

Anordnung des Nachtrages entstanden sind. Man mag als anwaltlicher Berater aus Vorsichtsgründen dazu raten, im Nachtragsangebot einen Vorbehalt wegen noch zu ermittelnder zeitabhängiger Kosten zu machen

[38]; Anspruchsvoraussetzung ist dies jedoch nicht.

[38] Aus dem Blickwinkel der Beratungspraxis so auch Roquette, Jahrbuch Baurecht 2002, 33, 64.

Rechtsanwalt Burkard Lotz, Frankfurt am Main

Die Abnahme und das WEG – Die Besonderheiten [1]

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in zwei Entscheidungen vom 12. 4. 2007 (BauR 2007, 1221 und BauR 2007, 1227) im Rahmen des Möglichen klargestellt, wie unter der Ägide des neuen § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG die Zuständigkeiten zwischen Erwerbern und WEG für die Geltendmachung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum verteilt sind. Nicht weniger spannend und praxisrelevant ist allerdings die in vielen Einzelheiten ungeklärte Frage, wie sich die werkvertragliche Abnahmeverpflichtung der Erwerber zu den Besonderheiten des WEG verhält. Der folgende Beitrag zeigt auf, welche Probleme dieserhalb entstehen und wie sie gelöst werden können.

1. Einleitung

Die Abnahme von Wohnungseigentum weist im Vergleich zur Abnahme eines sonstigen Bauwerks viele Besonderheiten auf. Dies resultiert einerseits aus der rechtlich komplizierteren Vertragsform und andererseits aus der Aufspaltung des Abnahmeprozesses, des Abnahmegegenstands und der an der Abnahme beteiligten Personen.

a) Typische Abnahmeregulierung in einem WEG Vertrag

Eine typische Abnahmeklausel in einem Vertrag über den Kauf von Teileigentum könnte lauten [2]:

Abnahme

Die Eigentumswohnung (Sondereigentum und gemeinschaftliches Eigentum im ausschließlichen Bereich des Sondereigentums) wird vor Bezug in einer gemeinsamen Besichtigung abgenommen. Die Herstellung der Außenanlagen mit Ausnahme der Zuwegung ist nicht Voraussetzung für

die Erklärung der Bezugsfertigkeit der Wohnung. Zugänge müssen erstellt sein.

Die Abnahme der Bauteile und Anlagen, die im gemeinschaftlichen Eigentum aller Miteigentümer stehen (gemeinschaftliches Eigentum) erfolgt für die Wohnungseigentümer (Käufer) im Beisein des Verwalters und des Verwaltungsbeirates nach Fertigstellung durch einen vereidigten Sachverständigen ebenfalls in einer gleich gearteten förmlichen Abnahme.

Die werkvertragliche Struktur der Bestimmung beruht auf der – bisherigen – Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [3], wonach beim Kauf von Wohnungseigentum Werkrecht Anwendung findet und zwar unabhängig davon, ob die Einheit bereits fertig gestellt ist oder nicht [4]. Dies gilt selbst dann, wenn der Bauträger die Einheit zunächst für sich selbst errichtet oder diese einige Monate selbst bewohnt [5].

Sachlich setzt die Übergabe einer Eigentumswohnung an einen Erwerber weiter voraus, dass das Gesamtgebäude errichtet wird. Schließlich braucht das Gebäude ein Fundament, ein Dach und eine Treppe etc.

Demzufolge schuldet der Bauträger gegenüber jedem einzelnen Erwerber neben der individuell erworbenen Eigentumswohnung die Errichtung des Gesamtvorhabens, obgleich er gegenüber dem Erwerber nur einen Zah-

[1] Dieser Beitrag beruht auf dem Manuskript für einen Vortrag des Verfassers auf der 30. Baurechtstagung der ARGE Baurecht des DAV am 17.11.2007 in Ulm.

[2] Schmidt/Eue, Münchener Vertragshandbuch, Band 5, 5. Aufl., S. 395.

[3] BGHZ 108, 156.

[4] BGH, NJW 1981, 2344 = NJW 1973, 1235 = NJW 1979, 1416.

[5] BGHZ 74, 204.

lungsanspruch in Höhe der vereinbarten auf dessen Anteil bezogenen Vergütung erwirbt.

Neben der Lieferung der Baustoffe und dieser Werkerrichtung muss der Bauträger dem Erwerber Eigentum an Grund und Boden und ggf. ein oder mehrere Sondernutzungsrechte verschaffen.

Bei den Kaufverträgen handelt es sich um Verträge eigener Art [6], die neben kauf- auch werkvertrags- und werklieferungsrechtliche Elemente sowie ggf. Auftrags- bzw. Geschäftsbesorgungscharakter aufweisen [7].

2. Abnahme

Ist das Werk vollendet, kommt es zur Abnahme. Sie ist Dreh und Angelpunkt des Werkvertragsrechts mit folgenden Wirkungen:

- Der Erwerber erhält das Werk.
- Der originäre Erfüllungsanspruch erlischt.
- Der Gefahrübergang findet statt.
- Die Gewährleistungsfrist beginnt.
- Die Vergütung wird fällig.
- Die Beweislast kehrt sich um.

Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen (§ 640 BGB), sofern keine wesentlichen Mängel vorliegen. Die Abnahme gilt als Hauptpflicht.

Bei der Abnahme wird das Werk auf Herz und Nieren geprüft. Zwei Punkte stehen wirtschaftlich im Vordergrund:

- Bekommt der Käufer das, was er bestellt hat und
- bekommt der Verkäufer sein Geld.

Rechtlich besteht die Abnahme aus zwei Komponenten: die körperliche Hinnahme i.d.R. Besitzübernahme verbunden mit der Anerkennung (Billigung) des Werks.

Die durch die Abnahme ausgelöste Zahlungsverpflichtung ist bloße Rechtsfolge.

3. Die Besonderheiten beim WEG

Die Besonderheiten der Abnahme werden beim Vergleich der unterschiedlichen Verträge sichtbar.

a) Vergleich des Abnahmeprozesses mit und ohne Wohnungseigentum

Vergleicht man die Konzeption eines üblichen von einem GU errichteten Bauvorhabens für nur einen Investor mit einem Bauvorhaben, an dessen Wohnungen Wohnungseigentum begründet wurde, z. B. jeweils ein identisches Mehrfamilienhaus mit Tiefgarage, so fällt Folgendes auf:

	Investor-Haus	WEG-Haus
Eigentum an Grund- und Boden	Investor	Bauträger, nicht Erwerber
Wer nimmt ab?	Investor persönlich	Sondereigentum: 10 Käufer Gemeinschaftseigentum: alle Käufer oder Vertreter
Was wird übergeben?	einheitliches Werk	Teilabnahmen: 10 x Sonder Eigentum 1 x Gemeinschaftseigentum evt. Sondernutzungsrechte
Abgrenzungsprobleme	keine	zahlreiche
Leistungsbeschreibung/ Abnahmaßstab	einheitlicher Vertrag	10 Einzelverträge + Teilungserklärung
Abnahmezeitpunkt	ein Zeitpunkt	mehrere, bis zu 11 Zeitpunkten
Interessen	einheitlich	völlig unterschiedliche: z. B. Selbstbewohner Investoren
Willensbildung	unproblematisch	problematisch, weil 10 Sondereigentümer
Betroffensein bei Mängel	Investor	ein/mehrere/ alle Käufer

[6] Frank/Kutisch, in: Korbion, Baurecht, 2005, Teil 25, Rdnr. 7.

[7] Jagenburg, NJW 1987, 3107.

Die Gegenüberstellung zeigt, dass Konflikte vorprogrammiert sind. Jede Schnittstelle kann Ursache für beträchtliche juristische Probleme sein.

Welche Probleme treten auf und wie werden sie gelöst?

b) Unterscheidung Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum

Der Erwerber ist erst zur Abnahme verpflichtet, wenn der Vertragsgegenstand, d.h. Sonder- und Gemeinschaftseigentum abnahme-reif fertig gestellt ist, sofern keine Teilabnahmen vereinbart sind, was jedoch beim Wohnungskauf regelmäßig der Fall ist.

Eine solche getrennte Abnahme ist zulässig [8]. Der Bundesgerichtshof behandelt sie als Teilabnahmen, da die Zuordnung zum einen oder anderen tatsächlich möglich ist.

Übliche ist eine Aufteilung in:

Sondereigentum, wie in §5 WEG definiert und
Gemeinschaftseigentum

Das Gemeinschaftseigentum wird teilweise weiter untergliedert in:

Gemeinschaftseigentum ohne Außenanlage
Außenanlage
Garage/Tiefgarage

Zahlreiche Gerichtsentscheidungen beschäftigen sich mit den geschaffenen Schnittstellen, die alles andere als leicht fällt. Die Relevanz der Zuordnung ist wirtschaftlich äußerst wichtig, z.B. für den Lauf der Gewährleistungsfristen.

So gehören beispielsweise Geschossdecken einer Tiefgarage zwingend zum Gemeinschaftseigentum. Dazu rechnet auch die aus Brandschutzgründen erforderliche Betonüberdeckung über der Bewehrung [9]. Zum Gemeinschaftseigentum gehören auch Stahlbetonwände, die einen höher liegenden, im Gemeinschaftseigentum stehenden Garten gegen eine tiefer liegende, im Sondereigentum stehende Terrasse abstützen oder Woh-

nungsabschlusstüren [10]. Letztere gehören immer zum Gemeinschaftseigentum; hiervon abweichende Vereinbarungen sind unwirksam [11].

Die Beispiele lassen erahnen, dass nicht immer einfach abgrenzbare in sich abgeschlossene Teile der Leistung vorliegen, die von den übrigen Teilleistungen unabhängig sind und die sich in ihrer Gebrauchsfähigkeit abschließend für sich beurteilen lassen, wie es für Teilabnahmen sonst vorausgesetzt wird [12].

aa) Abnahme Sondereigentum

Sondereigentum wird i.d.R. unmittelbar vor dem Bezug von dem jeweiligen Käufer abgenommen. Es gibt nur einen Abnahmezeitpunkt. Jeder Erwerber ist verpflichtet und berechtigt, seine Gewährleistungsrechte zu wahren. Es gibt insoweit keinen Gemeinschaftsbezug [13].

Es wird die Auffassung vertreten oder vereinbart, dass mit der Abnahme des Sondereigentums das ihm zuzurechnende Gemeinschaftseigentum abgenommen werden soll.

Hintergrund hierfür sind pragmatische Überlegungen, nur einmal in die Wohnung zu müssen, und eine einheitliche Gewährleistungsfrist für diese zusammenhängenden Teile zu haben.

Angesprochen ist die Frage, ob der Erwerber mit der Abnahme des Sondereigentums zugleich auch

- die tragenden Wände innen sowie – von außen – die seiner Nutzung unterliegenden Gebäudeteile des Gemeinschaftseigentums, wie z.B. Fenster, Eingangstüre abnimmt [14] und

[8] BGH, BauR 1983, 573 = WM 1983, 1104 = ZfBR 1983, 260; a.A. Groß, BauR 1975, 12, 17.

[9] OLG München, Beschluss v. 13. 8. 2007 – 34 Wx 75/07 –.

[10] OLG Dresden, Urteil v. 17.3.2005 – 4 U 2065/04 –.

[11] OLG Stuttgart, IBR 2006, 546.

[12] Oppler, in: Ingenstau/Korblon, VOB/B, 16. Aufl., §12 Nr.2 Rdnr. 6.

[13] BGH, BauR 1985, 314; Siegburg, Handbuch der Gewährleistung beim Bauvertrag, 4. Aufl. Rdnr. 341; Korblon, a. a. O., Teil 25 Rdnr. 14.

[14] Blank, Baurägervertrag, 3. Aufl., Rdnr. 313.

- ob die Abnahme des Einzeleigentümers den übrigen Miteigentümern zugerechnet werden kann [15].

Beides erscheint sehr bedenklich. Die Abnahme des Sondereigentums erfolgt grundsätzlich ohne Abnahme des Sondernutzungsrechts und ohne das Gemeinschaftseigentum, sodass ein hierauf gerichteter Abnahmewille fehlen dürfte [16]. Hinzu kommt, dass es sich um eine äußerst unbestimmte Regelung handelt, die dem AGB-rechtlichen Transparenzgebot nicht standhalten dürfte. Abgrenzungsprobleme treten auf, weil die Regelung weitere Teilabnahmen innerhalb der als Teilabnahme vorgesehenen Teilabnahme des Gemeinschaftseigentums schafft. Es kann zu einem Kompetenzkonflikt kommen, wenn ein Eigentümer seine tragende Wand zwischen zwei Wohnungen abnimmt, während der Nachbareigentümer die Abnahme verweigert. Ferner greift die Regelung in die individuellen Erfüllungsansprüche der anderen Wohnungseigentümer ein.

Der Veräußerer kann mit einer solchen Klausel einen einheitlichen Gewährleistungsbegriff gegenüber den anderen Wohnungseigentümern wegen der jeweils bestehenden Individualansprüche nicht erreichen.

bb) Abnahme Gemeinschaftseigentum

Die gesonderte Abnahme des Gemeinschaftseigentums folgt praktischen Bedürfnissen, hauptsächlich weil einzelne Wohnungen früher vor Fertigstellung der Gesamtanlage bezogen werden. Das ist keineswegs zwingend.

Bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums kommt es zu zahlreichen Problemen, die mit den oben in der Gegenüberstellung aufgezeigten Besonderheiten zusammenhängen.

c) Wer nimmt ab

aa) Erwerber/Auftraggeber

Abzunehmen hat nach § 640 BGB der Besteller. Die Wohnungseigentümergeinschaft hat nicht bestellt und ist deshalb nicht Besteller. Besteller ist der individuelle Erwerber. Der Bauträger hat einen einklagbaren Anspruch

gegen den Erwerber auf Vornahme der Abnahme. Der einzelne Käufer hat einen individuellen Anspruch auf ein mangelfreies Herstellen des Gemeinschaftseigentums. Dies steht im Einklang mit § 10 Abs. 1 WEG, wonach Inhaber der Rechte und Pflichten, insbesondere des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums, die Wohnungseigentümer sind.

Von folgenden 3 Grundsätzen ist demnach auszugehen.

- Jeder Erwerber hat auch das Gemeinschaftseigentum abzunehmen [17].
- Jeder Erwerber muss das Gemeinschaftseigentum übergeben bekommen.
- Die Abnahme durch einzelne Erwerber wirkt nicht zulasten der anderen Erwerber, die noch nicht abgenommen haben.

Dies bedeutet im Ausgangsfall für das Gemeinschaftseigentum: bei 10 Erwerbern gibt es bis zu 10 Begehungen und zwar auch aller Wohnungen, da deren tragende Wände und Balkone Gemeinschaftseigentum sind. Es gibt 10 Abnahmeprotokolle, mitunter mit 10 verschiedenen Inhalten.

Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass die einzelnen Belange der einzelnen Wohnungseigentümer keine gemeinschaftliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfordern [18]. Der Bauträger hat keinen Anspruch auf eine gemeinschaftliche Abnahme, sofern dies nicht individualvertraglich vereinbart ist [19].

Jeder Erwerber ist grundsätzlich zur selbstständigen Verfolgung der Erfüllungs- und Mängelansprüche auf Grund seines Vertrages befugt. Anders verhält es sich wegen der Gemeinschaftsbezogenheit nur bei Gestaltungsrechten, die den Primäranspruch auf mangelfreie Herstellung modifizieren, also bei Minderung und Schadenersatz.

[15] So OLG Hamm, MittBayNot 2005, 226 mit Anm. Bastly.

[16] A. A. Bastly, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 899; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 430.

[17] BGHZ 74, 258 = BauR 1985, 314 = NJW 1985, 1551.

[18] BGH, BauR 1985, 314 = NJW 1985, 1551.

[19] Slegburg, a. a. O., Rdnr. 341, Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 433.

Diese Rechtslage führt zu unterschiedlichen Verjährungsfristen für Mängelansprüche (§ 634a Abs. 1 Satz 2 BGB) mit unterschiedlichem Schicksal. Anders ausgedrückt bleibt der Bauträger dem Erfüllungsanspruch bis zur letzten Abnahme des Gemeinschaftseigentums ausgesetzt und zugleich verlängert sich die Verjährungsfrist zu seinen Lasten um den Zeitraum zwischen der ersten und letzten Abnahme, mitunter um mehrere Jahre.

Die Mängelansprüche am Gemeinschaftseigentum sind deshalb erst verjährt, wenn auch für den letzten Erwerber Verjährungseintritt erfolgt ist [20]. Der Erwerber, der den unverjährten Anspruch hat, kann die Gesamtleistung verlangen. Der Verjährungseinrede gegenüber den anderen Erwerbern kommt keine Wirkung zu [21]. Mängelansprüche können von den Erwerbern, deren Rechte verjährt sind, allerdings nicht mehr geltend gemacht werden [22].

Bei einem schleppenden Verkauf der Wohnungen laufen dem Bauträger die Starttermine für Gewährleistungsfristen davon. Die Bauträger versuchen deshalb dieses Ergebnis mit allen Mitteln zu vermeiden und eine einheitliche Abnahme herbeizuführen.

bb) Abnahme durch Sonstige

Es bieten sich zwei Lösungswege an. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums wird entweder Organen als originäre Aufgabe zugeschrieben oder es wird eine einheitliche Regelungen über einen Bevollmächtigung vorgesehen. Beide Vorgehensweisen haben ihre Tücken.

(1) Abnahme kraft eigener Kompetenz

(a) Wohnungseigentümergeinschaft

Nach früherem Recht konnte die Wohnungseigentümergeinschaft nicht nach außen auftreten und die Abnahme erklären. Sie konnte deshalb auch nicht – jedenfalls nicht ohne Beschluss – kraft Gesetzes abnehmen [23].

Inzwischen wird ihr eine Teilrechtsfähigkeit unter alleiniger Zuständigkeit zuerkannt, die Mängelrechte an sich zu ziehen und in gewillkürter Prozessstandschaft durchzusetzen

und die einzelnen Erwerber von diesem Recht auszuschließen. Die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs [24] wurde inzwischen in § 10 Abs. 6 WEG in das Gesetz übernommen. Der Erwerber kann auf Grund der gemeinschaftsbezogenen Besonderheiten seine individuellen Rechte nur solange geltend machen, als durch sein Vorgehen gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer nicht beeinträchtigt werden [25].

Kann die Wohnungseigentümergeinschaft mit der gleichen Begründung die Abnahmebefugnis an sich ziehen?

Voraussetzung hierfür ist in jedem Falle eine Gemeinschaftsbezogenheit der Abnahme. Dies wäre der Fall, wenn die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zur ordnungsgemäßen Verwaltung und damit zu den Aufgaben der WEG gehört.

Dafür spricht, dass die Ersterstellung als Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung, die nach § 21 Abs. 3, 5 WEG durch Mehrheitsbeschluss geregelt werden kann, anerkannt ist [26]. Dagegen spricht [27]:

Es ist erklärtes Ziel des neuen WEG, eine extensive Auslegung der Vorschriften und eine Aushöhlung der Individualrechte zu vermeiden [28]. Die Wohnungseigentümergeinschaft hat keine Kompetenz, individuelle Rechte auf die Gemeinschaft überzuleiten [29]. Schließlich handelt es sich bei der Abnahme um einen individualrechtlichen und ausschließlichen Anspruch [30]. Der Bundes-

[20] OLG Ffm, IBR 1991, 368; Otto, NZBau 2003, 233; a.A. Hildebrandt, BTR 2003, 216.

[21] BGH, BauR 1985, 314 = NJW 1985, 1551; a.A. Doerry, EWIR § 634, BGBI. 1990, 459 für den Fall, dass sich Mängel des Gemeinschaftseigentums nur auf das Sondereigentum auswirken.

[22] Bärmann/Pick, 18. Aufl., WEG § 13 X.

[23] Basty, a. a. O., Rdnr. 903.

[24] BGH, BauR 2007, 1221 = IBR 2007, 373.

[25] St. Rspr. BGH, NJW 2006, 3275; Niedenführ, LMK 2006, 197 107; Vogel, ZMR 2007, 48.

[26] Palandt/Bassenge, 67. Aufl., § 21 WEG Rdnr. 14, i. V. m. § 22 Rdnr. 22 ff.

[27] Bärmann/Pick/Merle, 9. Aufl., WEG § 1 Rdnr. 153; Deckert, NJW 1975, 854 = ZfBR 1980, 485.

[28] Korbion, in: Ingenstau/Korbion, 16. Aufl., VOB, Anh. 3, Rdnr. 401 a.

[29] Korbion, in: Ingenstau/Korbion, 16. Aufl., VOB, Anh. 3, Rdnr. 401.

[30] BGH, NJW 1985, 1551; Schmidt/Eue, a. a. O., S. 359 Anm. 41; Pause, NJW 1993, 553; Buhl, BauR 1984, 237; Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 433.

gerichtshof [31] hat Befugnis zum Abschluss von Pseudovereinbarungen stark eingeschränkt. Anders als die Mängelbeseitigung hat die Abnahme keinen unmittelbaren Bezug zum Gemeinschaftseigentum [32].

Der letzteren Auffassung schließt sich der Verfasser an. Die Abnahme ist der alles entscheidende Punkt des Werkrechts, bei dem der vertraglich erstrebte Erfolg auf dem Prüfstand steht. Nur auf diesen Zeitpunkt stellt das Werkrecht ab. Die Abnahme stellt den Übergang von der Erfüllungsphase zur Geburtsstunde der Gewährleistungsrechte bei Mängeln dar. Die Abnahme ist eine Hauptpflicht des Erwerbers. Sie ist als eigenständiger Anspruch auf Grund eines zweiseitigen Vertrages individuell vereinbart. Die Abnahme trennt die Erfüllungsphase des Werkvertrages von der sich anschließenden Phase der Verwaltung, die primär der Wohnungseigentümergeinschaft obliegt. Sie löst die nur den Erwerber treffende Zahlungspflicht aus. Die Übertragung der Abnahme von der Person des Bestellers auf die Wohnungseigentümergeinschaft, mit der der Bauträger nicht einmal ein Vertragsverhältnis unterhält, würde den Werkvertrag ad absurdum führen. Dies gilt umso mehr, als dann der Erwerber nur noch die damit verbundene Zahlungsverpflichtung hätte. Im Übrigen geht die werkrechtliche Regelung des § 640 Abs. 1 BGB als Spezialvorschrift der allgemeinen Verwaltungsregelung im WEG vor.

(b) Beirat

Eine Abnahme durch den Beirat wird als bedenklich angesehen [33], weil einerseits die Funktion nicht zwingend vorgesehen ist und andererseits die Abnahme nicht dessen gesetzlichem Tätigkeitsfeld nach § 29 WEG entspricht, auch wenn dieses erweitert werden kann.

Die eingewandte fehlende Sachkunde [34] ist wenig stichhaltig, da jeder Eigentümer abnehmen darf und die Beiräte zumeist – engagierte – Eigentümer sind.

(c) Verwalter

Ohne besondere Ermächtigung darf der Verwalter das Gemeinschaftseigentum nicht abnehmen [35]. Der Verwalter kann kraft seiner

Stellung keine weiteren Befugnisse haben als die Gemeinschaft, deren Weisungen er unterliegt.

Wird in der Teilungserklärung dies vorgesehen, so sind Regelungen unwirksam, wonach der Bauträger sich zum Verwalter bestellt und als solcher seine eigene Leistung abnimmt [36]. Auch werden die Abnahmewirkungen durch einen im Lager des Bauträgers stehenden Verwalter [37] oder durch ein mit ihm verbundenes Unternehmen [38] wegen bestehender Interessenkollision nicht ausgelöst [39]. Eine solche Regelung in der Gemeinschaftsordnung ist zudem sachfremd und überraschend [40].

(2) Ermächtigung durch Vollmacht

Auch der Weg über die Vollmacht hat Tücken. Der Bundesgerichtshof lässt bislang offen, welche Rechtsnatur eine Abnahmeerklärung eigentlich hat und wendet Vertretungsregelungen nur entsprechend an [41].

Eine Stellvertretung ist bei der Abnahme von Gemeinschaftseigentum zulässig [42]. Im Prinzip kann jeder Vertreter sein, also auch ein Verwalter, Beirat, anderer Eigentümer, Sachverständiger, Dritter. Also kann jeder Eigentümer einen anderen Bevollmächtigten bestellen. So können z. B. drei unterschiedliche Sachverständige bevollmächtigt sein.

Eine wirksame Vertretung bedarf in AGB einer besonderen Ermächtigung [43]. Wird eine Vollmacht im Kaufvertrag als AGB erteilt, so kann diese, je nach Ausgestaltung, unwirksam sein. Sieht ein Vertrag (AGB) eine gemeinschaftliche Abnahme durch die Wohnungseigentümergeinschaft oder den Verwalter vor, so soll dies nur zulässig sein,

[31] BGH, NJW 2000, 3500 = NZM 2000, 1184.

[32] Basty, BTR 2006, 150, Pause/Vogel, BauR 2007, 1298.

[33] Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 438.

[34] Basty, a. a. O., Rdnr. 918.

[35] OLG München, DB 1978, 2360; Ott, NZBau 2003, 233, 241.

[36] OLG Stuttgart, MDR 1980, 495.

[37] Blank, a. a. O., Rdnr. 314.

[38] Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 437.

[39] Basty, a. a. O., Rdnr. 913.

[40] Fritsch, BauRB 2004, 28.

[41] BGH, NJW 1987, 3003 = ZIP 1987, 1144; BGH, ZIP 1989, 672.

[42] OLG Stuttgart, MDR 1980, 495; OLG München, MDR 1978, 1024.

[43] OLG Stuttgart, MDR 1980, 495; OLG München, MDR 1978, 1024.

wenn nach besonderer Interessenlage auch die Abnahme nur gemeinschaftlich erfolgen kann [44].

Die Bevollmächtigung von Sachverständigen ist frei widerruflich [45], wobei das Widerrufsrecht vertraglich nicht eingeschränkt werden darf [46].

Ferner finden sich Regelungen in Verträgen, wie ein Bevollmächtigter später gesucht und beauftragt werden soll, z.B. durch die erste Wohnungseigentümersammlung [47].

Da jede Person bevollmächtigt werden kann, kommt es auf die Frage der Qualifikation des Abnehmenden nicht an. Allerdings ist wegen der Kompetenz die Anwesenheit eines Sachverständigen empfehlenswert.

(d) Sachverständiger

Ein Sachverständiger hat beim Erwerbsvorgang keine Funktion, sodass er nur bei entsprechender Ermächtigung abnehmen kann.

Ist im Erwerbsvertrag vorgesehen, dass das Gemeinschaftseigentum durch einen vom Bauträger bestimmten Sachverständigen abgenommen wird, handelt es sich um einen unwirksame Bestimmung. Bei größeren Wohnanlagen soll oft ein neutraler Sachverständiger die Abnahme vornehmen. Ein solcher kann dann durch den Bauträger beauftragt werden [48].

Der Sachverständige hat keine schiedsgutachterliche Funktion, da obligatorische Schiedsgutachterklausel in Verbraucherverträgen unwirksam sind [49]. Gleichwohl schlagen Sachverständige bei der Abnahme bei Bagatelldmängeln Minderungen vor, die vielfach beachtet werden.

d) Zeitpunkt der Abnahme

Die abnahmereife Fertigstellung ist Voraussetzung für die Abnahmeverpflichtung. Ungeklärt ist der Umfang der Übertragungspflicht zum Zeitpunkt der Abnahme und ob sie neben dem Werk auch die Eigentumsübertragung umfasst [50].

Wenn dem so wäre, müsste das Eigentum schon bei der Abnahme des Sondereigentums übertragen werden.

Eine formularmäßige Abnahme vor Eigentumsübertragung soll demnach wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Leitbild der Abnahmeregelung einer Inhaltskontrolle nicht standhalten. Der Wortlaut von § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB bezieht sich nur auf das Werk, nicht aber auf die Eigentumsverschaffung, weshalb sie keine notwendige Voraussetzung für die Abnahme nach Werkrecht sein kann; außerdem lässt das Gesetz Teilabnahmen zu, sodass nicht schon vorab die Beschaffungspflicht für das Gesamtwerk verlangt werden kann [51].

Das Gemeinschaftseigentum kann, muss aber nicht mit dem Sondereigentum zusammen abgenommen werden [52]. Entsprechendes muss für die Verschaffung des Eigentums gelten.

e) Form der Abnahme

Die Abnahme nach § 640 BGB bedarf grundsätzlich keiner bestimmten Form.

aa) Förmliche Abnahmen

Empfohlen und üblich sind Übergabeprotokolle, die die Beweisprobleme erheblich reduzieren. Nicht die Begehung, sondern die Abfassung der Niederschrift ist für den Abnahmezeitpunkt maßgeblich [53]. Bei Vereinbarung eines Übergabeprotokolls gilt die Unterzeichnung des Protokolls als echte Wirksamkeitsvoraussetzung [54].

Förmliche Abnahmen können aus vielfältigen Gründen scheitern. Wird die Abnahme berechtigt oder unberechtigt verweigert, führt

[44] Zustimmung Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 222; aber Pause, a.a.O., Rdnr. 596 ff.

[45] OLG Koblenz, ZfR 2002, 897.

[46] OLG Koblenz, ZfR 2002, 897; Ott, NZBau 2003, 233.

[47] Siehe hierzu Basty, a.a.O., Rdnr. 907.

[48] Häublein, DNotZ 2002, 608.

[49] Basty, a.a.O., Rdnr. 916, 1018.

[50] So Thode, NZBau 2002, 297; a.A. Kniffka, *ibr-online Kommentar*, § 633 Rdnr. 2.

[51] Basty, a.a.O., Rdnr. 881.

[52] BGH, BauR 1983, 573; Werner/Pastor, *Der Bauprozess*, 12. Aufl., Rdnr. 504.

[53] BGH, BauR 1974, 206.

[54] Nicklisch/Weick, VOB/B, § 12 Rdnr. 66.

dies oft zur gerichtlichen Klärung. Wird eine erteilte Vollmacht widerrufen, muss der Erwerber selbst abnehmen oder eine neue Vollmacht erteilen. Können Räume nicht betreten werden, weil etwa ein Schlüssel fehlt oder der Zutritt verweigert wird, geht dies zu Lasten des Veräußerers, der das Gemeinschaftseigentum übergeben muss. Dadurch kann sich ein Abnahmevorgang über Monate hinziehen.

Die Abnahme erfolgt erst mit dem letzten Abnahmeakt und der Unterschrift unter das Protokoll, sofern keine Teilabnahmen vereinbart sind.

bb) Einfache, nicht förmliche Abnahme

Hierbei gibt es keine Besonderheiten, abgesehen von den Beweisproblemen, da man z.B. nicht exakt feststellen kann, wann Gemeinschaftseigentum insgesamt abgenommen ist.

cc) Konkludente Abnahme

Die stillschweigend oder konkludent erklärte Abnahme setzt voraus, dass ein abnahmefähiges Werk ohne wesentliche Mängel erstellt ist; stellt sich später heraus, dass ein wesentlicher Mangel vorlag, treten die Abnahmewirkungen nicht ein; dieser Weg erweist sich für Bauträger als sehr riskant.

Die Abnahme des Sondereigentums bedeutet im Zweifel nicht gleichzeitig die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, auch wenn es sich um die letzte Wohnung handelt [55], da eine Übergabe erforderlich ist [56].

Auch der bloße Einzug ohne Billigung der Leistung begründet keine Annahme einer Abnahme [57]. Der Bezug einer Wohnung und die Ingebrauchnahme wird erst dann als Abnahme durch „typisiertes Verhalten mit normativer Wirkung“ anerkannt [58], wenn noch eine gewisse Dauer der Nutzung als Prüfungszeit hinzutritt [59]. Die Dauer der eingeräumten Prüfungszeit hängt vom Einzelfall ab. Der Zeitraum nach Ingebrauchnahme, soll beim Sondereigentum mehrere Monate [60] und beim Gemeinschaftseigentum mindestens ein Jahr ab Bezug betragen [61].

Wird eine Wohnung bezogen, die Abnahme wegen Mängel verweigert und erfolgt keine

weitere Reaktion, so ist trotz dreijähriger Nutzung noch keine Abnahme erklärt [62]. Allerdings kann man nach acht Jahren wohl von einer Abnahme ausgehen [63].

Eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten kann auch in einer vorbehaltlosen Zahlung liegen [64].

Grundsätzlich sind beim Gemeinschaftseigentum konkludente Abnahmeerklärungen eines jeden Erwerbers erforderlich. Dieselben Wirkungen treten beim Verwalter nur bei einer bestehenden Vollmacht ein [65], die über den gesamten Zeitraum bestehen muss, was bei einem Verwalterwechsel problematisch sein kann.

dd) Vertragliche Abnahmefiktionen

Abnahmefiktionen sind zumeist wegen Verstoßes gegen das AGB Recht unwirksam [66], wie z.B. dass die Abnahme mit Einzug oder bei Nichterscheinen zum Abnahmeterrain als erklärt gilt (§§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 bff. BGB). Nach § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B scheidet eine Abnahmefiktion aus, da die VOB/B nicht wirksam als Ganzes im Bauträgervertrag vereinbart werden kann [67].

ee) Gesetzliche Abnahmefiktion

Nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB tritt nach gesetzter Frist die gesetzliche Abnahmefiktion ein. Adressat der Aufforderung ist grundsätzlich jeder Erwerber; soll die Abnahme durch den Verwalter erfolgen, so ist der Verwalter aufzufordern [68].

[55] OLG Stuttgart, MDR 1980, 495; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1301.

[56] BGH, BauR 1983, 573; Korbion, a. a. O., Teil 25, Rdnr. 14.

[57] BGH, ZIP 2001, 245.

[58] BGH, NJW 1975, 1701; Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 420.

[59] BGH, NJW 1985, 731; a. A. OLG Hamm, NJW-RR 1993, 340 Schlüsselübergabe reicht.

[60] Basty, a. a. O., Rdnr. 891.

[61] Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 425.

[62] BGH, BauR 2004, 670.

[63] BGH, BauR 1988, 492 (ohne nähere Begründung).

[64] BGH, BauR 1994, 103.

[65] Korbion, a. a. O., Teil 25, Rdnr. 20.

[66] Werner/Pastor, a. a. O., Rdnr. 509.

[67] BGHZ 101, 369; BGH, NJW 1988, 142; BGH, BauR 1987, 702; OLG Köln, NJW 1986, 330; OLG Köln, BauR 1986, 219.

[68] Bühl, BauR 1984, 237; Locher/Köble, a. a. O., Rdnr. 372; a. A. Kleine-Möller/Mehrl, a. a. O., § 11 Rdnr. 227; Pause, a. a. O., Rdnr. 588.

ff) **Fertigstellungsbescheinigung**

Eine Abnahme durch eine Fertigstellungsbescheinigung ist zu vernachlässigen, da diese sich nicht durchgesetzt hat.

f) **Sonderproblem: Nachzügler**

Wird eine bereits fertig gestellte Wohnung erst viel später an einen sog. Nachzügler verkauft, so führt dies bei Anwendung des Werkrechts zu einer Verlängerung der Gewährleistungsfrist des Gemeinschaftseigentums, da die Gewährleistungsfrist mit der jeweiligen Abnahme eines Käufers zu laufen beginnt.

Nach der Schuldrechtsreform besteht eine Unsicherheit, ob Werk- oder Kaufrecht auf diese Fälle anwendbar ist. Teilweise wird an der bisherigen Rechtsprechung und damit am Werkrecht festgehalten, jedenfalls, wenn seit Vertragsschluss nicht allzu viel Zeit – etwa ein Jahr – vergangen ist [69].

Wird der Verwalter zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums ermächtigt, wirkt diese nur für solche Erwerber, die zur Zeit Abnahme schon erworben haben. Nachzügler werden nicht gebunden [70], da sie den Verwalter noch nicht ermächtigen konnten.

Offen bleibt auch, ob vertragliche wirksam geregelt werden kann, dass eine frühere Abnahme des Verwalters die späteren Erwerber bindet. Dies verkürzt nämlich deren gesetzliche Gewährleistungsfrist [71].

Der Bundesgerichtshof [72] entschied, dass der Nachzügler „nicht ohne Weiteres“ eine früher erfolgte Abnahme gegen sich gelten lassen müsse. Diese Formulierung befähigt die juristische Fantasie.

Teilweise wird deshalb eine Fristenangleichung mit Nachzüglern zugelassen, sodass für ihn die Frist dann endet, wenn sie nach einer gemeinschaftlichen Abnahme auch für die anderen Erwerber endet [73]. Die dadurch bedingte Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist soll nur dann unzulässig sein, wenn der Kaufvertrag nur Wochen oder wenige Monate nach Fertigstellung geschlossen wurde [74]. Bei später geschlossenen Verträgen trete Kaufrecht in den Vordergrund und das Gemeinschaftseigentum sei eben

nicht mehr „neu“, sodass die Frist verkürzt werden dürfe.

Der Übergang vom Neubau zur Bestandsimmobilie ist fließend. Sobald die Baumaßnahme abgeschlossen ist, macht eine Verpflichtung des Bauträgers zur Neuerstellung wenig Sinn. Es geht vielmehr um die Übertragung eines existierenden Werks. Das Alter dieses Werks und die eingetretene Abnutzung spiegelt sich im Preis nieder. Wirtschaftlich betrachtet, erhält der Nachzügler damit einen Ausgleich, sodass eine darüber hinausgehende Besserstellung des Nachzüglers und zugleich der übrigen Wohnungseigentümer durch eine Verlängerung der Gewährleistung für ein und dasselbe Gemeinschaftseigentum sachlich nicht gerechtfertigt ist. Dies spricht für die Zulässigkeit einer Fristenanpassung. Andererseits schreibt sowohl das Kaufrecht wie auch das Werkrecht in §§ 438 Abs. 1 Nr. 2 und 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB die fünfjährige Verjährungsfrist bei Bauwerken vor. Die Wertung des Gesetzgebers kann durch ihre Leitbildfunktion nach derzeitiger Rechtslage nicht in vorformulierten Klauseln verkürzt werden.

g) **Sonderfall unklares oder unterschiedliches Bausoll**

Die Abnahme bezieht sich auf das hergestellte Werk, welches in der Baubeschreibung, den Vertragsplänen und der Baugenehmigung einheitlich beschrieben ist. Solange jeder auf einer solchen Grundlage die identische Werkserstellung verlangen kann, besteht zwischen den Erwerbern Gesamtgläubigerschaft.

Das kann, muss aber nicht so sein. Die Verträge werden zu unterschiedlichen Zeitpunkten mit unterschiedlichen Inhalten geschlossen. Ist dies der Fall, so können die Rechte auseinanderfallen, sodass dann ein Teil der Erwerber die Rechte an alle und ein Teil die Rechte an sich fordern muss. Eine Analogie zur Gesamtgläubigerschaft wird dann angenommen, wenn das Auseinanderfallen auf ei-

[69] Basty, a. a. O., Rdnr. 10 ff.

[70] BGH, NJW 1985, 1551; BGH, BauR 1985, 314.

[71] Korbion, a. a. O., Teil 25, Rdnr. 24.

[72] BGH, DNotZ 1985, 622.

[73] Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 441 m. w. N.

[74] Brych/Pause, a. a. O., Rdnr. 444.

ner behördlichen Maßnahme beruht oder von einem Gemeinschaftsbeschluss genehmigt wird, andernfalls bleibt den betroffenen Erwerbern nur der Weg über die Gewährleistungsrechte [75].

Zur Bestimmung des Bausolls ist der jeweils individuelle Vertrag maßgeblich. Durch Vertragsauslegung ist das individuelle Leistungssoll zu ermitteln. Ergibt die Auslegung ein bestimmtes Vertragssoll, so ist das Werk bei jeder Abweichung mangelhaft [76]. Verträge erfahren während der Ausführungsphase inhaltlich oft Änderungen und Zusätze und damit ein verändertes Bausoll.

Unterschiedliche Leistungsinhalte der einzelnen Verträge beruhen u.a. auf einer Fortentwicklung der Planung z.B. einer geänderten Schaufensterfassadengestaltung, weil ein Erwerber zwei Einheiten kauft und diese zusammenlegt oder nachträglich die Stellplatzzahl zulasten bestehender Stellplätze mit oder ohne Mitwirkung der Behörden optimiert wird, um z.B. eine Arztpraxis mit einer höheren Stellplatzpflicht zu ermöglichen.

Als besonders problematisch erweisen sich beschreibende Adjektive im Vertragstext. In Baubeschreibungen finden sich häufig wenig präzise Begriffe [77], wie z.B. gehobene Standardausführung, komfortabel, Seniorengerecht, exklusiv, energiesparend oder qualitativ besonders hochwertig.

Der Bundesgerichtshof [78] hat im Zusammenhang mit der Frage der Mangelhaftigkeit der Schalldämmung ausdrücklich klargestellt, dass auch allgemeine unspezifische Beschreibungen bei dem Erklärungsempfänger eine bestimmte Vorstellung von der zu erbringenden Werkleistung auslösen und das

Gericht ermitteln muss, welche Leistung hier tatsächlich geschuldet ist.

Hier kommt es auch auf Prospektaussagen an, die subjektiv verstanden werden und die zusätzlich objektiv unterschiedlich sein können, wenn ein Prospekt bei schleppendem Verkauf abgeändert wird.

Es ist keine leichte Aufgabe für einen bevollmächtigten Vertreter, bei der Abnahme das Erreichen des geschuldeten Werkerfolgs zu prüfen. So muss er überprüfen, ob das jeweils geschuldete Bausoll verwirklicht ist, und er muss nicht nur alle Kaufverträge, sondern auch die subjektiven Erwartungen der Käufer kennen und bewerten. Außerdem muss er die Mangelfreiheit technisch beurteilen und eventuelle Weisungen beachten.

4. Zusammenfassung

Die Eingangs vorgestellte Musterklausel versucht diesen Anforderungen durch Beteiligung möglichst vieler Beteiligten gerecht zu werden. Glücklicherweise sind Regressfälle in diesem Bereich – noch – nicht häufig anzutreffen, da sich ansonsten keine Bevollmächtigten mehr für eine Abnahme finden ließen.

Durch die kompliziertere Vertragsform, die Aufspaltung des Abnahmeprozesses, des Abnahmegegenstands und der an der Abnahme beteiligten Personen ist die Abnahme des Gemeinschaftseigentums extrem störanfällig. Im Interesse der Beteiligten wäre eine wesentlich vereinfachte Abnahmeregulierung höchst wünschenswert.

[75] Korbion, a.a.O., Anh.3, Anm.396.

[76] OLG Nürnberg, Urteil v. 23.6.2006 – 13 U 1934/02 –.

[77] OLG Stuttgart, IMR 2007, 1056; OLG Karlsruhe, IBR 2007, 137; Boldt, NJW 2007, 2960.

[78] BGH, NJW 2007, 2983.

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Rechtsanwalt Stefan Reichert, München

Kann der bezahlte Hauptunternehmer gegenüber dem Subunternehmer die Zahlung wegen Mängeln verweigern?

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem derzeit in Rechtsprechung und Literatur viel diskutierten Rechtsgefüge in der bauvertraglichen Leistungskette: Welche mangelbedingten Rechte

stehen dem Hauptunternehmer gegen den von ihm beauftragten Subunternehmer zu, wenn er selbst von seinem Auftraggeber, dem Bauherrn, wegen der in die Verantwortung des