

Examensklausur: Der Teufel steckt im Detail*

Von Dr. Michael Herbert, LL.M., München**

Vorliegend handelt es sich um eine als anspruchsvoll zu bezeichnende Examensklausur, die so allerdings typischerweise geprüft werden könnte. Trotz des ungewöhnlichen Aufhängers lässt sich die Klausur mit soliden Grundkenntnissen gut lösen. Nachdem man den ungewöhnlichen Einstieg gefunden hat, behandelt die Klausur im ersten Teil vor allem Probleme des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts. An den „kniffligen“ Stellen wird (wie so oft) keine perfekte Lösung verlangt. Hier kann man sich mit guter Klausurtaktik auszeichnen. Im zweiten Teil sind vertiefte Kenntnisse im Bereicherungsrecht notwendig.

Sachverhalt

Der mit dem U befreundete Investor I ist seit längerem auf der Suche nach einem geeigneten neuen Firmensitz. Nach mehreren gescheiterten Versuchen, ein passendes Grundstück zu finden, entdeckt er ein herrlich gelegenes Grundstück in Rosenheim. Das Grundstück gehört der Stadt R und ist unbebaut. Auf dem Grundstück verläuft ein ca. 4 Meter breiter Weg, der die öffentliche Straße außerhalb des Grundstücks mit dem Nachbargrundstück verbindet.

Nachdem die Stadt für das Grundstück keinerlei Verwendung mehr hat, werden R und I sich noch im Jahr 2015 handelseinig. I soll das Grundstück trotz höherem Wert (ca. 250.000 €) für nur 200.000 € erwerben, dafür aber als Gegenleistung verpflichtet werden, zehn Arbeitsplätze zu schaffen. Um diese Vereinbarung zu sichern, soll I für den Fall, dass er bis zum 1.6.2016 einen Nachweis für die Schaffung der Arbeitsplätze nicht zu erbringen vermag, 5000 € pro nicht nachgewiesenem Arbeitsplatz zahlen. Der Kaufpreis soll bis zum 31.12.2016 gestundet werden.

Gleichzeitig soll der Unternehmer U, der mit I befreundet ist, zur Absicherung des Vertragsstrafenanspruchs eine Hypothek an seinem Grundstück übernehmen.

Mit notariellem Vertrag vom 1.10.2015 treffen R und I die genannte Vereinbarung. In einer im Einzelnen ausgehandelten Klausel des Vertrages wird die Sachmangelgewährleistung für das Grundstück ausgeschlossen. Gleichzeitig wird in dem Vertrag die Auflassung erklärt.

Zwei Tage später bestellt der U an seinem Grundstück die genannte Hypothek und unterwirft sich wegen des Anspruchs aus § 1147 BGB der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Die Vereinbarung wird notariell wirksam beurkundet. Die Hypothek wird ordnungsgemäß ins Grundbuch eingetragen und der Hypothekenbrief übergeben.

Nachdem der I am 30.12.2015 als Eigentümer eingetragen wird und ihm das Grundstück am 5.1.2016 überlassen wird,

weist er seine Bank an, den Kaufpreis zum 31.12.2016 der R wertzustellen.

In der Folgezeit stellt sich heraus, dass die Zuwegung, die auf dem Grundstück verläuft, nicht wie gedacht eine Privatstraße, sondern öffentlich als Straße gewidmet ist. Dies hat zur Folge, dass I Dritten nicht verbieten kann, diese Straße zu nutzen bzw. am Straßenrand zu parken. Der von I dringend benötigte Anlieferverkehr funktioniert daher auch nicht so reibungslos wie geplant.

Die zuständige Sachbearbeiterin der Stadt, die nach der Geschäftsverteilung für den Verkauf des Grundstücks zuständig war, wusste von dieser Widmung nichts. Einzig durch einen Blick in die – vom Bauamt der Stadt geführte – Widmungskartei hätte sie von der Widmung erfahren können. Ein routinemäßiges Überprüfen der Widmungskartei ist allerdings weder vorgesehen, noch verkehrüblich. Auch hat sich für die Sachbearbeiterin kein konkreter Anlass dazu ergeben, insofern Erkundigungen anzustellen.

Am 14.5.2016 erklärt I gegenüber der R die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Irrtums. Die R widerspricht der Anfechtung und ist der Meinung, diese sei unwirksam.

I ruft daher am 15.5.2016 bei seiner Bank an und einigt sich mit dem zuständigen Bankangestellten, dass dieser die Überweisung an die R nicht vornehmen soll. Der etwas schusslige Bankangestellte, der die Erklärung entgegennimmt, vergisst allerdings die Überweisung zu stornieren. Am 31.12.2016 wird daher das Konto des I mit 200.000 € belastet. Dieser Betrag wird der R am 3.1.2017 auf ihrem Konto bei der X Bank gutgeschrieben.

Nachdem der I bis zum 1.6.2016 keinen Nachweis dafür erbringt, dass er die zugesagten Arbeitsplätze geschaffen hat, wendet sich die R am 1.1.2017 an den U und kündigt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück des U an.

Der U erhebt am 20.4.2017 (noch vor Beginn der Zwangsvollstreckung) beim zuständigen Landgericht Vollstreckungsabwehrklage. Er ist der Meinung, die Inanspruchnahme aus der Hypothek sei nicht rechtes, ein Anspruch bestehe nämlich tatsächlich gar nicht.

Am 5.1.2018 erklärte der I nochmals die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und hilfsweise den Rücktritt aufgrund der Mangelhaftigkeit des Grundstücks. Er ist der Überzeugung, die öffentliche Widmung stelle einen Mangel dar, auf den der Ausschluss der Sachmangelgewährleistung keine Anwendung finde.

Die Stadt R hingegen ist der Meinung, auf Mängel könne man sich nach so langer Zeit nicht mehr berufen. Außerdem ändere ein Rücktritt nach Verwirkung der Vertragsstrafe nichts mehr an dieser.

I entgegnet, es sei ja wohl selbstverständlich, dass der Rücktritt auch die Vertragsstrafe entfallen lasse.

Frage 1

Wird die Vollstreckungsabwehrklage des U erfolgreich sein?

* Der Klausursachverhalt ist im ersten Teil einer Entscheidung des OLG Hamm (Urt. v. 14.1.2016 – I-22 U 136/11) nachgebildet und im zweiten Teil einer Entscheidung des BGH (Urt. v. 16.6.2016 – XI 243/13).

** Der Autor ist Richter auf Probe am Amtsgericht Pfaffenhofen an der Ilm.

Frage 2

Hat die Bank des I bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen R wegen des überwiesenen Kaufpreises, wenn man davon ausgeht, dass die Vereinbarung zwischen I und der Bank, den Überweisungsauftrag zu stornieren, wirksam war?

Bearbeitervermerk

Es ist davon auszugehen, dass U die Erklärungen des I ordnungsgemäß im Prozess vorgetragen hat.

Es ist ferner davon auszugehen, dass eine Entwidmung der Straße aufgrund straßenrechtlicher Vorschriften nicht möglich ist. Auf § 339 S. 1 BGB wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag zu Frage 1

Die Vollstreckungsabwehrklage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit¹

Die Vollstreckungsabwehrklage ist statthaft, §§ 795 S. 1, 794 Abs. 1 Nr. 5, 767 Abs. 1 ZPO. Der Kläger als Titelschuldner macht geltend, dass aufgrund einer materiell-rechtlichen Einwendung die titulierte Forderung aus § 1147 BGB nicht besteht.

In sachlicher Hinsicht richtet sich die Zuständigkeit nach §§ 1 ZPO, 23, 71 Abs. 1 GVG und in örtlicher Hinsicht nach §§ 797 Abs. 5, 802 ZPO.² Das angerufene Landgericht ist nach den Sachverhaltsangaben zuständig.

Der Kläger müsste rechtsschutzbedürftig sein. Dass die Zwangsvollstreckung vorliegend noch nicht begonnen hat, ist unschädlich. Das Rechtsschutzbedürfnis tritt ein, sobald ein Titel vorliegt, der zu Zwangsvollstreckung geeignet ist, selbst dann, wenn eine Vollstreckungsklausel noch nicht erteilt wurde.³ Ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel liegt mit der notariellen Urkunde vor; die Vollstreckung ist auch noch nicht abgeschlossen.

B. Begründetheit

Die Vollstreckungsabwehrklage ist begründet, wenn die Parteien sachlegitimiert sind und dem Kläger eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den Anspruch zusteht, die nicht ausgeschlossen ist.

I. Sachlegitimation

Der Kläger muss Vollstreckungsschuldner und der Beklagte Vollstreckungsgläubiger sein. Beides ist vorliegend der Fall. Der Kläger ist als Titelschuldner aktivlegitimiert; die Beklagte als Titelläubigerin passivlegitimiert.

¹ Hier gilt es, sich kurz zu halten. In prozessualer Hinsicht wirft die Vollstreckungsabwehrklage keinerlei Probleme auf.

² § 800 Abs. 3 ZPO ist vorliegend nicht einschlägig, weil der Sachverhalt nicht davon spricht, dass vereinbart wurde, dass die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig ist.

³ BGH NJW 97, 2887; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 39. Aufl. 2018, § 767 Rn. 14.

II. Materiell-rechtliche Einwendungen

Hinsichtlich des in der notariellen Urkunde titulierten Anspruchs nach § 1147 BGB müsste eine materiell-rechtliche Einwendung bestehen. Dabei kommt eine Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht. Bei vollstreckbaren Urkunden ist diese Vorschrift nicht anwendbar, § 797 Abs. 4 ZPO.

Fraglich ist daher, ob ein Anspruch der R gegen den U aus § 1147 BGB auf Duldung der Zwangsvollstreckung besteht. Voraussetzung ist, dass R Inhaberin der Hypothek geworden ist und diese nicht erloschen ist.

1. Entstehen der Hypothek

R ist Inhaberin der Hypothek, wenn diese wirksam zu ihren Gunsten bestellt wurde, §§ 873 Abs. 1 Var. 2, 1113, 1115 BGB.

a) Einigung

R und U haben sich über die Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek geeinigt, §§ 873 Abs. 1 Var. 2, 1113 Abs. 1 BGB. Dass zum Zeitpunkt der Einigung die Vertragsstrafe, die gesichert werden sollte, noch gar nicht verwirkt war, ist unerheblich. Die Hypothek kann auch für künftige bzw. bedingte Forderungen bestellt werden, § 1113 Abs. 2 BGB.

b) Eintragung

Die Hypothek wurde ordnungsgemäß eingetragen (§§ 873 Abs. 1, 1115 BGB) und der Hypothekenbrief übergeben (§ 1117 Abs. 1 S. 1 BGB). U war als Eigentümer des Grundstücks auch zur Belastung dieses mit einer Hypothek befugt.

c) Bestehen der zu sichernden Forderung

Problematisch ist, ob die zu sichernde Forderung bestand. Die Hypothek kann als akzessorisches Sicherungsmittel nur dann entstehen, wenn die zu sichernde Forderung besteht, § 1113 Abs. 1 BGB.

Vorliegend sollte durch die Hypothek der Vertragsstrafanspruch zwischen R und I gesichert werden. Dieser könnte durch Anfechtung rückwirkend untergegangen sein, § 142 Abs. 1 BGB.

aa) Typengemischter Vertrag

Bei dem Vertrag zwischen R und I handelt es sich um einen typengemischten Vertrag.⁴ Zum einen enthält dieser kaufrechtliche Elemente; ein Grundstück soll gegen Entgelt übertragen werden. Zum anderen soll als Gegenleistung aber auch geschuldet sein, dass zehn Arbeitsplätze geschaffen werden. Unabhängig davon, ob man dies als werkrechtliche Pflicht (§§ 631 ff. BGB) oder als Vereinbarung einer Annahmeerfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) einordnet, wird durch die Vereinbarung „als Gegenleistung“ deutlich, dass beide Vertragsteile miteinander stehen und fallen sollen. Wird der

⁴ Ausführlich zu gemischt-typischen Verträgen *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 311 Rn. 30 ff.

Vertrag wegen arglistiger Täuschung bezüglich der „Kaufsache“ wirksam angefochten, entfällt auch die Verpflichtung zur Schaffung von Arbeitsplätzen. Diese Verpflichtung ist aber Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vertragsstrafe; die Vertragsstrafe ist akzessorisch zur Hauptverbindlichkeit.⁵ Der Vertragsstrafenanspruch wird folglich rückwirkend unwirksam, wenn der Vertrag wirksam angefochten wird.⁶

bb) Anfechtungserklärung

I hat die Anfechtung am 14.5.2016 und nochmals am 5.1.2018 ordnungsgemäß gegenüber R erklärt, § 143 Abs. 1 BGB.

cc) Arglistige Täuschung

Der für eine wirksame Anfechtung erforderliche Anfechtungsgrund könnte sich aus § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB ergeben. Vorliegend könnte eine arglistige Täuschung darin zu sehen sein, dass der I über den Umstand, dass es sich bei dem Weg um eine öffentliche Straße handelt, nicht aufgeklärt wurde. Das Verschweigen von Tatsachen stellt allerdings nur dann eine Täuschung dar, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsache eine Aufklärungspflicht besteht.⁷ Problematisch ist dabei insbesondere, dass die zuständige Sachbearbeiterin selbst keine Kenntnisse von der Widmung der Straße hatte. Insofern ist entscheidend, ob das Wissen, das in der Widmungskartei der Stadt enthalten ist, dieser überhaupt zuzurechnen ist.

Hinweis: Dies ist die erste Stelle, an der man sich mit guter Klausurtaktik auszeichnen kann. Sicherlich kann von keinem Examenskandidat vertieftes Wissen in diesem Bereich vorausgesetzt werden. Allerdings zeigen schon klausurtaktische Erwägungen, dass die Prüfung hier nicht zu Ende sein kann, weil man sich andernfalls die Prüfung des Rücktritts „abschneiden“ würde.

(1) Wissenszurechnung

Die Frage der Wissenszurechnung ist im BGB nur in § 166 Abs. 2 BGB für den hier nicht einschlägigen Fall des rechtsgeschäftlichen Vertreters geregelt. Demgegenüber befürworteten Literatur und Rechtsprechung eine weitergehende Wissenszurechnung insbesondere für aktenmäßig festgehaltenes Wissen.⁸ Ein Vertragspartner einer Gemeinde darf schließlich nicht schlechter gestellt sein als derjenige, einer natürlichen Person; aufgespaltenes Wissen innerhalb der Gemeinde wird deshalb auch dann zugerechnet, wenn nicht ein Wissensträger selbst, sondern eine andere Person für die

Gemeinde den Vertrag abschließt.⁹ Diese Wissenszurechnung gilt allerdings nicht grenzenlos.¹⁰ Die Frage danach, welches Wissen noch zuzurechnen ist und welches nicht, ist wertend¹¹ zu entscheiden.¹² Entscheidend ist, dass „[d]as als Wissen Zuzurechnende [...] nicht zu einer Fiktion entarten [darf], welche die Gemeinde mehr als eine natürliche Person belastet. Vielmehr muss für denjenigen, für den die Zurechnung gelten soll, eine reale Möglichkeit, aber auch ein Anlass bestehen, sich das Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichermedien oder von anderen zu beschaffen.“¹³

(2) Wissenszurechnung im konkreten Fall

Vorliegend ist schon nach diesen Grundsätzen eine Wissenszurechnung abzulehnen. Für die Sachbearbeiterin gab es weder einen konkreten Anlass, in die Widmungskartei zu sehen, noch war dies nach dem Sachverhalt in irgendeiner Weise verkehrsblich. Außerdem soll ein Vertragspartner einer Gemeinde nur nicht schlechter gestellt werden als derjenige, einer natürlichen Person.¹⁴ Insgesamt kommt daher nur eine Wissenszurechnung innerhalb der im privaten Rechtsverkehr nach außen in Erscheinung tretenden Funktionseinheit in Betracht¹⁵, „denn eine als Grundstücksverkäuferin auftretende Privatperson besäße auch nicht die Informationen, welche die Gemeinde aufgrund ihrer öffentlichen Aufgaben z. B. als Bauaufsichtsbehörde, als Bauplanungs- oder Tiefbauamt erlangt.“¹⁶

Nach alledem kommt eine Wissenszurechnung vorliegend nicht in Betracht. Eine arglistige Täuschung scheidet daher aus.

dd) Motivirrtum

Möglicherweise könnte sich aber ein Anfechtungsgrund aus § 119 Abs. 2 BGB ergeben. Allerdings begründet der Umstand, über den I sich geirrt hat – die Widmung als öffentliche Straße – gleichzeitig einen Sach- bzw. Rechtsmangel. Insofern ist das Verhältnis zwischen dem Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB und dem Gewährleistungsrecht nach §§ 434 ff. BGB entscheidend. Nach ganz allgemeiner Meinung wird das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB durch die Vorschriften über die Mängelhaftung ausgeschlossen

⁵ *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 339 Rn. 14.

⁶ Methodisch zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man – sehr gut vertretbar – argumentiert, dass die Anfechtung von Anfang an ohnehin auch die Vertragsstrafenvereinbarung erfasst.

⁷ *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 77. Aufl. 2018, § 123 Rn. 5.

⁸ *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 166 Rn. 44 ff.

⁹ BGH BeckRS 2011, 01685.

¹⁰ Eingehend *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, S. 4 ff., 11 ff.

¹¹ In der Literatur wird im Anschluss an *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, S. 4 ff. und *Bohrer*, DNotZ 1991, 124 vor allem darauf abgestellt, ob nach wertender Betrachtung eine „Wissensverantwortung“ besteht.

¹² *Maier-Reimer*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 166 Rn. 18; *Eberhard Schilken*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 166 Rn. 32; *Schubert* (Fn. 8), § 166 Rn. 44.

¹³ BGH, Urt. v. 10.12.2010 – V 203/09.

¹⁴ Eingehend *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, S. 4 ff., 11 ff.

¹⁵ So auch die Ausgangsinstanz LG Hagen, Urt. v. 25.5.2011 – 8 O 308/10 und das Berufungsgericht OLG Hamm, Urt. v. 14.1.2016 – I-22 U 136/11.

¹⁶ BGH NJW 1992, 1099.

sen.¹⁷ Andernfalls würde dem Käufer eine mit § 439 BGB unvereinbare sofortige Loslösung vom Kaufvertrag ermöglicht werden. Gleichzeitig würden die Verjährungsregeln des § 438 BGB unterlaufen werden.

Hinweis: Wichtig ist es, bei schwierigen Klausuren wie der Vorliegenden, bei solchem Standardproblem, sich maximal ein oder zwei Argumente auszuzuchen, diese kurz und sauber darzulegen und nicht – wie es von Vielen praktiziert wird – seitenweise Ausführungen zu liefern; andernfalls wird die Schwerpunktsetzung nicht ordnungsgemäß gelingen.

ee) Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass die Forderung nicht durch Anfechtung untergegangen ist. Die Hypothek ist wirksam entstanden.

2. Erlöschen der Hypothek

Die Forderung könnte allerdings durch den Rücktritt des I erloschen sein, mit der Folge, dass die Hypothek nach §§ 1163 Abs. 1 S. 2, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB zur Eigentümergrundschuld geworden ist.

a) Auswirkung des Rücktritts auf die Vertragsstrafe

Zunächst ist zu untersuchen, wie sich der Rücktritt vom Grundvertrag auf eine bereits verwirkte (d.h. entstandene) Vertragsstrafe auswirkt.

Hinweis: Dieses Problem zu erkennen und gegebenenfalls zu lösen, stellt mit Sicherheit den schwierigsten Aspekt dieser Klausur dar und kann keinesfalls in dieser Tiefe erwartet werden.

Dabei ist festzuhalten, dass die Vertragsstrafe am 1.6.2016 verwirkt wurde, als I die Nachweise für die Arbeitsplätze nicht zu erbringen vermochte, § 339 S. 1 BGB i.V.m. dem Vertragsstrafenversprechen. Im ersten Moment ist man geneigt, den Rücktritt vom Grundvertrag und den Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe getrennt zu sehen. Der Rücktritt vom Grundvertrag würde den Anspruch dann nicht zum Erlöschen bringen.¹⁸ Nach der Regel des § 346 BGB sind nach erfolgtem Rücktritt die gegenseitig empfangenen Leistungen allerdings zurück zu gewähren. Daher müssen die Parteien dasjenige herausgeben, was sie zur Erfüllung des Vertrags erhalten haben, d.h. dasjenige, was ihnen im Rahmen des Äquivalenzinteresses geleistet wurde. Die noch nicht erfüllten Ansprüche im Äquivalenzinteresse erlöschen.¹⁹

¹⁷ *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 119 Rn. 29 ff.

¹⁸ So im Grundsatz auch *Janoschek*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 45. Ed., Stand: 1.11.2017, § 339 Rn. 3.

¹⁹ So überzeugend das LG Hagen, Urt. v. 25.5.2011 – 8 O 308/10.

Die Frage, ob eine bereits verwirkte Vertragsstrafe nach erfolgtem Rücktritt vom Vertrag erhalten bleibt, hängt also davon ab, ob sie im Erfüllungsinteresse des Gläubigers vereinbart wurde.

Vorliegend dient die Vertragsstrafe der Sicherung des Austausches der gegenseitig geschuldeten Leistungen. Teil der Hauptleistungspflicht des I war es, Arbeitsplätze zu schaffen. Nur deshalb wurde ihm ein so günstiger Kaufpreis gewährt. Die Vertragsstrafe dient ausschließlich der Absicherung dieser Pflicht; sie ist deshalb dem Äquivalenzinteresse zuzurechnen.

Für den Fall eines wirksamen Rücktritts erlischt auch die Vertragsstrafenverbindlichkeit.

b) Rücktrittserklärung

I hat am 5.1.2018 den Rücktritt hilfsweise erklärt. Eine nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Auslegung ergibt, dass der Rücktritt unter die Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) der Unwirksamkeit der Anfechtung gestellt ist. Obwohl Gestaltungsrechte grundsätzlich bedingungsfeindlich sind (Rechtsgedanke des § 388 S.2 BGB), ist dies unschädlich. Die konkrete Bedingung ist nämlich als zulässige „Rechtsbedingung“ einzustufen; der Erklärungsgegner wird nicht in eine unzumutbare Schwebelage versetzt, weil der Rechtszustand von vornherein feststeht. Die Bedingung ist eingetreten.

c) Rücktrittsgrund

Der erforderliche Rücktrittsgrund könnte sich aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5 BGB ergeben.

aa) Anwendbarkeit des Gewährleistungsrechts

Fraglich ist, ob das Gewährleistungsrecht der §§ 434 ff. BGB auf den gemischt-typischen Vertrag überhaupt anwendbar ist.²⁰

Im Wesentlichen sind zur Frage, wie gemischt-typische Verträge zu behandeln sind, drei Theorien entwickelt worden.²¹ Die Schwerpunkttheorie stellt (einzig) auf den Schwerpunkt der Leistung ab und zieht dann die diesem Schwerpunkt entsprechenden Rechtsnormen heran.²² Die Kombinationstheorie, für die spricht, dass sie der Interessenlage der Parteien bei trennbaren Leistungen innerhalb eines gemischt-typischen Vertrages besser gerecht wird, wendet die jeweils für den betreffenden Vertragsbestandteil maßgeblichen Rechtsnormen an.²³ Die Theorie der analogen Rechtsanwendung schließlich kommt zu den gleichen Ergebnissen wie die

²⁰ Weder das Ausgangs- noch das Berufungsgericht haben sich mit dieser schwierigen Frage auseinandergesetzt. Dies lässt sich wohl nur dadurch rechtfertigen, dass beide im konkreten (zum hier leicht veränderten) Fall in der Schaffung der Arbeitsplätze nur eine Neben- und keine Hauptleistungspflicht sahen, so dass von einem Kaufvertrag mit Nebenabrede ausgegangen wurde.

²¹ Vgl. *Löwisch/Feldmann* (Fn. 4), § 311 Rn. 30 ff.

²² Vgl. *Löwisch/Feldmann* (Fn. 4), § 311 Rn. 37.

²³ Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 63 I, S. 44 ff. m.w.N.

Kombinationstheorie, nimmt aber an, dass das Gesetz die Mischformen nicht geregelt habe und die maßgeblichen Vorschriften deswegen nicht direkt, sondern nur analog herangezogen werden können.²⁴

Nach all diesen Theorien kann das Gewährleistungsrecht des Kaufrechts vorliegend herangezogen werden.²⁵ Zum einen liegt der Schwerpunkt des konkreten Vertrages in der Übereignung des Grundstücks gegen Entgelt; dies folgt schon aus den Wertverhältnissen der Hauptleistungsbestandteile. Während das zu zahlende Entgelt 200.000 € beträgt, ordnen die Parteien der Arbeitsplatzschaffung nur den Nominalwert von 50.000 € zu. Dies entspricht der Differenz des Kaufpreises zum objektiven Wert.

Zum anderen geht es vorliegend gerade um den Sach- bzw. Rechtsmangel am Grundstück, weshalb auch nach der Kombinationstheorie bzw. Theorie der analogen Rechtsanwendung auf die Vorschriften des Kaufrechts abgestellt werden kann.

bb) Mangelhaftigkeit des Grundstücks

Das Grundstück müsste mangelhaft sein. Für die Mangelhaftigkeit kann von vornherein nicht auf eine Sachmangelhaftigkeit nach § 434 BGB abgestellt werden, weil insofern ein nach § 444 BGB wirksamer Haftungsausschluss vereinbart wurde. Insbesondere besteht keine Unwirksamkeit wegen Arglist (siehe oben). Entscheidend ist daher, ob das Grundstück rechtsmängelbehaftet ist. Die Rechtsmängelhaftung wurde schließlich nicht ausgeschlossen.

Nach § 435 BGB ist eine Sache frei von Rechtsmängel, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können.

Im konkreten Fall fällt die Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsmangel schwer.²⁶

Ein Sachmangel liegt nahe, wenn die Beschränkung oder die Eingriffsbefugnisse in der Beschaffenheit der Sache begründet sind.²⁷ Vorliegend liegt der Schwerpunkt allerdings nicht auf der Beschaffenheit der Sache selbst, sondern vielmehr auf der durch die (rechtliche) Widmung begründeten

Nutzungsmöglichkeit anderer. Insofern liegt ein Rechtsmangel näher als ein Sachmangel (a.A. vertretbar).²⁸

cc) Sonstige Voraussetzungen des Rücktrittsrechts

Auch die übrigen Voraussetzungen des Rücktrittsgrundes liegen vor. Eine Fristsetzung zur Entwidmung war entbehrlich, weil diese laut Bearbeitervermerk nicht möglich war, § 326 Abs. 5 BGB.²⁹ Der Rücktritt war auch nicht wegen § 323 Abs. 5 S. 2 bzw. § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen; insbesondere ist die Einschränkung durch die öffentliche Widmung nicht unerheblich.

dd) Zwischenergebnis

Ein Rücktrittsgrund liegt vor.

d) Ausschluss des Rücktrittsrechts

Fraglich ist schließlich, ob der Rücktritt deswegen ausgeschlossen ist, weil ein (gedachter) Nacherfüllungsanspruch bereits verjährt wäre, §§ 438 Abs. 4, 218 Abs. 1 S. 2 BGB. Zu klären ist, welche Verjährungsfrist im konkreten Fall gilt.

Die dreißigjährige Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 1 lit. a bzw. Abs. 1 Nr. 1 lit. b BGB ist nicht einschlägig, weil aufgrund der öffentlich-rechtlichen Widmung die Herausgabe der Kaufsache nicht verlangt werden kann und diese auch nicht ins Grundbuch eingetragen ist. Auch die fünfjährige Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB scheidet aus, nachdem das Grundstück unbebaut ist. Damit bleibt es bei der Regelverjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB von zwei Jahren.

Nach § 438 Abs. 2 BGB beginnt die Verjährung bei Grundstücken mit der Übergabe. Die Übergabe erfolgte am 5.1.2016, so dass Fristbeginn nach § 187 Abs. 1 BGB der 6.1.2016 ist. Fristende ist nach § 188 Abs. 2 BGB der 5.1.2018. Die Erklärung des Rücktritts am 5.1.2018 erfolgte somit gerade noch fristgerecht.

e) Ergebnis

Nach alledem ist der Rücktritt wirksam und die Forderung erloschen. Die Hypothek ist damit nach § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB zur Eigentümergrundschuld geworden.

²⁴ *Schreiber*, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 60, 1912, S. 211.

²⁵ Ein Streitentscheid ist vorliegend entbehrlich. Im Ergebnis sollte aber davon abgesehen werden, die eine oder andere Theorie starr anzuwenden. Sinnvoll ist eine von Fall zu Fall differenzierende Lösung, wie sie der Bundesgerichtshof und die herrschende Lehre vornehmen. Danach ist „maßgeblich auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, auf die Interessenlage der Vertragsparteien sowie auf Sinn und Zweck der vertraglichen Vereinbarungen“ abzustellen (BGH NJW 2008, 1072 [1073] m.w.N.).

²⁶ Wiederum kann man sich hier mit guter Klausurtaktik weiterhelfen. Aufgrund der Angaben der R im Sachverhalt steht fest, dass noch ein Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 218 BGB zu prüfen ist. Insofern empfiehlt es sich, von einem Rechts- und nicht einem Sachmangel auszugehen.

²⁷ *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 435 Rn. 10.

²⁸ Das OLG Hamm stellt vorliegend – zumindest bedenklich – auf eine nach nordrhein-westfälischem Landesrecht bestehende Enteignungsmöglichkeit ab. Dies aber hat zur Folge, dass die Einordnung einer Widmung als öffentliche Straße als Sach- oder Rechtsmangel davon abhängt, in welchem Bundesland der Sachverhalt spielt. Im Ergebnis wird hier zur Auslegung von Bundesrecht Landesrecht herangezogen, was zumindest bedenklich erscheint.

²⁹ Im konkreten Fall des OLG Hamm gelangt dieses zu dem Schluss, dass eine Fristsetzung nötig gewesen wäre. Wäre dies richtig, könnte man durch ein privatrechtliches Rechtsgeschäft nach § 439 BGB einen Anspruch auf eine öffentlich-rechtliche Leistung erlangen. Dies ist im Ergebnis mehr als nur bedenklich, nachdem dann öffentliche Belange, die für eine öffentlich-rechtliche Widmung gerade entscheidend sein sollten, nicht beachtet werden könnten.

III. Ergebnis

Weil der R somit die Hypothek nicht mehr zusteht, wird die Vollstreckungsabwehrklage Erfolg haben.

Lösungsvorschlag zu Frage 2³⁰

I. Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB

Der Bank könnte ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB gegen R zustehen.

Voraussetzung dafür wäre eine (eigene) Leistung der Bank an die R. Unter Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen.³¹ Dabei führt nicht jede Zuwendung zu einer Leistung. Entscheidend ist gerade der Zweck, den die Beteiligten im Zeitpunkt der Zuwendung mit dieser nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben.³²

Nach diesen Grundsätzen liegt eine Leistung im Verhältnis zwischen der Bank und R nicht vor. Die Bank verfolgte keinen eigenen Leistungszweck gegenüber der R. Ihr ging es nur darum, eine eigene (vermeintliche) Verbindlichkeit gegenüber dem I zu erfüllen; sie wollte einen Zahlungsauftrag aus dem Zahlungsdienstevertrag erfüllen.

II. Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Der Bank könnte ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Var. 2 BGB gegen R zustehen.

1. Etwas erlangt

Die R hat infolge der Überweisung eine Gutschrift auf Ihrem Konto und damit ein vermögenswertes Etwas im Sinne des § 812 BGB erlangt, § 675t Abs. 1 S. 1 BGB.

2. In sonstiger Weise

Dieser Erwerb müsste in „sonstiger Weise auf Kosten der Bank“ erfolgt sein.

a) Vorrang der Leistungskondition

Das ist der Fall, wenn keine vorrangige Leistung gegeben ist. Das Erfordernis der Bereicherung „in sonstiger Weise“ ist nämlich gleichbedeutend mit „anders als durch Leistung“. Wer einen Gegenstand durch Leistung erworben hat, kann somit nicht zugleich „in sonstiger Weise“ auf Kosten einer anderen Person ungerechtfertigt bereichert sein.³³ Dementsprechend vollzieht sich der Bereicherungsausgleich in den

Fällen der Leistung kraft Anweisung jeweils im Rahmen der Leistungsbeziehungen.³⁴

b) Anwendung auf den konkreten Fall

Sollte eine vorrangige Leistung des I an die R vorliegen, scheidet eine Nichtleistungskondition der Bank gegen R folglich aus. Zu klären ist daher, ob eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens seitens des I an die R vorliegt. Im Rahmen des Mehrpersonenverhältnisses, bei dem regelmäßig (wie auch vorliegend) die Zuwendung von dritter Seite her erfolgt, stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob der Leistungsempfänger nach Rechtsscheingrundsätzen³⁵ von einer Leistung ausgehen durfte. Für den konkreten Fall heißt das, dass zu klären ist, ob aus Sicht der R nach Rechtsscheingrundsätzen eine Leistung des I vorlag. Das ist der Fall, wenn I *erstens* einen Rechtsschein gesetzt hat, *zweitens* dieser ihm zurechenbar ist und *drittens* die R nicht bösgläubig ist.

aa) Rechtsschein einer Leistung

Vorliegend ist der Rechtsschein einer Leistung des I darin zu sehen, dass von seinem Konto aus eine Überweisung auf das Konto der R stattgefunden hat. Aus der Sicht der R konnte dies nur bedeuten, dass der I bewusst und zweckgerichtet seine Zahlungsverbindlichkeit bezüglich des Grundstücks erfüllen wollte.

bb) Zurechenbarkeit

Fraglich ist allerdings, ob dieser Rechtsschein dem I zugerechnet werden kann. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich nach normativen Kriterien.

Bis zum Jahr 2015 hat der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung darauf abgestellt, ob der anweisende Dritte (hier I) einen eigenverantwortlichen Kausalbeitrag für den Rechtsschein erbracht hat. Beispielsweise hat er es ausreichen lassen, dass der anweisende Dritte ursprünglich eine Anweisung für eine Zuwendung erteilt hat, diese aber später widerrufen hat, wenn die Zuwendung dennoch fälschlicherweise durch den Dritten erfolgte.³⁶ Anders wurde die gleiche Konstellation etwa beurteilt, wenn die ursprüngliche Anweisung im Zustand der geistigen Unzurechnungsfähigkeit er-

³⁰ Zur Einführung in die Problematik des Bereicherungsausgleichs im Mehrpersonenverhältnis wird auf die hervorragenden Aufsätze von S. Lorenz, JuS 2003, 729 und ders., JuS 2003, 839 hingewiesen.

³¹ BGHZ 40, 272 (277); 50, 227 (231 f.); 56, 228 (240); 72, 246 (248 f.); BGH WM 1978, 1053 (1054); BGH WM 1983, 792 (793); BGH ZIP 1994, 1098 (1099).

³² BGH NJW 2002, 2871; BGH NJW 2015, 1672.

³³ So die h.M.; eingehend S. Lorenz, JuS 2003, 729 (731).

³⁴ Mit weiteren Nachweisen BGH NJW 2015, 3093 (3093 Rn. 17).

³⁵ Dies wird leider in der Rechtsprechung des BGH nur selten deutlich ausgesprochen. Der BGH deutet dies in der hier zugrundeliegenden Entscheidung (BGH NJW 2015, 3093) in Rz. 21 allerdings an. Verfolgt man die Rechtsprechungslinie sind die Rechtsscheingrundsätze das wesentliche Kriterium zur Handhabung der Mehrpersonenverhältnisse. Die Literatur stellt selbst auch auf Rechtsscheingrundsätze ab, begründet dies aber vor allem mit der Wertung der §§ 170 ff. BGB, vgl. Canaris, WM 1980, 354 (356 f.) und ders., JZ 1984, 627.

³⁶ Nachweise bei Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 127 ff. und Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, § 812 Rn. 107 ff.

folgte. In diesem Fall scheiterte die Zurechnung an der fehlenden Eigenverantwortlichkeit.³⁷

Nunmehr stellt der BGH im Rahmen des Zahlungsverkehrsrechts generell darauf ab, ob ein autorisierter oder ein nicht autorisierter Zahlungsvorgang vorliegt. Dreh- und Angelpunkt des neuen Zahlungsverkehrsrechts ist nach Ansicht des BGH der § 675j BGB. Ein Zahlungsvorgang ist nach § 675j Abs. 1 S. 1 BGB nur wirksam, wenn der Zahler diesen autorisiert hat. Diese Wertung müsse aufgrund des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung auch im Rahmen des Bereicherungsrechts gelten. Eine ohne ausreichende Autorisierung getätigte Überweisung führt daher nicht mehr zu einem zurechenbaren Rechtsschein.

Diese Rechtsprechungsänderung ist zu begrüßen. Die Frage danach, ob der Rechtsschein zurechenbar ist oder nicht, sollte nicht mit „freischwebenden“ und willkürlichen Wertungen, sondern gerade mit Wertungen aus dem Gesetz belegt werden. Dieser Wertung entspricht es auch, dass § 172 BGB, der selbst auch einen Rechtscheintatbestand enthält, einen zurechenbaren Rechtsschein nur annimmt, wenn die Vollmachtsurkunde dem Dritten vorgelegt wird. Dem würde im konkreten Fall der Bankanweisung entsprechen, dass der Überweisungsträger der R vorgelegt wurde, was nicht geschehen ist.³⁸

Vorliegend ist der Rechtsschein daher nicht zurechenbar. Zwar hat I ursprünglich seine Bank angewiesen, 200.000 € an die R zu überweisen und somit den Zahlungsvorgang autorisiert im Sinne des § 675j Abs. 1 S. 1 BGB. Durch die laut Bearbeitervermerk wirksame Vereinbarung (§ 311 Abs. 1 BGB) über die Stornierung des Auftrags wurde diese Autorisierung allerdings wieder aufgehoben. Insofern ist der Fall genauso zu behandeln, wie wenn der I nie einen Zahlungsvorgang autorisiert hätte.

Mangels zurechenbaren Rechtsscheins liegt somit keine vorrangige Leistung vor. Die Nichtleistungskondition der Bank ist daher nicht ausgeschlossen.

c) Auf Kosten der Bank

Die Bereicherung auf sonstige Weise erfolgte auch auf Kosten der Bank.

Zwar hat diese das Konto des I belastet. Diese Belastung erfolgte aber zu Unrecht, weil die Bank im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorgang keinen Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen hat, § 675u Abs. 1 S. 1 BGB. Der I hat daher einen Anspruch gegen seine Bank auf unverzügliche Erstattung der Zahlung, § 675u Abs. 1 S. 2 BGB.

3. Rechtsgrund

Die Bereicherung erfolgte auch rechtsgrundlos. Im Verhältnis zwischen der Bank und R besteht kein Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Zuwendung.³⁹

³⁷ BGH NJW 2015, 3093 (3093 Rn 18); BGH NJW 2004, 1315; BGH NJW 2008, 2331.

³⁸ In diese Richtung auch *Schwab* (Fn. 36), § 812 Rn. 132.

³⁹ Dies ist deshalb unproblematisch, weil der Zahlungsempfänger seinen Anspruch im Verhältnis zum Zahler weiterhin geltend machen kann.

4. Ergebnis

Die Bank des I hat einen Anspruch gegen den R aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB.