



Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)

Heft 7 · 15. September 2012

www.gmbbl.de

GmBBI 2012, 31–65

Rechtsprechung

- OLG Koblenz, Beschlüsse vom 30. 7. 2012 und 29. 8. 2012 – 5 U 492/12
Lieferung und Montage eines Specksteinofens unter Abweichung
von der Betriebserlaubnis; Mangel; maßgebliche Verjährungsfrist;
keine Berücksichtigung gezogener Nutzungen von Amts wegen gmbbl 2012, 32
- KG, Beschluss vom 16. 7. 2012 – 8 W 36/12
Gebührenstreitwert; Feststellungsklage des Wohnraummieters zur
Unwirksamkeit der Mieterhöhungserklärung nach Modernisierung;
Anwaltszwang gmbbl 2012, 36
- OLG Koblenz, Beschluss vom 19. 7. 2012 – 5 U 178/12
Berechtigte Kündigung des VOB/B-Vertrages bei Zahlungsverzug
des öffentlichen Auftraggebers gmbbl 2012, 39
- OLG Koblenz, Urteil vom 29. 8. 2012 – 5 U 283/12
Ärztliche Gemeinschaftspraxis; Mobbing; Auslegung und
Herabsetzung der von den Ärzten vereinbarten Vertragsstrafe;
Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz gmbbl 2012, 42
- OLG Hamburg, Urteil vom 16. 5. 2012 – 3 U 89/11
Wettbewerb; Werbung; Unterlassungsanspruch; Verletzungsform;
Wiederholungsgefahr; Unterlassungsverpflichtungserklärung;
Arzneimittelbewerbung außerhalb der Fachkreise gmbbl 2012, 47
- OLG Hamburg, Urteil vom 3. 5. 2012 – 3 U 155/11
Wettbewerb; Werbung; Irreführung; Testergebnisse;
angesprochene Fachkreise; Arzneimittel; Bestimmtheit des
Unterlassungsantrags; Begründung der Beschlussverfügung;
Streitgegenstand bei verschiedenen Irreführungsgesichtspunkten gmbbl 2012, 55
- KG, Beschluss vom 28. 2. 2012 – 25 W 88/11
Unternehmergesellschaft; Unterscheidungskraft der Firma;
Individualisierung des Geschäftsgegenstands; Satzungsregelung
zu den Gründungskosten gmbbl 2012, 61
- KG, Beschluss vom 21. 8. 2012 – 1 W 175-176/12
Grundbuch; Eigentumsumschreibung; Gesamtrechtsnachfolge nach
einer Grundstücksgesellschaft OHG / KG; Unrichtigkeitsnachweis gmbbl 2012, 63



**§§ 309 Nr. 8 b, 346, 347, 434, 631, 634a BGB; §§ 139, 296a, 531 ZPO
Lieferung und Montage eines Specksteinofens unter Abweichung von der
Betriebserlaubnis; Mangel; maßgebliche Verjährungsfrist;
keine Berücksichtigung gezogener Nutzungen von Amts wegen**

1. Zur vertraglichen Beschaffenheit gehört, dass die gelieferte und eingebaute Sache den technischen Vorschriften entspricht und nicht von der erteilten Zulassung abweicht.

2. Der Vertrag zur Lieferung und Montage eines Specksteinofens verpflichtet den Auftragnehmer zur Einpassung in das Gebäude und zum fachgerechten Anschluss an den Kamin. Das geht über die Montage i.S.v. § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB hinaus. Mängelansprüche des Bestellers verjähren daher nach § 634a BGB.

3. Bei der Rückabwicklung eines Vertrages über die Lieferung und Montage eines derartigen Ofens wird ein vom Besteller zu leistendes Nutzungsentgelt nicht von Amts wegen berücksichtigt; das Gericht trifft insoweit auch keine Hinweispflicht.

(OLG Koblenz, Beschlüsse vom 30. 7. 2012 und 29. 8. 2012 – 5 U 492/12)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Rückabwicklung eines Vertrages über Lieferung und Einbau eines Specksteinofens Modell XXX für 6400 €.

Der Kläger hatte den Ofen am 24. 1. 2006 unter Einbeziehung der AGB der Beklagten erworben. Hiernach sollte die Gewährleistung für die vom Feuer berührten Teile des Gewerkes ein Jahr und im Übrigen zwei Jahre betragen. Wegen der weiteren Einzelheiten des erteilten Auftrages wird auf die Anlage K 2 zur Klageschrift Bezug genommen.

Hiernach lieferte und verbaute die Beklagte den Ofen vor Ort beim Kläger. Dabei setzte sie ein Verbindungsstück zwischen Ofen und Schornstein dergestalt, dass eine fachgerechte Reinigung desselben nicht möglich ist. Dies ist aus fachlicher Sicht, was unter den Parteien unstrittig ist, als Mangel zu bewerten. Anfang des Jahres 2010 entstand zwischen den Parteien aufgrund des voranstehend beschriebenen und angeblicher weiterer (zwei) Mängel Streit. Der Kläger leitete daraufhin ein selbständiges Beweisverfahren vor dem LG Koblenz ein. Nach dem Gutachten ist aus fachlicher Sicht ein weiterer Mangel darin zu sehen, dass der Rauchrohranschluss, anders als vorgesehen, nicht im „unteren Bereich“, sondern oben am Ofen verbaut sei; aus diesem Grunde entfielen, so der Sachverständige, bauaufsichtliche Zulassung und Herstellergarantie.

Der Kläger forderte die Beklagte am 21. 6. 2011 unter Fristsetzung zum 5. 7. 2011 auf, die beiden Mängel zu beheben. Die Beklagte teilte mit, dass sie beabsichtige, den Mangel am Verbindungsstück zu beseitigen; hierzu werde sie sich unmittelbar mit dem Kläger in Verbindung setzen. Hinsichtlich des weiteren (angeblichen) Mangels am Rauchrohranschluss lehnte die Beklagte hingegen eine Nachbesserung ab. Der Kläger teilte mit, hinsichtlich des Verbindungsstücks einer Nachbesserung entgegenzusehen, gleichwohl aber wegen des streitigen weiteren Mangels am Rauchrohranschluss den Rücktritt vom Vertrag erklären zu wollen. Eine Erklärung des Rücktritts folgte sodann unter dem 29. August 2011. Mit der Klage begehrt der Kläger die Rückabwicklung des Vertrages, während die Beklagte die Einrede der Verjährung erhebt und den Mangel am Rauchrohr bestreitet.

Das Landgericht Koblenz hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 6400 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. 11. 2011 zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe des im Bauvorhaben verbauten Specksteinofens Modell XXX und festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme in Annahmeverzug befindet. Den weitergehenden Zinsantrag hat es ebenso zurückgewiesen, wie das Begehren, die künftige Ersatzpflicht für möglicherweise beim



Rückbau entstehende Schäden festzustellen. Ausgehend von einem Werkvertrag hat es den Mangel am Verbindungsrohr als unstrittig und den Mangel am Rauchrohr aufgrund des Ergebnisses des selbständigen Beweisverfahrens als erwiesen angesehen. Innerhalb der gesetzten Nachfrist sei die Mängelbeseitigung einerseits nicht erfolgt, andererseits abgelehnt worden. Maßgeblich sei die fünfjährige Verjährungsfrist nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB, so dass der Rückabwicklungsanspruch auch nicht verjährt sei. Die Verkürzung der Verjährungsfrist in den AGB verstoße gegen § 309 Nr. 8 b BGB und sei deshalb unbeachtlich. Den erstmals nach der mündlichen Verhandlung erhobenen Einwand, dass der Kläger Nutzungen gezogen habe, hat es nach § 296a ZPO als verspätet zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Ausgehend von der Qualifizierung des Vertrages als Werkvertrag sei die Frage, ob der Rauchgasanschluss oben oder unten angeschlossen sei, unerheblich. Der geschuldete Erfolg, nämlich ein funktionsfähiger und öffentlich-rechtlich abgenommener Ofen, sei eingetreten. Tatsächlich sei allerdings von einem Werklieferungsvertrag auszugehen, so dass die Ansprüche des Klägers verjährt seien. Die über vier Jahre gezogenen Nutzungen habe das Landgericht von Amts wegen berücksichtigen müssen. Die Klage sei insoweit un schlüssig gewesen. Inzwischen sei der Ofen sechs Jahre genutzt worden und habe keinen Wert mehr, so dass ein Schadensersatzanspruch ausscheide. Letztlich habe der Kläger kein Telefonat zur Vereinbarung eines Mängelbeseitigungstermins am Verbindungsrohr entgegengenommen und deshalb die Nachbesserung vereitelt.

Aus den Gründen: II. Der Senat ist nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand einstimmig der Überzeugung, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. § 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 ZPO erfordern keine Entscheidung durch Urteil nach mündlicher Verhandlung. Eine solche ist auch nicht nach § 522 Abs. 2 Nr. 4 ZPO geboten. Von ihr sind keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Die Beklagte hat keine Gründe aufgezeigt, die eine mündliche Verhandlung ansonsten geboten erscheinen lassen.

Das Landgericht hat der Klage zu Recht im tenorierten Umfang stattgegeben. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Entscheidung des Landgerichts Bezug genommen. Die dagegen erhobenen Angriffe der Berufung überzeugen den Senat nicht. Hierzu Folgendes:

Mangelhaftigkeit des Ofens

Die Mangelhaftigkeit des Ofens ist teilweise unstrittig und im Übrigen durch das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens bewiesen. Ein Werk ist nach § 633 Abs. 1 S. 1 BGB nur dann frei von Sachmängeln, wenn es der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit genügt. Nichts anderes gilt bei einem Kaufvertrag nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dass das Verbindungsrohr mangelhaft ist, steht nicht in Streit.

Zur vertraglichen Beschaffenheit gehört, dass die gelieferte und eingebaute Sache den technischen Vorschriften entspricht und nicht gegenüber einer erteilten Zulassung verändert wurde (Palandt-Sprau, BGB, 71. Aufl. 2012, § 633 Rn. 6a). Dies gilt unabhängig von einem Schaden oder einer konkreten Beeinträchtigung der Funktion (OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 146; Palandt-Sprau, BGB, 71. Aufl. 2012, § 633 Rn. 6a). Hierzu hat der Sachverständige K. auf S. 6 seines Ergänzungsgutachtens vom 23. 5. 2011 im selbständigen Beweisverfahren festgestellt, dass der gelieferte Specksteinofen nur in den Varianten aufgebaut werden darf, die zugelassen und geprüft sind. Genau dies ist aber – unstrittig – nicht erfolgt. Der Einwand der Beklagten, dass der zuständige Schornsteinfeger die Ofenanlage abgenommen habe, ist nicht stichhaltig. Dabei kann es dahinstehen, ob sich die



Abnahme überhaupt auf den Ofen oder nur auf den Anschluss an die Rauchgasanlage bezog. Entscheidend ist, dass nach den unwidersprochenen Ausführungen des Sachverständigen im selbständigen Beweisverfahren nur das Deutsche Institut für Bautechnik berechtigt ist, die bauaufsichtliche Zulassung des Ofens auszustellen. Die Abnahme der Anlage durch den Schornsteinfeger kann damit die Änderung der Zulassung nicht beinhalten, weil ihm dafür die Zuständigkeit fehlt. Ohne eine Zulassung ist das Werk aber mangelhaft. Dass die beiden Mängel nicht beseitigt wurden, ist nicht in Streit.

Ohne dass dies noch erheblich wäre, ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte nicht substantiiert dargelegt hat, wann sie versucht hat, mit dem Kläger in Kontakt zu treten, um die Mängelbeseitigungsarbeiten bezüglich des Verbindungsrohres durchzuführen. Das hat der Kläger ausdrücklich gerügt. Den Ausführungen im – insoweit nachgelassenen – Schriftsatz vom 14. 3. 2012 mangelt es an hinreichender Substanz. Es wird nicht angegeben, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten die Kontaktaufnahme versucht wurde. Dass eine Nachricht oder eine Bitte um Rückruf hinterlassen wurde, ist nicht vorgetragen. Damit lässt sich nicht feststellen, ob die Anrufe zu einem Zeitpunkt erfolgten, in der erwartet werden durfte, dass der Kläger erreichbar ist. Auch ist nicht dargestellt, dass die Beklagte ihr Erscheinen zur Nachbesserung für einen ganz konkreten Termin innerhalb der gesetzten Frist angekündigt hat. Eine Vereitelung der fristgerechten Nachbesserung durch den Kläger ist damit nicht hinreichend dargetan. Damit stand dem Kläger auch insoweit ein Rücktrittsgrund zur Seite.

Verjährung

Der Senat folgt dem Landgericht in der Einordnung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages als Werkvertrag, auf den die Verjährungsvorschrift des § 634a BGB Anwendung findet.

Bei der vertraglich geschuldeten Montage eines zu liefernden Ofens stellt der über die bloß technische Herstellung hinausgehende Gesamterfolg den Schwerpunkt der Leistung dar. Die Einpassung und Einfügung der hergestellten Sache in das Gesamtgebäude ist eine selbständige Leistung, die über die bloße Montage im Sinne des § 434 Abs. 2 BGB hinausgeht. Dies gilt nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der besonderen Gefährlichkeit einer Feuerstätte in Wohnräumen. Zu Recht

online-Fachzeitschrift GmbBl

Mit der online-Fachzeitschrift „Gemeinsames Beiblatt“ (GmbBl) bieten Herausgeber und Verlag über www.gmbbl.de sowohl für gedruckte Fachzeitschriften als auch für Publikums- oder Mitgliederzeitschriften und Zeitungen ein neues, gemeinsames Medium.

Alle Redaktionen und ihre Leser verbindet der Wunsch nach umfassender und genauer Darstellung aller einschlägigen Themen.

- Damit das thematische Umfeld des zentralen Anliegens der Publikation nicht zu kurz kommt
- Damit das Drucken nicht erforderlicher Parallelveröffentlichungen vermieden wird
- Damit dem Leser der Verweis auf redaktionell bearbeitetes Quellenmaterial angeboten wird
- Damit aus dem gmbbl-Pool Anregungen geschöpft und an die Leser weitergegeben werden
- Damit Fachleute und Interessierte kostenfreien Zugriff auf diese Informationen haben

bieten wir mit unserer redigierten online-Fachzeitschrift ein gänzlich neues Forum.



verweist die Beklagte deshalb auch darauf, dass sie ein Fachunternehmen für das Kachelofen und Luftheizungsbauer*handwerk* ist. In dem von ihr vorgelegten Schreiben vom 28. 6. 2011 führt sie aus, dass der Ofen sach- und fachgerecht auf- und umgebaut wurde. Der Feststellung des Landgerichts, dass der Ofen ortsfest eingebaut wird, tritt die Berufung nicht entgegen. Es steht also die Bauleistung in den Vordergrund. Dass die Rechtsprechung in diesem Sinne den Ofenbau dem Werkvertragsrecht zuordnet, hat das Landgericht belegt, ohne dass die Beklagte dem etwas entgegensetzt. Dem Wert der jeweiligen Leistung an Material und Arbeitsaufwand kommt keine entscheidende Bedeutung zu.

Die geltend gemachten Ansprüche sind damit nach § 634a BGB nicht verjährt. Auf die AGB kommt es in diesem Zusammenhang wegen § 309 Nr. 8 b BGB nicht an. Das zieht auch die Berufung nicht in Zweifel, soweit der Vertrag dem Werkvertragsrecht unterworfen wird.

Die fünfjährige Verjährungsfrist war zum Zeitpunkt der Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens noch nicht abgelaufen.

Nichtberücksichtigung der gezogenen Nutzungen

An die Zurückweisung des neuen Vortrages im Schriftsatz vom 14. 3. 2012 durch das Landgericht nach § 296a ZPO ist der Senat nach § 531 Abs. 1 ZPO gebunden. Mit dem Einwand, der Kläger müsse sich Nutzungsvorteile anrechnen lassen, kann die Beklagte deshalb auch im Berufungsverfahren nicht gehört werden.

Unzutreffend ist die die Auffassung der Beklagten, das Landgericht habe die Herausgabe der Nutzungen von Amts wegen berücksichtigen müssen. Die Herausgabe der Nutzungen ist im Sinne des § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen. Es kam deshalb allein die Leistung von Wertersatz in Frage. Die Darlegungs- und Beweislast für den Wertersatz nach Grund- und Höhe trägt aber die Partei, die ihn begehrt (BGH v. 15. 4. 2010, III ZR 218/09, Rz. 31 – zitiert nach juris; Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 246 Rn. 21). Bis zur mündlichen Verhandlung wurde hierzu nichts ausgeführt, der nachfolgende Vortrag zu Recht nach § 296a ZPO zurückgewiesen.

Eine Hinweispflicht des Landgerichts nach § 139 Abs. 2 ZPO bestand nicht. Weder hat das Landgericht seine Entscheidung überraschend auf die Zuerkennung oder Aberkennung einer Nutzungsentschädigung gestützt, noch hat es einen Gesichtspunkt anders als die Parteien beurteilt. Da die Nutzungsentschädigung nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, ist auch § 139 Abs. 3 ZPO nicht einschlägig. Es war auch allgemein nicht angebracht, die Beklagte zu Lasten des Klägers auf einen ihr möglicherweise nützlichen Vortrag hinzuweisen.

III. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen bietet die Berufung offensichtlich keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Auch unter Berücksichtigung des neu gefassten § 522 Abs. 2 ZPO ist eine mündliche Verhandlung aus den eingangs genannten Gründen nicht geboten. Die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 S. 1, Nr. 2 und 3 ZPO liegen nicht vor.

Der Beklagten wird aus Kostengründen empfohlen, aus den vorstehenden Hinweisen die angezeigten prozessualen Konsequenzen zu ziehen und die Berufung zurückzunehmen. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

Hinw. d. Red.: Mit Beschluss vom 29. 8. 2012 hat der Senat die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Koblenz gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

§ 41 GKG; § 559 BGB**Gebührenstreitwert; Feststellungsklage des Wohnraummieters zur Unwirksamkeit der Mieterhöhungserklärung nach Modernisierung; Anwaltszwang**

Der Gebührenstreitwert für den Klageantrag des Mieters auf Feststellung, dass sich die Nettokaltmiete durch die Modernisierungsmieterhöhungserklärungen des Vermieters nicht erhöht hat, bemisst sich gemäß § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG auf den zwölffachen Erhöhungsbetrag.

(KG, Beschluss vom 16. 7. 2012 – 8 W 36/12)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, dass sich durch die beiden Erhöhungserklärungen der Beklagten vom 23. Dezember 2010 und 28. April 2011 die von der Klägerin für die Wohnung in dem Wohnhaus, 1. Obergeschoss links, geschuldete Miete nicht erhöht hat. Die Beklagte hat widerklagend beantragt, die Klägerin zu verurteilen, an sie für den Zeitraum 1. März 2011 bis 1. Mai 2011 eine wegen Modernisierungsmaßnahmen erhöhte Miete von (3 x 105,92 € =) 317,76 € zu zahlen.

Das Amtsgericht Charlottenburg hat den Streitwert mit Beschluss vom 24. Januar 2012 auf 2.106,00 € (12 x 105,92 € + 12 x 69,58 €) festgesetzt. Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Klägers vom 27. Januar 2012 hat das Landgericht Berlin mit Beschluss vom 13. März 2012 den Streitwert auf (105,92 € x 42 + 69,58 € x 42 + 317,76 € =) 7.688,76 € festgesetzt. Es hat die weitere Beschwerde zugelassen.

Aus den Gründen: II. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist nach § 68 Abs. 1 Satz 1, Satz 5 GKG i.V.m. § 66 Abs. 4 Satz 1 GKG statthaft und rechtzeitig innerhalb der Frist des § 68 Abs. 1 Satz 6 GKG eingelegt worden. Unschädlich ist, dass die Beklagte nicht anwaltlich vertreten ist, denn bei der Streitwertbeschwerde herrscht kein Anwaltszwang (Hartmann, Kostengesetze, 42. Auflage, § 68 GKG, Rdnr. 12).

Die Beschwerde ist auch überwiegend begründet.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts bemisst sich der Gebührenstreitwert für den Klageantrag des Mieters auf Feststellung, dass sich die Nettokaltmiete durch die Modernisierungsmieterhöhungserklärungen des Vermieters nicht erhöht hat, nach § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG auf den zwölffachen Erhöhungsbetrag und damit auf (12 x 105,92 € + 12 x 69,58 € =) 2.106,00 €.

Gemäß § 41 Abs. 5 Satz 1, Hs. 1 GKG ist der Jahresbetrag der zusätzlich geforderten Miete *bei Ansprüchen auf Erhöhung der Miete für Wohnraum* für die Wertberechnung maßgebend.

Vorliegend wendet sich die klagende Mieterin mit ihrer Feststellungsklage gegen die auf § 559 BGB gestützten Modernisierungsmieterhöhungen der beklagten Vermieterin.

Die negative Feststellungsklage der Mieterin stellt das Spiegelbild einer positiven Feststellungsklage des Vermieters auf Feststellung, dass der Mieter verpflichtet ist, die aus einer Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB resultierenden Mieterhöhungsbeträge zu zahlen, dar. Sowohl die positive Feststellungsklage des Vermieters, als auch die negative Feststellungsklage des Mieters werden von § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG erfasst.

Der Auffassung, dass § 41 Abs. 5 GKG nur für Klagen gelte, mit denen die materiell-rechtlich erforderliche Zustimmung des Mieters (§ 558 Abs. 1 BGB) eingefordert werden soll (Schneider, NJW-Spezial 2012, 347) und dass es sich bei einer Klage des Vermieters auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung einer künftig erhöhten Miete nicht um eine Klage auf Mieterhöhung, sondern um eine Klage aus

einer Mieterhöhung handele (Kammergericht, Beschluss vom 16. Juli 2009 – 22 W 76/08 – (Grundeigentum 2010, 546 [= WuM 2010, 250]), kann nicht gefolgt werden.

Diese Auslegung gibt schon der Wortlaut des § 41 Abs. 5 GKG nicht her, denn § 41 Abs. 5 Satz 1 lautet nicht „bei Ansprüchen *auf Zustimmung zur Erhöhung der Miete...*“, sondern „bei Ansprüchen *auf Erhöhung der Miete...*“.

Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Dem Ziel, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, dienen die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang, aus ihrem Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (BGH Kartellsenat, BGHZ 46, 74 m.w.N).

Da der Wortlaut des § 41 Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 GKG weit gefasst ist, stellt sich die Frage nach dem Zweck der Vorschrift, der sich vorliegend zweifelsfrei aus der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien entnehmen lässt. Die Gesetzesmaterialien, vor allem die im Gesetzgebungsverfahren erfolgten Äußerungen der an dem Gesetzeswerk beteiligten Verfassungsorgane, die die mit der getroffenen Regelung verfolgten gesetzgeberischen Zwecke und die für sie maßgebenden Beweggründe hervortreten lassen, erbringen oft – und so auch hier – einen wertvollen Anhaltspunkt, ja geradezu einen Beweis dafür, worin der Rechtfertigungsgrund für eine Vorschrift liegt, welchen Zweck man mit ihr verfolgt hat und welche Zweckvorstellungen auch heute noch die Auslegung bestimmen müssen (BGH, a. a.O.). Ausweislich der Gesetzesbegründung (Deutscher Bundestag, Drucksache 15/1971, zu § 41 GKG, Seite 154) liegen der in § 41 Abs. 5 GKG enthaltene Regelung sozialpolitische Erwägungen folgende zugrunde:

„Ziel der Begrenzung ist es, Mieter nicht durch hohe Gerichtsgebühren davon abzuhalten, das Bestehen oder die Dauer eines Mietverhältnisses oder etwa die Berechtigung einer Räumung der bisher genutzten Wohnung gerichtlich prüfen zu lassen. Auch bei gerichtlichen Auseinandersetzungen um eine Mieterhöhung begrenzt schon jetzt § 16 Abs. 5 GKG den Gebührenstreitwert. Aus vergleichbaren sozialpolitischen Gründen soll mit der vorgeschlagenen Regelung festgelegt werden, dass im Falle der Klage eines Mieters der Jahresbetrag einer angemessenen Mietminderung und bei der Klage des Vermieters der Jahresbetrag einer (insbesondere nach den Bestimmungen der §§ 557 bis 561 BGB) möglichen Mieterhöhung maßgebend ist. ...“

Das heißt, nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgeber erfasst § 41 Abs. 5 Satz 1 HS. 1 GKG gerichtliche Auseinandersetzungen um eine Mieterhöhung nach den Bestimmungen der §§ 557 bis 561 BGB (so wohl auch Baumbach/Lauterbach, ZPO, 70. Auflage, 2012, Anhang zu § 3, Rdnr. 79 f; Hartmann, Kostengesetze, 42. Auflage, 2012, § 41 GKG, Rdnr. 35 f. sowie Anhang I zu § 48 GKG, Rdnr. 79 f.).

Es würde dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, wenn der Streitwert einer Klage des Mieters auf Feststellung der Unwirksamkeit einer auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung nicht nach dem Jahresbetrag des Mieterhöhungsbetrages, sondern nach dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag des Mieterhöhungsbetrages bemessen werden würde. Ein Streitwert, der sich nach dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag des Mieterhöhungsverlangens bemessen würde, könnte den Mieter davon abhalten, seine Rechte geltend zu machen. Zwar ist in der Gesetzesbegründung die besondere Konstellation der negativen Feststellungsklage des Mieters auf Unwirksamkeit einer Mieterhöhung nicht ausdrücklich erwähnt. Da es sich bei dieser Klage des Mieters aber – wie dargelegt – um das Spiegelbild der



positiven Feststellungsklage des Vermieters auf Feststellung, dass der Mieter zur Zahlung des aus der Modernisierungsmieterhöhungserklärung zu zahlenden Mieterhöhungsbetrags verpflichtet ist, handelt und diese Klage des Vermieters nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich von § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG erfasst wird, ist auch die negative Feststellungsklage des Mieters von der Vorschrift des § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG mitumfasst.

Die Annahme des Jahreswertes erscheint auch in systematischer Hinsicht sachgerecht, denn es wäre widersprüchlich, bei einem Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen des gesamten Mietverhältnisses nach § 41 Abs. 1 GKG von dem Wert der Jahresmiete auszugehen und ein Weniger – nämlich den Streit um die Berechtigung zur Mieterhöhung – und damit nur einen Ausschnitt aus dem Vertragsverhältnis höher zu bewerten (in diesem Sinne auch KG, Beschluss vom 26. August 2010 – 8 W 38/10, MDR 2010, 1493 [= GuT 2010, 369]).

Auch die vom Landgericht für seine in der angefochtenen Entscheidung vertretene Rechtsauffassung angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes stehen der Annahme des Jahreswertes nicht entgegen.

Dem Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 20. April 2005 – XII ZR 248/04 – (NJW-RR 2005, 938 [= GuT 2005, 179]) lag zum einen kein Wohnraummietverhältnis, sondern ein Mietvertrag über eine Telefonanlage zugrunde. Die Mieterin hat, da sie den Mietvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten hat, u. a. Feststellung verlangt, dass sie nicht mehr zur Zahlung des Mietzinses an den Vermieter verpflichtet ist. Da eine Mieterhöhung gar nicht streitgegenständlich war, hatte sich der Bundesgerichtshof auch aus diesem Grund nicht mit § 41 Abs. 5 GKG auseinander zusetzen.

Soweit der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21. September 2005 – XII ZR 256/03 – (NJW-RR 2006, 16 [= GuT 2006, 35]) für den im Wege der Widerklage geltend gemachten Feststellungsantrag, dass der Mieter zur Minderung des Mietzinses um 100 % berechtigt sei, den dreieinhalbfachen Minderungsbetrag zugrunde gelegt hat, ist diese Entscheidung nach altem Kostenrecht ergangen und ist daher im Hinblick auf die Neueinführung des § 41 Abs. 5 GKG nicht mehr einschlägig (vgl. Beschluss des Senates vom 4. August 2011 – 8 W 48/11 – AGS 2011, 558).

Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 24. März 2010 – VIII ZR 235/09 – steht der Anwendung des § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG schon deshalb nicht entgegen, weil der Bundesgerichtshof seine Streitwertentscheidung nicht begründet hat.

Der Streitwert war insgesamt auf 2.423,76 € festzusetzen, da die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung gemäß § 45 Abs. 1 GKG streitwerterhöhend zu berücksichtigen war. Entgegen der Rechtsauffassung des Amtsgerichts liegt insoweit keine Nämlichkeit vor.

Gemäß § 69 Abs. 3 GKG ist das Verfahren kosten- und gebührenfrei.

Die Zulassung einer Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 574 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht, weil eine Beschwerde an den obersten Gerichtshof des Bundes in Streitwertsachen nach § 68 Abs. 1 S. 5, § 66 Abs. 3 S. 3 GKG unstatthaft ist (BGH, WuM 2012, 114).

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 8. Zivilsenats des Kammergerichts

§§ 270, 366, 631, 632 BGB; § 9 VOB/B**Berechtigte Kündigung des VOB/B-Vertrages bei Zahlungsverzug des öffentlichen Auftraggebers**

1. Eine mit Kündigungsandrohung verbundene letzte Zahlungsfrist von 5 Tagen kann auch bei dazwischen liegendem Wochenende ausreichend bemessen sein, wenn der öffentliche Auftraggeber zuvor hinlänglich Gelegenheit hatte, die Abschlagsrechnung zu prüfen.

2. Dass die AGB des öffentlichen Auftraggebers für die Rechtzeitigkeit der Zahlung auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung und nicht auf den Zahlungseingang beim Auftragnehmer abstellen, ist ohne Belang, wenn die Leistung wegen einer fehlerhaften Tilgungsbestimmung des Schuldners beim Gläubiger einer anderen als der maßgeblichen Forderung zugeordnet wurde.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 19. 7. 2012 – 5 U 178/12)

Zum Sachverhalt: 2006 und 2007 beauftragte das Land die Klägerin mit Maler- und Lackierarbeiten unter Einbeziehung der VOB/B und weiterer besonderer Vertragsbedingungen des Beklagten (BVB, WBVB und ZVB/E). Vertragsgemäß übersandte die Klägerin über erbrachte Leistungen zwei vom 26. April 2007 datierende Abschlagsrechnungen über 11.580,48 und 13.260,60 €.

Als Mahnungen ohne Reaktion blieben, forderte die Klägerin mit Faxschreiben vom 22. Juni 2007 die Gesamtzahlung der 24.841,08 € „unverzüglich, jedoch spätestens bis zum 27. 06. 2007“. Damit verbunden waren eine Behinderungsanzeige und die Ankündigung, bei fruchtlosem Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist den Vertrag zu kündigen. Als die Zahlung auch am 28. 6. 2007 noch nicht bei der Klägerin eingegangen war, kündigte sie sämtliche Verträge mit der Beklagten durch Faxschreiben vom selben Tag unter Hinweis § 9 VOB/B und rechnete ihre Leistungen ab, die Gegenstand der Klage sind.

Der Beklagte hat unter anderem erwidert, mangels Kündigungsgrund sei die Kündigung unwirksam. Die Rechnungen seien am 18. 6. und 25. 6. 2007 durch Bankanweisungen beglichen worden. Die Frist von 5 Tagen sei – bei dazwischen liegendem Wochenende – viel zu knapp bemessen. Durch die anderweitig beauftragte Ersatzvornahme seien bezifferbare Mehrkosten von 38.297,52 € und abzusehende Mehrkosten in der Größenordnung von 100.000 € entstanden. Mit dem zuerst genannten Betrag werde hilfsweise aufgerechnet; im Übrigen (100.000 €) mache er ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Später hat der Beklagte den nicht durch Aufrechnung verbrauchten Betrag zum Gegenstand einer Feststellungswiderklage gemacht, hilfsweise hat er mit der Widerklage Zahlung von 80.997,67 € nebst Zinsen begehrt.

Das Landgericht Mainz hat – insbesondere wegen Gerüstbauarbeiten der Klägerin, die in zweiter Instanz nicht mehr Gegenstand des Verfahrens sind – Zeugenbeweis erhoben und hiernach gemeint, der Restzahlungsanspruch der Klägerin habe nicht den im Versäumnisurteil zuerkannten Umfang, sondern betrage lediglich 37.301,78 €. Daneben müsse der Beklagte 1419,19 € Anwaltskosten für die vorgegerichtliche Vertretung erstatten. Die Bauverträge der Parteien seien wegen Nichtbeachtung der letzten Zahlungsfrist wirksam gekündigt worden; ein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch stehe dem Beklagten daher nicht zu. Die Feststellungswiderklage sei unzulässig, da der mit ihr verfolgte Anspruch endgültig beziffert werden könne. Auch die hilfsweise erhobene Widerklage auf Leistung scheitere, weil die Beklagte eine hinreichende Bestimmung des Streitgegenstandes dieser Widerklage versäumt und stattdessen lediglich eine Rechenformel präsentiert habe. Im Übrigen sei die Widerklage in ihrem Haupt- und Hilfsantrag aber auch unbegründet.



Mit seiner Berufung erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage; widerklagend begehrt er nunmehr die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 43.695,89 € nebst Zinsen.

Die Kündigung vom 28. 6. 2007 sei wegen zu kurz bemessener Zahlungsfrist unwirksam. Es habe noch einer Rücksprache mit dem aufsichtführenden Architekten bedurft.

Das Landgericht sei auch daran vorbeigegangen, dass schon in erster Instanz ein fristgemäßer Zahlungseingang bei der Klägerin behauptet worden sei, die daher das Datum offenbaren müsse.

Im Übrigen habe der Beklagte die notwendige Leistungshandlung innerhalb der Frist vorgenommen, was nach § 270 BGB allein maßgeblich sei. Jedenfalls sei die Zahlung nach Maßgabe von 19. 2 ZVB/E rechtzeitig erfolgt. Bei der Landesoberkasse hätten die Zahlungsanweisungen nämlich am 18. 6. und 25. 6. 2007 vorgelegen. Die Auslegung der Vertragsklausel durch das Landgericht sei fehlerhaft, insbesondere bestehe kein Widerspruch zwischen 19. 2 ZVB/E und § 9 Nr. 2 VOB/B.

Der an die unberechtigte Kündigung der Klägerin anknüpfende Schadensersatzanspruch des Beklagten wegen der Ersatzvornahme betrage 80.997,67 €. Damit werde aufgerechnet; der hiernach nicht verbrauchte Betrag von 43.695,89 € sei Gegenstand der (nunmehr auf Zahlung gerichteten Haupt-) Widerklage. Die Erwägungen des Landgerichts zu der dort erhobenen Feststellungswiderklage und der Hilfswiderklage auf Leistung seien unzutreffend.

Aus den Gründen: c. Das Rechtsmittel ist [...] ohne Aussicht auf Erfolg.

aa. Die Klägerin hat ihre Vertragskündigung vom 28. Juni 2006 auf § 9 VOB/B gestützt. Damit war § 9 Nr. 1 lit. b) VOB/B in der seinerzeit gültigen Fassung gemeint. Nach dieser Bestimmung kann der Auftragnehmer den Vertrag kündigen, wenn der Auftraggeber eine fällige Zahlung nicht leistet oder sonst in Schuldnerverzug gerät. Die Kündigung bedarf der Schriftform; ihr hat eine Fristsetzung zur Vertragserfüllung unter Kündigungsandrohung vorauszugehen.

Diese Voraussetzungen waren sämtlich erfüllt, als die Klägerin den Bauvertrag kündigte. Offen waren die vom 26. April 2007 datierenden Rechnungen der Klägerin über 11.580,48 € (A 2070011) und 13.260,60 € (A 2070012). Beide Beträge waren am 19. Mai 2007 fällig. Unter dem 23. Mai 2007 mahnte die Klägerin die fällige Zahlung ein erstes Mal ohne Erfolg. Auch auf die zweite Mahnung vom 12. Juni 2006 reagierte der Beklagte nicht, obwohl auch diese Mahnung bereits den Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit nach § 9 VOB/B enthält. Die im nachfolgenden Schreiben vom 22. Juni 2007 gesetzte Frist von 5 Tagen, die mit einer Ablehnungsandrohung verbunden war, erachtet der Senat vor dem Hintergrund der dargestellten Vorgeschichte nicht als zu knapp.

Soweit die Berufung demgegenüber vorträgt, maßgeblich sei nach 19. 2 der ZVB/E allein, dass die Kassenanweisungen für die beiden Rechnungen am 18. bzw. 25. Juni 2006 bei der Landesoberkasse vorgelegen hätten, ist das nicht mit dem weiteren Vorbringen zu vereinbaren, die am 22. Juni 2007 gesetzte letzte Zahlungsfrist von nur 5 Tagen sei deshalb zu kurz bemessen, weil noch eine Rücksprache mit den die Bauaufsicht führenden Architekten in Hamburg erforderlich gewesen sei. Letzteres ist einerseits ohne jede konkrete Substanz, andererseits aber auch deshalb unerheblich, weil weder dargetan noch ersichtlich ist, weshalb der Beklagte den vermeintlich klärungsbedürftigen Fragen nicht in den zurückliegenden Wochen nachgegangen war. Immerhin datierten die Rechnungen vom 26. April 2007. Völlig unverständlich ist das Vorbringen des Beklagten zum Klärungsbedarf nach Zugang der Kündigungsandrohung der Klägerin vom 22. Juni 2006, soweit die bereits zuvor,



nämlich am 18. Juni 2006 zur Zahlung angewiesene Rechnung betroffen sein soll. Dass das Land die Zahlung von Rechnungen veranlasst, die noch prüfungsbedürftig sind, hält der Senat für ausgeschlossen.

Letztlich bedarf all das aber keiner vertieften Erörterung, weil eine Zahlung des Beklagten auf die Rechnung Nr. 2070011 über 12.479,75 € auch auf die Fristsetzung vom 22. Juni 2007 vollständig ausblieb. Richtig ist zwar, dass bei der Beklagten am 22. Juni 2007 eine Zahlung von 8700 € einging. Da dieser Betrag und der bei der Überweisung angegebene Verwendungszweck aber nicht der Rechnung 2070011 zugeordnet werden konnten, buchte die Klägerin diese Zahlung entsprechend der allein maßgeblichen Tilgungsbestimmung des Beklagten (§ 366 Abs. 1 BGB) auf eine andere Rechnung. Den hierzu unterbreiteten erstinstanzlichen Sachvortrag der Klägerin hat der Beklagte nicht bestritten.

Ist mithin die fällige Zahlung von 12.479,75 € aus der Rechnung Nr. 2070011 auch auf die Fristsetzung vom 22. Juni 2007 weder bei der Klägerin eingegangen noch von dem Beklagten zur Zahlung angewiesen worden, war die Kündigung der Klägerin selbst dann rechters, wenn man der Berufung in ihrer auf § 270 BGB und 19. 2 der ZVB/E gestützten Ansicht folgen wollte, eine rechtzeitige Auszahlungsanordnung sei ausreichend.

bb. Soweit die Berufung einen Vortrag der Klägerin vermisst, wann die beiden am 18. und 25. Juni 2007 auf den Weg gebrachten Zahlungen bei der Klägerin eingegangen sind, hat die Klägerin sich dazu im erstinstanzlichen Schriftsatz vom 9. September 2008 ausreichend erklärt (dort Seiten 6 ff). Der Berufungsantrag, der Klägerin insoweit eine gerichtliche Auflage zu erteilen, geht am Akteninhalt vorbei und ist daher abzulehnen.

cc. Auch die Ausführungen der Berufung zu § 270 BGB und 19. 2. ZVB/E sind unerheblich. Auf die Rechnung Nr. 2070011 über 12.479,75 € erfolgte keinerlei Zahlung. Diese Vertragswidrigkeit rechtfertigte die Kündigung der Klägerin, ohne dass es auf weitere Überlegungen tatsächlicher oder rechtlicher Art noch ankommt.

dd. Die vom Landgericht zu Recht als unzulässig angesehene Feststellungswiderklage wird von der Berufung nicht weiterverfolgt. Stattdessen macht sie neben der Aufrechnung einen überschießenden Zahlungsanspruch des Beklagten wegen der Ersatzvornahmekosten nunmehr mit der Leistungswiderklage geltend.

Darin liegt nach Auffassung des Senats eine nicht an § 533 ZPO zu messende Widerklage, weil der jetzige Hauptantrag bereits als Hilfsantrag Gegenstand des Verfahrens erster Instanz war.

Die Widerklage ist jedoch unbegründet. Ungeachtet der vom Landgericht geäußerten Bedenken mit Blickrichtung auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO steht dem Beklagten ein Anspruch auf Erstattung von Ersatzvornahmekosten jedenfalls deshalb nicht zu, weil die Vertragskündigung der Klägerin rechters war.

d. Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung. Ebenso wenig erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Eine mündliche Verhandlung verspricht keinen Erkenntnisgewinn. Die Berufung sollte zurückgenommen werden.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

Hinw. d. Mitteilers: Die Berufung wurde aufgrund des Hinweises zurückgenommen.

**§§ 133, 157, 343, 823 BGB; §§ 253, 282, 286, 296, 531 ZPO; § 185 StGB
 Ärztliche Gemeinschaftspraxis; Mobbing; Auslegung und Herabsetzung der
 unter den Ärzten vereinbarten Vertragsstrafe; Angriffs- und Verteidigungs-
 mittel in der Berufungsinstanz**

1. War zentraler Gegenstand eines durch strafbewehrte Unterlassungserklärung beendeten Vorprozesses zweier in einer Gemeinschaftspraxis tätigen Ärzte die wiederholte, auf den Kollegen gemünzte verbale Entgleisung „Kotz – Kacke“, erlaubt das den Schluss, dass fortgesetztes Mobbing mit den Kürzeln „k.K.“ und „K.K.“ dieselbe Schmähung zum Ausdruck bringt.

2. Der Herabsetzung der versprochenen Vertragsstrafe (hier: von 10.000 € für einen einmaligen Verstoß) steht nicht entgegen, dass die Parteien Derartiges im Vorprozess und in erster Instanz nicht erwogen haben. Ein erstmals in zweiter Instanz gestellter Antrag auf Herabsetzung der zuerkannten Vertragsstrafen scheitert nicht an § 531 ZPO, soweit der zugrunde liegende Tatsachenstoff unstreitig oder bewiesen ist.

3. Hat das Gericht erster Instanz über mehrere Streitgegenstände nicht in der vom Kläger bestimmten Weise entschieden, kann das unschädlich sein, wenn er in zweiter Instanz das vom Gegner angegriffene Urteil verteidigt.

(OLG Koblenz, Urteil vom 29. 8. 2012 – 5 U 283/12)

Zum Sachverhalt: Die Parteien, Ärzte von Beruf, sind Geschwister. Obwohl verfeindet, betreiben sie gemeinsam eine Praxis für Allgemeinmedizin. Im Vorprozess 4 O 360/07 Landgericht Trier schlossen sie einen Vergleich, durch den sie sich wechselseitig verpflichteten, künftig jede „Diffamierung“ des anderen „gegenüber Patienten und sonstigen Dritten“ zu unterlassen. Für den Fall der Zuwiderhandlung ist eine Vertragsstrafe zu leisten, die im Fall des einmaligen Verstoßes 10.000 € beträgt.

Unter Darlegung zahlreicher Verstöße des Beklagten hat die Klägerin für drei Verstöße jeweils den Höchstbetrag, mithin insgesamt 30.000 € nebst Zinsen, und daneben Freistellung von Anwaltskosten für die vorgerichtliche Vertretung begehrt.

Während sie mit dem Freistellungsverlangen gescheitert ist, hat das Landgericht Trier, auf dessen Entscheidung zur weiteren Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird, nach der Befragung von Zeugen die begehrte Vertragsstrafe für 3 Verstöße insgesamt zuerkannt. Der Beklagte habe mehrfach die Buchstabenkombination „KK“ bzw. „kK“ auf in der Praxis ausgelegten Schriftstücken angebracht. Nach dem Sprachgebrauch des Beklagten, der dem Praxispersonal bekannt sei, bedeute das Kürzel „Kotz – Kacke“. Dadurch habe er die Klägerin diffamiert und daher die Vertragsstrafe in drei Fällen verwirkt, da die unflätigen Kommentare zumindest dem Praxispersonal zugänglich gewesen seien. Der Einwand des Beklagten, das Kürzel habe nicht die von der Klägerin behauptete Bedeutung, sondern besage „kein Kommentar“, sei unglaubhaft.

Mit seiner Berufung erstrebt der Beklagte die umfassende Abweisung der Klage. Das Landgericht habe der Klägerin Vertragsstrafen in anderer Weise als mit der Klageschrift geltend gemacht zuerkannt. Dadurch bleibe insgesamt unklar, über welche Streitgegenstände rechtskräftig entschieden sei. Den Begriff der Diffamierung habe das Landgericht viel zu weit ausgelegt und außerdem die Kürzel „kK“ und „KK“ fehlinterpretiert, tatsächlich bedeuteten beide Kürzel „kein Kommentar“. Beim Praxispersonal handele es sich nicht um sonstige Dritte im Sinne des Vergleichs. Adressatin der Nachrichten sei jeweils nur die Klägerin gewesen. Im Übrigen sei wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs von einer natürlichen Handlungseinheit auszugehen. Letztlich seien die Vertragsstrafen unangemessen hoch und daher nach § 343 BGB herabzusetzen.



Aus den Gründen: II. Das Landgericht hat der Klage im Ergebnis wegen dreier Verstöße des Beklagten gegen die vertragliche Wohlverhaltenspflicht dem Grunde nach zu Recht stattgegeben.

Was die Berufung dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Allerdings sind die zuerkannten Vertragsstrafen übersetzt und daher auf zweimal 4000 € und einmal 2000 €, mithin insgesamt 10.000 € zu reduzieren.

Im Einzelnen:

Die Berufungsbegründung weist zutreffend darauf hin, dass die Klage eine Vielzahl von Vertragsverstößen des Beklagten schildert, indes nur für drei eine Vertragsstrafe begehrt. Dazu war auch beantragt, dass die Verstöße in ihrer in der Klageschrift dargestellten Abfolge Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung sein sollten.

Daran hat das Landgericht sich nicht gehalten und stattdessen in anderer Reihenfolge auf insgesamt vier Verstöße abgehoben und für drei von ihnen auf eine Vertragsstrafe von jeweils 10.000 € erkannt.

Die dadurch eingetretene Konfusion beanstandet die Berufung im Ergebnis ohne Erfolg.

Indem die Berufungserwiderung die angefochtene Entscheidung verteidigt, hat die Klägerin nämlich hinreichend klargestellt, dass sie nunmehr die drei vom Landgericht herausgegriffenen Vertragsverstöße so geahndet wissen möchte wie im angefochtenen Urteil geschehen.

Soweit dort vier Verstöße des Beklagten als entscheidungsrelevant geschildert sind, ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Entscheidungsgründe mit noch hinreichender Deutlichkeit, dass die Einzelrichterin den vierten Verstoß, nämlich den Eintrag in die Patientenakte der Patientin E. nicht geahndet hat, so dass es insoweit mangels Beschwer an einer der Berufung zugänglichen Verurteilung des Beklagten fehlt. Verurteilungsgegenstand und taugliches Angriffsziel der Berufung sind daher nur die drei nachfolgend erörterten Vorfälle.

Zwischen ihnen besteht nicht der von der Berufung behauptete Fortsetzungszusammenhang. Dabei kann dahinstehen, ob und gegebenenfalls welche Bedeutung die Grundsatzentscheidung des großen Strafsenats des BGH (BGHSt 40, 138-168) zu dieser Frage für den Bereich des Zivilrechts hat (vgl. dazu u. a. BGHZ 146, 318, 326). Denn im vorliegenden Fall liegt selbst dann keine fortgesetzte Handlung vor, wenn man die vor der Entscheidung BGHSt 40, 138 ff maßgebliche strafrechtliche Rechtsprechung auf eine Mehrheit von zivilrechtlichen Vertragsverstößen überträgt.

Zwischen den einzelnen Handlungen des Beklagten besteht kein zeitlicher oder sonstiger Zusammenhang. Nicht vorhersehbare und in Entstehung und Verlauf völlig unterschiedliche Sachverhalte im Praxisalltag haben dazu geführt, dass der Beklagte sich zu den drei Entgleisungen hinreißen ließ, die jetzt noch Gegenstand des Verfahrens sind. Damit liegen die Voraussetzungen einer fortgesetzten Handlung nicht vor.

Dem Grunde nach zu sanktionieren sind vielmehr folgende drei selbständige Pflichtverletzungen.

1. „Sparschwein“

Dass der Beklagte sich für befugt hielt, das auf Veranlassung der Klägerin im Empfangsbereich der Praxis platzierte Sparschwein, in dem Spenden für die Betroffenen der Erdbebenkatastrophe in Haiti gesammelt worden waren, ohne Rücksprache mit seiner Schwester zu leeren und den Erlös in eigenem Namen zu spenden, worauf er eine an ihn persönlich adressierte Spendenquittung erhielt,



kann auch dann als unangemessen angesehen werden, wenn die Spende in der vom Beklagten behaupteten Weise von ihm persönlich erheblich „aufgestockt“ wurde.

Auf Vorhaltungen der Klägerin reagierte der Beklagte indem er das Schreiben der Spendenempfängerin vom 7. Juni 2010 rechts unten mit dem Kürzel „k.K.“ versah, diesen Vermerk einkreiste und das derart „verzierte“ Schreiben in einem Schrank platzierte, der für das Praxispersonal zugänglich ist und dort von Mitarbeiterinnen aufgefunden wurde.

Wegen dieses Sachverhalts hat der Beklagte die im Vergleich vom 11. Mai 2010 vereinbarte Vertragsstrafe dem Grunde nach ein erstes Mal verwirkt. Die hiergegen erhobenen Einwände der Berufung hat der Senat geprüft; sie überzeugen allesamt nicht. Dass das Kürzel, egal in welcher Schreibweise, „kein Kommentar“ bedeute, kann angesichts der aktenkundigen Vorgeschichte nicht ernsthaft erwogen werden.

Den vorgelegten Unterlagen (Anlagenband) und den Akten des Vorprozesses entnimmt der Senat, dass der Beklagte seine Schwester seit Jahren in unflätiger Weise, insbesondere mit den Ausdrücken „Kotz – Kacke“ belegt, um sie in ihrer Ehre zu verletzen. Vor diesem Hintergrund steht für den Senat außer Zweifel (§ 286 ZPO), dass das Kürzel die von der Klägerin behauptete Bedeutung hat und von ihr, aber auch vom Praxispersonal, so verstanden wurde und auch verstanden werden sollte.

Die bloße Verlautbarung gegenüber der Klägerin wäre allerdings nicht entscheidungserheblich, weil die Vertragsstrafe an eine Diffamierung der Klägerin „gegenüber Patienten und sonstigen Dritten“ anknüpft. Das Landgericht hat jedoch richtig entschieden, dass mit sonstigen Dritten auch das Praxispersonal gemeint ist. Die Auffassung der Berufung, sonstige Dritte seien nur praxisexterne Personen, findet im Vergleichstext keine Stütze. Es ist auch nicht aufgezeigt, dass die Entstehungsgeschichte des Vergleichs eine den eindeutigen Wortlaut einschränkende Interpretation erfordert.

Indem der Kläger das mit dem Kürzel versehene Schriftstück in einem Schrank platzierte, der auch dem Praxispersonal zugänglich ist, brachte er die Schmäherung der Klägerin den Mitarbeiterinnen als „sonstigen Dritten“ zur Kenntnis.

Den Beklagten trifft auch ein Verschulden i. S. des § 276 BGB i. V. mit § 339 Satz 2 BGB (vgl. zu diesem Erfordernis BGH in NJW 1972, 1893 mit Anm. Lindacher aaO Seite 2264). Zu einem mangelnden Verschulden, das der Beklagte darlegen und beweisen musste, ist nichts vorgetragen.

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe Nov./Dez. 2009 erschien die Beilage 51a zu Heft 51:

Mario H. Kraus,

**Konfrontation, Kooperation,
Kommunalmediation?**

**Stellenwert einvernehmlicher
Streitbeilegung in städtischen
Siedlungsräumen**

Die Beilage 51a wurde den Abonnenten mit Heft 51 ausgeliefert.

Beilagen zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) werden nur im Rahmen eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GuT sind Beilagen nicht enthalten.

Einzelstücke der Beilage 51a, Umfang 134 Seiten, DIN A4, können zum Preis von 20,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.



2. „Todesbescheinigung“

Der Beklagte hatte nach einer Leichenschau die Praxismitarbeiterinnen telefonisch gebeten, eine Todesbescheinigung vorzubereiten, die er nach Rückkehr in die Praxis zur späteren Abholung durch das Beerdigungsunternehmen unterschreiben wollte. Als der Bestatter in der Praxis erschien, fehlte die Unterschrift des Beklagten. Die in den Praxisräumen anwesende Klägerin weigerte sich, ihrerseits die Todesbescheinigung zu unterzeichnen, weil sie die Leichenschau nicht vorgenommen hatte.

Das veranlasste den Beklagten am darauffolgenden Tag, eine neue Todesbescheinigung auszustellen. Den Entwurf zerriss er, brachte auf der Rückseite das Kürzel „k.K.“ an und deponierte den derart „markierten“ Papiermüll sichtbar auf einem Schreibtisch in den Praxisräumen, wodurch der handschriftliche „Kommentar“ zur Kenntnis der Praxismitarbeiterinnen gelangte. Auch dadurch hat der Beklagte gegen seine vertragliche Unterlassungspflicht verstoßen und die Vertragsstrafe dem Grunde nach verwirkt.

Hinsichtlich der Deutung des Kürzels „k.K.“ verweist der Senat auf die Ausführungen unter 1. Zerrissene Entwürfe ärztlicher Atteste pflegt man ohne ergänzende Zusätze im Papierkorb zu entsorgen. „Kein Kommentar“ (so die Deutung des Beklagten) war auf dem zerrissenen Entwurf der Todesbescheinigung unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt veranlasst.

Indem der Beklagte die Frucht seiner Unbeherrschtheit mit dem bekannten Zusatz aus der Fäkalsprache auf einem Schreibtisch zur Kenntnis der Praxispersonals platzierte, verstieß er gegen seine Unterlassungspflicht.

Für mangelndes Verschulden ist auch in diesem Fall nichts vorgetragen.

3. „Verletzung des Briefgeheimnisses“

In der Praxis war ein an die Klägerin persönlich adressiertes Schreiben vom 7. Mai 2010 eingegangen und (wohl versehentlich) von einem Nichtberechtigten geöffnet worden. Die Klägerin entdeckte das Schreiben erst erheblich später und platzierte es mit dem unterstrichenen Vermerk „Privatpost“ auf dem Schreibtisch des Beklagten. Dieser markierte das Schreiben mit dem eingekreisten Kürzel „k.K.“ und legte es hiernach offen auf einen Schreibtisch in den Praxisräumen, wo es vom Praxispersonal eingesehen wurde.

Am hierzu unterbreiteten Verteidigungsvorbringen des Beklagten ist richtig, dass er dem Vorwurf, nicht für ihn bestimmte Post unberechtigt geöffnet zu haben, entgegengetreten durfte. Falls dem Beklagten eine schriftliche Antwort – dem von der Klägerin gewählten Kommunikationsweg entsprechend – geboten erschien, hätte sie plausibel dadurch erfolgen können, dass der Beklagte unter das von der Klägerin unterstrichene Wort „Privatpost“ einen Vermerk geschrieben hätte, wonach der Brief nicht von ihm geöffnet worden war.

Die stattdessen unter dem Brief angebrachte und eingekreiste Schmiererei „k.K.“ war demgegenüber nicht geeignet, die Täterschaft des Beklagten zu leugnen. Sie stellte vielmehr nach der Vorgeschichte und dem Gesamtkontext die erneute Verlautbarung der anscheinend im Sprachschatz des Beklagten fest verankerten Verbalschmähung „Kotz Kacke“ dar. Davon ist der Senat ebenso wie das Landgericht überzeugt (§ 286 ZPO).

4. Für die drei dargestellten Verstöße schuldet der Beklagte die Vertragsstrafen aber nicht in der vom Landgericht zuerkannten Höhe.



Der Einwand der Klägerin in ihrem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 24. August 2012, eine Herabsetzung der Strafen komme aus Rechtsgründen nicht in Betracht, weil ein entsprechender Antrag in erster Instanz nicht gestellt und der Antrag zweiter Instanz verspätet sei, verfängt nicht.

Richtig ist allerdings, dass die Herabsetzung einer Vertragsstrafe nur auf Antrag des Schuldners erfolgt, den der Beklagte erstmals in der Berufungsbegründung gestellt hat. Anders als die Klägerin meint, kann ein derartiger Antrag aber nicht als prozessual verspätet zurückgewiesen werden. Der Antrag auf Strafermäßigung ist kein Verteidigungsmittel im Sinn von §§ 282, 296, 530 f ZPO, das rechtzeitig vorzutragen wäre, sondern ein selbständiges Gestaltungs-klagerecht (Staudinger – Rieble, BGB Neubearbeitung 2009, Randnummer 89 zu § 343 BGB). Der Ermäßigungsantrag ist daher auch zu beachten, wenn er erstmals in zweiter Instanz gestellt wurde (vgl. zum Einwand der beschränkten Erbenhaftung BGH in NJW-RR 2010, 664-665 und zur Verjährung BGHZ < GS > 177, 212 ff [= GuT 2008, 395 PM]).

Bei der Bemessung der Vertragsstrafen kommt es in erster Linie auf den Sanktionscharakter der Vertragsstrafe und deren Funktion, weitere Zuwiderhandlungen zu verhindern, auf Schwere und Ausmaß der Zuwiderhandlung und ihre Gefährlichkeit für den Gläubiger, letztlich aber auch auf den Grad des Verschuldens des Verletzers an.

Die Parteien haben eine Vertragsstrafe vereinbart, die im Fall eines einmaligen Verstoßes 10.000 € beträgt. Das gilt nach dem Vertragswortlaut für Diffamierungen gegenüber Patienten gleichermaßen wie für Diffamierungen gegenüber sonstigen Dritten. Das darf aber nicht an der Erkenntnis vorbeiführen, dass die Diffamierung gegenüber Patienten ein anderes, nämlich weitaus bedeutsameres Gewicht haben kann als die Diffamierung gegenüber sonstigen Dritten, soweit es sich dabei – wie im vorliegenden Fall – um Praxispersonal handelt.

Dass die Angestellten der Praxis vom tief zerrütteten Verhältnis der Parteien Kenntnis haben, ist durch den Inhalt der teils schriftlichen Zeugenaussagen hinreichend belegt. Daraus ergibt sich auch, dass die Angestellten bemüht sind, durch geflissentliches „Weghören“ und „Wegsehen“ die Widrigkeiten eines derart belastenden Arbeitsumfeldes nicht an sich heranzulassen. Der Aufmerksamkeitswert der Entgleisungen des Beklagten ist demnach für die Praxisangestellten erheblich geringer als für Patienten oder sonstige bisher uninformierte Dritte.

Im dritten Fall kommt hinzu, dass der Beklagte durch den nicht beweisbaren Vorwurf gereizt worden war, seinerseits gegen das Postgeheimnis verstoßen zu haben.

Unter Würdigung aller Umstände hält der Senat es daher für angemessen, die Vertragsstrafe in den ersten beiden Fällen auf je 4000 € und im dritten Fall auf 2000 €, mithin insgesamt 10.000 € herabzusetzen (§ 343 BGB).

Die abweichenden Überlegungen der Klägerin im nachgereichten Schriftsatz vom 24. August 2012 hat der Senat mit dem urlaubsabwesenden Richter am Oberlandesgericht Dr. M. in einer Telefonkonferenz beraten und hält sie für nicht überzeugend:

a) Dass der Beklagte vorsätzlich handelte, hat der Senat berücksichtigt. Die Behauptung, er habe sein Mobbing auch nach der Klageerhebung im vorliegenden Verfahren fortgesetzt, kann bei der Bemessung etwaiger dafür verwirkter Vertragsstrafen von Bedeutung sein.



b) Ob die von der Klägerin ins Feld geführte gute wirtschaftliche Lage des Beklagten strafferhöhend wirken kann, muss der Senat nicht entscheiden, nachdem die Parteien diesen Umstand schon bei der im Vorprozess erfolgten Bestimmung der allgemeinen Strafhöhe berücksichtigt haben.

c) Dass die vom Senat als angemessen erachteten Strafen mit Blickrichtung auf das von der Klägerin in erster Linie erstrebte Wohlverhalten ihres Bruders zu gering bemessen sind, ist nicht zu ersehen.

d) Letztlich hat der Senat auch nicht die Darlegungslast hinsichtlich der für eine Herabsetzung der Vertragsstrafen maßgeblichen Umstände verkannt (vgl. BGH in NJW 2010, 3222 zur Vorschrift des § 655 BGB). Die Klägerin geht daran vorbei, dass alle Tatsachen, die den Senat zur Herabsetzung der Vertragsstrafen bewegen haben, unstreitig sind.

5. Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung des Senats versucht hat, zur umfassenden Stützung des vom Landgericht zuerkannten Betrags von 30.000 € die weiteren in der Klageschrift dargestellten Verstöße zum Gegenstand des Berufungsverfahrens zu machen, steht dem § 533 ZPO entgegen. Es handelt sich um eine nicht sachdienliche Klageerweiterung, in die der Beklagte nicht eingewilligt hat. Das erschließt sich daraus, dass die Klägerin – von der Berufungserwidderung wirksam in Bezug genommen – in erster Instanz erklärt hat, sie fordere „nur die Vertragsstrafe für drei Verstöße“ (Seite 3 der Klageschrift). Darüber hat das Landgericht befunden; nur dieser Streitstoff war bisher Gegenstand des Berufungsverfahrens. Weitere Verstöße konnten nur durch eine Klageänderung in das Berufungsverfahren eingeführt werden. Die Voraussetzungen des § 533 ZPO liegen jedoch nicht vor.

6. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 92, 91, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

§ 12 UWG; § 10 HWG

Wettbewerb; Werbung; Unterlassungsanspruch; Verletzungsform; Wiederholungsgefahr; Unterlassungsverpflichtungserklärung; Arzneimittelwerbung außerhalb der Fachkreise

Das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs im Umfang einer das Charakteristische der Verletzungshandlung beschreibenden Verallgemeinerung ist zwar grundsätzlich möglich, scheidet aber jedenfalls dann aus, wenn der Schuldner eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung auf die konkrete Verletzungsform abgibt, deren Auslegung unmissverständlich ergibt, dass sie sich auch auf kerngleiche Verletzungshandlungen bezieht, so dass die auch auf solche Handlungen erstreckte Vermutung der Wiederholungsgefahr beseitigt worden ist.

(OLG Hamburg, Urteil vom 16. 5. 2012 – 3 U 89/11)

Zum Sachverhalt: Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin wegen der Bewerbung des verschreibungspflichtigen Arzneimittels „Oralair“ außerhalb der Fachkreise auf Unterlassung in Anspruch.

Die Parteien sind Wettbewerber im Bereich des Vertriebs von Therapie-Allergenen.

Am 29. September 2010 war die Antragsgegnerin mit einem Messestand auf dem 13. Deutschen Lungentag, einer Gesundheitsmesse, die sich auch an Besucher außerhalb der Fachkreise richtete, vertreten. Dort bewarb sie ihr verschreibungs-



pflichtiges Präparat „Oralair“ mit dem aus Anlage ASt 2 [Anlagen in gmbbl nicht abgedruckt, *Red.*] ersichtlichen Poster, auf dem es neben dem „Oralair“-Logo hieß „Mehr als eine gute Grastablette“.

Auf die Abmahnung der Antragstellerin vom 25. Oktober 2010 gab die Antragsgegnerin unter dem 3. November 2010 eine Unterlassungsverpflichtungserklärung ab, mit welcher sie sich strafbewehrt verpflichtete,

es zu unterlassen, für das Arzneimittel „Oralair“ mit einem Poster gegenüber dem Laienpublikum zu werben, auf dem neben dem „Oralair“-Logo der Satz „Mehr als eine Grastablette“ wiedergegeben ist, wie auf dem der Erklärung beigefügten Foto dargestellt (Anlage ASt 4).

Die Antragstellerin hielt diese Unterlassungsverpflichtungserklärung für unzureichend und erwirkte die vorliegende einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 11. November 2010, Az. 315 O 426/10, mit welcher der Antragsgegnerin bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten wurde,

im Wettbewerb für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“ außerhalb der Fachkreise des § 10 Abs. 1 HWG zu werben und/oder werben zu lassen.

Ausgenommen von diesem Verbot ist die Werbung für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“, welche von der Unterlassungserklärung der Antragsgegnerin vom 3. November 2010 erfasst wird.

Nach Zustellung der einstweiligen Verfügung verpflichtete sich die Antragsgegnerin am 6. Dezember 2010 weiter strafbewehrt, es zu unterlassen,

im Wettbewerb für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“ außerhalb der Fachkreise des § 10 Abs. 1 HWG zu werben, wie auf dem Foto Anlage ASt 2 geschehen (Anlage AG 1).

Gegen die einstweilige Verfügung vom 11. November 2010 wendete sich die Antragsgegnerin mit ihrem Widerspruch vom 2. Februar 2011.

Zur Begründung hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass der Verbotsantrag schon nicht hinreichend bestimmt sei. Im Hinblick auf den Begriff der „Werbung“ bestünden zahlreiche schwierige Abgrenzungsfragen im Rahmen des § 10 HWG. Die Antragstellerin habe nicht klargestellt, dass sich ihr Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiere.

Ferner fehle es an der Wiederholungsgefahr. Jedenfalls durch die zweite Unterlassungserklärung vom 6. Dezember 2010 (Anlage AG 1) werde die Wiederholungsgefahr für den Unterlassungsanspruch ausgeräumt. Dieser bestehe nur für im Kern gleichartige Verstöße, nicht jedoch darüber hinaus. Genau diese im Kern gleichartigen Verstöße umfasse die abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung, denn sie beziehe sich ausdrücklich auf die konkrete Verletzungshandlung.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, die einstweilige Verfügung vom 11. November 2010 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt, die einstweilige Verfügung vom 11. November 2010 zu bestätigen.

Die Antragstellerin hat die Ansicht vertreten, dass der Antrag hinreichend bestimmt sei. Die Regelung des § 10 HWG enthalte ein tatbestandlich sehr konkretes Verbot, aus dem die Antragsgegnerin ohne weiteres erkennen könne, was ihr verboten worden sei.



Die Antragstellerin habe zudem einen Anspruch auf das beantragte, über die konkrete Verletzungsform hinausgehende verallgemeinerte Verbot. Es sei kein Fall denkbar, in dem eine Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel gegenüber Laien zulässig sei. Die Unterlassungserklärung vom 3. November 2010 (Anlage ASt4) lasse die Wiederholungsgefahr nicht entfallen, denn sie decke lediglich einen Teil des Unterlassungsanspruchs ab, nämlich die Werbung außerhalb der Fachkreise mit einem konkreten Werbeposter. Gleiches gelte hinsichtlich der Unterlassungserklärung vom 6. Dezember 2010 (Anlage AG 1).

Mit Urteil vom 9. März 2011, Az. 315 O 426/10, hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 11. November 2010 mit der Maßgabe aufrechterhalten, dass es in Ziffer I. im zweiten Satz heißen müsse:

„Ausgenommen von diesem Verbot ist die Werbung für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“, welche von den Unterlassungserklärungen der Antragsgegnerin vom 03.11.2010 und vom 06.12.2010 erfasst wird.“

Gegen dieses Urteil wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung, die sie frist- und formgemäß eingelegt und unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags begründet hat. Ergänzend nimmt die Antragsgegnerin auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug und macht ihn zum Gegenstand ihres Berufungsvorbringens.

Die Antragsgegnerin beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 9. März 2011 -Az. 315 O 426/10- die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 11. November 2010 -Az. 315 O 426/10- aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 10. November 2010 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Ergänzend nimmt die Antragstellerin auf ihren erstinstanzlichen Vortrag Bezug und macht ihn zum Gegenstand ihres Berufungsvorbringens.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 12. April 2012 Bezug genommen.

Aus den Gründen: B. Die Berufung der Antragsgegnerin ist zulässig und begründet.

I. Der gemäß §§ 8, 3, 4 Ziffer 11 UWG i. V. m. § 10 HWG geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist unbegründet.

1. Der Antragsgegnerin ist zuletzt bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten worden,

im Wettbewerb für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“ außerhalb der Fachkreise des § 10 Abs. 1 HWG zu werben und/oder werben zu lassen.

Ausgenommen von diesem Verbot ist die Werbung für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“, welche von den Unterlassungserklärungen der Antragsgegnerin vom 03.11.2010 und vom 06.12.2010 erfasst wird.

Der Unterlassungstenor richtet sich darauf, dass es die Antragsgegnerin (generell) unterlässt, im Wettbewerb für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“ außerhalb der Fachkreise des § 10 Abs. 1 HWG zu werben und/oder werben zu lassen, soweit nicht die von den Unterlassungserklärungen bereits erfasste konkrete Verletzungsform in Frage steht.

Das geltend gemachte Verbot, das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“ gegenüber Laien zu bewerben und/oder bewerben zu lassen, wird somit abstrakt, also unabhängig von der konkreten Verletzungsform, d.h. dem verwendeten Poster gemäß Anlage ASt 2, geltend gemacht. Ausgenommen sind allerdings diejenigen Handlungen, welche bereits von den Unterlassungsverpflichtungserklärungen der Antragsgegnerin vom 3. November 2010 (Anlage ASt 4) und vom 6. Dezember 2010 (Anlage AG 1) erfasst sind.

2. Die nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderliche *Bestimmtheit* des Verfügungsantrages ist gegeben.

Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Verbotsantrages hat der Bundesgerichtshof ausgeführt (BGH GRUR 2010, 749 Tz. 21- Erinnerungswerbung im Internet):

„Ein Verbotsantrag darf nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was ihm verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 156, 1, 8 f. – Paperboy; BGH, Urt. v. 9. 7. 2009 – I ZR 13/08, GRUR 2009, 977 Tz. 21 = WRP 2009, 1076 – Brillenversorgung). Danach sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Gesetzeswortlaut wiedergeben, in der Regel als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Etwas anderes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst eindeutig und konkret gefasst oder sein Anwendungsbereich durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (BGH, Urt. v. 16. 11. 2006, I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Tz. 16; WRP 2007, 775 – Telefonwerbung für „Individualverträge“; Urt. v. 4. 10. 2007, I ZR 22/05, GRUR 2008, 532 Tz. 16 = WRP 2008, 782 – Umsatzsteuerhinweis). Die Wiedergabe des gesetzlichen Verbotstatbestands in der Antragsformulierung ist auch dann unschädlich, wenn sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte im Tatsächlichen durch Auslegung unter Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht in Frage gestellt ist, sondern sich der Streit der Parteien ausschließlich auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt (BGH, Urt. v. 29. 6. 1995, I ZR 137/93, GRUR 1995, 832, 834 = WRP 1995, 1026 – Verbraucherservice; Urt. v. 19. 4. 2007, I ZR 35/04, GRUR 2007, 708 Tz. 50 = WRP 2007, 964 – Internet-Versteigerung II).“

Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze genügt der vorliegende Antrag den Bestimmtheitsanforderungen. Denn der Tatbestand des § 10 Abs. 1 HWG ist hinreichend eindeutig und konkret gefasst. Er lautet:

„Für verschreibungspflichtige Arzneimittel darf nur bei Ärzten, Zahnärzten, Tierärzten, Apothekern und Personen, die mit diesen Arzneimitteln erlaubterweise Handel treiben, geworben werden.“

Die zur Beschreibung des Tatbestands verwendeten Begriffe sind konkret gefasst und können daher in ein gerichtliches Verbot übernommen werden. Zudem wird im vorliegenden Unterlassungsantrag lediglich zur Beschreibung der Werbeadressaten ausdrücklich auf die Regelung des § 10 Abs. 1 HWG Bezug genommen. Dies erweist sich als unproblematisch, denn zu diesen Fachkreisen zählen nach der Legaldefinition des § 10 Abs. 1 HWG Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker und



Personen, die mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln erlaubterweise Handel treiben. Es ist vorliegend nicht ersichtlich, dass es insoweit zu Unklarheiten hinsichtlich der Angehörigen der Fachkreise kommen könnte.

Auch die Verwendung der Formulierung „zu werben und/oder werben zu lassen“ steht der Bestimmtheit des Antrags nicht entgegen. Zu dem Begriff der Werbung hat der Bundesgerichtshof – in Bezug auf § 4 HWG (fehlende Pflichtangaben) – in der oben genannten Entscheidung (BGH GRUR 2010, 749 Tz. 22 – Erinnerungswerbung im Internet) weiter ausgeführt:

„Der Bestimmtheit des Hauptantrags steht hier nicht die in ihm enthaltene Wendung „zu werben“ entgegen. Bei Angaben in Bezug auf Heilmittel ist es in aller Regel nicht zweifelhaft, ob eine Maßnahme als Werbung anzusehen ist oder nicht (BGH, Urt. v. 24. 11. 1999, I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 441 = WRP 2000, 389 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urt. v. 5. 2. 2009, I ZR 124/07, GRUR 2009, 990 Tz. 12 = WRP 2009, 1098 – Metoprolol). Einer näheren Umschreibung der konkret angegriffenen Werbemaßnahme bedarf es daher nicht.“

Dies gilt auch im Hinblick auf eine „Werbung“ außerhalb der Fachkreise gemäß § 10 Abs. 1 HWG. Es ist nicht ersichtlich, dass für den Werbebegriff im Rahmen des § 4 HWG eine andere Bewertung zugrunde zu legen wäre als im Rahmen des § 10 HWG. Dass der Begriff der „Werbung“ im Rahmen des § 10 HWG in Einzelfällen umstritten sein kann, steht dem nicht entgegen. Zwischen den Parteien besteht vorliegend kein Streit darüber, dass es sich bei dem hier beanstandeten Vorgehen um eine Werbung handelt, so dass sich der Antrag nicht auf eine unüberschaubare Anzahl möglicher Verletzungshandlungen bezieht.

Zudem stehen die Überlegungen des BGH zur hinreichenden Bestimmtheit des Begriffs „werben“ im Rahmen von Unterlassungsanträgen gemäß § 4 HWG im Einklang mit den nämlichen Ausführungen des BGH zur Verwendung des Begriffs „werben“ in Bezug auf den hier streitgegenständlichen Unterlassungsantrag gemäß § 10 HWG (BGH GRUR 2009, 990 f. Tz. 12 – Metoprolol):

„Das BerGer. ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Klageantrag ungeachtet der darin enthaltenen Wendung „zu bewerben“ i.S. des § 253 II Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt ist. Bei in Bezug auf Heilmittel gemachten Angaben ist es in aller Regel nicht zweifelhaft, ob eine Maßnahme als Werbung anzusehen ist oder nicht (BGH, GRUR 2000, 438, 441 = NJW 2000, 1792 = WRP 2000, 389 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge). Auch wenn nicht auszuschließen ist, dass bei der Beachtung und Durchsetzung eines Verbots in Sonderfällen eine nähere Prüfung dieser Frage erforderlich sein könnte, belastet dies die bekl. Partei daher nicht in einer Weise, die die Beurteilung des Antrags als nicht hinreichend bestimmt i.S. des § 253 II Nr. 2 ZPO rechtfertigte (vgl. BGH, GRUR 2000, 438, 441 = NJW 2000, 1792 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge).

Mithin erweist sich das geltend gemachte Verbot als hinreichend bestimmt. Einer näheren Umschreibung der konkret angegriffenen Werbemaßnahme bedarf es daher – jedenfalls im Hinblick auf die Bestimmtheit des geltend gemachten Unterlassungsantrages – nicht.

3. Der Antragstellerin steht aber vorliegend kein Anspruch darauf zu, dass die Antragsgegnerin es generell unterlässt, für das Arzneimittel „Oralair“ außerhalb der Fachkreise zu werben.

a) Die im Rahmen der Gesundheitsmesse „13. Deutscher Lungentag“ erfolgte Posterwerbung „Oralair Mehr als eine Grastablette“ (Anlage ASt 2) stellt – dies ist zwischen den Parteien unstreitig – einen Verstoß gegen das Verbot der Laienwerbung gemäß § 10 Abs. 1 HWG dar.

Die dadurch begründete Wiederholungsgefahr besteht nicht nur für die identische Verletzungsform, sondern erstreckt sich auch auf die Begehung zwar leicht abgewandelter, aber in ihrem Kern gleichartiger Verletzungshandlungen (BGH, GRUR 2010, 749, 753 Rn. 42 – Erinnerungswerbung im Internet; BGH, GRUR 2008, 702 Rn. 55 – Internet-Versteigerung III; BGH, GRUR 2005, 443, 446 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; BGH, GRUR 2000, 337, 338 – Preisknaller; BGH, GRUR 1999, 1017, 1018 – Kontrollnummernbeseitigung I; BGH, GRUR 1999, 509, 511 – Vorratslücken; BGH, GRUR 1994, 844 – Rotes Kreuz).

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte erstreckt sich – wie auch ein auf die konkrete Verletzungsform beschränktes gerichtliches Verbot (BGH, GRUR 2010, 749, 753 Rn. 42 – Erinnerungswerbung im Internet) – eine auf die konkrete Verletzungshandlung Bezug nehmende Unterwerfungserklärung im allgemeinen ebenfalls nicht nur auf identische, sondern auch auf alle Handlungen, die gleichfalls das Charakteristische der Verletzungshandlung aufweisen (BGH, GRUR 1996, 290, 291 – Wegfall der Wiederholungsgefahr I; BGH, GRUR 1997, 379, 380 – Wegfall der Wiederholungsgefahr II; BGH, GRUR 1998, 483, 485 – Der Media-Markt packt aus).

So liegt der Fall auch hier. Die Wiederholungsgefahr hinsichtlich des festgestellten Rechtsverstoßes ist jedenfalls durch die Unterlassungsverpflichtungserklärungen der Antragsgegnerin vom 6. Dezember 2010 (Anlage AG 1) vollen Umfangs beseitigt worden.

Die erste Unterlassungsverpflichtungserklärung der Antragsgegnerin (Anlage ASt 4) war allerdings noch nicht geeignet, die bestehende Wiederholungsgefahr vollen Umfangs auszuräumen. Sie verweist nicht nur auf das Foto von dem Messestand, auf dem das angegriffene Werbeposter zu erkennen ist, sondern beschreibt die Verletzungshandlung zusätzlich als eine Werbung gegenüber Laien für das verschreibungspflichtige Arzneimittel „Oralair“ mit einem Poster, auf dem neben dem Oralair-Logo die Angabe „Mehr als eine Grastablette“ wiedergegeben ist. Das

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2012 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–63 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



konnte der Antragstellerin allerdings objektiv Anlass geben anzunehmen, dass sich die UVE allein auf die so konkret beschriebene Verletzungshandlung und nicht zugleich auch auf kerngleiche Verletzungshandlungen bezog. Die wegen letzterer gleichfalls begründete Wiederholungsgefahr ist deshalb durch jene Verpflichtungserklärung nicht beseitigt worden.

Erst mit der zweiten Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 6. Dezember 2010 (Anlage AG 1), welche nach Erlass der einstweiligen Verfügung vom 11. November 2010 abgegeben worden ist, hat die Antragsgegnerin eine auf die konkrete Verletzungsform gerichtete Erklärung abgegeben und damit die bestehende Wiederholungsgefahr vollen Umfangs ausgeräumt. Jene Erklärung machte deutlich, dass sie einschränkungslos auf die konkrete Verletzungshandlung bezogen war und damit nach den vorstehenden Grundsätzen auch andere leicht abgewandelte, aber in ihrem Kern gleichartige Verletzungshandlungen erfasste. Entsprechend hat die Antragsgegnerin im Schreiben vom 6. Dezember 2010 deutlich gemacht, dass sie die Unterlassungserklärung vom 3. November 2010 durch die nunmehr abgegebene erweitere.

b) Bei der Fassung eines Unterlassungsantrags sind allerdings im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes gewisse Verallgemeinerungen zulässig, sofern auch in dieser Form das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt. Dies hat seinen Grund nach der vorstehend angeführten Rechtsprechung gerade in dem beschriebenen Umstand, dass eine Verletzungshandlung die Vermutung der Wiederholungsgefahr auch für die Begehung kerngleicher Verletzungshandlungen begründet. Die Verallgemeinerung dient dazu, den Umfang des Verbotes für eine Vollstreckung auch bei kerngleichen, aber abweichenden Handlungsformen zu bestimmen. Die Verallgemeinerung muss aber das Charakteristische der Verletzungshandlung zutreffend beschreiben, um den Bestimmtheitsanforderungen zu genügen, und darf nicht so weit gehen, dass auch Handlungen erfasst werden, auf die sich die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht erstreckt (vgl. BGH, GRUR 1992, 858, 859 f., Ziffer 5. – Clementinen). Die Grenze der zulässigen Verallgemeinerung ist die (Erst-)Begehungsgefahr (BGH, GRUR 2005, 443, 446 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II).

aa) Im Streitfall geht das Unterlassungsbegehren der Antragstellerin schon über das hinaus, was für die streitgegenständliche Verletzungshandlung als charakteristisch festgestellt werden kann.

Das Charakteristische der im Streitfall zu beurteilenden konkreten Verletzungshandlung besteht darin, dass die Antragsgegnerin im Rahmen einer Messeveranstaltung, die auch für Laien zugänglich war, Werbung für das verschreibungspflichtige Präparat „Oralair“ gemacht hat. Die Verletzungshandlung begründet die Vermutung der Wiederholungsgefahr zwar nicht nur für die Messewerbung gegenüber Laien mit dem konkret in Rede stehenden Postertext bzw. überhaupt mit einem Poster, sondern entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin auch für andere werbliche Postertexte, die das Präparat „Oralair“ bewerben, sowie weitere Werbemittel, wie sie üblicherweise auf Messeveranstaltungen zum Einsatz kommen. Soweit die Antragstellerin aber ein allgemeines und uneingeschränktes Verbot der Werbung für das Präparat „Oralair“ gegenüber Laien begehrt, geht die so formulierte Verallgemeinerung über das Charakteristische der Verletzungshandlung deutlich hinaus.

bb) Hinzu kommt aber, dass nach der angeführten Rechtsprechung des BGH auch kein Anspruch auf ein Verbot besteht, das eine Verallgemeinerung der für die festgestellte Verletzungshandlung charakteristischen Merkmale enthält, wenn der Schuldner eine allein auf die konkrete Verletzungshandlung Bezug nehmende Unterwerfungserklärung abgibt, die ernstgemeint ist, den Anspruchsgegenstand



uneingeschränkt abdeckt und durch ein Vertragsstrafeversprechen angemessen gesichert ist (BGH, GRUR 1996, 290, 291 – Wegfall der Wiederholungsgefahr I). Ein Unterlassungsanspruch im Umfang einer Verallgemeinerung, mit der die charakteristischen Merkmale der Verletzungshandlung – auch zutreffend – erfasst sind, besteht danach trotz einer Unterwerfungserklärung des Schuldners allenfalls dann, wenn die konkrete Unterwerfungserklärung letzte Zweifel, das von ihr auch kerngleiche Verletzungshandlungen erfasst sein sollen, nicht beseitigt. In der vorgenannten Entscheidung hat der BGH in einem Fall, in dem – wie vorliegend – nach Erlass einer einstweiligen Verfügung mit einem verallgemeinerten Verbotsanspruch eine Unterwerfungserklärung auf die konkrete Verletzungshandlungen abgegeben worden war, den Anspruch auf ein weitergehendes Verbot abgelehnt, weil die Unterwerfungserklärung nach den dortigen Umständen unzweifelhaft auch kerngleiche Verletzungshandlungen erfasste. Zwar hat der BGH dort zum Ausdruck gebracht, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handle, die nicht dahin verallgemeinert werden könne, dass Schuldner künftig nur noch zur Unterlassung der ganz konkreten Verletzungsform und nicht mehr zur Unterlassung von Verallgemeinerungen verpflichtet seien (BGH, GRUR 1996, 290, 292 – Wegfall der Wiederholungsgefahr I). In seiner späteren Entscheidung „Wegfall der Wiederholungsgefahr II“ (aaO) hat der BGH denn auch ausgesprochen, dass sich im dortigen Fall der Unterlassungsanspruch nicht nur auf ein Verhalten der konkret beanstandeten Art erstrecke, sondern auch auf gewisse Verallgemeinerungen erweitert werden könne. Der Entscheidung kann auch entnommen werden, dass die dort vom Schuldner abgegebene Unterwerfungserklärung deshalb für hinreichend erachtet worden ist, den Unterlassungsanspruch des Gläubigers voll abzudecken, weil sie aufgrund der Formulierung „in der Art und Gestaltung wie aus der Anlage des Bekl, ... ersichtlich“ eine „deutliche Verallgemeinerung“ enthielt. Im Ergebnis hat der BGH aber auch in jener Sache allein darauf abgestellt, ob die Unterwerfungserklärung dahin auszulegen ist, dass sie sich auch auf kerngleiche Verletzungshandlungen beziehe.

Dem entnimmt der Senat, dass ein Unterlassungsanspruch im Umfang einer Verallgemeinerung zwar grundsätzlich möglich ist, aber jedenfalls dann ausscheidet, wenn der Schuldner eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abgibt, deren Auslegung unmissverständlich ergibt, dass sie sich auch auf kerngleiche Verletzungshandlungen bezieht mit der Folge, dass die auch auf solche Handlungen erstreckte Vermutung der Wiederholungsgefahr beseitigt worden ist.

So liegt der Fall hier. Die Antragsgegnerin hat durch die ausdrücklich erklärte Erweiterung ihrer Unterwerfungserklärung vom 3. November 2010 sowie ihre dazu abgegebenen Erklärungen im Prozess, die zweite Unterlassungsverpflichtungserklärung umfasse auch im Kern gleichartige Verstöße, unzweifelhaft deutlich gemacht, dass ihre Erklärung uneingeschränkt alle Verletzungshandlungen umfasst, hinsichtlich derer die Vermutung der Wiederholungsgefahr begründet ist.

c) Die konkrete Verletzungshandlung lässt im Streitfall auch nicht vermuten, dass die Antragsgegnerin generell für das Präparat „Oralair“ gegenüber Laien werben werde.

Bei dem 13. Deutschen Lungentag handelte es sich zwar um eine sowohl für das Fach- als auch für das Laienpublikum geöffnete Messe. Durch die streitige Werbung ist aber nur ein auf die Messebesucher beschränkter Personenkreis angesprochen worden. Eine Vermutung für die Gefahr, dass die Antragstellerin eine solche Werbung etwa auch in der Form von Anzeigen in Publikumszeitschriften oder frei zugänglich im Internet betreibt, ist dadurch nicht begründet worden. Mangels zusätzlicher konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte besteht für derartige werbliche Maßnahmen auch keine (Erst-)Begehungsgefahr.

Daher war das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 9. März 2011 abzuändern, die einstweilige Verfügung vom 11. November 2010 aufzuheben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückzuweisen.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 3. Zivilsenats des OLG Hamburg

§§ 5, 12 UWG; §§ 253, 936, 922 ZPO

Wettbewerb; Werbung; Irreführung; Testergebnisse; angesprochene Fachkreise; Arzneimittel; Bestimmtheit des Unterlassungsantrags; Begründung der Beschlussverfügung; Streitgegenstand bei verschiedenen Irreführungsgesichtspunkten

I. Zweifel an der Bestimmtheit eines Unterlassungsantrages bestehen in der Regel nicht, wenn der Antragsteller lediglich das Verbot der Handlung, so wie sie begangen worden ist (konkrete Verletzungshandlung), begehrt.

II. Der Umstand, dass eine Beschlussverfügung ohne Begründung erlassen und ohne die Antragsschrift zugestellt worden ist, begründet für sich genommen keine Unbestimmtheit des zuerkannten Verbots. Eine Beschlussverfügung bedarf gemäß §§ 936, 922 Abs. 1 S. 2 ZPO keiner Begründung, wenn sie dem Antrag voll stattgibt. Eine Zustellung der Antragsschrift ist nicht erforderlich. Es ist vielmehr Sache des Schuldners, sich die Antragsschrift zu beschaffen, um Verstöße gegen die erlassene Verfügung zu vermeiden.

III. Wird der einheitlich gestellte Antrag, die Verwendung eines konkreten Werbemittels zu verbieten, auf verschiedene Irreführungsgesichtspunkte gestützt, liegt nur ein einziger Streitgegenstand vor, nicht jedoch liegen mehrere Streitgegenstände vor. Es ist daher nicht erforderlich, die verschiedenen geltend gemachten Irreführungsgesichtspunkte in eine Reihenfolge bzw. ein Eventualverhältnis zu bringen. Da es bereits am Vorliegen mehrerer Streitgegenstände fehlt, kommt die TÜV-Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 24. März 2011, I ZR 108/09, GRUR 2011, 1043 ff.) nicht zur Anwendung.

IV. Wird das Verbot einer konkreten Verletzungshandlung unter mehreren Gesichtspunkten als irreführend angegriffen, ohne dass geltend gemacht wird, dass über jeden der vorgebrachten Irreführungsaspekte entschieden werden sollte, ist das beantragte Verbot bereits dann zu erlassen, wenn sich einer der aufgeführten Irreführungsgesichtspunkte als begründet erweist.

V. Wird ein Produkt mit Testergebnissen beworben, nimmt der angesprochene Verkehr – mangels entgegenstehender Hinweise – in der Regel an, dass das beworbene Produkt, und nicht nur einzelne Bestandteile des Produkts, Gegenstand des Test waren.

(OLG Hamburg, Urteil vom 3. 5. 2012 – 3 U 155/11)

Zum Sachverhalt: I. Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin wegen irreführender Produktwerbung auf Unterlassung in Anspruch.

Die Parteien sind Wettbewerber im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Arzneimitteln. Beide Parteien vertreiben unter anderem Mittel zur Entfernung von Warzen. Die Produkte der Parteien sollen die Entfernung von Warzen durch vollständiges Vereisen erreichen. Sie werden vorwiegend in Apotheken zum Kauf angeboten.

Das Produkt der Antragstellerin trägt den Namen „VERRUKILL-...“ und wird zur Entfernung von gewöhnlichen sowie von Fußwarzen eingesetzt. Die Antragsgegnerin bringt die Produkte „Wartner gegen Warzen“ bzw. „Wartner gegen



Fußwarzen“ auf den Markt. Die beiden Mittel der Antragsgegnerin sind in ihrer chemischen Zusammensetzung des Vereisungssprays identisch. Ein Unterschied in der Produktausstattung besteht darin, dass dem Produkt „Wartner gegen Fußwarzen“ eine Hornhautfeile sowie zwölf sogenannte Komfortpflaster beigelegt sind.

Im Rahmen einer umfangreichen Werbekampagne veröffentlichte die Antragsgegnerin für ihre beiden Produkte eine ganzseitige Werbeanzeige in der Deutschen Ärztezeitung (Ausgabe Nr. 18/6. Mai 2010). Dabei wurden unter der drucktechnisch hervorgehobenen Überschrift „Wartner ist die 1. Wahl“ die Ergebnisse eines Verbrauchertests in einem farblich abgesetzten Kasten aufgeführt. Im unteren Seitenbereich wurden die Verpackungen der beiden Produkte der Antragsgegnerin abgebildet. Hinsichtlich der weiteren Gestaltung der Werbeanzeige wird auf die als Verbindungsanlage zur Beschlussverfügung vom 31. Mai 2010 verwendete Kopie der Werbeanzeige verwiesen.

Mit Schreiben vom 17. Mai 2010 ließ die Antragstellerin die Antragsgegnerin wegen dieser Werbung abmahnen. Dazu wurde ausgeführt, dass die Werbung mit dem Verbrauchertest irreführend sei (Anlage AS 1). Die Antragsgegnerin war jedoch nicht bereit, die verlangte Unterlassungserklärung abzugeben (Anlage AS 2).

Nachfolgend erwirkte die Antragstellerin die vorliegende Beschlussverfügung des Landgerichts Hamburg vom 31. Mai 2010, Az. 312 O 326/10, mit welcher der Antragsgegnerin bei Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten wurde,

in der Werbung für das Warzenmittel „Wartner gegen Warzen“ und „Wartner gegen Fußwarzen“, wie aus der Anlage ersichtlich zu werben und/oder werben zu lassen.

Eine Kopie der streitgegenständlichen Werbeanzeige wurde als Verbindungsanlage zur Beschlussverfügung vom 31. Mai 2010 genommen.

Mit ihrem Widerspruch vom 15. Juni 2010 wendete sich die Antragsgegnerin gegen diese Beschlussverfügung.

Zur Begründung hat sie die Ansicht vertreten, dass das Verbot nicht hinreichend bestimmt sei. Weiter hat sie ausgeführt, dass keine Irreführung vorliege. Die beworbene Spitzenstellungsbehauptung sei schon im Hinblick auf den Marktanteil der Produkte der Antragsgegnerin von rund 80% berechtigt. Die Werbung wende sich zudem an Fachkreise, die die Werbung zutreffend verstanden. Die durchgeführte Untersuchung sei darüber hinaus nicht zu beanstanden. Insbesondere seien die Anzahl der befragten Personen und die einbezogenen Produkte sowie die angewendete Methodik ausreichend (Anlagen AG 1 und AG 2).

Die Antragsgegnerin hat beantragt, die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg vom 31. Mai 2010, Az. 312 O 326/10, aufzuheben und den diesbezüglichen Antrag vom 27. Mai 2010 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin hat beantragt, den Widerspruch zurückzuweisen und die einstweilige Verfügung vom 31. Mai 2010 zu bestätigen.

Die Antragstellerin hat den Erlass der einstweiligen Verfügung unter Vertiefung und Erweiterung ihrer Antragsbegründung verteidigt.

Die Werbeanzeige sei irreführend. Zum einen seien in den genannten Verbrauchertest nicht alle maßgeblichen Wettbewerbsprodukte einbezogen worden. Zum anderen sei die Anzahl der befragten Anwender zu gering gewesen. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin nicht zwischen ihren beiden Produkten unterschieden.



Mit Urteil vom 27. Juli 2010 hat das Landgericht Hamburg die einstweilige Verfügung vom 31. Mai 2010 bestätigt.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung, die sie frist- und formgerecht eingelegt und begründet hat. Zur Begründung wiederholt und vertieft die Antragsgegnerin ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Sie vertritt – nunmehr unter Bezugnahme auf die BGH-Entscheidung vom 24. März 2011, I ZR 108/09 (TÜV I) – weiterhin die Ansicht, dass der gestellte Unterlassungsantrag nicht hinreichend bestimmt sei. Zudem habe das Landgericht den zur Entscheidung gestellten Sachverhalt vollständig verkannt.

Es sei außerdem nicht erforderlich gewesen, den befragten Verbrauchern auch die Hornhautfeile und die Komfortpflaster, welche dem Produkt „Wartner gegen Fußwarzen“ beigelegt würden, vorzulegen. Denn bei dem Verbrauchertest sei es ausschließlich um das Handling des Produkts „Wartner“ im Vergleich zum Produkt „VERRUKILL“ gegangen. Dazu hätten die Verbraucher eine Orange bekommen, an der die Vereisung mit dem jeweiligen Vereisungsspray habe durchgeführt werden können. Nur insoweit sei nachfolgend eine Bewertung durch die Testpersonen erfolgt (Anlage BK 1).

Die Antragsgegnerin beantragt, das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27. Juli 2010, Az. 312 O 326/10, abzuändern, die einstweilige Verfügung vom 31. Mai 2010 aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil sowie die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 29. März 2012 Bezug genommen.

Aus den Gründen: II. Die Berufung der Antragsgegnerin ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der geltend gemachte *Unterlassungsanspruch* ist gemäß §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 8 Abs. 1 UWG begründet.

a) Der Antragsgegnerin ist verboten worden, für die Warzenmittel „Wartner gegen Warzen“ und „Wartner gegen Fußwarzen“ mit der Werbeanzeige, die in der Deutschen Ärztezeitung vom 6. Mai 2010 veröffentlicht worden ist, zu werben bzw. werben zu lassen.

Der gestellte Unterlassungsantrag – und damit auch das Verbot – sind hinreichend bestimmt.

Die Antragstellerin hat die konkrete Verletzungsform, d.h. die Zeitungsanzeige, zum Gegenstand ihres Unterlassungsantrages gemacht. Die Bestimmtheit eines Unterlassungsantrages ist in der Regel unproblematisch, wenn – wie hier – der Antragsteller lediglich das Verbot der Handlung begehrt, so wie sie begangen worden ist (BGH GRUR 2001, 453, 454 – TCM-Zentrum m.w.N.; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Auflage 2011, § 51 Rn. 4). Eine gewisse Abstraktion von der konkreten Verletzungshandlung ist insoweit erfolgt, als nicht nur ein „werben“, sondern auch ein „werben lassen“ verboten werden soll.

Soweit die Antragsgegnerin hiergegen eine Entscheidung des LG Karlsruhe (NJWE-WettbR 1999, 2008) anführt, wonach eine solche Antragsfassung nicht hinreichend bestimmt sei, vermag der Senat dem nicht zu folgen. In der nachfol-

genden Rechtsmittelentscheidung des OLG Karlsruhe vom 22. September 1999, Az. 6 U 71/99, [...], wird zutreffend ausgeführt, dass die auf die konkrete Verletzungsform bezogene Antragsfassung nicht zu beanstanden ist.

Auch aus dem Umstand, dass die Beschlussverfügung vom 31. Mai 2010 ohne Begründung erlassen und ohne die Antragschrift zugestellt worden ist, ergibt sich keine Unbestimmtheit des geltend gemachten Unterlassungsantrages. Die Beschlussverfügung bedarf gemäß §§ 936, 922 Abs. 1 S. 2 ZPO keiner Begründung, wenn sie dem Antrag – wie hier – voll stattgibt (Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Auflage, 2011, § 12 Rn. 3. 23; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Auflage, 2011, § 55 Rn. 5). Eine Zustellung der Antragschrift ist nicht erforderlich. Es ist vielmehr Sache des Schuldners, sich die Antragschrift zu beschaffen, um Verstöße gegen die erlassene Verfügung zu vermeiden.

b) Der Antragsgegnerin kann auch nicht darin gefolgt werden, dass nicht hinreichend deutlich sei, worin der *Streitgegenstand* liege. Der Antragsgegnerin ist zuzugestehen, dass die Antragstellerin sich diesbezüglich – sowohl vorgerichtlich (Anlage AS 1), als auch im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens – recht knapp geäußert hat.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH wird der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH GRUR 2003, 716 – Reinigungsarbeiten; BGH GRUR 2011, 521 – TÜV I). Für die Frage, worauf das Verbot gerichtet ist, und wie weit der Titel reicht, ist hier mithin maßgeblich auf den Verfügungsantrag vom 27. Mai 2010 abzustellen.

Mit dem Verfügungsantrag hat die Antragstellerin ausdrücklich die Werbung mit der Anzeige in der Deutschen Ärztezeitung vom 6. Mai 2010, Nr. 18, angegriffen. Sie hat zur Begründung ausgeführt, dass die Anzeige zu einer Irreführung über die Qualität der Produkte führe. Der Slogan „Wartner ist die 1. Wahl“ werde damit begründet, dass das Produkt der Antragsgegnerin hinsichtlich der Eigenschaften „anwenderfreundlich, ... sicher, ... dicht, ... qualitativ hochwertig ... und insgesamt „Gut“ bis „Sehr gut“ am besten abgeschnitten habe. Zum Beleg für dieses gute Abschneiden werde ein „Aktueller Verbrauchertest“ genannt.

Diese Werbung suggeriere, dass die Produkte der Antragsgegnerin die 1. Wahl unter allen Warzenentfernungsmitteln seien. Dies sei unzutreffend, denn jedenfalls auf dem Markt der Warzenentfernungsmittel zur Selbstmedikation sei u. a. noch das Produkt „Scholl Freeze“ vertreten, welches in dem Verbrauchertest nicht berücksichtigt worden sei. Zudem habe die Antragsgegnerin auch nicht zwischen den beiden von ihr vertriebenen und in der Anzeige abgebildeten Produkten differenziert. Da weitere Produkte am Markt verfügbar seien, könne ein solcher Vergleichstest mit nur einem einzigen Produkt die Aussage „Wartner ist die 1. Wahl!“ unter Hinweis auf die einzelnen Qualitätsmerkmale nicht belegen. Die Verbraucher würden hier über die Qualität der Produkte massiv irreführt.

Der als Beleg genannte „Verbrauchertest“ sei ungeeignet, die Werbebehauptung zu stützen. In dem Test sei nicht zwischen den Produkten „Wartner gegen Warzen“ und „Wartner gegen Fußwarzen“ unterschieden worden. Die Zahl von 100 Befragten sei bei zwei unterschiedlichen Produkten nicht repräsentativ. Zudem hätten die Befragten nur mit „ja“ oder „nein“, nicht jedoch mit „weiß nicht“ antworten können. Außerdem sei nur eines von (mindestens) zwei Wettbewerbsprodukten berücksichtigt worden. Da dieses Produkt nicht namentlich benannt worden sei, könne eine Bewertung der Befragung nicht vorgenommen werden.

Also hat die Antragstellerin zur Anspruchsbegründung maßgeblich darauf abgestellt, dass der zum Beleg herangezogenen „Verbrauchertest“ nicht geeignet gewesen sei, die Spitzenstellungsberühmung „Wartner ist die 1. Wahl!“ zu belegen, und zwar weil

- nur eines von mehreren Konkurrenzprodukten zum Vergleich untersucht worden ist,
- nicht zwischen den beiden Produkten der Antragsgegnerin unterschieden worden ist,
- die Zahl von 100 Befragten zu gering ist und die vorgegebenen Antwortkategorien methodisch unzureichend waren.

c) Im Streitfall liegt – entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin – *nur ein* Streitgegenstand vor.

Die Antragstellerin hat den von ihr geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf eine konkrete Verletzungshandlung der Antragsgegnerin, nämlich die in der Deutschen Ärztezeitung vom 6. Mai 2010, Nr. 18, geschaltete Werbeanzeige, gestützt. Nach ihrer Ansicht ist diese Anzeige – wie vorstehend aufgezeigt – allerdings in mehrfacher Hinsicht zur Irreführung der Adressaten geeignet.

Auch wenn die Antragstellerin die Werbeanzeige unter mehreren unterschiedlichen tatsächlichen Gesichtspunkten als irreführend beanstandet hat, hat sie damit nicht mehrere Streitgegenstände in den Rechtsstreit eingeführt. Die Antragstellerin hat ihr Unterlassungsbegehren auf eine konkrete Verletzungshandlung, nämlich die Werbeanzeige, gestützt. Auf diese Weise hat sie nur einen einzigen Lebenssachverhalt zur Begründung ihres Unterlassungsbegehrens vorgetragen und damit auch nur einen Streitgegenstand in den Rechtsstreit eingeführt. Dass der vorgetragene Lebenssachverhalt zugleich die Voraussetzungen mehrerer Rechtsverstöße erfüllt, ist für die Frage, ob nur ein Streitgegenstand vorliegt oder mehrere Streitgegenstände gegeben sind, nicht maßgeblich, da die rechtliche Würdigung der beanstandeten konkreten Verletzungshandlung Sache des Gerichts ist (BGH GRUR 2012, 184, 185 Rn. 15 – Branchenbuch Berg [= GuT 2011, 561 KL]; BGH GRUR 2006, 164 Rn. 17 – Aktivierungskosten II).

Der Antrag auf das Verbot eines konkreten Werbemittels unter mehreren verschiedenen Irreführungsgesichtspunkten betrifft mithin einen einheitlichen Streitgegenstand und begründet nicht mehrere verschiedene Streitgegenstände. Die Antragstellerin musste daher die verschiedenen geltend gemachten Irreführungstatbestände nicht in eine Reihenfolge bzw. ein Eventualverhältnis bringen. Die von der Antragsgegnerin angeführte TÜV-Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 24. März 2011, I ZR 108/09, Anlage BK 2) kommt hier nicht zur Anwendung, weil es bereits am Vorliegen mehrerer Streitgegenstände fehlt.

Der Umstand, dass die Antragstellerin die konkrete Verletzungshandlung unter mehreren Gesichtspunkten als irreführend angegriffen hat, ohne geltend zu machen, dass über jeden der vorgebrachten Irreführungsaspekte entschieden werden soll, führt dazu, dass das beantragte Verbot bereits dann zu erlassen ist, wenn sich einer der aufgeführten Irreführungsgesichtspunkte als begründet erweist.

d) Hinsichtlich des so verstandenen Streitgegenstandes liegt eine *Irreführung* der angesprochenen Empfängerkreise vor. Die Angabe „Wartner ist die 1. Wahl!“, welche unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den „Verbrauchertest“ und seine Ergebnisse erfolgt, ist irreführend.

Zwar hat die Antragstellerin hinsichtlich der *angesprochenen Empfängerkreise* von „Verbrauchern“ gesprochen. Das Landgericht hat jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich insoweit offensichtlich um eine „Falschbezeichnung“ seitens der Antragstellerin handelt. Die Werbeanzeige ist in der Deutschen Ärztezeitung



veröffentlicht worden, richtet sich mithin an Fachkreise, nämlich Ärzte und Apotheker. Eben diese Werbung war auch Gegenstand des geltend gemachten Verbots.

Die Angabe „Wartner ist die 1. Wahl!“ ist nicht schon deshalb zutreffend, weil die beworbenen Wartner-Produkte die *umsatzstärksten Mittel* am Markt sind. Mit dem erzielten Umsatz oder den verkauften Packungen wird die Angabe „Wartner ist die 1. Wahl!“ im Rahmen der Werbeanzeige nämlich nicht begründet. Dieser Umstand kann daher auch nicht das Verständnis der Angabe in ihrem konkreten Umfeld bestimmen.

Vielmehr wird die behauptete Spitzenstellung allein mit den Ergebnissen eines „aktuellen Verbrauchertests“ begründet. Das ergibt sich aus der räumlichen Nähe zwischen der Angabe „Wartner ist die 1. Wahl!“ und den unmittelbar darunter befindlichen Angaben zu den Ergebnissen des Verbrauchertests. Die angesprochenen Fachkreise, d.h. Ärzte und Apotheker, verstehen die Angabe „Wartner ist die 1. Wahl!“ deshalb dahin, dass mit den Ergebnissen des „Verbrauchertests“ belegt sei, dass die beiden in der Anzeige abgebildeten Produkte „Wartner gegen Warzen“ und „Wartner gegen Fußwarzen“ mit Abstand am besten abgeschnitten hätten, und zwar hinsichtlich der Aspekte „anwenderfreundlich, ... sicher, ... dicht, ... qualitativ hochwertig,“ sowie insgesamt „Gut“ bis „Sehr gut“.

Damit liegt jedoch eine Irreführung der angesprochenen Fachkreise vor. Das Landgericht hat bereits zutreffend ausgeführt, dass eine Irreführung schon deshalb vorliegt, weil die Antragsgegnerin in der Werbung nicht zwischen ihren beiden Produkten differenziert hat. Mit der Werbeanzeige werden beide Wartner-Produkte einheitlich und vollumfänglich mit den guten Testergebnissen beworben. Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin ist jedoch allein das in beiden Produkten enthaltene Vereisungsspray getestet worden. Die Verwendung der Hornhautfeile und der Komfortpflaster ist hingegen nicht untersucht worden. Eine Einschränkung dahin, dass das Produkt „Wartner gegen Fußwarzen“ nur hinsichtlich des Vereisungssprays, nicht jedoch hinsichtlich der weiteren Produktbestandteile, d.h. Hornhautfeile und Komfortpflaster, getestet worden ist, findet sich nicht. Daher gewinnen die angesprochenen Fachkreise mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den Eindruck, dass beide Produkte vollen Umfangs getestet, und dass dabei die aufgeführten guten Ergebnisse erzielt worden sind. Dieser Eindruck ist jedoch falsch.

Das Landgericht hat daher zu Recht eine Irreführung angenommen. Mit der Verurteilung bewegt sich das Landgericht zudem – wie vorstehend ausgeführt – innerhalb des Streitgegenstandes, den die Antragsgegnerin zur Entscheidung vorgelegt hat. Ein Verstoß gegen § 308 ZPO liegt daher nicht vor.

Offen gelassen hat das Landgericht, ob die Werbeanzeige auch deshalb irreführend ist, weil das weitere Konkurrenzprodukt „Scholl Freeze“ nicht getestet worden ist, weil die Zahl von 100 Befragten zu gering erscheint, und weil die vorgegebenen Antwortkategorien unzureichend waren. Das Landgericht war auch nicht verpflichtet, über diese weiter vorgebrachten Irreführungsaspekte zu entscheiden, denn bereits das Vorliegen der vorgenannten Irreführung rechtfertigt das beantragte Verbot der konkreten Verletzungsform.

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

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 3. Zivilsenats des OLG Hamburg

§§ 5a, 3 GmbHG; § 18 HGB**Unternehmergesellschaft; Unterscheidungskraft der Firma; Individualisierung des Geschäftsgegenstands; Satzungsregelung zu den Gründungskosten**

1. Zur Unterscheidungskraft gemäß § 18 HGB einer Unternehmergesellschaft i.S.d. § 5a GmbHG.

2. Zur Individualisierung des Geschäftsgegenstandes gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.

3. Die Gründungskosten der Gesellschaft richten sich nach der Gründungssatzung, nicht aber nach der Gründungsverhandlung.

4. Im Interesse des Gläubigerschutzes müssen die Angaben zu den von der Gesellschaft zu tragenden Gründungskosten in der Gründungssatzung so konkret sein, dass ein Dritter allein aus der Satzungsformulierung erkennen kann, ob bestimmte Kosten von der Gesellschaft erstattet werden.

(KG, Beschluss vom 28. 2. 2012 – 25 W 88/11)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligte meldete durch den Notar T. am 16. Februar 2011 die Beteiligte zur Eintragung in das Handelsregister an. Mit Zwischenverfügung vom 09. März 2011 gab das Registergericht der Beteiligten auf, insgesamt sieben Mängel zu beseitigen. Nachdem die Beteiligte in Erfüllung der entsprechenden Auflagen diverse Unterlagen nachgereicht hatte, hielt das Amtsgericht nur noch an drei Rügen fest. Die Firma sei rein beschreibend und habe daher keinerlei Unterscheidungskraft. Der unklare Geschäftsgegenstand, der nach Angaben der Beteiligten einen Schreibfehler darstelle, sei in dem dafür vorgesehenen Verfahren zu berichtigen. Ein Hinweis in der Anmeldung reiche nicht aus. Zudem widerspreche die Regelung hinsichtlich der Gründungskosten in der Gründungsverhandlung der Regelung des Gesellschaftsvertrages, was durch einen Gesellschafterbeschluss erfolgen müsse. Nachdem der mit weiterer Zwischenverfügung vom 03. Juni 2011 der Beteiligten aufgezeigte Mangel beseitigt worden war, wies das Amtsgericht Charlottenburg mit Beschluss vom 26. September 2011 den Eintragungsantrag vom 16. Februar 2011 zurück.

Gegen diesen ihr am 27. September 2011 zugestellten Beschluss legte die Beteiligte mit Schreiben vom 30. September 2011 Beschwerde ein. Sie macht geltend, den Firmennamen nunmehr geändert zu haben.

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen: B. Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

I) Die Beschwerde ist zwar zulässig. Sie ist gemäß §§ 63, 64 FamFG form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Die Beteiligte besitzt auch die notwendige Beschwerdeberechtigung i.S.d. § 59 FamFG.

II) Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

1. Dies ist bereits wegen fehlender Unterscheidungskraft des vorgesehenen Firmennamens der Fall.

Der Firmenname auch einer Unternehmergesellschaft i.S.d. § 5a GmbHG muss gemäß § 18 HGB eine solche Unterscheidungskraft besitzen (vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 4 Rn. 6). Diese ist zweifelhaft bei einer bloßen Branchen- oder Gattungsbezeichnung für Waren oder Dienstleistungen (Baumbach/Hueck, a. a. O., § 4 Rn. 6b), da eine solche auf eine unbestimmte Vielzahl anderer Unternehmen derselben Branche zutrifft (Baumbach/Hueck, a. a. O.).



Das Registergericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass dies bei der hier gewählten Firma „G UG“ nicht der Fall ist. Bei beiden Begriffen handelt es sich um allgemeine Bezeichnungen für das Tätigkeitsfeld vieler Firmen, ohne dass ihnen Unterscheidungskraft zukäme.

Zwar hat die Beteiligte mitgeteilt, dass der Firmenname nunmehr „A P UG“, abgekürzt „A UG“ lauten solle. Die Firma der Gesellschaft kann vor der – hier noch nicht erfolgten – Eintragung in das Handelsregister nur durch einvernehmliche Änderung des Gesellschaftsvertrages, die der notariellen Form bedarf, geändert werden (Baumbach/Hueck, a. a.O., § 4 Rn. 25). Diesem Erfordernis hat die Beteiligte aber nicht entsprochen, so dass der vom Registergericht zu Recht gerügte Mangel fortbesteht.

2. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG muss der Gesellschaftsvertrag den Gegenstand des Unternehmens enthalten. Dessen Angabe muss für Dritte informativ, also entsprechend individualisiert sein (BGH DB 1981, 466; Baumbach/Hueck, a. a.O., § 3 Rn. 8).

Das ist bei der Angabe „Handel mit Baubedarf“ – entgegen der Ansicht des Registergerichts – noch der Fall, da sie einem unvoreingenommenen Dritten noch eine relativ konkrete Vorstellung über die damit gemeinten Gegenstände, wie Steine, Zement, Fliesen usw., vermittelt.

Dies trifft aber bei der zu Recht vom Amtsgericht Charlottenburg gerügten Angabe „Handel mit Architektur“ nicht zu. Es bleibt nämlich völlig unklar, was damit gemeint ist. Nicht deutlich wird, ob etwa Architektenentwürfe, schon errichtete Häuser oder etwas Anderes darunter zu verstehen ist. Den Anforderungen des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG ist damit nicht genügt.

3. Soweit das Registergericht ferner beanstandet, dass die Regelung der Gründungskosten der Gesellschaft in der Gründungsverhandlung der entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag widerspricht, greift dieses Bedenken so nicht durch. Maßgebend ist die Satzung. Nur sie schafft objektives Recht auch gegenüber Dritten, wie z. B. Gläubigern oder künftigen Gesellschaftern (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 2 Rn. 13). Sie ist daher aus sich selbst heraus auszulegen. Unbeachtlich ist dabei die Entstehungsgeschichte der Satzung, ihre Entwürfe etc., soweit es sich nicht ausnahmsweise um gesellschaftsinterne Probleme der Gründungsgesellschafter handelt (Lutter/Hommelhoff/Bayer a. a.O.).

Allerdings ist die Satzungsregelung zu den Gründungskosten unter Punkt VIII. in der vorliegenden Form wegen Verstoßes gegen § 26 Abs. 2 AktG analog unwirksam. Zwar enthält das GmbHG keine dem § 26 AktG entsprechende Regelung. Allerdings gilt die Notwendigkeit, bestimmte für Gesellschaftsgläubiger gefährliche Belastungen des Gesellschaftsvermögens im Gründungsstadium im Gesellschaftsvertrag offenzulegen und hierdurch zu begrenzen, auch im GmbH-Recht (vgl. BGHZ 107, 1, zitiert nach juris, Rn. 13; Baumbach/Hueck, a. a.O., § 5 Rn. 57).

Soweit die Satzung über den Gründungsaufwand nichts aussagt, sind deshalb entsprechend § 26 Abs. 2 AktG im Verhältnis zur GmbH die Gründer dessen alleinige Schuldner mit der Folge, dass sie im Außenverhältnis für Rechnung der GmbH zu leisten und dieser zu erstatten haben, was sie an Gründungsaufwand aufgebracht hat (BGH a. a.O.). Nach § 26 Abs. 2 AktG ist in der Satzung der Gesamtaufwand offenzulegen, den die Gesellschaft zu Lasten ihres Nominalkapitals zu tragen hat. Zur Kennzeichnung des Gesamtaufwands reicht es nicht aus, dass die Kosten, aus denen er sich zusammensetzt, ihrer Art nach im einzelnen



namentlich genannt werden. Vielmehr sind die einzelnen Kosten zusammengefasst als Gesamtbetrag in der Satzung auszuweisen, wobei Beträge, die noch nicht genau beziffert werden können, geschätzt werden müssen (BGH a. a.O., Rn. 14).

Aufgabe der Gründer und nicht außenstehender Dritter ist es, die Kosten zu errechnen und zu einem Gesamtbetrag zusammenzufassen; der interessierte Dritte muss sich durch einen Blick in die Satzung über die Vorbelastungen unterrichten können, ohne erst Berechnungen anstellen zu müssen (BGH a. a.O., Rn. 14).

Diesen Anforderungen hat die Gesellschaft jedoch nicht entsprochen. Hier ist im Gesellschaftsvertrag unter VIII. bestimmt, dass die Gründungskosten in Höhe von 1500 € von der Gesellschaft übernommen werden, alle weiteren Kosten aber vom Gesellschafter-Geschäftsführer getragen werden. Diese Regelung erfüllt nicht die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Kostenregelung.

Im Interesse des Gläubigerschutzes müssen die Angaben zu den von der Gesellschaft zu tragenden Gründungskosten in der Satzung so konkret sein, dass der interessierte Dritte ohne weitere Berechnungen allein aus der Satzungsformulierung erkennen kann, ob bestimmte Kosten von der Gesellschaft erstattet werden oder nicht (LG Essen GmbHR 2003, 471, zitiert nach juris, Rn. 13). Aus diesem Grunde reicht es nicht aus, wenn die Gesellschaftssatzung Kostenpositionen lediglich durch einen Oberbegriff zusammenfassend umschreibt (LG Essen a. a.O., Rn. 13). Die erstattungsfähigen Einzelkosten müssen vielmehr nach ihrer Art namentlich benannt werden (LG Essen a. a.O., Rn. 13).

Das ist hier aber gerade nicht der Fall. Die von der Beschwerdeführerin gewählte vertragliche Formulierung *Gründungskosten in Höhe von € 1500,-* ist unklar. Sie macht zwar deutlich, dass die Kosten des Vertrages erstattet werden. Sie lässt aber nicht erkennen, was zu den Gründungskosten gezahlt wird. Dies war ursprünglich im Gründungsprotokoll anders vorgesehen. Dort wurde bestimmt, dass die Gesellschaft die mit der Gründung verbundenen Kosten der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, der Anmeldung der Gesellschaft beim und ihrer Eintragung in das Handelsregister sowie der Bekanntmachung bis zum Gesamtbetrag von € 300,- trägt. Dies wurde aber nicht Gegenstand des Gesellschaftsvertrages. Maßgebend ist aber der Inhalt der Satzung (s.o.). Insbesondere bedürfen die Gründungskosten noch einer besonderen Überprüfung durch die Gesellschafter, nachdem sie im Gründungsprotokoll von Gesamtkosten für konkrete Gründungsmaßnahmen ausgingen, die nur 20% des in der Satzung geregelten Gründungskostenbetrages ausmacht.

Nach alledem war die Beschwerde zurückzuweisen.

C. Die Wertfestsetzung folgt aus §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 2 KostO.

Mitgeteilt von RiKG Dr. Sdorra, Berlin

§ 22 GBO

Grundbuch; Eigentumsumschreibung; Gesamtrechtsnachfolge nach einer Grundstücksgesellschaft OHG / KG; Unrichtigkeitsnachweis

Der Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) kann im Fall der Gesamtrechtsnachfolge durch Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile einer KG auf einen einzigen Erwerber durch Vorlage der notariell beglaubigten Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und des Erlöschens der Firma durch alle Gesellschafter, aus denen sich die zugrundeliegende Rechtsänderung ergibt, geführt werden.

(KG, Beschluss vom 21.8.2012 – 1 W 175-176/12)



Zum Sachverhalt: Mit notariell beglaubigtem Grundbuchberichtigungsantrag beantragte die Beteiligte, das Eigentum an den im Grundbuch von Mitte Blätter 2n und 4n eingetragenen Grundstücken auf sich umzuschreiben. Durch Übertragungs- und Abtretungsvertrag vom 14.1.2011 haben alle Gesellschafter der früheren Eigentümerin, der D. AG & Co Grundstücksgesellschaft, zeitgleich ihre Beteiligungen in die personengleiche D. AG & Co Grundstücksgesellschaft KG eingebracht, in deren Hand sich die Beteiligungen vereinigt haben. Die D. AG & Co Grundstücksgesellschaft wurde damit aufgelöst und das Erlöschen der Firma am 23.3.2011 im Handelsregister des Amtsgerichts Wiesbaden – HRA 8n – eingetragen.

Mit Beschluss vom 9.5.2012 hat das Amtsgericht Mitte den Berichtigungsantrag zurückgewiesen, da aus den eingereichten Berichtigungsunterlagen nicht ersichtlich sei, dass es sich um einen kraft Gesetzes außerhalb des Grundbuches eingetretenen Rechtsübergang (nach dem Umwandlungsgesetz) handelt oder ein Wechsel der Rechtsform stattgefunden hat. Es sei daher eine Auflassung erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 18.5.2012, mit der geltend gemacht wird, mit der Abtretung sämtlicher Gesellschaftsanteile an einen einzigen Erwerber werde dieser alleiniger Rechtsträger; die (übertragende) Gesellschaft sei damit erloschen.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Beschwerde, §§ 71 ff. GBO, ist in der Sache begründet.

Für die Umschreibung einer im Grundbuch eingetragenen Eigentümerstellung bedarf es grundsätzlich einer Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO), mithin des eingetragenen Eigentümers, oder eines Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 GBO). Vorliegend hat die Antragstellerin als neue Eigentümerin ihren Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs ausdrücklich auf § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO gestützt. Hierfür bedarf es der Bewilligung nach § 19 GBO nicht, wenn die Unrichtigkeit, also die Nichtübereinstimmung des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage (§ 894 BGB), in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird. An diesen Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen, weil er eine Grundbucheintragung ohne Bewilligung des Betroffenen ermöglicht und sichergestellt sein muss, dass am Verfahren nicht Beteiligte nicht geschädigt werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Auflage, Rn. 369).

Die Beteiligte hat hier eine Grundbuchunrichtigkeit nachgewiesen. Die Gesellschafter einer OHG / KG können alle ihre Geschäftsanteile auf einen einzigen Erwerber mit der Wirkung übertragen, dass der Erwerber als Gesamtrechtsnachfolger Inhaber der bisher zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte wird; gehörten zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke – wie im vorliegenden Fall –, so liegt eine Grundbuchunrichtigkeit vor (vgl. Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., Rdn. 46 zu § 22 m.w.N.; allgemein Ropohl/Freck, Die Anwachsung als rechtliches und steuerliches Gestaltungsinstrument, GmbHR 2009, 1076 ff.).

Bei der Abtretung aller Gesellschaftsanteile an einen einzigen Erwerber wird dieser ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Übernehmer des Gesellschaftsvermögens, wobei die übertragende Gesellschaft erlischt (BGHZ 71, 296, 300; zur Übertragung der Geschäftsanteile einer KG OLG Düsseldorf, Rpfleger 1979, 167). Die vom Grundbuchamt geforderte Auflassung im Falle der Übertragung des Vermögens von einer KG auf eine personengleiche KG ist tatsächlich unmöglich, da die übertragende KG in diesem Fall erlischt (BGH a. a. O.).



Der Nachweis kann durch Vorlage der notariell beglaubigten Anmeldungen der Auflösung der Gesellschaft und des Erlöschens der Firma durch alle Gesellschafter, aus denen sich die zugrundeliegende Rechtsänderung ergibt, geführt werden (Schaub in Bauer/von Oefele, GBO, 2.Aufl., Rdn. 27; Heymann/Emmerich, HGB, 2.Aufl., Rdn. 27 zu § 142 HGB a.F. m.w.N.; in diesem Sinne auch BayObLG, Beschluss vom 26. 03. 1993, 2Z BR 91/92, zitiert nach juris; in der meist zitierten Veröffentlichung in Rpfleger 1993, 495 fehlt die maßgebliche Passage).

Unschädlich ist, dass sich aus dem Handelsregister selbst nicht ergibt, dass das Vermögen durch Gesamtrechtsnachfolge auf die Beteiligte übergegangen ist, denn dieser Umstand ist aus dem Antrag auf Handelsregistereintragung, der die zu Grunde liegenden Vorgänge darstellt, und dem vorgelegten Handelsregisterauszug eindeutig zu entnehmen. Die Auflösung der D. AG & Co Grundstücksgesellschaft und deren Erlöschen ist durch den Handelsregisterauszug bzw. eine Notarbescheinigung entsprechend § 32 Abs. 2 GBO i.V.m. § 21 BNotO belegt (vgl. für den Fall des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters einer KG und den Nachweis durch Handelsregistereintragungen OLG Dresden, Beschluss vom 27. 9. 2010, 17 W 956/10, zitiert nach juris).

Auch wenn der Umstand der Gesamtrechtsnachfolge durch die D. AG & Co Grundstücksgesellschaft nicht unmittelbar an der gesteigerten Beweiskraft des Handelsregisters im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 GBO teil hat, haben die zuständigen Grundbuchorgane (Grundbuchrechtspfleger und Beschwerderichter) die entsprechende rechtliche Würdigung an Hand des vorgelegten notariell beglaubigten Handelsregisterantrages, der beglaubigten Abschrift des Übertragungs- und Abtretungsvertrages und des Handelsregisterauszuges vorzunehmen (so zutreffend OLG Dresden, a. a. O., in dem dort entschiedenen Fall). Danach bestehen an dem Rechtsübergang im vorliegenden Fall keine Zweifel mehr.

Für die erfolgreiche Beschwerde fallen keine Gerichtskosten an. Da eine Kostenerstattung ausscheidet, muss für das Beschwerdeverfahren auch kein Geschäftswert festgesetzt werden.

Mitgeteilt von VRiKG B. Becker, Berlin

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. plainText KG Büro für Unternehmenskommunikation, 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.