

IBRRS 2015, 3298

Entscheidung im Volltext

Bauträger

Einzug + Kaufpreiszahlung = Abnahme!

OLG Bamberg

Urteil

vom 09.12.2015

8 U 23/15

BGB § 640

Ziehen die Erwerber in ihre Eigentumswohnungen ein und bezahlen sie den Kaufpreis vollständig, ohne auf die in den Erwerbverträgen vereinbarte förmliche Abnahme zu bestehen, wird die Leistung des Bauträgers insgesamt - also einschließlich der Teile der Leistung, die in das gemeinschaftliche Eigentum der Wohnungseigentümer übergehen sollen - konkludent abgenommen.

OLG Bamberg, Urteil vom 09.12.2015 - 8 U 23/15

vorhergehend:

LG Schweinfurt, 23.01.2015 - 22 O 135/13

In dem Rechtsstreit

....

wegen Mängelbeseitigung

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg - 8. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Ebert, den Richter am Oberlandesgericht Barthelmes und den Richter am Oberlandesgericht Schommartz auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 04.11.2015 folgendes

Urteil

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Schweinfurt vom 23.01.2015, Az. **22 O 135/13**, wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Dieses sowie das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Schweinfurt sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte jeweils vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin, die mit Beschluss vom 12.09.2012 alle Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche der einzelnen Ersterwerber an sich gezogen hat, macht Mängelbeseitigungsansprüche hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums geltend. Die Tiefgarage und das Parkdeck der Eigentumswohnanlage ### weist teilweise erhebliche Mängel auf, die zu beheben ihr die Beklagte verpflichtet sei.

Im Übrigen wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteils, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Landgericht hat die Klage mit Endurteil vom 23.01.2015 ohne Durchführung einer Beweisaufnahme abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, eventuelle Mängelbeseitigungs- oder Gewährleistungsansprüche seien verjährt, jedenfalls aber verwirkt. Zwar habe man sich in den notariellen Ersterwerber-Kaufverträgen auf eine förmliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums geeinigt, tatsächlich sei eine solche nach Maßgabe dieser Vereinbarungen jedoch nicht erfolgt. Es sei vielmehr auf eine förmliche Abnahme einvernehmlich verzichtet worden. Erfolgt seien zumindest jeweils konkludente Abnahmen. Dies ergebe sich aus den Umständen, insbesondere der Tatsache, dass sämtliche Ersterwerber die Wohnungen mit dem Gemeinschaftseigentum spätestens 1994 in Nutzung genommen und ausnahmslos den vereinbarten Kaufpreis vollständig bezahlt haben. Damit habe bereits 1994 die Verjährungsfrist nach § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. zu laufen begonnen und sei an einem nicht näher feststellbaren Tag im Jahr 1999 abgelaufen.

Etwaige das Gemeinschaftseigentum betreffende Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche seien damit verjährt. Außerdem sei der Anspruch auf Erfüllung bzw. Mängelbeseitigung auch verwirkt. Soweit die Klägerseite geltend mache, zwischen 1996 und 2006 immer wieder bei der Beklagten Mängel gerügt zu haben, sei dies jedenfalls nicht ausreichend gewesen. Die Beklagte (bzw. deren Rechtsvorgängerin) habe sich gegenüber den Käufern nämlich jedenfalls schon im Jahr 2000 auf die ihrer Ansicht nach bereits eingetretene Verjährung berufen. Die gerichtliche Geltendmachung von Mängelbeseitigungsansprüchen erst 2013 sei vor diesem Hintergrund treuwidrig.

Die Klägerin hat gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 04.02.2015 zugestellte Urteil am 02.03.2015 Berufung beim Oberlandesgericht Bamberg eingelegt und diese mit am 05.05.2015 eingegangenem Schriftsatz vom 04.05.2015 fristgerecht begründet.

Sie macht geltend, zu Unrecht habe das Landgericht die Frage, ob die gleichlautenden notariellen Klauseln zur Abnahme in Ansehung der Regeln zu allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam seien, dahinstehen lassen. Tatsächlich seien sie jedoch unwirksam. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht angenommen, die Parteien hätten auf eine förmliche Abnahme verzichtet. Eine solche stillschweigend erfolgte Vereinbarung wäre schon formunwirksam gewesen. Den Erwerbern der Wohnungen habe in Bezug auf das Gemeinschaftseigentum das Bewusstsein und der Wille sowohl zu einem Verzicht auf eine förmliche Abnahme wie auch der zur Abnahme in sonstiger Weise gefehlt. Weder die Ingebrauchnahme noch die vollständige Kaufpreiszahlung reiche aus, hierin eine stillschweigende Abnahme zu sehen. Die Geltendmachung des Mängelbeseitigungsanspruchs sei auch nicht verwirkt. Es fehle sowohl am Zeit- als auch am Umstandsmoment. Die Erwerber hätten nämlich immer wieder Mängelbeseitigung eingefordert. Die Aktennotiz vom 06.04.2006 sei dahin zu verstehen, dass die Beklagte nicht den Ablauf der Gewährleistungsfrist im Verhältnis zu den Erwerbern leugne, sondern im Verhältnis zu einem ihrer Nachunternehmer, der Firma ####. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 04.05.2015 (Bl. 129 ff. d.A.) sowie die weitere Stellungnahme der Beklagtenseite vom 12.10.2015 (Bl. 198 ff. d.A.) verwiesen.

Die Klägerin stellt folgende Anträge:

I. Unter Abänderung des am 23.01.2015 verkündeten Urteils des Landgerichts Schweinfurt, Az.: **22 O 135/13**, wird die Beklagte verurteilt, folgende Mängel an der Tiefgarage und am Parkdeck des Anwesens **###-Weg 2-6, ### ##** zu beseitigen:

1. Der Pflaster Belag hat sich großflächig horizontal verschoben und aus dem Verband gelöst.
2. Die Abdichtung hat sich unter der Horizontalbeanspruchung aus dem Verkehr verschoben und ist wasserunterläufig geworden.
3. Die Deckenplatte hat großflächig Durchfeuchtungen und Wasserdurchtritte.
4. An den Unterzügen bildet sich Tropfwasser.
5. Durch die Wandraumfuge vor Haus Nr. 6 dringt auf größerer Länge Wasser ein.
6. Höhenversätze und Seitenverschiebe zwischen den Einzelstücken der Entwässerungsrinne.
7. Die Entwässerungsrinnen haben sich in den Stoßfugen Höhen- und Seitenversetzt.
8. Die flächige Entwässerung der Tiefgaragendecke ist nicht funktionsfähig, das Oberflächenwasser wird nur zu einem kleinen Teil durch die Entwässerungsrinnen und Deckenabläufe geleitet, Die Drainagerohre im Splitt Belag als "Sammelleitungen" sind ungeeignet.
9. Die Feuerwehrezufahrt zu Haus Nr. 2 ist nicht im Lastansatz der geprüften statischen Berechnung berücksichtigt.
10. Risse an den ausgeklinkten Auflagen der Mittelunterzüge.
11. Risse im Bereich der Durchbrüche der Stege der PI-Platten.
12. Das Eingangspodest zu Haus Nr. 6 hat an der Vorderkante keine Trittkante, sondern eine Abschrägung von 2,5 cm x 2,5 cm.
13. Das Eingangspodest zu Haus Nr. 6 hat eine Beschichtung, die nicht die erforderliche Rutschsicherheitsklasse für direkt bewitterte Außenbauteile aufweist.
14. Teilweise in der Lage nicht gesicherte Gitterroste auf den Entwässerungsrinnen.
15. Die Deckeneinläufe und die Einbauart entsprechen nicht den Brandschutzanforderungen.
16. Im Bereich der Decken und Wände sind zahlreiche Verfärbungen, Ausblühungen und Aussinterungen vorhanden.

II. Unter Abänderung des am 23.01.2015 verkündeten Urteils des Landgerichts Schweinfurt, Az.: **22 O 135/13**, wird die Beklagte weiterhin verurteilt, an die Klägerin Euro 8.690,33 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshändigkeit zu bezahlen.

III. Hilfsweise: Das Urteil des Landgerichts Schweinfurt vom 23.01.2015, Az.: **22 O 135/13** wird aufgehoben und der Rechtstreit zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Gericht des

ersten Rechtszuges verwiesen.

Die Beklagte beantragt

die Zurückweisung der Berufung.

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Ohnehin fehle der Klägerin die Aktivlegitimation. Ergänzend wird Bezug genommen auf die Berufungserwiderung vom 10.07.2015 (Bl. 183 ff. d.A.).

B.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch der Klägerin verneint. Denn eventuellen Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen der Ersterwerber aus den Kaufverträgen steht die Einrede der Verjährung entgegen.

Indem sämtliche Erwerber ihre Wohnung bezogen und diese zusammen mit den in gemeinschaftlichem Eigentum stehenden Teilen der Wohnanlage genutzt und zudem spätestens im Jahr 1994 den Kaufpreis vollständig bezahlt haben, erfolgte zumindest konkludent die Abnahme auch des Teils des Werks, das in das gemeinschaftliche Eigentum der Wohnungseigentümer übergehen sollte. Keine der Kaufvertragsparteien, auf Erwerberseite auch nicht die Gemeinschaft der Eigentümer für die Käufer, hat vor oder bei Zahlung der letzten Kaufpreisrate für das gemeinschaftliche Eigentum auf die Durchführung einer förmlichen Abnahme entsprechend der gleichlautenden Regelung in den Erwerbverträgen bestanden. Sie haben sich vielmehr dahin verständigt, dass es einer förmlichen Abnahme nicht bedürfen soll. Mit der vollständigen Zahlung der letzten Kaufpreisrate haben die Erwerber zudem jeder für sich zum Ausdruck gebracht, dass sie das Werk der Beklagten insgesamt als im Wesentlichen vertragsgemäß anerkennen (hierzu unter I.2).

Unstreitig erfolgten die Zahlungen der jeweils letzten Rate auf die notariellen Kaufverträge jeweils spätestens im Jahr 1994, sodass die fünfjährige Verjährungsfrist für die das Gemeinschaftseigentum betreffenden Gewährleistungsansprüche der Erwerber mit Ablauf des dem Zahltag im Jahr 1994 entsprechenden Tags im Jahr 1999 auslief (hierzu unter I.3).

Zutreffend hat das Landgericht auch angenommen, dass, wenn es an einer Verjährung der Ansprüche dennoch gefehlt haben sollte, das Recht der Wohnungsersterwerber auf Mängelbehebung durch illoyale Verspätung der Rechtsausübung verwirkt ist (hierzu unter II.).

I.

1. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin für den streitgegenständlichen Erfüllungsanspruch aktivlegitimiert ist.

Sie hat die Ansprüche der Erwerber mit Beschluss vom 12.09.2012 wirksam an sich gezogen. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob auch alle derzeitigen Eigentümer zugleich Inhaber originärer Erwerbsrechte sind. Die Behebung solcher Mängel, die sich auf das Gemeinschaftseigentum beziehen, fällt in den Verantwortungs- und Kompetenzbereich der Mitglieder der (werdenden)

Wohnungseigentümergeinschaft (BGH, Urteil vom 15.01.2010, **V ZR 80/09**, Rn. 9). Sowohl vor dem Eintritt von "Nachzüglern" als auch nach dem Ausscheiden von einzelnen Erwerbern ist bzw. bleibt die Gemeinschaft für die ordnungsgemäße Errichtung verantwortlich (BGH, a.a.O.). Es wurden seit 1993 auch noch nicht sämtliche der ca. 100 Wohnungen von den Ersterwerbern an Dritte veräußert und übereignet. Es entspricht der ordnungsgemäßen Verwaltung, dass hinsichtlich auf das Gemeinschaftsrecht bezogener Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche ein gemeinsamer Wille der Wohnungseigentümer gebildet wird und eventuelle Ansprüche gegen Dritte zur Ausübung auf die Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden (BGH, a.a.O. Rn. 11).

2. Die Klägerin hat keinen durchsetzbaren Erfüllungs- bzw. Gewährleistungsanspruch gegen die Beklagte aus §§ **631** Abs. 1 i.V.m. **633** Abs. 1 BGB a.F., da ein solcher Anspruch gemäß § **638** BGB a.F. jedenfalls verjährt ist.

2.1 Auszugehen ist von der gemäß § **529** Abs. 1 ZPO zu Grunde zu legenden Feststellung des Landgerichts, dass eine den Vereinbarungen in den notariellen Einzelverträgen für das Gemeinschaftseigentum vereinbarte förmliche Abnahme tatsächlich nicht stattgefunden hat. Es kann dahinstehen, ob die Regelung in Ziffer VI. der insoweit gleichlautenden notariellen Kaufverträge, die sich mit der Bevollmächtigung des Verwalters und einiger Personen aus dem Kreis der Erwerber zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums befasst, deshalb unwirksam ist, weil es sich um eine Vertragsbedingung in einem formularmäßigen Bauträgervertrag handelt und originäre Abnahmerechte der Erwerber beschränkt werden, ohne dass hierfür ein ausreichend wichtiger Grund vorliegt. Anders als in dem vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 23.10.2012 (Az.: **23 U 112/11**) entschiedenen Fall wurde jedenfalls schon keine explizit unwiderrufliche Abnahmevollmacht erteilt. Wird eine Vollmacht nicht eingesetzt, kann es aber dahinstehen, ob sie wirksam erteilt ist.

2.2 Die Parteien der Ersterwerber-Kaufverträge haben die für das Gemeinschaftseigentum wirksam vereinbarte förmliche Abnahme jeweils durch - stillschweigende - Vereinbarung mit der Beklagten ausnahmslos wieder aufgehoben und sämtliche Eigentümer haben nicht nur ihre Sondereigentumseinheit sondern stillschweigend auch den Teil des Werks, der in ihrem gemeinschaftlichen Eigentum steht, an einem nicht näher eingrenzbaaren Tag im Jahr 1994 abgenommen.

2.21 Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann durch eine stillschweigende Vereinbarung nachträglich wieder aufgehoben werden (BGH, Urteil vom 03.11.1992, Az.: **X ZR 83/90**). Die förmliche Abnahme dient allerdings gerade auch dem Schutz des Auftraggebers vor der Bewertung seines Verhaltens als Abnahme, d.h. der Wertung eines Verhaltens, das u.U. nicht von dem Willen getragen ist, so oder überhaupt eine Abnahme zu erklären (OLG Köln, Urteil vom 30.01.2002, Az.: **27 U 4/01**, eingestellt in juris, dort Rn. 4). Es bedarf deshalb hinreichender Anhaltspunkte für die Annahme derartiger Aufhebungsvereinbarungen. An das Vorliegen der Voraussetzungen sind strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 21.04.1977, Az.: **VII ZR 108/76**; Urteil vom 03.11.1992, Az.: **X ZR 83/90**; Urteil vom 22.12.2000, Az.: **VII ZR 310/99**). Das Verhalten muss also einen eindeutigen objektiven Erklärungswert haben. Die Beweislast liegt insoweit auf Seiten des Bauträgers/Unternehmers (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 1820).

Die Beklagte hat diesen Nachweis geführt.

Von der Seite einiger Wohnungseigentümer wurden im Sommer 1993 bereits Aufzeichnungen darüber gefertigt, welche Restarbeiten an den Außenanlagen, den Treppenhäusern, dem Parkdeck und der Tiefgarage von der Beklagten noch durchgeführt werden sollen (vgl. Anlage K 8). Auch wenn die Liste zahlreiche Punkte aufführt, belegt sie dennoch, dass der Baufortschritt weit gediehen war und das gemeinschaftliche Eigentum sich bereits in der Nutzung von Erwerbern befand. Es

wurde auch bereits ein konkreter Termin zur Abnahme für den 07.05.1993 vereinbart. Allerdings kam es, wie vom Landgericht festgestellt, am 07.05.1993 und auch in den folgenden Monaten nicht zu der vereinbarten förmlichen Abnahme des Teils der Wohnanlage, der in gemeinschaftlichem Eigentum stehen sollte. Schließlich zahlten sämtliche Wohnungskäufer im Jahr 1994 den mit der Beklagten vereinbarten Kaufpreis auch zu jenem Teil, der gemäß Ziffer IV. 3) des notariellen Kaufvertrags erst nach vollständiger Fertigstellung der Außenanlagen und nach Behebung der Protokollmängel fällig werden sollte. Zutreffend hat das Landgericht dazu ausgeführt, dass es offen bleiben kann, an welchem Tag die einzelnen Käufer die letzte Kaufpreisrate gezahlt haben, da zumindest feststeht, dass dies ausnahmslos (spätestens) an einem Tag im Jahr 1994 geschehen ist.

Insbesondere aus Sicht der Beklagten stellte sich die Lage bei Erhalt der letzten Rate nun grundsätzlich anders dar als bei jenen Fällen, bei denen die Restzahlung geleistet wird, nachdem eine förmliche Abnahme auch des gemeinschaftlichen Eigentums (= mit Protokoll) tatsächlich stattgefunden hat und der Bauträger mit Hinweis auf diese die letzte Kaufpreisrate einfordert und die Käufer, von der Wirksamkeit der förmlichen Abnahme ausgehend und damit von einer bereits uneingeschränkt bestehenden Zahlungsverpflichtung, ihre Restzahlung leisten. Kann man für diesen Fall Zweifel daran haben, dass die Erwerber mit der Zahlung noch irgendetwas zu einer Abnahme erklären wollen, so nicht im vorliegenden Fall. Jedem Eigentümer aus der klagenden Gemeinschaft war nämlich vor Zahlung der letzten Rate bekannt, dass ein Abnahmeprotokoll zum Gemeinschaftseigentum, aus dem sich Protokollmängel ergeben könnten, nicht existiert bzw. ihm jedenfalls nicht vorliegt. Indem er unter diesen Voraussetzungen die letzte Rate von 3,5 % des Kaufpreises vollständig und ohne Vorbehalt an die Beklagte zahlt, bringt er zum Ausdruck, dass das Werk in allen für ihn relevanten Teilen als korrekt abgenommen gelten soll und er verzichtet auf eine förmliche Abnahme.

Für einen wirksamen Verzicht auf eine förmliche Abnahme bedurfte es dabei auch nicht der notariellen Form. Zwar vermag der Senat nicht festzustellen, dass die Änderung der Vereinbarung gemäß Ziffer IV. 3) des Kaufvertrags lediglich zur Beseitigung unvorhergesehener Abwicklungsschwierigkeiten erfolgt ist. Keine Seite hat solches vorgebracht. Allerdings waren zum Zeitpunkt des Verzichts die Eigentumsübertragung entweder bereits erfolgt, womit die Änderungsvereinbarung nicht mehr formbedürftig gewesen wäre, oder die Eintragung der Ersterwerber im Grundbuch stand unmittelbar bevor bzw. ist jedenfalls mittlerweile erfolgt, womit der Formmangel geheilt ist gemäß § 313 Satz 2 BGB a.F. oder (ab dem Jahr 2002) gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB.

2.22 Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums wurde von allen Erwerbern im Jahr 1994 erklärt. Dies geschah, wie bereits der Verzicht auf die förmliche Abnahme, ebenfalls durch die Zahlung der jeweils letzten Kaufpreisrate.

Grundsätzlich ist auch Gemeinschaftseigentum von jedem Erwerber persönlich abzunehmen, denn er hat einen eigenen vertraglichen Anspruch auf die mangelfreie Herstellung auch des Gemeinschaftseigentums. Deshalb liegt es grundsätzlich bei jedem Erwerber, zu entscheiden, ob er das Gemeinschaftseigentum als in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkennen will (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 504 ff.509).

Jeder Ersterwerber hat mit der Zahlung der letzten Kaufpreiszahlung zum Ausdruck gebracht, dass er die Kaufsache in ihrer Gesamtheit als aus seiner Sicht im Wesentlichen vertragsgemäß betrachtet und anerkennt. Wäre sein Wille ein anderer gewesen, so wäre nicht nachvollziehbar, warum er den Kaufpreis dennoch vollständig bezahlt. Es ist nicht zutreffend, dass den Wohnungseigentümern, wie die Berufungsklägerin meint, das Erklärungsbewusstsein für eine eigene Abnahme gefehlt habe. Ihnen war, worauf bereits hingewiesen wurde, vielmehr aus den

notariellen Kaufverträgen bekannt, unter welchen Voraussetzungen sie welche Zahlungen zu leisten hatten. Jeder Eigentümer hatte Kenntnis sowohl von der Vereinbarung einer förmlichen Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums (vgl. oben) als auch von den Fälligkeitsvoraussetzungen für die Kaufpreisraten. Ein gemeinschaftliches Abnahmeprotokoll lag ihnen nicht vor. Dass sie persönlich noch keine auf das gemeinschaftliche Eigentum bezogene, förmliche oder zumindest ausdrückliche Abnahmeerklärung abgegeben hatten, war ihnen selbstredend ebenso bekannt. Deshalb beinhaltet die Zahlung der letzten Kaufpreisrate die konkludente Erklärung einer Abnahme des Werks, soweit noch nicht geschehen, und dies mit Wirkung für und gegen sich selbst.

2.23 Die von der Berufungsklägerin angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 02.11.2010, Az.: **VII ZR 171/08**, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Es ging dort um ein die Architektenhaftung betreffendes Spezialproblem des Werkvertragsrechts nach altem Schuldrecht. Gewährleistungsansprüche im Verhältnis eines Bauherrn zu seinem Architekten können nämlich ausnahmsweise dann ohne Abnahme entstehen, wenn sich die Mängel der Architektenleistung bereits im Bauwerk realisiert haben und deshalb - anders als im Verhältnis zu den Bauunternehmern - eine Nachbesserung nicht mehr in Betracht kommen kann. Das gilt nicht in dem Verhältnis eines Bauträgers zu Erwerbern der errichteten Eigentumswohnungen.

2.3 Der Beklagten ist damit der Nachweis einer Verjährung sämtlicher in der Hand der Klägerin gebündelten Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche der Ersterwerber aus den notariellen Kaufverträgen der Käufer gelungen.

Für die Berechnung der Frist einschlägig sind gemäß EGBGB 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 ("Stichtagsprinzip") die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Verjährung in der für den Zeitraum vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung. Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werks sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz verjähren damit, soweit vom Unternehmer nicht arglistig verschwiegen, bei Bauwerken in 5 Jahren ab der Abnahme; §§ **638** Satz 1 und Satz 2 BGB a.F.

Da die konkludente Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums für jeden Käufer separat aber ausnahmslos für einen Tag im Jahr 1994 festgestellt ist, sind die Verjährungsfristen für die streitgegenständlichen Gewährleistungsansprüche in Ermangelung eines Verjährungshemmungs- oder Unterbrechungstatbestandes jeweils mit Ablauf des der Zahlung der letzten Kaufpreisrate entsprechenden Tages im Jahr 1999 abgelaufen. Unabhängig davon, wie man das Schreiben des Verwaltungsbeirats der Eigentümergemeinschaft #### vom 04.04.2000 (Anlage K 12) in Bezug auf die Frage, ob in Verhandlungen über Gewährleistungsrechte eingetreten werden soll, wertet, erreichte es die Beklagte erst nach Ablauf der Verjährung. Die Beklagte reagierte auf die Aufforderung um Abhilfe im Schreiben vom 10.04.2000 rechtlich zutreffend mit dem Hinweis auf den bereits eingetretenen Ablauf der Verjährungsfrist (Anlage K 13). Die dennoch von der Beklagten in Aussicht gestellten Nacharbeiten stellen somit kein Anerkenntnis einer Einstandspflicht und keinen Verzicht auf den Einwand der Verjährung dar. Denn explizit hat die Beklagte in diesem Schreiben die Eigentümergemeinschaft darauf hingewiesen, dass sie (=die Beklagte) "aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" im Interesse der Wohnungseigentümer der Eigentümergemeinschaft #### bestimmte Maßnahmen ergreifen wird bzw. bereit ist, an Lösungsvorschlägen zu arbeiten. Damit bringt sie klar zum Ausdruck, dass sie aus Rechtsgründen für sich keine Einstandspflicht sieht und dies bereits für das Jahr 2000.

2.4 Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben und zwar bereits vorprozessual (vgl. Anlage K 7) und erneut im Rechtsstreit. Damit hat das Klagebegehren keinen Erfolg.

II.

Die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche wären zudem auch verwirkt.

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 (vgl. BGH, Urteil vom 23.01.2014, Aktenzeichen: **VII ZR 177/13**, Rn. 13 m.w.N.). Allein der Ablauf einer gewissen Zeit nach Entstehung des Anspruchs vermag das notwendige Umstandsmoment nicht zu begründen.

Nach diesen Maßstäben steht der Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche, nachdem ca. 20 Jahre seit der Überlassung der Wohnungen und der Wohnanlage und ca. 12 Jahre, seit die Beklagte sich erstmals hinsichtlich der auftretenden Probleme an der Tiefgarage und dem Parkdeck schriftlich auf die Verjährung berufen hatte, vergangen waren, der Grundsatz von Treu und Glauben entgegen.

Es kann zunächst auf die zutreffenden Gründe des angegriffenen landgerichtlichen Urteils Bezug genommen werden (Entscheidungsgründe Teil I.2.).

Es ist bei dem Zeitmoment nicht erst auf die Aktennotiz vom 06.04.2006, vorgelegt als Anlage K 10, mit der die Beklagte auf den Ablauf der Gewährleistung für das Bauvorhaben "seit einigen Jahren" hinweist, abzustellen, sondern bereits auf das Schreiben der Beklagten vom 10.04.2000 (Anlage K 13). Hierin weist die Beklagte die Eigentümergeinschaft unmissverständlich auf den Eintritt der Verjährung im Verhältnis der Kaufvertragsparteien zueinander hin, ohne dass ein Widerspruch der Käufer bzw. Wohnungseigentümer folgte. Zu Unrecht meint die Klägerin dazu, die Beklagte habe hierbei auf die Verjährung in ihrem Verhältnis zu Subunternehmern abgestellt. Das Schreiben vom 10.04.2000 enthält hierzu keinen Anknüpfungspunkt. Und auch in der von Klägerseite angeführten Aktennotiz vom 06.04.2006 ist auf den Ablauf der Gewährleistung hingewiesen im Verhältnis der Streitparteien zueinander. Daran ändert der Hinweis darauf, dass die Subunternehmerin aus Kulanzgründen - gegenüber der Beklagten oder auch der Klägerin - dazu bereit war, bestimmte Arbeiten auszuführen, nichts. Den Wohnungseigentümern bzw. ihrer Gemeinschaft war also bereits 2000 bekannt, dass die Beklagte von einem Ablauf der Verjährung für die Ansprüche aus den Wohnungskaufverträgen im Jahr 1999 ausging. Sie wollte ausdrücklich lediglich auf der Basis von Kulanz an der Lösung der Probleme der Wohnungseigentümer mit der Tiefgarage und den Stellplätzen mitwirken. Bis zum anwaltlichen Schreiben vom 02.02.2012, in dem der Rechtsansicht der Beklagten zur Verjährung tatsächlich entgegengetreten wurde, vergingen knapp 12 Jahre und damit eine Zeitspanne, die mehr als das Doppelte der gesetzlichen Frist für die Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen Mängeln an einem Bauwerk (vgl. § 638 BGB a.F.) beträgt.

Die Wohnungseigentümer hätten zur Vermeidung eines Vertrauenstatbestands auf Seiten der Beklagten rechtzeitig und unmissverständlich deutlich machen müssen, dass sie auf der Durchsetzbarkeit ihrer Gewährleistungsrechte zu beharren beabsichtigen. Hierzu ist von der Klägerin nichts Konkretes vorgetragen worden, was vor dem anwaltlichen Schreiben vom 02.02.2012 geschehen sein soll. Die Anlagen K 10 bis K 12 enthalten keinen Widerspruch zu der von der Beklagten bereits im Jahr 2000 vorgebrachten Rechtsansicht zur eingetretenen Verjährung. Vielmehr ließen sich die Wohnungseigentümer auf ein Tätigwerden der Beklagten aus Kulanz ein und zwischen 2006 und dem 02.02.2012 kam es dann im Verhältnis der Parteien zu einer Zeit des völligen Stillschweigens.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass nach Ablauf der Aufbewahrungsfristen eine Verwirkung schon wegen der Schwierigkeiten der sachgerechten Einlassung in der Sache in Betracht zu ziehen ist (BGH **NJW 1980, 880**; OLG München **WM 2006, 523** f.). Die Beklagte durfte, als sie die Unterlagen zum streitgegenständlichen Bauvorhaben aussortierte und vernichtete, darauf vertrauen, dass sie diese nicht mehr benötigen wird. Die Aufbewahrungsfrist für Unterlagen von Bauträgern von 5 Jahren gemäß § 14 MaBV beginnt mit dem Schluss des Kalenderjahres, in dem der letzte aufzeichnungspflichtige Vorgang für den jeweiligen Auftrag angefallen ist, und wäre also ebenfalls Ende 1999 abgelaufen. Auch weist die Beklagte nachvollziehbar darauf hin, mittlerweile auch nicht mehr im Kontakt zu sämtlichen seinerzeit mit den Bauvorhaben befassten Personen und Firmen (Subunternehmern) zu stehen. So kann sie sich gegen die Gewährleistungsansprüche aus der fast 20 Jahre zurückliegenden Bauwerkerrichtung auch nicht mehr ausreichend verteidigen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung; sie wird vielmehr von den Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls beherrscht. Die Zulassung der Revision ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, da die wesentlichen Rechtsfragen bereits vom Bundesgerichtshof entschieden worden sind und der Senat nicht hiervon abgewichen ist.