Oberlandesgericht Köln, 19 U 92/16

Datum:	13.01.2017
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	19. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	19 U 92/16
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2017:0113.19U92.16.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 18 O 445/12

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 6.6.2015 (18 O 445/12) sowie das zugrundeliegende Verfahren aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung sowie Entscheidung an das Landgericht Köln zurückverwiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe: 1

I. 2

Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Kostenvorschuss, hilfsweise Schadensersatz wegen angeblicher Mängel einer Wohnungseigentumsanlage. 3

Durch notarielle Kaufverträge vom 21.10.2005, wegen deren Einzelheiten auf Bl. 20 ff. GA verwiesen wird, veräußerte die Beklagte zu 1), die seinerzeit zugleich Verwalterin der Wohnungseigentumsgemeinschaft war und deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2) ist, noch zu errichtende Eigentumswohnungen an verschiedene Erwerber, die bzw. deren Rechtsnachfolger die Klägerin bilden. An dem Bauvorhaben waren u.a. die Streithelfer der Beklagten und weitere Unternehmen beteiligt, denen die Klägerin, die Beklagten und deren Streithelfer in erster Instanz den Streit verkündet haben. Nach einer ersten Ortsbegehung am 30.5.2006 fand am 27.7.2006 eine Schlussbegehung unter Beteiligung des Sachverständigen N statt, der darüber einen Bericht vom 28.7.2006 erstellte, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 70 ff. GA verwiesen wird. 4

Nach Einholung eines Privatgutachtens des Sachverständigen H vom 9.3.2011 forderte die neue Verwalterin der Klägerin die Beklagte zu 1) mit Schreiben vom 17.3.2011 zur Beseitigung der darin aufgeführten Mängel am Gemeinschaftseigentum auf. Am 18.5.2011 fasste die Wohnungseigentümergemeinschaft einen Beschluss, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 223 ff. GA verwiesen wird, und leitete am 27.5.2011 das selbstständige Beweisverfahren 14 OH 12/11 (Landgericht Köln) ein, in dem der Sachverständige X am 22.8.2012 ein Gutachten nebst Ergänzungen vom 30.7.2013, vom 14.4.2014 und vom 28.9.2015 erstattete. Insoweit wird auf den Inhalt der beigezogenen Akte Bezug genommen. 5

Mit Schreiben vom 6.9.2012 forderte die Klägerin die Beklagte zu 1) zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 158.400,00 € auf und wiederholte dieses Verlangen nach dessen Zurückweisung durch Schreiben der Beklagten zu 1) vom 25.9.2012 mit Schreiben vom 11.10.2012, bevor in der Eigentümerversammlung vom 25.10.2012 diesbezügliche Beschlüsse gefasst wurden, wegen deren Einzelheiten auf Bl. 233 ff. GA verwiesen wird. 6

Die Klägerin hat in erster Instanz eine gesamtschuldnerische Verurteilung der Beklagten zu 1) und 2) zur Zahlung von 202.174,50 € nebst Zinsen als Kostenvorschuss und Feststellung einer weitergehenden Ersatzpflicht der Beklagten, hilfsweise auf Zahlung von 169.895,00 € nebst Zinsen als Schadensersatz und Feststellung einer weitergehenden Ersatzpflicht der Beklagten bezüglich konkreter Mängel, sowie zur Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten beantragt. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass keine wirksame Abnahme vorliege, weil der Sachverständige N nicht berechtigt gewesen sei, das Gemeinschaftseigentum abzunehmen, und sich die Berechtigung der Wohnungseigentümergemeinschaft zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche jedenfalls aus den Beschlüssen vom 18.5.2011 und vom 25.10.2012 ergebe. Ferner hat die Klägerin unter Bezugnahme auf das Privatgutachten sowie die in dem selbstständigen Beweisverfahren getroffenen Feststellungen behauptet, dass Mängel am Betonsteinpflaster, der Außenfensterbänke, der Hausfassade, der Tiefgarage, der Abdichtung des Kellergeschosses, der Außentreppe der Tiefgarage sowie an den Trittstufen, am Natursteinbelag und an den Fenstern im Treppenhaus vorlägen und dass zur Mangelbeseitigung mindestens die von dem Sachverständigen X veranschlagten Nettokosten von 144.000,00 € sowie zusätzlich 12.435,00 € für die Abdichtung der Tiefgarage erforderlich, üblich und angemessen seien, so dass sich zuzüglich 10 % Überwachungskosten ein Nettobetrag von 169.895,00 € ergebe, den die Klägerin nebst Mehrwertsteuer als Kostenvorschuss und ohne Mehrwertsteuer hilfsweise als Schadensersatz geltend gemacht hat. 7

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt sowie das Vorliegen von Mängeln und die Höhe des geltend gemachten Mangelbeseitigungsaufwands bestritten. Die Streithelfer zu 3) und 4) haben – nach Schluss der mündlichen Verhandlung – die Berechtigung der Klägerin 8

zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche wegen angeblicher Mängel des Gemeinschaftseigentums bestritten.

Nachdem Beweis über die von der Klägerin geltend gemachten Mängel durch Vernehmung von Zeugen und Anhörung des Sachverständigen X erhoben worden war, hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass die Klageanträge zu 1. und 2. unzulässig, jedenfalls unbegründet seien, weil der Klägerin für den damit geltend gemachten Kostenvorschussanspruch die Prozessführungsbefugnis bzw. Aktivlegitimation fehle. Die Klägerin habe die den Käufern zustehenden Gewährleistungsansprüche durch die Beschlüsse vom 18.5.2011 und vom 25.10.2012 nicht wirksam an sich gezogen. Mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums bestünden auch keine Nacherfüllungsansprüche. Die Klägerin habe sich selbst darauf berufen, dass keine wirksame Abnahme erfolgt sei, und sich den gegenteiligen Vortrag der Beklagten auch nicht hilfsweise zu Eigen gemacht. Der Sachverständige N sei nicht zur Abnahme bevollmächtigt gewesen und die Klägerin habe dessen Erklärungen auch nicht „anerkannt“, da das Vorbringen der Beklagten zu einer angeblichen Genehmigungshandlung unsubstantiiert sei. Die Ingebrauchnahme des Sondereigentums reiche auch nicht aus, um eine stillschweigende/konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums anzunehmen. Schließlich liege kein Ausnahmefall vor, in dem Nacherfüllungsansprüche auch ohne Abnahme geltend gemacht werden könnten, weil von der Beklagten zu 1) weder die Abnahme noch die weitere Mangelbeseitigung abgelehnt worden seien, welche die Klägerin erstmals in der Klageschrift geltend gemacht habe, zumal das selbstständige Beweisverfahren noch nicht abgeschlossen sei, keine Kündigung erfolgt sei und auch kein sonstiger eine Abnahme ersetzender Tatbestand vorliege. Für den mit den Klageanträgen zu 3. und 4. hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch sei die Klägerin zwar prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Allerdings stehe der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Wahlrecht zwischen Minderung und Schadensersatz zu, das sie mangels eines entsprechenden Beschlusses bislang nicht ausgeübt habe. Auf die fehlende Prozessführungsbefugnis bzw. Aktivlegitimation habe die Klägerin nach den diesbezüglichen Bedenken in dem Schriftsatz der Streithelfer zu 3) und 4) vom 1.3.2016 gerichtlicherseits nicht gesondert hingewiesen werden müssen, zumal sie vor dem (deswegen verschobenen) Verkündungstermin hinreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt und hiervon auch mit Schriftsatz vom 12.5.2016 Gebrauch gemacht habe. Mit Beschluss vom 6.9.2016 hat das Landgericht eine Tatbestandsberichtigung vorgenommen und durch Urteil vom 17.10.2016 den Antrag der Klägerin auf Urteilsergänzung zurückgewiesen. 9

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien sowie der tatsächlichen Feststellungen und der Begründung des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem Urteil vom 6.6.2016 (Bl. 986 ff. GA) sowie den Beschluss vom 6.9.2016 (Bl. 1062 f. GA) und das Urteil vom 17.10.2016 (Bl. 1189 ff. GA) Bezug genommen. 10

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Haupt- und Hilfsanträge weiter, beantragt hilfsweise eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgerichts sowie wiederholt, vertieft und ergänzt ihr Vorbringen insbesondere zur Frage der Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation aus erster Instanz. Die Klägerin ist der Auffassung, dass sie durch die Beschlüsse der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 18.5.2011 und vom 25.10.2012 zur Geltendmachung sämtlicher Gewährleistungsrechte ermächtigt worden sei. Falls das Landgericht diesbezügliche Bedenken hatte, hätte es nach Meinung der Klägerin darauf hinweisen müssen. Ein solcher gerichtlicher Hinweis sei auch nicht im Hinblick auf die 11

Einwände der Streithelfer zu 3) und 4) entbehrlich gewesen, sondern es hätte ggf. Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bestanden. Aufgrund dieser ihres Erachtens vorliegenden Hinweispflichtverletzung meint die Klägerin, dass sie sich im Berufungsverfahren auf einen weiteren Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 29.8.2016 (Anlage K 19) sowie die ausdrückliche Verweigerung der Abnahme durch die WEG-Verwalterin und deren Ausübung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz und Minderung vom 7.9.2016 (Anlage K 20) berufen könne. Gewährleistungsrechte bestehen nach Auffassung der Klägerin ausnahmsweise auch ohne Abnahme, da die Beklagten eine Nacherfüllung verwiegert hätten, die Klägerin die Abnahme abgelehnt habe und die Beklagten für die anfängliche Fehlvorstellung der Klägerin, es sei eine wirksame Abnahme erfolgt, verantwortlich seien. Hilfsweise macht sich die Klägerin die Behauptung der Beklagten zur erfolgten Abnahme zu Eigen. Zur Anspruchshöhe macht die Klägerin weitere Ausführungen, wegen deren Einzelheiten auf die Seiten 26 f. der Berufungsbegründung verwiesen wird.

Die Klägerin beantragt, 12

das angefochtene Urteil abzuändern und 13

1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 202.174,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27.5.2011 (als Kostenvorschuss zur Mangelbeseitigung) zu zahlen, 14

2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, die weiteren, den mit dem vorstehenden Klageantrag zu 1) begehrten Vorschuss übersteigenden Mangelbeseitigungskosten zu tragen, sowie etwaige Mangelfolgeschäden zu ersetzen, 15

3. hilfsweise die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 169.895,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.5.2011 (als Schadensersatz) zu zahlen, 16

4. hilfsweise festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin auch jeden weiteren über den Klageantrag zu 3) hinausgehenden Schaden aufgrund der Mängel 17

a) am Betonsteinpflaster, 18

b) an den Außenfensterbänken, 19

c) an der Hausfassade und den darin integrierten Lüftern, 20

d) an der Tiefgarage, insbesondere wegen Rissen in den Wänden der Tiefgaragenrampe und der Betonplatte sowie eindringender Feuchtigkeit, 21

e) an der Abdichtung des gesamten Kellergeschosses einschließlich Tiefgarage, 22

f) an der Außentreppe der Tiefgarage, 23

g) an den Trittstufen im Treppenhaus, 24

h) an dem Natursteinbelag im Treppenhaus, 25

i) sowie an den Fenstern im Treppenhaus 26

zu ersetzen, 27

5. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin weitere 3.475,99 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14.9.2012 zu zahlen, 28

hilfsweise das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückzuverweisen. 29

Die Beklagten verteidigen das erstinstanzliche Urteil und beantragen, 30

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, 31

hilfsweise die Revision zuzulassen. 32

Die Beklagten meinen, dass die Beschlüsse der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 18.5.2011 und vom 25.10.2012 nach ihrem für die Auslegung maßgeblichen protokollierten Wortlaut nicht dahingehend ausgelegt werden könnten, dass die Klägerin nicht nur zur Geltendmachung von (Nach-) Erfüllungs-, sondern auch von Gewährleistungsansprüchen ermächtigt wurde. Unter Hinweis auf eine ihnen übersandte abweichende Fassung (Bl. 1277 ff. GA) bestreiten die Beklagten, dass in der Eigentümerversammlung vom 29.8.2016 die mit der Berufungsbegründung geltend gemachte Klarstellung erfolgt sei, und berufen sich wegen ihres Erachtens nicht hinreichender Bestimmtheit auf eine Nichtigkeit der Beschlussfassung, die auch mit einer Anfechtungsklage (202 C 139/15 Amtsgericht Köln) geltend gemacht werde. Eines gerichtlichen Hinweises auf die Unzulässigkeit der Klage bedurfte es nach Auffassung der Beklagten nicht, so dass ihres Erachtens der Sachvortrag zu der Wohnungseigentümerversammlung vom 29.8.2016 gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert ist. Im Übrigen berufen sich die Beklagten darauf, dass die Beschlussfassung allenfalls ex nunc wirke, und auf die Einrede der Verjährung, die nach ihrer Berechnung, wegen deren Einzelheiten auf Bl. 1269 ff. GA verwiesen wird, im Anschluss an eine konkludente Abnahme durch (mindestens dreimonatige) Ingebrauchnahme spätestens am 15.7.2006 bei einer Hemmung durch das selbstständige Beweisverfahren 14 OH 12/11 (Landgericht Köln) vom 27.5.2011 bis zum 14.4.2016 am 2.6.2016 eingetreten sei. Nach Ansicht der Beklagten liegen die Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise auch ohne Abnahme die gesetzlichen Gewährleistungsrechte gemäß §§ 634 ff. BGB geltend gemacht werden können, nicht vor und sie berufen sich auch hinsichtlich vermeintlicher Nacherfüllungsansprüche auf die Einrede der Verjährung. 33

Die Nebenintervenienten beantragen ebenfalls, 34

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 35

Die Nebenintervenientin zu 1) ist der Auffassung, dass das Gemeinschaftseigentum durch die Klägerin jedenfalls konkludent abgenommen worden sei und anderenfalls ohnehin keine Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden könnten, beruft sich auf eine Abnahme ihrer Leistungen und meint, dass die Verjährung durch das selbstständige Beweisverfahren mangels Prozessführungsbefugnis der Klägerin nicht gehemmt worden sei. 36

Die Nebenintervenientin zu 2) schließt sich den nachfolgend wiedergegebenen Ausführungen der Nebenintervenienten zu 3) und 4) an. 37

Die Nebenintervenienten zu 3) und 4) sind wie die Beklagten der Auffassung, dass die Klägerin den streitgegenständlichen Vorschussanspruch durch den Beschluss vom 18.5.2011 38

nicht wirksam an sich gezogen habe und dies durch den Beschluss vom 29.8.2016 auch nicht nachholen konnte, dessen wirksames Zustandekommen sie in Abrede stellen. Im Übrigen sehen die Nebenintervenienten zu 3) und 4) die Voraussetzungen für einen Vorschussanspruch vor Abnahme ebenfalls nicht als erfüllt an und halten die Übertragung des Wahlrechts zwischen Minderung und Schadensersatz für verspätet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze der Parteien und der Nebenintervenienten nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 16.12.2016 Bezug genommen. 39

II. 40

Die zulässige Berufung der Klägerin hat insofern Erfolg, als das angefochtene Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO mit dem zu Grunde liegenden Verfahren aufzuheben und die Sache auf den hilfsweise gestellten Antrag der Klägerin an das Landgericht zurückzuverweisen ist. Denn das erstinstanzliche Verfahren leidet an einem entscheidungserheblichen Verfahrensfehler, weil das Landgericht es versäumt hat, einen gemäß § 139 ZPO erforderlichen richterlichen Hinweis zu erteilen. Dass der Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag nur „hilfsweise“ gestellt ist, schadet nicht (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 3.11.2005 - 5 U 452/05, in: MDR 2006, 771; Zöller/Heßler, Zivilprozessordnung, 31. Auflage 2016, § 538 Rn 56 m.w.N.), zumal die Bedingung, dass dem auf vollumfängliche Verurteilung der Beklagten gerichteten Hauptantrag nicht entsprochen werden kann, wegen der Notwendigkeit einer umfangreichen Beweisaufnahme eingetreten ist. 41

1. Das Landgericht hat den auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mangelbeseitigung gerichteten Klageantrag zu 1) zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, dass die Klägerin insoweit nicht prozessführungsbefugt bzw. aktivlegitimiert sei und auch ansonsten keine Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums geltend gemacht werden könnten. 42

a. Im Ausgangspunkt geht das Landgericht zwar zutreffend davon aus, dass der mit dem Klageantrag zu 1) geltend gemachte Anspruch aus §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB neben dem Vorliegen eines Mangels, mit dem sich das angefochtene Urteil überhaupt nicht befasst, eine Abnahme oder einen abnahmeersetzenden Tatbestand voraussetzt und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums, welches die in Rede stehenden Mängel betreffen (vgl. Beispiele mit Rechtsprechungsnachwiesen bei Pastor, in: in: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Auflage 2015, Rn 468), den einzelnen Eigentümern zusteht (Aktivlegitimation) und regelmäßig nur von ihnen geltend gemacht werden kann (Prozessführungsbefugnis), weil es sich um aus dem Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer (Bauträger) herrührende, auf die mangelfreie Herstellung des Sonder- und/oder Gemeinschaftseigentums gerichtete Ansprüche handelt (vgl. Pastor, a.a.O., Rn 476 ff. m.w.N.). Das Landgericht hat auch die Möglichkeit, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft die Durchsetzung der auf eine ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte an sich zieht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.2.2016 – VII ZR 156/13, in: NJW 2016, 1575 ff.; Pastor, a.a.O., Rn 485 m.w.N.), erkannt. Danach kann die Wohnungseigentümergemeinschaft die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte (Erfüllungs- oder Nacherfüllungsansprüche) der einzelnen Erwerber aus den Verträgen gegenüber dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss (§ 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG) an sich ziehen, wodurch die alleinige Zuständigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft begründet wird, was ein selbstständiges Vorgehen der Erwerber (§ 21 Abs. 1 WEG) ausschließt (vgl. auch OLG Brandenburg, Urteil vom 13.6.2013 – 12 U 162/12, in: BauR 43

2013, 1734 m.w.N. – juris-Rn 91 ff.).

Der Auffassung des Landgerichts, dass in den Beschlüssen der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 18.5.2011 und vom 25.10.2012 keine Übernahme der Anspruchsverfolgung durch die Klägerin in dem vorstehenden Sinne zu sehen sei, kann allerdings nicht gefolgt werden. Vielmehr sind die Beschlüsse unter Berücksichtigung der gesamten (objektiven) Umstände gemäß §§ 133, 157 BGB dahin auszulegen, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft durch Mehrheitsbeschluss die Geltendmachung von (Nach-) Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen am Gemeinschaftseigentum, mithin auch einen Vorschussanspruch aus § 637 Abs. 3 BGB, wirksam an sich gezogen hat: 44

Schon die Überschrift des Tagesordnungspunktes 2 der Versammlung vom 18.5.2011 („Bevollmächtigung der Verwalterin für die Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum einen Rechtsanwalt einzuschalten und darüber hinaus die Wohnungseigentümergemeinschaft bei einer gerichtlichen Geltendmachung bzw. einem gerichtlichen Beweissicherungsverfahren zu vertreten“) spricht für die Absicht einer umfassenden Übertragung der Befugnis der einzelnen Wohnungseigentümer zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen am Gemeinschaftseigentum auf die Klägerin, vertreten durch die Verwalterin der Wohnungseigentumsgemeinschaft. Dass unter „Gewährleistungsansprüche“ nicht sämtliche in § 634 BGB genannten Rechte, zu denen auch ein Vorschussanspruch gehört, verstanden wurden, ist entgegen dem Standpunkt des Landgerichts nicht anzunehmen, auch wenn Vorschussansprüche nicht ausdrücklich erwähnt wurden. Eine solche Einschränkung ergibt sich auch nicht aus der konkreten Beschlussfassung, wonach „die Verwalterin ermächtigt (wird), im Namen der Wohnungseigentümergemeinschaft den Bauträger, ..., sowie alle an dem Bauvorhaben „WEG Rhöndorf Park“ beteiligten Planer und Subunternehmer wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum zur Nacherfüllung und zur Erledigung der Restarbeiten aufzufordern“ und „diese Ansprüche nötigenfalls gerichtlich geltend zu machen, insbesondere ein Beweissicherungsverfahren einzuleiten“, wenn „der Bauträger, ein Subunternehmer oder ein Planer der Aufforderung nicht fristgerecht nach(kommt)“. 45

Selbst wenn man den Satz „Über die weitere Vorgehensweise entscheiden die Wohnungseigentümer nach Abschluss des Beweisverfahrens“ dahin verstehen wollte, dass eine Beauftragung der Verwalterin über verjährungshemmende Maßnahmen, insbesondere durch das anschließend eingeleitete selbstständige Beweisverfahren 14 OH 12/11 (Landgericht Köln), hinaus – noch – nicht erfolgen, sondern einer weiteren Beschlussfassung vorbehalten bleiben sollte, ist dies jedenfalls durch die in der Eigentümerversammlung vom 25.10.2012 gefassten Beschlüsse geschehen. In dieser Versammlung informierte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Anwesenden ausweislich des Protokolls über den Stand des zwischenzeitlich eingeleiteten selbstständigen Beweisverfahrens und empfahl unter Erläuterung der rechtlichen Rahmenbedingungen die Geltendmachung der bislang ermittelten Mangelbeseitigungskosten im Rahmen einer Vorschussklage, ohne das Ende des Beweissicherungsverfahren abzuwarten. Vor diesem Hintergrund kann die anschließende Beschlussfassung, wonach die Verwalterin bevollmächtigt wurde, „im Namen der Wohnungseigentümergemeinschaft deren Ansprüche gegen die Firma G ... sowie gegen Planer und Subunternehmer wegen Mängeln und Schäden am Gemeinschaftseigentum, insbesondere wegen der im gerichtlichen Beweissicherungsverfahren festgestellten Mängeln und Schäden, außergerichtlich und nötigenfalls gerichtlich durch Herrn Rechtsanwalt I geltend zu machen, insbesondere zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung Klage einzureichen“, bei verständiger Würdigung nicht anders interpretiert werden, als dass die Wohnungseigentümergemeinschaft sämtliche Gewährleistungsansprüche, einschließlich – 46

entgegen der Begründung des angefochtenen Urteils im Protokoll ausdrücklich erwähnter – Vorschussansprüche, an sich gezogen hat. Darin liegt auch nicht – wie das Landgericht ausschließlich den Wortlaut des Beschlusses, aber nicht den Gesamtzusammenhang und die weiteren Umstände berücksichtigend meint – lediglich eine Ermächtigung der Verwalterin zur Prozessführung, sondern eine Übernahme der (gerichtlichen und außergerichtlichen) Geltendmachung von Ansprüchen der Wohnungseigentümer wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums (auch) in Bezug auf etwaige Kostenvorschussansprüche in dem o.g. Sinne. Entsprechend wurde anschließend vorgegangen und am 7.12.2012 u.a. Vorschussklage erhoben.

Insofern sind sowohl eine Aktivlegitimation als auch die Prozessführungsbefugnis der Klägerin für den mit den Klageanträgen zu 1) und 2) geltend gemachten Kostenvorschussanspruch zu bejahen. Eine Anspruchsgeltendmachung durch die Klägerin entspricht nicht zuletzt auch der Prozessökonomie, damit nicht in verschiedenen Prozessen (ggf. auch selbstständigen Beweisverfahren) mit der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen über dieselben Mängel gestritten werden muss, und dem wohlverstandenen Interesse der Beklagten zu 1), sich nicht mit jedem einzelnen Wohnungseigentümer bzw. denjenigen, die insoweit Ansprüche geltend machen, über Mängel des Gemeinschaftseigentums auseinander setzen zu müssen und eventuelle Schwierigkeiten bei divergierenden gerichtlichen Entscheidungen zu vermeiden (vgl. Pastor, a.a.O., Rn 471). Diesem Zweck diente naheliegend auch die in den notariellen Verträgen vorgesehene (einheitliche) Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter unter Hinzuziehung eines Sachverständigen. 47

Das Landgericht hätte nicht ohne einen gerichtlichen Hinweis (§ 139 ZPO) die Klage abweisen dürfen, sondern im Hinblick auf den Schriftsatz der Streithelfer der Beklagten zu 3) und 4) vom 1.3.2016 ggf. die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen (§ 156 ZPO), um die Frage der Prozessführungsbefugnis mit den Beteiligten angemessen erörtern zu können. Auch wenn der Schriftsatz vom 1.3.2016 insoweit lediglich Rechtsausführungen enthält, konnte und musste die Klägerin angesichts des bisherigen Prozessverlaufs nicht damit rechnen, dass die Klage maßgeblich auf diesen Ausführungen beruhend abgewiesen würde, zumal der in der mündlichen Verhandlung vom 29.2.2016 beantragte Schriftsatznachlass den Beklagten und ihren Streithelfern gerade nicht gewährt worden ist und die Beteiligten ausweislich des kontroversen Verhandlungsverlaufs offenbar mit einer Fortsetzung der Beweisaufnahme oder sogar mit einer der Klage (zumindest teilweise) stattgebenden Entscheidung in der Sache rechneten. Die Einräumung einer Gelegenheit zur Stellungnahme mit Verfügung vom 22.3.2016 und die Verlegung des Verkündungstermins reichten jedenfalls ohne konkreten Hinweis auf die zumindest in Betracht kommende Möglichkeit, dass sich das Landgericht der Argumentation der Nebenintervenienten zu 3) und 4) zur (mangelnden) Prozessführungsbefugnis der Klägerin anschließt, zur Wahrung des Anspruchs der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht aus (vgl. auch Zöller/ Greger, a.a.O., § 139 ZPO Rn 6a m.w.N. zur Relevanz von Hinweisen des Prozessgegners im Hinblick auf die Erforderlichkeit von gerichtlichen Hinweisen), auch wenn die Klägerin u.a. zu diesem Einwand schriftsätzlich Stellung genommen hat. Dies gilt umso mehr, als der Beschluss vom 25.10.2012, aus dem sich nach dem Vorstehenden – jedenfalls – eine Prozessführungsbefugnis der Klägerin ergibt, den Streithelfern zu 3) und 4) anscheinend nicht bekannt war. Denn damit befasst sich der Schriftsatz der Nebenintervenienten zu 3) und 4) vom 1.3.2016 nicht und auch in ihrer Berufungserwiderung beschäftigen sich die Nebenintervenienten zu 3) und 4) nur mit dem Beschluss vom 18.5.2013 (richtig 18.5.2011), während der Beschluss vom 25.10.2012 nicht erwähnt wird. Bis zu dem Schriftsatz vom 1.3.2016 hatten weder in dem seit Mai 2011 laufenden selbstständigen Beweisverfahren 48

14 OH 12/11 (Landgericht Köln) noch in dem vorliegenden seit Ende 2012 anhängigen Rechtsstreit, in denen mit der Beweisaufnahme über das Vorliegen der in Rede stehenden Mängel begonnen wurde, offenbar auch weder das Landgericht selbst noch die Beklagten oder ihre Streithelfer irgendwelche Zweifel an der Berechtigung der Klägerin zur Geltendmachung der streitgegenständlichen Ansprüche, was ein durchaus beachtliches Indiz dafür darstellt, dass die o.g. Beschlüsse der Wohnungseigentümergemeinschaft zunächst übereinstimmend im Sinne der Begründung einer Prozessführungsbefugnis der Klägerin verstanden wurden, wovon das Landgericht nicht aufgrund von nach Schluss der mündlichen Verhandlung vermeintlich gewonnenen besseren Erkenntnissen abweichen durfte, ohne darauf ausdrücklich hinzuweisen und in eine erneute Verhandlung einzutreten.

Schließlich hätte die Klage auch konsequenterweise nicht als unbegründet, sondern als unzulässig abgewiesen werden müssen, wenn das Landgericht tatsächlich davon überzeugt war, dass die Klägerin nicht prozessführungsbefugt ist. 49

Auf die prozessuale Berücksichtigungsfähigkeit der Beschlüsse der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 29.8.2016 (Anlage K 19), mit denen u.a. die Beschlüsse vom 18.5.2011 und vom 25.10.2012 dahingehend klargestellt wurden, dass „insbesondere die Gewährleistungsrechte Nacherfüllung und des Kostenvorschusses auf die Gemeinschaft übertragen werden“ und „der Verwalter (...) ermächtigt (wird), insbesondere Kostenvorschussansprüche insbesondere wegen der in dem Gutachten des Sachverständigen Herr Dipl.- Ing. H und in dem Beweisverfahren, Az. 14 OH 12/11, festgestellten Mängel und Schäden, (...) gerichtlich geltend zu machen“, kommt es nach dem Vorstehenden ebenso wenig entscheidend an wie auf die Frage, ob ein etwaiger anfänglicher Zulässigkeitsmangel hierdurch (insbesondere im Hinblick auf die Verjährungsproblematik rechtzeitig) hätte geheilt werden können. Insofern können auch das diesbezügliche Bestreiten der Nebenintervenienten sowie die Einwände der Beklagten gegen die Wirksamkeit der (angeblichen) Beschlussfassung dahinstehen. 50

b. Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich auch nicht als im Ergebnis zutreffend und/oder der aufgezeigte Verfahrensfehler deshalb als nicht entscheidungserheblich, weil neben der - nach dem oben Gesagten abweichend vom angefochtenen Urteil zu bejahenden - Prozessführungsbefugnis der Klägerin weitere Voraussetzungen für den geltend gemachten Vorschussanspruch, insbesondere eine Abnahme oder ein abnahmeersetzender Tatbestand fehlen und/oder auch kein Fall vorliegt, in dem ausnahmsweise ungeachtet dessen Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können: 51

Auch insoweit geht das Landgericht im Ansatz zutreffend davon aus, dass Gewährleistungsansprüche grundsätzlich erst nach Abnahme entstehen und der Besteller im Stadium vor der Abnahme oder dem Eingreifen einer Abnahmefiktion die Rechte aus §§ 634 ff. BGB daher nur ausnahmsweise geltend machen kann. Wie im angefochtenen Urteil zutreffend dargestellt liegt ein solcher Ausnahmefall vor, wenn der Unternehmer das aus seiner Sicht fertiggestellte und mangelfreie Werk abliefert, der Besteller jedoch wegen Mängeln des Werks die Abnahme verweigert, der Unternehmer seinerseits weitere Mängelbeseitigung endgültig ablehnt, der Besteller das Vertragsverhältnis wirksam gekündigt hat, weil er berechtigterweise sein Vertrauen in eine mangelfreie Erstellung des Werkes als zerstört ansehen durfte, oder ein sonstiger die Abnahme ersetzender Tatbestand vorliegt (vgl. etwa OLG Köln, Beschluss vom 12.11.2012 – 11 U 146/12, in: NJW 2013, 1104 f. m.w.N.). 52

Vorliegend kann zwar nicht von einer Abnahme oder dem Vorliegen eines die Abnahme ersetzenden Tatbestandes ausgegangen werden. Dass aus den in dem angefochtenen Urteil dargelegten Gründen keine wirksame (ausdrückliche, stillschweigende, konkludente oder 53

„anerkannte“) Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Verhältnis zur Klägerin erfolgt ist, greift die Berufung nicht an und ist auch sachlich zutreffend. Insbesondere kann entgegen dem von den Beklagten verfochtenen Standpunkt nicht von einer konkludenten Abnahme durch Ingebrauchnahme ausgegangen werden, da die notariellen Verträge unter V. 2. und 3. detaillierte, als Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendete Regelungen zum Abnahmeprozedere mit tendenziell die Beklagte zu 1) begünstigender Wirkung enthalten, die – jedenfalls teilweise – unwirksam sind, was eine Berufung der Beklagten auf eine stillschweigende Abnahme wegen widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) ausschließt. Eine Abnahme ist auch nicht im Hinblick darauf anzunehmen, dass die Klägerin sich nunmehr das Vorbringen der Beklagten zur erfolgten Abnahme hilfsweise zu Eigen macht. Ungeachtet einer möglichen Verspätung und der Zulässigkeit eines solchen Parteivortrags im Allgemeinen oder im konkreten Fall widerspricht es jedenfalls der zweitinstanzlich vorgelegten Erklärung der (neuen) Verwalterin der Klägerin (Anlage K 20), wonach „rein vorsorglich und hilfsweise nochmals ausdrücklich die Verweigerung der Abnahme erklärt werden (soll)“, „soweit mit der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche und der Erhebung der Kostenvorschussklage keine konkludente Verweigerung der Abnahme erklärt wurde“. Da es sich bei der Beurteilung, ob der Sachverständige N zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Wirkung für und gegen die Klägerin berechtigt war und/oder ob das (sonstige) Verhalten der Klägerin bzw. der Wohnungseigentümer als konkludente Abnahme einzuordnen ist, um Rechtsfragen handelt, kann die Klägerin sich das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten auch nicht mit der Rechtsfolge hilfsweise zu Eigen machen, dass eine Abnahme(-fiktion) anzunehmen wäre.

Abweichend von der Auffassung des Landgerichts ist die Klägerin aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles allerdings ausnahmsweise berechtigt, abweichend vom Regelfall auch ohne eine solche Abnahme(-fiktion) ausnahmsweise Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Ob die o.g. Voraussetzungen eines solchen (sonstigen) Ausnahmefalls vorliegen, erscheint zwar nicht zweifelsfrei, kann im Ergebnis jedoch dahinstehen können, weil sich die Beklagten hierauf jedenfalls nach Treu und Glauben nicht berufen können. 54

Dass die Beklagte zu 1) das aus ihrer Sicht fertiggestellte und mangelfreie Werk abgeliefert hat, ergibt sich jedenfalls aus der Einschaltung des Sachverständigen N „in Vertretung der Wohnungs-Eigentümergemeinschaft“ und dessen Bestätigung vom 28.7.2006, dass alle im Abnahmeprotokoll vom 31.5.2006 erwähnten Beanstandungen ordnungsgemäß behoben worden und die Rissbildungen im Oberboden der Tiefgarage „bautechnisch als unbedenklich einzustufen“ seien, sowie der darauf gestützten Auffassung der Beklagten, dass dadurch eine wirksame Abnahme mit Wirkung gegenüber der Klägerin und deren Mitgliedern erfolgt sei. Allerdings kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte zu 1) eine (weitere) Mangelbeseitigung endgültig abgelehnt hat, da sich Antwortschreiben auf die Mangelbeseitigungsaufforderungen der Klägerin vom 17.3.2011 und ihres Prozessbevollmächtigten vom 20.5.2011 nicht bei den Akten befinden. Selbst nach dem Klägervortrag hat die Beklagte zu 1) vielmehr offenbar überhaupt nicht auf die Schreiben reagiert, so dass anschließend das selbstständige Beweisverfahren eingeleitet wurde. Die Reaktion der Beklagten zu 1) vom 25.9.2012 auf die Aufforderung zur Zahlung eines Kostenvorschusses mit Schreiben der Klägerin vom 6.9.2012 wurde ebenfalls nicht vorgelegt. Nach der Darstellung in der Berufungserwiderung der Nebenintervenienten zu 3) und 4) soll die Beklagte zu 1) darin zum Ausdruck gebracht haben, dass der Ausgang des selbstständigen Beweisverfahrens abgewartet werden solle. Dies ist auch der Antwort der Klägerin vom 11.10.2012 zu entnehmen, so dass daraus ebenfalls keine endgültige Verweigerung einer Mangelbeseitigung entnommen werden kann. Auch zweitinstanzlich zeigt 55

die Klägerin nicht auf, dass und ggf. in welcher Weise die Beklagte zu 1) eine (ausdrückliche oder zumindest konkludente) Verweigerung der Mangelbeseitigung erklärt hat, sondern beruft sich darauf, dass sie den Aufforderungen nicht nachgekommen sei und das Vorhandensein von Mängeln in Abrede gestellt habe. Ob die Rechtsverteidigung im selbstständigen Beweisverfahren oder im vorliegenden Prozess einschließlich der Erhebung der Verjährungseinrede als endgültige Verweigerung der Beseitigung etwaiger Mängel, zu deren Klärung die Verfahren gerade dien(t)en, verstanden werden kann oder nur eine berechtigte Interessenwahrnehmung ohne solchen Erklärungswert darstellt, erscheint indes zweifelhaft. Eine (konkludente) Kündigung des Vertragsverhältnisses wegen Vertrauensverlusts ist ebenfalls nicht erfolgt.

Selbst wenn man nach dem Vorstehenden davon ausgeht, dass die Voraussetzungen eines in der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmefalls mangels Verweigerung der Mangelbeseitigung nicht (vollständig) erfüllt sind, ist die Klägerin entsprechend diesen Rechtsgrundsätzen unter Berücksichtigung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 25.2.2016 – VII ZR 49/15, in: MDR 2016, 515 f., und vom 12.5.2016 – VII ZR 171/15, in: MDR 2016, 762 f.) zur Unwirksamkeit von Abnahmeklauseln in Bauträgerverträgen jedoch auch ohne (wirksame) Abnahme jedenfalls nach § 242 BGB berechtigt, Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, weil die Beklagte zu 1) durch die Einschaltung des Sachverständigen N und dessen Bestätigung der Mangelfreiheit des Gemeinschaftseigentums jedenfalls den Anschein einer wirksamen Abnahme gesetzt hat, was nach Auffassung des Senats zusammen mit der Behauptung einer solchen Abnahme und dem Negieren von Mängeln ausreicht, um eine Berufung auf das Fehlen einer Abnahme treuwidrig erscheinen zu lassen. Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Beginns der Verjährungsfrist ergeben sich dabei entgegen den von den Beklagten geäußerten Bedenken nicht, da hierfür auf den Zeitpunkt der vermeintlichen Abnahme (27.7.2006) abzustellen sein wird. Im Übrigen erscheint es auch nicht – wie die Beklagten meinen – gerechtfertigt, dass sich diesbezügliche Unsicherheiten allein zu Lasten der Klägerin auswirken, da sie maßgeblich darauf zurückzuführen sind, dass in den Notarverträgen eine unwirksame Abnahmeklausel verwendet wurde und die Beklagten sich hierauf gleichwohl berufen (haben). 56

c. Ein Kostenvorschussanspruch der Klägerin ist entgegen dem von den Beklagten verfochtenen Standpunkt auch nicht verjährt. 57

Nach dem oben Gesagten begann die fünfjährige Verjährungsfrist (frühestens) mit der „Abnahme“ durch den Sachverständigen N am 27.7.2006 und wäre deshalb ohne verjährungshemmende Maßnahmen am 27.7.2011 abgelaufen. Zuvor wurde am 27.5.2011 die Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens 14 OH 12/11 (Landgericht Köln) beantragt, das unstreitig die vorliegend in Rede stehenden Mängel des Gemeinschaftseigentums betrifft und zu dessen Einleitung die Klägerin aufgrund des Beschlusses der Eigentümerversammlung vom 18.5.2011 berechtigt war. Dieses Verfahren ist entgegen der Darstellung der Beklagten nicht mit dem 2. Ergänzungsgutachten des Sachverständigen X vom 14.4.2014 beendet. Abgesehen davon, dass es ein 3. Ergänzungsgutachten vom 28.9.2015 gibt, war offenbar eine Sachverständigenanhörung beabsichtigt und das selbstständige Beweisverfahren wurde seit der letzten Gutachtenerstattung anscheinend nur deshalb nicht weiter betrieben, weil die Akten zum vorliegenden Verfahren beigezogen wurden und die Klärung der Beweisfragen naheliegend darin erfolgen sollte. Dementsprechend wurde auch am 29.2.2016 der Sachverständige X angehört. Jedenfalls wäre selbst nach der Berechnung der Beklagten unter Berücksichtigung des letzten Gutachtens ein Ende der Hemmungswirkung erst am 28.12.2015 eingetreten. Die 58

vorliegende Klage wurde jedoch bereits am 7.12.2012 eingereicht und war zur Hemmung der Verjährungsfrist geeignet, weil sich die Prozessführungsbefugnis der Klägerin nach dem Vorstehenden (spätestens) aus dem Beschluss vom 25.10.2012 ergibt.

Zu einem abweichenden Ergebnis gelangen die Beklagten nur deshalb, weil sie von einer früheren Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens und davon ausgehen, dass die Prozessführungsbefugnis der Klägerin frühestens durch die (angebliche) Beschlussfassung vom 29.8.2016 begründet worden sei. 59

d. Das Vorliegen von Mängeln kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, sondern erscheint aufgrund der bisherigen Feststellungen, u.a. des Sachverständigen X, im Gegenteil naheliegend. Eine abschließende Beurteilung bleibt dem Landgericht vorbehalten, das sich in dem angefochtenen Urteil damit nicht befasst hat. 60

Auch mit der Höhe eines etwaigen Kostenvorschussanspruchs muss sich das Landgericht noch auseinander setzen. 61

Hierzu bedarf es einer Fortsetzung der Beweisaufnahme unter Berücksichtigung der von den Beklagten und ihren Streithelfern erhobenen Einwände gegen die bisherigen Feststellungen des Sachverständigen X, die sich als aufwändig i.S.d, § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO darstellt und zu deren eigener Durchführung der Senat in Ausübung des ihm zustehenden Ermessens auch im Hinblick darauf keinen Anlass sieht, dass den Parteien anderenfalls eine Instanz verloren ginge, weil es an einer erstinstanzlichen Sachentscheidung über Grund und Höhe der in Rede stehenden Ansprüche bislang fehlt. Daher ist in solchen Fällen regelmäßig eine Zurückverweisung geboten (vgl. etwa OLG München, Urteil vom 14.2.2014 - 10 U 3074/13, in: Schaden-Praxis 2014, 293 f.). Vorliegend spricht nichts dafür, von diesem Grundsatz abzuweichen. 62

2. Nach dem Vorstehenden erfolgte auch die Abweisung des auf Feststellung einer weitergehenden Ersatzpflicht der Beklagten gerichteten Klageantrags zu 2) zu Unrecht. Dabei handelt es sich – wie der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der Berufungsverhandlung bestätigt hat - entgegen der etwas missverständlichen Formulierung nicht um die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs, sondern eines „Annexanspruchs“ in Bezug auf den mit dem Klageantrag zu 1) geltend gemachten Vorschussanspruch für den Fall, dass die bislang kalkulierten Kosten nicht ausreichen oder sich bei der Durchführung weitere Mängel/Schäden zeigen. Ein diesbezügliches schutzwürdiges Feststellungsinteresse der Klägerin lässt sich nicht verneinen. Darauf wurde die Klageabweisung vom Landgericht insoweit auch nicht gestützt, sondern eine einheitliche Betrachtung mit dem Klageantrag zu 1) vorgenommen. 63

3. Auf die für den Fall, dass der Klägerin ein Kostenvorschussanspruch nicht zustehen sollte, gestellten Klageanträge zu 3) und 4) auf Schadensersatz in Höhe des Nettobetrags der Mangelbeseitigungskosten („kleiner“ Schadensersatz gemäß §§ 634 Nr. 4, 636 BGB) kommt es nicht an, falls nach der erstinstanzlich fortzusetzenden Beweisaufnahme ein Kostenvorschussanspruch (in Höhe der Bruttobeträge) besteht, der nach dem Vorstehenden jedenfalls nicht mit der Begründung des angefochtenen Urteils abgelehnt werden kann. 64

Allerdings könnte eine Klageabweisung auch bei unterstellter Unzulässigkeit oder (teilweiser) Unbegründetheit der Klageanträge zu 1) und 2) jedenfalls unter Berücksichtigung des zweitinstanzlichen Vorbringens der Klägerin nicht ohne Weiteres erfolgen. Insoweit weist das Landgericht zwar zutreffend darauf hin, dass der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Wahlrecht zwischen Minderung und Schadensersatz zusteht (vgl. auch Pastor, a.a.O., Rn 65

488 m.w.N.). Selbst wenn man davon ausgeht, dass dieses Wahlrecht nicht bereits vorprozessual dahingehend ausgeübt wurde, dass – hilfsweise zum Kostenvorschuss - Schadensersatz und nicht Minderung verlangt werden soll, da die Beschlüsse der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 18.5.2011 und vom 25.10.2012 insoweit tatsächlich keine ausdrückliche oder zumindest andeutungsweise Regelung beinhalten, fehlt es jedenfalls an einem aus den unter 1. a. dargelegten Gründen erforderlichen gerichtlichen Hinweis, welcher der Klägerin die Gelegenheit gegeben hätte, ergänzend vorzutragen und/oder eine entsprechende Beschlussfassung herbeizuführen, wie sie sich nunmehr aus dem Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 29.8.2016 (Anlage K 19) ergibt, durch den die Ausübung des Wahlrechts auf die Verwalterin übertragen wurde, die es ausweislich der Anlage K 20 anschließend dahingehend ausgeübt hat, dass eine Geltendmachung entsprechend der Klageanträge erfolgen soll. Das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin ist aus den oben dargelegten Gründen wegen der erstinstanzlichen Hinweispflichtverletzung zweitinstanzlich zu berücksichtigen, zumal es insoweit selbst an einem „Hinweis“ der Beklagten bzw. ihrer Streithelfer fehlt.

Falls es darauf ankommt, müsste jedoch ggf. die Berechtigung der Einwände der Beklagten und ihrer Streithelfer gegen die Existenz/Authentizität und Wirksamkeit der Beschlussfassung vom 29.8.2016 geklärt werden. 66

4. Vom Erfolg der Klageanträge zu 1) und 2) bzw. 3) und 4) hängt auch der des auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten gerichteten Klageantrags zu 5) ab. 67

III. 68

Die Kostenentscheidung ist der erstinstanzlichen Schlussentscheidung vorzubehalten (vgl. Zöller/Heßler, a.a.O., § 538 ZPO Rn 57). 69

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO (vgl. zur möglichen Vollstreckung des aufhebenden und zurückverweisenden Urteils: Zöller/Heßler, a.a.O., § 538 ZPO Rn 58). 70

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Streitentscheidend sind Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Auslegung von Beschlüssen einer Wohnungseigentümergemeinschaft und die Beurteilung der Frage, ob die Beklagte zu 1) aufgrund von Besonderheiten des vorliegenden Falles gehindert ist, sich auf das Fehlen einer wirksamen Abnahme zu berufen. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. Vor diesem Hintergrund ist eine von den Beklagten beantragte Revisionszulassung auch nicht deshalb geboten, weil die Entscheidung des Senats von dem Grundsatz abweichen würde, dass Gewährleistungsansprüche in der Regel erst nach einer Abnahme geltend gemacht werden können. 71

Berufungsstreitwert: bis 230.000,00 € 72

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE