

Verkündet
am 23. Mai 1960
Symalla,
Justizhauptsekretär,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Geschäftsinhaberin Katharina K [REDACTED] geb. U [REDACTED]
[REDACTED] in P [REDACTED] bei M [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -
gegen

die Ehefrau Katharina C [REDACTED] geb. W [REDACTED] verw. R [REDACTED]
in P [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 23. Mai 1960 unter Mitwirkung der Bundes-
richter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag und
Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts München vom 20. Januar 1959,
an Verkündungs Statt den Parteien zugestellt am 27.
und 28. Januar 1959, wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks M[REDACTED]straße [REDACTED] in P[REDACTED]. Am 21. August 1956 verkaufte sie dieses Anwesen an die Beklagte und ließ es ihr auf. Der Kaufpreis sollte, wie es in dem notariellen Kaufvertrag hieß, darin bestehen, daß die Beklagte drei Hypotheken von insgesamt 30 000,-- DM in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm, der Klägerin und deren Ehemann ein lebenslängliches Wohnrecht im Hause einräumte und sich verpflichtete, an die beiden Genannten bis zum Tode eine Leibrente zu entrichten.

Die Übergabe des verkauften Anwesens fand am 1. September 1956 statt; gleichzeitig gingen sämtliche Nutzungen und Lasten auf die Käuferin über. Nach Kaufabschluß leistete die Beklagte bis Mai 1957 an die Klägerin verschiedene Barzahlungen, die zusammen etwas mehr als 6000,-- DM ausmachten; in einem Schreiben vom 1. Juli 1957, mit dem sie um Abrechnung über die bisher gezahlten Beträge bat, erwähnte sie, daß die Klägerin, "wie abgemacht", von ihr noch 2000,-- DM erhalten sollte.

Eine Eigentumsumschreibung im Grundbuch ist bisher nicht erfolgt.

Die Klägerin klagt auf Feststellung, daß der Kaufvertrag vom 21. August 1956 nichtig sei. Sie behauptet, der Kaufpreis sei in der notariellen Verhandlung nicht richtig beurkundet worden; er habe laut mündlicher Vereinbarung 68 000,-- DM betragen, wovon 30 000,-- DM durch Übernahme der Hypotheken und weitere 30 000,-- DM durch Gewährung des Wohnrechts und der Leibrente abgegolten werden sollten, während die restlichen 8000,-- DM in bar zu entrichten gewesen seien; den letztgenannten Betrag habe man jedoch auf Veranlassung der Beklagten, um Grunderwerbsteuer

zu ersparen, nicht mit in den schriftlichen Vertrag aufgenommen. Außerdem macht die Klägerin geltend, daß sie den Kaufvertrag wegen Irrtums und wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten habe. Die Beklagte, die um Klageabweisung bittet, stellt unrichtige Kaufpreisbeurkundung in Abrede; nach ihrer Sachdarstellung haben die nachträglich von ihr geleisteten Zahlungen mit dem Kaufpreis nichts zu tun. Hilfsweise wendet sie ein, daß die Klägerin arglistig handele, wenn sie sich auf den angeblichen Formmangel berufe, da die Anregung, dem Notar nicht alles über die Gegenleistung zu sagen, von dem Ehemann der Klägerin ausgegangen sei; diese habe auch ein Jahr lang die Leibrente und alle sonstigen Zahlungen vorbehaltlos entgegengenommen. Ihre, der Beklagten, Leistungen seit Kaufabschluß beliefen sich einschließlich Investitionen, Grunderwerbsteuerzahlungen, Zins- und Tilgungsbeträgen für Hypotheken usw. insgesamt auf 37 664,-- DM. Gründe für eine Vertragsanfechtung habe die Klägerin nicht gehabt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht unter "Aufhebung" (gemeint ist offenbar: Abänderung) der landgerichtlichen Entscheidung die von der Klägerin begehrte Feststellung getroffen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Gegen das rechtliche Interesse der Klägerin an der von ihr begehrten Feststellung (§ 256 ZPO) - mit dem sich die Vorinstanzen nicht befaßt haben und hinsichtlich dessen die Revision keine Einwendungen erhebt, das jedoch auch in dem Revisionsrechtszug von Amts wegen zu prüfen ist (RGZ 73, 82, 85) - bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Es ent-



fällt insbesondere nicht etwa aus dem Grunde, weil die Klägerin in der Lage wäre, anstatt auf Feststellung sogleich auf Leistung, nämlich gemäß § 985 BGB auf Herausgabe und Räumung des verkauften Anwesens zu klagen; denn da die Beklagte gegenüber einer solchen Klage wahrscheinlich ein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer Grundstücksverwendungen und sonstigen Leistungen (§§ 273, 1000 BGB) geltend machen und dies zu einer umständlichen Aufrollung des gesamten Abrechnungsverhältnisses zwischen den Parteien führen würde, kann es der Klägerin verständigerweise nicht verwehrt werden, zunächst einmal die grundsätzliche Frage, ob der Kaufvertrag rechtswirksam sei, in einem selbständigen Rechtsstreit zu klären.

2. Das Berufungsgericht sieht, insoweit mit dem Landgericht übereinstimmend, auf Grund des Beweisergebnisses als erwiesen an, daß die Parteien sich am 21. August 1956 mündlich auf einen Kaufpreis von 68 000,-- DM geeinigt hätten, wovon 60 000,-- DM durch Hypothekenübernahme sowie Gewährung des Wohnrechts und der Leibrente abgegolten und die restlichen 8000,-- DM bar zu bezahlen gewesen seien. Es hat aus der Tatsache, daß diese 8000,-- DM im notariellen Kaufvertrag vom selben Tage nicht mit aufgeführt worden sind, den rechtlichen Schluß gezogen, die hierauf bezügliche Vereinbarung sei wegen Nichteinhaltung der in § 313 Satz 1 BGB vorgeschriebenen Form gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig; die Nichtigkeit ergreife nach § 139 BGB den gesamten Vertrag, also auch insoweit, als er notariell beurkundet sei.

Abweichend vom Landgericht erachtet das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten, daß die Klägerin, wenn sie sich auf die Formnichtigkeit des Kaufvertrages berufe, gegen Treu und Glauben verstoße und arglistig handle (§ 242 BGB), nicht für berechtigt. Arglist verneint das

angefochtene Urteil unter Hinweis auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung (RGZ 96, 313, 315; 107, 357; 153, 59) mit der Begründung, die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß die Klägerin oder ihr Ehemann - von dem sie sich bei den Vertragsverhandlungen weitgehend habe vertreten lassen - etwa in Kenntnis der Nichtigkeitsfolge die Beklagte zur Mißachtung der Formvorschrift bestimmt hätten in der vor-gefaßten Absicht, sich dann später auf diese Rechtsfolge zu berufen, oder daß sie die Beklagte in den Glauben versetzt hätten, der Vertrag sei auch formlos gültig. Für sie habe, da sie weder die Grunderwerbsteuer noch die Kosten der Vertragsbeurkundung zu tragen gehabt hätten, kein Anlaß zu einer "Unterverbriefung" bestanden. Über die Folgen einer unrichtigen Beurkundung seien sie erst im Juli 1957 durch ihren Rechtsbeistand aufgeklärt worden. Wenn daher die Klägerin im vermeintlichen Interesse der Beklagten auf deren Vorschlag, die bar zu zahlenden 8000,-- DM aus Steuerersparnisgründen nicht zu protokollieren, eingegangen sei, so könne ihr das ebensowenig zum Vorwurf gereichen wie in der Folgezeit die Entgegennahme der Leibrenten- und sonstigen Zahlungen bis etwa Mitte Juli 1957 sowie ihr Einverständnis damit, daß die Klägerin Aufwendungen für das Haus machte und auf die Hypotheken Zins- und Tilgungsbeträge entrichtete.

Zu einem anderen Ergebnis gelangt man nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht auf Grund der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach unter Umständen, ohne daß arglistiges Verhalten eines Beteiligten vorzuliegen brauche, es bereits die besondere Gestaltung des Falles gebiete, dem Mangel der Form mit Rücksicht auf Treu und Glauben von Amts wegen die Rechtsfolge der Nichtigkeit zu versagen (BGHZ 12, 286, 304; 16, 334, 337). Ein solcher Ausnahmefall - wie er etwa dann gegeben sei, wenn nach dem

bisherigen Parteiverhalten, insbesondere den Erklärungen, Zusicherungen oder Versprechungen des einen Teiles oder auch beider Teile und angesichts der dadurch herbeigeführten tatsächlichen Verhältnisse eine befriedigende Lösung für die Beziehungen der Beteiligten nur bei Bejahung rechtsgeschäftlicher Bindung erreichbar erscheine - liege hier nicht vor. Denn es sei nicht ersichtlich, inwiefern der den Parteien im Fall einer Vertragsnichtigkeit zustehende Rechtsschutz unzulänglich sein sollte. Es stelle keine unbefriedigende Lösung dar, wenn die Klägerin, wozu sie gesetzlich verpflichtet sei (§§ 812 ff BGB), der Beklagten alles das zurückgewähre, was sie von ihr auf Grund des nichtigen Kaufvertrages empfangen habe, und ihr alle Verwendungen auf das Anwesen sowie alle Zahlungen an Hypothekengläubiger usw. erstatte, während andererseits die Beklagte für die aus dem Grundstück gezogenen Nutzungen eine angemessene Entschädigung bezahle.

3. Gegen diese Urteilsausführungen wendet sich die Revision. Sie rügt Verletzung des sachlichen Rechts, insbesondere des § 242 BGB, sowie der verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 139, 286 ZPO und macht geltend, im vorliegenden Fall hätten sich die Beteiligten auf das von ihnen Erstrebte eingestellt, danach gehandelt und so einen ihrem Willen entsprechenden Zustand geschaffen, der sich über einen gewissen Zeitraum erstreckt und die Beklagte zu erheblichen Aufwendungen veranlaßt habe; die dadurch geschaffene Lage lasse sich anders als durch Bejahung einer rechtsgeschäftlichen Bindung nicht befriedigend lösen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß eine vollständige Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen möglich sei und damit den Interessen der Beteiligten Genüge geschehe, beruhe auf mangelnder Sachaufklärung. Hätte nämlich

das Gericht seinen Standpunkt rechtzeitig bekanntgegeben, wozu es im Hinblick auf den lückenhaften Sachvortrag der Beklagten verpflichtet gewesen wäre, so hätte diese unter Anführung von Einzelheiten behauptet und durch Zeugenbenennung unter Beweis gestellt, daß die Klägerin, ebenso wie ihr Ehemann, "völlig illiquide" und zur Rückgewähr des Empfangenen außerstande sei; die Beklagte könnte also von ihr, falls der Kaufvertrag als nichtig behandelt würde, keinen Pfennig zurückbekommen; auch die Geldbeträge, welche die Klägerin erhalten habe, seien nicht mehr vorhanden.

Die Rüge greift nicht durch.

Es kann schon zweifelhaft erscheinen, ob der Vortrag der Beklagten, soweit es sich um die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien handelt, in den Tatsacheninstanzen wirklich, wie die Revision behauptet, "lückenhaft" und "mangelhaft" war und deshalb dem Berufungsrichter Anlaß zur Anwendung des Fragerichts aus § 139 ZPO hätte geben müssen. Bereits in der Klagebeantwortung vom 13. September 1957 (S. 6) hatte die Beklagte auf die finanziellen Schwierigkeiten hingewiesen, in welche die Klägerin durch ihren Ehemann, den sie 1955 geheiratet habe, geraten sei und die zu einer hypothekarischen Belastung ihres bis dahin schuldenfreien Grundbesitzes in Höhe von 30 000,-- DM geführt hätten; sie hatte behauptet, die Klägerin suche, um "diese Misere zu beenden", jetzt nach einem neuen Grundstückskäufer, der wahrscheinlich mehr biete als sie. Hierauf war sie dann im Schriftsatz vom 14. Mai 1958 nochmals zu sprechen gekommen, wobei die "hohe Schuldenlast" und die "geringen Einnahmen" der Klägerin hervorgehoben wurden, die sie gezwungen hätten, ihr Haus unter allen Umständen zu verkaufen (S. 5); auch war dort in anderem

Zusammenhang davon die Rede, es habe der Klägerin, die Ende August 1956 einen im Hause wohnenden Mieter mit 3230,-- DM habe abfinden müssen, "sozusagen auf den Fingern gebrannt", da sie, wie sich hernach herausgestellt habe, nicht in der Lage gewesen sei, diesen Betrag aus eigenen Mitteln zu bezahlen (S. 3). Die Klägerin hat, soweit ersichtlich, die angeführten Behauptungen nicht bestritten, so daß sie nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden galten. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß das Oberlandesgericht sie bei seiner Entscheidung übersehen hätte.

Aber selbst wenn man unterstellt, der Sachverhalt sei in diesem Punkt noch nicht vollständig geklärt gewesen, so wird das angefochtene Urteil dadurch gleichwohl nicht erschüttert. Denn die behauptete Vermögenslosigkeit der Klägerin wäre für sich allein nicht geeignet, eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß gesetzliche Formvorschriften im Interesse der Rechtssicherheit streng eingehalten werden müssen, zu rechtfertigen. Es verstößt in der Regel nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn ein formbedürftiger Vertrag bei Fehlen der vorgeschriebenen Form als nichtig behandelt wird (§ 125 BGB). Diese Auffassung hat der erkennende Senat in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht und dem Obersten Gerichtshof für die britische Zone (RGZ 170, 203; OGHZ 1, 217) ständig vertreten, und er hat Ausnahmen hiervon nur in ganz besonders liegenden Fällen zugelassen (vgl. außer den im Berufungsurteil angeführten beiden Entscheidungen ferner BGHZ 23, 254, 249, 254; 29, 6, 10; Beschluß vom 9. Februar 1955, V BLW 59/54, NJW 1955, 1065; Urteile vom 23. April 1958, V ZR 115/57, S. 13, vom 7. Januar 1959, V ZR 112/57, S. 14, und vom 18. Februar 1959, V ZR 179/57, S. 8). Was insbesondere die hier in Betracht kommende Formvorschrift des § 313 BGB anbetrifft, so gebührt ihr regelmäßig der Vorrang gegenüber Billigkeitserwägungen aus

§ 242 BGB; ein Ausnahmefall, in dem der Verkäufer eines Grundstücks an einen formnichtigen Vertrag nach Treu und Glauben für gebunden zu erachten ist, liegt nicht schon dann vor, wenn die Nichtanerkennung des Vertrages zu einem für den Käufer harten Ergebnis führen würde; das Ergebnis müßte vielmehr ein schlechthin untragbares sein (Urteil vom 25. September 1957, V ZR 188/55, LM BGB § 313 Nr. 13 = WM 1957, 1440).

An letzterem Erfordernis fehlt es hier. Von einem untragbaren, mit dem Gedanken von Treu und Glauben überhaupt nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis könnte angesichts der Tatsache, daß laut Feststellung des Berufungsgerichts (BU S. 17) gerade die Beklagte es war, auf deren Wunsch der Kaufpreis unrichtig beurkundet wurde, auch dann keine Rede sein, wenn es der Beklagten in der Tat nicht gelingen sollte, ihre im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages geleisteten Zahlungen und sonstigen Aufwendungen gemäß §§ 812 ff BGB wieder hereinzuholen. Daß es ihr nicht gelingen wird, steht aber im übrigen, selbst bei Vermögenslosigkeit der Klägerin, noch keineswegs fest. Denn abgesehen davon, daß ein nicht unerheblicher Teil dieser Bereicherungsansprüche inzwischen bereits durch die Nutzungsvergütung, welche die Beklagte ihrerseits für die jahrelange Innehabung des Anwesens schuldet (vgl. Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Kennerknecht vom 28. April 1958), aufgezehrt sein dürfte, könnte die Beklagte der Klägerin, falls diese von ihr Herausgabe und Räumung verlangen sollte, ein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen (§§ 273, 1000 BGB) und sich dadurch, daß sie vorerst das Anwesen weiterhin im Besitz behält und die Nutzungen zieht, wegen ihrer restlichen Ansprüche bezahlt machen.

4. Als nicht stichhaltig erweisen sich schließlich auch die Einwendungen, welche die Beklagte in der Revisionsverhandlung noch gegen die tatsächlichen Feststellungen des Oberlandesgerichts erhoben hat.

Dieses hatte den Umstand, daß seitens des Zeugen C [REDACTED], des Ehemannes der Klägerin, bei einer vorbereitenden Besprechung mit dem Notariatsoberinspektor L [REDACTED] ein bar zu zahlender Kaufpreisteil von 8000,-- DM genannt worden war, dahin gewürdigt, der Zeuge hätte eine solche Angabe nicht machen können, wenn er nicht von einer Einigung der Parteien hierüber ausgegangen wäre (BU S.14). Darin liegt nach Meinung der Revision ein Denkfehler, weil der Berufsrichter irrigerweise angenommen habe, daß Capellers Äußerung den angegebenen Sinn gehabt haben müsse, während sie in Wirklichkeit auch anders, z.B. als bloße Wiedergabe eines einseitigen und zwischen den Parteien erst noch auszuhandelnden Vertragsangebots aufgefaßt werden könne. Die Rüge greift nicht durch. Abgesehen davon, daß es sich bei dem beanstandeten Satz des Berufungsurteils nur um eine einzelne Erwägung handelt, auf der die Feststellung dessen, was die Parteien mündlich vereinbart haben, nicht ausschlaggebend beruht, ist die ganze Beanstandung verfahrensrechtlicher Natur (§ 286 ZPO) und hätte daher, um zulässig zu sein, gemäß § 554 ZPO bereits in der schriftlichen Revisionsbegründung geltend gemacht werden müssen.

Nicht anders verhält es sich mit dem ebenfalls erst mündlich in der Revisionsverhandlung erhobenen Einwand der Beklagten, das Berufungsgericht habe den Text des Notizzettels Blatt 71 der Gerichtsakten unvollständig gewürdigt, indem es die auf der Rückseite desselben befindlichen Eintragungen unberücksichtigt gelassen habe; aus ihnen gehe hervor, daß die ursprünglich als Kaufpreis verlangte Summe von 67 000,-- oder 68 000,-- DM bereits im Laufe der Ver-

tragsverhandlungen eine Herabminderung auf 62 000,-- DM erfahren habe. Ob sich wirklich etwas Derartiges aus dem Schriftstück entnehmen ließe, mag dahinstehen, da auch insoweit eine reine Verfahrensrüge vorliegt, deren Zulässigkeit an ihrer verspäteten und nicht formgerechten Geltendmachung scheitert. Wenn die Beklagte versucht hat, die bisher unbeachtet gebliebenen Aufzeichnungen auf der Rückseite des Zettels als eine neu aufgefundene Urkunde im Sinne von § 580 Nr. 7 b ZPO hinzustellen, auf die sie sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausnahmsweise noch in der Revisionsinstanz berufen dürfe, weil anderenfalls ein besonderes Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet werden müßte, so vermag auch dieser Gesichtspunkt der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen. Zunächst genügen, entgegen ihrer Ansicht, Gründe der Prozeßwirtschaftlichkeit allein keineswegs, um trotz § 561 ZPO die Berücksichtigung eines solchen Sachverhalts zu rechtfertigen (BGHZ 5, 240, 247 = LM ZPO § 559 Nr. 2 m. Anm. Johannsen; BGHZ 18, 59; Urteil des erkennenden Senats vom 17. November 1959, V ZR 18/59, S. 14 f). Unerörtert kann ferner bleiben, ob das neue Vorbringen nicht wenigstens - woran es im vorliegenden Falle fehlt - noch innerhalb der Revisionsbegründungsfrist in den Prozeß hätte eingeführt werden müssen (BGHZ 18, 59). Denn die Anwendbarkeit des § 580 ZPO entfällt hier schon aus dem Grunde, weil der erwähnte Notizzettel keine Urkunde ist, die erst nachträglich aufgefunden wurde oder benutzt werden konnte; er befand sich vielmehr schon lange vor dem Abschluß der Berufungsinstanz, nämlich seit dem 21. März 1958, bei den Akten und ist sowohl vor dem Landgericht als auch vor dem Oberlandesgericht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

5. Da somit das angefochtene Urteil den Revisionsan-
griffen standhält und auch sonst zu Beanstandungen keinen
Anlaß gibt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97
Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Kothe

Dr. Freitag

Offterdinger