

Dr. Arzu Oguz, Dozentin an der Rechtspflegerhochschule der juristischen Fakultät der Universität Ankara

Zur Behandlung von Formmängeln bei der Grundstücksveräußerung nach türkischem Recht

I Einleitung II. Der gesetzliche Formzwang bei Verträgen auf Eigentumsübertragung. 1.) Das Formerfordernis 2.) Die formellen Voraussetzungen einer Eintragung in das Grundbuch 3.) Die materiellen Erfordernisse der Eigentumsübertragung. III. Die Folge der Nichterfüllung des Formzwangs. IV. Zum Konflikt zwischen der Formnichtigkeit und dem Prinzip von Treu und Glauben 1.) Das Verbot des Rechtsmißbrauchs 2.) Nach Erfüllung 3.) Vor Erfüllung. V. Würdigung.

I. Einleitung

Die Formvorschriften des türkischen Zivilrechts bei Grundstücksveräußerungen entsprechen, wenn man von kleinen Abweichungen absieht, schweizerischem Vorbild¹.

Doch gibt es in der Türkei in diesem Zusammenhang besondere Probleme, die mit bestimmten Vertragstypen sowie der wirtschaftlichen Situation des Landes verbunden sind. Sie erforderten mehrfach eine Stellungnahme des Revisionsgerichts zu der Frage von Formungültigkeit und Rechtsmißbrauch. Die hier zugrundeliegenden Fallkonstellationen sowie die Entwicklung der Rechtsprechung dazu sollen im Hauptteil (s. u. IV) dargestellt werden. Vorangestellt seien aber einige Bemerkungen zum Formzwang bei Grundstücksgeschäften nach türkischem und schweizerischem Recht (s. u. II, III).

II. Der gesetzliche Formzwang bei Verträgen auf Eigentumsübertragung

1.) Das Formerfordernis

Dem türkischen Obligationenrecht liegt der Grundsatz der Formfreiheit zugrunde. Art. 11 Abs. 1 TOGB bestimmt ausdrücklich, daß Verträge zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form bedürfen, es sei denn, daß das Gesetz eine spezielle Form vorschreibt. Diesen Grundsatz schränkt freilich indirekt Art. 288 Türk. ZPO ein. Hiernach unterliegen Rechtsgeschäfte mit einem Wert ab 20 000 Lira (derzeit 0,41 DM)² dem strengen Beweis, d. h., sie können nur durch die in Art. 288 Türk. ZPO abschließend aufgezählten Beweismittel (privatschriftliche oder notarielle Urkunde, Eid, rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis) bewiesen werden. In der Praxis dominiert die privatschriftliche Urkunde. In Lehre und Rechtsprechung hat sich daher eingebürgert, die Vorschrift als „Urkundenbeweis“ zu bezeichnen. Die praktischen Auswirkungen der Vorschrift beschränken sich auf höhere Beträge. Für Alltagsgeschäfte, die das Limit von 20 000 Lira leicht übersteigen können, pflegen keine Urkunden ausgestellt zu werden (zumal die Gerichts- und An-

waltskosten den Streitwert auch oft übersteigen würden). Die Summe des Art. 288 Türk. ZPO wurde in den vergangenen Jahren öfter erhöht³. Wegen der sehr hohen Inflationsrate bleiben die Erhöhungen aber regelmäßig hinter der Währungsentwicklung zurück.

Eine besondere Form fordert Art. 634 I IZGB für Verträge auf Eigentumsverschaffung an Grundstücken. Hiernach sind Verträge auf Eigentumsübertragung, die nicht öffentlich beurkundet werden, ungültig. Neben dieser allgemeinen Regel enthält Art. 213 TOGB noch eine eigene Formvorschrift für Kaufverträge⁴. Art. 238 Abs. 2 TOGB wiederholt diesen Grundsatz für ein Schenkungsversprechen, das ein Grundstück zum Gegenstand hat⁵. Als Gründe, die für den Gesetzgeber bei der Aufstellung dieser Formerfordernisse bestimmend waren, gelten auch im türkischen Recht vornehmlich Übereilungsschutz, Verkehrssicherheit, Schutz der wirtschaftlich, sozial und intellektuell schwachen Personen, Publizitätsinteresse etc.⁶.

2.) Die formellen Voraussetzungen einer Eintragung in das Grundbuch

a) Gemäß Art. 26 Türk. GrundbuchG sind die Grundbuchbeamten (nicht die Notare) zur Beurkundung von Verträgen auf Eigentumsübertragung zuständig.

1 Das türkische Zivilgesetzbuch (IZGB) und das türkische Obligationengesetzbuch (TOGB) wurden 1926 aus der Schweiz rezipiert. Seitdem gibt es eine enge Verknüpfung zwischen den beiden Rechtssystemen. Deswegen erfolgt hier die Darstellung des türkischen Rechts unter Berücksichtigung der Entwicklungen des schweizerischen Rechts.

2 Der offizielle Kurs der türkischen Lira betrug zum 8. 1. 1996: 1 DM = 41 111 Lira.

3 Die letzte Erhöhung erfolgte zum 1. 1. 1990 auf 20 000 Lira. Zuvor belief sich die Summe auf 5 000 Lira.

4 Art. 213 Abs. 1 TOGB: „Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung“. Abs. 2 erstreckt dies auch auf Verträge. Vorkauf- oder Rückkaufverträge.

5 Art. 238 Abs. 1: Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form. Abs. 2: Sind Grundstücke oder dingliche Rechte an solchen Gegenstand der Schenkung, so ist zu ihrer Gültigkeit die öffentliche Beurkundung erforderlich.

6 Zu weiteren Gründen s. *Kramer/Schmidlin*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1986, zu Art. 11, Nr. 8–20; *Schönenberger/Jürgi*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1973, zu Art. 11, Nr. 45–46–47.

b) Der Eigentümer des Grundstücks, auf das sich die Verfügung bezieht (Art. 922 TZGB; Art. 963 Abs. 1 ZGB), muß die Eintragung des Vertragspartners schriftlich beantragen; dieser selbst besitzt kein Antragsrecht⁷

c) Nach Art. 924 Abs. 2 TZGB (Art. 965 Abs. 1 ZGB) ist ein Nachweis über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund (das Kausalgeschäft) nötig⁸. Die besonderen Anforderungen dafür enthalten Art. 924 Abs. 2 und Abs. 3 TZGB (Art. 965 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB). Gemäß Art. 924 Abs. 3 TZGB (Art. 965 Abs. 3 ZGB) bedarf es hinsichtlich des Rechtsgrundes des Nachweises, daß die für die Gültigkeit des Rechtsaktes geforderte Form erfüllt ist⁹.

Die Eintragungsanträge, die dem Grundbuchamt zugehen, werden noch am selben Tage mit genauer Angabe des Datums und der Uhrzeit ihres Eingangs in chronologischer Reihenfolge in das sogenannte Tagebuch (günlük defter) unter Nennung der anmeldenden Person und des Antragsinhalts eingetragen, Art. 15 TGVO (türkische Grundbuchverordnung); sowie Art. 14 SGVO (schweizerische Grundbuchverordnung)¹⁰. Bevor der Grundbuchbeamte zur Vornahme der eigentlichen Eintragung im Grundbuch schreitet, hat er sich davon zu überzeugen, daß sämtliche formellen Eintragungsvoraussetzungen erfüllt sind. Sofern die insoweit erforderlichen Ausweise der Anmeldung beigefügt sind, kommt es zur beantragten Eintragung¹¹. Gemäß Art. 27 Abs. 2 TGVO (Art. 26 Abs. 3 SGVO) sind die Eintragungen von dem Grundbuchbeamten unter Beachtung der Reihenfolge der entsprechenden Einträge im Tagebuch vorzunehmen und mit dem Datum der Tagebucheintragung zu versehen¹².

3) Die materiellen Erfordernisse der Eigentumsübertragung

a) Das Kausalitätsprinzip

Im schweizerischen/türkischen Recht beruht die Eigentumsübertragung auf dem Kausalitätsprinzip, neben der Eintragung muß also noch ein wirksames Kausalgeschäft vorliegen, während das deutsche Recht neben der Eintragung eine abstrakte Einigung über den Eigentumsübergang verlangt und vom zugrundeliegenden Kausalverhältnis prinzipiell absieht¹³. Allerdings stellt § 925a BGB eine verfahrensrechtliche Verbindung zwischen obligatorischem und dinglichem Geschäft her, weil die Auflassungserklärung nur bei Vorlage oder Errichtung einer den Erfordernissen des § 313 S. 1 BGB genügenden Urkunde entgegengenommen werden soll.

Der Veräußerungsvertrag gibt dem Erwerber gegen den Verkäufer einen Anspruch auf Eintragung¹⁴. Bei Verweigerung dieser seitens des Verkäufers muß der Erwerber nicht auf Abgabe des Eintragungsantrages klagen, vielmehr kann er unmittelbar die gerichtliche Zusprechung des Eigentums verlangen¹⁵. Das Gericht überträgt dann im Wege eines Gestaltungsurteils das Eigentum am Grundstück unabhängig von der Eintragung im Grundbuch.

Art. 17 TOGB (Art. 17 ZGB) läßt abstrakte Verträge (Verpflichtungen ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes) zu, auch einen solchen Vertrag können die Parteien als Grundlage des Eigentumsübergangs dem Grundbuchamt vorlegen¹⁶.

b) Folgen des Fehlens eines Rechtsgrundes

Eine Eintragung ist nach Art. 932 II TZGB (Art. 974 II ZGB) „ungerechtfertigt“, wenn sie ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist. Dies bedeutet, sie ist wirkungslos und daher unrichtig. Der Veräußerer ist Eigentümer geblieben und kann nach Art. 933 TZGB (Art. 975 ZGB) auf Änderung der Eintragung¹⁷ gegen

den Erwerber und gegen jeden weiteren Erwerber, der den Mangel des Rechtsgrundes kannte oder kennen mußte, klagen, Art. 932 Abs. 1 TZGB (Art. 974 Abs. 1 ZGB).

III. Die Folgen der Nichterfüllung der Formvorschriften

Aus Art. 11 Abs. 2 TOGB (Art. 11 Abs. 2 ZGB) geht hervor, daß die Verletzung dieser Formvorschrift zur „Ungültigkeit“¹⁸ des Vertrages führt. Der Begriff der „Ungültigkeit“ wird im Gesetz nicht näher definiert¹⁹. Auch Art. 213 Abs. 1 TOGB (Art. 216 ZGB) führt zum gleichen Schluß²⁰. Nach Art. 634 TZGB bewirkt die Verletzung der Formvorschrift ebenfalls die „Ungültigkeit“ des Vertrages²¹. Art. 634 TZGB wurde anders formuliert als Art. 657 ZGB. Art. 657 Abs. 1 ZGB spricht nur davon, daß die Verletzung der Formvorschrift die „Unverbindlichkeit“ bewirkt. Diese wird aber üblicherweise mit der „Ungültigkeit“ nach Art. 216 Abs. 1 Obligationenrecht (O) gleichgesetzt²². Ob damit „Nichtigkeit“ (wie im deutschen Recht) oder „Ungültigkeit“ (wie im österreichischen Recht) gemeint ist, bleibt unklar.

Im schweizerischen/türkischen Recht herrscht Einigkeit darüber, daß das Gesetz dem Vertrag auf Eigentumsübertra-

- 7 S. Oğuzman/Seliçi, *Esya Hukuku* (Sachenrecht) İstanbul 1991, 186; Hatemi/Serozan/Arpaçi, *Esya Hukuku* (Sachenrecht) İstanbul 1991, 423; Aybay/Hatemi, *Esya Hukuku Dersleri* (Vorlesungen zum Sachenrecht), İstanbul 1981, 124; Araboğlu, Die Schwierigkeiten in der türkischen Praxis bei der Anwendung der Vorschriften des schweizerisch-türkischen Zivilgesetzbuches zum Erwerb des Grundeigentums an Privatgrundstücken, Frankfurt 1965, 49; Vgl. für das schweizerische Recht von Tuhr, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, ZSR 40, 1921, 45 f.
- 8 Araboğlu (o. A. 7) 63; Oğuzman/Seliçi (o. A. 7) *1240 187; Lau, Die rechtsgeschäftliche Grundstücksübertragung nach türkischem Recht, Münster 1972, 68.
- 9 Art. 924 Abs. 2: Der Ausweis über das Verfügungsrecht liegt in dem Nachweise, daß der Antragsteller die nach Maßgabe des Grundbuches verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat. Abs. 3: Der Ausweis über den Rechtsgrund liegt in dem Nachweise, daß die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist. Abs. 3 spielt im türkischen Recht kaum eine Rolle, da zur Beurkundung des Vertragsschlusses das Grundbuchamt zuständig ist, s. dazu unten bei IV 2) am Ende.
- 10 Oğuzman/Seliçi (o. A. 7) 193.
- 11 Oğuzman/Seliçi (o. A. 7) 194.
- 12 Oğuzman/Seliçi (o. A. 7) 199.
- 13 von Tuhr (o. A. 7) 48 ff.; Lau (o. A. 8) 57.
- 14 S. Art. 642 Abs. 1 TZGB: Der Erwerber, der das Recht, eine Sache durch einen Grund wie Schenkung zu erwerben, hat einen persönlichen Anspruch auf Eintragung.
- 15 Der ZGB hat das Kausalitätsprinzip deutlicher formuliert. „Der Erwerbsgrund gibt dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums“.
- 16 von Tuhr (o. A. 7) 48 ff.; Eren, Borçlar Hukuku, Genel Kükümler (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil), Abt. I, Ankara 1987, 222 f.
- 17 Diese Klage entspricht dem Berichtigungsanspruch des § 894 BGB.
- 18 „Kanunun emrettiği sekin şumul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz“.
- 19 Nach dem Wortlaut des deutschen BGB sind ein formwidriges Rechtsgeschäft und dementsprechend ein den in § 313 BGB aufgestellten Anforderungen nicht entsprechenden Grundstückskaufvertrag nichtig (§ 125 BGB). Das österreichische ABGB bestimmt, daß Zahlungen einer Schuld, die nur aus Mangel der Formlichkeiten ungültig seien, nicht zurückgefordert werden können. Daraus ergibt sich, daß trotz des Formmangels eine Naturalobligation entsteht (§ 1432 ABGB).
- 20 Art. 213 Abs. 1 TOGB: „Gayrimenkul satimi muteber olmak için resmî senede raptedilmek şarttır“.
- 21 Art. 634 TZGB: „Mülkiyeti nakleden akıter resmî şekilde yapılmadıkça muteber olmazlar“.
- 22 Kellerhals, Simulation im Grundstückskauf, Bern 1952, 39.

gung die Wirksamkeit bei Nichtbeachtung der Form versagt. Hinsichtlich der daraus zu ziehenden Konsequenzen stehen sich die Auffassung einer „absoluten Nichtigkeit“ und die einer „Ungültigkeit sui generis“ gegenüber²³.

Nach der Theorie der absoluten Nichtigkeit entstehen keine vertraglichen Rechte oder Pflichten aus einem formwidrigen Grundstückskaufvertrag. Weder die Eintragung in das Grundbuch noch die Zahlung des Kaufpreises oder irgendwelche Nebenleistungen des Veräußerers oder Erwerbers können verlangt werden. Jede Klage auf Nachholung der erforderlichen Form ist nach dieser Theorie ausgeschlossen²⁴. Bereits erbrachte Leistungen können mit Hilfe der grundlosen Bereicherung (Art. 61 TOGB; Art. 62 ZGB) zurückgefordert werden²⁵ und der Veräußerer kann die Berichtigung des Grundbuches (vorbehaltlich gutgläubigen Erwerbs Dritter) verlangen (Art. 931 und 933 TZGB, Art. 973 und 975 ZGB)²⁶. Die Nichtigkeit besteht von Anfang an und ist vom Gericht (wie auch vom Grundbuchamt) von Amts wegen zu berücksichtigen. Sie wirkt absolut, also für und gegen jedermann²⁷.

Bis zu einem bestimmten Punkt hat der Formmangel auch auf Grund der Ungültigkeitstheorie die gleichen Wirkungen: Keine Partei kann von der anderen die Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Jede Partei ist berechtigt, der Erfüllungsklage der anderen den Formmangel entgegenzuhalten. Wenn das formwidrige Geschäft trotzdem in das Grundbuch eingetragen wird, ist die Eintragung „ungerechtfertigt“; dem Veräußerer steht daher (vorbehaltlich eines redlichen Erwerbs Dritter) die Klage auf die Berichtigung des Grundbuches zu (Art. 975 ZGB). Was auf Grund des formwidrigen Vertrages geleistet worden ist, unterliegt der Rückforderung gemäß Art. 61 OR (grundlose Bereicherung)²⁸.

Obwohl die Ungültigkeit gegenüber jedermann wirkt, bedarf sie der Geltendmachung. Im Gegensatz zur Nichtigkeit steht bei der bloßen Ungültigkeit Dritten kein Recht zur Geltendmachung des Formmangels zu. Der Richter hat weder das Recht noch die Pflicht, die Ungültigkeit des Vertrages von Amts wegen zu berücksichtigen, solange die Parteien den Formmangel nicht geltend machen²⁹. Aber wenn der Grundbuchbeamte bei der Prüfung des zur Eintragung angemeldeten Vertrages den Formmangel entdeckt, hat er die Ungültigkeit des Grundstückskaufvertrages von Amts wegen zu berücksichtigen³⁰.

Die Parteien können die Ungültigkeit auf verschiedene Weise geltend machen; durch Verweigerung der Erfüllung, durch Einrede gegen die Erfüllungsklage, durch Ungültigkeitsklage (Feststellungsklage)³¹.

IV. Zum Konflikt zwischen der Formnichtigkeit und dem Verbot des Rechtsmißbrauchs

Die Geltendmachung des Formmangels kann in Konflikt mit dem in Art. 2 Abs. 2 TZGB (Art. 2 Abs. 2 ZGB) niedergelegten Prinzip von Treu und Glauben treten. Dann stellt sich die Frage, in welchem Umfang Art. 2 Abs. 2 TZGB/ZGB geeignet ist, die Berufung auf den Formmangel als unbeachtlich erscheinen zu lassen.

1) Das Verbot des Rechtsmißbrauchs

Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB gilt „Der offene Mißbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz“. Art. 2 Abs. 2 TZGB formuliert das Rechtsmißbrauchsverbot hingegen etwas anders: „Der Mißbrauch eines Rechts, der jemandem Schaden zufügt, findet keinen Rechtsschutz“³². Das schweizerische Recht nennt die Schadenszufügung nicht als Tatbestandsvoraussetzung, doch ist ein Mißbrauch ohne Schaden

kaum denkbar. Im schweizerischen Recht versuchen Lehre und Rechtsprechung, die möglichen Mißbrauchsfälle in Fallgruppen zu konkretisieren. Hierbei sollen vor allem die Zweckwidrigkeit und das Fehlen eines Interesses an der Rechtsausübung zu berücksichtigen sein³³. Eine böswillige Absicht ist nicht unbedingt erforderlich (und nachzuweisen), es genügt der objektive Tatbestand des Mißbrauchs³⁴.

§ 226 BGB formuliert das Schikaneverbot noch enger: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen“. Da § 226 BGB auf die Schädigung als alleinigen Zweck der Rechtsausübung abstellt, hat die Vorschrift nur geringe praktische Bedeutung. Die Funktion eines Korrektivs bei unzulässiger Rechtsausübung übernimmt vielmehr § 242 BGB, der das Prinzip von Treu und Glauben für Schuldverhältnisse festlegt³⁵.

In Lehre und Rechtsprechung im türkischen/schweizerischen Recht wird einhellig angenommen, daß Art. 2 TZGB/ZGB bei Berufung auf Formnichtigkeit besonders zu berücksichtigen ist³⁶.

Der Konflikt zwischen der Formnichtigkeit des Vertrages auf Eigentumsübertragung und dem Verbot des Rechtsmißbrauchs ist getrennt für die Fälle der Erfüllung eines

- 23 Die darüber in der Schweiz geführte Diskussion spiegelt sich auch in türkischen Arbeiten wieder.
- 24 Kellerhals (o. A. 22) 45.
- 25 Kellerhals (o. A. 22) 34; Müller, Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung, Luzern 1938, 21; Oğuzman/Seliçi (o. A. 7) 346.
- 26 Kellerhals (o. A. 22) 34; Eren (o. A. 16) 317; Meier-Hayoz, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1962, zu Art. 657, Nr. 139.
- 27 Vgl. von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I. Halbband, Tübingen 1924, § 29, S. 14 u. 215, II vor Abs. 1; Kellerhals (o. A. 22) 46 f.
- 28 Kellerhals (o. A. 22) 47, Zobl, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1977, zu Art. 657, Nr. 36; Maier-Hayoz (o. A. 26) zu Art. 657, Nr. 135.
- 29 Kunz, Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, Bern 1928, 132.
- 30 Herz, Die Bedeutung der Form des Formalgeschäftes nach deutschem und schweizerischem Recht, Basel 1934, 94; Kellerhals (o. A. 22) 48.
- 31 Kunz (o. A. 29) 132.
- 32 Zum Rechtsmißbrauch im türkischen Recht: Feyzioğlu Medeni Kanun'un 50. Yildönümünde Hakların Kötüye Kullanılması, Medeni Kanun'un 50. Yil Sempozyumu. I. Tebliğler (Der Rechtsmißbrauch am 50. Jahrestag des Zivilgesetzbuches, Symposium zum 50. Jahrestag des Inkrafttretens des Zivilgesetzbuches, I. Beitrag) Istanbul 1978; Saymen, Mukayeseli Hukuk Bakimından Hakkın Suistimali (Der Rechtsmißbrauch in der Rechtsvergleichung), IHFM., 1946, C. XII, S. 4, 1129-1151; Velidedeoğlu, Hakkın İyiyet ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali) (Die Ausübung des Rechts und der Rechtsmißbrauch (objektiv guter Glaube und Rechtsmißbrauch)), AD. 1959/2, 113-140.
- 33 Vgl. Merz, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1962, zu Art. 2, Nr. 50; Bei Nr. 344 nennt Merz als Beispiel für zweckwidrigen Rechtsgebrauch eine „nutzlose“ Handlung in schädigender Absicht.
- 34 Vgl. Paoletto, Die Falschbeurkundung beim Grundstückskauf, Zürich 1973, 147-148.
- 35 Vgl. nur beispielsweise die Kommentierung in Staudinger/Dilcher, § 125, 38 ff.
- 36 Feyzioğlu (o. A. 32) 163; Oğuzman, Sekil Noksani Sebebiyle Bulan Dermeyani Hakkının Suistimali (Der Rechtsmißbrauch bei der Berufung auf Formmangel), IBD. C. XXIX, S. 6, 1955, 215. md 12; Bucher, Der Rechtsmißbrauch bei Formvorschriften, Journées Turco-Suisse, Istanbul 1975, 65 ff.; auch in: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, März/April 1975, 65 ff.

Vertragsteiles und der beiderseitig noch ausstehenden Erfüllung zu erörtern

2) Nach Erfüllung

Eine Erfüllung durch den Veräußerer liegt vor, wenn die Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist, obwohl der Kaufvertrag formnichtig ist. Der Kaufvertrag bleibt jedoch formunwirksam, das türkische Recht wie das schweizerische Recht kennen keine dem § 313 S. 2 BGB entsprechende Heilungsvorschrift.

In der neueren Lehre und in der heutigen Rechtsprechung im schweizerischen/türkischen Recht herrscht die Ansicht vor, daß der Anspruch auf die Herausgabe der Leistung rechtsmißbräuchlich ist, wenn beide Seiten freiwillig und irrtumsfrei ihre Pflichten erfüllt haben. Dies gilt insbesondere für den formungültigen Grundstückskauf, so daß man im Ergebnis doch sagen kann, die beiderseitige Erfüllung eines formnichtigen Vertrags heile den Formmangel³⁷.

Nach dem schweizerischen Bundesgericht dient die Vorschrift über die öffentliche Beurkundung des Grundstückskaufs nicht nur dem Schutz der Parteien vor Übereilung, sondern auch der Beweissicherung und der Rechtssicherheit unter den Parteien. Letzteres liegt auch im Interesse der Allgemeinheit. „Wer geltend macht, ein Vertrag sei gemäß Art. 216 Abs. 2 OR ungültig, obschon er sich bei Abschluß seines Inhaltes und seiner Tragweite bewußt war, mißbraucht daher sein Recht nicht zu einem dieser Bestimmungen fremden Zweck“³⁸. Trotzdem ist der Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung der mit der Vorschrift „im wesentlichen verfolgte Zweck“³⁹.

Aus diesem Grund kommt es darauf an, ob der Vertrag trotz des Formfehlers von beiden Parteien freiwillig erfüllt worden ist. Nach der freiwilligen Erfüllung brauchen sie nicht mehr geschützt zu werden.

Diese Grundsätze gelten auch im türkischen Recht. Der Anspruch auf die Herausgabe der Leistungen stellt einen Rechtsmißbrauch dar, wenn beide Seiten ihre Pflichten freiwillig und irrtumsfrei erfüllt haben⁴⁰.

Im türkischen Recht werden der Vertragsschluß und die Erfüllungshandlung des Veräußerers gem. Art. 27 Grundbuchverordnung gleichzeitig im Grundbuchamt vorgenommen⁴¹. Deswegen hat es keine große praktische Bedeutung, ob die Erfüllung den Formmangel „heilt“. Aber ausnahmsweise ergibt sich ein solches Problem, so wenn der Beamte, obwohl die Unterschrift einer Partei in der öffentlichen Beurkundung fehlt, die Eintragung in das Grundbuch vornimmt. Die Berufung der Partei, deren Unterschrift fehlte, auf den Formmangel stellt dann einen Rechtsmißbrauch dar⁴².

3) Vor Erfüllung

In einem formungültigen Vertrag mögen die Parteien die Pflichten nur zum Teil erfüllen, z. B. kann der Käufer bereits den Kaufpreis bezahlt und vom Verkäufer den Besitz erhalten, der Verkäufer jedoch noch nicht den formgerechten Vertragsschluß sowie die Eintragung im Grundbuchamt veranlaßt haben. Kann in einem solchen Fall die Berufung auf den Formmangel einen Rechtsmißbrauch darstellen?

Diese Frage ist in der Türkei vor allem beim Bauvertrag für Wohnungseigentum von großer praktischer Bedeutung. Hier sei daher ein kurzer Exkurs zu diesem Vertragstyp und seiner Vollziehung in der Praxis eingeschoben.

a) Zum Bauvertrag für Wohnungseigentum

aa) Der wirtschaftliche Hintergrund

Aus verschiedenen wirtschaftlichen Gründen entstand ein Vertragstyp namens „Bauvertrag für Wohnungseigen-

tum“ in der Türkei⁴³. Bevölkerungsexplosion, Landflucht und Konzentration der Industrie verursachten in den größeren Städten eine Wohnungsnot. Um Abhilfe zu schaffen, werden verstärkt Hochhäuser mit vielen Wohneinheiten errichtet. Meistens verfügt aber ein Grundstückseigentümer nicht über die finanziellen und technischen Mittel zur Bebauung seines Grundstückes. Der Staat leistet nur geringe Zuschüsse, die Bankzinsen für Darlehen sind zudem sehr hoch. Daher beauftragen die Grundstückseigentümer einen Bauunternehmer mit der Errichtung eines Gebäudes mit mehreren Wohneinheiten. Der Bauunternehmer erhält keine Vergütung in Geld, statt dessen verpflichtet sich der Eigentümer, ihm eine bestimmte Anzahl der errichteten Eigentumswohnungen zu übereignen⁴⁴, die übrigen stehen dem Grundstückseigentümer zu. Die Verabschiedung des Wohnungseigentumsgesetzes am 23. 6. 1965 (Gesetz Nr. 634) hat den Aufschwung des Bausektors in der Türkei begünstigt⁴⁵.

Der Bauunternehmer verkauft üblicherweise die ihm zustehenden Wohnungen schon vor deren Errichtung an Dritte weiter. Auf diese Weise finanziert er einerseits den Bau, an-

37 BGE 50 Abs. 2 147 f.; 53 II 165 f.; 81 Abs. 2 583 f.; 86 Abs. 2 232 f.; 90 Abs. 2 154 ff.; 92 Abs. 2 323 ff.; Merz (o. A. 33) zu Art. 2, Nr. 468 ff.; Paoletto (o. A. 34) 135 ff. 157 ff.; Spira, Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückskauf, Basel 1964, 8 ff.

38 BGE 84 Abs. 2 642; vgl. auch 78 Abs. 2 224/5, 68 Abs. 2 234/5, 39 Abs. 2 226

39 S. BGE 78 Abs. 2 229; 54 Abs. 2 332; 53 Abs. 2 166; 50 Abs. 2 148

40 S. HGK. 11. 3. 1953, s/9; HGK. 10. 9. 1955, 1/62-63; HGK. 21. 3. 1986, 14/541-257; YBK. 3. 11. 1980 3/2, YKD C. V, 1957-1980, Ankara 1981, 817; HGK. 9. 6. 1982 B. 1979/15-1613, K. 1982/565; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunlan (Die Probleme des Zivilrechts) 4. Abt. Istanbul 1980, 178-207; Oğuzman/Seliçi (o. A. 7) 346; Oğuzman (o. A. 36) 249-258; Cansel/Gürsoy/Eren, Türk Eşya Hukuku (türkisches Sachenrecht) 2. Aufl., Ankara 1984, 482; Serozan, Die Überwindung der Formnichtigkeit, Travaux de la 5^{ème} semaine juridique turco-suisse, La Forme dans les actes Juridiques, Journées d'Istanbul 13-20 avril 1975, 151-168; Eren (o. A. 16) 316; Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri (Einführung in das Zivilrecht und die Einleitung [Art. 1-7 TZGB A. O.]) 2. Aufl., Ankara 1983, 346-348; Fila/Eraslan, Bir Yargıtay Kararı ve Eleştirisi (Eine Revisionsgerichtsentscheidung und ihre Kritik) IBD 1985, C. 59, S. 1-2-3, 661-688; Kartal, Arsa Payı Karşılığı Bağimsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Bicimi (Der Bauvertrag für Wohnungseigentum und insbesondere dessen Form) YD Ocak-Nisan 1983, S. 1-2, C. 9, 96-113 (I); YD Temmuz 1983, S. 3, C. 9, 329-338 (II); YD Ekim 1983, S. 4, C. 9, 551-568 (III)

41 siehe oben S. 3

42 So Kiliçoğlu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları İçinde Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması (Die Form und der Rechtsmißbrauch beim Grundstückskauf in den Plenarentscheidungen des Revisionsgerichts), YD 1989, S. 1-4, 310

43 Eine ausführliche Erklärung des Vertrages bei Kartal (o. A. 40); Ayazlı, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurlan-Hukuki Özellikleri-Şekil Sorunu) (Der Bauvertrag für Wohnungen gegen einen Anteil am Baugrundstück, [Die Bestandteile - Die rechtlichen Eigenarten - Das Problem der Form]), Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1987, 43-51.

44 Auch im TZGB gilt der Grundsatz *superficies solo cedit*. Art. 644 Abs. 2 (vgl. Art. 688 ZGB)

45 Der Begriff des Wohnungseigentums existierte schon im islamischen Recht, also vor dem Inkrafttreten des TZGB im Jahre 1926. Art. 1150, Art. 1192 und Art. 1193 Mecelle (Gesetzbuch des osmanischen Reichs) enthielten verschiedene Vorschriften über Wohnungseigentum. vgl. *Ebul'ula*, Kat Mülkiyeti (Wohnungseigentum), Istanbul 1948, 18; Da wegen des genannten Grundsatzes *superficies solo cedit* unter der Herrschaft des TZGB Wohnungseigentum nicht mehr entstehen konnte, entstand das Bedürfnis, ein Sondergesetz für Wohnungseigentum zu schaffen; vgl. *Oğuzman*, Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi (Das Problem des Wohnungseigentums und seine Lösung) Istanbul 1958, 98

dererseits realisiert er bereits seinen Gewinn. Die Käufer sind meistens Kleinsparer, die sich den Erwerb eines eigenen Hauses nicht leisten können. Auf diese Weise legen sie ihre Ersparnisse auch wirtschaftlich sinnvoll an (vor allem angesichts der hohen Inflation). In der Wirtschaft übernimmt der Bauunternehmer zugleich die Funktion eines Koordinators.

bb) Zum Gegenstand und den rechtlichen Eigenarten des Vertrages

(1) Begriff

Der Bauvertrag für Wohnungseigentum ist ein Vertrag, mit dem sich der Grundstückseigentümer verpflichtet, einige Anteile seines Grundstückes dem Bauunternehmer oder Dritten zu übertragen, der Bauunternehmer hingegen dazu, auf dem Grundstück Wohnungen zu errichten und einige Wohnungen dem Grundstückseigentümer zu überlassen.

(2) Bestandteile des Vertrages

(a) Die Einigung zwischen den Parteien

Die Parteien vereinbaren untereinander, wie die Anteile am Grundstück aufgeteilt werden. Der Anteil des Unternehmers am Grundstück hängt von verschiedenen Faktoren ab, vor allem vom Wert des Grundstückes. So ist er bei Grundstücken in Stadtlagen regelmäßig niedriger als bei Grundstücken auf dem Lande.

(b) Die Übertragung des Bruchteiles des Grundstückes an den Unternehmer

Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich, die Bruchteile des Eigentums, die dem Unternehmer zustehen, diesem zu übereignen. Diese Übereignung kann in zweierlei Weise erfolgen:

(aa) Der Grundstückseigentümer übereignet sofort den Bruchteil an den Unternehmer. Der Unternehmer bezahlt den Wert des Bruchteiles nicht in Geld, sondern verpflichtet sich, im Gegenzug das Gebäude zu errichten, an dem die Miteigentumsanteile dann geteilt werden.

(bb) Die Parteien warten die Fertigstellung des Baus ab. Der Grundstückseigentümer überträgt dem Unternehmer die Miteigentumsanteile sukzessiv mit fortschreitender Errichtung des Gebäudes.

cc) Die rechtliche Eigenart des Bauvertrages für Wohnungseigentum

Der Bauvertrag für Wohnungseigentum ist ein gemischter Vertrag. Die Verpflichtung des Bauunternehmers ähnelt der Verpflichtung des Unternehmers im Werkvertrag. An die Stelle einer Vergütung in Geld tritt als Gegenleistung beim Bauvertrag für Wohnungseigentum der Miteigentumsanteil (bzw. das Sondereigentum an Wohnungen), die dem Unternehmer zustehen.

Die Gegenleistung des Grundstückseigentümers ist die Übertragung eines bestimmten Miteigentumsanteils an den Bauunternehmer. Diese Gegenleistung ähnelt der Verpflichtung des Verkäufers im Kaufvertrag. Er verpflichtet sich, das Eigentum (den Miteigentumsanteil) am Grundstück dem Käufer zu verschaffen.

Der Bauvertrag für Wohnungseigentum besitzt aber nicht alle Eigenarten der beiden Verträge. Da es im türkischen Recht keinen Typenzwang gibt, sind die Parteien an die Verpflichtungsinhalte der gesetzlichen Geschäftstypen nicht gebunden⁴⁶. Solche gemischten Verträge werfen das schwie-

rige Problem auf, welcher Geschäftstyp im Hinblick auf die gesetzlichen Vorschriften maßgebend ist. Außer den Interessen der Parteien ist auch zu berücksichtigen, daß diese nicht zwei Verträge vereinigen, sondern einen neuen Vertrag schaffen wollen⁴⁷.

dd) Die Form des Bauvertrages und die Folgen der Nichterfüllung der Formvorschriften

(a) Die Form und ihr Vollzug

Nach der allgemeinen Regel des Art. 634 Abs. 1 TZGB⁴⁸ bedürfen die Verträge auf Eigentumsübertragung zu ihrer Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung (vgl. Art. 657 Abs. 1 ZGB). Da das Wohnungseigentumsgesetz keine Sondervorschrift für den Bauvertrag enthält, findet die Bestimmung hier Anwendung. Wegen der Einheitlichkeit des Vertragsinhaltes erstreckt sich dieses Formerfordernis auch auf die Verpflichtung des Bauunternehmers.

Nach Art. 12 WohnungseigentumG und Art. 26 GrundbuchG sind die Grundbuchbeamten zur Beurkundung von Verträgen auf Eigentumsübertragung zuständig. Gem. Art. 60 NotarG kann ein Vorvertrag zum Kaufvertrag auf Eigentumsübertragung vor dem Notar abgeschlossen werden. Das gilt auch für einen Bauvertrag⁴⁹.

Nach Art. 922 Abs. 1 TZGB (Art. 963 Abs. 1 ZGB)⁵⁰ muß der Eigentümer des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht, die Eintragung des Vertragspartners schriftlich beantragen. Der Grundbuchbeamte ist verpflichtet, diesen Antrag im Tagebuch einzutragen. Unterläßt der Eigentümer den Antrag, so kann der Bauunternehmer die Eintragung einklagen⁵¹.

(b) Die Folgen der Nichterfüllung der Formvorschriften

Folge der Nichterfüllung der Formvorschriften ist die Unrichtigkeit des Vertrages. Erfolgt die Eintragung im Grundbuch trotz des Formmangels, ist die Eintragung ungültig. Der Eigentümer kann sich auf den Formmangel berufen und die Berichtigung der Eintragung im Grundbuch verlangen⁵².

Weit häufiger ist der Fall, daß die Formvorschriften im Verhältnis Unternehmer — Käufer nicht eingehalten werden. Die Kaufverträge werden nicht öffentlich beurkundet, da die Käufer (sofern sie überhaupt das Beurkundungserfordernis kennen) als wirtschaftlich schwächerer Vertragsteil regelmäßig nicht in der Lage sind, insoweit ihre Interessen gegenüber dem Unternehmer durchzusetzen. Zumeist besitzen die Käufer nach der Vollendung des Baus bereits die Wohnungen. Damit erfüllte jeder Vertragspartner seine Pflichten (mit Ausnahme der Eintragung seitens des Unternehmers). Der Unternehmer (und Wohnungseigentümer) verweigert aber nunmehr — unter Hinweis auf den Formmangel — gegenüber den Käufern die Eintragung in das Grundbuch und verlangt weitere Zahlungen von ihnen. Für diese besteht freilich kein Rechtsgrund, da der Kaufpreis bereits im Vertrag festgesetzt wurde. Doch ist der Wert des

46 *Kuntalp*, Karisik Muhtevali Akit (Der gemischte Vertrag), Ankara 1971, 60

47 *Yarg* 15 HD 25. 12. 1987. YKD, C. II. 1976 3, 368

48 S. o. 5.

49 *Oguzman/Seliçi* (o. A. 7) 341; Hatemi/Serozan/Arpaci (o. A. 7) 528

50 S. o. 3

51 *Oguzman/Seliçi* (o. A. 7) 343–344

52 Die Vorschriften über gutgläubigen Erwerb und Ersitzung seien hier außer acht gelassen

Kaufpreises wegen der hohen Inflationsrate in der Türkei gesunken, weil die Bauarbeiten wie üblich länger dauerten als vorgesehen. In Rechtsprechung und Lehre der Türkei wurde intensiv diskutiert, ob die Geltendmachung des Formmangels in einem solchen Fall einen Rechtsmißbrauch darstellt. Zunächst sei aber wiederum die Behandlung des Problems im schweizerischen Recht dargestellt.

b) Im schweizerischen Recht

Im schweizerischen Recht versagt die Berufung auf Rechtsmißbrauch praktisch bei Formmängeln noch nicht abgewickelter Verträge⁵³. In vielen Fällen hat das Bundesgericht die Erfüllungsansprüche, die auf einen formungültigen Vertrag gestützt wurden, abgewiesen und dabei den Standpunkt der Partei, die den Formmangel bzw. die Ungültigkeit des Vertrages gemäß Art. 11 Abs. 2 geltend macht, als nicht rechtsmißbräuchlich bezeichnet⁵⁴. In einer einzigen Entscheidung hat das Bundesgericht die Berufung auf Rechtsmißbrauch zugelassen und ein noch nicht erfülltes, formbedürftiges Rechtsgeschäft als rechtswirksam betrachtet⁵⁵.

Das Ergebnis fand in der Lehre Beifall. Nach der Lehre stellt die Aufstellung von Formvorschriften auf jeden Fall „eine Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit und gegen die Möglichkeit der Wahrung der Gerechtigkeit in allen Fällen“ dar⁵⁶. Könnte der Berufung auf den Formmangel stets die Einrede des Rechtsmißbrauchs nach Art. 2 ZGB mit Erfolg entgegengehalten werden, so würde Art. 2 ZGB im Ergebnis den Erfüllungsanspruch vermitteln⁵⁷.

Mögliche Anwendungsbereiche des Rechtsmißbrauchsverbots und die Frage, welches die Rechtsfolgen sein können, falls Rechtsmißbrauch bejaht wird, wurden jedoch für Fallgruppen von fast nur theoretischem Interesse diskutiert⁵⁸.

Wenn der Tatbestand der unerlaubten Handlung (Art. 41 Abs. 1 TOGB) erfüllt ist, ist ein selbständiger Schadensersatzanspruch gemäß Art. 41 Abs. 2 OR möglich⁵⁹.

c) Im türkischen Recht

Wie im schweizerischen Recht so besteht auch im türkischen Recht, wenn jemand den Vertragspartner durch das arglistig abgegebene ungültige Versprechen zum Vertragschluß verleitet und in ihm das Vertrauen erweckt hat, daß der rechtsungültige Vertrag erfüllt wird, ein deliktischer Haftungsgrund. Ein solches Versprechen kann den Tatbestand der unerlaubten Handlung gemäß Art. 41 Abs. 1 oder Abs. 2 TOGB erfüllen⁶⁰, es muß jedoch der Verkäufer dem Käufer „absichtlich“ Schaden zufügen. Wenn er den Formmangel nicht absichtlich herbeigeführt hat oder die Absicht nicht zu beweisen ist, findet dieser Artikel keine Anwendung. Außerdem wird nur der negative Schaden ersetzt, weil der Vertrag für ungültig erklärt wird. Die Überwindung des Formmangels durch Annahme des Rechtsmißbrauchs schützt den Käufer folglich wirksamer als Art. 41 Abs. 2⁶¹.

Nach einer Ansicht⁶² bildet die Geltendmachung eines Formmangels keinen Rechtsmißbrauch. Nach der herrschenden Meinung hingegen ist, insbesondere bei Verträgen, die nach dem Wohnungseigentumsgesetz zustande gekommen sind, die Möglichkeit einer mißbräuchlichen Rechtsausübung vom Gericht von Amts wegen (als Einwendung) zu berücksichtigen. Haben die Parteien ihre Pflichten teilweise erfüllt, so kann der Formmangel je nach Lage des Falles für unbeachtlich erklärt werden⁶³.

In der Rechtsprechung gab es bis 1988 keine einheitliche Entscheidungspraxis. Bei einem Fall in der Stadt Gaziantep

in Südwestanatolien wurden für dasselbe Gebäude verschiedene Entscheidungen getroffen. Für die Prozesse über einige Wohnungen war die erste Kammer des Revisionsgerichts zuständig. Diese Kammer sah die Berufung auf den Formmangel als rechtsmißbräuchlich an und sprach unter Anwendung von Art. 2 TZGB dem Käufer das Eigentum zu. Für andere Wohnungen fand der Rechtsstreit vor der achten Kammer und anschließend vor der Generalkommission statt⁶⁴. Die achte Kammer sowie die Generalkommission hielten den Formmangel nicht wegen Art. 2 TZGB für unbeachtlich und wiesen die Klage auf Zusprechung des Eigentums ab⁶⁵.

Letzteres entsprach einer ständigen Rechtsprechung des Revisionsgerichts, wonach Verträge, die der gesetzlichen Form entbehren, nichtig seien. Die Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer und die Besitzverschaffung seitens des Verkäufers ändere daran nichts. Wenn eine Vertragspartei den Formmangel geltend mache, habe jede Seite einen Anspruch auf Rückabwicklung des Geschäfts⁶⁶. Eine Entscheidung⁶⁷ grenzt diese Fallkonstellation ausdrücklich von der beidseitigen Erfüllung ab und stellt fest, daß der (Grundstücks-)Kaufvertrag erst durch Eigentumseintragung im Grundbuch, nicht durch bloße Besitzverschaffung, erfüllt wird.

53 Vgl. *Merz* (o. A. 33) zu Art. 2, Nr. 496–499; *Krämer/Schmidlin* (o. A. 6) zu Art. 11, Nr. 119, 124; *Bucher* (o. A. 36) 66 ff.

54 S. als Beispiele nur *BGE* 42 II 154; *BGE* 90 II 24.

55 *BGE* 77 II 164; der komplizierte Fall spielt im Versicherungsrecht, es sei hier nur auf die ausführliche Darstellung bei *Bucher* (o. A. 36) 69 verwiesen.

56 *Liver*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitungsband, Bern 1962, Einleitung Nr. 112.

57 *Merz* (o. A. 33) zu Art. 2, Nr. 496.

58 So das Urteil von *Bucher* (o. A. 36) 70 ff.

59 Art. 41 lautet: Wer einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatz verpflichtet.

Ebenso ist zum Ersatz verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise absichtlich Schaden zufügt.

60 *Feyzioglu* (o. A. 32) 147–198.

61 So *Kiliçoglu* (o. A. 42) 319.

62 *Feyzioglu* (o. A. 32) 183.

63 *Oguzman* (o. A. 36); ders., *Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları*, II, *Borçlar Hukuku, Miras Hukuku* (Übungsbuch zum Zivilrecht, II, Obligationenrecht, Erbrecht), 3. Aufl., Istanbul 1978, 82; *Kartal* (o. A. 35) III, 565; *Ayazlı* (o. A. 43) 49; *Tandogan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (Obligationenrecht, Einzelne Vertragstypen), Ankara 1987, II, 31–32; *Fıla-Eraslan* (o. A. 40) 681–682.

64 Die Generalkommission (für Zivilsachen) entspricht grundsätzlich dem großen Senat für Zivilsachen beim deutschen BGH. Sie wird tätig, wenn eine Kammer ihre eigene Rechtsprechung ändern will, eine Kammer verschiedene Entscheidungen über ähnliche Fälle getroffen hat oder zwei Kammern über ein rechtliches Problem verschieden entschieden haben. Die große Generalkommission tritt zusammen, wenn die zivilrechtliche Generalkommission abweichende Entscheidungen getroffen hat sowie bei Abweichungen in der Rechtsprechung von zivilrechtlicher und strafrechtlicher Generalkommission.

65 8. *HD.* 10. 4. 1984, E. 1984/3619, K. 1984/3840; *HGK* 24. 9. 1986, 8-270/780 (*Kiliçoglu* [a. O. 42] 314, Fn. 78).

66 *HGK* 21. 3. 1986, E. 1984/14-541, K. 1986/257; *HGK* 29. 1. 1986, E. 1984/14-849, K. 1986/57; *HGK* 12. 4. 1985, E. 1983/13-528, K. 1985/322; 14. *HD.* 28. 1. 1985, E. 1984/13-528, K. 1985/322; *HGK* 22. 3. 1985, E. 1983/14-596, K. 1985/234; *HGK* 24. 9. 1986, E. 1985/8-270, K. 1987/780; 8. *HD.* 10. 4. 1984, E. 1984/3619, K. 1984/3840; 14. *HD.* 9. 2. 1984, E. 1983/5395, K. 1948/897; 14. *HD.* 19. 10. 1982, E. 1982/6541; K. 5751; *Yarg.* 14. *HD.* 14. 6. 1983, 1983/3661-4680; *Yarg.* 14. *HD.* 8. 2. 1983, E. 1982/7437, K. 1983/957.

67 *HGK* 21. 3. 1986, E. 1984-14-541, K. 1986/257.

Die Entscheidungen waren innerhalb der Generalkommission nicht unumstritten⁶⁸. In der Entscheidung vom 6. 6. 1979 änderte die Generalkommission ihre Rechtsprechung⁶⁹. Hiernach sei der Käufer gegenüber dem bösgläubigen Verkäufer zu schützen. In dem Fall hatte der Unternehmer es übernommen, auf seinem eigenen Grundstück ein Gebäude zu errichten, und verkaufte den Keller und das Erdgeschoß dem Käufer. Nach dem Abschluß der Bauarbeiten erhielt der Käufer den Besitz. Der Käufer fing an, im Keller und im Erdgeschoß Handel zu betreiben. Der Verkäufer weigerte sich, den Eigentumsübergang in das Grundbuch eintragen zu lassen, indem er sich auf den Formmangel berief.

Die große Generalkommission sprach dem Käufer das Eigentum zu und begründete diese Entscheidung folgendermaßen: „Wenn ein Vertragspartner beim anderen das Vertrauen erweckt, daß der formnichtige Vertrag erfüllt wird, und der Käufer alle seine Pflichten erfüllt hat, stellt die Berufung auf den Formmangel einen Rechtsmißbrauch dar“⁷⁰.

Das Revisionsgericht hat in späteren Entscheidungen dieselbe Ansicht vertreten⁷¹. In diesen besteht jedoch keine einheitliche Linie über die Bedeutung der Erfüllung für die Annahme des Rechtsmißbrauchs. Gemeinsam ist allen Entscheidungen nur, daß für die Annahme des Rechtsmißbrauchs auf die Verkäuferleistung, d. h., den Fortschritt der Bauarbeiten abgestellt wird. Ein Urteil⁷² geht davon aus, daß bei 50 % Fertigstellung des Gebäudes die Grenze zum Rechtsmißbrauch überschritten ist. Eine solche „feste“ Grenze ist jedoch nicht praktikabel und die Entscheidung ist zu Recht deswegen kritisiert worden⁷³. In anderen Entscheidungen dient als Kriterium, der Bau müsse „brauchbar“ fertiggestellt sein⁷⁴. Manche Urteile gehen darüber hinaus und verlangen eine „fast fertiggestellten Bau“⁷⁵.

Das Revisionsgericht hat in der Folgezeit noch in zwei anders gelagerten Fällen die Formungültigkeit durch Annahme eines Rechtsmißbrauchs für unbeachtlich erklärt. Hier waren formungültige Verträge faktisch über längere Zeit ausgeführt worden. Ein nicht formgültig begründeter (Art. 512 TOGB), aber faktisch eingehaltener und durchgeführter Verpfändungsvertrag⁷⁶ konnte von den Erben des Pfundgebers aufgrund des Rechtsmißbrauchverbots nicht wegen Formmangels angefochten werden⁷⁷. In einer anderen Entscheidung wurde die Formungültigkeit eines Adoptionsvertrages (Art. 256, 258 TZGB) aus dem gleichen Grund nicht berücksichtigt, nachdem die Parteien während vieler Jahre den Adoptionsvertrag eingehalten hatten und der Adoptierende gestorben war⁷⁸.

Am 30. 9. 1988 hat die große Generalkommission erneut über das Problem des formungültigen Grundstückskaufs nach dem Wohnungseigentumsgesetz eine Plenarentscheidung (E. 1987/2, K. 1988/2) getroffen⁷⁹. Hiernach ist, wenn die Parteien den Vertrag auf Wohnungseigentumsübertragung nicht gemäß Art. 634 Abs. 1 TZGB und gemäß Art. 213 Abs. 1, 2 TOGB öffentlich beurkundet haben, der Vertrag ungültig. Jedoch darf der Richter unter bestimmten Voraussetzungen das Prinzip von Treu und Glauben berücksichtigen, den Formmangel für unbeachtlich halten und das Eigentum zusprechen. Als notwendige Voraussetzungen sieht das Gericht an:

— Der Bauvertrag muß gemäß dem Wohnungseigentumsgesetz zustande gekommen sein.

— Der Käufer muß den Besitz erhalten haben

— Obwohl der Käufer die Wohnung schon besitzt, muß der Verkäufer die Eintragung des Eigentums in das Grundbuch verweigert haben.

Ihre Sonderstellung verdanken diese Fälle dem oben geschilderten wirtschaftlichen Hintergrund (indem die Unternehmer das Inflationsrisiko auf die Käufer abzuwälzen suchen). Mit dieser Entscheidung hat die Entwicklung bislang ihren vorläufigen Abschluß gefunden.

V. Würdigung

Die Darstellung zeigt, daß derzeit von Rechtssicherheit nur auf dem Gebiet des Wohnungseigentumsgesetzes gesprochen werden kann. Für andere Fälle einer Grundstücksveräußerung (z. B. Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke) fehlt bislang eine eindeutige Klärung. Auch hier wäre wünschenswert, daß das Revisionsgericht Gelegenheit bekäme, — wie im Falle des Wohnungseigentumsgesetzes — dem Trichter Kriterien für die Annahme eines Rechtsmißbrauchs in die Hand zu geben.

- 68 S. Doğanay, Sondervotum gegen die Plenarentscheidung vom 9. 6. 1982 E. 1979/15-1613, K. 1982/565; Aşçıoğlu, Sondervotum gegen die Plenarentscheidung vom 19. 1. 1986 E. 1984/14-849, K. 1986/57; Atbaşoğlu, Sondervotum gegen die Plenarentscheidung vom 21. 3. 1986 E. 1984/14-541, K. 1986/257; Eris, Sondervotum gegen die Plenarentscheidung vom 29. 1. 1986 E. 1984/14-849, K. 1986/57; Dönmez, Sondervotum gegen die Entscheidung vom 9. 6. 1982 E. 1979/15-1613 K. 1982/565; Aksoy, Sondervotum gegen die Entscheidung vom 14. Zivilsenat vom 9. 2. 1984 E. 1983/5396 K. 1984/897.
- 69 HGK. 6. 6. 1979, E. 78-14-190, K. 79-799 in *Batider* 1980, C. X, S. 3, 809.
- 70 HGK. 6. 6. 1979, E. 78-14-190, K. 79, 799, in *Batider* 1980, C. X, S. 3, 809 ff.
- 71 S. 15. HD. 12. 11. 1981, E. 1981/2098, KI. 1981/2240, YKD Mayıs 1982, C. 8, S. 5, 686 ff.; Yarg. Tic. Dairesi, 3. 3. 1972, E. 5927, K. 1045, RKD 1972, II/2,341; 16. 9. 1972, E. 2426, K. 3680 RKD. 1973, II/2, 130; 1. HD. 30. 3. 1983; 2761/3318; 21. 3. 1983, 2861/2835; 10. 4. 1984, 3134/4139; 10. 4. 1984, 3230/4137; HGK. 18. 3. 1981, 1979/14-1641; 1981/46; 15. HD. 27. 2. 1980; 1980/333, 462; 7. 10. 1983. 1983/1922, 2312; 1. HD. 25. 12. 1981, 1981/13206, 1981/14956.
- 72 S. 15. HD. 30. 3. 1984, E. 1984-679, K. 1984/1109 Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1984.
- 73 Fila-Eraslan (o. A. 40) 662 ff.; Tandoğan (o. A. 63) 30-31.
- 74 HGK. 9. 6. 1982, E. 179-15-1613, K. 1982/565, n. 81.
- 75 Yarg. 15. HD. 12. 11. 1981, E. 1981/2098, K. 1981/2240 YKD. 1982, C. 8, S. 5, 686 ff.
- 76 S. Art. 511 TOGB, Art. 521 ZGB. Beim Verpfändungsvertrag überträgt eine Partei (Pfundgeber) der anderen (Pfundnehmer) ein Vermögen der Vermögensteile, wobei der Pfundgeber dem Pfundnehmer hieraus auf Lebenszeit Unterhalt zu gewähren hat. Bei einer gleichzeitigen Erbeinsetzung des Pfundgebers untersteht der Vertrag gänzlich dem Erbrecht (Art. 511 Abs. 2 TOGB, Art. 52 Abs. 1 ZGB), ansonsten sind die Formvorschriften für den Erbvertrag einzuhalten (Art. 512 Abs. 1 TOGB, Art. 522 Abs. 2 ZGB).
- 77 HGK. 10. 9. 1958, E. 1-62, K. 63, Renda-Onursan, Borçlar Hukuku (Obligationenrecht) C. 1-2, Ankara 1972-1973, 712; in derselben Richtung HGK. 18. 11. 1964, 1/1261658, IKID 1965/5, 3613.
- 78 HGK. 11. 1. 1964, E. 2-953, K. 640 ABD. 1965, 192; AD. 1965, 943.
- 79 YKD. Nisan 1984, 501-517.