

Miete, Wohnungseigentum, Makler- und Bauträgerrecht, Steuern, Versicherungen, Wohnungswirtschaft

Zweiwochenschrift

21/2017

Seiten 713–744, 20. Jahrgang, 13. November 2017

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Andreas Kappus, Frankfurt a. M.

In Verbindung mit der ARGE Mietrecht und Immobilien im DAV und in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) herausgegeben von Prof. Dr. Markus Artz, Universität Bielefeld – Hubert Blank, Richter am LG a. D., Mannheim – Prof. Dr. Ulf Börstinghaus, Richter am AG, Dortmund – Dr. Patrick Bruns, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Baden-Baden – Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub, Rechtsanwalt, München – Prof. Dr. Peter Derleder, Universität Bremen – Dr. Anja Disput, Rechtsanwältin, Frankfurt a. M. – Michael Drasdo, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Neuss – Prof. (em.) Dr. Volker Emmerich, Universität Bayreuth – Dr. Beate Flatow, Vizepräsidentin des AG, Kiel – Prof. Dr. Martin Häublein, Universität Innsbruck – Thomas Hannemann, Rechtsanwalt, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Mietrecht und Immobilien im DAV, Karlsruhe – Dr. Jürgen Herrlein, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie für Steuerrecht, Frankfurt a. M. – Hans-Jörg Kraemer, Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Dr. Hans Langenberg, Vors. Richter am LG a. D., Hamburg – Dr. Ulrich Leo, Rechtsanwalt, Köln/Hamburg – Jan Lindner-Figura, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Carsten Ludley, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Leipzig – Horst Müller, Rechtsanwalt, München – Frank Oprée, Rechtsanwalt, München – Dr. Henrik Over, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Dr. Marcel M. Sauren, Rechtsanwalt und Steuerberater, Aachen – Anke Scheffler, Rechtsanwältin und Fachwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Joachim Schmidt, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Dr. Michael Schultz, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Prof. Dr. Winfried Schuschke, Vors. Richter am OLG Köln a. D., Universität zu Köln – Prof. Dr. Friedemann Stornel, Vors. Richter am LG Hamburg a. D., Universität Leipzig – Elmar Streyll, Vors. Richter am LG, Krefeld – Prof. Dr. Birgit Weittemeyer, Bucerius Law School, Hamburg – Dr. Kai Zehelein, Richter am AG, Hanau – Dr. Frank Zschieschack, Vors. Richter am LG, Frankfurt a. M.

Beitrag

Dr. David Greiner*

Kaufvertrag als rechtssichere Alternative zum Bauträgervertrag?**Gewährleistungsrechte des Erwerbers****NZM-Übersicht**

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>I. Einleitung</p> <p>II. Veräußerung von Wohnungseigentum: Kauf- oder Werkvertragsrecht</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sonderrolle des Wohnungseigentums 2. Herstellungspflicht als maßgebliches Unterscheidungskriterium <p>III. Abgrenzung der Mängelrechte beim Kauf- und Werkvertrag</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Nacherfüllung: Mängel des Gemeinschaftseigentums 2. Schadensersatz <ol style="list-style-type: none"> a) Sachmangel b) Mangelbeseitigungskosten oder Quote? | <p>IV. Haftungsbeschränkungen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Privatverkauf 2. Verkauf durch Unternehmer 3. Zwischenergebnis 4. Stellungnahme <p>V. Verbandszuständigkeit für die Geltendmachung kaufrechtlicher Mängelansprüche</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Originäre („geborene“) Gemeinschaftsbezogenheit der Mängelansprüche 2. Übertragene („gekorene“) Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft <p>VI. Zusammenfassung und abschließende Empfehlungen</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

I. Einleitung

Der herkömmliche Bauträgervertrag stellt die Bauträger vor einige Probleme. In jüngerer Zeit steht vor allem die Abnahmeproblematik¹ im Fokus der Aufmerksamkeit. Eine einheitliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Wirkung für und gegen alle Käufer ist nicht (mehr)

* Überarbeitete Fassung eines Vortrags, den der Verfasser auf den 16. Weimarer Baurechtstagen am 30./31.3.2017 gehalten hat. Der Vortrag ist abgedruckt in PiG 104 (2017), 43. – Der Autor ist Fachanwalt für Miet- u. Wohnungseigentumsrecht u. Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht in Tübingen.

1 Dazu Dötsch, PiG 104 (2017), 31 und demnächst in Ihrer NZM.

möglich, nachdem der BGH die hierfür üblichen Klauseln sämtlich für unwirksam erklärt hat.² Besondere Schwierigkeiten bereiten die „Nachzügler“, worunter man diejenigen versteht, die ihre Wohnung erst eine gewisse Zeit nach der Herstellung der Anlage gekauft haben.³ Sie können nicht an eine bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums gebunden werden, weshalb ihre (fünfjährige) Gewährleistungszeit erst mit der eigenen Abnahme beginnt. Durch Nachzügler kann sich die Gewährleistungszeit des Bauträgers erheblich verlängern. Noch viel mehr verlängert sich die Gewährleistungszeit in den für Bauträger besonders unangenehmen Fällen, in denen sich Erwerber erst Jahre oder Jahrzehnte nach dem Bezug des Hauses auf die Unwirksamkeit einer Abnahmeklausel berufen. In diesen Fällen muss der Bauträger für Mängel des Gemeinschaftseigentums einstehen, obwohl seine eigenen Mängelansprüche gegen die Baubeteiligten längst abgelaufen sind. Manch ein Bauträger wird sich deshalb die Frage stellen, ob sich der Kaufvertrag als rechtssichere Alternative zum Bauträgervertrag anbietet. Dieser Frage geht der vorliegende Beitrag nach. Zunächst wird dargestellt, in welchen Fällen Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt und in welchen Fällen Kaufrecht. Sodann werden die kaufrechtlichen Mängelrechte, die Möglichkeiten von Haftungsbeschränkungen und die Rolle der Wohnungseigentümergeinschaft bei der Geltendmachung der Mängelrechte erörtert. Zur Illustration der Thematik dient der folgende

Beispielfall: Bauträger B stellt im Oktober 2014 eine Mehrhausanlage mit 50 Wohnungen in fünf Häusern (A bis E) fertig. Die meisten Wohnungen verkauft B noch während der Bauphase, die übrigen vermietet er. Im März 2017 verkauft B eine der vermieteten Wohnungen aus Haus A (Miteigentumsanteil: 20/1000) unter Ausschluss der Gewährleistung für 50.000 Euro an K. Im April 2017 erfährt K davon, dass im Untergeschoss der Häuser C bis E in Folge unzureichender Gebäudeabdichtung Feuchtigkeit eintritt; die Mangelbeseitigungskosten werden sich auf ca. 100.000 Euro belaufen. In der Wohnungseigentümerversammlung im Mai 2017 wird beschlossen, wegen dieser Mängel gemeinschaftlich gegen B vorzugehen; zu diesem Zweck werden die Mängelrechte der Miteigentümer „vergemeinschaftet“. K fragt nach seinen Rechten gegenüber B.

II. Veräußerung von Wohnungseigentum: Kauf- oder Werkvertragsrecht

1. Sonderrolle des Wohnungseigentums

Eigentlich dürfte es für die Gewährleistung keinen wesentlichen Unterschied machen, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt. Denn die Angleichung der Gewährleistungsregeln war eines der wesentlichen Anliegen der Schuldrechtsreform 2001. So heißt es in der Gesetzesbegründung:⁴ „[Die neue Regelung] führt zu einer Verringerung der Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertrag. Für beide Vertragstypen gilt dann übereinstimmend: Es besteht eine Verpflichtung zur sachmangelfreien Leistung; Nacherfüllung ist möglich und kann verlangt werden.“

Bei den meisten Kaufgegenständen macht es für die Mängelrechte tatsächlich auch keinen wesentlichen Unterschied, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt. Nur das Wohnungseigentum (untechnisch gesprochen: die Eigentumswohnung) nimmt wegen der hier immanenten Gemengelage von Sonder- und Gemeinschaftseigentum eine Sonderrolle ein. Die Kombination von Gemeinschafts- und Sondereigentum innerhalb eines Gebäudes führt immer wieder zu schwer löslichen Problemen.

Das zeigt sich im vorliegenden Zusammenhang, wenn man die Frage näher beleuchtet, was eigentlich Gegenstand des Kaufvertrags über eine Wohnung ist. Sicher ist nur, dass der Verkäufer die Übereignung des Wohnungseigentums, also die Auflassung und die Übergabe der Räumlichkeiten schuldet. Hat er aber darüber hinaus „gegenständliche“ bzw. gegenstandsbezogene Pflichten? § 433 BGB verpflichtet den Verkäufer zwar zur mangelfreien Übergabe der Kaufsache; aber die „Wohnung“ ist nicht oder allenfalls teilweise eine Sache. Gem. § 90 BGB sind „Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände“. Wohnungseigentum ist kein körperlicher Gegenstand, sondern eine eigentümliche Kombination aus Sondereigentum und Mitberechtigung am Gemeinschaftseigentum (§ 1 II WEG). Wenn man darauf abstellt, was einem Wohnungseigentümer sachenrechtlich gehört, also das Sondereigentum in den Fokus nimmt, könnte man zwar annehmen, dass jedenfalls insoweit eine Sache (bzw. mehrere) verkauft wird. Zweifelsfrei ist das aber nicht, denn der Wille der Beteiligten des Kaufvertrags wird regelmäßig nicht dahin gehen, die einzelnen im Sondereigentum stehenden Gebäudebestandteile zum Vertragsgegenstand zu machen. Zum Sondereigentum gehören im Wesentlichen nur die Innentüren, die Sanitärgegenstände sowie die Boden- und Wandbeläge. Im Vordergrund beim Kaufvertrag über eine Wohnung stehen jedoch nicht diese Gegenstände, sondern die Wohnung als „Einheit“, eben das Wohnungseigentum.

Das Gemeinschaftseigentum hingegen kann von vornherein nicht gegenständlich geschuldet sein, denn es gehört dem Verkäufer nicht. Verkauft wird insoweit eine Beteiligung am Gemeinschaftseigentum, also eine Rechtsposition. Es liegt somit insgesamt ein Rechtskauf (§ 453 I BGB) vor.⁵ An diesem Befund ändert sich durch die gerne betonte Eigenschaft des Wohnungseigentums als „echtes Eigentum“⁶ nichts.

2. Herstellungspflicht als maßgebliches Unterscheidungskriterium

In Bezug auf die im Kontext dieses Beitrags allein interessierenden Mängel am Gemeinschaftseigentum des Gebäudes ist Werkvertragsrecht anzuwenden, wenn sich dem Vertrag eine Herstellungspflicht entnehmen lässt. Dabei lassen sich zwei Kategorien von „Verkäufen“ unterscheiden: Zum einen gibt es den Kauf einer Wohnung vom Bauträger, der die Errichtung der Anlage übernommen hat; diesen Vorgang nennt man „Ersterwerb“. Zum anderen gibt es den Kauf einer Wohnung von einem (Erst-)Erwerber; diesen Vorgang nennt man „Zweiterwerb“.

Auf den Zweiterwerb ist grundsätzlich Kaufrecht anzuwenden, denn „der Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung hat im Unterschied zum Bauträgervertrag keine Herstellungsverpflichtung zum Gegenstand.“⁷ Ob der Zweiterwerb kurze oder lange Zeit nach der Herstellung

2 BGHZ 210, 206 = NZM 2016, 592 Rn. 45; BGH, NZM 2016, 364 Rn. 37.

3 Einzelheiten dazu Häublein, PiG 104 (2017), 17.

4 BT-Drs. 14/6040, 209.

5 AA, allerdings ohne Problematisierung, die hM, s. nur MüKoBGB/Westermann, § 433 Rn. 12; BeckOK BGB/Faust, 43. Ed. 15.6.2017, § 453 Rn. 2.

6 BGHZ 198, 327 = NZM 2014, 37 Rn. 15; Armbrüster in Bärmann, WEG, 13. Aufl. 2015, § 1 Rn. 6.

7 BGH, NZM 2015, 700. Zu Sonderfällen (manipulierter Durchgangserwerb) Kniffka/Koebler, Kompendium d. BauR, 4. Aufl. 2014, 11. Teil Rn. 188; OLG Saarbrücken, ZWE 2006, 357 (Ls.) = NJOZ 2006, 2311.

erfolgt, ist nicht von Bedeutung; entscheidend ist allein der Umstand, dass sich der „normale“ Ersterwerber,⁸ der die Wohnung seinerseits nur gekauft hat, nicht zur Herstellung der Wohnungseigentumsanlage verpflichtet.

Im praktischen Ergebnis unterscheidet sich die Rechtsposition des Zweiterwerbers meistens nicht von der des Ersterwerbers, denn dem Zweiterwerber werden im Kaufvertrag normalerweise die Mängelrechte des Verkäufers (Ersterwerbers) gegen den Bauträger abgetreten.

Beim Ersterwerb richten sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, auch wenn das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt ist und die Erwerbsverträge zwei Jahre nach Errichtung des Bauwerks geschlossen wurden⁹ und ungeachtet der Bezeichnung im Vertrag. Entscheidend ist, dass sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergibt.¹⁰ An dieser Rechtsprechung hält der VII. Zivilsenat des BGH¹¹ hinsichtlich der Mängelansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen auch bei nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen fest.

Irgendwann ist eine hergestellte Wohnung natürlich nicht mehr „neu“. Der BGH¹² nimmt beim Verkauf einer vermieteten Wohnung „ungefähr drei Jahre nach der Errichtung“ Kaufrecht an, dass derartige Eigentumswohnungen nach der Verkehrsanschauung im Allgemeinen nicht mehr als neu errichtete Objekte zu qualifizieren seien und den Verträgen unter Berücksichtigung des Vertragszwecks, der wirtschaftlichen Bedeutung und der beiderseitigen Interessenlage im Regelfall keine Errichtungsverpflichtung mehr entnommen werden könne.

Diese BGH-Rechtsprechung markiert derzeit die Grenze: Bis zu zwei Jahre Leerstand machen eine neu hergestellte Wohnung nicht zur gebrauchten; ungefähr drei Jahre nach der Herstellung ist eine vermietete Wohnung nicht mehr neu. Was gilt nun für einen Vertrag über eine leer stehende Wohnung, der zwei Jahre und einen Monat nach der Errichtung des Gebäudes, oder für einen Vertrag, der ein Jahr und fünf Monate nach der Errichtung des Gebäudes über eine vermietete Wohnung geschlossen wurde? Das lässt sich nicht generell, sondern nach Maßgabe der Kriterien der oben zitierten BGH-Rechtsprechung (Vertragszweck, wirtschaftliche Bedeutung, beiderseitige Interessenlage) nur im Einzelfall beantworten.¹³ Im eingangs angeführten Beispielfall hat B die vermietete und genutzte Wohnung zwei Jahre und fünf Monate nach ihrer Herstellung verkauft. Wenn er die Wohnung bzw. die Wohnungseigentumsanlage im Kaufvertrag nicht ausdrücklich als „neu“ bezeichnet, wird man den Vertrag so verstehen, dass sein Gegenstand eine gebrauchte Wohnung ohne Errichtungsverpflichtung ist und deshalb Kaufrecht anwenden.

II. Abgrenzung der Mängelrechte beim Kauf- und Werkvertrag

Gem. § 433 I 2 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Die Mangelfreiheit ist – anders als vor der Schuldrechtsreform – eine vertragliche Hauptpflicht des Verkäufers.

Die Rechte des Käufers bei Mängeln listet § 437 BGB im Sinne einer Rechtsgrundverweisung auf wie folgt:

- gem. § 439 BGB Nacherfüllung verlangen,
- gem. §§ 440, 323, 326 V BGB vom Vertrag zurücktreten oder nach § 441 BGB den Kaufpreis mindern und
- gem. §§ 440, 280, 281, 283, 311 a BGB Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.

Die Unterschiede zum Werkvertragsrecht sind nicht allzu groß. Sie bestehen in Folgendem: Die Verjährungsfrist beträgt sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht fünf Jahre (§§ 438 I Nr. 2 a, 634 a I Nr. 2 BGB); nur ihr Beginn ist unterschiedlich geregelt. Beim Kaufvertrag beginnt die Verjährung der Mängelansprüche gem. § 438 II BGB mit der Übergabe, wobei der Käufer gem. § 433 II BGB verpflichtet ist, dem Verkäufer die gekaufte Sache abzunehmen. „Abnahme“ ist hier im Sinne von „Übernahme“ bzw. Übergabe zu verstehen und bezeichnet den tatsächlichen Vorgang der Entgegennahme der vom Verkäufer übergebenen Sache. Die Abnahme kann der Käufer auch schon bei geringfügigen Mängeln der Kaufsache verweigern¹⁴.

Beim Werkvertrag beginnt die Verjährung gem. § 634 a II BGB nicht mit der Übergabe, sondern mit der Abnahme der Werkleistung, wobei die Abnahme in diesem Fall über den tatsächlichen Vorgang der Übergabe der Wohnung hinaus die Erklärung erfordert, dass die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß gebilligt wird. Anders als beim Kauf kann die Abnahme gem. § 640 I 2 BGB wegen geringfügiger Mängel nicht verweigert werden. Eine neu hergestellte Wohnung wird in der Regel bei Bezugsfertigkeit übergeben; zu diesem Zeitpunkt liegen die Voraussetzungen für eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums meistens noch nicht vor, weil noch Restarbeiten durchzuführen und die Außenanlagen herzustellen sind. Deshalb muss der Erwerber beim Bauträgervertrag bei Gelegenheit der Übergabe der Wohnung normalerweise nicht zugleich die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erklären, was zur Folge hat, dass sich der Beginn der Verjährung von Ansprüchen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum nach hinten verschiebt.

Beim Werkvertrag entscheidet der Unternehmer (Bauträger), ob er Mängel im Wege der Nachbesserung oder im Wege der Neuherstellung beseitigen möchte. Beim Kaufrecht steht das Wahlrecht theoretisch dem Käufer zu. Theorie ist das Wahlrecht in den hier interessierenden Fällen deswegen, weil bei den meisten Mängeln des Gemeinschaftseigentums eine Neuherstellung praktisch ausscheidet oder unverhältnismäßig ist, sodass der Verkäufer gem. § 439 III BGB verweigern kann. Nur beim Werkvertrag gibt es gem. § 637 III BGB einen Anspruch auf Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung, nicht auch beim Kaufvertrag.

8 Nicht „normale“ Fälle, die eine andere Beurteilung erfordern können, liegen etwa bei manipulativen Verkaufsfällen vor, wenn der Bauträger die Wohnung an eine in seinem „Lager“ stehende Person als Ersterwerber veräußert, die die Wohnung dann sogleich weiter veräußert.

9 BGHZ 210, 206 = NZM 2016, 592 Rn. 21 ff.

10 BGHZ 210, 206 = NZM 2016, 592; zu ähnlichen Abgrenzungsfragen zwischen Kauf- und Werkvertrag bei Errichtung und Installation einer Photovoltaikanlage s. instruktiv Kleefisch/Meyer, NZBau 2016, 684 mwN zur BGH-Rechtsprechung.

11 BGHZ 210, 206 = NZM 2016, 592.

12 BGH, NZM 2016, 366 Rn. 25.

13 Näher dazu Häublein, PiG 104 (2017), 17.

14 BGH, NJW 2017, 1100.

1. Nacherfüllung: Mängel des Gemeinschaftseigentums

Gem. § 439 I BGB kann der Käufer als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Im Beispielsfall liegen Mängel am Gemeinschaftseigentum vor. Für die Frage nach dem Inhalt des Nacherfüllungsanspruchs sei der

Ausgangsfall abgewandelt: Ein Gewährleistungsausschluss wurde nicht vereinbart oder es wurden Mängel arglistig verschwiegen (mit der Folge, dass der Verkäufer sich gem. § 444 BGB nicht auf den Haftungsausschluss berufen kann). Kann jetzt *K* von *B* gem. § 439 I BGB Mangelbeseitigung, also die Nachbesserung der mangelhaften Gebäudeabdichtung, verlangen?

Das erscheint auf den ersten Blick naheliegend und wird so auch in der Literatur¹⁵ vertreten. Ein Sachmangel des im Miteigentum stehenden Gemeinschaftseigentums begründe einen modifizierten Erfüllungsanspruch in Gestalt eines Nacherfüllungsanspruchs. Die Mangelfreiheit einer Sache als physisch-realem Objekt lasse sich nicht quotale aufteilen.¹⁶ Nach dieser Auffassung muss *B* im Beispielsfall die Mängel der Kellerabdichtung beseitigen und dafür den doppelten Betrag des für die Wohnung vereinbarten Kaufpreises aufwenden. Der BGH¹⁷ hat die Frage offengelassen.

Nach hier vertretener Auffassung ist die Frage zu verneinen. Der Verkäufer einer Wohnung muss dem Käufer grundsätzlich kein mangelfreies Gemeinschaftseigentum verschaffen. Im Beispielsfall schuldet *B* keine Mangelbeseitigung. Wie oben dargestellt wurde, verkauft *B* keine Sache. Erst recht verkauft er das Gemeinschaftseigentum nicht gegenständig. Er verkauft eine Rechtsposition. Der Nacherfüllungsanspruch des § 439 I BGB ist auf den Kauf einer Sache zugeschnitten, nicht auf den Kauf des Bruchteils einer Sache. Wer nur einen Bruchteil verkauft, kann nicht zur Gänze auf Mangelbeseitigung haften. Und weil sich – insofern ist *Cramer/Cziupka*¹⁸ zuzustimmen – die Nachbesserung nicht quotale aufteilen lässt, gibt es in diesem Fall nicht den ungeteilten, sondern gar keinen Nachbesserungsanspruch.

Zwar kann es auch beim Rechtskauf eine Sachmängelhaftung geben, diese setzt gem. § 453 III BGB aber voraus, dass ein Recht verkauft wird, das zum Besitz einer Sache berechtigt. Wenn das der Fall ist, ist der Verkäufer gem. § 453 III BGB verpflichtet, „dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu übergeben“. Die Sachmängelhaftung ist dieselbe wie beim Verkauf einer Sache. Die Regelung ist also wiederum auf eine (ganze) „Sache“ zugeschnitten und nicht auf den Bruchteil einer Sache; ein Nachbesserungsanspruch beim Verkauf eines Bruchteils einer Sache kann sich aus dieser Bestimmung nicht ergeben. Außerdem ist fraglich, ob die Vorschrift ihrem Wortlaut nach überhaupt einschlägig ist, denn das Wohnungseigentum verleiht seinem Inhaber zwar das Recht zum Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums; das ist aber kein Recht zum Besitz „einer Sache“.

Eine weitere Überlegung unterstreicht die Richtigkeit der vorstehenden Überlegungen, wonach der Käufer einer Wohnung keinen Anspruch auf Nachbesserung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums hat: Verkauft ein Zweiterwerber (und nicht der Bauträger) die Wohnung, hat der Verkäufer als ehemaliger Eigentümer weder rechtlich noch faktisch eine Zugriffsmöglichkeit auf das Gemeinschaftseigentum. „Die Behebung eines Mangels am Gemeinschaftseigentum durch einen Wohnungseigentümer oder einen früheren Wohnungseigentümer kommt grund-

sätzlich nicht in Betracht. Über die Frage, ob und in welcher Art ein solcher Mangel beseitigt werden soll, hat nach § 21 III WEG die Wohnungseigentümergeinschaft zu entscheiden.“¹⁹ Wird eine gebrauchte Wohnung – wie im Beispielsfall – durch den Bauträger des Objekts verkauft, ist man zwar wohl eher geneigt, ihm die Mangelbeseitigung anzuzinsen. Aber kann der Inhalt des Gewährleistungsrechts davon abhängen, ob ein Erst- oder Zweiterwerb vorliegt? Das wird man kaum bejahen können.

Allerdings ist diese Überlegung insofern nicht ausschlaggebend, als auch in den dem Werkvertragsrecht unterliegenden Fällen der Bauträger, wiewohl unstreitig nacherfüllungspflichtig, so wenig wie ein (ehemaliger) Eigentümer zu eigenmächtigen Maßnahmen (ohne Zustimmung der Gemeinschaft) am Gemeinschaftseigentum berechtigt ist.²⁰

2. Schadensersatz

a) *Sachmangel.* Ein Sachmangel liegt gem. § 434 I 1 BGB vor, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Wird eine gebrauchte Sache verkauft, ist die Eigenschaft „gebraucht“ Beschaffenheitsvereinbarung. Gebrauchsbedingte Verschlechterungen gegenüber dem Neuzustand begründen deshalb von vornherein keine Sachmängel. Ein Baumangel liegt im eingangs genannten Beispielsfall vor, denn die Gebäudeabdichtung der Keller war von vornherein mangelhaft. Diese Beschaffenheit war nicht vereinbart, vielmehr war als Kaufgegenstand eine Wohnung in einer Anlage mit normalen Verschleißerscheinungen, aber ohne anfängliche Baumängel vereinbart. Es liegt also eine negative Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung und mithin ein Mangel des Kaufgegenstands vor.

b) *Mangelbeseitigungskosten oder Quote?* Nach dem oben Gesagten hat *K* zwar keinen Anspruch auf Nacherfüllung/Nachbesserung, es ist aber nicht ausgeschlossen, dass *B* die Mängel trotzdem beseitigt, etwa weil er anderen Erwerb gegenüber (den Ersterwerb) die Ansprüche nach Werkvertragsrecht haben) dazu verpflichtet ist. *K* muss *B* gem. § 440 I BGB unter Fristsetzung Gelegenheit zur Nacherfüllung geben; erst nach Fristablauf kann *K* gem. § 280 oder § 441 BGB Schadensersatz oder Minderung verlangen.

Nun stellt sich die Frage, ob *B* als Schadensersatz den Betrag der Mangelbeseitigungskosten (100.000 Euro) oder nur eine Quote entsprechend der Höhe schuldet, in der sich *K* innerhalb der Gemeinschaft an Mangelbeseitigungskosten beteiligen müsste. Dieser Anteil bestimmt sich, wenn die Gemeinschaftsordnung nichts anderes vorsieht, gem. § 16 II WEG nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile, sodass *B* im Fall der Quotenhaftung „nur“ 2000 Euro zu zahlen hätte.

aa) *Die „Quotenrechtsprechung“ des V. Zivilsenats des BGH zum Kaufrecht.* Bei der Anwendung von Kaufrecht entscheidet der BGH (V. Zivilsenat)²¹ seit jeher zu Gunsten der Quote. Handelt es sich um Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums, so verteile sich der insgesamt ent-

15 *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289 (292); zustimmend *Vogel*, ZWE 2016, 442 (446); tendenziell auch *BeckOK WEG/Dötsch*, 31. Ed. 1.6.2017, § 10 Rn. 720 a. 7.

16 *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289 (292).

17 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 22.

18 *Cramer/Cziupka*, RNotZ 2016, 289 (292).

19 BGH, NZM 2010, 444 Rn. 11.

20 Das wird häufig verkannt und wenig thematisiert; näher dazu *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 53 ff.

21 BGHZ 108, 156 = NJW 1989, 2534 Rn. 20.

standene Minderwert auf die einzelnen Wohnungseigentümer, und zwar nach Maßgabe des jeweiligen Anteils am Gemeinschaftseigentum, denn die Summe der jeden einzelnen Miteigentümer treffenden Schäden (Minderwert) könne nicht größer sein als der am gemeinschaftlichen Eigentum insgesamt entstandene Minderwert.

Die Argumentation ist insoweit von bestechender Logik: Dürfte der einzelne Käufer als Schadensersatz bzw. Minderwert die Mangelbeseitigungskosten für das gesamte Gemeinschaftseigentum geltend machen, könnte er unter Umständen einen Betrag verlangen, der ein Mehrfaches des Kaufpreises ausmacht und würde somit auf einen Minderwert kommen, der den Wert, den seine Wohnung in mangelfreiem Zustand hätte, weit überstiege. Das ist theoretisch absurd, oder kann, wie es der *V. Zivilsenat* im zitierten Urteil ausdrückte, „nicht rechtens sein“. Erleichtert wurde dem *V. Zivilsenat* die Entscheidung seinerzeit dadurch, dass es vor der Schuldrechtsreform im Kaufrecht noch keinen Nacherfüllungsanspruch gab. Deshalb konnte er urteilen: „Der Anspruch ... ist auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet. ... Das bedeutet nicht, dass er Mängelbeseitigung in Natur, dh Herstellung der fehlenden Eigenschaft, verlangen könnte; denn ... einen Nachbesserungsanspruch iSd § 633 BGB kennt das gesetzliche Kaufrecht nicht.“²²

bb) *Die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH im Werkvertragsrecht: Volle Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz.* Im Werkvertragsrecht spricht der *VII. Zivilsenat* des BGH²³ demgegenüber als Schadensersatz die vollen Mangelbeseitigungskosten zu. Die Abweichung von der Rspr. des *V. Zivilsenats* konnte mit den Unterschieden zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht begründet werden. In diesem Sinne führt der *VII. Zivilsenat* im Urteil vom 25.2.1999²⁴ aus: „Eine Quotelung des Schadens wie im Kaufrecht kommt nicht in Betracht. Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch des einzelnen Bauherrn unterscheidet sich vom kaufrechtlichen Anspruch maßgeblich dadurch, dass er von der werkvertraglichen Erfolgshaftung des Auftragnehmers geprägt ist. ... Der Schadensberechnung nach den Gesamtkosten der Mängelbeseitigung im Werkvertragsrecht steht deshalb die Rechtsprechung des *V. Zivilsenats* des BGH nicht entgegen, wonach der Käufer einer Eigentumswohnung nur den Bruchteil verlangen kann, der dem gekauften Sonder Eigentum an dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet ist.“

cc) *Quotenhaftung trotz Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht nach der Schuldrechtsreform.* Allerdings gibt es seit der Schuldrechtsreform auch im Kaufrecht einen Nacherfüllungsanspruch (§ 439 BGB). Das Prinzip der „Haftung auf die Quote“ bei Anwendung von Kaufvertragsrecht hat der *V. Zivilsenat* des BGH²⁵ in seiner jüngsten Entscheidung zu dieser Frage fortgeführt. Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch des einzelnen Bauherrn unterscheidet sich vom kaufrechtlichen Anspruch maßgeblich dadurch, dass er von der werkvertraglichen Erfolgshaftung des Auftragnehmers geprägt sei. Im Kaufrecht steht der individualisierte Marktwert der erworbenen Einheit im Vordergrund. Soweit ausschließlich Kaufrecht zur Anwendung komme, verteile sich bei Mängeln des gemeinschaftlichen Eigentums der insgesamt entstandene Minderwert auf die einzelnen Wohnungseigentümer in der Regel nach Maßgabe des jeweiligen Anteils am Gemeinschaftseigentum.

Dem Ergebnis ist zuzustimmen, die Begründung ist aber nicht überzeugend. Es trifft nicht zu, sondern stellt eine

bloße Behauptung dar, dass beim Kauf einer Wohnung deren „individualisierter Marktwert“ im Vordergrund stünde. Entscheidend ist vielmehr, dass dem konkreten Kaufvertrag keine Herstellungspflicht zu Grunde liegt und deshalb keine „Erfolgshaftung“ im Sinne der Mangelfreiheit des Gemeinschaftseigentums geschuldet ist. Der Schaden des Käufers bestimmt sich auch nicht unbedingt nach dem Minderwert der Wohnung, der sich kaum beziffern lässt (und der jedenfalls nicht einfach mit den anteiligen Mangelbeseitigungskosten gleichgesetzt werden kann). Als Schaden ergibt sich – unabhängig vom Marktwert der Wohnung – der anteilige Betrag der Mangelbeseitigungskosten. Denn der Käufer ist als Miteigentümer verpflichtet, sich an den Kosten einer gemeinschaftlichen Mangelbeseitigung (die unter dem Gesichtspunkt der ordnungsmäßigen Verwaltung regelmäßig zwingend ist²⁶) zu beteiligen. Eine solche Schadensermittlung entspricht der schadensersatzrechtlichen Differenzhypothese; demnach ist der tatsächliche Vermögensstand mit dem hypothetischen Vermögensstand zu vergleichen, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Das schädigende Ereignis im Beispielfall ist der Verkauf der Wohnung in einer Anlage, deren Gemeinschaftseigentum einen ursprünglichen Baumangel aufweist. Im Grunde genommen sieht der BGH²⁷ das ebenso, denn in derselben Entscheidung, in der er die kaufrechtliche Haftung „auf die Quote“ bejahte, führte er aus: „Wird ein auf Nacherfüllung in natura gerichteter Nacherfüllungsanspruch verneint, kommt nur noch ein regelmäßig auf die Quote des Miteigentumsanteils (§ 16 II WEG) beschränkter Anspruch auf Freistellung von den Kosten zur Beseitigung des Mangels in Betracht.“ Möglicherweise wollte der BGH diesen Freistellungsanspruch als eine Art modifizierten „Nacherfüllungsanspruch“ verstanden wissen. Tatsächlich ist der Anspruch aber als Schadensersatzanspruch in der Variante „Naturalrestitution“ (§ 249 I BGB) einzuordnen. Dem Käufer steht es frei, den Geldbetrag oder die Freistellung von den entsprechenden Beitragsansprüchen der Gemeinschaft zu verlangen.

Verlangt ein Käufer den Geldbetrag, ist die Umsatzsteuer aus den Mangelbeseitigungskosten gem. § 249 I 2 BGB erst dann geschuldet, wenn sie angefallen ist, dh wenn die Mangelbeseitigung durchgeführt wurde.

III. Haftungsbeschränkungen

1. Privatverkauf

Beim Verkauf einer gebrauchten Wohnung ist ein Haftungsausschluss („gekauft wie besichtigt“) möglich und absolut üblich. Ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt findet sich in § 309 Nr. 8 b BGB: Daraus, dass die dort statuierte Unwirksamkeit formulärmäßiger Haftungsbeschränkungen ausdrücklich nur für neu hergestellte Sachen gilt, lässt sich schließen, dass eine Haftungsbeschränkung bei gebrauchten Immobilien den Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligt.

Liegt einmal der Sonderfall vor, dass eine neu hergestellte Wohnung von einem Verbraucher weiterverkauft wird, wie es etwa der Fall ist, wenn der Ersterwerber die Wohnung noch während der Bauphase weiterverkauft, ändert sich im Ergebnis nichts. Zunächst führt auch hier die in

22 BGHZ 108, 156 = NJW 1989, 2534 Rn. 18.

23 S. nur BGHZ 141, 63 = NZM 1999, 564.

24 BGHZ 141, 63 = NZM 1999, 564 (unter II 1 b).

25 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 20.

26 BGH, NZM 2015, 256 Rn. 20.

27 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 11.

diesen Fällen stets vorzunehmende „Weichenstellung“ dazu, den Vertrag nach Kaufrecht zu beurteilen, denn der Verkäufer verspricht keine Herstellung. Im Sinne des Gewährleistungsrechts ist die Wohnung nicht als „neu hergestellt“ zu betrachten. Der Käufer wird nicht rechtlos gestellt, weil ihm der Verkäufer entweder ausdrücklich oder konkludent²⁸ seine Mängelrechte gegen den Bauträger abtritt, sodass der Käufer dieselbe Rechtsposition erlangt, die er bei einem Kauf direkt vom Bauträger erlangt hätte.

2. Verkauf durch Unternehmer

Beim Bauträgervertrag und der damit verbundenen Gewährleistung nach Werkvertragsrecht kann ein Haftungsausschluss für Sachmängel formularmäßig überhaupt nicht und im Wege einer Individualvereinbarung nur unter der strengen Voraussetzung wirksam vereinbart werden, dass die Freizeichnung mit dem Erwerber unter ausführlicher notarieller Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist.²⁹ Ob und welche Haftungsbeschränkungen in solchen Fällen des Verkaufs gebrauchter Wohnungen möglich sind, ist derzeit nicht sicher. Vor der Schuldrechtsreform war ein Haftungsausschluss beim unternehmerischen Verkauf gebrauchter Sachen, auch gebrauchter Immobilien, anerkannt.³⁰ Man kann schon bezweifeln, ob diese Auffassung nach früherem Recht überzeugend war.³¹

Jedenfalls hat sich die Rechtslage durch die Schuldrechtsreform geändert, denn nun ist die Verschaffung einer mangelfreien Sache Hauptleistungspflicht.³² Trotzdem bejahte der V. Zivilsenat des BGH im Urteil vom 24.7.2015³³ in einem obiter dictum die Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses auch nach der Schuldrechtsreform, allerdings ohne Problematisierung und unter Berufung auf Rechtsprechung aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform: „Selbst bei Abverkäufen mehrerer gebrauchter Wohnungen durch denselben Verkäufer stehen dem Käufer typischerweise wegen des allgemein üblichen und selbst bei formelhafter und formularmäßiger Einbeziehung wirksamen Haftungsausschlusses für Sachmängel keine Ansprüche zur Seite.“³⁴ Dieser Auffassung hat sich ein Teil der Literatur³⁵ angeschlossen. Im Hinblick auf § 309 Nr. 7 BGB müsse nur vorgesehen sein, dass der Haftungsausschluss keine Körper- und Gesundheitsschäden oder sonstige vorsätzlichen oder grob fahrlässig herbeigeführten Pflichtverletzungen umfasse.³⁶ Teilweise³⁷ wird ein vollständiger Haftungsausschluss abgelehnt, jedoch die Möglichkeit einer zeitlichen Beschränkung der Haftung entsprechend der noch laufenden Fristen der Ersterwerber, deren Ansprüche dem Werkvertragsrecht unterfallen, bejaht. *Pause*³⁸ untermauert die Möglichkeit einer solchen Haftungsbeschränkung mit dem Hinweis darauf, dass § 475 BGB selbst für den Kauf gebrauchter beweglicher Sachen im Verbraucherkaufvertrag abweichende Vereinbarungen zulasse. Daraus ergebe sich folgende gesetzliche Wertung: „Wenn das Gesetz selbst für den Verbrauchsgüterkauf das in § 433 I 2 BGB begründete Leitbild relativiert, wird beim Kauf gebrauchter Immobilien zwar kein genereller Haftungsausschluss, aber eben doch auch eine Einschränkung der Haftung zulässig sein.“³⁹

Für die Möglichkeit der zeitlichen Angleichung wird teilweise auch eine Bemerkung aus einer Entscheidung des BGH vom 21.2.1985⁴⁰ herangezogen, wonach das Auseinanderfallen der Gewährleistungsfristen zwischen früheren und späteren Käufern ein „widersinniges Ergebnis“ sei. Diese Bemerkung war allerdings nur eine Hilfsbegrün-

dung für die Kernaussage des Urteils, die darin bestand, dass die Mängelrechte eines Erwerbers auch dann noch nach Werkvertragsrecht zu beurteilen seien, wenn die verkaufte Wohnung schon zwei Jahre lang leer stand. Trotzdem könnte man aus diesem Satz schließen, dass jedenfalls eine zeitliche Beschränkung der Haftung des Verkäufers gegenüber dem Käufer – dahingehend, dass sie erst ab dem Zeitpunkt ausgeschlossen ist, zu dem auch die Ansprüche der Erstkäufer verjähren – die Billigung des BGH finden müsste.⁴¹

3. Zwischenergebnis

Nach hM⁴² ist ein vollständiger Gewährleistungsausschluss beim Verkauf einer gebrauchten Wohnung wirksam. Demnach hat K im Beispielfall keine Ersatzansprüche gegen B. Seine Rechtsposition ist somit schlechter als die derjenigen Käufer, die zeitlich vor der Herstellung (oder bis zu zwei Jahre danach) ihre Wohnung gekauft haben, denn bei ihnen wird der Vertrag als Bauträgervertrag (mit Herstellungsverpflichtung) eingeordnet, sodass ihnen unverjährte Mängelrechte zustehen. In der Literatur wird teilweise aus Sicherheitsgründen empfohlen, die Haftung nicht ganz auszuschließen, sondern nur zeitlich so zu begrenzen, dass eine Anpassung an die Gewährleistungszeit der Ersterwerber (die unbeschränkbare Gewährleistungsansprüche nach Werkvertragsrecht geltend machen können) erfolgt.

4. Stellungnahme

Ein Ausschluss der Sachmängelhaftung beim Verkauf einer gebrauchten Wohnung vom Unternehmer an den Verbraucher ist nach der Generalklausel des § 307 I BGB bzw. (im notariellen Individualvertrag) gem. § 242 BGB als unwirksam zu betrachten, denn der Haftungsausschluss ist seit der Schuldrechtsreform mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren.⁴³ Gem. § 433 I 2 BGB ist es eine Hauptpflicht des Verkäufers, die Kaufsache „frei von Sachmängeln“ zu verschaffen; von Hauptpflichten kann sich ein Unternehmer nicht freizeichnen oder allenfalls unter den Bedingungen, die nach dem BGH erfüllt sein müssen, wenn sich ein Bauträger im Notarvertrag mit einer Klausel von der werkvertraglichen Mängelhaftung freizeichnen möchte: Eine formularmäßige Gewährleistungsregelung ist unwirksam, wenn sie nicht mit den Beteiligten unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfol-

28 Was als Regelfall zu vermuten ist (BGH, NJW 1997, 2173 = NJW-Mieter 1997, 204 (Ls.); OLG Düsseldorf, ZMR 2004, 279 = BeckRS 2003, 30331606.

29 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 16.

30 BGHZ 164, 225 = NZM 2006, 21 Rn. 20.

31 Kritisch zB Thode, jurisPR-PrivBauR 6/2016, D Anm. 6.

32 Vogel, ZWE 2016, 442 (446); Graf v. Westphalen, NJW 2002, 12 (22).

33 BGH, NZM 2015, 700.

34 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 16.

35 BeckOGK BGB/Fehrenbach, Stand 15.5.2017 § 307 Gewährleistungsklausel Rn. 48, 55; Poschitz, GWR 2016, 353 (355).

36 BeckOGK BGB/Fehrenbach (o. Fn. 35), § 307 Gewährleistungsklausel Rn. 48, 55; Poschitz, GWR 2016, 353 (355).

37 Pause, NZBau 2017, 22 (24).

38 Pause, NZBau 2017, 22 (24).

39 Pause, NZBau 2017, 22 (24).

40 BGH, NJW 1985, 1551 II 2 b bb.

41 In diese Richtung Bast, IMR 2016, 210.

42 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 16; BeckOGK BGB/Fehrenbach (o. Fn. 35), § 307 Gewährleistungsklausel Rn. 48, 55; Poschitz, GWR 2016, 353 (355).

43 So im Ergebnis auch (wenn auch teilweise mit anderem Ansatz) Vogel, ZWE 2016, 442 (446); prinzipiell auch Staudinger/Coester, BGB, 2013, § 307 Rn. 456.

gen erörtert worden ist.⁴⁴ Die Überprüfung, ob das Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentumsanlage Mängel aufweist, ist bei der „gebrauchten“ Anlage genauso schwierig wie bei einer neu hergestellten. Typischerweise ist die Feststellung von Baumängeln, die sich – wie im Beispielsfall – an unsichtbarer Stelle befinden können, sogar eher schwieriger als die Feststellung von Mängeln an beweglichen Sachen.

Beim Verbrauchsgüterkauf (Verkauf beweglicher Sachen von einem Unternehmer an einen Verbraucher) ist gem. § 475 I, II BGB ein vollständiger Haftungsausschluss unwirksam. Möglich ist allerdings eine Begrenzung der Verjährungsfrist auf bis zu einem Jahr, worunter vor allem der gewerbliche Gebrauchtwagenhandel leidet.⁴⁵ Daraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, dass eine derartige zeitliche Haftungsbeschränkung gewissermaßen „erst recht“ beim Verkauf gebrauchter Immobilien möglich sein müsse. Andersherum „wird ein Schuh daraus“: Haftungsbeschränkungen lassen sich bei gebrauchten beweglichen Sachen noch eher rechtfertigen als bei den schwieriger zu überprüfenden Immobilien. Der Umstand, dass der BGH (VII. Zivilsenat)⁴⁶ einmal in einem obiter dictum den fehlenden Gleichlauf der Verjährungsfristen bei Kauf- und Werkvertragsrecht als „widersinnig“ bezeichnet hat, darf nicht überbewertet werden. Die Bemerkung stammt aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform; daraus kann heute nicht geschlossen werden, dass eine Beschränkung der Mängelansprüche des Käufers wirksam ist, nur um einen zeitlichen Gleichlauf der Mängelansprüche aller Erwerber herzustellen. Ein solcher Gleichlauf ist zudem gar nicht herzustellen, denn für jeden Erwerber können – abhängig vom Zeitpunkt der individuellen Abnahmeerklärung – die Gewährleistungsfristen zu verschiedenen Zeiten ablaufen.

IV. Verbandszuständigkeit für die Geltendmachung kaufrechtlicher Mängelansprüche

Der Gewährleistungsausschluss greift nicht, wenn der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat; dann ist der Haftungsausschluss gem. § 444 BGB unwirksam. Angenommen im Beispielsfall habe B die Mängel des Gemeinschaftseigentums arglistig verschwiegen (so in der Abwandlung des Beispielsfalls, s. o. II 1). Dann stehen K Mängelrechte (Sekundäransprüche auf Schadensersatz oder Minderung) zu.

Nachfolgend soll beleuchtet werden, welche Rolle die Wohnungseigentümergeinschaft in dieser Variante spielt. Ist K ohne Beschluss der Gemeinschaft zur Geltendmachung der Mängelansprüche befugt? Wurde ihm die Befugnis durch den Vergemeinschaftungsbeschluss entzogen?

1. Originäre („geborene“) Gemeinschaftsbezogenheit der Mängelansprüche

Zu klären ist die Frage, ob die kaufrechtlichen Sekundäransprüche (Schadensersatz, Minderung) iSv § 10 VI 3 Hs. 1 WEG originär („geborene“) gemeinschaftsbezogen sind. Dies ist nach einer wertenden Betrachtungsweise zu bestimmen. Es kommt darauf an, ob die ausschließliche Geltendmachung bzw. Erfüllung durch die Gemeinschaft unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Verwaltung erforderlich ist.⁴⁷

Würde es sich um einen Bauträgervertrag und um eine Mängelhaftung nach Werkvertragsrecht handeln, wären die Rechte auf Minderung und den kleinen Schadens-

ersatz wegen behebbarer Mängel am Gemeinschaftseigentum als gemeinschaftsbezogen zu qualifizieren. K wäre mit der Geltendmachung seiner individualvertraglichen Rechte ausgeschlossen.⁴⁸ Ein wesentlicher Grund dafür ist der Schuldnerschutz. Der Bauträger soll vor einer doppelten Inanspruchnahme durch mehrere Erwerber geschützt werden. Es könnte sonst die Situation eintreten, dass ein Erwerber Minderung oder Schadensersatz geltend macht, während ein anderer Erwerber Nacherfüllung verlangt. Führt der Bauträger dann gezwungenermaßen eine Mängelbeseitigung durch, erhielte derjenige Erwerber, der sein Minderungsrecht bereits ausgeübt hat, trotzdem eine mangelfreie Werkleistung.

Eigentlich müssten die beim Bauträgervertrag angestellten Überlegungen im Beispielsfall dazu führen, den Anspruch des K auf Schadensersatz bzw. Minderung aus dem Kaufvertrag ebenfalls als originär gemeinschaftsbezogen einzuordnen. Denn diejenigen Miteigentümer, die ihre Wohnungen als Ersterwerber von B gekauft haben, können von B Nacherfüllung verlangen, weshalb man aus Gründen des Schuldnerschutzes K den Anspruch auf Schadensersatz verweigern bzw. der Beschlussfassung der Gemeinschaft vorbehalten müsste. Dann aber wäre K rechtlos gestellt, denn einen Primäranspruch auf Nacherfüllung hat er nicht (s. o. II. 1). Zutreffend wendet der BGH (V. Zivilsenat)⁴⁹ die für den Bauträgervertrag entwickelten Grundsätze deshalb nicht auf die kaufrechtlichen Mängelrechte an: „Allein nach Kaufrecht zu beurteilende Ansprüche auf Minderung und so genannte kleinen Schadensersatz fallen jedenfalls dann nicht in den Anwendungsbereich des § 10 VI 3 Hs. 2 WEG, wenn eine gebrauchte Eigentumswohnung unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel verkauft und eine Beschaffenheitsgarantie nicht vereinbart worden ist.“ Die Einschränkung („jedemfalls dann nicht, wenn ...“) ist offenkundig dem Bemühen geschuldet, nicht mehr als zur Entscheidung des Einzelfalls unbedingt nötig in das Urteil aufzunehmen. Trotz dieser Einschränkung ist der Widerspruch zur Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH nicht zu leugnen. Denn im Beispielsfall erleidet B nun gerade das Schicksal, vor dem er geschützt werden sollte: Er haftet (gegenüber den Ersterwerbern) auf Nacherfüllung und ist zugleich (gegenüber K) zum Schadensersatz verpflichtet. Der BGH⁵⁰ versucht, aufkeimende Bedenken zunächst mit Blick auf die vermeintliche Seltenheit des Falls zu zerstreuen. Die Situation der doppelten Inanspruchnahme des Verkäufers beim Verkauf gebrauchter Wohnungen stelle eher eine Ausnahme dar, „weil die Verträge typischerweise mit verschiedenen Verkäufern geschlossen werden“. Derartige im tatsächlichen Bereich angesiedelten „Wahrschein-

44 BGHZ 164, 225 = NZM 2006, 21 Rn. 30.

45 Eine transparente und damit wirksame Klausel zu finden ist schwierig. BGH, NJW 2015, 2244, erklärte die einschlägige Klausel in den „AGB für den Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge des Zentralverbandes Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e.V.“, Fassung 2008, für unwirksam. In den aktuellen AGB (Stand 2015) wird versucht, die Schadensersatzhaftung auf die Verletzung „vertragswesentlicher Pflichten, etwa solcher, die der Kaufvertrag dem Verkäufer nach seinem Inhalt und Zweck gerade auferlegen will oder deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Kaufvertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Käufer regelmäßig vertraut und vertrauen darf“ zu begrenzen.

46 BGH, NJW 1985, 1551.

47 BGH, NZM 2014, 277 Rn. 6.

48 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 9.

49 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 11. Zustimmend BeckOK WEG/Dötsch (o. Fn. 15), § 10 Rn. 720.

50 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 18.

lichkeitsberechnungen“ sind zur Einordnung rechtlicher Fragen indes wenig hilfreich.

Überzeugend ist hingegen der Vorschlag, den der BGH⁵¹ zur Lösung des Problems der doppelten Inanspruchnahme macht, indem er dem Verkäufer gegen den Erwerber, der mit Erfolg sekundäre Mängelrechte geltend gemacht hat, bei ordnungsgemäß durchgeführter Nachbesserung nach § 812 I 2 Hs. 1 BGB einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich zuspricht. Dieser Überlegung ist zuzustimmen. Sie gilt aber genauso bzw. erst recht beim Bauträgervertrag. Stimmen in der Literatur⁵² stellen deshalb die angebliche Schutzbedürftigkeit des Bauträgers und die Annahme der hM, dass die sekundären Mängelrechte beim Bauträgervertrag originär gemeinschaftsbezogen seien, in Frage.⁵³ Sie plädieren dafür, dass jeder Erwerber unabhängig von einem Beschluss der Gemeinschaft dazu befugt sein muss, bei Mängeln des Gemeinschaftseigentums Minderung bzw. Schadensersatz geltend zu machen. Indem der BGH (V. Zivilsenat)⁵⁴ den kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch nicht in die „geborene“ Zuständigkeit der Gemeinschaft verweist und zur Begründung auch noch Autoren zitiert, die die Gemeinschaftsbezogenheit der werkvertraglichen Sekundäransprüche leugnen, liegt ein klarer Widerspruch zur Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH⁵⁵ vor.

Dieser Widerspruch ist nur in der Weise aufzulösen, dass die Auffassung von der „Schutzbedürftigkeit des Bauträgers“ und der angeblichen originären Gemeinschaftsbezogenheit der sekundären Mängelrechte aufgegeben wird. Abgesehen davon, dass (nach hiesiger Überzeugung) insoweit schon immer die besseren Argumente gegen die hM sprachen, kommt eine Auflösung des Widerspruchs dergestalt, dass der V. Zivilsenat des BGH die kaufrechtlichen Sekundäransprüche doch wieder als originär gemeinschaftsbezogen qualifiziert, nicht in Betracht. Denn sonst könnte ein Käufer, dem aus der Natur der Sache heraus im Ergebnis kein Primäranspruch auf Mangelbeseitigung zusteht, überhaupt keine Mängelansprüche geltend machen.

2. Übertragene („gekorene“) Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Dass die kaufrechtlichen Mängelansprüche, wie gezeigt, nicht originär gemeinschaftsbezogen sind, bedeutet nicht zwingend, dass die Gemeinschaft sie nicht gem. § 10 VI 3 Hs. 2 WEG an sich ziehen („vergemeinschaften“) könnte. Diese Möglichkeit hat der BGH bejaht.⁵⁶ Wenn ein von der Wohnungseigentümergeinschaft gefasster Vergemeinschaftungsbeschluss auch die Mängelansprüche des K erfassen würde, könnte K sie selbst nicht mehr geltend machen. Denn eine Folge der „Vergemeinschaftung“ ist der Verlust der eigenen Anspruchsbefugnis (bzw. im Prozess der Prozessführungsbefugnis).⁵⁷

Fraglich ist, ob das Zugriffsrecht der Wohnungseigentümergeinschaft besteht. Sonstige Rechte iSd § 10 VI 3 Hs. 2 WEG sind solche, die sämtlichen Eigentümern zustehen und von allen gemeinschaftlich geltend gemacht werden können.⁵⁸ Diese Voraussetzungen liegen im Beispielfall vor. Mängel des Gemeinschaftseigentums führen zwangsläufig dazu, dass sämtlichen Eigentümern Ansprüche zustehen können; es kommt nicht darauf an, dass ihnen tatsächlich Ansprüche zustehen. Zwar haben die nach Kaufrecht zu bestimmenden Ansprüche späterer Erwerber einen anderen Inhalt als die nach Werkvertragsrecht zu bestimmenden Ansprüche der früheren Erwerber, aber das ist nicht entscheidend. Ebenso, wie die Woh-

nungseigentümergeinschaft die werkvertraglichen Mängelansprüche vergemeinschaften kann, auch wenn nicht alle Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft (unverjährte) werkvertragliche Ansprüche haben, kann sie kaufvertragliche Mängelansprüche vergemeinschaften, obwohl diese nicht allen, sondern vielleicht nur einem Miteigentümer zustehen.

Eine Entscheidung des BGH (VII. Zivilsenat)⁵⁹ liegt zu dieser Frage nur in Bezug auf die primären Mängelansprüche vor. Dabei lässt es der BGH offen, was er als Inhalt des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs ansieht. Der BGH lässt eine Vergemeinschaftung der Rechte auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums durch Mehrheitsbeschluss auch für kaufvertragliche Nacherfüllungsansprüche der Erwerber gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB betreffend das Gemeinschaftseigentum zu, „wenn diese Ansprüche – wie die werkvertraglichen Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche – jeweils in vollem Umfang auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum und damit auf das gleiche Ziel gerichtet sind.“⁶⁰ Die Einschränkung, „wenn diese Ansprüche auf Mangelbeseitigung gerichtet sind“, ist entscheidend, denn das sind sie nicht. Einen nicht bestehenden Anspruch kann die Gemeinschaft nicht vergemeinschaften. Wenn es ihn gäbe, stünde seiner Vergemeinschaftung nichts entgegen.

Die Frage, ob die Wohnungseigentümergeinschaft die kaufrechtlichen Sekundäransprüche (Schadensersatz, Minderung) vergemeinschaften kann, ist gerichtlich noch nicht entschieden. ME ist die Frage zu bejahen.⁶¹ Dem steht nicht entgegen, dass der Ersatzanspruch nur in Höhe der „Quote“ besteht und die übrigen Eigentümer insofern „nichts angeht“. Der Anspruch kann theoretisch allen Eigentümern (quotal) zustehen; das genügt als Bedingung der Vergemeinschaftung.

Im Beispielfall kann K also in Folge des Vergemeinschaftungsbeschlusses keine Ansprüche auf Schadensersatz gegen B geltend machen. Gegen dieses Ergebnis ist nichts einzuwenden, wenn und weil die Wohnungseigentümergeinschaft sich zugleich um die Beseitigung des Mangels kümmert und entsprechende Ansprüche gegen B (auf der Basis der ebenfalls vergemeinschafteten werkvertraglichen Erfüllungsansprüche anderer Erwerber) verfolgt. Denn K dürfte eine gegen B durchgesetzte Schadensersatzzahlung im Ergebnis nicht behalten, sondern müsste sie nach erfolgter Mangelbeseitigung nach Bereicherungsrecht wieder zurückzahlen. Der Vergemeinschaftungsbeschluss ist vor diesem Hintergrund rechtmäßig. Ein anderes Ergebnis würde auch zu praktischen Problemen führen, denn die Wohnungseigentümer wissen bei der Beschlussfassung nicht unbedingt, ob sich in ihren Reihen auch Mitglieder befinden, deren Ansprüche nach Kaufrecht zu beurteilen sind. Müsste ein Vergemeinschaftungs-

51 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 23.

52 Derleder, ZWE 2009, 1; Ott, NZM 2007, 505 (507); Baer, BTR 2006, 113 (121); alle von BGH, NZM 2015, 700 Rn. 18 bezogen.

53 Aktuell wieder Ott, ZWE 2017, 106 (110).

54 BGH, NZM 2015, 700.

55 St. Rspr seit BGHZ 74, 258 = NJW 1079, 2207; weitere Nachw. s. BGH, NZM 2015, 700.

56 BGH, NZM 2015, 700 Rn. 13.

57 BGHZ 203, 327 = NZM 2015, 220 Rn. 7.

58 BeckOK WEG/Dötsch (o. Fn. 15), § 10 Rn. 545.

59 BGH, NZM 2016, 366.

60 BGH, NZM 2016, 366 Rn. 18.

61 Ebenso Vogel, ZWE 2016, 442 (447).

beschluss darauf Rücksicht nehmen, wäre die Beschlussfassung stark erschwert.

V. Zusammenfassung und abschließende Empfehlungen

Nach hM kann der unternehmerisch handelnde Verkäufer einer „gebrauchten“ (nicht neu hergestellten) Eigentumswohnung seine Haftung für Sachmängel ausschließen. Entscheidend ist, dass der Kaufvertrag keine Herstellungsverpflichtung beinhaltet. Die Einordnung des Vertrags über eine „gebrauchte“ Wohnung erfolgt in der Regel nach Kaufrecht, wenn die Wohnung vor dem Verkauf mehr als zwei Jahre lang genutzt wurde. Der Gewährleistungsausschluss kann wie folgt lauten:

Formulierungsbeispiel für einen Gewährleistungsausschluss im Kaufvertrag: Der Käufer kauft eine gebrauchte Wohnung. Der Verkäufer schuldet keinen Neubauzustand. Ansprüche des Käufers wegen Mängeln des Sonder- und des Gemeinschaftseigentums sind ausgeschlossen. Der Ausschluss gilt insbesondere für etwaige ursprüngliche Baumängel, also solche, die nicht auf der Abnutzung des Gebäudes und der Wohnung beruhen. Der Verkäufer versichert, dass ihm solche ursprünglichen Baumängel nicht bekannt sind. Der Haftungsausschluss gilt nicht für Schäden, die auf einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers, seines gesetzlichen Vertreters oder seines Erfüllungsgehilfen beruhen sowie bei der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit.

Ist der Verkauf gebrauchter Wohnungen wegen der Möglichkeit, einen Haftungsausschluss für Sachmängel zu vereinbaren, für Bauträger eine Alternative zum herkömmlichen Verkauf neu hergestellter Wohnungen? Wohl kaum.

In der Regel ist der Bauträger zur Finanzierung des Bauvorhabens auf die nach Baufortschritt geleisteten Zahlungen der Erwerber angewiesen. Außerdem erzielt eine Wohnung im vermieteten Zustand bekanntlich einen geringeren Kaufpreis als eine leer stehende; allein in Folge der Vermietung müsste der Bauträger einen Kaufpreisabschlag von schätzungsweise 10 bis 20 % hinnehmen. Eine Befristung des Mietvertrags oder die Vereinbarung eines Sonderkündigungsrechts für den Fall des Verkaufs ist mietrechtlich nicht möglich (§ 575 BGB). Einem Bauträger ist vielmehr zu empfehlen, bei der Veräußerung neu hergestellter Wohnungen sich seiner Mängelhaftung konstruktiv zu stellen. Anstatt, wie es bislang verbreiteter Vorgehensweise entspricht, den Versuch zu unternehmen, aufgetretene Mängel zu leugnen und auf den Eintritt der Verjährung zu hoffen, sollte der Bauträger aus eigenem Interesse alles daran setzen, dass Mängel frühzeitig festgestellt und verfolgt werden. Denn nur dann kann er seine Subunternehmer beizeiten in die Haftung nehmen, anstatt auf dem Schaden „sitzen zu bleiben“.