

## **BAUMÄNGEL IN DER WEG-VERWALTUNG**

### **Inhaltsverzeichnis der Themen und Referenten:**

<b>Teil 1:</b> <b>Bauträgervertragsgestaltung – Dr. Bodo W. Brandau</b>	<b>2</b>
<b>Teil 2:</b> <b>Mängel und Ansprüche der WEG - Matthias Janitz</b>	<b>4</b>
<b>Teil 3:</b> <b>Vorgehensweise der WEG - Heinz Peter Denda</b>	<b>13</b>
<b>Teil 4:</b> <b>Versicherungsrechtliche Betrachtung – Rainer Sciborski</b>	<b>20</b>
<b>Teil 5:</b> <b>Platz für Ihre Notizen</b>	<b>23</b>

### I. Bauvertrag

- 1) Vertrag eines Gewerbetreibenden, der auf eigenem Grundstück in eigenem Namen und auf eigenes Risiko ein Bauvorhaben vorfinanziert.
- 2) Mängelrechte richten sich nach Werkvertragsrecht.
- 3) Für Sachmängel an Gebäuden haftet der Bauträger 5 Jahre ab Abnahme; für Grund und Boden kann Haftung ausgeschlossen werden, nicht für Bodenqualität und die Bebaubarkeit des Grundstücks.
- 4)
  - a) Baubeschreibung → Transparenz-Gebot „Klar und verständlich“  
Abweichung führt zu Mangel,
  - b) Funktionaler Werkerfolg,
  - c) Prospektangaben,
  - d) Stand der Technik bei Abnahme,
  - e) Änderungsvorbehalte,
  - f) Wohnfläche, Toleranzen,
  - g) Verschleiß im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs ist kein Mangel.
- 5) Schiedsgutachterklausel,  
zulässig und wirksam, soweit der Rechtsweg nicht abgeschnitten wird.
- 6) vollständige Fertigstellung = letzte Rate = Beseitigung aller bis zum Zeitpunkt der Zahlung bekannter Mängel und Restarbeiten.
- 7) vorletzte Rate = Besitzübergang → setzt keine Abnahme voraus.
- 8) Abnahme:
  - a) Definition: Entgegennahme der Leistung und ihre Billigung als in der Hauptsache vertragsgerecht,
  - b) Verweigerungsrecht, wenn Werkleistung Mängel aufweist,
  - c) Teilabnahme.
- 9) Insbesondere: Abnahme Gemeinschaftseigentum
  - a) grundsätzlich jeder Erwerber selbst,
  - b) Abnahme durch Verwalter,
  - c) Abnahme durch Sachverständigen,
  - d) Teilnahmerecht der Erwerber,
  - e) Vollmacht widerruflich,
  - f) Bekanntgabe der Abnahme an Erwerber.
- 10) Sach- und Rechtsmängel → Baurecht.
- 11) Einschränkung der Mängelhaftung
  - a) grundsätzlich Nacherfüllung,
  - b) Minderung,
  - c) Rücktrittsrecht, wenn kein unerheblicher Mangel.

## **II. Fertiggestelltes Objekt**

- 1) Neu, wenn innerhalb von 5 Jahren verkauft wird und nicht über längeren Zeitraum vermietet war.
- 2) Abnahme im Vertrag, ggf. Abnahmevorbehalt
- 3) Gewährleistung Gemeinschaftseigentum beim Nachzügler
  - a) Grundsatz: volle Gewährleistung ab Abnahme,
  - b) Fristangleichung.

## **III. Altbausanierung**

- 1) Baubeschreibung,
- 2) Grundsätzlich auch hier MaBV (Makler- und Bauträgerverordnung),
- 3) § 632a BGB,
- 4) Mängelhaftung
  - a) alter, unveränderter Zustand,
  - b) Verpflichtung zu baulichen Maßnahmen, jedoch zur Altbausubstanz nicht überwiegend,
  - c) umfassende Modernisierung,
  - d) Verpflichtung zur Untersuchung der Altbausubstanz

### I. Überblick: Mangelbegriff - Mängelrechte

#### 1) Begriff des Sachmangels

Übereinstimmender Mangelbegriff für

- Grundstücksmängel nach Kaufrecht (§ 434 Abs. 1 BGB)
- Baumängel nach Werkvertragsrecht (§ 633 Abs. 2 BGB)

Das Objekt im Zeitpunkt der Abnahme

- hat nicht die vereinbarte Beschaffenheit (ggf. Zusicherung/Garantie),
- ist nicht geeignet für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung,
- ist nicht geeignet für die Verwendung, wie sie bei Objekten dieser Art üblich ist und erwartet werden kann.

#### 2) Beispiele für Sachmängel am Grundstück:

- Schlechte Baugrundbeschaffenheit, Altlasten,
- Nutzungsbeschränkung nach öffentlichem Recht.

#### 3) Begriff des Rechtsmangels (§ 435 BGB / § 633 Abs. 3 BGB):

Das Objekt ist nur frei von Rechten Dritter, wenn Dritte in Bezug auf das Objekt keine Rechte bzw. nur solche Rechte, die der Erwerber im Vertrag übernommen hat, geltend machen können. Beispiele:

- Nutzungsbeschränkung lt. Teilungserklärung (z.B. Speicher kein Wohnraum),
- Öffentlich-rechtliche Veränderungssperre,
- Fehlende Einräumung eines Sondernutzungsrechts (z.B. Stellplatz/ Alleinbenutzung Stellplatz).

#### 4) Katalog der Mängelrechte nach Werkvertragsrecht:

- Nacherfüllung (Mängelbeseitigung),
- Selbstvornahme der Mängelbeseitigung,
- Aufwendungsersatz und Vorschuss,
- Rücktritt vom Vertrag,
- Minderung,
- Schadensersatz („kleiner/großer Schadenersatz“).

Unterschiede zu den Mängelrechten nach Kaufrecht:

- Nach Kaufrecht kein Recht auf Selbstvornahme mit Ansprüchen auf Aufwendungsersatz und Vorschusszahlung,
- Verjährungsfrist bei Grundstücksmängeln: 2 Jahre ab Übergabe des Grundstücks.

## **II. Einzelheiten zu den Mängelrechten:**

### **1) Anspruch auf Nacherfüllung = Mängelbeseitigung (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB)**

- a) Setzt hinreichend konkrete Mängelrüge voraus. Es genügt aber die Beschreibung des Mängelphänomens, die (mutmaßliche) Ursache muss nicht benannt werden.
- b) Fristsetzung ist eigentlich nicht erforderlich, aber zweckmäßig, da alle nachfolgenden Ansprüche (Gewährleistungsrechte) grundsätzlich eine Fristsetzung voraussetzen.
- c) Der Anspruch ist gerichtet auf die Herstellung eines vertragsgemäßen, mängelfreien Zustandes gerichtet auf Kosten des Unternehmers, notfalls durch Neuherstellung. Der Unternehmer muss auf eigene Kosten auch die Ursachen der Mängel abklären und dauerhaft beseitigen. Er trägt auch die Kosten der Vorbereitung und Nebenarbeiten, einschließlich der Beseitigung von Schäden am Eigentum des Bestellers, die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.
- d) Nicht zu den Mängelbeseitigungskosten gehören z. B. Verdienstausfall oder Gutachterkosten des Bestellers (diese sind ggf. im Wege des Schadensersatzes geltend zu machen).
- e) Der Unternehmer hat ein Nachbesserungsrecht. Er bestimmt daher grundsätzlich selbst über die Art und Weise der Nachbesserung. Konkrete Vorgaben an den Unternehmer können zulässig sein, wenn es nur eine einzig richtige Vorgehensweise gibt oder die Nachbesserungsversuche des Unternehmers erkennbar untauglich sind.
- f) Der Bauträger kann die Einrede der Unverhältnismäßigkeit (z. B. bei „optischen Mängeln“) nur erheben, wenn der durch die Nachbesserung zu erwartende Vorteil in keinem vernünftigen Verhältnis zum Aufwand steht. Dabei sind alle Umstände abzuwägen, insbesondere das Leistungsinteresse der Erwerber.
- g) Problematik der Zwangsvollstreckung: Der auf Mängelbeseitigung gerichtete Titel muss bezüglich der Mängel hinreichend bestimmt sein, ohne konkrete Maßnahmen zu bezeichnen. Das erschwert Überprüfung, ob titulierter Anspruch erfüllt wurde. Bei Nichterfüllung: Ermächtigungsbeschluss zur Ersatzvornahme nach § 887 ZPO mit Kostenvorauszahlung.

### **2) Selbstvornahme zur Mängelbeseitigung (§§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB)**

- a) Setzt Mängelrüge mit angemessener Fristsetzung und erfolglosen Fristablauf voraus.
- b) Mit der Ausübung des Selbstvornahmerechts erlischt der Nacherfüllungsanspruch!

### **3) Aufwendungsersatz (§§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB)**

- a) Setzt Mängelrüge mit angemessener Fristsetzung und erfolglosen Fristablauf voraus.

- b) Der Anspruch ist gerichtet auf Zahlung in Höhe der objektiv erforderlichen Aufwendungen zur Mängelbeseitigung; Maßstab: Sichtweise eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Bauherrn.
- c) Zu den Aufwendungen gehören auch
  - die Kosten für das Auffinden der Mängelursache,
  - eigene Arbeitsleistungen von Erwerbern – im Prozess ggf. zu schätzen,
  - Kosten zur Beseitigung von Begleitschäden,
  - teurere Mängelbeseitigungsmaßnahmen – bei Beauftragung eines, Drittunternehmens spricht Anscheins-Beweis für die Erforderlichkeit der Kosten,
  - ggf. Kosten einer erfolglosen Selbstvornahme.

#### **4) Vorschussanspruch (§§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB)**

- a) Setzt Mängelrüge mit angemessener Fristsetzung und erfolglosen Fristablauf voraus.
- b) Der Anspruch ist gerichtet auf Vorschusszahlung in Höhe derjenigen Aufwendungen, die voraussichtlich zur Mängelbeseitigung erforderlich sind; einschließlich Kosten für notwendige Vor- und Nacharbeiten, für die Untersuchung und Feststellung der Mängel (Gutachterkosten), sowie Regiekosten. Nicht eingeschlossen: merkantiler Minderwert.
- c) Nachweis durch seriöse Kostenschätzung – d. h. Kostenvoranschlag (einer genügt, keine Ausschreibung erforderlich) oder Privatgutachten, sicherer durch gerichtliches selbständiges Beweisverfahren.
- d) Der gerichtlich titulierte Vorschussanspruch ist vorläufiger Natur, tatsächlich höhere Kosten sind damit nicht ausgeschlossen. Nachforderungen auf den Vorschuss sind ebenfalls möglich; ggf. auch durch zweiten Vorschussprozess (Verjährungshemmung überwachen!).
- e) Unternehmer kann Verwendung des gezahlten Vorschusses zur Mängelbeseitigung und anschließende Abrechnung verlangen – für die Verwendungspflicht gilt keine starre Zeitgrenze, aber Risiko bei Zuwarten von mehr als 6 Monaten.

#### **5) Rücktritt (§§ 634 Nr. 3, 636 BGB)**

- a) Setzt Mängelrüge mit angemessener Fristsetzung und erfolglosen Fristablauf voraus.
- b) Rücktritt ist nur bei erheblichen (= wesentlichen) Mängeln zulässig.
- c) Rücktrittserklärung gestaltet den Vertrag um in ein Rückgewähr- und Abwicklungsverhältnis; kein Widerruf der Rücktrittserklärung möglich.
- d) Nach einem Rücktritt können Ansprüche auf Nacherfüllung, Selbstvornahme mit Aufwendungsersatz/Vorschuss sowie Minderung nicht mehr geltend gemacht werden, wohl aber kleiner und großer Schadensersatz.

## 6) Minderung (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB)

- a) Setzt Mängelrüge mit angemessener Fristsetzung und erfolglosen Fristablauf voraus.
- b) Berechnung des Minderwertes grundsätzlich durch rechnerische Gegenüberstellung von Verkehrswert und vereinbarter Vergütung, jeweils mit und ohne Mangel. Der Minderwert setzt sich in der Regel zusammen aus:
  - Kosten einer etwaigen Mängelbeseitigung,
  - Merkantiler Minderwert,
  - Etwaiger verbleibender technischer Minderwert.
- c) Kommt eine Mängelbeseitigung wegen Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit nicht in Betracht, bleiben die (hypothetischen) Kosten der Mängelbeseitigung außer Betracht.
- d) Minderungsbetrag bezogen auf jeden einzelnen Erwerber/Wohnungseigentümer nur in Höhe der seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Quote.

## 7) Kleiner Schadensersatz – „Schadensersatz statt der Leistung“ - (§§ 634 Nr. 4, 280, 281, 283, 311a BGB)

- a) Setzt i. d. R. Mängelrüge mit angemessener Fristsetzung und erfolglosen Fristablauf voraus, jedenfalls bezüglich der eigentlichen Mangelschäden. Ist zu erkennen, dass die Nacherfüllung erfolglos bleiben wird, muss Fristablauf u. U. nicht abgewartet werden (riskant!).
- b) Zusätzlich ist erforderlich, dass der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat.
- c) Anspruch ist gerichtet auf Geldersatz für die Mangelschäden, also i. d. R. die Kosten der Mängelbeseitigung. Die Geltendmachung schließt Ansprüche auf Erfüllung / Nacherfüllung aus.
- d) Schadensersatz kann auch wegen Mangelfolgeschäden geltend gemacht werden, die an anderen Rechtsgütern des Erwerbers eingetreten sind, ebenso wegen derjenigen Schäden, die durch eine Mängelbeseitigung nicht beseitigt werden können (z. B. merkantiler oder technischer Minderwert). Eine vorherige Fristsetzung ist bei diesen Forderungen entbehrlich. Neben diesen Schadensersatzansprüchen sind Ansprüche auf Mängelbeseitigung nicht ausgeschlossen.
- e) Der Schadensersatzanspruch muss der Höhe nach konkret dargelegt und bewiesen werden (im Unterschied zum Vorschussanspruch).
- f) Tatsächliche Verwendung des Geldersatzes ist dem Erwerber bzw. der WEG freigestellt.
- g) Nutzungsausfall als ersatzfähiger Schaden? Wird anerkannt für Wohnräume, die für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung sind; umstritten bei Garage, Terrasse, Hobbykeller.

**8) Großer Schadensersatz – „statt der ganzen Leistung“ – (§§ 634 Nr. 4, 281 Abs. 5 BGB)**

- a) Setzt Mängelrüge mit angemessener Fristsetzung und erfolglosen Fristablauf voraus.
- b) Großer Schadensersatz ist gerichtet auf Rückgewähr der beiderseits erbrachten Leistungen (wie Rücktritt), zuzüglich Ersatz der weitergehenden Vermögensschäden, die dem Erwerber durch die mangelhafte Leistung entstanden sind (z. B. Finanzierungskosten etc.).
- c) Zulässig nur bei erheblichen Mängeln.
- d) Bei der Schadensberechnung findet häufig ein Vorteilsausgleich statt; z. B. sind Mieteinnahmen bzw. Wohnwert abzüglich Erhaltungsaufwand auf den Vermögensnachteil anzurechnen.

**9) Allgemein zur Fristsetzung:**

- a) Mit Ausnahme der Nacherfüllung setzen alle Mängelansprüche grundsätzlich eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung und den erfolglosen Fristablauf voraus.
- b) Die Frist muss angemessen sein. Zu berücksichtigen sind notwendige Vorbereitungszeiten (Baustelleneinrichtung, Materialbeschaffung etc.), im Übrigen kann erwartet werden, dass die Mängelbeseitigung schleunigst begonnen und zügig durchgeführt wird. Bei Unangemessenheit gilt stattdessen die objektiv angemessene Frist.
- c) Als Fristsetzung unzureichend sind z. B. bloße Aufforderungen
  - innerhalb einer bestimmten Frist die Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu bestätigen,
  - die Mängelbeseitigung binnen kurzer Frist zu beginnen und dann schnellstmöglich abzuschließen,
  - innerhalb einer bestimmten Frist ein Mängelbeseitigungskonzept vorzulegen,
  - innerhalb einer bestimmten Frist die Beauftragung eines Drittunternehmers nachzuweisen.
- d) Sinnvoll kann es sein, eine kurze Frist zur Bestätigung der Erfüllungsbereitschaft zu setzen, wenn gleichzeitig eine Frist zur Durchführung der Mängelbeseitigung gesetzt wird.
- e) Unnötig und kontraproduktiv ist es, die Ablehnung der Nachbesserung im Falle der Nichterfüllung schon bei der Fristsetzung zu erklären. Denn damit erlischt der Nacherfüllungsanspruch automatisch und u. U. ungewollt mit Fristablauf.
- f) Wird eine Fristüberschreitung des Bauträgers von den Erwerbern geduldet, tritt häufig eine stillschweigende Fristverlängerung ein. Dann ist zur Ausübung der Mängelrechte i. d. R. eine neuerliche Fristsetzung geboten.
- g) Ausnahmsweise ist eine Fristsetzung entbehrlich:
  - Wenn der Bauträger die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Das Bestreiten von Mängeln oder der Verantwortlichkeit genügt nicht, wenn Bauträger signalisiert, dass er sich gleichwohl mit den Mängeln befassen will;



Anerbieten der Mängelbeseitigung nur gegen Vergütung kann als endgültiges Ablehnen der Gewährleistungspflicht zu bewerten sein;

- Wenn die Mängelbeseitigung endgültig und dauerhaft fehlgeschlagen ist;
- Wenn die Mängelbeseitigung durch den Bauträger und das Abwarten für die Erwerber unzumutbar (geworden) ist (schwerwiegender Vertrauensverlust, Unfähigkeit des Unternehmers) – enger Ausnahmetatbestand!
- Wenn die Mängelbeseitigung objektiv unmöglich ist;
- Bei Gefahr im Verzug;
- Bei mangelbedingten Schäden, die durch Nachbesserung nicht beseitigt werden können.

## 10) Verjährungsfragen

### a) Verjährungsfristen

- Baumängel: 5 Jahre ab Abnahme
- Grundstücksmängel: 2 Jahre ab Übergabe

### b) Verjährungshemmende Maßnahmen:

- In der Regel sind gerichtliche Maßnahmen erforderlich: Mahnbescheid, Klage, Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens,
- Mängelrüge als solche hemmt Verjährung nicht!
- u. U. Verjährungshemmung durch „Verhandeln“ (§ 203 BGB): Wenn der Bauträger zu erkennen gibt, dass er sich mit Mängelansprüchen befassen will (auch wenn er sie zunächst bestreitet), so ist die Verjährung ab dem Zeitpunkt der Mängelrüge für die Dauer der Überprüfung bis zur Fertigmeldung oder endgültigen Ablehnungserklärung des Bauträgers gehemmt. Verläuft die Angelegenheit „im Sande“, endet die Hemmung in dem Zeitpunkt, zu dem eine Rückäußerung einer Vertragspartei zu erwarten war.
- Anerkenntniserklärung des Bauträgers? Risiko!

## III. Ausübungsbefugnis zur Durchsetzung von Mängelrechten

### 1) Mängel des Sondereigentums

Sondereigentum sind gemäß § 5 Abs. 1 WEG v. a. die in der Teilungserklärung als solche bestimmten

*„... Räume sowie die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird.“*

Wesentliche Bestandteile eines Raumes sind z. B. nicht tragenden Innenwände und Türen, Innentreppen, Wand- und Deckenputz, Innenanstrich, Tapeten, Fußbodenbelag, Badewannen, Duschen, Waschbecken, Wasserhähne, Bodenheizungen, Markisen,

Rollläden; Versorgungsleitungen für Wasser, Abwasser, Strom, Heizung oder Gas jeweils ab Übergang der Leitung in die Räume eines einzelnen Sondereigentums.

Zur Ausübung der Mängelrechte ist allein der betroffene Erwerber befugt, keine Zuständigkeit der WEG oder der anderen Wohnungseigentümer.

Ausnahme: Ermächtigung des Eigentümers an WEG.

## 2) Mängel am Gemeinschaftseigentum

Gemeinschaftseigentum sind gemäß § 5 Abs. 2 WEG

*„Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, ...“*

Grundlage der Mängelrechte sind die jeweils von den Erwerbern mit dem Bauträger geschlossenen individuellen Verträge. Daher kann jeder einzelne Erwerber grundsätzlich auch mängelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums verlangen und Mängelrechte ausüben. Dazu gehört die vorgerichtliche Schaffung der Anspruchsvoraussetzungen, namentlich durch Mängelrüge mit Fristsetzung, sowie die gerichtliche Durchsetzung. Die Ausübung der Mängelrechte ist jedoch in bestimmtem Umfang zugleich Gegenstand der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums durch WEG (siehe § 10 Abs. 6 Satz 3, § 21 Abs. 1, § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG).

Daher sind die Mängelrechte wie folgt einzuteilen:

a) Primäre Mängelrechte :

- Nacherfüllung (Mängelbeseitigung),
- Selbstvornahme,
- Aufwendungsersatz und Vorschussanspruch (aber nur auf Zahlung an die WEG).

Ausübung und Durchsetzung stehen den einzelnen Erwerbern individuell zu, jedoch besteht die Möglichkeit der „Vergemeinschaftung“ durch Beschlussfassung der WEG. Nach einer Vergemeinschaftung ist nur noch die WEG ausübungsbefugt.

Die Ausübungsbefugnis umfasst das Schaffen der Anspruchsvoraussetzung, die Wahl zwischen den einzelnen Mängelrechten, die Entscheidung über die Verwendung erhaltener Geldzahlungen, auch den Abschluss von Vergleichen mit dem Bauträger.

b) Sekundäre Mängelrechte:

- Minderung,
- Kleiner Schadensersatz.

Ausübung und Durchsetzung stehen von vorneherein der WEG zu.  
Umfang der Ausübungsbefugnis = wie vor.

- c) Rückabwicklungsrechte (= nicht gemeinschaftsbezogen):
- Rücktritt,
  - Großer Schadensersatz („Schadensersatz statt der ganzen Leistung“)

Ausübung und Durchsetzung nur durch den einzelnen Erwerber,  
keine Vergemeinschaftung möglich.

### 3) Überschneidungsfälle:

- a) Beispiel 1: Es liegen Mängel am Gemeinschaftseigentum vor, die nur auf den Bereich eines Sondereigentums ausstrahlen.
- Ist der Mangel noch behebbar, bleibt es bei den o. g. Grundsätzen.
  - Ist der Mangel unbehebbar und hat die WEG insoweit keinen Schaden erlitten, kann der einzelne Eigentümer auch Minderwert individuell geltend machen.
- b) Beispiel 2: Ein einzelner Wohnungseigentümer setzt dem Bauträger eine Frist zur Mängelbeseitigung, danach beschließt die WEG eine Vergemeinschaftung.
- Nach herrschender Meinung kann die WEG die vorherige Fristsetzung durch den einzelnen Wohnungseigentümer ausnutzen und muss nicht erneut eine Frist setzen.
  - Umgekehrt bleibt die Fristsetzung durch den einzelnen Eigentümer für ihn selbst wirksam, soweit er mit der Fristsetzung seine Individualansprüche auf Rücktritt oder großen Schadensersatz vorbereiten wollte.
  - Riskant ist es, wenn die WEG eine Vorgehensweise beschlossen hat, die mit der ursprünglichen Fristsetzung des einzelnen Eigentümers kollidiert (z. B. abweichende Fristsetzung oder Fristverlängerung durch WEG), da sich der Bauträger u. U. auf Unmöglichkeit der Nacherfüllung berufen kann.

## IV. Insolvenz des Bauträgers

### 1) Wahlrechte des Insolvenzverwalters

- Kein Wahlrecht des Insolvenzverwalters bezüglich der Erfüllung des Auflassungsanspruchs, da durch Vormerkung gesichert (§ 106 InsO).
- Wahlrecht des Insolvenzverwalters im Hinblick auf die Fertigstellung des Bauwerks (§ 103 InsO), sofern Verträge beiderseits noch nicht vollständig erfüllt sind.

### 2) Ausübung von Mängelansprüchen gegen den Bauträger / Insolvenzverwalter

- a) Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind Mängelrechte gegenüber Bauträger auszuüben, auch nach Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters.  
Ausnahme: „Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter.
- b) Nach Insolvenzeröffnung ist Insolvenzverwalter der Adressat. Formale Ausübung der Mängelrechte durch Mängelrüge, Fristsetzung etc. gegenüber dem Insolvenzverwalter

nicht entbehrlich, solange dieser die Nacherfüllung nicht abgelehnt hat. Die Tatsache der Insolvenz führt nicht zur objektiven Unmöglichkeit der Nacherfüllung.

- c) Erfüllung bzw. Nacherfüllung sowie Zurückbehaltungsrechte können nach Insolvenzeröffnung nicht mehr geltend gemacht werden, sondern es findet nur noch eine Aufrechnung mit auf Geldzahlung gerichteten Mängelansprüchen statt (insolvenzrechtliches Abrechnungsverhältnis).

### 3) **Stecken gebliebener Bau – Fertigstellung?**

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung ab, können die Erwerber untereinander ggf. die Fertigstellung verlangen, wenn dies den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht

- nach herrschender Meinung erst, wenn das Gebäude zu mehr als der Hälfte errichtet worden ist (analog § 22 Abs. 4 WEG)
- nach abweichender Meinung immer, unabhängig vom bisher erreichten Bautenstand.

### I. Anfängliche Baumängel

1.  
Grundlage der Nacherfüllungs- und Mängelansprüche ist der jeweilige Kaufvertrag; Anspruchsinhaber ist deshalb der jeweilige Erwerber (Aktivlegitimation).
2.  
Zur „werdenden“ Wohnungseigentümergeinschaft gehören auch alle Erwerber, die Inhaber einer Auflassungsvormerkung sind (Vormerkungsberechtigte) und Besitz an dem Wohnungs- bzw. Teileigentum haben. Für ihre jeweilige Einheit steht ihnen also das Stimmrecht zu und nicht mehr dem nach wie vor im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Bauträger.
3.  
Gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 WEG übt die Wohnungseigentümergeinschaft die „gemeinschaftsbezogenen Rechte“ der Wohnungseigentümer aus und außerdem deren sonstige Rechte, „soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind.“
4.  
Alle nicht „gemeinschaftsbezogenen Rechte“, also z. B. das Recht, von dem jeweiligen Kaufvertrag zurückzutreten, können nur von dem einzelnen Anspruchsinhaber (Erwerber) gegenüber dem Verkäufer geltend gemacht werden; dies berührt die Interessen und die Rechtsstellung der Wohnungseigentümergeinschaft nicht. Umgekehrt können aber diese nicht „gemeinschaftsbezogenen Rechte“ des einzelnen Erwerbers durch Erfüllung untergehen, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft erreicht hat, dass sämtliche Mängel beseitigt worden sind.
5.  
Jeder Erwerber kann, solange nicht die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte an sich gezogen hat, auch bezüglich des Gemeinschaftseigentums alle werkvertraglichen Ansprüche gegenüber dem Verkäufer geltend machen, also Erfüllung, Nacherfüllung, Selbstvornahme und Vorschusszahlung (diese allerdings nur mit der Maßgabe der Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft). Falls hingegen ein einzelner Erwerber den Verkäufer mit der Mängelbeseitigung in Verzug gesetzt und danach selber die Mängel beseitigt hat, kann er Zahlung der Mängelbeseitigungskosten an sich selber verlangen.
6.  
Jeder einzelne Erwerber ist ferner berechtigt, ein selbständiges Beweisverfahren auch zur Feststellung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum zu führen.
7.  
Die Wohnungseigentümergeinschaft ist berechtigt, selber und im eigenen Namen die vertragsgemäße und mängelfreie Erfüllung zu verlangen und alle damit im Zusammenhang stehenden „gemeinschaftsbezogenen Rechte“ geltend zu machen (Erfüllung, Nacherfüllung, Selbstvornahme, Vorschusszahlung und Erstattung). Dies gilt nicht nur hinsichtlich Mängeln am Gemeinschaftseigentum, sondern auch, wenn Mängel sowohl das Gemeinschafts- als auch

das Sondereigentum betreffen. Regelmäßig entspricht eine solche durch einfache Mehrheit mögliche Beschlussfassung ordnungsgemäßer Verwaltung im Sinne von § 21 Abs. 3 WEG.

Ein solcher Beschluss könnte wie folgt lauten:

„Die Wohnungseigentümergeinschaft beschließt, alle gemeinschaftsbezogenen Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer gegenüber dem Bauträger, der Fa. ... wegen aller Mängel, die am Gemeinschaftseigentum bestehen, und wegen aller damit in Verbindung stehender Mängel am Sondereigentum selber geltend zu machen. Hingegen verbleiben alle nicht gemeinschaftsbezogenen Rechte, die in irgendeiner Weise darauf gerichtet sind, sich von dem Kaufvertrag wieder zu lösen, bei jedem einzelnen Wohnungseigentümer. Außerdem verbleiben alle Rechte wegen Mängeln, die ausschließlich das Sondereigentum eines einzelnen Wohnungseigentümers betreffen und nicht in Verbindung mit dem Gemeinschaftseigentum stehen, bei dem Wohnungseigentümer.

Der Verwalter wird bevollmächtigt, die Wohnungseigentümergeinschaft insoweit außergerichtlich und gerichtlich umfassend zu vertreten; er ist berechtigt, einen von ihm auszuwählenden Rechtsanwalt sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich namens der Wohnungseigentümergeinschaft zu beauftragen.

Zur Finanzierung des außergerichtlichen und ggf. gerichtlichen Vorgehens der Wohnungseigentümergeinschaft wird eine Sonderumlage in Höhe von € ... erhoben, die von jedem Wohnungseigentümer entsprechend den Miteigentumsanteilen zu zahlen ist. Die Sonderumlage ist zur Zahlung fällig binnen drei Wochen nach Absendung der Schreiben des Verwalters, mit denen die Zahlung der Umlage angefordert wird.“

8.

Ein solches Vorgehen der Wohnungseigentümergeinschaft, das ebenfalls eines entsprechenden Beschlusses bedarf, ist auch möglich, wenn es nur um Mängel am Sondereigentum geht. Auch dies soll regelmäßig ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen.

9.

Nur der Wohnungseigentümergeinschaft steht das Wahlrecht zu, wenn die Erfüllung bzw. Nacherfüllung durch den Verkäufer abgelehnt wird oder scheitert, welches der sodann in Betracht kommenden Rechte (Minderung, „kleiner“ Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen) geltend gemacht werden soll. „Kleiner“ Schadensersatz bedeutet, dass jeder Erwerber sein Sondereigentum behält und als Schadensersatz lediglich die Differenz zwischen dem bestehenden Zustand und dem ordnungsgemäßen Zustand erhält. Auch die Ausübung dieses Wahlrechts erfolgt durch einen entsprechenden Beschluss.

10.

Hingegen ist der „große“ Schadensersatzanspruch darauf gerichtet, den Kaufvertrag vollständig rückgängig zu machen (wie bei einer Wandelung oder einem Rücktritt) und den Schadensersatzanspruch so zu berechnen, als habe der Erwerber keine Leistung erhalten. Die Entscheidung, diesen „großen“ Schadensersatzanspruch geltend zu machen, steht nur jedem einzelnen Erwerber hinsichtlich seines Kaufvertrages zu; der Wohnungseigentümergeinschaft fehlt es insoweit an der Beschlusskompetenz.

11.

Bereits die als Grundlage von nachfolgenden Mängelrechten erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung muss durch die Wohnungseigentümergeinschaft erfolgen. Daneben kann zwar jeder Erwerber für sich dem Verkäufer eine Frist setzen, doch wirkt diese nur in seinem Vertragsverhältnis zu dem Verkäufer, nicht aber auch hinsichtlich der „gemeinschaftsbezogenen Rechte“, die nur von der Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemacht werden können.

12.

Grundsätzlich ist jeder einzelne Erwerber berechtigt, mit Wirkung für sich und sein Vertragsverhältnis mit dem Verkäufer sowohl das Sonder- als auch das Gemeinschaftseigentum abzunehmen. Es ist sowohl möglich, beides gleichzeitig abzunehmen, als auch getrennt voneinander zu unterschiedlichen Zeitpunkten. Von den Umständen des Einzelfalls hängt es ab, ob, wenn ein Erwerber sein Sondereigentum abnimmt, darin zugleich auch eine Abnahme des gesamten Gemeinschaftseigentums gesehen werden kann oder z. B. nur derjenigen Teile des Gemeinschaftseigentums, die sich ausschließlich auf das Sondereigentum beziehen, also z. B. der die einzelne Eigentumswohnung umschließenden Außenwände, Fußböden, Decken etc. Die Abnahme des Sondereigentums kann aber nur dann zugleich auch als Abnahme des Gemeinschaftseigentums angesehen werden, wenn das Gemeinschaftseigentum überhaupt abnahmefähig ist.

Dies hat zur Folge, dass, solange auch nur ein einziger Erwerber verbleibt, der das Gemeinschaftseigentum noch nicht abgenommen hat, der Verkäufer von diesem hinsichtlich des gesamten Gemeinschaftseigentums auf mangelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums in Anspruch genommen werden kann. Die bereits erfolgte Abnahme durch alle anderen Erwerber kann der Verkäufer diesem letzten Erwerber nicht entgegenhalten. Auch diesen Anspruch kann die Wohnungseigentümergeinschaft zur Ausübung an sich ziehen.

13.

Vor kurzem hat der Bundesgerichtshof erst entschieden (Beschluss vom 12. September 2013, Az. VII ZR 308/12), dass eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kaufvertrages verwendete Klausel, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den (vom Bauträger bestimmten) ersten Verwalter erfolgt, unwirksam ist. Der Lauf der Verjährungsfrist wird dadurch nicht in Gang gesetzt. Dies hat der BGH damit begründet, dass bei einer derartigen Vertragskonstellation der Verkäufer einen Erstverwalter bestellen kann, der mit ihm wirtschaftlich oder rechtlich verbunden ist, und dies für die Erwerber die Gefahr begründet, dass ein derartiger Verwalter die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht neutral prüft, sondern zu Gunsten des Bauträgers verfährt.

Wenn bei einer derartigen Vertragskonstellation die Erwerber im Einzelfall gleichwohl darauf vertrauen, dass der Erstverwalter ordnungsgemäß und gewissenhaft in ihrem Interesse handelt, und sie ihn deshalb mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums betrauen wollen, bedarf es eines entsprechenden wirksamen Beschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft.

14.

Nach der im Jahr 2007 erfolgten WEG-Reform handelt die Wohnungseigentümergeinschaft hinsichtlich der „gemeinschaftsbezogenen Rechte“ bei einer Klage in gesetzlicher Prozessstandschaft für alle einzelnen Erwerber. Dabei wird sie durch den Verwalter gesetzlich vertreten. Hingegen besteht kein Grund mehr für die früher üblichen Handhabungen, die

Ansprüche entweder an den Verwalter, an einen Eigentümer oder an die Mitglieder des Verwaltungsbeirats zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung abzutreten.

15.

Schließlich besteht auch noch die Möglichkeit, dass ein einzelner Erwerber die Wohnungseigentümergeinschaft rechtsgeschäftlich ermächtigt, die ihm allein zustehenden Ansprüche wegen Mängeln, die ausschließlich sein Sondereigentum betreffen, ebenfalls geltend zu machen. Dies ist also nur möglich, wenn sowohl der einzelne Erwerber als auch die Wohnungseigentümergeinschaft damit einverstanden sind und eine entsprechende Vereinbarung treffen.

## **II. Spätere Baumängel**

1.

Gemäß § 21 Abs. 4 WEG hat jeder einzelne Wohnungseigentümer gegenüber allen anderen Wohnungseigentümern, gegenüber dem Verwalter, gegenüber den Mitgliedern des Verwaltungsbeirats und gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft in ihrer Gesamtheit einen Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung. Dazu gehört, wie in § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG ausdrücklich aufgeführt ist, „die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums“. Wenn also irgendwann im Laufe der Zeit, z. B. durch Abnutzung, Materialermüdung oder durch ein äußeres Ereignis, Schäden am Gemeinschaftseigentum auftreten, bezüglich derer keine Ersatzansprüche gegenüber dem ursprünglichen Verkäufer bestehen, ist die Wohnungseigentümergeinschaft verpflichtet, diese zu beheben.

2.

Die Entscheidung darüber, ob und ggf. auf welche Weise eine Mangelbeseitigung erfolgt, geschieht im Wege einer entsprechenden Beschlussfassung. Wenn ein Wohnungseigentümer mit dem Inhalt eines derartigen Beschlusses nicht einverstanden ist, etwa wenn die Mehrheit eine Mängelbeseitigung entweder ablehnt oder auf eine Art und Weise durchführen will, mit der ein Wohnungseigentümer nicht einverstanden ist, muss er diesen Beschluss innerhalb der üblichen Frist von einem Monat anfechten.

3.

Dem Verwalter obliegt es, den wirksam zustande gekommenen Beschluss der Wohnungseigentümersammlung auszuführen. Die dazu erforderlichen Aufträge an Dritte erteilt er im Namen der (insoweit teilrechtsfähigen) Wohnungseigentümergeinschaft, deren gesetzlicher Vertreter er ist.

4.

Schließlich können Baumängel auch als Folge von späteren Erneuerungs- oder Umbauarbeiten auftreten, etwa bei der Erneuerung der Dacheindeckung oder einer Heizungsanlage. In der Regel bestehen in einem derartigen Fall werkvertragliche Ansprüche gegenüber dem Bauunternehmer, die seitens der Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch den Verwalter, geltend zu machen sind. Auch hinsichtlich der Baumängel, die auf diese Weise entstanden sind, hat jeder einzelne Wohnungseigentümer den vorstehend bereits angesprochenen Anspruch auf ordnungsvermäßige Verwaltung in Form der ordnungsgemäßen Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Auch insoweit gilt, dass die Wohnungseigentümergeinschaft durch Beschlussfassung darüber zu entscheiden hat, welche der in Betracht kommenden Rechte aufgrund des Mangels auf welche Weise geltend



gemacht werden sollen. Auch insoweit obliegt dem Verwalter als gesetzlichem Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft die Ausführung eines solchen Beschlusses.

### **III. Praktische Durchführung einer Instandsetzungsmaßnahme**

1.

Es obliegt dem Verwalter, alles zu tun, um die Wohnungseigentümer in die Lage zu versetzen, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen. Maßstab für ihn sollte sein, sich so zu verhalten, wie ein gewissenhafter Alleineigentümer einer Immobilie zur Wahrung seiner eigenen Interessen handeln würde.

2.

Es ist in aller Regel erforderlich, mehrere vergleichbare Angebote verschiedener Unternehmen einzuholen. Von der Rechtsprechung werden regelmäßig mindestens drei Angebote verlangt; eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs liegt dazu bisher noch nicht vor.

3.

In besonderen Fällen, wenn es sich beispielsweise um außergewöhnlich umfangreiche oder in technischer Hinsicht besonders anspruchsvolle Maßnahmen handelt oder wenn die genaue Schadensursache zunächst einmal festgestellt werden muss, um sodann Vorschläge für eine sachgerechte Sanierung machen zu können, ist es angebracht, schon vor der Einholung von Angeboten einen Sonderfachmann hinzuzuziehen, beispielsweise einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen. Dieser kann in entsprechenden Fällen auch eine Ausschreibung vorbereiten.

Bereits die Entscheidung, ob und ggf. welcher Sonderfachmann beauftragt werden soll, ist durch die Wohnungseigentümergeinschaft durch Beschluss zu treffen. In diesem Beschluss sollte auch darüber entschieden werden, ob die Vergütung des Sonderfachmanns aus der Instandhaltungsrücklage bezahlt werden soll (was nicht ganz unumstritten ist) oder durch eine Sonderumlage.

4.

Bei allen einzuholenden Angeboten sollten auch die ggf. in Betracht kommenden Nebenkosten (z. B. für Bauleitung und/oder ein Gerüst) mitberücksichtigt werden.

5.

Wenn ein Beirat besteht, sollten alle Schritte mit ihm abgesprochen werden. Empfehlenswert ist es, wenn Einvernehmen zwischen Verwalter und Beirat besteht und beide in Wohnungseigentümergeinschaften dieselbe Auffassung vertreten.

6.

Sofern mehrere verschiedene Maßnahmen oder Ausführungsarten von Maßnahmen in Betracht kommen, um das angestrebte Ziel zu erreichen, sollte zunächst ein „Grundlagenbeschluss“ gefasst werden, um entweder über die zu treffende Maßnahme oder über die Art und Weise der Ausführung zu entscheiden. Zugleich sollte in diesem Beschluss der Verwalter beauftragt werden, anschließend mehrere (mindestens drei) vergleichbare Angebote einzuholen.

7.

Zur Vorbereitung des anschließenden „Ausführungsbeschlusses“ ist es nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung erforderlich, alle Wohnungseigentümer über sämtliche relevanten Umstände der Maßnahme aufzuklären und ihnen zumindest auf Nachfrage entweder Kopien der eingeholten Angebote zu übersenden oder spätestens in der Versammlung vor der Beschlussfassung die Einsichtnahme in die Angebote zu ermöglichen. Zu empfehlen ist aber die Übersendung von Kopien aller eingeholten Angebote mit der Übersendung der Einladung zu der Versammlung.

8.

In den Fällen, in denen auch nach umfassender Information und eingehender Erörterung Kontroversen zwischen verschiedenen Wohnungseigentümern verbleiben, so dass zumindest mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass Beschlüsse angefochten werden, empfiehlt es sich häufig, in die Beschlüsse die Anweisung an den Verwalter aufzunehmen, mit der Ausführung so lange abzuwarten, bis feststeht, dass die Beschlüsse bestandskräftig geworden sind, und erst danach entsprechende Aufträge zu erteilen.

9.

Jeder „Ausführungsbeschluss“ sollte auch mit einer Entscheidung über die Finanzierung der Maßnahme verbunden werden. In Betracht kommen eine Entnahme aus der Instandhaltungsrücklage, eine Sonderumlage oder eine Kombination beider Maßnahmen. Falls die Rücklage in Anspruch genommen wird, sollte darauf geachtet werden, dass für etwaige Notfälle, die nichts mit den beabsichtigten Maßnahmen zu tun haben, genügend Reserven verbleiben.

10.

Grundsätzlich ist jeder Verwalter verpflichtet, jeden gefassten Beschluss unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) auszuführen. Dies gilt nach herrschender Meinung auch bei fehlerhaften Beschlüssen, solange sie nicht für ungültig erklärt worden sind oder ihre Ausführung durch eine vom Gericht auf Antrag zu erlassende einstweilige Verfügung aufgeschoben worden ist. Auch eine Anfechtungsklage hat keine aufschiebende Wirkung.

Andererseits gehört es auch zu den vertraglichen Pflichten des Verwalters, erkennbaren Schaden von der Eigentümergemeinschaft abzuwenden. Falls beispielsweise ein Beschluss zwar nicht nichtig ist, aber erkennbar rechtswidrig (z. B. ein sogenannter Zitterbeschluss), so dass der Verwalter zu Recht annimmt, dass eine Anfechtungsklage Erfolg haben wird, kann es sich für den Verwalter empfehlen, diesen Beschluss zunächst nicht auszuführen. Um möglichst nicht in diese Situation zu kommen, selber darüber entscheiden zu müssen, empfiehlt es sich, in den Beschlusstext aufzunehmen, ob der Verwalter sofort verpflichtet ist, den Beschluss auszuführen, oder erst dann, nachdem er sich überzeugt hat, dass der Beschluss bestandskräftig geworden ist.

11.

Auch ohne einen Beschluss der Gemeinschaft ist der Verwalter „in dringenden Fällen“ nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, „zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderliche Maßnahmen zu treffen“ (§ 27 Abs. 1 Ziffer 3 WEG). Dabei sollte er sich aber auf die notwendigen Maßnahmen beschränken, die wirklich unaufschiebbar sind, um entweder (weitere) Schäden am Gemeinschaftseigentum zu verhindern oder dringend erforderliche Verkehrssicherungsmaßnahmen auszuführen.

Ein „Ausführungsbeschluss“ über eine Sanierungsmaßnahme könnte wie folgt lauten:

„Die Wohnungseigentümergeinschaft beschließt, der Firma ... den Auftrag zu erteilen, gemäß deren Angebot Nr. ... vom ... die Arbeiten auszuführen. Die Bauüberwachung und Abnahme sollen durch den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Herrn ... erfolgen. Zur Finanzierung wird eine Sonderumlage in Höhe von € ... erhoben, fällig drei Wochen nach Absendung eines entsprechenden Anforderungsschreibens durch den Verwalter. Die Sonderumlage erfolgt nach Miteigentumsanteilen.

Die Wohnungseigentümer weisen den Verwalter an, diesen Beschluss unverzüglich auszuführen, und zwar auch dann, falls ihm bekannt werden sollte, dass gegen diesen Beschluss eine Anfechtungsklage erhoben wird.

*Alternativ dazu:*

Die Wohnungseigentümer weisen den Verwalter an, diesen Beschluss erst auszuführen, nachdem entweder die einmonatige Klagefrist abgelaufen ist, ohne dass bei dem zuständigen Gericht eine Klage eingegangen ist (sofern ihm bis dahin keine derartige Klage zugestellt worden ist, soll der Verwalter sich diesbezüglich nach Ablauf der Klagefrist telefonisch beim Amtsgericht erkundigen), oder ein solches Klageverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Erst danach soll der Verwalter zur Durchführung dieses Beschlusses Aufträge erteilen.“

12.

Zuständig für die Entscheidung über Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums ist die Wohnungseigentümergeinschaft. Eine Übertragung dieser Zuständigkeit auf den Verwaltungsbeirat ist nur durch eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer möglich, also nicht beispielsweise durch einen Mehrheitsbeschluss. Nach einigen Gerichtsentscheidungen sollen in engen Grenzen auch durch einen bloßen Mehrheitsbeschluss Kompetenzverlagerungen möglich sein, sofern diese „nur zu einem begrenzten und für den einzelnen Wohnungseigentümer überschaubaren finanziellen Risiko“ führen und grundsätzlich die Wohnungseigentümerversammlung für derartige Beschlüsse zuständig bleibt. Derartige Entscheidungen sind jedoch fragwürdig.

Etwas anderes gilt nur, wenn die Wohnungseigentümer durch Beschluss selber die maßgeblichen Kriterien für eine spätere Entscheidung des Beirats so genau vorgegeben haben, dass der Beirat anschließend nur eine gebundene Entscheidung treffen kann. Ein derartiger Beschluss kann z. B. zum Inhalt haben, dass der Verwalter in Absprache mit dem Beirat über den Zeitpunkt der Auftragserteilung oder Ausführung einer Instandhaltungsmaßnahme entscheidet, falls in dem Beschluss die Kriterien für diese Entscheidung festgelegt sind.

Dasselbe gilt auch für einen Bauausschuss, falls ein solcher durch entsprechenden Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung gewählt wurde.

### I. Versicherte Gefahren

Das Vorliegen von Baumängeln kann in der Sachversicherung zum Eintritt eines Versicherungsfalles führen. So haftet ein Versicherer im Rahmen einer abgeschlossenen Sachversicherung, insbesondere einer Wohngebäudeversicherung für bestimmte im Versicherungsschein einzeln festgelegte sogenannte „versicherte Gefahren“ wie Brand, Explosion, Blitzschlag, Leitungswasser, Rohrbruch, Frost, Sturm, Hagel etc. Die Prüfung, ob sich eine versicherte Gefahr realisiert hat, ist unabhängig von ihrer Ursache vorzunehmen. Bei der Verwirklichung des Tatbestandes des Eintritts einer versicherten Gefahr ist das Vorliegen von Baumängeln somit rechtlich irrelevant, hier kommt es nicht darauf an, ob ein Baumangel den Eintritt einer versicherten Gefahr gar nicht, nur zu einem unwesentlichen Teil oder aber wesentlich mit verursacht hat.

### II. Risikoausschlüsse

Ist auf der ersten Prüfungsstufe das Vorliegen einer versicherten Gefahr bejaht worden (Beispiel: nach entsprechender Prüfung ist unstreitig, dass ein Sturm im Sinne einer wetterbedingten Luftbewegung von mindestens Windstärke acht zu einem Schaden geführt hat), sind auf der nächsten Prüfungsebene sogenannte Risikoausschlüsse zu untersuchen. So wird durch die dem Vertrag zugrundeliegenden allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einer möglichst präzisen Beschreibung des versicherten Risikos vertraglich festgelegt, ob und wann der Versicherer einstandspflichtig ist. Sogenannte primäre Risikoabgrenzungen gestalten dabei das Produkt des Versicherers, indem sie die versicherten Gefahren, Schäden und Interessen näher umschreiben. Risikoausschlüsse hingegen sind sekundäre Risikoabgrenzungen. Sie enthalten Ausnahmen und Korrekturen von primären Risikobeschreibungen: Bestimmte Gefahren, Interessen oder Schäden werden von der Deckung ausdrücklich ausgenommen.

Zu beachten ist, dass Risikoausschlussklauseln eng auszulegen sind, jedenfalls nicht weiter, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise erfordert (BGH, Recht und Schaden 1995, 45; BGH, Recht und Schaden 1999, 192). Risikoausschlüsse im Zusammenhang mit Baumängeln finden sich vereinzelt in den Bedingungswerken der Sachversicherer wieder. Hierbei handelt es sich um objektive Risikoausschlüsse, bei denen Verhalten und Verschulden des Versicherungsnehmers keine Rolle spielen, sondern es vielmehr lediglich darauf ankommt, ob ein bestimmter Sachverhalt erfüllt ist, den der Versicherer vom Deckungsschutz ausklammern will.

So finden sich Haftungsausschlüsse in den Versicherungsbedingungen, wonach eine Haftung ausgeschlossen ist für Schäden, die durch Baumängel verursacht bzw. wesentlich mit verursacht sind.

Solche Risikoausschlüsse sind nach bisher herrschender Rechtsprechung wirksam, allerdings dergestalt auszulegen, dass nur erhebliche Mängel erfasst werden, die dazu führen, dass das Schadensereignis bei natürlicher Betrachtungsweise sich weit weniger als Schaden aus dem Eintritt einer versicherten Gefahr darstellt, sondern überwiegend als die Verwirklichung eines im Mangel selbst angelegten Risikos.

### III. Obliegenheitsverletzungen

Obliegenheiten sind eine versicherungsvertragsrechtliche Spezialität. Sie bestimmen Verhaltensregeln für den Versicherungsnehmer, deren Verletzung unmittelbar zu Rechtsnachteilen für den Versicherungsnehmer führen kann. Der Versicherer muss in diesem Fall also nicht – wie sonst bei Rechtsverletzungen auf Seiten seines Vertragspartners – vor Gericht ziehen, sondern er kann durch Verweigerung der Leistung im Versicherungsfall und für die Zukunft reagieren.

#### 1) Tatbestand

§ 11 Nr. 1b VGB 88, § 16 Ziff. 1a VGB 2008

*„Der Versicherungsnehmer hat die versicherten Sachen, insbesondere wasserführende Anlagen und Einrichtungen, Dächer und außen angebrachte Sachen stets in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten und Mängel oder Schäden unverzüglich beseitigen zu lassen.“*

*„Als vertraglich vereinbarte, besondere Obliegenheiten hat der Versicherungsnehmer die versicherten Sachen, insbesondere wasserführende Anlagen und Einrichtungen, Dächer und außen angebrachte Sachen stets in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten und Mängel oder Schäden unverzüglich beseitigen zu lassen.“*

#### 2) Rechtsfolgen

Zum 1. Januar 2009 wurde das alte Versicherungsvertragsgesetz durch ein neues ersetzt. Dabei wurde das Rechtsgebiet der Obliegenheiten völlig neu gestaltet, insbesondere hinsichtlich der eintretenden Rechtsfolgen. Lag nach altem Recht eine Obliegenheitsverletzung vor, so folgte daraus in der Regel die vollkommene Leistungsfreiheit des Versicherers. Dieses sogenannte „Alles-oder-nichts-Prinzip“ wurde durch das neue VVG aufgegeben. Während nach altem Recht jede Obliegenheitsverletzung, sei sie leicht oder grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht, zur Leistungsfreiheit des Versicherers führte, gilt dies nach neuem Recht gemäß § 28 Abs. 2 S. 1 VVG nur noch für vorsätzlich begangene Obliegenheitsverletzungen. Im Falle einer grob fahrlässigen Verletzung der Obliegenheit ist der Versicherer nur noch berechtigt, seine Leistungen in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechendem Verhältnis zu kürzen. Bei einfacher Fahrlässigkeit steht dem Versicherer kein Leistungskürzungsrecht zu.

Für Versicherungsfälle, die nach dem 1. Januar 2009 eintreten bzw. eingetreten sind, gilt auch bei einem sogenannten Altvertrag (Versicherungsverträge, die bis zum 1. Januar 2008 vereinbart wurde) das neue VVG. Da aber die Altverträge, die in der Mehrzahl heute noch Gültigkeit haben, in denen ihnen zugrundeliegenden allgemeinen Versicherungsbedingungen die Rechtsfolgen des seinerzeit gültigen alten VVG wiedergaben, steht der Inhalt der Altverträge somit im Widerspruch zum heute anzuwendenden neuen VVG. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber den Versicherern eine Übergangsfrist von einem Jahr zugebilligt, um die alten Versicherungsbedingungen auf das neue VVG anzupassen. Viele Versicherer haben jedoch von dieser Anpassungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht, was nunmehr dazu führt, dass im Falle einer Obliegenheitsverletzung, egal ob vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht, das Leistungskürzungsrecht des Versicherers nicht mehr besteht. Eine Obliegenheitsverletzung ist somit im Falle eines nicht angepassten Altvertrages sanktionslos (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 12. Oktober 2011, Az. IV ZR 199/10). Allerdings kann

sich der Versicherer weiterhin auf die Verletzung gesetzlicher Obliegenheiten (grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles gemäß § 81 Abs. 2 VVG) berufen.

## **Teil 5: Platz für Ihre Notizen**

**Vielen Dank für Ihr Interesse !**