

Abnahme bei Neubauten

– Aufgaben des **Verwalters**



Folgen der Abnahme



- Der Anspruch des Auftragnehmers auf **Vergütung** wird gem. § 641 BGB **fällig**.
- Die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels obliegt nach der Abnahme des Werkes dem Besteller.
- Eine **Vertragskündigung ist nicht mehr** möglich.
- Die **Verjährungsfrist** des § 638 BGB beginnt zu laufen, § 634a Abs. 2 BGB.

Folgen der Abnahme



- Die **Gefahr des zufälligen Untergangs** oder der Verschlechterung der abgenommenen Bauleistung geht mit der Abnahme auf den Auftraggeber über.
- Der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Auftraggebers erlischt. Die Leistungsverpflichtung des Unternehmers **konzentriert** sich auf das abgenommene Werk. Dem Auftraggeber steht nunmehr bei Mängeln ein **Anspruch auf Nachbesserung** sowie auf **Gewährleistung** nach den §§ 633, 634 BGB zu.

Überblick



Das Gesetz: § 640 Abs. 1 BGB



- Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk **abzunehmen**, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.

Denkbare „Abnahmen“



- Abnahme der Werkleistung des Bauträgers (auch wenn dieser Generalübernehmer oder Generalunternehmer ist).
- Abnahme der Werkleistung eines Unternehmers in Bezug auf das **gemeinschaftliche** Eigentum im Laufe des Bestands einer Wohnungseigentumsanlage.
- Abnahme der Werkleistung eines Unternehmers in Bezug auf das **Verwaltungsvermögen**.
- Abnahme der Werkleistung eines Unternehmers in Bezug auf das **Sondereigentum**.

Rechtsprechung und Schrifttum



- Abnahme ist
 - die **körperliche Hinnahme** der Leistungen des Unternehmers,
 - ✦ (fällt bei Bauwerken in der Regel aus)
 - verbunden mit der **Anerkennung** (Billigung) des Werkes durch den Besteller als „im Wesentlichen vertragsgerecht“.
- Neben der rechtsgeschäftlichen Abnahme gibt es noch die
 - fachtechnische Zustandsfeststellung (§ 4 Abs. 10 VOB/B) und
 - die behördliche Abnahme (zB § 77 NBauO).

Formen der Abnahme



- **rechtsgeschäftliche Abnahme**
 - **ausdrückliche Erklärung**
 - ✦ Unmissverständliche Erklärung, die Werkleistungen des Unternehmers als im Wesentlichen vertragsgerecht akzeptieren zu wollen.
 - **schlüssige Erklärung**
 - ✦ Wenn der Unternehmer aus dem Verhalten des Bestellers nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) auf die Billigung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß schließen darf.
 - ✦ Beanstandungslose Ingebrauchnahme des fertigen Gewerks.
 - ✦ Vorbehaltlose Bezahlung des Werklohns.
- **fiktive Abnahme**

§ 12 Abnahme VOB/B



(1)

Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.

(2)

Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.

(3)

Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.

(4)

1. Eine **förmliche** Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung.
2. Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. Das Ergebnis der Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen.

§ 12 Abnahme VOB/B



(5)

1. Wird keine Abnahme verlangt, so **gilt** die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.
2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung **in Benutzung** genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.
3. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.

(6)

Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über, soweit er sie nicht schon nach § 7 trägt.

Überblick



- BGB- oder VOB-Bauvertrag?
 - Unterschiede:
 - ✦ Nachträge (Anordnungsrecht versus Nachtragsvereinbarung)
 - ✦ Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung (nur VOB)
 - ✦ Mängelrechte während der Bauerrichtung (nur VOB)
 - ✦ Gewährleistungszeit (5 Jahre versus 4 Jahre)
 - ✦ Fälligkeit Werklohn (sofort versus prüfbare Abrechnung)
- Einheitspreisvertrag?
- Pauschal-Vertrag?
 - Mengenpauschale?
 - Funktionale Ausschreibung?

Abnehmender



Abnehmender: **wer** kommt in Betracht?



- Wohnungseigentümer
- Dritte, vor allem, aber nicht nur Sachverständige
- Gemeinschaft der Wohnungseigentümer
 - „für sich“
 - ✦ durch wen?
 - als „Ermächtigte“
 - ✦ Vereinbarung
 - ✦ Beschluss?
 - durch wen?

Abnehmender: **wer** kommt in Betracht?



- Verwalter
 - als Vertreter
 - ✦ von Gesetzes wegen?
 - § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG
 - ✦ Ermächtigung?
 - Vereinbarung, Beschluss
 - Verwaltervertrag?

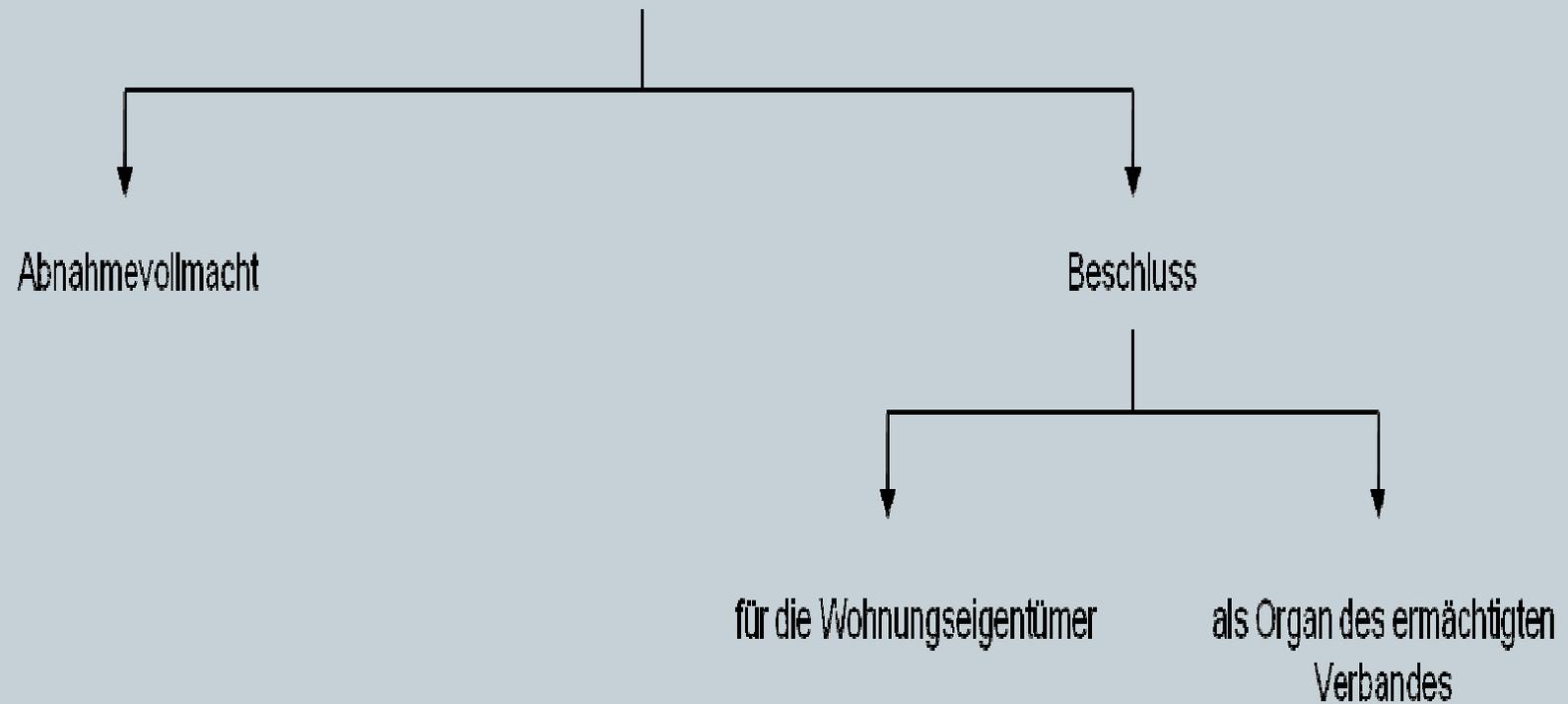


- **Staudinger/Bub:** Der Verwalter ist nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG verpflichtet, Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten abzunehmen.
- **Bärmann/Merle:** Zur Entgegennahme von Leistungen in Gemeinschaftsangelegenheiten iSv § 27 Abs. 1 Nr. 5 WEG gehört auch die Abnahme von Bauleistungen nach § 640 BGB.
- **Merle** ZWE 2010, 2, 5: § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 WEG.
- **AA:** Pauly, ZWE 2011, 349, 352; Ott, ZWE 2010, 157, 159;

Verwalter



Ermächtigung des Verwalters



Abnahmen im Tagesgeschäft



Überblick



- **BGB:** Der Werkunternehmer fordert auf und benennt einen Termin.
- **VOB/B:** Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung – gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist – die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.
- **Verwalter:** Die Mitteilung geht jeweils an den Verwalter (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 WEG). Sollte die Wohnungseigentümer hierüber informieren, wenn der Weg nicht schon klar ist.

Werkverträge



- In jeder Wohnungseigentumsanlage stellt sich im Laufe der Zeit die Frage, wer Werkleistungen abnimmt.
- Der Verwalter hat meines Erachtens keine gesetzliche Vertretungsmacht, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu vertreten.
- Möglich ist aber eine **ausdrückliche** Ermächtigung.
- Fraglich ist, ob der Verwalter sich ermächtigen lassen sollte, insoweit für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu handeln. Zu fragen ist, ob er eine Sachkunde hat, die Werkleistung zu beurteilen.
- In der Regel (Ausnahme: Kleinstaufträge) ist Folgendes zu raten:

Vorgehen



- Wohnungseigentümer beschließen, dass ein Sachverständiger die Werkleistung beurteilen soll.
- Wohnungseigentümer ermächtigen Verwalter, mit Sachverständigen einen Vertrag zu schließen.
- Vertragsschluss.
- Sachverständiger beurteilt Werkleistung.
- Verwalter stellt Wohnungseigentümern Ergebnis in Versammlung vor.
- Wohnungseigentümer ermächtigen Verwalter oder Dritten, Werkleistung abzunehmen.
- Verwalter nimmt Werkleistung ab.

Ott, ZWE 2010, 157, 159



- Bei einem Abnahmeverlangen des Unternehmers sollte der Verwalter – **sofern** dies noch nicht geschehen ist – einen Beschluss herbeiführen, der ihn oder eine andere Person zur Abnahme ermächtigt.
- Verfügt der Verwalter nicht selbst über die nötigen bautechnischen Kenntnisse, sollte dieser im Rahmen der Beschlussfassung auf die Beauftragung eines Sachverständigen mit der sog. technischen Abnahme hinwirken. Der Sachverständige würde dann anstelle des Verwalters überprüfen, ob die vereinbarten Leistungen den anerkannten Regeln der Technik entsprechend ausgeführt worden sind.
- Auf der Grundlage der Feststellungen des Sachverständigen könnte der Verwalter sodann die rechtsgeschäftliche Abnahme, d.h. die Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung erklären. Durch dieses Vorgehen vermeidet der Verwalter eigene Haftungsrisiken, insbesondere bei komplizierteren Werkleistungen.

Möglichkeit



- Wohnungseigentümer bestimmen Verwalter als Abnehmenden einer Werkleistung, die erst beauftragt wurde. Ferner ermächtigen sie den Verwalter, bei einer positiven, vorbehaltlosen Einschätzung des Sachverständigen die Abnahme zu erklären, bzw. bei Vorbehalten, diese zu äußern.
- Ferner sollte bestimmt werden, dass bei Zweifeln eine außerordentliche Versammlung einzuberufen ist.

Kurzüberblick zum Bauträgervertrag



Bauträgervertrag



- Vertrag, der Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen,

Bauträger schuldet



- Mangelfreies Grundstück (Wohnungseigentum) + Übereignung [Wohnungserbbaurecht]
- Mangelfreie Errichtung oder Umbau des (späteren)
 - gemeinschaftlichen Eigentums
 - Sondereigentums

Erwerber schuldet



- Vergütung
- Abnahme (ggf. Teilabnahme)
 - Gegenstand
 - ✦ Sondereigentums
 - ✦ gemeinschaftlichen Eigentums
 - Selbst oder Vertreter
 - ✦ Gemeinschaft der Wohnungseigentümer
 - ✦ Verwalter
 - ✦ Dritter

Wann schuldet Erwerber?



- Der Bauträger kann eine Abnahme grundsätzlich erst dann verlangen, wenn das gesamte, dem einzelnen Erwerber geschuldete Werk **abnahmereif** und im Sinne von § 640 Abs. 1 BGB **vollständig fertiggestellt**.
- Abnahmereife setzt ein vollständiges, von unwesentlichen Mängeln abgesehen mangelfreies Werk voraus. Ein Werk ist in abnahmefähigem (abnahmereifem) Zustand, wenn eine aus Sicht der Vertragspartner grundsätzlich vollständige Leistung vorliegt, die bei natürlicher Betrachtung als Erfüllung angesehen werden kann.

Wann schuldet Erwerber?



- Übertragen auf den Bauträgerkauf heißt das, dass der Bauträger eine Abnahme erst dann verlangen kann, wenn das **Sonder- und Gemeinschaftseigentum im Wesentlichen vertragsgemäß** fertig gestellt sind. Diese Frage ist nach der Rechtsprechung anhand einer **Interessenabwägung** zu bestimmen. Was wesentlich ist, muss nämlich anhand des konkreten Mangels, der Auswirkungen, den Interessen der Beteiligten und den Umständen des Einzelfalls ermittelt werden.

Überblick



Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Mängeln

Umfang der Mängelbeseitigungsmaßnahmen, insbesondere die Höhe der Mängelbeseitigungskosten

Auswirkungen des Mangels auf die Funktionsfähigkeit der Gesamterkleistung

Maß der möglicherweise auch nur optischen Beeinträchtigung

Kurzüberblick als Abnehmender



Abnehmender: wer kommt in Betracht?



- Wohnungseigentümer
- Dritte, vor allem, aber nicht nur Sachverständige
- Verwalter
 - von Gesetzes wegen?
 - ✦ -
 - Ermächtigung?
 - ✦ Erwerbsvertrag
 - ✦ Beschluss?
 - ✦ Vereinbarung
 - ✦ Verwaltervertrag
- Gemeinschaft der Wohnungseigentümer
 - als Ermächtigte
 - ✦ Vereinbarung
 - ✦ Beschluss?
 - wer handelt für Gemeinschaft?

Fall: BGH vom 12.9.2013 - VII ZR 308/12



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

Lösung: BGH vom 12.9.2013 - VII ZR 308/12



- Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines **Erwerbsvertrags** verwendete Klausel, die die Abnahme des **gemeinschaftlichen** Eigentums durch einen vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, ist unwirksam.

Beschluss?



- Ob die Wohnungseigentümer beschließen können, dass nicht sie, sondern der Verwalter das gemeinschaftliche Eigentums abnimmt, ist hoch streitig.
- Die Frage wird vom neueren, wohnungseigentumsrechtlichen Schrifttum überwiegend, aber nicht einhellig bejaht. Ferner gibt es bejahende Entscheidungen aus Bayern.
- Das neue baurechtliche Schrifttum verneint die Frage.

Vereinbarung?



- Die Wohnungseigentümer können meines Erachtens jederzeit **vereinbaren**, den Verwalter zu ermächtigen.
- Fraglich kann nur sein, ob diese Vereinbarung bereits Teil der Gemeinschaftsordnung sein kann.

RDG



- Ob Verwalter eine **rechtliche Abnahme** durchführen dürfen, bemisst sich vorrangig an § 5 Abs. 1 RDG. Danach wäre eine Abnahme möglich, wenn sie eine **Nebenleistung** zum Berufs- oder Tätigkeitsbild des Verwalters ist oder zur **vollständigen Erfüllung** seiner mit der Haupttätigkeit verbundenen gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten gehört.
- Dies bejaht die herrschende Meinung (*Vogel*, NZM 2010, 377, 379; *Spiegelberger/Spindler/Wälzholz*, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, Kapitel 3 Rn. 87).

Vorgehen



- Wohnungseigentümer beschließen, dass ein Sachverständiger die Werkleistung beurteilen soll.
- Wohnungseigentümer ermächtigen Verwalter, mit Sachverständigen einen Vertrag zu schließen.
- Vertragsschluss.
- Sachverständiger beurteilt Werkleistung.
- Verwalter stellt Wohnungseigentümern Ergebnis in Versammlung vor.
- Wohnungseigentümer ermächtigen Verwalter, Werkleistung abzunehmen.
- Verwalter nimmt Werkleistung ab.

Gemeinschaft der Wohnungseigentümer



- Ob die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestimmt werden kann, richtet sich danach, ob man den Verwalter bestimmen kann.
- Kann man die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestimmen, kann man ohne weiteres den Verwalter nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG ermächtigen, für diese zu handeln.

Was passiert bei Versäumnissen?



Verwalter



- **Versäumte Handlung**
 - Keine Information der Wohnungseigentümer
 - ✦ ggf. fiktive Abnahme
 - Keine Abnahme trotz Möglichkeit und Aufforderung
 - ✦ ggf. fiktive Abnahme
 - Keine Abnahme
- ?