

107. 1. Kann aus einem Bordellkauf, der wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, ein Gewährleistungsanspruch wegen Vorhandenseins von Hausschwamm hergeleitet werden?

2. Kann im Falle eines nichtigen Bordellkaufs und der Nichtigkeit der für den Kaufpreis bestellten Hypothek der Klage des Käufers auf Befreiung von der dinglichen und persönlichen Haftung für den Kaufpreis unter Umständen die Einrede der Arglist mit Erfolg entgegen gesetzt werden?

BGB. §§ 138 Abs. 1, 133, 157, 242, 817, 826.

II. Zivilsenat. Ur. v. 8. Oktober 1909 i. S. L. (Rl.) w. De. (Befl.).
Rep. II. 32/09.

I. Landgericht Hof.

II. Oberlandesgericht Bamberg.

Durch notariellen Vertrag vom 18. Juni 1903 kaufte der Kläger vom Beklagten ein zum Bordell eingerichtetes Haus um 90 000 M zum Zwecke des Fortbetriebes des Bordells. Dieses Zweckes wegen war der Kaufpreis weit über den wahren Wert des Hauses hinaus festgesetzt worden. Die Parteien waren darüber einig, daß der Kaufvertrag des unsittlichen Zweckes wegen nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sei. Sie stritten um den noch ausstehenden Kaufpreisrest von 27 000 M, für den auf dem Hause eine Hypothek eingetragen war.

Der Kläger behauptete, der Beklagte habe ihm beim Kaufabschlusse arglistig verschwiegen, daß in dem Hause Hausschwamm sei. Das Haus habe wegen dieses Fehlers einen Mindertwert von

wenigstens 27 000 *M.* Der Kläger hielt sich daher nach §§ 459 462, 463 BGB. zur Minderung des Preises um diesen Betrag für berechtigt; er glaubte außerdem nach § 138 Abs. 1 in Verbindung mit § 817 Satz 2 BGB. die Befreiung von der persönlichen und von der dinglichen Haftung für den Kaufpreisrest von 27 000 *M.* verlangen zu können. Mit dieser Begründung erhob er Klage mit dem Antrage, es solle festgestellt werden, daß dem Beklagten aus dem Kaufvertrage eine Forderung nicht mehr zustehe und daß er in die Löschung der Hypothek zu willigen habe.

Der Beklagte behauptete, der Kläger habe das Vorhandensein von Schwamm beim Vertragschlusse gekannt, und wendete im übrigen ein, die Hypothek werde als sachenrechtliches Erfüllungsgeschäft von dem unsittlichen Charakter des Kaufes nicht betroffen. Auch sonst sei das Klagebegehren mit § 817 BGB. nicht zu rechtfertigen; dem Kläger stehe die Einrede der Arglist entgegen, weil er das auf unsittliche Weise erworbene Haus behalten, trotzdem aber wegen der Unsittlichkeit von der Gegenleistung entbunden sein wolle. Der Beklagte hatte sich nämlich vergeblich bereit erklärt, das Haus zurückzunehmen und die Anzahlungen zurückzugeben.

Der Kläger unterlag in allen Instanzen, in der Revisionsinstanz aus folgenden

Gründen:

„1. Der Kaufvertrag ist, weil er den Fortbetrieb des Vorbehalts in dem verkauften Hause zum ausgesprochenen Zwecke hatte und der Kaufpreis mit Rücksicht hierauf auf etwa das Dreifache des wirklichen Wertes des Hauses festgesetzt wurde, ein beiderseits gegen die guten Sitten verstößendes und darum nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtiges Geschäft.

2. Weil der Kauf nichtig ist, also keine Rechtswirkung hat, kann der Kläger nicht aus dem Kaufe, wie er es versucht, Gewährleistungsansprüche wegen angeblich arglistigen Verschweigens vorhandenen Schwamms herleiten. Gewährleistungsansprüche können nur aus einem gültigen Vertrage entstehen. Damit fällt der erste auf Schadensersatz nach §§ 462, 463 BGB. gerichtete Klagegrund.

3. Zugleich damit fällt auch der dritte Klagegrund, welcher unter Berufung auf § 826 BGB. geltend macht, es sei der Kläger durch arglistiges Verschweigen des Hauschwamms betrogen und aus

diesem Grunde zum Schadensersatz in Form der Kaufpreisminderung berechtigt. Denn dieser Anspruch beruht auf der Voraussetzung, daß der Kläger als Käufer den Kaufpreis, wenn auch nicht in der vereinbarten Höhe, zu bezahlen habe. Diese Voraussetzung trifft jedoch nicht zu. Der Kläger hat keinen Kaufpreis zu bezahlen, weil der Kaufvertrag nichtig ist, und diese Nichtigkeit von Amts wegen beachtet werden muß. Der Berufungsrichter hat die Klage aus § 826 BGB. zurückgewiesen, weil diese Bestimmung nur gegenüber einem wegen Betrugs anfechtbaren Vertrage, nicht aber gegenüber einem nichtigen Vertrage Anwendung finde. Diesen Ausspruch greift der Kläger mit der zutreffenden Erwägung an, daß ein Schadensanspruch aus § 826 das Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses nicht zur Voraussetzung habe; auch aus einem von vornherein nichtigen Vertrage könne ein solcher Anspruch hergeleitet werden. Auf diesen Angriff kommt es jedoch nach dem Vorausgeschickten nicht an. Der Berufungsrichter wollte übrigens, wie seine weiteren Ausführungen schließen lassen, dem richtigen Gedanken, der zur Klageabweisung führt, Ausdruck geben.

4. Es bleibt somit nur noch der letzte Klagegrund zu prüfen.

Der Klagantrag begehrt die Befreiung von einer persönlichen und von einer dinglichen Haftung, ersteres in Form der Feststellungs-, letzteres in Form der Leistungsklage.

Über die persönliche Klage spricht sich der Berufungsrichter dahin aus, daß zwar beide Teile gegen die guten Sitten verstoßen hätten, daß aber doch zufolge der Ausnahmerebestimmung des § 817 Satz 2 Halbsatz 2 BGB. eine Rückforderung an sich zuzulassen sei, weil die persönliche Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung als Eingehung einer Verbindlichkeit anzusehen sei.

Was den auf Befreiung von der dinglichen Haftung gerichteten Klaganspruch angeht, so hat der V. Zivilsenat des Reichsgerichts in Bd. 68 S. 103 seine in den Entsch. Bd. 63 S. 183 fig. aufgestellte Ansicht aufgegeben, wonach die Bestellung einer Vordellhypothek für den Kaufpreis durch den Käufer die Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 817 BGB. sein sollte, die der Zurückforderung nicht unterliege. In der Entscheidung Bd. 68 S. 103 wird ausgesprochen, die Bestellung einer solchen Vordellhypothek sei keine in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehende, nicht zurückforderbare Leistung, sondern sie

sei vielmehr eine in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehende Leistung, die gemäß der Ausnahmbestimmung des § 817 Satz 2 Halbsatz 2 zurückgefordert werden könne.

Aus dieser letzteren von den Instanzen und jetzt auch von den Parteien geteilten Ansicht folgt, daß ein persönlicher Konditionsanspruch des Klägers auf Rückgängigmachung der formell noch bestehenden Hypothek nach §§ 812, 817 besteht, weil der Bordellauf und die Kaufpreisforderung, wofür die Hypothek bestellt wurde, nichtig ist und der Verkäufer, für den die Hypothek eingetragen wurde, die Hypothek nicht erlangt hat. Aus dem akzessorischen Charakter der Hypothek ergibt sich der letztere Satz für das Reichsrecht ohne weiteres. Der Berufungsrichter hat für das Bayerische Hypothekenrecht in irreführlcher Weise ausgeführt, daß die Rechtslage danach die gleiche sei.

Hiernach wäre der Kläger an sich befugt, sowohl die Befreiung von der persönlichen Haftung, wie auch die Aufhebung der Hypothekenberechtigung zu verlangen.

Der Berufungsrichter versagt trotzdem beides, weil der Beklagte mit Recht die *exceptio doli generalis* entgegengesetzt habe. Denn der Kläger handle arglistig, wenn er das Haus ohne Gegenleistung behalten wolle. Der Kläger bezweifelt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine *exceptio doli generalis* kenne. Diese Zweifel sind nicht berechtigt. Die Rechtsprechung, und zwar gerade auch die Rechtsprechung des V. Zivilsenats, von welchem die Entscheidungen Bd. 63 S. 183 und Bd. 68 S. 103 ausgingen, hat für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Existenz einer *exceptio doli generalis* ausdrücklich anerkannt in der Entscheidung Bd. 58 S. 429. Auch in der sonstigen Rechtsprechung ist die Einrede der Arglist zur Anerkennung gelangt (Entsch. in Zivilf. Bd. 57 S. 372; Bd. 58 S. 356; Bd. 64 S. 220; vgl. weiteres bei Staub, 8. Aufl. § 346 Anm. 19 und Exkurs zu § 346 Anm. 9). Nur darüber sind die Meinungen noch nicht völlig geklärt, ob diese Einrede ihre Grundlage in Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, also in den §§ 133, 157, 242 BGB., hat oder ob zur Rechtfertigung der Einrede ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 zu fordern ist. Einer Entscheidung bedarf diese Meinungsverschiedenheit nicht, weil die Einrede der Arglist hier von beiden Gesichtspunkten aus gerechtfertigt erscheint. Der Kläger ist rechtlich und tatsächlich in der Lage, die Folgen des gegen die guten

Sitten verstoßenden und daher nichtigen Kaufvertrages rückgängig zu machen. Der Beklagte hat sich zu dieser Rückgängigmachung in bindender Weise in der Schlußverhandlung zweiter Instanz bereit erklärt; er will das Empfangene zurückgeben und das Haus zurücknehmen. Der Kläger weigert sich, auf dieses Anerbieten einzugehen; er will das Bordell behalten, aber den Kaufpreis nicht zahlen, weil sich der Beklagte durch den Verkauf einer unsittlichen Handlung schuldig gemacht habe. Der Kläger vermeint, sich hierbei auf sein formelles, aus § 817 BGB. abzuleitendes Recht zu stützen. Allein der Kläger verlangt zuviel, wenn er Befreiung von seiner Verbindlichkeit begehrt und das auf unsittliche Weise Erlangte nicht herausgeben, sondern unentgeltlich behalten will. Dieses Verhalten ist arglistig und verstößt sowohl gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, als auch gegen alles Anstands- und Rechtsgefühl; ein solches Verhalten kann durch die Rechtsordnung nicht geschützt werden (vgl. Jur. Wochenschr. 1898 S. 425 Nr. 28 und 1900 S. 322 Nr. 30).

Die Einrede der Arglist führt hier zu einem ähnlichen Ergebnis, wie wenn der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt hätte. Es besteht auch kein Bedenken, der Einrede der Arglist bei Anwendung der Rechtsgrundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung Raum zu gewähren; denn Treu und Glauben und gute Sitte beherrschen den gesamten Rechtsverkehr und kommen überall zur Geltung, wo mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber diese Grundsätze angewendet wissen will, um einem damit in Widerspruch stehenden Gebaren seinen Schutz zu versagen. Hiernach war die Revision . . . zurückzuweisen.

Diese Zurückweisung hat nicht die Bedeutung, daß aus der Abweisung der negativen Feststellungsklage und der Klage auf Beseitigung der Hypothek mit Hilfe der Grundsätze über die Rechtskraft (§ 322 BPO.) hergeleitet werden könnte, es sei dem Beklagten ein Anspruch auf den Kaufpreis zuerkannt. Darüber, ob die Abweisung der negativen Feststellungsklage das Bestehen des Anspruchs rechtskräftig feststellt, ob also durch Abweisung der negativen Feststellungsklage derselbe Erfolg erzielt ist, wie durch rechtskräftige Zusprechung der positiven Feststellungsklage, entscheiden die Gründe, aus denen die Abweisung der negativen Feststellungsklage erfolgt. Wurde die verneinende Feststellung abgelehnt, weil die entgegengesetzte positive

Feststellung als gerechtfertigt erachtet wurde, so hat das abweisende Urteil allerdings die Bedeutung dieser positiven Feststellung. Weiter geht auch die Rechtsprechung nicht (Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 60 S. 391; Bd. 50 S. 417; Bd. 40 S. 404; Bd. 29 S. 347; Gruchot Bd. 51 S. 1057; Sächf. Archiv 1907, 2. Jahrgang S. 379). In dem hier vorliegenden Falle ist bereits dargelegt, daß der Beklagte keinen Anspruch auf den Kaufpreis und keinen Anspruch auf die Hypothek hat, weil der Kaufvertrag nichtig ist. Es ist dem nur hinzugefügt, daß der Beklagte, der die Folgen der Nichtigkeit zu ziehen bereit ist, der Klage des Käufers auf Befreiung von seiner Haftung mit Hilfe der Einrede der Arglist, solange dieses arglistige Verhalten dauert, begegnen darf. Das abweisende Urteil hat also nicht die Wirkung, dem Beklagten einen Anspruch auf den Kaufpreis zu verleihen.“