BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 4/24

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja
JNEU: nein

BGB § 242 Cc., § 634a Abs. 2, § 640 Abs. 1; BGB i.d.F. v. 31. Dezember 2001 § 633; AGBG § 9 Abs. 1 Bf., Cl.

a) Eine Formularklausel in einem Bauträgervertrag, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger ausgewählten und von den Erwerbern unwiderruflich zu bevollmächtigenden Sachverständigen zu erfolgen hat, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG wegen unangemessener Benachteiligung der Erwerber unwirksam (Fortführung von BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 - VII ZR 188/13, BauR 2016, 1771 = NZBau 2016, 629; Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZR 308/12, BauR 2013, 2020).

b) Die fünfjährige Verjährungsfrist für (am 1. Januar 2002 unverjährte) Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums gemäß §§ 633 ff. BGB a.F. beginnt, wenn eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums wegen einer vom Bauträger gestellten, unangemessen benachteiligenden Abnahmeklausel nicht vorliegt, gemäß § 634a Abs. 2 BGB erst mit der Abnahme zu laufen.

c) Für die Durchsetzbarkeit dieser Mängelansprüche gilt eine zeitliche Obergrenze von 30 Jahren ab dem Zeitpunkt der infolge der Unwirksamkeit der Formularklausel fehlgeschlagenen Abnahme (Bestätigung von BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24, BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

d) aa) Eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums gemäß § 640 Abs. 1 BGB liegt regelmäßig nicht vor, wenn bei den Erwerbern der Eindruck erweckt wird, einer solchen Abnahme durch sie bedürfe es wegen einer auf der Grundlage einer Abnahmeklausel bereits erfolgten Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht mehr (Bestätigung von BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15, BGHZ 210, 206).

bb) Eine konkludente Abnahme kann indes in Betracht kommen, wenn die Erwerber aus der maßgeblichen Sicht des Bauträgers das Scheitern der vereinbarten förmlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums erkannt oder zumindest damit gerechnet haben und in ihrem Verhalten der Ausdruck des Abnahmewillens zu sehen ist.

e) Zum Einwand der Verwirkung gemäß § 242 BGB in einem solchen Fall.

BGH, Urteil vom 15. Oktober 2026 - VII ZR 4/24 - OLG München
LG München I

ECLI:DE:BGH:2026:151026UVIIZR4.24.0

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 2026 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Halfmeier sowie die Richterinnen Graßnack, Sacher und Borris

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 28. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 1. Dezember 2023 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die klagende Gemeinschaft der Wohnungseigentümer begehrt von der Beklagten Zahlung eines Kostenvorschusses für Maßnahmen zur Beseitigung näher bezeichneter Mängel an dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Dach und der Fassadenverkleidung in Höhe von 820.000 € nebst Zinsen, die Erstattung von Gutachterkosten sowie die Feststellung der Ersatzpflicht für darüber hinausgehende Aufwendungen zur Beseitigung dieser Mängel und für mangelbedingte Folgeschäden.

2 Die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) errichtete als Bauträgerin die Wohnanlage S. straße in F. . Sie schloss im Jahr 1999 mit den Erwerbern Bauträgerverträge.

3 Ziffer VIII. 2. des mit den Erwerbern K. geschlossenen Bauträgervertrags vom 18. Oktober 1999 enthält zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums folgende Regelung:

> "Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums erfolgt für den Käufer in Gegenwart des Verwalters an einen vereidigten Sachverständigen, der vom Verkäufer ausgewählt und bezahlt wird.
>
> Der Käufer beauftragt und bevollmächtigt hiermit unwiderruflich den vereidigten Sachverständigen zur Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums."

4 Das Gemeinschaftseigentum wurde den Erwerbern im Jahr 2001 übergeben. Am 22. Februar 2001 und am 29. Mai 2001 fand jeweils eine Abnahmebegehung des Gemeinschaftseigentums der Wohnanlage durch den Sachverständigen Dipl.-Ing. W. statt, der im Anschluss an die jeweilige Begehung die "Begehungsprotokolle" vom 10. März 2001 und vom 5. Juli 2001 nebst Mängellisten fertigte. Ausweislich dieser Protokolle war der Sachverständige W. mit der "Mitwirkung bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums" beauftragt und traf jeweils die Feststellung, dass die besichtigten Bereiche der baulichen Anlage in technischer Hinsicht abnahmefähig seien. Ob er die Abnahme des Gemeinschaftseigentums für die Erwerber ausdrücklich erklärte, ist zwischen den Parteien streitig. Diese gaben jedenfalls keine eigenständigen Abnahmeerklärungen ab.

5 Im Jahr 2004 rügte die Klägerin Mängel an der Heizungsanlage, die von der Beklagten im Laufe des Jahres beseitigt wurden. Im Jahr 2005 übermittelte die Klägerin der Beklagten ein Gutachten des Privatsachverständigen K. ,

der diverse Mängel feststellte, unter anderem Mängel am Dach und an der Holzverkleidung der Fassade. Mit der Beseitigung dieser Mängel war die Beklagte im Jahr 2006 befasst.

6 Im Rahmen der Versammlung der Wohnungseigentümer vom 23. Mai 2006 teilte die Verwalterin mit, dass die gerügten Positionen überwiegend erledigt und nur insgesamt sechs Punkte als streitig zu werten seien. Zudem wurde die Verwalterin von den Wohnungseigentümern bevollmächtigt, einen Rechtsanwalt zwecks Vereinbarung einer Verlängerung der Gewährleistung für das Dach um ein weiteres Jahr zu beauftragen sowie nach Abstimmung mit den Beiräten die restlichen Mängelpunkte - mit Ausnahme der Mängel des Dachs - aus dem Gutachten des Privatsachverständigen K. mit der Beklagten endzuverhandeln. Nach Abschluss der Mängelbeseitigungsmaßnahmen sollte der Privatsachverständige K. mit der Überprüfung der Mängelbeseitigung beauftragt werden.

7 In der Versammlung der Wohnungseigentümer vom 8. Mai 2007 wurde unter TOP 7 festgehalten:

> "Die Mängelbeseitigungsarbeiten sind weit fortgeschritten und nun fast abgeschlossen. [...] Die Gewährleistung ist nun abgelaufen, wenngleich der Bauträger versuchen wird, bei der Firma B. nochmals eine Verlängerung um ein weiteres Jahr zu erreichen."

8 Im Jahr 2021 erstellte der von der Klägerin beauftragte Privatsachverständige C. eine Stellungnahme, wonach sowohl das Dach als auch die Fassadenverkleidung mangelhaft seien. Die Mängelbeseitigungskosten bezifferte er auf circa 480.000 € für das Dach und 342.000 € für die Fassade.

9 Mit Beschluss vom 24. Juni 2021 zog die Klägerin die Ansprüche der Erwerber wegen der hier maßgeblichen Mängel am Gemeinschaftseigentum an

sich. Unter dem 15. Oktober 2021 forderte sie die Beklagte unter Fristsetzung erfolglos zur Mängelbeseitigung auf.

10 Die Beklagte hat unter anderem die Einrede der Verjährung erhoben und zudem geltend gemacht, etwaige Mängelansprüche seien verwirkt.

11 Das Landgericht hat die Klage wegen Verwirkung abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin nach Hinweis gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

12 Die zulässige Revision der Klägerin führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

13 Auf das Schuldverhältnis der Parteien finden das Bürgerliche Gesetzbuch sowie das AGB-Gesetz in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

I.

14 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

15 Die im Raum stehenden Mängelansprüche gemäß § 633 Abs. 3 BGB könnten ohne Abnahme geltend gemacht werden.

16 Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums liege nicht vor. Die von der Beklagten gestellte Abnahmeklausel in Ziffer VIII. 2. des Bauträgervertrags sei wegen unangemessener Benachteiligung der Erwerber gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, weil die darin erfolgte Bevollmächtigung des Sachverständigen mit der Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums unwiderruflich ausgestaltet sei.

17 Die von der Klägerin geltend gemachten Mängelansprüche seien aber verwirkt, § 242 BGB. Ein zeitlich unbeschränktes Fortbestehen von Mängelansprüchen aufgrund einer fehlgeschlagenen Abnahme sei mit den Grundsätzen von Rechtssicherheit und Billigkeit nicht zu vereinbaren. Mit der Verjährung habe der Gesetzgeber ein Rechtsinstitut geschaffen, das aus Gründen des Schuldnerschutzes, des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit als zwingend erforderlich anerkannt sei, eine spezialgesetzliche Ausformulierung von Treu und Glauben darstelle und letztlich auch öffentliche Interessen schütze. Das Regelungskonzept zeige, dass hiervon keine Ausnahme gewollt sei. Gleiche Erwägungen gälten in Richtung der Dauer der Verjährungsfristen. Auch insoweit habe der Gesetzgeber Wertungsentscheidungen getroffen, wobei in Bausachen eine Gewährleistung als nicht mehr gerechtfertigt angesehen werde, wenn sich nicht innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren Mängel zeigten. Diese Wertungen müssten berücksichtigt und unbillige Ergebnisse jedenfalls über § 242 BGB korrigiert werden.

18 Sowohl das für eine Verwirkung gemäß § 242 BGB geforderte Zeitmoment als auch das Umstandsmoment seien im Streitfall gegeben.

19 Das Zeitmoment sei angesichts der erheblichen Zeitdauer von 20 Jahren zwischen Übergabe des Objekts im Jahr 2001 und Geltendmachung der hier maßgeblichen Mängel im Jahr 2021 zu bejahen. Damit werde das Vierfache der regulären Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. überschritten. Auch

sei in § 199 Abs. 4 BGB n.F. eine allgemeine Verjährungshöchstfrist von zehn Jahren vorgesehen.

20 Das Umstandsmoment sei ebenfalls gegeben. Die Erwerber hätten in dem Bewusstsein gehandelt, dass ihnen potentiell Ansprüche zustünden (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.). So hätten sie die fertiggestellte Wohnanlage mehrfach auf Mängel untersuchen lassen. Die hierbei festgestellten Mängel hätten sie geltend gemacht und deren Beseitigung durchgesetzt. Dies sei nicht mit einer Fallgestaltung vergleichbar, in der ein Gläubiger keine Kenntnis von seiner Rechtsposition habe. Insbesondere dem Umstand, dass die Klägerin das Werk zweifach durch Sachverständige habe prüfen lassen - nämlich nach Übergabe im Jahr 2001 und erneut im Jahr 2005 - komme großes Gewicht zu. Für einen verständigen Empfänger in der Position der Beklagten hätten die Erwerber damit zum Ausdruck gebracht, abschließend die Gewährleistungssituation beurteilen zu wollen. Wäre eine Abnahme wirksam vorgenommen worden, wären die Mängelansprüche 2007 verjährt. Der Einsatz eines Privatsachverständigen kurz vor dem Eintritt der vermeintlichen Verjährung bringe gegenüber der Beklagten zum Ausdruck, dass die Erwerber umfassend ihr Prüfrecht hätten wahrnehmen wollen.

21 Soweit die Klägerin darauf verweise, ihr seien die konkreten Mängel seinerzeit nicht bekannt gewesen, zähle dies zu den klassischen Risiken der Erwerberseite. Die Kernfrage laute daher, ob eine unwirksame Abnahmeklausel es in jedem Fall rechtfertige, dieses Risiko - für alle Zeiten - dem Unternehmer aufzubürden. Eine solche Verlagerung sei nach den vorliegenden Umständen nicht angezeigt.

22 Hinzu komme, dass Abnahmeklauseln - wie hier verwendet - zum Zeitpunkt der Errichtung der Wohnanlage die Regel gewesen und notariell beurkundet worden seien. Einem Unternehmer könne daher bei einer Gesamtbetrachtung nicht der Vorwurf gemacht werden, sich unredlich verhalten zu haben. Dem-

gegenüber hätten die Erwerber die Sache umfassend zum Zeitpunkt des vermeintlichen Verjährungseintritts untersucht. Da sich dabei in Richtung der hier maßgeblichen Mängel weder Symptome gezeigt hätten noch Mängelursachen festgestellt worden seien, sei nicht ersichtlich, dass sie durch die unwirksame Abnahmeklausel Nachteile erlitten hätten.

23 Auch liege die konkrete Form der Abnahmeklausel - verglichen mit anderen Klauseln - am unteren Rand der unangemessenen Benachteiligung.

II.

24 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden.

25 1. Allerdings ist das Berufungsgericht zu Recht von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. Die Klägerin ist für die den Erwerbern der Wohnungseigentumseinheiten zustehenden Mängelansprüche prozessführungsbefugt. Mit Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung vom 24. Juni 2021 hat die Klägerin die Mängelansprüche, die sich auf Mängel an dem Dach und der Fassadenverkleidung des Gebäudes und damit auf Mängel am Gemeinschaftseigentum beziehen, vor Erhebung der Klage an sich gezogen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (grundlegend BGH, Urteil vom 11. November 2022 - V ZR 213/21 Rn. 30 ff., BauR 2023, 471 = NZBau 2023, 92) kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber auch nach der zum 1. Dezember 2020 erfolgten Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes weiterhin durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen; die

Kompetenz für einen solchen Beschluss folgt aus § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG.

26 2. Gleichfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht - von den Parteien unbeanstandet - angenommen, dass sich die von der Klägerin geltend gemachten Mängelansprüche nach Werkvertragsrecht richten (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 29, BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 20 ff., BGHZ 210, 206). Ausreichend für die Begründetheit der Klage ist es, dass mindestens einem Erwerber die geltend gemachten Mängelansprüche gegen die Beklagte zustehen (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 29 m.w.N., BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

27 Danach können der Kostenvorschussanspruch, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, auf § 633 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 242 BGB und der Anspruch auf Ersatz von (engen) Folgeschäden, die der Nachbesserung nicht zugänglich sind oder von der Nachbesserungspflicht nicht erfasst werden, auf § 635 BGB gestützt werden (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1984 - X ZR 86/83, BGHZ 92, 308, juris Rn. 11; Urteil vom 8. Juni 1978 - VII ZR 161/77, BGHZ 72, 31, juris Rn. 10; grundlegend BGH, Urteil vom 20. Januar 1972 - VII ZR 148/70, BGHZ 58, 85, juris Rn. 13 ff.). Diese Mängelansprüche können grundsätzlich auch schon vor Abnahme geltend gemacht werden.

28 3. Auch die - ebenfalls unangegriffene - Annahme des Berufungsgerichts, die von der Beklagten gestellte Abnahmeklausel in Ziffer VIII. 2. der Bauträgerverträge benachteilige die Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und sei deshalb gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

29 Nach dieser Klausel bevollmächtigen die Erwerber unwiderruflich einen Sachverständigen mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums, der - anders als vom Berufungsgericht irrtümlich angenommen - vom Bauträger ausgewählt und bezahlt wird. Dies begründet für die Erwerber die Gefahr, dass der Sachverständige die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht neutral prüft, sondern zugunsten des Bauträgers verfährt, wodurch dieser entscheidenden Einfluss auf die Abnahme nehmen könnte. Schon aus diesem Grund hält die Klausel der Inhaltskontrolle am Maßstab von § 9 Abs. 1 AGBG nicht stand (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2016 - VII ZR 188/13 Rn. 22, BauR 2016, 1771 = NZBau 2016, 629; Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZR 308/12 Rn. 6 ff., BauR 2013, 2020, jeweils zum Erstverwalter, aus der obergerichtlichen Rechtsprechung z.B. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. September 2011 - 8 U 106/10, NJW 2012, 237, juris Rn. 84). Eine unangemessene Benachteiligung der Erwerber ergibt sich ferner daraus, dass die Klausel die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht an den Sachverständigen vorsieht. Eine solche Regelung weicht erheblich von den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, ohne dass die Interessen des einzelnen Erwerbers angemessen berücksichtigt würden. Denn hierdurch wird ihm sein nach § 640 Abs. 1 BGB zustehendes Recht, über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst zu entscheiden, vollständig entzogen (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 42, BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

30 4. Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht, das insoweit auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug nimmt, im Ergebnis zu Recht angenommen, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums gemäß § 640 Abs. 1 BGB nicht erfolgt ist.

31 a) Eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums aufgrund einer Abnahmeerklärung des Sachverständigen W. liegt nicht vor. In diesem Zusammenhang kann offenbleiben, ob - worüber zwischen den Parteien Streit besteht - hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums eine Abnahmeerklärung des Sachverständigen erfolgt ist. Denn eine etwaige Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Sachverständigen hätte die Abnahmewirkungen nicht herbeigeführt, weil er aufgrund der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel in Ziffer VIII. 2. nicht wirksam ermächtigt worden ist, die Erwerber diesbezüglich zu vertreten.

32 b) Auch die Annahme, eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Erwerber liege nicht vor, ist auf der Grundlage der vorinstanzlichen Feststellungen im Ergebnis zutreffend. Die insoweit erhobene Gegenrüge der Beklagten bleibt ohne Erfolg.

33 aa) Allerdings kann eine Abnahme nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erklärt werden. Dies setzt voraus, dass nach den Umständen des Einzelfalls das nach außen hervortretende Verhalten des Bestellers den Schluss rechtfertigt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß. Erforderlich ist ein tatsächliches Verhalten des Bestellers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen dem Unternehmer gegenüber eindeutig zum Ausdruck zu bringen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 52, BGHZ 210, 206; Urteil vom 5. November 2015 - VII ZR 43/15 Rn. 30, BGHZ 207, 296, jeweils m.w.N.). Auch bei Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann danach grundsätzlich eine konkludente Abnahme in Betracht kommen. Dies setzt indes voraus, dass die Vereinbarung (konkludent) aufgehoben wird, wobei an die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, juris Rn. 37 m.w.N.).

34 Danach liegt, wie der Senat bereits entschieden hat, eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums regelmäßig nicht vor, wenn bei den Erwerbern der Eindruck erweckt wird, einer solchen Abnahme durch sie bedürfe es wegen einer auf der Grundlage einer Abnahmeklausel bereits erfolgten Abnahme des Gemeinschaftseigentums nicht mehr. In diesen Fällen, in denen die Erwerber - für den Bauträger erkennbar - mit der Unwirksamkeit der Abnahme nicht gerechnet haben, ist die Ingebrauchnahme, anschließende Nutzung des Gemeinschaftseigentums und vollständige Zahlung mangels besonderer Anhaltspunkte nicht geeignet, deren Abnahmewillen bezüglich des Gemeinschaftseigentums dem Bauträger gegenüber eindeutig zum Ausdruck zu bringen. Dieser darf vielmehr im Regelfall das Verhalten der Erwerber redlicherweise nicht als Abnahme des Gemeinschaftseigentums verstehen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15 Rn. 56 m.w.N., BGHZ 210, 206).

35 Wie die Revisionserwiderung zu Recht einwendet, kann allerdings eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums seitens der Erwerber grundsätzlich in Betracht kommen, wenn es erkennbar nicht zu der in der Klausel vereinbarten förmlichen Abnahme gekommen ist (vgl. Pause/Vogel, BauR 2014, 764, 766; BeckOGK/Kögl, BGB, Stand: 1. Juli 2026, § 640 Rn. 392), etwa wenn die Vertragsparteien auf die in der Klausel vereinbarten Förmlichkeiten ersichtlich nicht zurückgekommen sind. Voraussetzung ist dabei, dass aus der maßgeblichen Sicht des Bauträgers die Erwerber das Scheitern der vereinbarten förmlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums erkannt oder zumindest damit gerechnet haben und dass in ihrem Verhalten der Ausdruck des Abnahmewillens zu sehen ist. Fehlt ein Erklärungsbewusstsein der Erwerber, muss jedenfalls hinzukommen, dass diese bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätten erkennen und vermeiden können, dass ihr Verhalten als Abnahme aufgefasst werden durfte (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2005 - XI ZR 79/04, BKR 2005, 501, juris Rn. 21 m.w.N., zu einer konkludenten Genehmigung).

36 bb) Nach diesen Maßstäben haben die Vorinstanzen eine konkludente Abnahme jedenfalls im Ergebnis zutreffend verneint.

37 Nach den vorinstanzlichen Feststellungen ist der Sachverständige W. , wie in Ziffer VIII. 2. des Bauträgervertrags vorgesehen, mit der Abnahmebegehung betreffend das Gemeinschaftseigentum betraut worden. Der Sachverständige hat in den Protokollen über die Abnahmebegehungen vom 22. Februar 2001 und vom 29. Mai 2001 erklärt, dass die jeweils besichtigten Bereiche der baulichen Anlage in technischer Hinsicht abnahmefähig sind. Es kann offenbleiben, ob diese Stellungnahme des Sachverständigen als Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums namens der Erwerber ausgelegt werden könnte. Das Vorgehen der Vertragsparteien ist jedenfalls dahin zu werten, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf der Grundlage der (unwirksamen) Klausel in Ziffer VIII. 2. des Bauträgervertrags angestrebt wurde. Dass die Erwerber aus Sicht der Beklagten ein Fehlschlagen der angestrebten Abnahme erkannt haben oder dies hätten erkennen müssen, ist nicht festgestellt; entsprechender Vortrag wird von der Revisionserwiderung auch nicht aufgezeigt. Der Umstand, dass der Auftrag des Sachverständigen in den Begehungsprotokollen mit "Mitwirkung bei der Abnahme des Gemeinschaftseigentums" umschrieben ist, genügt hierfür nicht. Der von der Revisionserwiderung in Bezug genommene und unter Zeugenbeweis gestellte erstinstanzliche Vortrag, wonach der Sachverständige W. nach seiner Erinnerung in den Protokollen immer einen ausdrücklichen Hinweis aufgenommen habe, dass seine Stellungnahme keine Abnahme darstelle, ist insoweit unerheblich. Denn die vorgelegten Begehungsprotokolle enthalten einen solchen Hinweis nicht.

38 Danach gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die Ingebrauchnahme, anschließende Nutzung des Gemeinschaftseigentums und vollständige Zahlung durch die Erwerber redlicherweise als Abnahme des Gemeinschaftseigentums verstehen durfte. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Erwerber

bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätten erkennen und vermeiden können, dass ihr Verhalten als Abnahme aufgefasst werden durfte.

39 5. Der rechtlichen Überprüfung nicht stand hält jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die von der Klägerin geltend gemachten Mängelansprüche seien nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwirkt.

40 a) Ein Recht ist 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 (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 57, BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 23. Januar 2014 - VII ZR 177/13 Rn. 13, BauR 2014, 839 = NZBau 2014, 237; Urteil vom 29. Januar 2013 - EnZR 16/12 Rn. 13 m.w.N., RdE 2013, 369). Die im Einzelfall vorzunehmende wertende Betrachtung der Gesamtumstände unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob das Tatgericht die maßgeblichen Tatsachen vollständig festgestellt und gewürdigt und ob es die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 57, BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 6. Juli 2023 - VII ZR 151/22 Rn. 38, BauR 2023, 1672 = NZBau 2024, 22; Urteil vom 8. Juli 2021 - I ZR 248/19 Rn. 28, NJW 2022, 52).

41 b) Danach hat das Berufungsgericht eine Verwirkung der Mängelansprüche unter Verkennung der hierfür geltenden Maßstäbe rechtsfehlerhaft bejaht. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen die Annahme der Verwirkung nicht.

42 Der Umstand, dass zwischen der Übergabe des Objekts im Jahr 2001 und der Geltendmachung der hier maßgeblichen Mängel im Jahr 2021 ein Zeitraum von etwa 20 Jahren vergangen ist, führt für sich genommen nicht dazu, dass der Verwirkungseinwand der Beklagten für begründet erachtet werden müsste. Ob Verwirkung eingetreten ist oder nicht, beurteilt sich nicht anhand starrer Fristen. Weitere Voraussetzung für den Verwirkungseinwand ist, dass die Beklagte bei objektiver Betrachtung aufgrund des Verhaltens der Erwerber nach den Umständen des Einzelfalls darauf vertrauen durfte, diese würden ihre Mängelansprüche hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums nicht mehr geltend machen.

43 Dabei kann aus der Geltendmachung von Ansprüchen wegen bestimmter Mängel vor Ablauf der vermeintlichen Verjährungsfrist nicht geschlossen werden, dass die Erwerber Ansprüche wegen anderer Mängel am Gemeinschaftseigentum nicht mehr geltend machen wollen. Ein dahingehendes berechtigtes Vertrauen des Bauträgers scheidet im Regelfall schon deshalb aus, weil er damit rechnen muss, dass die Erwerber weitere Mängel nicht kennen und deshalb nicht beanstanden. Anderes könnte nur hinsichtlich solcher Mängel in Betracht kommen, von denen der Bauträger annehmen darf, dass die Erwerber sie kennen und gleichwohl vor Ablauf der vermeintlichen Verjährungsfrist nicht beanstanden. Aus den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich jedoch nicht zweifelsfrei, dass dies hinsichtlich der hier in Rede stehenden Mängel am Dach und an der Fassadenverkleidung der Fall ist.

44 Aus der Nichtgeltendmachung von Mängelansprüchen nach Ablauf der vermeintlichen Verjährung kann ebenfalls nicht der berechtigte Schluss gezogen

werden, die Erwerber wollten künftig keine Mängelansprüche am Gemeinschaftseigentum mehr geltend machen. Ein etwaiges auf dem weiteren Zeitablauf beruhendes Vertrauen der Beklagten, es würden keine weiteren Mängelansprüche geltend gemacht, ist nach den Umständen jedenfalls nicht schutzwürdig. Denn auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht ersichtlich, dass die Erwerber wussten oder zumindest damit rechneten, dass es nicht zu einer (wirksamen) Abnahme des Gemeinschaftseigentums auf Grundlage der von der Beklagten gestellten Abnahmeklausel gekommen ist und Mängelansprüche hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums noch nicht verjährt sein könnten.

45 Anhaltspunkte dafür, dass die Erwerber trotz Kenntnis vom Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums für einen erheblichen Zeitraum von der Wahrnehmung ihrer Rechte abgesehen hatten und die Beklagte dieses Verhalten dahin bewerten durfte, dass Mängelansprüche gegen sie nicht mehr erhoben werden würden, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

46 c) Die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts, die im Übrigen nicht die Voraussetzungen des Verwirkungseinwands betreffen, greifen auch in der Sache nicht durch.

47 aa) So kann eine (vorrangige) Schutzwürdigkeit der Beklagten nicht damit begründet werden, dass Abnahmeklauseln wie im Streitfall zum Zeitpunkt der Beurkundung der Erwerbsverträge die Regel gewesen seien. Abgesehen davon, dass das Berufungsgericht fälschlicherweise davon ausgeht, dass nach der Klausel in Ziffer VIII. 2. die Erwerber den Sachverständigen wählen, hat die Beklagte unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht Klauseln über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums, die die Erwerber unangemessen benachteiligen, vorformuliert, diese den Erwerbern gestellt und sich damit vertragspflichtwidrig verhalten.

48 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt die Verneinung des Verwirkungseinwands nicht zu einem zeitlich unbeschränkten Fortbestehen der Mängelansprüche der Erwerber.

49 (1) Allerdings hat das Fehlen einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums zur Folge, dass der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist für die diesbezüglichen Mängelansprüche der Erwerber gemäß §§ 633 ff. BGB, die auch vor Abnahme entstandene Mängel erfassen, nicht begonnen hat und diese daher noch nicht verjährt sind. Die Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB n.F. ist für diese Ansprüche anwendbar, da sie am 1. Januar 2002 noch nicht verjährt waren, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB (vgl. näher hierzu BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 32 ff., BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

50 (2) Auch hat der Senat bereits entschieden, dass der Bauträger bei Verwendung einer unwirksamen Klausel über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums den Mängelansprüchen nicht entgegenhalten kann, der Herstellungsanspruch der Erwerber gemäß § 631 BGB sei bereits gemäß § 199 Abs. 4 BGB n.F. verjährt. Denn dem Bauträger als Verwender der unwirksamen Klausel ist es jedenfalls nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass es nicht zu einer wirksamen Abnahme des Gemeinschaftseigentums gekommen ist und deshalb der Herstellungsanspruch verjährt wäre (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 47, BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, zu Mängelansprüchen nach §§ 633 ff. BGB; Urteil vom 9. November 2023 - VII ZR 241/22 Rn. 45, BauR 2024, 273 = NZBau 2024, 145, zu Mängelansprüchen nach § 634 BGB n.F., jeweils m.w.N.).

51 (3) Schließlich hat der Senat in diesen Fällen eine sich aus einer Zusammenrechnung der in § 199 Abs. 4 BGB n.F. für den Erfüllungsanspruch und in

§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. für Mängelansprüche geregelten Verjährungsfristen ergebende Obergrenze von 15 Jahren für die Verjährung der Mängelansprüche abgelehnt (vgl. hierzu näher BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 46, BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

52 (4) Dies hat jedoch nicht zur Folge, wie der Senat bereits in der Entscheidung vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24, Rn. 48 ff., 53 f. (BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) im Einzelnen ausgeführt hat, dass die Mängelansprüche zeitlich unbegrenzt fortbestehen, da sie nicht generell den Verjährungsregeln entzogen sind.

53 So hat der Bauträger jederzeit die Möglichkeit, nach Herstellung der Abnahmereife eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums und damit den Beginn des Laufs der fünfjährigen Verjährungsfrist herbeizuführen. Nach § 640 Abs. 1 BGB ist der Erwerber verpflichtet, das vertragsgerecht hergestellte Gemeinschaftseigentum abzunehmen, und kann der Unternehmer auf Erfüllung dieser Pflicht klagen. Die Beklagte kann mithin auch jetzt noch - sofern die Behaupteten Mängel vorliegen, nach deren Beseitigung - die Abnahme verlangen. Die Herstellung der Abnahmereife ist dabei, wie der Senat bereits ausgeführt hat, auch nicht deshalb von vornherein ausgeschlossen, weil das Werk nach einem erheblichen Zeitablauf "gealtert" ist und der geschuldete neuwertige Zustand des Gemeinschaftseigentums vom Unternehmer jetzt nicht mehr hergestellt werden könnte. Denn die Herstellung eines neuwertigen Zustands können die Erwerber, was sich aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB in Verbindung mit § 242 BGB ergibt, in der vorliegenden Konstellation nicht verlangen (vgl. näher hierzu BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 49 f., BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

54 Weiter hat der Senat in diesem Zusammenhang bereits darauf hingewiesen, dass für die Geltendmachung der Mängelansprüche - unabhängig von der oben aufgeführten Möglichkeit, eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums und damit den Beginn der fünfjährigen Verjährungsfrist herbeizuführen - jedenfalls eine zeitliche Obergrenze von 30 Jahren ab dem Zeitpunkt der infolge der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel fehlgeschlagenen Abnahme anzunehmen ist (vgl. näher hierzu BGH, Urteil vom 26. März 2026 - VII ZR 68/24 Rn. 53 f., BauR 2026, 1218 = NZBau 2026, 391, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Die aus dem Vorstehenden folgende Dauer der Haftung des Unternehmers für Mängel am Gemeinschaftseigentum ist auch deshalb unter Rechtsstaatsgesichtspunkten nicht unzumutbar im Sinne des § 242 BGB.

III.

55 Das Berufungsurteil ist nicht aus anderen Gründen richtig, § 561 ZPO.

56 Insbesondere sind die wegen der Mängel am Gemeinschaftseigentum geltend gemachten Ansprüche der Erwerber gemäß §§ 633 ff. BGB, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, nicht verjährt.

57 Da eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums aufgrund der Unwirksamkeit der von der Beklagten gestellten Abnahmeklauseln nicht erfolgt ist und auch eine konkludente Abnahme ausscheidet (vgl. hierzu die Ausführungen unter II. 3. und 4.), hat der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist für diese Ansprüche gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB n.F. noch nicht begonnen. Die vom Senat angenommene Obergrenze von 30 Jahren, beginnend mit der fehlgeschlagenen Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Sachverständigen, ist ebenfalls noch nicht abgelaufen (vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter II. 5. c) bb) (4)).

IV.

58 Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO, weil die Sache nach dem festgestellten Sachverhältnis nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht hat - von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig - zu den weiteren Voraussetzungen der geltend gemachten Mängelansprüche bisher keine Feststellungen getroffen.

59 Der angefochtene Beschluss kann danach keinen Bestand haben und ist aufzuheben, § 562 Abs. 1 ZPO. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen.

Pamp Halfmeier Graßnack

Sacher Borris

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 13.07.2023 - 2 O 1924/22 -
OLG München, Entscheidung vom 01.12.2023 - 28 U 3344/23 Bau e -

Verkündet am:
15. Oktober 2026
Olovcic, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle