
Datum: 02.03.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 103/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:0302.17U103.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 423/09

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 11. November 2014 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 27 O 423/09 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen einschließlich der Kosten der Streithelfer trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte bzw. die Streithelfer vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Ausweislich des notariellen Kaufvertrags vom 07.11.2005 (UR-Nr. XXXX/20XX des Notars Dr. N in C) erwarb der Kläger von dem Beklagten zum beurkundeten Kaufpreis von 354.740,00 € eine in C gelegene Doppelhaushälfte, zu deren Umbau gemäß der dem Vertrag als Anlagen beigefügten Planung und Baubeschreibung der Beklagte sich verpflichtete. Über

1

2

3

den beurkundeten Betrag hinaus zahlte der Kläger für den Erwerb des Grundstücks samt aufstehender umzubauender Doppelhaushälfte an den Beklagten eine weitere Summe von 50.000,00 €. Der Kläger ist bis heute nicht als Eigentümer des vorbezeichneten Grundstücks in das Grundbuch eingetragen.

Der Kläger leitete wegen verschiedener „Mängelkomplexe“ gegen den Beklagten ein selbständiges Beweisverfahren ein (27 OH 13/07 LG Köln), welches im Jahr 2011 beendet wurde. Vorliegend nimmt er den Beklagten u.a. auf Schadensersatz wegen Mängeln der Gewerke Tischlerarbeiten und Parkettverlegung in Anspruch.

4

Wegen der Einzelheiten des Sachvorbringens der Parteien im ersten Rechtszug und der protokollierten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

5

In dem angefochtenen Urteil, auf das wegen der zu Grunde liegenden tatsächlichen Feststellungen und der rechtlichen Wertung verwiesen wird, hat das Landgericht die Klage zum Teil zugesprochen, zum Teil abgewiesen; die Kosten hat es gegeneinander aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt, auf eine mögliche Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrages vom 7. November 2005, weil der Kläger unstreitig mehr an den Beklagten gezahlt habe als beurkundet, könne sich der Beklagte nach Treu und Glauben nicht berufen. Nach Beweisaufnahme stehe fest, dass die Mängelerwähnungen des Klägers jedenfalls teilweise berechtigt seien, weshalb ihm Schadenersatzansprüche gegenüber dem Beklagten zustünden.

6

Hiergegen richtet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Er rügt in erster Linie die Verletzung materiellen Rechts. Zutreffend sei das Landgericht davon ausgegangen, dass es sich bei dem notariell beurkundeten Vertrag um ein Scheingeschäft handle. Dies sei deshalb der Fall, weil man den eigentlich vereinbarten und gezahlten Kaufpreis beim Notar nicht habe beurkunden lassen. Der beurkundete Vertrag sei deshalb nichtig. Im Gegensatz zur Ansicht des Landgerichts sei es ihm, dem Beklagten, nicht verwehrt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen. Es sei unzutreffend, dass er bewusst damit abgewartet habe, den Einwand der Nichtigkeit vorzubringen, bis die Beweisaufnahme zu seinem Nachteil auszugehen drohte. Erst im Jahre 2013 habe der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung dahingehend geändert, dass aus einem nichtigen Vertrag Gewährleistungsrechte nicht hergeleitet werden könnten. Er sei kein Jurist und habe erst später von der Änderung der Rechtsprechung erfahren. Die vom Landgericht vorgebrachten Argumente, wie etwa das, wonach der Kläger nun gehalten sei, sein, des Beklagten, Insolvenzrisiko zu tragen, ließen sich auch umkehren. Insbesondere sei aber darauf hinzuweisen, dass dem Kläger derselbe Verstoß wie ihm – dem Beklagten - zur Last falle, so dass nicht alleine dieser daraus einen Vorteil ziehen könne. Es habe damals ein gemeinschaftliches Handeln, nämlich die bewusste Beurkundung eines niedrigeren als des tatsächlich vereinbarten Erwerbspreises, vorgelegen, von dem sowohl er als auch der Kläger durch Einsparen von Notarkosten und Grunderwerbssteuer profitiert hätten. Man habe seinerzeit unter dem 19. September 2005 zunächst einen Vorvertrag geschlossen (Bl. 1071 GA). Bereits daraus ergebe sich einerseits der wahre Kaufpreis von rund 421.000,00 € und der notariell beurkundete von rund 355.000,00 €. Der über die Summe von 50.000,00 € hinausgehende Differenzbetrag habe die „ersparten Aufwendungen“ dargestellt. Schon angesichts dieses Vorvertrages habe der Kläger nicht darauf vertrauen dürfen, dass „alles offiziell“ sei. Desweiteren habe sich dieser vor Abschluss des notariellen Vertrages mit Unterlagen an ihn, den Beklagten, gewandt (Bl. 1075 ff. GA). Daraus ergebe sich ein „Kaufpreisendpreis“ und ein „Kaufpreis regulär“. Diese Unterlagen stammten alle vom Kläger, so dass es keinem Zweifel unterliegen könne, dass dieser genau gewusst habe, was

7

er tue.

Der Beklagte sowie die sich ihm anschließenden Streithelfer beantragen sinngemäß, 8
das Urteil des Landgerichts Köln abzuändern und die Klage abzuweisen. 9

Der Kläger beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen. 11

Der Kläger verteidigt das landgerichtliche Urteil als richtig. Er sei juristischer Laie. Der 12
Beklagte habe von Anfang an mit seinem Rechtsanwalt, einem früheren Richter
zusammengearbeitet. Von daher habe er nicht daran zweifeln müssen, dass etwas „nicht in
Ordnung“ sei. So habe er die zusätzlich geleisteten 50.000,00 € anlässlich des
Beurkundungstermins im Vorzimmer des Notars dem erwähnten Rechtsanwalt übergeben,
der den Betrag für den Beklagten in dessen Anwesenheit gezahlt habe. Hintergrund sei
gewesen, dass ihm, dem Kläger, der vom Beklagten geplante Bau zu klein gewesen sei und
er auf einen Anbau gedrängt habe. Für diesen sei indessen zunächst noch keine
Baugenehmigung erteilt gewesen. Als deren Erteilung kurz vor dem Notartermin – nach
Angabe des Beklagten – vom Bauamt angekündigt worden sei, habe er die 50.000,00 € zu
dem Notartermin mitgebracht und hierbei jedoch in der Vorstellung gehandelt, dass sich der
Notarvertrag so kurzfristig nicht mehr abändern lasse. Denn er habe zuvor keine Erfahrung
mit notariellen Grundstücksverträgen gehabt. Er habe sich von der Vertragsgestaltung keine
Einsparung von Erwerbsnebenkosten versprochen. Die vom Beklagten angesprochene
Aufstellung stamme letztlich von diesem selbst. Er, der Kläger, habe diese von einer vom
Beklagten handschriftlich gefertigten Aufstellung nur abgetippt, mithin lediglich dessen
Formulierungen übernommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der im 13
Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. 14

Die Berufung des Beklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und 15
auch im Übrigen zulässig. Sie hat in der Sache selbst vollen Erfolg. Dem Kläger stehen die
mit der Klage geltend gemachten Ansprüche wegen Mängeln am Haus nicht zu. Der
zwischen den Parteien geschlossene Vertrag über den Erwerb und Umbau des
streitgegenständlichen Wohnhauses ist nichtig, der Kläger kann hieraus keine
Mängelansprüche gegen den Beklagten herleiten. Denn der mit einem geringeren als dem
tatsächlich vereinbarten und gezahlten Kaufpreis notariell beurkundete Vertrag ist als
Scheingeschäft, der wirklich gewollte, „verdeckte“ Vertrag wegen Formmangels (§ 125 BGB)
nichtig. Entgegen der Würdigung des angefochtenen Urteils ist der Beklagte dabei auch nicht
unter Aspekten von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf die Nichtigkeit des
Vertrags zu berufen.

Im Einzelnen: 16

1. 17

Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag, der sowohl den Erwerb eines Grundstücks 18
samt aufstehendem Gebäude als auch eine bauliche Herstellungsverpflichtung (Umbau)
umfasste und daher als Bauträgervertrag einzuordnen ist, ist nichtig.

19

a)	
Gemäß § 313 BGB a. F. = § 311b Abs. 1 BGB n. F. bedarf ein Vertrag, mit dem die Verpflichtung begründet werden soll, Eigentum an einem Haus-Grundstück zu übertragen, der notariellen Beurkundung. Formbedürftig sind alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zusammensetzt (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 311b Rdn. 25 m.w.N.). Anderenfalls ist der Vertrag nichtig infolge Formmangels, § 125 Satz 1 BGB.	20
b)	21
So liegt der Fall hier: Bei dem von den Parteien notariell geschlossenen Kaufvertrag handelt es sich um ein nichtiges Scheingeschäft, § 117 Abs. 1 BGB. Denn der beurkundete Kaufpreis liegt 50.000,00 € niedriger als der tatsächlich zwischen den Parteien vereinbarte. Dem von den Parteien wirklich gewollten Kaufvertrag mangelt es demgegenüber an der erforderlichen Beurkundung, so dass er formnichtig ist, §§ 125 Satz 1, 311b Abs. 1 Satz 1 BGB. Da die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch zu Gunsten des Klägers unstreitig bis heute nicht erfolgt ist, ist dabei auch eine Heilung des Formmangels gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB nicht eingetreten.	22
2.	23
Der Ansicht des Landgerichts, dem Beklagten sei es aus Billigkeitsgründen (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Nichtigkeit des Vertrages zu berufen, vermag der Senat sich nicht anzuschließen.	24
a)	25
Nach höchstrichterlicher, von dem erkennenden Senat in seiner Spruchpraxis geteilter Rechtsprechung dürfen Formmängel nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden. Die aus einem Formmangel folgende Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts darf mit Rücksicht auf die notwendige Rechtssicherheit selbst dann nicht außer Acht gelassen werden, wenn die Nichtigkeitsfolgen für einen Vertragspartner zu einem harten Ergebnis führt. Die vorstehenden Erwägungen zu Grunde gelegt, ist es danach grundsätzlich nicht treuwidrig, wenn sich eine Partei unter Berufung auf einen Formmangel vom Vertrag lösen will. Denn es kann nicht der Disposition der Parteien überlassen werden, ob die vorgeschriebene Form beachtet wird oder nicht (vgl. BGH NJW 1967, 1167; BGHZ 29, 6 = NJW 1959, 626 Tz. 30 – juris -, Z 138, 339 = NJW 1998, 2350 Tz. 18 – juris -; BGH, NJW 2007, 3202 Tz. 23 – juris – jew. m. w. Nachw.). Das erfolgreiche Berufen auf § 242 BGB gegenüber der aus einem Formmangel folgenden Nichtigkeit muss danach auf Ausnahmefälle, nämlich solche Fallkonstellationen beschränkt sein, in denen die Nichtigkeit der Vertragsgrundlage nicht nur hart ist, sondern zu einem untragbaren Ergebnis führt. Letzteres wurde in höchstrichterlicher Rechtsprechung etwa bei Existenzgefährdung des Vertragspartners oder dann bejaht, wenn den anderen Teil eine besonders schwere Treuepflichtverletzung trifft, etwa weil der eine Vertragsteil den Formmangel verursacht und später in der von Anfang an vorhandenen Absicht gerade unter Berufung darauf sich vom Vertrag lösen wollte (vgl. BGH Z 29, 6) oder die eine Partei die andere von der Einhaltung der gesetzlichen Form abgehalten, sich aber später auf deren Fehlen berufen hat (vgl. BGHZ 48, 396 = NJW 1968, 39). Eine hiervon grundlegend abweichende Situation liegt dagegen in solchen Fällen vor, in denen <u>beide</u> Parteien bewusst und gewollt die Formvorschriften missachten, etwa bei einem Grundstücksgeschäft den eigentlich vereinbarten (höheren) Kaufpreis nicht notariell beurkunden lassen mit der sich aus §§ 117, 125, 311 b Abs. 1 BGB	26

ergebenden Rechtsfolge, sich dann später aber eine der Parteien auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft (BGH NJW 1980, 451; vgl. auch OLG Jena NJW-RR 1999, 1687 Tz. 8). Hier sind die Parteien zur Abwicklung ihrer durchgeführten, rechtlich aber nicht existenten Vertragsbeziehung auf die §§ 994 ff, 812 ff. BGB zu verweisen.

So liegt der Fall hier:

27

Der Bundesgerichtshof (BauR 2008, 1301; 1330; s. hierzu: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 1299 f.) ging bei Werkverträgen im Zusammenhang mit Verstößen gegen das Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) zunächst davon aus, dass der Vertrag zwar gemäß § 134 BGB nichtig sei, der Unternehmer sich jedoch treuwidrig, weil widersprüchlich verhalte, wenn er sich unter Berufung darauf seinen Gewährleistungspflichten zu entziehen versuche. In neueren Entscheidungen (vgl. BGHZ 198, 141 = NJW 2013, 3167 = BauR 2013, 1852; Z 201, 1 = NJW 2014, 1805 = BauR 2014, 1141; vgl. auch Werner/Pastor, a.a.O., Rn. 1300) ist der BGH hiervon abgerückt und hat ausgeführt, dass es dem Werkunternehmer jedenfalls in den Fällen unbenommen ist, sich auf die Nichtigkeit der zu Grunde liegenden Vereinbarung zu berufen, wenn der Besteller den Verstoß des Auftragnehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.

28

Mängelansprüche stehen dem Besteller dann nicht zu, es sei denn man gelangt ansonsten zu einem unerträglichen Ergebnis. Auch wenn die vorbezeichnete Rechtsprechung sich auf einen im Ausgangspunkt abweichenden Sachverhalt bezieht, aktualisiert und bekräftigt sie den Grundsatz, dass das Berufen auf die Nichtigkeit bei Umgehung gesetzlicher Bestimmungen – und um solche handelt es sich bei den in der gegebenen Fallkonstellation betroffenen Regelungen sowohl den Formzwang als auch die Grunderwerbssteuer sowie die Notarkosten betreffend – nur unter strengen Anforderungen ausgeschlossen ist und auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss, die durch das Merkmal einer andernfalls eintretenden, für die Rechtsordnung nicht hinnehmbaren „Unerträglichkeit“ gekennzeichnet sind. Eine sämtliche Umstände des gegebenen Falls einbeziehende Gesamtwürdigung lässt eine solche Ausnahmesituation vorliegend nicht bejahen:

b)

29

Alles spricht dafür, dass beide Parteien – auch der Kläger entgegen seinem Bestreiten – bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Kaufvertrages um dessen Rechtsungültigkeit wussten. Damit entfällt – wie vorstehend dargelegt – die grundsätzlich anerkannte Möglichkeit, die Rechtsfolge der Vertragsunwirksamkeit zu durchbrechen. Denn wenn beide Parteien die Formunwirksamkeit kennen, wird kein Vertrauenstatbestand begründet, der von der Rechtsordnung zu schützen wäre unter Inkaufnahme des Leerlaufens der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB. Jede der am Abschluss eines nichtigen Vertrages beteiligten Parteien weiß, dass dessen Erfüllung allein vom guten Willen der anderen Partei abhängt. Dieses Vertrauen auf ein rechtsunwirksam gegebenes Wort ist jedoch nicht schutzwürdig (OLG Jena NJW-RR 1999, 1687 Tz. 3).

30

aa)

31

Der Senat ist überzeugt davon, dass der Kläger und der Beklagte auf Grund einer zuvor getroffenen Absprache gemeinsam gehandelt haben und dem beurkundenden Notar gegenüber einen niedrigeren Kaufpreis genannt haben, als er zwischen ihnen tatsächlich verabredet worden war. Es handelt sich um einen typischen, immer wieder vorkommenden Sachverhalt (s. bereits: BGH NJW 1980, 451), dessen einziger Zweck es ist, Notarkosten und Grunderwerbssteuer zu sparen.

32

33

Die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Behauptung des Klägers, es sei ihm nicht um das Einsparen von Kosten gegangen, was er im Übrigen auch gar nicht durchblickt habe, sondern allein darum, sich nicht zur Zahlung des eigentlich verabredeten Kaufpreises zu verpflichten, ohne dass die Nachtragsbaugenehmigung für den von ihm gewünschten Anbau seitens der Stadt dem Kläger gegenüber erteilt worden war, vermag nicht zu überzeugen. Denn zum Einen handelt es sich bei dem Kläger als Inhaber mehrerer Schuhgeschäfte um einen Kaufmann, der umfangreichen Buchführungs- und Steuerpflichten unterliegt. Das gilt selbst dann, wenn er, so sein Vortrag in der mündlichen Verhandlung, zur Zeit des Vertragsschlusses im Jahre 2005 erst Inhaber eines einzigen Schuhgeschäftes gewesen sein sollte, da ihm dieselben Verpflichtungen oblagen. Von daher musste ihm vor Augen stehen, dass das Rechtsgeschäft, so wie mit dem Beklagten vereinbart, der Rechtsordnung nicht entsprach. Der vorbezeichneten Behauptung des Klägers widerspricht zum Anderen die von ihm selbst geschriebene und vom Beklagten mit Schriftsatz vom 15. April 2015 zur Akte gereichte Aufstellung (Bl. 1075 ff. GA), die nach der Behauptung des Klägers ihre Grundlage in einer handschriftlichen Aufstellung des Beklagten haben soll (Bl. 1114 f. GA). Darauf, von wem diese Aufstellung ursprünglich stammt, kommt es nicht an. Denn sie belegt jedenfalls die vom Beklagten behauptete Abrede, dass 50.000,00 € „schwarz“ bezahlt werden sollten. Selbst unterstellt, dass der Kläger zunächst „gutgläubig“ war, hätte jedenfalls nunmehr die verwendete Terminologie („Kaufpreis regulär“, „Kaufpreis offiziell“, „Gesamtpreis regulär“) sein Misstrauen wecken müssen, und er aufgrund dessen Anlass gehabt, bei dem Beklagten zum Zwecke der Klarstellung nachzufragen. Dass er dies getan hat, behauptet der Kläger aber selbst nicht.

Es fällt weiter auf, dass in der nach dem Vortrag des Klägers von ihm abgeschriebenen Aufstellung die entscheidenden Passagen („50.000,00“ €, „Kaufpreis regulär“, „Kaufpreis offiziell“, „Gesamtpreis regulär“) in roter bzw. blauer Farbe gedruckt worden sind, während ansonsten schwarze Farbe verwandt wurde. Da die handschriftliche Aufstellung keine derartigen Hervorhebungen erkennen lässt, begründet dies die Annahme, dass die farblichen Markierungen von dem Kläger stammen, was zugleich belegt, dass ihm der mit der Unterscheidung des „offiziellen“ von dem „regulären“ Kaufpreis verfolgte Zweck geläufig war.

bb) 35

Ebenso wenig vermag die Behauptung des Klägers zu überzeugen, die fehlende Aufnahme des Betrags von 50.000,00 € in den „offiziellen“ bzw. später notariell beurkundeten Vertrag sei lediglich darauf zurückzuführen, dass er nicht bereit gewesen sei, ohne das Vorliegen der Baugenehmigung für den Anbau eine Verpflichtung in Bezug auf den vollen Kaufpreis einzugehen. Dagegen spricht, dass die Zahlung des vorgenannten Betrages unstreitig am 7. November 2005 erfolgte, die Baugenehmigung jedoch erst am 18. November 2005 erteilt wurde (vgl. Bl. 1060 d. A.). Dass der den Betrag von 50.000,00 € gerade wegen der noch ausstehenden Genehmigung „zurückhaltende“ Kläger nunmehr auf die bloße Mitteilung des Beklagten hin, das Bauamt habe signalisiert, die Baugenehmigung in Kürze zu erteilen, bereit gewesen sein soll, 50.000,00 € in bar zu zahlen, ist nicht nachzuvollziehen.

cc) 37

Nichts anderes gilt im Ergebnis hinsichtlich der Umstände im Zusammenhang mit der Übergabe der 50.000,00 € durch den Kläger. Wenn es dem Kläger nur darum gegangen wäre, eine Sicherheit wegen der anlässlich des Notartermins noch nicht erteilten Nachtragsbaugenehmigung zu haben und er sich mit der Mitteilung des Beklagten, diese werde nach Auskunft des Bauamtes in Kürze erteilt werden, zufrieden gab, so erklärt das nicht die dem Notar vorenthaltene, insoweit klandestine Übergabe des Geldes im Vorzimmer

des Notars. Sollte der Kläger damals tatsächlich arglos gewesen sein, hätte die Übergabe auch in Anwesenheit des Notars anlässlich der eigentlichen Beurkundung erfolgen können. Dann hätte er diesen sogar als neutralen Zeugen für die Geldübergabe gehabt.

dd) 39

Auch die in diesem Zusammenhang vorgebrachte Darstellung des Klägers, weshalb in den notariellen Vertrag nicht kurzfristig noch der tatsächlich zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis aufgenommen wurde, nämlich dass er davon ausgegangen sei, dass dieser derart kurzfristig nicht mehr abänderbar gewesen sei, ist nicht plausibel. Denn der beurkundende Notar liest den Vertragstext vor, erläutert diesen und fragt die Vertragsparteien schlussendlich, ob es damit seine Richtigkeit habe und man den Vertrag nun unterzeichnen wolle. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger die Möglichkeit gehabt, den Notar auf die Unrichtigkeit des in der Urkunde ausgewiesenen Kaufpreises hinzuweisen. Ungeachtet des Umstandes, dass sich die Korrektur im gegebenen Fall auf die Veränderung eines Betrages beschränkt hätte und daher ohne weiteres handschriftlich im Verlauf des Beurkundungstermins durch den Notar möglich gewesen wäre, war die kurzfristige Bewerkstelligung einer Veränderung des zu beurkundenden Vertragstextes angesichts der auch im Jahr 2005 bereits verbreiteten und allseits bekannten computergestützten modernen Büro- und Schreibtechnik für den Kläger ohne weiteres erkennbar. 40

ee) 41

Vor dem aufgezeigten Hintergrund ist der Beklagte auch unter Aspekten von Treu und Glauben nicht gehindert, sich auf die Formnichtigkeit des Vertrages zu berufen. 42

Allerdings trifft es im Ausgangspunkt dieser Würdigung zu, dass der Beklagte den Einwand der Nichtigkeit samt des diesem zu Grunde liegenden Sachverhalts erstmals nach Durchführung der Beweisaufnahme im vorliegenden, im Jahr 2009 initiierten Verfahren sowie nach Beendigung eines bereits im Jahr 2007 von dem Kläger eingeleiteten selbständigen Beweisverfahrens (27 OH 13/07 LG Köln) vorgebracht hat. Die Parteien haben darüber hinaus über die Möglichkeiten der Rückabwicklung des Vertrages verhandelt, ohne dass der Beklagte sich hierbei auf die Nichtigkeit berufen hätte. Auch diese Umstände einbeziehend, vermag der Senat einen die Berücksichtigungsfähigkeit des Einwands der Nichtigkeit (§ 242) nach den eingangs dargestellten strengen Kriterien hindernden Ausnahmefall nicht zu erkennen. 43

Der Beklagte verweist zu Recht darauf, dass sich der Werkunternehmer nach der bis zum Jahre 2013 einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei einem unter Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG zu Stande gekommenen nichtigen Werkvertrag, § 134 BGB, gerade nicht darauf berufen konnte, dass der Besteller keine Gewährleistungsansprüche gegen ihn geltend machen könne. Erst mit der Entscheidung vom 1. August 2013 (BauR 2013, 1852 = NJW 2013, 3167) änderte der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung dahingehend, dass mangels einer vertraglichen Grundlage dem Besteller keine Mängelansprüche erwachsen, wenn er den Verstoß der Gegenseite kennt und dies bewusst zum eigenen Vorteil nutzt. Auch wenn diese Rechtsprechung einen von der hier zu beurteilenden Situation der Formnichtigkeit abweichenden Sachverhalt betrifft, lassen sich die darin zum Ausdruck gebrachten strengen Maßstäbe auf Fälle der vorliegenden Art, nämlich Bauträgergeschäfte entsprechend übertragen, in denen ebenfalls Gewährleistungsverpflichtungen eintreten können, denen mit der Vertragsnichtigkeit der Boden entzogen wird. Dem Beklagten kann es danach nicht als mit den Geboten von Treu und Glauben unvereinbares widersprüchliches Verhalten angelastet werden, wenn er sich 44

erstmals im Oktober 2014 auf die Nichtigkeit des Vertrages und seine infolgedessen entfallene Gewährleistungsverpflichtung berufen hat.

Auch der Umstand als solcher, dass die Parteien den 2005 geschlossenen (nichtigen) Vertrag über Jahre hinweg gelebt haben, wegen der Mängel bereits gegeneinander prozessiert haben und prozessieren, wobei erhebliche Kosten und Zinsen angefallen sind und der Beklagte darüber hinaus bereits verurteilt worden ist, an den Kläger einen Kostenvorschuss im sechsstelligen Bereich zu zahlen, steht der Beachtlichkeit des Nichtigkeitseinwands nicht entgegen. Denn beide Parteien haben – wie dargelegt – entsprechend der von ihnen getroffenen Absprache durch Angabe und Vereinbarung eines niedrigeren Kaufpreises als tatsächlich gewollt die Formnichtigkeit des Kaufvertrages bewusst herbeigeführt, um auf diese Weise Notarkosten und Grunderwerbssteuern zu sparen. Dass bei einer derartigen Konstellation eine Partei schutzwürdiger sein sollte als die andere, sich der Kläger also vorliegend mit Erfolg darauf berufen können soll, der Beklagte handele, soweit er sich nunmehr auf die Formnichtigkeit berufe, treuwidrig, ist nicht zu erkennen. Wegen der im Falle der Rückabwicklung eintretenden Schwierigkeiten lassen sich die Voraussetzungen eines Ausnahmefalls, unter denen sich das Berufen auf die Formnichtigkeit als treuwidrig erweist, nicht begründen. Derartige Schwierigkeiten sind regelmäßige Folge der nach den §§ 987 ff, 994 ff BGB, 812 ff BGB vorzunehmenden Abwicklung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BauR 2013, 1852 = NJW 2013, 3167) sind die sich aus §§ 812 ff. BGB ergebenden Ansprüche in der Regel geeignet, unerträgliche Ergebnisse auch in den Fällen zu verhindern, in denen die auf Grund eines nichtigen Vertrages erbrachten Leistungen rückabzuwickeln sind. Dass die Rechtsfolgen der Nichtigkeit und der Umstand der Rückabwicklung unter den besonderen Umständen des gegebenen Falls für den Kläger zu unerträglichen Nachteilen führen würden, ist nicht ersichtlich. Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang ausgeführt hat, dass der Kläger im Falle einer Rückabwicklung dem vollen Insolvenzrisiko des Beklagten ausgesetzt sei, gilt dieses Argument gleichermaßen umgekehrt, da der Beklagte an den Kläger bereits einen Kostenvorschuss im sechsstelligen Bereich auf Grund Verurteilung hat zahlen müssen, was in die Rückabwicklung einzubeziehen ist. Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang pauschal vorbringt, die Rückabwicklung führe zu seinem Ruin, entbehrt sein Vortrag der Substanz.

3. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO, diejenige bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 47

4. 48

Der Senat sah keinen Anlass für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO). Weder kommt der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs; entscheidungserheblich sind die Umstände des Einzelfalls, ohne dass Auswirkungen der getroffenen Entscheidung für andere Rechtsangelegenheiten ersichtlich sind. 49

5. 50

Wert: 36.911,99 € 51
