

Oberlandesgericht Schleswig

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 438, 634 BGB

- 1. Aus der Verjährung des werkvertraglichen Erfüllungsanspruchs im Bauträgervertrag folgt nicht notwendig auch eine Verjährung der Gewährleistungsansprüche, die erst mit der Abnahme beginnt.**
- 2. Auf das Fehlen einer den Verjährungsbeginn auslösenden Abnahme kann sich der Erwerber aber ausnahmsweise dann nicht berufen, wenn er in der Vergangenheit erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hat. Das gilt auch dann, wenn es an einer Abnahme fehlt, weil sich eine Abnahmeklausel im Bauträgervertrag als unwirksam herausstellt.**
- 3. Die Kosten der Instandhaltung des von dem Bauträger erstellten Werkes hat der Erwerber unabhängig von der Wirksamkeit der Abnahme ab Übergabe zu tragen.**

OLG Schleswig, Urteil vom 18.11.2022, Az.: 1 U 42/21

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Kiel vom 16.04.2021, Az. 11 O 74/20, wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Kiel ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen, soweit die Entscheidung die Berufungsanträge zu Ziff. 1 und 3 bis 6 betrifft.

(OLG Schleswig Urt. v. 18.11.2022 – 1 U 42/21, BeckRS 2022, 32959, beck-online)

Gründe:

A

Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergeinschaft. Gegenstand der Gemeinschaft ist eine Anlage, die wohl in den Jahren 2005 und 2006 von der C GmbH errichtet wurde. Die Beklagte ist die Rechtsnachfolgerin der Bauträgerin.

Die Bauträgerin konnte alle Eigentumswohnungen noch im Jahr 2005 verkaufen. In dem exemplarisch vorgelegten Kaufvertrag vom 01.03.2005 (Anlage K 2) wird das betroffene Grundstück als Grundstück, das „bebaut werden soll“ bezeichnet (§ 1 Abs. 2). Das Datum der voraussichtlichen Fertigstellung wird mit dem 30.06.2005 angegeben (§ 3 Abs. 3). Der Kaufpreis war nach Fertigstellung Zug um Zug gegen Besitzübergabe fällig (§ 5 Abs. 1). Bei Fertigstellung sollte „die Übergabe/Abnahme“ erfolgen (§ 7 Abs. 2). Für die „Übergabe/ Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums“ beauftragte der Käufer unwiderruflich den Verwalter (§ 7 Abs. 5), bei der es sich um die C V. GmbH, eine Tochtergesellschaft der Bauträgerin, handelte (§ 11 Abs. 1).

In einem exemplarisch eingereichten undatierten Kaufvertrag späterer Erwerber ist ebenfalls noch von dem Grundstück, das „bebaut werden soll“ die Rede (§ 1 Abs. 2), der voraussichtliche Fertigstellungstermin wird für Ende 2006 angegeben (§ 3 Abs. 3). Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums durch den Verwalter im Mai 2005 wird erwähnt (§ 7 Abs. 5).

Im Jahr 2007 rügte die Klägerin Planungs- und Ausführungsmängel im Bereich der Dach- und Balkonentwässerung. Diese wurden auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen Bauträgerin, Generalbauunternehmer und planendem Architektenbüro beseitigt (Anlage K 4 und 5).

Weitere Mängel rügte die Klägerin im Jahr 2012. Auch hier konnte ein Vergleich erzielt werden, wie dies im Anwaltsschreiben vom 12.11.2013 näher dargelegt wird (Anlage K 6).

Am 20.04.2014 wurde auf einer Eigentümerversammlung die Unwirksamkeit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums festgestellt. In der Folge wandten sich einzelne Mitglieder der Klägerin und auch deren Verwalterin mit Mängelrügen und der Forderung nach einer Abnahme an die Beklagte (Anlage K 7). Die Beklagte stellte Mängel in Abrede und berief sich auf Verjährung (Antwortschreiben an die Verwaltung vom 03.09.2015, Anlage K 8). Ein Vergleichsangebot der Beklagten vom 21.09.2017 (Anlage K 9) nahm die Klägerin offenbar nicht an.

Auf einer Eigentümerversammlung vom 27.11.2018 ließ sich die Klägerin von den anwesenden Wohnungseigentümern die Ausübung der Nacherfüllungs- und Mängelansprüche der Erwerber gegen die Bauträgerin am gemeinschaftlichen Eigentum - ausgenommen großen Schadenersatz und Rücktritt - zur Ausübung übertragen (Anlage K 10, dort Top 8). Nach weiteren vergeblichen Aufforderungen zur Mängelbeseitigung (Anlagen K 11 und 13) hat die Klägerin am 25.05.2020 Klage eingereicht. Sie hat Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 580.933,83 € und wegen verschiedener Positionen Schadenersatz verlangt. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Der weitere Vortrag der Parteien und die im ersten Rechtszug gestellten Anträge sind dem angefochtenen Urteil zu entnehmen.

In diesem hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Es könne dahinstehen, ob die Klage mangels Prozessführungsbefugnis gemäß §51 ZPO insoweit unzulässig sei, als sie Kostenvorschuss für die Beseitigung von im Sondereigentum aufgetretenen Mängeln betreffe. Die Klägerin könnte diese Nacherfüllungsansprüche mit dem Vergemeinschaftungsbeschluss vom 27.11.2018 nicht ausreichend deutlich an sich gezogen haben. Allerdings ließe sich schwer abgrenzen, ob Mangelerscheinungen dem

Sonder- oder dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen seien. Es komme im Ergebnis auf die Zuordnung aber nicht an.

In der Sache hat das Landgericht die Klagabweisung entscheidend darauf gestützt, dass die geltend gemachten Ansprüche wegen behaupteter Mängel am Gemeinschaftseigentum verjährt seien. Es gelte die kenntnisunabhängige Verjährungshöchstfrist des §199 Abs. 4 BGB, die spätestens mit Ablauf des 31.12.2015 abgelaufen sei. Die am 29.06.2020 erhobene Klage habe die Verjährung nicht mehr hemmen können. Zu verjährungshemmenden Verhandlungen habe die Klägerin nichts vorgetragen. Das Vergleichsangebot der Beklagten vom 21.09.2017 sei erst nach Eintritt der Verjährung erfolgt.

Zur Anwendbarkeit des §199 Abs. 4 BGB hat das Landgericht ausgeführt, dass auch bauvertragliche Erfüllungsansprüche in den Fristen der §§ 195, 199 BGB verjähren. Die Verjährung beginne mit dem Abschluss des letzten (Nachzügler-) Kaufvertrages, der hier unstreitig aus dem Jahr 2005 stamme. Eine Fertigstellung der Wohnanlage und eine Ingebrauchnahme noch im Jahr 2005 hätten beide Parteien vorgetragen. Der Beklagten sei es nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf eine Verjährung der Ansprüche nach §199 Abs. 4 BGB zu berufen. Zwar habe sie durch die Abnahmeklausel den Anschein erweckt, es sei im Mai 2005 wirksam abgenommen worden und die Klägerin habe sich nicht auf den Lauf der Verjährungsfristen nach den §§ 195, 199 BGB und deren Kontrolle einstellen müssen. Allerdings wären die Gewährleistungsansprüche der Klägerin im Falle einer wirksamen Abnahme nach §634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. innerhalb von fünf Jahren verjährt. Außerdem sei die Entscheidung des Gesetzgebers für eine Verjährungshöchstfrist von zehn Jahren in §199 Abs. 4 BGB eindeutig. Diese Entscheidung beruhe auf Sinn und Zweck der Verjährung, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit auch vor dem Hintergrund der mit Zeitablauf zunehmenden Schwierigkeiten der Tatsachenfeststellung zu schaffen. Diese zeitliche Grenze gelte auch hier.

Vor allem entspreche die Anwendung des §199 Abs. 4 BGB der gesetzgeberischen Wertung, die in §634a Abs. 3 BGB a. F. zum Ausdruck komme. Nach der dortigen Regelung verjähren die Ansprüche wegen arglistig verschwiegener Mängel in der regelmäßigen Verjährungsfrist. Trotz des schwerwiegenden Vorwurfs der Arglist erachte der Gesetzgeber es für zumutbar, dass dem Bauherrn mit Ablauf des zehnten Jahres nach Fristbeginn die Einrede der Verjährung entgegengehalten werden könne. Der Vorwurf, eine sich später als nicht wirksam herausstellende Vertragsklausel zu stellen, und selbst der Vorwurf, die Unwirksamkeit der Klausel gekannt zu haben, wiege nicht schwerer als das arglistige Verschweigen eines Mangels. Es erscheine auch nicht unbillig, die Ansprüche als verjährt einzustufen. Den Mitgliedern der Klägerin seien die Mängel seit vielen Jahren bekannt gewesen. Sie hätten Klage erhoben oder ein selbständiges Beweisverfahren anstrengen können.

In der Berufung tritt die Klägerin der Auffassung entgegen, die geltend gemachten Ansprüche seien verjährt. Die Verjährungsfrist habe noch nicht einmal begonnen. Grundsätzlich beginne der Lauf der Verjährungsfristen von Gewährleistungsansprüchen nach §634a Abs. 2 BGB mit der Abnahme, doch sei die vertragliche Regelung der förmlichen Abnahme nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam. Eine konkludente Abnahme liege nicht vor, es fehle am Erklärungsbewusstsein der Erwerber. Auch sei das Gemeinschaftseigentum nicht abnahmefähig gewesen. Es fehle auch an einem sonstigen Verhalten mit Abnahmewirkung, wie einer endgültigen Verweigerung der Abnahme oder dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis. Für die vom Landgericht gewählte „Auffanglösung“ über §199 Abs. 4 BGB aus Billigkeitsgründen bestünde kein Raum. Auch die Verjährung nach §199 Abs. 4 BGB hätte erst mit der Abnahme beginnen können, an der es fehle. Das Ergebnis der Unverjährbarkeit führe nicht zu einer unbilligen Benachteiligung der Beklagten, da diese es selbst in der Hand habe, bei

Zweifeln über die Wirksamkeit der Abnahme eine solche herbeizuführen. Jedenfalls beginne der Lauf der Verjährungsfrist kaum mit der Übergabe des Objektes. Er habe frühestens einsetzen können, als sich die Eigentümergemeinschaft in der Eigentümerversammlung vom 20.04.2014 der Unwirksamkeit bewusst geworden sei. Auch dies sei jedoch sehr fraglich, da nicht alle Miteigentümer anwesend gewesen und diese Kenntnis erlangt hätten. Ergänzend enthält die Berufungsbegründung Ausführungen zu verschiedenen in dem landgerichtlichen Urteil angesprochenen Rechtsfragen, auf die es nach Auffassung des Landgerichts allerdings nicht ankam.

Die Klägerin hat zunächst eingeschränkte Berufungsanträge unter dem Vorbehalt der Erweiterung angekündigt (Schriftsatz vom 29.10.2021, Bl. 308 f d. A.). In der mündlichen Verhandlung hat sie unter Bezugnahme auf ihre im ersten Rechtszug zuletzt gestellten Anträge beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung in Höhe von 646.768,04 € zu zahlen,

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie Aufwendungen in Höhe von 339.352,66 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

3. die Beklagte zu verurteilen, an sie Minderwerte in Höhe von 950.000,00 € zu zahlen,

4. hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, nach abgeschlossener Mängelbeseitigung verbleibende technische und merkantile Minderwerte zu ersetzen,

5. die Beklagte zu verurteilen, an sie weitere entstehende erhöhte Kosten für Wartungsarbeiten der Tiefgarage in Höhe von 103.707,19 € zu zahlen,

6. hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, erhöhte Kosten für die Wartung der Tiefgarage im Verhältnis zu den Kosten, die bei einer ordnungsgemäßen Erstellung entstanden wären, zu tragen,

7. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, Kosten der Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums seit dem 01.10.2019 bis zum Zeitpunkt einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu tragen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

B

Die Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

I. Die Klage ist zulässig. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist kraft Gesetzes (§ 9a Abs. 1, Abs. 2 WEG) für die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie für solche Rechte der Wohnungseigentümer, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, prozessführungsbefugt (MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, §9 a WEG, Rn. 21). Als hiernach der Gemeinschaft zugewiesene Rechte gelten werkvertragliche Ansprüche auf Gewährleistung (Beck OGK/Falkner, Stand 01.06.2022, §9a WEG, Rn. 191, 196). Unabhängig davon kann sich die Klägerin auf eine Prozessführungsbefugnis aus gewillkürter Prozessstandschaft stützen. Die entsprechende Ermächtigung ist dem

Beschluss vom 27.11.2018 zu entnehmen. Das rechtsschutzwürdige Interesse der einzelnen Eigentümer an der Übertragung der Rechtsausübung auf die Gemeinschaft ist in dem Interesse der Eigentümer an einem einheitlichen Vorgehen in Gemeinschaftsbelangen zu sehen. Daran muss auch die in Anspruch genommene Bauträgerin ein Interesse haben.

Die vom Landgericht angesprochene Frage, inwieweit tatsächlich nicht Gemeinschafts sondern Sondereigentum betroffen ist, ist in diesem Zusammenhang nicht von Belang. Für die Prozessführungsbefugnis genügt es, dass sich die Klägerin der Geltendmachung von das Gemeinschaftseigentum betreffenden Rechten berührt. Es ist eine Frage der materiell-rechtlichen Sachbefugnis, also der Aktivlegitimation, ob sie dies zu Recht tut oder nicht.

II. Die Klage ist jedoch mit allen Anträgen unbegründet.

1. Mit dem auf Kostenvorschuss nach §637 Abs. 3 BGB gerichteten Klagantrag zu 1 macht die Klägerin eines der in §634 BGB vorgesehenen werkvertraglichen Mängelrechte des Bestellers geltend. Sofern ein solcher Anspruch bestünde, wäre er verjährt.

a) Mängelrechte nach §634 BGB stehen dem Besteller grundsätzlich erst nach der Abnahme des Werkes zu (so zum neuen Schuldrecht grundlegend BGH NJW 2017, 1604). An einer solchen fehlt es zwar, sie ist jedoch zugunsten der Klägerin zu unterstellen.

Wann und wie das Gemeinschaftseigentum abgenommen wurde, ist nicht vorgetragen. Die Erwerbsverträge sahen in §7 Abs. 5 eine Abnahme durch den unwiderruflich seitens des Käufers bevollmächtigten Verwalter vor, bei dem es sich unstreitig um eine mit der Bauträgerin wirtschaftlich verbundene Gesellschaft handelte. Eine solche Abnahmeregelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam (BGH DNotZ 2014, 39). Eine - wie offenkundig hier - auf dieser Grundlage erfolgte Abnahme ist es dann auch. Ob eine andere Form der Abnahme an ihre Stelle getreten oder eine Abnahme ausnahmsweise entbehrlich ist, kann in diesem Zusammenhang noch offen bleiben. Soweit nämlich eine Abnahme Voraussetzung für die Geltendmachung von Mängelrechten ist, ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde (BGH NJW 2016, 572, 574, Rn. 41; BGH NJW 2016, 2878, 2883, Rn. 57; BGH NJW-RR 2016, 1143, 1144, Rn. 24). Im Rahmen der Anspruchsbegründung ist die Abnahme somit zugunsten der Klägerin zu unterstellen.

b) Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie sich das Fehlen der Abnahme im Rahmen der Verjährung auswirkt. Insoweit ist im vorliegenden Fall eine Abnahme spätestens im Jahr 2012 - nun zu Lasten der Klägerin - zu unterstellen mit der Folge, dass der Anspruch bei Klageerhebung bereits verjährt war.

aa) Nach welchen Voraussetzungen sich die Verjährung von Ansprüchen des Erwerbers gegen den Bauträger aus einem Bauträgervertrag richtet, lässt sich nicht einheitlich beantworten. Maßgeblich ist die Rechtsnatur des Anspruchs, die bei einem Bauträgervertrag kauf- oder werkvertraglich und auf Erfüllung oder Gewährleistung gerichtet sein kann.

Der dem Erwerber zustehende Erfüllungsanspruch ist kaufvertraglich auf Übergabe und lastenfreie Übereignung des Wohnungseigentums und des Teileigentums am Gemeinschaftseigentum nebst Nutzungsrechten gerichtet. Dieser Anspruch ist hier in den §§ 2 und 7 der Erwerbverträge geregelt. Für alle mit der Errichtung des Gebäudes zusammenhängenden Leistungen gilt dagegen Werkvertragsrecht (grundlegend zum

neuen Schuldrecht BGH NJW 2016, 2878, 2879 ab Rn. 20; Werner/Pastor/Dölle, Der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rn. 2860). Werkvertraglich schuldet der Unternehmer nach §631 Abs. 1 BGB die Herstellung des versprochenen Werkes. Für den kaufvertraglichen Erfüllungsanspruch gilt nach §438 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB eine zweijährige Verjährungsfrist ab Übergabe des Grundstücks. Sonderregelungen gelten für die Belastung mit dinglichen Rechten Dritter und bei Arglist. Der werkvertragliche Anspruch auf Herstellung unterliegt der dreijährigen Regelverjährung des §195 BGB (Werner/Pastor/Dölle, Rn. 2862 - S. 1971; v. Kiedrowski, Bauvertragsrecht, Stand 30.01.2020 S. 422) ab dem Schluss des Jahres, in dem er entstanden ist (§ 199 Abs. 1 BGB), also ab Vertragsschluss.

Daneben bestehen Gewährleistungsansprüche des Erwerbers gegen den Bauträger. Die kaufvertragliche Gewährleistung aus §438 BGB a. F., deren Verjährung mit der Übergabe des Grundbesitzes beginnt, kann hier außer Betracht bleiben. Im Fall steht allein die mangelhafte Bauleistung in Rede, für die Werkvertragsrecht gilt. Die werkvertragliche Gewährleistung ergibt sich aus §634 BGB. Ihre Verjährung beginnt grundsätzlich mit der Abnahme des Werkes, die Frist beträgt bei einem Bauwerk fünf Jahre (§ 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB).

bb) Da die Entstehung und Verjährung der werkvertraglichen Ansprüche unterschiedlich geregelt sind, fällt grundsätzlich auch das Ende ihrer Verjährung auseinander. Es kann sogar dazu kommen, dass der Erfüllungsanspruch verjährt, bevor das Werk abgenommen und damit die Voraussetzung für den Verjährungsbeginn der Gewährleistungsansprüche geschaffen wurde. Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Erfüllungsanspruch aller Mitglieder der Klägerin ist im vorliegenden Fall zweifelsfrei verjährt. Alle Verträge der Bauträgerin mit den Erwerbfern datieren aus dem Jahr 2005. Die taggenaue Verjährungshöchstfrist von zehn Jahren nach §199 Abs. 4 BGB endete damit durchweg im Lauf des Jahres 2015. Nach wie vor fehlt es aber an einer Abnahme. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob trotz fehlender Abnahme auch Ansprüche auf Gewährleistung verjährt sind oder ob der Auftragnehmer die Gewährleistung wieder aufleben lassen kann, indem er Abnahme verlangt und damit erst die Verjährungsfrist des §634a BGB in Gang setzt.

cc) Es wird vertreten, dass mit Ablauf der Verjährungshöchstfrist für den Erfüllungsanspruch alle weiteren Ansprüche verjährt seien (OLG Köln, ZfBR 2021, 263, 265). Es wäre dem geltenden Recht fremd, wenn die Verjährung des Erfüllungsanspruchs durch ein nachträgliches Wiederaufleben der Gewährleistungsansprüche herbeigeführt werden könnte (OLG Rostock, Urteil vom 02.02.2021 - 4 U 70/19 -, Rn. 78, juris). Ebenso hat das Landgericht alle auf Erfüllung und Nacherfüllung der Werkleistung gerichteten Ansprüche einer ab Vertragsschluss laufenden zehnjährigen Verjährungshöchstfrist nach §199 Abs. 4 BGB unterworfen.

Diese Auffassung ist indes nicht damit vereinbar, dass der Erfüllungsanspruch mit Vertragsschluss, ein Anspruch aus Gewährleistung aber nach der klaren gesetzlichen Regelung erst mit der Abnahme zu verjähren beginnt. Wann die Abnahme erfolgen wird, ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit Gewissheit absehbar. Es wird jedenfalls erst nach Vertragsschluss der Fall sein. Da ein Anspruch auf Gewährleistung erst zu einem ungewissen Zeitpunkt nach dem Beginn der Verjährung des Erfüllungsanspruchs zu verjähren beginnt, ist es nicht zu rechtfertigen, ihn der für den Erfüllungsanspruch geltenden Verjährungshöchstfrist zu unterwerfen. Die in §199 Abs. 4 BGB geregelte Verjährungshöchstfrist gilt auch nur für vertragliche Primärleistungsansprüche, worunter zwar der Erfüllungsanspruch fällt, nicht aber der Anspruch auf Nacherfüllung, bei dem es sich um einen Sekundärleistungsanspruch handelt (Praun in Juris PR/privates Baurecht 2/2021 Anm. 5 Abschnitt C).

Der Bundesgerichtshof hat überdies bereits entschieden, dass der Verjährungsbeginn der werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche nicht mit der Übergabe angesetzt werden darf. Er hat eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Verjährung der Gewährleistung mit der Übergabe ansetzen wollten, nach §9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG a. F. für unwirksam gehalten. Nach dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertragsrechts beginne die Verjährungsfrist nicht mit der Übergabe, sondern mit der Abnahme (BGH NJW-RR 2004, 949, 951 unt. Ziff. II. 5; Basty, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rn. 1126). Mit dieser Rechtsprechung stünde die Annahme, die Verjährung der Gewährleistungsansprüche könne sogar noch mit dem vor der Übergabe liegenden Zeitpunkt des Vertragsschlusses beginnen, in unauflösbarem Widerspruch. Den Verjährungsbeginn der Gewährleistung mit dem Erwerb des Werkes gleichzusetzen, kann erst recht nicht richtig sein, wenn - wie hier - das Werk zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal fertiggestellt ist. Erst nach seiner Fertigstellung lässt sich beurteilen, inwieweit es vertragsgerecht oder mangelhaft ist. Frühestens ab dann kann im Falle der Mangelhaftigkeit Gewährleistung verlangt werden.

dd) Drei Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs zu einem dem hiesigen Fall vergleichbaren Sachverhalt liegen stattdessen vor, die darauf hindeuten, dass unabhängig von der Verjährung des Erfüllungsanspruchs noch Abnahme verlangt werden kann. In allen drei Fällen war die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentumsanlage streitgegenständlich. Eine Klage richtete sich auf Schadensersatz durch Nacherfüllung (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB), die beiden anderen auf Kostenvorschuss (§§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB). Es fehlte jeweils an einer anspruchsvoraussetzenden Abnahme. Eine Abnahme war zwar erfolgt, aber nach Maßgabe einer AGBrechtlich unwirksamen Abnahmeregulierung vollzogen worden und deshalb ihrerseits unwirksam. Der BGH hat entschieden, dass sich der Bauträger als Verwender der unwirksamen Abnahmeregulierung nach Treu und Glauben nicht darauf berufen dürfe, dass sich der Vertrag mangels Abnahme noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus §634 BGB nicht bestünde. Die Inhaltskontrolle von Formulklauseln diene ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders. Dieser dürfe aus der Unwirksamkeit von ihm gestellter Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Vorteile ziehen (BGH NJW-RR 2016, 1143, 1144, Rn. 24 f.; BGH NJW 2016, 2878, 2883, Rn. 57 f.; BGH NJW 2016, 1572, 1574, Rn. 41 f.). Da es an einer Abnahme fehlte, waren die Ansprüche auch noch nicht verjährt, denn die Verjährung beginne, so der BGH, erst mit der Abnahme (§ 634a Abs. 2 BGB; BGH NJW-RR 2016, 1143, 1144, Rn. 25; BGH NJW 2016, 2878, 2883, Rn. 61; BGH NJW 2016, 1572, 1574, Rn. 49).

ee) Die konsequente Umsetzung dieser Rechtsprechung hat freilich zur Folge, dass die Verjährung werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche aus einem Bauträgervertrag zeitlich bis weit über zehn Jahre hinaus ausgedehnt werden kann, bis es irgendwann zu einer Abnahme kommt, die sodann auch erst die fünfjährige Verjährungsfrist in Gang setzt. Mit zunehmendem Zeitablauf wird es für den Bauträger jedoch immer schwieriger, den Beweis mangelfreier Werkleistung - der bis zur Abnahme ihm obliegt - zu führen. Gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird deshalb eingewandt, dass sie den Bauträger ungerechtfertigt hart treffe (Werner/Pastor/Dölle Rn. 2862 - S. 1971 f.)

ff) Der Senat braucht die Frage nicht grundsätzlich zu entscheiden. Im vorliegenden Fall nämlich ist die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu Lasten der Klägerin zu unterstellen.

Dies ergibt sich zwar nicht aus der Ingebrauchnahme der Wohnungseigentumsanlage durch die Mitglieder der Klägerin. Die Parteien hatten die Unwirksamkeit der Abnahmeregulierung nicht erkannt und waren deshalb von einer wirksam erfolgten Abnahme ausgegangen. Damit brachte die Ingebrauchnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Erwerber keinen eigenen Abnahmewillen zum

Ausdruck (BGH NJW 2016, 2878, 2882, Rn. 56; Werner/Pastor/Dölle, Rn. 2862 - S. 1971).

Jedoch hatte die Klägerin in der Vergangenheit bereits zweimal erfolgreich Gewährleistungsansprüche geltend gemacht. Sie betrafen Mängel der Dach- und Balkonentwässerung in zwei verschiedenen Bereichen. Die erste Beanstandung beseitigte die Beklagte in den Jahren 2007/2008 auf der Grundlage einer zwischen ihr, der Generalunternehmerin und dem planenden Architekturbüro getroffenen Vereinbarung, mit der offenkundig aber auch die Klägerin einverstanden war. Die zweite Beanstandung in den Jahren 2012/2013 endete mit einem Vergleich. Der entsprechende Sachverhalt wird in zwei Schreiben des damals beteiligten Rechtsanwalts Dr. P. an die Beklagte und die Verwalterin geschildert (Anlagen K5 und 6), die die Klägerin zum Bestandteil ihres Vortrags gemacht hat.

Bereits bei der ersten Beanstandung war das Gemeinschaftseigentum übergeben und - vermeintlich - abgenommen. Die nun erhobenen Mängelrügen mussten als Ausübung von Gewährleistungsansprüchen verstanden werden. Es wäre fernliegend, sie noch als Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs anzusehen. Die Parteien haben sie ersichtlich auch als Fall der Gewährleistung behandelt. Daraus folgt aber auch, dass die Parteien bei der Regulierung der Mängelrügen übereinstimmend von einer bereits erfolgten Abnahme ausgegangen sind. Ohne Abnahme können Mängelrechte nach §634 Nr. 2 bis 4 BGB nur geltend gemacht werden, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Das ist der Fall, wenn der Besteller gegenüber dem Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder den Werklohn mindert. In diesen Fällen werden die beiderseitigen Ansprüche nunmehr gegeneinander abgerechnet (BGH NJW 2017, 1604, 1606, Rn. 44). Keiner dieser Fälle liegt vor. Das Verlangen eines Kostenvorschusses zur Mangelbeseitigung führt allein noch nicht zu einem Abrechnungsverhältnis (BGH NJW 2017, 1604, 1606 f., Rn. 45; Schröder NZBau 2022, 567, 567 f).

Die Beklagte ließ die Annahme der Klägerin, das Gemeinschaftseigentum sei abgenommen, gegen sich gelten. Wäre es zum Rechtsstreit gekommen, wäre die Klägerin - jedenfalls auf der Grundlage der heutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung - mit ihrem Gewährleistungsbegehren nur durchgedrungen, wenn sie auf eine erfolgte Abnahme verweisen konnte oder der Beklagten verwehrt worden wäre, sich auf das Fehlen der Abnahme zu berufen und die Abnahme zugunsten der Klägerin unterstellt worden wäre.

Vor diesem Hintergrund widerspräche es Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sich die Klägerin darauf berufen könnte, es fehle an einer Abnahme. Sie verhielte sich widersprüchlich. Sie hat in den Jahren 2007 / 2008 und 2012 / 2013 aus der übereinstimmenden Auffassung der Parteien, dass es eine Abnahme gegeben habe, einen Vorteil gezogen und Ansprüche durchgesetzt, die zwingend eine Abnahme zur Voraussetzung hatten. Es wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn die Klägerin nun Ansprüche geltend machen könnte, die nur noch durchsetzbar wären, wenn es an einer Abnahme fehlt. Die Klägerin hatte den aus einer Abnahme folgenden rechtlichen Vorteil in Anspruch genommen. Dann muss sie auch den mit der Abnahme einhergehenden Nachteil tragen.

Mit dieser Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu den genannten höchstrichterlichen Entscheidungen. In den entschiedenen Fällen nämlich hat der Bundesgerichtshof zwar den jeweils Streitgegenständlichen Gewährleistungsanspruch zuerkannt, indem er von einer aus Treu und Glauben zu unterstellenden Abnahme ausgegangen ist, und gleichzeitig dessen Verjährung verneint, weil es an einer Abnahme fehlte. Beides war aber miteinander vereinbar, weil, soweit aus den

Sachverhaltsdarstellungen ersichtlich, erstmals Gewährleistung verlangt wurde. Die Kläger in den entschiedenen Verfahren hatten aus der irrtümlichen Vorstellung einer wirksamen Abnahme noch keinen Nutzen in vorangegangenen Gewährleistungsfällen gezogen. Dies ist hier anders mit der Folge, dass es hier nach Treu und Glauben gerade der Klägerin verwehrt sein muss, sich auf das Fehlen der Abnahme zu berufen.

gg) Ist zu Lasten der Klägerin von einer spätestens im Jahr 2013 erfolgten Abnahme auszugehen, so folgt daraus die Verjährung ihrer Ansprüche auf Gewährleistung spätestens im Laufe des Jahres 2018 (§ 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB). Die am 25.05.2020 anhängig gemachte Klage konnte die Verjährung nicht mehr hemmen (§ 204 Nr. 1 BGB, §167 ZPO). Zu verjährungshemmenden Verhandlungen (§ 203 BGB), die den dazwischenliegenden Zeitraum überbrücken könnten, ist nichts vorgetragen. In den Jahren 2014 bis 2017 von einzelnen Eigentümern vorgebrachte Mängelrügen hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums wurden nicht oder mit Hinweis auf Verjährung beantwortet (Klagschrift S. 4, Bl. 4 d. A., mit Anlagen K 7 und 8). Ein Vergleichsangebot der Beklagten vom 21.09.2017 über die Zahlung von 375.000,00 € im Gegenzug gegen die Erteilung einer Generalquittung beantwortete die Verwaltung der Klägerin mit Schreiben vom 13.10.2017 zwar nicht rundweg ablehnend (Anl. K 9). Es ist aber auch nicht bekannt, dass in der Folgezeit weiter darüber verhandelt worden wäre. Im Gegenteil beschloss die Klägerin am 27.11.2018 Vergleichsverhandlungen erst nach einem entsprechenden Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vorzusehen (Anl. K 10 Top 7). Ein solcher Beschluss ist nicht aktenkundig.

2. Die Klaganträge zu 3), 4), 5) und 6) können keinen Erfolg haben, weil auch sie ausschließlich auf Gewährleistung gegründet sind. Sie sind aus den dargelegten Gründen damit verjährt.

3. Unbegründet sind schließlich die Klaganträge zu 2) und 7).

a) Diese Anträge stehen nicht mit Mängelrügen in Zusammenhang. Der Klagantrag zu 2 - ebenso wie der unbezifferte hilfsweise Feststellungsantrag zu 7 - soll vielmehr eine Rechtsfolge erfassen, die sich aus der Unwirksamkeit der vertraglichen Abnahmeregelung ergeben soll. Die Klägerin geht davon aus, dass erst mit der Abnahme die Gefahr und die Pflicht zur Lastentragung auf den Besteller übergangen und sie - die Klägerin - wegen der Unwirksamkeit der Abnahmeregelung die Kosten der Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums bislang rechtsgrundlos getragen habe. Diese Kosten beziffert sie, aufgeschlüsselt Bl. 126 bis 148 d. A., auf 339.352,66 € (Klagschrift S. 20, Bl. 20 d. A.) oder 338.919,76 € (Schriftsatz vom 29.12.2020 S. 59, Bl. 148 d. A.). Dadurch, dass sie - die Klägerin - diese Kosten jahrelang übernommen habe, sei die Beklagte in entsprechender Höhe rechtsgrundlos bereichert worden. Die Klägerin nimmt die Beklagte nach den §§ 812 Abs. 2, 818 Abs. 2 BGB auf Herausgabe der Bereicherung in Anspruch.

b) Das Landgericht ist auf diese Anträge nicht gesondert eingegangen. Dennoch liegt nicht der Fall nicht beschiedener Anträge vor, wegen derer nach §321 Abs. 2 ZPO binnen zweiwöchiger Frist Ergänzung des Urteils hätte beantragt werden müssen. Das Landgericht hat die Klage unmissverständlich in allen Anträgen abweisen wollen. Daran ändert es nichts, dass die Urteilsbegründung die Klagabweisung nicht vollumfänglich trägt.

c) Ein etwaiger Bereicherungsanspruch wäre allerdings verjährt, soweit er die bis einschl. 2016 entstandenen Kosten betrifft. Die vermeintliche Rechtsgrundlosigkeit der Übernahme der Instandhaltungslasten war den Mitgliedern der Klägerin spätestens seit dem Feststellungsbeschluss zur Unwirksamkeit der Abnahme am 20.04.2014 bekannt. Eine bei einzelnen Mitgliedern danach etwa noch andauernde Unkenntnis wäre grob fahrlässig. Die demnach mit dem 01.01.2015 beginnende Regelverjährung von drei

Jahren (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) endete am 31.12.2017. Bis dahin hätten alle bis einschl. 2014 angefallenen Kosten gerichtshängig gemacht werden müssen. Für die Kosten des Jahres 2015 endete die Frist am 31.12.2018, für die des Jahres 2016 am 31.12.2019. Die im Jahr 2020 eingereichte Klage unterbrach die Verjährung erst für die weiteren streitgegenständlichen Kosten der Jahre 2017 bis 2019.

d) Aber auch insoweit hat die Klage keinen Erfolg. Es besteht kein Erstattungsanspruch.

Erst mit der Abnahme hat der Unternehmer seine Leistung erbracht, und erst mit ihr geht die Gefahr auf den Erwerber über (§ 644 BGB). Das Werkvertragsrecht enthält keine Regelung dazu, wer in welchem Zeitraum die laufenden Kosten zur Instandhaltung des Werkes im vorhandenen Zustand zu tragen hat. Auch die Erwerberverträge können hierfür nicht herangezogen werden. Dort heißt es in §7 Abs. 6, dass mit der Übergabe die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Rechte und Nutzungen, Lasten und Beschränkungen wie auch die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergangen (Anl. K 2). Für den das Grundstück selbst betreffenden kaufrechtlichen Teil wäre diese Regelung nicht zu beanstanden; sie entspricht §446 BGB. Für das darauf errichtete Gebäude gilt jedoch Werkvertragsrecht, in dem nach §644 BGB erst die Abnahme zum Gefahrübergang führt. Mit diesem gesetzlichen Leitbild des Gefahrübergangs ist die Vertragsregelung nicht zu vereinbaren. Sie ist deshalb nach §307 Abs. 2 BGB unwirksam (vgl. zur unzulässigen verjährungsrechtlichen Gleichsetzung von Abnahme und Übergabe BGH NJW-RR 2004, 949, 951 unt. Ziff. 5).

Es ist also danach zu fragen, wem beim Fehlen eigener Regelungen die Instandhaltung für ein noch nicht abgenommenes Werk obliegt. Zu beurteilen ist dies hier für ein Werk, das bereits in das Eigentum des Bestellers übergegangen ist und ihm zu eigener dauerhafter Nutzung übergeben wurde. Auf die Wirksamkeit der Regelung zu „Übergabe / Abnahme“ in §7 Abs. 5 (Anl. K 2) kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Unter Übergabe ist die Verschaffung unmittelbaren Besitzes i. S. d. §854 BGB zu verstehen (MüKoBGB/ Westermann, 8. Aufl. 2019, §446 Rn. 7). Sie ist erfolgt, wenn die Sachherrschaft einvernehmlich von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber übergegangen ist (MüKoBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, §854 Rn. 48). Dies ist hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums unstreitig der Fall.

Die Instandhaltungslast für die zu dauerhaftem Eigenbesitz auf die Erwerber übergegangene Anlage kann nur bei ihnen liegen. Sie haben den uneingeschränkten Gebrauchsvorteil und haben dann auch die damit verbundenen Lasten zu tragen.

III.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nach §543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, soweit es die Abweisung der Berufungsanträge zu Ziff. 1 und 3. bis 6 betrifft. Der Entscheidung über diese Anträge liegt die Wertung zugrunde, dass sich die Klägerin nicht auf das Fehlen der Abnahme berufen könne. Entgegen der Auffassung des Senats könnte darin ein Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Folgen einer unwirksamen Abnahmeregulation gesehen werden.