

mithin auf ein Erwerbsgeschäft, geschlossen werden kann. Ebenso zu begrüßen ist die klare Absage an die Berücksichtigungsfähigkeit rein hypothetischer Erwägungen betreffend eine zukünftige Ausdehnung des Gesellschaftszwecks.¹⁴

Nicht angeschlossen hat sich der Senat indes einer Auffassung im Schrifttum, die – mit beachtlichen Argumenten – einem Genehmigungserfordernis entsprechend § 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB im Fall der unentgeltlichen Übertragung vollständig einbezahlter Kommanditanteile generell eine Absage erteilt, ohne dass es darauf ankommen soll, ob die Familien-KG ein Erwerbsgeschäft betreibe. Deren Vertreter rekurren vornehmlich auf die grundsätzliche Vergleichbarkeit mit dem derivativen Erwerb der Gesellschafterstellung in der GmbH.¹⁵ Die Ablehnung dieser Ansicht durch den Senat ist nicht zuletzt deshalb bedauerlich, weil die postulierte Analogieunfähigkeit der Genehmigungstatbestände nach §§ 1821 f. BGB¹⁶ eine enge und formale Auslegung gebietet und auch teleologische Erwägungen in den vorgenannten Fällen nicht für eine Ausdehnung der Genehmigungstatbestände streiten.

Aus dogmatischer Sicht konsequent und somit zu begrüßen ist hingegen, dass der Senat – ausgehend von der Bejahung einer analogen Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 BGB – in einem ersten (Prüfungs-)Schritt nicht auf die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit der schenkweisen Übertragung abhebt, um die Genehmigungspflicht zu verneinen.¹⁷ Vielmehr prüft er zunächst die Art und den Umfang der Tätigkeit der Gesellschaft. Würde diese bereits das Erfordernis der „Geschäftsmäßigkeit“ begründen, bliebe kein Raum für die Bejahung der Genehmigungsfreiheit aufgrund einer etwaigen rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Anteilserwerbs. Vielmehr käme diesem Aspekt (lediglich) auf der sich anschließenden Prüfungsebene, mithin für die Frage der Genehmigungsfähigkeit und die insofern erforderliche Orientierung am Kindeswohl, Relevanz zu.¹⁸

14 So auch OLG Dresden, Beschluss vom 25.4.2018, 17 Wx 160/1818, NZG 2018, 1108, 1109.

15 *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188 f., denen zufolge vieles dafür spreche, eine Genehmigungspflicht gänzlich zu verneinen, und *van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 621, die bei einer gewerbsmäßig immobilienverwaltenden KG nach der Beteiligungshöhe des Minderjährigen differenzieren. Zum derivativen Erwerb der Gesellschafterstellung in der GmbH, BGH, Urteil vom 20.2.1989, II ZR 148/88, DNotZ 1990, 303.

16 BGH, Urteil vom 22.9.1969, II ZR 144/68, BGHZ 52, 316, 319; BGH, Urteil vom 8.10.1984, II ZR 223/83, BGHZ 92, 259, 261.

17 So aber z. B. OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, MittBayNot 2013, 387, 388.

18 Zutreffend OLG Bremen, Beschluss vom 24.2.1999, 4 UF 16-99, NJW-RR 1999, 876; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2.3.2000, 5 UF 40/00, ZEV 2001, 76.

5. Unwirksamkeit des Ratenplans wegen Besitzübergaberegung

OLG München, Urteil vom 25.10.2016, 9 U 34/16

BGB § 632a Abs. 3 Satz 1, §§ 640, 641 Abs. 1
MaBV § 3 Abs. 2, § 12

LEITSÄTZE:

1. Gemäß § 3 Abs. 2 MaBV kann der Bauträger Zahlung einer Rate „nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe“ verlangen (sogenannte Bezugsfertigkeitsrate). Eine entsprechende Fälligkeitsregelung ist jedoch unwirksam, wenn diese dahingehend ausgelegt werden kann, dass die Fälligkeit neben der Besitzübergabe auch von der Abnahme des Sondereigentums abhängt. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertrag zugleich eine Regelung zum Besitzübergang enthält, nach der die Besitzübergabe erst nach Abnahme des Sondereigentums erfolgt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Fälligkeit einer Rate, „sobald das Werk ohne wesentliche Mängel, d.h. abnahmefähig, hergestellt ist und soweit dies rechtzeitig erfolgt ist“ ist in § 3 Abs. 2 MaBV nicht vorgesehen und deshalb unzulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Weicht der Bauträgervertrag zu Ungunsten des Erwerbers von der Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV ab, hat dies gemäß § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB die Unwirksamkeit der gesamten Ratenregelung zur Folge. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt § 641 BGB, so dass erst mit Abnahme Zahlung der Gesamtvergütung verlangt werden kann. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien streiten um die Abnahme von Gemeinschaftseigentum und noch ausstehende Bauträgervergütung.

2 Mit der Berufung wendet sich die Klägerin gegen das Urteil des LG München I (...). Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

3 Die Parteien haben am 5.2.2010 einen notariellen Bauträgervertrag über zwei Wohnungen nebst Tiefgaragenplätzen im Bauvorhaben K-Straße 7 in G bei M geschlossen. Das Bauwerk ist zwischenzeitlich bezugsfertig hergestellt. Da die Beklagten eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums unter anderem unter Berufung auf zahlreiche Mängel verweigern, verlangt die Klägerin dessen Abnahme. Im Übrigen begehrt sie aus den im Bauträgervertrag unter § 4 Nr. 3 vereinbarten Raten Nr. 3 bis 6 und aus der Rate Nr. 7 unter Abzug von zwei Minderungsbeträgen noch Bauträgervergütung von 190.636 €. (...)

5 Das Erstgericht hat die Klage abgewiesen. Da das Gemeinschaftseigentum derzeit nicht im Wesentlichen vertragsgemäß sei, bestehe kein Anspruch auf dessen Abnahme. Ein fälliger Anspruch auf Zahlung der eingeklagten Raten sei derzeit schon deshalb nicht gegeben, weil die im Bauträgervertrag vereinbarte Fälligkeitsstaffel unwirksam sei.

6 Hiergegen wendet sich die Klägerin und rügt im Rahmen ihrer Berufungsbegründung sowohl unrichtige Tatsachenfeststellungen als auch Rechtsverletzungen des Erstgerichts. Im Zusammenhang mit der begehrten Abnahme habe sie zu den Mängelbehauptungen be-

züglich der Grundwasserwärmepumpe und der Barrierefreiheit vorgetragen und Beweis angeboten. Sie bezweifelt, dass vorliegend wesentliche Mängel, auf die sich die Beklagten berufen könnten, der Abnahme entgegenstehen. Zumal gemäß Satz 13 des Bauträgervertrages, 2. Absatz, Mängel nur dann die Abnahmefähigkeit hindern, wenn die Gebrauchstauglichkeit dadurch fehle. Des Weiteren rügt sie eine Rechtsverletzung im Zusammenhang mit der vom Erstgericht angenommenen Nichtigkeit der im Bauträgervertrag vereinbarten Fälligkeitsstaffel. Aus der auf Seite 13 geregelten Abnahme des Sondereigentums ergebe sich keine Unwirksamkeit, da die MaBV dies nicht verbiete und die Abnahme nichts Anderes als die vertragliche Anerkennung eines Zustandes eines Bauvorhabens sei, der der Bezugsfertigkeit entspreche. Zur Fälligkeitsstaffel wurde auch seitens des Streithelfers, Notar (...) vorgetragen. Mit Schriftsatz trug die Klägerin noch zu neueren Entwicklungen bei der Wohnungseigentümergeinschaft des streitgegenständlichen Anwesens vor und legte unter anderem ein Protokoll der Eigentümerversammlung vom 14.9.2016 (...) vor. Da nun von der Klägerin Vorschüsse für die Kosten der Mängelbeseitigung seitens der Eigentümergeinschaft angefordert und keine Nachbesserungen mehr zugelassen werden sollen, befinde sich der Bauträgervertrag jetzt „im Abwicklungsstadium“, sodass sich die Beklagten nicht mehr auf die fehlende Abnahme berufen könnten.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

12 II. Die gemäß § 511 ff. ZPO zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend und mit überzeugender Begründung hat das Erstgericht sowohl einen Anspruch auf Abnahme als auch einen Zahlungsanspruch der Klägerin verneint. (...)

13 1. Anspruch auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Die Beklagten schulden derzeit eine Billigung des Bauwerks Gemeinschaftseigentum als im Wesentlichen vertragsgemäß nicht.

14 Unstreitig bestehen noch Mängel mit einem Beseitigungswert von 30.800 €. Von einer Einforderung der Rate 8, die an eine vollständige Fertigstellung geknüpft ist, hat die Klägerin angesichts noch bestehender Mängel abgesehen. Die Beklagten behaupten darüber hinaus schlüssig und substantiiert Mängel am Gemeinschaftseigentum mit zu erwartenden Mängelbeseitigungskosten im Wert von insgesamt 288.890,33 €, wovon auf die Beklagten bei einem Miteigentumsanteil von 21,5 % ein Anteil von 62.111,42 € entfiele. Sie berufen sich mithin auf ein Abnahmeverweigerungsrecht wegen wesentlicher Mängel. In diesem Fall trägt nach den im Zivilprozess geltenden Grundsätzen (so auch *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 640 BGB Rdnr. 44 f.) der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast, dass die behaupteten Mängel unwesentlich sind. Schon die unstreitig noch vorhandenen Mängel am Gemeinschaftseigentum mit einem Beseitigungswert von 30.800 € sind nicht unwesentlich und stehen der Abnahme entgegen. Zu den übrigen Mängeln hat die Klägerin lediglich bezüglich der Barrierefreiheit und bezüglich der Grundwasserwärmepumpe, auch über ihren Streithelfer H, näher vorgetragen und Beweis angeboten. Das allein genüge jedoch nicht, da nach dem schlüssigen und substantiierten Vortrag der Beklagten, ergänzt durch die insoweit vorgelegte und nachvollziehbare Mängelliste (...), deutlich mehr Mängel behauptet werden. Das von der Klägerin insoweit noch ins Feld geführte Kriterium der Gebrauchstauglichkeit, das auf

Seite 13 des Bauträgervertrages Erwähnung findet, ist kein Kriterium, dass von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung bei der Prüfung der Abnahmefähigkeit eines Bauwerks zur Anwendung gebracht wird (*Kniffka*, Bauvertragsrecht, Rdnr. 40 m. w. N. zur Rechtsprechung; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rdnr. 1834). Insgesamt hat die Klägerin somit nicht hinreichend dargelegt bzw. nachgewiesen, dass das Gemeinschaftseigentum derzeit im Wesentlichen vertragsgemäß ist bzw. dass wesentliche Mängel nicht vorhanden sind.

15 Nur als obiter dictum sei noch angemerkt: Grundsätzlich ist bei Verweigerung der Abnahme durch den Erwerber für eine Klage des Bauträgers auf Abnahme ein Rechtsschutzbedürfnis anzunehmen. Zweifelhaft ist dies hier geworden, nachdem sich die Klägerin nunmehr auf die Entbehrlichkeit der Abnahme vor dem Hintergrund des ihrer Meinung jetzt bestehenden Abrechnungsverhältnisses beruft. Würde man ihrer Rechtsauffassung folgen, was der Senat nicht tut, bestünde kein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Abnahme mehr.

16 2. Zahlungsanspruch

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ist unbegründet, da der Klägerin aufgrund Unwirksamkeit der Fälligkeitsstaffel des Vertrages derzeit kein fälliger Anspruch auf Bauträgervergütung zusteht.

17 Die mit den handschriftlichen Nr. 6 und 7 versehenen Fälligkeitsklauseln/Raten in § 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages sind wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2, § 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB nichtig.

18 a) Unwirksamkeit der Rate 6

Die Unwirksamkeit der Ratenzahlungsregelung Nr. 6 ergibt sich vor dem Hintergrund von § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages.

19 Gemäß § 3 Abs. 2 MaBV kann der Bauträger Zahlung einer Rate „nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergabe“ verlangen; er kann diese Rate mithin nur fordern, wenn das Objekt bezugsfertig ist und wenn er gleichzeitig den Besitz einräumt. Bezugsfertigkeit liegt im Bauwesen nach allgemeiner Meinung vor, wenn ein Bauobjekt ohne Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit ihrer Bewohner auf Dauer bewohnt werden kann. Sie ist nicht gleichzusetzen mit Abnahmereife.

20 § 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages (Seite 11) sieht eine Fälligkeit der Rate 6 „nach Bezugsfertigkeit unverzüglich nach Besitzübergabe und Fertigstellung der Fassadenarbeiten“ vor, steht als solches mithin im Einklang mit § 3 Abs. 2 MaBV.

21 Der Begriff der Besitzübergabe wird in § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages (Seite 13) dann aber nochmals aufgegriffen. Unter der Zwischenüberschrift „Besitzübergabe“ heißt es dort:

„Nach der Abnahme des Sondereigentums erfolgt unverzüglich gegen Zahlung der entsprechenden Kaufpreiskrate die Besitzübergabe. Lasten sowie die mit dem Vertragsobjekt verbundene Haftung und Verantwortung gehen bereits mit der Abnahme des Sondereigentums auf den Erwerber über. Die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung geht für abgenommene Teile des Vertragsobjektes jeweils mit der Abnahme über.“

§ 5 Nr. 2 bestimmt – abgesehen von dem Lasten-, Haftungs- und Verantwortungsübergang auf den Erwerber mit der Abnahme und vor Besitzübergang – mithin, dass die Abnahme des Sondereigentums Voraussetzung für die Besitzübergabe ist. Eine Abnahme ist ein Mehr gegenüber der bloßen Besitzübertragung, da sie „die körperliche Entgegennahme im Rahmen der Besitzübertragung, verbunden mit der Anerkennung des Werks als in der Hauptsache vertragsgemäß“ beinhaltet (*Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 640 BGB Rdnr. 3; *Palandt/Sprau*, § 640 BGB Rdnr. 3). Sie ist nicht nur, wie die Klägerin ausführt, „die vertragliche Anerkennung eines Zustandes eines Bauvorhabens, der der Bezugsfertigkeit entspricht“.

22 Fraglich ist, in welchem Verhältnis § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages stehen. Bei der Ermittlung des Vertragsinhalts ist dabei auf den objektiven Empfängerhorizont eines juristischen Laien abzustellen. Für diesen drängt sich ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages auf. Der Begriff der Besitzübergabe findet sich in § 4 Nr. 3, wenig später wird diesem unter der Überschrift „Besitzübergabe“ ein eigenes Kapitel gewidmet. Eine Interpretation dahin gehend, dass die Fälligkeit der Rate 6, der sog. Bezugsfertigkeitsrate, über die Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV hinaus nicht nur an die Zug um Zug zu erfolgende Besitzübergabe, sondern zusätzlich an die von dem Erwerber vorab zu erklärende Anerkennung des Sondereigentums als in der Hauptsache vertragsgemäß geknüpft ist, liegt damit überaus nahe. Damit ginge gegenüber § 3 Abs. 2 MaBV eine Verschärfung der Fälligkeitsvoraussetzungen und eine gewichtige Beschränkung der Bauträgerpflicht im Sinn von § 12 MaBV einher, denn dem Erwerber wird zugemutet das Sondereigentum abzunehmen (dass eine gesonderte Abnahme des Sondereigentums grundsätzlich verlangt werden kann, steht hier nicht in Frage), bevor er noch den Besitz daran erlangen kann. Im Zusammenhang mit der Rate 6 soll eine vorherige Abnahme des Sondereigentums erzwungen werden, da es andernfalls keine Besitzübergabe gibt.

23 Selbst wenn man der soeben dargestellten Vertragsauslegung nicht folgen wollte, bleibt zumindest unklar, wie das Verhältnis zwischen § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 Bauträgervertrag zu verstehen ist. Unstreitig wurden jedenfalls die auf Seite 11 des Bauträgervertrages aufgeführten Ratenklauseln von der Klägerin in Mehrfachverwendungsabsicht gestellt. Demzufolge gehen Unklarheiten bei der Auslegung zulasten des Verwenders, § 305c Abs. 2 BGB, sodass auf die verwenderfeindlichste Interpretation abzustellen ist.

24 b) Unwirksamkeit der Rate 7

§ 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages (Seite 11) sieht eine Fälligkeit einer Rate Nr. 7 vor, „sobald das Werk ohne wesentliche Mängel, d. h. abnahmefähig, hergestellt ist und soweit dies rechtzeitig erfolgt ist“. Eine solche Rate ist in § 3 Abs. 2 MaBV nicht vorgesehen und schon deshalb unzulässig. Die MaBV erlaubt dem Bauträger nirgends, eine vorletzte Rate zu vereinbaren, die an das Merkmal der „rechtzeitigen Abnahmefähigkeit“ geknüpft ist. Deshalb kann auch offen bleiben, wie die offensichtlich unklare und auslegungsbedürftige Rate im Einzelnen zu verstehen ist und ob sie einer sinnvollen Auslegung überhaupt zugänglich ist. Das seitens des Streithelfers vorgetragene Verständnis von dem Begriff der Abnahmefähigkeit („Bezugsfer-

tigkeit heißt Abnahmefähigkeit, also Herstellung ohne wesentliche Werkmängel“) ist eine denkbare Auslegung. Dieses zumindest erstaunliche Verständnis bestätigt allerdings die im Zusammenhang mit Rate Nr. 6 aufgezeigte Unklarheit und zeigt eine weitere, den Erwerber benachteiligende Abweichung der Klausel Nr. 6 von § 3 Abs. 2 MaBV auf, wenn seitens des Verwenders der dort verwandte Begriff der Bezugsfertigkeit eng angelehnt an den Begriff der Abnahme verstanden wird.

25 Die Befugnis, eine solche Rate aufzunehmen, ergibt sich auch nicht aus § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB. § 632a BGB findet auf Bauverträge, die dem Anwendungsbereich der MaBV unterliegen, keine Anwendung. Der Bauträger darf, soweit er – wie hier – dem Anwendungsbereich der MaBV unterfällt, in Abweichung von den allgemeinen Fälligkeitsregelungen Zahlungen von dem Erwerber nur unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 7 MaBV entgegennehmen (BGH, Urteil vom 22.3.2007, VII ZR 268/05, Rdnr. 28). In § 4 Nr. 3 des Bauträgervertrages wird bei der Rate Nr. 7 auch nicht etwa eine „Erfüllungsbürgschaft gemäß § 632a Abs. 3 BGB in Höhe von 5 % der Gesamtvergütung“ geregelt, sondern es werden nach dem Wortlaut des Vertrages Baufortschrittsraten für den Restkaufpreis „entsprechend den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung“ verlangt.

26 c) Folge der Unwirksamkeit der Raten 6 und 7

Weicht der Bauträgervertrag zuungunsten des Erwerbers von der Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV ab, hat dies die Unwirksamkeit der gesamten Ratenregelung (nicht des ganzen Bauträgervertrages) zur Folge (*Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, 11. Teil Rdnr. 514).

27 Hinsichtlich der Rate 6 ist noch anzumerken: Da zwischen § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 2 des Bauträgervertrages, jedenfalls bei einer sehr nahe liegenden und denkbaren Auslegung, ein untrennbarer Zusammenhang besteht, scheidet die vom Streithelfer vorgetragene Annahme einer alleinigen Unwirksamkeit der in § 5 Nr. 2 statuierten Abnahmepflicht vor Besitzübergabe aus, da eine insoweit geltungserhaltende Reduktion nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht zulässig ist.

28 An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt nach herrschender Meinung und ständiger Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil vom 22.3.2007, VII ZR 268/05, Rdnr. 17 ff.; *Kniffka*, Bauvertragsrecht, § 632a BGB Rdnr. 118) § 641 BGB, sodass erst mit Abnahme Zahlung der Gesamtvergütung verlangt werden kann.

29 Die Klägerin kann die eingeklagten Raten auch nicht deshalb einfordern, weil sich ihrer Auffassung nach der Bauträgervertrag nunmehr „im Abwicklungsstadium“ befinde und mithin das Erfordernis der Abnahme hinfällig sei. Sie beruft sich insoweit auf die von der Rechtsprechung geschaffene Figur des sog. Abrechnungsverhältnisses, mit der man auch außerhalb des § 641 Abs. 1 BGB zur Fälligkeit der Werklohnforderung gelangen kann. Erstmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1978 (BGH, NJW 1979, 549, 550) hat der BGH dieses Konstrukt in einem Fall geschaffen, in dem ein Auftragnehmer statt der ursprünglichen Mängelbeseitigung zu einer Schadensersatzforderung übergegangen war. Deshalb hätte jetzt eine „endgültige Abrechnung über die Bauleistung der Klägerin und

den Schadensersatzanspruch der Beklagten stattzufinden. Auf die Frage, ob die Abnahme der Werkleistung Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers sei, kommt es nicht an“. Auf die vorliegende Fallkonstellation ist diese Überlegung des BGH jedenfalls nicht übertragbar. Vorgelegt wird ein Protokoll der Eigentümerversammlung vom 14.9.2016 (...), wo unter TOP 9 c und d beschlossen wurde, dass der Klägerin eine Frist zur Bezahlung eines Mängelbeseitigungsvorschusses gestellt und dieser ggfs. eingeklagt werden soll. Ein Abrechnungsverhältnis, wie auch immer man das genau definieren möchte, ist dadurch sicher nicht entstanden, denn erstens wurde noch kein Kostenvorschuss gefordert und zweitens kann der Besteller von einem etwaigen Begehren nach Kostenvorschuss im Gegensatz zu den Sekundarrechten, die im vom BGH entschiedenen Fall inmitten standen, jederzeit abgehen und stattdessen noch Nacherfüllung verlangen (Palandt/*Sprau*, § 643 BGB Rdnr. 4; Schmid/*Senders*, NZBau 2016, 474, 475).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Holger Sagmeister**, LL.M. (Yale), Deggendorf

Das Urteil des OLG München ist im Ergebnis wohl richtig, die rechtlichen Begründungen darin sind aber teilweise frei erfunden, teilweise schlicht abwegig. Wären die Kernaussagen des Urteils richtig, müssten die bislang gängigen Bauträgervertragsmuster angepasst und die bisherige Praxis der Übergabe und Abnahme von Bauwerken grundlegend geändert werden. Im Einzelnen:

1. Sachverhalt

Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt kommt in der Praxis des Bauträgervertragsrechts fast täglich vor. Ein Bauträger behauptet, dass die verkaufte Eigentumswohnung bezugsfertig und abnahmefähig sei. Die Bezugsfertigkeitsrate sei fällig. Der Käufer verweigert wegen behaupteter Mängel am Gemeinschaftseigentum jedenfalls die Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Auch ist der Käufer nicht bereit, wegen der behaupteten Mängel am Gemeinschaftseigentum die Bezugsfertigkeitsrate zu zahlen. Der Bauträger klagt auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums sowie auf Zahlung der Bezugsfertigkeitsrate. Das Sondereigentum selbst war – hier ist der Sachverhalt etwas unklar – wohl bereits abgenommen und bezugsfertig.

Der Bauträgervertrag enthält im vorliegenden Fall einen Ratenplan, der wörtlich § 3 Abs. 2 MaBV wiedergibt. In Abweichung zur MaBV wurde für die siebte (und vorletzte!) Rate jedoch vereinbart, dass diese fällig ist,

„sobald das Werk ohne wesentliche Mängel, d. h. abnahmefähig, hergestellt ist und soweit dies rechtzeitig erfolgt ist“.

Unter der Überschrift „Besitzübergabe“ sieht der Bauträgervertrag des Weiteren eine Klausel vor, die sich wohl so oder ähnlich in nahezu jedem Bauträgervertrag wiederfindet:

„Nach der Abnahme des Sondereigentums erfolgt unverzüglich gegen Zahlung der entsprechenden Kaufpreissrate die Besitzübergabe.“

2. Entscheidung des Gerichts

Die Klage auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums wurde als unbegründet abgewiesen. Es gab unstreitig noch Mängel am Gemeinschaftseigentum in Höhe von mindestens 30.800 €. Nach Ansicht des Gerichts seien diese Mängel „wesentlich und stünden einer Abnahme entgegen“. Dass das Vertragsobjekt im vorliegenden Fall „gebrauchstauglich“ sei, spielt nach Ansicht des OLG keine Rolle. Die Argumentation des Gerichts an dieser Stelle ist etwas dürftig,¹ weil nach derzeit wohl herrschender Meinung die Abnahmefähigkeit eines Objekts nicht pauschal von der Höhe der Mängelbeseitigungskosten abhängig gemacht werden darf.² Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Mangel – egal, ob am Gemeinschafts- und/oder Sondereigentum – unwesentlich (im Sinne des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn er

„unter Abwägung der beiderseitigen Interessen so weit an Bedeutung zurücktritt, dass es für den Besteller zumutbar ist, die zügige Abwicklung des Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten“.³

Bei der danach vorzunehmenden Bewertung sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere Art, Umfang und Auswirkung des Mangels.⁴ Feste Beträge von Mängelbeseitigungskosten als Grenze bei der Frage der Wesentlichkeit von Mängeln aufzustellen, verbietet sich.⁵ Auch längere Mängellisten alleine stehen einer Abnahmefähigkeit nicht grundsätzlich entgegen;⁶ mehrere unwesentliche Mängel können jedoch in der Gesamtschau einen wesentlichen Mangel begründen.⁷ Letztlich hätte das Gericht feststellen müssen, ob die Nutzbarkeit des Vertragsobjekts durch die Mängel mehr als nur unerheblich beeinträchtigt ist.⁸ Auch darf die Sicherheit des Werkes und der Bewohner durch die Mängel nicht gefährdet sein. Hier ist der Sachverhalt etwas zu ungenau mitgeteilt, als dass eine Subsumtion möglich wäre. Gleichwohl sollte man den Bo-

1 So auch *Bolz*, IBR 2018, 318.

2 So auch *Pause*, Bauträgerkauf, 6. Aufl. 2017, Rdnr. 577 m. w. N.

3 BGH, Urteil vom 26.2.1981, VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448. Ähnlich *Basty*, Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2017, Rdnr. 1003; Palandt/*Sprau*, 77. Aufl. 2018, § 640 BGB Rdnr. 12; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 577.

4 Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 30.4.1992, VII ZR 185/90, NJW 1992, 2481; BGH, Urteil vom 26.2.1981, VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448; vgl. auch MünchKomm-BGB/*Busche*, 7. Aufl. 2018, § 640 BGB Rdnr. 13.

5 So auch *Bolz*, IBR 2018, 318; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 577.

6 So auch KG, Urteil vom 22.12.2011, VII ZR 85/11, IBR 2013, 139; *Bolz*, IBR 2018, 318; a. A. OLG München, Urteil vom 15.1.2008, 13 U 4378/07, IBR 2009, 78.

7 Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 16.12.2003, 21 U 102/03, BauR 2004, 1459; so auch *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1003; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 577.

8 Vgl. zu diesem Kriterium BeckOK-BGB/*Voit*, Stand: 1.5.2018, § 640 Rdnr. 23; Palandt/*Sprau*, § 640 BGB Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/*Busche*, § 640 Rdnr. 13.

gen auch nicht überspannen; die Verbraucher zahlen hohe Kaufpreise und haben daher grundsätzlich Anspruch auf ein mangelfreies Werk.⁹

In diesem Zusammenhang soll noch auf folgende zwei Punkte kurz hingewiesen werden: Erstens ist eine getrennte Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum rechtlich zulässig. Auch kann die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf einzelne Teilabnahmen aufgespalten werden (zum Beispiel Abnahme des Bauwerks ohne Außenanlagen).¹⁰ Zweitens darf der Begriff der Abnahmereife nicht mit dem Begriff der Bezugsfertigkeit verwechselt werden. Bezugsfertig ist das Objekt, wenn der Käufer ohne Gefahren einziehen und ohne wesentliche Beeinträchtigungen die Nutzung aufnehmen kann,¹¹ mag das Bauwerk bzgl. Gemeinschaftseigentum und/oder Sondereigentum auch noch nicht vollständig fertig sein. Abnahmefähigkeit heißt dagegen, dass das jeweilige Bauwerk insgesamt im Wesentlichen vertragsgemäß errichtet worden ist. Beide Begriffe überschneiden sich, sind aber nicht kongruent. Ebenfalls nicht deckungsgleich sind die Begriffe Abnahmereife und vollständige Fertigstellung im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV.¹² Ein Werk ist nach wohl herrschender Meinung erst dann vollständig fertiggestellt, wenn es abnahmereif ist und die bei der Abnahmeverhandlung aufgenommenen Protokollmängel beseitigt sind.¹³

3. Aussagen des Gerichts zum Ratenplan

Das Urteil ist aber nicht bzgl. der Frage der Abnahmereife des Vertragsobjektes so interessant, sondern wegen dessen Aussagen zur Wirksamkeit des Ratenplans.

Der Bauträger begehrte die Zahlung der Bezugsfertigkeitsrate. Bezugsfertigkeit bestehe – so richtig das OLG und vorstehend bereits dargelegt –, wenn das Bauobjekt ohne Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit ihre Bewohner auf Dauer bewohnt werden kann. Einwände gegen die Bezugsfertigkeit der Wohnung gab es im vorliegenden Fall nicht. Das Gericht ersparte sich gleichwohl die genauere Prüfung der behaupteten Mängel (deren doppelte bzw. dreifache Behebungskosten dann von der Bezugsfertigkeitsrate hätten abgezogen werden können),¹⁴ sondern urteilte, dass die Bezugsfertigkeitsrate schon deshalb nicht fällig sei, weil der gesamte Ratenplan wegen Verstoßes gegen § 12 MaBV nichtig und der Werklohn damit gemäß § 641 Abs. 1 BGB erst nach vollständiger Fertigstellung und Abnahme zu zahlen sei.

Die Nichtigkeit ergebe sich daraus, dass die Vereinbarungen zum Besitzübergang im Bauträgervertrag in den Ratenplan hineingelesen werden müsse. Damit würde die Bezugsfertigkeitsrate entgegen § 3 Abs. 2 MaBV unzulässigerweise mit der Abnahmepflicht gekoppelt; der Ratenzahlungsplan sei damit nach § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB insgesamt nichtig.

Diese Ausführungen des Gerichts sind geradezu frei erfunden. § 12 MaBV enthält zwar tatsächlich ein Verbot, welches bei Verstoß dagegen über § 134 BGB auf den Ratenplan durchschlägt. Hätte das Gericht den Wortlaut des § 12 MaBV jedoch genau gelesen, hätte es erkennen können, dass nach § 12 MaBV der Bauträger lediglich „seine Verpflichtungen (...) weder ausschließen noch beschränken“ darf. § 3 Abs. 2 MaBV enthält ein Verbot des Bauträgers, Zahlungen des Käufers anzunehmen, für die der jeweilige Bautenstand noch nicht erreicht ist. § 3 Abs. 2 MaBV enthält jedoch kein Verbot, diese Zahlungspflicht des Käufers zugunsten des Käufers hinauszuschieben. In einem Bauträgervertrag kann also entgegen § 3 Abs. 2 MaBV sehr wohl vereinbart werden, dass zum Beispiel die erste Rate nach Beginn der Erdarbeiten, aber nicht vor dem ... (Datum) zu zahlen ist. Auch kann zum Beispiel die Zahlungspflicht der Rate für den Fenstereinbau von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass der Käufer den Fenstereinbau abnimmt. Es kann also entgegen der Ansicht des OLG jederzeit vereinbart werden, dass die Bezugsfertigkeitsrate erst Zug um Zug mit Besitzübergabe und Abnahme des Werkes fällig wird. In diesem Fall erhält der Bauträger die Bezugsfertigkeitsrate eben erst später mit Abnahme.

Die MaBV enthält im Übrigen ausschließlich öffentlichrechtliche¹⁵ Bestimmungen bzgl. der Frage der Zahlungspflichten im Bauträgervertragsrecht. Abnahme und Übergabe eines Bauwerks sind rein zivilrechtliche Fragen, die ausschließlich im BGB geregelt sind und nicht von der MaBV behandelt werden.¹⁶ Der MaBV würde im Übrigen auch die Rechtsgrundlage für die Regelung rein zivilrechtlicher Fragen fehlen, da § 34c Abs. 3 GewO einen abschließenden Katalog von Inhalt, Zweck und Ausmaß der MaBV enthält. § 3 Abs. 2 MaBV hat den alleinigen Zweck, das Vermögen des Käufers vor voreiligen Zahlungen (an den möglicherweise später insolvent werdenden Bauträger) zu schützen.¹⁷ Eine Klausel, welche die Fälligkeit der Bezugsfertigkeitsrate an die Abnahme des Sondereigentums knüpft, kann also wegen dieser Koppelung gar nicht gegen § 3 Abs. 2 MaBV verstoßen, weil die MaBV hierzu gar keine Vorgaben macht und wegen Art. 80 Abs. 1 GG auch gar nicht machen darf. Im Übrigen

9 Ähnlich BeckOK-BGB/Voit, § 640 Rdnr. 22 m. w. N.

10 Nun gesetzlich geregelt, vgl. § 641 BGB.

11 Vgl. hierzu auch Nr. 3.3.2.1. Abs. 2 MaBVwV; vgl. hierzu instruktiv Grziwotz/Bischoff, MaBV, 3. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 169; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 314.

12 Der Begriff der Fertigstellung i. S. d. § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB meint dagegen wohl Abnahmereife; kleinere Restarbeiten sind unschädlich. Str., vgl. hierzu Weber, notar 2017, 384 f.

13 Zum Ganzen DNotI-Rep. 1995, 3; Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 531; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 336.

14 Im Einzelfall ist streitig, ob der doppelte oder der dreifache Betrag zurückbehalten werden kann; vgl. hierzu ausführlich Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 549; Grziwotz/Bischoff, MaBV, § 3 Rdnr. 141.

15 Über § 650v BGB i. V. m. § 1 HausbauVO ist § 3 Abs. 2 MaBV auch für den Bauträgervertrag relevant; der Regelungszweck ändert sich damit aber selbstverständlich nicht.

16 So ausdrücklich auch Blank, MittBayNot 2017, 371, 373, und Grziwotz/Koeble/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 1. Aufl. 2004, 3. Teil Rdnr. 581.

17 Vgl. Grziwotz/Grziwotz, MaBV, Einl. Rdnr. 17, § 3 Rdnr. 15; Grziwotz/Everts, MaBV, § 1 Rdnr. 1 ff.

stellen die derzeit gängigen Bauträgervertragsmuster,¹⁸ die wie im vorliegenden Fall auch die Fälligkeit der Bezugsfertigkeitsrate mit der Abnahme verknüpfen, ohnehin nur die Grundregel des § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB wieder her,¹⁹ die besagt, dass im Werkvertragsrecht die Zahlung erst nach Abnahme zu leisten ist. § 632a BGB a. F. bzw. § 650v BGB n. F. erlaubt die Einforderung von Raten vor Abnahme des jeweiligen Gewerks, verpflichtet den Bauträger aber selbstverständlich nicht dazu.

Kurzum, der Ratenzahlungsplan ist nicht deshalb nichtig, weil die Bezugsfertigkeitsrate mit der Abnahmepflicht verknüpft wird. Der Ratenplan ist im vorliegenden Fall aber wohl deshalb nichtig – und das Urteil des OLG München im vorliegenden Fall daher im Ergebnis richtig –, weil nach den Bestimmungen des Bauträgervertrages die siebte Rate entgegen § 3 Abs. 2 MaBV nicht erst bei „vollständiger Fertigstellung“, sondern bereits mit „Abnahmefähigkeit“ (gemeint war „Abnahmereife“) des Bauwerks fällig gewesen wäre. Eine solche Rate kennt die MaBV aber nicht. Abnahmereife und vollständige Fertigstellung sind, wie bereits angemerkt, nicht deckungsgleich.²⁰ Nach § 650g Abs. 4 BGB, der über § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB auf Bauträgerverträge Anwendung findet, ist die letzte Rate also erst mit vollständiger Fertigstellung sowie Abnahme²¹ und Stellen einer Schlussrechnung²² fällig. Schlicht falsch und kaum verzeihlich ist in diesem Zusammenhang die Aussage des Gerichts in Rdnr. 35 des Urteils, dass der Sicherheitseinbehalt des § 632a Abs. 3 Satz 1 BGB a. F. bzw. § 650m Abs. 2 i. V. m. § 650u Abs. 2 BGB (i. V. m. § 1 Satz 3 HausbauVO) nicht auf Bauträgerverträge, für die die MaBV gelte, anwendbar sei. Diese Ansicht vertritt außer dem OLG München keiner und wurde vom Gesetzgeber in § 1 Satz 3 HausbauVO auch

ausdrücklich anders geregelt.²³ Falsch ist auch die Aussage des Gerichts, dass dieser Sicherheitseinbehalt nicht in den allgemeinen Ratenzahlungsplan integriert werden könne. Der Verfasser würde in der Praxis aber raten, den Sicherheitseinbehalt vorsicherhalber in einem separaten Passus zu regeln. Im vorliegenden Fall hat der Versuch, diesen Sicherheitseinbehalt als Rate sieben von acht in den allgemeinen Ratenplan zu integrieren, dazu geführt, dass der Ratenplan insgesamt unwirksam ist.

4. Zulässigkeit von Regelungen zum Besitzübergang

Vom Aspekt der Nichtigkeit des Ratenplans klar zu unterscheiden ist die vom OLG München indirekt aufgeworfene, aber im vorliegenden Fall nicht streitrelevante Frage, ob der Besitzübergang von der Abnahme des Werkes abhängig gemacht werden darf. Nach angedeuteter Ansicht des OLG wäre dies unzulässig, weil eine Verknüpfung stets den Ratenplan zerstören würde. Auch wenn mit vorstehender und wohl allgemein – bis auf das OLG München – vertretener Meinung der Ratenplan zulässig ist, heißt das noch nicht, dass die Verknüpfung von Abnahme und Besitzübergabe zulässig ist. Wie vorstehend bereits dargestellt, regelt die MaBV diese Problematik nicht; diese Frage ist daher einzig und allein anhand der Bestimmungen des BGB zu klären:²⁴

a) Nach § 640 BGB ist das Werk abzunehmen, wenn es abnahmereif ist. Abnahmereif ist das Werk, wenn es im Wesentlichen vertragsgemäß errichtet wurde. Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Käufers.²⁵ Nach derzeit wohl herrschender Ansicht²⁶ hat die Abnahme zwei Komponenten: Die Abnahme eines Werkes setzt 1. die körperliche Entgegennahme des vom Unternehmer hergestellten Werkes voraus und 2. die damit verbundene Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als in der Hauptsache vertragsgerecht erbracht anerkenne. Neuerdings wird die Frage aufgeworfen, ob der Bauträger die Abnahme überhaupt vor Schlüsselübergabe verlangen kann. Eine wirksame Abnahme setze gerade die vorherige Schlüsselübergabe voraus, weil sich der Käufer nur so von der Vertragsgemäßheit des Werkes überzeugen könne.²⁷

Es ist schon fraglich, ob diese Aufteilung der Abnahme in Besitzeinräumung und rechtlicher Erklärung überhaupt richtig ist. Zu befürworten wäre wohl ein Mittelweg. Der Käufer muss selbstverständlich die Möglichkeit haben, das Werk vor Abnahme ausführlich zu inspizieren. Die setzt aber nicht

18 Vgl. statt vieler Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 3 S. 852; Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Barber, 46. Edition 2018, Ziffer 8.2.1.; ähnlich Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/Gebele, 12. Aufl. 2016, B 6; Basty, Bauträgervertrag, S. 525; Grziwotz/Koeble/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 581; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl. 2014, § 33 S. 616.

19 Riemenschneider verlangt sogar zwingend die Abnahme vor Fälligkeit spätestens bei der letzten Rate, vgl. Grziwotz/Koeble/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 581; ihm nun zustimmend auch Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 337.

20 Vgl. im Einzelnen hierzu Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 334 f.; siehe auch Fn. 13.

21 Str. ist, ob für die Fälligkeit der Schlussrate eine vorherige Abnahme Pflicht ist; dafür: Blank, MittBayNot 2017, 371, 373; Grziwotz/Koeble/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 581; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 337; dagegen: Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 546.

22 Str. ist, ob eine Schlussrechnung im Bauträgervertragsrecht überhaupt erforderlich ist; dafür: Karczewski, IBR 2018, 265, dagegen Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 547; ders., MittBayNot 2017, 445, 448; Weber, notar 2017, 388. Da es im Bauträgervertragsrecht in der Praxis häufig aber auch zu Sonderwünschen kommt, ist das Stellen einer Schlussrechnung nach Ansicht des Verfassers zumindest sinnvoll. So wie hier auch Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 337a.

23 Wohl allg. Meinung, vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 73. Vgl. statt vieler Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 454 ff.; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 201 ff.; Weber, notar 2017, 387.

24 So im Übrigen auch LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371.

25 Vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1989, VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 77. Vgl. auch Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 997.

26 Vgl. statt vieler Basty, Bauträgervertrag, Rdnr. 997; Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 576.

27 LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, IBR 2017, 437; so wohl auch Pause, Bauträgerkauf, Rdnr. 578, 591.

die Übergabe des Schlüssels voraus. Erst mit Schlüsselübergabe ist die Abnahme aber dann vollendet.²⁸

b) Sollte man das anders sehen, stellt sich die Frage, ob der Bauträger im Bauträgervertrag die Übergabe des Schlüssels von der Abnahme abhängig machen darf.²⁹ Eine solche Vereinbarung, die sich standardmäßig in den allermeisten Bauträgerverträgen³⁰ findet, muss sich an § 307 BGB – und eben nicht an § 3 Abs. 2 MaBV – messen lassen. Hier ist schon zweifelhaft, ob überhaupt eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild vorliegt, weil § 640 Abs. 1 Satz 1, § 641 BGB Abnahme und Vergütungsanspruch miteinander verknüpft. Selbst wenn man eine Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild – welches auch immer – annähme, liegt ein Verstoß gegen § 307 BGB aber nicht bereits dann vor, wenn eine vertragliche Vereinbarung für den Verbraucher nachteilig ist, sondern die Klausel muss unter Berücksichtigung der Interessen von Käufer und Verkäufer und deren Abwägung zu einer nicht mehr begründbaren, einseitigen Lastenverteilung zugunsten des Unternehmers führen.³¹

Der Käufer hat mit Sicherheit ein Interesse, möglichst rasch in die neue Wohnung einziehen zu können. Der Bauträger hat wegen des Beginns der Gewährleistungsfristen ein großes Interesse daran, dass der Käufer so früh wie rechtlich zulässig die Abnahme erklärt. Keine der beiden Interessenslagen überwiegt. Der Bauträger kann auf Abnahme klagen, der Käufer hat ohnehin einen Besitzzeineräumungsanspruch erst nach Ablauf der vereinbarten Bauzeit.³² Danach ist er über das Verzugsrecht geschützt. Entscheidend dürfte nach vorliegender Auffassung sein, dass nach § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB der Unternehmer bis zur Abnahme die Gefahr sowie die Beweislast für die Mangelfreiheit trägt. Hätte der Verbraucher vor Abnahme aber ein Recht auf Schlüsselübergabe, würde sich dann bis zur Abnahme die Streitfrage stellen, wer nach Schlüsselübergabe aufgetretene Mängel zu vertreten hat. Dazu kommt, dass Bauträger ein praktisches Abwicklungsproblem hätten, wenn bei aufgetretenen Mängeln diese nach erfolgter Schlüsselübergabe noch abgearbeitet werden müssten, weil Termine dann mit einer Vielzahl von Käufern abgestimmt werden müssten, was wiederum die Behebung der Mängel verzögerte. Schließlich handelt der Verbraucher wohl widersprüchlich, wenn er die Abnahme des Sondereigentums verweigert, die Wohnung also als nicht im Wesentlichen vertragsgemäß einstuft, aber gleichwohl den Schlüssel haben möchte. Kurzum, der Bauträger hat entgegen der Ansicht des OLG sehr wohl das

Recht, mit (nicht vor)³³ Besitzübergabe die Abnahme zumindest des Sondereigentums zu verlangen.³⁴ Man sollte sich auch nochmals vor Augen führen, dass die Abnahme eine Hauptpflicht des Käufers ist; der Bauträger würde bei Besitzzeineräumung vor Abnahme ein wesentliches Sicherungsmittel aus der Hand geben. Zu einer solchen Vorleistung ist er aber nicht verpflichtet und ist im Gesetz auch nicht vorgeesehen (vgl. § 640 Abs. 1 Satz 1, § 641 BGB).³⁵

Schließlich ist noch streitig, ob der Bauträger die Übergabe auf den Zeitpunkt der vollständigen Fertigstellung hinauszögern darf, obgleich die Wohnung schon bezugsfertig und abgenommen ist.³⁶

5. Fazit

Ein Ratenzahlungsplan ist entgegen der Ansicht des OLG München nicht deshalb nichtig, weil die Fälligkeit von einzelnen Raten von der vorherigen Abnahme des Bauwerks abhängig gemacht wird. Der Bauträger ist zudem auch nicht verpflichtet, den Besitz des Vertragsobjektes zumindest vor Abnahme des Sondereigentums durch den Verbraucher zu übergeben. Das OLG München entwickelt in neuerer Zeit gehäuft Ideen, die der gegenwärtigen Praxis komplett zuwiderlaufen und sogar zu mehr Problemen bei der Abwicklung von Verträgen führen.³⁷ Wünschenswert wäre es, wenn der BGH auch bzgl. der Frage der Wirksamkeit von Ratenzahlungsplänen zeitnah die Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten würde. Das vorliegende Urteil hängt wie ein Damoklesschwert über tausenden von Bauträgerverträgen, die täglich beurkundet werden. Der Verfasser würde obgleich der vorstehenden Darstellung aus Gründen der Vorsicht raten, die Besitzübergabe stets schon bei Bezugsfertigkeit (und nicht erst bei vollständiger Fertigstellung, str.)³⁸ und dann mit (und nicht nach) Abnahme des Sondereigentums (und nicht auch des Gemeinschaftseigentums, str.) und Bezahlung der zu diesem Zeitpunkt geschuldeten Zahlungen zuzulassen.

28 Ähnlich *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1022 ff.

29 Zudem stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob im Bauträgervertrag zwingend der Besitz schon bei Bezugsfertigkeit übergehen muss, vgl. hierzu LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371; vgl. zum Ganzen *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 528 m. w. N.

30 Vgl. Fn. 18.

31 Vgl. zu § 307 MünchKomm-BGB/*Wurmnest*, § 307 Rdnr. 33; BeckOK-BGB/*Schmidt*, Stand: 1.8.2018, § 307 Rdnr. 32 ff.; Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rdnr. 12.

32 Im Fall des LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371, war die vereinbarte Bauzeit schon deutlich überschritten.

33 Die Abnahme vor (!) Besitzübergabe ist dagegen nach derzeitiger h. M. rechtlich nicht möglich, weil eine wirksame Abnahme die Besitzübergabe gerade voraussetzt; vgl. zum Ganzen *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1022.

34 So ausdrücklich auch Beck'sches Notarhandbuch/*Kutter*, 6. Aufl. 2015, A II Rdnr. 94; ähnlich *Blank*, MittBayNot 2017, 371, 373; a. A. LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371, mit jedoch der Besonderheit, dass der Bauträger bereits deutlich die vereinbarte Bauzeit überschritten hatte.

35 Vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 24.1.2008, III ZR 156/07, DNotZ 2008, 925.

36 Vgl. zum Ganzen *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 528.

37 Vgl. auch die Entscheidungen bzgl. der Widerruflichkeit von Verwalterzustimmungen (OLG München, Beschluss vom 31.5.2017, 34 Wx 386/16, RNotZ 2017, 440) und Zustimmungen von Eigentümern von Erbbaurechtsgrundstücken (OLG München, Beschluss vom 29.9.2016, 34 Wx 191/16, FGPrax 2016, 256). Nunmehr richtig gestellt durch BGH, Beschluss vom 29.6.2017, V ZB 144/16, NJW 2017, 3514.

38 Vor allem wegen LG München I, Beschluss vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371, str.; zur Problematik vgl. *Basty*, Bauträgervertrag, Rdnr. 517, 528.