

tung erscheint besonders vielversprechend und sachgerecht. Zumindest mit Blick auf die dem Auftraggeber eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielräume sprechen die überwiegenden Argumente dafür, dass es erforderlich, aber gleichsam auch ausreichend ist, wenn diese im *Zeitpunkt der (Ausschluss-)Entscheidung* im Vergleich fehlerfrei bewertet und beachtet worden sind. Eine andere Ansicht dürfte nahe-

zu jedes Vergabeverfahren bzw. jeden öffentlichen Auftraggeber überfordern und im Ergebnis die Interessen, die § 124 I Nr. 7 GWB verfolgt (hier: Schutz vor unzuverlässigen/ungeeigneten Bewerbern/Bietern) entwerten. Nachträgliche Erkenntnisse dürfen somit nicht mit etwaigen Schadensersatzrisiken verbunden sein, wenn die getroffene Ausschlussentscheidung bereits ordnungsgemäß geprüft worden ist. ■

Rechtsanwalt Professor Thomas Karczewski*

Reform des Bauträgerrechts

Anmerkungen zum Bericht der BMJV-Arbeitsgruppe

Nach der Koalitionsvereinbarung für die 19. Legislaturperiode von CDU/CSU und SPD sollen vorhandene Schutzlücken im Bauträgervertrag durch eine wirksame Absicherung des Erwerbers für den Fall der Insolvenz des Bauträgers geschlossen und die Abnahme der dem Gemeinschaftseigentum unterliegenden Bauteile (folgend: Abnahme des Gemeinschaftseigentums) erleichtert werden. Die dafür eingesetzte Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht beim BMJV hat am 1.8.2019 ihren Abschlussbericht veröffentlicht, der Grundlage für einen Referentenentwurf sein wird.

I. Einleitung

Weitgehende Einigkeit konnte die Arbeitsgruppe zur Lösung der Absicherung des Erwerbers in der Insolvenz des Bauträgers erzielen. Das Gesetz soll dem Bauträger eine Wahlmöglichkeit bei der Vertragsgestaltung einräumen.¹ Entweder er verzichtet bis zur Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe auf Abschlagszahlungen und kann erst dann 96,5 % der Vergütung verlangen und bei Fertigstellung die restlichen 3,5 % oder er muss eine Rückzahlungssicherheit stellen, wenn er Abschläge nach der MaBV fordert.

Zur Frage, wie die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erleichtert werden kann, ist die Arbeitsgruppe hingegen nicht zu einer einheitlichen Empfehlung gelangt. Zuletzt wurden drei unterschiedliche Lösungsansätze diskutiert, mit denen sich dieser Beitrag kritisch auseinandersetzt.

II. Das Problem der Abnahme im Bauträgervertrag

Mit der Abnahme² treten für die Vertragsparteien wesentliche Rechtsfolgen ein: Übergang vom Erfüllungs- zum Nacherfüllungsstadium, Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche, Gefahrübergang, Fälligkeit der Vergütung, Verzinsung, Rechtsverlust bei fehlendem Vorbehalt und Beweislastumkehr. Gemäß § 650 u I 2 BGB findet die Abnahmeregelung des § 640 BGB auf den Bauträgervertrag Anwendung. Die Abnahme ist nach hM nicht nur eine individuelle Hauptleistungspflicht, sondern auch das individuelle Recht eines jeden Erwerbers, auch das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen und auf Ordnungsgemäßheit zu überprüfen.³ In diesem Zusammenhang sollen zwei Wirkungen der gegenwärtigen Rechtslage korrigiert werden:

Zum einen sind individuelle Einzelabnahmen des Gemeinschaftseigentums bei größeren Objekten mit 50 und mehr Einheiten für den Bauträger sehr (zeit-)aufwendig. Zum anderen sind Versuche der Praxis, die Abnahme zu vereinheitlichen oder auf Dritte zu übertragen, gescheitert und hatten für die Bauträger fatale Folgen. Aufgrund unwirksamer Abnahmeklauseln ist die Mängelhaftung zeitlich nicht begrenzt. Da der so genannte „Nachzügler“ an die bereits erklärte

Abnahme der früheren Erwerber nicht gebunden werden kann und das Gemeinschaftseigentum grundsätzlich selbst abnehmen muss, kommt es zu erheblichen Verlängerungen der fünfjährigen Gewährleistungsfrist für Mängelansprüche.⁴ Die WE-Gemeinschaft kann Mängelrechte bezüglich des Gemeinschaftseigentums nach § 10 VI 3 WEG auch dann noch zur Ausübung an sich ziehen, wenn nur ein (Nachzügler-)Erwerber unverjährte Ansprüche besitzt. Der Bauträger hat also ein Interesse an einer einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums und dem daraus resultierenden, einheitlichen Lauf der Verjährungsfrist.

III. Lösungsansätze

1. Abschaffung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums

Den radikalsten Vorschlag zur Lösung des Problems macht *Leupertz*.⁵ Er will die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, auch die fiktive, durch ein neues Regelungsmodell⁶ ersetzen.

a) *Gründe*. Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei aufgrund der Probleme, die sie nach der gegenwärtigen Rechtslage mit sich bringt,⁷ realitätsfern und nicht praktikabel, wofür sich im Wesentlichen drei Gründe anführen ließen:⁸

- Da die Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums vom Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen zwischen Bauträger und Erwerber abhängt, führe dies dazu, dass ein Erwerber zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums verpflichtet sein kann, während ein anderer die Abnahme zu Recht wegen wesentlicher Mängel verweigern darf.
- In tatsächlicher Hinsicht seien die Interessen der einzelnen Erwerber an einer kritischen Beurteilung und billigen Hinnahme der Beschaffenheit des Gemeinschaftseigentums unterschiedlich.
- Es würde zu Recht beanstandet, dass der Bauträger wegen der „gespaltenen Abnahme“ in ein komplexes uneinheitliches Gefüge von Rechten und Pflichten getrieben werde, mit einem bei „Nach-

* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner bei *Rembert Rechtsanwälte*, Hamburg. – Der Beitrag basiert auf dem Skript des Autors für eid-Evangelischer Immobilienverband Deutschland eV/Baurechtstage 2020 (verschoben wegen Corona Pandemie).

1 Vgl. dazu ausführlich *Fuchs* BauR 2020, 371.

2 Abschlussbericht S. 5, abrufbar unter https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_AG_BaueraegervertragsR.pdf.

3 grundlegend BGH NJW 1985, 1551.

4 Vgl. dazu BeckOK BauvertragsR/Karczewski, 8. Ed. 31.1.2020, BGB § 650u Rn. 51 ff.

5 *Leupertz* BauR 2020, 380 (382 ff.); vgl. auch *Muffler* BauR 2020, 703 (707 ff.).

6 *Leupertz* BauR 2020, 380 (385)

7 Siehe oben unter Abschn. II.

8 *Leupertz* BauR 2020, 380 (382 f.).

zügeln“ unter Umständen stark hinausgezögerten Verlauf der Gewährleistungsverjährung.

b) *Anmerkungen.* Diese Einschätzung scheint aus folgenden Gründen überzeichnet:

aa) *Risiko unterschiedlicher Leistungspflichten.* Es ist gesetzesimmanent, dass die Beschaffenheit des Bausolls in erster Linie vom Inhalt der hierzu getroffenen Vereinbarungen der Vertragsparteien abhängt, § 633 II 1 BGB, und erst nachrangig, bei fehlender Beschaffenheitsvereinbarung, von den objektiven Kriterien des § 633 II 2 Nr. 2 BGB. Vereinbart der Bauträger mit einem Erwerber eine andere Ausführung des Gemeinschaftseigentums als mit einem anderen, weist *Leupertz* zwar zutreffend darauf hin, dass die erbrachte Bauleistung für den einen Erwerber mangelfrei, für den anderen jedoch mangelhaft ist. Das führt eventuell dazu, dass der letztgenannte Erwerber die Abnahme verweigern kann. Diese Konsequenz liegt allein im Verantwortungsbereich des Bauträgers. In der Bauleistungskette kann es zu vergleichbaren Problemen kommen, wenn der GU eine andere Bauleistung beim Nachunternehmer bestellt, als er seinem Auftraggeber „verkauft“ hat. Diese Divergenz der Bauleistungen führt in der Praxis oft zu Problemen. Das Problem unterschiedlicher Leistungspflichten gegenüber den Erwerbern eher selten.⁹

bb) *Ungleichartige Interessen der Erwerber.* Von Mängeln am Gemeinschaftseigentum kann ein Erwerber akuter betroffen sein, als ein anderer. Die undichte Außenwand berührt den Erwerber, dessen Wohnung davon betroffen ist, stärker, als denjenigen, dessen Wohnung frei von Feuchtigkeitseinwirkungen ist. Dennoch haben die Erwerber ein gleichgerichtetes Interesse. Die Bausubstanz einer Eigentumswohnanlage ist überwiegend dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen. Alle Erwerber wenden deshalb den Erwerbspreis zum weitaus größten Teil für den Miteigentumsanteil am Gemeinschaftseigentum auf. Dessen Mangelfreiheit ist damit für den Wert der vom Bauträger zu erbringenden Bauleistung für alle Erwerber von erheblicher Bedeutung.¹⁰ An den Kosten einer Eigenreparatur werden sie gleichermaßen nach ihren Miteigentumsquoten belastet.

cc) *Uneinheitliches Gefüge von Rechten und Pflichten und Verlängerung der Verjährung durch Nachzügler-Erwerb.* In der Regel vereinbart der Bauträger mit allen Erwerbern dieselbe Beschaffenheit des Gemeinschaftseigentums. Bei Mängeln kann jeder Erwerber für sich vom Bauträger nur die mangelfreie Herstellung der vereinbarten Bauleistung verlangen. Sind die Mängel unwesentlich, sind nach gegenwärtiger Rechtslage alle Erwerber zur Abnahme verpflichtet. Der Bauträger hat Anspruch auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Die Rechte und Pflichten der Erwerber sind daher gleichgerichtet. Soweit *Leupertz* die Verkürzung der Verjährungsfristen für Mängelansprüche von Nachzüglern und deren Angleichung an die Verjährungsfristen der Mängelrechte eines Quorums vorschlägt, ist dem zuzustimmen. In der Arbeitsgruppe bestand Einigkeit, die Haftungsdauer für den Bauträger auf fünf Jahre zu beschränken und zu vereinheitlichen und dabei den Haftungszeitraum für alle Erwerber, auch für Nachzügler, an das Instrument (Abnahme oder deren Ersatz) anzuknüpfen, das für das Quorum den Verjährungsbeginn markiert.¹¹

c) *Kriterien für das neue Modell.* Das neue Modell, bei dem die Abnahme ersetzt wird, ohne an deren Rechtsfolgen etwas zu ändern, soll nach *Leupertz* vier Kriterien erfüllen:¹²

- aa) Die Zersplitterung des an die Abnahme des Gemeinschaftseigentums gebundenen Rechtekanons auf die einzelnen Erwerbverträge muss beseitigt, jedenfalls entschärft werden.
- bb) Die Rechte des Erwerbers dürfen nicht erodieren, jeder Erwerber muss in der Lage bleiben, die vertragsgerechte Herstellung des Gemeinschaftseigentums durchzusetzen. Es dürfen keine Anreize für den Bauträger geschaffen werden, die Qualität seiner Leistung abzusenken.
- cc) Die Regelung muss klar und einfach handhabbar sein. Die Risiken sollen vielmehr ausgewogen verteilt werden.
- dd) Die Regelung sollte dogmatisch sauber in das bestehende Regelungsgefüge eingepasst werden; der Eingriff in das Gesetz so gering wie möglich sein.

d) *Voraussetzungen des neuen Modells.* Die Rechtsfolgen der Abnahme sollen deshalb unter folgenden Voraussetzungen eintreten:¹³

- aa) Inbesitznahme des Sondereigentums durch den Erwerber.
- bb) Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums. Der Begriff der Fertigstellung soll dem in § 640 II BGB entsprechen und lediglich die Abarbeitung des geschuldeten Bausolls umfassen; unabhängig davon, ob die erbrachte Bauleistung wesentliche Mängel enthält, da es auf die Abnahmereife nicht ankommt. Entscheidend ist vielmehr, dass das Gemeinschaftseigentum die Beschaffenheit aufweist und Funktionen erfüllt, die der Erwerber für eine zweckentsprechende Ingebrauchnahme voraussetzen und erwarten darf. Nur „gravierende Mängel“ sollen den Eintritt der Abnahmewirkungen verhindern. Der Bauträger hat es in der Hand, wann und in welchem Vertragsverhältnis er hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums die Rechtswirkungen der Abnahme auslösen will.¹⁴
- cc) Anzeige der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums gegenüber dem jeweiligen Erwerber. Der Zugang dieser Erklärung beim Erwerber ist maßgebend. Die Voraussetzungen zu aa) bis cc) müssen kumulativ vorliegen.¹⁵ Durch die Fertigstellungsmitteilung kann der Zeitpunkt, in dem die Abnahmewirkungen eintreten, bestmöglich zeitlich fixiert werden. Damit der Erwerber Einfluss auf den Eintritt der Abnahmewirkungen behält und um eine ökonomische und kooperative Abwicklung des jeweiligen Vertragsverhältnisses zu fördern, soll er vom Bauträger innerhalb einer angemessenen Frist von zwei Wochen nach Zugang der Fertigstellungsanzeige eine gemeinsame Zustandsfeststellung verlangen können.¹⁶
- dd) Zustandfeststellung. Wenn der Bauträger die Fertigstellung angezeigt hat, soll gesetzlich abgesichert werden, dass der Erwerber innerhalb einer angemessenen Frist eine Zustandsfeststellung nach dem Muster der Bestimmungen in § 650 g I – III BGB verlangen kann.¹⁷ Verlangt der Erwerber fristgerecht die gemeinsame Zustandsfeststellung,¹⁸ treten die Abnahmewirkungen erst ein, wenn diese stattgefunden hat, sonst mit Ablauf der zweiwöchigen Frist. Durch die vorgeschlagene Regelung werde die Zustandsfeststellung zu einem zentralen Bestandteil der Abwicklung von Bauträgerverträgen. Im Einzelnen:
 - Ergibt die Zustandsfeststellung, dass das Gemeinschaftseigentum nicht fertiggestellt ist, sollen die Abnahmewirkungen nicht eintreten. Die Parteien können das Nötige für dessen vertragsgerechte Fertigstellung veranlassen.

9 *Leupertz* BauR 2020, 380 (382).

10 BGH NJW 1985, 1551 (1552) = DNotZ 1985, 622 Ls..

11 Abschlussbericht S. 22 ff.

12 *Leupertz* BauR 2020, 380 (384).

13 *Leupertz* BauR 2020, 380 (384).

14 *Leupertz* BauR 2020, 380 (385 f.).

15 *Leupertz* BauR 2020, 380 (385).

16 *Leupertz* BauR 2020, 380 (386).

17 *Leupertz* BauR 2020, 380 (385).

18 *Leupertz* BauR 2020, 380 (386 f.).

- Bleibt streitig, ob das Gemeinschaftseigentum fertiggestellt ist, werden die Parteien ein Protokoll fertigen, in dem ihre Erklärungen hierzu und die maßgeblichen Tatsachen dokumentiert sind. Darauf kann in einem gerichtlichen Verfahren zurückgegriffen werden.
- Die Zustandsfeststellung hindere den Eintritt der Abnahmewirkungen nicht, wenn das Gemeinschaftseigentum fertiggestellt ist. Der Erwerber kann aber Mängel im Protokoll festhalten.
- Redliche Parteien werden die Zustandsfeststellung dazu nutzen, Streitpunkte zu regeln.
- Sie werde zu einem wichtigen Instrument der Qualitätskontrolle, wenn die Parteien die ihnen (ausdrücklich) einzuräumende Möglichkeit nutzen, einen Sachverständigen hinzuzuziehen.
- Eine Zustandsfeststellung unter Beteiligung von Sachverständigen biete die Möglichkeit, die Gemeinschaft in diesen Prozess einzubinden.
- Der Lauf der Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Mängelrechten könne von der individuellen Verschaffung des fertiggestellten Gemeinschaftseigentums an den Nachzügler entkoppelt und auf den Zeitpunkt der Zustandsfeststellung bezogen werden, die durch ein Quorum erfolgen könnte.

Die Rechtsfolgen der Abnahme sollen frühestens eintreten, wenn die Voraussetzungen der Punkte aa) bis cc) erfüllt sind und die Frist gemäß Punkt dd) abgelaufen ist. Darlegungs- und beweispflichtig dafür ist der Bauträger.¹⁹ Verlangt der Erwerber eine Zustandsfeststellung, sollen die Abnahmewirkungen erst eintreten, wenn diese stattgefunden hat.

e) *Anmerkungen.* Da die Fertigstellung bei diesem Modell eine zentrale Rolle spielt, soll nachfolgend von „Fertigstellungsmodell“ die Rede sein.

aa) *Systembrüche durch Anwendung des Fertigstellungsmodells.*

- Für den Eintritt der Abnahmewirkungen im Sonder- und Gemeinschaftseigentum würden beim Bauträgervertrag unterschiedliche Voraussetzungen gelten.
- Im Vergleich mit allen anderen Werkverträgen würden für den Eintritt der Abnahmewirkungen für Teile der Bauleistung beim Bauträgervertrag andere Voraussetzungen gelten.
- Sogar für eine Leistung, die der Bauträger den Erwerbern und der GU dem Bauträger identisch schuldet, würden die Abnahmewirkungen von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängen. Während der Bauträger die Abnahme wegen wesentlicher Mängel berechtigterweise verweigern darf und für den GU keine Abnahmewirkungen eintreten, müssten die Erwerber die Abnahmewirkungen nach dem „Fertigungsmodell“ hinnehmen.²⁰ Fraglich ist, ob diese Privilegierung des Bauträgers gerechtfertigt ist. Das wäre nur zu bejahen, wenn das Modell die Abnahmeprobleme löst bzw. den von *Leupertz* gestellten Kriterien gerecht wird. Daran bestehen jedoch berechtigte Zweifel.

bb) *Neue Bedeutung der Fertigstellung.* Der Fertigstellungsbegriff bekommt eine neue Bedeutung. De lege lata kann der Erwerber nach der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums die fiktive Abnahme verweigern, wenn er innerhalb einer angemessenen Frist mindestens einen Mangel angibt, § 640 II 1 BGB, selbst bei einem unwesentlichen Mangel.²¹ Liegt ein wesentlicher Mangel vor, treten die Abnahmewir-

kungen, auch für die rechtsgeschäftliche Abnahme gem. § 640 I 2 BGB bei Verweigerung nicht ein.

Nach dem „Fertigstellungsmodell“ soll dies nur gelten, wenn so genannte „gravierende Mängel“ vorliegen,²² weil „das Gemeinschaftseigentum nicht die Beschaffenheit aufweist und die Funktion erfüllt, die der Erwerber für eine zweckentsprechende Ingebrauchnahme voraussetzen und erwarten darf“. Doch was ist der Unterschied zwischen „wesentlichem“ und „gravierendem“ Mangel? Der „wesentliche Mangel“ hat durch die Rechtsprechung Konturen erhalten.²³ Bei einem „gravierenden Mangel“ handelt es sich hingegen um ein Novum. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und provoziert Rechtsstreitigkeiten. Der *BGH*²⁴ macht die „Wesentlichkeit des Mangels“ von seiner Art, seinem Umfang und vor allem seinen Auswirkungen abhängig. Er beurteilt die Umstände des jeweiligen Einzelfalls und berücksichtigt, ob auch subjektive Vorstellungen der Vertragspartner über die Bedeutung bestimmter Einzelheiten bei der Ausführung der Arbeiten eine Rolle spielen, wenn diese Vorstellungen hinreichend zum Ausdruck gekommen sind. Diese subjektiven Vorstellungen, die der *BGH* als ein Beurteilungskriterium zugrundelegt, wären zu unterscheiden von den „Erwartungen des Erwerbers an die Beschaffenheit des Gemeinschaftseigentums, die er für eine zweckentsprechende Ingebrauchnahme voraussetzen darf“. Die Abgrenzung dürfte schwer zu vollziehen sein.

Es ist nicht gerechtfertigt, die Abnahmewirkungen trotz wesentlicher Mängel eintreten zu lassen. Nicht nur, dass der Bauträger gegenüber seinem GU die Abnahme deshalb verweigern kann. Anders als der Erwerber, kann der Bauträger aufgrund seiner Bauherreneigenschaft und Auftraggeberstellung, gegenüber den Auftragnehmern Bauüberwachungs- und Anordnungsrechte gem. § 4 I Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B während der Ausführung ausüben und dafür sorgen, dass wesentliche Mängel bis zur Abnahme beseitigt sind. Dem Erwerber bleibt hingegen in der Regel nur (insbesondere im Geschoßwohnungsbau), die Bauqualität zum Zeitpunkt der Abnahme oberflächlich zu prüfen. Stellt er zu diesem Zeitpunkt wesentliche Mängel fest, ist nicht einzusehen, weshalb die Abnahmewirkungen für ihn eintreten sollen. Verweigert der Erwerber die Abnahme tatsächlich unberechtigt, kann der Bauträger die zum Zeitpunkt der unberechtigten Abnahmeverweigerung eintretenden Abnahmewirkungen gerichtlich feststellen lassen.²⁵

Die Möglichkeit, das Gemeinschaftseigentums weitestgehend folgenlos mit wesentlichen Mängeln fertigzustellen, lässt zudem ein erhebliches Absinken der Bauqualität befürchten. Zwar hat der Erwerber ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 III BGB in Höhe des Doppelten der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten und zwar auch dann, wenn die WE-Gemeinschaft die Verfolgung der Män-

19 *Leupertz* BauR 2020, 380 (385).

20 Vgl. *BGHZ* 198, 150 = *NZBau* 2013, 693 = *NJW* 2013, 3297, für den Fall, dass sich der Bauträger gegenüber der Restwerklohnforderung des Nachunternehmers auf die fehlende Abnahme wegen Mängeln beruft, von den Erwerbern wegen dieser Mängel aufgrund von Verjährung ihrer Mängelansprüche jedoch nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.

21 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 18.5.2016, BT-Drs. 18/8486, 48; BeckOK BauvertragsR/*Karczewski*, § 650 u Rn. 83.

22 *Leupertz* BauR 2020, 380 (386).

23 *BGH* *NJW* 1981, 1448 = *BauR* 1981, 284 (286); *OLG Frankfurt a. M.* Urt. v. 17.9.2013 – 14 U 129/12, BeckRS 2015, 13377; *BGH*, Beschl. v. 20.5.2014 – VII ZR 286/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen), u. hierzu *Amelsberg*, *IBR* 2014, 596.

24 *BGH* *NJW* 1981, 1448 = *BauR* 1981, 284.

25 *BGHZ* 132, 96 = *NJW* 1996, 1749, u. hierzu *Kniffka*, *IBR* 1996, 316.

gelansprüche an sich gezogen hat.²⁶ Das Leistungsverweigerungsrecht bleibt aber stets auf das Doppelte der erforderlichen Mängelbeseitigungskosten beschränkt, selbst wenn sich mehrere Erwerber auf dieselben Mängel berufen. Der angemessene Einbehalt jedes Erwerbers bestimmt sich dann nach dessen Miteigentumsanteil von den Mängelbeseitigungskosten.²⁷ In Zeiten der Bauhochkonjunktur könnte dieser Druckzuschlag zu gering sein. Die Durchführung einer Ersatzvornahme durch die WE-Gemeinschaft ist hingegen mit großem Aufwand verbunden, unabhängig von der Schwierigkeit, ein Unternehmen zu finden, das den Mangel kurzfristig beseitigt. Bei Verweigerung der Abnahme wegen wesentlicher Mängel, wird die Schlusszahlung nicht fällig und zwar für jeden einzelnen Erwerber. Dadurch ist der Vergütungsausfall für den Bauträger deutlich höher, so dass der Anreiz zur Mängelbeseitigung entsprechend ist.

cc) *Fertigstellungsmitteilung*. Nach dem „Fertigstellungsmodell“ soll der Erwerber den Bauträger innerhalb angemessener Frist zur Zustandsfeststellung „zwingen“ können. Aufgrund der Bedeutung, die mit dem Ablauf der Frist verbunden ist, wird entsprechend § 640 II 2 BGB der Bauträger den Erwerber, soweit dieser Verbraucher ist, über den damit verbundenen Eintritt der Abnahmewirkungen in Textform zu belehren haben.

Es ist damit zu rechnen, dass dann viele Erwerber eine Zustandsfeststellung verlangen werden. Damit wird genau das erreicht, was bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die einzelnen Erwerber beklagt wird: eine sehr (zeit-)aufwendige, individuelle Einzelzustandsfeststellung bei größeren Objekten. Der Eintritt der Abnahmewirkungen kann sich dadurch entsprechend verzögern. Schließlich muss mit jedem einzelnen Erwerber ein Termin vereinbart werden.

dd) *Zustandsfeststellung*. Zwar könnten redliche Parteien die Zustandsfeststellung nutzen, um Streitpunkte einvernehmlich zu regeln. Für eine Einigung sind sie auf eine Zustandsfeststellung aber nicht angewiesen. Es kommt vielmehr darauf an, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die eine faire Vertragsabwicklung unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien gewährleisten und Missbrauch verhindern.

Der Bauträger ist an einer Zustandsfeststellung nicht interessiert, da sich dadurch der Verjährungsbeginn verzögert. Der Erwerber hingegen hat bei der Zustandsfeststellung erstmals die Gelegenheit zu einer Qualitätskontrolle. Hierfür muss er die Zustandsfeststellung verlangen und trägt die Beweislast für den rechtzeitigen Zugang seines Verlangens. Diese Beweissituation ist aufgrund der Interessenlage nicht sachgerecht. Es besteht die Gefahr, dass unredliche Bauträger ein Verlangen des Erwerbers in Abrede stellen, um das Verfahren zu verkürzen.

Die Einschaltung eines Sachverständigen bedarf keiner Zustandsfeststellung. Nach gegenwärtiger Rechtslage werden von den Erwerbern meist Sachverständige mit der Beurteilung der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums beauftragt.

ee) *Quorum*. Die Bestimmung eines Quorums, mit dessen Erreichen die Abnahmewirkungen auch für spätere Erwerber gelten, ist sinnvoll. Eine Verkürzung der Verjährungsfristen für den Nachzügler hat jedoch nichts mit dem „Fertigstellungsmodell“ als solchem zu tun, sondern basiert auf einer davon unabhängigen Regelung. Das Modell löst daher nicht das Nachzügler-Problem, sondern knüpft lediglich den Beginn der Verjährungsfrist statt an die Abnahme, an den Zeit-

punkt des Zugangs der Fertigstellungsmitteilung oder den Zeitpunkt der Zustandsfeststellung.

Fraglich ist, ob bei großen Wohnanlagen auch dann das Quorum für den Eintritt der Abnahmewirkungen entscheidend sein sollte, wenn vor Fertigstellung des Objekts alle Wohnungen verkauft sind. Eine rasche Abwicklung könnte dafür sprechen. *Leupertz*²⁸ betont, dass es der Bauträger mit dem „Fertigstellungsmodell“ selbst in der Hand habe, wann und in welchem Vertragsverhältnis er hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums die Rechtswirkungen auslösen will. Er könnte aber durch gezielte Fertigstellungsmitteilungen an bestimmte Erwerber Einfluss auf die Zusammensetzung des Quorums nehmen und Erwerber, die bereits am Ende der Bauphase in Bezug auf ihr Sondereigentum oder auf das Gemeinschaftseigentum Vertragswidrigkeiten beanstanden haben, erst nach Erreichen des Quorums über die Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums informieren.

Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, die Abnahmewirkungen nur dann von einem Quorum abhängig zu machen, wenn nicht mehr Einheiten als das Quorum vor Fertigstellung veräußert sind. Sind mehr Einheiten veräußert, wären die entsprechenden Erwerber an dem *Procedere* des „Fertigstellungsmodell“ zu beteiligen.

2. Vergemeinschaftung der Abnahme

Die Arbeitsgruppe will mehrheitlich an einer Abnahme festhalten. Ein Teil spricht sich dafür aus, dem einzelnen Erwerber aber die Zuständigkeit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu entziehen und sie zu vergemeinschaften. Die Wirkungen der gemeinschaftlichen Abnahme sind auf ein gemeinsames Bausoll beschränkt, das der Bauträger zu dokumentieren hat. Gesetzlich ist außerdem vorzusehen, dass etwaige Nachzügler an die gemeinschaftliche Abnahme gebunden werden (können).²⁹

a) *Gründe*. Nach gegenwärtiger Rechtslage hat jeder Erwerber ein eigenes Recht auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums.³⁰ Die Beurkundungspraxis ist mit dem Versuch gescheitert, die Abnahme zu vereinheitlichen und das Abnahmerecht auf Dritte zu delegieren.³¹ Auch der Versuch, die Abnahme der (werdenden) WE-Gemeinschaft durch Beschluss und/oder durch eine Regelung in der Teilungserklärung zu übertragen, ist nach hM nicht möglich,³² letzteres jedenfalls dann nicht, wenn es um die Abnahmewirkungen für einen späteren Nachzügler geht.³³ Ungeklärt ist, ob § 10 II 1 und 2 WEG für die vor der Abnahme Erwerbenden eine Vergemeinschaftung der Abnahme ermöglicht.³⁴ Eine gesetzliche Regelung soll daher die Zuständigkeit der WE-Gemeinschaft rechtssicher begründen.³⁵

Der Vorteil für den Bauträger bestehe darin, dass er nur ein „Gegenüber“ hat und nicht mit jedem Erwerber das Gemein-

26 vgl. zB OLG Stuttgart NZBau 2012, 771 = NJW 2013, 699 = NZM 2013, 36, u. hierzu Karczewski, IBR 2012, 648; BGHZ 55, 354 = NJW 1971, 838.

27 vgl. BGH NJW 1984, 725 (727) = DNotZ 1984, 478 Ls.

28 Leupertz, BauR 2020, 380 (385, 386).

29 Abschlussbericht S. 20; Empfehlung des 5. deutschen Baugerichtstag, in BauR 2014, 1628 (1633).

30 BGHZ 210, 206 = NZBau 2016, 551 = NJW 2016, 2878 = NZM 2016, 592 Rn. 45.

31 vgl. zB Elzer DNotZ 2017, 163 ff.

32 BGHZ 210, 206 = NZBau 2016, 551 = NJW 2016, 2878 = NZM 2016, 592 Rn. 33 f.; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl. 2018 Rn. 595.

33 Elzer DNotZ 2017, 163 (170).

34 Elzer DNotZ 2017, 163 (167 f.).

35 Abschlussbericht, S. 18.

schaftseigentum besichtigen und über die Abnahme verhandeln müsse. Da einzelne Erwerber oft mit der technischen Überprüfung der Bausubstanz überfordert sind, könne die WE-Gemeinschaft einen gemeinsamen Gutachter beauftragen, was für alle günstig sei.³⁶

b) *Voraussetzungen.* Die Abnahme kann nach diesem Modell gemeinschaftlich erfolgen, wenn³⁷

aa) *ein qualifiziertes Quorum von Miteigentumsanteilen veräußert und durch Auflassungsvormerkung abgesichert ist.* Um Manipulationen zu vermeiden, hat der Bauträger bei der Beschlussfassung kein Stimmrecht. Die Mitglieder des Quorums müssen von ihm rechtlich, wirtschaftlich und persönlich unabhängig sein.³⁸ Außerdem sollen nicht Köpfe, sondern möglichst erhebliche Miteigentumsanteile und Wohnungs- und/oder Miteigentumsrechte Basis des Quorums sein, etwa jeweils 2/3 (Kombination aus Wert- und Objektprinzip). So soll verhindert werden, dass wenige Erwerber mit großen Miteigentumsanteilen die Abnahmewirkungen für alle übrigen auslösen können, wenn sie nicht zugleich eine entsprechend große Anzahl von Wohnungs- und/oder Teileigentumsrechten erwerben;³⁹

bb) *das Objekt fertiggestellt ist iSv § 3 II MaBV;*

cc) *mindestens ein Erwerber den Besitz verschafft bekommen hat.* Zusammen mit den unter aa) und bb) genannten Voraussetzungen entsteht durch die Verschaffung des Besitzes (Übergabe der Wohnung) an mindestens einen Erwerber die werdende WE-Gemeinschaft, auf die das WEG anzuwenden ist,⁴⁰ so dass eine Vergemeinschaftung überhaupt möglich ist.

c) *Anmerkungen.* Auch das „Vergemeinschaftungsmodell“ löst per se die Nachzüglerproblematik nicht, sondern bedarf einer zusätzlichen Regelung.

aa) *Verlust der Durchsetzungskompetenz.* Zu Recht wird beanstandet,⁴¹ dass durch die Vergemeinschaftung der Abnahme der einzelne Erwerber nicht nur seine vertragliche Durchsetzungskompetenz verliert. Auch stellt der Entzug der materiellen Ausübungsbefugnis mit der Folge des Verlusts der Prozessführungsbefugnis bei vertraglich begründeten Individualrechten einen gravierenden Eingriff in die Privatautonomie dar. Deshalb bejaht der BGH⁴² eine Gemeinschaftsbezogenheit nur, wenn schutzwürdige Belange an einer einheitlichen Rechtsverfolgung das grundsätzlich vorrangige Interesse des Rechtsinhabers, seine Rechte selbst und eigenverantwortlich auszuüben und prozessual durchzusetzen, deutlich überwiegen. Das gilt aber nicht für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums.⁴³

bb) *Zuständigkeit der WEG-Abteilungen.* Zudem würden Baurechtsstreitigkeiten über die Abnahmereife in die WEG-Abteilungen der Amtsgerichte verlagert werden, wodurch diese überfordert werden könnten. Zum einen drohen Streitigkeiten der Erwerber untereinander darüber, ob die Abnahme des Gemeinschaftseigentums wegen Abnahmereife zu erklären ist oder nicht. Das kann in Anfechtungen nach § 46 WEG münden. Zum anderen obliegt der Vollzug der Beschlüsse der Gemeinschaft gem. § 27 I Nr. 1 WEG dem Verwalter. Das ist in diesem frühen Stadium meist noch der vom Bauträger eingesetzte und diesem gewogene Verwalter. Er ist nicht gezwungen, die Bestandskraft eines streitigen Mehrheitsbeschlusses, die Abnahme zu erklären, abzuwarten, bevor er diesen durchführt.⁴⁴ Es drohen zusätzliche Eilverfahren nach § 935 ZPO, um den Vollzug des „Abnahmebeschlusses“ bis zu dessen Bestandskraft auszusetzen.⁴⁵ Durch langwierige Streitigkeiten, durch die die Abnahmeerklärung blockiert sein kann, ist auch dem Bauträger nicht gedient, da die Schlussrate sämtlicher Erwerber nicht fällig ist.

cc) *Quorum.* Bei einer fakultativen Vergemeinschaftung⁴⁶ ergeben sich weitere Probleme. Es besteht die Gefahr, dass die Erwerber die Abnahme des Gemeinschaftseigentums bei Erreichen eines Quorums nicht durch Beschluss an sich ziehen. Der Bauträger müsste weiterhin mit jedem Erwerber die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durchführen, was bei großen Wohnanlagen (zeit)aufwendig ist.

Umgekehrt könnte der Bauträger von einer Wahlmöglichkeit, die Vergemeinschaftung der Abnahme bei Erreichen eines Quorums zu verlangen, selbst dann Gebrauch machen, wenn er nur eine kleine Wohnanlage errichtet hat. Dies gilt auch, wenn gesetzlich zwingend geregelt würde, dass ab Erreichen eines Quorums die Zuständigkeit zur Abnah-

me des Gemeinschaftseigentums automatisch auf die WE-Gemeinschaft übergeht. Dem ist nur zu begegnen, wenn zugleich geregelt würde, dass der „Verdrängungsautomatismus“ für Wohnanlagen ab einer bestimmten (welcher?) Größe gilt.

Wie beim „Fertigstellungsmodell“ ist zu klären, ob über die Abnahme auch dann nur das Quorum entscheidet, wenn bei Fertigstellung des Objekts sämtliche Einheiten veräußert sind. Durch die Besitzverschaffung kann der Bauträger Einfluss auf die Zusammensetzung des Quorums nehmen. Die Ausführungen zu III 1 e) ee) gelten entsprechend. Weiter stellt sich die Frage, ob alle Mitglieder des Quorums oder nur der Verwalter eventuell mit einem Sachverständigen mit an der Abnahmebegehung teilnehmen dürfen. Ist Ersteres der Fall, wofür die besseren Argumente sprechen, wird das Abnahmeprocédere auch durch die Einrichtung eines Quorums nicht wesentlich erleichtert.

dd) *Besitzverschaffung an mindestens einen Erwerber.* Im Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEGModG) ist in § 9 a I 2 vorgesehen, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher entsteht; dies gilt auch für den Fall des § 8 WEG, wenn also der Bauträger das Grundstück nach Wohnungseigentum aufteilt. Das wird dazu führen, dass eine Ein-Personen-Gemeinschaft entsteht und das Institut der werdenden Gemeinschaft obsolet wird.⁴⁷

Natürlich kann der Bauträger nicht seine eigene Leistung abnehmen. Das qualifizierte Quorum ist daher gerechtfertigt. Allen Mitgliedern des Quorums ist vor der Beschlussfassung über die Abnahme der Besitz (an ihrer Wohnung) zu verschaffen. Denn die rechtsgeschäftliche Abnahme setzt auch die Besitzverschaffung voraus.⁴⁸ Außerdem sieht § 8 III WEGModG-E vor, dass der Erwerber anstelle des teilenden Bauträgers zur Ausübung von dessen Rechten nur berechtigt ist, wenn ihm unter anderem der Besitz an dem zum Sondereigentum gehörenden Räumen übergeben wurde.

3. Einzelabnahmen und Verkürzung der Verjährung für Nachzügler

Die an der Arbeitsgruppe beteiligten Verbraucherverbände haben vorgeschlagen, die individuelle Abnahme beizubehalten und den Beginn der Verjährungsfrist zu modifizieren.⁴⁹

a) *Gründe.* Das „Fertigstellungsmodell“ und das „Vergemeinschaftungsmodell“ erreichen die bezweckten Ziele, wenn überhaupt, nur teilweise. Die Verkürzung der Haftungsdauer des Bauträgers gegenüber dem Nachzügler kann jeweils nur durch eine zusätzliche Regelung erfolgen. Eine Vereinfachung des Abnahmeprocédere ist gerade im Fall großer Wohnanlagen bei diesen Modellen zweifelhaft. Die

36 Abschlussbericht, S. 18.

37 Abschlussbericht, S. 19.

38 Abschlussbericht, S. 19; Empfehlung des 5. Deutschen Baugerichtstags, Arbeitskreis V – Bauträgerrecht, BauR 2014 (1617, 1633); 7. Deutscher Baugerichtstag, Arbeitskreis XII, Thesen S. 76 f., und 5. Empfehlung, abrufbar unter: https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/7ak_alle.pdf.

39 Abschlussbericht, S. 25.

40 Schneider in Harz/Rieke/Schmid, Hdb. d. Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 6. Aufl. 2018, Kapitel 17 Rn. 122, 123; Elzer/Fritsch/Meyer, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 26.

41 Abschlussbericht, S. 19.

42 BGH NJW 2015, 2874 Rn. 13, für fehlende Gemeinschaftsbezogenheit von Ansprüchen auf Minderung und kleinen Schadensersatzes bei einer allein nach Kaufrecht zu beurteilenden gebrauchten Eigentumswohnung unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel.

43 BGH NJW 1985, 1551.

44 Abramenko in Harz/Rieke/Schmidt Hdb. d. Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 6. Aufl. 2018, Kapitel 19 Rn. 57; Bielefeld/Christ/Sommer, Der Wohnungseigentümer, 10. Aufl. 2017, Nr. 15.5.1.1.1.

45 Abramenko Kapitel 19 Rn. 59; Elzer/Fritsch/Meyer Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 383.

46 Vgl. die Stellungnahme Nr. 9/2020 des DAV durch den Ausschuss Miet- und Wohnrecht unter Mitwirkung des Ausschusses privates Bau- und Architektenrecht zum Referentenentwurf des BMJV für ein WE-ModG, S. 7.

47 Weber IMR 2020, 85.

48 ständige Rsp. des BGH: BGHZ 48, 257 = NJW 1967, 2259.

49 Abschlussbericht, S. 22.

Eingriffe in die Rechte der Erwerber und in die bisherige gesetzliche Regelung sind gering. Eine Rechtsunsicherheit durch einen neuen Begriff der „Fertigstellung“ oder die Verlagerung von Baurechtsstreitigkeiten in die WEG-Abteilungen der Amtsgerichte wird vermieden.

b) Voraussetzungen.

aa) *Individuelles Abnahmerecht eines jeden Erwerbers.* Auch dem jeweiligen Nachzügler steht ein Abnahmerecht zu, das einzelne Abnahmewirkungen nach sich zieht.

bb) *Beginn der Gewährleistungsfrist auch für Nachzügler bei Erreichen eines Abnahmequorums.* Für den Nachzügler wird die Verjährungsfrist seiner Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum verkürzt, indem ihm die Abnahme durch das Quorum von 75 % oder 80 % der Erwerber zugerechnet wird. Der Bauträger muss das Erreichen des Quorums beweisen. Eine vertragliche Abrede über das Erreichen des Quorums reicht nicht aus.⁵⁰ Das Quorum soll qualifiziert und aus Wert- und Kopfprinzip kombiniert sein.⁵¹ Das Datum, an dem das qualifizierte Quorum erreicht wurde, muss den Erwerbern mitgeteilt werden.

cc) *Einführung einer gesetzlichen Obergrenze für die Verjährungsfrist.* Es wird eine gesetzliche Obergrenze eingeführt, wonach die Verjährungsfrist für sämtliche Erwerber spätestens acht Jahre nach Erreichen des Quorums endet.

c) Anmerkungen.

aa) *individuelles Abnahmerecht jedes Erwerbers.* Jede Einzelabnahme muss auf ihre Wirksamkeit hin geprüft werden. Das führt zu einer gewissen Unsicherheit für den Bauträger, ob die Abnahmewirkungen für jeden Erwerber eingetreten sind und das Quorum erreicht ist.

bb) *Quorum.* Wenn bei Fertigstellung des Objekts alle Einheiten veräußert sind, könnte der Bauträger durch sein Abnahmeverlangen gegenüber bestimmten Erwerbern auf die Zusammensetzung des Quorums Einfluss nehmen. Die Ausführungen zu Nr. III 2c) cc) gelten entsprechend.

cc) *Gesetzliche Obergrenze für die Verjährungsfrist.* Eine gesetzliche Obergrenze für die Verjährungsfrist wird nicht benötigt. Der Verjährungsverlauf für Mängelansprüche des Nachzüglers knüpft an das Erreichen des Quorums an. Nach Ablauf von fünf Jahren und mehr ist das Objekt gebraucht, so dass auch ein vollständiger Gewährleistungsausschluss vereinbart werden könnte.⁵²

IV. Fazit

Alle erwogenen Lösungsmodelle weisen Schwächen auf. Einen Königsweg gibt es nicht. Die Beibehaltung der Einzelabnahmen des Gemeinschaftseigentums durch jeden einzelnen Erwerber mit Verkürzung der Verjährungsfrist für den Nachzügler scheint gegenüber den anderen Modellen aber vorzugswürdig. Die Problematik unwirksamer Abnahmeklauseln des Gemeinschaftseigentums dürfte für die Zukunft gelöst sein. Entscheidend ist, dass dem Erwerber im Bauträgervertrag das eigene Abnahmerecht nicht entzogen wird, er transparent und ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass ihm ein eigenes Recht zur Abnahme zusteht und er die Möglichkeit erhält, die Abnahme auch selbst zu erklären, weshalb ihm der Abnahmetermin rechtzeitig bekannt gegeben werden muss. Er ist selbst dann ausreichend geschützt, wenn der Bauträgervertrag bestimmt, dass ein vom Bauträger ausgewählter Sachverständiger eine Abnahmebegehung durchführt und der Verwalter auf dessen Empfehlung die

Abnahme stellvertretend für die Erwerber erklären soll.⁵³ Der Erwerber kann die erteilte Vollmacht widerrufen, an der Begehung selbst teilnehmen und über die Abnahme entscheiden.

Das eigentliche Problem des Bauträgers ist der Erwerb einer Wohnung durch einen Nachzügler. Es ist nicht ausreichend, den Bauträger darauf zu verweisen, dass er nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁴ nicht verkaufte Wohnungen zunächst vermietet und dann nach drei Jahren unter Ausschluss der Gewährleistung verkaufen kann.⁵⁵ Dadurch ist seine Dispositionsfreiheit zu sehr eingeschränkt. Angemessen lässt sich das Problem vielmehr durch eine Verkürzung der Verjährungsfrist lösen. Der Verjährungslauf der Mängelansprüche für den Nachzügler wird an das Erreichen eines qualifizierten Quorums geknüpft. Die Ansprüche des Nachzüglers könnten zudem unabhängig vom Zeitpunkt seines Erwerbs bis fünf Jahre nach Abnahme durch das Quorum nach Werkvertragsrecht beurteilt werden. Die Diskrepanz zwischen etwaigen kaufrechtlichen Mängelansprüchen des Nachzüglers und werkvertraglichen Mängelansprüchen der vor Abnahme Erwerbenden⁵⁶ entfiel damit.

De lege ferenda sollten auch die Rechtsfolgen für den Nachzügler geregelt werden. Mit Abnahme tritt für ihn die Beweislastumkehr für Mängel, der Rechtsverlust bei fehlendem Vorbehalt und die Fälligkeit der Vergütung und Verzinsung ein. Bei Erreichen des Quorums beginnt für ihn die Verjährungsfrist für Mängelansprüche und der Gefahrübergang tritt ein.

50 Abschlussbericht, S. 25.

51 Vgl. oben III 2c) cc); III 1e) ee).

52 Abschlussbericht, S. 25.

53 Vgl. BGH NJW 2013, 3360 = NZM 2013, 738 Rn. 11, für Unwirksamkeit einer Abnahmeklauseln, die vorsieht, dass der Erwerber alternativ durch einen Sachverständigen, den Verwalter oder den Verwaltungsbeirat bei der Abnahme vertreten wird, was durch eine nur gesetzliche Widerrufsmöglichkeit der Vollmacht nicht kompensiert wird.

54 BGH, NZBau 2016, 353 = NJW 2016, 1575 Rn. 25.

55 So aber Koeble in *Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium d. BauR, 5. Aufl. 2020, Teil 10 Rn. 171.

56 Gemäß § 439 I BGB hat der Käufer das Wahlrecht die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen. Nach Werkvertragsrecht bestimmt der Unternehmer hingegen, wie er den Mangel beseitigt. Der BGH hat zwar die Frage, ob der Verkäufer einer gebrauchten Eigentumswohnung mit Blick auf das Gemeinschaftseigentum über die Übertragung des Miteigentumsanteils hinaus gehalten ist, dem Käufer insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum mit der Folge einer entsprechenden Nachbesserungspflicht zu verschaffen, jetzt mit Urt. v. 14.2.2020 – V ZR 11/18, BeckRS 2020, 4813 Rn. 50 f., entschieden. Wie der Erwerber einer neuen Eigentumswohnung gegen den Bauträger hat auch der Käufer gegen den Verkäufer einer gebrauchten Eigentumswohnung einen uneingeschränkten Mängelbeseitigungsanspruch hinsichtlich des gesamten Gemeinschaftseigentums. Ob sich damit auch die Rechtsprechung des BGH zum Umfang des Minderungsanspruchs und des Anspruchs auf kleinen Schadensersatz geändert hat, ist hingegen zweifelhaft. Der Minderungsanspruch des Käufers und Anspruch auf kleinen Schadensersatz gegen den Verkäufer einer gebrauchten Eigentumswohnung ist nach der bisherigen Rechtsprechung auf die Quote des Miteigentumsanteils beschränkt (BGH NZBau 2015, 697 = NJW 2015, 2874 = NZM 2015, 700 Rn. 23). Ein Schadensersatzanspruch wegen eines behebbaren Mangels am Gemeinschaftseigentum steht dem einzelnen Erwerber hingegen in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten gegenüber dem Bauträger zu (BGH NZBau 2005, 390 = DS 2005, 385 = NJW-RR 2005, 1039).