

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Söre Jötten
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2021, 1 - 12 (Heft 1)
Verlag	Werner Verlag

Jötten, BauR 2021, 1 „Der untätige Bauträger“



von Rechtsanwalt Dr. Söre Jötten, Köln

Kommt es im Rahmen eines Bauträgervertrags zu Verzögerungen und bleibt der Bau schlussendlich stecken, bedeutet dies für die Erwerber bzw. die (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft viel Frust und auch für den beratenden Anwalt eine besondere Herausforderung. Dieser muss den schwierigen Spagat schaffen, auf die Fertigstellung des Baus hinzuwirken, sei es durch den Bauträger oder einen Dritten, ohne die Erwerber dem Risiko auszusetzen, ihre individuellen Eigentumsübertragungsansprüche und die damit akzessorischen Vormerkungen zu verlieren. Dieser Beitrag untersucht, welche Möglichkeiten insoweit bestehen, insbesondere unter Berücksichtigung der Neuregelung des Bauträgervertrags in [§§ 650u f. BGB](#).

I. Einleitung

Das Bauträgermodell erfreut sich insbesondere im Geschosswohnungsbau unveränderter Beliebtheit. Der Bauträgervertrag ist in [§§ 650u f. BGB](#) seit dem 01.01.2018 auch gesetzlich geregelt. Er zeichnet sich gem. § 650u Abs. 1 BGB – entsprechend der schon zuvor allgemeinen Auffassung – durch die werkvertragliche Herstellungspflicht und die kaufvertragliche Übereignungspflicht eines Bauwerkes aus. Vertragspartner des Bauträgers sind regelmäßig Verbraucher, die sich den Traum von der Eigentumswohnung verwirklichen wollen.

Für diese handelt es sich bei dem Bauträgervertrag um ein risikobehaftetes Rechtsgeschäft.¹ Die Insolvenz des Bauträgers vor Fertigstellung des Bauvorhabens dürfte die größte Gefahr für Erwerber darstellen. Entsprechend intensiv wird auch bereits seit Jahren diskutiert, wie ein höheres Schutzniveau für Erwerber erreicht werden kann.² Zeitlich vor einer ggf. drohenden Insolvenz des Bauträgers begegnen Erwerber zunehmend einem anderen Problem: Der Bau „bleibt stecken“, bspw. nach Übergabe des Sondereigentums an Erwerber und vor abnahmereifer Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums. Zu diesem Zeitpunkt haben die Erwerber üblicherweise bereits einen Großteil des Kaufpreises gezahlt und Besitz an der Wohnung erlangt, aber noch nicht Eigentum erworben. Letzteres steht vielmehr noch dem Bauträger zu; der Eigentumsübertragungsanspruch ist lediglich durch die akzessorische Auflassungsvormerkung gesichert. Zeigen sich erhebliche Mängel, die der abnahmereifen Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums entgegenstehen, ist das Interesse des Bauträgers in Anbetracht der geringen ausstehenden Restzahlungen oftmals klein, mit großem finanziellen Aufwand auf eine Fertigstellung oder Beseitigung kostenträchtiger Mängel, die sich zwischenzeitlich gezeigt haben, hinzuwirken. Er bleibt trotz Ablauf des vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins untätig. Als der „am besten abgesicherte Gewerbetreibende am Bau“³ spielen Fragen der Zahlungsfähigkeit der einzelnen Erwerber für den Bauträger sowieso keine große Rolle. Der einzelne Erwerber bzw. die (werdende)⁴ Wohnungseigentümergeinschaft begehren die abnahmereife Fertigstellung des Bauwerkes. Zugleich wollen die Erwerber Eigentum an der Wohneinheit erwerben. Ihren Eigentumsverschaffungsanspruch und damit die akzessorische Vormerkung dürfen sie daher unter keinen Umständen verlieren. Dies hätte schließlich zur Folge, dass im Falle der Rückabwicklung des Vertrages Rückzahlungsansprüche der bereits geleisteten Raten nicht mehr abgesichert wären.

Für die baurechtliche Beratungspraxis bedeutet diese Konstellation eine besondere Schwierigkeit, die mit erheblichen Haftungsrisiken verbunden ist. Es soll nachfolgend zunächst untersucht werden, ob die bislang in der Praxis vorherrschende Teilkündigung des Bauträgervertrages oder die Geltendmachung von werkvertraglichen Gewährleistungsansprüchen auch weiterhin in Betracht kommen. Anschließend erfolgt eine Analyse des bislang in der Praxis wenig bedeutsamen werkvertraglichen Erfüllungsanspruches sowie denkbarer Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht.

II. Kündigung und Gewährleistungsansprüche

Kommt es bei der Abwicklung von Bauverträgen zu Komplikationen, weil der Werkunternehmer das Werk nicht fertigstellt und Mängel nicht beseitigt, ist es auf den ersten Blick naheliegend, den Vertrag vorzeitig zu beenden, das Werk durch einen Dritten fertigstellen zu lassen und ggf. gewährleistungsrechtliche Mängelansprüche geltend zu machen. Auch der bisherigen Rechtsprechung, die ein Steckenbleiben des Baus betrifft, liegen ganz überwiegend Sachverhalte zu Grunde, in denen Erwerber den Vertrag außerordentlich gekündigt haben oder Gewährleistungsrechte geltend machen. Es soll daher zunächst untersucht werden, inwieweit nach der zum 01.01.2018 in Kraft getretenen Novellierung des Bauvertragsrechts und der Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 2017 zur Geltendmachung von Gewährleistungsrechten erst nach Abnahme⁵ diese Möglichkeiten auch weiterhin bestehen.

1. Das Kündigungsrecht des Erwerbers

In Bauträgerverträgen war die freie Kündigung des bauvertraglichen Teils des Bauträgervertrages nach ständiger Rechtsprechung des BGH stets ausgeschlossen, dies hat nun in § 650u Abs. 2 BGB auch Eingang in das Gesetz gefunden. Einzelne Erwerber konnten vor der Novellierung des Bauvertragsrechts nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur unter bestimmten Voraussetzungen aber den bauvertraglichen Teil des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund wirksam kündigen.⁶ Dieses Kündigungsrecht wurde mangels entsprechender Regelung im Werkvertragsrecht auf [§ 314 BGB](#) analog gestützt. Wann ein wichtiger Grund vorliegt, ist dabei Frage des Einzelfalles. Dass eine erhebliche Verzögerung des Bauvorhabens und damit das hier diskutierte Steckenbleiben des Baues ein wichtiger Grund sein kann, ist in der Rechtsprechung aber unumstritten.⁷ Wird der bauvertragliche Teil des Bauträgervertrages aus wichtigem Grund gekündigt, so kann der Erwerber unter Anrechnung der für das Grundstück und für das bis dahin erstellte Bauwerk geleisteten Zahlungen die Übereignung verlangen.⁸ Zugleich kann er einen Drittunternehmer beauftragen, das Werk fertigzustellen.

Ob auch im Geschosswohnungsbau nach bis zum 31.12.2017 geltender Rechtslage die außerordentliche Kündigung der Bauverpflichtung aus wichtigem Grund von nur einem einzelnen Erwerber erklärt werden kann, ggf. gedeckt von einem Mehrheitsbeschluss der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft, oder nicht vielmehr nur eine Kündigung durch die Mehrheit der Erwerber in Betracht kommt, ist höchstrichterlich nicht geklärt.⁹ Mit überzeugenden Argumenten spricht sich die wohl herrschende Literaturmeinung für die Gemeinschaftsbezogenheit aus, wenn die von einzelnen Erwerbern erklärten Kündigungen in erheblichem Maße die Erfüllungsansprüche der anderen Erwerber beeinträchtigen.¹⁰ Dies dürfte im Geschosswohnungsbau regelmäßig der Fall sein.¹¹ Dies wirft zunächst die Frage auf, ob sämtlichen Erwerbern ein außerordentliches Kündigungsrecht zukommen muss.¹² Dem schließt sich ggf. die Frage an, wie sich die Kündigung auf andere Erwerber auswirkt, die selbst nicht wirksam hätten kündigen können, bspw. weil die Verträge unterschiedliche Fertigstellungsdaten vorsehen. All dies ist höchstrichterlich ungeklärt. Das Risiko, dass die Kündigung insgesamt unwirksam ist oder – jedenfalls bezüglich einzelner Erwerber – den gesamten Vertrag und nicht nur die Bauverpflichtung umfasst, kann bislang nicht sicher ausgeschlossen werden. Nur wenn sämtliche Erwerber außerordentlich kündigen, dürfte die Teilkündigung im Geschosswohnungsbau damit den „Königsweg“¹³ dargestellt haben, wenn der Bau stecken bleibt.

Die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung besteht für alle ab dem 01.01.2018 geschlossenen Bauträgerverträge jedoch nicht mehr. Der Gesetzgeber hat zwar in [§ 648a BGB](#) auch das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund fest im Werkvertragsrecht verankert. Gem. § 650u Abs. 2 BGB findet diese Regelung auf Bauträgerverträge jedoch keine Anwendung. Die Intention des Gesetzgebers, von der bisherigen Rechtsprechung zur Teilkündigung aus wichtigem Grund abzuweichen, geht aus der Gesetzesbegründung eindeutig hervor.¹⁴ Es erscheint damit ausgeschlossen, auch weiterhin eine auf [§ 314 BGB](#) analog gestützte Kündigung zuzulassen.¹⁵ Unabhängig von der berechtigten Kritik an dieser Neuregelung¹⁶ ist auch nicht ersichtlich, dass dieser gesetzliche Ausschluss der Kündigung unwirksam sein könnte.¹⁷

Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist daher nur noch in Altverträgen denkbar oder, wenn vertragliche Kündigungsrechte der Bauverpflichtung vereinbart worden sind. Letzteres ist zwar zulässig,¹⁸ dürfte aber in der

Praxis im Geschosswohnungsbau an der Bereitschaft der Bauträger scheitern, entsprechende Regelungen in die von ihnen vorformulierten Verträge aufzunehmen.¹⁹

2. Bauvertragliche Gewährleistungsrechte

Die Gewährleistungsrechte gem. [§§ 634 ff. BGB](#) geben dem Erwerber grundsätzlich ein flexibles Instrumentarium an die Hand und drängen sich bei Baumängeln auf. Insbesondere kann der Bauträger im Wege der Nacherfüllung gem. [§ 635 Abs. 1 BGB](#) zur Beseitigung bestehender Mängel verpflichtet werden oder dies kann im Wege der Selbstvornahme gem. [§ 637 Abs. 1 BGB](#) durch einen Drittunternehmer auf Kosten des Bauträgers geschehen. Der Anspruch auf Schadensersatz gem. [§§ 634 Nr. 4 , 280 ff. BGB](#) oder die Minderung gem. [§ 638 BGB](#) dürfen für den Erwerber, dessen Ziel die Abnahmereife ist, dagegen weniger relevant sein. Sämtliche Gewährleistungsrechte können jedoch grundsätzlich erst nach Abnahme geltend gemacht werden. Den lange Zeit bestehenden Meinungsstreit in der Rechtsprechung und Literatur hat der BGH mit dem Grundsatzurteil vom 19.01.2017 entschieden.²⁰ Ist der Bau nicht fertiggestellt, damit nicht abnahmereif und zeigt der Bauträger keinerlei Bemühen, auf eine Abnahme hinzuwirken, dürfte es aus den nachfolgend aufgezeigten Erwägungen daher in der Regel künftig nicht möglich sein, Gewährleistungsrechte geltend zu machen.

a) Abnahme unter Vorbehalt trotz fehlender Abnahmereife

Insbesondere bei weitgehender Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums und klar identifizierten und abgrenzbaren wesentlichen Mängeln, die eigentlich Anlass zu einer Abnahmeverweigerung geben würden, ist eine Abnahme unter Vorbehalt durch einzelne bzw. einen einzigen Erwerber denkbar. Nach Abnahme könnten die bestehenden Gewährleistungsansprüche eines Erwerbers durch Beschluss vergemeinschaftet und von der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft verfolgt werden.²¹ Insbesondere kann nach Fristsetzung Kostenvorschuss verlangt werden und ein leistungsbereiter Dritter kann auf Kosten des Bauträgers die Mängel beseitigen. Nachteile, die für die (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft mit der Abnahme durch einen einzigen Erwerber verbunden wären, sind nicht ersichtlich. Die Verjährung beginnt schließlich individuell für jeden einzelnen Erwerber und die Wohnungseigentümergeinschaft kann grundsätzlich so lange vergemeinschaftete Gewährleistungsrechte geltend machen, wie sie in der Person eines einzelnen Erwerbers noch unverjährt bestehen.²² Solange nicht sämtliche Erwerber abgenommen haben, droht daher für die (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft keine Verjährung. Der Übergang der Leistungsgefahr in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum und die Umkehr der Beweislast bzgl. derjenigen Mängel, die erst nach der erstmals von einem Erwerber erklärten Abnahme erkannt wurden, sind ebenfalls nicht zu befürchten, solange die Abnahmewirkungen nicht alle Erwerber treffen. Die etwaige Fälligkeit einer weiteren Zahlungsrate trifft ebenfalls ausschließlich den abnehmenden Erwerber und nicht die Wohnungseigentümergeinschaft.

Ob sich insbesondere bei größeren Bauträgerprojekten jedoch ein Erwerber findet, der die mit der Abnahme für ihn individuell verbundene Schlechterstellung akzeptiert, damit die Wohnungseigentümergeinschaft und die ihm ggf. unbekannt anderen Erwerber Vorteile bei der gemeinsamen Rechtsverfolgung zukommen, ist fraglich.²³ Rechtliche Risiken bestehen im Hinblick auf vertragliche Regelungen, die in Bauträgerverträgen als üblich geltend dürften. Aktuelle Bauträgerverträge enthalten vielfach Klauseln, nach denen das Gemeinschaftseigentum im Zuge

einer gemeinsamen Begehung von Bauträger und Erwerber förmlich und individuell von jedem Erwerber abgenommen wird. Derartige Regelungen sind jedenfalls bislang von der Rechtsprechung auch nicht beanstandet worden.²⁴ Wenn der Bauträger sich weigert, das ggf. sogar unstrittig nicht abnahmereife Werk nicht für eine gemeinsame Abnahme zu begehen, stellt sich die Frage, ob der Erwerber entgegen der vertraglichen Regelung die Abnahme einseitig wirksam erklären kann. Mit [§ 12 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B](#) vergleichbare Regelungen werden sich in den wenigsten Bauträgerverträgen finden. Ob sich der Bauträger in diesem Fall auf eine ggf. unwirksame Abnahme nach Treu und Glauben nicht berufen kann, weil er selbst die gemeinsame Abnahme vereitelt hat, ist eine von der Rechtsprechung bislang nicht erörterte Frage. Dies gilt gleichermaßen für die Abnahmeerklärung. Auch insoweit könnte der Einwand widersprüchlichen Verhaltens erhoben werden, weil der Erwerber mit der Abnahmeerklärung tatsächlich keine Billigung des Werkes zum Ausdruck bringen möchte, sondern vielmehr eine Missbilligung zum Ausdruck bringt und nur in den Genuss der Gewährleistungsrechte kommen will.²⁵

Die Abnahme unter Vorbehalt durch einen einzelnen Erwerber kann daher insbesondere dann ein gangbarer Weg sein, wenn der Bau zwar überwiegend fertiggestellt ist, der Abnahme aber ganz konkrete, wesentliche Mängel entgegenstehen, ein einzelner Erwerber freiwillig die für ihn persönlich nachteiligen Folgen hinzunehmen bereit ist und eine einseitige Abnahme durch den Vertrag nicht ausgeschlossen ist oder auch der Bauträger sich an der Abnahme beteiligt.

b) Fiktive Abnahme gem. [§ 640 Abs. 2 BGB](#)

Eine fiktive Abnahme gem. [§ 640 Abs. 2 BGB](#) kommt regelmäßig nicht in Betracht. Voraussetzung hierfür ist schließlich die Fertigstellung des Werkes.²⁶ Überdies setzt auch die fiktive Abnahme gem. [§ 640 Abs. 2 BGB](#) voraus, dass der Bauträger aktiv wird und eine Frist zur Abnahme setzt. Verpflichtet ist er hierzu nicht. Bleibt er untätig, hilft die Regelung des [§ 640 Abs. 2 BGB](#) nicht weiter.

c) Fingierte Abnahme aufgrund vertraglicher Regelung

Auch ohne Abnahme können die Abnahmewirkungen zu Lasten des Bauträgers im Einzelfall aufgrund vertraglicher Regelungen fingiert werden. Insbesondere ältere Bauträgerverträge enthalten oftmals Klauseln, die eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Dritten, z.B. einen vom Bauträger beauftragten Sachverständigen oder den ersten Verwalter, vorsehen. Kommt es zu einer solchen Abnahme durch einen Dritten, kann dies für Erwerber einen Glücksfall darstellen. Derartige Abnahmeklauseln sind soweit ersichtlich im Rahmen der Inhaltskontrolle nach [§§ 306 ff. BGB](#) stets als unwirksam angesehen worden.²⁷ Die Inhaltskontrolle dient jedoch nur dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders, also dem Erwerber. Nur er kann sich auf die Unwirksamkeit berufen. Dies führt zu der kuriosen Situation, dass der Erwerber sich auf die Abnahme gemäß der unwirksamen vertraglichen Regelung stützen und Gewährleistungsrechte geltend machen kann. Die für den Erwerber nachteiligen Folgen der Abnahme, insbesondere der Beginn der Verjährungsfrist und die Umkehr der Beweislast, treten jedoch nicht ein, weil sich der Bauträger als Verwender der Klausel nicht auf diese stützen kann.²⁸

Bauträger verzichten mittlerweile jedoch üblicherweise auf die Aufnahme derartiger Klauseln in ihren Verträgen.²⁹ Überdies kann der Bauträger bei Vorliegen einer derartigen Klausel auch schlicht darauf verzichten, die Fertigstellung des Bauvorhabens anzuzeigen und einen Sachverständigen zu beauftragen. Die Bedeutung

derartiger Klauseln in Altverträgen dürfte in Zukunft gering sein. Aus anwaltlicher Sicht wird man dem Bauträger jedenfalls wohl raten müssen, überhaupt nicht auf die Abnahme hinzuwirken, wenn begründete Zweifel an der Abnahmefähigkeit bestehen.

d) Entbehrlichkeit der Abnahme

Schließlich lässt die Rechtsprechung Ausnahmen vom Abnahmeerfordernis zu. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ist ein solcher Ausnahmefall insbesondere das Vorliegen eines sogenannten Abrechnungsverhältnisses. In einem Abrechnungsverhältnis kann der Besteller nicht mehr Erfüllung verlangen, sondern nur noch auf Zahlung gerichtete Ansprüche, d.h. insbesondere Schadensersatz statt der Leistung oder Minderung geltend machen.³⁰ Die endgültige Abrechnung des Werkvertrages durch Gegenüberstellung gegenseitiger Zahlungsansprüche ist mit dem Interesse des Erwerbers, seinen auf Eigentumsübertragung gerichteten Erfüllungsanspruch nicht zu verlieren, jedoch unvereinbar. Zwar ist das Schicksal des auf Übertragung des Eigentums gerichteten Erfüllungsanspruches in einem Abrechnungsverhältnis bislang ungeklärt. Im Hinblick auf die auch von § 650u BGB angeordnete Unteilbarkeit der werk- und kaufvertraglichen Bestandteile des Bauträgervertrages kann aber nicht sicher ausgeschlossen werden, dass im Abrechnungsverhältnis auch der auf Eigentumsübertragung gerichtete Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann.³¹ Es kann einem Erwerber, der noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, aus anwaltlicher Sicht nur davon abgeraten werden, auf ein Abrechnungsverhältnis hinzuwirken.³²

Die fehlende Abnahme könnte der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben schließlich auch dann nicht entgegenstehen, wenn der Bauträger durch sein Verhalten den Eindruck erweckt hat, das Gemeinschaftseigentum sei bereits fertiggestellt und abgenommen worden.³³ Dies überzeugt grundsätzlich und ist mit der Rechtsprechung des BGH auch vereinbar,³⁴ löst jedoch nicht das eingangs skizzierte Problem des gänzlich untätigen Bauträgers.

Vereinzelt wird insbesondere in der älteren Instanzrechtsprechung darüber hinaus die Auffassung vertreten, der Anspruch auf Kostenvorschuss bzw. Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme gem. § 637 BGB könne grundsätzlich bereits vor Abnahme geltend gemacht werden.³⁵ Der BGH hat eine derartige grundsätzliche Ausnahme vom Abnahmeerfordernis dagegen nicht bestätigt, sondern vielmehr die Möglichkeit diskutiert, ob auch das Verlangen nach einem Kostenvorschuss unter besonderen Umständen zu einem Abrechnungs- bzw. Abwicklungsverhältnis führen könne.³⁶ Daraus folgt jedoch, dass die Abnahme nicht grundsätzlich entbehrlich sein kann, um einen Kostenvorschuss verlangen zu können. Führt das Verlangen nach Kostenvorschuss ggf. zu einem Abrechnungsverhältnis, stellt sich das gleiche Problem wie beim Schadensersatz statt der Leistung und der Minderung: Es kann nicht sicher ausgeschlossen werden, dass mit dem werkvertraglichen Erfüllungsanspruch auch der Übereignungsanspruch erlischt.

Damit dürfte im Rahmen von Bauträgerverträgen nach derzeitiger Rechtsprechung die Abnahme auch kaum einmal entbehrlich sein, sofern der Bauträger auf eine solche nicht aktiv hingewirkt hat.

e) Zwischenergebnis zu bauvertraglichen Gewährleistungsrechten

So naheliegend die Geltendmachung von werkvertraglichen Gewährleistungsrechten beim Vorliegen von Baumängeln auch ist, werden diese regelmäßig an der Voraussetzung der Abnahme scheitern. Im Einzelfall kann die Abnahme durch einen einzigen Erwerber ein gangbarer Weg sein, der sich in der Praxis allerdings noch nicht bewiesen hat. Eine fiktive Abnahme sowohl nach [§ 640 Abs. 2 BGB](#) als auch aufgrund etwaiger vertraglicher Regelungen

kommt dagegen eher nicht in Betracht, wenn der Bauträger diese vermeiden will und untätig bleibt. Da die Abnahme jedenfalls nach bisheriger Rechtsprechung nur dann entbehrlich ist, wenn nicht mehr Erfüllung verlangt werden kann, sondern sich nur noch gegenseitige Zahlungsansprüche gegenüberstehen, ist auch das Hinwirken auf ein Abrechnungsverhältnis beim Bauträgervertrag kein gangbarer Weg, solange nicht höchststrichterlich entschieden ist, dass ein Abrechnungsverhältnis den kaufvertraglichen Erfüllungsanspruch auf Übereignung unberührt belässt.

III. Alternative Anspruchsgrundlagen

Da dem Erwerber nach hier vertretener Auffassung vor Abnahme damit regelmäßig weder die Möglichkeit offen steht, den Vertrag zu kündigen, noch Gewährleistungsrechte geltend gemacht werden können, soll der Blick – entsprechend der Segelanweisung des BGH³⁷ – nachfolgend auf den werkvertraglichen Erfüllungsanspruch und das allgemeine Leistungsstörungenrecht gerichtet werden.

1. Der werkvertragliche Erfüllungsanspruch

Den Erwerbern steht aus den Bauträgerverträgen nicht nur ein Anspruch auf Übereignung des Eigentumsanteils zu, sondern auch ein individueller Anspruch auf Erfüllung der werkvertraglichen Pflichten aus dem Vertrag. Dieser individuelle Erfüllungsanspruch bezieht sich grundsätzlich nicht nur auf die vertragsgerechte Herstellung des Sondereigentums, sondern auch auf die des (gesamten) Gemeinschaftseigentums nach Maßgabe des abgeschlossenen Bauträgervertrags.³⁸

Im BGB-Werkvertrag ist der Erfüllungsanspruch gerichtet auf die Herstellung des vollendeten, mangelfreien Werkes. Zeigen sich vor Abnahme Mängel, umfasst der Anspruch auf Herstellung des mangelfreien Werkes zwar auch deren Beseitigung, denn anders kann der Herstellungsanspruch nicht erfüllt werden.³⁹ Dieser Anspruch ist jedoch gerichtet allein auf den eigentlichen Werkerfolg und nicht auf die Durchführung einzelner konkreter Arbeitsschritte bzw. die schrittweise Beseitigung konkreter Mängel.⁴⁰

Der Erfüllungsanspruch ist im Wege der Erfüllungsklage einklagbar.⁴¹ In der baurechtlichen Praxis spielt die Erfüllungsklage jedoch bislang keine Rolle. Sofern sie in der baurechtlichen Literatur überhaupt diskutiert wird, so wird von ihr recht pauschal und ohne konkreten Bezug zum Bauträgervertrag abgeraten.⁴² Dies dürfte insbesondere dem Umstand geschuldet sein, dass der Bauherr den Bauvertrag bei ausbleibender Leistung des Unternehmers frei nach [§ 648 BGB](#) oder unter den Voraussetzungen des [§ 648a BGB](#) außerordentlich kündigen

kann. Die Möglichkeit der Vertragsbeendigung hat der Erwerber gegenüber dem Bauträger jedoch nicht, sofern er auch weiterhin Eigentum erwerben möchte. Es soll daher nachfolgend untersucht werden, wer den Erfüllungsanspruch zweckmäßigerweise wie gerichtlich einklagen und vollstrecken kann.

a) Anspruchsinhaber

Der Erwerber ist grundsätzlich berechtigt, seine individuellen Rechte aus dem Bauträgervertrag auch individuell gerichtlich zu verfolgen.⁴³ Dies gilt auch dann, wenn die Ausübung der Rechte nicht bloß dem einzelnen Erwerber, sondern der Wohnungseigentümergeinschaft als Ganzes zu Gute kommt.⁴⁴ Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb ein einzelner Erwerber eine auf Herstellung des gesamten Gemeinschaftseigentums gerichtete Erfüllungsklage nicht sollte erheben können.

Praktisch könnte sich im Geschosswohnungsbau die individuelle Verfolgung des Erfüllungsanspruches vor Gericht als äußerst schwierig erweisen. Im Rechtsstreit über die fachgerechte Herstellung des Gemeinschaftseigentums ist die Begutachtung der Bauleistung durch einen gerichtlichen Sachverständigen regelmäßig unumgänglich. Ist das Gemeinschaftseigentum betroffen, werden hierfür oftmals auch Untersuchungen in Bereichen vorgenommen werden müssen, die nicht unmittelbar zum Sondereigentum des klagenden Erwerbers gehören. Besonders offen zutage tritt diese Problematik, wenn der Trittschall zwischen Wohneinheiten betroffen ist. Die Interessen des vom Trittschall gestörten Erwerbers und die des den Trittschall verursachenden dritten Erwerbers sind regelmäßig gegenläufig. Neben dem Bauträger, der als Eigentümer Bauteilöffnungen wird zustimmen müssen,⁴⁵ ist aber auch die Zustimmung des Dritten, der am Verfahren nicht beteiligt ist, in dessen Wohnung aber Untersuchungen vorgenommen werden müssen, erforderlich.⁴⁶ Das Gericht kann in einer derartigen Situation dem nicht beteiligten Dritten aufgrund der Regelung in [§ 144 Abs. 1 Satz 3 ZPO](#) jedoch nicht aufgegeben, dem gerichtlichen Sachverständigen Zugang zu seiner Wohnung zu gewähren.⁴⁷ Die Beweisaufnahme kann an der fehlenden Bereitschaft des Dritten daher schnell scheitern. Was dies im Einzelfall für den klagenden Erwerber bedeutet, insbesondere ob sich daraus Beweismachteile ergeben könnten, ist offen.⁴⁸ Ob eine Beweislastentscheidung, die nach Rechtsprechung des BGH stets nur ultima ratio sein soll,⁴⁹ in einer derartigen Konstellation ergehen kann, ist ebenfalls ungeklärt. Auch wenn vor Abnahme nach allgemeinen Grundsätzen für die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages der Bauträger darlegungs- und beweibelastet ist, ist damit nicht sicher, zu wessen Gunsten sich die Undurchführbarkeit der Beweisaufnahme auswirkt.⁵⁰

Der sicherere Weg dürfte es daher sein, dass auf die Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichtete Ansprüche nicht durch einzelne Erwerber geltend gemacht werden, sondern durch die (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft.⁵¹ Voraussetzung hierfür ist, dass die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der individuellen Rechte der Erwerber durch Mehrheitsbeschluss gem. § 10 Abs. 6 Satz 3, Halbs. 2 i.V.m. [§ 21 Abs. 1](#) und [5 Nr. 2 WEG](#) an sich zieht. Dass dies auch für den werkvertraglichen Erfüllungsanspruch zulässig ist, entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH und wurde erst kürzlich wieder bestätigt.⁵² Für die Durchsetzung dieses Anspruches wird mit dem Vergemeinschaftungsbeschluss die alleinige Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft begründet, die die Stellung eines gesetzlichen Prozessstandschafters einnimmt.⁵³

b) Antragstellung

Verlangt die Wohnungseigentümergeinschaft Erfüllung, so ist der Antrag auf die Vornahme einer Handlung gerichtet, nämlich der Herstellung des geschuldeten Werkes. Ausgehend von dem Grundsatz, dass ein Werkunternehmer grundsätzlich einen konkreten Erfolg schuldet, nicht jedoch die Ausführung bestimmter Zwischenschritte, mögen diese auch zur Herbeiführung des punktuellen Werkerfolgs unerlässlich sein, stellt sich die auch für die Vollstreckung wichtige Frage der richtigen Antragstellung.

Zunächst kann ein klagender Erwerber nicht begehren, worauf er keinen Anspruch hat. Dann wäre die Klage unschlüssig. Selbst wenn dem Werkerfolg nur die Beseitigung einiger weniger, gleichwohl wesentlicher, Mängel entgegensteht, wird es für eine auf die Beseitigung dieser Baumängel gerichtete Erfüllungsklage daher an einer Anspruchsgrundlage fehlen. Eine Teilleistung schuldet der Werkunternehmer nicht. Anders als im Rahmen der Nacherfüllungsklage kann der Antrag demnach nicht darauf gerichtet sein, die Beseitigung eines bestimmten Mangelsymptoms zu fordern.⁵⁴ Der fehlende Anspruch auf Teilleistungen wurde kürzlich auch den Klägern in einem Verfahren vor dem OLG Frankfurt zum Verhängnis: Die Kläger – ebenfalls Erwerber einer Eigentumswohnung von einem Bauträger – hatten u.a. beantragt, den Bauträger zum Einbau ganz bestimmter Schiebetüren zu verurteilen.⁵⁵ Zu diesem klägerischen Begehren hat das OLG Frankfurt wie folgt entschieden:

„Die Klage ist – was das Landgericht übersehen hat – insgesamt schon deswegen unschlüssig, weil es für das Klageziel der Klägerin keine Anspruchsgrundlage gibt. Die einklagbare Verpflichtung desjenigen, der ein Werk herzustellen hat, wobei im Rahmen des Bauträgervertrages auf die Verpflichtung des Unternehmers, den Bau zu errichten, im Ergebnis Werkvertragsrecht Anwendung findet, besteht im Werkerfolg. Die dafür zu erbringenden Teilleistungen sind unselbständige Bestandteile dieses geschuldeten Erfolges. Wenn der Unternehmer nicht leistet, kann er nur auf den versprochenen Erfolg verklagt und zu diesem verurteilt werden (Martinek, in Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2014, Anhang zu § 631, Rn. 15, 44, § 633 Rn. 3).“⁵⁶

Da gem. [§ 631 Abs. 1 BGB](#) die „Herstellung des versprochenen Werkes“ die Hauptleistungspflicht des Werkunternehmers darstellt, ist es zweckmäßig, den Antrag auch auf diesen Erfolg zu richten. Wird vom Bauträger lediglich die Herstellung des versprochenen Werkes (nach Maßgabe der Baubeschreibung und den allgemein anerkannten Regeln der Technik) verlangt, so drängt sich die Frage auf, ob ein solcher Antrag hinreichend bestimmt ist und vollstreckt werden kann.

Nach allgemeinen Grundsätzen setzt ein hinreichend bestimmter Antrag voraus, dass

„[...] er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis ([§ 308 ZPO](#)) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung ([§ 322 ZPO](#)) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Ungenauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine

Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt.“[57](#)

Was das genau bedeutet, ist Frage des Einzelfalls und auch des anwendbaren materiellen Rechts.[58](#) Der Grundsatz, dass ein auf die Vornahme von Handlungen gerichteter Leistungsantrag, mit dem ein bestimmter Erfolg erzielt werden soll, ausreichend bestimmt ist, wenn dieser angestrebte Erfolg konkret bezeichnet wird,[59](#) dürfte auf die Erfüllungsklage im Werkvertragsrecht übertragbar sein. Es sollte daher genügen, wenn der Erfolg in seinen wesentlichen Umrissen im Antrag umschrieben wird, bspw. durch Bezugnahme auf die Baubeschreibung.[60](#) Auch ein Antrag, der darüber hinaus den geschuldeten Leistungserfolg noch dahingehend konkretisiert, dass im Rahmen der abnahmereifen Herstellung des Werkes z.B. ein erhöhter Trittschallschutz nach Maßgabe der vereinbarten Beschaffenheit herzustellen ist, dürfte zulässig sein und auch unter vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten zweckmäßig.[61](#) Dem Grundsatz, dass der Werkunternehmer die Auswahl zwischen verschiedenen, zur Herbeiführung des Erfolgs geeigneten, Mitteln hat,[62](#) steht einer derart konkretisierenden Antragstellung jedenfalls nicht entgegen.

c) Vollstreckung

Die Vollstreckung eines Erfüllungstitels wird sich in aller Regel nach [§ 887 Abs. 1 ZPO](#) richten, es handelt sich um eine vertretbare Handlung. Für den Nacherfüllungsanspruch hat der BGH dies bereits entschieden[63](#) und es ist nicht ersichtlich, weshalb für den Erfüllungsanspruch etwas anderes gelten sollte.[64](#) Sofern der Bauträger trotz Titels nicht tätig wird, ist die Wohnungseigentümergeinschaft gem. [§ 887 Abs. 1 ZPO](#) auf Antrag zu ermächtigen, die für die Erfüllung des Bauvertrages erforderlichen Handlungen auf Kosten des Bauträgers vornehmen zu lassen. Eine vorherige Fristsetzung ist hierfür nicht erforderlich, der Bauträger muss lediglich nach Eintritt der Vollstreckbarkeit tatsächlich Gelegenheit gehabt haben, den titulierten Anspruch zu erfüllen.[65](#) Auch ohne entsprechende materiell-rechtliche Regelung im Werkvertragsrecht wird dem Besteller damit über das Zivilprozessrecht bereits vor Abnahme die Ersatzvornahme ermöglicht.[66](#) Zugleich kann gem. [§ 887 Abs. 2 ZPO](#) beantragt werden, den Bauträger zur Zahlung eines Kostenvorschusses an die (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft zu verurteilen.[67](#) Die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts erfolgt nach [§ 891 ZPO](#) durch Beschluss, die den Betrag beziffern muss und einen auf Zahlung gerichteten, sofort vollstreckbaren ([§ 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO](#)) Titel darstellt.

Dass der Bauträger als Eigentümer die Ersatzvornahme zu dulden hat, ergibt sich unmittelbar aus [§ 887 ZPO](#) und bedarf keiner zusätzlichen Anordnung nach [§ 890 ZPO](#).[68](#)

2. Ansprüche aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht

Neben dem Erfüllungsanspruch kann der Erwerber auch Ansprüche unmittelbar aus allgemeinem Leistungsstörungenrecht geltend machen. Dies hat der BGH mit der Grundsatzentscheidung vom 19.01.2017 ebenfalls klargestellt.[69](#) Danach können insbesondere auch Schadenersatzansprüche unmittelbar unter den Voraussetzungen der [§§ 280 ff. BGB](#) und nicht nach Maßgabe des [§ 637 Nr. 4 BGB](#) geltend gemacht werden.[70](#)

So selbstverständlich dies vom BGH entschieden und von der Literatur angenommen wurde,⁷¹ ist zu untersuchen, ob dem Erwerber im Rahmen des Bauträgervertrages damit tatsächlich geholfen ist.

Das Interesse des Erwerbers ist (neben dem Eigentumserwerb) darauf gerichtet, dass er die Kosten, die für die Fertigstellung des Bauvorhabens durch einen Drittunternehmer aufgewendet werden müssen, vom Bauträger erstattet bekommt und Eigentum erlangt. In Betracht kommt daher nur der Schadenersatzanspruch statt der Leistung, der an die Stelle des bauvertraglichen Erfüllungsanspruches tritt.⁷² Da der Erwerber das noch fertigzustellende Werk behalten und übertragen bekommen möchte, handelt es sich um den sogenannten kleinen Schadenersatz statt der Leistung. Dieser Anspruch steht allein der Wohnungseigentümergeinschaft zu, kann demnach – unabhängig von einem Vergemeinschaftungsbeschluss – nicht von einzelnen Erwerbern individuell geltend gemacht werden.⁷³ Setzt die Wohnungseigentümergeinschaft nach Fälligkeit eine angemessene Frist zur Fertigstellung oder ist die Fristsetzung ausnahmsweise nach § 281 Abs. 2 entbehrlich, so ist der Schadenersatzanspruch ohne Zweifel entstanden.⁷⁴

Mit dem unwiderruflichen Verlangen nach Schadenersatz statt der Leistung erlischt jedoch der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.⁷⁵ Dass der kleine Schadenersatz statt der Leistung nur bezogen auf konkrete Mängel geltend gemacht werden kann und damit auch der Erfüllungsanspruch nur soweit erlischt, wie die Leistung mangelhaft ist,⁷⁶ kann für den Bauträgervertrag nicht angenommen werden. In ständiger Rechtsprechung betont der BGH zum Bauträgervertrag, dass sich der Bauträger zu einer untrennbaren Gesamtleistung verpflichtet.⁷⁷ Dieses Postulat der Untrennbarkeit steht der Aufspaltung in kauf- und werkvertragliche Bestandteile entgegen. Es hat nun auch Eingang in das Gesetz gefunden und entspricht dem klaren Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der Kündigung und des Rücktritts. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb dies im allgemeinen Leistungsstörungenrecht beim Schadenersatz statt der Leistung anders beurteilt werden sollte. Mit dem BGH lehnt auch der überwiegende Teil der Literatur daher richtigerweise eine derartige Teilbarkeit ab. Dabei wird insbesondere auf die Interessenlage der Vertragsparteien abgestellt.⁷⁸ Gegen die Annahme einer selbstständigen Teilleistung kann zudem eingewandt werden, dass als Kehrseite die Verpflichtung zur Teilabnahme konkreter Zwischenschritte bestehen müsste.⁷⁹ Auch dies wird im Werkvertragsrecht nur in besonderen Konstellationen bei entsprechender Vereinbarung angenommen. Nur vereinzelte Stimmen sprechen sich unter Berufung auf die allgemeine Systematik des § 281 BGB für die Möglichkeit aus, den kleinen Schadenersatz und zugleich Übereignung verlangen zu können.⁸⁰

Damit besteht das ganz erhebliche Risiko, dass das Verlangen nach dem kleinen Schadenersatz statt der Leistung zum Wegfall des Eigentumsübertragungsanspruches führt. So wie die Erklärung des Rücktritts für den Erwerber aus Risikogründen ausgeschlossen ist,⁸¹ ist dies damit auch für die Geltendmachung von Schadenersatz statt der Leistung der Fall,⁸² jedenfalls solange, bis eine höchstrichterliche Klärung der Rechtslage erfolgt.

IV. Ergebnis

Das Steckenbleiben des Bauträgervertrages stellt die anwaltliche Beratungspraxis vor große Herausforderungen und Haftungsfallen. Die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund wird an Bedeutung verlieren, sofern der

Gesetzgeber nicht den Forderungen nachgibt, den Anwendungsbereich des [§ 648a BGB](#) auf Bauträgerverträge zu erstrecken.⁸³ Es ist nicht zu erwarten, dass sich in Anbetracht der Verkäufermarktlage Bauträger auf vertragliche Kündigungsrechte einlassen werden. Werkvertragliche Gewährleistungsrechte geben dem Erwerber zwar ein flexibles Instrumentarium an die Hand, die Fertigstellung des Bauvorhabens auf Kosten des Bauträgers selbst in die Hand zu nehmen. Der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten wird aber regelmäßig die fehlende und auch nicht ausnahmsweise entbehrliche Abnahme entgegenstehen. Bei der Beratung einer Wohnungseigentümergeinschaft kann die Abnahme durch einen einzelnen Erwerber ein gangbarer Weg sein, erfolgreich beschritten wurde dieser soweit ersichtlich aber bislang nicht. Entgegen der Auffassung des BGH sind jedenfalls im Bauträgervertrag – sofern die Rechtsprechung an der grundsätzlichen Unteilbarkeit der werk- und kaufvertraglichen Verpflichtungen des Bauträgervertrags festhält – die Ansprüche aus dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht dagegen nicht geeignet, den Erwerber angemessen zu schützen. Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ist schließlich ebenfalls mit dem Risiko für den Erwerber verbunden, den Eigentumsübertragungsanspruch zu verlieren. Damit verbleibt als sicherster Weg die Leistungsklage auf Erfüllung des Werkvertrages. Dass im Rahmen des Rechtsstreits – grundsätzlich auf Kosten des Bauträgers – auch Feststellungen zum Bautenstand getroffen werden müssen, kann sich auch im Falle der etwaigen späteren Insolvenz des Bauträgers als Vorteil herausstellen: Mit dem Insolvenzverwalter muss dann nicht mehr darüber gestritten werden, welche Leistungen noch zu erbringen sind, sondern nur, wie diese bewertet werden. Über die Erfüllungsklage und die sich anschließende zivilprozessuale Ersatzvornahme nach [§ 887 ZPO](#) wird dem Erwerber auch ein vollstreckbarer Titel auf Zahlung eines Kostenvorschusses gewährt. Auch vor Abnahme hat der Erwerber auch nach neuem Recht über den Erfüllungsanspruch damit die Möglichkeit, das Objekt zu behalten und die restliche Fertigstellung ggf. durch einen Dritten zu erstreiten.⁸⁴ Ob sich dieser Weg in der Praxis bewährt, bleibt abzuwarten.

- † Der Autor ist Rechtsanwalt bei Loschelder Rechtsanwälte PartG mbB.
- 1 Grziwotz, Der Bauträgervertrag – Finanzierungselement für Banken mit immer weniger Verbraucherschutz?, NZBau 2019, 218 (224); ähnlich Vogel, Der ungewollte Tod, [BauR 2018, 717 \(719\)](#).
 - 2 Zu den Defiziten der aktuellen Rechtslage und aktuell diskutierten Lösungsansätzen Fuchs, Absicherung des Bestellers in der Insolvenz des Bauträgers, [BauR 2020, 371 ff.](#); Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 19.06.2019, abrufbar unter: https://www.bmiv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Abschlussbericht_AG_BautraegervertragsR.pdf?__blob=publicationFile&v=1.
 - 3 Koebler, Hinterlegungsklauseln und Mängelansprüche als Gegenrechte, NJW 2020, 2308 (2311).
 - 4 Vor Eigentumsübertragung der ersten Wohneinheit liegt lediglich eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft vor, die – soweit vorliegend von Interesse – über die gleichen Rechte verfügt wie die Wohnungseigentümergeinschaft, vgl. [BGH, Beschl. v. 05.06.2008 – V ZB 85/07](#), BGHZ 177, 53–62, Rdnr. 12 ff. = NJW 2008, 2639 = [BauR 2008, 1614](#). Aus diesem Grunde wird nachfolgend auf eine weitergehende Abgrenzung verzichtet.
 - 5 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), BGHZ 213, 349–361 = NJW 2017, 1604 = BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216.
 - 6 [BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83](#), BGHZ 96, 275–283, Rdnr. 14; Kessler, Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach dem neuen Bauvertragsrecht, ZfIR 2018, 511 (512).
 - 7 Ebenso beim Bauträgervertrag [OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.06.2017 – I-5 U 114/16](#), Rdnr. 125, juris = [BauR 2000, 114](#); KG Berlin, Urt. v. 22.12.1998 – 27 U 429/98, Rdnr. 125, juris = [BauR 2000, 76](#); allgemein im Werkvertragsrecht z.B. [BGH, Urt. v. 12.02.2003 – X ZR 62/01](#), Rdnr. 14, juris = [BauR 2003, 88](#).
 - 8 St. Rspr. seit [BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83](#), BGHZ 96, 275–283, Rdnr. 14 = NJW 1986, 925 = [BauR 1986, 208](#).
 - 9 Ausdrücklich erörtert aber offen gelassen [BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83](#), BGHZ 96, 275–283, Rdnr. 23 = NJW 1986, 925 = [BauR 1986, 208](#).
 - 10 Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rdnr. 310; Pause, Bauträgerkauf, B. Der Bauträgererwerb Rdnr. 553.
 - 11 Die Kündigung hat schließlich zur Folge, dass der Bauträger den übrigen Erwerbern weiterhin zur Fertigstellung verpflichtet ist, der kündigende Erwerber dagegen das Gemeinschaftseigentum von einem Drittunternehmer fertigstellen lassen darf.
 - 12 Ablehnend OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.10.2016 – 19 U 108/14, Rdnr. 52 f. m.w.N.
 - 13 Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag, Rdnr. 285; vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rdnr. 1175.
 - 14 GE d. BReg. v. 18.05.2016, BT-Drucks. 18/8486, 71. Zu Zweifeln an der Wirksamkeit dieser Regelung Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rdnr. 284 ff.
 - 15 So aber ausdrücklich Kessler, Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach dem neuen Bauvertragsrecht, ZfIR 2018, 511 (514). Dies würde den Willen des Gesetzgebers, nur noch eine Gesamtabwicklung des Vertrages i.R.d. Rücktritts zuzulassen, unterlaufen. Auch aus systematischer Sicht verbietet sich eine Analogie, nachdem die außerordentliche Kündigung im Werkvertragsrecht eine ausdrückliche Regelung gefunden hat. Im Ergebnis ebenso Vogel, Der ungewollte Tod, [BauR 2018, 717 \(718\)](#); Kniffka *ibrOK* BauVertrR/Pause/Vogel, 21. Ed. 17.09.2019, BGB § 650u Rdnr. 131 m.w.N.
 - 16 Siehe z.B. Grziwotz, Der Bauträgervertrag – Finanzierungselement für Banken mit immer weniger Verbraucherschutz?, NZBau 2019, 218 (224), der ebenso wie Vogel, Der ungewollte Tod, [BauR 2018, 717 \(718\)](#), von einer fatalen Fehleinschätzung des Gesetzgebers spricht; Kessler, Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach dem neuen Bauvertragsrecht, ZfIR 2018, 511 (513) fragt sich dagegen, ob der Gesetzgeber die Entscheidung zum außerordentlichen Kündigungsrecht nicht gelesen hat und stellt fest: „Wie diese Regelung in das Gesetz gelangen konnte, ist absolut schleierhaft!“ Auch Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rdnr. 287 bezeichnet die gesetzliche Regelung als „völlig falsch“ und kann sie sich nur damit erklären, dass der Gesetzgeber die Entscheidung des BGH nicht gelesen habe. Kritisch ebenfalls Weise, NJW-Spezial 2018, 44; Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Stelzner, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 650u BGB (Stand: 01.02.2020), Rdnr. 40, jeweils m.w.N.
 - 17 So aber ausdrücklich Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rdnr. 289.
 - 18 Weise, Der Bauträgervertrag nach der Baurechtsreform, NJW-Spezial 2018, 44; Basty, Baurechtsreform 2017 und Bauträgervertrag, MittBayNot 2017, 445 (447).
 - 19 Ebenso Kessler, Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach dem neuen Bauvertragsrecht, ZfIR 2018, 511 (514).
 - 20 [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), BGHZ 213, 349–361 = NJW 2017, 1604 = BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216.
 - 21 Nach Rechtsprechung des BGH genügt es, dass nur noch ein einziger Nachzügler-Erwerber unverjährte Gewährleistungsansprüche hat, die

nach Vergemeinschaftung von der Wohnungseigentümergeinschaft verfolgt werden. Im Umkehrschluss sollte es danach auch ausreichen, dass Gewährleistungsansprüche bislang nur in der Person eines einzigen Erwerbers entstanden sind.

- ²² Vgl. die Nachzügler-Rechtsprechung seit [BGH, Urt. v. 21.02.1985 – VII ZR 72/84](#), Rdnr. 17 ff., juris = NJW 1985, 1551 = [BauR 1985, 314](#); [BGH, Urt. v. 12.05.2016 – VII ZR 171/15](#), BGHZ 210, 206–224, Rdnr. 33 f. = NJW 2016, 2878 = [BauR 2016, 1467](#) = NZBau 2016, 551.
- ²³ Hier besteht auch i.R.d. anwaltlichen Beratung das Risiko einer Interessenkollision, denn der einzelne Erwerber und die Wohnungseigentümergeinschaft haben nicht zwingend gleichgerichtete Interessen. Im Hinblick auf die mit der Abnahme für den Erwerber nachteiligen Folgen besteht zudem ein erhöhtes Haftungsrisiko für den Rechtsanwalt.
- ²⁴ Zu den Versuchen, die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Dritten vornehmen zu lassen, s.u. II. 2. c).
- ²⁵ Vgl. zur unwirksamen Ausübung des Widerrufsrechts wegen Verfolgung nicht schutzwürdiger Ziele OLG Frankfurt, Urt. v. 03.07.2019 – 23 U 66/18, Rdnr. 68 f., juris.
- ²⁶ Karczewski, Der neue alte Bauträgervertrag, NZBau 2018, 328 (334).
- ²⁷ Ausführlich zu unterschiedlichen Klauseln und der Entwicklung der Rechtsprechung: Heuer/Weber, Die Entwicklung des Bauträgerrechts in den Jahren 2013 und 2014, NJW 2015, 2086.
- ²⁸ [BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 49/15](#), BGHZ 209, 128–139, Rdnr. 43 = [BauR 2016, 1013](#) = NJW 2016, 1572 = NZBau 2016, 1123.
- ²⁹ Die Ergebnisse der Arbeitsgruppe Bauträgervertragsrecht im BMJV zu den Möglichkeiten, dem Bauträger die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu erleichtern, präsentiert Leupertz, Die „Abnahme“ des Gemeinschaftseigentums, [BauR 2020, 380 ff.](#)
- ³⁰ Erstmals [BGH, Urt. v. 23.11.1978 – VII ZR 29/78](#), juris = NJW 1979, 549 (550) = BauR 1979, 152; zuletzt [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), BGHZ 213, 349–361 = NJW 2017, 1604 = BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216; s.a. Schmid/Senders, Das Abrechnungsverhältnis im Werkvertragsrecht, NZBau 2016, 474.
- ³¹ Siehe zur Unteilbarkeit die detaillierte Darstellung unter III. 2.
- ³² Der Bauträger kann auch nicht einseitig ein Abrechnungsverhältnis begründen, indem er das nach seiner Auffassung fertiggestellte Werk dem Auftraggeber zur Abnahme anbietet (missverständlich insoweit [KG, Urt. v. 16.05.2017 – 27 U 132/16](#), IBRRS 2020, 0615, Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen durch Beschl. v. 18.12.2019 – VII ZR 148/17). Ein Abrechnungsverhältnis setzt schließlich voraus, dass die gegenseitigen Ansprüche nur noch auf Geld gerichtet sind. Im laufenden Vertragsverhältnis kann der Werkunternehmer dies nicht durch eine einseitige Leistungsverweigerung und Aufforderung zur Abnahme bewirken.
- ³³ HansOLG, Urt. v. 16.05.2019 – 8 U 42/18, IBRRS 2020, 0704 (anschließend BGH, Beschl. v. 23.10.2019 – VII ZR 133/19 – Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen).
- ³⁴ Schließlich lässt der BGH ausdrücklich Ausnahmen vom Abnahmeerfordernis zu und hält die Abnahme nur „grundsätzlich“ für erforderlich, [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), [BGHZ 213, 349](#) = NJW 2017, 1604 = BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216.
- ³⁵ So ausdrücklich, allerdings obiter dictum, auch nach der Grundsatzentscheidung des BGH noch OLG Frankfurt, Urt. v. 05.03.2018 – 25 U 119/14, Rdnr. 109 – 110, juris; einschränkend dagegen [OLG Celle, Urt. v. 11.05.2016 – 7 U 164/15](#), Rdnr. 68, juris = [BauR 2016, 1504](#); OLG Hamm, Urt. v. 19.08.2014 – I-24 U 41/14, Rdnr. 45, juris = NJW 2015, 960 = BauR 2015, 1861 = NZBau 2015, 155 [\[OLG Hamm 19.08.2014 - 24 U 41/14\]](#); Staudinger, BGB/Peters, Neubearbeitung 2019, § 633 Rdnr. 95.
- ³⁶ [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), BGHZ 213, 349–361, Rdnr. 46–48 = NJW 2017, 1604 = BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216.
- ³⁷ [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), BGHZ 213, 349–361, Rdnr. 32 = NJW 2017, 1604 = BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216.
- ³⁸ [BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 236/05](#), BGHZ 172, 42–58, Rdnr. 20. Zu dem Problem, dass der Bauträger oftmals kein einheitliches Bausoll schuldet, Bast, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rdnr. 805 ff.; Elzer, Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums durch den Verwalter, ZWE 2017, 113.
- ³⁹ Staudinger BGB/Peters, Neubearbeitung 2019, § 634 Rdnr. 11.
- ⁴⁰ OLG Frankfurt, Urt. v. 05.03.2018 – 25 U 119/14, Rdnr. 109; BeckOGK/Schmidt, 01.10.2019, BGB § 633 Rdnr. 8; MünchKomm.-Busche, BGB, 7. Aufl. 2018, BGB § 631 Rdnr. 62. Insofern unterscheidet sich der Erfüllungsanspruch grundlegend vom Nacherfüllungsanspruch, denn Letzterer ist stets auf die Beseitigung eines konkreten Mangels gerichtet.
- ⁴¹ [BGH, Urt. v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14](#), BGHZ 217, 13–24, Rdnr. 33.
- ⁴² Kniffka/Koebler/Jurgetleit, 5. Teil, Die Haftung des Unternehmers für Mängel, Rdnr. 230.
- ⁴³ [BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 236/05](#), BGHZ 172, 42–58, Rdnr. 18.
- ⁴⁴ [BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 236/05](#), BGHZ 172, 42–58, Rdnr. 18.
- ⁴⁵ Vgl. Praun, Bauteilöffnung durch gerichtlichen Sachverständigen: Befugnis, Anweisung, Haftung, [BauR 2013, 1938](#).
- ⁴⁶ Dies gebietet nicht nur die durch den Zutritt erfolgte Besitzstörung, sondern auch die Unverletzlichkeit der Wohnung gem. [Art. 13 Abs. 1 GG](#).
- ⁴⁷ [BGH, Beschl. v. 16.05.2013 – VII ZB 61/12](#), juris = NJW 2013, 2687 = [BauR 2013, 1307](#) = NZBau 2013. Der BGH greift dabei auf den weiten Wohnungsbegriff aus [Art. 13 GG](#) zurück, weshalb auch zur Wohnung gehörende Bereiche wie Keller, Speicher, Garagen, Vorgärten etc. von [§ 144 Abs. 1 Satz 3 ZPO](#) erfasst seien (Rdnr. 7 f.). Kritisch Müller, BeckOK WEG, 42. Ed. 01.08.2020, § 10 Rdnr. 855 ff.

- ⁴⁸ Soweit die Möglichkeit der Beweisvereitelung vereinzelt erörtert wird, erfolgt dies üblicherweise unter der Prämisse, dass nach Abnahme der Erwerber darlegungs- und beweisbelastet für den Mangel ist, siehe z.B. Müller, BeckOK WEG, 42. Ed. 01.08.2020, § 10 Rdnr. 857. In der Konstellation, dass der Beweisgegner Eigentümer der Wohnung ist, die von einem Dritten bewohnt wird, wird eine Beweisvereitelung abgelehnt von Praun, Bauteilöffnung durch gerichtlichen Sachverständigen: Befugnis, Anweisung, Haftung, [BauR 2013, 1938 \(1939 f.\)](#).
- ⁴⁹ [BGH, Urt. v. 07.02.2019 – VII ZR 274/17](#), juris = NJW 2019, 2169 = NZBau 2019, 628.
- ⁵⁰ Jedenfalls die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens wird sich in einer derartigen Konstellation verbieten. Im selbstständigen Beweisverfahren ist es schließlich Sache des Antragstellers, die Voraussetzungen für die von dem Sachverständigen vorzunehmenden Untersuchungen zu schaffen, [OLG Celle, Beschl. v. 07.04.2009 – 16 W 27/09](#), Rdnr. 9, juris = [BauR 2009, 1476](#). Da im selbstständigen Beweisverfahren auch hinsichtlich der Vorschusspflicht das Veranlasserprinzip maßgeblich ist und nicht etwa die Beweislast (siehe m.w.N. Kniffka/Koebler/Koebler, 14. Teil Vorprozessuale Aufklärung und Beweissicherung Rdnr. 160), besteht vor Abnahme auch aus Kostengründen kaum ein Anlass, ein solches einzuleiten.
- ⁵¹ Die einzelnen Erwerber sind dann gem. [§ 14 Nr. 4 WEG](#) zur Duldung von damit zusammenhängenden Maßnahmen verpflichtet, Müller, BeckOK WEG, 42. Ed. 01.08.2020, § 10 Rdnr. 857.
- ⁵² [BGH, Urt. v. 20.09.2019 – V ZR 258/18](#), Rdnr. 7, juris = NJW-RR 2020, 72; Pause/Vogel, in: Kniffka ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 28.10.2019, § 650u Rdnr. 78.
- ⁵³ [BGH, Urt. v. 25.02.2016 – VII ZR 156/13](#), Rdnr. 17, juris = NJW 2016, 1575 = BauR 2016, 1017 = NZBau 2016, 353; [BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 236/05](#), BGHZ 172, 42–58, Rdnr. 21; OLG Köln, Urt. v. 02.03.2018 – I-19 U 166/15, Rdnr. 20, juris = ZWE 2018, 310.
- ⁵⁴ Stein/Jonas/Roth, 23. Aufl. 2016, ZPO § 253 Rdnr. 31 m.w.N.
- ⁵⁵ OLG Frankfurt, Urt. v. 05.03.2018 – 25 U 119/14, Rdnr. 81.
- ⁵⁶ OLG Frankfurt, Urt. v. 05.03.2018 – 25 U 119/14, Rdnr. 109.
- ⁵⁷ [BGH, Urt. v. 20.09.2019 – V ZR 258/18](#), Rdnr. 7, juris = NJW-RR 2020, 72.
- ⁵⁸ [BGH, Urt. v. 20.09.2019 – V ZR 258/18](#), Rdnr. 7, juris = NJW-RR 2020, 72.
- ⁵⁹ [BGH, Urt. v. 19.01.2018 – V ZR 273/16](#), Rdnr. 11, juris = DNotZ 2018, 686; [BGH, Urt. v. 20.09.2019 – V ZR 258/18](#), Rdnr. 7, juris = NJW-RR 2020, 72.
- ⁶⁰ Vgl. [BGH, Urt. v. 28.09.2011 – VIII ZR 242/10](#), Rdnr. 16, juris = NJW 2012, 63. So soll bspw. der Antrag zulässig sein, ein „Haus mit einem funktionsfähigen Fahrstuhl zu versehen.“ – LG Hamburg, Urt. v. 13.02.1976 – 11 S 197/75, Rdnr. 28, juris. Etwaige Schwierigkeiten bei der Vollstreckung führen auch nicht ohne weiteres zur Unbestimmtheit des Antrags, [BGH, Urt. v. 28.11.2002 – I ZR 168/00](#), BGHZ 153, 69–82, Rdnr. 50.
- ⁶¹ Ein möglicher Antrag könnte demnach lauten: „Es wird beantragt, den Beklagten zu verurteilen, den werkvertraglich geschuldeten Leistungserfolg herbeizuführen, indem das Gemeinschaftseigentum des Objektes abnahmereif nach Maßgabe der in der Baubeschreibung enthaltenen Vorgaben hergestellt wird, und in diesem Zusammenhang insbesondere einen Trittschallschutz nach Maßgabe der VDI 4100 SSt III einzuhalten.“
- ⁶² [BGH, Urt. v. 20.09.2019 – V ZR 258/18](#), Rdnr. 7, juris = NJW-RR 2020, 72.
- ⁶³ [BGH, Urt. v. 08.10.1992 – VII ZR 272/90](#), Rdnr. 7, juris = NJW 1993, 1394 = [BauR 1993, 111](#); [BGH, Urt. v. 22.03.1984 – VII ZR 286/82](#), BGHZ 90, 354–363, Rdnr. 42 = NJW 1984, 176 = [BauR 1984, 401](#); Musielak/Voit/Lackmann, 16. Aufl. 2019, ZPO § 887 Rdnr. 10; a.A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.1994 – 23 W 31/94, Rdnr. 3, juris.
- ⁶⁴ Ebenso zum werkvertraglichen Erfüllungsanspruch Kniffka/Koebler/Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rdnr. 8, 230. Sofern im Werkvertragsrecht hiervon teilweise eine Ausnahme gemacht wird, wenn die künstlerische und schöpferische Herstellung des Werkes im Vordergrund steht, wird dies auf die meisten Bauverträge nicht übertragbar sein.
- ⁶⁵ Stein/Jonas/Bartels, 23. Aufl. 2017, ZPO § 887 Rdnr. 22 m.w.N.
- ⁶⁶ Zutreffend spricht Bartels daher auch von einer „zivilprozessualen Ersatzvornahme“, in: Stein/Jonas, 23. Aufl. 2017, ZPO § 887 Rdnr. 30.
- ⁶⁷ Die Vorschusshöhe unterliegt der Schätzung gem. [§ 287 ZPO](#). Die Konkretisierung des Leistungsantrags und die Bezifferung des für die Herstellung des Werkerfolges erforderlichen Aufwandes bereits im Hauptsacheverfahren dürften auch deshalb zweckmäßig sein, weil dadurch eine solide Schätzgrundlage geschaffen werden kann.
- ⁶⁸ Stein/Jonas/Bartels, 23. Aufl. 2017, ZPO § 887 Rdnr. 52. Die Duldungspflicht der Erwerber hinsichtlich der im Wege der Ersatzvornahme auszuführenden Maßnahmen ergibt sich aus [§ 14 Nr. 4 WEG](#).
- ⁶⁹ [BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 301/13](#), BGHZ 213, 349–361, Rdnr. 32 = NJW 2017, 1604 = BauR 2017, 875 = NZBau 2017, 216.
- ⁷⁰ Palandt BGB/Grüneberg, 79. Aufl. 2020, § 281 Rdnr. 42. Ein Anspruch auf Minderung oder Kostenvorschuss für die Ersatzvornahme kann aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht dagegen nicht hergeleitet werden, siehe Palandt BGB/Sprau, 79. Aufl. 2020, § 634 Rdnr. 4. Ein verzugsbedingter Rücktritt kommt zwar ebenfalls in Betracht, dieser würde aber ausweislich der eindeutigen Gesetzesbegründung den gesamten Vertrag umfassen und kommt für den Erwerber, der einen Erfüllungsanspruch nicht verlieren möchte, daher ebenfalls nicht in Betracht, siehe GE d. BReg. v. 18.05.2016, BT-Drucks. 18/8486, S. 71; ebenso Kniffka ibrOK BauVertrR/Pause/Vogel, 21. Ed. 17.09.2019, BGB § 650u Rdnr. 131; Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Stelzner, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 650u BGB (Stand: 01.02.2020),

Rdnr. 38 und zum alten Recht [BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83](#) , BGHZ 96, 275–283, Rdnr. 14.

⁷¹ Siehe zum Bauträgervertrag z.B. Karczewski, Der neue alte Bauträgervertrag, NZBau 2018, 328 (335).

⁷² Der Schadenersatzanspruch neben der Leistung erfasst nur Folgeschäden, bspw. wegen Nutzungsausfalls oder, weil dem Erwerber kein angemessener Ersatzwohnraum zur Verfügung steht, siehe Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rdnr. 280.

⁷³ [BGH, Urt. v. 12.04.2007 – VII ZR 236/05](#) , BGHZ 172, 42–58, Rdnr. 19: „Die Wohnungseigentümergeinschaft ist jedoch für die Geltendmachung und Durchsetzung solcher Rechte von vornherein allein zuständig, die ihrer Natur nach gemeinschaftsbezogen sind und ein eigenständiges Vorgehen des einzelnen Wohnungseigentümers nicht zulassen (kritisch dazu Baer, BTR 2006, 113 ff. m.w.N.). Das betrifft die gemeinschaftsbezogenen Rechte auf Minderung und auf kleinen Schadensersatz.“

⁷⁴ BGH NZBau 2012, 638 [\[BGH 14.06.2012 - VII ZR 148/10\]](#) ; Kniffka/Koebler/Jurgeleit, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rdnr. 13.

⁷⁵ MünchKomm.-Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 281 Rdnr. 112.

⁷⁶ So zum Werkvertrag allgemein Kniffka/Koebler/Jurgeleit, 5. Teil Die Haftung des Unternehmers für Mängel Rdnr. 13; 6. Teil Ansprüche des Auftraggebers wegen Leistungsstörungen Rdnr. 32; vgl. [BGH, Urt. v. 24.06.2004 – VII ZR 259/02](#) , BGHZ 159, 376–382, Rdnr. 28 = NJW 2004, 2588 = BauR 2004, 1640 = NZBau 2004, 509; [BGH, Urt. v. 14.01.2010 – VII ZR 106/08](#) , Rdnr. 11, juris = NJW 2010, 1282 = BauR 2010, 629 = NZBau 2010, 307.

⁷⁷ [BGH, Urt. v. 21.11.1985 – VII ZR 366/83](#) , BGHZ 96, 275–283, Rdnr. 14 = NJW 1986, 925 = [BauR 1986, 208](#) .

⁷⁸ Vogel, Der ungewollte Tod, [BauR 2018, 717](#) (718 Fn. 24 a.E.); Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rdnr. 280, 282.

⁷⁹ Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 05.03.2018 – 25 U 119/14, Rdnr. 114.

⁸⁰ Popescu, Sekundäransprüche des Bestellers bei Verzug des Bauträgers mit der Fertigstellung des Bauvorhabens, [BauR 2012, 1315 \(1319 ff.\)](#) .

⁸¹ Vogel, Der ungewollte Tod, [BauR 2018, 717](#) (718.).

⁸² Im Ergebnis ebenso Koebler, Hinterlegungsklauseln und Mängelansprüche als Gegenrechte, NJW 2020, 2308 (2310.).

⁸³ Siehe bereits Karczewski, Der neue alte Bauträgervertrag, NZBau 2018, 328 (338).

⁸⁴ Im Ergebnis wohl anders Kniffka/Koebler/Koebler, 10. Teil Formen des Bauens und Vertragsarten; Baumodelle und Bauträgervertrag Rdnr. 283a ff., der die Kündigung insoweit als einzigen Weg ansieht, damit im Falle des Verzugs der Erwerber das Objekt behalten und dem Verkäufer die Fertigstellung aufsagen kann.