

Amtsgericht Hamburg-St. Georg

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 21 WEG; 280 BGB

- 1. Schadensersatzansprüche, bei denen der dem Schadensersatzanspruch zugrundeliegende Sachverhalt vor dem 01.12.2020 abgeschlossen wurde, sind nach den bis zum 30.11.2020 geltenden Vorschriften des WEG zu beurteilen.**
- 2. Bei einer falschen Neuvermessung und Markierung von Stellplätzen kann dahinstehen, ob dem Kläger nach dem Inhalt der notariellen Teilungserklärung tatsächlich ein Sondernutzungsrecht an dem streitbehafteten Stellplatz eingeräumt worden ist oder nicht.**
- 3. Maßgebend ist vielmehr, dass dem Kläger durch die früheren Stellplatzmarkierungen eine (vermögenswerte) Rechtsposition zukam, weil er damit die praktizierte Nutzung "seines" Stellplatzes jeweils sicherstellen und gegenüber anderen Stellplatznutzern durchsetzen konnte.**

AG Hamburg-St. Georg, Urteil vom 17.12.2021; Az.: 980b C 15/20 WEG

Tenor:

1. Die Beklagte wird verurteilt, die Parkplatzmarkierung des Parkplatzes Nr. 33 der WEG, zu den bisherigen Maßen - 514 cm in der Länge und 266 cm in der Breite auf der linken Seite und 260 cm auf der rechten Seite - an bisheriger Stelle gemäß roter Markierung auf der Anlage K1 wiederherzustellen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 492,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.06.2020 zu zahlen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, wegen Ziffer 1) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.000,00 €. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Pflicht der Beklagten zur Wiederherstellung von Markierungen.

Der Kläger ist Mitglied der WEG, die von der Beklagten verwaltet wird. Im Hinterhof des Objekts - mit Zufahrt vom - befindet sich eine mit durchlässigen Steinen befestigte Parkplatzfläche, auf der Fahrzeuge bzw. PKW quer zur Fahrgasse geparkt werden können. Der Kläger nutzte zunächst den ursprünglich am Ende dieser Fläche belegenden - und einzig längs zur Fahrbahn ausgerichteten - Parkplatz, dessen Ausmaße zwischen den Parteien ebenso streitig sind wie die Frage, ob ihm für diesen "Stellplatz Nr. 33" ein Sondernutzungsrecht in der notariellen Teilungserklärung vom 10.07.2000 gemäß Anlage K1 in Verbindung mit deren Anlage 5 eingeräumt worden ist oder nicht. Wegen der Örtlichkeiten wird verwiesen auf die zur Akte gereichten Lichtbilder der Parkplatzflächen gemäß Anlagen K9 und B2 sowie auf den Lageplan des Grundstücks gemäß Anlage B3.

Die Beklagte beauftragte im Juni 2019 im Namen der WEG, der der Kläger angehört, ohne vorherige Beschlussfassung der Eigentümer die Fa. F, dessen Inhaber der Zeuge ist, mit Markierungsarbeiten auf der Parkplatzfläche, die diese gegenüber der Beklagten mit Rechnung vom 19.06.2020 (vgl. Anlage K3) abrechnete. In der Rechnung enthalten ist u.a. eine Position "Parkplätze neu ausmessen". Mit E-Mail vom 24.06.2019 (Anlage K4) wandte sich der Kläger an eine Mitarbeiterin der Beklagten und teilte mit, dass bei der Neumarkierung der Parkplätze "etwas schief gelaufen" sei; der Parkplatz mit der Nr. 33 sei "jetzt auf 4,50m gekürzt, so dass eine Nutzung quer nicht mehr möglich" sei und auf der "gesamten Länge des Parkstreifens [sei] ein kompletter Längsparkplatz "verloren" gegangen. Der Kläger bat die Beklagte um Ersatz der fehlerhaften Markierungen und setzte ihr dazu - ohne Erfolg - eine Frist bis zum 10.07.2019. Auf anwaltliche Aufforderungen zur Wiederherstellung der Markierung reagierte die Beklagte nicht.

Der Kläger macht geltend, dass er seinen Stellplatz Nr. 33, für den ihm ein Sondernutzungsrecht eingeräumt worden sei, nach Durchführung der Markierungsarbeiten nicht mehr wie gehabt nutzen könne. Während es ihm ursprünglich möglich gewesen sei, sein Fahrzeug auf einer markierten Fläche von 514 cm in Längsausrichtung mit Seitenbegrenzungen von 266 cm (links) bzw. 260 cm (rechts) - wie auf der Anlage K1 eingezeichnet - abzustellen, sei diese Stellfläche mitsamt mit der früher linksseitig belegenden Freifläche durch neue gesetzte Linien zugunsten eines weiteren Parkplatzes mit Längsausrichtung (rechtsseitig) und eines neu zugeschnittenen Querparkplatzes weggefallen. Die Beklagte sei nicht berechtigt, sein Sondernutzungsrecht in dieser Weise zu beschränken; sie habe - ohne eine entsprechende Kompetenz - seinen Stellplatz Nr. 33 verkleinert und verschoben. Ohnehin gebe es nunmehr ein Nebeneinander von alten und neuen Linien. Neben

der Wiederherstellung des alten Stellplatzes schulde sie Ersatz seiner Anwaltskosten.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vom 27.11.2020 hat die Beklagte mitgeteilt, dass sich die Parteien auf einen gemeinsamen Ortstermin Anfang des Jahres 2021 zur Begehung verständigt hätten. Der Kläger hat daraufhin mit Schriftsatz vom 04.02.2021 mitgeteilt, dass der inzwischen durchgeführte Ortstermin ergeben habe, dass die nachgezogenen Linien nicht den ursprünglichen Linien - die zwar dünner, aber noch gut erkennbar seien - entsprechen würden. Die Parteien, so der Kläger, hätten sich darauf verständigt, dass die bisherigen Linien nachgezogen werden und der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt werde; die Arbeiten sollen im Frühjahr (2021) beginnen, so dass der Rechtsstreit für erledigt erklärt werden könne und die Beklagte erklären werde, dessen Kosten zu tragen. Nach Anordnung des Ruhens des Verfahrens nach § 251 ZPO mit Beschluss vom 23.02.2021 hat der Kläger mit weiterem Schriftsatz mitgeteilt, dass die Beklagte zunächst darum gebeten habe, die Arbeiten bei besseren Wetterbedingungen durchführen zu können, wozu es aber trotz Mahnung vom 14.07.2021 (Anlage K10) nicht gekommen sei. Mit Verfügung vom 09.09.2021 ist der Beklagten aufgegeben worden mitzuteilen, ob die avisierten Arbeiten an den Stellplatzmarkierungen mittlerweile durchgeführt worden seien; falls nicht seien entsprechende Hinderungsgründe mitzuteilen. Daraufhin ließ die Beklagte mit Schriftsatz vom 20.09.2021 mitteilen, dass sie längere Zeit vergebens nach Unternehmen gesucht habe, die die in Rede stehenden Arbeiten ausführen. Nunmehr gebe es Zusagen für Ortstermine ab dem 20.09.2021 und die Beauftragung eines Unternehmens solle im Anschluss erfolgen, also die Arbeiten kurzfristig ausgeführt werden. Mit Schriftsatz vom 24.10.2021 hat der Kläger mitgeteilt, dass die Beklagte erneut ihre Zusagen nicht eingehalten habe, und um Fortsetzung gebeten.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, die Parkplatzmarkierung des Parkplatzes Nr. 33 der Wohnungseigentümer, zu den bisherigen Maßen - 514 cm in der Länge und 266 cm in der Breite auf der linken Seite und 260 cm auf der rechten Seite - an bisheriger Stelle gemäß roter Markierung auf der Anlage K1 wiederherzustellen;

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 492,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie macht geltend, dass die Stellplätze Nr. 20-33 jeweils für PKW gewidmet seien und üblicherweise eine Größe von 5 m Länge und 2,50 m Breite hätten. Eine Neuvermessung der Stellplatzflächen sei hier nicht beauftragt worden, sondern lediglich eine Erneuerung der Markierungen; es hätten lediglich die "Linien nachgezogen" werden sollen. Lediglich dort, wo einige Linien bereits verloren gegangen gewesen seien, habe die Fa. nachmessen müssen, um diese Linien wieder ziehen zu können. Ein Auftrag oder eine Anweisung zur Verkleinerung oder Verschiebung des vom Kläger genutzten Stellplatzes sei nicht erteilt worden. Im Übrigen sei die Nutzung des Stellplatzes für den Kläger im Sinne eines Ein- und Ausparkens nach wie vor möglich. Eines Beschlusses habe die Beauftragung nicht bedurft, weil es sich dabei um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Instandsetzung gehandelt habe und ihr mit Beschluss der Eigentümerversammlung vom 06.06.2007 zu TOP 7 (vgl. Anlage K6) das Recht eingeräumt worden ist, im Namen der WEG Aufträge zur Instandsetzung und Instandhaltung von gemeinschaftlichem Eigentum zu Kosten von bis zu 10.000,00 € je Einzelfall zu erteilen. Eine Anspruchsgrundlage für das Begehren, von ihr die Wiederherstellung des ursprünglichen Stellplatzes zu verlangen, sei nicht ersichtlich. Weder während der Ausführung der Arbeiten durch Fa. noch vor deren Abnahme habe sie, die Beklagte, Kenntnis von der behaupteten Verschiebung der Markierungen genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien im Verlauf des Rechtsstreits zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Klage ist der Beklagten am 12.06.2020 zugestellt worden. Das Gericht hat Beweis erhoben durch Inaugenscheinnahme der Örtlichkeiten und Vernehmung der Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird verwiesen auf das Protokoll des Ortstermins vom 25.11.2021. Mit der Beklagten nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 30.11.2021 hat sie geltend gemacht, dass dem Kläger nach neuer, seit 01.12.2020 geltender Rechtslage kein direkter Anspruch mehr gegen die WEG-Verwaltung zustehe, weil seither die Voraussetzungen für ein (Verwalter-)Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte - hier: den Kläger - nicht mehr gegeben seien.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren - und im Juni 2019 veränderten - Zustandes der Markierungen seines Stellplatzes Nr. 33 auf der Parkplatzfläche im Hinterhof der WEG.

a) Ein darauf gerichteter Anspruch steht dem Kläger schon aufgrund eines zwischen den Parteien im Verlauf des Rechtsstreits - außergerichtlich - zustande gekommenen Vergleichs im Sinne des § 779 BGB zu, nach dessen Inhalt sich die Beklagte verpflichtet hat, die bisherigen Linien durch ein zu beauftragendes Unternehmen nachziehen und den ursprünglichen Zustand wiederherstellen zu lassen. Das lässt sich den wechselseitig zur Akte gereichten Schriftsätzen, deren Inhalte jeweils vom Gegner unwidersprochen geblieben sind, so entnehmen. Den Inhalt einer entsprechenden Vereinbarung hat der Kläger mit Schriftsatz vom 04.02.2021 mitgeteilt, ebenso die Absicht der Parteien, den Rechtsstreit in der Hauptsache nach Durchführung der Arbeiten bei Kostenlast der Beklagten für erledigt zu erklären. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 20.09.2021 mitgeteilt, dass sie längere Zeit vergebens nach Unternehmen gesucht habe, die die in Rede stehenden Arbeiten ausführen, es nunmehr aber Zusagen für Ortstermine gebe, die Beauftragung eines Unternehmens im Anschluss erfolgen solle und die Arbeiten kurzfristig ausgeführt werden. Der Kläger wiederum hat mit Schriftsatz vom 24.10.2021 mitgeteilt, dass die Beklagte erneut "ihre Zusage" nicht eingehalten habe. Bei einer Gesamtschau dieses (Prozess-)Vortrages hat das Gericht keinerlei Zweifel daran, dass sich die Beklagte gegenüber dem Kläger wirksam verpflichtet hat, die in Rede stehende Wiederherstellung der Markierungen seines Stellplatzes vorzunehmen. Dass die Beklagte gleichwohl in der letzten mündlichen Verhandlung Klageabweisung beantragt hat, steht dieser Würdigung nicht entgegen; ihr prozessuales Verhalten steht jeder Partei frei.

b) Abgesehen davon stünde dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes des Stellplatzes Nr. 33 bzw. der dortigen Markierungen aber auch aus dem Verwaltervertrag zwischen der Beklagten und der Gemeinschaft, der der Kläger angehört, in Verbindung mit den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu.

aa) Die Beklagte hat ihre gegenüber dem Kläger bestehenden Pflichten i.S.v. § 280 Abs. 1 BGB nach der bis zum 30.11.2020 geltenden Rechtslage verletzt. Schadensersatzansprüche, bei denen der dem Schadensersatzanspruch zugrundeliegende Sachverhalt - wie hier - vor dem 01.12.2020 abgeschlossen wurde, sind nach den bis zum 30.11.2020 geltenden Vorschriften des WEG zu beurteilen (vgl. LG Frankfurt/Main, ZMR 2021, 512). Demgemäß bestimmt sich im Streitfall der festzulegende Pflichtenkreis der Beklagten in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht nach der seit der WEG-Novelle 2020 geltenden Rechtslage, weswegen auch dahinstehen kann, ob jedenfalls mittlerweile das Rechtskonstrukt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im Zusammenhang mit fehlerhaftem Handeln der Verwaltung mangels Schutzbedürftigkeit des einzelnen Wohnungseigentümers überhaupt noch Anwendung findet (bejahend Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 26, Rn. 211; kritisch Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-

Recht 2021, 2021, Kap. 13, Rn. 90 ff.; ablehnend Skauradszun, in: BeckOGK-WEG, Ed. 1.12.2021, § 43, Rn. 46).

Jedenfalls war die Beklagte hier verpflichtet, im Zuge der Beauftragung der Fa. F und bei der Durchführung dieses Werkvertrages (auch) die Rechte und Rechtsgüter des Klägers vor Schaden zu bewahren; die Wahrnehmung dieser Pflicht hat sie indes unterlassen. Es ist (bzw. war für die Zeit vor dem 01.12.2020) anerkannt, dass der Verwalter auf Grund des Verwaltervertrags selbst verpflichtet ist, dem einzelnen Wohnungseigentümer den Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Verletzung der vertraglichen Pflichten entsteht (vgl. etwa BGH, ZWE 2012, 431, 433 = ZMR 2012, 974; Becker, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 27, Rn. 345). Der Beklagten hätte es demgemäß im Rahmen ihrer vertraglichen Verpflichtung(en) als Verwaltung der WEG, obliegen, jedenfalls vor der Abnahme der Arbeiten der Fa. zu überprüfen, ob die bisherigen Stellplatzmarkierungen erhalten geblieben sind oder nicht. Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang ja auch geltend, dass sie keinen Auftrag zur Veränderung oder Verschiebung der Stellplätze erteilt habe, sondern dass die ursprünglichen Linien lediglich hätten nachgezogen werden sollen. Dann hätte sie im Rahmen ihrer - wenngleich beschränkten, aber insoweit anwendbaren - Überwachungspflicht (vgl. dazu LG Hamburg, ZMR 2013, 988) auch dafür Sorge tragen müssen, dass die Fa. F die beauftragten (Markierungs-) Leistungen mangelfrei erbracht hat.

Um die Frage, ob die Beklagte den Auftrag in Wahrnehmung der ihr mit Beschluss der Eigentümerversammlung vom 06.06.2007 zu TOP 7 eingeräumten Kompetenz erteilen durfte oder nicht, geht es im Streitfall nicht, sondern um die Prüfpflichten der Beklagten in Ausführung des Auftrags.

Ferner kann hier dahinstehen, ob dem Kläger nach dem Inhalt der notariellen Teilungserklärung tatsächlich ein Sondernutzungsrecht an dem streitbehafteten Stellplatz Nr. 33 eingeräumt worden ist oder nicht. Maßgebend ist vielmehr, dass dem Kläger durch die früheren Stellplatzmarkierungen eine (vermögenswerte) Rechtsposition zukam, weil er damit die praktizierte Nutzung "seines" Stellplatzes jeweils sicherstellen und gegenüber anderen Stellplatznutzern durchsetzen konnte.

Dass die früheren Markierungen auf der gesamten Parkplatzfläche im Zuge der Durchführung der Arbeiten der Fa. F "verschoben" und durch neue Markierungen ersetzt worden sind (wodurch sich auch der Stellplatz des Klägers verkleinert und verschoben hat), steht nicht nur nach dem Vortrag der Parteien im Zusammenhang mit ihrer außergerichtlichen Einigung, sondern zur Überzeugung des Gerichts auch nach der durchgeführten Beweisaufnahme fest. Die Inaugenscheinnahme der Örtlichkeiten in Verbindung mit der Vernehmung der Zeugen sowie den ergänzenden Angaben des Klägers im Rahmen seiner persönlichen Anhörung nach § 141 ZPO haben - im Einklang mit den vorab schon zur Akte gereichten Lichtbildern - ergeben, dass der Zeuge die quer zur Fahrbahn aufgezeichneten Markierungen, die als Abgrenzung der Parkplätze voneinander dienen, nicht lediglich nachgezeichnet hat, sondern - seinem Auftrag entsprechend - von der

Straße aus beginnend mit einer Breite von jeweils 2,5 m neu eingemessen hat, wodurch es im hinteren Bereich - dort wo ursprünglich der Stellplatz Nr. 33 belegen war - zu Schwierigkeiten bei der Einhaltung der Maße gekommen sei. Jedenfalls ist, wie die Zeugen übereinstimmend und glaubhaft bekundet haben, durch die neuen (breiteren) Markierungen der ursprünglich quer markierte Stellplatz ("Nr. 33") weggefallen.

Zur Überzeugung des Gerichts steht auch fest, dass das Unterlassen der gebotenen Prüfungspflicht durch die Beklagte ursächlich für den eingetretenen Schaden geworden ist. Eine Unterlassung ist dann für einen Erfolg kausal, wenn pflichtgemäßes Handeln den Schaden mit Sicherheit verhindert hätte; die bloße Möglichkeit oder eine gewisse Wahrscheinlichkeit hierfür genügt nicht (OLG Karlsruhe, NJW-RR 2000, 614; LG Hamburg, ZMR 2011, 499 m.w.N.). Hätten die Beklagte bzw. ihre für die Durchführung des o.g. Werkvertrages verantwortlichen Mitarbeiter dessen Ausführung durch die Fa. F geprüft, hätten sie ohne weiteres erkennen und feststellen können, dass der in Rede stehende Stellplatz des Klägers dadurch weggefallen ist. Sollte, worauf die Angaben des Zeugen hindeuten, der Auftrag der Beklagten allerdings von Beginn an gelautet haben, die Markierungen mit einer Breite von 2,50 m einzumessen und dann aufzubringen, hätte die Beklagte erst Recht prüfen müssen, ob dadurch bisherige Parkplätze entfallen sind, weil nicht ersichtlich ist, dass die Beklagte gesicherte Kenntnisse darüber hatte, dass die bisherigen Markierungen hier ebenfalls schon in einem Abstand von 2,50 m zueinander aufgebracht waren.

bb) Als Rechtsfolge kann der Kläger im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB die Wiederherstellung des früheren Zustandes von der Beklagten verlangen, also die Beseitigung der neu aufgebrachten Markierungen im Bereich seines Stellplatzes Nr. 33 und die Auffrischung der ursprünglichen Markierungen, die diesen Stellplatz - entsprechend der Skizze gemäß Anlage K1 - von den umliegenden Stellplätzen abgegrenzt hat. Einen Abzug "neu für alt" muss sich der Kläger dabei nicht deswegen entgegen halten lassen, weil die alten Markierungen kaum noch sichtbar sind und durch die Erfüllung der Wiederherstellungsverpflichtung in einem deutlich besseren Zustand sein werden als zuvor; auch die neu angebrachten Markierungen sind mittlerweile nicht mehr gut sichtbar, weil - wie der Zeuge ausgeführt hat - der Untergrund für eine ausreichende Haftung der Farbe nicht geschaffen ist und die von ihm aufgebrachten Markierungen durch die parkenden Fahrzeuge beansprucht worden sind. Eine Vorteilsanrechnung findet allerdings nur statt, wenn die Schadensbeseitigung eine messbare Vermögensmehrung bewirkt hat, die Werterhöhung sich für den Geschädigten wirtschaftlich günstig auswirkt und die Vorteilsausgleichung dem Geschädigten zumutbar ist (vgl. dazu etwa OLG Dresden, Urt. v. 9.6.2009 - 5 U 26/09, BeckRS 2010, 20233). Das bloße Nachzeichnen der alten - vergleichsweise dünnen - Linien wird für den Kläger keine messbare, nachhaltige Vermögensmehrung bewirken. Dadurch wird zwar die Nutzbarkeit seines Stellplatzes Nr. 33 wiederhergestellt, aber der in den wenigen Markierungen, die dafür notwendig sind, verkörperte Wert verschafft dem Kläger keine Bereicherung. Die Fa. F hat für die gesamten Arbeiten einschließlich des Ausmessens aller Parkplätze, dem Aufsprühen der Markierungen, den Kosten für die Leihmaschine sowie die Farbe insgesamt 1.654,04 € (bei einem Lohnanteil von

760,00 € netto) abgerechnet. Davon entfällt aber nur ein ganz erheblich geringer Teil auf die Markierungen für den Stellplatz des Klägers, weswegen das Gericht nach Maßgabe von § 287 ZPO hier nicht von einer Vermögensmehrung ausgeht.

cc) Soweit die Beklagte dem Kläger die Aktivlegitimation für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch aufgrund des seit dem 01.12.2020 geltenden Wohnungseigentumsgesetzes mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 30.11.2021 - und damit nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung - abgesprochen hat, ist sie mit diesem Verteidigungsmittel nach Maßgabe von § 296 a ZPO ausgeschlossen. Es besteht für das Gericht insoweit auch keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen. Dies folgt schon daraus, dass der Kläger abseits des mittlerweile geltenden Rechts aufgrund des geschlossenen Vergleichs mit der Beklagten zur Geltendmachung des Anspruchs auf Wiederherstellung des früheren Zustandes aktivlegitimiert ist.

Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Rahmen der §§ 296 a, 156 ZPO ist im Übrigen auch dann nicht geboten, wenn diese ohne Verfahrensfehler geschlossen wurde und eine Partei entgegen § 296 a ZPO neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel unzulässig nachreicht (vgl. BGH, NJW 1993, 134). So liegt der Fall hier. Die anwaltlich vertretene Beklagte wäre jedenfalls im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 25.11.2021 in der Lage gewesen, diesen Einwand geltend zu machen. Auch sonst erfordert das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Die Beklagte hatte in der Verhandlung am 25.11.2021 durch ihre Geschäftsführerin noch wiederholend erklären lassen, dass sie bereits versucht habe, Angebote für die Markierungsarbeiten einzuholen, dass ihr dies aber bislang nicht gelungen sei. Jedenfalls vor diesem Hintergrund und dem gesamten Verhalten der Beklagten im Prozess wäre es hier treuwidrig, wenn sie sich erst nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung auf die mangelnde Aktivlegitimation des Klägers berufen will, nachdem sie den Wiederherstellungsanspruch an sich erfüllen wollte. Ähnlich wie im Fall einer erst verspäteten Berufung auf das Fehlen der Passivlegitimation (vgl. BGH, NJW 1996, 2724, 2725) ist es der Beklagten verwehrt, dem Kläger seine Aktivlegitimation abzuspochen, nachdem sie sich ihm gegenüber schon bereit erklärt hatte, sich einer etwaigen Erledigungserklärung nebst Kostenlastzusage anzuschließen. Abgesehen davon steht dem Kläger vorliegend ein direkter Anspruch gegen die Beklagte zu und dieser Anspruch ist auch nicht nach dem seit dem 01.12.2020 geltenden Recht zu beurteilen (s.o.).

2. Zudem kann der Kläger von der Beklagten auch Ersatz seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in geltend gemachter Höhe nach §§ 280 Abs. 1, 286 BGB verlangen. Die Beklagte befand sich bei Beauftragung seines Bevollmächtigten mit der Wiederherstellung der ursprünglichen Markierung in Verzug, nachdem sie die ihr gesetzte Frist (10.07.2019) hatte verstreichen lassen.

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.