers auf nachträglichen Sonderwünschen der Beklagten beruhten. Denn die etwaige Nichtigkeit des beurkundeten Vertrages würde auch die darin enthaltene Abrede erfassen, daß auf Wunsch der Beklagten von der Baubeschreibung abweichende Leistungen vereinbart werden können und dann gesondert abzurechnen sind. Ohne diesen beurkundeten Vorbehalt hätten solche Vereinbarungen auch ihrerseits gemäß § 313 Satz 1 BGB beurkundet werden müssen, weil sie Art und Umfang der in der notariellen Urkunde geregelten Herstellungsverpflichtung des Klägers geändert hätten (vgl. Senatsurt. v. 6. November 1981, V ZR 138/80, NJW 1982, 434, 435 und v. 8. April 1988, V ZR 260/86, NJW 1988, 3263). Indes geht hier der Streit gerade darum, ob die in Rechnung gestellten Arbeiten überhaupt auf Sonderwünschen der Beklagten beruhten oder ob es sich lediglich um Leistungen handelte, die zu einer ordnungsgemäßen, der Baubeschreibung entsprechenden Vertragserfüllung gehörten und die deshalb durch den vereinbarten Festpreis abgegolten sind. Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Der Senat vermag daher nicht nachzuprüfen, ob die Entscheidung über den Werklohnanspruch von dem Bestand des Vertrages abhängig ist.

Die zur Beurteilung dieser Frage nötige Sachaufklärung muß das Berufungsgericht nachholen. Hierauf käme es allerdings dann nicht an, wenn die hilfsweise erhobene Zwischenfeststellungsklage als normale Feststellungsklage zulässig wäre. Dafür wäre nach § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung erforderlich. Hierzu hat er vorgetragen, die erstrebte Feststellung solle die Grundlage für eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Vertrages schaffen. Dieses Ziel jedoch kann der Kläger unmittelbar durch eine entsprechende Leistungsklage erreichen. Die Möglichkeit der Leistungsklage schließt grundsätzlich eine Feststellungsklage aus (Senatsurt. v. 7. Februar 1986, V ZR 201/84, NJW 1986, 2507; allg. Auff.). Besondere Umstände, die hier eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigen könnten, sind nicht dargetan. Soweit der Kläger auf einen vor dem Oberlandesgericht anhängigen Parallelprozeß hingewiesen hat, in welchem die Beklagten angeblich eine Vollstreckungsgegenklage verfolgen, und daraus ein Feststellungsinteresse herleitet, erschließt sich dem Senat der dortige Sach- und Streitstand nicht.

Die Sache muß daher zu der für die Entscheidung über den Zwischenfeststellungsantrag nötigen Prüfung der Vorgreiflichkeit des festzustellenden Rechtsverhältnisses an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

2. Für den Fall, daß die Zulässigkeit des Antrages vom Berufungsgericht erneut bejaht werden sollte, wird auf folgendes hingewiesen:

Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein nach §§ 313 Satz 1, 125 Satz 1, 139 BGB wegen Nichtbeurkundung einer Nebenabrede formnichtiger Vertrag ausnahmsweise als wirksam zu behandeln, wenn die Berufung auf den Formmangel arglistig ist (BGHZ 85, 315, 318 f). So aber könnte die Sache hier liegen.

Der Kläger hat den Vergütungsanspruch für die Herstellung des Duschbades auf die Behauptung gestützt, diese Leistung habe einem nachträglichen Sonderwunsch der Beklagten entsprochen. Demgegenüber haben die Beklagten vorgetragen, das Duschbad sei vereinbarungsgemäß anstelle der vorgesehenen Garage errichtet worden. Die Behauptung des Klägers hat sich als unrichtig erwiesen, wie das Berufungsgericht feststellt. Daraus könnte zu folgern sein, daß sich der Kläger die gerade von ihm gewollte Nichtbeurkundung der Nebenabrede bewußt zur Erlangung einer ihm nicht zustehenden Vergütung zunutze gemacht hat, indem er die Herstellung des Bades als einen vom beurkundeten Vertragsinhalt und damit von dem vertraglichen Festpreis unabhängigen Sonderwunsch deklarierte. Hiernach aber hätte die Arglist des Klägers in seiner unerträglichen Vorgehensweise bestanden, und zwar deswegen, weil er durch seinen unwahren Sachvortrag die Beklagten zum Nachweis ihrer Behauptung zwang, wenn sie der unberechtigten Werklohnforderung entgehen wollten, sodann jedoch den von ihnen geführten Beweis dazu ausnutzte, Feststellung der Formnichtigkeit des Vertrages für den Fall der Erfolglosigkeit des Vergütungsanspruchs zu beantragen. Dem ließe sich nicht entgegenhalten, die Beklagten hätten erst durch ihren Einwand, der Kläger schulde die Herstellung einer Garage, seinen der wahren Sachlage entsprechenden Vor-

trag veranlaßt, daß anstelle der entfallenen Garage der Bau des Duschbades zum Vertragsinhalt gemacht worden sei. Denn diese Feststellung des Berufungsgerichts stimmt nicht mit dem im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebenen Vortrag der Beklagten überein. Danach haben sie lediglich vorgebracht, die ersparten Kosten für die nach dem Vertrag geschuldete, aber nicht gelieferte Garage müßten mit der für die Errichtung des Duschbades geforderten Vergütung verrechnet werden. Die Beklagten haben also zutreffend nur geltend gemacht, der Kläger dürfe dafür nicht zusätzlich zu dem vertraglichen Preis eine Vergütung verlangen.

II. Anschlußrevision:

1. Die Hilfsanschlußrevision des Klägers ist zulässig. Sie ist im Umfang des vom Berufungsgericht abgewiesenen Hauptantrages für den - hier eingetretenen - Fall erhoben, daß auf die Revision der Beklagten das Berufungsurteil aufgehoben wird. Eine unter dieser Bedingung eingelegte Anschlußrevision ist statthaft (BGHZ 67, 300, 310; BGH, Urt. v. 10. November 1983, VII ZR 72/83, NJW 1984, 1240, 1241). Es genügt, daß diese sich gegen dasselbe Urteil richtet, welches durch das Hauptrechtsmittel angefochten ist (BGH, Urt. v. 9. Februar 1983, IVb ZR 361/81, NJW 1983, 1317, 1318).

In der Sache kann über den mit der Hilfsanschließung verfolgten Werklohnanspruch nicht entschieden werden. Soweit das Berufungsgericht den sich auf das Duschbad beziehenden Teil des Vergütungsanspruchs abgewiesen hat, ist dies zwar - wie schon ausgeführt - unabhängig vom Ausgang der Zwi-

schenfeststellungsklage richtig; das angefochtene Urteil enthält jedoch keine Feststellungen zur Höhe dieses Anspruchsteils, so daß sich die restliche Forderungshöhe nicht abgrenzen läßt. Über diesen verbleibenden Teil aber ist eine Sachentscheidung schon deshalb nicht möglich, weil sie im Hinblick auf den infolge Aufhebung und Zurückverweisung noch offenen Antrag auf Zwischenfeststellung die Gefahr widersprechender Entscheidungen herbeiführen würde. Das Berufungsurteil muß daher in dem vollen Umfang der Abweisung des Hauptantrages aufgehoben und zurückverwiesen werden.

2. Die mit dem Ziel einer Änderung der vorinstanzlichen Kostenentscheidung unbedingt eingelegte Anschlußrevision ist zulässig (BGHZ 17, 392, 397). Insoweit ergibt sich das Rechtsschutzinteresse des Klägers daraus, daß auch dann, wenn die Revision der Beklagten erfolglos gewesen wäre, die im Berufungsurteil getroffene Kostenentscheidung den Kläger benachteiligt hätte, weil darin die Kosten unzulässig nach Zeitabschnitten aufgeteilt worden sind. Die Entscheidung über die Kosten ist nun allerdings aufgrund der in der

Hauptsache gebotenen Aufhebung und Zurückverweisung dem Berufungsgericht vorzubehalten, da sie vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängig ist.

Linden

Räfle

RiBGH Dr. Lambert-Lang
befindet sich in Urlaub
und kann folglich nicht
unterschreiben.

Linden

Wenzel

Tropf