

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 159774

letzte Aktualisierung: 27. Februar 2018

BGB §§ 271, 307, 320, 322, 433 Abs. 1 S. 1; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2

(Keine) Pflicht des Bauträgers zur Besitzverschaffung aufgrund der sog. Bezugsfertigkeitsrate gem. § 3 Abs. 2 MaBV; Recht des Erwerbers auf Besitzverschaffung trotz Mängeleinbehalt

I. Sachverhalt

Ein Bauträgervertrag enthält zur Übergabe folgende Regelung:

„Vollständige Fertigstellung: Als spätester Termin für die vollständige Fertigstellung des Vertragsobjekts – Sondereigentum – wird der (...) vereinbart. Vollständige Fertigstellung liegt vor, wenn sämtliche vertraglich geschuldeten Arbeiten (sowohl am Sonder- als auch am Gemeinschaftseigentum einschließlich Außenanlagen) durchgeführt sind. (...). Übergabe, Übergang von Besitz und Nutzungen: Besitz und Nutzungen gehen zu dem Zeitpunkt auf die Erwerber über, ab dem dieser das Vertragsobjekt aufgrund Übergabe nutzen darf. Die Veräußerin ist zur Übergabe des Vertragsobjekts verpflichtet, wenn die Abnahme durchgeführt ist und der Erwerber alle zu diesem Zeitpunkt fälligen Zahlungen geleistet haben oder Zug um Zug leistet. 4.3. Übergang Lasten etc. (...)“.

Der Ratenplan umfasst sieben Raten. Die letzte ist wie folgt gefasst:

„g) 11,9 % nach Bezugsfertigkeit und vollständiger Fertigstellung Zug um Zug gegen Besitzübergabe.“

Ein Käufer-Rechtsanwalt moniert (unter Bezugnahme auf ein Urteil des LG München I v. 23.4.2015 – 8 O 6509/15 und einen Beschluss desselben LG v. 23.6.2016 – 11 O 10314/16), diese Gestaltung benachteilige den Käufer unangemessen.

II. Frage

Benachteiligt eine Regelung im Bauträgervertrag, wonach die Übergabe des Vertragsobjekts durch den Bauträger nach vollständiger Fertigstellung und Abnahme zu erfolgen hat, den Erwerber unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 2 BGB?

III. Zur Rechtslage

Einleitend gestatten wir uns den Hinweis, dass das DNotI nach seinen Leistungsgrundsätzen in der Fassung vom 1.7.2004 (abgedruckt im Jahresregister 2015/2016, S. XXIII, Beilage zu DNotI-Report 6/2017) grundsätzlich keine Vertragsgestaltungen oder konkrete Vertragsklauseln begutachtet. Wir bitten daher, die nachfolgenden Ausführungen nicht als Begutachtung der im Sachverhalt mitgeteilten konkreten Vertragsklausel, sondern vielmehr als Würdigung des mit dieser Vertragsgestaltung verfolgten Zieles zu verstehen.

I. Kein Anspruch auf Besitzverschaffung aus § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV

1. Charakter der MaBV und ihr Einfluss auf die Vertragsgestaltung

Nach § 3 Abs. 1 u. 2 MaBV darf ein Bauträger Vermögenswerte seines Auftraggebers [= Erwerber] nur entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen, wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen. Die MaBV normiert allerdings *kein* Zivilrecht, sondern ist ausschließlich eine Vorschrift des Gewerberechts und statuiert insoweit **öffentlich-rechtliche Vermögens-Entgegennahmeverbote**. Als öffentlich-rechtliche Berufsausübungsregelung richtet sich die MaBV alleine an den Bauträger, nicht aber an den Erwerber (vgl. BGH NJW 2001, 818, 820; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rn. 35 f. m. w. N.). Sollte ein Erwerber – versehentlich oder freiwillig – entgegen den Vorgaben des § 3 Abs. 1 u. 2 MaBV Zahlungen leisten, so müsste der Bauträger diese zurückweisen bzw. unverzüglich erstatten.

Die Vorgaben der MaBV nehmen auf die notarielle Vertragsgestaltung eines Bauträgervertrages mittelbar Einfluss, nämlich bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Fälligkeitsvereinbarung betreffend die zu zahlende Vergütung. Seit der Einführung des § 632a Abs. 2 BGB a.F. (nunmehr § 650v BGB n.F.) durch das Forderungssicherungsgesetz ergibt sich dies aus der dort angelegten Verweisungskette (vgl. § 632a Abs. 2 BGB a.F. bzw. § 650v BGB n.F. i. V. m. Art. 244 EGBGB i. V. m. § 1 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen, der seinerseits auf die §§ 3, 7 MaBV verweist). Vor Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes ergab sich dieses Erfordernis bereits – und auch weiterhin – aus der Einheit der Rechtsordnung, denn: Wenn die MaBV die gewerberechtlichen Voraussetzungen regelt, unter denen der Bauträger die Vermögenswerte seines Auftraggebers (nur) entgegennehmen darf, so hat der Bauträger bei der **vertraglichen Vereinbarung über den Zeitpunkt der Vergütungsfälligkeit** darauf achten, dass er nicht gegen sein Gewerberecht verstößt. Mit Blick auf die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 3 MaBV gilt diese Pflicht zur Beachtung der MaBV – ungeachtet der in § 632a Abs. 2 BGB a.F./650v BGB n.F. verankerten Verweisungskette – letztlich auch für den Notar.

Zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 3 MaBV hat sich der BGH wiederholt geäußert, u. a. in seiner Entscheidung v. 7.11.2013 – VII ZR 167/11, BeckRS 2014, 01037 (= DNotI Report 2014, 35 ff.). Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des BGH ist eine der MaBV widersprechende **Fälligkeitsvereinbarung gem. §§ 3, 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB nichtig**. Die Nichtigkeit erfasst allerdings ausschließlich die von § 3 Abs. 1 u. 2 MaBV abweichende Fälligkeitsabrede und berührt die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht.

Vor dem Hintergrund, dass dem **§ 3 MaBV** die Bedeutung eines **Verbotsgesetzes i. S. v. § 134 BGB** zukommt, **strahlt die Vorschrift auf den Inhalt des zivilrechtlichen Bauträgervertrages aus**, zumal der Notar auch beurkundungsverfahrens- sowie berufsrechtlich gehindert ist, an ganz oder teilweise unwirksamen Rechts-

geschäften mitzuwirken (vgl. § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO). Dieses Zusammenspiel zwischen öffentlichem Recht einerseits und Zivilrecht andererseits hat der Gesetzgeber – zutreffend – in der in § 632a Abs. 2 BGB a.F. bzw. § 650v BGB n.F. angelegten Verweisungskette nachgezeichnet; die Verweisung mündet nicht in der MaBV insgesamt, sondern ausschließlich in §§ 3, 7 MaBV.

In diesem Zusammenhang erlauben wir uns ferner darauf hinzuweisen, da es sich nach Ansicht der Rechtsprechung bei §§ 3, 7 MaBV um Schutzgesetze i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB handelt, bei deren Missachtung auch der Geschäftsführer bzw. Vorstand der Bau-trägergesellschaft persönlich in Anspruch genommen werden kann (vgl. BGH NJW 2009, 673; OLG München BeckRS 2010, 11887).

2. **Schutzzweck der MaBV: Wahrung eines äquivalenten Leistungsaustauschs**

In der Literatur und Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Ratenplan gem. § 3 Abs. 2 MaBV dem Schutz des Erwerbers dient. Im Einklang mit dem werkvertraglichen Leitbild des § 641 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach der Werkunternehmer vorleistungspflichtig ist und der Auftraggeber den Werklohn erst nach Abnahme des Werkes zu entrichten hat, möchte die MaBV gewährleisten, dass den Abschlagszahlungen des Erwerbers eine angemessene Gegenleistung gegenübersteht. Diesen **Äquivalenzgedanken** hat der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 22.10.1998 – VII ZR 99/97 zum Ausdruck gebracht, indem er feststellt:

„§ 3 Abs. 2 S. 1 MaBV verpflichtet den Bauträger u. a., Vermögenswerte der Auftraggeber nur entsprechend dem Bauablauf entgegenzunehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen zu lassen. Diese Bestimmung soll in Kombination mit § 3 Abs. 1 MaBV erreichen, dass Leistungen der Erwerber ein entsprechender Gegenwert am Bauvorhaben gegenübersteht (BR-Dr 179-75, S. 4). Diese Verbraucherschutzbestimmung bezweckt einen weitgehenden Schutz des Auftraggebers vor Vermögensschädigungen, beispielsweise im Konkurs des Bauträgers.“

(BGH MittBayNot 1998, 458, 459 = NJW 1999, 51, 52).

Es gilt sich zu vergegenwärtigen, dass nach dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertragsrechts der Unternehmer grundsätzlich vorleistungspflichtig ist und die Vergütung erst dann beanspruchen kann, wenn er das geschuldete Werk insgesamt erbracht hat (vgl. § 641 Abs. 1 S. 1 BGB). Vor diesem Hintergrund dient die MaBV – entgegen dem ersten Eindruck – nicht alleine dem Schutz des Erwerbers, sondern stellt zugleich eine Privilegierung der Bauwirtschaft dar, indem der Bauträger vor vollständiger Erbringung seiner Leistungen bereits unter gewissen Voraussetzungen Abschlagszahlungen des Erwerbers entgegennehmen darf.

3. **Rechtsnatur des Bauträgervertrages: MaBV kein gesetzliches Leitbild**

Die MaBV **kodifiziert** allerdings **kein „Bauträgervertragsrecht“**; es gibt kein Gesetz, das den „Bauträgervertrag“ als solchen regelt. Der Bauträgervertrag ist vielmehr ein Vertrag, der neben werk- auch kaufvertragliche Elemente (§§ 631 ff., 433 BGB) sowie – je nach den Umständen des Einzelfalles – Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht (§§ 662 ff. BGB) enthält. Hinzu kommen zumeist Elemente des Werklieferungsvertrages (§ 651 BGB). Der Bauträgervertrag ist also gekennzeichnet

durch eine Bündelung unterschiedlicher Leistungspflichten des Bauträgers, wobei die rechtsdogmatische Frage, ob es sich insoweit um einen *Typenkombinationsvertrag* bzw. einen *Vertrag sui generis* handelt, letztlich dahinstehen kann, denn die maßgeblichen zivilrechtlichen Vorschriften richten sich nach der jeweiligen Leistungspflicht des Bauträgers. Hieran ändert sich auch nichts durch das zum 1. Januar 2018 in Kraft tretende *Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren* (BGBl. I 2017, S. 969; vgl. dort **§ 650u Abs. 1 BGB n.F.**). Demzufolge wird die Eigentumsverschaffungspflicht an den §§ 433 ff. BGB gemessen, während für die Bauerrichtungspflicht die Bestimmungen der §§ 631 ff. BGB zur Anwendung kommen (zur Rechtsnatur des Bauträgervertrages vgl. statt aller: Basty, Rn. 6 m. w. N.).

Vor dem Hintergrund, dass die MaBV „nur“ *öffentlich-rechtliche* Vermögens-Entgegennahmeverbote statuiert, die im Rahmen der notariellen Vertragsgestaltung (zwingend) bei der **Vereinbarung der Leistungszeit gem. § 271 BGB betreffend den Vergütungsanspruch** zu beachten sind, vermag sie u. E. daher **weder einen schuldrechtlichen Anspruch auf Besitzverschaffung noch ein gesetzliches Leitbild** zur Beurteilung der Frage zu begründen, wann dem Erwerber der Besitz am Vertragsgegenstand einzuräumen ist. § 3 Abs. 2 S. 2, drittletzter Spiegelstrich MaBV stellt lediglich fest, dass der Bauträger die sog. *Bezugsfertigkeit* nur Zug um Zug gegen Besitzübergabe *entgegennehmen* darf, nicht aber, dass er nach Erreichen dieses Bautenstands den Besitz verschaffen muss. Mit einer gegenteiligen Sichtweise würde u. E. der Regelungscharakter der MaBV verkannt, denn diese betrifft **nicht die Leistungspflichten des Bauträgers**, sondern – nur mittelbar – die **Fälligkeit der vom Erwerber geschuldeten Vergütung** (in diesem Sinne auch Blank, MittBayNot 2017, 373).

Im Grundsatz ist es u. E. daher nicht zu beanstanden, dass der Erwerber den Besitz erst nach **vollständiger Fertigstellung** des Bauvorhabens eingeräumt bekommt, solange er seinerseits die sog. *Bezugsfertigkeit* nicht vor diesem Zeitpunkt zahlen muss. Das synallagmatische Verhältnis von „*Besitz Zug um Zug gegen Zahlung der Vergütung*“ ist sowohl in § 433 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB als auch in § 641 Abs. 1 S. 1 BGB angelegt.

Nach unserem Dafürhalten ist ferner nicht zu beanstanden, wenn ein Besitzübergang erst *Zug um Zug* mit der **Abnahme** stattfinden soll. In diesem Zusammenhang gilt es zu bedenken, dass die Abnahme eine Hauptleistungspflicht des Erwerbers darstellt, sodass es gerechtfertigt erscheint, dass der Bauträger seiner Besitzverschaffungspflicht „nur“ *Zug um Zug* gegen Erfüllung der dem Erwerber obliegenden Pflichten (Zahlung und Abnahme) nachkommt. Im Übrigen ist diese Zug-um-Zug-Leistung dem Begriff der Abnahme, der nach h. M. als „*Entgegennahme des Werkes und seine Billigung als im Wesentlichen vertragsgerecht*“ verstanden wird (vgl. BeckOK-BGB/Voit, 43. Ed. 1.2.2017, § 640 Rn. 18; MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl. 2012, § 640 Rn. 3, jew. m. w. N.; vgl. ferner LG München I, BeckRS 2015, 20227 [B. I. 2.], BeckRS 2016, 15947, [A. I. 8.]), wesensimmanent.

Ebenso unbedenklich wäre es nach unserem Dafürhalten, wenn ein Besitzübergang erst *Zug um Zug* gegen Zahlung des zum Zeitpunkt der vollständigen Fertigstellung **fälligen sowie geschuldeten Erwerbspreises** stattfinden soll.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, wie dieses Regelungsziel vertragsgestalterisch umgesetzt werden kann. Denkbar erscheint es, die Fälligkeit der Besitzverschaffungs-

pflicht – wie im mitgeteilten Vertragsmuster – an die Erbringung der dem Erwerber obliegenden Abschlagszahlungen sowie an die Erfüllung der Abnahmepflicht anzuknüpfen. Nach unserer Auffassung ist indes zwischen der Leistungszeitbestimmung i. S. v. § 271 BGB einerseits und dem Zurückbehaltungsrecht des Bauträgers gem. § 320 BGB streng zu unterscheiden; dies sollte auch in der Vertragsgestaltung seinen Ausdruck finden. Sofern die Besitzverschaffungspflicht des Bauträgers an die Erbringung der vom Erwerber geschuldeten Leistungen (Zahlung und Abnahme) anknüpft, birgt diese Vertragsgestaltung in der Tat die Gefahr einer Vorleistungspflicht des Erwerbers. Es wäre mit dem gesetzlichen Leitbild eines Zug-um-Zug-Leistungsaustauschs insbesondere nicht vereinbar und somit von einer unangemessenen Benachteiligung des Erwerbers i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB auszugehen, wenn die Besitzverschaffungspflicht des Bauträgers erst fällig würde, *nachdem* der Erwerber vollständig gezahlt und die Werleistung abgenommen hat (hierzu sogleich unter Ziffer II).

4. Entscheidungen des LG München I

Im Grundsatz ist nach unserem Dafürhalten allerdings davon auszugehen, dass eine Zug-um-Zug-Abrede schwerlich als AGB-Verstoß gewertet wird, da ein solchermaßen vereinbarter Leistungsaustausch den für einen Bauträgervertrag maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen (§§ 320, 322, 433 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 641 Abs. 1 S. 1, 650u Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB) innewohnt. Eine Vorleistungspflicht des Bauträgers betreffend die Einräumung des Besitzes – also vor Erfüllung der dem Erwerber obliegenden Hauptleistungspflichten (Zahlung und Abnahme) – ist im Gesetz nicht vorgesehen und lässt sich insbesondere nicht der MaBV als Vorschrift des Gefahrenabwehrrechts (Polizeirecht im weiteren Sinne) entnehmen.

Dies verkennt das **LG München I** in seiner im einstweiligen Rechtsschutz ergangenen Entscheidung vom 23.4.2015 – 8 O 6509/15, BeckRS 2015, 20227; allgemein zur Entscheidung vgl. auch Scheibengruber, notar 2016, S. 86; BeckOGKBGB/Fehrenbach, 1.8.2017, BGB § 307 Rn. 21.1). Das Gericht nimmt eine **unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB** an, wenn der Bauträger den Besitz nicht bereits nach Erreichen der Bezugsfertigkeit i. S. v. § 3 Abs. 2 S. 2, drittletzter Spiegelstrich (sog. Bezugsfertigkeitsrate) einräumt. Das Gericht führt hierzu in seinen Entscheidungsgründen aus:

„Auch stellt die Regelung unter Ziffer VII. S. 3 des Kaufvertrags eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers dar. Die sich an die Regelung der MaBV orientierende Zahlung nach Baufortschritt stellt grundsätzlich einen billigen Ausgleich zwischen Erwerber und Bauträger dar. Diesem billigen Interessenausgleich liegt auch zugrunde, dass der Besitzübergang vor der endgültigen Fertigstellung und Fälligkeit der Fertigstellungsrate erfolgt.

...

In diesen Interessenausgleich wird unbillig eingegriffen, wenn der Bauträger die Übergabe als Druckmittel für die vollständige Bezahlung des Kaufpreises zurückhalten kann. Denn der Erwerber ist regelmäßig auf die Einräumung des Besitzes am Wohnraum angewiesen. Faktisch würde ihm die in der MaBV vorge-

sehene Sicherung der Beseitigung der Protokollmängel genommen. Dies benachteiligt den Erwerber unangemessen.“

In seiner weiteren Entscheidung vom 23.06.2016 – 11 O 10314/16 (BeckRS 2016, 15947) greift das **LG München I** diese Überlegung abermals auf und stellt zur unangemessenen Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB fest:

„Nach der folglich anwendbaren Vorschrift des § 307 Abs. 1 BGB ist die Gestaltung eine unangemessene Benachteiligung des Durchschnitts-Wohneigentums-Erwerbers, weil dieser regelmäßig ein schutzwürdiges Interesse hat, das Wohneigentum bei Bezugsfertigkeit tatsächlich auch beziehen zu können und zwar typischerweise zu einem Zeitpunkt, in dem die vollständige Fertigstellung noch nicht erreicht ist. Der Durchschnittserwerber hat regelmäßig seine Investition in das Wohneigentum derart kalkuliert und finanziert, dass eine möglichst frühe Wohnnutzung darin eine erhebliche Rolle spielt, damit der Erwerber möglichst zügig die laufende finanzielle Belastung hinter sich lassen kann, die mit der vorherigen Wohnung verbunden ist. Mit einem Wort: Der Durchschnittserwerber ist auf einen Bezug vor (vollständiger) Fertigstellung angewiesen. Angewiesen ist er folglich auch darauf, dass die noch fehlende vollständige Fertigstellung effizient abgesichert wird. Die hier untersuchte Gestaltung führt dazu, dass der Erwerber entweder am frühzeitigen Bezug gehindert sein wird, oder er muss auf die Besicherung hinsichtlich der vollständigen Fertigstellung verzichten, indem er die Schlussrate bereits bei Bezug zahlt.“

Unter dogmatischen Gesichtspunkten ist diese Argumentation wenig überzeugend, denn die MaBV regelt weder den Zeitpunkt, wann der Erwerber zahlen muss, noch den Zeitpunkt, wann der Bauträger den Besitz zu verschaffen hat. Als Verbotsnorm betrifft sich ausschließlich den Aspekt, wann der Bauträger unter dem öffentlich-rechtlichen Aspekt der Gefahrenabwehr frühestens die Abschlagszahlungen des Erwerbers entgegennehmen *darf*. Ebenso wenig lässt sich aus einer der MaBV nachgebildeten (vertraglichen) Fälligkeitsabrede betreffend die Zahlungspflichten des Erwerbers herleiten, wann wiederum die Besitzverschaffungspflicht (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) des Bauträgers fällig wird. Schließlich übersieht das LG München I, dass die Bestimmung des § 307 Abs. 1 BGB mangels Abweichen von einer gesetzlichen Regelung nicht anwendbar ist. Denn nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB gelten die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 BGB nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Es gibt indes weder eine öffentlich-rechtliche noch eine zivilrechtliche Vorschrift, die den Bauträger dazu verpflichtet, den Besitz bereits bei Erreichen der Bezugsfertigkeit des Vertragsgegenstandes einräumen.

Zu beachten ist allerdings stets das **Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB**. Dem **LG München I** (BeckRS 2015, 20227) ist insoweit zuzugeben, dass die Vereinbarung einer separaten Bezugsfertigkeitsrate im Hinblick auf die Besitzverschaffungspflicht des Bauträgers im Einzelfall intransparent sein kann. Das Gericht führt insoweit aus:

„Die vorgenannte Regelung erweist sich für den Erwerber als intransparent i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Aus Ziffer VI. 3. ergibt sich für den Erwerber die berechtigten Erwartungen, nach Zahlung von 94,4% des Kaufpreises den Besitz des Vertragsgegenstands zu erhalten. Die Regelung unter Ziffer VII. 3. S. 3 wirkt für den unbefangenen Erwerber zunächst nur als Bestätigung dieser Erwartung, dass alle in Ziffer VI.3. vor der Besitzübergangsrunde genannten Beträge vor Besitzübergang zu zahlen sind.

Indes räumt Ziffer VI. 3. dem Veräußerer die Möglichkeit ein, die Bestandteile der sieben Raten frei zusammenzustellen. Wenn also der Veräußerer – wie hier – die vier letzten Vom-Hundert-Sätze der Regelung VI. 3. zu einer Rate zusammenfasst, ermöglicht es ihm die vorgenannte Regelung die Übergabe der Wohnung bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung zurückzuhalten. Dies ist indes für den juristisch nicht geschulten Erwerber nicht erkennbar.“

In dem vom LG München I entschiedenen Fall handelte es sich um einen sog. flexiblen Ratenzahlungsplan, sodass für den Erwerber in der Tat die rechtliche Eigenständigkeit von Vergütungsfälligkeit einerseits und Besitzverschaffungspflicht andererseits vermutlich nur schwer zu erkennen gewesen ist. Letztlich wird man dem LG München in seiner Argumentation wohl zugestehen müssen, dass die vertragliche Vereinbarung einer separaten Bezugsfertighkeitsrate keinen rechten Sinn ergibt, wenn der Bauträger überhaupt nicht bereit ist, zu diesem Zeitpunkt (Bezugsfertigkeit) bereits den Besitz einzuräumen. Sofern ein Bauträger den Besitz erst nach vollständiger Fertigstellung verschaffen will, dürfte es sich mithin empfehlen, zumindest die drei letzten „Bauabschnitte“ i. S. v. § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV zu *einer* Abschlagszahlung zusammenzufassen. Anderenfalls wäre mit hinreichender Deutlichkeit klarzustellen, dass die Fälligkeit der Bezugsfertighkeitsrate keinen Anspruch des Erwerbers auf Besitzverschaffung begründet, sondern es dem Bauträger vorbehalten bleibt, die Bezugsfertighkeitsrate erst nach vollständiger Fertigstellung anzufordern mit der Folge, dass der Besitz erst deutlich später, nämlich nach vollständiger Fertigstellung des Gesamtgebäudes (inkl. Außenanlagen) auf den Erwerber übergeht.

5. Entscheidung des KG

Die Entscheidung des **KG** vom 4.10.2017 – 21 U 79/17 (NJW 2018, 311), die ebenfalls einen Bauträgerevertrag und die Besitzeinräumung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes betraf, ist für die hier zu untersuchende Frage unergiebig, denn das Gericht stellt zwar zu Beginn seiner Entscheidungsgründe fest, dass der beklagte Bauträger verpflichtet sei, nach bezugsfertiger Herstellung die veräußerte Wohnung zu übergeben. Aus den Entscheidungsgründen ist indes nicht ohne Weiteres ersichtlich, woraus das Gericht die Fälligkeit des Besitzverschaffungsanspruches herleitet. Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt vielmehr auf dem – offenkundig zwischen den Beteiligten streitigen – Aspekt, ob der Bauträger trotz des vom Erwerber geltend gemachten Mängleinbehalts, also vor vollständiger Zahlung die Wohnung zu übergeben hat, und inwieweit die Besitzeinräumung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes mit dem verfahrensrechtlichen Grundsatz zu vereinbaren ist, dass eine Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung zu unterbleiben hat.

II. Pflicht zur Besitzübergabe *versus* Leistungsverweigerungsrecht des Bauträgers

Unter vertragsgestalterischen Gesichtspunkten ist unseres Erachtens weiterhin zu beachten, dass es sich bei der **Pflicht zur Besitzverschaffung** um eine **Hauptleistungspflicht des Bauträgers gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB** handelt. Ebenso wie die werkvertraglich geschuldete Fertigstellung des Bauwerks muss auch die Besitzverschaffung klar und präzise geregelt sein, damit der Erwerber sich hierauf einstellen sowie erkennen kann, ab wann sich der Bauträger im Verzug befindet.

In den Gestaltungsempfehlungen (Mustern) der notariellen Bauträgerrechtsliteratur wird zumeist nur die Fertigstellung datumsmäßig geregelt. Unseres Erachtens sollte ein Bauträgervertrag indes auch ein Bezugsfertigkeitsdatum (= Besitzübergabedatum) vorsehen, da es sich um eine Hauptleistungspflicht des Bauträgers handelt, die nicht nur „undurchsichtig“ geregelt werden darf. Das durchaus berechtigte Anliegen des Bauträgers, den Besitz erst Zug um Zug mit vollständiger Zahlung der Vergütung sowie Abnahme des Werks einräumen zu müssen, sollte nicht dazu führen, dass eine klare Leistungszeitbestimmung i. S. v. § 271 BGB mit dem Aspekt eines (etwaigen) Zurückbehaltungsrechts des Bauträgers gem. § 320 BGB vermengt wird. Sofern man in der Vertragsgestaltung anstelle eines eindeutigen Datums die Fälligkeit der Besitzverschaffungspflicht des Bauträgers aus der Erbringung der vom Erwerber geschuldeten Leistungen herleitet (indem man beispielsweise formuliert: „*Der Bauträger ist zur Übergabe des Vertragsobjektes verpflichtet, wenn der Erwerber ...*“), kann es nicht verwundern, wenn ein Gericht seinerseits wiederum auf den im Vertrag enthaltenen Ratenzahlungsplan zurückgreift und sodann einen Widerspruch zwischen der Fälligkeit der Bezugsfertigkeitsrate (Zug um Zug gegen Besitzübergabe) und der an anderer Stelle des Vertrages vereinbarter Besitzeinräumung annimmt; denn die Vermengung der unterschiedlichen Leistungssphären ist in diesem Fall in der Vertragsgestaltung angelegt.

Überdies darf nicht verkannt werden, dass das Anknüpfen der Pflicht zur Besitzübergabe an die vollständige Erbringung der vom Erwerber geschuldeten Leistungen in der Tat zu einer unangemessenen Benachteiligung führen kann. Nach **§ 641 Abs. 3 BGB** kann der Besteller (= Erwerber) bei Vorhandensein von Mängeln *nach Eintritt der Fälligkeit* die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel **das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten**. Dieses Leistungsverweigerungsrecht bezieht sich alleine auf die Leistungspflicht des *Erwerbers* (vgl. hierzu MünchKomm-BGB/Emmerich, 7. Aufl. 2016, § 320 Rn. 14).

Dem Bauträger stünde im Falle der Nichtzahlung der fälligen Vergütung zwar seinerseits ein Leistungsverweigerungsrecht gem. **§ 320 Abs. 1 BGB** zu, dies gilt allerdings nur dann, wenn er sich vertragstreu verhalten hat. Es handelt sich insoweit um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 320 BGB (vgl. Staudinger/Schwarze, BGB, 2015, § 320 Rn. 37 m. w. N.; MünchKommBGB/Emmerich, § 320 Rn. 28 m. w. N.; vgl. auch Blank, MittBayNot 2017, 373). Zwar hindert nicht jede eigene Vertragsuntreue die Einrede des nichterfüllten Vertrages, allerdings erschiene es widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber einerseits dem Erwerber gem. § 641 Abs. 3 BGB ein Zurückbehaltungsrecht zubilligt, der Bauträger diesem Recht aber sodann mit einem eigenen Leistungsverweigerungsrecht begegnen könnte. Insoweit kann u. E. nichts anderes gelten als bei einem dem Schuldner gem. § 273 BGB zustehenden Zurückbehaltungsrecht; denn auch dort ist anerkannt, dass der Schuldner das Zurückbehaltungsrecht nur dann geltend machen kann, wenn seine Gegenforderung auch *durchsetzbar*, also nicht einredebehaftet ist (vgl. BeckOGKBGB/Krafka, Stand: 15.9.2017, § 273 Rn. 55; Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl. 2015, § 273 Rn. 8).

Auf dieser Linie liegt auch eine jüngst ergangene Entscheidung des **OLG Hamburg** (RNotZ 2016, 29, vgl. auch KG NJW 2018, 311). Die Entscheidung betraf zwar nicht den Anspruch auf Besitzverschaffung, sondern den **Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus einem Bauträgervertrag**, dennoch sind die rechtlichen Erwägungen des Gerichts u. E. auf die hier zu beurteilende Frage übertragbar. Im Falle des OLG Hamburg hatte der Erwerber sein Zurückbehaltungsrecht aus § 641 Abs. 3 BGB gegen den Bauträger geltend gemacht und begehrte von diesem die Eigentumsumschreibung. Der Bauträger verweigerte diese gem. § 320 Abs. 1 BGB wegen Nichtzahlung des Vergütungsanspruchs. Das Gericht verneint in seinen Entscheidungsgründen die Einrede des nichterfüllten Vertrages unter Hinweis auf § 320 Abs. 2 BGB. Das Gericht weist in seinen Entscheidungsgründen allerdings darauf hin, dass die Frage, ob die Verweigerung der Gegenleistung (dort: die Zustimmung des Bauträgers zur Eigentumsübertragung) ausnahmsweise gegen Treu und Glauben verstoße, eine **Würdigung des konkreten Einzelfalls** voraussetze.

An dieser Stelle offenbart sich die Schwäche jener Vertragsgestaltung, die nicht zwischen der Bestimmung der Leistungszeit gem. § 271 BGB (betreffend die Besitzübergabe) und die Frage, ob dem Bauträger *im konkreten Einzelfall* gegenüber dem fälligen Anspruch des Erwerbers ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB zusteht, unterscheidet. Dabei handelt es sich um zwei rechtsdogmatisch unterschiedliche Aspekte. Dies sollte auch in der Vertragsgestaltung berücksichtigt werden, denn anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Besitzverschaffungsanspruch nicht fällig wird, obwohl der Erwerber berechtigterweise die Abnahme und/oder die vollständige Zahlung der Vergütung verweigert, während dem Bauträger aufgrund eigener Pflichtverletzung kein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Vor diesem Hintergrund erscheint eine vertragliche Vereinbarung, nach der die Besitzverschaffungspflicht des Bauträgers nicht an ein klares Datum, sondern an die Erfüllung der dem Erwerber obliegenden Hauptleistungspflichten (vollständige Zahlung und Abnahme) anknüpft auch unter dem Gesichtspunkt der unangemessenen Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB bedenklich.