BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 49/15

Verkündet am:
25. Februar 2016
Klein,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB §§ 242 Cd, 309 Nr. 8 b) ff), § 637 Abs. 3

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, die die nach Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergemeinschaft und Abnahme des Gemeinschaftseigentums vertragschließenden Erwerber ("Nachzügler") an eine durch frühere Erwerber bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums bindet, ist wegen mittelbarer Verkürzung der Verjährung gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam.

Dem Bauträger ist es als Verwender dieser von ihm gestellten, unwirksamen Formularklausel nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe.

BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

ECLI:DE:BGH:2016:250216UVIIZR49.15.0

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. September 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Wimmer

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 25. Februar 2015 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergemeinschaft, verlangt von der Beklagten Kostenvorschuss für die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum an der Wohnungseigentumsanlage G. sowie die Feststellung der Ersatzpflicht zur Übernahme etwaiger weiterer Sanierungskosten. Die Beklagte ließ die Wohnungseigentumsanlage, bestehend aus mehreren Gebäuden und einer Tiefgarage, errichten. Am 16. November 2004 fand ein Teilabnahmetermin betreffend die Treppenhäuser und die Tiefgarage statt, an dem mehrere Eigentümer sowie die Verwalterin teilgenommen haben. Die Außenanlagen und die Tiefgaragenzufahrt wurden dabei nicht abgenommen. Am 15. Dezember 2004 wurde ein Übergabeprotokoll zu den Außenanlagen erstellt, in dem verschiedene ausstehende Nacharbeiten festgehalten wurden.

2 Mit notarieller Urkunde vom 6. November 2006 erwarben die Eheleute G. von der Beklagten die Penthousewohnung 1.7 der Wohnanlage. Die Erwerber hatten betreffend die Ausstattung des Sondereigentums bauliche Sonderwünsche, die in § 2 Abs. 4 des Vertrages erfasst und durch die Beklagte nachträglich erfüllt wurden.

3 Unter § 3 Nr. 2 "Bauabnahme" vereinbarten die Vertragsparteien Folgendes:

> "Das Bauwerk ist durch die Vertragsparteien oder mit schriftlicher Vollmacht ausgestattete Vertreter förmlich abzunehmen. Der Abnahmetermin wird vom Veräußerer bestimmt.
>
> ...
>
> Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums ist bereits erfolgt. Der Verkauf gilt nach Maßgabe dieser Abnahme als vereinbart."

4 Am 17. November 2006 wurde ein Nachabnahmeprotokoll erstellt, in dem beseitigte und nicht beseitigte Mängel aufgeführt wurden. An dem betreffenden Termin nahmen einzelne Eigentümer, ein Vertreter der Beklagten sowie ein Vertreter der Hausverwaltung, nicht jedoch die Eheleute G. teil. Die Übergabe der Penthousewohnung Nr. 1.7 an die Eheleute G. erfolgte am 13. Dezember 2006.

5 Die Klägerin rügte in der Folgezeit die verfahrensgegenständlichen vier Mängel und setzte für deren Beseitigung Fristen, die zu einzelnen Mängelbeseitigungsversuchen seitens der Beklagten führten.

6 Mit Abtretungsvereinbarung vom 12. April 2012 traten die Eheleute G. sämtliche Mängelansprüche aus dem Erwerbsvertrag vom 6. November 2006 gegen die Beklagte an die Klägerin ab. Die Klägerin nahm die Abtretung an.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

7 Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht der Eheleute G. Kostenvorschuss geltend und begehrt die Feststellung, die Beklagte sei verpflichtet, die Kosten weitergehender Sanierung zu tragen. Die Beklagte hat das Vorliegen von Mängeln bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

8 Das Landgericht hat der Klage weitgehend stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist überwiegend ohne Erfolg geblieben.

9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision ist uneingeschränkt zulässig.

10 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist die Zulassung der Revision nicht wirksam auf die Rechtsfrage der Anwendbarkeit von Mängelrechten vor Abnahme beschränkt.

11 Zwar hat das Berufungsgericht die im Tenor nicht eingeschränkte Zulassung der Revision mit der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfragen, "ob die Ansprüche aus § 637 BGB schon vor einer Abnahme geltend gemacht werden können" und "ob Mängelrügen der Verwaltung oder anderer Eigentümer [einer Wohnungseigentümergemeinschaft] auch zugunsten der späteren Erwerber wirken" begründet. Eine wirksame Beschränkung der Revisionszulassung kann sich nicht nur aus dem Urteilstenor, sondern auch aus der Begründung erge-

ben, die für die Zulassung gegeben wird (BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 - XI ZR 248/02, NJW 2003, 2529, 2529, juris Rn. 6; Beschluss vom 11. März 2015 - VII ZR 90/14, Rn. 3).

12 Ob der Begründung der Zulassung der Revision eine Beschränkung derselben zu entnehmen ist, kann dahingestellt bleiben, denn eine solche wäre jedenfalls unwirksam.

13 Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein kann oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (BGH, Beschluss vom 30. Juli 2015 - VII ZR 144/14, Rn. 2; Urteil vom 10. Juli 2014 - VII ZR 189/13, Rn. 40, jeweils m.w.N.). Die in den Gründen des Berufungsurteils als grundsätzlich eingestuften Fragen stellen einzelne Rechtsfragen innerhalb der geltend gemachten Mängelansprüche dar und können nicht isoliert der revisionsrechtlichen Prüfung unterworfen werden.

B.

14 Die Revision ist unbegründet.

I.

15 Das Berufungsgericht führt, soweit für die Revision von Bedeutung, im Wesentlichen aus, die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Vorschuss zur Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten gemäß § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB.

16 Die Klägerin sei aufgrund wirksamer Abtretung vom 12. April 2012 Anspruchsinhaberin der den Eheleute G. zustehenden Gewährleistungsansprüchen gegen die Beklagte geworden.

17 Die durch das Landgericht festgestellten Mängel lägen vor; deren Beseitigung erfordere den durch das Landgericht festgestellten Aufwand. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Eheleute G. sei nicht erfolgt. § 3 Nr. 2 Abs. 3 des Vertrages vom 6. November 2006, wonach "die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums (...) bereits erfolgt" ist, stelle eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung dar. Die Klausel halte einer AGB-rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Unwirksamkeit der Bestimmung ergebe sich unter anderem aus § 309 Nr. 8 b) ff) BGB, denn die Abnahme sei durch Anknüpfung an die Abnahme der übrigen Eigentümer vor Vertragsschluss in die Vergangenheit vorverlagert und führe daher faktisch zu einer Verkürzung der Verjährungsfrist. Das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB erfasse auch mittelbare Fristverkürzungen.

18 Gemäß § 3 Nr. 2 Abs. 1 des Vertrages vom 6. November 2006 sei das "Bauwerk" förmlich abzunehmen. Nachdem insoweit nicht zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum differenziert werde, gelte das Formerfordernis auch für die Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Eine förmliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums liege nicht vor. Da eine förmliche Abnahme vereinbart worden sei, könne sich die Beklagte nicht auf eine konkludente Abnahme berufen. Für einen Verzicht oder das Erklärungsbewusstsein bezüglich einer konkludenten Abnahme in Abweichung der vertraglich vereinbarten förmlichen Abnahme habe die Beklagte nichts vorgetragen. Insbesondere könne in der "Nachabnahme" vom 17. November 2006, an welcher die Eheleute G. nicht teilgenommen hätten, keine förmliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch diese gesehen werden.

19 § 637 BGB sei jedoch trotz fehlender förmlicher Abnahme anwendbar. Zumindest in Fällen der vorliegenden Art, in der keine Situation mehr vorliege, die noch als Erfüllungsphase vor einer Fertigstellung des Bauwerks angesehen werden könne, komme es auf eine (förmliche) Abnahme der Werkleistung nicht an. Denn jedenfalls mit Erhebung der Klage und Geltendmachung der abgetretenen Rechte aus § 637 BGB seien die Mängel und der dazugehörige Anspruch konkretisiert und damit das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht akzeptiert worden. Eine Abnahme sei damit zumindest konkludent erfolgt.

20 Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung sei zwar nicht entbehrlich. Denn eine Würdigung der Gesamtumstände ergebe nicht, dass die Beklagte die Nacherfüllung endgültig und ernsthaft verweigert habe. Die Mängelrügen und Fristsetzungen der Klägerin durch ihren Verwalter wirkten jedoch auch zugunsten der Eheleute G. Betreffend sämtliche streitgegenständliche Mängel mit Ausnahme der fehlerhaften Abdichtung des Haustüranschlusses liege damit eine Mängelrüge mit Fristsetzung vor.

21 Die Mängelansprüche seien nicht verjährt.

II.

22 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

23 Zutreffend hat das Berufungsgericht den ausgeurteilten Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht auf Vorschuss für die zur Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums erforderlichen Aufwendungen nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB bejaht. Entsprechendes gilt für die getroffene Feststellung bezüglich der Pflicht zum Ersatz weiterer Sanierungskosten.

24 1. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, die Klägerin mache aufgrund der Abtretung der Mängelansprüche durch die Eheleute G. Ansprüche aus eigenem Recht im eigenen Namen geltend und sei damit, ohne dass es auf eine Vergemeinschaftung der Ansprüche ankomme, prozessführungsbefugt, wird dies von den Parteien hingenommen. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

25 2. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die Haftung der Beklagten für Mängel am Bauwerk nach Werkvertragsrecht richtet.

26 a) Für vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossene Verträge gilt nach ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 29. Juni 1981 - VII ZR 259/80, BauR 1981, 571, 572 f., juris Rn. 8 ff. sowie Urteile vom 9. Januar 2003 - VII ZR 408/01, BauR 2003, 535,

juris Rn. 11 = NZBau 2003, 213; vom 17. September 1987 - VII ZR 153/86, BGHZ 101, 350, 352, juris Rn. 7; vom 7. Mai 1987 - VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, juris Rn. 9 und vom 21. Februar 1985 - VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315, juris Rn. 13 ff.; für noch nicht vollständig fertiggestellte Bauwerke vgl. BGH, Urteile vom 5. April 1979 - VII ZR 308/77, BGHZ 74, 204, 206 f., juris Rn. 11 ff. und vom 10. Mai 1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 267 f., juris Rn. 30 f.). Die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht kann danach auch dann noch zu bejahen sein, wenn die Erwerbsverträge zwei Jahre nach Errichtung geschlossen wurden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - VII ZR 408/01, aaO; Urteil vom 21. Februar 1985 - VII ZR 72/84, aaO, juris Rn. 15 f.).

27 Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend ist vielmehr, dass sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergibt.

28 b) Der Senat braucht im Streitfall nicht zu entscheiden, ob an dieser Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes grundsätzlich festzuhalten ist, wofür allerdings einiges spricht (vgl. zum Streitstand, bejahend: Kniffka/Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 28. Juli 2015, Einf. vor § 631 Rn. 55 ff.; Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 11. Teil Rn. 206 ff.; Basty, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl., Rn. 11 ff.; Vogel, BauR 2010, 1992, 1994 f.; Derleder, NZBau 2004, 237, 242 f.; Thode, NZBau 2002, 297, 299 f.; Pause, NZBau 2002, 648 f.; tendenziell auch BGH, Urteil vom 26. April 2007 - VII ZR 210/05, BauR 2007, 1407, 1409, juris Rn. 18 f. = NZBau 2007, 507; verneinend: Hertel, DNotZ 2002, 6, 18 f.; Bambring, DNotZ 2001, 904, 906; Ott, NZBau 2003, 233, 238 f.).

29 Jedenfalls im Streitfall ist Werkvertragsrecht anwendbar. Die Penthousewohnung 1.7, die Gegenstand des Vertrages vom 6. November 2006 ist, war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vollständig errichtet. Zwar war das Gemeinschaftseigentum zum Zeitpunkt des Erwerbs der genannten Wohnung durch die Eheleute G. am 6. November 2006 bereits seit annähernd zwei Jahren errichtet. Die Eheleute G. hatten jedoch betreffend ihr Sondereigentum bauliche Sonderwünsche, die in § 2 Abs. 4 des Vertrages vom 6. November 2006 festgehalten und nachträglich durch die Beklagte erfüllt wurden. Insoweit enthielt der Vertrag eine (ergänzende) Herstellungsverpflichtung, die ihm insgesamt das Gepräge eines Werkvertrages verleiht.

30 3. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klausel in § 3 Nr. 2 Abs. 3 des Erwerbsvertrages der Eheleute G. unwirksam ist.

31 a) In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei der Abnahmeregelung in § 3 Nr. 2 Abs. 3 um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, die nicht im Einzelnen ausgehandelt ist. Die Revision erinnert hiergegen nichts.

32 b) Die Unwirksamkeit der Klausel ergibt sich jedenfalls aus § 309 Nr. 8 b) ff) BGB.

33 aa) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung, die genannte Klausel sei dahingehend zu verstehen, die Eheleute G. sollten die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 6. November 2006 bereits durch die übrigen Erwerber erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums und damit auch den dadurch ausgelösten Beginn der Verjährungsfrist als so genannte "Nachzügler" gegen sich gelten lassen, ist nicht zu beanstanden. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Klausel nicht ausgelegt, vor allem den Vor-

trag der Beklagten nicht berücksichtigt, wonach die Klausel der besonderen Situation der Eheleute G. geschuldet sei.

34 (1) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung unterliegt uneingeschränkt der revisionsrechtlichen Nachprüfung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, an die der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO angeknüpft hat, sind Allgemeine Geschäftsbedingungen wie revesible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht frei auszulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk des Berufungsgerichts verwendet werden, ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Handhabung besteht (BGH, Urteil vom 20. Juni 2013 - VII ZR 82/12, BauR 2013, 1673 Rn. 12 m.w.N. = NZBau 2013, 567).

35 (2) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (BGH, Urteil vom 9. Juli 2015 - VII ZR 5/15, BauR 2015, 1652 Rn. 26 = NZBau 2015, 549 m.w.N.).

36 (3) Nach dem Wortlaut der Klausel, die die Beklagte nach den durch die Revision unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts in einer Mehrzahl der Erwerbsverträgen verwandt hat, gilt die Abnahme entsprechend der bereits durchgeführten Abnahme rückwirkend als vereinbart. Dies entspricht dem erkennbaren Sinn, die nach der Herstellung der Wohnungseigentumsanlage in die Wohnungseigentumsgemeinschaft eintretenden Erwerber an eine bereits erfolgte Abnahme zu binden. Ein davon abweichendes Verständnis, wie es von der Revision auf Grund der individuellen Besonderheiten der Erwerbssitua-

tion der Eheleute G. vorgetragen wird, ergibt sich aus dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der Klausel nicht.

37 bb) Mit der Anknüpfung an die Abnahme der übrigen Erwerber wird der Beginn der Verjährung von Mängelansprüchen der Eheleute G. betreffend das Gemeinschaftseigentum auf einen Zeitpunkt vorverlagert, zu dem diese das Werk weder erworben hatten noch es ihnen übergeben war. Dies stellt eine mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist dar, die von § 309 Nr. 8 b) ff) BGB erfasst wird (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 245/85, NJW-RR 1987, 144, 146, juris Rn. 16; Urteil vom 25. Juni 1992 - VII ZR 128/91, BauR 1992, 794, 795, juris Rn. 19). Damit ist die Klausel insgesamt unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion allein auf die Abnahme ist mangels Teilbarkeit der Klausel nicht möglich.

38 4. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung seitens der Erwerber G. unter Berücksichtigung der Vertragsklausel in § 3 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 verneint hat.

39 a) Diese Vertragsklausel sieht vor, dass das Bauwerk durch die Vertragsparteien förmlich abzunehmen ist. Das Berufungsgericht hat diese Vertragsklausel dahingehend ausgelegt, dass sich der Begriff "Bauwerk" nicht nur auf das Sondereigentum, sondern auch auf das Gemeinschaftseigentum bezieht. Die Parteien erinnern gegen diese Auslegung nichts.

40 b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist für einen Verzicht auf das Erfordernis einer förmlichen Abnahme von der Beklagten ebenso wenig wie für das Erklärungsbewusstsein bezüglich einer konkludenten Abnahme vorgetragen. Auch hiergegen erinnern die Parteien nichts.

41 5. Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei jedenfalls durch die Erhebung der Vorschussklage im Jahr 2012 seitens der Klägerin trotz des - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht eingehaltenen - Erfordernisses einer förmlichen Abnahme erfolgt. Des Weiteren kann dahinstehen, ob Mängelansprüche generell vor Abnahme anwendbar sein können, obgleich die Abnahme im Grundsatz den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 6. Juni 2013 - VII ZR 355/12, ZfBR 2013, 657 Rn. 16). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formularabnahmeklausel in § 3 Nr. 2 Abs. 3 jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde.

42 a) Die Inhaltskontrolle von Formularklauseln dient ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders; der Verwender kann sich nicht auf die Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung berufen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1986 - VII ZR 354/85, BGHZ 99, 160, 161, juris Rn. 15; Urteil vom 9. März 2006 - VII ZR 268/04, BauR 2006, 1012, 1013, juris Rn. 13 = NZBau 2006, 383; Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 307 Rn. 95; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Vorb. v. § 307 BGB Rn. 53 m.w.N.) und darf aus einer solchen Unwirksamkeit keine Vorteile ziehen (vgl. Temming, AcP 2015, 17, 34).

43 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formularabnahmeklausel in § 3 Nr. 2 Abs. 3 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich bezüglich des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium

befinde (vgl. Temming, AcP 2015, 17, 36 f.). Die Beklagte hat durch die Stellung dieser Klausel den Eindruck erweckt, dass das Erfüllungsstadium aufgrund erfolgter Abnahme des Gemeinschaftseigentums beendet sei. Sie muss daher nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Verwenderin den Nachteil tragen, dass sie trotz etwa fehlender Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Mängelrechten aus dem Vertrag vom 6. November 2006 konfrontiert wird.

44 6. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch die übrigen Voraussetzungen des § 637 BGB bejaht.

45 a) Gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts zu den von ihm bejahten Mängeln des Gemeinschaftseigentums und zur Höhe des geltend gemachten Vorschussanspruchs erinnert die Revision nichts. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

46 b) Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht indes davon aus, eine Fristsetzung zur Nacherfüllung sei erforderlich gewesen, weil die Beklagte die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht endgültig und ernsthaft verweigert habe. Das Gegenteil ist der Fall.

47 aa) Ob ein Unternehmer nach Mängelrügen des Bestellers deren Beseitigung und damit die Erfüllung des Vertrages ernsthaft und endgültig verweigert hat, unterliegt grundsätzlich der tatrichterlichen Würdigung. Diese ist jedoch revisionsrechtlich dahin überprüfbar, ob der Tatrichter von den zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und alle Umstände, insbesondere das gesamte Verhalten des Unternehmers bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ausreichend berücksichtigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2014 - VII ZR 58/13, BauR 2014, 2086 Rn. 23 m.w.N.).

48 bb) Dies ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat nur eine punktuelle Betrachtung vorgenommen und auf einzelne Umstände abgestellt, die lediglich für sich genommen Indizien dafür sein könnten, dass die Beklagte die Erfüllung des Vertrages nicht endgültig verweigert hat. Die Gesamtwürdigung, die der Senat selbst vornehmen kann, ergibt, dass die Beklagte durch ihre Klageerwiderung, die nachfolgenden Schriftsätze und ihre Berufungsbegründung ohne Einschränkung die Mängelbeseitigung verweigert hat, so dass eine Fristsetzung eine reine Förmelei wäre. Die Beklagte hätte sich auch durch eine solche, im Prozess grundsätzlich nachholbare Fristsetzung (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - VII ZR 360/01, BauR 2003, 386, 387 = NZBau 2003, 149, juris Rn. 11) nicht von ihrer im Prozess zum Ausdruck gebrachten Haltung abbringen lassen, keine (weitere) Mängelbeseitigung mehr vornehmen zu wollen. Dass die Beklagte in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht Vergleichsbereitschaft signalisiert hat, kann an der Feststellung der endgültigen Erfüllungsverweigerung nichts mehr ändern.

49 7. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung bezüglich der geltend gemachten Mängelansprüche greift nicht durch. Die Verjährung von Mängelansprüchen beginnt grundsätzlich mit der Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB. Eine solche ist weder konkludent durch Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung durch die Eheleute G. (vgl. oben II. 4) noch durch die Klausel in § 3 Nr. 2 Abs. 3 des Erwerbsvertrages erfolgt (vgl. oben II. 3). Ob, wie das Berufungsgericht angenommen hat, in der Klageerhebung eine Abnahme durch die Zessionarin liegt, kann dahin stehen, da mit der Klageerhebung die Verjährung jedenfalls gehemmt worden ist, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

III.

50 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Eick Halfmeier Kartzke

Jurgeleit Wimmer

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 26.05.2014 - 22 O 170/12 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 25.02.2015 - 4 U 114/14 -