

KANZLEI & MANDAT

Rechtsanwalt Prof. Thomas Karczewski*

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums – Ein Problem des Bauträgers

I. Einleitung

[1] Die Abnahme der dem Gemeinschaftseigentum unterliegenden Bauteile einer Wohnanlage, mit der unter anderem die Verjährung der Mängelansprüche gegen den Bauträger beginnt, die Gefahr der zufälligen Verschlechterung der Bausubstanz auf die Erwerber übergeht und die Fälligkeit seiner Schlussrechnung eintritt, hat sich für den Bauträger aufgrund der Rechtsprechung zum Problem entwickelt. Denn jeder einzelne Erwerber hat Anspruch auf eigene Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Dies führt de facto zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche und der Gefahrtragung für zufällige Verschlechterung der Bausubstanz. Bisherige Versuche der Beurkundungspraxis, die Abnahme für alle Erwerber einheitlich zu regeln, müssen als gescheitert betrachtet werden. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht im Bundesjustizministerium, die eingesetzt wurde, um Vorschläge für einen Gesetzentwurf zur Erleichterung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu entwerfen, konnte sich nicht zu einer einheitlichen Empfehlung entschließen (vgl. *Karczewski NZBau* 2020, 349). Ob und wann mit einem Gesetzentwurf zu rechnen ist, ist nicht absehbar. Die Beteiligten müssen daher mit den Problemen, die die aktuelle Rechtslage mit sich bringt, umgehen.

II. Ausgangslage

[2] Bereits in seinem Urteil vom 21.2.1985 hat der *BGH* (NJW 1985, 1551) entschieden, dass der einzelne Erwerber durch den Bauträgervertrag einen eigenen Anspruch auf mangelfreies Gemeinschaftseigentum erhält und deshalb grundsätzlich selbst entscheiden kann, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will.

[3] In dem zugrundeliegenden Fall erwarben zwei Erwerber Wohnungen in einer Wohnanlage, die rund zweieinhalb Jahre vor Übergabe der Wohnungen an sie fertiggestellt und von den übrigen Erwerbern abgenommen worden war (sog. Nachzüglererwerb). Sie verlangten vom Bauträger Kostenerstattung für die Beseitigung eines Abdichtungsmangels an Balkonen, obwohl die Mängelrechte der übrigen Erwerber bereits verjährt waren.

[4] Der *BGH* verurteilte den Bauträger in voller Höhe und beurteilte seine Haftung gemäß ständiger Rechtsprechung nach Werkvertragsrecht (so etwa NJW 1984, 2573 [2574] mwN; nach der Schuldrechtsmodernisierung *BGHZ* 210, 206 = NJW 2016, 2878 Rn. 23). Denn die Nachzügler sollten, wie alle Erwerber, eine neue, nach ihren Wünschen ausgestattete Eigentumswohnung erhalten. Die Verjährung der Ansprüche der übrigen Erwerber hat keinen Einfluss auf die Mängelansprüche der Nachzügler. Diese müssen nämlich die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Mehrheit

der Erwerber nicht gegen sich gelten lassen. Nach § 640 I BGB hat der Besteller das Werk abzunehmen. Dies ist auch für das Gemeinschaftseigentum der einzelne Erwerber, nicht etwa die Wohnungseigentümergeinschaft. Die Belange der einzelnen Erwerber erfordern keine gemeinschaftliche Abnahme. Die Abnahme zu verschiedenen Zeiten ist den Erwerbern eher günstig. Dadurch kann die Gewährleistungsfrist zulasten des Bauträgers verlängert werden, insbesondere dann, wenn es diesem während der Bauzeit nicht gelingt, alle Wohnungen zu veräußern. Er bleibt dann dem Anspruch auf mangelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums ausgesetzt, solange dies auch nur ein Erwerber verlangen kann. Dieser Umstand macht das Interesse des Bauträgers an einer möglichst frühzeitigen und für alle – insbesondere auch die künftigen – Erwerber verbindlichen Abnahme deutlich. Dennoch müssen Nachzügler eine früher erfolgte Abnahme nicht ohne Weiteres gegen sich gelten lassen. Die Bausubstanz einer Eigentumswohnanlage ist überwiegend dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen. Für seinen Miteigentumsanteil daran wendet der Erwerber den weitaus größten Teil des Erwerbspreises auf. Die Mangelfreiheit des Gemeinschaftseigentums ist damit für den Wert der vom Bauträger zu erbringenden Gegenleistung von erheblicher Bedeutung. Eine Verkürzung der Mängelrechte gerade in diesem Bereich stört dementsprechend die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung empfindlich. Das gilt insbesondere für eine Abkürzung der Verjährungsfrist für Mängel am Gemeinschaftseigentum, die häufig erst spät auftreten.

III. Regelungsversuche der Beurkundungspraxis

[5] Infolge des Urteils des *BGH* vom Februar 1985 versuchte die notarielle Praxis, den Interessen des Bauträgers Vorrang vor denen des Erwerbers einzuräumen. Durch Abnahmeklauseln sollte der Aufwand für den Bauträger, der insbesondere bei großen Wohnanlagen durch einzelne Abnahmebegehungen mit allen Erwerbern erheblich ist, minimiert und eine für alle Erwerber gleichlaufende Verjährungsfrist erreicht werden. Diese Versuche sind gescheitert.

1. Vertreter- und Nachzüglerklauseln

[6] Auf die Abnahmeerklärung des Erwerbers sind die Vorschriften der Stellvertretung, §§ 164 ff. BGB, anwendbar. Die Bauträger versuchten, sich dies zunutze zu machen. Es wurden Klauseln beurkundet, in denen der Verwalter, ein Sachver-

* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner bei *Rembert Rechtsanwälte* in Hamburg.

ständiger und der Verwaltungsbeirat einzeln oder gemeinsam bevollmächtigt werden, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums für den Erwerber zu erklären. Da die Klauseln gleichlautend für alle Erwerber einer Wohnanlage vorformuliert werden, greifen die AGB-rechtlichen Schutzvorschriften der §§ 305 BGB. In seiner ersten Entscheidung zur (Un-)Wirksamkeit einer Abnahmeklausel bezüglich des Gemeinschaftseigentums, hatte der *BGH* (NJW 2013, 3360) folgende Regelung zu beurteilen:

[7] „Für das Gemeinschaftseigentum findet in der Regel eine gesonderte Abnahme statt. Der Käufer bevollmächtigt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten vereidigten Sachverständigen, den nach dem Wohnungseigentumsgesetz des für das Kaufobjekt bestellten Verwalter und den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von den Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt.“

[8] Der *BGH* hat die Klausel nach § 307 I 1 BGB als unwirksam beurteilt. Der Bauträger kann danach – wie geschehen – einen Erstverwalter bestellen, der mit ihm wirtschaftlich oder rechtlich verbunden ist. Das begründet die Gefahr, dass dieser Verwalter die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit nicht neutral prüft, sondern zugunsten des Bauträgers verfährt, der dadurch entscheidenden Einfluss auf die Abnahme nehmen kann. Bereits dies benachteiligt den Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Das gilt erst recht, wenn eine Klausel die Abnahme durch den Bauträger als Erstverwalter ermöglicht (NJW 2016, 3097 Rn. 22). Die gesetzliche Möglichkeit des Widerrufs der formularmäßig erteilten Vollmacht (§ 168 S. 3 BGB) kompensiert die unangemessene Benachteiligung nicht, da sie praktisch leerlaufen kann. Das Klauselwerk stellte nicht sicher, dass der Erwerber vom Abnahmetermin Kenntnis erlangt.

[9] Eine formularmäßige Bevollmächtigung des Verwalters oder Verwaltungsbeirats birgt außerdem die Gefahr, dass die Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums aufgrund fehlender Sachkunde nicht sachgemäß beurteilt wird. Diese Personen scheiden daher als taugliche Vertreter des Erwerbers aus. Sachverständige können zwar technisch beurteilen, ob eine Bauleistung für sich betrachtet einwandfrei ist und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Das geschuldete Bausoll des Bauträgers ist aber häufig durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln, die dem Gericht vorbehalten bleibt. Eine Beurteilung durch einen Sachverständigen kann deshalb zur Fehleinschätzung führen (vgl. zB für den Schallschutz *BGH* NJW 1998, 1981; NJW 2009, 2439). Wird der Sachverständige vom Bauträger ausgewählt und/oder bezahlt, bestehen an seiner Neutralität die gleichen Zweifel, wie bei dem durch den Bauträger zur Abnahme bestimmten Erstverwalter. Zudem erklären die Sachverständigen (aus Haftungsgründen) meist nur die technische Abnahme, die mit der rechtsgeschäftlichen Abnahme nicht deckungsgleich ist (vgl. *OLG Stuttgart* NJW-RR 2015, 1226).

[10] In einem weiteren Urteil vom 12.5.2016 hat der *BGH* (NJW 2016, 2878) entschieden, dass eine Abnahmeklausel unwirksam ist, wenn sie dem Erwerber das Recht entzieht, bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden oder hierüber durch eine Person seines Vertrauens entscheiden zu lassen. Die der Entscheidung zugrundeliegende Klausel lautet:

[11] „Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. ... Am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben.“

[12] Sie betraf zwar einen „Nachzüglererwerb“, ist aber auf alle Abnahmeklauseln übertragbar, soweit dadurch den Erwerbern bei der gebotenen kundenfeindlichen Auslegung das eigene Abnahmerecht entzogen wird (vgl. *OLG Stuttgart* NJW-RR 2015, 1226).

[13] Um in den Nachzüglerfällen den Gleichlauf der Verjährungsfristen für die Mängelansprüche zu erreichen, muss diese Frist für den Nachzügler entweder mit der der übrigen Erwerber enden, oder er muss die bereits erfolgte Abnahme durch die übrigen Erwerber anerkennen bzw. gegen sich gelten lassen. Die Verjährungsfrist wird dadurch unmittelbar oder mittelbar verkürzt, weshalb derartige Klauseln gem. § 309 Nr. 8 b ff BGB in der Regel unwirksam sind (*BGHZ* 210, 206 = NJW 2016, 2878 Rn. 47 ff.).

2. Klauseln in der Teilungserklärung

[14] Auch der Versuch einiger Bauträger, die Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft für die Abnahme zu regeln, ist gescheitert. So hat der *BGH* folgende Regelung in der Teilungserklärung als nichtig beurteilt (NJW 2016, 2878 Rn. 32 ff.):

[15] „Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist noch nicht erfolgt. Gemäß § 19 der Teilungserklärung haben die Wohnungseigentümer in der ersten Eigentümerversammlung das Ingenieurbüro K. mit der Abnahme beauftragt. Die Abnahme wird auf Kosten der Verkäuferin in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer für diese durchgeführt.“

[16] Gegenstand der Vereinbarungen nach § 10 II WEG können nur Regelungen sein, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen. Die Abnahme betrifft aber das Verhältnis zwischen Erwerber und Bauträger. Der Erwerber erhält aus dem Bauträgervertrag einen individuellen Anspruch auf mangelfreie Werkleistung, auch in Bezug auf das gesamte Gemeinschaftseigentum. Regelungsort für dessen Abnahme ist deshalb der Bauträgervertrag. Der Wohnungseigentümerversammlung fehlt die erforderliche Beschlusskompetenz über die Entscheidung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Eine entsprechende Regelung in der Teilungserklärung ist ebenso nichtig, wie ein darauf basierender Beschluss der Wohnungseigentümer.

IV. Rechtsfolgen unwirksamer Abnahmeklauseln

[17] Unwirksame Abnahmeklauseln entfalten keine Abnahmewirkungen (*BGHZ* 210, 206 = NJW 2016, 2878 Rn. 61; vgl. ausf. *Karczewski* in *Leupertz/Preussner/Sienz*, BauVertrR, § 650 u BGB Rn. 64 ff.). Von einer (nochmaligen) stillschweigenden Abnahme durch schlüssiges Verhalten der Erwerber kann der Bauträger redlicherweise nicht ausgehen. Ihnen fehlt insoweit das potenzielle Erklärungsbewusstsein, da sie von der Wirksamkeit der Klauseln und der daraufhin erfolgten Abnahme ausgehen (*BGHZ* 210, 206 = NJW 2016, 2878 Rn. 56). Gleichwohl können die Erwerber die werkvertraglichen Mängelansprüche vor der Abnahme geltend machen. Der Bauträger, der mit der Klausel den Eindruck er-

weckt, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Personen erfolgt, die den Erwerber dabei vertreten, kann sich nicht darauf berufen, dass diese Klauseln unwirksam sind. Die Inhaltskontrolle von Formulklauseln dient ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders (*BGHZ* 210, 206 = *NJW* 2016, 2878 Rn. 57 ff.).

V. Hinweise für die Praxis

[18] Vor dem Hintergrund der *BGH*-Rechtsprechung ist die wirksame Regelung von Abnahmeklauseln, die den Interessen des Bauträgers insbesondere bei der Veräußerung großer Anlagen gerecht wird, mit erheblichen Risiken verbunden. Rechtssicher ist bisher nur die Regelung des Gleichlaufs der Mängelansprüche des Nachzüglers mit denen der übrigen Erwerber, wenn die an den Nachzüglern veräußerte Eigentumswohnung ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert wird und zuvor vermietet war. In diesem Fall richtet sich die Sachmängelhaftung nach Kaufrecht, da man die Wohnung nicht mehr als „neu“ iSv § 309 Nr. 8 b BGB qualifizieren kann (*BGH NJW* 2016, 1575 Rn. 25). Die Verjährungsfrist der Mängelansprüche des Nachzüglers kann dann auf den Ablauf der Verjährungsfrist der übrigen Erwerber verkürzt werden.

[19] Offen ist hingegen, ob die Bevollmächtigung eines nicht neutralen Vertreters in einer Abnahmeklausel kompensiert werden kann, zum Beispiel, indem das Klauselwerk sicherstellt, dass der Erwerber rechtzeitig zum Abnahmetermin eingeladen und ausdrücklich und transparent darauf hingewiesen wird, dass er die Bevollmächtigung jederzeit

widerrufen und die Abnahme selbst erklären kann (vgl. *OLG Düsseldorf* Urt. v. 23.10.2012 – 23 U 112/11, BeckRS 2013, 3691). Die Klausel könnte noch dadurch ergänzt werden, dass sich der vorbestimmte Vertreter an die Empfehlung eines von der WEG ausgewählten und beauftragten Sachverständigen zu halten hat. Der Abnahmezeitpunkt würde sich dadurch jedoch verzögern, weil zunächst eine Eigentümerversammlung einberufen werden müsste, um den Sachverständigen auszuwählen. Zudem bleiben gegen die genannten Personen die oben unter Rn. 9 aufgezählten Bedenken. Andererseits besteht bei der Auswahl eines neutralen Vertreters die Ungewissheit, ob er den Auftrag annimmt, wozu er nicht verpflichtet ist. Der vom Bauträger ausgewählte Erstverwalter wird dazu eher bereit sein. AGB-rechtlich unproblematisch ist, wenn der Bauträger dem Erwerber erst mit der Einladung zum Abnahmetermin die Möglichkeit einer Bevollmächtigung eines vom Bauträger bestimmten Stellvertreters gibt. Es bleibt aber die Ungewissheit, in welchem Umfang die Erwerber von diesem „Vertreterangebot“ Gebrauch machen.

[20] In der Praxis bewährt hat sich auch eine gemeinsame Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Nachdem sich der Bauträger (mit sachverständiger Hilfe) von der Abnahmereife des Objekts überzeugt hat, lädt er die Erwerber zur Begehung ein. Dabei stellt ein von den Erwerbern beauftragter Sachverständiger die Abnahmereife fest und protokolliert Restmängel. Der Bauträger beginnt mit deren Abarbeitung und lädt in dicht aufeinanderfolgenden Terminen zur individuellen Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum ein. ■

BUCHBESPRECHUNGEN

Handbuch zum Mediationsgesetz. Von *Roland Fritz* und *Dieter Pielsticker*. 2. überarb. und erw. Auflage. – Köln, Luchterhand 2020. LXXVI, 1242 S., geb. Euro 99,-. ISBN 978-3-472-09577-4.

Das Buch gibt einen ausgezeichneten Überblick über alle Aspekte der Mediation und die daran angrenzenden Fragen. Erfahrene Praktiker behandeln nicht nur das Mediationsgesetz, sondern auch alle anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (wie etwa Schiedsgerichtsbarkeit und Schiedsgutachten). Hierbei werden auch übergreifende Aspekte und deren Konfliktpotenzial deutlich dargestellt (etwa die problematische Doppelfunktion einer Person als Mediator und Schiedsrichter im vor- oder nachgeschalteten Med-Arb-Verfahren). Es stellt die Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren ebenso dar wie die Methodik und Anwendungsbereiche der Mediation (etwa die Online-Mediation). Es beschränkt sich keineswegs auf die Darstellung (und Lösung) rechtlicher Themen, sondern widmet auch psychologischen Aspekten, Hintergründen und Dynamiken ausreichend Raum. Allein das umfangreiche und sehr hilfreiche Literaturverzeichnis zeigt, auf welcher breiter Basis die Ausführungen stehen.

Das Handbuch stellt – neben der Kommentierung der einschlägigen Vorschriften – den gesamten Prozess einer Mediation in allen seine Stadien umfassend dar und gibt zahlreiche hilfreiche Hinweise für die Praxis. Seine Bezeichnung als „Handbuch“ bezieht sich allein schon wegen seines Umfangs von mehr als

1200 Seiten weniger auf sein physisches Gewicht als vielmehr darauf, dass es dem erfahrenen Praktiker – und noch mehr demjenigen, der sich nur sporadisch mit diesem Thema befasst – zu allen nur denkbaren Aspekten der Mediation praktische Handreichungen gibt; es zählt zwingend zum Handwerkszeug jedes Mediators. Für ihn haben seine Ausführungen in der Tat großes Gewicht.

Auch ganz aktuelle, durch die Corona-Epidemie besonders in den Vordergrund gerückte und durchaus umstrittene Fragen werden behandelt. So wird im Schrifttum – und auch von den Teilnehmern entsprechender Veranstaltungen – zurzeit leidenschaftlich diskutiert, ob Online-Seminare der in § 2 der Verordnung über Zertifizierte Mediatoren (*ZMediatAusv*) vorgesehenen Begrifflichkeit der „Präsenzzeitstunden“ entsprechen (was *Fritz* übrigens zutreffend bejaht).

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass „der“ (jetzt in zweiter Auflage erschienene) *Fritz/Pielsticker* eine unverzichtbare Informationsquelle für jede Art der konsensualen Streitbeilegung ist. Das Handbuch gehört nicht nur in die Bibliothek jedes Mediators (ob zertifiziert oder nicht, ob selbst noch in der Ausbildung befindlich oder als Trainer tätig), sondern vor allem in die täglich gebrauchte Aktentasche eines jeden, der sich für die Entstehung – und noch vielmehr die Lösung – von Konflikten interessiert und hierzu einen Beitrag leisten will. Dass er die hierfür benötigten Kenntnisse erhält: Dafür sorgt das unverzichtbare Handbuch von *Fritz/Pielsticker*.

Rechtsanwalt Dr. Mark C. Hilgard, Frankfurt a. M.