

letzte Aktualisierung: 22.9.2022

OLG Rostock, Beschl. v. 21.12.2021 – 4 U 79/18

BGB §§ 307, 309 Nr. 2 lit. a, 650u; BeurkG § 53

Vorlagesperre beim Bauträgervertrag; Unwirksamkeit bei Vorlage erst nach Zahlung des „gesamten Kaufpreises“

Eine Klausel, wonach die Beteiligten eines Bauträgervertrags den Notar anweisen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch (unabhängig von den Leistungspflichten untereinander) erst zu veranlassen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist, ist in AGB unwirksam, weil das Leistungsverweigerungsrecht des Erwerbers unzulässig eingeschränkt wird.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)



Oberlandesgericht Rostock

Beschluss

In dem Rechtsstreit

- 1) **xxx**
- Kläger, Widerbeklagter und Berufungskläger -
- 2) **xxx**
- Dritt widerbeklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte **xxx**

gegen

- 1) **xxx**
- Beklagter, Widerkläger, Dritt widerkläger und Berufungsbeklagter -
- 2) **xxx**
- Beklagte, Widerklägerin, Dritt widerklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter zu 1 und 2:

Rechtsanwalt **xxx**

-
hat das Oberlandesgericht Rostock - 4. Zivilsenat - durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Ulbrich, den Richter am Oberlandesgericht Röck und den Richter am Landgericht Dr. Schreiner am 21.12.2021 beschlossen:

1. **Die Berufung des Klägers und der Dritt widerbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Rostock vom 24.05.2018, Aktenzeichen 3 O 1255/13 (3), wird mit der Maßgabe der durch den Senat ausgewechselten Begründung zurückgewiesen.**
2. **Der Kläger und die Dritt widerbeklagte haben die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.**
3. **Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Rostock und diese Entscheidung sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger und die Dritt widerbeklagte können die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund dieser Entscheidung und des in Ziffer 1 genannten Urteils des Landgerichts Rostock vollstreckbaren Betrages**

abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis 100.000,- € festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Parteien erheben gegenseitige Ansprüche aus einem Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung.

Die Dritt widerbeklagte ist Eigentümerin des streitgegenständlichen Baugrundstücks in xxx, der Kläger ist Gesellschafter der Dritt widerbeklagten. Der Kläger und die Dritt widerbeklagte verkauften dieses Grundstück an die Beklagten in einem notariell beurkundeten „Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung“ vom 22.05.2012 (Anlage K1, Bl. 7ff. Bd. I d.A.). Gleichzeitig verpflichtete sich der Kläger im eigenen Namen, einen geschlossenen Rohbau für ein Einfamilienhaus auf dem verkauften Grundstück nach den anerkannten Regeln der Baukunst technisch einwandfrei unter Beachtung der einschlägigen DIN-Vorschriften und unter Verwendung normgerechter Baustoffe zu errichten. Der Kaufpreis betrug 295.340,- €, wovon 93.040,- € auf das Grundstück entfielen.

§ 6 des Vertrages enthielt u.a. folgende Regelungen:

„Können sich Verkäufer zu 2) und Käufer nicht darüber einigen, ob und ggfs welche Restarbeiten noch ausstehen oder welche offensichtlichen Baumängel noch zu beheben sind, so entscheidet ein Gutachten eines von der örtlich zuständigen Industrie- und Handelskammer oder Handwerkskammer zu bestimmenden öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen. Dieser entscheidet auch darüber, welcher Betrag ggf. noch zur Mängelbeseitigung oder zur Ausführung von Restarbeiten erforderlich ist und welcher Beteiligte, ggf. anteilig, die Kosten des Gutachtens zu tragen hat. (...)“

Unabhängig von ihrer Leistungspflicht untereinander weisen die Vertragsparteien den Notar gemeinsam an, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu veranlassen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist.“

In § 9 Nr. 3 und 5 des Vertrages regelten die Parteien zur Abnahme und Übergabe u.a. Folgendes:

„3. Bei der Abnahme findet eine gemeinsame Besichtigung des Kaufobjektes statt. Hierüber ist ein Abnahmeprotokoll anzufertigen. In das Abnahmeprotokoll sind noch fehlende Leistungen und Mängel aufzunehmen. Es ist von beiden Vertragsteilen zu unterzeichnen.“

Der Verkäufer zu 2) ist verpflichtet, innerhalb einer angemessenen Frist die in der Niederschrift festgestellten Mängel zu beseitigen und fehlende Leistungen zu erbringen. Gleichfalls gilt das Kaufobjekt als abgenommen, wenn es ohne ausdrückliche Zustimmung des Verkäufers vom Käufer bezogen oder benutzt wird. (...)
5. Der Verkäufer zu 2) ist zur Übergabe verpflichtet und die Übergabe erfolgt, wenn die Abnahme durchgeführt ist und der Käufer alle zu dem Zeitpunkt fälligen Zahlungen geleistet hat oder Zug um Zug gegen Übergabe leistet.“

§ 10 des Vertrages enthielt folgende Regelung zur Auflassung:

„Verkäufer zu 1) und Käufer sind sich darüber einig, dass das Eigentum an dem mit dieser Urkunde veräußerten Grundbesitz von dem Verkäufer zu 1) auf den Käufer übergehen soll und bewilligen und beantragen die Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch auf den Käufer - je zur ideellen Hälfte -.“

In der Bau- und Leistungsbeschreibung heißt es zur Bodenplatte u.a.: „*Die Bodenplatte mit den umlaufenden Frostschürzen wird entsprechend Statik und der erforderlichen Gütekasse, bei einer angenommenen Bodenpressung von 0,2 N7 mm und vorhandenen Bodenklassen 2 bis 5 nach DIN 18300, ausgeführt.*“ Die Beklagten erbrachten zum Teil Eigenleistungen bei der Bodenabdichtung.

Die Beklagten beauftragten zusätzliche Leistungen. Die Beklagten zahlten die Abschlagsrechnung vom 06.05.2013 in Höhe von 30.000,- € (Anlage K3, Bl. 44 Bd. I d.A.) nicht. Ebenfalls bezahlten sie die Schlussrechnung über Zusatzleistungen vom 42.183,35 (Anlage K4, Bl. 45ff Bd. I d.A.) nicht. Sie zogen ohne den Willen des Klägers in das Haus ein. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27.06.2013 forderten die Beklagten den Kläger zur Beseitigung einer Vielzahl von gerügten Mängeln und zu Restarbeiten auf (Anlage K5, Bl. 53ff. Bd. I d.A.). Für den Inhalt der Mängelliste wird auf die Anlage K5 verwiesen. Der Kläger antwortete mit anwaltlichem Schreiben vom 22.08.2013 (Anlage K7, Bl. 64f. Bd. I d.A.), in dem er die Beklagten zur Zahlung der offenen Beträge aufforderte und sich auf den Standpunkt stellte, im Wesentlichen handele es sich nicht um Mängel, sondern um Restarbeiten, die wegen des eigenmächtigen Einzugs der Beklagten nicht hätten zu Ende geführt werden können.

Die Dritt widerbeklagte hat vorgetragen, solange die Beklagten ihre Verpflichtungen nicht erfüllt hätten, seien sie auch nicht als Eigentümer im Grundbuch einzutragen.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagten hätten ihn auch mit den Putzarbeiten beauftragt. Am 16.01.2013 habe er den Beklagten darauf hingewiesen, dass die Bodenplatte insgesamt abzudichten sei, und dringend eine Drainage für die West-, Süd- und Nordseite sowie für die Ostseite eine dicke PE-Folie angeraten. Am 06.02.2013 habe er den Beklagten in seinem Büro erneut darauf hingewiesen, dass die Bodenplatte insgesamt abzudichten sei. Für Mängel der Abdichtung hafte er daher nicht.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagten schuldeten auch die Vergütung von Zusatzleistungen gemäß einem Auftrag vom 26.03.2013 für den Innen- und Außenputz in Höhe von 32.606,- €. Zum Rohbau habe der Putz nicht gehört. Dies folge aus § 4 Abs. 1 des Notarvertrages. Für Restarbeiten und Mängelbeseitigungen seien allenfalls 5.000,- € angemessen, die er sich nunmehr aber auch nicht mehr abziehen lassen wolle. Zum Rohbau würden auch keine Fensterläden zählen. Mit der Abtretung der Mängelgewährleistungsrechte gegenüber den Subunternehmern habe sich der Kläger von der Verpflichtung zur Mängelbeseitigung befreit.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 72.183,35 € nebst jährlichen Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Zustellung auf die Teildforderung von 5.000,- € zu zahlen.
2. die Widerklage und die Dritt widerklage abzuweisen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen und

- widerklagend -

1. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagten als Gesamtgläubiger 150.155,17 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.08.2013 zu zahlen.

2. die Dritt widerbекlagte zu verurteilen, die Amtsnachfolgerin des Herrn Notar Gebhard Müller (xxx), Frau Notarin xxx anzuweisen, bei dem zuständigen Grundbuchamt die Eintragung der Beklagten als Eigentümer je zur Hälfte des nachstehenden Grundstücks betreffend zu beantragen: Grundbuch von xxx, Blatt 55061, Flur 2, Flurstücke 12/2, 12/4 und 12/5 jeweils Gemarkung xxx.

Die Dritt widerbекlagte hat beantragt,

die Dritt widerklage abzuweisen.

Die Beklagten haben behauptet, das Gebäude sei mit einer Vielzahl von Mängeln behaftet. Sie seien nur eingezogen, um eine drohende Obdachlosigkeit zu verhindern. Zudem sei die Abrechnung fehlerhaft. Mit Innen- und Außenputzarbeiten gemäß Angebot vom 26.03.2013 hätten sie den Kläger gerade nicht zusätzlich beauftragt, denn diese Leistung sei bereits von der ursprünglichen Baubeschreibung umfasst gewesen.

Die Abrechnung sei wie folgt vorzunehmen:

Notarvertrag	Euro	295.340,00
Elektroarbeiten	Euro	18.761,53
Heizung	Euro	33.986,40
Fliesen	Euro	15.886,50
Belüftung	Euro	18.462,08
Treppe	Euro	2.500,00
Abwasser	Euro	4.984,67
Rechnerisch insgesamt	Euro	398.921,18

Hiervon seien Zahlungen in Höhe von 377.998,75 € abzuziehen, so dass sich als Zwischensumme 11.922,43 € ergebe. Abzuziehen sei davon ein Minderungsbetrag von 4.002,96 € wegen zur geringer Grundstücksgröße. Abzuziehen seien außerdem Auslagen für den Baustromverteiler über 446,25 € (Anlage B4, Bl. 135 Bd. I d.A.). Die Bereitstellung des Zählerkastens habe der Kläger geschuldet. Daraus errechne sich eine Restforderung in Höhe von 7.473,22 €, die durch Aufrechnung mit Gegenansprüchen erloschen sei. Aus dem überschließenden Teil der Gegenforderungen errechne sich die Widerklage, die nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens noch erhöht werde. Der Aufwand für die Baumängel betrage mindestens 250.000,- €.

Die Beklagten haben hinsichtlich ihrer Mängelrügen Bezug auf die zur Akte gereichten Stellungnahmen von Privatsachverständigen genommen (Anlage B24, Bl. 3ff. Bd. III d.A.;

Anlage B13, Bl. 46ff. Bd. II d.A.). Wesentliche Mängel seien die unzureichende Bodenplattenabdichtung und eine Durchbiegung der Erdgeschossdecken im Wohn- und Esszimmer. Der Kläger habe die Beklagten nicht darauf hingewiesen, dass ihre Eigenleistungen ungeeignet wären.

Die Klausel in § 6 des Notarvertrages sei unwirksam (BGH Urteil vom 07.06.2001 - VII ZR 420/00). Sie benachteilige den Verbraucher unangemessen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen xxx, xxx und xxx. Für den genauen Inhalt ihrer Aussagen wird auf das Sitzungsprotokoll vom 16.04.2015 verwiesen. Das Gericht hat außerdem Beweis erhoben durch ein schriftliches Sachverständigengutachten des Dipl. Ing. xxx. Zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Durch den Abtrennungsbeschluss und das Urteil vom 24.05.2018, dem Kläger und der Dritt widerbeklagten zugestellt am 30.05.2018, hat das Landgericht die Klage und die Widerklage durch Beschluss abgetrennt und der Dritt widerklage durch Urteil stattgegeben. Zur Begründung des stattgebenden Urteils hat das Landgericht ausgeführt, die Dritt widerklage sei zumindest mit der Abtrennung zulässig und auch begründet. Nach dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme lägen die Voraussetzungen für einen Eigentumsübergang vor, weil die Ansprüche der Dritt widerbeklagten vollständig bezahlt bzw. sogar überzahlt seien. Die beauftragten Zusatzaufträge seien nicht notariell beurkundet worden und könnten daher keine Zahlungsverpflichtungen im Sinne von § 6 des Kaufvertrags darstellen. Aber selbst wenn sie es wären, wären der Kläger und die Dritt widerbeklagte aufgrund der erklärten Aufrechnung mit einem Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB überzahlt. Denn die bereits bewiesenen Schadensersatzansprüche der Beklagten gemäß §§ 280, 634 Nr. 2 und 4, 637 Abs. 3 BGB wegen Mängeln der Abdichtung in Verbindung mit einem Verstoß gegen Hinweis- und Warnpflichten überstiegen die Klageforderung. Die vernommenen Zeugen hätten den von dem Kläger und der Dritt widerbeklagten zu erbringenden Beweis eines ausreichenden Hinweises auf die fehlende Funktionstauglichkeit nicht erbracht. Der gerichtlich bestellte Sachverständige xxx habe Kosten zur Beseitigung der mangelhaften Abdichtung in Höhe von 98.211,06 € veranschlagt, sodass – auch bei Abzug von Sowiesokosten von ca. 20.000,- € – der Kläger und die Dritt widerbeklagte auf jeden Fall überzahlt seien.

Bezüglich der genauen Beträge im Abrechnungsverhältnis sei die Sache noch nicht entscheidungsreif, solange im selbstständigen Beweisverfahren 3 OH 11/19 Beweis erhoben werde. Der Rechtsstreit sei insoweit gemäß § 148 ZPO auszusetzen. Da die Dritt widerklage entscheidungsreif gewesen sei, sei der auszusetzende Teil abzutrennen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die am 06.06.2018 eingelegte und mittels eines - nach gewährter Fristverlängerung bis zum 30.08.2018 - am 29.08.2018 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatzes begründete Berufung des Klägers und der Dritt widerbeklagten.

Zur Begründung des Rechtsmittels rügen der Kläger und die Dritt widerbeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Ein Anspruch auf die Eigentumsumschreibung bestehe nicht, weil die Beklagten noch nicht alle Kaufpreisraten bezahlt hätten. Die Voraussetzungen für die Fälligkeit der letzten (13.) Rate lägen noch nicht vor, weshalb der Kläger hinsichtlich des Kaufpreises noch keine Schlussrechnung gelegt habe. Für die Zusatzleistung habe der Kläger hingegen Schlussrechnung gelegt und den noch nicht bezahlten Betrag mit der vorliegenden Klage geltend gemacht. Das Landgericht habe zwar darauf hingewiesen, dass die zusätzlichen Leistungen durch Nachbeurkundung in den geschlossenen Notarvertrag hätten miteinbezogen werden müssen (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB). Das Landgericht habe die hieraus folgende Konsequenz aber nicht gezogen. Die Ratenzahlungen hinsichtlich der Zusatzleistungen hätten mit den Ratenzahlungen aus dem Notarvertrag nichts zu tun. Die Ratenzahlungen auf den Kaufpreis des Notarvertrags seien noch nicht erbracht.

Das Fehlen eines Anspruchs auf Eigentumsumschreibung ergebe sich auch aus der Rechtskraft eines Beschlusses des Landgerichts Stralsund (Az. 6 T 2/15) im Beschwerdeverfahren (vgl. Anlage zur Berufungsbegründung, Bl. 180ff. Bd. IV d.A.).

Prozessual liege gemäß dem Hinweis des Landgerichts eine unzulässige Dritt widerklage vor, die auch durch die Abtrennung nicht zulässig geworden sei. Das Landgericht habe es verfahrensfehlerhaft unterlassen, die Parteien auf die beabsichtigte Abtrennung hinzuweisen. Dies verletze das rechtliche Gehör der Parteien. Die Unzulässigkeit des nach Abtrennung ergangenen Teilurteils sei gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 7 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils lägen nicht vor, insbesondere bestehe die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Demgegenüber hätte das Landgericht dem mit der Klage geltend gemachten Vergütungsanspruch durch Teilurteil stattgeben können und müssen.

Die Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen xxx, xxx und xxx habe – entgegen der Würdigung des Landgerichts – ergeben, dass der Kläger die Beklagten darauf hingewiesen habe, dass die Bodenplatte insgesamt abzudichten sei und deshalb die Gesamtabdichtung empfohlen werde. Die im Sachverständigengutachten des Sachverständigen xxx festgestellte unzureichende Bodenabdichtung beziehe sich auf die unterbliebene Abdichtung durch die Beklagten und nicht auf das Werk des Klägers.

Der Kläger und die Dritt widerklagte beantragen,

1. den Beschluss über die Abtrennung des Rechtsstreits und die Aussetzung bis zum Abschluss des selbstständigen Beweisverfahrens 3 OH 11/18 aufzuheben,
2. den Antrag der Widerkläger und Dritt widerkläger, die Dritt widerbeklagte zu verpflichten, den Antrag an die Rechtsnachfolgerin des Notars xxx, Frau xxx, zu stellen, die Dritt widerkläger jeweils zur Hälfte als Miteigentümer des Grundstücks, belegen in der Gemarkung xxx, eingetragen im Grundbuch von xxx, Blatt 55061, Flur2, Flurstücke 12/2, 12/14, 12/5 eintragen zu lassen, abzuweisen.

Die Beklagten und Widerkläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagten und Widerkläger verteidigen das angegriffene Urteil. Die Berufung sei mangels Beschwer unzulässig, soweit sie durch den Kläger erhoben werde. Beschwert sei lediglich die Dritt widerbeklagte. Die Berufung der Dritt widerbeklagten sei unbegründet. Einer Nachbeurkundung der Zusatzaufträge habe es nicht bedurft. Nach Auflassung vorgenommene Änderungen und Ergänzungen seien nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht mehr formbedürftig. Dies sei hier der Fall, weil die Auflassung bereits im Notarvertrag vom 22.05.2012 erklärt worden sei.

Es komme letztlich nicht darauf an, welche Zahlung auf den ursprünglichen Kaufpreis laut Notarvertrag und welche Zahlung auf die Zusatzleistungen erbracht worden sei. Zu Recht habe das Landgericht dargelegt, dass der Kläger aufgrund der Aufrechnung mit einem Mängelanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB jedenfalls überzahlt sei, weshalb die Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung vorlägen.

Die Entscheidung des Landgerichts Stralsund stehe dem nicht entgegen, zumal es sich hierbei nicht um ein Verfahren des ordentlichen Rechtswegs, sondern um ein besonderes Dienstaufsichtsverfahren handele. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils hätten vorgelegen, weil der Streitgegenstand teilbar sei und die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen nicht bestehe. Die bisher bewiesenen Mängel seien so massiv, dass auf jeden Fall die geltend gemachte Klageforderung neutralisiert werde. Die Beweiswürdigung des Landgerichts sei nicht zu beanstanden.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird ergänzend auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat mit Hinweisbeschluss vom 17.11.2021 (Bl. 30ff. Bd. V d.A.) darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO mit der Maßgabe einer durch den Senat ausgewechselten Begründung zurückzuweisen. Der Kläger und die Dritt widerbeklagte haben mit Schriftsätzen vom 01.12.2021 und 02.12.2021 Stellung genommen und hierin streitig gestellt, dass es sich bei der in § 6 des notariellen Vertrags vereinbarten Regelung um Allgemeine Geschäftsbedingungen gehandelt habe. Wegen der Einzelheiten wird auf die vorgenannten Schriftsätze Bezug genommen (Bl. 52ff. Bd. V d.A.).

B.

Die Berufung ist gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

Das Rechtsmittel hat nach einstimmiger Auffassung des Senats aus den im Hinweisbeschluss vom 17.11.2021 dargelegten Gründen (I.) und auch unter Berücksichtigung der weiteren Stellungnahmen des Klägers und der Dritt widerbeklagten (II.) offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die übrigen Voraussetzungen einer Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO liegen ebenfalls vor (III.).

I.

Wegen der für die Entscheidung des Senats maßgeblichen Gründe wird auf den Hinweisbeschluss vom 17.11.2021 verwiesen (§ 522 Abs. 2 Satz 3 ZPO), in dem es wie folgt heißt:

„Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.“

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht der Dritt widerklage der Beklagten stattgegeben. Dies folgt nach Auffassung des Senats bereits daraus, dass die vertragliche Vorlagesperre in § 6 des notariellen Vertrags gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist (1.). Auf die landgerichtlichen Erwägungen zur Aufrechnung der Beklagten mit ihren widerklagend geltend gemachten Ansprüchen kommt es für den Erfolg der Dritt widerklage nicht an (2.). Das Urteil beruht auch nicht auf den durch die Berufung gerügten Verfahrensfehlern (3.).

1.

Unstreitig handelt es sich bei der vertraglichen Vorlagesperre in § 6 des Notarvertrags um eine von der Dritt widerbeka lagten als Verkäuferin und Bauträgerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Der Kläger und die Dritt widerbeka lagte sind dem von den Beklagten vorgetragenen Charakter der Klausel als von den Verkäufern gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung nicht entgegengetreten, sondern haben sich lediglich auf die AGB-rechtliche Wirksamkeit der Klauseln berufen (vgl. Schriftsatz vom 26.05.2015, Bl. 48ff. Bd. III d.A.).

Die Klausel führt zu einer Vorleistungspflicht der Beklagten, die als Erwerber erst dann als Eigentümer eingetragen werden können, wenn sie den gesamten Kaufpreis für das auf dem Grundstück zu errichtende Einfamilienhaus entrichtet haben. Der damit verbundene Verlust des Leistungsverweigerungsrechts aus § 320 BGB ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes als unangemessene Benachteiligung zu bewerten (BGH, Urteil vom 07. Juni 2001 – VII ZR 420/00 –, juris Rn. 18f.). Denn durch die mit einer solchen Klausel in einem Bauträgervertrag auferlegte Pflicht zur Vorleistung verliert der Erwerber die Möglichkeit, sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zur Geltung zu bringen, wenn der Veräußerer nicht oder schlecht erfüllt. Eine solche Vorleistungsverpflichtung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nur dann wirksam, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, der auch bei der Abwägung mit den hierdurch für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand hat (BGH, a.a.O.; vgl. auch KG Berlin, Urteil vom 29. August 2011 – 8 U 90/10 –, juris Rn. 50; OLG München, Urteil vom 13. November 2007 – 13 U 3419/07 –, juris Rn. 6).

Bei dem vorliegenden „Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung“ (vgl. S. 2 der Anlage K1, Bl. 7ff. Bd. I d.A.) handelt es sich um einen typengemischten Vertrag (sog. Bauträgervertrag), bei dem die Pflicht zur Eigentumsverschaffung kaufvertraglich ist, auf dessen Pflicht zur Bauerrichtung und diesbezügliche Mängelansprüche aber Werkvertragsrecht Anwendung findet (vgl. Koeble in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 10 Rn. 164ff.; BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 – VII ZR 171/15 –, juris Rn. 20ff; MüKoBGB/Heermann, 8. Aufl. 2020, BGB § 675 Rn. 103). Ein ausreichender sachlicher Grund für die durch die Klausel bewirkte Pflicht zur Vorleistung (entgegen § 641 Abs. 1 BGB), der bei der gebotenen Abwägung mit den hierdurch für den Erwerber entstehenden Nachteilen Bestand haben könnte und den damit verbundenen Verlust der Möglichkeit des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Nach Auffassung des Senats, der sich der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung anschließt, ist die Klausel daher unwirksam.

Die Unwirksamkeit der vorgenannten Klausel führt gemäß § 306 Abs. 1 BGB dazu, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt und die Beklagten gemäß der in § 10 des notariellen

Vertrags bereits erklärten Auflassung und Eintragungsbewilligung ohne Weiteres im Grundbuch einzutragen sind. Die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts Stralsund vom 09.09.2015 (Bl. 180ff. Bd. IV d.A.) steht der Annahme der Unwirksamkeit nicht entgegen, zumal dieser Beschluss lediglich den angegriffenen Vorbescheid der Notarin aufgehoben hat, aber keine rechtskraftfähige Entscheidung über die Wirksamkeit der Klausel enthält.

2.

Auf die landgerichtlichen Ausführungen zum Erlöschen des Restvergütungsanspruchs des Klägers durch Aufrechnung (vgl. Seite 5 des landgerichtlichen Urteils) kommt es für den Erfolg der Drittwidderklage nicht an, weil die Berufung bereits aus den zu Ziff. II. 1 dargelegten Gründen unbegründet ist.

a.

Der Senat beabsichtigt daher, die Begründung für den Erfolg der Drittwidderklage auszutauschen.

Der Senat ist nicht gehindert, die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO mit einer Begründung zurückzuweisen, auf die das erstinstanzliche Gericht nicht abgestellt hat. Denn auch im Fall eines „Austauschs“ der Begründung des erstinstanzlichen Urteils durch das Berufungsgericht kann eine Berufung ohne Erfolgsaussicht sein (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 11. März 2003 – 3 U 28/03 –, juris Rn. 12ff. m.w.N.; OLG Celle, Beschluss vom 06. Juni 2002 – 2 U 31/02 –, juris Rn. 4; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05. August 2002 – 2 BvR 1108/02 –, juris Rn. 7; Heßler in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 522 ZPO, Rn. 36; MüKoZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl. 2020, ZPO § 522 Rn. 21). Wortlaut und Normzweck des § 522 Abs. 2 ZPO fordern die fehlende Aussicht auf ein erfolgreiches Resultat des Rechtsmittels. Nach dieser Resultatorientierung hat ein Rechtsmittel nur dann Erfolg, wenn das Urteil – nicht nur in der Begründung, sondern im Ergebnis – zu Gunsten des Rechtsmittelführers abgeändert wird. Dies ist nicht der Fall, wenn das Berufungsgericht das erstinstanzliche Ergebnis hält und lediglich die Begründung austauscht. Der Normzweck der Neuregelung, richterliche Arbeitskraft nicht unnötig durch intensive Befassung mit substanzlosen Berufungen zu binden (vgl. BT-Drucksache 14/4722, S. 97), gebietet daher eine am Rechtsmittelergebnis orientierte Auslegung des § 522 Abs. 2 ZPO, die Zurückweisungen offensichtlich erfolgloser Berufungen auch bei einem „Austausch“ der Begründung erlaubt.

b.

Der Austausch der Begründungen ist notwendig, weil wegen der Unwirksamkeit der Klausel zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vor Eigentumseintragung keine rechtskraftfähige Entscheidung über die Aufrechnung der Beklagten mit ihren Mängelansprüchen ergehen durfte.

Wegen der in § 322 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Rechtskrafterstreckung muss das Gericht im Fall der Aufrechnung vorweg eine Feststellung über den Bestand der Hauptforderung treffen, bevor es die Klage wegen der für begründet gehaltenen Aufrechnung abweist (BGH, Urteil vom 01. Juli 1974 – II ZR 115/72 –, juris Rn. 22; Urteil vom 25. Juni 1956 – II ZR 78/55 –, juris Rn. 9; OLG Köln, Beschluss vom 10. Dezember 1990 – 2 W 58/90 –, juris Rn. 21; Musielak/Voit/Musielak, 18. Aufl. 2021, ZPO § 322 Rn. 84; BeckOK ZPO/Gruber, 41. Ed. 1.7.2021, ZPO § 322 Rn. 71). Entsprechendes gilt auch für den vorliegenden Fall, in dem die Aufrechnung der Beklagten – nach Ansicht des Landgerichts – nicht zur Abweisung der Klage, sondern als Angriffsmittel zum Erfolg der Drittwiderrklage führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 04. Dezember 2014 – VII ZR 4/13 –, juris Rn. 48; MüKoZPO/Gottwald, 6. Aufl. 2020, ZPO § 322 Rn. 207).

Nach diesen höchstrichterlichen Grundsätzen war der Drittwiderrklage vorliegend statzugeben, ohne über das Bestehen der Klageforderung und die erklärte Aufrechnung zu entscheiden.

c.

Durch die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung wegen der dargelegten Klauselunwirksamkeit kommt die durch das Landgericht angenommene Aufrechnung der Beklagten mit Mängelansprüchen gegen die Vergütungsansprüche des Klägers nicht mehr zum Zuge. Eine rechtskraftfähige Entscheidung (§ 322 Abs. 2 ZPO) über die Aufrechnung wird – dann – nicht mehr vorliegen. Die beabsichtigte Zurückweisung wird zur Folge haben, dass über die Fragen des Bestehens des durch den Kläger geltend gemachten Vergütungsanspruchs und der Gegenansprüche der Beklagten auf Vorschuss zur Mängelbeseitigung im vorliegenden Rechtsstreit nicht entschieden ist, sondern in dem abgetrennten Prozess über die Klage und Widerklage zu entscheiden sein wird.

3.

Das Urteil beruht weder auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs zur Frage der Verfahrenstrennung noch stellt es ein unzulässiges Teilurteil dar.

Das Landgericht hat der Dritt widerbekenklagten – entgegen der in der Berufung erhobenen Rüge – rechtliches Gehör gewährt. Es hatte in der mündlichen Verhandlung vom 01.03.2018 (Bl. 63f. Bd. IV d.A.) auf die Möglichkeit der Abtrennung hingewiesen und der Dritt widerbekenklagten darüber hinaus – nach dem Antrag der Beklagten auf Abtrennung – mit Beschluss vom 05.04.2018 (Bl. 73 Bd. IV d.A.) die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt. Auch die Rüge eines unzulässigen Teilurteils greift bereits deshalb nicht durch, weil das angegriffene Urteil nach der erfolgten Prozesstrennung ein Endurteil und kein Teilurteil darstellt (vgl. nur Musielak/Voit/Stadler, 18. Aufl. 2021, ZPO § 145 Rn. 6).

Überdies wäre ein Teilurteil, anders als die Berufung rügt, auch nicht wegen der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen unzulässig gewesen. Ein Teilurteil darf nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung auch bei grundsätzlicher Teilbarkeit eines Streitgegenstandes und Entscheidungsreife eines Teils nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen – auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht – ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 – VIII ZR 342/09 –, juris Rn. 25; Urteil vom 11. Mai 2011 – VIII ZR 42/10 –, juris Rn. 13, jew. m.w.N.). Die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann (BGH, a.a.O.).

Eine solche Gefahr bestand nach Auffassung des Senats aber nicht, weil der Dritt widerklage bereits wegen der Unwirksamkeit der Klausel zur vollständigen Zahlung vor Eigentumsumschreibung (siehe oben unter Ziff. II.1.) zuzusprechen war, ohne dass es auf eine Entscheidung über die Aufrechnung mit Mängelansprüchen ankam. Die Frage der Unwirksamkeit der vorgenannten Klausel stellt sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche oder Anspruchsteile nicht mehr.“

II.

Die nach Zustellung des Hinweisbeschlusses mit Schriftsätzen vom 01.12.2021 und 02.12.2021 erfolgten Ausführungen des Klägers und der Dritt widerbekenklagten zum Nichtvorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen (1.) und zur Wirksamkeit der in § 6 des Notarvertrags vereinbarten Vorlagesperre (2.) ändern an diesem Ergebnis nichts.

1.

Der neue Sachvortrag des Klägers und der Dritt widerbekenklagten im Schriftsatz vom 01.12.2021, mit dem sie erstmals bestreiten, dass es sich bei der vertraglichen Vorlagesperre in § 6 des Notarvertrags um eine von der Dritt widerbekenklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt, ist gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zulassen.

a.

Gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen, wenn sie einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszuges erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist.

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt der Zulassungsgrund des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nur dann zum Tragen, wenn der von dem neuen Vorbringen betroffene Gesichtspunkt in erster Instanz entweder von allen Verfahrensbeteiligten übersehen worden ist oder wenn das erstinstanzliche Gericht ihn für unerheblich gehalten hat. Die Vorschrift ist demnach nur unter der ungeschriebenen Voraussetzung anzuwenden, dass die Rechtsansicht des Gerichts den erstinstanzlichen Sachvortrag der Partei beeinflusst hat und daher, ohne dass deswegen ein Verfahrensfehler gegeben wäre, (mit-)ursächlich dafür geworden ist, dass sich Parteivorbringen in das Berufungsverfahren verlagert (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 19. Februar 2004 – III ZR 147/03 –, juris Rn. 17ff.; Urteil vom 23. September 2004 – VII ZR 173/03 –, juris Rn. 18; Urteil vom 30. Juni 2006 – V ZR 148/05 –, juris Rn. 17f.; Beschluss vom 22. Februar 2007 – III ZR 114/06 –, juris Rn. 7; Urteil vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 212/08 -, juris Rn. 27; Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 166/11 –, juris Rn. 19f.).

Diese Voraussetzung ist schon dann erfüllt, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs die Partei durch seine Prozessleitung oder seine erkennbare rechtliche Beurteilung des Streitverhältnisses davon abgehalten hat, zu bestimmten Gesichtspunkten (weiter) vorzutragen (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 166/11 –, juris Rn. 19f. m.w.N.). Das kann auf unterschiedliche Weise geschehen. So kann das Gericht eine Partei etwa durch die Erteilung von Hinweisen veranlassen, in erster Instanz von weiterem Vorbringen abzusehen (BGH, Urteil vom 23. September 2004 – VII ZR 173/03 –, juris Rn. 18). Das erstinstanzliche Gericht kann aber auch durch das Unterlassen von Hinweisen den Eindruck erwecken, der bisherige Parteivortrag sei ausreichend (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 166/11 –, juris Rn. 19f.). Von einer solchen Beeinflussung ist insbesondere dann

auszugehen, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs, hätte es die später vom Berufungsgericht für zutreffend erachtete Rechtsauffassung geteilt, zu einem Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO verpflichtet gewesen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Mai 2018 – VI ZR 370/17 –, juris Rn. 20).

Nach diesen Grundsätzen ist das erstmalige Bestreiten des Vorliegens von – durch die Dritt widerbeklagte gestellten – Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Berufungsverfahren nicht zuzulassen. Denn der Sachvortrag des Klägers und der Dritt widerbeklagten zum Nichtvorliegen einer durch sie gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung der vereinbarten Eintragungssperre ist vom Landgericht nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, nicht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden. Es fehlt an der dargelegten Voraussetzung einer kausalen Beeinflussung des erstinstanzlichen Vortrags des Klägers und der Dritt widerbeklagten. Eine solche ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Insbesondere wäre das Landgericht auch dann nicht gemäß § 139 Abs. 2 ZPO zu einem rechtlichen Hinweis verpflichtet gewesen, wenn es – wie der Senat – der Dritt widerklage wegen der Klauselunwirksamkeit der Eintragungssperre stattgegeben hätte. Denn die Beklagten hatten diese AGB-rechtliche Unwirksamkeit der vertraglichen Vorlagesperre in § 6 des Notarvertrags unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 07. Juni 2001 (BGH – VII ZR 420/00 –, juris Rn. 18f.) ausdrücklich mit Schriftsatz vom 23.09.2014 (S. 11, Bl. 40 Bd. II d.A.) vorgetragen, und das Landgericht hat durch seine Prozessführung nicht den Eindruck erweckt, es komme auf die durch die Beklagte vorgetragene AGB-rechtliche Unwirksamkeit der Klausel nicht an.

Ein Hinweis gemäß § 139 Abs. 2 ZPO war unter diesen Umständen nicht geboten, weil der Kläger und die Dritt widerbeklagte, beide anwaltlich vertreten, durch den eingehenden Vortrag der Beklagten zutreffend über die Sach- und Rechtslage unterrichtet worden waren. Denn im Fall einer – wie hier – anwaltlich vertretenen Partei ist davon auszugehen, dass die Partei einen unmissverständlichen Vortrag verstanden hat, es sei denn, es ergeben sich deutliche Anhaltspunkte für ein unzureichendes Erfassen (MüKoZPO/Fritzsche, 6. Aufl. 2020, ZPO § 139 Rn. 45). Solche Anhaltspunkte lagen nicht vor. Im Gegenteil haben der Kläger und die Dritt widerbeklagte erstinstanzlich zur Frage der AGB-rechtlichen Wirksamkeit verschiedener Klauseln des Notarvertrags ausdrücklich Stellung genommen, ohne dabei das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu bestreiten (vgl. S. 3 des Schriftsatzes vom 26.05.2015, Bl. 50 Bd. III d.A.; S. 2 des Schriftsatzes vom 14.07.2015, Bl. 68 Bd. III d.A.), nachdem die Beklagten das Vorliegen vorformulierter und durch den Kläger mehrfach verwendeter Klausel vorgetragen hatten (vgl. S. 14 des Schriftsatzes vom 27.01.2014, Bl. 106 Bd. I d.A., S. 10f. des Schriftsatzes vom 23.09.2014, Bl. 39f. Bd. II d.A.).

b.

Eine Zulassung des neuen Vorbringens des Klägers und der Dritt widerbeka lagten nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 und 3 ZPO kommt ebenfalls nicht in Betracht. Es ist kein Verfahrensfehler ersichtlich, aufgrund dessen der Kläger und die Dritt widerbeka lagte es erstinstanzlich unterlassen hätten, das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu bestreiten. Auch ist nicht dargetan, warum der Kläger und die Dritt widerbeka lagte ihr Bestreiten nicht gemäß der Prozessförderungspflicht des § 282 ZPO erstinstanzlich vorgebracht haben (vgl. Heßler in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 531 Rn. 30ff. m.w.N.). Die vom Gesetzgeber gewollte Konzentration der Tatsachenfeststellung auf die erste Instanz zwingt die Parteien, grundsätzlich bereits in erster Instanz alles vorzutragen, was aus ihrer Sicht für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist. Verzichten sie z.B. aus prozesstaktischen Gründen auf einen derartigen Vortrag und bestreiten den Vortrag der Gegenseite erst im Berufungsverfahren, ist dieses Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ausgeschlossen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 2009 – VII ZR 31/09 –, juris Rn. 9).

2.

Soweit die Klägerin und die Dritt widerbeka lagte ausführen, die in § 6 des Notarvertrags vereinbarte Vorlagesperre führe nicht zum Verlust eines Leistungsverweigerungsrechts (§ 320 BGB) der Beklagten und sei daher nicht wegen unangemessener Benachteiligung der Beklagten gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn anders als die Berufung geltend macht, entsteht ein „Recht zur Auflassung“ (vgl. Seite 3 des Schriftsatzes vom 01.12.2021, Bl. 54 Bd. V d.A.) auf Seiten der Beklagten nach der vertraglichen Regelung nicht erst „nach vollständiger Fertigstellung und förmlicher Abnahme und Zahlung des Restkaufpreises“: Die Parteien haben gemäß § 10 des Notarvertrags vielmehr mit Vertragsschluss bereits wirksam die Auflassung erklärt und lediglich die Eintragung der Beklagten im Grundbuch durch die in § 6 vorgesehene Vorlagesperre gehemmt. Ob die Beklagten – wie die Berufung geltend macht – in einzelnen Bauabschnitten die Möglichkeit hatten, Teilzahlungen wegen Werkmängeln zu verweigern, ist nicht entscheidend. Entscheidend ist insoweit, dass die beklagten Erwerber – ohne sachlichen Grund – die Eigentumsumschreibung infolge der Klausel nur durch Bezahlung des gesamten Kaufpreises erreichen konnten. Der hierdurch bewirkte Verlust der Möglichkeit, ihr gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen, führt nach der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 07. Juni 2001 – VII ZR 420/00 –, juris

Rn. 18f.) zu einer Unwirksamkeit der Klausel wegen unangemessener Benachteiligung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

III.

Die offensichtlich unbegründete Berufung ist mit der Maßgabe der durch den Senat ausgewechselten Begründung gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Anweisung zur Eigentumseintragung scheidet – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – wegen § 894 ZPO eine vorläufige Vollstreckung aus, sodass hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit nur die Kosten des Rechtsstreits zu berücksichtigen sind (vgl. BeckOK ZPO/Ulrici, 42. Ed. 1.3.2021, ZPO § 709 Rn. 5.4).

Die Festsetzung des Gebührenstreitwerts beruht auf §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO.

-

Ulbrich

Vizepräsident
des Oberlandesgerichts

Röck

Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Schreiner

Richter
am Landgericht