### **Aktuelles Immobilienrecht 2022**

Herrler / Hertel / Kesseler

2022 ISBN 978-3-406-79251-9 C.H.BECK

# schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

irgendwann einmal die Chance erhält, das Thema Testamentsvollstrecker/Insolvenzverwalter/Nachlassverwalter und § 878 BGB zu klären. Angesichts der im Zweifel praxistauglich ausgerichteten Rechtsprechung des V. Senats wäre ich um eine Entscheidung nicht bange.



Kesseler 139



### D. Bauträgervertrag

# I. Rückabwicklung bei wegen Aufspaltung formunwirksamen Grundstückskaufvertrages

Bei Formunwirksamkeit eines verbundenen Vertrages kann der Verkäufer die Vormerkungslöschung nur verlangen, wenn der Käufer die Zahlungen aus dem formunwirksamen Bauvertrag zurückgezahlt erhält.

KG Urt. v. 9.2.2021 - 21 U 126/19

DNotI-Report 2021, 54; Leitsatz auch NJW-Spezial 2021, 396 = NotBZ 2021, 306 = RNotZ 2021, 374 = ZfIR 2021, 189

#### Kerngehalt der Entscheidung:

Ist der Grundstückskauf mangels Beurkundung des damit zusammenhängenden Bauvertrages formunwirksam, kann der Käufer die Rückübereignung auch von der Rückzahlung der von ihm für den Bau erbrachten Zahlungen abhängig machen.

#### Leitsätze der Entscheidung:

- 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.
- 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.

## 1. Kaufvertrag über Miteigentumsanteil an Grundstück beurkundet, gleichzeitiger Bau- oder Baubetreuungsvertrag jedoch nicht beurkundet

#### Sachverhalt:

Der Sachverhalt ist einigermaßen kompliziert:

- Der Grundstückseigentümer und sein Vater planten, zwei dem Sohn gehörende Grundstücke mit Mehrfamilienhäusern zu bebauen. Für die Bebauung bedienten sie sich der T. GmbH (deren Gesellschafter wohl entweder nur der Vater oder Vater und Sohn zusammen waren).
- Die Erwerberin schloss im Mai 2014 zunächst einen privatschriftlichen "Baubetreuungsvertrag" mit der T. GmbH, in dem sich die T. GmbH zu Planung und Bauüberwachung zur Errichtung einer Wohnung auf dem Grundstück 1 zu einem Gesamtpreis von 240.000,00 EUR verpflichtete.
- Eine Woche später kaufte die Erwerberin vom Sohn (vertreten durch den Vater) erst einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück 1, zwei Monate später im Juli 2015 dann –

D Bauträgervertrag

unter Aufhebung des ersten Kaufvertrages – einen Miteigentumsanteil am Grundstück 2. Für die Käuferin wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

- Außerdem bestellte die Erwerberin eine Grundschuld über 260.000,00 EUR an dem gesamten Grundstück 2.
- Der Baubetreuungsvertrag wurde nicht mitbeurkundet und wohl nicht einmal auf den Erwerb des Grundstücks 2 umgestellt.
- Der Kaufpreis für den Miteigentumsanteil betrug 20.000,00 EUR. Die Käuferin zahlte den Kaufpreis vereinbarungsgemäß auf Notaranderkonto ein. Der Notar zahlte ihn aber nicht an den Verkäufer aus – und machte Gebührenansprüche gegen den Verkäufer aus anderen Amtsgeschäften geltend.
- Außerdem zahlte die Erwerberin insgesamt 176.000,00 EUR für den Bau.
- Im Juli 2016 erklärte der Verkäufer den Rücktritt vom Kaufvertrag wegen Zahlungsrückstands, also obwohl die Käuferin den vollen Kaufpreis vereinbarungsgemäß auf Notaranderkonto eingezahlt hatte!
- Dann erwirkte der Verkäufer durch einstweilige Verfügung ein Erwerbsverbot (Beschluss Dezember 2017). Aufgrund dessen wies das Grundbuchamt den Umschreibungsantrag der Käuferin zurück.

Der Verkäufer verklagte nun die Erwerberin auf Löschung der Vormerkung. Im Wege der Widerklage verlangte die Erwerberin Eigentumsumschreibung auf sich.

Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage statt. Dagegen legte der Verkäufer Berufung zum Kammergericht ein.

Nur als Anmerkung am Rande: Die Zahlen passen nicht zusammen: 20.000,00 EUR für den Miteigentumsanteil am Grundstück gegenüber 176,000,00 EUR für den Bau, also etwa 10% für das Grundstück, fast 90% für den Bau – das mag in der Uckermark oder sonstwo am flachen Land zutreffen, aber nicht in Berlin.

Eine mögliche Erklärung wäre, dass das Grundstück erst aufwendig von Altlasten und anderen Bodenverunreinigungen zu reinigen war. Sonst erscheint der Kaufpreis verdächtig niedrig.

### 2. Formnichtigkeit, da Bau(betreuungs)vertrag nicht mitbeurkundet wurde

Wenig überraschend ist, dass das KG entschied, dass der Bauvertrag bzw. Baubetreuungsvertrag ebenfalls beurkundungsbedürftig war und dass daher auch der Kaufvertrag formunwirksam war. Denn es komme zwar auf den subjektiven Verknüpfungswillen der Beteiligten an. Jedenfalls beim Erwerb eines bloßen Miteigentumsanteils konnte der Erwerber aber gar nicht allein bebauen. Daher sei klar, dass er nur kaufen wollte, wenn auch der Bauvertrag zustande kam. Das Kammergericht stellt also auf einen **objektivierten Willen** der Beteiligten ab. Gibt es nur einen sinnvollen Willen der Beteiligten, so dürfen Gericht und Notar davon ausgehen, dass die Beteiligten natürlich dies wollen – egal was sie sonst vortragen mögen. Das Gericht muss also nicht weiter nachforschen, was die Beteiligten damals wollten, sondern kann unterstellen, dass sie das einzig Sinnvolle wollten.

Das ist die einzig praktikable Lösung. Wenn mir die Beteiligten etwas vortragen, was offensichtlich keinen Sinn macht, muss ich ihnen nicht glauben. Natürlich bin ich als Notar kein Gericht. Wenn daher die Beteiligten unter mehreren möglichen Lösungen eine mir schlechter erscheinende wählen, dies aber trotz Hinweis auf die Risiken glaubhaft versichern, dann glaube ich ihnen. Dann schreibe ich dies aber auch deutlich in die Urkunde hinein.

# 3. Kenntnis des Verkäufers von Formnichtigkeit stünde seinem Bereicherungsanspruch entgegen

Damit hatte der Verkäufer grundsätzlich einen Bereicherungsanspruch gegen die Käuferin – und zwar aus Leistungskondiktion *(condictio indebiti)*, da er die Vormerkung an die Käuferin geleistet hatte. Jedoch ist die Leistungskondiktion **ausgeschlossen**, wenn der der Leistende bereits bei der Leistung weiß, dass er (etwa wegen Formunwirksamkeit des Vertrages) die Leistung gar nicht schuldet, und er trotzdem leistet. Dann hat er keinen Bereicherungsanspruch (§ 814 Var. 1 BGB).

#### § 814 BGB: Kenntnis der Nichtschuld

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

Hier war nicht bewiesen, dass der Verkäufer bei Bewilligung der Vormerkung wusste, dass der Kaufvertrag formunwirksam war.

Rn. 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 5.3.2015, IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, Rn. 44; Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Auflage, 2021, § 814 BGB, Rn. 4). Die Darlegungsund Beweislast hierfür trägt die Beklagte (BGH, Urteil vom 5.3.2015, IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, Rn. 45 mwN.). Dies ist nicht ersichtlich."

Insbesondere hatte der Notar zwar allgemein belehrt, dass auch ein weiterer Vertrag, von dem der Kaufvertrag abhinge, mitbeurkundet werden müsste. Die allgemeine Belehrung konnte man aber auch so verstehen, dass dann nur der andere Vertrag (hier also der Bau- bzw. Baubetreuungsvertrag) formunwirksam sei. Dass damit auch der Kaufvertrag formunwirksam sei, ging aus der Belehrung nicht eindeutig hervor.

Rn. 87–88: "Nach § 10 des Kaufvertrags 2 (letzter Absatz) belehrte und erläuterte' der Notar, [...] die Beurkundungspflicht eines Werkvertrages mit einem Bauunternehmen bei einer Verknüpfungsabsicht, dh wenn nach dem Willen auch nur einer Partei Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag derart voneinander abhängen, dass sie miteinander 'stehen und fallen' sollen'."

Das KG ging davon aus, dass der Notar nicht konkret belehrte, dass der von ihm beurkundete Kaufvertrag wegen Nichtbeurkundung des Werkvertrages formunwirksam ist – denn dann hätte der Notar die Beurkundung des Kaufvertrages ablehnen müssen. Im Umkehrschluss heißt dies aber: Wenn ich als Notar klar und eindeutig belehre – und die Beteiligten etwa wahrheitswidrig die Verknüpfungsabsicht verneinen, so spricht dies dafür, dass die Beteiligten Kenntnis von der Formunwirksamkeit haben (da sie ja, anders als ich als Notar, den Sachverhalt kennen und wissen, ob eine Verknüpfungsabsicht besteht).

Dennoch ist § 814 BGB bei formunwirksamen Kaufverträgen nicht viel mehr als ein Schreckteufel. Denn § 814 BGB ist nach der Rechtsprechung ausgeschlossen, wenn die **Leistung in Erwartung der Heilung der Formnichtigkeit** erfolgt – genauer "wenn die Leistung zwar in Kenntnis der Formungültigkeit, aber in der beiderseitigen Erwartung erbracht wird, das Rechtsgeschäft werde vollzogen und der Formmangel damit geheilt".<sup>318</sup> Wissen also beide Kaufvertragsparteien, dass sie eigentlich den Werkvertrag auch mit beurkunden müssten und dass deshalb auch der Kaufvertrag unwirksam ist – gehen sie aber davon aus, dass das nichts macht, weil die Formunwirksamkeit mit der Grundbuchumschreibung geheilt wird, so greift § 814 BGB nicht.

<sup>&</sup>lt;sup>318</sup> BGH DNotZ 1999, 917; ebenso bereits BGH DNotZ 1980, 227.

D Bauträgervertrag

# 4. Rückgewähr der Vormerkung auch von Rückzahlung der auf den unwirksamen Kaufvertrag geleisteten Zahlungen abhängig

Daher konnte der Verkäufer von der Käuferin die Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung verlangen. Nach der Saldotheorie muss er aber gleichzeitig auch die Leistung herausgeben, die die Käuferin auf den unwirksamen Vertrag erbracht hat. Und hier liegt der Kern der Entscheidung, derentwegen wir sie besprechen. Die Verknüpfung der beiden Verträge wirkt sich nicht nur auf die Beurkundungsbedürftigkeit aus, sondern auch auf deren bereicherungsrechtliche Rückabwicklung.

- Der Bereicherungsanspruch des Verkäufers besteht nur, weil die beiden Verträge verknüpft sind und damit zusammengehören.
- Wenn der Verkäufer diesen Bereicherungsanspruch durchsetzt, muss er sich auch so behandeln lassen, als seien beide Verträge eine Einheit und als hätte er selbst alle Leistungen der Käuferin erhalten.

Rn. 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 […]."

Rn. 137: "Die alternativen Begründungen, die der Kläger zur Herleitung seines Rückabwicklungsanspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus Rücktritt angeführt hat, greifen allesamt nicht durch […]."

Rn. 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 [...] somit nicht gewährleistet wäre."

Man muss die Begründung aber genau lesen: HANDLUNG

- Das KG argumentiert nicht, dass die beiden beurkundungsrechtlich verknüpften Verträge auch bereicherungsrechtlich eine Einheit wären.
- Vielmehr wird dem Verkäufer nur nach § 242 BGB untersagt, sich einerseits zur Begründung seines Bereicherungsanspruchs auf die Einheit beider Verträge zu berufen, dann aber andererseits bei den Rechtsfolgen desselben Anspruchs zu betonen, dass ja doch zwei ganz getrennt zu behandelnde Verträge vorlägen.

Nur für diese spezielle Fallkonstellation entschied das KG.

### II. Anmerkungen

# 1. Entscheidung ist nur relevant, solange das Eigentum noch nicht umgeschrieben ist

In dem der Entscheidung des Kammergerichts zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Käufer den Kaufpreis bereits gezahlt. Das Eigentum war aber noch nicht umgeschrieben. Nur für diese Fallkonstellation ist die Entscheidung des KG relevant.

Im Normalfall wird das Eigentum kurz nach der Zahlung umgeschrieben. Damit hätte sich die Rechtslage grundlegend geändert. Denn damit wäre die Formunwirksamkeit geheilt gewesen.

II. Anmerkungen D

### 2. Was ist mit der Rückzahlung vom Notaranderkonto?

Hier lag der vom Erwerber gezahlte Kaufpreis weiter auf dem Notaranderkonto. Der Notar machte geltend, ihm stünden gegen den Verkäufer aus anderen Beurkundungen Gebührenansprüche zu, weshalb er nicht an den Verkäufer ausgezahlt habe. Dies gefährdete aber den Rückzahlungsanspruch der Käuferin nicht. Denn einen Einbehalt vom Notaranderkonto lässt das Gesetz nur für Gebührenansprüche aus dem Amtsgeschäft zu, für das die Verwahrung erfolgt.

#### § 58 Abs. 3 S. 7 BeurkG:

Verfügungen zugunsten von Privat- oder Geschäftskonten des Notars sind lediglich zur Bezahlung von Kostenforderungen aus dem zugrundeliegenden Amtsgeschäft unter Angabe des Verwendungszwecks und nur dann zulässig, wenn hierfür eine notarielle Kostenrechnung erteilt und dem Kostenschuldner zugegangen ist und Auszahlungsreife des verwahrten Betrages zugunsten des Kostenschuldners gegeben ist.

Wegen anderer Ansprüche – etwa wegen Gebührenforderungen aus anderen Amtsgeschäften – kann der Notar nur pfänden – wie jeder andere Gläubiger auch. Gepfändet werden kann der Anspruch aber nur so, wie er dem Verkäufer zusteht. Wenn der Verkäufer infolge der Rückabwicklung zur Zustimmung zur Rückzahlung an den Käufer verpflichtet ist, geht die Pfändung daher ins Leere (egal ob der Notar oder ein anderer Gläubiger des Verkäufers pfändet). Solange das Geld auf dem Notaranderkonto liegt, ist es daher sicher für die Käuferin.

### 3. Entscheidung hilft nur bei solventem Verkäufer

Aber auch im Normalfall, wenn der Kaufpreis direkt an den Verkäufer gezahlt wurde, hätten wir natürlich auch ohne die KG-Entscheidung gewusst, dass der Käufer seine Vormerkung nur löschen lassen muss, wenn er Zug um Zug auch den bereits gezahlten Kaufpreis oder Kaufpreisteil zurückerstattet erhält.

Erwähnenswert ist die KG-Entscheidung nur, weil danach der Verkäufer die Löschung der Auflassungsvormerkung nur verlangen kann, wenn der Käufer auch die von ihm auf den verknüpften Werkvertrag erbrachten Zahlungen zurückerhält. Das hilft dem Käufer aber nur, wenn der Verkäufer solvent ist und er, um die Löschung der Vormerkung zu erreichen, die Rückzahlung selbst erbringt (oder die Rückzahlung durch den Bauwerkunternehmer veranlasst).

Ist der Verkäufer aber nicht zahlungsfähig, so hilft dem Käufer seine Auflassungsvormerkung nichts. Denn die **Auflassungsvormerkung ist unwirksam** und damit **wertlos.** Der gesicherte Anspruch besteht nicht, da der Vertrag formunwirksam ist. Sollte der Verkäufer etwa in Insolvenz fallen, kann der Insolvenzverwalter die Löschung der Auflassungsvormerkung verlangen, ohne dass der Käufer ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Zahlungen an den Verkäufer oder den Bauunternehmer geltend machen könnte. Denn insolvenzrechtlich gäbe die Vormerkung dem Käufer zwar ein Aussonderungsrecht für seinen Übereignungsanspruch. Sein Rückzahlungsanspruch bei unwirksamem Kaufvertrag steht aber insolvenzrechtlich im selben Rang wie alle gewöhnlichen Insolvenzgläubiger. <sup>319</sup>

Auch falls das Grundstück zwangsversteigert werden sollte, kann der Ersteigerer vom Käufer im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) Löschung der Vormerkung verlangen. Denn der bereicherungsrechtliche Rückzahlungsanspruch des Käufers richtet sich nur gegen den Verkäufer (und den Bauunternehmer), aber nicht gegen den Ersteige-

 $<sup>^{319}</sup>$  BGHZ 149, 326 = NJW 2002, 1050.

D Bauträgervertrag

rer. Daher kann der Käufer daraus gegen den Ersteigerer kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Die (unwirksame) Vormerkung als bloße Buchposition ist daher nur eine schwache Absicherung des Käufers.

#### 4. Sichert die Finanzierungsgrundschuld indirekt den Käufer?

Möglicherweise ist der Erwerber aber indirekt durch die Finanzierungsgrundschuld geschützt. Denn ob ein Bereicherungsanspruch auf Löschung der Grundschuld besteht, hängt nicht davon ob, ob der Kaufvertrag wirksam ist – sondern ob eine wirksame **Sicherungsvereinbarung** vorliegt. Für den **Rückzahlungsanspruch für den Kaufpreis** braucht der Erwerber vorliegend keine Absicherung, da der Kaufpreis hier noch auf dem Notaranderkonto liegt.

Was wäre aber bei Direktzahlung des Kaufpreises und einer üblichen Sicherungsabrede? Üblicherweise lautet die Sicherungsabrede, dass die Grundschuldgläubigerin von der Finanzierungsgrundschuld nur Gebrauch machen darf, soweit sie Zahlungen mit Tilgungswirkung auf den Kaufpreis erbracht hat (oder weitergehend erst wenn der Kaufpreis insgesamt getilgt ist). Hier gab es mangels formwirksamen Kaufvertrages keine Kaufpreisforderung. Damit konnte die finanzierende Bank nicht wirksam darauf leisten. Die Bank hat aber auf die vermeintliche Kaufpreisforderung geleistet – und sie hat an den Verkäufer geleistet. Hätte die Kaufpreisforderung bestanden, so wäre sie durch die Zahlung erloschen. Von daher fragt sich, ob sich der Verkäufer dies nicht doch entgegenhalten lassen muss. Ich kann es Ihnen nicht endgültig beantworten, aber es wäre mE das stärkste Argument, dass der Käufer gebrauchen kann. Denn die Grundschuld ist erst einmal wirksam. Und ein Löschungsanspruch muss erst einmal begründet und durchgesetzt werden.

Deck-snop.de

DIE FACHBUCHHANDLUNG