

102. 1. Erfordert § 313 BGB. auch die Beurkundung von bereits vor der Aufnahme der notariellen Urkunde erfüllten Gegenleistungen des Käufers?

2. Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung auf die Richtigkeit von Verträgen. Culpa in contrahendo. Kann sich derjenige auf die Richtigkeit berufen, welcher sie, wenn auch nicht arglistigerweise, dadurch herbeigeführt hat, daß er den anderen Teil in den Irrtum versetzte, die Beobachtung der Form sei nicht erforderlich?

3. Wird die Einrede der allgemeinen Arglist dadurch ausgeschlossen, daß derjenige, welcher sie erhebt, sich an dem durch zu niedrige Angabe des Kaufpreises verübten Steuerbetrug beteiligt hat?

4. Kann sie dazu führen, daß derjenige, dem sie entgegengesetzt wird, zur Erfüllung des nichtigen Vertrags verurteilt wird?

V. Zivilsenat. Ur. v. 28. November 1923 i. S. G. (Befl.) m. B. (Rl.). V 802/22.

I. Landgericht Kiel. — II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 29. Juni 1919 hat der Kläger seinen gesamten, im Grundbuch von N. eingetragenen Grundbesitz an den Beklagten verkauft. In der notariellen Vertragsurkunde ist der Kaufpreis auf 200 000 M angegeben, wovon (wie im Stempelinteresse bemerkt wird) 60 000 M auf das mitverkaufte Inventar entfallen. Der Kaufpreis sollte danach in der Weise belegt werden, daß der Käufer in Anrechnung auf ihn Hypotheken im Betrage von 112 650 M übernehme und den Rest von 87 350 M spätestens am 10. Juli 1919 bar an den Verkäufer auszahle. Die Übergabe sollte Zug um Zug „gegen Leistung der Anzahlung“, die Auflassung alsbald nach der Übergabe erfolgen. Die sämtlichen Kosten, Stempel und Besitzsteuer sollten die Parteien halbshiedlich, nur die

Wertzuwachssteuer der Verkäufer allein tragen. Die Übergabe des Grundbesitzes an den Beklagten ist erfolgt, die Auflassung bisher aber nicht. Der Kläger hat im Mai 1921 Klage erhoben auf Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrages, Herausgabe des Grundbesitzes und Rückgabe von Inventargegenständen. Er stützt die Behauptung, daß der Vertrag nichtig sei, darauf, daß der in der notariellen Urkunde angegebene Kaufpreis nicht der richtige gewesen sei.

Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht stellte fest, daß der Kaufvertrag nichtig sei. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils.

Gründe:

Es ist unter den Parteien unstreitig, daß für den Verkauf des Grundstücks mündlich ein Preis von 227 500 *M* vereinbart war, daß auf diesen Kaufpreis vor der notariellen Beurkundung vom Käufer eine Anzahlung von 27 500 *M* geleistet und sodann in der notariellen Urkunde als Kaufpreis ein Betrag von 200 000 *M* angegeben worden ist. Die auf diesen Tatbestand gegründete Annahme des Berufungsrichters, daß der Kaufvertrag wegen unrichtiger Angabe des Kaufpreises in Ermangelung der in § 313 BGB. vorgeschriebenen Beurkundungsform nichtig sei, entspricht, wie die Revision anerkennt, der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Die von der Revision erbetene Nachprüfung dieser Rechtsauffassung kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Auch die bereits vor der Beurkundung gemachte Anzahlung bildet einen Teil der vom Käufer für die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Eigentums an ihn übernommenen Gegenleistung und gehört deshalb zum Inhalt des Vertrags. Den Gegenstand der in § 313 vorgeschriebenen urkundlichen Form bildet aber der gesamte Vertrag, der sich aus Leistung und Gegenleistung zusammensetzt. Keineswegs ist eine Beurkundung nur für die vom Verkäufer übernommene Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke vorgeschrieben, wenn auch, wie die Materialien zum BGB. (Motive Bd. 2 S. 189; Prot. d. 2. Komm. Bd. 1 S. 460) erkennen lassen, der eigentliche Zweck der Bestimmung war, den Verkäufer vor Übereilung bei der Hingabe seines Grundeigentums zu schützen. Die über diesen Zweck hinausgehende Fassung ist daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber die aus einer verschiedenartigen Behandlung der vom einen und vom anderen Teile übernommenen Verpflichtungen sich ergebenden Schwierigkeiten vermeiden wollte (vgl. Komm. v. RG-Räten zu § 313 BGB. A. 1 Schlußabsatz S. 447). Eine den Wortlaut einschränkende Auslegung erscheint deshalb nicht zulässig. Von diesem Gesichtspunkt aus kann auch der Umstand, daß ein Teil der vom Käufer übernommenen Gegenleistung zur Zeit der Beurkundung schon erfüllt ist, die Parteien nicht von der Verpflichtung entheben, auch

diesen Teil beurkunden zu lassen, da gerade durch solche Unterlassung Zweifel und Schwierigkeiten hinsichtlich der Höhe und der Zahlungsweise der dem Verkäufer zu gewährenden Vergütung sich leicht ergeben können.

Der Beklagte hatte aber der Berufung des Klägers auf die Nichtigkeit des Vertrags die Einrede der Arglist entgegengesetzt, die er damit begründete, daß der Kläger es gewesen sei, der die unrichtige Angabe des Kaufpreises in der Urkunde veranlaßt habe. Der Berufungsrichter nimmt an, daß dieser, der *exceptio doli generalis* des gemeinen Rechts entsprechende Rechtsbehelf, wie durch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts festgestellt worden, auch für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegeben sei, und zwar wenn entweder ein Verstoß gegen Treu und Glauben nach Maßgabe der §§ 133, 157, 242 oder ein sittenwidriges Verhalten auf Seite desjenigen vorliege, gegen den die Einrede sich richte. Er meint aber, im vorliegenden Falle könne die Einrede aus der zuerst erwähnten Gruppe von Vorschriften nicht hergeleitet werden, weil der notarielle Vertrag nichtig sei und eine rechtsverbindliche Verpflichtung der Parteien nicht habe bewirken können, es sich somit weder um die Auslegung eines Vertrags noch um ein Schuldverhältnis handle. Die Einrede könne aber auch um deswillen hier nicht geltend gemacht werden, weil nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts gegenüber Formvorschriften eine Berufung auf Treu und Glauben nicht möglich sei. Den, wie er meint, zu dieser Rechtsprechung in Gegensatz tretenden Entscheidungen des Reichsgerichts bei Warn. 1908 Nr. 38 (III. Zivilsenat vom 15. November 1907) und RGZ. Bb. 96 S. 315 erklärt der Berufungsrichter nicht beitreten zu können, weil sonst auf einem Umwege das gesetzgeberische Gebot der Beobachtung einer bestimmten Form vielfach bedeutungslos gemacht werden könnte. Denn die Berufung auf Treu und Glauben würde dazu führen, in Fällen, in denen ein Vertrag wegen Formmangels nichtig sei, eine Untersuchung darüber anzustellen, welche Partei die Anregung zum Verstoß gegen die Formvorschrift gegeben habe, und in zahllosen Fällen die Wirkung haben, die Anwendung der Formvorschriften völlig auszuschalten. Der bei Warn. 1908 Nr. 38 behandelte Fall habe auch insofern anders gelegen, als in ihm eine schuldrechtliche Bindung zwischen den Parteien gegeben gewesen sei. Der Berufungsrichter nimmt Bezug auf das Schrifttum, in welchem die Auffassung der genannten reichsgerichtlichen Urteile mit überzeugenden Gründen bekämpft worden sei. Aber auch einen Verstoß gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.) erachtet der Berufungsrichter im vorliegenden Falle nicht für gegeben. Ein solcher Verstoß könne nicht schon darin gefunden werden, daß eine Partei einen Vertrag nicht erfüllen wolle, der mangels der vorgeschriebenen Form nichtig sei und

deshalb eine Verbindlichkeit nicht erzeugt habe. Die Berufung auf die Formwidrigkeit würde allerdings dann arglistig sein, wenn eine Partei einen der gesetzlichen Form entbehrenden Vertrag von vornherein in der Absicht eingegangen wäre, ihn keinesfalls zu erfüllen, sich vielmehr auf den Formmangel zu berufen, und wenn sie zu diesem Zwecke den Gegner von der Einhaltung der Form abgehalten hätte. Diese Voraussetzungen lägen aber hier nicht vor, da der Kläger den Vertrag in der Absicht geschlossen habe, ihn zu erfüllen, und diese Absicht auch durch Übergabe des Grundstücks und Forderung der Zahlung des Restkaufgelbes zunächst betätigt habe. Der Berufungsrichter führt ferner noch einen anderen Grund für die Unmöglichkeit an, die Einrede der Arglist im vorliegenden Falle zuzulassen. Der Beklagte habe nämlich (einerlei durch welche eigene Erwägungen oder Erklärungen des Klägers bemogen) sich als Mittäter an einer Steuerhinterziehung beteiligt und damit bewußt eine strafbare Handlung begangen; ein solches Verhalten könne aber gegenüber dem Anstifter zu der strafbaren Handlung weder die Einrede der allgemeinen Arglist noch Schadensersatzansprüche aus der gelungenen Anstiftung begründen. Aus dem eigenen Vorbringen des Beklagten hinsichtlich der Möglichkeit, sich einen andern Hof zu verschaffen, entnimmt der Berufungsrichter, daß eine Notwendigkeit, sich an dem Steuerbetrug des Klägers zu beteiligen, für den Beklagten nicht vorgelegen habe. Schließlich könne auch das Ergebnis, daß der Kläger jetzt einen Hof wiedererhalte, der zur Zeit des Berufungsurteils 6—7 Millionen wert gewesen sei, während der Beklagte nur den jetzt entwerteten Betrag des bezahlten Kaufpreises zurückerhalte, nicht zur Annahme einer Sittenwidrigkeit führen, da der Kläger das Eigentum an dem Grundstück niemals verloren und der Beklagte keinen Anspruch auf dessen Übertragung erworben habe.

Diese Ausführungen sind, wie die Revision mit Grund rügt, nicht durchweg frei von Rechtsirrtum und prozessualen Verstößen. Zunächst macht der Berufungsrichter den beiden von ihm angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts zu Unrecht den Vorwurf, daß sie sich in Widerspruch setzten zu dem in der sonstigen Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Satze, daß gegenüber Formvorschriften eine Berufung auf Treu und Glauben nicht möglich sei. Die Urteile verkennen diesen Rechtsatz keineswegs, stellen ihn vielmehr an die Spitze ihrer Ausführungen und gehen von ihm aus. Sie meinen aber, daß es sich darum allein nicht handle, wenn gegenüber der Bereitwilligkeit einer Partei, die vorgeschriebene Form zu erfüllen, die andere Partei erklärt habe, das sei unnötig, und wenn sie dadurch jene in den Irrtum versetzt habe, die Form sei zur Gültigkeit des Vertrags nicht erforderlich, und daß ein gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößendes Verhalten vorliege, wenn diese Partei aus ihrem eigenen

damaligen Verhalten, welches allein die Ursache für die Nichterfüllung der Form gewesen sei, jetzt zum Nachteil der anderen einen Vorteil für sich herleiten wolle, und zwar auch dann, wenn die Absicht, sich auf den Mangel zu berufen, um den Vertrag nicht zu erfüllen, nicht von vornherein bestanden habe. Eine bloße Anregung, die Form nicht zu beobachten, die von einer Partei ausgegangen und auf welche die andere eingegangen ist, namentlich, wenn die Nichtbeobachtung auch im Interesse der letzteren wegen Steuerersparnis oder dergl. lag, hindert die erstere nicht, den Formmangel geltend zu machen: dazu ist vielmehr erforderlich, daß die andere Partei durch sie in den Irrtum versetzt worden ist, die Form sei nicht nötig; das hat der erkennende Senat bereits in dem Urteil vom 14. Oktober 1922 V 647/21 ausgesprochen. Im vorliegenden Falle hatte aber der Beklagte vorgebracht und unter Beweis gestellt, daß der Kläger nach Leistung der Anzahlung durch den Beklagten erklärt habe, er werde den Vertrag nur beurkunden lassen, wenn diese Anzahlung im notariellen Vertrag nicht beurkundet werde, und ferner, daß auf der Fahrt zum Notar der Beklagte den Kläger mit Rücksicht auf dessen Erklärung gefragt habe, ob ihm auch nichts passieren könne, da er sonst mit seiner Familie auf der Straße liegen würde, und hinzugefügt habe, der Kläger müsse dafür garantieren, daß ihm nichts dabei passiere, und daß der Kläger darauf geantwortet habe, er garantiere dafür, mit dem Hinzufügen, da 27 500 *M* gezahlt seien, sei jetzt der „richtige“ Kaufpreis 200 000 *M*; ferner auch noch, daß der Kläger als Grundstückshändler genau gewußt habe, daß die Beurkundung des vorausbezahlten Kaufpreises nötig war, während der Beklagte davon keine Ahnung gehabt habe. Dieses Vorbringen hat der Berufsungsrichter, wie die Revision zutreffend rügt, nicht gewürdigt. Muß es sonach für die Revisionsinstanz als richtig unterstellt werden, so liegt in der Tat ein Fall vor, der denjenigen Fällen mindestens gleichgelagert ist, in welchen die obengenannten reichsgerichtlichen Urteile einer Partei die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrags als arglistig versagen. Es hat dann der Kläger in dem Beklagten den Irrtum hervorgerufen, daß auch bei Nichtbeobachtung der Form (Nichtbeurkundung des vollen Kaufpreises) diesem „nichts passieren“, d. h. der Vertrag nicht nichtig sein und er nicht etwa dadurch ohne Haus dastehen werde, daß also die Beobachtung der Form nicht nötig sei. Er hat sogar weitergehend dafür ausdrücklich die Garantie übernommen. Für einen solchen Fall aber liegt kein Anlaß vor, von der in den genannten Urteilen des Reichsgerichts vertretenen Rechtsauffassung abzuweichen. Es würde in der Tat dem das Bürgerliche Gesetzbuch durchweg und auf allen Rechtsgebieten als maßgebend (vgl. R.G.B. Bd. 85 S. 117) beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn man zuließe, daß eine Partei sich auf eine Nichtig-

keit beruft, die sie selbst durch eine — wenn auch nicht gegen besseres Wissen erfolgte, also nicht arglistige — Täuschung der anderen Partei herbeigeführt hat. Der Berufungsrichter irrt, wenn er meint, aus den §§ 139, 157, 242 BGB. könne die auf ein solches Verhalten sich gründende Einrede der Arglist nicht hergeleitet werden, weil der Vertrag nichtig, also ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien nicht zustande gekommen sei. Es ist ein seit Thering's Schrift über die culpa in contrabando in der Rechtslehre vertretener Satz, daß auch schon vor Abschluß eines Vertrags zwischen den über einen solchen verhandelnden Parteien gewisse auf Treu und Glauben beruhende Sorgfaltspflichten, insbesondere zur Mitteilung und Offenbarung von Umständen, die auf die Entschliebung des anderen Teils über den Abschluß und die Gestaltung des Vertrags von Einfluß sein können, begründet sind, und daß deren Nichterfüllung sowohl beim Zustandekommen des Vertrags wie auch bei Nichtzustandekommen eines solchen, namentlich im Falle einer dadurch verursachten Nichtigkeit, Schadensersatzverpflichtungen erzeugt (vgl. darüber neuerdings Stoll in RZ. 1923 Sp. 532). Dieser Rechtsatz liegt einer Anzahl von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugrunde: namentlich beruhen auf ihm die §§ 179 (Haftung des falsus procurator auf Erfüllung oder Schadensersatz), 307, 309 (Haftung im Falle der Nichtigkeit eines Vertrags wegen Unmöglichkeit der Leistung und wegen Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot), ferner auch § 694 und die Gewährleistungsvorschriften für Mängel der Kaufsache. Daß der diesen Vorschriften zugrunde liegende Rechtsgedanke, weil er für den rechtlichen Geschäftsverkehr unentbehrlich ist, auch auf andere, den ausdrücklich geordneten rechtsähnliche Fälle Anwendung zu finden hat, ist, unter Aufgabe früher (RGZ. Bd. 88 S. 105; JW. 1916 S. 116 Nr. 3) gemachter Einschränkungen auch vom Reichsgericht bereits mehrfach anerkannt (RGZ. Bd. 95 S. 58, Bd. 97 S. 327, Bd. 103 S. 49; Urteil vom 20. Oktober 1922 V 261/22; Komm. v. RGR N. 1 zu § 276). Eine Verletzung der hier in Frage kommenden Pflichten liegt aber nicht nur dann vor, wenn eine Partei bei den Verhandlungen über den Vertragsschluß durch Aufstellung wissentlich wahrheitswidriger Behauptungen, also arglistig, das Nichtzustandekommen eines wirklichen Vertrags oder eine Schädigung des Vertragsgegners durch das Zustandekommen verursacht hat; vielmehr genügt dazu jedes nach § 276 zu vertretende schuldhafte Verhalten, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Hat (wie hier zu unterstellen) eine Partei dem Gegner versprochen, für eine bestimmte Tatsache einzustehen, so wird überdies ein schuldhafte Verhalten schon dann anzunehmen sein, wenn sie nicht Umstände anführt, aus denen zu entnehmen ist, daß sie dazu ohne Verschulden nicht in der Lage war (Erfüllungsbeweis). Es ist deshalb rechtsirrig, wenn der Berufungsrichter im Widerspruch zu den

von ihm angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts die Anwendung der für das Recht der Schuldverhältnisse geltenden Bestimmungen über die Wahrung von Treu und Glauben, namentlich des § 242, um deswillen ausschließen will, weil der Kläger bei Abschluß des Vertrags nicht arglistig in der Richtung gehandelt habe, daß er damals bereits beabsichtigte, sich auf die von ihm selbst herbeigeführte Nichtigkeit des Vertrags zu berufen. Daß ein der Einrede der allgemeinen (richtiger: gegenwärtigen) Arglist entsprechender Rechtsbehelf auch den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entnehmen ist und gerade in den Vorschriften der §§ 242, 826 seine Grundlage findet, und daß eine solche Einrede auch gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrags erhoben werden kann, hat das Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung angenommen (vgl. besonders RGZ. Bd. 76 S. 355, Bd. 96 S. 192). Die für diese Einrede, die auch als Replik auftreten kann, erforderliche Arglist besteht eben darin, daß sich derjenige, dem sie entgegengesetzt wird, durch sein angriffs- oder verteidigungsmäßiges Verhalten im Prozeß mit einem früheren, von ihm zu vertretenden Verhalten in Widerspruch setzt (RGZ. Bd. 20 S. 94, Bd. 58 S. 428, Bd. 71 S. 435, Bd. 76 S. 355, Bd. 87 S. 283). Eine Arglist in einem früheren Zeitpunkte, namentlich beim Vertragsabschluß, ist dazu nicht erforderlich. Die in einem vereinzelt Urteil des II. Zivilsenats (RGZ. Bd. 64 S. 220) ausgesprochene abweichende Ansicht ist von ihm in Bd. 78 S. 134 aufgegeben und in Bd. 87 S. 283 ausdrücklich zurückgewiesen worden. Auf der Verkenning dieser Natur der Einrede beruhen auch hauptsächlich die im Schrifttum namentlich gegen das Urteil des III. Zivilsenats vom 15. November 1907 erhobenen Einwendungen (vgl. Weiskler J. b. b. Notarvereins 1909 S. 75; Hoeniger ebenda S. 673 und 1910 S. 907; Dertmann im Recht 1914 S. 8; Josef im Archiv f. b. R. Bd. 36 S. 60; Pland OÖB. § 125 Erl. 3b; kritisch auch Sohe in Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarf. Jahrg. 11 S. 636; dagegen zustimmend Staubinger § 826 Erl. 3c (α) Abs. 3). Dertmann a. a. O. unterstellt zudem einen wesentlich anderen Tatbestand als denjenigen, der dem genannten Urteil zugrunde lag.

Auch der weitere Grund des Berufungsrichters, der dem Beklagten die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung des Klägers auf die Nichtigkeit des Vertrags um deswillen versagen will, weil er sich an dem vom Kläger verübten Steuerbetrug beteiligt habe, ist nicht geeignet, die Entscheidung zu tragen. Zunächst sind auch hierbei die Behauptungen des Beklagten, deren Übergehung die Revision rügt, unberücksichtigt gelassen. Unterstellt man sie als wahr, besonders auch in der Richtung, daß der Kläger dem Beklagten versichert hat, nachdem die Vorauszahlung geleistet sei, sei der in der notariellen

Urkunde angegebene Kaufpreis der „richtige“, so wird man nicht ohne weiteres eine bewusste Teilnahme des Beklagten an dem vom Kläger verübten Steuerbetrug annehmen können. Aber auch wenn der Beklagte gemußt haben sollte, daß die Angabe des Kaufpreises in der notariellen Urkunde eine Steuerhinterziehung darstellte, so würde er dadurch des Rechtes, der Berufung des Klägers auf die Nichtigkeit des Vertrags die Einrede der allgemeinen Arglist entgegenzusetzen, nicht verlustig sein. Das Reichsgericht steht auf dem Standpunkt, daß ein Grundstücksveräußerungsvertrag nicht um deswillen allein gegen die guten Sitten verstößt, weil in der notariellen Urkunde ein unrichtiger Kaufpreis zu dem Zweck angegeben ist, dadurch Steuern zum Nachteil des Fiskus zu hinterziehen (Warn. 1921 Nr. 89). Diesem Standpunkt hat sich auch der erkennende Senat bereits in mehreren Urteilen angeschlossen; vgl. insbesondere das neuerdings ergangene Urteil vom 28. November 1923 V 230/22. Von diesem Standpunkt abzuweichen, besteht keine Veranlassung. Legt man ihn aber zugrunde, so kann noch weniger darin eine Sittenwidrigkeit gefunden werden, daß gegenüber der Berufung einer Partei auf die zu diesem Zwecke erfolgte unrichtige Beurkundung des Kaufpreises und die daraus gemäß § 313 BGB. sich ergebende Nichtigkeit die andere Partei den Einwand erhebt, daß jene sich mit Rücksicht auf ihr früheres Verhalten durch die Berufung auf die Nichtigkeit einer Arglist schuldig mache. Dieser Einwand steht mit der (wie zu unterstellen) beiderseits dem Fiskus gegenüber verübten Täuschung in keinem inneren Zusammenhang.

Der Berufungsrichter meint schließlich noch, auch wenn dem Beklagten die Einrede der allgemeinen Arglist zustände, so würde er doch nach den Grundsätzen der §§ 826, 249 BGB. nicht verlangen können, daß ein formungültiger Vertrag erfüllt werde, vielmehr würde er nur zu dem Verlangen berechtigt sein, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn er nicht „zur Begehung der Steuerhinterziehung angestiftet worden wäre“. Es sei aber mindestens zweifelhaft, ob es in diesem Falle zum Abschluß eines formgültigen Vertrags gekommen wäre, da zum mindesten nicht erwiesen sei, daß der Kläger den Vertrag geschlossen hätte, wenn der richtige Kaufpreis hätte angegeben werden müssen. Der Beklagte würde sonach aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes keinesfalls einen Anspruch darauf haben, daß die Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Vertrags nicht geltend gemacht würden. Auch in diesem Punkte erscheint aber die Auffassung des Berufungsrichters als rechtsirrig. Das Reichsgericht hat bereits in dem oben erwähnten Urteil vom 15. November 1907 ausgesprochen, die Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf ein wegen Formmangels nichtiges Rechtsgeschäft müsse nach den aus §§ 826, 249 BGB. herzuleitenden Grundsätzen die Wirkung haben, daß der andere Teil das

Sachverhältnis so gelten lassen müsse, wie es sich gestaltet hätte, wenn er bei Abschluß des Vertrags dem Verlangen jenes nach Erfüllung der Form nachgekommen wäre. Dieser Auffassung ist beizutreten. Der Herstellungsanspruch des § 249 geht dahin, daß derjenige Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Das ist aber nach dem oben Gesagten bei der Einrede der allgemeinen Arglist die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrags. Der herzustellende Zustand ist also derjenige, der bestehen würde, wenn der Kläger sich auf die Nichtigkeit nicht berufen hätte. Alsdann müßte er aber zur Erfüllung des Vertrags verurteilt werden. Denn eine Nichtigkeit, die auch dann sich ohne weiteres aus dem Vorbringen der Parteien ergeben hätte und die deshalb das Gericht von Amtswegen hätte berücksichtigen müssen, steht nicht in Frage, vielmehr ist die Tatsache der unrichtigen Beurkundung des Kaufpreises nur dadurch zur Kenntnis des Gerichts gelangt, daß der Kläger sich auf sie berief.