



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 290/19

Verkündet am:
26. Februar 2021
Rinke
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WEG aF § 28 Abs. 3 (= WEG nF § 28 Abs. 2 Satz 2); BGB § 637 Abs. 3

Soll der Verwalter die Jahresabrechnung nur vorlegen, um den Wohnungseigentümern die Beschlussfassung über die Einforderung von Nachschüssen und die Anpassung von Vorschüssen zu ermöglichen, und wird deshalb nur die Erstellung des Zahlenwerks verlangt, ist die Aufstellung der Jahresabrechnung eine vertretbare Handlung, auf die § 637 Abs. 3 BGB anzuwenden ist (Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 23. Juni 2016 - I ZB 5/16, ZfIR 2016, 750).

BGH, Urteil vom 26. Februar 2021 - V ZR 290/19 - LG Frankfurt am Main
AG Frankfurt am Main

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 2020 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Brückner, den Richter Dr. Göbel und die Richterin Haberkamp

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 18. November 2019 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte war vom 25. Juli 2005 bis zum 3. September 2009 zur Verwalterin der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft bestellt. Im Rahmen dieser Tätigkeit erstellte sie die Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008. Die Beschlüsse, durch die die Jahresabrechnungen für 2005 bis 2007 genehmigt worden waren, wurden gerichtlich für ungültig erklärt. Daraufhin erstellte die Beklagte diese Abrechnungen neu. Auf der Eigentümerversammlung vom 9. November 2012 wurden weder die neu erstellten Abrechnungen für 2005 bis 2007 noch die Abrechnung für das Jahr 2008 genehmigt. Die Wohnungseigentümer beschlossen vielmehr, einen Rechtsanwalt zu beauftragen, die Beklagte mit Fristsetzung aufzufordern, „die vorliegenden fehlerhaften und unschlüssigen Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 ... schlüssig und nachvollziehbar

neu zu erstellen“. Die Beklagte wurde mit anwaltlichem Schreiben vom 14. Dezember 2012 zur Neuerstellung der vier Jahresabrechnungen aufgefordert. Sie ließ mit anwaltlichem Schreiben vom 25. Januar 2013 mitteilen, die erneute Erstellung der Jahresabrechnungen werde abgelehnt, weil die Abrechnungen formell und materiell richtig seien und den gesetzlichen Vorgaben sowie der Rechtsprechung entsprächen.

- 2 Die Klägerin verlangt von der Beklagten in erster Linie Zahlung eines Vorschusses für die Neuerstellung der Jahresabrechnungen für 2005 bis 2008 in Höhe von 3.808 € nebst Zinsen sowie Ersatz nicht anrechenbarer außergerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 642,60 €, hilfsweise die Neuerstellung der genannten Abrechnungen. Das Amtsgericht hat die Beklagte unter Abweisung des Hauptantrags zur Neuerstellung der Abrechnungen verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht die Beklagte bis auf einen Teil der Zinsen nach dem Hauptantrag verurteilt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, mit der sie weiterhin die Zurückweisung der Berufung der Klägerin erreichen will. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

- 3 Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann die Klägerin von der Beklagten nach § 637 Abs. 3 BGB einen Vorschuss für die Neuerstellung der Jahresabrechnungen verlangen. Auf diese Vorschrift könne sich die Klägerin stützen, weil die Verpflichtung des Verwalters zur Aufstellung der Jahresabrechnung

als Teil der ihm obliegenden Geschäftsbesorgung einen werkvertraglichen Charakter habe. Es werde nämlich der Abrechnungserfolg geschuldet; dieser trete erst mit der Vorlage einer mangelfreien Abrechnung ein. Der Anwendung von § 637 Abs. 3 BGB stehe die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen. Dieser vertrete zwar die Auffassung, dass ein Verwalter, der über einen Zeitraum abrechnen solle, für den er zum Verwalter bestellt gewesen sei, eine nicht vertretbare Leistung zu erbringen habe, weil er auch zur Versicherung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Abrechnung an Eides statt verpflichtet sei. Entschieden habe der Bundesgerichtshof das aber nur für die Vollstreckung eines auf Erstellung einer Abrechnung lautenden Urteils. Daraus folge nicht, welche Ansprüche der Eigentümergemeinschaft in Bezug auf die Erstellung der Abrechnung zustünden. Die Abrechnung als solche könne auch von einem Dritten erstellt werden und sei keine unvertretbare Handlung. Das zeige sich daran, dass die Erstellung der Abrechnung für einen Zeitraum, in dem ein anderer Verwalter gewesen sei, als vertretbare Handlung des neuen Verwalters angesehen werde. Die von der Beklagten vorgelegten neuen Jahresabrechnungen genügten den gesetzlichen Anforderungen nicht. Die Beklagte schulde auch die durch das vorgerichtliche Schreiben entstandenen Rechtsanwaltskosten, weil sie sich vor der Beauftragung des Rechtsanwalts durch die Klägerin jedenfalls mit dem hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Erstellung wiederum neuer Jahresabrechnungen in Verzug befunden habe.

II.

- 5 1. Zugrunde zu legen ist das Wohnungseigentumsgesetz in der bis zu dem Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes vom 16. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2187) am 1. Dezember 2020 geltenden Fassung (fortan WEG aF). Die Bestimmung des anzuwendenden Rechts richtet sich, da § 48 Abs. 1 bis 4 WEG nicht einschlägig sind und § 48 Abs. 5 WEG nur das anwendbare Verfahrensrecht regelt, nach allgemeinen Grundsätzen (zu diesen Senat, Urteil vom 16. Januar 2009 - V ZR 74/08, ZfIR 2009, 514 Rn. 12 f., insoweit nicht in BGHZ 179, 230 abgedruckt, für die WEG-Reform von 2007). Danach ist das Wohnungseigentumsgesetz hier schon deshalb noch in der bis zum 30. November 2020 geltenden Fassung anzuwenden, weil der Senat noch unter Geltung des Gesetzes in dieser Fassung abschließend mündlich verhandelt hat.
- 6 2. Die Klägerin kann von der Beklagten nach § 637 Abs. 3 BGB einen Vor-schuss für die Neuerstellung der Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 verlangen.
- 7 a) Diese werkvertragliche Vorschrift ist auf die Verpflichtung des Verwal-terers einer Wohnungseigentümergeinschaft zur Aufstellung einer Jahresab-rechnung anwendbar.
- 8 aa) Der Verwaltervertrag ist allerdings ein auf Geschäftsbesorgung gerich-teter Dienstvertrag (Senat, Urteile vom 18. Februar 2011 - V ZR 197/10, NZM 2011, 454 Rn. 18 und vom 16. Februar 2018 - V ZR 89/17, ZfIR 2018, 455 Rn. 15; BGH, Urteil vom 28. April 1993 - VIII ZR 109/92, NJW-RR 1993, 1227, 1228). Nach dem Verwaltervertrag und dem Wohnungseigentumsgesetz schuldet der Verwalter aber auch erfolgsbezogene Tätigkeiten. Dazu gehört die Aufstellung der Jahresabrechnung, zu der der Verwalter nach § 28 Abs. 3 WEG aF verpflich-

tet war und nach § 28 Abs. 2 Satz 2 WEG weiterhin verpflichtet ist. Danach schuldet der Verwalter nicht nur ein Tätigwerden, sondern einen Erfolg. Er hat die Belege auszuwerten und als Ergebnis dieser Auswertung eine Jahresabrechnung aufzustellen, die dieses Ergebnis in beschlussfähiger Form darstellt, und diese Jahresabrechnung den Wohnungseigentümern zur Vorbereitung der Beschlussfassung vorzulegen. Dieser Teil seiner Tätigkeit hat damit einen werkvertraglichen Charakter.

9

bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet ein gemischter Vertrag ein einheitliches Ganzes und kann deshalb bei der rechtlichen Beurteilung nicht in dem Sinn in seine verschiedenen Bestandteile zerlegt werden, dass etwa auf den Dienstvertragsanteil Dienstvertragsrecht und auf den Werkvertragsanteil Werkvertragsrecht anzuwenden wäre. Der Eigenart des Vertrags wird vielmehr grundsätzlich nur die Unterstellung unter ein einziges Vertragsrecht gerecht, nämlich dasjenige, in dessen Bereich der Schwerpunkt des Vertrags liegt. Eine solche rechtliche Einordnung schließt es freilich nicht aus, auch Bestimmungen des Vertragsrechts heranzuziehen, bei dem der Schwerpunkt des Vertrags nicht liegt, wenn allein hierdurch die Eigenart des Vertrags richtig gewürdigt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2019 - XII ZR 8/19, BGHZ 223, 225 Rn. 12 mwN). So liegt es bei der Aufstellung der Jahresabrechnung. Störungen bei der Erbringung dieser erfolgsbezogenen Leistung lassen sich mit der Anwendung des Dienstvertragsrechts nicht sachgerecht bewältigen. Vielmehr ist insoweit das Werkvertragsrecht anzuwenden (OLG Hamm, OLGZ 1994, 32, 33 f.). Der Verwalter ist beispielsweise verpflichtet, eine fehlerhafte Jahresabrechnung nachzubessern oder eine unbrauchbare Jahresabrechnung durch eine prüf- und beschlussfähige Jahresabrechnung zu ersetzen (vgl. BayObLG, ZMR 1999, 185 f.; OLG Hamm, NZM 1998, 923 f.; Erman/Grziwotz, BGB,

16. Aufl., § 28 WEG Rn. 4 a.E.; Jennißen in Jennißen, WEG, 6. Aufl., § 28 Rn. 156 f.; Staudinger/Häublein, BGB [2018], § 28 WEG Rn. 240).

- 10 b) Zu den auf die Verpflichtung des Verwalters zur Aufstellung der Jahresabrechnung anwendbaren Vorschriften des Werkvertragsrechts gehört die Vorschrift des § 637 Abs. 3 BGB, wenn (zur Beschlussvorbereitung) nur das Zahlenwerk verlangt wird.
- 11 aa) Ein Anspruch auf Vorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB setzt allerdings voraus, dass die Erstellung der Jahresabrechnung eine vertretbare Handlung ist. Andernfalls wäre der Besteller - hier die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer - nicht imstande, sie selbst aufzustellen oder durch einen kundigen Dritten aufstellen zu lassen. Dann käme auch ein Vorschuss nicht in Betracht.
- 12 bb) Die Beantwortung der damit aufgeworfenen Frage danach, ob die Aufstellung der Jahresabrechnung durch den Verwalter eine vertretbare oder eine nicht vertretbare Handlung ist, bestimmt sich danach, ob der Verwalter nur das Zahlenwerk der Abrechnung erstellen oder auch versichern soll, die bei seiner Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums angefallenen Einnahmen und Ausgaben nach bestem Wissen vollständig angegeben zu haben. Strebt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit der Vorlage der Jahresabrechnung durch den Verwalter auch oder nur die Rechnungslegung zur Kontrolle seiner Amtsführung an, was unter den Voraussetzungen von bislang § 28 Abs. 4 WEG aF, § 259 Abs. 2 BGB und heute von § 666, § 259 Abs. 2 BGB möglich ist, und verlangt sie von ihm uneingeschränkt die Aufstellung der Jahresabrechnung und damit auch die Versicherung, alle Einnahmen und Ausgaben nach bestem Wissen angegeben zu haben, ist die Aufstellung der Jahresabrechnung eine unvertretbare Handlung, auf die § 637 Abs. 3 BGB keine Anwendung findet. Soll der

Verwalter die Jahresabrechnung dagegen nur vorlegen, um den Wohnungseigentümern die (nunmehr in § 28 Abs. 2 Satz 1 WEG vorgeschriebene) Beschlussfassung über die Einforderung von Nachschüssen und die Anpassung von Vorschüssen zu ermöglichen, und wird deshalb nur die Erstellung des Zahlenwerks verlangt, ist die Aufstellung der Jahresabrechnung eine vertretbare Handlung, auf die § 637 Abs. 3 BGB anzuwenden ist. Dieser zweite Fall liegt hier vor.

- 13 (1) Die Aufstellung der Jahresabrechnung, zu der der Verwalter vor dem 1. Dezember 2020 nach § 28 Abs. 3 WEG aF verpflichtet war und heute nach § 28 Abs. 2 Satz 2 WEG verpflichtet ist, erfordert, für sich betrachtet, eine Auswertung der Belege und die Darstellung der Ergebnisse dieser Auswertung in einer Einnahmen- und Ausgabenrechnung, mithin die Erstellung eines Zahlenwerks (vgl. Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 738). Dieses Zahlenwerk hat in der Wohnungseigentümergeinschaft eine doppelte Funktion. Es enthält in Gestalt der Gesamtabrechnung die "Rechnung", die der Verwalter zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur Rechnungslegung gemäß den hier noch anwendbaren § 28 Abs. 4 WEG aF, § 259 Abs. 1 BGB (seit dem 1. Dezember 2020: §§ 675, 666, § 259 Abs. 1 BGB) vorzulegen hat. Das mit der Jahresabrechnung erstellte Zahlenwerk ist darüber hinaus die unverzichtbare Unterlage zur Vorbereitung der Beschlüsse, die die Wohnungseigentümer zur Finanzierung ihrer Gemeinschaft zu fassen haben.

- 14 (a) Im Unterschied zu den Mitgliedern anderer rechtsfähiger Personenverbände haben die Wohnungseigentümer ihrer Gemeinschaft keine Beiträge zu leisten, die auf Dauer und auch dann im Verbandsvermögen verbleiben, wenn die Verfolgung der Verbandsziele weniger Mittel erfordert. Die Wohnungseigentümer haben der Gemeinschaft nach § 28 Abs. 2 WEG aF (heute: § 28 Abs. 1

Satz 1 WEG) durch - abzurechnende - Vorschüsse die Mittel zur Verfügung zu stellen, die für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums benötigt werden. Die Höhe dieser Vorschüsse haben die Wohnungseigentümer jährlich im Voraus auf der Grundlage eines Wirtschaftsplans zu beschließen (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 WEG aF, § 28 Abs. 1 Satz 1 WEG nF). Auf der Grundlage der Jahresabrechnung zur Abrechnung dieses Wirtschaftsplans haben sie gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 WEG nach Ablauf des Kalenderjahres durch Beschluss über die Einforderung von Nachschüssen oder die Anpassung der Vorschüsse (negative bzw. positive Abrechnungsspitze) zu entscheiden. Dazu umfasst die Jahresabrechnung nicht nur die Gesamtabrechnung, die inhaltlich der Rechnung entspricht, die der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft auf Verlangen vorzulegen hat, sondern auch die Einzelabrechnungen, mit denen die Positionen der Gesamtabrechnung den Wohnungseigentümern zugeordnet werden und die nicht Teil der Rechnungslegung sind (Jacoby, ZWE 2011, 61, 63).

- 15 (b) Diese Beschlüsse können und dürfen die Wohnungseigentümer nicht ohne das Zahlenwerk der Jahresabrechnung fassen. Ohne dieses Zahlenwerk können sie nicht feststellen, ob die Vorschüsse für das abgelaufene Kalenderjahr ausgereicht haben, Nachzahlungen erforderlich oder Erstattungen zu veranlassen und wie die Ergebnisse der Gesamtabrechnung den einzelnen Wohnungseigentümern zuzuordnen sind. Ohne die Jahresabrechnung lässt sich letztlich auch der Wirtschaftsplan für das neue Kalenderjahr nicht erstellen, weil keine Grundlage für die Anpassung des Wirtschaftsplans des abgelaufenen Kalenderjahres vorhanden wäre. Im Ergebnis könnten die Wohnungseigentümer ohne das Zahlenwerk der Jahresabrechnung die Finanzierung ihrer Gemeinschaft nicht sicherstellen. In dieser Funktion unterscheidet sich die Jahresabrechnung des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft von der Abrechnung etwa des Vermieters über die Abrechnung der Betriebskosten.

- 16 (2) Diesen beiden unterschiedlichen Funktionen der Jahresabrechnung entsprechen unterschiedliche, konkurrierende Ansprüche der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.
- 17 (a) Die Gemeinschaft kann von dem Verwalter nach einem entsprechenden Beschluss der Wohnungseigentümer gemäß §§ 675, 666, § 259 Abs. 1 BGB die Mitteilung einer Rechnung verlangen, die inhaltlich, wie ausgeführt, der Gesamtabrechnung entspricht. Die Erstellung und Mitteilung dieser Rechnung ist nach der Rechtsprechung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Vollstreckungsrecht eine unvertretbare Handlung. Die vorgelegte (Gesamt-)Jahresabrechnung enthalte nämlich die konkludente Erklärung des Verwalters, die bei seiner Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums angefallenen Einnahmen und Ausgaben nach bestem Wissen vollständig angegeben zu haben. Sie setze besondere Kenntnisse voraus, die nur der Verwalter haben könne, und sei deshalb eine nicht vertretbare Handlung (vgl. zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 23. Juni 2016 - I ZB 5/16, ZfIR 2016, 750 Rn. 10, 18, 24).
- 18 (b) Der Verwalter hat die (Gesamt-)Jahresabrechnung aber auch unabhängig von seiner Verpflichtung zur Rechnungslegung zu erstellen und den Wohnungseigentümern vorzulegen. Das gilt erst recht für die Einzelabrechnungen. Den Verwalter trifft zwar nicht in jedem Fall die Pflicht, den Wohnungseigentümern zur Vorbereitung ihrer Beschlussfassung Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Wann eine solche Vorbereitung erforderlich ist, hängt von dem Beschlussgegenstand und den auszuwertenden Unterlagen bzw. Informationen ab (vgl. Vandenhouten in Niefenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, WEG, 13. Aufl., § 23 Rn. 73). Dazu ist der Verwalter aber verpflichtet, wenn sich die Wohnungs-

eigentümer anders nicht sachgerecht auf die Beschlussfassung vorbereiten können (Senat, Urteil vom 13. Januar 2012 - V ZR 129/11, NJW-RR 2012, 343 Rn. 12). Diese Voraussetzung ist bei den auf Grund der Jahresabrechnung zu fassenden Beschlüssen gegeben (Senat, Urteil vom 24. Januar 2020 - V ZR 110/19, ZfIR 2020, 547 Rn. 11 mwN). Deshalb schreibt § 28 Abs. 2 Satz 2 WEG - deutlicher als § 28 Abs. 3 WEG aF - vor, dass der Verwalter solche Beschlüsse durch die Vorlage einer Abrechnung des Wirtschaftsplans, die auch eine Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben umfasst, vorzubereiten hat.

19 (c) Eine Verletzung seiner Beschlussvorbereitungspflicht durch den Verwalter kann und darf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht hinnehmen.

20 (aa) Die Wohnungseigentümer dürfen von einer Beschlussfassung über die Abrechnung des Wirtschaftsplans (vgl. § 28 Abs. 2 Satz 2 WEG) und insbesondere über die Einforderung von Nachschüssen bei unzureichenden Vorschüssen und die Auskehrung überzahlter Vorschüsse nicht absehen. Sie sind vielmehr verpflichtet, die erforderlichen Beschlüsse zu fassen, und zwar auch dann, wenn die abzurechnenden Kalenderjahre - wie hier - weit zurückliegen. Die gebotene Beschlussfassung setzt aber nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung die Vorbereitung der Beschlussfassung durch eine Jahresabrechnung voraus. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann und muss deshalb dafür Sorge tragen, dass eine beschlussfähige Jahresabrechnung erstellt wird, und diese notfalls durch einen Dritten erstellen lassen (dazu: OLG Düsseldorf, ZWE 2007, 308, 309 f.; Bärmann/Becker, WEG, 14. Aufl., § 28 Rn. 104; BeckOGK/Hermann, WEG [1.11.2020], § 28 Rn. 114; T. Spielbauer in Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl., § 28 Rn. 29, S. 879 f.).

21 (bb) Dazu kann sie von dem Verwalter zunächst Nacherfüllung verlangen. Legt dieser nämlich keine Jahresabrechnung vor, die eine Beschlussfassung zur Abrechnung des Wirtschaftsplans für das abgelaufene Kalenderjahr gemäß § 28 Abs. 2 WEG erlaubt, verletzt er seine Beschlussvorbereitungspflicht (vgl. BT-Drucks. 19/18791 S. 77). Die Pflichtverletzung löst nach § 634 Nr. 1 BGB zunächst einen Nacherfüllungsanspruch der Gemeinschaft gegen den Verwalter aus. Dieser ist verpflichtet, eine neue oder korrigierte Jahresabrechnung vorzulegen, wenn die vorgelegte sich, etwa - wie hier - nach einer Beschlussanfechtungsklage, als fehlerhaft erweist. Scheitert - wie ebenfalls hier - die Nacherfüllung, kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die in § 634 Nr. 2 bis 4 BGB bestimmten Sekundäransprüche gegen den Verwalter geltend machen. Dazu gehört nicht nur der im Ergebnis allgemein anerkannte Anspruch der Gemeinschaft auf Ersatz des der Gemeinschaft durch die Beauftragung eines Dritten mit der Erstellung der für die Beschlussfassung erforderlichen Jahresabrechnung entstehenden Schadens (vgl. OLG Düsseldorf, OLGR 2003, 59, 61; KG, NJW-RR 1993, 529; Bärmann/Becker, WEG, 14. Aufl., § 28 Rn. 110; BeckOGK/Hermann [1.11.2020], § 28 WEG Rn. 114; BeckOK WEG/Bartholome [1.8.2020], § 28 Rn. 37; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 28 Rn. 105; Niedenführ in Niedenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 28 Rn. 229; Soergel/Zander, BGB, 13. Aufl., § 28 WEG Rn. 93; Staudinger/Häublein, BGB [2018], § 28 WEG Rn. 316). Vielmehr kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die zur Beschlussvorbereitung erforderliche Jahresabrechnung nach § 637 Abs. 1 BGB selbst erstellen bzw. erstellen lassen und von dem Verwalter Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen und im Vorgriff hierauf unter den Voraussetzungen von § 637 Abs. 3 BGB einen Vorschuss verlangen.

22 (cc) Zur Beschlussvorbereitung kann die Jahresabrechnung auch ohne besondere Kenntnisse des amtierenden Verwalters erstellt werden. Das hat der

Senat für die Jahresabrechnung durch einen Verwalter entschieden, der im laufenden Kalenderjahr die Geschäfte von dem bisherigen Verwalter übernimmt (vgl. Senat, Urteil vom 16. Februar 2018 - V ZR 89/17, ZfIR 2018, 455 Rn. 19). Für das Recht der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, nach gescheiterter Nacherfüllung unter den Voraussetzungen von § 637 Abs. 1 BGB zur Beschlussvorbereitung die Jahresabrechnung als Zahlenwerk durch einen Dritten erstellen zu lassen, gilt nichts anderes.

23 (3) Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann und wird zwar in der Regel nicht nur ein Interesse an der Vorlage der Jahresabrechnung zur Beschlussvorbereitung, sondern auch ein Interesse an der Versicherung des Verwalters (§ 28 Abs. 4 WEG aF bzw. heute § 666 BGB jeweils i.V.m. § 259 BGB) haben, die bei seiner Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums angefallenen Einnahmen und Ausgaben nach bestem Wissen vollständig angegeben zu haben. Sie wird deshalb regelmäßig nicht nur ihren Anspruch auf Aufstellung der Jahresabrechnung zur Beschlussvorbereitung, sondern auch ihren Anspruch auf Rechnungslegung geltend machen und deshalb nicht nur das Zahlenwerk, sondern auch die Versicherung verlangen. Anders kann es aber liegen, wenn dem Verwalter die Vorlage einer beschlussfähigen Jahresabrechnung nicht gelungen ist und es der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nur noch darum geht, möglichst rasch zu einer Beschlussfassung über Nachzahlungen und Erstattungen aus den abzurechnenden Kalenderjahren zu gelangen. Es kann und wird dann regelmäßig auch ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen, zunächst nur die Erstellung der Jahresabrechnung zur Beschlussvorbereitung zu verlangen und über die Geltendmachung des Anspruchs auf Rechnungslegung später zu entscheiden. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann sich dann auf die Geltendmachung ihres Beschlussvorbereitungsanspruchs beschränken und von

dem Verwalter nur die Erstellung der Jahresabrechnung als Zahlenwerk verlangen. Der I. Zivilsenat hat auf Anfrage mitgeteilt, dass sein Beschluss vom 23. Juni 2016 (I ZB 5/16, ZfIR 2016, 750 Rn. 18) dieser Beurteilung nicht entgegensteht.

24 c) Hier sind die Beschlüsse der Wohnungseigentümer über die von der verklagten Verwalterin erstellten Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2007 gerichtlich aufgehoben worden. Die Wohnungseigentümer sehen sich außerstande, auf der Grundlage der von der Beklagten vorgelegten neuen Jahresabrechnungen 2005 bis 2007 und der neuen Jahresabrechnung für das Jahr 2008 die erforderlichen Beschlüsse zu fassen. Die Klägerin verlangt deshalb von der Beklagten die Erstellung der Jahresabrechnung nur noch als Zahlenwerk zur Beschlussvorbereitung. Hierfür kann sie unter den Voraussetzungen des § 637 Abs. 3 BGB einen Vorschuss verlangen.

25 aa) Die von der Beklagten vorgelegten neuen Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 genügen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Anforderungen ordnungsmäßiger Verwaltung nicht. Diese Feststellungen greift die Revision nicht an. Einer Fristsetzung bedurfte es nach § 637 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht, weil die Beklagte die Neuerstellung der Jahresabrechnung mit anwaltlichem Schreiben vom 25. Januar 2013 ernsthaft und endgültig abgelehnt hat.

26 bb) Die Geltendmachung des Vorschussanspruchs setzte hier auch nicht die Abnahme der Jahresabrechnungen voraus.

27 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Besteller (hier die Wohnungseigentümergeinschaft) Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB gegenüber dem Unternehmer (hier dem Verwalter) grundsätzlich erst

nach Abnahme des Werks (hier der Jahresabrechnung) mit Erfolg geltend machen (Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13, BGHZ 213, 349 Rn. 31). Der Besteller kann jedoch in bestimmten Fällen berechtigt sein, solche Mängelrechte ohne Abnahme geltend zu machen, etwa, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13, aaO Rn. 45). Dazu führt die bloße Aufforderung des Bestellers an den Unternehmer, ihm einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels im Wege der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen zu zahlen, nicht. Denn sie ändert am Fortbestand des Erfüllungsanspruchs des Bestellers nichts (BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13, aaO Rn. 45). Anders liegt es jedoch, wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann, etwa dann, wenn er mit der Vorschussanforderung zum Ausdruck bringt, dass er unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten will und endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst wenn die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt. In dieser Konstellation kann der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren (BGH, Urteile vom 9. November 2017 - VII ZR 116/15, NJW 2018, 697 Rn. 24 und vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13, aaO Rn. 45 f.).

28 (2) Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier vor.

29 (a) Die Beklagte hat die aufgehobenen Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 neu erstellt und der Klägerin als fertiggestellt angeboten. Sie hat

es endgültig und ernsthaft abgelehnt, die von dem Verwalter der Klägerin erläuterten Mängel der neuen Abrechnungen zu beseitigen. Die Klägerin hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mehrfach ausdrücklich und nachvollziehbar erklärt, dass sie das Vertrauen in die fachliche Qualifikation der Beklagten verloren habe und dass das Vertrauensverhältnis zu der Beklagten durch deren Verhalten während des Prozesses empfindlich gestört worden sei. Damit ist das in dem Anspruch auf Erstellung neuer Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 bestehende Schuldverhältnis zu einem Abwicklungsverhältnis geworden.

30 (b) Daran ändert es entgegen der Auffassung der Revision nichts, dass die Klägerin (auf Veranlassung des Amtsgerichts) hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Erstellung neuer Jahresabrechnungen für die genannten Jahre beantragt hat. Dieser Hilfsantrag macht die Weigerung der Beklagten nicht ungeschehen, neue Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 zu erstellen. Mit ihm stellt die Klägerin auch nicht in Abrede, dass sie das Vertrauen in die handwerklichen Fähigkeiten und die Verlässlichkeit der Beklagten verloren hat. Er hat allein den Zweck, die Aufstellung der Jahresabrechnung und damit auch die Abrechnung der von den Wohnungseigentümern geleisteten Vorschüsse für den Fall sicherzustellen, dass der von der Klägerin in erster Linie verfolgte Anspruch auf Leistung eines Vorschusses aus Rechtsgründen nicht besteht.

31 3. Die Klägerin kann von der Beklagten im Ergebnis auch Ersatz der für das anwaltliche Schreiben vom 14. Dezember 2012 entstandenen Rechtsanwaltsvergütung verlangen.

32 a) Die von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ergeben den von ihm angenommenen Anspruch auf Ersatz als Verzögerungsschaden gemäß

§ 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB indessen nicht. Der Anspruch wäre zwar begründet, wenn sich die Beklagte bei Beauftragung des Rechtsanwalts zur Anfertigung dieses Schreibens bereits in Verzug befunden hätte. Angesichts des Hinweises des Rechtsanwalts auf den bereits eingetretenen Verzug am Ende seines Schreibens lässt sich auch nicht ausschließen, dass der Verwalter der Anlage die Beklagte nicht nur vor der Vorlage der neuen, wiederum unzureichenden Jahresabrechnungen, sondern auch danach, etwa nach der Wohnungseigentümerversammlung am 9. November 2012, zur Vorlage neuer zureichender Jahresabrechnungen für die Jahre 2005 bis 2008 aufgefordert hat. Festgestellt ist eine solche Aufforderung jedoch nicht.

- 33 b) Der Erstattungsanspruch der Klägerin ergibt sich aber aus § 635 Abs. 2 BGB. Bei dieser Vorschrift handelt es sich, nicht anders als bei der entsprechenden im Wesentlichen wortgleichen Vorschrift für das Kaufrecht in § 439 Abs. 2 BGB (zu dieser: BGH, Urteile vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 9, vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 37, vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 15, und vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 87), um eine eigenständige Anspruchsgrundlage (BGH, Urteil vom 17. Februar 1999 - X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813, 814; allgemeiner: BGH, Urteil vom 7. November 1985 - VII ZR 270/83, BGHZ 96, 221, 224 f.) Zu den erforderlichen Aufwendungen zum Zwecke der Nacherfüllung, die danach zu ersetzen sind, können auch Rechtsanwaltskosten gehören. Voraussetzung hierfür ist, dass der Einsatz des Rechtsanwalts dem Besteller die Durchsetzung seines Nacherfüllungsanspruchs ermöglichen soll, und die Einschaltung eines Rechtsanwalts aus der gebotenen ex ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, aaO Rn. 90-92). Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Die Beschlüsse, mit denen

die Wohnungseigentümer die von der Beklagten vorgelegten Jahresabrechnungen gebilligt hatten, waren gerichtlich für ungültig erklärt worden. Die vorgelegten neuen Abrechnungen genügten den Anforderungen wiederum nicht. Aus der objektivierten Sicht der Klägerin erschien es geraten, die Beklagte durch einen Rechtsanwalt zur Nacherfüllung auffordern zu lassen. Die Kosten hierfür sind der Klägerin nach § 635 Abs. 2 BGB zu ersetzen.

III.

34

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Brückner

Göbel

Haberkamp

Vorinstanzen:

AG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 06.09.2018 - 33 C 4184/15 (56) -
LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 18.11.2019 - 2-9 S 59/18 -