

# Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums

## Vorab

Ich bin als Richter weder ein Lobbyist noch Politiker. Ich äußere allein meine **persönliche** Ansicht.

Mein rein praktisch gedachtes Ziel ist Rechtsklarheit und Rechtssicherheit an einer bedeutenden Schnittstelle zwischen Bau- und Wohnungseigentumsrecht.

Ich bevorzuge – wissenschaftlich betrachtet – einen Lösungsweg. Der Lösungsweg ist indes zweitrangig. Vorrangig ist eine zeitnahe **rechtssichere** Lösung als solche.

# Hypothese

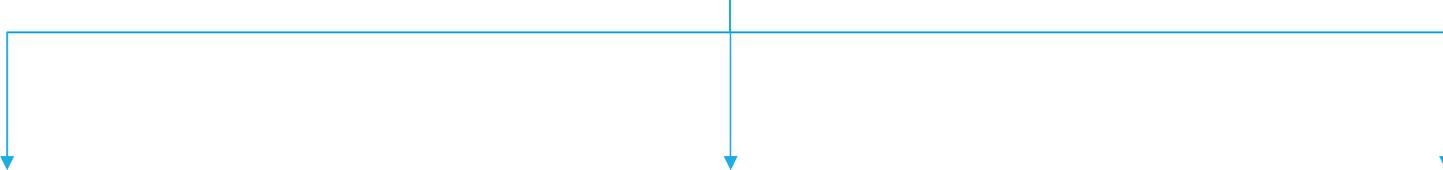
Es ist zurzeit **nicht möglich**, den rechtsberatenden Berufen, den Notaren, dem Bauträger oder den Wohnungseigentümern einen zweifelsfrei rechtssicheren Weg zu weisen, wie es zu einer Abnahme des (späteren) gemeinschaftlichen Eigentums einer Wohnungseigentumsanlage kommen kann.

Diese Rechtslage ist angesichts der Bedeutung der Abnahme für Bauträger und Wohnungseigentümer **nicht** hinnehmbar.



**„Wege der Abnahme“** |

## „Wege der Abnahme“



individuelle Erklärung der  
Abnahme

Erklärung der Gemeinschaft  
der Wohnungseigentümer

eine Abnahmeerklärung ist  
nicht mehr möglich

## Individuelle Erklärung der Abnahme

- Der Erwerber – jeder für sich – nimmt das gemeinschaftliche Eigentum vom Bauträger durch eine **individuelle**, nicht fingierte, nicht vertretene aktuelle Erklärung technisch und rechtlich ab.

# Individuelle Erklärung der Abnahme (Vertretung)

- Der Erwerber lässt sich bei der Erklärung (durch welchen „Dritten“, etwa den Verwalter, auch immer) vertreten
  - weil er **individuell** diesen „Dritten“ bevollmächtigt.
  - weil die Vertretung bereits im Erwerbsvertrag **geregelt/versprochen** ist
  - weil das so zwischen den Wohnungseigentümern
    - **aktuell** vereinbart ist.
    - die Vereinbarung Teil der **Gemeinschaftsordnung** ist.

# Erklärung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer

- Die Erklärung wird von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer abgegeben,
  - weil das Gesetz die Erklärung als **gemeinschaftsbezogen** ansieht.
- Die Erklärung wird von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer abgegeben,
  - weil das die Wohnungseigentümer so **vereinbaren**.
  - weil das die Wohnungseigentümer so **beschließen**.

# Eine Abnahmeerklärung ist nicht mehr möglich

- Der Erwerber kann sich **nicht** mehr erklären, weil
  - er an eine Abnahme**vereinbarung** gebunden ist (§§ 10 Abs. 3, 5 Abs. 4 Satz 1 WEG)
  - er an einen Abnahme**beschluss** gebunden ist
  - er etwa im Erwerbsvertrag **erklärt**, an eine Abnahmeerklärung gebunden zu sein
    - individuell
    - AGB



wer ist **Erwerber** im Rahmen eines  
Bauträgervertrages? |

## „altes Recht“

- BGH, Urteil vom 12. Mai 2016, VII ZR 171/15: Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder „Eigentumswohnungen“ richten sich bei nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen weiterhin grundsätzlich nach **Werkvertragsrecht**, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss **bereits fertiggestellt** sein.
- BGH, Urteil vom 25. Februar 2016, VII ZR 156/13: „Eigentumswohnungen“, die ein Bauträger **ungefähr drei Jahre** nach Errichtung veräußert und die **zuvor vermietet** waren, sind nach der Verkehrsanschauung im Allgemeinen **nicht mehr als neu errichtete** Objekte zu qualifizieren. Daher kann den Verträgen unter Berücksichtigung des Vertragszwecks, der wirtschaftlichen Bedeutung und der beiderseitigen Interessenlage im Regelfall keine Errichtungsverpflichtung mehr entnommen werden.

## § 650u BGB (gültig ab 1. Januar 2018)

(1) Ein Bauträgervertrag ist ein Vertrag, der die **Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand** hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen.

(...)

- Schuldet der Bauträger **jedem** von ihm Erwerbenden (Besteller) die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks?
- Was gilt, wenn die Errichtung/der Umbau bei Abschluss des Bauträgervertrages bereits **beendet** sind?



# Aktuelle BGH-Rechtsprechung

# 1 SAMUEL

Jean Scherer  
Pierre Debege

Yvêth Dessalé et lui offre des sacrifices. Les  
dix fils d'Elî, Héli et Phinés, étaient les  
prêtres de Yvêth. • 10 Le jour du sacrifice,  
Elqan se distribuait de pain à Benîmî et ses  
filles et à ses fils. • 11 Mais il aimait une fille  
plus que les autres, car elle qu'il aimait - elle

calfeutrait ses seins avec ses mains.  
dans ses palanquins, en tapis sous les roues.  
• 12 et toi qui, à pied, par les chemins progresses,  
• 13 chantes le chant de ceux qui portés des quils  
se partagent le butin! Là, ils célèbrent les le-  
gesses de Yvêth / et ses bienfaits en faveur des  
villages d'Issaï. / et alors le peuple de Yvêth  
s'est rassemblée aux portes des cités. • 14  
Éveille-toi, Débora, éveille-toi! / Éveille-toi,  
entonne un chant, éveille-toi! / Sauts sur tes  
pieds, Baraq. / Sis d'Aïnoun, et mènes tes  
prisonniers! • 15 Que les survenants, alors,  
triumphent de la multitude des puissants et  
que, pour moi, le peuple de Yvêth surpasse aux  
les héros! • 16 D'Éphraïm, les centurions  
s'élancent jusqu'en Amaleq, et derrière toi, au  
sein de tes troupes, centurie Benjamin! De  
Dan, les chefs sont descendus / et, de  
Zabulon, ceux portant le bâton de commande-  
ment. • 17 Les chefs d'Issakar sont aux côtés  
de Débora. / et Issakar, dans la plaine, s'élan-  
ce sur les pas de Baraq. / Mais, aux visseaux de  
Dan, rampe sous des crânes! • 18 Pour-  
quoi

## Bauträgervertrag

# Bauträgervertrag

individuelle Erklärung der  
Abnahme: **aufgezwungene**  
Vertretung

eine Abnahmeerklärung ist  
**nicht** mehr möglich

Bindung an **erfolgte**  
Abnahme?

# BGH, URTEIL V. 30.6.2016, VII ZR 188/13

## ABNAHME DURCH BAUTRÄGER-VERWALTER

Im Bauträgervertrage heißt es:

Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums soll „durch die Verwaltung gemäß WEG, gegebenenfalls unter Anwesenheit von Erwerbern“ erfolgen (Verwalter zum Vertragszeitpunkt war die Beklagte).

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums durch den Bauträger selbst als Erstverwalter ermöglicht, ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

# BGH, BESCHLUSS V. 12.9.2013, VII ZR 308/12

## ABNAHME DURCH VERWALTER

- Im Bauträgervertrag heißt es: „
  - Der Käufer bevollmächtigt ..., und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten vereidigten Sachverständigen, den ... Verwalter sowie den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt.“
- Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines **Erwerbsvertrages** verwendete Klausel, die die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums durch einen vom Bauträger **bestimmbaren** Erstverwalter ermöglicht, ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

# BGH, URTEIL V. 25.2.2016, VII ZR 49/15

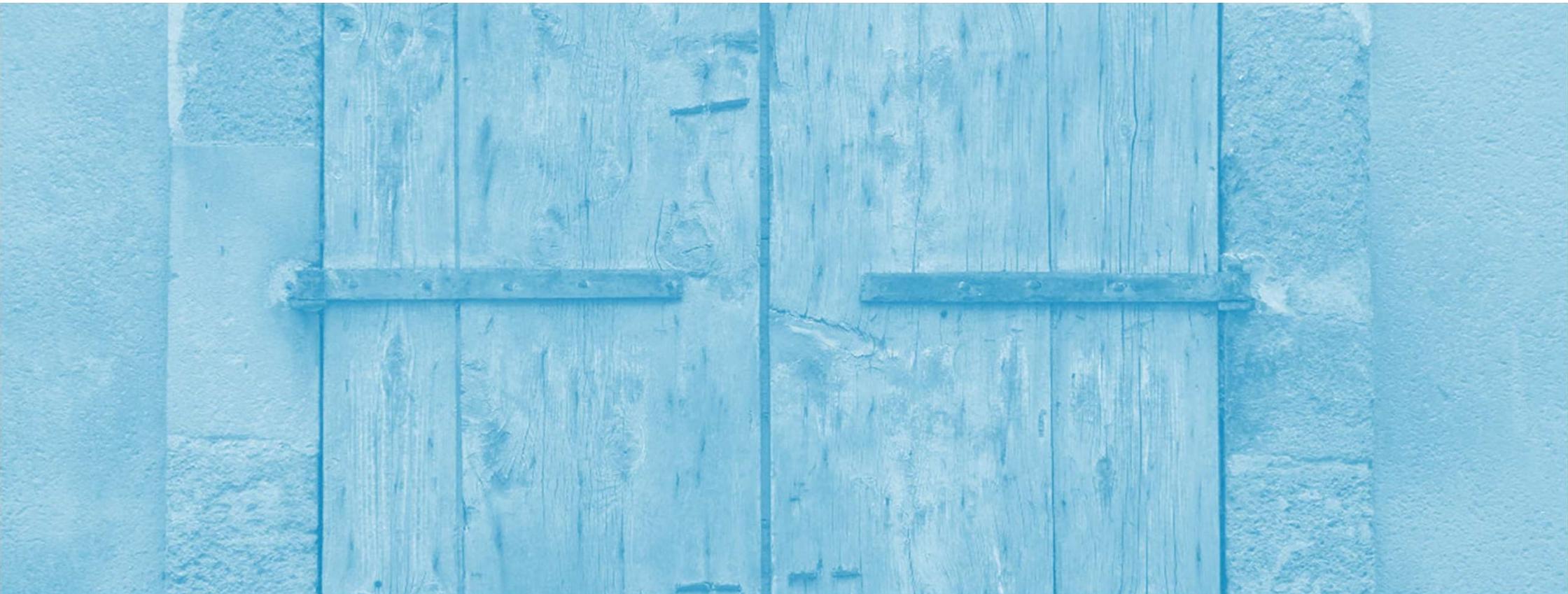
## BINDUNG AN ABNAHME – MITTELBARE VERKÜRZUNG DER VERJÄHRUNG

- Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrages verwendete Klausel,
  - die die nach Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und Abnahme des Gemeinschaftseigentums vertragschließenden Erwerber („Nachzügler“) an eine durch frühere Erwerber bereits **erfolgte Abnahme** des gemeinschaftlichen Eigentums bindet,
- ist wegen mittelbarer Verkürzung der Verjährung gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam.

# BGH, URTEIL V. 12.5.2016, VII ZR 171/15

## VERKÜRZUNG VERJÄHRUNGSFRIST

- Die von einem Bauträger in einem Bauträgervertrag gegenüber Nachzügler-Erwerbern gestellte Formulklausel
  - „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“
- ist unwirksam.



# Vereinbarung (Gemeinschaftsordnung) |

## BGH, Urteil v. 12.5.2016, VII ZR 171/15, Rn. 30

Im Streitfall ist das Wohnungseigentumsgesetz bezüglich der vorstehend unter II. 3. a) genannten Vorgänge in der Fassung vor der Novellierung durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentums Gesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007 (BGBl. I, S. 360) anzuwenden.

# BGH, URTEIL V. 12.5.2016, VII ZR 171/15

Ergeht in der ersten Versammlung ein Beschluss gemäß einer Vereinbarung dahingehend,

dass die Abnahme durch ein Ingenieurbüro auf Kosten des Bauträgers in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer durchgeführt werden soll,

und erklärt das dementsprechend beauftragte Ingenieurbüro die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums **auch** im Namen von **Nachzügler-Erwerb**ern, die zu diesem Zeitpunkt weder Wohnungseigentümer noch werdende Wohnungseigentümer waren, so entfaltet diese Abnahme eine Abnahmewirkung **zu Lasten der Nachzügler-Erwerb**er nicht aufgrund der Vereinbarung.

# WELCHE BEGRÜNDUNG WIRD HIERFÜR GEGEBEN?

Die Gemeinschaftsordnung ist **jedenfalls insoweit nichtig**, als damit die Wirkung der Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums seitens der aufgrund Beschlusses der ersten Versammlung beauftragten Abnahmeperson auf Nachzügler-Erwerber **erstreckt** werden soll.

Gegenstand von Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 WEG können lediglich Regelungen sein, die das **Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander** betreffen. Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums fällt **nicht** hierunter. Sie betrifft vielmehr das Vertragsverhältnis zwischen Bauträger und Erwerber.

Der Regelungsort für die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums ist der jeweilige Erwerbsvertrag.

# WELCHE BEGRÜNDUNG WIRD HIERFÜR GEGEBEN?

Anders als Geltendmachung und Durchsetzung der Mängelansprüche betrifft die Abnahme eine Verpflichtung des Erwerbers aus dem Erwerbsvertrag, die **keinen unmittelbaren Bezug** zu einer Aufgabe der gemeinschaftlichen Verwaltung aufweist.

# WELCHE BEGRÜNDUNG WIRD HIERFÜR GEGEBEN?

Die Abnahme hat zwar Bedeutung auch für die Geltendmachung der Mängelansprüche. Darin erschöpft sich die Bedeutung der Abnahme aber **nicht**. Die Abnahme hat darüber hinaus weitere Wirkungen **insbesondere** bezüglich der

- Fälligkeit und Verzinsung der Vergütung,
- des Gefahrübergangs und
- des Vorbehalts eines Vertragsstrafenanspruchs.

Diese Wirkungen betreffen das Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und Bauträger und nicht das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander.

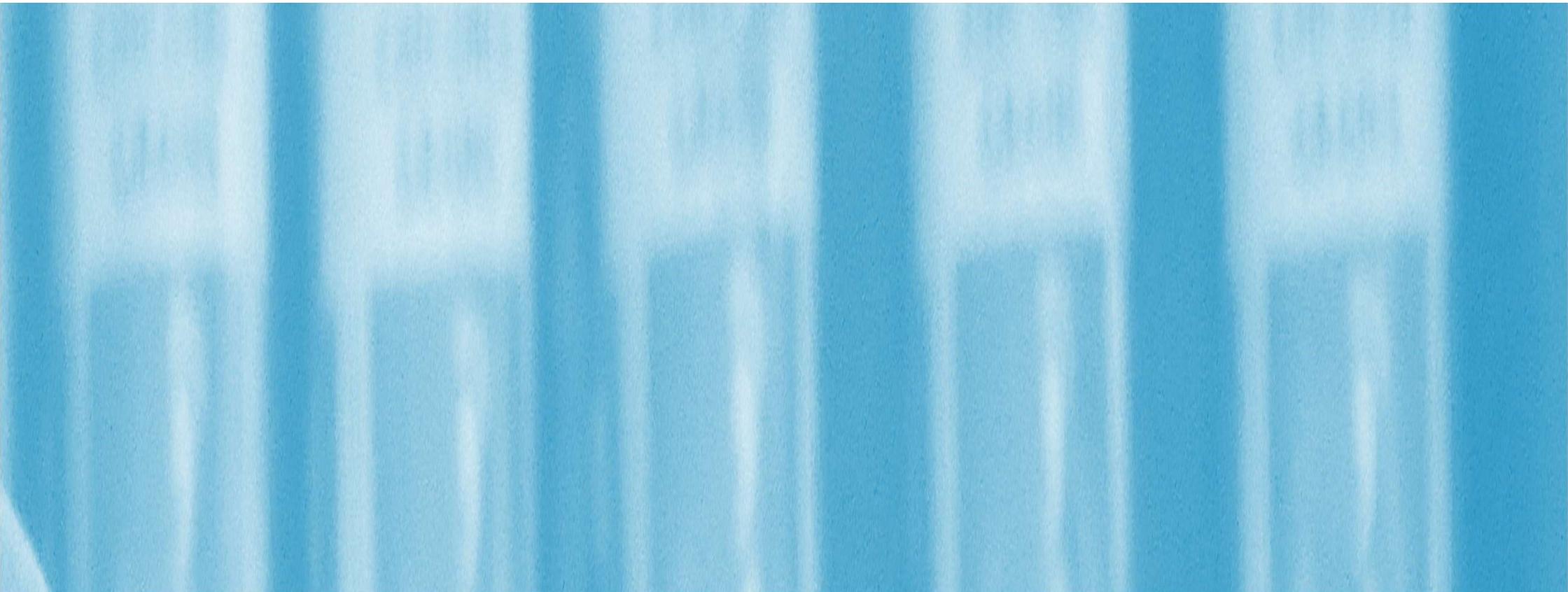


**Beschluss** |

## BGH, URTEIL V. 12.5.2016, VII ZR 171/15

Fehlt es an einer Beschlusskompetenz, ist ein dennoch gefasster Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern nichtig.

Daran gemessen ist der Beschluss bezüglich der Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums aus den genannten Gründen mangels Beschlusskompetenz **jedenfalls insoweit** nichtig, als **damit die Wirkung der vom Ingenieurbüro erklärten Abnahme** des gemeinschaftlichen Eigentum auf Nachzügler-Erwerber **erstreckt** werden soll.



**Instanzen (zum aktuellen Recht)** |

## LG MÜNCHEN I, URTEIL V. 7.4.2016, 36 S 17586/15 WEG

Es besteht keine „geborene Ausübungsbefugnis“ des Verbandes Wohnungseigentümergeinschaft für die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums.

Eine Vergemeinschaftung der Abnahmeverpflichtung durch Beschluss ist nicht möglich.



**Stellungnahme/Hinweise** |

## Worum geht es?

Um die Erklärung, dass ein **wesentliches** Bauteil, dass

- **sämtlichen** Wohnungseigentümern gehört bzw. gehören soll,
- von **sämtlichen** Wohnungseigentümern stets gemeinsam verwaltet werden muss,
- dass der Einzelne grundsätzlich nur mit Zustimmung **sämtlicher** Wohnungseigentümer verändern kann,

## Worum geht es?

- von **sämtlichen** Wohnungseigentümern erstmals ordnungsmäßig herzustellen ist, wenn der Bauträger mangelhaft gearbeitet hat und seiner Pflichten nicht (mehr erfüllt),
- von **sämtlichen** Wohnungseigentümern herzustellen ist, wenn die Errichtung der Wohnungseigentumsanlage „stecken bleibt“

im Wesentlichen vertragsgemäß ist (wobei das Bau-Soll für eine solche Erklärung grundsätzlich gleich sein muss).

## Einschätzung

Sinnvoll ist **allein** die Bildung eines **gemeinschaftlichen** Willens über das Ob und Wie der Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums,

Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, weil die Abnahme rechtlich in einem engen Zusammenhang mit der Geltendmachung von primären und sekundären Mängelrechten steht. Es wäre ein **Widerspruch**, eine Befugnis, die Ausübung der primären und sekundären Mängelrechten wenigstens zu vergemeinschaften, zu bejahen, diese aber für die Abnahme zu verneinen.

FLOWERS  
— & —

Conclusio |

## Conclusio

Da der Bundesgerichtshof für die Praxis bislang eine umfassende Klärung nicht herbeigeführt – und das wohl auch nicht kann –, sollte der Gesetzgeber seine eigenen Bemühungen um eine Reform des Bauvertragsrechts insoweit **unverzüglich** fortsetzen.

# Conclusio

Dabei ist unter anderem auch zu regeln:

- Die Frage des Bausolls und was gilt, wenn der Bauträger abweichende Bausolls versprochen hat.
- Der Zeitpunkt der Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.
- Die Frage, ob die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (wenigstens) im Rahmen der Vorbereitung einer Abnahme tätig werden kann, z.B. durch Beauftragung eines Gutachtens.
- Gegebenenfalls die Frage, wer für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Rahmen der Abnahme handelt.

A blue-tinted photograph of a storefront sign. The sign features embossed text in a serif font. The top line reads "CHOCOLATS CACAOS" and the bottom line reads "SUCRES A BORD". The background of the sign shows a perspective view of a street with buildings.

CHOCOLATS CACAOS  
SUCRES A BORD

**De lege ferenda** |

## Hinweis in „eigener“ Sache

Im Arbeitskreis V des 7. Baugerichtstages im Mai 2018 in Hamm werden die hier angesprochenen Fragen mit dem Ziel diskutiert werden, Empfehlungen an den Gesetzgeber auszusprechen.

# VORSCHLAG ELZER/JACOBY

1. Die Pflicht eines Bestellers [Erwerbers], dem Unternehmer [Bauträger] gegenüber das gemeinschaftliche Eigentum abzunehmen, ist gemeinschaftsbezogene Pflicht nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG, wenn Besteller [Erwerber] in Bezug auf mehr als die Hälfte der Wohnungseigentumsrechte einer Wohnungseigentumsanlage einen wirksamen Bauträgervertrag abgeschlossen haben, über eine Vormerkung verfügen und ihnen der Besitz an dem von ihnen erworbenen Wohnungseigentum eingeräumt wurde. Die Wahrnehmungszuständigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verdrängt die der Besteller [Erwerber].
2. Die Wirkungen des Absatzes 1 können weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden. Das Quorum, von dem die Gemeinschaftsbezogenheit abhängt, kann verändert werden, wenn ausnahmsweise ein sachlicher Grund dafür insbesondere angesichts der Eigenart der Anlage gegeben ist.

# VORSCHLAG ELZER/JACOBY

Die Abnahmeerklärung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gilt als Abnahme nach § 634a Abs. 2 BGB im Hinblick auf solche Bauträgerverträge, die über dasselbe gemeinschaftliche Eigentum dieser Wohnungseigentumsanlage später geschlossen werden.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Berlin, den 17. Oktober 2017

