

Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)

Heft 3 · 25. November 2009

www.gmbbl.de

GmBBI 2009, 47–78

Rechtsprechung

- OLG Düsseldorf 26. 5. 2009 – I-24 U 132/08
Gewerbemiete; vertragsgemäßer Gebrauch als Musterhaus für
Kaufinteressenten; Mietminderung; Sturmschaden; mangelhafte
Bauausführung; optische Mängel gmbbl 2009, 48
- OLG Brandenburg 14. 5. 2008 – 3 W 69/07
Überlassung der vom Zwangsverwalter des eigenen Grundstücks
angemieteten Bowlingbahn an Dritte; Insolvenz des Mieters; Abtretung der
Nutzungsentschädigungsansprüche des Schuldners durch den
Insolvenzverwalter an den vermietenden Zwangsverwalter gmbbl 2009, 50
- OLG Düsseldorf 27. 11. 2008 – I-24 U 73/08
Leasing; Kopierer; Falschlieferrung; fristlose Kündigung und Anfechtung
wegen arglistiger Täuschung; betrügerische Zwecke des Lieferanten gmbbl 2009, 52
- OLG Düsseldorf 10. 2. 2009 – I-24 U 106/08
Leasing; Sonnenbank; bestmögliche Verwertung nach Ende des
Leasingvertrags; Drittkäuferbenennung gmbbl 2009, 56
- OLG Koblenz 4. 8. 2009 – 5 U 333/09
Bauwerk; maßgebliche Verjährungsfrist bei Mängeln eines
Hochseilgartens; Beschaffung ungeeigneten Baumaterials (hier: Holz)
durch den Auftraggeber gmbbl 2009, 58
- OLG Koblenz 5. 10. 2009 – 5 U 766/09
Adressat der Mängelanzeige beim Reisevertrag gmbbl 2009, 60
- BGH 16. 7. 2009 – III ZR 21/09
Hinweispflichten des Versicherungsmaklers in der Abwicklung eines
Unfallschadens gmbbl 2009, 62
- OLG Koblenz 7. 5. 2009 – 5 U 44/09
Mithaftung des Hehlers für Detektivkosten zur Überführung des Diebes;
Diebstahl, Unterschlagung im Baustoffhandel durch Arbeitnehmer gmbbl 2009, 62
- OLG Düsseldorf 11. 4. 2008 – I-3 Wx 254/07
Teileigentum; konstruktive Überdachung der Fläche mit einem Glasdach
zwingend im Gemeinschaftseigentum gmbbl 2009, 67
- OLG Düsseldorf 26. 6. 2008 – I-3 Wx 217/07
Weitere Veränderung an faktisch zu duldender, unzulässiger baulicher
Veränderung; Funkantenne auf einer Sondernutzungsfläche gmbbl 2009, 73
- KG 17. 4. 2009 – 1 W 418/08
Mehrere Versuche der Herausgabevollstreckung als eine
Vollziehungsmaßnahme gmbbl 2009, 77
- Bücher und Publikationen** gmbbl 2009, 78

Rechtsprechung

§§ 535, 536, 254 BGB

Gewerbemiete; vertragsgemäßer Gebrauch als Musterhaus für Kaufinteressenten; Mietminderung; Sturmschaden; mangelhafte Bauausführung; optische Mängel

1. Ein gemietetes Gebäude, das nach dem Vertrag als „mustergültiges Haus“ zur Werbung von Kaufinteressenten dienen soll, erfordert als Werbeträger einen tadellosen und einwandfreien Zustand.

2. Den Mieter trifft ausnahmsweise ein Mitverschulden wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht, wenn der Mangel leicht zu beseitigen und die Mängelbeseitigung für ihn zumutbar ist und andernfalls der Eintritt erheblicher Schäden droht (hier verneint).

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 5. 2009 – I-24 U 132/08)

Aus den Gründen: Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts [Wuppertal] ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, weil die Berufung in der Sache keinen Erfolg, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Berufungsgerichts auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist.

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 12. 03. 2009 Bezug genommen, gegen dessen Gründe die Klägerin innerhalb der ihr zur Stellungnahme gesetzten Frist Einwände nicht erhoben hat. Der Senat hat dort ausgeführt:

„Die Berufung der Klägerin hat keine Aussicht auf Erfolg. Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Beklagte schuldet keine Mietzahlung für die Monate Februar bis Juni 2007. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine für die Berufungsführerin günstigere Entscheidung.

1. Zeitraum 1. bis 12. 02. 2007:

Für diesen Zeitraum bestand kein Mietzinsanspruch der Klägerin aus § 535 Abs. 2 BGB, da die Tauglichkeit des Mietobjekts zum vertragsgemäßen Gebrauch - Verwendung als Musterhaus - nach dem Vorbringen beider Parteien bis zum 12. 02. 2007 aufgehoben war, § 536 Abs. 1 S. 1 BGB. Auch nach der Darstellung der Klägerin sind die wesentlichen Arbeiten zur Beseitigung der Sturmschäden nicht vor dem 12. 02. 2007 abgeschlossen worden.

2. Zeitraum 13. bis 28. 02. 2007:

Auch für diesen Zeitraum war der Mietzinsanspruch der Klägerin gemäß § 536 Abs. 1 S. 1 BGB aufgehoben, da das Mietobjekt infolge noch nicht vollständig beseitigter Sturmschäden für die vertraglich vorgesehene Verwendung als Musterhaus gänzlich untauglich war. Der unstreitig festgelegte Vertragszweck - Verwendung als „mustergültiges Haus“ zur Werbung von Kaufinteressenten - erforderte auch nach Auffassung des Senats einen tadellosen und einwandfreien Zustand des Werbeträgers. In zutreffender Beweiswürdigung, auf die verwiesen wird, hat das Landgericht festgestellt, dass nach dem 12. 02. 2007 noch Mängel des Mietobjekts verblieben waren. Zum einen war der Anschluss zwischen dem rot gestrichenen Treppenturm und der Decke des Erdgeschosses, wie aus den Fotografien ersichtlich, in einem für jeden das Musterhaus besichtigenden Interessenten auffallendem Maße unsauber gearbeitet. Ebenso präsentierten sich den (möglichen) Kunden der Beklagten im Flur die Anschlüsse zwischen den Seitenwänden und der

Tapete im Deckenbereich in einem optisch auffälligen Maße unfertig oder misslungen. Zudem waren auf weißen Wandflächen rote Farbspritzer verblieben. Diese Mängel hoben die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts vollständig auf.

Die Klägerin hat den ihr obliegenden Beweis, die vorhandenen Mängel in der Folgezeit bis zum Monatsende beseitigt zu haben, aus den Gründen der Beweiswürdigung des Landgerichts nicht erbracht.

Die Erwägung der Klägerin, die Beklagte sei als Mieterin aus dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht selbst zur Beseitigung der Mängel im Wege der Selbstvornahme verpflichtet gewesen, geht fehl. Der Mieter muss sich allerdings ausnahmsweise aus dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens nach § 254 BGB das Unterlassen der Schadensabwendung dann anrechnen lassen, wenn der Mangel leicht zu beseitigen und die Mängelbeseitigung für ihn zumutbar ist und andernfalls der Eintritt erheblicher Schäden droht (vgl. RGZ 100, 42/44; Senat WuM 2003, 386; Palandt/Weidenkaff BGB 67. Auflage § 536 a Rn. 17; Bub/Treier: Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage III. B. Rn. 1390; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 9. Auflage § 538 Rn. 79). Diese Voraussetzungen lagen hier aber nicht vor: Die Mängelbeseitigung erforderte handwerkliche Leistungen nicht geringen Umfangs, die mit Blick auf den Verwendungszweck des Mietobjekts nicht nur fachgerecht, sondern perfekt auszuführen waren. Zudem hatte die Klägerin eigens einen Innenarchitekten, nämlich den Zeugen K., mit der Mängelbeseitigung betraut. Die Beklagte durfte deshalb davon ausgehen, dass die Klägerin auch die noch nötigen Restarbeiten von dem Zeugen K. ausführen lassen werde. Ein eigenes Tätigwerden der Beklagten zur Beseitigung der Mängel war danach nicht veranlasst.

3. Zeitraum 01. 03. bis 30. 06. 2007:

Auch für die Folgezeit nach Ende des Monats Februar 2007 ist die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der Miete gemäß § 536 Abs. 1 BGB aufgehoben. Wie ausgeführt, hat die Klägerin für die Zeit bis zum 28. 02. 2007 nicht bewiesen, die am 13. 02. 2007 noch vorhandenen Mängel beseitigt zu haben. Dies gilt in gleicher Weise für die Folgemonate bis einschließlich Juni 2007. Durchgreifende Zweifel an einer vollständigen Schadensbeseitigung ergeben sich auch daraus, dass die Klägerin nach dem 13. 02. 2007 bis Ende Juni 2007 die Beklagte zu keinem Zeitpunkt offiziell darüber in Kenntnis gesetzt hat, die restlichen Mängel seien nun vollständig beseitigt. Da die Klägerin den ihr obliegenden Beweis der Mängelbeseitigung nicht geführt hat, bedarf es keiner Auseinandersetzungen mit den Ausführungen der Berufungsbegründung zur Wirksamkeit der fristlosen Kündigung.“

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Dokumentation, Analyse,

Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht,
Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete,
Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung,
Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk
Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die
Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

§§ 133, 151, 157, 398 BGB; § 114 ZPO**Überlassung der vom Zwangsverwalter des eigenen Grundstücks angemieteten Bowlingbahn an Dritte; Insolvenz des Mieters; Abtretung der Nutzungsentschädigungsansprüche des Schuldners durch den Insolvenzverwalter an den vermietenden Zwangsverwalter**

1. Bei Anträgen zu Verträgen, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, sind an die Betätigung des Annahmewillens (§ 151 BGB) geringe Anforderungen zu stellen.
2. Im Falle der Annahme eines Angebotes auf Abtretung von Forderungen genügt für die Betätigung eines Annahmewillens i.S. des § 151 BGB nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, wenn der Erklärungsempfänger das für ihn lediglich vorteilhafte Angebot nicht durch eine nach Außen erkennbare Willensäußerung abgelehnt hat.
3. Zur Auslegung (§§ 133, 157 BGB) einer Abtretung von Nutzungsentschädigungsansprüchen eines Insolvenzverwalters, die dieser vorsorglich und erfüllungshalber zur Tilgung möglicher Mietverpflichtungen anbietet.

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 14. 5. 2008 – 3 W 69/07)

Zum Sachverhalt: Der klagende Insolvenzverwalter begehrt PKH für eine Klage, mit der er von der Beklagten Nutzungsentschädigung für die Nutzung eines Mietobjektes beansprucht. Dieses hatte der Schuldner von dem Zwangsverwalter seines Grundstücks gemietet und der Beklagten überlassen. Aufgrund des Mietvertrages hatte der Zwangsverwalter gegenüber dem Insolvenzverwalter rückständige Mietansprüche bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Tabelle angemeldet und die vereinbarten Mieten ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Antragsteller beansprucht. Dieser hat daraufhin das Mietverhältnis fristlos, hilfsweise zum nächstmöglichen Termin gekündigt und dem Zwangsverwalter vorsorglich etwaige Rechte auf Mietzins, Untermietzins oder Nutzungsentschädigung gegen die Besitzer des Mietobjektes abgetreten.

Das Landgericht Cottbus hat PKH versagt. Die sofortige Beschwerde des Klägers blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen: Der Antragsteller wendet sich mit der sofortigen Beschwerde gegen die Versagung der Prozesskostenhilfe, die er für eine Klage erbeten hat, mit der er die Beklagte auf Zahlung wegen der Nutzung einer Bowlingbahn in Anspruch zu nehmen beabsichtigt. [...]

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Landgericht den Antrag auf Prozesskostenhilfe abgelehnt, da der Antragsteller die streitgegenständlichen Ansprüche an den Zwangsverwalter abgetreten habe.

Mit seiner sofortigen Beschwerde macht der Antragsteller geltend, das Landgericht habe das Zustandekommen eines Abtretungsvertrages rechtsfehlerhaft angenommen und dessen Inhalt unzutreffend ausgelegt.

II. Die nach § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Das Landgericht hat die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Klage (§ 114 ZPO) zu Recht verneint.

Ein Abtretungsvertrag (§ 398 BGB) zwischen dem Antragsteller und dem Zwangsverwalter ist wirksam zustande gekommen und umfasst die streitgegenständlichen Forderungen.

1. Der Verwalter hat das Angebot des Antragsstellers vom 18. 01. 2007 nach § 151 Satz 1 BGB angenommen. Nach der Verkehrssitte ist eine Annahmeerklärung gegenüber dem Antragsstellers entbehrlich bei Geschäften, die für den Antragsemp-



fänger lediglich vorteilhaft sind (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 151, Rn. 4 m.w.N.). Die Annahme eines Angebotes zur Abtretung von Forderungen fällt hierunter.

Die nach dieser Bestimmung erforderliche Betätigung des Annahmewillens liegt vor. Insoweit können auch betriebsinterne Handlungen ausreichen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 151, Rn. 2 m.w.N.). Bei Anträgen zu Verträgen, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, stellt die Rechtsprechung an die Betätigung des Annahmewillens geringe Anforderungen. Im Falle der Annahme eines Angebotes auf Abtretung von Forderungen reicht es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, wenn der Erklärungsempfänger das für ihn lediglich vorteilhafte Angebot nicht durch eine nach Außen erkennbare Willensäußerung abgelehnt hat (vgl. BGH, Urteil vom 12. 10. 1999 - XI ZR 24/99, juris Tz. 15 = NJW 2000, 276), wie hier.

Das Schreiben des Zwangsverwalters vom 16. 02. 2007 an den Antragsteller stellt entgegen dessen Ansicht keine Ablehnung der angebotenen Abtretung da. Vielmehr beanspruchte der Zwangsverwalter als Inhaber der ihm zedierten Forderungen die Vergütung für Nutzungen der Bowlingbahn durch die Antragsgegnerin. Zu dieser unterhielt er keine eigenen vertraglichen Beziehungen und diese leitete ihr Nutzungsrecht auch nicht von ihm, sondern vom Schuldner, also von seinem Mieter her.

2. Die Abtretung vom 18. 01. 2007 erfasst die streitgegenständlichen Forderungen (§§ 133, 157 BGB). Aus Sicht des Zwangsverwalters erfolgte die Abtretung vom 18. 01. 2007 durch den Antragsteller an ihn, wie das Landgericht der Sache nach zutreffend ausgeführt hat, offenbar erfüllungshalber. Seine Mietzinsforderung gegenüber dem Antragsteller hatte er mit 10.801,00 DM aufgemacht. Der Antragsteller hat daraufhin, unter Hinweis darauf, dass das Insolvenzverfahren masseunzulänglich sei und die Bowlingbahn durch die Antragsgegnerin betrieben worden sei, vorsorglich etwaige Rechte auf Nutzungsentschädigung an den Zwangsverwalter abgetreten. Dieser durfte bei dieser Sachlage ohne Weiteres davon ausgehen, dass der Antragsteller ihm die Forderungen zur Erfüllung seiner Mietzinsverpflichtungen abtreten wollte. Ein aus Sicht des Zwangsverwalters erkennbares anderes Motiv als dieses hat der Antragsteller nicht vorgetragen und ist auch nicht ersichtlich.

Erfüllungstauglich waren insoweit nur Forderungen für zurückliegende Zeiträume, da die Antragsgegnerin ihre Nutzung zum 31. 12. 2006 eingestellt hatte.

Dass die Abtretung der Nutzungsentschädigungsansprüchen des Schuldners auf vertragliche Ansprüche begrenzt sein sollten, wie der Antragsteller nunmehr geltend zu machen versucht, war dem Zwangsverwalter bei Annahme des Abtretungsangebotes nicht erkennbar. Der Sprachgebrauch „Nutzungsentschädigung“ umfasst ohne Weiteres auch Bereicherungsansprüche, zumal sich die Verpflichtung zur Herausgabe des Bereicherungsschuldners auch auf die gezogenen Nutzungen erstreckt (vgl. § 818 Abs. 1 BGB) sowie auf Nutzungsentschädigungsansprüche aus den §§ 987 ff BGB. Dass sich der Antragsteller, der nach seinem Schreiben vom 18. 01. 2007 ausdrücklich an dem Mietobjekt keinerlei Rechte geltend machte, die Geltendmachung bereicherungsrechtliche Ansprüche vorbehalten wollte, lag bei dieser Sachlage außerordentlich fern.

Mitgeteilt von RiOLG Hüsgen, Brandenburg

§§ 535, 123, 166 BGB; § 522 ZPO**Leasing; Kopierer; Falschlieferte; fristlose Kündigung und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung; betrügerische Zwecke des Lieferanten**

1. Ein Leasingvertrag kann vom Leasingnehmer auch dann noch wegen arglistiger Täuschung angefochten werden, wenn er den Vertrag zuvor fristlos gekündigt hatte.
2. Der Leasinggeber muss sich eine arglistige Täuschung des mit den Vertragsverhandlungen beauftragten Lieferanten zurechnen lassen.
3. Der Leasinggeber kann sich nicht auf die unrichtige Übernahmebestätigung des Leasingnehmers berufen, wenn diese ebenfalls arglistig vom Lieferanten erwirkt worden ist.

(OLG Düsseldorf, Hinweisbeschluss vom 27.11.2008 – I-24 U 73/08)

Aus den Gründen: I. Das Rechtsmittel hat keine Erfolgsaussicht, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht [Duisburg] hat die auf eine rückständige Leasingrate und auf Schadensersatz gerichtete Klage (8.252,69 EUR nebst Zinsen) mangels eines wirksamen Leasingvertrags zu Recht abgewiesen. Die dagegen vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine der Klägerin günstigere Entscheidung.

1. Der Leasingvertrag vom 05./24. August 2005 ist, wie das Landgericht richtig erkannt hat, gemäß § 142 Abs. 1 BGB nichtig, nachdem der Beklagte diesen durch Erklärung vom 26. Juli 2006 wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten hat.

a) Von Rechtsirrtum beeinflusst ist die Auffassung der Klägerin, Ansprüche des Leasingnehmers wegen nicht vertragsgerechter Lieferung der Leasing Sache richteten sich nach deren Übergabe ausschließlich nach den Regeln mietrechtlicher Gewährleistung bzw. des mietrechtlichen Kündigungsrechts in der durch die einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gewonnenen Gestalt. Die Klägerin übersieht, dass das Anfechtungsrecht einerseits und das Gewährleistungs- und Kündigungsrecht andererseits wegen der verschiedenen Schutzrichtungen dieser Rechtsinstitute sich nicht gegenseitig ausschließen, sondern vielmehr nebeneinander bestehen (vgl. nur Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 123 Rn 29 und ders./Weidenkaff, aaO, § 536 Rn 12 jew. m. w. N.). Während das Gewährleistungsrecht als Attribut des Erfüllungsanspruchs dafür sorgen soll, dass Leistung und Gegenleistung einander äquivalent bleiben und die Kündigung ein Lösungsrecht gewährleistet, wenn das Äquivalent nicht hergestellt wird oder herstellbar ist, schützt das Anfechtungsrecht die Willensbildungs- und Entschließungsfreiheit der Vertragschließenden. Dieser Grundsatz des Nebeneinanders beider Institute gilt – abgesehen von sektoralen Ausnahmen im Bereich des Arbeits- und Gesellschaftsrechts – grundsätzlich auch für das Recht vollzogener Dauerschuldverhältnisse, insbesondere auch für vollzogene Miet- und Leasingverträge, und zwar im übergeordneten Interesse der wirkungsvoll zu schützenden Willensbildungs- und Entschließungsfreiheit sogar dann noch, wenn der Vertrag schon planmäßig und vollständig abgewickelt worden ist (vgl. jüngst zum Mietvertrag BGH, Urt. v. 06. 08. 2008, Az. XII ZR 67/06 m.w.N. BGHZ 178, 16 [= GuT 2008, 330]; auch zur Gegenmeinung – und juris; vgl. zum Leasingvertrag schon BGH WPM 2005, 23 sub Nr. II. 2b und NJW-RR 2004, 628 sub Nr. III).

b) Das am 26. Juli 2007 noch innerhalb der einjährigen Frist des § 124 Abs. 1 BGB ausgeübte Anfechtungsrecht des Beklagten ist auch nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil er den Leasingvertrag schon zuvor, nämlich bereits am 21. März 2006 aus den nämlichen Gründen fristlos gekündigt hatte. Die Kündigung eines Leasingvertrags beseitigt nicht das Rechtsverhältnis, sondern wandelt es nur in ein vertragliches Abwicklungsverhältnis um. Bis zum Zugang der Kündigung bleibt es mit allen Konsequenzen erhalten; danach ist es vorzeitig in vergleichbarer Weise abzuwickeln, wie wenn es planmäßig beendet worden wäre. Davon unterscheidet

sich die Rechtsfolge der Anfechtung grundlegend. Das Rechtsverhältnis wird nicht umgewandelt, sondern gemäß § 142 Abs. 1 BGB vernichtet, als ob es niemals entstanden wäre. Daraus folgt, dass ein wirksam angefochtener Leasingvertrag danach rechtslogisch zwar nicht mehr gekündigt werden kann, wohl aber ein wirksam gekündigter Leasingvertrag später noch – wie auch im Streitfall geschehen – wirksam angefochten werden kann (vgl. Palandt/Heinrichs, aaO, § 142 Rn 2; BGH NJW-RR 2004, 628 sub Nr. III).

2. Die Anfechtungserklärung des Beklagten ist auch wirksam, so dass der Leasingvertrag nach § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Der Beklagte ist nämlich von dem Geschäftsführer der Lieferantin (künftig: Geschäftsführer) über den Umfang der zu liefernden Ausstattung des Kopierers im Sinne von § 123 Abs. 1 BGB arglistig getäuscht worden und die Klägerin muss sich die Täuschungshandlung der Lieferantin wie eine eigene zurechnen lassen.

a) Der Senat folgt der auf zahlreiche Indiztatsachen gestützten Beweiswürdigung des Landgerichts im angefochtenen Urteil, dass nämlich dem Beklagten am 15. August 2005 ein Kopierer ohne die nach dem Leasingvertrag geschuldeten Komponenten (Finisher S1, Umlenkeinheit 3-fach A1, Printer kit E1, Speichererweiterung B1, Kassetteneinheit Y2,) geliefert worden ist (künftig: Falschlieferung). Die Klägerin zeigt nicht konkrete Anhaltspunkte auf, die vernünftige Zweifel im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen einschließlich der Beweiswürdigung begründen könnten, so dass der Senat keinen Anlass hat, diesbezüglich erneute Feststellungen zu treffen.

b) Der Senat folgt auch der vom Landgericht aus der Falschlieferung gezogenen Schlussfolgerung, dass es sich nämlich dabei nicht um ein bloßes Versehen der Lieferantin gehandelt hat, sondern dass deren Geschäftsführer planvoll vorgegangen ist und vorsätzlich gehandelt hat.

aa) Ob jemand vorsätzlich oder nur fahrlässig gehandelt hat, lässt sich als subjektive Tatsache zwangsläufig nur den Begleitumständen entnehmen, unter denen die Handlung statt gefunden hat. Es kommt auf die Zahl, Art und Qualität der gewonnenen Indiztatsachen an, die die gemäß § 286 ZPO zu ziehende Schlussfolgerung vorsätzlichen Handels rechtfertigen sollen.

bb) Im Streitfall hat das Landgericht in nicht zu beanstandender Weise die Überzeugung gewonnen, dass der Geschäftsführer vorsätzlich gehandelt hat.

(1) Gegen ein bloß versehentliches Handeln sprechen vor allem die vom Sachverständigen in seinem schriftlichen Gutachten vom 07. August 2007 und bei seiner mündlichen Erläuterung des Gutachtens hervorgehobenen Umstände: Der Kopierer ist nämlich mit einem Unterschrank geliefert worden, der ausweislich der „Preisliste Systempartner“ nicht zur Grundausstattung des Kopierers gehört, sondern als (besonders zu bestellende und zu bezahlende) Systemkomponente (Art.-Nr. 9669A001) figuriert und den weder die Lieferantin nach dem Kaufvertrag der Klägerin noch diese dem Beklagten nach dem Leasingvertrag schuldete. Demgegenüber hatte die Lieferantin zum Teil andere Systemkomponenten berechnet, aber nicht geliefert, die sie aber nach Kaufvertrag der Klägerin und diese nach dem Leasingvertrag dem Beklagten schuldete. Diese – nur auf den ersten Blick unerklärlichen – Umstände ergeben deshalb und vor dem Hintergrund einen Sinn, dass es dem für die Lieferanten betrügerisch handelnden Geschäftsführer eben darauf ankam, zwar ein gebrauchstaugliches Kopiergerät zu liefern, aber ohne das nach der Papierform geschuldete sehr teure Zubehör. Dessen Fehlen musste dem mit dem Komponentensystem im Detail nicht vertrauten und arglosen Laien nicht auffallen. Denn das nicht gelieferte Zubehör ist mit einer Ausnahme so in das Gerät eingebaut, dass dessen Fehlen durch einfache Sichtprüfung eines Laien nicht festgestellt werden kann. In diesem Zusammenhang erfüllt der vertraglich nicht



geschuldete und nicht berechnete Unterschrank eine entscheidende Rolle. Denn er ersetzte die nach dem Vertrag geschuldete und berechnete, aber nicht gelieferte Systemkomponente „Kassetteneinheit Y2“, deren Preis den des funktionsgleichen Unterschanks um fast das Vierfache überschreitet. Dieser vom Sachverständigen als „seltsam“ bezeichnete Komponentenaustausch war die entscheidende Täuschungsmaßnahme des Geschäftsführers der Lieferantin, um den Beklagten arglos zu halten. Dem Umstand, dass dem Beklagten das Fehlen der sichtbaren Systemkomponenten „Finisher“ und „Umlenkeinheit 3-fach“, die, was dem Laien nicht unbedingt unmittelbar einleuchtet, dem Sortieren bei Mehrfachkopien dienen, nicht aufgefallen ist, hat das Landgericht zu Recht keine maßgebliche Bedeutung gegeben. Es ist nicht festgestellt, dass der Beklagte diese wie die übrigen fehlenden Komponenten, bei seiner Tagesarbeit überhaupt benötigte. Es ist allgemeinkundig, dass die Hersteller in ihre elektronischen Geräte vielfach Systemkomponenten unter oftmals schillernden Bezeichnungen einbauen, die durchaus zutreffend als letzte technische Errungenschaft auf dem Markt kaufwirksam angepriesen werden, die aber der durchschnittliche Verbraucher regelmäßig nicht benötigt, so dass er, wie dieses Phänomen in Beraterkreisen vielfach treffend umschrieben wird, einen „Porsche“ erwirbt, obwohl für seine Zwecke ein „Käfer“ ausgereicht hätte. Diese verbreitete, auch bei dem Beklagten herrschende Unwissenheit hat sich der Geschäftsführer der Lieferantin für seine betrügerischen Zwecke zunutze gemacht.

(2) Das vorsätzliche Täuschungsverhalten des Geschäftsführers wird ferner eindrucksvoll indiziert durch die List, mit welcher er von dem Beklagten am 05. August 2005 die Unterzeichnung der inhaltlich unrichtigen Übergabebestätigung erwirkt hat. Unstreitig wollte der Geschäftsführer nicht nochmals aus K. zur Entgegennahme der Bestätigung anreisen. Diesbezüglich wollte er offenbar, wie regelmäßig die im Leasingverkehr strafrechtlich einschlägig in Erscheinung tretenden Täter, keine Risiken eingehen, um möglichst schnell und ungefährdet an den von der Klägerin zu finanzierenden Kaufpreis zu gelangen.

cc) Wiederum von Rechtsirrtum beeinflusst ist die Ansicht der Klägerin, eine arglistige Täuschung scheidet aus, weil der Beklagte es schuldhaft unterlassen habe, das Vorhandensein der im Leasingvertrag aufgeführten Systemkomponenten durch gründliche Untersuchung der Leasingsache zu überprüfen. Die Klägerin übersieht, dass auch derjenige Leasingnehmer arglistig getäuscht werden kann, der dem Lieferanten gleichsam blindlings vertraut und die ihn vertraglich gegenüber dem Leasinggeber treffenden Untersuchungspflichten verletzt; denn mitwirkendes Verschulden des Getäuschten bei der Irrtumserregung, das in vielen Fällen des Eingehungsbetrugs feststellbar sein wird und ohne das es gar nicht erst zum Betrug gekommen wäre, ändert nichts am Tatbestand der Täuschungshandlung und Irrtumserregung (vgl. BGH NJW-RR 1988, 241 sub Nr. 1. 2)

c) Schließlich hat das Landgericht zu Recht die Täuschung des Geschäftsführers auch der Klägerin gemäß § 166 Abs. 1 BGB wie eine eigene zugerechnet, obwohl sie, wovon hier ohne weiteres auszugehen ist, dessen Täuschungshandlung weder kannte noch kennen musste. Der Geschäftsführer war nämlich nicht Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB, sondern Erfüllungsgehilfe der Klägerin. Bei der Aushandlung der Vertragskonditionen und der Auslieferung des geleasteten Kopiersystems hat die Lieferantin nämlich im Interessen- und Verantwortungsbereich der Klägerin gehandelt (vgl. Senat OLG Düsseldorf 2001, 2 <Lieferant handelnd als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers> sowie OLG Düsseldorf 2007, 773 und OLG Düsseldorf 2008, 541 <Lieferant nicht handelnd als Erfüllungsgehilfe des Leasinggebers> jew. m. w. Nachw.), so dass sie das Risiko des vertragswidrig handelnden Lieferanten uneingeschränkt trägt (vgl. BGH NJW-RR 1988, 241 sub Nr. II. 2c). An diesem rechtlichen Befund ändert auch nichts der Umstand, dass der



Geschäftsführer vorsätzlich gleichzeitig zum Nachteil der Klägerin gehandelt haben mag. Ebenso wie im Falle der Zurechnung fremden Verschuldens (§ 278 BGB) den Geschäftsherrn nicht vorsätzliches Handeln des Erfüllungsgehilfen entlastet (vgl. dazu Senat NJW-RR 1997, 1097), verhält es sich bei der Zurechnung fremden Wissens im Sinne des § 166 Abs. 1 BGB zu Lasten des Vertretenen, wenn der Handelnde dessen bevollmächtigter Vertreter gewesen ist (vgl. BGH NJW 1999, 2883; Palandt/Heinrichs, aaO, § 166 Rn 4 m. w. N.). Eine Ausnahme gilt nur bei offensichtlichem Missbrauch der Vollmacht und bei kollusivem Zusammenwirken des Vertreters mit dem Geschäftspartner zu Lasten des Vertretenen (vgl. Palandt/Heinrichs, aaO, § 164 Rn 13 f m. w. N.). Einen solchen Ausnahmefall macht die Klägerin nicht geltend und für sein Vorliegen gibt es auch sonst keine Anhaltspunkte.

3. Im Ergebnis ohne Einfluss auf das rechtliche Ergebnis ist die feststellbare Verletzung vertraglicher Pflichten des Beklagten bei der Unterzeichnung der inhaltlich unrichtigen Übergabebestätigung vom 05. August 2005.

a) Durch die wirksame Anfechtung des Leasingvertrags und seine damit verbundene Vernichtung von Anfang an (§ 142 Abs. 1 BGB) sind durch den Leasingvertrag zunächst begründete Pflichten des Beklagten erloschen.

b) Es bleiben die schon bei dem Eintritt in Vertragsverhandlungen begründeten Pflichten aus §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB, deren Verletzung grundsätzlich ebenfalls Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB auslösen können. Der Beklagte haftet indes hier nicht neben der Klägerin für den Eintritt des Vermögensschadens. Abzuwägen sind im Streitfall der Haftungsanteil der Klägerin, die sich das vorsätzlich betrügerische Verhalten der Lieferantin im Verhältnis der Parteien dieses Rechtsstreits persönlich zurechnen lassen muss und das fahrlässig schadensträchtige Verhalten des Beklagten bei der Unterzeichnung der von ihm durch eine List erwirkten Übergabebestätigung. Diese Abwägung geht vollständig zu Lasten der Klägerin aus. Denn es darf ihr auch nicht mittelbar das Risiko, für den Missbrauch der von ihr erteilten Handlungsvollmacht voll einstehen zu müssen, wieder teilweise abgenommen werden. Im Übrigen hat die Klägerin nicht einmal behauptet, geschweige denn dargelegt, dass sie keine Chance hat, ihren Schaden bei der Lieferantin ersetzt zu erhalten, was bei der Abwägung ebenfalls zu berücksichtigen ist.

4. Schließlich hat die Klägerin auch keine Zahlungsansprüche nach Bereicherungsrecht aus §§ 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB. Der Beklagte hat bis einschließlich März 2006 die Leasingraten bezahlt und anschließend die Nutzung des Kopierers eingestellt. Die Klägerin hat nicht behauptet, geschweige denn dargelegt, dass ihr über die erhaltenen Leasingraten hinaus, die der Beklagte (bisher) nicht zurückverlangt hat, eine Nutzungsentschädigung zustehen könnte, und die Leasingraten in erheblichem Umfang von dem Beklagten nicht zu tragende Finanzierungskosten enthalten.

II. Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung im Beschlussverfahren liegen vor. Die Rechtssache hat nämlich weder grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats im Urteilsverfahren (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Hinw. d. Mitteilers: Die Klägerin hat die Berufung zurückgenommen.

§§ 535, 254 BGB; § 522 ZPO**Leasing; Sonnenbank; bestmögliche Verwertung nach Ende des Leasingvertrags; Drittkäuferbenennung**

Der Leasinggeber verletzt nach Ende des Leasingvertrages seine Obliegenheit zur bestmöglichen Verwertung von geleasteten Sonnenbänken nicht, wenn er diese nicht an Endverbraucher, sondern an einen Händler veräußert, ohne die auf dem Markt erzielbaren Preise zu unterschreiten.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. 2. 2009 – I-24 U 106/08)

Aus den Gründen: Die Berufung der Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg. Folglich ist auch ihr Prozesskostenhilfesuch zurückzuweisen.

I. Das Landgericht [Duisburg] hat die Beklagte zutreffend zur Zahlung von EUR 178.173,72 nebst Zinsen aus den von ihr für die S. GmbH (im Folgenden: GmbH) übernommenen Bürgschaftsverpflichtungen verurteilt. Das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung rechtfertigt keine abweichende Entscheidung.

1. Da die GmbH, deren Geschäftsführerin die Beklagte ist, die aus den näher bezeichneten Leasingverträgen erwachsenen Schadensersatzforderungen wegen Nichterfüllung nicht beglichen hat, ist der Sicherungsfall eingetreten. Die Beklagte haftet deshalb gemäß §§ 765 ff. BGB aus den übernommenen Bürgschaftsverpflichtungen.

2. Gegen ihre Inanspruchnahme gerichtete Einwendungen im Sinne § 768 BGB erhebt die Beklagte im Berufungsrechtszug nur noch insoweit, als die Klägerin bei der Verwertung der Leasinggüter gegen ihre Verpflichtung zur Schadensminderung gemäß § 254 Abs. 2 S. 1 BGB verstoßen habe. Dieses lässt sich indes nicht feststellen, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat.

a. Unklar ist beim Vorbringen der Beklagten, warum die (behauptete) Nichtbeachtung des Drittkäuferbenennungsrechts mit der Einholung des Sachverständigen-gutachtens in Widerspruch stehen soll. Selbst wenn das Landgericht einen Verstoß des Drittkäuferbenennungsrechts zunächst bejaht hätte (wofür nach der Aktenlage allerdings keine Anhaltspunkte bestehen), so hätte dies nicht ohne Weiteres die gegenüber der GmbH bestehenden Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung betroffen. Hätte nämlich die Bestimmung einer zu kurzen Frist die effektive Ausübung des Drittkäuferbenennungsrechts eingeschränkt oder unmöglich gemacht, so hätte eine solche Vertragsverletzung nur zur Folge, dass möglicherweise eine Bindung des Leasingnehmers an bestimmte Bewertungsmaßstäbe nicht eingetreten wäre. Für den Bereich des Kfz-Leasing hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass in einem solchen Fall eine Bindung an den Händlereinkaufspreis nicht eintritt, sondern maßgebend der Betrag sei, der 10 % unter dem Händlerverkaufspreis liegt (§ 287 ZPO; BGH NJW 1991, 221; siehe auch Senat, DB 2005, 1851; NJW-RR 2004, 1208 ff.). Abgesehen davon, dass diese Grundsätze für den Bereich des Kfz-Leasing gelten und wegen der völlig anderen Marktverhältnisse nicht ohne weiteres auf das Leasing von Sonnenbänken übertragen werden können, folgt daraus nicht zwangsläufig ein so gravierender Verstoß gegen die Verpflichtung zur Schadensminderung, dass ein Schadensersatzanspruch vollständig in Wegfall geriete.

b. Eine Verletzung des Drittkäuferbenennungsrechts liegt zudem nicht vor. Die AGB der Klägerin, die wirksam in die Verträge mit der GmbH einbezogen wurden, sehen ausdrücklich eine Information des Leasingnehmers über eine geplante Verwertung und ein Recht des Leasingnehmers zur Benennung einer besseren Verwertungsmöglichkeit vor. Eine Frist zur Benennung ist nicht genannt. Soweit die Beklagte meint, die der GmbH in den Kündigungsschreiben vom 26. April 2006 bis zum 06.



Mai 2006 gesetzte Frist zur Benennung eines interessierten Käufers sei zu kurz bemessen gewesen, bedarf dies keiner Entscheidung. Denn das Setzen einer zu kurzen Frist macht die Fristsetzung nicht unwirksam, sondern führt dazu, dass eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird (vgl. BGH NJW 1985, 2640; Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Auflage, § 323 Rn. 14). Die Beklagte hat indes nicht vorgebracht, dass sie aufgrund der Kürze der Frist an der Benennung eines Interessenten gehindert worden wäre. Sie hat sich ersichtlich auch nicht um eine Verlängerung der Frist bemüht bzw. überhaupt einen potentiellen Interessenten benannt. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Kürze der Frist auf eine mögliche Schadensabwendung durch die GmbH bzw. die Beklagte ausgewirkt hat bzw. mit dieser ursächlich in Zusammenhang steht.

c. Die von der Klägerin durchgeführte Verwertung mit der Erzielung eines Erlöses in Höhe von EUR 73.600,- lässt ebenfalls keinen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Schadensminderung erkennen. Soweit die Beklagte darauf abstellt, der Gutachter hätte die erzielbaren Preise auf dem Endverbrauchermarkt ermitteln und diese zugrunde legen müssen, so geht sie fehl. Die Klägerin war nicht verpflichtet, für die zu verwertenden Geräte Endverbraucher zu suchen. Dies hätte einen erheblichen Mehraufwand bedeutet, da davon ausgegangen werden muss, dass ein Endverbraucher nicht sämtliche 12 Solarien gekauft hätte. Möglicherweise hätte dieser erhöhte Aufwand zwar zu einem höheren Erlös geführt, dieser wäre indes allein der GmbH zugeflossen, während die Klägerin für ihre vermehrte Mühewaltung nicht entschädigt worden wäre. Der Klägerin ist aber nicht zuzumuten, überobligatorische Anstrengungen zu unternehmen; denn hierzu war sie nicht verpflichtet (vgl. zur Verwertung durch den Gläubiger: Münchener Kommentar/Oetker, BGB, 5. Auflage, § 254 Rn. 103).

Die Beklagte als Geschäftsführerin der GmbH hätte im Übrigen selbst die Möglichkeit gehabt, Endverbraucher zu suchen und deren Interesse zu erfragen. Als potentielle Interessenten kamen beispielsweise konkurrierende Sonnenstudios in Betracht. Dahingehende Bemühungen hat die Beklagte indes nicht entfaltet. Solches ist nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich. Sie kann sie auch nicht von der Klägerin einfordern.

Zu berücksichtigen ist auch folgendes: Ausweislich der nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Dr. G. ist der Verkauf von Solarien „derzeit extrem schwierig“. Eine Nachfrage besteht nur noch in einem kleinen Rahmen (Ersatzinvestitionen), Neugründungen spielen wirtschaftlich praktisch keine Rolle mehr. Der Markt ist „überschwemmt“ mit Angeboten und sogar vollständige Sonnenstudios inkl. kompletter Geräteausstattung und Kundenstamm werden für ca. 25.000 Euro pro Studio gehandelt (Gutachten S. 33). Daraus wird deutlich, dass der Verkauf von Solarien derzeit nur unter Realisierung erheblicher Verluste möglich ist und dass die Anschaffungswerte von den Zeit- oder Verkehrswerten erheblich abweichen (Gutachten S. 33/34).

Auch dies zeigt deutlich, dass Endverbraucher nur schwer und aufwändig zu finden gewesen wären. Dass die Klägerin dies nicht versucht und statt dessen die Geräte zu einem Preis, der sogar noch über dem vom Sachverständigen geschätzten Verkehrswert von EUR 70.100,- liegt, an einen Händler veräußert hat, ist mithin nicht zu beanstanden.

Auch ist der vom Sachverständigen vorgenommene Abzug der 50%igen Händler-spanne nachvollziehbar. Er hat dies damit begründet, dass die Hersteller der Solarien im Regelfall keinen direkten Marktzugang haben, sondern ein Händlernetz zum Vertrieb nutzen. Da die Marge bei 40–50 % liegt, führt der Verkauf einer

Sonnenbank über einen Händler zu einem sehr schnellen und hohen Wertverlust. Es sei deshalb ohne großen Aufwand möglich, Neugeräte mit einem Nachlass von 40 % direkt vom Händler zu erwerben (S. 22 des Gutachtens).

Soweit sich die Beklagte auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verpflichtung des Leasinggebers zur bestmöglichen Verwertung eines KfZ nach fristloser Vertragsbeendigung beruft, ist diese auf die hier streitgegenständlichen Leasingverträge nicht anwendbar. Der KfZ-Markt ist hinsichtlich seiner Vielfalt und seiner Umsätze nicht mit dem engen und einem nur von einem kleinen Käuferkreis frequentierten Markt für Sonnenbänke vergleichbar.

Die für die Verletzung der Schadensminderungspflicht darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. hierzu auch Senat OLGR Düsseldorf 2008, 764 f.) vermochte somit nicht zu beweisen, dass die Klägerin in der Lage gewesen wäre, einen höheren Verwertungserlös zu erzielen.

II. Aus den genannten Gründen hat auch die beabsichtigte Rechtsverfolgung der Beklagten im Berufungsrechtszug keinen Erfolg (§ 114 ZPO).

Mitgeteilt von VRIOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 93, 94, 95, 195, 199, 254, 278, 634, 634a BGB

Bauwerk; maßgebliche Verjährungsfrist bei Mängeln eines Hochseilgartens; Beschaffung ungeeigneten Baumaterials (hier: Holz) durch den Auftraggeber

1. Bei einem Hochseilgarten, der an 2,60 Meter tief im Erdreich verankerten Baumstämmen befestigt ist, handelt es sich um ein Bauwerk. Mängelgewährleistungsansprüche verjähren daher erst in 5 Jahren.

2. Beschafft der nicht sachkundige Auftraggeber Baumaterial, hat der Projektleiter des Bauunternehmers dessen Eignung zu prüfen. Versäumt er dies, trifft den Auftraggeber wegen des aus dem Mangel resultierenden Schadens kein Mitverschulden.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 4. 8. 2009 – 5 U 333/09)

Aus den Gründen: Die Berufung ist aus den Gründen des Senatsbeschlusses vom 8. Juli 2009 ohne Aussicht auf Erfolg. Was der Beklagte dagegen mit Schriftsatz vom 31. Juli 2009 vorbringt, erlaubt keine andere Sicht der Dinge.

1. Die Klägerin als Auftraggeberin verlangt vom Beklagten als Auftragnehmer Schadensersatz wegen Schlechterfüllung eines Vertrages zur Errichtung eines Hochseilgartens. Dieser gründet auf 10 im Boden verankerten Holzstämmen, die von der Klägerin selbst beschafft und der Beklagten zur Verfügung gestellt wurden. Nach dem Vertrag der Parteien schuldete die Beklagte auch die Projektleitung. Die Abnahme der Vertragsleistung erfolgte am 16. Dezember 2002. Jahre später zeigte sich an den Holzstämmen Schädlingsbefall und Fäulnis. Aus diesem Grund musste die gesamte Anlage Ende 2007 stillgelegt werden. Nachdem der Holzlieferant der Klägerin 17.500 € erstattet hat, beziffert sie ihren Restschaden auf 60.500 €, wovon ein Teilbetrag von 30.000 € Gegenstand der seit Dezember 2007 rechtshängigen Klage ist.

Der Beklagte meint, Gewährleistungsansprüche seien verjährt. Dem ist das Landgericht [Trier] jedoch zu Recht nicht gefolgt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind unter Arbeiten „bei einem Bauwerk“ im Sinne des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht nur Arbeiten zur Herstellung eines Gebäudes zu verstehen. Der Begriff des Bauwerks im Sinne des § 638 Abs. 1 BGB alter Fassung, der inhaltlich mit der nunmehr geltenden Norm übereinstimmte, ist infolge des Normzwecks dieser Vorschrift, dem Interessenaus-



gleich zwischen den Vertragspartnern des Werkvertrages zu dienen, weiter als der in §§ 93 ff. BGB verwendete Begriff des Gebäudes (vgl. BGH in BauR 1999, 670, 671). Unter den Begriff des Bauwerks fallen auch ortsfeste technische Anlagen, die mit dem Grundstück dauerhaft verbunden sind. Für das Kriterium der Nutzungsdauer ist dabei entscheidend, ob Vertragszweck die Erstellung einer größeren ortsfesten Anlage mit den spezifischen Bauwerksrisiken ist, die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegen. In diesem Fall genügt es, dass die Anlage allein durch ihr Gewicht mit dem Grundstück so verbunden ist, dass eine Trennung von demselben nur mit einem größeren Aufwand möglich ist (BGH aaO, Seite 672). Dementsprechend sind technische Anlagen als Bauwerke angesehen worden, beispielsweise eine Rohrbrunnenanlage (BGHZ 57, 60, 61), eine Gleisanlage (BGH in VersR 1972, 375) oder eine Förderanlage für eine Automobilproduktion (BGH, BGHR BGB § 638 Abs. 1 - Bauwerk 8 m. w. N.).

Daran gemessen handelt es sich auch bei dem vom Beklagten errichteten Hochseilgarten um ein Bauwerk. Zur Pfahlgründung der 10 Maste aus Douglasieneholz, an denen der Hochseilgarten befestigt ist, mussten Löcher von jeweils 1 Meter Durchmesser und 2,60 Metern Tiefe ausgeschachtet werden. In den Löchern wurden die Stämme mit Glockenmuffenrohren fixiert, anschließend waren die Gründungslöcher zu verfüllen; das Füllmaterial wurde verdichtet. Damit befand sich ein wesentlicher Teil der Anlage im Erdreich, wo er für die dauerhafte gefahrenfreie Nutzbarkeit des im Luftraum errichteten Klettergartens von entscheidender Bedeutung war. Die feste Verankerung im Boden verbunden mit der fehlenden Zugänglichkeit oder Wahrnehmbarkeit der 2,60 Meter tief im Erdreich gegründeten Stämme brachten es mit sich, dass ein Mangel dieses Teils der Anlage typischerweise erst nach langer Zeit bemerkt werden konnte. Die längere Verjährungsfrist ist daher auch nach der Teleologie des Gesetzes maßgeblich.

Das ist nicht dadurch in Frage gestellt, dass die oberirdischen Teile des Hochseilgartens ohne Weiteres zugänglich und einsehbar sind. Das ist auch bei nahezu jedem Gebäude der Fall, woraus sich erschließt, dass die lange Verjährungsfrist nicht erfordert, dass das gesamte Bauwerk in einer Weise gestaltet sein muss, die Mängel nur spät oder schwer erkennbar macht.

Auf die konkrete Lebensdauer einer derartigen Anlage kommt es nicht an. Das Gesetz macht die Bauwerkseigenschaft nicht davon abhängig, ob die Lebensdauer 20 oder mehr Jahre beträgt. Als Anknüpfungspunkt für die Verjährungsfrist wäre die konkrete Lebensdauer auch deshalb ungeeignet, weil es bei vielen unter den Bauwerksbegriff fallenden technischen Anlagen entscheidend von der Intensität der Nutzung abhängt, wie lange sie bestimmungsgemäß in Gebrauch bleiben können.

All diese Rechtsfragen sind höchstrichterlich hinreichend geklärt, so dass dem Beklagten nicht darin beigespflichtet werden kann, es sei von grundsätzlicher Bedeutung, ob ein Hochseilgarten unter den Bauwerksbegriff des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB fällt. Maßgeblich ist die konkrete Gestaltung, die das Landgericht knapp, aber im Ergebnis zutreffend gewürdigt hat.

Im Übrigen hat der BGH bereits entschieden, dass beispielsweise ein Stahlurm, der ebenfalls abgebaut werden kann, ein Bauwerk und keine bewegliche Sache darstellt. Damit ist der vorliegende Fall vergleichbar.

2. Auch der Auffassung der Beklagten, ihr Projektleiter sei nicht verpflichtet gewesen, die Eignung der von der Klägerin selbst beschafften Holzstämme zu prüfen, kann nicht gefolgt werden. Dass die von der Klägerin beschafften, in keiner Weise vorbehandelten rohen Douglasienstämme ungeeignet waren, musste sich für den örtlichen Bauleiter der Beklagten schon daraus ergeben, dass die Beklagte selbst in ihrem ersten, weiter greifenden Angebot die Lieferung und den Einbau von speziell behandelten Stämmen vorgesehen hatte.



Soweit die Beklagte nunmehr durch Sachverständigengutachten unter Beweis stellt, ihr Projektleiter habe die fehlende Behandlung der Stämme nicht erkennen können, ist dem nicht nachzugehen. Unterstellt man die Beweisbehauptung als zutreffend, ändert das nicht daran, dass die Beklagte sich durch ihren Projektleiter von der konkreten Eignung der Stämme überzeugen musste. War die gebotene Holzbehandlung bei der Anlieferung nicht wahrnehmbar, musste die Erkenntnislücke durch eine Nachfrage beim Holzlieferanten geschlossen werden. Diese Nachfrage hätte ergeben, dass für den Verbau im Erdreich ungeeignetes Rohholz geliefert worden war.

Soweit die Berufung meint, auch unbehandelte Douglasienstämme könnten von „ausreichender Lebensdauerhaftigkeit“ sein, geht sie daran vorbei, dass der Beklagte bei seinem eigenen ursprünglichen Angebot die Lieferung behandelter Stämme vorgesehen hatte. Außerdem verkennt der Beklagte, dass der Sachverständige mit überzeugenden Ausführungen die Gründung der Holzstämme in U-förmigen Metallträgern für erforderlich und den Verbau unter unmittelbarem Kontakt mit dem Erdreich für nicht sachgemäß hält.

Mit der These, auch bei Lieferung von behandeltem Holz, sei dieses möglicherweise vom Holzbock befallen oder zumindest gefährdet gewesen, gibt die Berufung sich in den Bereich der Spekulation.

3. Die Haftung des Beklagten ist auch nicht dadurch ausgeräumt oder eingeschränkt, dass es einen zweiten Verantwortlichen, nämlich den Holzlieferanten, gibt.

4. Letztlich sind auch die Einwände des Beklagten zur Schadenshöhe nicht stichhaltig. Dass der gesamte Hochseilgarten wegen der durch Fäulnis und Schädlingsbefall fehlenden Tragfähigkeit der Douglasienstämme abgerissen und neu errichtet werden muss, steht nach den Feststellungen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen außer Zweifel.

Da der Bau im Jahr 2002 nach dem insoweit unbestrittenen Klagevorbringen 103.788,25 € gekostet hat und die Preise seitdem weiter gestiegen sind, steht für den Senat außer Zweifel, dass das Landgericht der Klägerin mit dem zuerkannten Betrag von 30.000 € auch unter Berücksichtigung der erheblich geringeren Teilzahlung des Holzlieferanten keinesfalls mehr zugesprochen hat, als für die Demontage und Entsorgung sowie die Neuerrichtung erforderlich ist.

5. Der Hinweis des Beklagten, bei Bestätigung des Urteils erster Instanz drohe die Insolvenz, ist unerheblich. Wer auf dem Bausektor tätig ist, hat üblicherweise eine Haftpflichtversicherung. Sollten der Beklagte und sein verantwortlicher Projektleiter versäumt haben, eine solche Versicherung abzuschließen, ist das für den vorliegenden Rechtsstreit ohne Belang.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

§§ 120, 164, 651c Abs. 2 Satz 1, 651 d Abs. 2, 276 BGB; § 522 ZPO Adressat der Mängelanzeige beim Reisevertrag

1. Am Urlaubsort sind Mängelanzeige und Abhilfeverlangen stets an den Reiseveranstalter zu richten.

2. Die örtliche Hotelleitung ist nicht Vertreter oder Empfangsbote des Reiseveranstalters. Auch die irriige Vorstellung des Urlaubers, die Hotelleitung sei sein Übermittlungsbote, lässt das Verschulden nicht entfallen.

3. Herabfallende Kokosnüsse sind kein Reisemangel.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 5.10.2009 – 5 U 766/09)



Aus den Gründen: Die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO sind nach Auffassung des Senats gegeben. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Ebenso wenig erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Die Berufung hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Amtsgericht [Neuwied] hat die Klage mit zutreffender Begründung zu Recht abgewiesen. Was die Berufung dagegen vorbringt ist nicht stichhaltig.

Im Einzelnen:

Der Amtsrichter ist ohne Weiteres von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen. Das ist nicht zu beanstanden und wird von der Berufung auch hingenommen.

Ansprüche wegen Reisemängeln verliert der Reisende, wenn er es schuldhaft unterlässt, die Mängel anzuzeigen (§ 651 d Abs. 2 BGB). Der Berufung ist zuzugeben, dass die Vorschrift darüber schweigt, wer Adressat der Mängelanzeige sein kann. Indes versteht sich von selbst, dass die Anzeige an den Vertragspartner des Reisenden zu richten ist. Das ist der Reiseveranstalter.

Der Bundesgerichtshof hat es zwar in einem Sonderfall für ausreichend erachtet, dass Ansprüche nicht gegenüber dem Reiseveranstalter, sondern gegenüber dem Reisebüro angemeldet wurden, das die Reise vermittelt hatte (vgl. BGHZ 102, 80-87). In jener Entscheidung hat der BGH allerdings klargestellt, dass das nur für die Anmeldung der Ansprüche nach Beendigung der Reise gem. § 651g Abs. 1 BGB gilt, nicht aber für Mängelanzeige und Abhilfeverlangen am Urlaubsort gem. §§ 651c Abs. 2, 3; 651d Abs. 2 BGB. Die Rüge am Urlaubsort soll dem Reiseveranstalter vor allem Gelegenheit geben, vorhandene Mängel abzustellen (vgl. BGHZ 90, 363, 367/368). Dann aber muss sie so bald wie möglich beim Reiseveranstalter selbst oder bei dessen Vertreter vor Ort angebracht werden.

Der Auffassung der Berufung, mangels Vertreter vor Ort sei hier die Hotelleitung richtiger Adressat der Mängelrüge gewesen, ist unzutreffend. Dem Senat erschließt sich nicht, aus welchen dogmatisch tragfähigen Gründen die örtliche Hotelleitung Empfangsbote oder gar Vertreter des Reiseveranstalters sein sollte.

Sofern das Berufungsvorbringen dahin zu verstehen ist, die örtliche Hotelleitung habe vorgespiegelt, derart vom Reiseveranstalter legitimiert worden zu sein, steht das mit den objektiven Gegebenheiten nicht in Einklang. Eine derartige Falschauskunft kann, sofern sie die Durchsetzung berechtigter Ansprüche gegen die Beklagte vereitelt hat, allenfalls Ersatzansprüche gegen den Hotelbetreiber begründen, über die hier nicht zu befinden ist. Sollte ein Mitarbeiter des Hotels vorgespiegelt haben, er werde als Bevollmächtigter oder Bote des Klägers dessen Beanstandungen an den Reiseveranstalter übermitteln, gilt nichts anderes. Ein derartiges Fehlverhalten wäre der Beklagten nicht zuzurechnen.

Letztlich scheidet die Berufung auch mit dem Einwand, angesichts der Erklärungen des Klägers gegenüber der Hotelleitung und der ihm zuteil gewordenen Antworten, die im Übrigen nicht näher konkretisiert sind, liege keine *schuldhaft* versäumte Mängelanzeige vor. Die Hotelleistungen betreffende Beanstandungen wird ein Hotelbetreiber häufig schon deshalb *nicht* an den Reiseveranstalter weiterleiten, um zu vermeiden, wegen der gerügten Mängel aus den künftigen Angeboten des Veranstalters gestrichen zu werden, was für den Hotelier und seine Angestellten erhebliche, möglicherweise die wirtschaftliche Existenz vernichtende Folgen haben kann. Diese ganz nahe liegende Überlegung hätte auch der Kläger anstellen und zu der Erkenntnis kommen müssen, dass die Hotelleitung nicht der richtige Adressat der Mängelrügen war.

Die durch das Beweisergebnis erster Instanz widerlegte Behauptung des Klägers, die Kommunikationswege zwischen den Malediven und Deutschland seien tagelang derart gestört gewesen, dass die beabsichtigte Mängelanzeige gegenüber dem Reiseveranstalter aus diesem Grund gescheitert sei, wird von der Berufung nicht weiterverfolgt. Immerhin zeigt dieser erstinstanzliche Vortrag aber, dass der Kläger wusste, an wen die Mängelanzeige zu richten war.

Die der Berufungsbegründung beigefügte Objektbeschreibung des Reiseveranstalters stützt nicht die Behauptung des Klägers, sämtliche Mängel seien der Beklagten bekannt gewesen. Im Übrigen erscheint zweifelhaft, ob eine derartige Kenntnis gegebenenfalls die Mängelanzeige entbehrlich macht. Die von mitteleuropäischen Gegebenheiten manchmal abweichenden Besonderheiten exotischer Urlaubsziele werden von manchem Reisenden als besonderer Reiz angesehen, während andere Urlauber in derartigen Dingen einen Reisemangel erblicken. Unter diesem Gesichtspunkt ist für den Senat nicht nachvollziehbar, dass der Kläger sich auf den Malediven unter anderem dadurch beeinträchtigt sah, dass „alle paar Minuten eine Kokosnuss zu Boden krachte“ (Klageschrift Seite 4).

Nach alledem erscheint die Berufung aussichtslos. Der Kläger mag daher prüfen, ob der Rechtsstreit nicht kostengünstiger durch eine Berufungsrücknahme beendet werden sollte. Es wird eine Frist zur Stellungnahme gesetzt bis: 30. Oktober 2009

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

Hinw. d. Red.: Der Kläger hat seinen Wohnsitz in Österreich. – Hinw. d. Mitteilers: Die Berufung wurde durch inhaltsgleichen Beschluss vom 3. 11. 2009 zurückgewiesen.

§§ 280, 652 BGB; § 7 AUB 1994

Hinweispflichten des Versicherungsmaklers in der Abwicklung eines Unfallschadens

Der in die Abwicklung eines Unfallschadens eingeschaltete Versicherungsmakler muss den Versicherungsnehmer regelmäßig auf die Frist zur ärztlichen Feststellung einer Invalidität und ihrer Geltendmachung gegenüber dem Versicherer nach § 7 I (1) AUB (1994) hinweisen, wenn für ihn erkennbar ist, dass Ansprüche wegen Invalidität gegen den Unfallversicherer ernsthaft in Betracht kommen.

(BGH, Urteil vom 16. 7. 2009 – III ZR 21/09)

Hinw. d. Red.: Berufungsgericht OLG Karlsruhe – 9 U 141/08 – in www.gmbbl.de 2009, 8.

§§ 31, 249, 823, 830, 840 BGB; §§ 27, 242, 259 StGB; §§ 260, 261, 267, 409 StPO **Mithaftung des Hehlers für Detektivkosten zur Überführung des Diebes; Diebstahl, Unterschlagung im Baustoffhandel durch Arbeitnehmer**

1. Grundsätzlich haftet ein Hehler nicht nach § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Haftung nach § 830 Abs. 2 BGB für Detektivkosten zur Überführung des Diebes kommt jedoch in Betracht, wenn sein Verhalten angesichts besonderer Tatumstände als psychische Beihilfe zur Vortat zu werten ist. Die abweichende rechtliche Würdigung in einem Strafbefehl bindet den Zivilrichter nicht.

2. Zum Umfang der Ersatzpflicht des Hehlers und zur Angemessenheit der Ermittlungskosten in einem derartigen Fall.

(OLG Koblenz, Urteil vom 7. 5. 2009 – 5 U 44/09)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin handelt mit Baustoffen. Einer ihrer Fahrer unterschlug zwischen Februar und Dezember 2006 Fräsgut, Kies, Lava und Sand. Davon lieferte er insgesamt 15 Lkw.-Ladungen an den Erstbeklagten. Die Zweitbeklagte, eine GmbH, handelt ebenfalls mit derartigen Baustoffen. Der Gesamtwert der Lieferungen betrug 3881 €. Zur Wiedergutmachung dieses Schadens zahlte der Erstbeklagte nach Entdeckung der Straftaten an die Klägerin 4284 € (Überzahlung: 403 €).

Im Berufungsverfahren begehrt die Klägerin weiteren Schadensersatz nebst Zinsen wie folgt:

1. 5059,61 € Detektivkosten abzüglich der überzahlten 403 €	4656,61 €
2. Anwaltskosten für vorgerichtliche Rechtsverfolgung	1625,00 €
3. 1,3 Geschäftsgebühr aus 6281,61 € nebst Kostenpauschale	507,50 €

Diesen Anträgen hat das Landgericht Koblenz unter Abweisung der weiter greifenden Klage und einer Widerklage entsprochen und zur Begründung ausgeführt, nach §§ 31, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 259 StGB müssten beide Beklagten den durch die Hehlerei entstandenen Schaden ersetzen. Die Detektivkosten seien erforderlich gewesen, um die Straftaten zu ermitteln und beweiskräftig festzustellen. Dass nach der Entdeckung zur Sicherung der Ansprüche ein Kölner Rechtsanwalt zu einem Stundenhonorar von 250 € eingeschaltet worden sei, begegne ebenfalls keinen Bedenken.

Mit ihrer Berufung rügen die Beklagten, dass ein Hehler nach den Grundsätzen der Entscheidung BGHZ 8, 288–299 nur dann umfassend auf Schadensersatz hafte, wenn er bei der Verletzungshandlung des Vortäters mitgewirkt habe und diese Tat dem gemeinsamen Willen beider Täter entsprungen sei. Das sei hier nicht der Fall. Zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der Detektiv- und Anwaltskosten habe die Klägerin nicht hinreichend vorgetragen. Insoweit sei unangemessener Aufwand getrieben worden, den die Beklagten nicht zu ersetzen hätten.

Dem auf Klageabweisung gerichteten Berufungsantrag ist die Klägerin entgegen getreten. Die unabhängig von der Vortat zu würdigende Hehlerei habe den Schaden perpetuiert, weshalb die BGH-Entscheidung nicht einschlägig sei. Die Detektiv- und Anwaltskosten seien notwendig gewesen, um auch die Beklagten zu überführen.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat einen Teilerfolg. Der Anspruch der Klägerin hat einen geringeren Umfang als vom Landgericht zuerkannt. Wegen der Zuvielforderung musste die Klage daher abgewiesen werden.

Im Einzelnen:

1. Das Landgericht hat gemeint, beide Beklagten seien schadensersatzpflichtig nach §§ 31, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 259 StGB. Dem Grunde nach ist das im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a. Hinsichtlich der Zweitbeklagten, einer GmbH, ist allerdings folgendes zu sehen:

Nach dem Strafbefehl, auf den die Klage den Vorwurf der Hehlerei stützt, verübte der Erstbeklagte diese Straftat. Folgt man der Parteibezeichnung der Klageschrift, ist nicht der Erstbeklagte, sondern Herr Peter H. Alleingeschäftsführer der GmbH. Allerdings hat der Erstbeklagte mit der Klageerwiderung vorgetragen, ebenfalls Geschäftsführer der GmbH zu sein. Das ist unstrittig geworden. Das Rubrum musste daher entsprechend geändert bzw. ergänzt werden.

Bei dem Erwerb der gestohlenen Baustoffe handelte es sich dem äußeren Anschein nach um ein Betriebsgeschäft der GmbH. Dass der Erstbeklagte die Kaufverträge mit dem Haupttäter nur für sich persönlich schloss, ist nicht behauptet



und auch fern liegend. Demnach ist es nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die Machenschaften des Erstbeklagten auch der Zweitbeklagten zugerechnet hat (§ 31 BGB).

b. Die innere Tatseite der Hehlerei war in erster Instanz streitig. Das Landgericht hat gemeint, nach den Gesamtumständen habe der Erstbeklagte billigend in Kauf genommen, heiße Ware zu erwerben. Diese Erwägungen sind knapp, aber angesichts des äußeren Tatgeschehens ausreichend. Das bedarf deshalb keiner näheren Erörterung, weil die Entscheidung in diesem Punkt nicht mit Erwägungen angegriffen ist, die den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 3 ZPO genügen.

2. Der unmittelbar aus der Straftat erwachsene Schaden, der sich in der Verarbeitung oder Weiterveräußerung des Eigentums der Klägerin realisiert hat, ist vom Erstbeklagten beglichen worden. Darüber hinaus schulden die Beklagten dem Grunde nach auch die Kosten der Detektei, die zu Aufklärung des Sachverhalts von der Klägerin eingeschaltet wurde.

a. Diese Auffassung des Landgerichts bekämpft die Berufung mit dem Hinweis auf die Entscheidung BGHZ 8, 288–299, wonach ein Hehler wegen der in der Verletzung des Eigentums des Geschädigten liegenden unerlaubten Handlung nur dann in voller Höhe des entstandenen Schadens in Anspruch genommen werden kann, wenn tatsächlich festgestellt wird, dass er bei der die Verletzung des Eigentums bewirkenden Handlung eines anderen geistig mitgewirkt hat und die Tat dem gemeinsamen Willen beider Täter entspringt ist.

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Zu § 830 Abs. 2 BGB hat der Senat bereits entschieden, dass ein Hehler, der dem Dieb in Kenntnis des Tatvorhabens den Ankauf des Diebesgutes vorher zusagt, für die bei einem schweren Diebstahl begangene Sachbeschädigung als Anstifter haftet (Senatsurteil vom 19. Februar 1987 – 5 U 784/86 – in NJW-RR 1988, 662–663 = VersR 1988, 361). Nach der Sachverhaltsdarstellung im rechtskräftigen Strafbefehl des Amtsgerichts ... erwarb der Beklagte zu 1 erstmals im Februar 2006 vom Arbeitnehmer der Klägerin eine dort unterschlagene Wagenladung Sand. Das wiederholte sich in den Folgemonaten, indem der Erstbeklagte mehrere Wagenladungen Sand, Lava und Kies kaufte. Dabei handelte es sich nicht um gewöhnliche Handelsware, für die es einen breiten Markt oder eine Vielzahl potentieller Abnehmer gibt. Das „Warenangebot“ des Arbeitnehmers der Klägerin war derart speziell, dass es wegen der außerdem zu kaschierenden, anhand der Tachoscheibe des Lkw. nicht ohne weiteres überprüfbar geringen Umwege nur entlang der gewöhnlichen Fahrtrouten einem dort geschäftsansässigen Baustoffhändler oder Bauherrn angedient werden konnte. Angesichts dieser besonderen Gegebenheiten musste schon der erste Ankauf einer Lkw.-Ladung Sand durch den Geschäftsführer eines Baustoffhandels dem Arbeitnehmer der Klägerin die Gewissheit vermitteln, bei den Beklagten auch künftig diese spezielle heiße Ware absetzen zu können. Der Erstbeklagte kannte diese tatsächlichen Umstände und wusste daher, dass schon die Anfang 2006 erstmalig realisierte Bereitschaft, diese Ware zu kaufen, den Arbeitnehmer der Klägerin zu künftigen gleichgerichteten Straftaten motivieren konnte und hier auch tatsächlich veranlasst hat.

Dabei ist ohne Bedeutung, dass diese Feststellungen nicht damit in Einklang stehen, dass der Erstbeklagte nur wegen Hehlerei bestraft worden ist. Der Senat ist an die rechtliche Wertung im Strafbefehl nicht gebunden, der ohnehin nicht auf umfassender Sachaufklärung in einer Hauptverhandlung beruht, sondern nach Aktenlage erlassen wurde. Der Zivilrichter ist nicht gehindert, auch zu Ungunsten einer Partei weiter greifende Feststellungen zu treffen. Daher kann der Senat die Beteiligung des Erstbeklagten an der unerlaubten Handlung zum Nachteil der Klägerin rechtlich anders werten als im Strafbefehl. Sieht man in dem Tatbeitrag

des Erstbeklagten eine bloße psychische Beihilfe zu dem kriminellen Treiben des Arbeitnehmers der Klägerin, hält der Senat diese Form der willentlichen Unterstützung und Förderung weiterer Straftaten des Haupttäters für ausreichend. Die Art der Beteiligung erfordert es, die unmittelbar dem Haupttäter zuzuordnenden schadensrechtlichen Folgen auch dem Gehilfen aufzuerlegen, obwohl dieser im Strafverfahren „nur“ der Hehlerei schuldig befunden wurde. Damit ist nicht gesagt, dass ein Hehler nach § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB haftet. Seine Haftung ergibt sich im vorliegenden Fall angesichts der besonderen Tatumstände vielmehr aus § 830 Abs. 2 BGB.

b. Die Detektivkosten durften der Klägerin allerdings nicht in vollem Umfang zugesprochen werden.

Der Ansicht der Berufung, allenfalls seien die Kosten einer Observierung zu ersetzen, kann indes nicht gefolgt werden. Die Beklagten unterstellen dabei zu Unrecht, der Arbeitnehmer der Klägerin habe bei jeder Fahrt Firmeneigentum unterschlagen und sei daher durch einmaliges Observieren zu überführen gewesen.

Als die Klägerin im September 2006 den Auftrag an die Detektei erteilte, bestand zwar ein vager Anfangsverdacht gegen den letztlich überführten Arbeitnehmer. Dieser Verdacht war aber nicht näher konkretisierbar. Insbesondere war völlig ungewiss, wo der Arbeitnehmer der Klägerin das Baumaterial unterschlug und bei wem er das Diebesgut absetzte. Daher war es bei der Auftragserteilung sachgemäß, die Detektei mit der gezielten und langfristig angelegten Beobachtung des Arbeitnehmers an solchen Tagen zu beauftragen, die nach den Gesamtumständen für eine Straftat geeignet erschienen. Derart ist die Klägerin hier vorgegangen, indem sie an den in Betracht kommenden Tagen die Detektei fermündlich bat, die Observation des Fahrers kurzfristig zu übernehmen.

Die in dem Auftrag an die Detektei vereinbarten Stundensätze von 54,50 € (Tagestarif) und 81,75 € (Nachtstarif) sind nicht zu beanstanden. Insoweit ist zu sehen, dass die Observation und Verfolgung des Fahrers der Klägerin an verschiedenen Ladeplätzen und Baustellen in einer Weise erfolgen musste, die vom Täter unbemerkt blieb, andererseits jedoch eine weitgehend lückenlose Beobachtung sicherstellte, um letztlich jene Beweisfotos anfertigen zu können, die das strafbare Treiben des Arbeitnehmers der Klägerin und des Erstbeklagten augenscheinlich machten.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2010 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–49 und Register

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
www.prewest.de, Fax: 02 28 / 47 09 54, info@prewest.de

Der Arbeitnehmer der Klägerin war allerdings durch die von der Detektei am 8. November 2006 getroffenen Feststellungen ebenso zweifelsfrei überführt wie der Erstbeklagte. Das entnimmt der Senat dem Ermittlungsbericht dieses Tages. Warum die kostenträchtige Observation danach noch wochenlang fortgesetzt wurde, ist nicht nachvollziehbar. Dieser Aufwand war – jedenfalls mit Blickrichtung auf die Beklagten des vorliegenden Verfahrens – nicht erforderlich und ist der Klägerin daher auch nicht zu ersetzen. Der allein notwendige Einsatz der Detektei bis einschließlich 8. November 2006 hat folgende Kosten verursacht:

20. September 2006	3 Stunden 30 Minuten Tagestarif	190,75 €
20. September 2006	10 Minuten Nachttarif	13,62 €
22. September 2006	2 Stunden 25 Minuten Tagestarif	131,71 €
28. September 2006	3 Stunden 30 Minuten Tagestarif	190,75 €
28. September 2006	5 Minuten Nachttarif	6,81 €
2. Oktober 2006	2 Stunden 5 Minuten Tagestarif	112,54 €
27. Oktober 2006	6 Stunden 10 Minuten Tagestarif	336,08 €
6. November 2006	2 Stunden Tagestarif	109,00 €
8. November 2006	8 Stunden 45 Minuten Tagestarif	476,87 €
8. November 2006	45 Minuten Nachttarif	<u>61,31 €</u>
Zwischensumme:		1629,44 €

Die erforderliche Gesamtfahrstrecke schätzt der Senat auf 750 Kilometer (§ 287 ZPO). Der berechnete Kilometersatz von 0,95 € ist nicht zu beanstanden. Das ergibt weitere 712,50 €

Die unter dem 20. November 2006 berechneten Telefon- und Portokosten sowie die Spesen und Filmkosten sind weder einzeln noch in der Gesamtsumme von 70,73 €

zu beanstanden.

Statt berechneter 6 Bürostunden zu insgesamt 156 € hält der Senat für die allein erforderlichen 7 Tagesberichte 120,00 €

für angemessen (§ 287 ZPO).

Mithin schulden die Beklagten insgesamt Detektivkosten von **2532,67 €**

c. Die Kosten des Kölner Anwalts der Klägerin müssen die Beklagten nicht ersetzen. Bei den begehrten 1625 € handelte es sich nicht um erforderlichen Aufwand.

Die Klägerin meint, als ihr Arbeitnehmer überführt gewesen sei, habe sie einen Rechtsanwalt aus Köln beauftragt, „den Sachverhalt rechtlich aufzuarbeiten und zu ermitteln“. Die Ermittlung strafrechtlich relevanter Sachverhalte und deren rechtliche Aufarbeitung ist Sache der Strafverfolgungsbehörden, an die sich jedermann wenden kann, ohne dass ihm dadurch Kosten entstehen. Soweit die Klägerin ausführt, ein Anwalt aus Köln habe sie über „die gemäß der Rechtslage zu unternehmenden Schritte“ beraten müssen, ist auch das nicht nachvollziehbar. Dass man einem Arbeitnehmer, der Waren des Arbeitgebers stiehlt oder unterschlägt, fristlos kündigen kann, weiß jeder Laie.

Soweit es der Klägerin darum ging, denkbare weitere Abnehmer der heißen Ware zu erfahren, hätte sie den überführten Arbeitnehmer selbst befragen oder auf das Ermittlungsgeschick der Kriminalpolizei vertrauen können. Warum die in X.-Stadt/Wied geschäftsansässige Klägerin stattdessen aus Köln einen Rechtsanwalt zu einem Stundenhonorar von 250 € anreisen ließ, der sich knapp zwei Stunden mit

dem Arbeitnehmer der Klägerin unterhielt und hierfür einschließlich An- und Rückreise insgesamt 1625 € berechnete, ist nicht nachvollziehbar. Derart kosten-trächtig vorzugehen, war der Klägerin unbenommen. Eine Erstattungspflicht der Beklagten besteht jedoch nicht, weil dieser Aufwand nicht erforderlich war.

Die Klägerin durfte allerdings zur Prüfung ihrer weiteren Schritte gegen den Hehler einen Anwalt mit Kanzleisitz in X.-Stadt oder Umgebung beauftragen. Dessen fiktive Kosten von 402,82 € billigt die Berufung den Beklagten zu, nimmt insoweit jedoch eine Verrechnung mit den 403 € vor, die auf den Sachschaden überzahlt sind (§ 396 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Das bedeutet prozessual, dass es insoweit an einem Berufungsangriff zum Umfang der zuerkannten Anwaltskosten fehlt, so dass es mit der Verrechnung der 402,82 € gegenüber den auf den Sachschaden zuviel gezahlten 403 € sein Bewenden hat.

Die Frage, ob der allein geltend gemachte Schaden (Kosten des Kölner Anwalts) gegen eine fiktive und von der Klägerin gar nicht geltend gemachte Schadensposition ausgetauscht werden kann, stellt sich daher nicht.

Nach alledem musste die Klage hinsichtlich der Kosten des Kölner Anwalts der Klägerin insgesamt abgewiesen werden.

c. Bei der zuerkannten 1,3 Geschäftsgebühr für die vorprozessuale Tätigkeit des Prozessbevollmächtigten der Klägerin war zu berücksichtigen, dass die Beklagten lediglich 2532,67 € weiteren Schadensersatz schulden. Die Geschäftsgebühr aus diesem Streitwert beträgt zuzüglich der Post- und Telekommunikationspauschale 265,70 €. Der vom Landgericht zugesprochene Betrag musste entsprechend reduziert werden.

3. [...] Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Frage, ob die Kosten des auswärtigen Hausanwalts einer Partei zu dem mit ihm vereinbarten hohen Stundensatz vom zivilrechtlich Haftenden zu erstatten sind (§ 249 BGB), nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

§ 5 WEG; § 256 ZPO

Teileigentum; konstruktive Überdeckung der Fläche mit einem Glasdach zwingend im Gemeinschaftseigentum

1. Weist die Teilungserklärung einen im Hof einer Wohnungseigentumsanlage mit einem Glasdach überdeckten „Hofraum“ einem der Miteigentümer als Teileigentum zu, so gilt dies nicht für das Glasdach.

Hierbei handelt es sich um einen „konstruktiven“ Teil des Teileigentums, der notwendigerweise Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums ist und auch durch eine anders lautende Bestimmung in der Teilungserklärung nicht zum Gegenstand des Sondereigentums werden kann.

2. Für das Rechtsschutzziel der Gemeinschaft, die Kostentragungspflicht im Hinblick auf die Unterhaltung des Glasdaches auch für die Zukunft festzustellen, ist das Feststellungsverfahren nach § 256 ZPO eröffnet.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. 4. 2008 – I-3 Wx 254/07)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Eigentümer der Wohnungseigentumsanlage U., die der Beteiligte zu 1 e verwaltet.



Bei dem Gebäude handelt es sich um einen Altbau, den die frühere Alleineigentümerin des Gebäudes durch Teilungserklärung des Notars Q. vom 16. Dezember 1981 in Wohnungseigentum aufgeteilt hat. Bereits zum Zeitpunkt der Teilung war eine zum Gebäude gehörige Hofffläche, die allseits von Mauerwerk umfasst war, komplett mit einem Glasdach überdacht, so dass diese wie ein Raum gegen äußere Witterungseinflüsse geschützt war. Nach der Teilungserklärung gehört diese Fläche nebst den im Erdgeschoss und Anbau gelegenen Räumen zur Teileigentumseinheit Nr. 1, die wie folgt bezeichnet ist:

- 1.) 419/1000stel Miteigentumsanteil
verbunden mit dem Teileigentum an dem im Erdgeschoss, Anbau + Hofraum
gelegenen Gewerbebetrieb nebst Kellerräumen bzw. Lagerräumen
(Kellergeschoss)
– im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichnet –

Die Teileigentumseinheit verfügt inklusive Hofffläche über 328,05 qm; die Wohn- und Nutzfläche im Hause beträgt insgesamt 780,95 qm.

Der Beteiligte zu 2 ist Eigentümer der Teileigentumseinheit Nr. 1. Er hat diese Teileigentumseinheit ebenso wie der Voreigentümer an die Stadt ... vermietet, die dort einen Jugendclub unterhält.

Das bereits in den 60er Jahren errichtete Glasdach war in den letzten Jahren schadhaft geworden. Im Zuge der Durchführung der Sanierungsmaßnahmen wurde festgestellt, dass eine bauordnungsrechtliche Genehmigung für das Glasdach nicht bestand, wenn auch der Zustand seitens der Stadt ... jahrelang hingenommen wurde.

Mit Verfügung vom 17. Mai 2005 forderte das Bauaufsichtsamt der Stadt ... den Beteiligten zu 2 auf, prüffähige Bauvorlagen zur Überprüfung der nachträglichen Genehmigungsfähigkeit einzureichen, anderenfalls werde man die Beseitigung der Hofüberdachung per Ordnungsverfügung verlangen.

In der Eigentümerversammlung vom 8. Mai 2006 besprachen die Eigentümer die Sanierung der Hofüberdachung. Während der Beteiligte zu 2 meinte, die Kosten habe die gesamte Eigentümergemeinschaft zu tragen, da es sich bei dem Dach um Gemeinschaftseigentum handele, vertraten die Beteiligten zu 1 mehrheitlich die Auffassung, das Dach gehöre zum Sondereigentum und sei deshalb auf Kosten des Beteiligten zu 2 in stand zu setzen. Die Wohnungseigentümergeinschaft fasste sodann mehrheitlich den Beschluss, gerichtlich klären zu lassen, ob die Hofüberdachung zum Sondereigentum oder zum Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentumseinheit 1 gehöre.

Die Beteiligten zu 1 haben beantragt, festzustellen, dass der Beteiligte zu 2 sämtliche für die Instandhaltung bzw. Instandsetzung der zur Sondereigentumseinheit Nr. 1 des Objektes U. (Erdgeschoss) entstehenden Kosten an der Hofüberdachung (Hinterhof) zu tragen hat.

Am 18. Juli 2006 wurde nachträglich seitens der Stadt ... die Baugenehmigung zur Erneuerung der Hofbedachung erteilt.

Das Amtsgericht hat am 13. März 2007 festgestellt, dass der Beteiligte zu 2 die für die Instandhaltung bzw. die Instandsetzung der zur Sondereigentumseinheit Nr. 1 des Objekts U. (Erdgeschoss) erforderlichen Kosten für die Hofüberdachung (Hinterhof) zu tragen habe. Das Amtsgericht hat ausgeführt, die Teilungserklärung enthalte keine eindeutige Zuordnung der Glasüberdachung über dem Hinterhofsraum, und auch die Mitberücksichtigung der Hofffläche bei der Berechnung der



Miteigentumsanteile lasse keine zwingenden Rückschlüsse darauf zu, dass bei der Aufstellung der Teilungserklärung eine Nutzung als trockener Hofraum habe berücksichtigt werden sollen.

Gegen den amtsgerichtlichen Beschluss hat der Beteiligte zu 2 sofortige Beschwerde eingelegt. Er hat geltend gemacht, die Konstruktion der Hofüberdachung sei unmittelbar abhängig von der Baulichkeit des Haupthauses und weise starke konstruktive Bezüge zum Hauptgebäude auf. Er sei nicht berechtigt, die Hofüberdachung so zu gestalten, wie er es wolle. Schon deshalb sei die Hofüberdachung nicht sondereigentumsfähig. Sie sei Gemeinschaftseigentum ebenso wie ein Garagendach oder eine feste Balkonüberdachung. Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, dass der Hoffläche nicht die untergeordnete Nutzungsqualität eines offenen Grundstücksteiles zukomme, die Hoffläche sei vielmehr wie eine normale Wohnfläche durch den teilenden Eigentümer gewährt und entsprechend bei der Berechnung der Miteigentumsanteile zugrunde gelegt worden. Entsprechend seien die Betriebs- und Instandhaltungskosten nach diesem Schlüssel der Miteigentumsanteile von ihm zu tragen.

Die Beteiligten zu 1 haben weiterhin die Auffassung vertreten, die Hofüberdachung sei nicht mit einem normalen Hausdach vergleichbar. Auch in der Teilungserklärung werde nicht von einem überdachten Hofraum, sondern lediglich von einem Hofraum gesprochen. Die Überdachung diene allein dem Sondereigentum des Beteiligten zu 2, weshalb er allein für die Instandsetzung des Sondereigentums aufzukommen habe.

Das Landgericht Düsseldorf hat am 14. August 2007 den angefochtenen Beschluss geändert und den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen: II. Die gemäß §§ 22 Abs. 1, 27, 29 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist in der Sache nicht begründet, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Rechtsverletzung (§§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 546 ZPO) beruht.

1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 2 habe Erfolg.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 obliege die Instandsetzung der Hofüberdachung über der Sondereigentumseinheit des Beteiligten zu 2 nicht diesem, sondern der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Das Glasdach, das den geschlossenen Hofraum nach oben hin abschließe, gehöre nämlich nicht zum Sondereigentum des Beteiligten zu 2, sondern sei gemeinschaftliches Eigentum aller Wohnungseigentümer, denen auch insoweit die Instandsetzungspflicht obliege.

Gegenstand des Sondereigentums seien nach § 5 Abs. 1 WEG sowie dem gleich lautenden § 2 Abs. 2 der Teilungserklärung Räume sowie die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne dass dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Sondereigentümers über das nach § 14 WEG zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert werde.

Nach § 2 Abs. 3 der Teilungserklärung seien Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums diejenigen Teile und Anlagen des Gebäudes, die für deren Bestand und Sicherheit erforderlich sind, also die Grund- und Umfassungsmauern sowie die tragenden Zwischenwände und das Dach, selbst wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden.



Dies bedeute, dass wenn auch nach der Teilungserklärung der Hofraum als Gegenstand des Sondereigentums benannt ist, dieser nur insoweit Gegenstand des Sondereigentums sei, als es sich um den lichten Raum und um nicht tragende Wände, Fußbodenbelag usw. handele, nicht jedoch um die konstruktiven Teile, die den lichten Raum überhaupt erst zu einer sondereigentumsfähigen Einheit machen (so auch OLGR Düsseldorf 2005, 148 [= GuT 2005, 30 KL] betreffend einen Wintergarten). Sondereigentum könne nämlich nach § 3 Abs. 2 WEG nur an umbauten Räumen bestehen, nicht jedoch an Grundstücksflächen. Erst durch die allseitige Umschließung der Hoffläche und Überdachung sei somit ein sondereigentumsfähiger Raum entstanden. Die Zuweisung des Hofraums in der Teilungserklärung beziehe sich auf den bereits zum Zeitpunkt der Teilung vorhandenen allseits umschlossenen Raum, bei dem jedenfalls die konstruktiven äußeren Teile zwingend Gemeinschaftseigentum seien. Insoweit sei der umschlossene Hofraum nicht anders zu bewerten als der an ein Haus angebaute Wintergarten, der dem Sondereigentum eines Einzelnen zugewiesen ist. Die konstruktiven äußeren Teile könnten ohne Änderung des Erscheinungsbildes nicht entfernt werden, selbst wenn das Glasdach von der Straßenseite her nicht eingesehen werden könne, sondern allenfalls aus den oberen Stockwerken des Hauses wahrgenommen werde. Die Entfernung des Glasdaches, welches bereits vor Begründung des Wohnungseigentums vorhanden gewesen sei, würde letztlich zur teilweisen Zerstörung der Sondereigentumseinheit führen. Ebenso wie das Dach eines Gebäudes oder Anbaus deshalb zwingend Gemeinschaftseigentum sei, gelte dies auch für das zur Abgeschlossenheit der Raumeinheit führende Glasdach. Die Instandsetzung sei deshalb auf Kosten der Wohnungseigentümergeinschaft insgesamt durchzuführen, weshalb der Beteiligte zu 2 nicht verpflichtet sei, die zur Instandsetzung entstehenden Kosten der Hofüberdachung allein zu tragen.

2. Diese Erwägungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Es mag zweifelhaft sein, ob es sich vorliegend um eine Streitigkeit nach § 43 Abs. 1 WEG handelt. Die Rechtsprechung verneint dies z. B. bei einem Streit um Sondereigentum eines Miteigentümers (BGHZ 130, 164 f. [= WuM 1995, 614]; BayObLG ZMR 1998, 583 [= WuM 1999, 232]; KK-WEG Abramenko 2006 § 43 Rdz. 4). Diese Frage bedarf allerdings mit Blick auf § 17 a Abs. 5 GVG keiner Entscheidung. Denn selbst die zu Unrecht bejahte Zuständigkeit des Gerichts für Wohnungseigentumssachen kann in den Rechtsmittelinstanzen nicht mehr überprüft werden, sofern – wie hier – die Zuständigkeit nicht in erster Instanz gerügt wurde (BGH a. a. O.; Abramenko a. a. O. § 46 Rdz. 6).

b) aa) Für die Verwirklichung des von den Beteiligten zu 1 verfolgten Rechtsschutzzieles ist das Feststellungsverfahren nach § 256 Abs. 1 ZPO eröffnet.

Die Beteiligten zu 1 haben um die Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachgesucht. Unter einem Rechtsverhältnis versteht man eine aus dem vorgetragenen Sachverhalt abgeleitete rechtliche Beziehung von Personen untereinander oder zu einem Gegenstand (BGHZ 22, 46; Thomas-Putzo ZPO § 256 Rdz. 5). Hier geht es um die nach dem Gesetz und der Teilungserklärung geregelte rechtliche Zuordnung der Hofüberdachung im Verhältnis der Wohnungseigentümergeinschaft zu dem Beteiligten zu 2 mit Blick auf die Kostentragungspflicht, die die Beteiligten zu 1 bei dem Beteiligten zu 2 sehen, also nicht um abstrakte Rechtsfragen, sondern um konkrete Folgen der Rechtsbeziehung, mithin die gerichtliche Klärung eines Rechtsverhältnisses im Wege der Feststellung.

bb) Der Feststellungsantrag setzt darüber hinaus wie im Zivilprozess ein Feststellungsinteresse voraus (BGH ZMR 2002, 769 [= WuM 2002, 628]; KG ZWE 2000, 363 [= WuM 2000, 509 KL]; KK-WEG Abramenko Vor § 43 ff Rdz. 36), das insbesondere dann fehlt, wenn bereits die Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung beantragt werden kann (BayObLG WE 1988, 98).

Ob und inwiefern dies hier der Fall ist, hängt davon ab, welches Rechtsschutzziel die Beteiligten zu 1 verfolgen. Wollen sie lediglich die Kostentragungspflicht des Beteiligten zu 2 für den aktuellen Sanierungsfall festgestellt wissen, so läge einem entsprechenden Feststellungsantrag nicht das erforderliche Feststellungsinteresse zugrunde, weil ein Leistungsantrag – nach entsprechender Willensbildung in der Gemeinschaft – vorrangig wäre. So liegen die Dinge hier aber nicht. Denn das Rechtsschutzziel der Beteiligten zu 1 besteht darin, die Kostentragungspflicht des Beteiligten zu 2 im Hinblick auf die Unterhaltung des Glasdaches auch für die Zukunft festzustellen. Hierfür spricht der Eigentümerbeschluss vom 8. Mai 2006, der eine Klärung der Eigentumsverhältnisse hinsichtlich der Glasüberdachung anstrebt sowie die Antragsformulierung „*Instandhaltung* bzw. *Instandsetzung*“. Dann aber ist das Feststellungsinteresse zu bejahen. Denn die WEG liefe bei der Verfolgung ihres Rechtsschutzzieles mit dem Leistungsantrag – abgesehen von der Fälligkeitproblematik – Gefahr, mit einem dahin gehenden Leistungsbeschluss zulasten des Beteiligten zu 2 einen auch bei unterbliebener Anfechtung nicht bestandskräftigen – weil mangels Beschlusskompetenz nichtigen, da die Teilungserklärung ändernden – Beschluss zu fassen.

b) Das Landgericht hat den Antrag der Beteiligten zu 1, festzustellen, dass der Beteiligte zu 2 sämtliche für die Instandhaltung bzw. Instandsetzung der zur Sondereigentumseinheit Nr. 1 des Objektes U. (Erdgeschoss) entstehenden Kosten an der Hofüberdachung (Hinterhof) zu tragen hat, zu Recht zurückgewiesen.

aa) Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 steht der Annahme des Landgerichts, das Glasdach sei gemeinschaftliches Eigentum aller Wohnungseigentümer, nicht entgegen, dass in der Teilungserklärung vom 16. Dezember 1981 mit dem unter 1 genannten Miteigentumsanteil von 419/1000stel das Teileigentum an dem im Erdgeschoss, Anbau + Hofraum gelegenen Gewerbebetrieb nebst Kellerräumen bzw. Lagerräumen (Kellergeschoss) verbunden sein sollte. Zwar können Nebenräume, die zu einer Wohnung oder einem Teileigentum gehören, wie z. B. Kellerräume, Garagen oder Garagen-Stellplätze sondereigentumsfähig sein (Senat, ZMR 2004, 280 [= WuM 2004, 111 = GuT 2004, 34 KL]). Dies bedeutet aber nicht, dass eine zum Gebäude gehörende Hofffläche, die allseits von Mauerwerk umfasst und mit Glas überdacht ist, auch hinsichtlich der tragenden Teile, also der Fundamente, der tragenden Mauern und des Daches zum Sondereigentum des betreffenden Wohnungs- bzw. Teileigentümers gehört.

Dies ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 1 Abs. 5; 5 Abs. 1 und Abs. 2 und 3 WEG. In § 5 Abs. 1 WEG werden als „sondereigentumsfähig“ zunächst die gemäß § 3 Abs. 1 WEG bestimmten Räume bezeichnet. Nach § 3 Abs. 1 WEG kann Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude eingeräumt werden. Daraus ergibt sich, dass das Gesetz zunächst nur von der Sondereigentumsfähigkeit von Räumen, nicht aber eines ganzen Gebäudes ausgeht. Soweit gemäß § 5 Abs. 1 WEG auch „Bestandteile“ des Gebäudes unter bestimmten Voraussetzungen Gegenstand des Sondereigentums sein können, gilt dies gemäß Abs. 2 jedenfalls nicht für solche Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind. Das ist bezüglich des den „Hofraum“ abdeckenden Glasdachs der Fall. Auch wenn das Innere des „Hofraums“ mit seinen einzelnen Bestandteilen wie z. B. Wandputz, Estrich, Elektroanlagen, nicht tragenden Innenwänden zum Sondereigentum gehört, so gilt dies nicht für die



das Sondereigentum umschließenden tragenden Außenmauern, das Dach und die übrigen konstruktiven Teile des Gebäudes. Ob der „Hofraum“ hier freistehend errichtet oder an das Hauptgebäude angebaut ist, kann dahinstehen. Denn auch bei freistehend errichteten Räumen bezieht sich das Teileigentum ausschließlich auf die umschlossenen „Räume“ und die Teile des Gebäudes, die nicht für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind.

Darauf, dass der „Hofraum“ ausschließlich von dem Beteiligten zu 2 durch Vermietung an die Stadt ... genutzt wird, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, denn es geht bei dem Glasdach nicht um eine Anlage oder Einrichtungen des gemeinschaftlichen Gebrauchs, sondern um einen „konstruktiven“ Teil des durch die Teilungserklärung zu Ziffer 1 zugewiesenen, von dem Beteiligten zu 2 innegehaltenen Teileigentums, der notwendigerweise Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums ist und auch durch eine anders lautende Bestimmung in der Teilungserklärung nicht zum Gegenstand des Sondereigentums werden kann.

bb) Die Kosten für die Sanierung des Glasdaches sind gemäß § 16 Abs. 2 WEG n. F. von allen Wohnungs- und Teileigentümern nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zu tragen, weil weder in der Teilungserklärung noch durch eine spätere Vereinbarung der Eigentümer eine anders lautende Bestimmung getroffen worden ist.

Soweit in § 9 Abs. 2 der Teilungserklärung bestimmt ist, dass Instandhaltung und Instandsetzung des Sondereigentums dem jeweiligen Sondereigentümer obliegen, bedeutet dies für den überdachten Hofraum nur, dass der Beteiligte zu 2 alle Instandsetzungen und Instandhaltungskosten hinsichtlich des Hofraums tragen muss, die sich auf Teile desselben beziehen, die nicht für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich, also nicht gemeinschaftliches Eigentum sind (vgl. Senat a. a. O.). Es handelt sich bei dem überdachten Hofraum und dem Glasdach selbst auch nicht um gemeinschaftliches Eigentum, das einem Sondereigentümer im Sinne des § 9 Abs. 1 der Teilungserklärung zur ausschließlichen Nutzung überlassen worden ist. Denn die dort beschriebene Überlassung bezieht sich ausdrücklich nur auf § 6 TE, nämlich das Sondernutzungsrecht am Treppenhaus durch den Eigentümer des Wohnungseigentums Nr. 6.

§ 2 Abs. 2 TE, der den Gegenstand des Sondereigentums beschreibt, erwähnt das Dach nicht, während Abs. 3 das Dach dem Gemeinschaftseigentum zuordnet. Wenn hiernach auch letztlich unklar ist, ob nur das Dach des Hauptgebäudes oder auch das des Hofraumes gemeint sein sollte, ist zu bedenken, dass der Hofraum überhaupt erst durch das Dach zu einer zuweisungsfähigen Sondereigentumsfläche wird. Denn an außerhalb des Gebäudes liegenden Grundstücksflächen kann Sondereigentum nicht begründet werden (vgl. BayObLGZ 1986, 29; KK-WEG Förth 2006 § 5 Rdz. 19).

Der Teilungserklärung lässt sich hiernach auch nicht die Regelungstendenz entnehmen, dass der Sondereigentümer auch die gesetzlich oder durch TE dem Gemeinschaftseigentum zugeordneten Gebäudeteile gleichwohl allein unterhalten soll. Dies gilt um so mehr, als § 9 Abs. 2 Satz 7 TE noch einmal ausdrücklich festhält, dass alle Kosten und Lasten der Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums die Eigentümergemeinschaft trägt.

Für eine im Wege der ergänzenden Auslegung der Teilungserklärung zu füllende planwidrige „Regelungslücke“ in Bezug auf die Unterhaltungspflicht des Glasdaches besteht kein Anhalt.

Die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 war hiernach zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf

§§ 15 Abs. 3, 22, 23 WEG; § 1004 BGB; § 12 FGG**Weitere Veränderung an faktisch zu dulddender, unzulässiger baulicher Veränderung; Funkantenne auf einer Sondernutzungsfläche**

1. Ein Wohnungseigentümer, der im Hinblick auf eine von ihm vorgenommene bauliche Veränderung (hier: Errichtung einer Funkantenne auf einer Sondernutzungsfläche) beseitigungspflichtig ist, aber aufgrund besonderer rechtlicher Gesichtspunkte (hier: Verjährung) von den übrigen Eigentümern auf diese Beseitigung nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, erlangt eine Rechtsposition nur dergestalt, dass die übrigen Eigentümer diesen Zustand faktisch dulden müssen.

2. Aus der Duldungspflicht kann der betreffende Eigentümer nicht das Recht ableiten, den erreichten Zustand hernach im Sinne einer Ausweitung des optischen Nachteils weiter zu verändern (hier: Austausch einiger Bauteile, durch die die Dimensionen der Anlage insgesamt nach Höhe und Durchmesser vergrößert werden); hierbei spielt es keine Rolle, ob die duldungspflichtige Anlage defekt ist, erneuert werden muss und baugleiche Antennenteile nicht mehr verfügbar sind.

3. Zu den Anforderungen an eine „Bestimmung“, wenn die Teilungserklärung die Gültigkeit eines Eigentümerbeschlusses davon abhängig macht, dass der Beschluss protokolliert und das Protokoll von zwei von der Eigentümerversammlung bestimmten Wohnungseigentümern zu unterzeichnen sei.

4. In Wohnungseigentumsverfahren nach altem Recht besteht eine Ermittlungspflicht des Gerichts weder bei plausiblen unbestrittenem Vortrag eines Beteiligten noch wenn ein Beteiligter durch Erklärungen oder die Vorlage von Beweismitteln seinem Interesse ohne Weiteres Geltung verschaffen kann. (nur Leitsatz)

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 6. 2008 – I-3 Wx 217/07)

Zum Sachverhalt: Im Jahre 2001 errichteten die Beteiligten zu 1. auf einer ihnen zur Sondernutzung zugewiesenen Fläche eine Funkantenne. 2005 beschloss die Eigentümergemeinschaft, ihnen die Entfernung der Anlage aufzugeben. Diesen Beschluss fochten die Beteiligten zu 1. mit Erfolg an, weil das Beschwerdegericht den Standpunkt vertrat, dass ein etwaiger Beseitigungsanspruch verjährt sei.

Nach Erlass des landgerichtlichen Beschlusses in jenem Verfahren am 17. Mai 2006 nahmen die Beteiligten zu 1. Veränderungen an der Antennenanlage vor. Daraufhin kam es am 13. November 2006 zu einer weiteren Eigentümerversammlung, die um 17.00 Uhr begann und auf der die Beteiligten zu 1. gegen 17.05 Uhr erschienen. Zu diesem Zeitpunkt hatten die übrigen Eigentümer bereits zwei Beschlüsse gefasst, nämlich zu TOP 2 der Tagesordnung, dass die Beteiligten zu 1. verpflichtet würden, innerhalb einer bestimmten Frist die Funkantenne insoweit zu entfernen, als diese durch nachträgliche Änderung in Form von Anbringung neuer Bauteile über den durch das Landgericht Duisburg mit Beschluss vom 17. Mai 2006 rechtskräftig festgestellten Zustand der Funkantenne hinausgehe; sowie zu TOP 3, dass die Verwalterin ermächtigt werde, im eigenen Namen zu Lasten der Gemeinschaft im Wege der Prozessstandschaft rechtliche Schritte im Falle der Nichtbefolgung des vorgenannten Beschlusses einzuleiten.

Das Protokoll über die genannte Eigentümerversammlung wurde von zwei Wohnungseigentümern und einem Mitarbeiter der Verwalterin unterschrieben.

In § 10 Nr. 9 der Teilungserklärung heißt es:

„In Ergänzung von § 23 WEG wird bestimmt, dass es zur Gültigkeit eines Beschlusses über die dort genannten Bestimmungen hinaus einer Protokollierung des Beschlusses bedarf. Das Protokoll ist vom Versammlungsleiter und einem oder zwei von der Versammlung bestimmten Wohnungseigentümern zu unterzeichnen.“

Nach dem 13. November 2006 nahmen die Beteiligten zu 1. weitere Veränderungen an der Antennenanlage vor.

Die Beteiligten zu 1. haben die Beschlüsse zu TOP 2 und TOP 3 der Eigentümerversammlung vom 13. November 2006 angefochten. Im Wege des Gegenantrages haben die Beteiligten zu 2. beantragt, die Beteiligten zu 1. gesamtschuldnerisch zur Entfernung der Antennenanlage, wie im Beschluss zu TOP 2 vorgesehen, zu verpflichten.

Das Amtsgericht Mülheim a. d. Ruhr hat den Anfechtungsantrag zurückgewiesen und die Beteiligten zu 1. auf den Gegenantrag hin verpflichtet. Ihre hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde ist vor dem Landgericht Duisburg ohne Erfolg geblieben. Allerdings hat das Landgericht den Verpflichtungsausspruch dahin gefasst, die Beteiligten zu 1. würden gesamtschuldnerisch verpflichtet, die auf der ihnen zur Sondernutzung überlassenen Fläche aufstehende Funkantenne insoweit zu entfernen, als diese durch nachträgliche Änderungen in Form von Anbringung neuer Bauteile über den durch das Landgericht mit Beschluss vom 17. Mai 2006 im Verfahren 11 T 11/06 rechtskräftig festgestellten Zustand der Funkantenne, der sich dem nachfolgenden Lichtbild entnehmen lasse, hinausgehe; sodann folgt ein im Beschlussausspruch abgedrucktes Lichtbild.

Aus den Gründen: II. Das gemäß §§ 62 Abs. 1 WEG, 45 Abs. 1 WEG a.F., §§ 27 Abs. 1 Satz 1, 22 Abs. 1, 29 FGG als sofortige weitere Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Beteiligten zu 1. bleibt in der Sache ohne Erfolg, da die angefochtene Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Rechtsverletzung (§§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 546 ZPO) beruht.

1. Allerdings hat der Senat das Rubrum des angegriffenen Beschlusses von Amts wegen klarstellend berichtigt.

Antragsteller und Gegenantragsgegner sind die Beteiligten zu 1.

Gegner des Anfechtungsantrages der Beteiligten zu 1. ist nicht die – teilrechtsfähige – Wohnungseigentümergeinschaft als solche, vielmehr sind es die Wohnungseigentümer mit Ausnahme der Beteiligten zu 1. Denn die Anfechtung von Beschlüssen einer Wohnungseigentümersammlung betrifft die Willensbildung innerhalb der Gemeinschaft und richtet sich daher nicht gegen den Verband, sondern gegen die übrigen Wohnungseigentümer (so ausdrücklich: BGHZ 163, 154 ff [= WuM 2005, 530 = GuT 2005, 229 KL]).

Die übrigen Eigentümer und nicht die Gemeinschaft selbst sind auch Antragsteller des Gegenantrages. Mit diesem wird ein Anspruch auf Beseitigung einer baulichen Veränderung geltend gemacht. Inhaber eines derartigen Beseitigungsanspruches sind die einzelnen Wohnungseigentümer. Zwar bildet nach der neueren höchstgerichtlichen Rechtsprechung die Wohnungseigentümergeinschaft einen teilrechtsfähigen Verband; dieser ist jedoch weder Mitglied der Eigentümergemeinschaft noch Miteigentümer, so dass ihm ein Beseitigungsanspruch der vorbezeichneten Art nicht zustehen kann (BGH, Urteil vom 26. Januar 2007 in Sachen V ZR 175/06 [= GuT 2007, 161]; OLG München ZMR 2006, S. 643 ff sowie NJW-RR 2008, S. 247 ff [= WuM 2008, 53 KL]). Dementsprechend haben sich die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2. in den Tatsacheninstanzen zutreffend für „die Antragsgegner“ bestellt.

Die Verwalterin ist am vorliegenden Verfahren nur hinsichtlich des Antrages nach § 43 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 Nr. 2 WEG a.F. beteiligt.

2. Die Entscheidung des Landgerichts über den Anfechtungsantrag der Beteiligten zu 1. ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[...] b) bb) Die angefochtenen Beschlüsse der Eigentümerversammlung vom 13. November 2006 sind auch nicht deshalb für ungültig zu erklären, weil die Versammlungsniederschrift an einem zur Ungültigkeit der Beschlüsse führenden Mangel litte.

Eine in einer Teilungserklärung enthaltene Bestimmung, dass zur Gültigkeit eines Beschlusses der Wohnungseigentümerversammlung die Protokollierung des Beschlusses erforderlich und dass das Protokoll von zwei von der Eigentümerversammlung bestimmten Wohnungseigentümern zu unterzeichnen sei, ist wirksam; ein Verstoß hiergegen macht den Beschluss anfechtbar (BGHZ 136, 187 ff [= WuM 1997, 520]). Dabei hat die „Bestimmung“ der beiden für die Unterschrift vorgesehenen Eigentümer zu Beginn der Versammlung durch Mehrheitsbeschluss zu erfolgen (BGH NJW 1998, S. 755 f [= WuM 1998, 118]). Daraus ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung geschlossen worden, der die „Bestimmung“ enthaltende Beschluss bedürfe seinerseits gleichfalls der Protokollierung (SchlHOLG NJW-RR 2006, S. 1675 f [= GuT 2006, 162 KL]). Letzteres kann jedoch in denjenigen Fällen, in denen der „Bestimmungs-Beschluss“ seinerseits nicht angefochten worden und daher in Bestandskraft erwachsen ist, dahingestellt bleiben; denn eine etwaige Protokollierungsbedürftigkeit dieses Beschlusses macht ihn seinerseits lediglich anfechtbar, nicht nichtig.

Nach diesen Grundsätzen durfte das Beschwerdegericht verfahrensfehlerfrei von einer ordnungsgemäßen „Bestimmung“ der beiden Wohnungseigentümer, die die Niederschrift unterzeichnet haben, ausgehen. [...]

cc) In der Sache kommt es, da hinsichtlich der Beschlüsse der Versammlung vom 13. November 2006 zu TOP 2 und 3 weitere Gültigkeitsmängel nicht in Erwägung zu ziehen sind, lediglich auf zwei Fragen an, nämlich ob die Beteiligten zu 1. die in dem Beschluss zu TOP 2 genannte Entfernungspflicht trifft und – gegebenenfalls – ob die Beteiligten zu 2. einen darauf gerichteten Anspruch bzw. darauf gerichtete Ansprüche geltend machen können. Beide Fragen sind zu Lasten der Beteiligten zu 1. zu beantworten.

(1) Das Landgericht ist davon ausgegangen, bei der Antennenanlage handele es sich um eine bauliche Veränderung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG a.F., die zu einer optischen Beeinträchtigung des Gesamteindrucks des Gemeinschaftseigentums führe, die das in § 14 Nr. 1 WEG a.F. bestimmte Maß überschreite. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Bauliche Veränderung ist jede auf Dauer angelegte, umgestaltende Maßnahme, die auf Veränderung desjenigen Zustandes gerichtet ist, der entweder beim Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft oder nach späterer Vornahme zulässiger baulicher Veränderungen oder nach späterer Vornahme unzulässiger baulicher Veränderungen, deren Beseitigung aber nicht mehr verlangt werden kann, vorhanden ist (Palandt-Bassenge, BGB, 67. Auflage 2008, § 22 WEG Rdnr. 4; Staudinger-Bub a. a. O., § 22 WEG Rdnr. 36).

Im Streitfall steht zwar – anders als die Beteiligten meinen – der Zustand der ursprünglichen Antennenanlage nicht bereits aufgrund des landgerichtlichen Beschlusses im vorangegangenen Verfahren 30 II 18/05 WEG AG Mülheim an der Ruhr vom 17. Mai 2006 fest; denn Gegenstand des seinerzeitigen Verfahrens war eine Beschlussanfechtung, und in einem derartigen Fall erstreckt sich die Bindungswirkung der gerichtlichen Entscheidung nur auf den rechtskräftig für ungültig erklärten Wohnungseigentümerbeschluss (BGH NJW 2003, S. 3476 ff [= WuM 2003, 712 = GuT 2004, 34 KL]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 7. Juni 2006 in Sachen 20 W 494/04 m.w.Nachw.). Dies spielt im vorliegenden Zusammenhang indes keine Rolle. Denn das Landgericht hat in der nunmehr angefochtenen Entscheidung eigenständig und rechtsfehlerfrei begründet, dass die ursprüngliche Antennenanlage eine unzulässige bauliche Veränderung dargestellt habe, deren



Beseitigung infolge Verjährung nicht mehr verlangt werden können, und dass jene Anlage von den Beteiligten zu 1. durch umgestaltende Maßnahmen zu ihrem heutigen Zustand hin verändert worden sei, nämlich durch den Austausch einiger Bestandteile, durch die zumindest die Dimensionen der Anlage insgesamt nach Höhe und Durchmesser verändert worden seien.

Ebenfalls frei von Rechtsirrtum ist der Standpunkt des Beschwerdegerichts, dass die von der Anlage ausgehenden Nachteile das in § 14 Nr. 1 WEG a.F. bestimmte, das heißt das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche, Maß überschritten. Anders als bei der zuvor erörterten Frage des Vorliegens einer baulichen Veränderung können hinsichtlich des Eintritts eines nicht mehr hinzunehmenden Nachteils zulässige bauliche Veränderungen und unzulässige bauliche Veränderungen, deren Beseitigung lediglich nicht mehr verlangt werden kann, nach Auffassung des Senats nicht gleich behandelt werden. Derjenige Eigentümer, der im Hinblick auf eine von ihm vorgenommene bauliche Veränderung beseitigungspflichtig ist, aber aufgrund besonderer rechtlicher Gesichtspunkte von den übrigen Eigentümern auf diese Beseitigung nicht – mehr – in Anspruch genommen werden kann, erlangt eine Rechtsposition nur insofern, als bezüglich einer bestimmten baulichen Maßnahme und damit bezüglich eines zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehenden Zustandes die übrigen Eigentümer eine faktische Duldungspflicht trifft. Dies gibt dem betreffenden Eigentümer hingegen grundsätzlich nicht die Befugnis, den erreichten Zustand hernach weiter zu verändern. Ob dies einschränkungslos gilt, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung; jedenfalls beansprucht der Grundsatz Geltung, falls die nachträglichen Veränderungen in denjenigen Hinsichten erfolgen, die die von der baulichen Veränderung ausgehenden relevanten Nachteile begründen. Insbesondere kann keine Rede davon sein, dass es dem durch die fehlende Durchsetzbarkeit begünstigten Eigentümer gestattet wäre, den von ihm geschaffenen baulichen Zustand modernisierend instandzusetzen, falls dies mit Veränderungen in nachteilsrelevanter Hinsicht verbunden ist.

Hier steht fest, dass die Beteiligten zu 1. denjenigen Zustand, der zum Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts im Vorverfahren am 17. Mai 2006 bestand, in der Folgezeit weiter veränderten, und zwar gerade auch in den den optischen Nachteil begründenden Hinsichten, nämlich den Abmessungen der Antennenanlage. Unerheblich ist demgegenüber, ob die ursprüngliche Antenne defekt war, erneuert werden musste und eine baugleiche Antenne nicht mehr verfügbar ist. Indem der gegen sie gerichtete Beseitigungsanspruch nicht mehr durchsetzbar war, erlangten die Beteiligten zu 1. eben nicht ein Recht auf das Haben und Halten der Antennenanlage, wie es der Fall gewesen wäre, hätte diese eine zulässige bauliche Veränderung dargestellt. Gerade auf ein derartiges Recht berufen sie sich indes, wenn sie der Sache nach geltend machen, die Anbringung der neuen Anlage stelle eine modernisierende Instandsetzung dar, weil eine mit dem ursprünglichen Modell baugleiche Antenne nicht mehr zur Verfügung stehe.

(2) Die Beseitigungspflicht der Beteiligten zu 1. kann auch von sämtlichen übrigen Wohnungseigentümern, damit von den Beteiligten zu 2. insgesamt, geltend gemacht werden. Die vom Landgericht ausgesprochene Verpflichtung zum Rückbau beruht rechtlich auf einem Beseitigungsanspruch, mit dem zulässigerweise (Staudinger-Bub a. a. O., § 22 WEG Rdnr. 218, 1. Abs.) nur eine teilweise Beseitigung – nämlich des Nachteils bis auf das unzulässige, aber hinzunehmende Maß – geltend gemacht worden ist. Dabei handelt es sich, wie bereits oben unter 1. ausgeführt, um einen individuellen Anspruch jedes Wohnungseigentümers.

Im vorliegenden Fall bedarf es keiner abschließenden Klärung, ob und unter welchen Voraussetzungen im einzelnen Wohnungseigentümer im Falle einer Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums beschließen können, Beseitigungsansprüche gemeinschaftlich – sei es durch die Gesamtheit aller

Eigentümer, sei es durch die Gemeinschaft als solche – zu verfolgen und durchzusetzen; ebensowenig, ob sich diese Fragen hier nach der zur Zeit der Beschlussfassung geltenden Rechtslage oder nach den seit dem 1. Juli 2007 geltenden Wohnungseigentumsrecht beurteilen. Denn hier geht es nicht darum, dass von der Gesamtheit der Eigentümer oder von der Eigentümergemeinschaft Ansprüche nur eines einzelnen Eigentümers oder nur einzelner Eigentümer verfolgt würden. Vielmehr steht sämtlichen übrigen Miteigentümern der genannte Beseitigungsanspruch zu. Von der optischen Verunstaltung des im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstücks ist grundsätzlich jeder Wohnungseigentümer betroffen. Anders könnte man allenfalls urteilen, wenn die bauliche Veränderung aufgrund spezieller örtlicher Gegebenheiten baulicher oder rechtlicher Art nicht nur von einzelnen Sondereigentumseinheiten aus überhaupt nicht sichtbar, sondern auch bei einer Begehung des Grundstücks für diese Miteigentümer nicht zu sehen wäre und überdies davon ausgegangen werden könnte, dass etwaige spätere Erwerbsinteressenten jener Einheiten wegen dieser mangelnden Sichtbarkeit vernünftigerweise an der Existenz der baulichen Veränderung keinen Anstoß nähmen. Für eine solche Ausnahmesituation gibt der Vortrag der Beteiligten jedoch nichts her, die vorgelegten Lichtbilder sprechen klar dagegen.

[...] 3. b) bb) Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist es, dass das Beschwerdegericht den Verpflichtungsantrag in der Sache für begründet erachtet hat.

Zwar ist auf den Gegenantrag, da er auf den Ausspruch einer Verpflichtung gerichtet ist, das Wohnungseigentumsgesetz vom Senat in der seit dem 1. Juli 2007 geltenden Fassung anzuwenden; denn das Gericht trifft die Entscheidung entsprechend der zum Zeitpunkt dieser Entscheidung geltenden Rechtslage, erst zu diesem Zeitpunkt wird das betreffende Recht zu- oder abgesprochen (Bergerhoff NZM 2007, S. 553). Daraus ergeben sich aber keine Änderungen in der Beurteilung gegenüber der zuvor unter 2. b) cc) dargestellten Rechtslage. Bereits hieraus folgt die Begründetheit des Verpflichtungsbegehrens. Auf die umstrittene Frage, ob ein Mehrheitsbeschluss, mit dem die Beseitigung gefordert und der Verwalter mit der Durchsetzung beauftragt wird, im Falle seiner Rechtskraft das Bestehen des Beseitigungsanspruchs materiell-rechtlich begründet oder lediglich die gerichtliche Klärung der Streitfrage vorbereitet, kommt es im Streitfall nicht mehr an.

Mitgeteilt von RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf

**§§ 928, 883 ZPO; § 18 Nr. 4 RVG, VV Nr. 3309
Mehrere Versuche der Herausgabevollstreckung als eine
Vollziehungsmaßnahme**

Mehrere Versuche der Vollstreckung einer auf Herausgabe der Wohnungsschlüssel laufenden einstweiligen Verfügung stellen – nur – eine Vollziehungsmaßnahme im Sinne des § 18 Nr. 4 RVG dar, wenn sie in innerem Zusammenhang stehen.

(KG, Beschluss vom 17. 4. 2009 – 1 W 418/08)

Aus den Gründen: Das zulässige Rechtsmittel hat Erfolg. Für die Vollziehung der auf Herausgabe der Wohnungsschlüssel lautenden einstweiligen Verfügung vom 3. 4. 2008 durch die Vollstreckungsversuche vom 8. und vom 11. 4. 2008 sind die 0,3 Verfahrensgebühr RVG VV Nr. 3309 und die Pauschale VV Nr. 7002 nur einmal anzusetzen, da es sich nur um eine Angelegenheit nach § 18 Nr. 4 RVG handelt. Es liegt nur eine Vollziehungsmaßnahme nach §§ 936, 928, 883 ZPO vor. Die Vollziehung der Einstweiligen Verfügung erfolgt nach den Regeln der Zwangsvollstreckung (§ 928 ZPO), auch gebührenrechtlich gelten die gleichen Grundsätze wie für die Zwangsvollstreckung (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe, RVG 18. Aufl., VV 3301 Rn. 50, 149). Zur Vollstreckungsmaßnahme gehören nach § 18 Nr. 3 RVG die in

einem inneren Zusammenhang stehenden Vollstreckungshandlungen, das sind alle diejenigen Einzelmaßnahmen, „welche die einmal eingeleitete Maßnahme mit demselben Ziel der Befriedigung fortsetzen“ (BGH NJW 2004, 1101). Gleichartige Maßnahmen zur Befriedigung wegen derselben Forderung stehen in innerem Zusammenhang, wenn sich die eine als Fortsetzung der anderen darstellt (Gerold/Schmidt/Müller-Rabe a. a. O. Rn. 45). Auch bei mehreren Vollstreckungsversuchen kommt es auf den inneren Zusammenhang an (a. a. O. Rn. 39; BGH MDR 2005, 475). Dieser ist hier zu bejahen: Der Gerichtsvollzieherauftrag vom 11. 4. 2008 hatte das gleiche Ziel wie der Auftrag vom 8. 4. 2008, er stellte dessen inhaltsgleiche Wiederholung dar unter Auswechslung lediglich des vermuteten Orts, an dem die Schuldnerin den Schlüssel verwahrte. Den nunmehr angegebenen Ort hatte der Gerichtsvollzieher beim ersten Vollstreckungsversuch in Erfahrung gebracht.

Mitgeteilt von VRiKG Sieveking, Berlin

Bücher und Publikationen

Miete und Insolvenz. Von RAin Dr. *Claudia R. Cymutta*, Bonn 2009. Beilage 50a zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Heft 50. 96 Seiten, DIN A5, broschiert, 16,00 EUR inkl. MwSt zzgl. Porto. Prewest Verlag Bonn. info@prewest.de

Die Insolvenz des Vermieters oder des Mieters ist für die betroffenen Vertragspartner und ihre Berater, aber auch für die Gläubiger schwierig zu bearbeiten. Die auch als kompetente Autorin (vgl. z. B. WuM 2008, 441 und WuM 2008, 582) bekannte Verfasserin führt den Leser mit dieser Broschüre systematisch in die Grundzüge des Insolvenzrechts und speziell in die das Mietrecht betreffende Materie ein. Vorangestellt ist ein durchgegliedertes Inhaltsverzeichnis. Kurze Beispielfälle mit Lösungen und Praxistipps ergänzen die Darstellung. Über ein A–Z-Stichwortverzeichnis sind auch Einzelfragen erschlossen. Literatur und Rechtsprechung sind mit Stand September 2009 berücksichtigt. In einem Anhang werden zur Insolvenz des Wohnungseigentümers die Stellung des Insolvenzverwalters und die Ansprüche der WE-Gemeinschaft gegen ihn behandelt. (vS)

Impressum

Gemeinsames Beiblatt (GmBBI), Online-Ausgabe: www.gmbbl.de, Zitat: gmbbl, Jahr und Seite.

Herausgeber und Redaktion (verantwortlich): Ulrich von Schoenebeck M. A., Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn.

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn, Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. AG Bonn HRB 9247, USt-IdNr.: DE 214 351 085. Telefon 02 28 / 47 63 78, Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de>, e-mail: info@prewest.de.

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreise auf Anfrage.

Satz und Druckvorbereitung: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 51 / 58 83 28 38, Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de, Internet: www.kluth-dtp.de. plain[txt] - büro für kommunikation und gestaltung, Markus Lemke, 53177 Bonn, www.plaintext.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20, e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Vorgesehene Erscheinungsweise der Online-Ausgabe: monatlich, nach Bedarf.

Zukünftige Erscheinungsweise und Preis einer Druckausgabe sind nachfrageabhängig.

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder.

Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind frei von entgegenstehenden Rechten Dritter an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Verbreitung und zur Veröffentlichung in Printmedien und online, zur Digitalisierung und zur Speicherung in Datenbanken sowie auf Datenträger, sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung auch zu gewerblichen Zwecken.

Ausdruck zu Zwecken des Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe, Mikroverfilmung und Aufnahme in Datenbanken, ähnliche Einrichtungen und auf Datenträger aller nicht amtlichen, geschützten Werke sind nur mit vorheriger schriftlicher Genehmigung des Verlages gestattet.