

Gutachten

Frage 1

Die Klage auf Feststellung hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

- A. Von ihrer Zulässigkeit ist auszugehen.
- B. Die Klage ist begründet, wenn der Kaufvertrag über das Grundstück G1 und der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks G2 nichtig sind.

- I. Zunächst muss der notariell beurkundete Kaufvertrag über G1 zu einem Kaufpreis von 100.000 Euro wirksam sein.

Ein Vertrag kommt durch zwei wirksame inhaltlich übereinstimmende und mit bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen zustande¹.

- 1. Es wurden zwei übereinstimmende Willenserklärungen über 100.000 € beurkundet. Diese müssten wirksam sein. Dem kann entgegenstehen, dass die beiden ihre Willenserklärungen nur um Notargebühren und Grunderwerbssteuer zu sparen mit einem Inhalt von 100.000 € beurkunden ließen.

In Betracht kommt Nichtigkeit gemäß § 117 I BGB². Voraussetzung ist die Abgabe einer Scheinerklärung. Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die objektiv erklärte Rechtsfolge nach dem Willen des Erklärenden nicht eintreten soll und dieser sich dessen in Abgrenzung zu den §§ 119, 120 bewusst ist³. V und K vereinbarten um Gebühren zu sparen im Kaufvertrag einen Kaufpreis von 100.000 €, obwohl K tatsächlich 150.000 € zahlen sollte. Damit gab V seine Willenserklärung nur zum Schein ab.

¹ Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 77.

² Die nachfolgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

³ Palandt/Heinrichs, § 117 Rn 2.

§ 117 I verlangt in Abgrenzung zu den §§ 116, 118 das Einverständnis des Erklärungsempfängers mit der Scheinerklärung. K war mit dem Scheingeschäft einverstanden.

Damit sind die von K und V auf den Abschluss des Kaufvertrages über G1 gem. § 117 I nichtig.

Folglich ist kein Kaufvertrag über 100.000 € zustande gekommen.

2. Gem. § 117 II gilt das von den Parteien gewollte, d.h. das verdeckte Rechtsgeschäft. V und K einigten sich über den Kauf des Grundstücks G1 zum Preis von 150.000 €. § 117 II bestimmt, dass die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung finden. Ein Grundstückskaufvertrag ist gem. §§ 125 S.1, 311 b I 1 notariell zu beurkunden, sonst ist es unwirksam. Beurkundet wurde vorliegend das unwirksame Scheingeschäft, nicht aber das gewollte. Folglich ist der Vertrag hinsichtlich des Grundstückskaufs zum Preis von 150.000 € nach den §§ 125 S. 1, 311 b I 1 unwirksam.

3. Aber gem. § 311 b I 2 kann der Kaufvertrag durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch geheilt werden. Dies ist geschehen. Somit ist der Kaufvertrag über G1 zum Preis von 150.000 € wirksam.

II. Der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks G2 müsste wirksam sein, §§ 433 I 1, 453.

1. In den notariell beurkundeten Kaufvertrag wurde ein Kaufpreis von 100.000 € festgeschrieben. Gewollt war aber ein Kaufpreis von 150.000 €. Somit ist der notariell beurkundete Kaufvertrag als Scheingeschäft nach § 117 I nichtig.

2. Gem. § 117 II gilt das dissimulierte Rechtsgeschäft über 150.000 €. Fraglich ist ob die Formvorschriften des § 311 b I 1 auch auf den Rechtskauf anzuwenden sind.

- a) Der dingliche Abtretungsvertrag ist grundsätzlich formfrei möglich, möglicherweise könnte dies auch für den schuldrechtlichen Vertrag über den Rechtskauf gelten.
- b) Zu prüfen bleibt, ob der Ankauf des Auflassungsanspruchs als mittelbare Erwerbsverpflichtung des K ebenfalls der von § 311 b I bestimmten Form bedarf. Zunächst bleibt festzuhalten, dass sich K durch den Ankauf des Auflassungsanspruchs weder V noch D gegenüber unmittelbar verpflichtet, das Eigentum am Grundstück G2 zu erwerben, so dass die Voraussetzung des § 311 b I 1 Alt. 2 nicht erfüllt ist. Folglich wäre eine Abtretung des Auflassungsanspruchs, welche grundsätzlich formlos möglich ist, auch bei direkter Anwendung des § 311 b I formfrei möglich. Dafür spräche auch, dass Gegenstand des zwischen K und V geschlossenen Vertrages der Ankauf eines Rechts war und nicht das in Rede stehende Grundstück. K wollte demnach lediglich den Anspruch erwerben, den V unter Wahrung der Formvorschrift des § 311 b I 1, von D erworben hat. Allerdings ist hier auf den Schutzzweck der Norm des § 311 b I 1 abzustellen.

Der Formzwang hat den Zweck, beide Vertragspartner vor übereilten und unüberlegten, meist folgenreichen Verpflichtungen zu schützen, sowie eine sachgemäße Beratung zu gewährleisten und Streitigkeiten vorzubeugen (Warn-, Schutz-, Beweis- und Gewährsfunktion)⁴. Verfolgt § 311 b I demnach das Ziel den Erwerber insbesondere davor zu schützen, dass er nicht übereilt und unüberlegt folgenreiche Entscheidungen über den Erwerb eines Grundstücks fällt, so soll ihn dieser Schutz auch dann treffen, wenn er nicht vom ursprünglichen Eigentümer den Anspruch auf Auflassung erwirbt. Hätte K nämlich unmittelbar mit D den Kaufvertrag über das Grundstück G2 getroffen, so wäre dieser Vertrag von vornherein gemäß § 311 b I formbedürftig gewesen. Wenn der Käufer sich nur mittelbar über den Verkäufer zum Erwerb eines Grundstücks verpflichtete, gehe er nur eine indirekte,

⁴ Jauernig/Vollkommer, § 311 b Rn 1; Hk-BGB/Schulze, § 311 b Rn 1.

mittelbare Verpflichtung zum Erwerb des Grundstücks ein. In solchen Fällen solle sich nach teleologischer Auslegung des § 311 b I nichts an der Formbedürftigkeit ändern⁵. Dass sich K nun mittelbar über V zum Erwerb des Grundeigentums verpflichtet und somit eine indirekte Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks eingeht ändert also nichts an der Formbedürftigkeit.

K und V hätten ebenfalls, um dasselbe Ergebnis zu erzielen, auch einen Kaufvertrag über das noch im Eigentum des D befindlichen Grundstücks G2 schließen und zudem vereinbaren können, dass K den Auflassungsanspruch, welchen V gegenüber D besitzt an Erfüllung statt gemäß § 364 I annimmt.

Eine derartige Vereinbarung wäre dann ohnehin gemäß § 311 b I formbedürftig gewesen. Folglich erscheint es nur sachgerecht nach dem Gedanken der mittelbaren Erwerbsverpflichtung die Abtretung des Anspruchs auf Auflassung der Formbedürftigkeit des § 311 b I zu unterwerfen⁶.

Der Abtretungsvertrag wurde nicht formgemäß beurkundet. Der K hat gegen V demnach keinen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks G2 gem. §§ 433 I 1, 453.

Möglicherweise könnte der Formmangel aber geheilt werden.

Fraglich ist, wann die Heilung bei der Verpflichtung zur Abtretung des Auflassungsanspruchs eintritt.

Nicht erforderlich ist, dass K als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde, denn bereits die Frage zu welchem Zeitpunkt der Eintragungsantrag bei der zuständigen Behörde eingegangen ist, ist irrelevant.⁷ Daraus lässt sich folgern, dass neben Bewilligung und Voreintragung lediglich die Antragsstellung erforderlich sein soll um die Heilung nach § 311 b I 2 herbeizuführen.

⁵ Backhaus, JuS 1985, 512 (515)

⁶ Backhaus, „Schwierige Grenzziehungen beim Formgebot des § 313 S. 1 BGB“, JuS 1985, 512 (515)

⁷ BGH NJW 1979, 1773, (1774)

Frage 2

A. V könnte seine Auflassung widerrufen. Aus § 873 II ergibt sich, dass dies grundsätzlich bis zur Eintragung möglich ist. Dies ist aber dann ausgeschlossen, wenn die Auflassung notariell beurkundet ist. Vorliegend ist der Kaufvertrag notariell beurkundet worden. Folglich ist gem. § 873 II ein Widerruf nicht zulässig.

B. V könnte durch ein Erwerbsverbot in Form einer einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 938 II ZPO die Eintragung des K verhindern. Der Kaufvertrag über Grundstück G1 i.H.v. 150.000 € wurde aber nicht notariell beurkundet und ist demnach unwirksam. Dieser Formmangel wird gem. § 311 b I 1 durch Eintragung geheilt.

Gegen diese drohende Heilung des Formmangels kann der Grundstückseigentümer und Verkäufer im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung des Käufers durch ein Erwerbsverbot verhindern⁸.

Dazu müsste V einen Antrag stellen. Dieser müsste zulässig und begründet sein. Begründet ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, wenn der Antragsteller einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund schlüssig behauptet und glaubhaft macht⁹.

Verfügungsanspruch kann jeder zivilrechtliche Individualanspruch sein, darunter fallen auch Herausgabeansprüche.

I. In Betracht kommt ein Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks G1 aus § 812 I 1 Alt. 1.

1. Dafür müsste K zunächst etwas erlangt haben. Etwas ist jedes vermögenswerte Recht.¹⁰

K hat weder Eigentum noch Besitz am Grundstück G1 erlangt.

⁸ RGZ 117, 287 (290); 120, 118 (119); *Gerhardt*, ImmoSaR, S. 55 f.

⁹ Hk-ZPO/*Kemper*, § 935 Rn 10.

¹⁰ Palandt/*Sprau*, § 812 Rn 16.

K könnte allerdings ein Anwartschaftsrecht erlangt haben.

Voraussetzung des Anwartschaftsrecht ist, dass von einem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sein müssen, dass der Veräußerer die Rechtsposition des Erwerbers nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann¹¹. Fraglich ist wann die Rechtsposition des Erwerbers nicht mehr einseitig zerstört werden kann.

- a) Eine Auffassung verneint generell das Entstehen eines Anwartschaftsrechts. Mangels Verfügungsbeschränkung des Veräußerers gewähre die nach § 873 II bindende Einigung keine gesicherte Rechtsstellung. Danach bestehe also kein Anwartschaftsrecht. Diese Auffassung verkennt jedoch, dass schon ein Recht im Entstehen ist und der Erwerber gar nicht geschützt wird.
- b) Man könnte annehmen, dass dies erst dann der Fall ist, wenn neben einer bindenden Auflassung gem. § 873 II und ein Eintragungsantrag durch den Erwerber nach § 13 GBO gestellt worden ist¹². Hierfür spricht, dass der Veräußerer dann nicht mehr dazu berechtigt ist den Rechtserwerb des Erwerbers durch Rücknahme des Eintragungsantrages zu hindern¹³. Eine Auflassung liegt vor, es mangelt aber an einem Eintragungsantrag. Danach bestehe noch kein Anwartschaftsrecht.
- c) Andererseits könnte man auch annehmen, dass ein Anwartschaftsrecht allein durch eine bindende Auflassung entsteht¹⁴. Hierfür spricht, dass der Erwerber jederzeit den Eintragungsantrag stellen könne und sich so das Vollrecht verschaffen kann. Danach besteht hier ein Anwartschaftsrecht.
- d) Dagegen spricht aber, dass der Erwerber jederzeit gem. § 13 GBO den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt stellen kann. Grundsätzlich ist der Eigentumserwerb des K von der Bewilligung des V gem. § 19 GBO abhängig ist. Gem. §§ 19, 29 GBO kann diese allerdings durch

¹¹ *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 456.

¹² *Wolf*, Rn. 460; *Palandt-Bassenge*, § 925 Rn 23; *Westermann*, § 76 I 5.

¹³ BGHZ 49, 197, 200; BGH NJW 1989, 1093.

¹⁴ BayObLG Rpfleger 1972, 16; OLG Hamburg NJW-RR 1990, 1297; *Staudinger/Pfeifer*, § 925 Rn 133; *MK-Kanzleiter*, § 925 Rn 32.

beurkundete Auflassung ersetzt werden. Dies spricht dafür ein Anwartschaftsrecht anzunehmen.

Aber auch die Gegenansicht die stärkere Voraussetzungen an das Entstehen eines Anwartschaftsrechts stellt, hält die Stellung als Auflassungsempfänger als ein vermögenswertes Recht i.S.v. § 812 ansieht¹⁵. Demnach bedarf der Meinungsstreit letztlich keiner Entscheidung.

K hat also etwas erlangt.

2. Weiterhin müsste K das Anwartschaftsrecht durch Leistung des V erlangt haben. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Vermögenserweiterung¹⁶. V hat die Auflassung zum Zweck der Erfüllung des Kaufvertrages an K erklärt. Die Auflassung eines Grundstückes stellt eine Verbesserung der Vermögenslage des Empfängers, mithin eine Leistung dar.

Diese müsste auf einen bestimmten Zweck gerichtet worden sein.¹⁷

Tatsächlich bestand ein solcher gem. § 117 I nicht. K und V sind Rechtsanwälte und kannten als solche die Problematik des Schwarzkaufs. V leistete dennoch um die Heilung des Kaufvertrages eintreten zu lassen.

Damit hat V an K geleistet.

3. Die Leistung muss ohne rechtlichen Grund erfolgt sein. Als rechtlicher kommt nur der Kaufvertrag in Betracht. Dieser ist wie bereits geprüft mangels notarieller Beurkundung unwirksam und wurde auch noch nicht durch Eintragung geheilt. Mithin liegt kein rechtlicher Grund vor.
4. Die Leistungskondiktion könnte gem. § 814 ausgeschlossen sein, wenn jemand trotz Kenntnis der Nichtschuld leistet. V als Rechtsanwalt hatte die positive Kenntnis, dass der Kaufvertrag

¹⁵ Palandt/Sprau § 812, Rn. 21.

¹⁶ BGHZ 40, 272 (277); Peifer, § 9 Rn 4.

¹⁷ Hk-BGB/Schulze, § 812 Rn. 5.

aufgrund der Nichtbeachtung des Formgebots des § 311 b I 1 und damit gem. § 125 nichtig war. Er wusste, dass er die Auflassung nicht schuldet, leistete aber dennoch. Damit liegt ein Fall des „venire contra factum proprium“ vor. Damit ist gem. § 814 der Kondiktionsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 ausgeschlossen.

II. Möglicherweise kommt aber ein Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 2 (condictio ob rem) in Betracht.

1. K hat wie bereits geprüft durch Leistung des V etwas erlangt.
2. Weiterhin ist eine Zweckvereinbarung zwischen Leistendem und Leistungsempfänger erforderlich, die jedoch keine Verbindlichkeiten begründen sollte. Hat die Parteivereinbarung den Zweck einen rechtlich nicht erzwingbaren Erfolg zu erreichen, also die Durchführung des Vertrages trotz dessen Nichtigkeit, so ist § 812 I 2 Alt. 2 anzuwenden¹⁸. Beide wussten wie bereits erwähnt als Rechtskundige, dass der Vertrag wegen Formmangels nichtig ist. Der Leistungszweck bestand allein darin, dass der nichtige Vertrag einen rechtlich nicht erzwingbaren Erfolg herbeiführt.
Die Voraussetzungen des § 812 I 2 Alt. 2 liegen vor.

3. § 814 ist seinem Wortlaut nach nur auf Leistungen solvendi causa anwendbar, nicht auf § 812 I 2 Alt. 2¹⁹.

4. § 812 I 2 Alt. 2 könnte aber durch § 815 ausgeschlossen sein.
V will durch seine Weigerung, das Eigentum auf K zu übertragen, den Eintritt des bezweckten Erfolges, d.h. die Heilung des Kaufvertrags verhindern. Dies reicht nach einer Ansicht aus um Treuwidrigkeit zu begründen²⁰.

¹⁸ *Singer*, WM 1983, 254 (254).

¹⁹ *Singer*, WM 1983, 254 (256).

²⁰ BGH NJW 1980, 451; OLG München NJW-RR 1986, 13 (14).

Zu bedenken ist aber, dass V zunächst erklärt hat, das Eigentum übertragen zu wollen. Die nachträgliche Verweigerung könnte deshalb gegen Treu und Glauben verstoßen. Es ist aber keiner Partei zu verwehren, sich auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zu berufen. Wenn wie hier keine anderen besonderen Umstände gegeben sind, ist allein die Weigerung daran mitzuwirken, dass der Erfolg nicht eintritt, nicht treuwidrig²¹.

§ 815 kommt somit als Ausschlussgrund nicht in Betracht.

V hat einen Anspruch aus § 812 I 2 Alt. 2.

Folglich ist der Antrag des V auf einstweilige Verfügung begründet.

V kann demnach eine einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 938 II ZPO verlangen.

²¹ BGH NJW 1999, 2892, 2893; *Keim*, JuS 2001, 636 f.