

**letzte Aktualisierung:** 30.9.2024

OLG Stuttgart, Urt. v. 6.6.2024 – 13 U 419/19

**BGB §§ 199 Abs. 4, 242, 634a, 638, 640 Abs. 1; AGBG a. F. § 9 Abs. 1  
Bauträgervertrag; Abnahme von Gemeinschaftseigentum; unwirksame Abnahmeklausel;  
Beginn der Verjährung; keine Verwirkung bei Verwendung unwirksamer Abnahmeklauseln**

1. Eine vom Bauträger verwendete Abnahmeklausel, wonach das gemeinschaftliche Eigentum für die Wohnungseigentümer durch einen von der Wohnungseigentümerversammlung zu wählenden vereidigten Sachverständigen abgenommen wird, verstößt gegen § 9 Abs. 1 AGBG a. F. (Anschluss OLG Stuttgart v. 31.03.2015 – 10 U 46/14).
2. Im Falle einer in Folge der Nichtigkeit der Abnahmeklausel unwirksamen Abnahme beginnt die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen regelmäßig erst mit der Abnahme. Die Verjährungsfrist enden [sic!] nicht spätestens mit der Verjährung des Erfüllungsanspruchs (entgegen OLG Stuttgart v. 02.04.2024 – 10 U 13/23).
3. Der Annahme einer Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen steht regelmäßig entgegen, dass der Bauträger als Verwender einer unwirksamen Abnahmeklausel kein schutzwürdiges Vertrauen auf die Wirksamkeit der Abnahme haben kann. Dies gilt auch dann, wenn er zum Zeitpunkt der Verwendung nicht ohne weiteres mit einem Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG a. F. rechnen musste (entgegen OLG München v. 01.12.2023 – 28 U 3344/23).

## Gründe

### I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Vorschussanspruch für Mängelbeseitigungskosten sowie Schadensersatz wegen behaupteter Mängel geltend.

Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergemeinschaft. Im Jahr 1988 errichtete die Beklagte als Bauträgerin Mehrfamilienhäuser in der K.-Allee 11 und im E.-Weg 4 und 6 in L.. In den mit den Erwerbern abgeschlossenen Kaufverträgen ist in Ziffer II.5 in Verbindung mit Ziffer 1.3 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen zur Abnahme folgendes geregelt:

„Das gemeinschaftliche Eigentum wird für die Wohnungseigentümer durch einen vereidigten Sachverständigen abgenommen. Bei Wohnanlagen, die aus mehreren Gebäuden bestehen, kann jedes Gebäude einzeln abgenommen werden (Teilabnahme). Der Sachverständige soll auch die Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel bestätigen. Die Kosten des Sachverständigen sind im Kaufpreis berücksichtigt. Der Sachverständige ist in der ersten Wohnungseigentümer-Versammlung durch Beschuß zu bestellen; er führt die Abnahme in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer für diese durch, wozu er heute schon vom Käufer bevollmächtigt wird.“

Am 11.02.2000 wurde entsprechend der vorstehenden Bestimmung der Sachverständige E. beauftragt, der dann im selben Jahr beginnend ab dem 06.03.2000 mehrere Abnahmetermine durchführte. Am 20.10.2004 führte die Klägerin einen Durchgang mit der von ihr beauftragten Sachverständigen N. vor dem vermeintlichen Ablauf der fünfjährigen Gewährleistungsfrist durch. Zu diesem Zeitpunkt gingen alle Beteiligte davon aus, dass die Abnahme am 06.03.2000 erfolgt war und die vertraglich vereinbarte fünfjährige Gewährleistungsfrist in Gang gesetzt hatte. Das Gutachten vom 07.12.2004 über Mängel am Gebäude übergab die Klägerin der Beklagten zur Mängelbeseitigung.

Mit E-Mail vom 18.11.2014 forderte die Klägerin die Beklagte unter Bezugnahme auf ein Gutachten des Sachverständigen H. zur Beseitigung von Mängeln am Dach auf. Nachdem die Beklagte dem nicht nachgekommen ist, macht die Klägerin mit der Klage einen Vorschuss für die Beseitigung der behaupteten Mängel in Höhe von 13.120,94 € und 1.292,04 € geltend. Darüber hinaus begeht sie die Erstattung der Kosten der eingeschalteten Privatgutachter H. (1.871,08 €), Ho. (558,23 €) und S. (1.792,81 €).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dabei hat es offen gelassen, ob die geltend gemachten Mängel bestehen. Eine Verjährung sei zwar nicht eingetreten, da die Abnahmeklausel unwirksam sei und so die Verjährungsfrist mangels wirksamer Abnahme nicht zu laufen begonnen habe. Die Ansprüche seien aber verwirkt. Das für die Annahme der Verwirkung erforderliche Zeitmoment sei gegeben, da zwischen der vermeintlichen Abnahme am 06.03.2020 und der Klageerhebung mehr als 17 Jahre vergangen seien. Ebenfalls erfüllt sei das Umstandsmoment, an das aufgrund der langen Zeitdauer nur noch geringe Anforderungen zu stellen seien. Gegen die Annahme eines Umstandsmoments spreche zwar, dass die Beklagte es als Verwenderin der unwirksamen Abnahmeklausel selbst zu vertreten habe, dass die Gewährleistungsfrist nicht zu laufen begonnen habe. Dies stehe aber einer Verwirkung nicht generell entgegen, da ansonsten eine nahezu grenzenlose Haftung auch Jahrzehnte nach einer vermeintlichen Abnahme gegeben wäre. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte bei der Verwendung der Abnahmeklausel nicht habe vorhersehen können, dass diese von der

Rechtsprechung später als unwirksam angesehen werde, nachdem der Sachverständige im vorliegenden Vertragsverhältnis anders als in anderen Fällen nicht aus der Sphäre des Bauträgers stamme. Nachdem die Klägerin viele Jahre davon ausgegangen sei, dass Gewährleistungsansprüche verjährt seien, habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin von der Geltendmachung weiterer Gewährleistungsansprüche absehen werde. Die Beklagte habe das Vertrauen, dass keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend gemacht würden dadurch manifestiert, dass die wesentlichen Aktenbestandteile des Bauvorhabens vernichtet worden seien.

Für die übrigen Ausführungen des Landgerichts sowie die weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf das angefochtene Urteil vom 16.07.2019 und den restlichen landgerichtlichen Akteninhalt Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehr im Kern weiterverfolgt. Sie ist der Auffassung, dass das Landgericht zu Unrecht von einer Verwirkung ausgegangen sei. Bei der Prüfung des Zeitelements sei auf die außergerichtliche und nicht auf die gerichtliche Geltendmachung abzustellen. Daher liege die Zeitspanne bei 14 und nicht bei 17 Jahren. Gerade in Bausachen sei es nicht ungewöhnlich, dass sich Gewährleistungsfristen etwa durch Hemmungstatbestände oder in Fällen von Nachzüglererwerbern auf mehr als das Doppelte der gesetzlichen Fristen verlängerten. Im Übrigen habe das Landgericht nicht ausreichend berücksichtigt, dass die Klägerin auch noch im Verfahren Landgericht Stuttgart 12 O 423/12 Gewährleistungsansprüche geltend gemacht habe. Daher sei insoweit auch kein Vertrauenstatbestand geschaffen worden. Hinzu komme, dass die Beklagte noch im Jahr 2008 mit der Beseitigung von Mängeln am Dach beschäftigt gewesen sei, sodass die Verjährungsfrist für diesen (nicht streitgegenständlichen) Mangel frühestens im Jahr 2013 abgelaufen sei. Wegen der hier streitgegenständlichen Mängel habe die Beklagte gegen ihre Subunternehmerin noch Anfang des Jahres 2015 ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet. Auch könne dem Landgericht nicht darin gefolgt werden, dass die Beklagte beim Stellen der Klausel nicht unredlich gehandelt habe. Vielmehr seien derartige Abnahmeklauseln bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Kaufverträge von der Rechtsprechung kritisch gesehen worden. Allein der Umstand, dass die Beklagte die Akte weggelegt habe, könne das Umstandsmoment nicht begründen.

Die Klägerin hat zunächst im Berufungsverfahren beantragt:

1.

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart wird abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 18.635,10 € zu bezahlen zzgl. 5 Prozentpunkte über Basiszinssatz hieraus seit Klagezustellung.

2.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 1.216,16 € zzgl. 5 Prozentpunkte über Basiszinssatz hieraus seit Klagezustellung zu bezahlen.

Während des Berufungsverfahrens hat die Klägerin den Vorschussanspruch betreffend Malerarbeiten in der Wohnung J. in Höhe von 1.292,04 € für erledigt erklärt. Zur Begründung hat die Klägerin vorgetragen, dass die Eigentümer den Wasserschaden beseitigt hätten, ohne Kosten geltend zu machen.

Die Beklagte ist der Teilerledigungserklärung entgegengetreten und beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt unter Vertiefung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vortrages das angefochtene Urteil. Das Landgericht habe zutreffend angenommen, dass etwaige Ansprüche der Klägerin verwirkt seien. Dabei habe das Landgericht auch zu Recht die Zeitspanne bis zur gerichtlichen Geltendmachung zu Grunde gelegt. Wegen der streitgegenständlichen Mängel habe es zu keinem Zeitpunkt Verhandlungen gegeben. Die Klägerin sei im Nachgang zur Durchführung der Nachbegehung im Jahr 2004 selbst von der Verjährung ihrer Gewährleistungsansprüche ausgegangen und habe dadurch bei der Beklagten einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Auch könne der Beklagten kein Vorwurf gemacht werden, da die Verwendung der streitgegenständlichen Klausel damals üblich gewesen sei. Eine gemeinsame Abnahme des Gemeinschaftseigentums habe auch dem Interesse der Erwerber entsprochen. Sie, die Beklagte, habe die Abnahme auch nicht mehr nachholen können, da ihr zwischenzeitlich die Kaufverträge nicht mehr vorliegen würden.

Unabhängig davon stehe dem Erfolg der Klage auch entgegen, dass die behaupteten Mängel nicht vorlägen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei ein etwaiger Anspruch auch verjährt. Die im Jahr 2000 vom Sachverständigen E. erklärte Abnahme sei wirksam, da die Regelung in den Kaufverträgen nicht gegen das AGBG a.F. verstoßen habe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass es eine freie Entscheidung der Erwerber gewesen sei, welchen Sachverständigen sie mit der Abnahme der Leistungen beauftragten. Zudem sei der Sachverständige durch die Regelungen im Kaufvertrag auch nicht unwiderruflich mit der Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums bevollmächtigt gewesen. Selbst wenn man nicht von einer wirksamen Abnahme ausgehen würde, wäre der Erfüllungsanspruch vor dem Hintergrund der Fertigstellung im Jahr 2000 spätestens mit Ablauf des 31.12.2011 verjährt. Diese Verjährung gelte auch für den Kostenvorschussanspruch, nachdem dieser ein auf Zahlung gerichteter Erfüllungsanspruch sei. Jedenfalls sei der Kostenvorschussanspruch nach dem Gedanken der Vorteilsausgleichung zu kürzen. Soweit die Klägerin auch Kosten für die Beseitigung der Schäden in der Wohnung J. in Höhe von 1.292,04 € geltend gemacht habe, sei sie schon nicht aktivlegitimiert gewesen. Auch habe es sich um einen Schadensersatzanspruch gehandelt, der nicht fiktiv berechnet werden könne. Die Gutachterkosten seien wegen Verjährung der Gewährleistungsansprüche nicht erforderlich gewesen, jedenfalls habe die Klägerin keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten für das zweite Gutachten.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 30.09.2021 (Bl. 446 ff. d.A.), vom 26.05.2023 (Bl. 639 ff. d.A.) und vom 16.05.2024 (Bl. 755 ff. d.A.) verwiesen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen V.. Wegen des Beweisergebnisses wird auf das schriftliche Gutachten vom 11.08.2022 (Bl. 531 ff. d.A.), die ergänzende Stellungnahme vom 17.02.2023 (Bl. 614 ff. d.A.), die mündliche Anhörung im Termin am 26.05.2023 (Bl. 641 f. d.A.), das Ergänzungsgutachten vom 18.01.2024 (Bl. 679 ff. d.A.) sowie die mündliche Anhörung im Termin am 16.05.2024 (Bl. 756 ff. d.A.) Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Klage ist weit überwiegend begründet.

### 1.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 13.120,94 €. Der Anspruch folgt aus § 633 BGB a.F.

a)

Die Klägerin ist prozessführungsbefugt. Hinsichtlich des Vorschussanspruches ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Klägerin den Anspruch vor Erhebung der Klage durch Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung an sich gezogen hat. Die streitgegenständlichen Mängel betreffen ohne Zweifel das Gemeinschaftseigentum. Eine Prozessführungsbefugnis einer Wohnungseigentümergemeinschaft, die sich aus einem vor dem 01.12.2020 erlassenen Vergemeinschaftsbeschluss ergibt, besteht auch nach der Neuregelung der Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergemeinschaft in § 9a Abs. 2 WEG fort (BGH v. 01.02.2023 - VII ZR 887/21).

b)

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf einen Kostenvorschuss liegen dem Grunde nach vor.

aa)

Auf den streitgegenständlichen Sachverhalt ist das BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden, da die Bauträgerverträge unstreitig allesamt vor diesem Datum geschlossen wurden. Ungeachtet einer fehlenden Regelung in § 633 BGB a.F. war der Kostenvorschussanspruch auch nach früherem Recht anerkannt (BGH v. 14.01.2010 - VII ZR 108/08 - juris Rn. 12; BGH v. 14.04.1983 - VII ZR 258/82 - juris Rn. 9).

bb)

Die Werkleistung der Beklagten ist mangelhaft i.S.v. § 633 Abs. 1 BGB a.F.

(1)

Die Beklagte ist für die mangelfreie Herstellung des Werks beweisbelastet, da keine wirksame Abnahme vorliegt.

(a)

Dabei kann zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass der Sachverständige E. im Jahr 2000 eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums erklärt hat. Der Wirksamkeit der Abnahme steht aber entgegen, dass der Sachverständige hierbei die Eigentümer nicht wirksam vertreten konnte, da die Regelung in Ziff. IV 1.3 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen, wonach der Sachverständige von den Wohnungseigentümern der Klägerin für eine Abnahme bevollmächtigt wurde, nach § 9 Abs. 1 AGBG a.F. unwirksam war.

(aa)

Da es sich im vorliegenden Fall unstrittig um eine Klausel handelt, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist, ist diese nach § 9 Abs. 1 AGBG a.F. unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die notarielle Beurkundung steht dem Formularcharakter nicht entgegen (vgl. OLG Stuttgart v. 12.05.2015 - 10 U 114/14 - juris Rn. 15).

(bb)

Von einer unangemessenen Benachteiligung ist im Zweifel auszugehen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder wesentliche Rechte so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Dies ist vorliegend der Fall.

(aaa)

Es ist höchstrichterlich geklärt, dass eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmmbaren Erstverwalter ermöglicht, gemäß § 9 Abs. 1 AGBG a.F. unwirksam ist (BGH v. 12.09.2013 - VII ZR 308/12 - juris Rn. 7 ff.). Da der Bauträger als teilender Eigentümer die Möglichkeit habe, den ersten Verwalter bereits in der Teilungserklärung zu bestellen, bestehe die Gefahr, dass ein vom Bauträger bestellter Verwalter die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht neutral prüfe. Solche Bedenken bestehen - worauf die Beklagte zu Recht hinweist - im vorliegenden Fall nicht, weil die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in der Auswahl eines - unabhängigen - Sachverständigen für die Abnahme frei war. Bedenken gegen die Unabhängigkeit des Sachverständigen bestehen allerdings insoweit, als er von der Beklagten aus den Kaufpreisen bezahlt werden sollte. Ob diese Bedenken für sich allein durchgreifend wären, kann angesichts der folgenden Ausführungen dahingestellt bleiben.

(bbb)

Eine Vertragsklausel zur Abnahme durch einen von der Wohnungseigentümergemeinschaft zu bestimmenden Sachverständigen ist jedenfalls dann unwirksam, wenn sie dem einzelnen Erwerber nicht die Möglichkeit offen lässt, das Gemeinschaftseigentum selbst abzunehmen oder von einer Vertrauensperson eigener Wahl abnehmen zu lassen. Damit werden die Erwerber von ihrer gesetzlichen Möglichkeit, als Besteller gemäß § 640 Abs. 1 BGB die Abnahme des Werks selbst zu prüfen und zu erklären, in unzulässiger Weise durch eine allgemeine Geschäftsbedingung ausgeschlossen. Auch wenn es sich bei § 640 BGB um dispositives Recht handelt, kann dessen wesentlicher Gehalt, nämlich die Abnahme durch den Besteller, dem Erwerber von Wohnungseigentum nicht durch eine allgemeine Geschäftsbedingung entzogen werden, weil ansonsten gegen den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung verstößen würde (OLG Stuttgart v. 31.03.2015 - 10 U 46/14 - juris Rn. 83).

(ccc)

Durch die Klausel „Das gemeinschaftliche Eigentum wird für die Wohnungseigentümer durch einen vereidigten Sachverständigen abgenommen.“ verpflichtet sich der einzelne Erwerber, mit

der Abnahme einen Sachverständigen zu beauftragen, und verzichtet ebenso auf sein Recht als Besteller aus § 640 Abs. 1 BGB, die Prüfung der Abnahmefähigkeit selbst vorzunehmen. Anders als die Beklagte meint, war es dem Erwerber auch nicht möglich, dem Sachverständigen die erteilte Vollmacht zu widerrufen. Zwar ist eine einmal erteilte Vollmacht nach § 168 S. 2 BGB grundsätzlich widerruflich. Jedoch ist die Klausel, auch wenn es hierzu keine ausdrückliche Regelung gibt, nach ihrem objektiven Inhalt dahingehend auszulegen, dass ein solcher Widerruf ausgeschlossen ist. Es ist ja gerade Sinn und Zweck der Klausel, eine gemeinsame Abnahme durch einen Sachverständigen zu erreichen. Dieser Zweck kann nicht erreicht werden, wenn man durch einen Widerruf der Vollmacht die Abnahme durch den Sachverständigen verhindern könnte, da immer damit zu rechnen ist, dass jedenfalls einzelne Erwerber mit dem Sachverständigen nicht einverstanden sind. Selbst wenn man insoweit von einer Mehrdeutigkeit ausgehen wollte, ginge dies zu Lasten der Beklagten. Zwar bestimmt § 5 AGBG a.F., dass im Falle von mehrdeutigen Bedingungen die kundenfreundlichste Auslegung zu Grunde zu legen ist. Im Falle einer Inhaltskontrolle führt die Auslegungsregel des § 5 AGBG a.F. aber dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit führt (BGH v. 16.06.2009 - XI ZR 539/07 - juris Rn. 26).

(ddd)

Im Übrigen ist eine andere Beurteilung auch dann nicht geboten, wenn man zu Gunsten der Beklagten unterstellt, dass die Klausel die Widerruflichkeit der Vollmacht nicht ausschließt. In diesem liegt ein Verstoß gegen das in § 9 Abs. 1 AGBG a.F. enthaltene Transparenzgebot (hierzu BGH v. 10.03.1993 - VIII ZR 85/92 - juris Rn. 25) vor. Dies folgt schon aus dem Umstand, dass der durchschnittliche Erwerber einer Eigentumswohnung die Regelung des § 168 S. 2 BGB zur Widerruflichkeit der Vollmacht nicht kennt und die Klausel damit suggeriert, dass eine Alternative zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Sachverständigen nicht besteht.

(b)

Es liegt auch keine konkludente Abnahme vor. Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Erwerber noch im Jahr 2004 davon ausgingen, dass am 06.03.2020 eine wirksame Abnahme erfolgt ist. Ausgehend von dieser Vorstellung fehlte ihnen somit das nötige Erklärungsbewusstsein. Auch die Beklagte konnte die Restzahlungen und die Ingebrauchnahme der Wohnungen sowie das Verhalten bei der Geltendmachung von Ansprüchen nicht als Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Erwerber verstehen, weil sie ebenfalls davon ausging, dass diese Abnahme durch den Sachverständigen erfolgt ist (OLG Stuttgart v. 31.03.2015 - 10 U 46/14 - juris Rn. 88). Eine konkludente Abnahme kommt daher erst ab dem Zeitpunkt in Betracht, an dem die Erwerber Kenntnis von der Unwirksamkeit der erklärten Abnahme erlangt oder Zweifel bezüglich der betreffenden Wirksamkeit bekommen hatten (OLG Stuttgart v. 02.04.2024 - 10 U 13/23 - juris Rn. 69). Für diesen Zeitraum trägt die Beklagte aber kein Verhalten vor, dass eine konkludente Abnahme begründen könnte.

(2)

Die Beklagte hat den Nachweis der Mangelfreiheit nicht geführt. Vielmehr kann nach der Beweisaufnahme festgestellt werden, dass die Werkleistung mangelhaft ist, da die über das Dach geführten Lüfterleitungen nicht ordnungsgemäß an die Dampfsperren angeschlossen sind.

(a)

Der Sachverständige V. hat ausweislich seines Ergänzungsgutachtens vom 18.01.2024 bei sechs Bauteilöffnungen festgestellt, dass bei den jeweiligen Dachdurchführungen die Dampfbremse nicht an die durchgeführten Rohre angeschlossen war. Dies stellt die Beklagte auch nicht in Abrede. Nachdem der Sachverständige ergänzend zu seinem ursprünglichen Gutachten insgesamt sechs Bauteilöffnungen vorgenommen hat, ist der Schluss möglich, dass der fehlende Anschluss der Dampfsperre bei sämtlichen Dachdurchführungen vorliegt. Die Beklagte hat dies nach dem Eingang des Ergänzungsgutachtens auch nicht mehr in Zweifel gezogen.

(b)

Der Sachverständige V. hat in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 17.02.2023 näher ausgeführt, dass es nach den technischen Regeln erforderlich ist, die Dampfsperre an die Durchdringungen anzuschließen. Dies diene dazu, einen dampfdichten Durchgang herzustellen und zu vermeiden, dass auf der Oberfläche der Dampfsperre anfallendes Wasser in tiefer liegende Bauteile eindringe. Diesen plausiblen Ausführungen des erfahrenen Gerichtssachverständigen schließt sich der Senat an; die Beklagte hat gegen diese Beurteilung auch keine durchgreifenden Einwände erhoben.

cc)

Die Klägerin kann ungeachtet einer fehlenden Abnahme einen Vorschuss geltend machen, da im Anwendungsbereich des bis zum 31.12.2001 geltenden Werkvertragsrechts Gewährleistungsansprüche und somit auch der Anspruch auf einen Mängelbeseitigungskostenvorschuss keine Abnahme voraussetzen (BGH v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15 - juris Rn. 25; BGH v. 25.06.2002 - X ZR 78/00 - juris Rn. 7).

dd)

Die Beklagte ist mit der Mängelbeseitigung in Verzug, nachdem sie auf die Aufforderung im Jahr 2014 keine Leistungen erbracht hat.

c)

Der Anspruch besteht in Höhe von 13.120,94 €.

aa)

Es kann nach § 287 ZPO festgestellt werden, dass die Mängelbeseitigung mindestens Kosten in Höhe der geltend gemachten 13.120,94 € verursachen wird. Der Betrag entspricht dem klägerseits vorgelegten Angebot der Fa. O. vom 31.07.2015. Der Sachverständige V. hat in der mündlichen Verhandlung am 16.05.2024 klargestellt, dass insgesamt 18 Entlüftungsrohre vorhanden sind, an denen der Anschluss nachgebessert werden muss. Ferner hat der Sachverständige V. ausgeführt, dass das Angebot der Fa. O. vom 31.07.2015 zwar bezogen auf das damalige Preisniveau zu hohe Materialpreise enthalten habe, dass aber aufgrund der Erhöhung der Baupreise nunmehr mit deutlich höheren Kosten zu rechnen sei. Dem schließt sich der Senat an. Daher kann auch eine etwaige Ersparnis von Kosten durch die zwischenzeitlich in zwei Fällen vorgenommene Durchführung der Entlüftungsrohre durch die Dachabdichtung nicht zu einer Kürzung des Anspruchs führen, zumal der Sachverständige

festgestellt hat, dass auch in diesen Fällen der Anschluss an die Dampfsperre nachgebessert werden muss.

bb)

Eine Vorteilsausgleichung ist nicht vorzunehmen, nachdem der Sachverständige V. nachvollziehbar ausgeführt hat, dass sich durch die Nachbesserung die Lebensdauer der Dachabdichtung insgesamt nicht verlängern wird. Insoweit entstehen der Klägerin durch die Nachbesserung keine Vorteile.

d)

Der Anspruch ist nicht verjährt.

aa)

Die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen nach altem Schuldrecht richtete sich nach § 638 BGB a.F. Dies galt auch für vor der Abnahme entstandene Gewährleistungsansprüche mit der Folge, dass die Verjährung zunächst nicht beginnen konnte, da nach § 638 BGB a.F. der Verjährungsbeginn die Abnahme voraussetzt (BGH v. 08.07.2010 – VII ZR 171/08). Mit Blick auf Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB greift nunmehr die Bestimmung des § 634a BGB und zwar auch für die Fälle, in denen der Anspruch vor der Abnahme entstanden ist (BGH v. 24.02.2011 – VII ZR 61/10 – juris Rn. 18). Daher setzt der Beginn der Verjährung auch noch nach dem 01.01.2002 grundsätzlich eine Abnahme voraus. Eine wirksame Abnahme ist - wie dargelegt - nicht erfolgt, sodass die Verjährung nicht beginnen konnte.

bb)

Anders als die Beklagte meint, kann eine Verjährung im vorliegenden Fall nicht damit begründet werden, dass der Erfüllungsanspruch nach § 199 Abs. 4 BGB spätestens mit Ablauf des 31.12.2011 verjährt ist.

(1)

Es ist höchstrichterlich geklärt, dass der Gesetzgeber durch die Regelung in § 638 BGB a.F. die Verjährung der werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche insgesamt den für die Regelverjährung maßgeblichen Vorschriften entzogen hat (BGH v. 08.07.2010 – VII ZR 171/08 – juris Rn. 19). Zwar hat der BGH für nach dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform geschlossene Verträge offen gelassen, ob und welchen Einfluss ein Ablauf der Verjährungshöchstfrist bezüglich des Erfüllungsanspruchs auf die Verjährung von Mängelansprüchen hat (BGH v. 09.11.2023 - VII ZR 241/22 - juris Rn. 45). Für den Fall einer unwirksamen Abnahmeklausel kann jedoch nach der Entscheidung die Verjährung des Erfüllungsanspruchs schon deshalb keine Bedeutung haben, weil es dem Unternehmer als Verwender der unwirksamen Klausel verwehrt sei, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befindet (BGH v. 09.11.2023 – VII ZR 241/22 – juris Rn. 45).

(2)

Die gegenteilige Auffassung (OLG Stuttgart v. 02.04.2024 - 10 U 13/23) überzeugt nicht. Eine Verjährung von Gewährleistungsansprüchen mit Ablauf der Verjährungshöchstfrist des Erfüllungsanspruchs kann nicht mit der Begründung angenommen werden, dass es ansonsten zu für den Bauträger untragbaren Ergebnissen kommen könnte.

(a)

Es kann schon nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Bauträger nach der hier vertretenen Auffassung praktisch unbegrenzt einem Gewährleistungsanspruch ausgesetzt ist. Vielmehr hat der BGH zum hier maßgeblichen alten Recht entschieden, dass die Verjährung nicht nur mit der Abnahme beginnt, sondern auch mit der ernsthaften und endgültigen Ablehnung der Abnahme durch den Besteller und zwar auch dann, wenn die Abnahme zu Recht verweigert wird (BGH v. 08.07.2010 – VII ZR 171/08 – juris Rn. 23). Dies hat zur Folge, dass der Bauträger grundsätzlich die Gewährleistung auf weitere fünf Jahre beschränken kann, wenn er die Erwerber nach Bekanntwerden von Zweifeln an der Wirksamkeit der Abnahmeklausel zur Abnahme auffordert. Zwar mag es Fälle geben, in denen die Erwerber Nachbesserung verlangen, ohne zugleich eine ernsthafte und endgültige Abnahmeverweigerung zu erklären. Gegebenenfalls kann der Bauträger die Abnahmewirkung dann aber dadurch herstellen, dass er dem berechtigten Nachbesserungsverlangen nachkommt (BGH v. 08.07.2010 - VII ZR 171/08 - juris Rn. 25). Zwar ist es ungeachtet der vorstehenden Ausführungen nicht auszuschließen, dass es Fälle geben kann, in denen es dem Bauträger nicht gelingt, den Beginn der Verjährung auszulösen. Solche Fälle können aber nicht zum Anlass genommen werden, von der gesetzlichen Regelung, die bei der Verjährung zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen unterscheidet, abzuweichen. Für derartige Billigkeitserwägungen ist nur im Rahmen von § 242 BGB Raum, sodass Anlass zur Prüfung bestehen kann, ob eine Verwirkung in Betracht kommt (so auch BGH v. 08.07.2010 - VII ZR 171/08 - juris Rn. 27).

(b)

Auch der Umstand, dass es für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel vorliegt, auf den Zeitpunkt der Abnahme ankommt, führt nicht zu untragbaren Ergebnissen. So ist bereits höchstrichterlich geklärt, dass der Unternehmer in den Fällen, in denen die Vertragsparteien neben dem Werkerfolg eine bestimmte Herstellungsart vereinbart haben, eine höhere Vergütung fordern kann, wenn sich die Bauleistung durch eine zwischenzeitlich erfolgte Anpassung der allgemein anerkannten Regeln der Technik verteuert (BGH v. 14.11.2017 – VII ZR 65/14 – juris Rn. 38). Selbst wenn dies nicht der Fall ist, müssten die Erwerber aber in jedem Fall die Vorteile ausgleichen, die durch eine längere Nutzungsmöglichkeit entstehen (vgl. BGH v. 27.09.2018 – VII ZR 45/17 – juris Rn. 86). Im Übrigen ist zu sehen, dass auch bei einer Verjährungsfrist von 10 Jahren die Möglichkeit besteht, dass sich die technischen Standards nicht nur unerheblich erhöhen.

e)

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist der Anspruch im vorliegenden Fall auch nicht verwirkt.

aa)

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Recht verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (BGH v. 23.01.2014 - VII ZR 177/13 - juris Rn. 13 m.w.N.). Allein der Ablauf einer gewissen Zeit nach Entstehung des Anspruchs vermag das notwendige Umstandsmoment nicht zu begründen. Daher kann der Umstand, dass zwischen der Fertigstellung der Anlage und der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung mehr als 10 Jahre vergangen sind, nicht ausschlaggebend sein (so im Ergebnis auch BGH v. 09.11.2023 - VII ZR 241/22).

bb)

Die Beklagte hatte kein schutzwürdiges Vertrauen, dass die Klägerin keine Gewährleistungsansprüche mehr geltend machen wird. Ein solches Vertrauen lässt sich nicht damit begründen, dass in der Zwischenzeit mehrfach Mängelansprüche geltend gemacht wurden, die teilweise von der Beklagten reguliert wurden. Auch wenn in diesem Zusammenhang das Verjährungsthema mit Blick auf die vom Sachverständigen E. im Jahr 2000 erklärte Abnahme eine Rolle gespielt hat, konnte dadurch auf Seiten der Beklagten nicht das schutzwürdige Vertrauen entstehen, dass sich die Klägerin bei etwaiger erneuter späterer Geltendmachung von Mängelrechten gegenüber der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung nicht auf das Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums berufen würde. Der Annahme eines schutzwürdigen Vertrauens der Beklagten steht schon entgegen, dass sie als Verwenderin der unwirksamen Abnahmeklausel für den Nichtbeginn der Verjährung verantwortlich ist (BGH v. 09.11.2023 – VII ZR 241/22 – juris Rn. 42). Allein der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Verwendung der Klausel nicht ohne Weiteres damit gerechnet werden musste, dass ein Verstoß gegen § 9 AGBG a.F. angenommen wird, vermag eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen (a.A. allerdings OLG München v. 01.12.2023 - 28 U 3344/23). Die Beklagte hat durch die Verwendung der Klausel bewusst die Rechte der Erwerber bei der Entscheidung über eine Abnahme verkürzt und so die alleinige Ursache dafür gesetzt, dass die Verjährung nicht beginnen konnte.

cc)

Im Übrigen kann auch im vorliegenden Fall nicht angenommen werden, dass der Beklagten durch die verspätete Geltendmachung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entsteht. Soweit das Landgericht festgestellt hat, dass die Beklagte die maßgeblichen Unterlagen vernichtet hat, vermag dies eine Verwirkung nicht zu begründen. Die Frage, ob der streitgegenständliche Mangel vorliegt, konnte - wie dargelegt - durch entsprechende Bauteilöffnungen ohne Weiteres geklärt werden. Daher führte die Vernichtung von Unterlagen hier nicht zu einem Nachteil bei der Beweisführung. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte noch im Jahr 2008 Mängel beseitigen ließ und im Jahr 2012 ein Rechtsstreit zwischen den Parteien anhängig war, in dem die Klägerin Gewährleistungsansprüche geltend gemacht hat, sodass von daher auch kein Anlass bestand, die Akten noch vor der erstmaligen Geltendmachung der hier streitgegenständlichen Mängel im Jahr 2014 zu vernichten.

2.

Die Klägerin kann nach § 635 BGB a.F. die Erstattung der Kosten der Privatsachverständigen H. in Höhe von 1.871,08 € und Ho. in Höhe von 558,23 €, nicht aber die Kosten des Sachverständigen S. in Höhe von 1.792,81 € ersetzt verlangen.

a)

Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass die Kosten eines Gutachtens über Ursache und Ausmaß von eingetretenen und noch zu erwartenden Mängeln nach § 635 BGB a.F. erstattungsfähig sind (BGH v. 16.10.1984 - X ZR 86/83). Die Beauftragung eines Sachverständigen zur Klärung der Ursache eines Mangelsymptoms ist grundsätzlich auch erforderlich i.S.v. § 249 BGB. Im vorliegenden Fall gilt dies aber nur für die Kosten der Sachverständigen H. und Ho., nicht aber für die Kosten des Sachverständigen S.. Nachdem bereits ein Gutachten vorlag, ist die Einholung eines weiteren Gutachtens nur dann erforderlich, wenn das Erstgutachten noch nicht zu einer ausreichenden Klärung des Sachverhalts geführt hat. Diese Voraussetzung legt die Klägerin schon nicht dar. Vielmehr konnte sie auch auf Nachfragen keinen ausreichenden Grund für die Beauftragung des Sachverständigen S. nennen.

b)

Die Rechnungen und deren Bezahlung sind unstreitig. Soweit die Beklagte erstinstanzlich die Berechtigung der Höhe in Zweifel gezogen hat, ist dies nach den Grundsätzen des „Werkstattrisikos“ unerheblich (aktuell zum Werkstattrisiko BGH v. 16.01.2024 – VI ZR 51/23; vgl. auch zu den Kosten der Mängelbeseitigung BGH v. 25.06.2015 – VII ZR 220/14 – juris Rn. 84).

3.

Soweit die Klägerin weitere 1.292,04 € als Mängelbeseitigungskostenvorschuss für die Beseitigung von Wasserflecken in der Wohnung J. geltend gemacht hat, war die Klage ursprünglich zulässig und begründet, sodass auf die einseitige Erledigungserklärung hin die Feststellung der Erledigung auszusprechen war. Anders als die Beklagte meint, war die Klägerin auch insoweit prozessführungsbefugt.

a)

Der Mangel selbst betrifft unstreitig das Gemeinschaftseigentum und hat sich nur auf das Sondereigentum auswirkt. Ausgehend hiervon handelt es sich um einen sogenannten Doppelmangel, sodass die Gemeinschaft berechtigt ist, die Mängelrechte gegenüber dem Bauträger geltend zu machen (Koeble in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl., Teil 10 Rn. 473).

b)

Der Anspruch folgte aus § 633 BGB a.F. Es handelt sich auch insoweit um Kosten der Mängelbeseitigung, da der Schaden nicht außerhalb des Werks der Beklagten eingetreten ist (zur Abgrenzung BGH v. 07.11.1985 – VII ZR 270/83). Ein Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Mangel kann nach den Ausführungen des Sachverständigen V. festgestellt

werden. Ebenfalls hat der Sachverständige die Höhe der geltend gemachten voraussichtlichen Kosten bestätigt.

4.

Die Zinsen folgen aus §§ 288, 291 BGB. Die geltend gemachten Rechtsanwaltskosten waren der Klägerin als Schadensersatz zuzusprechen. Dabei macht die Klägerin zu Recht einen Anspruch in Höhe einer 1,5 Gebühr geltend, nachdem die Angelegenheit mit Blick auf die streitigen Fragen der Verwirkung und Verjährung schwierig ist. Unter Anwendung der zum Zeitpunkt der außergerichtlichen Tätigkeit geltenden Tabelle folgt hieraus ein Betrag von 1.266,16 €. Da allerdings nur 1.216,16 € beantragt sind, konnte mit Blick auf § 308 Abs. 1 ZPO auch nur dieser Betrag zugesprochen werden.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. Die Revision war nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zuzulassen. Der Senat weicht in seiner Entscheidung bzgl. der Verjährung vom Urteil des OLG Stuttgart v. 02.04.2024 - 10 U 13/23 und bzgl. der Verwirkung vom Urteil des OLG München v. 01.12.2023 - 28 U 3344/23 ab.