

letzte Aktualisierung: 30.03.2021

KG, Urt. v. 9.2.2021 – 21 U 126/19

BGB § 311b Abs. 1 S. 1

Beurkundungsbedürftigkeit eines Vertrages über Bauleistungen; rechtliche Einheit bei Verkauf eines Miteigentumsanteils an dem zu bebauenden Grundstück

1. Ein Kaufvertrag über Miteigentum an einem Grundstück bildet eine rechtliche Einheit mit einem Begleitvertrag über Bau- oder Baubetreuungsleistungen, wenn diese Leistungen durch einen mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmer auf dem Grundstück erbracht werden sollen. Daher sind beide Verträge gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB notariell zu beurkunden.
2. Ist der Kaufvertrag notariell beurkundet, der Begleitvertrag hingegen nicht, sind im Zweifel beide Verträge nichtig.
3. Auch wenn der Verkäufer bzw. der mit ihm verbundene Unternehmer dieses Vertragsmodell konzipiert hat, kann sich der Verkäufer grundsätzlich auf die Nichtigkeit berufen, wenn der Notar den Kaufvertrag ohne konkreten Hinweis auf das Risiko beurkundet hat.
4. Den Rückgewähranspruch des Verkäufers hat der Käufer nur Zug um Zug gegen Rückgewähr derjenigen Leistungen zu erfüllen, die er sowohl auf den Kaufvertrag als auch auf den Begleitvertrag erbracht hat.

Leitsatz

1. Ein Kaufvertrag über Miteigentum an einem Grundstück bildet eine rechtliche Einheit mit einem Begleitvertrag über Bau- oder Baubetreuungsleistungen, wenn diese Leistungen durch einen mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmer auf dem Grundstück erbracht werden sollen. Daher sind beide Verträge gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB notariell zu beurkunden.
2. Ist der Kaufvertrag notariell beurkundet, der Begleitvertrag hingegen nicht, sind im Zweifel beide Verträge nichtig.
3. Auch wenn der Verkäufer bzw. der mit ihm verbundene Unternehmer dieses Vertragsmodell konzipiert hat, kann sich der Verkäufer grundsätzlich auf die Nichtigkeit berufen, wenn der Notar den Kaufvertrag ohne konkreten Hinweis auf das Risiko beurkundet hat.
4. Den Rückgewähranspruch des Verkäufers hat der Käufer nur Zug um Zug gegen Rückgewähr derjenigen Leistungen zu erfüllen, die er sowohl auf den Kaufvertrag als auch auf den Begleitvertrag erbracht hat.

Gründe

A.

- 1 Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über Miteigentum an einem Grundstück.
- 2 Der Kläger ist Eigentümer mehrerer benachbarter Grundstücke in Berlin-Tegel, unter anderem:
- 3 - Grundstück x-Straße 18 (Flur 1, Flurstück x, im Folgenden: „Grundstück 1“) sowie
- 4 - Grundstück x-Straße 31 H / 31 J / x 30 / 32 (Flur 1, Flurstück x, im Folgenden: „Grundstück 2“).
- 5 Das Grundstück 2 wird im Grundbuch von Tegel des Amtsgerichts Mitte in Berlin auf Blatt x geführt.
- 6 Der Kläger und sein Vater A. H. planten, diese Grundstücke mit Mehrfamilienhäusern zu bebauen, Miteigentum an den Grundstücken zu verkaufen und letzten Endes Wohneigentum an den einzelnen Wohnungen zu bilden. Dazu bedienten sie sich auch der T. GmbH und traten unter dem Namen Ingenieurbüro H. & Partner auf.
- 7 Im Jahr 2014 wollte die Beklagte eine solche Wohnung erwerben, zunächst auf dem Grundstück 1.
- 8 Dazu schloss sie am 5. Mai 2014 einen privatschriftlichen Vertrag mit der T. GmbH, in dem diese sich zu Planung und Bauüberwachung bezogen auf die Errichtung einer Wohnung auf

dem Grundstück 1 zu einem Gesamtpreis von 240.000,00 € verpflichtete (im Folgenden: „Baubetreuungsvertrag“). Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K 2 verwiesen.

- 9 Am 12. Mai 2014 kaufte die Beklagte vom Kläger, dieser vertreten durch A. H., durch notariellen Vertrag, beurkundet durch den Notar H. in Berlin (UR-Nr. x) einen Miteigentumsanteil von 20/100 an dem Grundstück 1 zum Kaufpreis von 10.000,00 € (im Folgenden: „Kaufvertrag 1“). Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage K 2 verwiesen.
- 10 Sodann kamen die Parteien überein, dass die Beklagte statt der Wohnung auf dem Grundstück 1 eine solche auf dem Grundstück 2 erwerben sollte.
- 11 Deshalb schlossen die Parteien am 14. Juli 2014 zwei von dem Notar H. beurkundete Verträge:
- 12 Mit einem Vertrag (UR-Nr. x) hoben sie den Kaufvertrag 1 wieder auf.
- 13 Mit dem anderen Vertrag (UR-Nr. x) verkaufte der Kläger der Beklagten einen Miteigentumsanteil von 20/100 an dem Grundstück 2 zum Kaufpreis von 20.000,00 € (im Folgenden: „Kaufvertrag 2“).
- 14 Der Kaufvertrag 2 enthielt unter anderem die folgenden Regelungen:
- 15 Der Kaufpreis sollte bis zum 31. August 2014 auf ein Anderkonto des Notars H. geleistet werden (§ 3). Die Vertragsparteien einigten sich über den Übergang des Miteigentums an die Beklagte (§ 7). Der Kläger bewilligte der Beklagten die Eintragung einer Vormerkung für den Erwerb ihres Miteigentumsanteils (§ 8) und erteilte ihr eine Belastungsvollmacht (§ 13).
- 16 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 2 verwiesen.
- 17 Die Beklagte leistete eine Zahlung von 20.000,00 €, die spätestens am 2. September 2014 auf dem Anderkonto des Notars einging. Unter Hinweis auf angebliche Gebührenansprüche hat der Notar den Betrag bis zum heutigen Tage nicht, auch nicht teilweise, an den Kläger ausgeschüttet.
- 18 Die Beklagte finanzierte den Erwerb der Wohnung mit einem Darlehen der A-Bank eG (im Folgenden: A-Bank). Auf Grund der Belastungsvollmacht in dem Kaufvertrag 2 bewilligte sie zugunsten der Bank die Eintragung einer Grundschuld über 260.000,00 € auf dem Grundstück 2, die dort in Abteilung III unter der lfd. Nr. 4 eingetragen ist.
- 19 Die Erwerbsvormerkung zugunsten der Beklagten wurde im Juli 2015 in das Grundbuch eingetragen.
- 20 In der Folgezeit kam es zu Bauarbeiten auf dem Grundstück 2. Die Beklagte zahlte insgesamt 176.000,00 € auf den Baubetreuungsvertrag an Herrn A. H.
- 21 Spätestens im Jahr 2016 gerieten die Parteien in Streit über ihre wechselseitigen Verpflichtungen. Am 11. Juli 2016 erklärte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag 2 wegen Zahlungsrückstands und erteilte der Beklagten ein Betretungsverbot (Anlage K 3). Die Beklagte widersprach dem (Anlage K 9).

- 22 Das Miteigentum der Beklagten an dem Grundstück 2 ist bis heute nicht im Grundbuch eingetragen. Der Kläger erwirkte gegen die Beklagte durch einstweilige Verfügung ein Erwerbsverbot (Beschluss vom 15. Dezember 2017, x), aufgrund dessen das Amtsgericht Mitte den Umschreibungsantrag der Beklagten (Beschluss vom 12. April 2018, x) und das Kammergericht die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beklagten zurückwies (Beschluss vom 21. August 2018, x).
- 23 Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt der Kläger die Beklagte im Wesentlichen auf Löschung der Vormerkung auf Erwerb eines Miteigentumsanteils am Grundstück 2 in Anspruch. Dabei beruft er sich nunmehr im Wesentlichen auf die Nichtigkeit des Kaufvertrags 2, daneben auf seinen angeblich wirksamen Rücktritt von dem Vertrag. Die Beklagte tritt dem entgegen und hat eine Widerklage erhoben. Mit ihrem Widerklageantrag Ziff. 1, der für die Berufungsinstanz allein von Interesse ist, begehrt sie die Verurteilung des Klägers zur Bewilligung der Eintragung ihres Miteigentums von 20/100 am Grundstück 2.
- 24 Mit Urteil vom 1. Oktober 2019 hat das Landgericht Berlin die Klage abgewiesen und den Kläger auf Grundlage des Widerklageantrags Ziff. 1 zur „Auflassung des Miteigentumsanteils“ am Grundstück 2 und zur Bewilligung der Umschreibung im Grundbuch verurteilt. Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivorbringens und der Begründung des Gerichts wird auf diese Entscheidung verwiesen.
- 25 Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Zu ihrer Begründung vertieft er seinen erstinstanzlichen Vortrag. Nach mehrfacher Umstellung seiner Anträge beantragt er zuletzt (sprachlich vereinfacht):
- 26 Das Urteil des Landgerichts wird wie folgt geändert:
- 27 1.a) Die Beklagte wird verurteilt, die Löschung ihrer Vormerkung zum Erwerb eines Miteigentumsanteils von 20/100 am Grundstück 2 „zu beantragen und zu bewilligen“
- 28 sowie im Wege der Klageerweiterung
- 29 b) die Löschung der Grundschild der A-Bank „zu bewirken und zu bewilligen“ jeweils Zug um Zug gegen Zahlung von 20.000,00 €, hilfsweise gegen Zahlung von 176.000,00 €, weiter hilfsweise gegen Zahlung von 196.000,00 €.
- 30 2. Hilfsweise zu Ziff. 1: Die Beklagte wird verurteilt, ihre Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahin zu erteilen, dass ihre Vormerkung zum Erwerb eines Miteigentumsanteils von 20/100 am Grundstück 2 gelöscht wird Zug um Zug gegen Zahlung von 20.000,00 €.
- 31 3. Hilfsweise zu Ziff. 2: Die Beklagte wird verurteilt, die Löschung ihrer Vormerkung zum Erwerb eines Miteigentumsanteils von 20/100 am Grundstück 2 „zu beantragen und zu bewilligen“ Zug um Zug gegen Zahlung von 20.000,00 €.
- 32 4. Nicht hilfsweise: Der Widerklageantrag Ziff. 1 wird abgewiesen.
- 33 5. Wiederum hilfsweise zu Ziff. 2 und 3 beantragt der Kläger, die Beklagte wie dort geschildert Zug um Zug gegen Zahlung von 20.000,00 €, hilfsweise 176.000,00 €, weiter hilfsweise 196.000,00 € zu verurteilen.

- 34 Die Beklagte beantragt,
- 35 die Berufung des Klägers zurückzuweisen.
- 36 Im Wege der Anschlussberufung beantragt die Beklagte,
- 37 das Urteil des Landgerichts dahin abzuändern, dass der Kläger verurteilt wird, einen Miteigentumsanteil von 20/100 dergestalt an sie zu übereignen, dass er die Eintragung der Beklagten in das Grundbuch bewilligt.
- 38 Die Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts. Hilfsweise macht sie geltend, nur Zug um Zug gegen Zahlung eines näher hergeleiteten Betrages von 296.547,89 € gemäß den Klageanträgen verpflichtet zu sein.
- 39 Ihre Anschlussberufung sei erforderlich, da sich das Landgericht bei der Entscheidung über ihren Widerklageantrag Ziff. 1 nicht an den Wortlaut des Antrags gehalten habe.

B.

- 40 Der Berufungsantrag Ziff. 1.a) ist zulässig und teilweise begründet, im Übrigen ist er unbegründet.
- 41 Der Berufungsantrag Ziff. 1.b) ist unzulässig.
- 42 Über die gestuft hilfsweise zu den Anträgen Ziff. 1 gestellten Berufungsanträge Ziff. 2 und 3 des Klägers ist nicht zu entscheiden. Das Gleiche gilt für den hilfsweise hierzu gestellten Antrag Ziff. 5.
- 43 Der wiederum primär gestellte Berufungsantrag Ziff. 4 des Klägers ist zulässig und begründet.
- 44 Die Anschlussberufung der Beklagten ist zulässig aber unbegründet.

45 I. Berufungsantrag Ziff. 1.a)

- 46 Soweit der Kläger die Beklagte auf Löschung ihrer Vormerkung auf Erwerb eines Miteigentumsanteils von 20/100 am Grundstück 2 in Anspruch nimmt ist seine Berufung zulässig und teilweise begründet, im Übrigen hat sie keinen Erfolg.
- 47 Das Urteil des Landgerichts ist dahin abzuändern, dass die Beklagte dazu zu verurteilen ist, die Löschung der Vormerkung zu bewilligen. Der nur teilweise Erfolg der Berufung rührt daher, dass dieser Anspruch des Klägers nicht einredefrei besteht, sondern nur Zug um Zug gegen Zahlung von 196.000,00 €.

48 1. Prüfungsumfang

- 49 Das Bestehen dieser Einrede ist bereits im Rahmen des Berufungsantrags Ziff. 1.a) zu prüfen. Zwar hat der Kläger seine Anträge hilfsweise Zug um Zug gegen Zahlung diverser von ihm für möglich gehaltener Geldbeträge erhoben, ob und inwieweit eine von der Beklagten geltend gemachte Einrede tatsächlich besteht, steht aber nicht zur Disposition

des Klägers. Trotz der Existenz solcher Hilfsanträge ist die Prüfung der Einrede deshalb nicht dorthin zurückzustellen, sondern im Rahmen des Hauptantrags durchzuführen.

50 **2. Löschungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB**

51 Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Löschung der Erwerbsvormerkung für einen Miteigentumsanteil von 20/100 an dem Grundstück 2, allerdings nur Zug um Zug gegen Zahlung von 196.000,00 €.

52 **a) Anspruchsgrundlage**

53 Dieser Anspruch ergibt sich aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB, also aus ungerechtfertigter Bereicherung.

54 Daneben lässt sich der Anspruch des Klägers auch aus § 894 BGB herleiten, also dem Recht des Eigentümers auf Grundbuchberichtigung. Von dem Grundsatz, dass eine dingliche Anspruchsgrundlage wie § 894 BGB vor einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu prüfen ist, ist im vorliegenden Fall abzurücken, da die Darstellung der Rechtslage dadurch übersichtlicher wird. Dies wird sich im Rahmen der Prüfung des Grundbuchberichtigungsanspruchs zeigen (vgl. unten Ziff. 3).

55 **b) Vormerkung durch Leistung des Klägers erlangt**

56 Die Beklagte hat die Erwerbsvormerkung für einen Miteigentumsanteil von 20/100 an dem Grundstück 2 durch Bewilligung des Klägers (vgl. Kaufvertrag 2, § 8), also seine Leistung erlangt.

57 **c) Ohne rechtlichen Grund**

58 Für diese Leistung gibt es keinen rechtlichen Grund. Ein solcher liegt insbesondere nicht in dem Kaufvertrag 2, denn dieser Vertrag ist nichtig, da er nicht die gesetzlich vorgeschriebene Form einhält § 125 S. 1 BGB.

59 **aa) Keine vollständige notarielle Beurkundung**

60 Der Kaufvertrag 2 ist notariell zu beurkunden, da sich die Parteien in ihm zur Übertragung eines Miteigentumsanteils an dem Grundstück verpflichtet haben (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB), wobei die notarielle Beurkundung sämtliche Vereinbarungen umfassen muss, aus denen sich nach dem Willen der Parteien ihr Vertrag zusammensetzt (BGH, Urteil vom 11. November 1983, V ZR 150/82; Urteil vom 20. Dezember 1974, V ZR 132/73, BGHZ 63, 359; Grüneberg in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 311b, Rn. 25 m.w.N.).

61 Dieses Formerfordernis erfüllt der Kaufvertrag 2 nicht. Denn nach dem Willen der Parteien bildet dieser Kaufvertrag eine rechtliche Einheit mit dem Baubetreuungsvertrag zwischen der Beklagten und der T.GmbH vom 5. Mai 2014, in den am 22. September 2014 Herr A. H. eintrat. Dieser Vertrag betraf ursprünglich Baubetreuungsleistungen auf dem Grundstück 1, sollte unstreitig dann aber auch Grundlage solcher Leistungen auf dem Grundstück 2 darstellen. Weil die Vereinbarungen, die die Parteien mit diesem Baubetreuungsvertrag treffen wollten, eine rechtliche Einheit mit dem Kaufvertrag 2 bilden, hätten auch der Baubetreuungsvertrag notariell beurkundet werden müssen. Daran fehlt es,

es existieren nur privat erstellte Schriftstücke (vgl. Anlage K 2). Die vom Notar H. erstellte notarielle Beurkundung des Kaufvertrags 2 (Anlage K 2) ist somit unvollständig. Die Nichtigkeit des nicht beurkundeten Teils der Vereinbarungen erfasst im Zweifel, und so auch hier (§ 139 BGB), den gesamten Kaufvertrag 2, auch soweit er beurkundet ist, und führt zu seiner vollständigen Nichtigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1990, V ZR 22/89, BGHZ 112, 376).

62 bb) Verknüpfung von Grundstückskaufvertrag und Begleitvertrag

- 63 Ein Vertrag über Bau- oder Baubetreuungsleistungen (im Folgenden: Begleitvertrag) bildet eine rechtliche Einheit mit einem Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass das Grundstücksgeschäft von dem Bauvertrag abhängt und mit diesem „stehen und fallen“ soll (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345; Urteil vom 12. Februar 2009, VII ZR 230/07; Urteil vom 13. Juni 2002, VII ZR 321/00 Urteil vom 26. November 1999, V ZR 251/98). Denn dann ist der Inhalt des Begleitvertrags von wesentlicher Bedeutung für den Inhalt des Kaufvertrags, sodass auch die Begleitvereinbarungen von der Beurkundung umfasst sein müssen.
- 64 Dabei kommt es allein auf den Verknüpfungswillen der Parteien des Kaufvertrags an. Dieser ist gegeben, wenn der Kaufvertrag nach den Vorstellungen seiner Parteien geschlossen wird, um die Ausführung des Begleitvertrags zu ermöglichen (BGH, Urteil vom 13. Juni 2002, VII ZR 321/00, Rn. 18). Nicht erforderlich ist, dass die Parteien des Kaufvertrags mit den Parteien des Begleitvertrags identisch sind, solange der Leistungserbringer des Begleitvertrags maßgeblichen Einfluss auf die Durchführung des Kaufvertrags hat (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345, Rn. 11). Ebenso ist es unerheblich, in welcher Reihenfolge Kauf- und Begleitvertrag geschlossen werden, solange nur der Verknüpfungswille der Kaufvertragsparteien besteht (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345, Rn. 10).

65 cc) Voraussetzung hier erfüllt

- 66 Nach diesen Grundsätzen ist der nur privatschriftlich geschlossene Baubetreuungsvertrag der Beklagten mit ursprünglich der T. GmbH als mit dem Kaufvertrag 2 verknüpft anzusehen und bildet mit diesem eine rechtliche Einheit.
- 67 (1) Es mag sein, dass von einer solchen Verknüpfung nicht schon dann auszugehen ist, wenn der Verkäufer eines Baugrundstücks oder ein mit ihm verbundener Unternehmer auch einen Bauvertrag über ein dort zu errichtendes Einfamilienhaus mit dem Käufer abschließt. Dann muss der Bauvertrag nicht zwangsläufig mit dem Kaufvertrag „stehen und fallen“. Denn wenn der Kaufvertrag aus welchen Gründen auch immer isoliert scheitert oder nach Abschluss des Bauvertrags nicht auch abgeschlossen wird, ist es zumindest möglich, dass der Bauvertrag für sich genommen Bestand haben soll, denn er kann auch auf einem anderen Grundstück umgesetzt werden. Dies mag schwierig sein, sodass sich der isolierte Abschluss des Bauvertrags als übereilt darstellen kann. Dieser Befund verlangt aber nicht nach der notariellen Beurkundung des Bauvertrags gemäß § 311b Abs. 1 BGB, denn diese dient nicht dem Übereilungsschutz der Parteien eines Bauvertrags, sondern nur dem Schutz der Parteien eines Grundstückskaufvertrags (BGH, Urteil vom 13. Juni 2002, VII ZR 321/00).

- 68 (2) Im vorliegenden Fall liegen die Dinge aber anders.
- 69 Schon ein Bauvertrag über ein Einfamilienhaus kann mit einem Grundstückskaufvertrag verknüpft gelten, wenn die Parteien des Bauvertrags das Ziel haben, das verkaufte Grundstück zu bebauen, und der Anbieter des Bauvertrags dabei zumindest maßgeblichen Einfluss auf die Durchführung des Kaufvertrags hat (BGH, Urteil vom 22. Juli 2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345, Rn. 11 m.w.N.).
- 70 Die Besonderheit des vorliegenden Falls besteht darin, dass der Kläger der Beklagten lediglich einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück übertragen und die restlichen Miteigentumsanteile an weitere Erwerber veräußern wollte. Sodann sollte das Grundstück nach den Vorgaben der Baubetreuungsverträge bebaut werden, die ein mit dem Kläger verbundener Anbieter, die T.GmbH mit sämtlichen Erwerbern und so auch der Beklagten schloss.
- 71 Bei dieser Lage war von vornherein klar, dass die Beklagte lediglich Miteigentum an einem Grundstück erwarb, über dessen Nutzung sie nicht würde allein entscheiden können, sondern dessen Bebauung durch die Baubetreuungsverträge und die dort in Bezug genommene Baubeschreibung vorgegeben war. Zugleich hatte sie Baubetreuungsleistungen beauftragt, die aufgrund ihrer Bündelung mit den Baubetreuungsverträgen der anderen Erwerber auf die vom Kläger angebotenen Grundstücke bezogen waren, ohne dass es für die Beklagte die Möglichkeit gegeben hätte, diese Leistungen auf ein anderes Grundstück „umzuleiten“. Vielmehr war es für sie unausweichlich, dass die Leistungen aus dem begleitenden Baubetreuungsvertrag auf dem Grundstück zu erbringen waren, an dem sie einen Miteigentumsanteil erwerben wollte.
- 72 Aus diesem Grund hing nicht nur der Baubetreuungsvertrag vom Kaufvertrag 2 ab – dieser Punkt allein genügt nicht für das Erfordernis seiner Beurkundung –, sondern auch der Kaufvertrag 2 vom Baubetreuungsvertrag. Mit dem Miteigentumsanteil von 20/100 an einem Grundstück, das bereits auf Betreiben der übrigen Eigentümer und des Verkäufers bebaut werden wird, lässt sich isoliert betrachtet kaum etwas anfangen. Die Beklagte wollte das Miteigentum nur deshalb erwerben, weil sie ebenfalls die vom Verkäufer bzw. ihren Miterwerbern in Aussicht genommene Bebauung wollte und deshalb in zeitlichem Zusammenhang mit einem Anbieter, der mit dem Verkäufer verbunden ist, einen Vertrag über die Bebauung des Grundstücks nach bestimmten Vorgaben geschlossen hat. In diesem Fall sind die in dem Begleitvertrag mit der T.GmbH enthaltenen Vorgaben für die Bebauung des Grundstücks untrennbar mit dem Kaufvertrag über einen Miteigentumsanteil daran verbunden, sodass der Begleitvertrag ebenfalls mit dem Kaufvertrag notariell hätte beurkundet werden müssen.
- 73 Der abweichenden Auffassung des 25. Zivilsenats des Kammergerichts (Beschluss vom 29. Mai 2019, x) vermag sich der hier zur Entscheidung berufene 21. Zivilsenat deshalb nicht anzuschließen.
- 74 (3) Auch aus § 6 Abs. 2 des Kaufvertrags folgt nichts Abweichendes. Dort haben die Parteien geregelt, dass der Kläger nicht die Haftung für die Bebaubarkeit des Grundstücks übernimmt. Dies ändert nichts daran, dass die Beklagte neben dem Kaufvertrag eben auch den Baubetreuungsvertrag mit einem dem Kläger verbundenen Anbieter geschlossen hat und dass beide Verträge wie geschildert nicht sinnvoll voneinander getrennt werden können.

75 **dd) Keine Heilung**

- 76 Die Formnichtigkeit von Kaufvertrag 2 und Baubetreuungsvertrag ist nicht dadurch geheilt, dass der Erwerb des Miteigentumsanteils der Beklagten am Grundstück 2 in das Grundbuch eingetragen wurde (§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB), denn dazu kam es nicht.

77 **d) Rückgewähr der Erwerbsvormerkung**

- 78 Die Beklagte hat dem Kläger folglich die rechtsgrundlos erlangte Vormerkung auf Erwerb des Miteigentumsanteils zurück zu gewähren, indem sie deren Löschung bewilligt.
- 79 Anspruch darauf, dass die Beklagte auch die Löschung beim Grundbuchamt beantragt, hat der Kläger hingegen nicht, denn diesen Antrag kann er selbst stellen (§ 13 Abs. 1 GBO). Insoweit kommt der Senat dem Berufungsantrag des Klägers nicht nach, allerdings führt dies nicht zu dessen Teilabweisung.

80 **e) Keine Kenntnis der Nichtschuld**

- 81 Der Klageanspruch scheitert nicht an der Kenntnis des Klägers vom Nichtbestehen seiner Schuld (§ 814 BGB).
- 82 Dazu müsste dem Kläger bereits im Zeitpunkt seiner Leistung, also bei Bewilligung der Vormerkung zugunsten der Beklagten, die Rechtslage bewusst gewesen sein, dass der Kaufvertrag 2 nichtig war (BGH, Urteil vom 5. März 2015, IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, Rn. 44; Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 814 BGB, Rn. 4). Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt die Beklagte (BGH, Urteil vom 5. März 2015, IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, Rn. 45 m.w.N.). Dies ist nicht ersichtlich.

83 **aa) Kein Rückschluss aus der Klageschrift auf frühe Kenntnis**

- 84 Dass der Kläger bereits im Jahr 2014 Kenntnis von der Nichtigkeit des Kaufvertrags 2 hatte, kann nicht aus dem Umstand geschlossen werden, dass er hierüber bei Klageerhebung im Jahr 2017 verfügte. Es ist gut möglich, dass dies erst auf eine zwischenzeitlich durchgeführte Recherche seines Rechtsberaters zurückgeht, nachdem es mit der Beklagten zu Streitigkeiten um die wechselseitigen vertraglichen Pflichten gekommen war.

85 **bb) Keine Kenntnis auf Grund einer Belehrung des Notars H.**

- 86 Auch aus den Belehrungen des Notars H. bei der Beurkundung des Kaufvertrags 2 kann keine Kenntnis des Klägers von der Nichtigkeit des Kaufvertrags abgeleitet werden. Die abweichende Auffassung des 25. Zivilsenats (Beschluss vom 29. Mai 2019, x, S. 2) vermag der Senat nicht nachzuvollziehen.
- 87 Nach § 10 des Kaufvertrags 2 (letzter Absatz) „belehrte und erläuterte“ der Notar
- 88 „die Beurkundungspflicht eines Werkvertrages mit einem Bauunternehmen bei einer Verknüpfungsabsicht, d.h. wenn nach dem Willen auch nur einer Partei Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag derart voneinander abhängen, dass sie miteinander ‚stehen und fallen‘ sollen“.

- 89 Es erschließt sich nicht, wie diese entgegen dem 25. Zivilsenat keineswegs „eindeutige“ Belehrung beim Kläger zu positiver Kenntnis von der Nichtigkeit des Kaufvertrags geführt haben soll. Problematisch ist bereits, dass die Belehrung des Notars zumindest ungenau wenn nicht falsch war, was befürchten lässt, dass die Beteiligten unzutreffende rechtliche Schlussfolgerungen aus ihr gezogen haben. Der Notar will die Parteien nämlich darüber belehrt haben, dass bei der „Verknüpfungsabsicht“ der Vertragsparteien eine „Beurkundungspflicht des Werkvertrags“ bestehe. Es liegt nicht fern, aus diesem Hinweis abzuleiten, dass bei solcher Verknüpfung lediglich der nicht beurkundete Werkvertrag nichtig ist, der vom Notar beurkundete Kaufvertrag aber fortbesteht. Damit ist die Rechtslage aber gerade um den nicht selbstverständlichen, hier aber entscheidenden Aspekt verkürzt dargestellt, dass die Nichtigkeit des Werkvertrags auch den Kaufvertrag erfassen kann, selbst wenn dieser für sich genommen beurkundet wurde.
- 90 Auch sonst ist es unwahrscheinlich, dass der Notar H. die Vereinbarungen der Parteien konkret unter den von ihm geschilderten Rechtssatz subsumiert hat, was erforderlich ist, um dem Kläger positives Wissen von der Formnichtigkeit des Kaufvertrags 2 zu vermitteln. Es ist bereits nicht sicher, ob dem Notar der Vertrag zwischen der Beklagten und der T.GmbH überhaupt bekannt war und ob er hierzu Aussagen hätte treffen können und wollen. Vor allem aber hätte seine Belehrung dann in der Aussage bestehen müssen, dass der gerade von ihm beurkundete Vertrag nichtig sei. Es erscheint schwer vorstellbar, dass die Parteien die Beurkundung dann abgeschlossen hätten und dass sich der Notar eingedenk seiner Amtspflichten dazu bereit gefunden hätte. Da dies aber dennoch geschah, legt dies den Schluss nahe, dass ein eindeutiger Hinweis auf die Rechtslage unterblieben ist. Dann kann beim Kläger durch die Beurkundung keine Kenntnis seiner Nichtschuld begründet worden sein.
- 91 **f) Berufung auf Formnichtigkeit scheitert nicht an § 242 BGB**
- 92 Ist ein Vertrag formnichtig, weil er nicht bzw. nicht vollständig gemäß § 311b Abs. 1 BGB notariell beurkundet ist, muss dies grundsätzlich jede Vertragspartei gemäß § 125 S. 1 BGB geltend machen können, andernfalls verlöre die Formvorschrift den gesetzlich gewollten zwingenden Charakter. Anderes gilt nur dann, wenn sich die Berufung auf den Formmangel durch eine Vertragspartei ausnahmsweise als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (§ 242 BGB). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.
- 93 **aa) Keine Arglist des Klägers**
- 94 Insbesondere ergibt sich aus dem Vortrag der Parteien nicht, dass der Kläger den Formmangel arglistig herbeigeführt hat (vgl. hierzu z.B. BGH, Urteil vom 21. Februar 1992, V ZR 273/90; Ellenberger in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 125 BGB, Rn. 28 m.w.N.). Denn dazu müsste feststehen, dass der Kläger oder eine für ihn beim Vertragsschluss handelnde Personen die Formnichtigkeit des Vertrages bereits in jenem Zeitpunkt kannte oder zumindest hätte kennen müssen. Das ist aber nicht der Fall. Der Notar H. hat die Beurkundung des Vertrages vollzogen und hat dabei im Zweifel nicht auf die Nichtigkeit seines Tuns hingewiesen (vgl. e)bb)). Dann müssen auch die Vertragsparteien kein überlegenes Wissen gegenüber dem Notar haben, sondern können sich auf die Wirksamkeit seiner Beurkundung verlassen, ohne dass ihnen deshalb der Vorwurf der Fahrlässigkeit, geschweige denn des Vorsatzes gemacht werden könnte.

95 **bb) Kein „schlechthin untragbares Ergebnis“ für die Beklagte**

96 Die Rückabwicklung des Kaufvertrags 2 wegen Formnichtigkeit führt nicht zu einem für eine Vertragspartei schlechthin untragbaren Ergebnis (vgl. zu dieser Fallgruppe Ellenberger in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 125 BGB, Rn. 22 m.w.N.). Das käme in Betracht, wenn die Rückabwicklung des Kaufvertrags 2 dazu führte, dass die Beklagte den Verlust der Geldbeträge fürchten müsste, die sie im Vertrauen auf den Bestand dieses Vertrages leistete, insbesondere die 176.000,00 €, die sie auf Grund des Baubetreuungsvertrags an A. H. gezahlt hat. Dem ist aber nicht so, da die Beklagte die Löschung der Vormerkung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr dieser Zahlungen bewilligen muss (vgl. unten i)).

97 **g) Berufung auf Formnichtigkeit scheitert nicht analog § 306 Abs. 1 BGB**

98 Dem Kläger ist die Berufung auf die Formnichtigkeit des Vertrages auch nicht analog § 306 Abs. 1 BGB verwehrt. Nach dieser Norm führt die Rechtswidrigkeit einer allgemeinen Geschäftsbedingung zwar zu ihrer Unwirksamkeit, auf diese kann sich aber nur der Gegner des Verwenders berufen, nicht der Verwender selbst.

99 Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, aus diesem Grundsatz eine weitere Fallgruppe abzuleiten, in der die Berufung auf die Nichteinhaltung der notariellen Form gemäß §§ 125 S. 1, 311b Abs. 1 S. 1 BGB nicht möglich ist, nämlich dann, wenn der Verstoß auf allgemeinen Geschäftsbedingungen beruht, die von der einen Partei vorformuliert und der anderen Partei gestellt worden sind. Diese Einwendung wäre anders als der Einwand der Treuwidrigkeit (vgl. oben f)) nicht von Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Verwenders abhängig. Die beiden hier in Rede stehenden Verträge, der Kaufvertrag 2 und der Baubetreuungsvertrag, könnten auch durchaus allgemeine Geschäftsbedingungen des Klägers bzw. der mit ihm verbundenen T. GmbH enthalten haben. Die Formnichtigkeit beruht aber auf dem Umstand, dass der notariell beurkundete Kaufvertrag 2 die im Austauschverhältnis stehenden Leistungen der Parteien nicht erschöpfend wiedergibt, es fehlen die auf dem Grundstück zu erbringenden Bau- bzw. Baubetreuungsleistungen, die für den Vertragsschluss entscheidend waren und die Gegenstand des Begleitvertrags waren. Durch diese Regelungen in Kaufvertrag und Begleitvertrag werden aber Art und Umfang der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden vertraglichen Leistungen selbst festgelegt, deshalb sind sie gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB einer Inhaltskontrolle durch die Vorschriften des AGB-Rechts entzogen (BGH, Urteil vom 11. Juli 2019, VII ZR 266/17; Grüneberg in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 307 BGB, Rn. 44 m.w.N.).

100 **h) Keine dolo-agit-Einrede gegen die Rückabwicklung des Vertrages**

101 Schließlich kann die Beklagte gegen die Rückabwicklung des Vertrages auch nicht die dolo-agit-Einrede (§ 242 BGB) erheben. Dazu wäre sie nur dann berechtigt, wenn ihr durch die Rückabwicklung ein Schaden entstünde, für den der Kläger verantwortlich ist, sodass sie unmittelbar im Anschluss wieder die Herstellung der vorherigen Lage beanspruchen könnte. In diesem Fall kann sie das Bestehen ihres latenten Gegenanspruchs bereits der Inanspruchnahme entgegensetzen.

102 Diese Einrede scheitert daran, dass der Beklagten ein solcher latenter Schadensersatzanspruch gegen den Kläger aus zwei Gründen nicht zusteht.

103 **aa) Kein Schadensersatzanspruch gegen den Kläger dem Grunde nach**

104 Ein solcher Schadensersatzanspruch besteht schon dem Grunde nach aus keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt.

105 (1) Er ergibt sich insbesondere nicht aus § 311 Abs. 2 BGB. Zwar besteht zwischen den Parteien auch ohne die Wirksamkeit des Kaufvertrags 2 ein vorvertragliches Schuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 2 BGB, das zu einem Schadensersatzanspruch der Beklagten führen kann. Dies setzt aber voraus, dass eine vom Kläger zu vertretende Pflichtverletzung die Beklagte veranlasst hat, auf die Wirksamkeit des Vertrages zu vertrauen und aufgrund dieses Vertrauens Vermögensdispositionen zu treffen.

106 Daran fehlt es hier, weil nicht nur die Beklagte, sondern auch der Kläger auf die Wirksamkeit der Beurkundung des Vertrages durch einen Notar vertrauen durfte, und ihm deshalb nicht vorgeworfen werden kann, ein diesbezügliches Vertrauen der Beklagten vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt zu haben.

107 (2) Diese Ansicht steht in Einklang mit der Rechtsprechung des BGH.

108 (a) Mit seinem Urteil vom 29. Januar 1965 (V ZR 53/64) hat der BGH eine Vertragspartei, die ein Grundstück mit einem formnichtigen Vertrag verkauft hatte, zum Schadensersatz an die auf die Wirksamkeit vertrauende andere Vertragspartei verurteilt. In jenem Fall war der nichtige Grundstückskaufvertrag aber *ausschließlich privatschriftlich* getroffen worden. Somit gab es dort keinen Grund für den erfahrenen Grundstücksverkäufer, von der Wirksamkeit des von ihm entworfenen privatschriftlichen Vertrages auszugehen, sodass jedenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegen ihn erhoben werden konnte. Im vorliegenden Fall hingegen ist der (im Zweifel unerkant nichtige) Vertrag durch einen Notar beurkundet worden, was einer solchen Annahme entgegen steht.

109 (b) Der Kläger hat auch nicht dadurch eine vorvertragliche Pflicht gegenüber der Beklagten verletzt, indem er sie durch das unwahre Vorspiegeln seiner Bereitschaft zum Vertragsschluss zu Vermögensdispositionen veranlasst hat, ohne den erhofften Vertrag mit ihr dann tatsächlich zu schließen (vgl. BGH, Urteil vom 29. März 1996, V ZR 332/94).

110 Bei Abschluss des nichtigen Kaufvertrags 2 hat der Kläger seine Abschlussbereitschaft nicht vorgespiegelt, da nicht festgestellt werden kann, dass er die Nichtigkeit des Vertrages damals erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hätte.

111 Daneben kann eine Vertragspartei ihre Bereitschaft zum Vertragsabschluss auch dadurch vorspiegeln, dass sie von einer ursprünglich bestehenden Bereitschaft später wieder abrückt, ohne dies der Gegenseite zu offenbaren (BGH, Urteil vom 29. März 1996, V ZR 332/94, Rn. 13 m.w.N.).

112 Ein Schadensersatzanspruch aus § 311 Abs. 2 BGB kann auf einen solchen Pflichtenverstoß aber nur gestützt werden, wenn feststeht, dass die Gegenseite im Vertrauen auf den Fortbestand der Abschlussbereitschaft Vermögensdispositionen getroffen hat, die sich ohne den Vertrag als wertlos erweisen.

113 Eine solche Kausalität lässt sich hier nicht feststellen. Zwar hat der Kläger seine ursprünglich bestehende Bereitschaft zum Vertragsschluss mit der Beklagten zu einem nicht

näher bekannten Zeitpunkt zwischen dem 14. Juli 2014 (dem Tag des Abschlusses des unerkant nichtigen Kaufvertrags 2) und dem 12. April 2017 (dem Tag der Klageeinreichung) verloren. Auf Grundlage des Parteivorbringens lässt sich aber nicht feststellen, dass die Beklagte nach diesem Sinneswandel des Klägers, über den sie dieser möglicherweise nicht hingewiesen hat, noch Aufwendungen im Vertrauen auf den Fortbestand des Kaufvertrags tätigte, die durch seinen Hinweis hätten vermieden werden können.

114 bb) Ein unterstellter Schadensersatzanspruch wäre auf Geld gerichtet

115 Die Beklagte kann dem Rückabwicklungsanspruch des Klägers auch deshalb nicht die dolo-agit-Einrede entgegensetzen, weil selbst unterstellt, ihr stünde wegen der Formnichtigkeit ein Schadensersatzanspruch gegen den Kläger zu, dieser Anspruch immer nur auf einen Geldbetrag gerichtet wäre, hingegen niemals auf das „Rückgängigmachen der Rückabwicklung“ in Natur (BGH, Urteil vom 29. Januar 1965, V ZR 53/64). Die dolo-agit-Einrede vermag der Rückabwicklungsanspruch aber nur im letztgenannten Fall zu begründen, in dem er auf einen gleichartigen Gegenstand gerichtet ist. Ist der Gegenanspruch nicht auf die Rückgewähr des Leistungsgegenstands, sondern auf Geldzahlung gerichtet, steht er dem Rückabwicklungsanspruch nicht entgegen, sondern führt dazu, dass dieser nur Zug um Zug gegen die Geldzahlung durchgesetzt werden kann (vgl. sogleich unter i)).

116 i) Anspruch besteht nur Zug um Zug gegen Zahlung von 196.000,00 €

117 Der Anspruch des Klägers auf Rückgewähr der Erwerbsvormerkung besteht allerdings nicht unbedingt, sondern nur Zug um Zug gegen Zahlung von 196.000,00 €.

118 aa) Rückabwicklung von Kaufvertrag 2 und Baubetreuungsvertrag im Gegenseitigkeitsverhältnis

119 Ist ein gegenseitiger Vertrag unwirksam so stehen auch die gegenläufigen Rückabwicklungsansprüche der Parteien aus ungerechtfertigter Bereicherung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis.

120 Diese gegenseitige Rückabwicklung folgt nicht aus § 320 BGB, sondern aus der sogenannten Saldotheorie (BGH, Urteil vom 11. März 1988, V ZR 27/87; Urteil vom 11. November 1994, V ZR 116/93; Urteil vom 10. Februar 1999, VIII ZR 314/97; Schwarze in: Staudinger, BGB, 2020, § 320 BGB, Rn. 10 m.w.N.). Diese besagt zunächst, dass die gegenläufigen Ansprüche beider Parteien aus ungerechtfertigter Bereicherung, die auf *gleichartige* Leistungen gerichtet sind, insbesondere auf Geldzahlungen, miteinander zu saldieren sind. Daher hat die „Theorie“ ihren Namen. Darüber hinaus folgt aus ihr weiter, dass die gegenläufigen Ansprüche der Parteien aus ungerechtfertigter Bereicherung, die auf *unterschiedliche* Leistungen gerichtet sind, nur Zug um Zug zu erfüllen sind, und dies auch dann, wenn von keiner Seite eine entsprechende Einrede erhoben worden ist. Die Bezeichnung „Saldotheorie“ ist damit unglücklich gewählt, denn die Rückabwicklung ungleichartiger Leistungen Zug um Zug in Natur kann mitunter als das Gegenteil von Saldierung verstanden werden, nämlich als das Gegenteil der Saldierung gegenläufiger Wertansprüche.

112 Ob die gegenseitige Rückabwicklung nichtiger Verträge nicht nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung erfasst, sondern auch Schadensersatzansprüche, die durch

die Nichtigkeit des Vertrages bedingt sind, etwa aus § 311 Abs. 2 BGB, kann im vorliegenden Fall dahinstehen. Denn die Beklagte kann im vorliegenden Rechtsstreit wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrags 2 nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Kläger geltend machen, nicht aber solche aus anderem Rechtsgrund, etwa aus § 311 Abs. 2 BGB (vgl. oben h)aa)).

122 **bb) Gegenanspruch der Beklagten**

123 Der Gegenanspruch der Beklagten, den der Kläger Zug um Zug gegen die Löschung der Vormerkung zu erfüllen hat, beruht auf § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB und beläuft sich auf 196.000,00 €. Soweit die Beklagte einen höheren Gegenanspruch geltend macht, hat dies aus keinem in Betracht kommenden Rechtsgrund Erfolg.

124 Hinsichtlich der einzelnen von der Beklagten vorgebrachten Punkte gilt Folgendes:

125 **(1) Gegenanspruch in Höhe von 20.000,00 € wegen Überweisung des Kaufpreises an den Notar H.**

126 Die Beklagte hat einen Gegenanspruch in Höhe von 20.000,00 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB gegen den Kläger, den dieser Zug um Zug gegen Löschung der Vormerkung zu erfüllen hat.

127 (a) Indem die Beklagte 20.000,00 € als Kaufpreis an den Notar H. überwiesen hat, erbrachte sie eine Leistung in dieser Höhe an den Kläger.

128 Dies folgt daraus, dass die Beklagte mit dieser Zahlung alles aus ihrer Sicht Erforderliche tat, um ihre Zahlungspflicht aus dem Kaufvertrag 2 gegenüber dem Kläger zu erfüllen.

129 (b) Die Beklagte wollte durch ihre Zahlung nicht auch Gebührenschulden gegenüber dem Notar begleichen. Zwar schuldete sie ihm auch die Gebühren für die Beurkundung und den Vollzug des Kaufvertrags oder nahm damals jedenfalls an, dies zu tun. Die 20.000,00 € zahlte sie aber nicht auf diese Gebührenschuld, sondern ausschließlich auf die Kaufpreisverbindlichkeit gegenüber dem Kläger. Zwar zieht der Kläger dies in Zweifel, die Beklagte hat aber im Einzelnen dargelegt, dass sie die von ihr zu tragenden Gebühren zusätzlich zu den 20.000,00 € an den Notar überwies (Schriftsatz der Beklagten vom 28. April 2020, S. 16 f). Dies stellt der Kläger nicht Abrede, sondern beschränkt sich auf die Behauptung, die Beklagte habe die 20.000,00 € mit unrichtiger Tilgungsbestimmung an den Notar gezahlt (Schriftsatz des Klägers vom 4. August 2020, S. 5). Dies ist unerheblich, denn der Notar H. hat mit Schreiben vom 2. Februar 2020 (Anlage B 5) mitgeteilt, die Zahlung der Beklagten zutreffend als Kaufpreiszahlung verstanden zu haben. Er schütete den Betrag deshalb nicht an den Kläger aus, weil er ihn auf anderweitige Gebührenschulden des Klägers verrechnete. Unabhängig davon, ob dieses Vorgehen rechtmäßig ist oder nicht, ist es jedenfalls nicht der Beklagten anzulasten und ändert nichts daran, dass sie den Betrag in voller Höhe so wie vom Kaufvertrag vorgesehen überwiesen hat.

130 **(2) Gegenanspruch in Höhe von 176.000,00 € wegen Zahlungen auf den Baubetreuungsvertrag**

- 131 Die Beklagte hat einen weiteren Anspruch in Höhe von 176.000,00 € aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB, den der Kläger ebenfalls Zug um Zug gegen Löschung der Vormerkung zu erfüllen hat.
- 132 (a) Die Beklagte hat unstreitig 176.000,00 € an die T. GmbH bzw. A. H. in Erfüllung des Baubetreuungsvertrags geleistet.
- 133 (b) Dies geschah ohne Rechtsgrund, da der Baubetreuungsvertrag ebenso wie der Kaufvertrag 2 gemäß §§ 311b Abs. 1 S.1, 125 BGB nichtig ist.
- 134 (c) Jedenfalls wenn der Kläger die Beklagte auf Rückabwicklung des Kaufvertrags 2 in Anspruch nimmt, hat er der Beklagten Zug um Zug diesen Betrag zurück zu gewähren.
- 135 (aa) Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, für diesen Bereicherungsanspruch nicht passiv legitimiert zu sein. Dies verstieße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), da sich der Kläger damit widersprüchlich verhielte.
- 136 Der Kläger kann seinem Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags 2 ausschließlich mit der Begründung zum Erfolg verhelfen, dass dieser Vertrag eine rechtliche Einheit mit dem Baubetreuungsvertrag bildet und damit formnichtig ist (vgl. 2.c)).
- 137 Die alternativen Begründungen, die der Kläger zur Herleitung seines Rückabwicklungsanspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus Rücktritt angeführt hat, greifen allesamt nicht durch (vgl. die insoweit zutreffenden Ausführungen im Urteil des Landgerichts vom 1. Oktober 2019).
- 138 Wenn es somit der Beklagten im Rahmen der Rückabwicklungsklage des Klägers verwehrt ist, sich auf die formale Trennung der beiden Verträge zu berufen, muss sich auch der Kläger an dieser Sichtweise festhalten lassen. Folglich muss es auch dem Kläger verwehrt sein, die formale Trennung von Kaufvertrag 2 und Baubetreuungsvertrag gegenüber der Beklagten einzuwenden. Andernfalls entstünde eine nicht hinnehmbare Härte für die Klägerin, weil sie sämtliche Leistungen zurückgewähren müsste, die sie aufgrund der verknüpften Verträge erhalten hat, sich dabei aber mit ungewissen Aussichten an unterschiedliche Schuldner halten müsste und die Gegenseitigkeit der Rückabwicklung (vgl. 2.i)aa)) somit nicht gewährleistet wäre.
- 139 (bb) Ebensowenig scheitert der Gegenanspruch der Beklagten daran, dass der Kläger bzw. Herr A. H., nicht mehr in Höhe des an ihn geleisteten Betrages von 176.000,00 € bereichert wäre (§ 818 Abs. 3 BGB). Eine solche Entreicherung hat der insoweit darlegungsbelastete Kläger (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1999, VIII ZR 314/97; Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 818 BGB, Rn. 55 m.w.N.) nicht ausdrücklich vorgetragen. Damit ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Zahlung von 176.000,00 € weiterhin im Vermögen des A. H. vorhanden ist.
- 140 Der Umstand, dass auf dem streitbefangenen Grundstück in den vergangenen Jahren Bauarbeiten durchgeführt wurden – vermutlich durch A. H. – und dort mittlerweile ein Gebäude errichtet ist, das zwar nicht fertiggestellt aber doch weit fortgeschritten zu sein scheint, führt nicht dazu, dass sich der Kläger gegenüber der Beklagten gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf Entreicherung berufen könnte. Denn selbst wenn der von der Beklagten gezahlte Betrag von 176.000,00 € für diese Bauarbeiten verwendet worden und nicht mehr als

solcher im Vermögen von A. H. vorhanden sein sollte, bestünde er dann in Gestalt dieser Bauleistungen und der dadurch bedingten Wertsteigerung des Grundstücks fort. Dass diese Bauleistungen zu einer Wertsteigerung eines Grundstücks führen, dessen Eigentümer nicht A. H., sondern - jedenfalls überwiegend - der Kläger ist, ist unerheblich. Dieses Auseinanderfallen folgt aus der Trennung von Kaufvertrag und Baubetreuungsvertrag, auf die sich der Kläger im Rahmen seiner Rückabwicklungsklage nicht berufen kann (vgl. oben (aa)).

141 Zwar könnte es sein, dass der Aktivtausch, der im Vermögen von A. H. und dem Kläger im Ergebnis stattgefunden hat – das Bankguthaben von 176.000,00 € wandelt sich in eine Wertsteigerung des (Mit-) Eigentums des Klägers am streitbefangenen Grundstück – im Ergebnis zu einem Wertverlust auf Seiten von A. H. und dem Kläger geführt hat, nämlich dann, wenn die Wertsteigerung geringer als 176.000,00 € ausgefallen sein sollte. In dieser Form würde mit dem Entreichungseinwand nicht die Trennung von Kaufvertrag 2 und Baubetreuungsvertrag geltend gemacht, sodass ihm jedenfalls nicht das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegenstünde. Allerdings obläge es auch hier zuerst dem Kläger, eine etwaige Entreichung im Einzelnen darzulegen. Daran fehlt es.

142 (3) Kein Gegenanspruch der Beklagten wegen der Wertsteigerung des Miteigentumsanteils

143 Die Beklagte hat keinen Anspruch auf Erstattung der Wertsteigerung, den der Miteigentumsanteil seit Abschluss des Kaufvertrags 2 erfahren haben soll, den sie mit 87.200,00 € berechnet (vgl. Schriftsatz vom 28. Dezember 2020, S. 5, Schriftsatz vom 26. Januar 2021).

144 (a) Der Anspruch ergibt sich nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB.

145 (aa) Die mögliche Wertsteigerung des Miteigentums selbst war nicht selbst Gegenstand einer Leistung der Beklagten an den Kläger und kann deshalb nicht als ungerechtfertigte Leistung zurückgefordert werden.

146 (bb) Die Beklagte hat auch keinen Gegenstand an den Kläger geleistet, der eine Wertsteigerung erfahren hat. In diesem Fall könnte die Beklagte diese Wertsteigerung möglicherweise dann im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, wenn dessen Rückgabe in Natur nicht mehr möglich ist, wobei dann außerdem die Voraussetzungen einer verschärfen Haftung des Bereicherungsschuldners gemäß § 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB vorliegen müssten.

147 Auch ein solcher Fall ist aber offensichtlich nicht gegeben, weil nicht die Beklagte das Miteigentum am Grundstück 2 an den Kläger leistete, sondern genau umgekehrt der Kläger dies an die Beklagte hätte leisten sollen.

148 Deshalb lässt sich ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auch nicht aus dem von der Beklagten angeführten Urteil des BGH vom 25. Oktober 2000 (XII ZR 136/98, Rn. 22) herleiten. Dort hatte der Bereicherungsgläubiger, ein Mieter, Leistungen an seinen Vermieter erbracht in Form von diversen Einbauten in die Mietsache. Aufgrund der Kündigung des Mietvertrages fiel die Mietsache dann früher als vorgesehen an den Vermieter zurück und verschaffte diesem vorzeitig die Wertsteigerung der Mietsache durch

die Einbauten, während der Mieter sie nicht in Natur zurückfordern konnte. Hier mag ein Bereicherungsanspruch des Mieters aus § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB bestehen.

- 149 Der vorliegende Fall liegt demgegenüber anders. Denn die Beklagte hat keine Leistungen auf einem Grundstück des Klägers erbracht, die sich nicht zurückfordern kann und die folglich als Wertsteigerung im Vermögen des Klägers verbleiben. Sie hat an ihn bzw. Herrn A. H. eine Geldzahlung geleistet, die, wie dargelegt, durchaus an sie zurück zu gewähren ist. Damit verbleibt im Vermögen des Klägers aber keine Wertsteigerung, *die darauf beruht, dass er der Beklagten ihre Leistung nicht erstattet hätte*. Das an die Beklagte verkauften Miteigentum mag heute aufgrund der Preisentwicklung auf dem Immobilienmarkt einen höheren Wert haben als 2014. Aber dieser von einer Leistung der Beklagten unabhängige Mehrwert steht dem Kläger als dem Eigentümer zu.
- 150 (b) Aus dem gleichen Grund kann der Anspruch auf Ersatz der Wertsteigerung nicht auf §§ 989, 990 BGB. Zwar verweisen §§ 818 Abs. 4, 292 BGB auch auf diese Vorschriften, aber im Sinne einer Rechtsgrundverweisung. Das bedeutet, dass der Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 BGB nur dann gegeben ist, wenn eine Vindikationslage zwischen dem Kläger und der Beklagten hinsichtlich des Miteigentums bestanden hätte. Das ist aber nicht der Fall, denn der Kläger war durchgängig Eigentümer und Besitzer des Grundstücks, die Beklagte hingegen weder Eigentümerin noch Besitzerin.
- 151 (c) Aus vertraglichen Ansprüchen, insbesondere §§ 280 und 281 BGB, kann der Beklagten schon deshalb kein Anspruch auf Ersatz der Wertsteigerung gegen den Kläger oder A. H. zustehen, weil der Kaufvertrag 2 und der Baubetreuungsvertrag nichtig sind.
- 152 (d) Die Voraussetzungen eines auf eine vorvertragliche Pflichtverletzung gestützten Schadensersatzanspruchs (§ 311 Abs. 2 BGB) liegen nicht vor (vgl. 2.h)aa)), sodass offen bleiben kann, ob die Beklagte auf dieser Anspruchsgrundlage überhaupt Ersatz für eine entgangene Wertsteigerung verlangen kann.

153 (4) Kein Gegenanspruch der Beklagten wegen gezahlter Gebühren

- 154 Die Beklagte hat auch keinen Gegenanspruch gegen den Kläger wegen der diversen Gebühren, die sie im Rahmen der Durchführung des nichtigen Vertrages zahlte, insbesondere an den Notar (4.183,46 €) und das Grundbuchamt (545,00 € und 163,50 €), sowie wegen der Zinsen, die sie seit 2014 an die finanzierende A-Bank entrichtete.
- 155 Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB scheitert insoweit daran, dass die Beklagte diese Beträge weder an den Kläger noch an den mit ihm verbundenen A. H. geleistet hat.
- 156 Einem Schadensersatzanspruch aus §§ 280, 281 oder 311 Abs. 2 BGB stehen die unter (3) angesprochenen Einwände entgegen.

157 3. Lösungsanspruch aus § 894 BGB

- 158 Der mit dem Berufungsantrag Ziff. 1.a) verfolgte Anspruch lässt sich auch aus § 894 BGB herleiten. Auch besteht er aber nur Zug um Zug gegen Zahlung von 196.000,00 €.
- 159 a) Der Kläger ist weiterhin (Mit-) Eigentümer des Grundstücks.

160 b) Dieses Eigentum ist durch die im Grundbuch zugunsten der Beklagten eingetragene Erwerbsvormerkung beeinträchtigt.

161 c) Das Grundbuch ist insoweit auch unrichtig, da der vorgemerkte Erwerbsanspruch wie oben dargelegt (2.c)) aufgrund der Nichtigkeit des Kaufvertrags 2 tatsächlich nicht besteht (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2002, IX ZR 457/99, BGHZ 150, 138; BayObLG, Urteil vom 21. Juli 1997, 12 RR 558/95).

162 d) Allerdings ist die Beklagte berechtigt, die Berichtigung des Grundbuchs von der Erfüllung ihrer unter 2.i) geschilderten Gegenansprüche abhängig zu machen, sodass sie auch hier nur Zug um Zug zur Löschung der Vormerkung verurteilt werden kann (§§ 273, 274 BGB, vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2002, IX ZR 457/99, BGHZ 150, 138; Herrler in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 894 BGB, Rn. 11).

163 II. Berufungsantrag Ziff. 1.b)

164 Soweit der Kläger beantragt, das Urteil des Landgerichts außerdem dahin abzuändern, dass die Beklagte verurteilt wird, die Löschung der Grundschild zugunsten der A-Bank auf dem Grundstück 2 „zu bewirken und zu bewilligen“, ist die Berufung gemäß § 533 ZPO unzulässig.

165 Mit diesem Antrag erweitert der Kläger seine Klage in der Berufungsinstanz. Dies ist unzulässig, da zur Entscheidung über diesen Antrag Tatsachen geklärt werden müssten, die von den Parteien nicht vorgetragen sind und die über die Feststellungen hinausgehen, auf die sich der Senat zur Entscheidung über die übrigen Berufungsanträge der Parteien stützt (§§ 533 Nr. 2, 529 Abs. 1 ZPO).

166 Die Beklagte bewilligte die Grundschild zugunsten ihrer Bank auf dem ihr zu keinem Zeitpunkt gehörenden Grundstück in Vertretung des Klägers aufgrund der Belastungsvollmacht im Kaufvertrag 2. Somit hat die Beklagte diese Kreditsicherung durch Leistung des Klägers ohne Rechtsgrund erlangt (BGH, Urteil vom 15. März 2002, V ZR 396/00, BGHZ 150, 187, Rn. 22).

167 Die Beklagte ist daher verpflichtet, diese Sicherung dem Kläger wieder herauszugeben, indem sie die Befreiung seines Grundeigentums von der Grundschild bewirkt (BGH, Urteil vom 15. März 2002, V ZR 396/00, BGHZ 150, 187, Rn. 22 in Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 26. Oktober 1990, V ZR 22/89, BGHZ 112, 376).

168 Allerdings besteht dieser Anspruch nur dann unbedingt, also ohne Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung des Klägers, wenn der Gläubiger des Grundpfandrechts, also die A-Bank, zur Ablösung der Grundschild und Bewilligung ihrer Löschung bereit ist. (BGH, Urteil vom 15. März 2002, V ZR 396/00, BGHZ 150, 187). Dazu ist eine Bank in der Regel bereit, wenn die besicherte Forderung einschließlich eventueller Zinsen, Gebühren oder einer Vorfälligkeitsentschädigung vollständig zurückgeführt ist. Allerdings ist es möglich, dass die Bereicherung der Beklagten aufgrund der rechtsgrundlos erhaltenen Kreditsicherung, die insbesondere in der Valuta des besicherten Darlehens besteht, zu dieser Rückführung der besicherten Forderung nicht ausreicht. In diesem Fall ist die Beklagte zur „Bewirkung der Löschung“ der Grundschild nur Zug um Zug gegen Zahlung des erforderlichen Restbetrags durch den Kläger verpflichtet (BGH, Urteil vom 15. März 2002, V ZR 396/00, BGHZ 150, 187).

169 Um über den Berufungsantrag Ziff. 1.b) entscheiden zu können wäre folglich erst noch zu klären, wie hoch der Geldbetrag ist, gegen den die Bank der Beklagten zu Ablösung und Löschung ihrer Grundschuld bereit wäre. Dann wäre weiter zu klären, in welchem Umfang die Beträge hierauf anzurechnen sind, die der Kläger an die Beklagte Zug um Zug gegen Löschung der Vormerkung zu zahlen hat. Erst danach steht fest, ob der Beklagten Zug um Zug gegen den Anspruch des Klägers auf Löschung der Grundschuld ein Zahlungsanspruch zusteht und wie hoch dieser ggf. ist. Hinsichtlich dieser Punkte bedürfte es erst noch eines Hinweises des Senats und einer Stellungnahme der Parteien. Auf Grundlage ihres bisherigen Vorbringens könnte über den Antrag nicht entschieden werden.

170 **III. Berufungsanträge Ziff. 2 und 3**

171 Über die hilfsweise in der Berufungsbegründung gestellten Anträge 2. und 3. ist nicht zu entscheiden, da dies bereits im Rahmen der Prüfung des Antrags Ziff. 1.a) vollständig geschehen ist (vgl. I.1.)

172 **IV. Berufungsantrag Ziff. 4**

173 Der Berufungsantrag Ziff. 4 aus der Berufungsbegründung hat Erfolg. Das Urteil des Landgerichts ist dahin abzuändern, dass der Widerklageantrag Ziff. 1 der Beklagten, dem das Landgericht stattgegeben hat (vgl. Ziff. 2 des Tenors), abgewiesen wird.

174 Der Beklagten steht aus keinem denkbaren Rechtsgrund ein Anspruch gegen den Kläger auf Übereignung des Miteigentumsanteils von 20/100 an dem Grundstück bzw. auf Bewilligung ihrer Eintragung als Miteigentümerin im Grundbuch zu. Dieser Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus dem Kaufvertrag 2 (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB), da dieser Vertrag nichtig ist (vgl. 2.c)).

175 **V. Berufungsantrag Ziff. 5**

176 Über den wiederum hilfsweise gestellten Berufungsantrag Ziff. 5. ist nicht zu entscheiden, da auch dies bereits vollständig im Rahmen der Prüfung des Antrags Ziff. 1.a) geschehen ist (vgl. I.1.).

177 **VI. Anschlussberufung der Beklagten**

178 Die zulässige Anschlussberufung der Beklagten, mit der sie in der Sache eine sprachliche Berichtigung der Entscheidung des Landgerichts über ihren Widerklageantrag Ziff. 1 geltend macht, ist genau wie dieser Widerklageantrag selbst unbegründet, vgl. oben IV.

179 **VII. Nebenentscheidungen**

180 Die Kosten des Rechtsstreits über beiden Instanzen werden gegeneinander aufgehoben (§ 92 Abs. 1 ZPO).

181 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO).

182 **VIII. Keine Zulassung der Revision**

183 Die Revision wird nicht zugelassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.