

# Aktuelles Immobilienrecht 2024

Herrler / Hertel / Kessler

2025

ISBN 978-3-406-82512-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- Die Ansprüche der Erwerber auf Mängelbeseitigung verjähren in fünf Jahren (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB)<sup>81</sup>, der Übereignungsanspruch in zehn Jahren (§ 196 BGB).
- Beim Zahlungsanspruch des Bauträgers kann man entweder eine dreijährige Verjährung (§ 195 BGB) oder eine zehnjährige Verjährung (§ 196 BGB) vertreten.

Würde man den Zahlungsanspruch schon nach drei Jahren verjähren lassen, während für den Erwerber fünf bzw. zehn Verjährung gelten, so wäre der Bauträger deutlich schlechter gestellt als der Erwerber.

Verjährt der Zahlungsanspruch hingegen in zehn Jahren, so gilt die gleiche Verjährungsfrist jedenfalls für eine der (wirtschaftlich gesehen) hauptsächlichen Leistungspflichten. Der Erwerber hat dann zwar nach fünf Jahren keine klagbaren Mängelansprüche mehr, aber er kann weiterhin seinen Übereignungsanspruch geltend machen.

Durch die Verjährung der Mängelansprüche werden die Erwerber auch nicht schutzlos. Denn sie können ihre Mängelansprüche auch nach Verjährung weiterhin einredeweise gegen den Zahlungsanspruch des Bauträgers geltend machen (§ 215 BGB). Und außerdem können sie ihren Übereignungsanspruch gerichtlich geltend machen und damit eine gerichtliche Entscheidung über die beiderseitigen Ansprüche erzwingen.

Ließe man den Zahlungsanspruch des Bauträgers hingegen schon in drei Jahren verjähren, so wäre zwar der Bauträger auch nicht ganz schutzlos. Denn er könnte seinen Zahlungsanspruch trotz Verjährung noch dem Übereignungsanspruch des Erwerbers entgegenhalten. Aber einen Prozess beginnen könnte er nicht mehr: Schon nach drei Jahren könnte er nur mehr Defensive spielen, während der Erwerber noch für weitere sieben Jahre entscheiden könnte, ob und wann er einen Prozess führen will. Das wäre in meinen Augen ein nicht begründbare Ungleichstellung.

Meines Erachtens führt daher eine zehnjährige Verjährungsfrist für den Zahlungsanspruch des Bauträgers zu praktikablen Ergebnissen. Der BGH-Entscheidung ist daher zuzustimmen.

### III. Mängelrechte und andere Vertragsstörungen im Bauträgervertrag

#### 1. Wohnungseigentümergeinschaft kann Ansprüche auf Nacherfüllung wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum an sich ziehen

##### a) Bisherige Rechtsprechung

Bei Wohnungseigentum kann bestimmte Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums nur die Wohnungseigentümergeinschaft als solche geltend machen, nicht der einzelne Wohnungseigentümer. Denn hier muss die Gemeinschaft einheitlich entscheiden, welchen Anspruch sie geltend macht; ansonsten liefe der Bauträger Gefahr, doppelt in Anspruch genommen zu werden. Die Rechtsprechung unterscheidet dabei drei Gruppen von Ansprüchen:<sup>82</sup>

- Rechte auf **Herabsetzung des Kaufpreises** (Minderung, kleiner Schadensersatz) können die Wohnungseigentümer nur **gemeinsam** geltend machen (**geborene Zuständigkeit** der Wohnungseigentümergeinschaft).<sup>83</sup>
- Ansprüche auf **Nacherfüllung** sowie Kostenvorschuss bzw. Aufwendungsersatz für das Selbstbeseitigungsrecht kann die Wohnungseigentümergeinschaft durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen. Solange aber kein entsprechender Mehrheitsbeschluss vorliegt, kann auch der einzelne Wohnungseigentümer diese Rechte geltend machen (beim Kos-

<sup>81</sup> Der eigentliche Errichtungsanspruch, für den die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB gilt, dürfte selten das Problem sein.

<sup>82</sup> Vgl. zusammenfassend BGHZ 169, 1 = DNotZ 2007, 22; BGHZ 172, 42 = DNotZ 2007, 939; dazu Aufsätze Ott ZWE 2017, 106; Pause NZBau 2009, 425; v. Oefele DNotZ 2011, 249.

<sup>83</sup> Ebenso bereits BGHZ 74, 258, 263 f. = DNotZ 1980, 603; BGH NJW 1998, 2967.

tenvorschuss aber nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergeinschaft) (**gekorene Zuständigkeit**).

- Eine **Rückgängigmachung** des Erwerbsvertrags (Wandelung/Rücktritt oder großen Schadensersatz) kann hingegen nur der jeweilige Erwerber selbst geltend machen. Hier hat die Wohnungseigentümergeinschaft **keinerlei Beschlusskompetenz**. Denn dem Bauträger droht kein Risiko der Doppelleistung, erhält er doch die Wohnung wieder zurück.

## b) Grundstücksmängel – Geltendmachung nach neuem WEG-Recht

BGH Urt. v. 11.11.2022 – V ZR 213/21

NJW 2023, 217 = NZBau 2023, 92 = ZfR 2023, 90

### Kerngehalt:

Wohnungseigentümergeinschaft kann auch nach WEG-Reform kaufvertraglichen Anspruch auf Beseitigung von Mängeln des Grundstücks an sich ziehen.

In der hier zu besprechenden Entscheidung entschied der BGH zwei Rechtsfragen:

- ob auch nach der **WEG-Reform** Ende 2020 durch das WEMoG die bisherigen Grundsätze fortgelten, wann die Wohnungseigentümergeinschaft befugt ist, Mängelansprüche am Gemeinschaftseigentum geltend zu machen, und
- ob diese Grundsätze auch für **Mängel des Grundstücks** (hier für schädliche Bodenverunreinigungen) oder ob sie nur für Werkmängel gelten.

Der BGH entschied, dass die bisherigen Grundsätze über die geborene bzw. gekorene Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft weitergelten – und dass die Gemeinschaft auch Ansprüche wegen Grundstücksmängeln an sich ziehen kann, nicht nur Ansprüche wegen Werkmängeln.

### Sachverhalt (vereinfacht):

In dem zugrunde liegenden Sachverhalt war ein Altbau in Wohnungseigentum aufgeteilt und die Wohnungen verkauft worden. Im Innenhof des Grundstücks befand sich eine mit Schadstoffen belastete aufgefüllte Kiesgrube.

## c) Geltendmachung von Mängelrechten nach neuem WEG-Recht

Der BGH entschied zum einen, dass das WEMoG nichts an den bisherigen Grundsätzen geändert hat, wann die Wohnungseigentümergeinschaft befugt ist, Ansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums geltend zu machen.

Dies konnte man deshalb in Frage stellen, weil der BGH seine frühere Rechtsprechung auch auf § 10 Abs. 6 S. 3 WEG aF gestützt hatte, wonach die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die „gemeinschaftsbezogenen Rechte ausübt“. Der jetzige § 9a Abs. 2 WEG formuliert leicht anders, dass die Gemeinschaft „die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus[übt], die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern“.

früherer Gesetzestext	WEG idF durch das WEMoG
<b>§ 10 WEG idF von 2007–2020 – Allgemeine Grundsätze</b>	<b>§ 9a WEG – Gemeinschaft der Wohnungseigentümer</b>
[...]	
(6) <sup>1</sup> Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen. <sup>2</sup> Sie ist Inhaberin der als Gemeinschaft gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Rechte und Pflichten. <sup>3</sup> Sie übt die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer aus und nimmt die gemeinschaftsbezogenen Pflichten der Wohnungseigentümer wahr, ebenso sonstige Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind. <sup>4</sup> Die Gemeinschaft muss die Bezeichnung „Wohnungseigentümergeinschaft“ gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks führen. <sup>5</sup> Sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden.	(1) <sup>1</sup> Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden. <sup>2</sup> Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entsteht mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher; dies gilt auch im Fall des § 8. <sup>3</sup> Sie führt die Bezeichnung „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ oder „Wohnungseigentümergeinschaft“ gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks. (2) Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer übt die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, und nimmt die entsprechenden Pflichten der Wohnungseigentümer wahr.

Inhaltlich regelt § 9a Abs. 2 WEG nF aber dasselbe wie zuvor § 10 Abs. 6 S. 3 WEG aF, so dass sich an der diesbezüglichen Rechtsprechung nichts ändert. So stand es jedenfalls in der Gesetzesbegründung.<sup>84</sup> Das war auch bisher schon die Mehrheitsmeinung in der Literatur. Und das hatte auch ich als meine persönliche Ansicht in dieser Veranstaltung Anfang 2021 nach der WEG-Reform vertreten.<sup>85</sup>

Jetzt wissen wir, dass es tatsächlich so ist, weil es der BGH so entschieden hat. Mängelbeseitigungs- bzw. **Nacherfüllungsansprüche** fallen zwar nicht in die originäre Ausübungsbefugnis der Gemeinschaft nach § 9a Abs. 2 WEG. Jedoch kann die Gemeinschaft diese Ansprüche nach **§§ 18 Abs. 1, 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG an sich ziehen**:

„Die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum unterfallen nicht der Ausübungsbefugnis gemäß § 9a Abs. 2 WEG. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann solche Rechte auch nach der Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes weiterhin durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen; die Kompetenz für einen solchen Beschluss folgt aus § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG. Ob ein entsprechender Anspruch – wie hier – auf die kaufvertragliche Nachbesserungspflicht (§ 439 Abs. 1 BGB) gestützt wird oder sich aus dem Werkvertragsrecht ergibt, spielt hierfür keine Rolle.“<sup>86</sup>

<sup>84</sup> BT-Drs. 19/18791, 47.

<sup>85</sup> Hertel in Herrler/Hertel/Kessler ImmobilienR 2021 S. 186.

<sup>86</sup> BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21, Rn. 30.

## d) Grundstücksmängel (hier schädliche Bodenverunreinigungen)

Weiter konnte man fragen, ob die BGH-Rechtsprechung möglicherweise nur für (bau-)werkvertragliche Mängelansprüche gilt. Der BGH entschied aber, dass sie auch für kaufrechtliche Mängelansprüche am Gemeinschaftseigentum gilt:

„Soweit schließlich vereinzelt angenommen wird, dass bei kaufrechtlichen Nacherfüllungsansprüchen weder eine Beschlusskompetenz zur Vergemeinschaftung noch eine geborene Ausübungsbefugnis anzunehmen sei (vgl. oben Rn. 29), findet eine unterschiedliche Beurteilung der Befugnisse der GdWE danach, ob sich die Ansprüche nach Kauf- oder Werkvertragsrecht richten, im Gesetz keine Stütze; für eine solche Differenzierung der auf das gleiche Ziel gerichteten Ansprüche besteht wie schon nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 iVm § 21 Abs. 1 und 5 Nr. 2 WEG aF (s. o. Rn. 22) jedenfalls dann kein Anlass, wenn – wie hier – gleichgerichtete Ansprüche mehrerer Erwerber gegen einen einzigen Veräußerer bestehen.“<sup>87</sup>

## e) Offenbarungspflichten bei Altlastenverdacht

Abschließend noch ein kurzer Blick auf die Aussagen in der Entscheidung zu Offenbarungspflichten bei einem Altlastenverdacht.

### Sachverhalt (vereinfacht):

- Der Bauträger erwo, im Innenhof eine Tiefgarage zu bauen. Daher ließ er den dortigen Boden untersuchen.
- Die mit der Bodenuntersuchung beauftragte Firma teilte mit beim Bauträger am 7.3.2013 mitgeteilten Schreiben mit, dass sich im Innenhof eine aufgefüllte **Kiesgrube** befand. Sie schlug eine Bodenanalyse zur Untersuchung auf Schadstoffe vor.
- Am 26.3.2013 erhält der Bauträger einen **Baugrunduntersuchungsbericht**, aus dem Belastungen der aufgefüllten Böden mit Schadstoffen hervorgingen. Darauf stoppte der Bauträger zunächst den Verkauf weiterer Wohnungen.
- Das **städtische Umweltamt** ordnete darauf Oberbodenuntersuchungen auf Altlasten an. Diese ergaben insbesondere eine Belastung mit Benzo(a)pyren (BaP). Eine zugezogene Fachfirma schlug als vorläufige Maßnahme bis zur Errichtung der Tiefgarage einen Bodenaustausch im Innenhof bis 30 cm Tiefe vor. Das städtische Umweltamt erteilte eine zusammenfassende Altlastenauskunft für den Innenhof.
- Darauf schloss der Bauträger ab Ende Mai 2013 **weitere Kaufverträge** ab, in denen er sich zur Durchführung von Sicherungsmaßnahmen entsprechend den Vorgaben des Umweltamtes verpflichtete. Die Haftung für eine Altlastenfreiheit des Grundstücks außerhalb des Innenhofs wurde ausgeschlossen. Danach tauschte der Bauträger den Oberboden des Innenhofes bis zu einer Tiefe von 20 cm aus.
- Die Wohnungseigentümergeinschaft verlangte aufgrund Beschlusses eine weitergehende Bodensanierung oder Minderung bzw. kleinen Schadensersatz.

Nach der BGH-Entscheidung hätte der Bauträger bereits bei den ab dem 7.3.2013 abgeschlossenen Verträgen **über den Altlastenverdacht informieren** müssen. Denn bei einer früher aufgefüllten Kiesgrube bestehe immer die Möglichkeit einer Schadstoffbelastung.

„Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein offenbarungspflichtiger Sachmangel bereits dann gegeben, wenn ein Altlastenverdacht besteht. Ein altlastenverdächtiges Grundstück weist unabhängig von dem mit dem Kauf verfolgten Zweck in aller Regel schon wegen des Risikos der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme und wegen der mit einem Altlastenverdacht verbundenen Wertminderung nicht die übliche Beschaffenheit iSv § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB aF auf (Senat, Urteil

<sup>87</sup> BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21, Rn. 37.

vom 21. Juli 2017 – V ZR 250/15, ZfR 2018, 55 Rn. 6; Urteil vom 8. Juli 2016 – V ZR 35/15, ZfR 2016, 783 Rn. 11).<sup>488</sup>

Anspruchsinhalt ist zunächst nur die **Untersuchung**, ob tatsächlich eine Verunreinigung besteht. Sanierung ist nur geschuldet, wenn sich der Verdacht bestätigt.

„c) Die von dem Verkäufer wegen eines Altlastenverdachts gemäß § 439 Abs. 1 BGB geschuldete Nachbesserung umfasst allerdings zunächst nur die Ausräumung des Verdachts durch Aufklärungsmaßnahmen. Ein Altlastenverdacht rechtfertigt hingegen nicht die Sanierung des Grundstücks, zu der die Beklagte von dem Berufungsgericht verurteilt worden ist (vgl. [...]). Die Beseitigung von Altlasten kann der Käufer erst dann verlangen, wenn sich der Verdacht bestätigt; erweist sich der Verdacht dagegen als unbegründet, ist ein weitergehender Nacherfüllungsanspruch ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 23. November 1988 – VIII ZR 247/87, NJW 1989, 218, 220 zur Wandlung).“<sup>489</sup>

Zur Frage, wann eine Verunreinigung einen Sachmangel darstellt, prüft der BGH:

- Haben die Kaufvertragsparteien eine **vertragliche Vereinbarung** getroffen, kommt es auf diese an.
- Sonst ist als **übliche Beschaffenheit** die Freiheit von nicht unerheblichen Kontaminationen geschuldet. Zur Konkretisierung kann man auf **öffentliche-rechtliche Bestimmungen** zurückgreifen.

„Nach der Rechtsprechung des Senats, auf die sich auch das Berufungsgericht stützt, gehört zur üblichen Beschaffenheit eines Grundstücks nach § 434 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB aF die Freiheit von nicht nur unerheblichen Kontaminationen, die ein Käufer in der Regel ohne weiteres nicht hinzunehmen bereit ist (vgl. Senat, Urteil vom 30. November 2012 – V ZR 25/12, ZfR 2013, 287 Rn. 15). Wann die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, lässt sich nicht mathematisch exakt bestimmen. Haben die Vertragsparteien im Hinblick auf Altlasten keine bestimmte Beschaffenheit vereinbart, kann zur Konkretisierung auf die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zurückgegriffen werden. Eine von der üblichen Beschaffenheit abweichende Belastung eines Grundstücks mit Schadstoffen ist deshalb jedenfalls dann anzunehmen, wenn nach öffentlich-rechtlichen Kriterien eine schädliche Bodenveränderung oder eine Altlast iSd Bundesbodenschutzgesetzes vorliegt (§ 2 Abs. 3 bzw. Abs. 5 BBodSchG). Eine solche Beschaffenheit des Grundstücks ist ein Käufer nicht nur wegen der mit der Kontamination verbundenen Gefahren und der Minderung des Grundstückswerts, sondern auch wegen des Risikos der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme (§ 4 Abs. 3 BBodSchG) in der Regel nicht bereit hinzunehmen. Frei von Rechtsfehlern nimmt das Berufungsgericht insoweit an, dass zu der Beurteilung, ob eine Belastung des Grundstücks mit Schadstoffen einen Sachmangel darstellt, die zur behördlichen Gefährdungsabschätzung gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 BBodSchG maßgeblichen Prüf- und Maßnahmenwerte herangezogen werden können [...].“<sup>490</sup>

- Dabei unterscheidet das BBodSchG zwischen Prüf- und Maßnahmenwerten. Ist der **Maßnahmenwert** für die betreffende Art der Bodennutzung überschritten, so ist in der Regel von einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast auszugehen und sind damit Sanierungsmaßnahmen erforderlich (§ 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BBodSchG).
- Ist lediglich der **Prüfwert** überschritten, so ist eine einzelfallbezogene Prüfung zur abschließenden Gefährdungseinschätzung durchzuführen, ob im Einzelfall Sanierungsmaßnahmen erforderlich sind (§ 8 Abs. 1 S. 2 Nr. 12 BBodSchG).
- Verunreinigungen **unterhalb des Prüfwerts** sind im Regelfall kein Sachmangel – ausgenommen, wenn dies besondere Umstände gebieten – wie hier aufgrund **neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse**.

<sup>88</sup> BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21, Rn. 41.

<sup>89</sup> BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21, Rn. 43.

<sup>90</sup> BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21, Rn. 45.

„Derartige Umstände sind insbesondere dann gegeben, wenn sich die mit der Festsetzung des Prüfwertes verbundene Annahme, eine Gefährdung für die menschliche Gesundheit sei unterhalb eines bestimmten Wertes ausgeschlossen, nachträglich als unzutreffend erweist und stattdessen niedrigere Prüfwerte wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen.“<sup>91</sup>

Dies hatte die Tatsacheninstanz hier aufgrund der vom Bundesumweltamt herausgegebenen niedrigeren Prüfwertvorschlägen für Polyzyklischen Aromatischen Kohlenwasserstoffe (PAK) angenommen; dies war revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Was genau der Bauträger zu sanieren hatte, hatte die Tatsacheninstanz noch festzustellen. Hierfür verwies der BGH zurück.

## 2. Mahnung entbehrlich, wenn Schuldner erklärt, nicht leisten zu können

BGH Urt. v. 20.4.2023 – I ZR 140/22

NJW 2023, 3285

### Kerngehalt:

Verzug tritt mit Fälligkeit ohne Mahnung ein, wenn der Schuldner bereits zuvor erklärt hat, nicht rechtzeitig leisten zu können.

### a) Schuldner teilt mit, dass er verspätet leisten wird

#### Sachverhalt:

Ein VW-Zulieferer beauftragte ein Transportunternehmen, Bauteile aus Deutschland zu einer VW-Fabrik in Mexiko zu transportieren. Bei einer Lieferung gab es schon vor der Verladung auf das Schiff Probleme: Das erste vorgesehene Schiff hatte einen Motorschaden, ebenso das zweite, das etwas später abfahren sollte. Das Transportunternehmen wollte daher die Bauteile auf ein drittes, noch etwas später abfahrendes Schiff verladen lassen und teilte dies dem VW-Zulieferer mit.

Das anvisierte Schiff war dem VW-Zulieferer zu spät: Die Produktion bei VW in Mexiko hätte unterbrochen werden müssen. Der VW-Zulieferer forderte daher das Transportunternehmen auf, frühere Verschiffungsoptionen zu prüfen oder die am dringendsten benötigten Produktionsteile auf Kosten der Beklagten per Luftfracht zu transportieren. Das Transportunternehmen lehnte dies ab. Darauf ließ der Zulieferer die Teile selbst per Luftfracht nach Mexiko bringen. Die Kosten schoss zunächst die Transportversicherung des VW-Zulieferers vor.

Die Versicherung verlangt nun von dem Transportunternehmen die Kosten der Luftfracht – abzüglich der ersparten geschätzten Kosten für den Seetransport, also 12.876,03 US \$ abzüglich der ersparten Kosten der Seebeförderung von geschätzt 276,03 US \$.

Landgericht und OLG gaben der Klage im Wesentlichen statt. Auch der BGH bestätigten den Schadensersatzanspruch.

### b) Mahnung entbehrlich

Anspruchsgrundlage war **Verzugsschaden**. Die Tatsacheninstanzen hatten festgestellt, dass sich das Transportunternehmen zum Transport binnen bestimmter Fristen verpflichtet hatte. Diese Fristen waren beim Transport mit dem anvisierten dritten Schiff nicht mehr zu halten.

<sup>91</sup> BGH 11.11.2022 – V ZR 213/21, Rn. 51.

Grundsätzlich erfordert Verzug eine Mahnung nach Fälligkeitseintritt (§ 286 Abs. 1 S. 1 BGB). Daran fehlte es hier. Denn die Aufforderungen des VW-Zulieferers erfolgten alle noch vor Fälligkeit. Als der VW-Zulieferer die Waren im deutschen Hafen abholte, war die Lieferfrist noch nicht abgelaufen.

Das Gesetz lässt aber in mehreren Fällen **Verzug auch ohne Mahnung** eintreten. Der BGH lässt offen, ob die Voraussetzungen der § 286 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 oder Nr. 3 BGB vorlagen. Insbesondere an letztere Fallgruppe hätte man denken können. Danach ist die Mahnung entbehrlich, wenn „der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert“. Hier weigerte sich das Transportunternehmen, fristgerecht zu liefern.

Der BGH sah vorliegend jedenfalls einen Fall des § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB. Danach tritt Verzug ohne Mahnung ein, wenn „aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist“. Dies bejahte der BGH hier. Denn als der VW-Zulieferer selbst einen anderweitigen Lufttransport organisierte, war klar, dass das Transportunternehmen bei dem von ihm vorgesehenen Schifftransport den Termin nicht mehr einholen konnte. Und das Transportunternehmen hatte sich geweigert, einen schnelleren Transportweg zu wählen.

„Erklärt der Schuldner wie im Streitfall noch vor Fälligkeit, dass er nicht rechtzeitig leisten könne, würde es eine reine Förmerei darstellen, den Eintritt des Verzugs von einer Mahnung des Gläubigers nach Fälligkeit abhängig zu machen, der der Schuldner seinen Erklärungen zufolge ohnehin nicht Folge leisten kann.“<sup>92</sup>

### c) Schadensabwendungskosten (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB)

Die Klägerin machte nicht einen Verzögerungsschaden geltend – das wären die Kosten der Produktionsunterbrechung bzw. der vom VW-Zulieferer dann an VW zu leistende Schadensersatz gewesen –, sondern die Kosten, die sie aufgewendet hatte, um einen Schadenseintritt zu vermeiden.

Der Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 249 ff. BGB umfasst auch die zur Schadensabwendung erforderlichen Kosten (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB). Hier gab es kein anderes Mittel mehr als den Lufttransport. Die Kosten waren daher zur Schadensvermeidung erforderlich. Der Verzögerungsschaden bei Produktionsunterbrechung wäre deutlich höher gewesen.

„Die Aufwendungen für den Lufttransport sind als erforderliche Kosten der Schadensabwendung im Sinne von § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB anstelle des höheren originären Verzögerungsschadens ersatzfähig, der nach Verzugsbeginn ohne die Maßnahmen der Versicherungsnehmerin entstanden wäre.“<sup>93</sup>

### d) Mögliche Vergleichsfälle bei verspäteter Baufertigstellung

Der Fall zeigt die Probleme der just in time-Produktion – hier wie das Risiko der Lieferungsverzögerung vom Produzenten auf den Zulieferer und von diesem auf das Transportunternehmen verlagert wird (Kosten für reguläre Lieferung weniger als 300 US \$, Kosten für Ausgleichsmaßnahme bei nicht ganz ungewöhnlicher Verzögerung gleich über 12.000 US \$). Aber nicht deshalb habe ich den Fall ausgewählt, sondern weil er Verzugsfragen des Allgemeinen Teils des BGB illustriert.

Unmittelbar entsprechende Rechtsfragen dürften im Immobilienrecht eher selten sein. – Für den Zahlungsanspruch tritt Verzug ohne Mahnung ein, weil sich die Fälligkeit aus der Fälligkeitsmitteilung des Notars ergibt – ggf. in Verbindung mit der Rechnung des Bauträgers über die betreffende Abschlagszahlung (§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

<sup>92</sup> BGH 20.4.2023 – I ZR 140/22, Rn. 42.

<sup>93</sup> BGH 20.4.2023 – I ZR 140/22, Rn. 43.

- Für die Baupflicht des Bauträgers wird der Fertigstellungstermin im Vertrag geregelt. Daher tritt auch hier Verzug ohne Mahnung ein (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Fragen zu Kosten der Schadensvermeidung (§ 254 Abs. 2 S. 1 BGB) können hingegen auch beim Grundstückskauf oder Bauträgervertrag eine Rolle spielen.

### 3. Notarhaftung gegenüber Bauträger bei unwirksamer Abnahmefiktion

Die nächste Entscheidung ist vor allem deshalb erwähnenswert, weil der Notar dem Bauträger zur Amtshaftung verurteilt wurde, wenn er eine unwirksame Abnahmeklausel beurkundete und der Bauträger deshalb länger Sachmängelansprüchen ausgesetzt war.

OLG Celle Ur. v. 1.2.2023 – 3 U 60/22  
RNotZ 2023, 607 = ZfBR 2023, 564

#### Kerngehalt:

Notar haftet dem Bauträger, wenn dieser wegen unwirksamer Abnahmefiktion länger für Sachmängel haftet.

#### a) Verpflichtung der Erwerber zur Abnahme nach Feststellung der Abnahmereife durch Sachverständigen ist in AGB unwirksam

##### Sachverhalt:

Das Vertragsmuster für ein Bauträgerobjekt sah vor, dass die Erwerber an die Abnahme eines durch den WEG-Verwalter bestellten Sachverständigen gebunden sind:

„Mit der Prüfung der vollständigen Fertigstellung und der Abnahmefähigkeit wird ein vom zukünftigen Verwalter noch zu benennender Sachverständiger auf Kosten der Wohnungseigentümer beauftragt. Der Sachverständige soll eventuell noch ausstehende Restarbeiten und Mängel protokollieren. Die Feststellungen des Sachverständigen sind für die Verkäuferin und die Käufer verbindlich.“

Die Käufer sind zur Abnahme verpflichtet, wenn der Sachverständige keine wesentlichen Mängel, die die Gebrauchsfähigkeit des Gemeinschaftseigentums beeinflussen, feststellt.

Die Verkäuferin und die Käufer sind berechtigt, an der Abnahme teilzunehmen. Die Käufer können stattdessen zwei Personen aus ihrer Mitte bevollmächtigen, die für sie die Abnahme durchführen und unter den vorgenannten Voraussetzungen die Abnahme erklären.“<sup>94</sup>

Die Beurkundungen erfolgten in den Jahren 2013–2015.

Der Sachverständige nahm das Objekt im November 2015 ab.

Im Januar 2021 wies das Landgericht den Bauträger bei einem anderen Prozess über ein anderes Bauvorhaben darauf hin, dass die Abnahmeklausel unwirksam sei.

Das OLG Celle sah die Klausel ebenfalls als unwirksam an, weil sie dem Erwerber die Möglichkeit nimmt, selbst über die Abnahme zu entscheiden.<sup>95</sup> Dies dürfte heute allgemeine Meinung sein. Insoweit bringt die Entscheidung nichts Neues.

<sup>94</sup> OLG Celle 1.2.2023 – 3 U 60/22, Rn. 6–8.

<sup>95</sup> OLG Celle 1.2.2023 – 3 U 60/22, Rn. 44.