

---

**Datum:** 16.12.2003  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 21 U 102/03  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2003:1216.21U102.03.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Essen, 18 O 348/02  
**Schlagworte:** Abnahmeverweigerung bei wesentlichen, nicht zu beseitigenden Mängeln

**Normen:** § 640 BGB, § 242 BGB

**Leitsätze:**

1.

Die Erwerber einer zu errichtenden Wohnungseigentumsanlage sind nicht verpflichtet, das mit wesentlichen Mängeln bestehende Gemeinschaftseigentum abzunehmen.

2.

Das gilt auch dann, wenn sich die Mängel ohne einen erheblichen Umbau des gesamten Gebäudes praktisch nicht mehr beseitigen lassen.

3.

In diesem Fall besteht auch keine Verpflichtung der Erwerber, dem Unternehmer durch die Ausübung ihnen zustehender Nichterfüllungs- oder Gewährleistungsrechte eine endgültige Abwicklung des Vertrages zu ermöglichen, solange sie nicht ausreichend Zeit hatten, die ihnen zustehenden Ansprüche zu prüfen und Entscheidungen insoweit zu treffen.

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13. März 2003 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird auf Kosten der Klägerin vorläufig vollstreckbar zurückgewiesen.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Gründe**

1

**A. Sachverhaltsdarstellung**

2

Der Senat nimmt Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil. Der Sachverhalt stellt sich nunmehr wie folgt dar:

3

Mit zwischen dem 16.04.1999 und 06.07.2000 abgeschlossenen notariellen Verträgen (Mustervertrag Bl. 6-29 d.A.) verpflichtete sich die Klägerin gegenüber den Beklagten, das Mehrfamilienhaus U-Straße in F mit 11 Eigentumswohnungen und Gemeinschaftsanlagen, u.a. einem Fahrstuhl und einer Tiefgarage, zu errichten.

4

Die Verträge sehen in § 7 Ziff. 9 die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen von der Eigentümerversammlung bestellten Beirat vor. In der den Verträgen zugrunde liegenden Baubeschreibung (Bl. 149-159 d.A.) ist vermerkt, dass im Treppenhaus ein 4-Personen-Fahrstuhl "(rollstuhlgerecht)" eingebaut wird.

5

Von November 2000 bis zum 05.02.1001 zogen die Beklagten in ihre erworbenen Wohnungen ein und nutzen seitdem das Gemeinschaftseigentum. Lediglich der Beklagte C ist zwischenzeitlich aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschieden und aus der von ihm zuvor (mit)erworbenen Wohnung ausgezogen.

6

Die Klägerin forderte die Beklagten mehrfach auf, die Gemeinschaftsanlagen durch den Beirat abzunehmen. Bei dem zuletzt am 05.07.2001 durchgeführten Abnahmetermin verweigerten die Beklagten die Abnahme unter Hinweis auf mehrere Mängel, u.a. eine nicht der Garagenverordnung entsprechende Tiefgarage mit einer zu steilen Garagenzufahrt und nicht ordnungsgemäß anzufahrenden Stellplätzen sowie einen aus ihrer Sicht zu schmalen Fahrstuhl (festgehalten im Abnahmeprotokoll, Bl. 69-73 d.A.).

7

Der Fahrstuhl ist unstreitig so konstruiert, dass er nur den Transport eines schmalen Rollstuhls ermöglicht. In nachfolgenden Verhandlungen bot die Klägerin den Beklagten an, für den Transport von behinderten Personen im Fahrstuhl einen passenden schmalen Rollstuhl zur Verfügung zu stellen.

8

9

Die Klägerin hat gemeint, dass die Beklagten das Gemeinschaftseigentum - konkludent durch Ingebrauchnahme - abgenommen hätten und behauptet, alle wesentlichen Mängel am Bauvorhaben seien am 01.08.2001 beseitigt gewesen. Eine nachträgliche Veränderung der Tiefgarage und des Fahrstuhls sei nicht möglich, ohne das Haus in größerem Umfang einzureißen.

Die Klägerin hat beantragt, 10

festzustellen, dass das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergeinschaft U- 11  
Straße, ##### F durch den Bezug der Bewohner und Inbenutzungnahme der Tiefgarage, der  
Flurräume und der Außenanlagen am 08.02.2001 abgenommen wurde,

hilfsweise festzustellen, dass das Gemeinschaftseigentum dieser 12  
Wohnungseigentümergeinschaft seit dem 01.08.2001 abnahmefähig war und die  
Verweigerung der Abnahme seitens der Beklagten unberechtigt ist.

Die Beklagten haben beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Sie haben eine Abnahme und die Abnahmereife bestritten und vorgetragen, dass das 15  
Gemeinschaftseigentum noch wesentliche Mängel aufweise. Die Garagenzufahrt und die  
Tiefgarage widersprüchen den anerkannten Regeln der Technik und der Garagenverordnung.  
Die Zufahrt sei aufgrund ihres Neigungswinkels zu steil, so dass Fahrzeuge mit ihren  
Bodenblechen oder Stoßstangen aufsetzten. Die Fahrgasse der Tiefgarage sei zu eng, so  
dass die Stellplätze teilweise nicht anfahrbar seien. Der Fahrstuhl sei nicht rollstuhlgerecht,  
weil er nur mit einem besonders schmalen Spezialrollstuhl benutzt werden könne. Im Übrigen  
lägen noch die weiteren, auf Seiten 4/5 der Klageerwidern vom 23.10.2002, Bl. 60/61 d.A.,  
aufgeführten Mängel vor.

Mit seinem Urteil vom 13.03.2003 hat das Landgericht die Klage als unbegründet abgewiesen 16  
und zur Begründung ausgeführt: Eine (konkludente) Abnahme des Gemeinschaftseigentums  
durch die Beklagten liege nicht vor. Die Klägerin habe aufgrund der Mängelrügen und der  
ausdrücklich verweigerten Abnahme aus der Ingebrauchnahme des  
Gemeinschaftseigentums durch die Beklagten nicht schließen können, dass die Beklagten  
ihre Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß billigten. Sie habe auch keinen Anspruch  
auf die Feststellung, dass das Gemeinschaftseigentum abnahmefähig sei, weil dieses mit  
dem nicht rollstuhlgerecht eingebauten Fahrstuhl einen wesentlichen Mangel aufweise.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten 17  
Berufung. Sie ergänzt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und trägt zur Begründung  
ihrer Berufung im wesentlichen vor:

Die von den Beklagten gerügten Mängel lägen nicht vor. Im Übrigen seien sie unwesentlich 18  
und, was die angeblichen Mängel an der Garage und dem Fahrstuhl angehe, auch nicht zu  
beseitigen. Ihre Leistung sei daher abnahmefähig, die Abnahmeverweigerung durch die  
Beklagten sei rechtsmissbräuchlich.

Die Klägerin beantragt, 19

festzustellen, dass das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümergeinschaft U- 20  
Straße, ##### F seit dem 01.08.2001 abnahmefähig war und die Verweigerung der Abnahme  
seitens der Beklagten unberechtigt ist, so dass das Gemeinschaftseigentum ab dem

01.08.2001 als abgenommen gelten muss.	
Die Beklagten beantragen,	21
die Berufung zurückzuweisen.	22
Sie verteidigen das angefochtene Urteil, indem sie ihren erstinstanzlichen Vortrag ergänzen und vertiefen. Dass der vorhandene Aufzugschacht den Einbau eines größeren Fahrstuhlkorbes nicht zulasse, bestreiten sie.	23
Der Senat hat durch ein mündliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. X Beweis erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstattervermerk zum Senatstermin vom 16.12.2003 Bezug genommen.	24
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die bezeichneten Urkunden und den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	25
<b>B. Begründung</b>	26
Die Berufung der Klägerin ist unbegründet.	27
Die zulässige (vgl. BGH BauR 1996, 386ff) Klage, mit der die Klägerin noch die Feststellung der "Abnahmefähigkeit" des Gemeinschaftseigentums und des Eintritt der "Abnahmewirkungen" insoweit begehrt, ist unbegründet.	28
Die Feststellung des Landgerichts, dass die Beklagten das Gemeinschaftseigentum bislang nicht (konkludent) abgenommen haben, nimmt die Klägerin in der Berufungsinstanz hin.	29
Der damit noch in Frage stehende Anspruch auf Abnahme des Gemeinschaftseigentums (gem. § 640 Abs. 1 BGB i.V.m. § 7 Ziff. 9 der notariellen Kaufverträge) steht der Klägerin nicht zu, weil das Gemeinschaftseigentum wesentliche Mängel aufweist und die Beklagten die Abnahme bislang nicht treuwidrig (§ 242 BGB) verweigert haben.	30
I.	31
Bereits die von der Klägerin errichtete Tiefgarage weist wesentliche Mängel auf.	32
Die Tiefgaragenzufahrt und die Fahrgasse in der Tiefgarage gehören zum Gemeinschaftseigentum, wie die Parteien im Senatstermin klargestellt haben. Dass die Klägerin ihre Erstellung unter Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und der maßgeblichen Vorschriften der Garagenverordnung schuldete, ergibt sich aus der von den Parteien vereinbarten Baubeschreibung und wird von der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt.	33
Die Klägerin hat die Tiefgaragenzufahrt und die Fahrgasse nicht ihren vertraglichen Verpflichtungen entsprechend erstellt. Das hat die im Senatstermin durchgeführte Beweisaufnahme klar ergeben. Der dem Senat als zuverlässig und sachkundig bekannte Sachverständige Dipl.-Ing. X hat mehrere erhebliche Mängel festgestellt. Seinen überzeugenden Ausführungen schließt sich der Senat an.	34
So weist die Garagenzufahrt ein Gefälle von 20,4 % auf und liegt damit deutlich über dem nach der Garagenverordnung (§ 4 Abs. 1 GarVO) zulässigen Gefälle von 15 %. Aufgrund der zu steilen Neigung der Zufahrt setzt ein Pkw mit üblicher Bereifung und Fahrzeughöhe im	35

Bereich der Toreinfahrt auf dem Boden auf, wenn er in die Tiefgarage einfährt oder diese verlässt, was schadensträchtig ist und bereits deswegen eine erhebliche Nutzungseinschränkung darstellt.

Außerdem fehlt eine geringer geneigte Zu- und Abfahrtsfläche (im Sinne von § 4 Abs. 2 der GarVO) zwischen der öffentlichen Verkehrsfläche und der Garagenabfahrt. Auch das stellt eine erhebliche Beeinträchtigung dar, weil die vor Ort eingeschränkten Sichtverhältnisse diese Fläche notwendig machen, um insbesondere ein gefahrloses Ausfahren aus der Tiefgarage zu erleichtern. Auch das hat der Sachverständige dem Senat glaubhaft dargelegt. 36

Die Fahrgasse der Tiefgarage ist mangelhaft, weil sie - gemessen an der Breite der Einstellplätze - zu schmal ist und insoweit weder den Anforderungen des § 6 der Garagenverordnung genügt noch ein ungehindertes Benutzen der Einstellplätze gestattet. So ist die Fahrgasse nur 5,50 m breit, während keiner der Stellplätze die dann von der Garagenverordnung geforderte Breite von 2,50 m aufweist. Das hat der Sachverständige vor Ort nachgemessen. Er hat außerdem Fahrproben durchgeführt und hierbei festgestellt, dass ein Pkw in keinen Einstellplatz ungehindert einparken kann, wobei ein Stellplatz sogar nur mit einem Kleinwagen zu benutzen ist. Auch diese bei praktisch jedem Parkvorgang auftretenden Nutzungseinschränkungen stellen einen erheblichen Mangel dar. 37

II. 38

Einen wesentlichen Mangel weist auch der Fahrstuhl auf, weil er nicht rollstuhlgerecht erstellt wurde. 39

Nach der vereinbarten Baubeschreibung schuldete die Klägerin einen "rollstuhlgerechten" 4-Personen-Fahrstuhl. Diese vertragliche Vereinbarung ist nicht etwa dahingehend auszulegen, dass bereits der Einbau eines Fahrstuhls, in dem überhaupt ein (wenn auch schmaler) Rollstuhl Platz findet, ausreichend ist. Mangels anders lautender Angaben in der Baubeschreibung konnten die Beklagten vielmehr erwarten, dass die Klägerin einen nach Maßgabe der einschlägigen DIN-Vorschriften als "rollstuhlgerecht" zu bezeichnenden Fahrstuhl einbauen würde. Abzustellen ist auf die DIN 15306 und 18025, die die insoweit maßgeblichen allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben, wie der Sachverständige dem Senat erläutert hat. Nach diesen Normen muss ein Fahrstuhl, der u.a. für Rollstühle nutzbar sein soll, im Fahrkorb lichte Innenmaße von 110 cm in der Breite und 140 cm in der Tiefe sowie eine lichte Türbreite von 80 cm aufweisen. Diese Werte erreicht der eingebaute Fahrkorb nicht, weil er lediglich eine lichte Tiefe von 90 cm und eine lichte Breite von 85 cm hat. Auch die Türbreite weist die geforderten 80 cm nicht auf. Der eingebaute Fahrstuhl ist deswegen mit einem Rollstuhl üblicher Größe, wie der Sachverständige dem Senat überzeugend dargelegt hat, nicht zu benutzen. Die verbliebene Möglichkeit, den Fahrstuhl mit einem besonders schmalen Rollstuhl zu benutzen, stellt keine für einen Rollstuhlfahrer zumutbare Nutzung dar. 40

Der Mangel ist wesentlich, auch wenn derzeit keiner der Hausbewohner auf die Nutzung eines Rollstuhls angewiesen ist. Durch ihn entfällt eine von den Parteien in Bezug auf den Fahrstuhl ausdrücklich vereinbarte Nutzungsmöglichkeit nahezu vollständig, wobei diese Nutzungsmöglichkeit nach der glaubhaften Darstellung der im Senatstermin anwesenden Beklagten ihre Entscheidung für den Erwerb einer der Eigentumswohnungen deutlich mitbeeinflusst hat. 41

III. 42

43

Bereits aufgrund der o.g. wesentlichen Mängel waren und sind die Beklagten nicht dazu verpflichtet, das Gemeinschaftseigentum abzunehmen. Ob das Gemeinschaftseigentum darüber hinaus noch weitere Mängel aufweist und wie diese ggfls. zu bewerten sind, brauchte der Senat nicht mehr zu entscheiden.

IV. 44

Aufgrund der bestehenden Mängel haben die Beklagten die Abnahme bislang auch nicht treuwidrig verweigert. 45

Das gilt auch dann, wenn die Mängel ohne eine erhebliche Umgestaltung des Gebäudes praktisch nicht mehr zu beseitigen sind, wie der Sachverständige X dem Senat erläutert hat. Nach seinen Feststellungen kann lediglich die Neigung der Tiefgaragenzufahrt noch insoweit "nachgebessert" werden, dass ein Gefälle entsteht, bei dem die Fahrzeuge nicht mehr auf dem Boden aufsetzen, wenn sie in die Garage ein- und ausgefahren werden. Eine geringer geneigte Zu- und Abfahrtsfläche und eine Garagenzufahrt mit 15 %iger Neigung kann aufgrund fehlender Grundstücksflächen nicht erstellt werden. Es ist ebenfalls nicht möglich, die Fahrgasse der Tiefgarage zu verbreitern, ohne das Kellergeschoss erheblich und damit von der im Übrigen vereinbarten Planung grundlegend abweichend umzubauen. Auch kann im Fahrstuhl kein größerer Fahrkorb eingebaut werden, ohne den Fahrstuhlschacht wesentlich zu vergrößern, was wiederum zu einer wesentlichen Veränderung des geplanten Gebäudes führen würde. 46

Ein Besteller ist zur Abnahme eines mit wesentlichen Mängeln behafteten Bauwerkes auch dann nicht verpflichtet, wenn sich die Mängel - wie vorliegend - ohne einen erheblichen Umbau des gesamten Gebäudes praktisch nicht mehr beseitigen lassen. 47

Ob er in diesem Fall ggfls. dazu verpflichtet ist, dem Unternehmer durch die Ausübung ihm zustehender Nichterfüllungs- oder Gewährleistungsrechte eine endgültige Abwicklung des Werkvertrages zu ermöglichen, kann der Senat offen lassen. 48

Eine solche Verpflichtung käme auf Seiten der Beklagten ohnehin erst dann in Betracht, nachdem sie ausreichend Zeit und Gelegenheit gehabt hätten, die ihnen möglicherweise zustehenden Rechte zu prüfen und mögliche Entscheidungen zu treffen. Das war bislang nicht der Fall, weil die in Frage stehenden Mängel erstmals im Senatstermin von einem gerichtlichen Sachverständigen festgestellt wurden und sich erst im Zuge dieser Beweisaufnahme ergab, dass die Mängel praktisch nicht mehr zu beseitigen sind, wenn das Gebäude nicht in einem erheblichen Umfang umgebaut werden soll. 49

Nach alledem konnte die von der Klägerin erhobene Klage keinen Erfolg haben. 50

C. 51

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen, Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB. 52

D. 53

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs.1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 54

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO n.F. nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die 55

Entscheidung des Bundesgerichtshofes.

---

