

Dr. Mathias Schmid      Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Rechtsanwälte Dr. Brezina und Kollegen Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Bruckgasse 5, 83512 Wasserburg am Inn  
Liebherrstraße 20, 80538 München  
[m.schmid@bsrm.de](mailto:m.schmid@bsrm.de)

Handout zur Veranstaltung des  
Netzwerk BauKompetenz München am 20.04.2023

Zu den Themen:

Einbau und Einsatz von Wärmepumpen im Bestand:

Kurze juristische Anmerkung zum Vertragsschluss (beispielsweise über den Einbau einer Wärmepumpe) mit einer Wohnungseigentümergeinschaft

Bauträger und das Bauen im Bestand:

Die Pflichten des Bauträgers und die Pflichten der einzelnen Handwerker und Fachbetriebe:

Zwei verschiedenen Welten

Die Entscheidung des BGH zur Kompetenz bei sogenannten Mängeln am Gemeinschaftseigentum unter Geltung des neuen Wohnungseigentumsgesetzes

Aufträge von einer Wohnungseigentümergeinschaft – Augen auf beim Vertragsschluss

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist

**Verbraucher** im Sinne von § § 13,14 BGB,

wenn der Gemeinschaft mindestens eine Person angehört, welche ebenfalls privater Verbraucher ist,

und Gegenstand des Vertrages ein Geschäft ist, welches keiner gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (!) dient (BGH vom 25.03.2015 – VIII ZR 243/13).

D. h.:

Der Handwerker geht davon aus, dass die Wohnungseigentümergeinschaft Verbraucher im Rechtssinne ist.

In diesem Fall steht der Gemeinschaft, welche vom Verwalter vertreten wird (dessen Vertretungsmacht nach außen unbeschränkt ist, § 9b Abs. 1 WEG) das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen gemäß § 312b BGB zu.

Außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verträge liegen vor

- wenn der Vertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort abgeschlossen wird, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist (also z.B. im Büro der Hausverwaltung!; Es ist unerheblich, ob der Verbraucher den Unternehmer angefordert oder zu sich bestellt hat), oder
- wenn der Verbraucher in einer Situation gemäß dem vorigen Absatz ein verbindliches Angebot auf Abschluss des Vertrages abgegeben hat, oder
- wenn der Vertrag zwar in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder mittels Fernkommunikationsmittel abgeschlossen wird, der Verbraucher aber unmittelbar zuvor außerhalb der Geschäftsräume angesprochen worden ist (gilt sinngemäß auch bei Vertragsabschluss auf Messe), oder
- wenn der Vertrag auf einem vom Unternehmer organisierten Ausflug abgeschlossen wurde.

Wenn der Heizungsbauer (oder ein zur insoweitigen Vertretung berechtigter Mitarbeiter oder sonstige Vertreter!) auf ausdrücklichen Wunsch der Hausverwaltung sich in deren Büro begeben hat und dort über die Installation einer Wärmepumpe verhandelt und den Vertrag gleich abschließt oder sich von der Verwaltung ein verbindliches Angebot zum Vertragsschluss geben lässt, dann greift das Widerrufsrecht gemäß § § 312 g, 312b BGB.

Über dieses Widerrufsrecht muss der Unternehmer die Gemeinschaft, vertreten durch den Verwalter, belehren, und zwar nicht irgendwie, sondern unter Verwendung der Musterwiderrufsbelehrung gemäß Art. 246b § 3 Abs. 2 EGBGB – abrufbar z.B. auf der Website des Bundeswirtschaftsministeriums.

Diese Widerrufsbelehrung hat die Person, die Verträge für den Heizungsbauer abschließt, immer im Gepäck zusammen mit den sonstigen Vertragsformularen und dem Angebot.

Die Folgen des unterlassenen Widerrufs bei Bauleistungen und Werkleistungen generell sind fatal:

Um es ganz klar zu sagen:

Der Unternehmer bekommt für bereits erbrachte Leistungen nichts, 0, zero!

Die gesetzlichen Vorschriften über Rückgewähr von Leistungen nach Widerruf sehen bei Werkleistungen keine Rückgabeverpflichtung vor (ist in der Regel auch technisch gar nicht möglich) und auch keinen Wertersatz, § 357 BGB.

Rechtsprechung dazu z.B. OLG Stuttgart vom 17.07.2018 – 10 U 143/17; LG Flensburg vom 12.06.2020 – 2 O 299/19.

Bitte nicht verwirren lassen von dem Begriff des Verbraucherbaupertrages:

Es gibt Bauperträge mit Verbrauchern (z.B. der Vertrag mit einer Wohnungseigentümergeinschaft über den Einbau einer Wärmepumpe) und es gibt Verbraucherbauperträge.

Letztere liegen nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 16.03.2023 – VII ZR 94/22 nur vor, wenn mit einem Verbraucher ein Vertrag über die Errichtung eines ganzen Hauses aus einer Hand oder mit einem vergleichbaren Leistungsumfang (z.B. bei Umbauarbeiten oder Sanierungs- oder Anbauarbeiten) abgeschlossen wird; Perträge über einzelne Gewerke können kein Verbraucherbaupertrag sein.

Beim Verbraucherbaupertrag gibt es zwar noch ein strengeres Widerrufsrecht (nämlich für Verbraucher immer), dafür bekommt der Unternehmer nach Widerruf eines Verbraucherbaupertrages Wertersatz gemäß § 357d BGB für seine erbrachten Leistungen.

Übrigens ist auch ein Multimillionär, der Perträge für viele ihm gehörende Immobilien abschließt, Verbraucher, wenn er diesen Vertrag nicht im Rahmen einer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit abschließt (siehe dazu BGH vom 28.05.2020 – III ZR 58/19).

Handwerker, Bauperträger und Bauen im Bestand:

Zwischen Bauperträgerverträgen einerseits und „normalen“ Bauperträgen zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmer (Baufirma oder Handwerker) andererseits bestehen fundamentale Unterschiede:

Der Bauperträger hat eine umfassende, in der Regel auf schlüsselfertige Leistung gerichtete, Leistungsverpflichtung gegenüber seinem Kunden. Der Bauperträger hat seinem Kunden in dieser Hinsicht ein Rundum-Sorglos-Paket zu liefern, welches von der Auswahl des Grundstücks über sämtliche Planungsleistungen und Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben bis zur Erbringung sämtlicher Gewerke für ein gebrauchstaugliches, schlüssiges Ganzes nach den Erwartungen des Kunden reicht.

Insbesondere, aber nicht nur, beim Bauen im Bestand hat das Folgen, welche viele Bauträger selber nicht kennen:

Soweit der Umfang der vom Bauträger zu erbringenden Bauleistungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung einem Neubau nahekommt, haftet der Bauträger insgesamt für das gesamte Objekt nach Werkvertragsrecht, unter anderem darauf, dass das gesamte Objekt zum Zeitpunkt der Abnahme uneingeschränkt gebrauchstauglich ist, d. h. auch darauf, dass sämtliche zu diesem Zeitpunkt geltenden Anforderungen an Wärmeschutz, Brandschutz etc. erfüllt werden (siehe dazu z.B. grundlegend BGH vom 06.10.2005 – VII ZR 117/04).

Der Bauträger kann Verträge über Teilsanierungen abschließen. Er kann Verträge abschließen, in denen er sagt, dass bestimmte Bauteile des gesamten Bestandsgebäudes von ihm nicht angefasst werden, z.B. der Keller oder die Geschossdecken. Dann werden im Hinblick auf diese Bauteile keine Bauleistungen geschuldet und erst recht natürlich keine solchen nach dem neuesten Standard.

**ABER:** Der Bauträger ist immer verpflichtet aufgrund seiner Planungsverpflichtung, zu klären, ob die von ihm übernommenen Teilleistungen und der unberührte Bestand insgesamt ein, z.B. zum Wohnen geeignetes gebrauchstaugliches Objekt abgeben.

Z.B. hat der Bauträger zu prüfen, ob die Geschossdecken, welche unberührt bleiben sollen, die erforderliche Tragfähigkeit aufweisen.

Weiterhin funktioniert ein solches Modell grundsätzlich nur, wenn in die Bausubstanz keine Eingriffe erfolgen, welche zum Erlöschen des Bestandsschutzes führen. Ist der Bestandsschutz erloschen, dann muss das Bauwerk die aktuellen bauordnungsrechtlichen Anforderungen erfüllen.

Beispiel aus der Praxis:

Bauträger führt eine umfangreiche Sanierung am Bestandsobjekt durch und verkauft die sanierten Wohnungen, ob vom Reißbrett weg oder nach Fertigstellung ist insoweit egal.

Bauträger bestellt bei Fensterbauer Lieferung und Montage neuer Fenster und Fenstertüren.

Fensterbauer liefert und montiert die bestellten Elemente in handwerklich einwandfreier Weise.

Die Leistung des Bauträgers im Verhältnis zu seinem Kunden ist mangelhaft, weil bei diesem Sanierungsvorhaben der bloße Austausch der Fenster und Fenstertüren nicht reicht. Es hätten zusätzliche Abdichtungsmaßnahmen ergriffen werden müssen oder die Fenster müssen jetzt einen höheren Schallschutzwert aufweisen, oder, oder, oder.

Kunde rügt den Mangel und behält erheblichen Betrag ein, im Verhältnis zum Bauträger zu Recht.

Bauträger mag jetzt den Fensterbauer auch nicht bezahlen, zu Recht?

Da die Leistung des Fensterbauers der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit entspricht, ist sie nicht mangelhaft.

Die Frage eines Mangels muss jeweils für jeden Vertrag gesondert beurteilt werden. Auch das zeigt erneut, dass die Frage, ob eine Leistung mangelhaft ist, notwendig immer eine **Rechtsfrage** ist.

Der Handwerker ist auch nicht der kostenlose Oberaufseher und Oberplaner des Bauträgers, der jetzt das tun muss, was er vorher offensichtlich versäumt hat, nämlich prüfen, ob die gesamte Baumaßnahme (die der Einzelhandwerker ohnehin nicht kennt) ein gebrauchstaugliches, stimmiges Ganzes ergibt.

Der Handwerker kann auch nicht durch AGB-Komplettheitsklauseln o. ä. Klauseln („der Auftragnehmer erklärt, dass er alle Vertragsunterlagen bekommen hat und geprüft hat und/oder auch das Gebäude oder das Grundstück geprüft hat und keine Einwendungen gegen die vorgesehene Ausführung hat und deswegen auch mit Nachträgen ausgeschlossen ist, soweit für die Herstellung eines gebrauchstauglichen Objekts Mehrleistungen erforderlich werden sollten.“) zu diesem Oberaufseher und Oberplaner gemacht werden.

Der Einzelunternehmer kann sich auf die kalkulatorische Prüfung von Angeboten und auf diejenige technische Prüfung, die er als Fachperson ohne weiteres durchführen kann und muss (ins Auge springende Fehler der Vorgaben des Auftraggebers) beschränken.

Freilich ist es misslich, wenn der Bauträger nicht bezahlt wird, weil dann die Lust sehr groß sein wird, den Unternehmer auch nicht zu bezahlen.

Dass jeder Handwerker sich jetzt um das Gesamtobjekt, um dessen Planung und um die Vertragsgestaltung mit den jeweiligen Erwerbern kümmert, kann aber auch nicht die Lösung sein.

So hilft in diesen Fällen die Kenntnis von den fachlichen Fähigkeiten und der Seriosität des Bauträgers, die man selber oder zuverlässige andere Personen hat:

Bauträger im Bestand ist eine wirtschaftliche Hochrisiko- Tätigkeit auch in Zeiten eines Immobilienbooms!

Und natürlich das regelmäßige Stellen und Eintreiben von Abschlagsrechnungen, gegebenenfalls die Ausübung von Leistungsverweigerungsrechten und die Anforderungen von Handwerkersicherheiten (vielleicht nicht über 110 % aber über 30 %), und zwar nicht erst dann, wenn Anzeichen für die Zahlungsunfähigkeit des Bauträgers bestehen.

Zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.11.2022 zu dem Az. V ZR 213/21:

Nach Inkrafttreten des neuen Wohnungseigentumsgesetzes am 01.12.2020 war relativ schnell streitig, ob nach wie vor gilt, dass Wohnungseigentümergeinschaften mit Mehrheitsbeschluss die (alle) Befugnisse an sich ziehen können, soweit die (erstmalige) vertragsgerechte Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums betroffen ist (sogenannte Vergemeinschaftung der Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum).

Der Streit ergab sich daraus, dass gemäß § 9a Abs. 2 WEG die Gemeinschaft nicht mehr in der Lage sein soll, sich durch Beschluss Rechte zu verschaffen, welche sie nicht nach dem Gesetz schon hat.

Der BGH hat in der zitierten Entscheidung gleichwohl entschieden, dass alles beim Alten bleibt und die Gemeinschaften nach wie vor durch Beschluss diese Kompetenz zur Geltendmachung und Verfolgung dieser Ansprüche an sich ziehen können. Freilich muss ein solcher Beschluss gefasst werden. Bis dahin können die einzelnen Erwerber Mängelrechte auch im Hinblick auf diejenige Bauleistung, welche gemeinschaftliches Eigentum wird, geltend machen, z.B. den Nacherfüllungsanspruch oder den Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses für Ersatzvornahmekosten, letzteres allerdings an die Gemeinschaft.

Das ist deshalb etwas erstaunlich, weil nach dem gleichen novellierten Wohnungseigentumsgesetz die Wohnungseigentümergeinschaft mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher entsteht, § 9a Abs. 1 WEG. Damit ist zunächst der teilende Bauträger das einzige Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft, welche damit einen ein-Personen-Verband bildet.

Ich gehe davon aus, dass der Bundesgerichtshof nicht die Auffassung vertritt, dass bis zur Eigentumsübertragung an den 1. Kunden der Bauträger alle Rechte und Verpflichtungen, die das gemeinschaftliche Eigentum betreffen (und das ist das eigentliche Interesse der Bauträgerkunden: Dass ihr Haus gebaut wird!) mit sich selber ausmachen kann, also z.B. auf Leistungen verzichten kann, die Standards herabsetzen kann, auf Mängelansprüche verzichten kann und was nicht alles.

Damit werden die Bauträgererwerber rechtlos gestellt. Ich denke, soweit wird und will nicht einmal die deutsche Gesetzgebung und die deutsche Rechtsprechung gehen.

Obwohl dazu bisher nichts gesagt und noch weniger entschieden ist, ist daher davon auszugehen, dass diese Rechte die Gemeinschaft erst dann ausüben kann, wenn mindestens ein Erwerber als Eigentümer eingetragen ist. Dieser kann dann unter Ausschluss des Bauträgers entscheiden. Ob das eine glückliche Situation ist, wenn alle anderen Erwerber, die genauso Ansprüche haben und genauso bezahlt haben und noch bezahlen müssen, von der Entscheidungsfindung ausgeschlossen sind, das hat die Rechtsprechung und den Gesetzgeber bisher nicht interessiert.