

# Aktuelles Immobilienrecht 2023

Herrler / Hertel / Kessler

2023

ISBN 978-3-406-80925-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

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

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

### c) Zusätzliche Gebühr für die Weiterveräußerung

Ohne Weiteres um eine Preisnebenabrede dürfte es sich bei der Vereinbarung des „Serviceentgelts“ handeln – jedenfalls soweit es sich auch auf den Verkauf des eigenen Miteigentumsanteils des Teilkäufers bezieht. Der BGH geht davon aus, dass eine kontrollfähige Preisnebenabrede immer dann vorliegt, wenn Bestimmungen, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mittels derer der Verwender Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt.<sup>198</sup> Mit dem Verkauf des eigenen Miteigentumsanteils erfüllt der Teilkäufer seine Pflicht, den ihm gehörenden Anteil mit zu verkaufen. Hierfür kann er dementsprechend kein Serviceentgelt berechnen. Demgegenüber stellt der Verkauf des Miteigentumsanteils des Verkäufers eine zusätzliche Leistung des Teilkäufers dar. Das „Serviceentgelt“ kann sich also der Höhe nach allenfalls nach dem Wert des Miteigentumsanteils der Erben des Verkäufers richten.

### d) Weiterverkauf als Rechtsdienstleistung iSd RDG?

Der Teilkäufer bietet die Weiterveräußerung als „Dienstleistung aus einer Hand“ an, was auch im Interesse der Erben sein kann und insbesondere Abwicklungsschwierigkeiten begegnet, wenn eine Erbengemeinschaft oder unbekannte Erben beteiligt sind. Es muss allerdings jeweils geprüft werden, ob die Abwicklung der Weiterveräußerung im fremden Namen eine Rechtsdienstleistung im Sinne des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) darstellt. Gemäß § 3 RDG ist die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur zulässig, soweit sie durch das RDG oder durch andere Gesetze ausdrücklich erlaubt wird. § 2 Abs. 1 RDG definiert eine Rechtsdienstleistung als „Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalles erfordert“. Der BGH definiert das Erfordernis einer rechtlichen Prüfung wie folgt:

„Danach erfasst die Vorschrift des § 2 Abs. 1 RDG jede konkrete Subsumtion eines Sachverhalts unter die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen, **die über eine bloß schematische Anwendung von Rechtsnormen ohne weitere rechtliche Prüfung hinausgeht**. Ob es sich um eine einfache oder schwierige Rechtsfrage handelt, ist unerheblich.“<sup>199</sup>

Aus den Gesetzgebungsmaterialien zum RDG geht hervor, dass „Fälle bloßer Stellvertretung im Rechtsverkehr“ aus der Genehmigungspflicht ausgenommen werden, soweit nicht „der Rechtsuchende eine besondere rechtliche Betreuung oder Aufklärung erkennbar erwartet [...]“<sup>200</sup>. Nach Auffassung des Gesetzgebers dürfte also der bloße Verkauf eines Grundstücks nicht unter den Begriff der Rechtsdienstleistung fallen, soweit nicht eine darüberhinausgehende Beratung erwartet werden kann.<sup>201</sup> Der Wortlaut des § 2 RDG schließt die Einbeziehung der reinen Stellvertretung im Rechtsverkehr zwar nicht zwingend aus<sup>202</sup> und teilweise wird die Herausnahme rechtspolitisch kritisiert.<sup>203</sup> Allerdings spricht neben dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers auch ein Sachargument gegen die Einbeziehung der bloßen Stellvertretung in den Begriff der Rechtsdienstleistung. Würde man die bloße Stellvertretung in den Anwendungsbereich des RDG einbeziehen, würde das Merkmal der „rechtlichen Prüfung des Einzelfalles“ iSd § 2 Abs. 1 RDG weitgehend verwässert. Denn mit (gesetzlichen oder vertraglichen) Rechtsfolgen geht jedes Rechtsgeschäft einher. Der Eintritt von Rechtsfolgen und die rechtliche Prüfung dieser Rechtsfol-

<sup>198</sup> BGH BKR 2020, 474 Rn. 9.

<sup>199</sup> BGH NJW 2016, 3441 Rn. 23.

<sup>200</sup> Regierungsbegründung, BT-Drs. 16/3655, 46.

<sup>201</sup> Kleine-Cosack, 3. Aufl. 2014, RDG § 2 Rn. 80f.

<sup>202</sup> Vgl. Gutachten DNotI-Report 2008, 121 zu Verkaufsvollmachten zugunsten von Grundschuldgläubigern; offengelassen im BNotK-Rundschreiben Nr. 7/2008.

<sup>203</sup> Kilian/Sabel/v. Stein, Das neue Rechtsdienstleistungsrecht, 2008, Rn. 41 ff.; Finzel, Rechtsdienstleistungsgesetz, 2008, RDG § 2 Rn. 11 ff.; Henssler/Deckenbrock DB 2008, 41 (42).

gen sind hierbei nicht identisch. Die Verwirklichung des Weiterverkaufs wäre ohne eigene rechtliche Prüfung schlicht dadurch möglich, dass der Teilkaufunternehmer bei einem Notar den Wunsch äußert, das gesamte Grundstück aufgrund der Vollmacht zu veräußern. Ob die Voraussetzungen für den Gebrauch der Vollmacht vorliegen, muss ohnehin der Notar prüfen. Insofern dürfte es sich beim Verkauf des eigenen und gleichzeitig des fremden Miteigentumsanteils lediglich um Rechtsanwendung, ohne dass dabei zwingend eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls zu erfolgen habe.

Das OLG Karlsruhe hat selbst für die Tätigkeit eines Maklers, der seinen Kunden beim Ausfüllen eines Formulars eines Mietvertrags behilflich war, die rechtliche Prüfung des Einzelfalls verneint:

„Wie das von der Beklagten beispielhaft vorgelegte Formular zeigt, handelt es sich dabei um die Personalien der Beteiligten, die Angaben zur Höhe der Miete und der Mietkaution, Mietdauer, zu den Nebenkosten (Betriebskosten) und deren Verteilung, eine Dokumentation des Zustands der Mieträume sowie die Festlegung eines Betrags, mit zudem kleinere Instandhaltungsarbeiten vom Mieter zu tragen sind. **Es mag nicht ausgeschlossen sein, dass in diesem Zusammenhang vereinzelt Rechtsfragen thematisiert werden, wenn es etwa um die Zulässigkeit der Höhe einer Mietkaution geht.** Selbst wenn die Beklagte entsprechende Fragen beantwortet, **bedarf es hierfür keiner substanziellen Prüfung der Rechtslage im Einzelfall**, wie sie der Gesetzgeber als Merkmal einer Rechtsdienstleistung ansieht. Alle wesentlichen rechtlichen Fragen sind dagegen in dem Formular bereits vorgegeben. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bereit ist, auf Wunsch ihrer Kunden die im Formular vorgegebenen rechtlichen Regelungen zu überprüfen und Alternativen vorzuschlagen, sind nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich.“<sup>204</sup>

Insofern dürfte die bloße Abwicklung des Verkaufs ebenfalls keine Rechtsdienstleistung darstellen. Auch wenn der Teilkaufunternehmer bei den Beteiligten Daten abfragt und diese an die Erwerber und den Notar übermittelt, sowie ein Verkehrswertgutachten einholt, erfordert dies nicht zwingend eine rechtliche Überprüfung des Falles. Die rechtliche Prüfung findet vielmehr durch den Notar gegenüber allen Beteiligten statt.

Die Anordnung einer Rechtsfolge, wenn unter Verstoß gegen das RDG eine Rechtsdienstleistung angeboten wird, enthält das RDG nicht. Es ist jedoch weitgehend anerkannt, dass § 3 RDG ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB darstellt.<sup>205</sup> Allerdings dürfte sich diese Nichtigkeit nur auf das Rechtsverhältnis beziehen, in dem verbotenerweise eine Rechtsdienstleistung erbracht wird,<sup>206</sup> also hier – unterstellt man vertritt diesbezüglich eine andere Auffassung – das Verhältnis zwischen Verkäufer und Teilkaufunternehmer. Der potentiell abgeschlossene Grundstückskaufvertrag mit dem Drittkäufer wäre hiervon nicht betroffen, denn in diesem Verhältnis findet unproblematisch keine Rechtsberatung statt. Allenfalls wenn man in der Folge des Verstoßes von einer Nichtigkeit der Vollmacht ausgeht,<sup>207</sup> hätte der Verstoß gegen das RDG mittelbar Auswirkungen auf den Weiterverkauf. Das wird man im Ergebnis aber zu verneinen haben, da ansonsten die Nichtigkeitsanktion zu Lasten Dritter geht, was das RDG ersichtlich nicht beabsichtigt.

### e) Beurkundungsrechtliche Fragen der Vollmacht zum Weiterverkauf

Beurkundungsrechtlich stellt sich die Frage, ob die erteilte Vollmacht gegen § 17 Abs. 2a BeurkG verstößt. Nach zutreffender Auffassung ist dies bzgl. der *Erteilung* nicht der Fall. Ob ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2a BeurkG vorliegt, lässt sich erst beim *Gebrauch* der Vollmacht beurteilen, denn erst zu diesem Zeitpunkt lässt sich feststellen, ob bei dem Vertrag,

<sup>204</sup> OLG Karlsruhe Urt. v. 13.10.2010 – 6 U 64/10, juris Rn. 14 – Hervorhebungen durch den Verfasser.

<sup>205</sup> Grüneberg/Ellenberger, 82. Aufl. 2023, BGB § 134 Rn. 21; BeckOGK/Binder, 1.1.2023, BGB § 488 Rn. 135; für die Inkassodienstleistung ausdrücklich BGH NJW 2020, 208; LG Berlin NJW 2018, 2901.

<sup>206</sup> BGH NJW 2020, 208.

<sup>207</sup> Zur Frage, wann ein Verstoß gegen das RDG zur Nichtigkeit einer in diesem Zusammenhang erteilten Vollmacht führt, vgl. ausführlich MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, BGB § 134 Rn. 139ff.

bei dem die Vollmacht zum Einsatz kommt, ein „Verbrauchervertrag“ im Sinne der Norm vorliegt. Die Frage muss also im Rahmen des Weiterverkaufs geprüft werden.

## 5. Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts?

Da die gesamte Gestaltung wirtschaftlich einem Darlehen ähnlich ist, stellt sich zudem die Frage der Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts. Dies würde zu umfangreichen Informations- und Dokumentationspflichten führen. Gemäß § 491 Abs. 1 S. 2 BGB sind Verbraucherdarlehensverträge „Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge“ und „Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge“. Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge sind gemäß § 491 Abs. 3 S. 1 BGB entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und einem Verbraucher als Darlehensnehmer, die erstens durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast abgesichert sind oder zweitens für den Erwerb oder die Erhaltung des Eigentums an Grundstücken, an bestehenden oder zu errichtenden Gebäuden oder für den Erwerb oder die Erhaltung von grundstücksgleichen Rechten bestimmt sind.

Im Rahmen der typischen Teilkaufverträge wird zwar eine Grundschuld bestellt, diese dient jedoch der Besicherung des Unternehmers gegenüber seiner Bank für die Refinanzierung. Sie wird gerade nicht zur Absicherung eines Darlehensvertrages zwischen dem Unternehmer als Käufer und dem Verbraucher als Verkäufer verwendet. Sie sichert vielmehr typischerweise das Darlehen des Käufers zum Erwerb seines Miteigentumsanteils. Es dürfte dementsprechend kein Darlehensvertrag zwischen den Beteiligten vorliegen, da der Darlehensvertrag gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB dadurch gekennzeichnet ist, dass der Darlehensnehmer das Darlehen bei Fälligkeit zurückzahlen hat. Eine entsprechende Rückzahlungspflicht im klassischen Sinne ist gerade nicht vorgesehen. Für den (unwahrscheinlichen) Fall, dass die Immobilie beim Weiterverkauf keinen Wert mehr aufweist, erhält der Unternehmer auch keine Zahlung.

Man wird sich nicht vollständig dem Gedanken verschließen können, dass die Konstruktion dem Darlehen zumindest ähnlich ist. Der Käufer zahlt dem Verkäufer einen Betrag und im Gegenzug verpflichtet sich der Verkäufer in Form des Nutzungsentgelts für den Nießbrauch diesen Betrag zu „verzinsen“. Allerdings wird dem Verkäufer der Betrag nicht – wie beim Darlehen – allein für den Zins als Gegenleistung zur Verfügung gestellt. Der Verkäufer verpflichtet sich primär zur Übertragung des verkauften Miteigentumsanteils.

Es könnte sich jedoch um einen sog. „Immobilienverzehrcredit“ handeln. Immobilienverzehrcredite sind jedoch aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts seit 2017 vollständig ausgenommen (vgl. § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 6, Abs. 3 BGB).<sup>208</sup> Immobilienverzehrcreditverträge sind dadurch gekennzeichnet, dass der Kreditgeber eine pauschale (oder regelmäßige) Zahlung leistet und im Gegenzug nur einen Betrag aus dem künftigen Erlös des Verkaufs einer Wohnimmobilie erhält oder ein Recht an der Wohnimmobilie erwirbt. Weiter setzt der Immobilienverzehrcredit gemäß § 491 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 BGB voraus, dass der Kreditgeber die Rückzahlung erst nach dem Tod des Verbrauchers fordern kann.

In der vorliegenden Konstruktion erhält der Teilkäuferunternehmer zwar einen Erlös aus dem künftigen Verkauf der Immobilie. Allerdings erhält er auch sofort einen Miteigentumsanteil am Grundstück, also „ein Recht an einer Wohnimmobilie“ im Sinne der Norm. Eine Pflicht zur Rückzahlung iSd § 491 Abs. 3 S. 4 Nr. 2 BGB besteht nicht, auch nicht nach dem Tod. Man könnte den Begriff der Rückzahlung jedoch untechnisch verstehen und auch den künftigen Erlös aus der Immobilie als Rückzahlung einordnen. Das kann im Ergebnis jedoch offenbleiben, denn es scheitert jedenfalls daran, dass der Verbrau-

<sup>208</sup> Dazu ausführlich Omlor NJW 2017, 1633.

cher sofort Zahlungen schuldet (das Nutzungsentgelt für den Nießbrauch). Geschuldet werden also nicht ausschließlich Zahlungen aus dem künftigen Erlös der Immobilie.

Eine analoge Anwendung des Verbraucherkreditrechts dürfte ebenso ausscheiden. Denn die Gestaltung steht aufgrund der Beteiligung am Erlös der Immobilie dem Immobilienverzehrcredit jedenfalls deutlich näher als dem Verbraucherdarlehensvertrag. Zum einen ist der Teilkäufer am zukünftigen Erlös beteiligt, zum anderen erhält er sofort eine Nutzungsentuschädigung (wirtschaftlich gesehen eine „Verzinsung“) für die Nutzung seines Miteigentumsanteils durch den Verkäufer, sodass allenfalls eine analoge Anwendung des § 491 Abs. 3 S. 4 BGB in Betracht käme, was im Ergebnis gerade nicht zur Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts führen würde – selbst wenn man eine analoge Anwendung bejahen würde. Eine analoge Anwendung des Verbraucherdarlehensrechts insgesamt dürfte sich aufgrund des in § 491 Abs. 3 S. 4 BGB zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers verbieten. Es entsprach gerade dem Willen des Gesetzgebers, Immobilienverzehrcredite ohne Anwendung des Verbraucherkreditrechts zu ermöglichen.<sup>209</sup> Der Teilverkauf steht aber diesem Immobilienverzehrcredit näher als dem typischen Darlehensvertrag.

Im Ergebnis wird man die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts zu verneinen haben. Allenfalls steht die Gestaltung einem Immobilienverzehrcredit nahe, der ebenfalls nicht den Regelungen des Verbraucherkreditrechts unterliegt.

## 6. Fazit

Die hier vorgestellte Gestaltung ist in der Praxis trotz steigender Zinsen und damit steigender Kosten für die Teilkäuferunternehmer auf dem Vormarsch. Es zeigt sich offensichtlich trotz der hohen Kosten weiterhin eine Nachfrage nach diesen Gestaltungen. Aus juristischer Sicht spricht vor allem die Komplexität der Gestaltung gegen das Modell. Auch wenn sich der Notar erheblich Zeit nimmt, stellt sich die Frage, ob dem juristischen Laien die Konstruktion wirklich verständlich gemacht werden kann.

Wirtschaftlich stellt sich für die Verkäufer vor allem das Problem der Preisanpassung des Nutzungsentgelts und die Gefahr, dieses irgendwann nicht mehr bedienen zu können. Es ist allerdings nicht Aufgabe des Notars, zu prüfen, ob die Gestaltung wirtschaftlich sinnvoll ist. Über die rechtlichen Konsequenzen bei Nichtzahlung des Nutzungsentgelts sollte freilich besonders aufgeklärt werden. Hier droht dem Verkäufer der Verlust der „eigenen“ Immobilie. Man muss sich hierfür nur vor Augen führen, dass bei einem Nutzungsentgelt von 5 % pro Jahr das erlöste Kapital bereits nach 20 Jahren vollständig aufgezehrt ist, ohne dass der Verkäufer davon etwas für einen angenehmen Ruhestand verwenden konnte und ohne die Berücksichtigung einer Anpassung des Nutzungsentgelts nach oben.

Durch die BaFin-Warnung stellt sich besonders die Frage, ob der Notar von der Gestaltung insgesamt abraten sollte. Das wird im Ergebnis jeder Notar für sich entscheiden müssen. Die BaFin-Warnung ist jedenfalls für eine pauschale Ablehnung der Beurkundung zu unkonkret. Zutreffend werden dort zwar wirtschaftliche Risiken aufgezeigt. Vor einer möglichen Insolvenz des Teilkäuferunternehmers wird allerdings nur pauschal gewarnt, ohne darzulegen, was die Konsequenzen sein sollen. Denn bei einem Nießbrauch am gesamten Vertragsobjekt und einer sachgerechten Gestaltung der Sicherungsabrede, sollte die Vereinbarung insgesamt insolvenzfest sein (mit Ausnahme des Ausschlusses der Teilungsversteigerung – allerdings bleibt hier der Nießbrauch bestehen).

---

<sup>209</sup> BT-Drs. 18/10935.

## 7. Formulierungsbeispiel

### Formulierungsbeispiel: Belehrung Teilkaufvertrag

Der Notar hat über die rechtliche Tragweite des Vertrags und die möglichen Konsequenzen belehrt. Er hat alternative Gestaltungen vorgeschlagen, wie beispielsweise einen Gesamtverkauf auf Leibrentenbasis oder einen Gesamtverkauf mit Rückanmietung etc. Gleichwohl wünschen die Beteiligten die Beurkundung in der vorliegenden Form. Der Notar hat deshalb insbesondere auf folgendes hingewiesen:

- Im Falle der Nichtzahlung des Nutzungsentgelts droht der Verlust des Wohnhauses. Der Verkäufer muss daher sicherstellen, dass auch nach (ggf. erheblichen) Anpassungen des Nutzungsentgelts ausreichend Liquidität zur Bedienung der monatlichen Zahlungen zur Verfügung steht.
- Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat vor den wirtschaftlichen Konsequenzen des Teilverkaufs gewarnt. Die Informationen der BaFin hierzu sind dem Verkäufer bekannt.
- Im Falle der Insolvenz des Käufers droht die Teilungsversteigerung des Objekts.
- Die AGB-rechtliche Zulässigkeit verschiedener Klauseln ist bislang nicht durch die Rechtsprechung geklärt und in der Literatur umstritten. Dies gilt insbesondere für die Verteilung des Weiterverkaufserlöse, für die Anpassung des monatlichen Nutzungsentgelts und für die Erteilung der unwiderruflichen Verkaufsvollmacht. Der Notar hat seine Zweifel an der Wirksamkeit dieser Klauseln mit den Beteiligten erörtert. Nicht durch die Rechtsprechung geklärt ist auch die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts.“



**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## D. Bauträgervertrag

### I. Vorlagesperre beim Bauträgervertrag

#### 1. OLG Rostock: Vorlagesperre beim Bauträgervertrag bis zur Zahlung des „gesamten Kaufpreises“ AGB-widrig

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

RNotZ 2022, 545

##### Kerngehalt:

Vorlagesperre beim Bauträgervertrag bis zur Zahlung des „gesamten Kaufpreises“ AGB-widrig.

##### Leitsatz:

In einem Bauträgervertrag ist eine Klausel, wonach die Vertragsparteien den Notar anweisen, „die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu veranlassen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen ist“, in AGB unwirksam. Daher kann die erklärte Auflassung unabhängig von der vollständigen Zahlung des Erwerbers zur Eigentumsumschreibung verwendet werden.

Es ist eine der Entscheidungen, bei denen man aufschrickt: Das Ergebnis ist völlig anders als erwartet – und mit potentiell weitreichenden Konsequenzen für die Vertragsgestaltung.

##### Sachverhalt:

Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte eine Bauträgergesellschaft sich im notariellen Vertrag verpflichtet, auf dem verkauften Grundstück den „Rohbau für ein Einfamilienhaus“ zu errichten.

Im Kaufvertrag war auch gleich die Auflassung erklärt – und (das wird noch wichtig werden) auch die Bewilligung zur Eigentumsumschreibung. Der Notar wurde angewiesen, die Eigentumsumschreibung erst zu veranlassen, wenn ihm die „Zahlung des gesamten Kaufpreises“ nachgewiesen war.

Der Kaufpreis betrug 295.340 EUR, wovon 93.040 EUR auf das Grundstück entfielen. Die erforderlichen Ausbauarbeiten wollten die Erwerber teils in Eigenleistung erstellen, teils anderweitig vergeben.

Später kamen dann diverse Zusatzleistungen durch privatschriftliche Vereinbarungen hinzu – offenbar da die Erwerber Leistungen, die sie ursprünglich selbst an andere Baufirmen vergeben wollten, doch noch beim Bauträger in Auftrag gaben. Aus Sicht der Käufer ergab sich eine vereinbarte Gesamtsumme von 398.921,18 EUR (nämlich „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“), auf die sie 377.998,75 EUR gezahlt hatten.

Aus Sicht des Bauträgers kamen unter anderem noch Innen- und Außenputz sowie Fensterläden als Zusatzleistung hinzu und schuldeten die Käufer noch 72.183,35 EUR, die ein Gesellschafter der Bauträgergesellschaft einklagte. Aus Sicht der Käufer gab es hingegen Baumängel von mindestens 250.000 EUR, weshalb sie im Wege der Widerklage eine Zahlung von ca. 150.155,17 EUR und sofortige Umschreibung des Grundstücks forderten.

Dramatis personae waren also ein **Gesellschafter** der Bauträgergesellschaft als Kläger, die **Erwerber** als Beklagte (und Widerkläger) und die **Bauträgergesellschaft** selbst (oder

die „Bauträgerin“, wie sie das OLG Rostock teilweise gendergerecht nennt) als Drittwiderbeklagte. Diese Prozessrollen muss man beim Lesen der Entscheidungsgründe kennen. Für unsere Fragen spielt die Aufteilung der Prozessrollen zwischen der Bauträgergesellschaft und ihrem Gesellschafter aber keine Rolle.

### a) Landgericht: Entscheidung über geltend gemachte Mängel

Das Landgericht hatte über die Mängel Beweis erhoben und entschieden, dass dem Bauträger wegen diverser Mängel keine weiteren als die bereits gezahlten Ansprüche zustanden und deshalb zum Vollzug der Auflassung verurteilt.

Ob und wieviel umgekehrt der Bauträger noch als Schadensersatz für die Mängel zu zahlen hätte, war noch nicht entscheidungsreif. Dies hatte das Landgericht daher von der Entscheidung über den Anspruch auf Eigentumsumschreibung abgetrennt.

### b) OLG Rostock: Auflassungspflicht allein wegen unwirksamer Vorlageklausel

Hätte das OLG nochmals über die einzelnen Mängel entschieden, hätte sich niemand außer den Prozessparteien für die Entscheidung interessiert. Das OLG Rostock stellte hingegen auf die verwendete **Klausel zur Vorlagesperre** ab und verurteilte allein deshalb zur Umschreibung. Die maßgebliche Klausel in § 6 des Notarvertrages lautete:

„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.“<sup>1</sup>

Das OLG Rostock argumentiert:<sup>2</sup>

- Die Vorlagesperre ist eine von der Bauträgerin gestellte **Allgemeine Geschäftsbedingung** (AGB).
- Die Klausel weicht von § 320 BGB ab. Denn auch wenn die Leistung der Bauträgerin einen Mangel hat, muss der Käufer nach der Klausel den vollen Kaufpreis zahlen, wenn er ins Grundbuch kommen will. Damit wird eine **Vorleistungspflicht** begründet.
- „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“.<sup>3</sup> Ein solcher Grund ist hier nicht ersichtlich.
- Rechtsfolge ist, dass die Vorlagesperre als unwirksam zu streichen ist. Die erklärte Auflassung verbleibt dann im Kaufvertrag. Nachdem auch die Bewilligung zur Eigentumsumschreibung schon enthalten ist, kann gleich die Umschreibung erfolgen.

## 2. Zur Erinnerung: BGHZ 148, 85

BGH Urst. v. 7.7.2001 – VII ZR 420/00

BGHZ 148, 85 = DNotZ 2002, 41 = NJW 2002, 140 = NotBZ 2001, 462 = RNotZ 2002, 50 = ZfR 2001, 981 = ZNotP 2002, 69; vgl. dazu Fabis ZfR 2002, 177; Keim MittBayNot 2003, 21 und Volmer, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, 371

Für die Unwirksamkeit der Vorlagesperre beruft sich das OLG Rostock auf BGHZ 148, 85. Dort hatte der VII. Zivilsenat des BGH entschieden:

<sup>1</sup> OLG Rostock Beschl. v. 21.12.2021 – 4 U 79/18, juris-Rn. 5.

<sup>2</sup> OLG Rostock Beschl. v. 21.12.2021 – 4 U 79/18, juris-Rn. 58–61.

<sup>3</sup> OLG Rostock Beschl. v. 21.12.2021 – 4 U 79/18, juris-Rn. 59.