

Gericht:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 12. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	10.07.2025
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	12 U 12/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGSH:2025:0710.12U12.24.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 370 AO, § 125 BGB, § 134 BGB, § 138 BGB, § 242 BGB ... mehr

Verbindung eines Bauträgervertrags mit einem weiteren Werkvertrag zur schlüsselfertigen Erstellung einer Eigentumswohnung

Leitsatz

1. Bei einem Bauträgervertrag stellen kauf- und werkvertraglicher Teil Teile eines einheitlichen Ganzen dar und ergeben nur gemeinsam Sinn. Die einzelnen Leistungen sind daher beim Bauträgervertrag ins Synallagma eines einheitlichen Vertragsverhältnisses einbezogen, es handelt sich mithin in aller Regel um einen einheitlichen, gemischten Vertrag. Ein solcher unterfällt schon aufgrund der objektiven Untrennbarkeit seiner Bestandteile in Gänze der Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 BGB (vgl. BeckOGK/Schreindorfer, 1. Oktober 2023, BGB § 311b Rn. 209; ausführlich auch KG Berlin, Urteil vom 9. Februar 2021 - 21 U 126/19 -, juris).(Rn.62)
2. Wird die Form nicht eingehalten, erstreckt sich die Nichtigkeit auf den gesamten Vertrag, nichtig ist danach nicht nur die formlose Nebenabrede, sondern grundsätzlich auch der notariell beurkundete Vertrag, § 125 BGB (s. zu dieser umfassenden Rechtsfolge Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Aufl., § 311b Rn. 45).(Rn.62)
3. Bei - weiteren - objektiv selbständigen Verträgen (hier: zusätzlich zum Rohbauvertrag ein weiterer Vertrag über einen schlüsselfertigen Ausbau) bedarf es zur Herstellung des rechtlichen Zusammenhangs eines zusätzlichen subjektiven Verknüpfungsmoments - dem Verknüpfungswillen der Parteien.(Rn.78)
4. Für den Verknüpfungswillen kommt es nicht auf die wechselseitige Abhängigkeit der Verträge voneinander, sondern nur auf die einseitige Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem anderen Vertrag bzw. den anderen Verträgen an. Nur, wenn der Grundstücksvertrag nach dem Willen der Parteien von dem anderen Vertrag abhängig ist, erstreckt sich der Normzweck des § 311b Abs. 1 BGB auf letzteren, welcher daher mitzubeurkunden ist, im umgekehrten Fall nicht (vgl. zu alledem BeckOGK/Schreindorfer, 1. Oktober 2023, BGB § 311b Rn. 183-185, m.w.N.; ebenso BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 246/08, juris Rn. 11).(Rn.79)
5. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Verknüpfungswillens trägt grundsätzlich die Partei, die sich auf die Formnichtigkeit des Vertrags beruft (vgl. BeckOGK/Schreindorfer, 1. Oktober 2023, BGB § 311b Rn. 186-197).(Rn.80)
6. Im Fall der Formnichtigkeit einer Vereinbarung kann die Berufung einer Partei hierauf ausnahmsweise wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) unbeachtlich sein. Das gilt dann, wenn auf Seiten desjenigen, welcher der Geltendmachung der Formnichtigkeit ent-

gegentritt, ein Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Förmlichkeit vorgelegen hat und dieser Irrtum vom Geschäftsgegner schuldhaft, mindestens fahrlässig, verursacht worden war, oder wenn derjenige, der sich auf den Formverstoß beruft, eine Haltung eingenommen hat, die mit seinem früheren Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist. Entsprechendes gilt, wenn eine Partei, sei es auch nur unabsichtlich, die andere zum Absehen vom erforderlichen Abschluss eines formgültigen Vertrags veranlasst und diese daraufhin angenommen hat, dass eine formlose Vereinbarung genüge (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 1981 - VII ZR 230/80 -, juris Rn. 24).(Rn.87)

7. Insbesondere für Bauverträge hat der Bundesgerichtshof überdies entschieden, die Geltendmachung von deren Nichtigkeit durch den Unternehmer sei unter dem Gesichtspunkt selbstwidersprüchlichen Verhaltens ausgeschlossen, wenn er in Kenntnis der die Nichtigkeit begründenden Umstände den Vertrag durchführt, sozusagen „ins Werk gesetzt“ und seine Bauleistung erbracht hat (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2008 - VII ZR 42/07, juris Rn. 15 ff. zu den Auswirkungen einer nach §§ 134, 138 BGB nichtigen „Ohne-Rechnung-Abrede“ in einem Bauvertrag; vgl. außerdem: KG Berlin, Urteil vom 4. April 2019 - 27 U 111/18 -, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10. April 2018 - 8 U 19/14, juris).(Rn.87)

8. Ein Rücktritt des Verkäufers vom Grundstückskaufvertrag wegen Ausstehens eines geringen Kaufpreisanteils (hier: 5%) scheidet gem. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB wegen Unerheblichkeit aus.(Rn.97)

9. Der Auflassung und Bewilligung der Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch steht nicht entgegen, dass er den Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt hat, wenn dem Anspruch des Verkäufers auf restliche Kaufpreiszahlung Mängelbeseitigungsansprüche des Klägers entgegenstehen, aufgrund derer er nach Treu und Glauben den restlichen Kaufpreis zurückbehalten kann.(Rn.129)

Verfahrensgang

vorgehend LG Flensburg 2. Zivilkammer, 12. Oktober 2023, 2 O 74/23 (2)

Tenor

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Flensburg vom 12.10.2023, Az. 2 O 74/23 (2), wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Flensburg ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die vorläufige Vollstreckung in der Hauptsache gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 214.800,-- € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Beklagte kann die Vollstreckung wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 179.000,-- € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Der Kläger nimmt den Beklagten auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch in Anspruch. Der Beklagte begehrt hilfsweise widerklagend Räumung und Herausgabe der streitgegenständlichen Eigentumswohnung nach Rücktritt.
- 2 Mit notariellem „Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrag“ vom 02.06.2017 (Bl. 9ff. d. Akte LG) verkaufte der Beklagte dem Kläger einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück ... der Flur ... der Gemarkung H. verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 beschriebenen Wohnung im Erd- und Obergeschoss sowie Sondernutzungsrechten an Terrassenfläche, Kfz-Stellplatz und Gartenanteil für 179.000,-- €. Die Teilungserklärung wurde am selben Tag beurkundet. Der Kläger zahlte auf den Kaufpreis 170.050,-- €. Es wurde für ihn eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen. Er zog Ende Dezember 2017 - unter streitigen Umständen - in die Wohnung ein. Mit Schreiben vom 01.08.2018 rügte der Kläger Mängel der Wohnung, die der zwischenzeitlich eingeschaltete Privatgutachter H. festgestellt hatte. Der Beklagte bestritt die Mängelbehauptung, erklärte mit Schreiben vom 02.08.2018 den Rücktritt „vom Grundstückskaufvertrag“ und forderte den Kläger dazu auf, die Wohnung geräumt bis zum 16.08.2018 zurückzugeben. Mit Schreiben vom 05.05.2021 forderte der Kläger den Beklagten dazu auf, seine Eintragung im Grundbuch als Eigentümer zu bewerkstelligen. Der Beklagte verweigerte dies.
- 3 Der Kläger hatte erstinstanzlich zunächst zusätzlich zu seinem Antrag auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch beantragt festzustellen, dass der Kaufpreis aufgrund der Mängel um 5%, mithin um 8.950,-- € gemindert sei. Diesen Antrag hat der Kläger zurückgenommen und zuletzt beantragt,
- 4 den Beklagten zu verurteilen, die folgende Willenserklärung abzugeben: Ich bin mir mit dem Kläger darüber einig, dass ein Miteigentumsanteil zu 1/3 an dem Grundstück ... der Flur ... der Gemarkung H. sowie das Eigentum an der im Grundbuch von H. Blatt ... im Bestandsverzeichnis eingetragenen Eigentumswohnung auf den Kläger übergeht und ich bewillige hiermit die erforderliche Eintragung des Klägers als Eigentümer in das Grundbuch.
- 5 Der Beklagte hat der teilweisen Klagerücknahme zugestimmt und beantragt,
- 6 die Klage abzuweisen.
- 7 Hilfsweise widerklagend hat der Beklagte beantragt,
- 8 die im Wohnungsgrundbuch von H. Blatt ... eingetragene Wohnung, bestehend aus vier Zimmern nebst Küche, Bad, Gästebad und Flur und Wintergarten, auf dem Grundstück ... der Flur ... der Gemarkung H. in (Adresse) Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrags in Höhe von 170.050,00 Euro geräumt herauszugeben.
- 9 Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.
- 10 Wegen des weiteren Parteivorbringens erster Instanz wird nach § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

- 11 Das Landgericht hat der Klage auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch stattgegeben und die Widerklage auf Räumung und Herausgabe abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:
- 12 Der Kläger habe gegen den Beklagten einen Anspruch auf Übereignung der Immobilie aus § 2 des Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrags vom 02.06.2017 i.V.m. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- 13 Die Parteien hätten einen Kaufvertrag über das in § 2 Ziff. 2 genauer bezeichnete Objekt geschlossen. Als Verkäufer sei der Beklagte verpflichtet, dem Kläger das Immobiliareigentum zu verschaffen, § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zur Erfüllung dieser schuldrechtlich begründeten Pflicht bedürfe es in dinglicher Hinsicht der Einigung (Auflassung) und Eintragung gem. § 873 Abs. 1 BGB.
- 14 Der Vertrag sei formwirksam, da er notariell beurkundet worden sei, vgl. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Formwirksamkeit stehe eine inhaltliche Verknüpfung mit einer Vereinbarung über die schlüsselfertige Erstellung nicht entgegen.
- 15 Zwar sei ein Beurkundungserfordernis nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auch für Verträge, die mit einem Grundstückskaufvertrag im Zusammenhang stünden, in Betracht zu ziehen, wenn deren Regelungen zumindest teilweise auch Inhalt des Grundstücksgeschäfts sein sollten, wenn also eine inhaltliche Verknüpfung mit dem Grundstückskaufvertrag bestehe. Dies sei der Fall, wenn die Parteien wollten, dass Regelungen des Grundstücksgeschäfts nur gemeinsam mit Regelungen des anderen Vertrags gelten sollten. Dann liege ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, das insgesamt beurkundungsbedürftig sei (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2021 - V ZR 139/19, NJW 2021, 2510 Rn. 15 m.w.N.; Müller in NJW 2021, 2477 Rn. 6ff).
- 16 Es stehe zur Überzeugung des Gerichts aber nicht fest, dass das Grundstücksgeschäft über den Verkauf des Rohbaus nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nur gemeinsam mit Regelungen eines anderen Vertrags über die schlüsselfertige Erstellung durch den Beklagten habe gelten sollen. Der Beklagte habe keinen separaten schriftlichen (Werk-)Vertrag vorgelegt über die von ihm behauptete Beauftragung, die verkaufte Wohnung schlüsselfertig für eine weitere Vergütung von 50.000,- € zu erstellen. Dem behaupteten Vertragsschluss widerspreche auch die Darstellung des Klägers. Dieser habe erklärt, er habe nur den Rohbau erwerben wollen, um sodann selbst entscheiden zu können, wen er mit welchen Arbeiten zur schlüsselfertigen Erstellung beauftragen wolle. Den Beklagten habe er nur mit einigen Tätigkeiten beauftragt, andere Arbeiten habe er an Drittfirmen vergeben oder auch selbst erledigt. Die Darstellung des Beklagten werde durch den Inhalt des beurkundeten Vertrags gestützt: Die Bauleistungsbeschreibung, die gem. § 3 Ziff. 3 a) Abs. 2 des Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrags das vertraglich geschuldete Soll definiere, führe die bei Rohbauerstellung entfallenden Leistungen einzeln auf (vgl. S. 28, Bl. 75 d. Akte LG). Aus der Auflistung gehe klar hervor, dass gerade keine schlüsselfertige Erstellung vereinbart worden sei.
- 17 Damit stehe zur Überzeugung des Gerichts auch nicht fest, dass der Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig sei, weil die Beurkundung eines niedrigeren Kaufpreises die Hinterziehung von Grunderwerbsteuer und damit eine Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Abgabenordnung habe ermöglichen sollen.

- 18 Der Beklagte sei von seiner Pflicht zur Übereignung der Immobilie auch nicht durch Rücktritt vom Vertrag freigeworden. Wie aus § 4 Ziff. 1 des Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrags hervorgehe, fänden die gesetzlichen Rücktrittsrechte Anwendung. Gem. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB sei der Rücktritt vom Vertrag aber ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung des Schuldners unerheblich sei. So liege es hier.
- 19 Der Kläger habe vom Gesamtkaufpreis in Höhe von 179.000,-- € einen Teil in Höhe von 170.050,-- € getilgt. Offen seien demnach noch 8.950,-- €. Dies entspreche einem Einbehalt von 5%. Selbst bei - unterstellter - Verletzung der Pflicht zur vollständigen Kaufpreiszahlung wäre dieser Einbehalt im Verhältnis zum Umfang des gesamten zwischenzeitlich erfolgten Leistungsaustauschs unerheblich. Die Beurteilung der Frage, ob eine Pflichtverletzung unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB sei, erfordere nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung eine umfassende Interessenabwägung auf Grundlage der Umstände des Einzelfalls. Von der Geringfügigkeit eines - wie hier in Form der Nachzahlung des einbehaltenen Kaufpreisanteils - behebbaren Mangels und damit von der Unerheblichkeit der Pflichtverletzung sei in der Regel auszugehen, wenn die Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig seien. Die Grenze der Geringfügigkeit liege in der Regel bei einem Wert von 5%. Das Gericht verweise insofern auf den Beschluss des Landgerichts Itzehoe vom 6. Dezember 2022, 11 S 9/22, vgl. Bl. 170ff. d. Akte LG (als Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 7. Dezember 2022 übermittelt) und auf seinen Hinweisbeschluss vom 25. Juli 2023 (Bl. 232f. d. Akte LG).
- 20 Sollte der Kläger dem Beklagten tatsächlich Werklohn aus separater Beauftragung mit Werkleistungen zur schlüsselfertigen Erstellung der Wohnung schulden, sei dies für die rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit des Rücktritts vom Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrag irrelevant. Nachweislich zwischen den Parteien vereinbart und formwirksam notariell beurkundet worden sei gem. § 3 Ziff. 1 des Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrags ein Gesamtkaufpreis in Höhe von 179.000,-- €. Etwaige Werklohnforderungen wären im Rahmen der sie begründenden Verträge abzuwickeln.
- 21 Die Widerklage habe keinen Erfolg.
- 22 Zwar sei über die lediglich hilfsweise erhobene Widerklage zu entscheiden, da mit der Stattgabe der Klage die Bedingung eingetreten sei. Der Beklagte habe gegen den Kläger jedoch keinen Anspruch auf Rückgabe der Wohnung. Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus § 985 BGB. Der Kläger habe ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 Abs. 1 Satz 1, Var. 1 BGB. Aufgrund des wirksamen Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrags habe er einen Anspruch gegen den Beklagten auf Übergabe der Immobilie und Eigentumsverschaffung. Auf die obigen Ausführungen werde verwiesen.
- 23 Gegen diese Entscheidung hat der Beklagte Berufung eingelegt und zu deren Begründung im Wesentlichen ausgeführt:
- 24 Der Beklagte hat mit der Anlage B 9 eine schriftliche Bestätigung des seinerzeit mit dem Verkauf der Immobilie befassten Wohnungsmaklers Herrn B. vorgelegt und mit Schriftsatz vom 04.04.2023 hierzu inhaltlich vorgetragen: Es sei die Einvernahme des Zeugen B. zum Beweis der Behauptung angeboten worden, dass die Parteien bereits vor dem Abschluss des notariellen Kaufvertrages in einer separaten Vereinbarung die schlüsselfertige Erstellung der Wohnung für zusätzliche 50.000,-- € netto festgelegt hätten. Unterstellt, diese Behauptung des Beklagten wäre zutreffend, läge im Zeitpunkt der Beurkun-

derung des Wohnungskaufvertrages eine einheitliche und nach dem Parteiwillen untrennbare Vereinbarung über ein Gesamtvolumen von 229.000,-- € (179.000,-- € + 50.000,- €) vor. Die auf den nicht beurkundeten Teil der Vereinbarung entfallende und von den Parteien bewusst gesparte Grunderwerbsteuer betrage dann immerhin 50.000,-- € x 6,5% = 3.250,00 €. Der Makler habe ausdrücklich bestätigt, dass die Baubegleitung des Beklagten für die Fertigstellung nicht in die Urkunde habe aufgenommen werden sollen. Der Zeuge habe hierbei mit dem Wort der Fertigstellung einen Begriff verwendet, der nur im Zusammenhang mit einer tatsächlich fertigen Wohnung unter Einschluss aller Zusatzarbeiten Sinn ergebe. Diesem Beweisangebot sei das Gericht rechtsfehlerhaft nicht nachgegangen.

- 25 Die in das Zeugnis des Maklers gestellten Vereinbarungen der Parteien vor Vertragschluss stünden auch in einem inneren Zusammenhang mit der weiteren von dem Beklagten vorgelegten Anlage B 10. Dort äußere der Verfasser Herr H. bereits am 20.06.2017, und damit unmittelbar nach der Beurkundung des streitgegenständlichen notariellen Kaufvertrages vom 02.06. 2017, den ausdrücklichen Wunsch,
- 26 *„... Wie Herr E. (hier: der Kläger) würden auch wir gerne einen Kaufvertrag für den Rohbau und einen Werkliefervertrag für den Ausbau der Wohnung mit Ihnen schließen, um Gewerbesteuer zu sparen ...“*
- 27 Bei der Angabe der Motivation für den Abschluss von zwei separaten Verträgen spreche der Verfasser der E-Mail zwar von Gewerbesteuer; hier dürfte der Zeuge allerdings irrtümlich Gewerbesteuer statt Grunderwerbsteuer angegeben haben.
- 28 Das Gericht habe darauf hingewiesen, dass ein Nichtigkeitsgrund nach § 134 BGB vorliegen könne, wenn die Parteien eines Grundstückskaufvertrages bewusst einen zu niedrigen Kaufpreis angegeben hätten, um auf diese Weise Grunderwerbsteuer zu ersparen.
- 29 Vor dem Hintergrund des angebotenen Zeugenbeweises sowie der ergänzend von dem Beklagten vorgelegten Anlagen B 9 und B 10 hätte das Gericht dem Beklagten jedenfalls nach § 139 ZPO einen gerichtlichen Hinweis erteilen müssen, wenn und warum es die ergänzend vorgelegten Beweisangebote für unzulänglich erachte; anhand dieses Hinweises hätte der Beklagte einen etwaig (noch) nicht ausreichend substantiierten Vortrag noch ergänzen können.
- 30 Hilfsweise werde zudem eingewandt, dass das Gericht den Beklagten zu Unrecht verurteilt habe, die Auflassung der Liegenschaft an den Kläger zu erklären, ohne diesen zu verpflichten, den noch offenen Kaufpreisteil zu entrichten.
- 31 Unstreitig sei, dass die Parteien in § 3 Ziffer 1 des notariellen Kaufvertrags vom 02.06.2017 einen Kaufpreis von 179.000,-- € vereinbart hätten. Als Bedingung zur Erklärung der Auflassung durch den Notar hätten die Parteien in § 12 des Vertrags festgelegt, dass die Eigentumsumschreibung nur unter der Bedingung einer vollständigen Kaufpreiszahlung erfolgen solle. Das Gericht habe in der Entscheidung festgestellt, dass der Kläger bislang lediglich einen Kaufpreisteil von 170.050,00 € getilgt habe, mithin 8.950,00 € zu dem ursprünglich vereinbarten Kaufpreis fehlten.
- 32 Die Ausführungen des Gerichts im Hinblick auf das von dem Beklagten behauptete Rücktrittsrecht würden mit der Berufung nicht angegriffen. Allerdings habe das Gericht unter Verweis auf die Rechtsprechung lediglich herausgearbeitet, dass das Fehlen eines geringen Kaufpreisteils von 5% den Verkäufer (noch) nicht berechtige, einen Rücktritt von

dem geschlossenen Kaufvertrag zu erklären. Mit dieser rechtlichen Würdigung sei allerdings keine Aussage darüber getroffen worden, dass der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis von 179.000,-- € reduziert sei.

33 Eine Entscheidung über die Berechtigung eines Abzuges der 8.950,00 € sei von dem Kläger zuletzt nicht mehr beantragt worden. Das Gericht habe daher den Beklagten nur im Rahmen der wechselseitigen vertraglichen Verpflichtungen verurteilen können, wie sie sich aus dem notariellen Kaufvertrag ergäben. Da dieser vor der Erklärung der Auflösung und Umschreibung des Eigentums auf den Kläger zwingend die vollständige Bezahlung des Kaufpreises von 179.000,-- € vorschreibe, wäre hier aus Sicht des Beklagten allenfalls eine Zug-um-Zug-Verurteilung des Beklagten möglich gewesen.

34 Der Beklagte beantragt,

35 1. die Klage abzuweisen,

36 2. den Kläger und Berufungsbeklagten zu verurteilen, den im Wohnungsgrundbuch von H. Blatt 12049 eingetragenen 1/31 Miteigentumsanteil an dem Grundstück 23/6 der Flur 002 der Gemarkung H. (Wohnung 25813 H.) Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrags in Höhe von 170.050,-- € geräumt herauszugeben.

37 Der Kläger beantragt,

38 die Berufung zurückzuweisen.

39 Er verteidigt die angefochtene Entscheidung:

40 Im landgerichtlichen Urteil sei ausgeführt worden, dass eine Formunwirksamkeit nur dann gegeben gewesen wäre, wenn die schlüsselfertige Erstellung der streitgegenständlichen Wohnung inhaltlich mit dem Grundstücksgeschäft derart verknüpft gewesen wäre, dass die Regelungen des Grundstücksgeschäfts nur gemeinsam mit den Regelungen des anderen Vertrages hätten gelten sollen. Dieser Wille eines einheitlichen Rechtsgeschäfts sei vom erstinstanzlichen Gericht gerade nicht festgestellt worden, zumal der Kläger nach Erwerb des Rohbaus auch selbst habe entscheiden wollen, wen er mit welchen Arbeiten zur schlüsselfertigen Herstellung habe beauftragen wollen.

41 Letztendlich sei es auch so verlaufen, dass der Kläger und auch seine Nachbarn, die Eheleute H., die meisten Arbeiten anderweitig in Auftrag gegeben und den Beklagten nur mit einzelnen Tätigkeiten betraut hätten. Zu dem Thema, welche Arbeiten im Einzelnen durch wen durchgeführt worden seien und auch zu welchen Preisen, sei bereits vollumfänglich im Schriftsatz vom 09.06.2022 vorgetragen worden. Auf dessen Inhalt nebst allen Beweisangeboten werde Bezug genommen.

42 Der Beklagte trage auch widersprüchlich vor. Derzeit behaupte er, es wäre eine schlüsselfertige Erstellung der streitgegenständlichen Wohnung vereinbart gewesen, die vollumfänglich hätte beurkundet werden müssen. In seiner Klagerwiderung vom 10.08.2021 habe der Beklagte jedoch völlig anders vortragen lassen.

43 In der Tat ergebe sich aus der notariellen Urkunde, dass sich die Parteien von zwei möglichen Modellen, nämlich der Erstellung des Rohbaus für 179.000,-- € oder der schlüsselfertigen Erstellung für 229.000,00 € eindeutig für die Rohbauvariante entschieden hätten. Daher sei auch das erstinstanzliche Gericht zutreffend zu dem Ergebnis gelangt,

dass sich aus der Bauleistungsbeschreibung die einzelnen Leistungen eindeutig ergäben und aus der Auflistung klar hervorgehe, dass gerade keine schlüsselfertige Erstellung vereinbart worden sei.

- 44 Der Zeuge B. sei nicht anzuhören, da seine Aussage bereits kein geeignetes Beweismittel gewesen wäre, um den klar definierten Inhalt des notariellen Vertrages zu entkräften.
- 45 In sein Wissen sei gestellt worden, dass die Parteien abweichend vom Vertrag - vor Abschluss - die schlüsselfertige Erstellung für 50.000,-- € vereinbart hätten. Aus seiner schriftlichen Stellungnahme (Anlage B 9) gehe jedoch nur hervor, dass zuvor über Änderungen und Sonderwünsche gesprochen worden sei, ohne dies zu spezifizieren oder gar eine Gegenleistung zu benennen.
- 46 Der Zeuge B. habe in einem anderen Rechtsstreit des Beklagten gegen die Eheleute H. (Landgericht Flensburg, 12 O 154/23 (2)) zudem eine andere Stellungnahme schriftlich abgegeben. Darin habe er geäußert, dass die Eheleute H. die Bauleistungsbeschreibung abgelehnt und sich mit dem hiesigen Beklagten geeinigt hätten, ausschließlich den Rohbau notariell zu erwerben. Damit sage er das Gegenteil von dem, was in sein Wissen gestellt worden sei.
- 47 Der Zeuge H. habe sich zu diesem Schreiben geäußert und mitgeteilt, dass es nicht stimme, dass ein Baubegleitungsvertrag mit dem Beklagten für die Fertigstellung abgeschlossen worden sei. Vielmehr sei das Unternehmen Baudienst H. aus S. mit der Baubegleitung beauftragt worden. Es sei auch nicht vereinbart gewesen, die Kosten nach Aufwand zu berechnen.
- 48 Nach alledem seien die schriftlichen Stellungnahmen des B. widersprüchlich, unzutreffend und letztendlich auch nicht entscheidungserheblich.
- 49 Zu der abermals aufgeworfenen Steuerthematik werde zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen auf den klägerischen Schriftsatz vom 20.04.2023 nebst allen Beweisangeboten. Der diesbezügliche Vortrag des Beklagten werde ausdrücklich bestritten. Die Motivation des Klägers für die Wahl der Rohbauvariante sei - wie im Urteil beschrieben - dergestalt gewesen, dass er nach Fertigstellung des Rohbaus selbst habe entscheiden wollen, ob er einige Arbeiten selbst erledigen könne und wem er welche Aufträge erteile, nicht eine etwaige Steuerersparnis. Dasselbe gelte für die Eheleute H..
- 50 Eine Zug-um-Zug-Verurteilung sei zu Recht unterblieben. Gemäß Urteil des OLG Hamburg v. 17.04.2015 - 9 U 35/14 - bestehe ein Anspruch auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung trotz offenen Restkaufpreises, wenn der Erwerber berechtigt sei, den Kaufpreis wegen Mängeln zurückzubehalten. Dabei könne nach Auffassung des Gerichts sogar das Doppelte des Mangelbeseitigungsaufwandes zurückbehalten werden, ohne dass der Anspruch auf Auflassung entfiele.
- 51 Vorliegend bestünden Mängel, die den Kläger dazu berechtigten, den Kaufpreis zu mindern bzw. bis zur Mängelbeseitigung zurückzubehalten. Von diesem Zurückbehaltungsrecht mache der Kläger ausdrücklich Gebrauch, wie auch bereits in der Klagschrift vom 08.07.2021 vorgetragen worden sei.
- 52 In der Klagschrift seien auch die einzelnen Mängel bezeichnet worden. Bezüglich der Mängel an der Treppe, u.a. unzureichender Schallschutz, der sich in der Wohnung des Klägers bemerkbar mache, sei bereits in dem Rechtsstreit beim Amtsgericht H. 30 C

11/19 ein Sachverständigengutachten eingeholt worden. Dieses habe eine nicht ausreichende Wanddicke zur Wohnung des Klägers sowie eine fehlende Entkoppelung der Treppe festgestellt und die Kosten der Mängelbeseitigung auf 24.700,-- € geschätzt. Bis heute seien die Mängel nicht beseitigt worden. Daher sei der Kläger dazu berechtigt, zumindest die 5% der Kaufsumme, mithin 8.950,-- €, einzubehalten.

- 53 Der Antrag auf Feststellung des Minderungsbetrages sei nach Hinweis des Gerichts vom 25.07.2023 auf weitere einzuholende Gutachten und entsprechende weitere Verfahrensdauer zurückgenommen worden. Da der Kläger nun schon seit vielen Jahren auf seine Eintragung warte, habe er weitere Verzögerungen vermeiden wollen. Dies tangiere jedoch das Zurückbehaltungsrecht nicht.
- 54 Die Widerklage sei aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils abzuweisen gewesen. Der Kläger habe ein Recht zum Besitz und einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus dem notariellen Kaufvertrag, weshalb ein Herausgabeanspruch des Beklagten scheitere.
- 55 Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H. und B.. Zum Inhalt der Vernehmungen wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21.05.2025 (Bl. 128-135 e-Akte).
- 56 Des Weiteren hat der Senat beschlossen, das von dem Sachverständigen Dipl.-Ing. H. in dem Verfahren vor dem Amtsgericht Husum, Aktenzeichen 30 C 11/19, unter dem 19.04.2021 erstattete Gutachten (Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 03.11.2021, Blatt 122 ff. der Akte) in diesem Verfahren als Sachverständigengutachten zu verwerten.

II.

- 57 Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet.
- 58 Dem Kläger steht gegen den Beklagten der geltend gemachte Anspruch auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung als Eigentümer im Grundbuch zu. Der Beklagte hat dem gegenüber keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der streitgegenständlichen Wohnung Zug-um-Zug gegen Zahlung eines Betrags in Höhe von 170.050,-- €, den er hilfsweise widerklagend geltend gemacht hat für den Fall, dass das Gericht dem Klagantrag stattgibt.
- 59 I. Klage
- 60 Der Anspruch auf Eigentumsübertragung an Grundstück und Eigentumswohnung ergibt sich aus dem notariellen Kauf- und Werklieferungsvertrag vom 02.06.2017 (Bl. 9ff. d. Akte LG) in Verbindung mit §§ 433 Abs. 1 BGB.
- 61 1. Der Vertrag ist unter Einhaltung der vorgeschriebenen Form des § 311b BGB zustande gekommen.
- 62 a) Bei einem Bauträgervertrag verpflichtet sich der Bauträger zur Vornahme von Bauleistungen auf einem Grundstück sowie zur Übergabe und Übereignung des Grundstücks mitsamt fertiggestelltem Bauwerk an den Erwerber. Kauf- und werkvertraglicher Teil können zwar theoretisch rechtlich isoliert betrachtet werden. Sie stellen aber beim Bauträgervertrag Teile eines einheitlichen Ganzen dar und ergeben nur gemeinsam Sinn. Der Erwerber ist (grundsätzlich nur) am Erhalt von Werkleistungen und Eigentum als Ein-

heit interessiert, so dass ihre Trennung den objektiven Sachzusammenhang sprengen würde. Die einzelnen Leistungen sind daher beim Bauträgervertrag ins Synallagma eines einheitlichen Vertragsverhältnisses einbezogen, es handelt sich mithin in aller Regel um einen einheitlichen, gemischten Vertrag. Ein solcher unterfällt schon aufgrund der objektiven Untrennbarkeit seiner Bestandteile in Gänze der Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 BGB, sodass der Bauträgervertrag stets in allen Teilen - insbesondere auch hinsichtlich des werkvertraglichen Teils - der notariellen Beurkundung bedarf, und zwar unabhängig von einem subjektiven Verknüpfungswillen der Parteien (vgl. zu alledem BeckOGK/Schreindorfer, 1.10.2023, BGB § 311b Rn. 209; ausführlich auch KG Berlin, Urteil v. 09.02.2021 - 21 U 126/19 -, juris, zu dem auch hier vorliegenden Fall des Erwerbs eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück i.V.m. einer Wohnung). Wird die Form nicht eingehalten, erstreckt sich die Nichtigkeit auf den gesamten Vertrag, nichtig ist danach nicht nur die formlose Nebenabrede, sondern grundsätzlich auch der notariell beurkundete Vertrag, § 125 BGB (s. zu dieser umfassenden Rechtsfolge Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Aufl., § 311b Rn. 45).

- 63 b) Dies gilt grundsätzlich zunächst auch für den hier vorliegenden „Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrag“ vom 02.06.2017, im Untertitel ausdrücklich auch als „Bauträgervertrag nach Makler- und Bauträgerverordnung“ bezeichnet (Bl. 60 d. Akte LG).
- 64 Hinsichtlich dieses Vertrags sind die Parteien dem Formerfordernis unstreitig nachgekommen. Die dortige Verpflichtung des Beklagten zur Herstellung eines Rohbaus des Wohnungseigentums und zur Eigentumsübertragung an Wohnung und Grundstück zum Preis von 179.000,-- € wurde ordnungsgemäß beurkundet.
- 65 c) Hingegen wurde eine vom Beklagten behauptete zusätzliche Vereinbarung über die Fertigstellung des Wohnungseigentums über den Rohbau hinaus für weitere 50.000,- € nicht beurkundet. Dies führt allerdings vorliegend nicht zur Formnichtigkeit gem. §§ 311b, 125 BGB.
- 66 aa) Der Beklagte als derjenige, der sich auf die Formnichtigkeit des Bauträgervertrags beruft, hat schon nicht bewiesen, dass ein solcher Zusatzvertrag überhaupt abgeschlossen wurde; der Kläger bestreitet einen solchen. Der Senat folgt insoweit dem Landgericht, das allerdings wegen der unterlassenen Vernehmung der Zeugen B. und H. auf einer unvollständigen Tatsachenbasis entschieden hat. Diese Vernehmung hat der Senat nachgeholt, was das Ergebnis des Landgerichts bestätigt hat .
- 67 (1) Unstreitig ist zunächst, dass der Beklagte die Wohnung des Klägers ebenso wie die zweite Wohnung im Haus, die der Zeuge H. erworben hat, per Exposé als „schlüsselfertig“ zu einem Preis von 229.000,-- € angeboten hatte. Ebenso ist unstreitig, dass sich die Wohnungen jedenfalls eine Zeitlang zu diesem Preis nicht verkaufen ließen. Als der Kläger Interesse bekundete, kamen die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen überein, nur den „Rohbau“-Vertrag beurkunden zu lassen. Ob zu diesem Zeitpunkt oder später auch verabredet wurde, dass der Beklagte für einen zusätzlichen Betrag von 50.000,-- € die an den Kläger verkaufte Wohnung schlüsselfertig fertigstellen sollte, hat die Beweisaufnahme nicht mit der erforderlichen Sicherheit ergeben.
- 68 (2) Zwar hat der Zeuge B., der vom Beklagten als Makler mit Alleinauftrag eingeschaltet war und nach seinem Bekunden sowohl die Vertragsverhandlungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten als auch zwischen dem Zeugen H. und dem Beklagten ebenso wie die Ausführungen der Bauarbeiten eng begleitet hat, ausgesagt, dass der Beklagte auf

den Vorschlag des Käufers, nur den Rohbau zum Preis von 179.000,-- € zu beurkunden, eingegangen sei, dass sich dann aber „am Leistungsumfang von Herrn O. nichts verändert“ habe. Die Parteien hätten abgesprochen, dass der Beklagte die Eigentumswohnung schlüsselfertig erstellen sollte und dementsprechend sei dann die Fertigstellung auch vorgenommen worden. Er sei bei den Gesprächen zwischen den Parteien durchweg dabei gewesen. Er habe ein Vertrauensverhältnis „in alle Richtungen“ gehabt und könne sich nicht vorstellen, dass ihm abweichende Vereinbarungen der Parteien nicht bekannt geworden wären. Er habe auch, abweichend von seinen sonstigen Gepflogenheiten, die Bauphase bis zum Einzug mit begleitet. Insbesondere habe er die Familie H., die weit weg gewohnt habe, über den Baufortschritt informiert und ihnen Bilder gemailt. Es sei so gewesen, dass die Firmen auf der Baustelle tätig gewesen seien, die von dem Beklagten beauftragt worden seien. Es könne sein, dass der Kläger die Malerarbeiten selbst vergeben habe. Er glaube, dass der Zeuge H. gar nichts selbst gemacht habe. Das habe alles der Beklagte veranlasst. Er selber sei auch mit den Parteien und dem Beklagten zur Küchenfirma gefahren, um die Küchen auszusuchen, wobei es sein könne, dass es unterschiedliche Preise gewesen seien, da die Küchenräumlichkeiten in den Wohnungen ja auch unterschiedlich groß seien.

- 69 (3) Demgegenüber hat der Zeuge H., der die zweite Wohnung von dem Beklagten gekauft hat, erklärt, dass es richtig sei, dass der Beklagte eigentlich die Wohnung habe schlüsselfertig erstellen wollen; sie hätten dann allerdings nur den Rohbau erworben. Der Beklagte habe vorgeschlagen, nur den Kaufvertrag über den Rohbau zu beurkunden. Über einen weiteren Werklieferungsvertrag zum Ausbau seien sie sich jedoch nicht einig geworden. Es habe Unstimmigkeiten über die Größe der Carports gegeben, ebenso über einen Müllplatz. Die Außenbeleuchtung habe wegefallen sollen und Sonderwünsche seien auch „nicht richtig“ berücksichtigt worden. Ohne einen festen Vertrag hätten sie mehr Einflussmöglichkeiten auf den Ausbau gehabt. So habe der Zeuge z.B. keine Badewanne haben wollen; das wäre bei einer Fertigstellung durch den Beklagten nicht berücksichtigt worden. Sie hätten dann im Einverständnis mit dem Beklagten den Ausbau selbst organisiert, wobei der Beklagte im Rahmen dessen durchaus Teilleistungen erbracht habe. Für von dem Beklagten auszuführende Außenarbeiten und die Innenverkleidung mit Rigips habe der Zeuge einen Abschlag geleistet in Höhe von 15.000,00 €, für den er bis heute keine Rechnung bekommen habe. Der Beklagte habe bei ihm auch die Fliesen gelegt und die Wände gestrichen und dafür separate Rechnungen gestellt und bezahlt erhalten. Für weitere Leistungen hätten sie - alle drei Wohneinheiten - teilweise gemeinsam Angebote eingeholt und auch Aufträge erteilt. Das betreffe etwa die Elektrikerarbeiten und die Estrichlegerarbeiten. Der Beklagte habe bereits zuvor Preise eingeholt gehabt für alle drei Wohneinheiten und entsprechende Preisvorteile herausgeholt, wovon sie alle profitiert hätten. Sie hätten sich als „Interessen- und Einkaufsgemeinschaft“ gesehen und das auch so gelebt. Mit der Baubegleitung habe er einen H. Baudienst beauftragt. Für weitere Arbeiten habe jeder Eigentümer selbst Aufträge erteilt. Die Leistungen der Handwerksunternehmen seien dann ihnen gegenüber direkt abgerechnet und auch entsprechend bezahlt worden, so etwa an die Firma M. für die Elektrik sowie den Estrichleger. Die vom Beklagten bei einem Küchenlieferanten vorkonfigurierte Küche habe dem Zeugen nicht gefallen. Sie hätten sich dann selbst eine Küche ausgesucht bei einem anderen Küchenanbieter und diese dann auch bestellt und direkt an den Anbieter bezahlt. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit könne er sagen, dass sie die Farbe gekauft hätten für die Streicharbeiten, die dann von dem Beklagten durchgeführt worden seien. Sie hätten auch die Sanitärausstattung selbst gekauft, den Carport selbst in Auftrag gegeben und die Armaturen für die Badezimmer selbst erworben. Bei dem Kläger sei der Endaus-

bau nach seiner Kenntnis ähnlich vorgenommen worden. Dieser habe allerdings auch die Fliesenarbeiten selbst erstellt bzw. in Auftrag gegeben und nicht von dem Beklagten erledigen lassen. Gleiches gelte für die Malerarbeiten. Ebenso habe er den Carport selbst erstellt und auch die Sanitärarbeiten selbst beauftragt bei einem Drittunternehmen.

- 70 (4) Nach Würdigung dieser beiden Aussagen ist der Senat nicht davon überzeugt, dass es tatsächlich eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien gegeben hat, wonach der Beklagte für 50.000,-- € die Wohnung des Klägers - ebenso wie für den gleichen Betrag die Wohnung des Zeugen H. und seine eigene Wohnung - fertigstellen sollte.
- 71 Zwar hat der Zeuge B. den Abschluss eines gesonderten „Baubegleitungsvertrags“ behauptet; letztlich ist aber die detaillierte und überzeugende Aussage des Zeugen H., der eine solche Vereinbarung nicht bestätigt hat, mindestens ebenso glaubhaft. Nach seinen Angaben ergibt sich ein plausibles Bild, wonach von Anfang an eine von dem Zeugen H. beschriebene „Einkaufs- und Interessengemeinschaft“ geplant war, die dazu geführt hat, dass der Beklagte zwar - nach Erhalt einer Vorleistung von 15.000,-- € vom Kläger und dem Zeugen H. - bestimmte, jeweils konkret beauftragte Arbeiten wie den Innenausbau erledigt hat, teilweise auch weitere Arbeiten wie die Maler- und Estricharbeiten bei dem Zeugen H.. Insoweit deckt sich seine Aussage mit der vom Kläger als Anlage zur Akte gereichten Übersicht über die von ihm und dem Zeugen H. jeweils an den Beklagten gezahlten 15.000,-- € und weitere Zahlungen für konkrete Arbeitsaufträge (Anlagen Kl Bl. 14 e-Akte). Es wurden aber auch vom Kläger, dem Zeugen H. und dem Beklagten einzeln, zu zweit oder zu dritt weitere Aufträge an Fremd-Handwerker vergeben und bezahlt, was sowohl von dem Zeugen H. als auch vom Kläger gewollt war, um ihre jeweiligen Sonderwünsche beim Ausbau, hinsichtlich derer sie sich mit dem Beklagten zu Beginn der Vertragsverhandlungen nicht einig geworden waren, verwirklichen zu können. Dabei hat der Kläger - so der Zeuge H. - jedenfalls Carport, Küche, Fliesen, Maler und Sanitär vollständig allein an andere Handwerker vergeben und deren Rechnungen auch entsprechend bezahlt.
- 72 Der Zeuge H. hatte insoweit einen tieferen Einblick in die Auftragsvergabe und die Abrechnung als der Zeuge B.. Auch wenn der Zeuge B. in die Vertragsverhandlungen und die praktische Errichtung des Mehrfamilienhauses eng eingebunden war, war er doch kein Freund, Vertrauter oder Geschäftspartner des Beklagten oder des Klägers bzw. des Zeugen H. mit einem entsprechend tiefen Einblick in Geschäftsvorgänge. Es ist daher auch denkbar, dass bei dem Zeugen angesichts des Umstands, dass der Beklagte auf der Baustelle handwerkliche Arbeiten erledigte und dass auch von ihm ausgesuchte Handwerker dort tätig waren, der Eindruck entstanden ist, als wenn der Beklagte - wie ursprünglich geplant - den weiteren Ausbau der Wohnungen entweder selbst oder mit Subunternehmern vollendete. Dieser Rückschluss auf das Bestehen einer entsprechenden Vereinbarung ist aber nicht zwingend. Und auch der Zeuge B. hat eingeräumt, dass bestimmte Arbeiten von dem Kläger selbst beauftragt wurden - z.B. Malerarbeiten - und auch die Küchen unterschiedliche Preise gehabt haben könnten (was nicht für einen einheitlichen Preis für den Ausbau spricht), wobei er in die Rechnungsstellung als Außenstehender naturgemäß keinen Einblick hatte. Ebenso hat er in seiner schriftlichen Stellungnahme zum Kaufvertrag H./O. (Anlage K15, Anlagen Kl Bl. 1 e-Akte) ausgeführt, dass ein „Baubegleitungsvertrag“ „für die Fertigstellung“ abgeschlossen worden sei, die Vereinbarung aber eine „Berechnung der Kosten nach Aufwand“ vorgesehen habe. Diese Art der Vertragsgestaltung deckt sich nicht mit dem vom Beklagten behaupteten zusätz-

lichen Vertrag für eine feste Vergütung von 50.000,-- €, sondern eher mit der von dem Kläger und dem Zeugen H. dargelegten Konstruktion von Einzelaufträgen.

- 73 Der Glaubhaftigkeit der Aussage des Zeugen H. steht auch nicht die vom Beklagten zur Akte gereichte Anlage B10 (Anlagenband Bekl LG) entgegen, in der der Zeuge H. am 20.06.2017 an den Beklagten geschrieben hat, dass er ebenso wie der Kläger gern einen Kaufvertrag für den Rohbau und einen Werkliefervertrag für den Ausbau der Wohnung mit dem Beklagten abschließen würde, um „Gewerbesteuer“ zu sparen. Ohne zu zögern hat der Zeuge in seiner Befragung dieses Schreiben damit erklärt, dass er es kurz nach dem ersten Treffen mit dem Beklagten und dem Zeugen B. verfasst habe, was sich mit der Überschrift „Persönliches Gespräch am Samstag, 17.06.2017“ deckt. Zu diesem Zeitpunkt habe er den Kläger noch gar nicht gekannt, nur von dem Beklagten etwas über die mögliche Aufspaltung in zwei Verträge erfahren. Beim zweiten Treffen habe er sich dann mit dem Beklagten auf die von ihm beschriebene andere Vorgehensweise geeinigt, da er mit einem vollständigen Ausbau durch den Beklagten zu einem Festpreis seine Sonderwünsche nicht genügend berücksichtigt sah. Ebenso hat es der Kläger für seine Person vorgetragen und ist es dann letztlich auch gelebt worden. Damit lässt sich aus dem Schreiben nur etwas über das Angebot des Beklagten an den Zeugen H. ableiten, nicht aber über konkrete Vereinbarungen zwischen dem Zeugen und dem Beklagten und ebenso wenig über konkrete Vereinbarungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten.
- 74 (5) Damit steht zur Überzeugung des Senats ebenso wie für das Landgericht nicht fest, dass die Parteien neben dem notariellen Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrag noch einen zweiten Vertrag über die Fertigstellung der streitgegenständlichen Wohnung zu einem Festpreis von 50.0000,-- € durch den Beklagten geschlossen haben.
- 75 bb) Selbst wenn aber ein weiterer Vertrag über 50.000,-- € bis zur Fertigstellung abgeschlossen worden sein sollte, hat der Beklagte nicht bewiesen, dass die beiden Verträge - Bauträgervertrag über Kauf und Rohbauerstellung einerseits und Werkvertrag über Fertigstellung andererseits - so eng verknüpft waren, dass eine Beurkundung erforderlich gewesen wäre.
- 76 (1) Die Frage, ob auch der zusätzliche Vertrag zusammen mit dem Bauträgervertrag über den Rohbau hätte beurkundet werden müssen, hängt nach der Rechtsprechung davon ab, ob im Zeitpunkt der Beurkundung bei den Parteien ein sog. Verknüpfungswille hinsichtlich der beiden Rechtsgeschäfte vorhanden war.
- 77 Unmittelbar bezieht sich § 311b Abs. 1 BGB nur auf die vertragliche Verpflichtung zur Veräußerung und zum Erwerb eines Grundstücks. Beurkundet werden müssen nach der Rechtsprechung allerdings zusätzlich alle Vereinbarungen, aus denen nach dem Willen der Beteiligten der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag gebildet wird (vgl. BGH, Urteil v. 11.11.1983 - V ZR 150/82, juris Rn. 10). Bei Grundstücksgeschäften unterliegen danach dem Beurkundungserfordernis nicht nur die Verpflichtung des Veräußerers zur Grundstücksübertragung, sondern alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt; dabei spielt es keine Rolle, inwieweit die einzelnen Ansprüche aus dem Vertrag nach Kauf- oder Werkvertragsrecht zu beurteilen sind (vgl. BGH, Urteil v. 06.04.1979 - V ZR 72/74, juris Rn. 16) (vgl. zu alledem BeckOGK/Schreindorfer, 1.10.2023, BGB § 311b Rn. 183-185, m.w.N.).

- 78 (2) Bei objektiv selbständigen Verträgen bedarf es zur Herstellung des rechtlichen Zusammenhangs eines zusätzlichen subjektiven Verknüpfungsmoments - dem Verknüpfungswillen der Parteien. Ein solcher wird zwar für Bauträgerverträge dann nicht als erforderlich angesehen, wenn es um den Kern des Bauträgervertrags geht, nämlich um Grundstücksgeschäft und Bauvertrag (s. oben). Hier aber besteht bereits ein formwirksam abgeschlossener Bauträgervertrag, nämlich in Form eines Grundstücksvertrags in Verbindung mit einem Bauvertrag über einen Rohbau. Für die Frage der Formbedürftigkeit eines weiteren, darauf aufbauenden Vertrags - hier über die Fertigstellung - müsste dann - dem Grundsatz folgend - ein Verknüpfungswille vorhanden sein.
- 79 Durchgesetzt hat sich hierzu in der Rechtsprechung mittlerweile die Auffassung, dass zur Bestimmung der Reichweite des § 311b Abs. 1 BGB auf dessen Normzweck abzustellen ist. Dessen Gegenstand ist das Grundeigentum; vor dem unüberlegten Erwerb oder der unüberlegten Veräußerung desselben möchte § 311b Abs. 1 BGB - neben weiteren grundstücksbezogenen Aspekten - insbesondere schützen. Andere - wirtschaftlich möglicherweise im Einzelfall ebenso bedeutende Erwägungen - spielen für den Normzweck des § 311b Abs. 1 keine Rolle. Daher geht man heute davon aus, dass es nicht auf die wechselseitige Abhängigkeit beider Verträge voneinander, sondern nur auf die einseitige Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem anderen Vertrag bzw. den anderen Verträgen ankommt. Nur, wenn der Grundstücksvertrag nach dem Willen der Parteien von dem anderen Vertrag abhängig ist, erstreckt sich der Normzweck des § 311b Abs. 1 BGB auf letzteren, welcher daher mitzubeurkunden ist, im umgekehrten Fall nicht (vgl. zu alledem BeckOGK/Schreindorfer, 1.10.2023, BGB § 311b Rn. 183-185, m.w.N.). So sieht dies auch der Bundesgerichtshof: Es kommt darauf an, ob das Grundstücksgeschäft auch ohne das weitere Geschäft (hier Werkvertrag) geschlossen worden wäre (vgl. BGH, Urteil v. 22.07.2010 - VII ZR 246/08, juris Rn. 11).
- 80 Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Verknüpfungswillens trägt grundsätzlich die Partei, die sich auf die Formnichtigkeit des Vertrags beruft. Sprechen allerdings die Indizien und/oder eine Vermutung für einen Verknüpfungswillen, hat die sich auf das Nichtvorliegen desselben berufende Partei dies darzulegen und ggf. zu beweisen (vgl. zu alledem BeckOGK/Schreindorfer, 1.10.2023, BGB § 311b Rn. 186-197).
- 81 (3) Das Landgericht konnte sich angesichts des Bestreitens des Klägers keine Überzeugung davon verschaffen, dass das Grundstücksgeschäft über den Rohbau nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nur gemeinsam mit Regelungen eines zusätzlichen Vertrags über die schlüsselfertige Erstellung durch den Beklagten gelten sollte (s. Urteil S. 5-6). Ergänzend wird Folgendes festgestellt:
- 82 Der Beklagte hat das Vorliegen eines solchen Verknüpfungswillens nicht bewiesen.
- 83 Aus dem - unterstellten - Abschluss eines weiteren Vertrags über die Fertigstellung der streitgegenständlichen Wohnung durch den Beklagten kann nicht geschlossen werden, dass der Beklagte den beurkundeten „Kauf- und Werklieferungsvertrag“ nicht geschlossen hätte, wenn der Kläger darauf bestanden hätte, nur einen Rohbau durch den Beklagten erstellen zu lassen.
- 84 Zwar hatte der Beklagte - wie das Exposé zeigt - offensichtlich ein wirtschaftliches Interesse daran, über den Rohbau hinaus auch die weiteren Unternehmerleistungen zu erbringen und dafür eine Vergütung von 50.000,-- € zu erhalten. Unstreitig hatte der Be-

klagte die „schlüsselselfertige Erstellung“ aber auch schon über einen längeren Zeitraum inseriert, so dass es auch denkbar ist, dass er durchaus bereit war, die beiden Wohnungen, die er ursprünglich einmal für sich und seine Schwester bauen wollte, endlich zu verkaufen und er sich daher auch auf einen Verkauf zu einem geringeren Preis bei gleichzeitig geringerer Leistung eingelassen hätte.

- 85 Anderes konnte auch der Zeuge B. nicht bekunden. Der Zeuge konnte zwar die Vertragsverhandlungen beschreiben, die nach seiner Aussage darin mündeten, dass nur ein Teil beurkundet werden, der Beklagte aber trotzdem die gesamten Leistungen bis zur schlüsselfertigen Erstellung der Wohnung gegen Zahlung von weiteren 50.000,-- € erbringen sollte. Damit ist aber keine Aussage darüber getroffen, ob der Beklagte den Abschluss eines Vertrags abgelehnt hätte, wenn der Kläger gesagt hätte, er wolle nur die „Rohbau“-Variante ausgeführt haben.
- 86 cc) Selbst wenn man die Existenz eines weiteren Vertrags über die Fertigstellung der streitgegenständlichen Wohnung durch den Beklagten und einen Verknüpfungswillen der Parteien hinsichtlich der beiden Verträge bejahen würde, könnte die Frage der Einhaltung der Form des § 311b BGB letztlich dahinstehen, weil sich der Beklagte aus Gründen von Treu und Glauben ohnehin nicht auf die Formnichtigkeit berufen könnte.
- 87 (1) Im Fall der Formnichtigkeit einer Vereinbarung kann die Berufung einer Partei hierauf ausnahmsweise wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) unbeachtlich sein. Das gilt dann, wenn auf Seiten desjenigen, welcher der Geltendmachung der Formnichtigkeit entgegentritt, ein Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Formlichkeit vorgelegen hat und dieser Irrtum vom Geschäftsgegner schuldhaft, mindestens fahrlässig, verursacht worden war, oder wenn derjenige, der sich auf den Formverstoß beruft, eine Haltung eingenommen hat, die mit seinem früheren Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist. Entsprechendes gilt, wenn eine Partei, sei es auch nur unabsichtlich, die andere zum Absehen vom erforderlichen Abschluss eines formgültigen Vertrags veranlasst und diese daraufhin angenommen hat, dass eine formlose Vereinbarung genüge (BGH, Urteil vom 12.02.1981 - VII ZR 230/80 -, juris Rn. 24). Insbesondere für Bauverträge hat der Bundesgerichtshof überdies entschieden, die Geltendmachung von deren Nichtigkeit durch den Unternehmer sei unter dem Gesichtspunkt selbstwidersprüchlichen Verhaltens ausgeschlossen, wenn er in Kenntnis der die Nichtigkeit begründenden Umstände den Vertrag durchführt, sozusagen „ins Werk gesetzt“ und seine Bauleistung erbracht hat (BGH, Urteil vom 24.04.2008 - VII ZR 42/07, juris Rn. 15 ff. zu den Auswirkungen einer nach §§ 134, 138 BGB vergleichbar nichtigen „Ohne-Rechnung-Abrede“ in einem Bauvertrag; vgl. zu alledem: KG Berlin, Urteil vom 4. April 2019 - 27 U 111/18 -, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.04.2018 - 8 U 19/14, juris).
- 88 Der Bundesgerichtshof (a.a.O.) hat dazu ausgeführt, dass sich die Treuwidrigkeit aus der besonderen Interessenlage ergebe, die typischerweise bei derartigen mit „Ohne-Rechnung-Abrede“ geschlossenen Bauverträgen dann bestehe, wenn der Auftragnehmer seine Werkleistung am Anwesen des Auftraggebers in mangelhafter Weise erbracht oder sich seine mangelhafte Leistung im Bauwerk niedergeschlagen habe. Die sich hieraus ergebenden Folgen für den Auftraggeber lassen sich nach Ansicht des Bundesgerichtshofs durch Regeln über die Rückabwicklung eines nichtigen Vertrages nicht wirtschaftlich sinnvoll bewältigen. Dieser Umstand und das daraus resultierende besondere Interesse des Auftraggebers an vertraglichen, auf die Mängelbeseitigung gerichteten Gewährleistungsrechten lägen für den Auftragnehmer offen zutage. Er verhalte sich deshalb treuwidrig, wenn er sich in Widerspruch zu seinem bisher auf Erfüllung des Vertrags gerichteten

teten Verhaltens darauf berufe, dass er wegen der auch seinem eigenen gesetzwidrigen Vorteil dienenden „Ohne-Rechnung-Abrede“ und wegen einer daraus resultierenden Gesamtnichtigkeit des Werkvertrags für seine mangelhaften Leistungen nicht gewährleistungspflichtig sei.

- 89 (2) Diese Argumentation des Bundesgerichtshofs ist auf die vorliegende Situation eines wegen Formmangels gem. § 311b BGB nichtigen Vertrags übertragbar. Dies vorausgesetzt ist vorliegend die Treuwidrigkeit eines Berufens des Beklagten auf etwaige Formmängel zu bejahen.
- 90 Denn es war - so auch der Zeuge H. - der Beklagte als Bauunternehmer, der dem Kläger (und dem Zeugen H.) als Privatperson(en) vorschlug, den notariellen Bauträgervertrag nur über den Rohbau, nicht auch über die Fertigstellung der Wohnung abzuschließen. Jedenfalls aber hat der Beklagte ein entsprechendes Ansinnen des Klägers gebilligt und die Durchführung des Vertrags begonnen. Er hat sich bei Beginn der Streitigkeiten wegen Auflassung und Mängeln zunächst nicht auf die Formnichtigkeit berufen, sondern hat sich gegen den Auflassungsantrag des Klägers lediglich mit dem Argument gewehrt, dass der Kaufpreis von 179.000,-- € noch nicht vollständig bezahlt sei und die vom Kläger behaupteten Mängel nicht vorlägen. Später im Verfahren hat er den Rücktritt vom Bauträgervertrag erklärt und sich dafür ebenfalls auf die unvollständige Kaufpreiszahlung berufen. Erst als das Landgericht in einem Hinweis mitgeteilt hatte, dass der vom Kläger nicht gezahlte Kaufpreisanteil zu gering sei, um einen Rücktritt zu rechtfertigen und es darüber hinaus auch angekündigt hatte, dem Auflassungsantrag des Klägers nachzukommen, hat er letztlich den seiner Ansicht nach bestehenden Formmangel gerügt.
- 91 Der Beklagte hat damit eine mit Treu und Glauben unvereinbare Haltung eingenommen, wenn er in der von ihm selbst mit herbeigeführten Situation in Kenntnis der die Formnichtigkeit begründenden Umstände - nämlich der Vermeidung von Grunderwerbsteuer, wenn auch nach seiner Darstellung nichts von der Formnichtigkeit wusste - seine Bauleistungen vollständig erbringt und sich später - und zwar erst im Zusammenhang mit Mängelvorfällen des Klägers - trotz der schwierigen und für den Kläger äußerst belastenden Rückabwicklung eines Grundstücksvertrags, bei dem Käufer bereits seit Jahren mit seiner Familie in dem streitgegenständlichen Objekt wohnt, darauf beruft, dass der Vertrag tatsächlich gar nicht vollständig beurkundet worden sei.
- 92 d) Nach alledem sind der notarielle Vertrag und der - ggfs. unterstellte - weitere Vertrag auf schlüsselfertige Erstellung der streitgegenständlichen Wohnung unter keinem der geprüften Aspekte gem. §§ 311b, 125 BGB nichtig.
- 93 2. Eine Nichtigkeit des Vertrags wegen einer sog. Schwarzgeldabrede gem. §§ 134, 138 BGB, weil die Beurkundung eines niedrigeren Kaufpreises die Hinterziehung von Grunderwerbsteuer und damit eine Steuerhinterziehung hätte ermöglichen sollen, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs per se nicht in Betracht.
- 94 Wird der Kaufpreis bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags in der Absicht, Steuern zu hinterziehen, niedriger angegeben als mündlich vereinbart (sog. Schwarzgeldabrede), ist der Vertrag in der Regel nicht gem. §§ 134, 138 BGB nichtig. Anders liegt es nur, wenn die Steuerhinterziehungsabsicht alleiniger oder hauptsächlicher Zweck des Rechtsgeschäfts ist; dies ist jedoch regelmäßig nicht der Fall, wenn der Leistungsaustausch, d.h. die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung des Grundstücks

und die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises, ernstlich gewollt ist. Letzteres ist hier der Fall.

- 95 Die Erwägungen, die im Falle eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SchwarzArbG zur Nichtigkeit des Dienst- oder Werkvertrags führen, sind auf Schwarzgeldabreden im Rahmen von Grundstückskaufverträgen nicht übertragbar (vgl. BGH, Urteil v. 15.03.2024 - V ZR 115/22).
- 96 3. Der Beklagte ist auch nicht wegen unvollständiger Kaufpreiszahlung (8.950,-- € von 179.000,-- € fehlen) wirksam gem. § 4 Ziff. 1 des Bauträgervertrags zurückgetreten, so dass dieser rückabzuwickeln wäre und der Kläger darauf keinen Anspruch auf Eigentumsübertragung mehr stützen könnte.
- 97 Das Landgericht hat hierzu ausgeführt, dass selbst bei - unterstellter - Verletzung der Pflicht zur vollständigen Kaufpreiszahlung ein Einbehalt in der Höhe im Verhältnis zum Umfang des gesamten, zwischenzeitlich erfolgten Leistungsaustauschs unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB wäre (Urteil S. 6-7).
- 98 Diese rechtliche Bewertung, der auch der Senat folgt, hat der Beklagte in seiner Berufungsbegründung ausdrücklich nicht beanstandet.
- 99 4. Schließlich steht der Auflassung und Bewilligung der Eintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch auch sonst nicht entgegen, dass der Kläger den Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt hat, denn dem Anspruch des Beklagten auf restliche Kaufpreiszahlung stehen Mängelbeseitigungsansprüche des Klägers entgegen, aufgrund derer er den restlichen Kaufpreis zurückbehalten kann.
- 100 a) Nach § 12 Abs. 2 Satz 2 des Bauträgervertrags (Bl. 67 d. Akte LG) soll die Auflassung erst „nach Vorliegen der für die Umschreibung erforderlichen Unterlagen und Zahlung des vollständigen Kaufpreises durch einen der in § 14 benannten Bevollmächtigten erklärt und die Eigentumsumschreibung durch den Notar bewirkt werden“.
- 101 Grundsätzlich ist der Anspruch auf Auflassung danach nicht fällig, solange der Kaufpreisanspruch nicht vollständig erfüllt ist; der Kläger ist insoweit vorleistungspflichtig.
- 102 b) Allerdings wird die Erfüllung des (restlichen) Kaufpreisanspruchs im Streitfall gemäß § 162 Abs. 1 BGB analog fingiert, weil den Klägern wegen der sachverständig festgestellten Mängel am Schallschutz insoweit ein Zurückbehaltungsrecht zusteht (vgl. KG Berlin, Urteil vom 4. April 2019 - 27 U 111/18 -, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.04.2018 - 8 U 19/14, juris; im Ergebnis auch: Hanseatisches Oberlandesgerichts Hamburg, Urteil v. 17.04.2015 - 9 U 35/14, juris Rn. 90ff.).
- 103 aa) Nach § 162 Abs. 1 BGB gilt eine Bedingung als eingetreten, wenn deren Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. Das ist auch der Fall, wenn der Bauträger eine geschuldete Mängelbeseitigung nicht durchführt, so dass gegenüber dem Kaufpreisanspruch, insbesondere der letzten Kaufpreiskategorie, deren Erfüllung Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruchs des Grundstückserwerbers auf Vollzug der Eigentumsübertragung ist, ein Zurückbehaltungsrecht besteht. Als treuwidrig ist das Verhalten des Bauträgers jedenfalls dann anzusehen, wenn er viele Jahre nach Errichtung des Bauwerks und Bestätigung einer Vielzahl von nicht unerheblichen unstreitigen Mängeln keine Nachbesserung durchführt (vgl. auch OLG München, Urteil vom 15.11.2011 - 13 U 15/11 -, juris Rn. 44). Deckt in einem sol-

chen Fall das Zurückbehaltungsrecht eines Erwerbers gemäß § 641 Abs. 3 BGB analog den Restbetrag aus der Vergütung des Bauträgers ab, ist aus dem Rechtsgedanken des § 162 Abs. 1 BGB zu folgern, dass der Auflassungsanspruch besteht, obwohl der Vergütungsanspruch nicht erloschen ist (KG Berlin, Urteil vom 4. April 2019 - 27 U 111/18 -, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.04.2018 - 8 U 19/14, juris, jeweils m.w.N.).

- 104 So verhält es sich im Streitfall.
- 105 bb) Unstreitig hat der Beklagte gegen die Kläger noch einen restlichen Kaufpreisan-
spruch in Höhe von 8.950,-- €. Demgegenüber bestehen aber hohe Mängelbeseitigungs-
kosten, nach sachverständiger Schätzung in Höhe von 24.700,-- €, die bereits das für ein
Zurückbehaltungsrecht gem. § 641 Abs. 3 BGB anzusetzende Doppelte des zurückbehal-
tenen Betrags von 8.950,-- € übersteigen.
- 106 cc) An der streitgegenständlichen Eigentumswohnung liegen nach den Feststellungen
des Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. H. vom 19.04.2021 im Verfahren 30 C
11/19 AG H. (Bl. 193ff. d. Akte AG H.; ebenso Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom
03.11.2021, Blatt 122 ff. d. Akte LG, allerdings ohne vollständige Anlagen) Mängel am
Schallschutz vor, die mindestens Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 24.700,-- €
rechtfertigen.
- 107 (1) Das Gutachten des Sachverständigen H. kann im streitgegenständlichen Verfahren
aufgrund des Beschlusses vom 21.05.2025 (Bl. 136 e-Akte) gem. § 411a ZPO verwertet
werden.
- 108 Soweit der Beklagte im Rahmen seiner Stellungnahmefrist nach mündlicher Verhandlung
vor dem Senat der Verwertung des Gutachtens widersprochen hat, weil der Sachverstän-
dige bei der Erstellung von unzutreffenden und nicht zwischen den Parteien vereinbar-
ten oder geltenden Vorgaben für den Schallschutz ausgegangen sei, folgt der Senat dem
nicht.
- 109 Der Beklagte meint, dass - da die Parteien keine ausdrücklichen und schriftlich festgehal-
tenen Vereinbarungen hinsichtlich des Schallschutzes getroffen hätten - sich die Vorga-
ben für das Erstellungsjahr des Gebäudes 2016/2017 nach den Vorgaben der DIN 4109
richteten, die nach der Stellungnahme des Statikers Herrn I. (Anlage K25) eingehalten
seien.
- 110 Der Beklagte legt insoweit seinen Berechnungen nur den Mindestschallschutz der DIN
4109 zugrunde, weil der notarielle Vertrag keinen höheren Schallschutz vorgebe. Zur
Unterstützung seiner Ansicht beruft er sich darauf, dass es an zwei Stellen in der „Bau-
beschreibung gem. § 9 Bauvorlagenverordnung SH“ (als Anlage zur Teilungserklärung,
die wiederum Vertragsbestandteil ist, Bl. 97 d. Akte LG) heißt: „min. Schallschutz gem.
DIN eingehalten“. Aus dieser Unterlage lässt sich allerdings nicht entscheidend auf den
vertraglich gewollten Schallschutz schließen. Denn es handelt sich hierbei nur um ei-
ne Unterlage zum Erhalt der Baugenehmigung, für die es nicht auf die vertragliche Ver-
einbarung zum Schallschutz ankommt, sondern nur auf die vom Bauamt zu prüfenden
Mindestanforderungen an den (öffentlich-rechtlichen) baurechtlichen Schallschutz. Aus-
drücklich verweist auch der Sachverständige darauf, dass es einen baurechtlichen und
einen zivilrechtlichen (sowie einen mit der vorgegebenen Konstruktion erreichbaren)
Schallschutz gibt (s. VI. des Gutachtens). Darüber, was vertraglich ggfs. über den bau-

rechtlichen Schallschutz zwischen den Parteien vereinbart wurde, besagt die Baubeschreibung für das Bauamt nichts.

- 111 Der Senat geht - wie auch der Sachverständige H. - nach dem Vertragsinhalt davon aus, dass der Beklagte einen gegenüber der DIN 4109 erhöhten Schallschutz schuldet. Der Sachverständige ist insoweit von einem „erhöhten Schallschutz“ ausgegangen, den er als nicht erreicht angesehen hat.
- 112 Für den Umfang der Vereinbarung der Parteien zum Schallschutz einer Eigentumswohnung in einem neu zu erstellenden Mehrfamilienhaus ist nach den §§ 133, 157 BGB grundsätzlich von einem „erhöhten Schallschutz“ auszugehen, wenn - wie hier - nichts anderes vereinbart ist. Dieser muss sich vorliegend an den Anforderungen für den erhöhten Schallschutz nach dem Beiblatt 2 zur DIN 4109 (Ausgabe November 1989) ausrichten. Dafür dass die Parteien einen besseren Schallschutz als den Mindestschallschutz der DIN 4109 wollten, spricht zudem, dass die Wohnung in einem Mehrparteienhaus liegt und - wenn auch ohne nähere Definition - in der Präambel der Bauleistungsbeschreibung (Bl. 72 d. Akte LG), die ebenfalls Teil des notariellen Wohnungskauf- und Werklieferungsvertrags (Anlage B1, Bl. 60ff. d. Akte LG) ist, der Beklagte ausdrücklich „besten“ Schallschutz offeriert.
- 113 Soweit der Beklagte sich darauf beruft, dass der Kläger auf einen „höheren Schallschutz“ verzichtet habe, weil ein solcher bei nicht direkt übereinander liegenden Wohnungen schwer zu erreichen sei, hat der Kläger dies bestritten, ohne dass der Beklagte dazu Beweis angeboten hat.
- 114 (2) Zu Recht von einem erhöhten Schallschutz für ein Mehrfamilienhaus ausgehend hat der Sachverständige H. folgende Feststellungen getroffen:
- 115 Er hat zunächst - nachdem sich aus dem Vertrag keine konkreten Werte für Luftschallschutz und Trittschallschutz ergaben - die gesetzlichen Vorgaben für einen erhöhten Schallschutz ermittelt: Nach dem Beiblatt 2 der DIN 4109 bzw. den Vorgaben der VDI 4100 (Ausgabe 2012) zur Schallschutzstufe II seien als Wert für den Luftschallschutz $R'_{w} = 59$ dB und für den Trittschallschutz $L'_{n, w} = 44$ dB anzusetzen (s. IV.2. des Gutachtens sowie Anlage 3). Nach den Material- und Bauvorgaben der Baubeschreibung bzw. der Bauleistungsbeschreibung seien teilweise sogar höhere Werte zu erreichen und damit auch der Prüfung zugrunde zu legen, so für die Wohnungstrennwände ein Wert von 70 dB (s. IV.3. des Gutachtens sowie Anlage 4). Allerdings sei die Ausführung der doppel-schaligen Innenwand nicht anhand der Vorgabe der Baubeschreibung bzw. Bauleistungsbeschreibung erstellt worden. Es seien zwei Schalen mit $d = 11,5$ cm und einer Schalenfuge von ca. 1 cm statt $2 \times 17,5$ cm inkl. einer Mineralfasermatte und einer dann insgesamt 5 cm breiten Schalenfuge erstellt worden. Ebenso gehe er nach der Fragestellung davon aus, dass eine Entkoppelung der Treppe von Decke und Wand für den Trittschallschutz nicht vorgenommen worden sei (s. V.2. des Gutachtens).
- 116 Nach den daraufhin erfolgten Berechnungen des Sachverständigen müssten danach hinsichtlich des Luftschallschutzes die Wände im Dachgeschoss zwischen den Wohnungen 1 und 2 sowie die im Erdgeschoss zwischen den Wohnungen 1 und 3 nicht verändert, ergänzt oder instandgesetzt werden; sie erreichten den vereinbarten Luftschallschutz (s. V.4. des Gutachtens).

- 117 Anders sehe es für die Wand zwischen Treppenhaus/Heizzentrale und 1.04 Bad bzw. 1.06 Flur der Wohnung 1 und für die Wand zwischen Treppenhaus/Heizzentrale und 1.02 Schlafen der Wohnung 1 aus, weil dort die errechneten Werte anhand der Baubeschreibung bzw. der Bauleistungsbeschreibung nicht erreicht würden und zum anderen die Werte gemäß den Vorgaben für den erhöhten Schallschutz nicht gegeben seien (s. V.4. des Gutachtens sowie Anlage 2).
- 118 Wegen des Trittschallschutzes sei - eine fehlende Entkoppelung vorausgesetzt - an den in den Anlagen 2 und 6 gekennzeichneten Stellen eine Entkoppelung des Treppenlaufs vorzunehmen (s. V.4. des Gutachtens).
- 119 Die Durchbohrungen in der Wand zwischen der Wohnung des Klägers zu 3) und dem Technikraum spielten bei dem auf Berechnungen beruhenden Gutachten keine Rolle (s. V.3. des Gutachtens).
- 120 Insgesamt entstünden für diese Maßnahmen Kosten von ca. 24.700,-- € brutto (s. V.4. des Gutachtens).
- 121 Der Senat folgt den gut nachvollziehbaren und vom Beklagten - mit Ausnahme des unter (1) behandelten Schallschutzniveaus - im hiesigen Verfahren nicht bestrittenen Feststellungen des Sachverständigen im Ausgangspunkt und im Ergebnis, insbesondere beruhend auf den oben genannten Berechnungen, optisch übersichtlich dargestellt in den Wohnungsgrundrissen (Anlage 2 zum Gutachten, Bl. 224f. d. Akte LG), der tabellarischen Darstellung der für einen erhöhten Schallschutz zu erreichenden Werte (Anlage 3 zum Gutachten, Bl. 226f. d. Akte LG) sowie der tabellarischen Darstellung der berechneten Ergebnisse für die einzelnen Wände (Anlage 4 zum Gutachten, Bl. 228f. d. Akte LG).
- 122 dd) Ausgehend von der daraus resultierenden erheblichen Mangelhaftigkeit der streitgegenständlichen Eigentumswohnung hat der Beklagte vorliegend den Eintritt der Bedingung für die Eigentumsübertragung - vollständige Kaufpreiszahlung - treuwidrig verhindert, indem er nämlich diese Mängel über Jahre nicht beseitigt hat, so dass die Bedingung gem. § 162 Abs. 1 BGB als eingetreten gilt.
- 123 Das Interesse des Klägers an einer Eigentumsumschreibung überwiegt zum jetzigen Zeitpunkt das Interesse des Beklagten an der vollständigen Kaufpreiszahlung, weil der Beklagte es selbst in der Hand hatte, die Voraussetzungen für die restliche Kaufpreiszahlung zu schaffen; das Gutachten des Sachverständigen H., aus dem sich die Mangelhaftigkeit ergibt, liegt ihm seit April 2021 vor. Inzwischen sind seit der Übergabe des Sondereigentums im Dezember 2017 etwa 7,5 Jahre vergangen, ohne dass der Beklagte während dieses langen Zeitraums die vorhandenen Mängel am Schallschutz abgestellt hätte. Soweit er das Vorliegen von Mängeln hätte anzweifeln wollen, hätte er in der Zwischenzeit längst auf Kaufpreiszahlung oder auf Feststellung des Nichtvorliegens der Mängel klagen können. Stattdessen hat er sich im hiesigen Verfahren auf die Nichtigkeit des notariellen Vertrags und auf ein Rücktrittsrecht wegen unvollständiger Kaufpreiszahlung berufen. Weiter ist zugunsten des Klägers zu berücksichtigen, dass der noch offene Betrag in Höhe von 8.950,-- € im Verhältnis zum Gesamtkaufpreis lediglich 5 % beträgt und damit nur einen verhältnismäßig geringfügigen Anteil am Gesamtkaufpreis ausmacht.

- 124 5. Nach alledem ist die Klage des Klägers auf Auflassung und Bewilligung der Eintragung als Eigentümer im Grundbuch begründet.
- 125 II. Widerklage
- 126 Die hilfsweise geltend gemachte Widerklage für den Fall, dass der Senat der Klage stattgibt, ist zulässig, aber unbegründet. Das Landgericht hat die Widerklage zu Recht abgewiesen (s. S. 9 d. Urteils).
- 127 Im Umkehrschluss zu den Ausführungen zur Klage unter I. besteht der vom Beklagten geltend gemachte Räumungs- und Herausgabeanspruch nicht.
- 128 a) Der Bauträgervertrag ist - anders als der Beklagte meint - nicht nichtig aufgrund von Formunwirksamkeit gem. §§ 311b, 125 BGB, so dass der Beklagte keine Rückabwicklung des notariellen Vertrags verlangen kann. Auch ein Anspruch aus § 985 BGB besteht nicht, weil der Kläger ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 BGB hat (s. S. 7 d. Urteils).
- 129 b) Auch mit seiner zweiten Argumentation dringt der Beklagte nicht durch. Wie aus § 4 Ziff. 1 des notariellen Vertrags hervorgeht, finden die gesetzlichen Rücktrittsrechte Anwendung. Der Beklagte ist danach nicht gem. §§ 634 Nr. 3, 636 BGB zum Rücktritt wegen unvollständiger Kaufpreiszahlung berechtigt. Der Kläger kann sich wegen der vom Sachverständigen H. festgestellten Mängel auf ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der restlichen Kaufpreiszahlung gem. § 641 Abs. 3 BGB berufen und hat dies auch getan.
- 130 III. Nebenentscheidungen
- 131 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Der Senat hat die Sicherheitsleistung für die Hauptsache mit ca. 120 % des notariell beurkundeten Kaufpreises von 179.000,-- € bemessen.
- 132 Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Die Entscheidung beruht auf einer Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den Einzelfall.
- 133 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus §§ 3, 5 ZPO, 45 Abs. 1 GKG. Zur näheren Begründung siehe Urteil des Landgerichts S. 9-10; der Ansatz für den zurückgenommenen Feststellungsantrag der ersten Instanz entfällt.