
Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Aus dem Inhalt

Dominik Mardorf

Die Einführung des elektronischen
Rechtsverkehrs in Registersachen

Maike Hupfeld und Thomas Bick

Two Nations, One Justice:
Deutsch-Amerikanisches Richterseminar
am National Judicial College, Reno
– ein Tagungs- und Erfahrungsbericht

Dezember 2006

C 6117 E

Inhalt

I. Aufsätze

Dominik Mardorf	Die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in Registersachen	413
Maiko Hupfeld und Thomas Blick	Two Nations, One Justice: Deutsch-Amerikanisches Richterseminar am National Judicial College, Reno – ein Tagungs- und Erfahrungsbericht	417

II. Amtliche Veröffentlichungen

AV d. MJAE v. 9. November 2006 – II 172/1440 – 18 b SH –	Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Familiensachen	421
Bek. d. Präs. d. SchIHLSG v. 15. November 2006 – 3712 E – 08/06 –	Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln in der Sozialgerichtsbarkeit	421
Bek d. MJAE v. 3. November 2006 – II 164/5413 E – 501 –	Ungültigkeitserklärung des Amtssiegels eines Notars	421
Bek d. MJAE v. 10. November 2006 – II 164/5413 E – 502 –	Ungültigkeitserklärung des Amtssiegels eines Notars	421

III. Personalnachrichten

421

IV. Ausschreibungen

424

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG	21. 12. 2004	4 U 113/05	Schuldnerverzug bei Erfüllung einer vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung	424
AG Lübeck	29. 9. 2006	24 C 1853/06	Haftung eines Anwaltsmediators	426
SchIHOLG	30. 3. 2006	5 U 122/05	Ausschluss des Einwands mangelnder Prüffähigkeit einer Schlussrechnung im Rückforderungsprozess des Bürgen nach Zahlung auf erstes Anfordern	427
SchIHOLG	11. 4. 2005	4 U 20/05	Kündigungsfolgeschaden wegen Nichterfüllung einer „harten“ Patronatserklärung	429
LG Kiel	27. 4. 2006	1 S 263/05	Unwirksamkeit einer Quotenabgeltungsklausel in Wohnraummietvertrag	430
SchIHOLG	30. 3. 2006	13 WF 41/06	Fehlende Erwidern des Beklagten auf das PKH-Gesuch des Klägers	435
SchIHOLG	19. 6. 2006	1 U 124/05	Notwendige Prozesskostenhilfe vor Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO	435

Fortsetzung 3. Umschlagseite

Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Terminankündigung

Bettina Röhl

liest aus „So macht Kommunismus Spaß!“
Einführung: Rechtsanwalt Kurt Groenewold

Donnerstag, den 25. Januar 2007, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2 – Foyer vor dem Plenarsaal –

Bettina Röhl ist die Tochter von Ulrike Meinhof, der früheren Kolumnistin der Zeitschrift „konkret“ und späteren RAF-Angehörigen, sowie dem „konkret“-Verleger Klaus Rainer Röhl. Geboren 1962, sollte sie nach der Trennung ihrer Eltern im Mai 1970 von Freunden Ulrike Meinhofs nach Jordanien verschleppt werden. Der heutige „Spiegel“-Chefredakteur Stefan Aust befreite sie und brachte sie nach Hamburg zu ihrem Vater zurück, wo sie bürgerlich aufwuchs. Nach Studium der Geschichte und Germanistik arbeitet sie seit 1986 als Journalistin für „Tempo“, „Männer-Vogue“ und Spiegel-TV, derzeit vor allem für den liberal-konservativen „Cicero“.

Bettina Röhl erzählt in ihrem neuen Buch aus dem Leben ihrer Eltern, die sich 1958 bei den Aktionen „Kampf dem Atomtod“ kennen lernten und fortan bei „konkret“ zusammen arbeiteten. Entstanden ist eine Familiengeschichte, aber auch ein spannendes und faktenreiches Gesellschaftsportrait der fünfziger und sechziger Jahre.

Kurt Groenewold ist ein bekannter Hamburger Rechtsanwalt und war Strafverteidiger in RAF-Prozessen.

Kostenbeitrag: 12 Euro (Schüler und Studenten: 5 Euro) nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

Kartenreservierung: telefonisch ab Montag, 15. Januar 2007, unter Tel.: 0 46 21 / 86-1425 (montags bis donnerstags, 14.00–16.00 Uhr).

Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:

19. Febr. 2007: Lesung Ruth Herz (bekannt aus „Das Jugendgericht“, RTL)

19. April 2007: Lesung Klaus Fussmann (mit Michael Grosse und Heinz Spielmann)

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V. –

Die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in Registersachen

Dominik Mardorf, Richter am Amtsgericht, Itzehoe/Kiel*

Zum 1.1.2007 bahnt sich in der deutschen Justiz eine kleine Revolution an. Erstmals können ab diesem Zeitpunkt in einer Verfahrensart, nämlich in *Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregistersachen*, Anträge auf Eintragung in die genannten Register grundsätzlich nur noch elektronisch gestellt und Unterlagen grundsätzlich nur noch elektronisch eingereicht werden. Diese Revolution soll in zwei Schritten beleuchtet werden: zum einen werden Hintergrund sowie die maßgeblichen Rechtsvorschriften beschrieben, zum anderen werden praktische Hinweise für die elektronischen Einreichungen gegeben.

I. Ausgangspunkt SLIM-IV Richtlinie der EG:

Ausgangspunkt dieser Revolution ist die sog. SLIM¹-IV-Richtlinie der EG (Richtlinie 2003/58/G) vom 15.7.2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151 EWG. Durch diese Richtlinie, die bis zum 31.12.2006 umzusetzen ist, wird im wesentlichen bestimmt, dass eine einheitliche Akte mit allen offenlegungspflichtigen Unterlagen zu schaffen ist, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, diese offenlegungspflichtigen Unterlagen elektronisch zu beaufkufen, und dass die Möglichkeit zur elektronischen Einreichung von offenlegungspflichtigen Unterlagen bestehen muss, jedoch die Mitgliedstaaten die Einreichung der offenlegungspflichtigen Unterlagen auch verpflichtend vorschreiben können. Diese Richtlinie hat enorme Auswirkungen auf die Registerführung bei den Amtsgerichten in Deutschland, da dort zur Zeit die meisten der offenlegungspflichtigen Unterlagen zu einem Unternehmen, zu denen z.B. Bilanzen, Gesellschafterlisten, Gesellschaftsverträge, aber auch aktienrechtliche ad-hoc-Mitteilungen gehören können, einzureichen sind.

II. Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)

In Deutschland wird diese Richtlinie durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 10.11.2006 (BGBl. I S. 2553) umgesetzt.² Die wichtigsten Änderungen, die das Handelsregisterrecht³ durch dieses Gesetz erfährt, sollen im Folgenden kurz dargestellt werden:

* Der Autor ist zur Zeit ins Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein abgeordnet (MJAE) und dort der für die Registerautomation zuständige Projektleiter. Der Artikel gibt ausschließlich seine private Meinung und nicht die Auffassung des MJAE wieder.

¹ SLIM steht für simpler legislation for the internal market.

² Einzelheiten zu dem Gesetz können den Gesetzesmaterialien, also dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Bundestagsdrucksache 16/960) sowie der Beschlussempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses (Bundestagsdrucksache 16/2781) entnommen werden. Beide können über die URL <http://dip.bundestag.de> eingesehen werden.

³ Die dargestellten Änderungen gelten für das Genossenschaftsregisterrecht und Partnerschaftsregisterrecht entsprechend.

1. Elektronische Einreichung

In § 12 HGB in der Fassung des EHUG⁴ wird festgelegt, dass Anträge sowie Dokumente nur noch elektronisch zum Handelsregister eingereicht werden können. Insofern hat das Gesetz Gebrauch von einer Möglichkeit der SLIM-IV-Richtlinie gemacht, die zwangsweise elektronische Einreichung vorzuschreiben.

Der Hintergrund ist einfach: Da die Justiz auf Verlangen verpflichtet ist, die eingereichten Unterlagen elektronisch zu beaufkufen, hätte sie, wenn die Notare und die Firmen ihre Unterlagen weiterhin in Papierform einreichen könnten, einen Digitalisierungsaufwand, der kaum zu leisten ist. Zwar könnte sie sich die Kosten durch die Gebührenregelung finanziell ersetzen lassen; es erscheint jedoch unsinnig, den Endverbraucher mit diesen Kosten zu belasten, wenn Unternehmen und Notare ohne großen Aufwand in der Lage sind, diese Unterlage in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

Gleichzeitig wird durch § 12 Abs. 2 HGB die Art der elektronisch einzureichenden Datei festgelegt: Ist ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen,⁵ ist ein sog. einfaches elektronisches Zeugnis im Sinne des § 39 a Beurkundungsgesetz zu übersenden, während im Falle der Urschrift⁶, der einfachen Abschrift oder für ein Dokument, das dem Schriftformerfordernis genügen muss, die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung⁷ genügt. Diese Festlegung von § 12 Abs. 2, 2. HS HGB stellt sich als Systembruch dar, da gemäß § 126 a BGB die Schriftform nur durch die qualifizierte elektronische Signatur ersetzt werden kann. Somit muss die Gesellschafterliste einer GmbH nicht als ein durch den Geschäftsführer qualifiziert signiertes Dokument eingereicht werden, sondern es genügt die Übersendung eines Scannbildes einer vom Geschäftsführer auf Papier unterschriebenen Gesellschafterliste. Diese Vorschrift kann daher nur als Zugeständnis an Firmen gewertet werden, die einzureichende Unterlagen, für die keine notarielle Form notwendig ist, weiterhin ohne fremden Hilfe (z.B. eines Notars) selbst einreichen wollen und dabei nicht mit „Technik“ belastet werden sollen.

2. Keine Hinterlegung der Unterschrift mehr

Mit der Pflicht zur elektronischen Einreichung entfällt die bisher z.B. in §§ 12 Abs. 2, 14 HGB⁸ a.F. oder § 8 Abs. 5 GmHG⁹ a.F. enthaltene Verpflichtung, die Namensunterschrift des

⁴ Soweit zukünftig nichts anderes erwähnt wird, sind alle Normen die in der Fassung des EHUG.

⁵ Denkbarer Anwendungsfall: Anmeldungen zur Eintragung ins Handelsregister.

⁶ Denkbare Anwendungsfälle: z.B. die unterschriebene Gesellschafterliste i.S. des § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, § 130 Abs. 5 zweiter Halbsatz AktG.

⁷ Also ein einfaches Scannbild.

⁸ Vgl. Artikel 1 Nr. 2 und 8 EHUG.

⁹ Vgl. Artikel 10 Nr. 1 EHUG.

Kaufmanns bzw. Geschäftsführers unter Angabe der Firma zur Aufbewahrung bei Gericht zu hinterlegen, da dies sich mit der elektronischen Anmeldung und Einreichung von Unterlagen nicht in Einklang bringen lässt. Will man die elektronische Anmeldung, kann man nicht die Originalunterschrift hinterlegen, da dies nur auf Papier möglich ist.

3. Elektronische Handelsregisterbekanntmachungen

Das Gesetz sieht in § 10 HGB weiterhin vor, dass die Handelsregisterbekanntmachungen zukünftig in einem elektronischen Informations- und Kommunikationssystem, also im Internet, erfolgen werden (www.handelsregisterbekanntmachungen.de).

Während der ursprüngliche Gesetzentwurf in Artikel 61 Abs. 4 EGHGB die Möglichkeit für die Landesregierung vorsah, zusätzlich dazu bis Ende 2009 die Veröffentlichung auch in Papierform anzuordnen, ist im Rahmen der Gesetzgebungsverfahren Artikel 61 Abs. 4 EGHGB dahingehend geändert worden, dass nunmehr eine zwingend zusätzliche Veröffentlichungspflicht in Papierform bis zum 31. 12. 2008 vorgesehen ist, wobei allerdings die Rechtswirkungen der Veröffentlichung allein an der elektronischen Bekanntmachung hängen. Aus Registersicht ist dies zu bedauern, da die Bekanntmachung im Internet, wie die Umstellung der Insolvenzbekanntmachung vom Papier ins Internet im Jahre 2004 gezeigt hat, vom rechtsuchenden Publikum gut angenommen wird und geeignet ist, das Informationsinteresse zu befriedigen. Hinzukommt, dass durch die Papierveröffentlichung den veröffentlichungspflichtigen Personen sehr hohe Kosten entstehen¹⁰ und deren Abrechnung für die Registergerichte ein erheblicher Aufwand bedeutet. Hier hätte man sich mehr Mut zur Entbürokratisierung gewünscht.

Durch die Änderung des Veröffentlichungsorgans wird sich auch die Anmeldungspraxis in den Fällen ändern, in denen die Veröffentlichung von Bekanntmachungen dem Registergericht nachzuweisen ist. Früher waren dort Kopien der Veröffentlichungen nachzuweisen, zukünftig genügt die Mitteilung eines Links, mit Hilfe dessen die Veröffentlichung mit einem „Klick“ vom Registergericht gefunden werden kann.

4. Das Recht der Zweigniederlassungen

Auch das Recht der Zweigniederlassung wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens umfangreich überarbeitet. Bereits der Gesetzentwurf sah eine umfangreiche Änderung des Rechts der Zweigniederlassung vor, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens nochmals grundlegend verändert wurde. Letzten Endes ist es nun so, dass die Zweigniederlassungen nur noch bei dem Gericht der Hauptniederlassung geführt werden und vollständig auf das Anlegen eines Zweigniederlassungsblattes bei den Handelsregistern des Gerichts am Ort der Zweigniederlassung verzichtet wird.

Hintergrund ist, dass eine Erschwerung des Zugangs zu den Informationen über die Zweigniederlassungen nun nicht mehr zu befürchten ist, da sämtliche Informationen aus dem Register am Ort der Hauptniederlassung bzw. des Sitzes infolge der elektronischen Führung der Handelsregister von jeder Stelle der Welt aus ohne weiteres online abgerufen werden können. Insoweit ist es unter dem Gesichtspunkt des Bürokratieabbaus her sinnvoll, die doppelte Registerführung aufzugeben.

5. Jahresabschlüsse

Die Aufgabe, Jahresabschlüsse entgegenzunehmen und zu kontrollieren, wird von den Registergerichten auf den Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers übertragen. Hier gilt die Faustregel, dass die Zuständigkeit für das nach dem 31. 12. 2005 beginnende Geschäftsjahr wechselt. Die Publizitätspflicht wird auch weiterhin durch ein Ordnungsgeldverfahren und nicht – wie im Gesetzentwurf ursprünglich vorgesehen – durch ein Bußgeldverfahren gesichert, wobei dieses nicht mehr dezentral von einer großen Zahl von Registergerichten, sondern zentral von einer neuen Justizbehörde, dem Bundesamt für Justiz, durchzuführen

¹⁰ Die durchschnittlichen Veröffentlichungskosten einer GmbH-Ersteintragung in Papier liegt bei ca. 150 €, während sie im Internet genau 1 € beträgt.

ist. Wesentliche Neuerung ist dabei die künftige Durchführung des Verfahrens von Amts wegen. Es steht daher zu erwarten, dass sich zukünftig die Anzahl der hinterlegten Jahresbeschlüsse erheblich erhöhen wird.

6. Unternehmensregister

Weiterhin sieht das Gesetz in § 8b HGB den Aufbau des deutschen Unternehmensregisters vor, über das sämtliche offenlegungspflichtigen Unterlagen zu einer Gesellschaft abgerufen werden können, und das somit die einheitliche Akte im Sinne der SLIM-IV-Richtlinie abbilden wird. Unter der URL: www.unternehmensregister.de werden ab dem 1. 1. 2007 sämtliche in der Bundesrepublik Deutschland vorliegenden Daten zu einer Gesellschaft über ein Portal abfragbar sein.

7. Registerportal

Daneben stellt das EHUG klar, dass die Länder bei der Einsicht in die elektronisch geführten Register zusammenarbeiten können. Ziel ist unter www.handelsregister.de einen einheitlichen Zugang zu den Registerdaten der Länder zu schaffen, so dass man mit einer Kennung in den Registern aller 16 Länder recherchieren kann und dafür eine Rechnung erhält. Bisher brauchte man 16 Kennungen und erhielt 16 Rechnungen.

III. Die Einzelheiten zur elektronischen Einreichung:

Die Einzelheiten der elektronischen Einreichung werden – wie im elektronischen Rechtsverkehr üblich – im Grundsatz durch eine Rechtsverordnung¹¹ geregelt. Glücklicherweise haben sich alle Bundesländer auf eine inhaltlich gleiche Rechtsverordnung für den elektronischen Rechtsverkehr geeinigt, so dass für die elektronische Einreichung letztlich bundeseinheitliche Standards gelten. Die konkrete Ausgestaltung wird über eine homepage, in Schleswig-Holstein www.justizpoststelle.schleswig-holstein.de bekanntgegeben.

Durch die Rechtsverordnung werden grundsätzlich folgende Dateiformate zugelassen: ASCII (american standard code for information interchange) als fortlaufender Text ohne Formatierungscode und Sonderzeichen, Unicode, Microsoft RTF (Rich Text Format), Adobe-pdf (portable document format), XML (Extensible Markup Language), TIFF (Tag Image File Format) sowie Microsoft-Word, soweit keine aktiven Komponenten (z.B. Makros) verwendet werden. Als zugelassener Zeichensatz für die Übermittlung von strukturierten Daten, der XML-Daten, wird Unicode UTF-8 festgelegt, der alle europäischen Zeichen abdecken kann. Schließlich werden Einzelheiten zur Signierung festgesetzt, insbesondere inwieweit sog. Container-Signaturen, also das (alleinige) Signieren eines ZIP-Containers¹² zulässig sind.

Durch die oben erwähnte homepage werden der Zugangsweg zur elektronischen Poststelle der Gerichte sowie weitere Einzelheiten bekannt gegeben. Dazu gehören insbesondere

- die Einzelheiten des Verfahrens, das bei einer vorherigen Anmeldung zur Teilnahme am elektronischen Rechtsverkehr sowie für die Authentifizierung bei der jeweiligen Nutzung der elektronischen Poststelle einzuhalten ist, einschließlich der für die datenschutzgerechte Administration elektronischer Postfächer zu speichernden personenbezogenen Daten;
- die Zertifikate, Anbieter und Versionen elektronischer Signaturen, die nach ihrer Prüfung für die Bearbeitung durch die Justiz oder durch eine andere mit der automatisierten Prüfung beauftragte Stelle geeignet sind; dabei ist mindestens die Prüfbarkeit qualifizierter elektronischer Signaturen sicherzustellen, die dem Profil ISIS-MTT entsprechen;
- die nach seiner Prüfung den in § 2 Abs. 3 und 4 der Rechtsverordnung festgelegten Formatstandards hinsichtlich Signatur und Dateiformate entsprechenden und für die Bearbeitung durch angeschlossene Gerichte geeigneten Versionen der genannten Formate sowie die bei dem in § 2 Abs. 4 Nr. 5 der

¹¹ In Schleswig-Holstein: Landesverordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten und Staatsanwaltschaften.

¹² Dazu mehr unter: Die elektronische Beglaubigung durch den Notarvertreter (unten V. 2.).

Verordnung bezeichneten XML-Format zugrunde zu legenden Definitions- oder Schemadateien;

- die zusätzlichen Angaben, die bei der Übermittlung oder bei der Bezeichnung des einzureichenden elektronischen Dokuments gemacht werden sollen, um die Zuordnung innerhalb des adressierten Gerichts und die Weiterverarbeitung durch sie zu gewährleisten.

IV. Die elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis

Über die Handhabung der elektronischen Handelsregisteranmeldung bzw. der Einreichung muss man sich dann keine Gedanken machen, wenn das jeweilige Land bzw. der Bund für seinen Bereich von der Möglichkeit des Artikels 61 EGHGB Gebrauch gemacht hat und auch noch für eine Übergangszeit die Einreichung von Papierunterlagen zulässt.

Für die Einreichung von Bilanzunterlagen sieht § 4 des Entwurfs der Verordnung über die Übertragung der Führung des Unternehmensregisters und die Einreichung von Dokumenten beim Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers noch bis zum 31.12.2009 die Möglichkeit vor, diese in Papierform einzureichen.¹³ Auch die Länder Sachsen-Anhalt, Rheinland-Pfalz und Niedersachsen denken über eine Übergangsvorschrift, die die Einreichung von Papier bei den Handelsregistern erlauben soll, nach.¹⁴

In Schleswig-Holstein wird es nach jetzigem Stand keine Übergangsvorschrift geben, so dass im folgendem einige Hinweise¹⁵ gegeben werden sollen, die den Übergang in das neue Zeitalter erleichtern sollen.

1. Die Erreichbarkeit der elektronischen Poststelle

In Schleswig-Holstein wird die elektronische Poststelle über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) erreichbar sein, für das sich auch 14 andere Bundesländer entschieden haben. Nur Rheinland-Pfalz hat eine andere Lösung gewählt, die jedoch so in das Registrierungssystem des EGVP eingebunden werden soll, dass auch über das EGVP letztlich die Registergerichte in Rheinland-Pfalz erreicht werden können. Damit gibt es einen einheitlichen elektronischen Zugang zu der Justiz in Deutschland. Dies stellt einen erheblichen Fortschritt dar, da sich der Justizkunde nun nicht mehr mit verschiedenen Zugangswegen zur Justiz auseinandersetzen muss.

Die notwendige Software kann kostenlos über die Homepage www.egvp.de heruntergeladen werden. Bei der Einrichtung und Installation des EGVP ist zu beachten, dass sich jeder Notar ein eigenes Postfach einzurichten hat. Zwar lässt der EGVP auch die Versendung von Nachrichten ohne Einrichtung eines eigenen Postfaches zu. Jedoch kann gemäß § 174 Abs. 3 ZPO an einen Notar elektronisch zugestellt werden, ohne dass es einer besonderen Einwilligung bedarf. Um diese Zustellung zu ermöglichen, ist der Notar verpflichtet, ein elektronisches Postfach vorzuhalten. Eine doppelte Nutzung eines Postfaches durch mehrere Notare ist nicht zulässig. Weitere Einzelheiten können einem vom MJAE gestalteten Formblatt zu EGVP¹⁶ sowie der Homepage www.egvp.de entnommen werden.

Das Abrufen der eingegangenen Nachrichten aus dem Postfach wird mittels eines Entschlüsselungszertifikats gesteuert, das man sich bei der Installation entweder mit Hilfe des Programms selbst erstellen kann oder dass einer Signaturkarte entnommen werden kann. Sollte einmal das Entschlüsselungszertifikat verloren gehen, mit dem Nachrichten durch das EGVP abgeholt werden können, kann niemand mehr die Nachrichten entschlüsseln. Damit über das Postfach keine weiteren Daten zugestellt werden, muss dieses Postfach auf dem Registrierungsserver des EGVP gelöscht werden. Um zu verhindern, dass unbefugte Personen missbräuchlich fremde Postfächer löschen, kann nicht jeder selbst die Löschung seines Postfachs unmittelbar verlangen,

sondern muss beim örtlichen Amtsgericht einen entsprechenden Antrag¹⁷ stellen. Dort wird seine Identität festgestellt und der Antrag an die zuständige Stelle weitergeleitet.

2. Die Erstellung von elektronischen Zeugnissen nach § 39a BeurkG

Im Rahmen der Herstellung von elektronischen Zeugnissen nach § 39a BeurkG mit dem Programm SigNotar, das im Moment die am meisten verbreitete Software für diese Zwecke sein dürfte, sind folgende Grundsätze zu beachten:

- a) Bei der Herstellung von Dokumenten ist auf die Dateigröße zu achten. Geringe Dateigrößen verkürzen die Übersendungsdauer an das Gericht sowie die Beauskunftungsdauer im Internet. Um dies zu erreichen, sollte das elektronische Dokument (also die Tiff-Datei) nicht mittels eines Scanners, sondern möglichst aus der auf dem PC gespeicherten Textdatei selbst hergestellt werden. Eine Tiff-Datei kann unmittelbar mit Word 2003 erstellt werden.¹⁸ Soweit ein Word der Version 2003 nicht zur Verfügung steht, kann aber auch mit Hilfe von entsprechender freier Software¹⁹ eine beliebige Datei in eine Tiff-Datei umgewandelt werden. Soweit trotzdem gescannt werden sollte, ist darauf zu achten, dass die Scannerauflösung 200 dpi nicht überschreitet.²⁰
- b) Bei der Erstellung der elektronischen Zeugnisse ist darauf zu achten, dass nicht mehrere Urkunden oder Anlagen in einem Dokument zusammen gescannt und elektronisch beglaubigt werden. Hintergrund ist, dass diese Dokumente getrennt voneinander im Internet beauskunftet werden müssen. Daher wird durch eine klare Trennung die Arbeit der Justiz erleichtert und die Verständlichkeit der Dokumente erhöht.
- c) Im Rahmen der Erstellung der elektronischen Zeugnisse sind gesonderte Signaturdateien zu erstellen (Voreinstellung von SigNotar) und nicht eingebettete Signaturen, da diese bei der Bearbeitung durch die Justiz erhebliche Schwierigkeiten bereiten.
- d) Die Benennung der Dateien, die SigNotar erzeugt, ist mit der Justiz abgesprochen. Diese Voreinstellung sollte nicht verändert werden, da es sonst justizseitig zu Problemen bei der Verarbeitung kommen kann.

3. Das Erstellen der elektronischen Anmeldung

Der Mehrwert für die Justiz bei der elektronischen Handelsregisteranmeldung liegt nicht so sehr darin, dass die Anmeldung nunmehr als Tiff-Datei eingereicht wird, sondern dass die Anmeldung auch in strukturierter Form als XML-Datei zu erfolgen hat. Diese XML-Datei kann von der Justiz ausgelesen werden und steuert die schnelle Weiterverarbeitung in der Justiz. Ohne diesen Datensatz wird die Verarbeitung erheblich gehindert, wenn nicht sogar in einigen Fällen unmöglich gemacht. Diese XML-Datei wird zum Beispiel durch das Programm XNotar hergestellt. Auch dabei gilt es Folgendes zu beachten:

- a) Wird eine neue AR-Sache, also eine bisher nicht ins Handelsregister eingetragene Firma, Gesellschaft oder ähnliches, angemeldet, sollte, die von XNotar verwendete Bezeichnung „RegNeu“ nicht verändert werden, da nur diese durch die Registergerichte automatisiert ausgelesen und verarbeitet werden kann. Eigenkreationen werden dementsprechend nicht erkannt.
- b) Das Bemerkungsfeld in X-Notar sollte immer die Anzahl der eingereichten Dateien enthalten. Dies hat folgenden Hintergrund: Sollte eine virenverseuchte Datei eingereicht werden, wird diese automatisiert gelöscht, ohne dass dies für den Anwender sofort erkennbar ist. Durch kurzes Vergleichen der im Bemerkungsfeld angegebenen Dateianzahl mit der Anzahl der

¹³ Siehe Bundesrats-Drucke 785/06

¹⁴ Dabei sind Übergangszeiträume von 3 (Sachsen-Anhalt), 6 (Rheinland-Pfalz) und 12 (Niedersachsen) Monaten im Gespräch.

¹⁵ Viele dieser Hinweise sind das Ergebnis der Pilotprojekte aus anderen Ländern.

¹⁶ www.justizpoststelle.schleswig-holstein.de

¹⁷ Dieser ist im Internet unter www.justizpoststelle.schleswig-holstein.de zu erhalten.

¹⁸ Eine Handreichung dazu ist vom MJAE zu erhalten.

¹⁹ Z.B. www.pdfprinter.at oder www.freepdf.de, um einige zu nennen.

²⁰ Die Einstellen von Scannerdateien ist ebenfalls in der Handreichung des MJAE beschrieben.

tatsächlich vorhandenen Dateien können die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Registergerichte leicht feststellen, ob eine Datei durch das Schutzprogramm gelöscht wurde und unverzüglich die Notarin oder den Notar informieren, damit die Bearbeitung nicht verzögert wird.

4. Die Versendung der elektronischen Anmeldung / Einreichung

Die Versendung erfolgt mittels des EGVP. Dabei ist Folgendes zu beachten:

- a) Als Mitteilungsart ist „HR-Beteiligter“ einzustellen. Wenn mit XNotar die Daten den EGVP übergeben werden, geschieht das automatisch, sonst muss dies von Hand über das pull-down-Menü bei Auswahl des Nachrichtentyps eingestellt werden.²¹
- b) Enthält das Bemerkungsfeld bei XNotar eine rechtsgeschäftliche Erklärung, wie z.B. die Übernahmeerklärung hinsichtlich der Gerichtskosten, ist die EGVP vom Notar auf jeden Fall qualifiziert zu signieren, damit diese verbindlich ist. Im Übrigen empfiehlt es sich auch, jede EGVP-Nachricht selbst durchzusehen und qualifiziert zu signieren.

V. Zwei Problemfälle:

Im Rahmen der Projektierung des elektronischen Rechtsverkehrs in Registersachen sind bereits zwei Problemfälle aufgetreten, für die an allgemein akzeptierten Lösungen gearbeitet wird.

1. Elektronische Einreichung fristgebundener Anträge

Durch die Pflicht zur elektronischen Einreichung entstehen auch neue Probleme, die es bisher nicht gab. Dies soll anhand folgenden Falles dargestellt werden:

Notar X möchte gerne die Verschmelzung zweier GmbH unter Beifügung der notwendigen Bilanz für das Geschäftsjahr 2006 am 31. 8. 2007 beim Handelsregister anmelden. Leider ist die elektronische Einreichung nicht möglich, da die elektronische Poststelle aus technischen Gründen nicht erreichbar ist. Was tun? – Warten kann der Notar nicht, da am 1. 9. 2007 die der Anmeldung beigefügte Bilanz älter als acht Monate ist und damit der Antrag gemäß § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG unzulässig ist. In Schleswig-Holstein wird darauf geachtet, dass am 31. 8. eine rund-um-die-Uhr-Rufbereitschaft beim Betreiber der elektronischen Poststelle besteht, so dass bei Nichterreichen des Servers dort Maßnahmen getroffen werden können. Sollte diese den Fehler nicht beheben können, da er z.B. nicht in ihrer Sphäre liegt, ergibt sich die Frage, wie zu verfahren ist.

Eine Möglichkeit ist, eine Ausnahmegenehmigung beim Vorstand des Gerichts zu erreichen, um fristwährend die Einreichung in Papierform vornehmen zu können. Können elektronische Anmeldungen und Dokumente vorübergehend nicht entgegengenommen werden, so kann der Vorstand des Gerichts gemäß § 54 Abs. 3 HRV i.V.m. § 4 der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr mit den Gericht und Staatsanwaltschaften anordnen, dass Anmeldungen und Dokumente auch in Papierform zum Handelsregister eingereicht werden können. Was aber, wenn der Vorstand nicht mehr erreicht werden kann, da das Problem erst nach Dienstschluss aufgetreten ist? Hier sollte mit der Einreichung der Anmeldung in Papierform in den Gerichtsbriefkasten gleichzeitig der zu begründende Antrag an den Gerichtsvorstand eingereicht werden.

Zum anderen könnte das Problem im Rahmen der Rechtsfortbildung über die Vorschriften der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand geregelt werden. Vorstellbar wäre es, die „Wiedereinsetzung“ unter folgenden Gesichtspunkten zu gewähren:

- Die elektronische Empfangseinrichtung des Gerichts ist nicht erreichbar. Denkbar sind die Fälle, dass der Server nicht funktioniert, es einen Stromausfall im Rechenzentrum gibt oder das Telefonnetz ausgefallen ist. Eine Wiedereinsetzung kann dagegen nicht in Betracht kommen, wenn der Fehler darauf beruht, dass die Hard- und Software des Notars nicht in Ordnung ist.

²¹ Letzteres wird erst ab dem 10. 1. 2007 möglich sein, wenn die nächste Version des EGVP zum download bereit steht.

- Der Notar muss nachweisen, dass sämtliche Unterlagen vor „Fristablauf“ beurkundet bzw. erstellt waren und seit dem nicht verändert wurden. Dies kann z. B. durch Verwendung eines qualifizierten Zeitstempels nachgewiesen werden, aus dem sich ersehen lässt, wann eine Datei signiert wurde. Dieser qualifizierte Zeitstempel kann extern eingekauft werden. Er hat nichts mit dem einfachen Zeitstempel gemeinsam, der sich über die Serverzeit bzw. Rechnerzeit am eigenen PC selber steuern lässt. Denkbar ist auch die gesamte Anmeldung auszudrucken und fristwährend in den Gerichtsbriefkasten zu werfen.
- Die elektronische Einreichung wird unverzüglich nach Behebung des Hindernisses nachgeholt.

Letztlich bleibt aber zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber dieses Problems annimmt, um in diesen für die Notare wichtigen Bereich Klarheit zu schaffen.

2. Die elektronische Beglaubigung durch den Notarvertreter

Bei der Schaffung der Vorschriften zu elektronischen Beglaubigungen wurde die Problematik des Notarvertreters nicht gesehen.

Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse können gemäß § 39a BeurkG elektronisch errichtet werden. Das hierzu erstellte Dokument muss mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz versehen werden, und mit dem Zeugnis muss eine Bestätigung der Notareigenschaft durch die zuständige Stelle verbunden sein. In der Praxis enthält die Signatur des Notars die Berufsbezeichnung „Notar“ sowie den Namen der zuständigen Stelle, die die Notareigenschaft bestätigt hat, so dass diese Informationen jeweils auch aus der Signatur ausgelesen werden können. Der Notarvertreter wird jedoch nur für kurze Zeit (meist wenige Wochen) bestellt, so dass sich die Trustcenter²² weigern, ihm ein entsprechendes Berufsattribut zuzugestehen.

Um dieses Problem zu lösen, hat die Bundesnotarkammer folgende Lösung angedacht und technisch umgesetzt: Das zu beglaubigende Dokument wird in einem ZIP-Container abgelegt. Des Weiteren wird die Bestellsurkunde als Notarvertreter in elektronischer Form ebenfalls in diesen ZIP-Container gepackt. Eine elektronische Bestellsurkunde kann auf zweierlei Weisen hergestellt werden: entweder wird die in Papierform erstellte Bestellsurkunde durch einen anderen Notar elektronisch beglaubigt oder aber das Landgericht gibt die Bestellsurkunde gleich in elektronischer Form aus.²³ Dieser ZIP-Container wird sodann vom Notarvertreter signiert. Dadurch wird die vom Gesetz geforderte dauerhafte Verbindung zwischen dem signierten Dokument und der Bestätigung der Notareigenschaft geschaffen.

Das Problem an der Lösung ist folgendes: In den Verordnungen der Länder zum elektronischen Rechtsverkehr ist vorgesehen, dass sich die Signatur auf die Dokumente und nicht auf die ZIP-Dateien beziehen muss. Ziel dieser Vorschrift ist die sog. Containersignatur auszuschließen. Soweit Dokumente einer qualifizierten elektronischen Unterschrift bedürfen, ist diese daher an dem Dokument selbst anzubringen und nicht auf ihrem „elektronischen Umschlag“ (im oben beschriebenen Fall der ZIP-Container), in dem das Dokument ggf. zusammen mit anderen übermittelt wird. Diese Lösung der Notarkammer wird nun leider durch deren technische Umsetzung zu Fall gebracht. Es wird nämlich nicht das zu beurkundende Dokument innerhalb des Containers nochmals signiert, so dass bei der beschriebenen Ausprägung das Verbot bzgl. der Containersignatur der Verordnung greift.

Das Problem ließe sich aber dadurch lösen, dass auch das zu beglaubigende Dokument innerhalb des ZIP-Containers selbst noch einmal qualifiziert signiert wird. Nunmehr übernimmt die Signatur des Containers nur noch die Aufgabe der dauerhaften Verbindung, hat aber keine Unterschriftsfunktion mehr. Dieser Lösung steht auch dann nicht mehr die Rechtsverordnung über

²² Letzteres wird erst ab dem 10. 1. 2007 möglich sein, wenn die nächste Version des EGVP zum download bereit steht.

²³ Trustcenter sind unabhängige, zertifizierte Stellen, die berechtigt sind, nach Prüfung der Identität einer Person für diese Signaturkarten für die qualifizierte Signatur zu erstellen.

²⁴ In Schleswig-Holstein werden die Landgerichte ab Januar 2007 auf Verlangen elektronische Notarvertreterbestellerurkunden ausstellen.

den elektronischen Rechtsverkehr in den Ländern entgegen, da diese nur die Containersignatur verbieten will, nicht aber die Fälle, dass der Container sowie die inliegenden Dokumente einzeln signiert werden. In einer Besprechung am 27.11.2006 zwischen der Bundesnotarkammer, dem BMJ und den Landesjustizverwaltungen wurde vereinbart, dass die Bundesnotarkammer SigNotar entsprechend anpassen wird. Die Länder werden durch die Aufnahme des folgenden neuen § 2 Abs. 5 Satz 4 („Die ZIP-Datei darf zusätzlich signiert werden.“) in ihre Rechtsverordnungen über den elektronischen Rechtsverkehr positiv klarstellen, dass die signierten ZIP-Container im obigen Fall zulässig sind, um alle Zweifel auszuschließen.

VI. Ausblick

Diese beispielhaft aufgezeigten Probleme zeigen, dass im Rahmen der Erstellung der Vorschriften über den elektronischen

Rechtsverkehr im Registerbereich viele Punkte nicht bedacht worden sind. Es ist davon auszugehen, dass im weiteren Betrieb im Laufe des nächsten Jahres weitere Fälle auftreten werden, die bisher übersehen wurden und für die schnell eine Lösung gefunden werden muss.²⁴

Letztlich gilt auch hier der alte Spruch aus Goethes *Faust* „Gruß ist alle Theorie und grün des Lebens blühender Baum“. Wenn aber alle von dieser Revolution Betroffenen zusammenarbeiten und an einem Strang ziehen, so werden alle die mit dieser Revolution verbundenen Vorteile genießen.

²⁴ Auftretende Probleme und Fragen sollten über die Notarkammer an die Justiz gemeldet werden. So können Probleme koordiniert an die Justiz herangetragen und Fragen, für die es bereits Lösungen gibt, im Vorfeld beantwortet werden.

Two Nations, One Justice: Deutsch-Amerikanisches Richterseminar am National Judicial College, Reno – ein Tagungs- und Erfahrungsbericht

Maike Hupfeld, Schwarzenbek, und Thomas Bick, Ratzeburg*

I. Einleitung

Es ist doch immer sehr empfehlenswert, sämtliche Rundmails bzw. Umläufe, die den Arbeitsplatz im Gericht erreichen, zumindest quer zu lesen. So stießen wir im November 2005 auf ein elektronisches Schreiben des Hessischen Ministeriums der Justiz. Hierin wurde als Fortsetzung des ersten deutsch-amerikanischen Richterseminars, welches im Juni 2003 in der Deutschen Richterakademie – Tagungsstätte Wustrau – durchgeführt wurde, ein weiteres Seminar in Zusammenarbeit mit dem *National Judicial College* in Reno, Nevada, für den 26. bis 30. Juni 2006 angekündigt.

Drei Jahre nach dem Seminar in Wustrau sollte es also einen „Gegenbesuch“ in den USA geben, bei dem die Teilnahme aber nicht auf diejenigen beschränkt war, die an der Veranstaltung bei der Deutschen Richterakademie im Jahr 2003 teilgenommen hatten. Da wir beide leider seinerzeit keine Gelegenheit hatten, an dem Seminar teilzunehmen, öffnete ein entsprechender Satz in der Ausschreibung für uns erst die Tür zu einer Woche, die neben der fachlichen und sprachlichen Weiterbildung Erfahrungen und Begegnungen mit sich bringen sollte, die wir nicht mehr missen möchten, nicht vergessen werden und die es mehr als wert waren, die nicht unerheblichen Kosten und Mühen der Reise und des Aufenthaltes dort auf sich zu nehmen.

Die Teilnehmerzahl war für jedes Bundesland auf wenige Plätze begrenzt. Nach erfolgreicher Bewerbung stieg unsere Vorfreude auf die Reise nach Reno. Mangels finanzieller Förderung der Teilnahme durch die geschröpften öffentlichen Haushalte – entsprechende Bemühungen des Seminarleiters von deutscher Seite stießen, wie nicht anders zu erwarten war, auf taube Ohren – war die selbst zu organisierende Anreise und das Hotel durch die Teilnehmer zu finanzieren. Da indes (fast) alle deutschen Teilnehmer, wir eingeschlossen, den Aufenthalt in den USA nicht auf das Seminar in Reno beschränkten, sondern die Gelegenheit nutzten, vor oder nach der Veranstaltung noch Urlaub im „Land der unbegrenzten Möglichkeiten“ zu machen, hielt sich der Aufwand dann doch in noch verträglichen Grenzen.

II. Auftakt

Voller noch diffuser Erwartungen ging es also auf Transatlantikreise in die USA. Die Anreise selbst gestaltete sich naturgemäß etwas aufwändig, wobei wir unterschiedliche Planungen hatten.

* Maike Hupfeld ist Richterin am Amtsgericht Schwarzenbek. Thomas Bick ist als Richter zur Zeit am Amtsgericht Ratzeburg tätig.

Während der weibliche Teil der Autoren mit Familie bereits zwei Wochen vor dem Seminar Urlaub in den USA nach Flug nach San Francisco machte, suchte sich der männliche Teil mit seiner Frau einen noch beschwerlicheren Weg aus. Aufgrund kurz zuvor bestehender Möglichkeit, die Fußball-WM live im Stadion zu erleben, konnte es erst am Samstag vor dem Seminar nach Reno gehen, wo bereits am Sonntag Programm anstand (s. u.). Das bedeutete, dass die Reise per Flug von Hamburg über Frankfurt und Los Angeles direkt nach Reno immerhin von Haustür zum Hotel ca. 30 Stunden dauerte.

Entsprechend geschafft erlebten wir jeweils die ersten Stunden in der „Biggest little City in the World“, wie uns das Motto der Stadt in einem großen Bogen über einer der Hauptstraßen nahe gebracht wurde. Reno ist eine Spielerstadt, vergleichbar mit Las Vegas, jedoch kleiner und ärmlicher. War die Umgebung vom ersten Blick an beeindruckend aufgrund wüstennaher Steppe im Tal bei Temperaturen im Bereich um die 100 Grad Fahrenheit (ca. 40 Grad Celsius) und den zum Teil schneebedeckten Bergen als nahes Panorama beim Blick in die Ferne, so beeindruckte das „Harrah's“ Casino und Hotel durch ein ganz besonderes Flair: Eine riesige Spielhalle in den beiden unteren Geschossen, durch die man einen jeden Tag bei jeder Ankunft und Abfahrt schreiten musste, was angesichts der auch schon morgens vor dem Seminar nach einem zuvor erlebten netten Abend ständig klingelnden Spielautomaten nicht immer eine Freude war. Die schon (oder noch) früh am Morgen vor diesen Automaten sitzenden Menschen vermittelten nicht immer einen Eindruck von reiner Ausgleichlichkeit und Lebensfreude.

Am Sonntag begann das Rahmenprogramm des Seminars mit einer Bustour aller Teilnehmer und Begleiter in die nahe gelegene Goldgräberstadt Virginia City mit dem „World famous Suicide Table“ und weiteren ähnlichen Attraktionen. Wir kannten den Tisch nicht.

Weniger die in den Bergen gelegene idyllische Kleinstadt, die im Westernstil erhalten worden ist, sondern vielmehr die ersten Kontakte zu den übrigen amerikanischen und deutschen Teilnehmern des Seminars prägten aus unserer Sicht diesen schönen und heißen Tag. Zu bemerken war sogleich, dass die amerikanischen Gastgeber ihrem Ruf in Sachen perfekter Organisation gerecht werden wollten und offenbar auch konnten, was sich in der Folgezeit aus unserer Sicht bestätigte. Am späten Nachmittag bzw. frühen Abend konnten die Teilnehmer dann noch bei einer „Reception“ (Empfang) im recht feudalen Haus des Präsidenten des National Judicial Colleges, Judge *William F. Dressel*, und seiner Familie das erste Kennenlernen – jetzt auch des Präsidenten

selbst – vertiefen und sich an den bereitgestellten Köstlichkeiten in angenehmer Atmosphäre laben.

III. Das Seminar

1. Organisation

Das Seminar wurde von deutscher Seite aus organisiert vom bereits genannten Hessischen Ministerium der Justiz, faktisch durch den Tagungsleiter VRIOLG *Jürgen Maruhn* vom OLG Frankfurt am Main. Von amerikanischer Seite lag die Organisation in der Hand des National Judicial College (NJC), hier insbesondere dessen Präsidenten Judge William F. Dressel und dessen Mitarbeiter *William Brunson*.

Ort war denn auch das Gebäude des NJC auf dem Campus der University of Nevada in Reno. Hier, wo die Fortbildung der bei den verschiedenen Bundesstaaten beschäftigten Richter und auch der „Federal Judges“ (beim Bund beschäftigte Richter) betrieben wird, bemerkte man sofort, dass eine Finanzierung durch „Tuition Fees“ (Studiengebühren) und private Spenden andere Möglichkeiten eröffnet als eine Finanzierung durch marode öffentliche Haushalte. Hinsichtlich technischer und sonstiger Ausstattung, der persönlichen Betreuung und Verpflegung der Kursteilnehmer sowie der Kursunterlagen blieben keine Wünsche offen. Wer genügend beeindruckt war, deckte sich dann im Gift Shop des Colleges mit Souvenirs des NJC ein.

Das Seminar selbst wurde ausschließlich in englischer Sprache abgehalten, wobei zu den Vorträgen von Wissenschaftlern, amerikanischen und deutschen Richtern sowie solchen der Präsidenten der besuchten Gerichte vor allem die jeweils anschließende Diskussion im Grunde den Kern der Veranstaltung bildete. Der Austausch von Ansichten und Erfahrungen zu und aus dem Innenleben der Justiz des jeweiligen Landes machte das Seminar lebendig und vermittelte unserer Auffassung nach fast noch einen besseren Einblick in das jeweils andere System als die allesamt sehr gut vorbereiteten und vorgetragenen Beiträge der Dozenten.

Zum bereits angesprochenen Rahmenprogramm, das auch für „Spouses“ (Ehepartner) offen war, gesellten sich zumeist von „Judge Judy“ (*Judith Kreeger*, Teilnehmerin und Dozentin) organisierte gemeinsame Abendessen in verschiedenen Restaurants Renos, welche die erlebnis- und in jeder Hinsicht aufschlussreichen Tage in entspannter Atmosphäre ausklingen ließen, auch wenn angesichts der Restaurantauswahl die Vorstellungen der amerikanischen Veranstalter und Teilnehmer von den Bezügen deutscher Richter doch eher ins Reich der Fantasie einzuordnen sind.

Dass zumeist sämtliche oder aber zumindest fast alle Teilnehmer auch an diesen nicht zum eigentlichen Programm gehörenden abendlichen Zusammentreffen teilnahmen, zeigt bereits, dass es sich um eine zwar heterogene, aber doch stets an sowohl fachlichem als auch persönlichem Erfahrungsaustausch mehr als nur interessierte Gruppe handelte, mit der man einfach auch Spaß haben konnte.

2. Das Programm

a) Einstimmung

Der Raum dieses Artikels lässt nicht zu, alle Themenbereiche des Seminars vorzustellen. Wir haben uns daher darauf beschränkt, einen groben Überblick über den Inhalt und die für uns wichtigsten Themen zu geben.

Obwohl das Seminar den Titel „*Comparative Law Program*“ trug, bestand nur ein Teil aus einem Rechtsvergleich im engeren Sinne, und zwar der Einleitungsvortrag von Prof. *Robert A. Kagan* (Professor an der University of California in Berkeley, School of Law). Sein Vortrag mit dem Titel „*Comparison of Common Law and Civil Law Systems*“ ließ viele Unterschiede zwischen dem deutschen und dem amerikanischen Recht verständlich werden.

Sehr verkürzt dargestellt wird der Grund für die Entwicklung des kontinentaleuropäischen Rechts hin zum *Civil Law System* zumeist aus der Theorie hergeleitet, dass der Mensch sich in seinem Naturzustand bekämpft, weil jeder nur seinem eigenen Egoismus folgt (wie Thomas Hobbes es formulierte). Daraus folgt, dass der Mensch nur über einen starken Staat geleitet werden

kann. Das Civil Law System basiert auf dem alten römischen Recht, das die Grundlage des französischen Code Civil von 1804 bildet. Der Code Civil ist die Ausprägung des starken Staates. Die Entwicklung des angelsächsischen Rechts folgt der These Hobbes nicht. Zweck des Staates soll sein, die Rechte der Bürger zu schützen und dadurch Gleichheit zu schaffen, jedoch nicht als starker bestimmender Staat, sondern in regulativer Form für den mündigen Bürger. Der Staat soll gerade keine übergeordnete Funktion erfüllen. In der Kurzform nach Prof. Kagan: „A strong society but a weak state“ (eine starke Gesellschaft, aber ein schwacher Staat).

Daran anknüpfend stellte Prof. Kagan die Grundelemente des „Civil Law System“ dem „*Common Law System*“, aus dem sich das amerikanische Rechtssystem entwickelt hat, gegenüber. Das amerikanische Rechtssystem bezeichnete er nicht als „Common Law“, sondern „*Adversarial Legalism*“, was man frei als (gegnerische) Parteienrechtsfindung übersetzen kann. Die Grundlage des Civil Law Systems bezeichnete er als so genanntes „*Autonomist Law*“ (etwa unabhängiges Recht). Hauptmerkmal des Autonomist Law ist die Gewaltenteilung in Legislative, Judikative und Exekutive, was unter anderem zur Folge hat, dass Recht nach allgemeinem gültigen Grundsätzen zu sprechen ist und von politischen Strömungen nicht beeinflussbar sein sollte. Daher bot sich eine Kodifizierung von allgemeinen Grundsätzen an. Im Gegensatz dazu verstand Prof. Kagan das Common Law System als so genanntes „*Responsive Law*“ (etwa: erreichbares, beeinflussbares Recht). Responsive Law soll den – auch politischen – Willen einer Gemeinschaft widerspiegeln. Um den Willen einer Gemeinschaft berücksichtigen zu können, bietet ein Recht orientiert an Gerichtsentscheidungen („*Case Law*“) einen variablen Rahmen. Zwar haben sich die Gerichte auch an den so genannten Präzedenzfällen zu orientieren, die obersten Gerichte können jedoch ältere Entscheidungen für die Zukunft anders entscheiden („*Overruling*“).

b) Der unabhängige Richter

Die Unterscheidung zwischen Autonomist Law und Responsive Law erklärt plastisch die recht verschiedenen Rollen des Richters im jeweiligen System.

Zur Gewaltenteilung gehört der unabhängige Richter, der Recht und Gesetz verpflichtet ist, aber keiner Hierarchie und keiner politischen Partei. Im Gegensatz dazu steht der gewählte Richter, der seinen Wählern verpflichtet ist.

Die *Richterwahl* ist ein Element des Responsive Law, das uns deutschen Richtern fragwürdig erschien, weil wir wohl alle unsere Unabhängigkeit als hohes Gut ansehen. Die Vorstellung, einen Wahlkampf zu betreiben, hat zumindest die Autoren nicht nur wegen des Verlustes der Unabhängigkeit befremdet. Einen Wahlkampf zu führen ist teuer. Das heißt, der Richter in spe muss finanzkräftige Unterstützung haben. Die Unterstützung erfolgt natürlich auch durch finanzkräftige Gruppen oder Unternehmen, die ein vitales Interesse daran haben, als Richter einen „der Ihren“ zu etablieren. Das treibt (jedenfalls in unseren Augen) solche Stillblüten, dass etwa große Anwaltskanzleien den Wahlkampf des Richters sponsern. Die Richterin Judith Kreeger erzählte, dass sie über eine prozessrechtliche Regel – auch das amerikanische Recht kennt außerhalb von Louisiana Gesetze und Verordnungen („*Ordinances*“) – ihr Familienrechtsdezernat straffte, indem sie Anwälte Termine setzte. Einige Anwälte sahen darin den Eingriff in ihren ureigensten Tätigkeitsbereich (siehe dazu unten). Bei der nächsten Wahl musste sie eine von Anwaltskanzleien gesponserte Gegenkampagne überstehen. Sie wurde trotzdem wieder gewählt.

Judith Kreeger vertiefte die Thematik mit ihrem Vortrag über „*Judicial Selection and Promotion*“ (Auswahl und Beförderung von Richtern). Die anschließende erregte Diskussion spiegelte die Stimmung während der Fußballweltmeisterschaft wieder: 1:0 für das deutsche Team. Die Rolle des unabhängigen Richters ist sicherlich ein Element in unserem Rechtssystem, worum amerikanische Richter uns beneiden.

c) Jury Trial

Eine weitere Ausprägung des Responsive Law sind *Jury Trials*. Die Mitglieder der Jury repräsentieren den Willen der Gemein-

schaft. Sie entscheiden allein. Im Jury Trial ist die Rolle des Richters vornehmlich auf die Moderation beschränkt. Er leitet den Gang des Verfahrens. Seine Möglichkeit, Einfluss zu nehmen, ist weitestgehend auf Entscheidungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Fragen und Beweismitteln beschränkt. Er hat kein eigenes Fragerecht. Auch das ist dem deutschen Rechtssystem weitestgehend fremd. Es gibt zwar § 239 StPO, der das Kreuzverhör im Strafprozess zulässt, diese Norm ist jedoch ein Fremdkörper in der StPO und sie wird so gut wie nie angewandt. Außerdem erhält der Richter auch in § 239 Absatz 2 StPO ein anschließendes Fragerecht.

Ausprägung des Autonomist Law ist wiederum die Besetzung der Gerichte und Kammern vornehmlich mit Berufsrichtern. Zwar kennt das Civil Law System in der deutschen Ausprägung auch Laienrichter. Schöffen sind durchaus mit Jurymitgliedern vergleichbar. Jedoch entscheiden sie nie allein, sondern nur zusammen mit einem Berufsrichter, auch wenn sie ihn, je nach Besetzung des Gerichts, überstimmen können.

d) Von Rechtsanwälten dominiertes Verfahren

Das amerikanische Gerichtsverfahren ist in den Fällen des Jury Trials von Rechtsanwälten und im Strafrecht von Rechtsanwälten und Staatsanwälten dominiert. Dies gilt für das Vorverfahren wie auch für den Prozess selbst.

Im Zivilverfahren beginnt der Rechtsstreit, wie bei uns, mit der Einreichung der Klage („Petition“ oder „Complaint“) durch den Kläger („Plaintiff“). Die Klage wird zugestellt, der Beklagte („Defendant“) erwidert. Der Richter prüft Klage und Klageerwidern methodisch ähnlich wie es in unserem Relationsverfahren üblich ist. Kommt er zu dem Ergebnis, dass die Klage schlüssig und die Erwidern erheblich ist, beginnt das Stadium der vorgerichtlichen Beweisaufnahme („Discovery“).

Die vorgerichtliche Beweisaufnahme dient dazu, den Parteien zu ermöglichen, an Informationen zu gelangen, die sie ohne das Verfahren zuvor nicht erlangen konnten, weil der Prozessgegner sich beispielsweise weigerte, Auskunft zu erteilen oder die gegnerische Partei in bestimmte Räumlichkeiten hinein zu lassen. Die „Discovery“ dient somit der weiteren Vorbereitung auf die Gerichtsverhandlung. Der größte Teil der Beweisaufnahme wird schriftlich durchgeführt. Der klägerische Anwalt reicht zum Beispiel einen Schriftsatz mit Fragen ein, die er von der gegnerischen Seite beantwortet haben möchte. Der Richter prüft die Fragen auf ihre prozessuale Zulässigkeit. Danach reicht er sie an die gegnerische Partei mit einer Frist zur Beantwortung der Fragen weiter. Für den Fall der Unzulässigkeit einiger Fragen kann er zum Beispiel den Hinweis erteilen, welche Fragen zu beantworten sind und welche nicht. Dokumente und ähnliches werden im gleichen Wege weitergereicht. Ortstermine werden ohne Richter durchgeführt. Weigert sich die gegnerische Partei unberechtigtweise Fragen zu beantworten, dann besteht auch die Möglichkeit, Ordnungsgelder zu verhängen.

Wann die „Discovery“ beendet ist, liegt grundsätzlich nicht in den Händen des Richters. Er kann aber die einzelnen Beweismittel begrenzen und Bedingungen hinsichtlich der Beweismittel stellen, sofern dies prozessrechtlich möglich ist und die Grundsätze des fairen Verfahrens nicht verletzt werden. Er kann, um den Prozess zu straffen, die Parteivertreter einbestellen („Case Management Conference“) und das weitere Vorgehen mit ihnen besprechen. Der verzögernden Partei kann er die Kosten der Verzögerung auferlegen. Die „Discovery“ kann in manchen Verfahren über ein Jahr dauern. Erst wenn sie beendet ist, kann die Gerichtsverhandlung folgen.

e) Richterethik

Der Präsident des National Colleges, Judge William F. Dressel, beschäftigte sich im Anschluss an den Rechtsvergleich von Prof. Kagan mit der Rolle des Richters in demokratischen Ländern („*Role of the Judge in Democratic Countries*“), auch mit dem Thema, ob Richter sich an einen geschriebenen Verhaltenskodex halten sollten. Diese Frage bejahte er nicht nur für amerikanische Richter.

Die Normierung eines so genannten „Code of Conduct“, also eines bindenden Verhaltenskodexes für Richter, wurde und wird

im Rahmen der Diskussion zur Richterethik auch in Deutschland zum Teil gefordert. Amerikanische Richter haben sich auf einen Kodex verständigt, der nicht nur das berufliche sondern auch das private Verhalten stark reglementiert. So enthält er Regeln für Tätigkeiten, die für einen Richter nicht angemessen („appropriate“) sind. Im Zusammenhang mit dem Kodex wurde ein Besuch der „Chippendales“ im „Harrah's“ diskutiert. Für nicht eingeweihte Kolleginnen und Kollegen: Bei den Chippendales handelt es sich um männliche Stripper, jedoch in der amerikanischen Variante, also übertrainiert und aseptisch. Selbstverständlich arbeiten die Herren nicht auf „The full monty“-Basis (frei übersetzt: „Alle Klammotten runter“). Das Hotel bot der in demselben residierenden Damenwelt die Möglichkeit, die Mitglieder der Chippendales nach der Show im Poolbereich kennen zu lernen. Nach dem „Code of Conduct“ war dies jedoch für Richterinnen absolut „inappropriate“. Wir wurden von Judge Dressel gewarnt dort hinzugehen, wissen aber nicht, ob die Warnung fruchtete.

f) Darstellung des amerikanischen und deutschen Gerichtssystems

Nach den einführenden Vorträgen folgten die Darstellungen des deutschen und des amerikanischen Gerichtssystems. Vergleichbar mit den deutschen Bundesländern haben die meisten U.S.-amerikanischen Staaten einen dreistufigen Gerichts Aufbau.

Auf der Ebene unserer Amtsgerichte sind die *State Courts* angesiedelt. Grundsätzlich haben die *State Courts* eine allgemeine Zuständigkeit („General Jurisdiction“). Viele Bundesstaaten haben jedoch so genannte „Courts of Inferior Jurisdiction“. An diesen Gerichten werden z. B. Verkehrsordnungswidrigkeiten, kleinere Vergehen („Petty Offenses“), Zivilsachen mit geringem Wert („Small Claims“) oder Bußgeldsachen (z. B. bei Verstößen gegen Stadtverordnungen) verhandelt. In diesen Gerichten werden üblicherweise keine Jury Trials durchgeführt, sind aber in manchen Fällen möglich. Der Richter entscheidet gewöhnlich ohne Jury. Das Verfahren ähnelt damit ein wenig dem im deutschen System. Was nicht den „Courts of Inferior Jurisdiction“ zugewiesen ist, wird an den *State Courts* verhandelt.

Auf der zweiten Stufe befinden sich die „*Intermediate State Courts of Appeal*“, die nur bedingt mit den deutschen Landgerichten vergleichbar sind, da sie reine „Berufungsgerichte“ sind. Diese Beschreibung ist aber ebenfalls ungenau, da sie in den meisten Bundesstaaten reine Rechtsinstanzen sind und daher eher mit der Revision vergleichbar.

Auf der dritten Stufe befindet sich der *State Supreme Court*, der Staatsgerichtshof, der für die Revisionen der *State Courts of Appeal* zuständig ist. Ein Gerichtsurteil des *State Supreme Court* ist bindend nicht nur für die untergeordneten Gerichte des Bundesstaates, sondern auch für die Bundesgerichte, es sei denn, das Urteil verletzt Bundesrecht.

Die Besonderheit des U.S.-Gerichtsaufbaus liegt in dem *Nebeneinander von Federal und State Courts*. Anders als in Deutschland, wo der BGH im wesentlichen in Karlsruhe sitzt und als Instanz über den Ländergerichten steht, befinden sich die Einrichtungen des Bundes („Federal Courts“) in jedem Bundesstaat und sind keine übergeordnete Instanz für die Staatsgerichte.

Die Bundesgerichte sind ähnlich wie die Staatsgerichte dreistufig aufgebaut. Auf der ersten Stufe befinden sich die *U.S. District Courts*, auf der zweiten Stufe der *U.S. Court of Appeals* und auf der dritten Stufe der *U.S. Supreme Court*. Der U.S. Supreme Court ist grundsätzlich nur die oberste Instanz der Bundesgerichte. Nur in Ausnahmefällen können die *State Supreme Courts* ihre Fälle vorlegen. Eine Vorlage ist möglich, wenn das Gericht der Ansicht ist, dass die Entscheidung sich auf wichtige Fragen des Verfassungs- oder Bundesrechts bezieht. In Strafsachen kann vorgelegt werden, wenn es um die Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens („Due Process“) geht.

Die Zuständigkeit von Staats- oder Bundesgerichten richtet sich ansonsten danach, ob das Recht des Staates oder des Bundes anwendbar ist. Wenn Parteien in verschiedenen Bundesstaaten leben, besteht zum Teil die Möglichkeit, mit seinem Fall vor ein Bundesgericht zu gehen. In solchen Fällen kann ein Wahlrecht bestehen, in welchem Staat Klage erhoben werden soll.

g) Besuche der Gerichte

Am Donnerstag folgte auf die Theorie ein Besuch der Praxis. Zunächst führen wir zum „Washoe County Court House“, dem *State Court von Reno*, wo wir mit einem Einführungsvortrag empfangen wurden. Als kleines Präsent wurde uns anschließend ein hübsch verpackter Kugelschreiber geschenkt, der die Insignien des Court Houses trug. Danach lernten wir eine besondere Abteilung des Gerichts, den so genannten „Drug Court“ kennen, was ein zweischneidiges Erlebnis war. Wir wurden in einen völlig überfüllten Gerichtssaal geführt, wo wir kurz vom Vorsitzenden begrüßt und eingewiesen wurden. Zunächst wurde eine kleine Zeremonie für Teilnehmer abgehalten, die das Programm des Drug Court erfolgreich absolviert hatten. Den Kandidaten wurden Urkunden überreicht, der Vorsitzende schüttelte kräftig Hände und es flossen Tränen.

Die Probanden im Drug Court sind Drogenabhängige, die straffällig geworden sind. Die Straftaten umfassen Drogendelikte wie auch alle anderen Formen der Kriminalität. Die Ursache der Straffälligkeit muss in der Drogensucht begründet sein. Die Angeklagten unterwerfen sich freiwillig einem harten Programm. Sie müssen eine Therapie beginnen, die streng überwacht wird. Anstelle der Staatsanwaltschaft kümmern sich Personen, die man entfernt mit Bewährungshelfern vergleichen kann, um sie. Die Helfer kontrollieren die Therapiebesuche und die engmaschigen Urintests. Ferner beschäftigen sich mit der allgemeinen Lebenssituation des jeweiligen Probanden. Wer gegen die Auflagen verstößt oder erneut straffällig wird, geht für eine gewisse Zeit in Haft. Einige Teilnehmer wurden direkt aus der Haft, mit Fuß- und Handketten gefesselt, in orangefarbenen Overalls, die uns seit Guantanamo bekannt sind, vorgeführt. Sie wurden, gut sichtbar für alle, an der Seite des Richtertisches platziert, man könnte auch sagen, an den Pranger gestellt.

Wer das Programm nicht schafft und clean wird, der muss sich wieder in der ordentlichen Gerichtsbarkeit verantworten. William Brunson erzählte uns nach dem Besuch, dass die Erfolgsquote am Drug Court recht hoch sei. Ein leicht schaler Geschmack blieb jedoch bei den Autoren trotzdem zurück.

Nach dem Besuch des County Court Houses führen wir nach Carson City, wo wir am *Nevada Supreme Court von James W. Hardesty*, Associate Justice of the Supreme Court, empfangen wurden. Zunächst wurden wir von einem „Law Clerk“, vergleichbar mit einem wissenschaftlichen Mitarbeiter, durch die Räumlichkeiten geführt, wobei wir auch die Gelegenheit hatten, das Arbeitszimmer von Judge Hardesty zu besichtigen. Wir waren ehrlich beeindruckt. Anschließend berichtete Judge Hardesty über die Arbeit am Supreme Court. Für den Nevada Supreme Court besteht eine besondere Härte. Es gibt in Nevada keinen Intermediate Court of Appeals, es existiert also nur ein zweistufiger Gerichts Aufbau. Daher führen alle Rechtsmittel unmittelbar zum Nevada Supreme Court, was eine hohe Arbeitsbelastung zur Folge hat.

h) Mock Trials

In inhaltlicher Hinsicht rundeten die am letzten eigentlichen Seminartag durchgeführten „Criminal Mock Bench Trials“ (simulierte Strafverhandlungen) die Veranstaltung ab.

Es sollte an dieser Stelle Erwähnung finden, dass die amerikanischen Gastgeber und Teilnehmer sich zunächst in dankenswerter Weise sehr geduldig zeigten, als sie – wie tags zuvor abgesprochen – den Beginn der Veranstaltung an diesem Morgen verschoben, auf diejenigen deutschen Teilnehmer warteten, die um eine zeitliche Verschiebung ob des nach Ortszeit um 8 Uhr beginnenden Viertelfinals der Fußball-WM Deutschland gegen Argentinien gebeten hatten. Die Wichtigkeit, die viele deutsche Teilnehmer dieser Partie beimaßen, wurde von den Gastgebern nicht nur erkannt, sondern auch respektiert. Auch diese Flexibilität hinterließ einen weiteren positiven Eindruck bei den deutschen Teilnehmern, denen die letztlich deutliche Verschiebung aufgrund des späten Endes des bis ins Elfmeterschießen gehenden Fußballspiels zum Teil doch recht peinlich war.

Die Verhandlungen je eines vorgegebenen Falles, die von den amerikanischen und deutschen Richtern jeweils entsprechend ihren Prozessordnungen vorgeführt wurden, überzeugten in beiden Fällen unserer Auffassung nach durch Professionalität und Ernst-

haftigkeit, aber auch großen eingebrachten Humor der Darsteller. Von einer Darstellung des Ablaufes der Hauptverhandlung nach deutschem Recht soll hier abgesehen werden, nicht ohne den Hinweis darauf, dass den amerikanischen Teilnehmern durchaus imponierte, welche leitende und bestimmende Rolle der Richter im Verlauf einer solchen Verhandlung hat.

Im Gegensatz dazu dominierten die amerikanische Verhandlung – wie auch den deutschen Teilnehmern aus vielen amerikanischen Spielfilmen nicht gänzlich unbekannt – im wesentlichen die Staatsanwältin und der Verteidiger als Hauptakteure. Diese nahmen nach einer einführenden Darstellung ihres Standpunktes gegenüber der Jury die Zeugen ins Kreuzverhör und versuchten durch vielfache Einwürfe, dem jeweiligen Gegenüber das Leben schwer zu machen. Die Richterin hatte vor allem die Aufgabe, die jeweiligen Einsprüche und Vorbringen zu bewerten, über ihre Zulassung zu entscheiden sowie der Jury deutlich zu machen, inwieweit das jeweilige Vorbringen auf ihre Urteilsfindung Einfluss nehmen sollte oder eben nicht.

Durch viele Teilnehmer bedauert wurde, dass der aufgrund der genannten Umstände und des durch die Gastgeber bereits für den frühen Nachmittag festgesetzten Endes der Veranstaltung an diesem Tag eng gesteckte Zeitplan es nicht zuließ, dass die Vorfürhungen ihr Ende erreichten und eine anschließende vertiefte Diskussion stattfand.

3. Graduation

Vielmehr wurde viel Zeit schließlich für eine – aus unserer Sicht etwas irritierende – „Graduation“ aller Teilnehmer aufgewandt, bei der zunächst die Dozenten und sodann ein jeder Teilnehmer für ihre jeweiligen Beiträge gelobt und mit einem entsprechenden Zertifikat geehrt wurden. So nett ein solcher Abschluss für die Veranstaltung auch war, für uns war es eher schade, dass diese Zeit nicht für eine Fortführung und Diskussion der von den jeweiligen Teilnehmern mit viel Mühe vorbereiteten und durchgeführten simulierten Strafverhandlungen verwandt wurde, zumal am folgenden Samstag, an dem ein Ausflug zum wunderschönen Lake Tahoe das Seminar auch hinsichtlich des Rahmenprogramms gebührend abschloss, genügend Gelegenheit bestand, gemeinsam mit den übrigen amerikanischen und deutschen Teilnehmern die Veranstaltung in entspannter Atmosphäre Revue passieren zu lassen.

Zugegebenermaßen sollten wir uns mit Kritik an dieser Stelle zurückhalten, da schließlich die deutschen Teilnehmer es waren, welche mit ihrer Begeisterung für das in Deutschland stattfindende Großereignis Fußball-Weltmeisterschaft für einen verzögerten Start in den letzten Seminartag sorgten (unter Teilnahme des männlichen Parts des Autorenteamts).

IV. Fazit

Als Fazit der Veranstaltung ist zunächst hervorzuheben, dass jeder einzelne Teilnehmer, insbesondere aber die Dozenten und Organisatoren, eine derart große Motivation und einen solch großen Einsatz in dieser ereignisreichen Woche an den Tag legten, dass schon aufgrund dieser Begierde zur Weiterbildung und Erweiterung des eigenen Horizonts, der großen Offenheit für Kontakte und Erkenntnisse zum anderen System und der jeweils fremden Richterschaft sowie der uneingeschränkten Freundlichkeit und Unvoreingenommenheit das Seminar für alle Beteiligten ein unvergessliches Ereignis wurde.

Ein Auslandsaufenthalt bringt sicherlich stets eine gewisse Erweiterung des Horizonts in sprachlicher, kultureller und persönlicher Hinsicht mit sich. Der vertiefte Austausch zwischen den Richtern verschiedener Staaten verschiedener Kontinente, welche in sich stark unterscheidenden Rechtssystemen verwurzelt sind, verstärkt nicht nur diese Effekte in hohem Maße, sondern ist überdies in fachlicher, fachsprachlicher und persönlicher sowie auch perspektivischer Hinsicht eine solche Bereicherung des eigenen richterlichen Alltags, dass wir rückblickend einem jeden Kollegen nur empfehlen können, solche oder ähnliche sich bietende Gelegenheiten zum Austausch und zur Schärfung des Blickes für die Umstände und Probleme des eigenen Berufes wahrzunehmen. Die neu gewonnenen oder jedenfalls vertieften Kenntnisse hinsichtlich des für uns fremden Systems führen zu-

dem quasi automatisch zu einem Reflektieren des eigenen Richterbildes sowie der eigenen Position und Aufgabe im Rechtsstaat. Dieses insbesondere aufgrund der gewonnenen Erkenntnis, dass bei all den bleibenden erheblichen Unterschieden der Systeme (u. a. Richterwahl, Mittelbeschaffung für den Wahlkampf bei potentiellen Beteiligten späterer Prozesse, Juries in Straf- und auch Zivilprozessen, Richterrolle in den Verhandlungen, offene Motivation aber auch Demütigungen vor Gericht usw.) die so verschiedenen Rechtsordnungen letztlich doch mehr gemeinsam haben als auf den ersten Blick deutlich wird, was sowohl die Herangehensweise an bestimmte Probleme, als auch die Denkweise über die eigene Stellung und das Funktionieren des Rechtsstaates insgesamt angeht.

Schließlich ist zu betonen, dass neben den geschilderten vielfältigen positiven Effekten in beruflicher Hinsicht auch und nicht

zuletzt das persönliche Kennenlernen vieler ausgesprochen aufgeschlossener und netter Teilnehmer, Dozenten und Veranstalter sowie ganz einfach der Spaß im Vordergrund standen. Das fast vollzählige Erscheinen aller Teilnehmer auch bei den abendlichen Treffen in diversen Lokalitäten zeigt, dass wir mit unserem Empfinden nicht alleine stehen.

Zu guter letzt und nicht nur aus Pflichtgefühl oder Anstand ist es uns ein Anliegen, ausdrücklich auch auf diesem Wege noch einmal den Veranstaltern von deutscher Seite, hier vor allem Herrn Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Maruhn, sowie denen von amerikanischer Seite, hier seien explizit der Präsident des National Judicial College Judge Dressel und der Leiter des Programms, Mr Brunson, genannt, Dank zu sagen.

Das Seminar war in jeder Hinsicht ein unvergessliches und bereicherndes Erlebnis.

II. Amtliche Veröffentlichungen

Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Familiensachen (F-Statistik)

AV d. MJAE vom 9. November 2006 – II 172/1440 – 18 b SH – (SchIHA 2006 S. 421)

I

Die Landesjustizverwaltungen haben beschlossen, die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Familiensachen (F-Statistik) zu ändern. Aus diesem Grund wird ein neuer Sonderdruck dieser Anordnung – Stand: 1. Januar 2007 – herausgegeben. Den Gerichten wird der Sonderdruck in elektronischer Form zur Verfügung gestellt.

II

Diese Allgemeine Verfügung tritt am 1. Januar 2007 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Anordnung über die Erhebung von statistischen Daten in Familiensachen (Allgemeine Verfügung vom 31. Oktober 2005 – II 172/ 1440 – 18b SH – <SchIHA S. 367>) außer Kraft.

Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln in der Sozialgerichtsgerichtsbarkeit

Bek. d. Präs. des SchIHL SG vom 15. November 2006 – 3712 E – 08/06 – (SchIHA 2006 S. 421)

Herrn Rentenberater *Thomas Bresser*, Stamsrieder Weg 1a, 01723 Wilsdruff/ ST Kesselsdorf, ist auf Grund der mir erteilten Ermächtigung vom 1. Juni 1955 (Amtsbl. SH 1955, S. 303) am 15. November 2006 die Erlaubnis zum mündlichen Verhandeln vor den Sozialgerichten Itzehoe, Kiel, Lübeck und Schleswig sowie vor dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht im Rahmen der nach dem Rechtsberatungsgesetz ausgesprochenen Erlaubnis des Präsidenten des Landgerichts Dresden vom 18. September 1997 – E 371 – 3/96 – zur Besorgung fremder

Rechtsangelegenheiten auf den Gebieten der gesetzlichen Rentenversicherung – SGB VI –, der gesetzlichen Krankenversicherung – SGB V –, der gesetzlichen Unfallversicherung – SGB VII – und der sozialen Pflegeversicherung – SGB XI – (ausgenommen jeweils die Angelegenheiten der Leistungserbringer) erteilt worden.

Ungültigkeitserklärung des Amtssiegels eines Notars

Bek. d. MJAE vom 3. November 2006 – II 164/5413 E – 501 (SchIHA 2006 S. 421)

Zwei Amtssiegel (Lacksiegel als Prägesiegel und ein Farbdrucksiegel) des Notars Peter Alnor in Kaltenkirchen sind entwendet worden. Die Siegel hatten einen Durchmesser von 35 mm. In der Mitte des runden Siegels ist das Landeswappen abgebildet. Um das Wappenschild steht beim Lacksiegel die Inschrift „PETER ALNOR NOTAR IN KALTENKIRCHEN“ und beim Farbdrucksiegel die Inschrift „PETER ALNOR · NOTAR IN KALTENKIRCHEN“. Die Amtssiegel haben keine Kennziffer. Sie werden für ungültig erklärt.

Ungültigkeitserklärung von Amtssiegeln eines Notars

Bek. d. MJAE vom 10. November 2006 – II 164/5413 E – 502 (SchIHA 2006 S. 421)

Zwei Amtssiegel (Lacksiegel als Prägesiegel und ein Farbdrucksiegel) des Notars Michael Prox in Kaltenkirchen sind entwendet worden. Die Siegel hatten einen Durchmesser von ca. 35 mm. In der Mitte der runden Siegel ist das Landeswappen abgebildet. Um das Wappenschild steht beim Lacksiegel die Inschrift „MICHAEL PROX NOTAR IN KALTENKIRCHEN“ und beim Farbdrucksiegel die Inschrift „MICHAEL PROX · NOTAR IN KALTENKIRCHEN“. Landeswappen und Inschrift sind jeweils von einer schmalen Kreislinie umrandet. Die Amtssiegel haben keine Kennziffer. Sie werden für ungültig erklärt.

III. Personalnachrichten

MJAE

Ernannt: Zur Regierungsdirektorin: Oberregierungsrätin *Gudrun Bosy-Renders*, Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa.

Zum Justizamtsrat: Justizamtsmann *Olaf König*, Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa.

Zur Regierungsamtfrau: Regierungsoberinspektorin *Claudia Knothe*, Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa.

Zur Justizamtsfrau: Justizoberinspektorin *Mandy Ansorge*, Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa.

Oberlandesgericht

Ernannt: Zur RichterIn am Oberlandesgericht: RichterIn am Landgericht *Heike Mädege*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Justizamtsrat: Justizamtsmann *Jörg Hansen*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig; Justizamtsmann *Reinhard Klapper*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor *Karl-Heinz Jacobi*,

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig; Justizoberinspektor *Thorsten Oehlert*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig; Justizoberinspektor *Thomas Becker*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Justizamtsinspektor mit Zulage: Justizamtsinspektor *Thomas Damm*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Justizamtsinspektor: Justizhauptsekretär *Peter Marxen*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Ersten Justizhauptwachtmeister der BesGr. A 6: Erster Justizhauptwachtmeister *Frank Petersen*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig; Erster Justizhauptwachtmeister *Peter Messer*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Ersten Justizhauptwachtmeister: Justizhauptwachtmeister *Marvin Neumann*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig; Justizhauptwachtmeister *Matthias Alexander*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Zum Justizhauptwachtmeister: Justizoberwachtmeister *Alexander Soll*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Eintritt in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht *Wolfgang Lassen*, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht in Schleswig.

Gerichte

Ernannt: Zum Justizoberamtsrat mit Amtszulage: Justizoberamtsrat *Gunnar Hellmig*, Amtsgericht Flensburg; Justizoberamtsrat *Frank-Joachim Schiemann*, Amtsgericht Mölln.

Zur Justizoberamtsrätin: Justizamtsrätin *Renate Möws*, Amtsgericht Bad Oldesloe.

Zum Justizoberamtsrat: Justizamtsrat *Konrad Stenzel*, Amtsgericht Rendsburg; Justizamtsrat *Wolfgang Mohr*, Amtsgericht Neumünster; Justizamtsrat *Rainer Kindt*, Amtsgericht Husum; Justizamtsrat *Jens Peter Hansen*, Amtsgericht Schleswig.

Zur Justizamtsrätin: Justizamtsfrau *Gabriela Fritsche*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizamtsfrau *Birgit Stropeit*, Amtsgericht Bad Oldesloe; Justizamtsfrau *Sibylle Hußmann*, Amtsgericht Bad Segeberg.

Zum Justizamtsrat: Justizamtsmann *Horst Henschel*, Amtsgericht Geesthacht; Justizamtsmann *Arno Möller*, Amtsgericht Lübeck; Justizamtsmann *Gerd Schwittek*, Amtsgericht Kiel; Justizamtsmann *Peter-Heinrich Martensen*, Landgericht Flensburg; Justizamtsmann *Klaus Hirsch*, Amtsgericht Flensburg; Justizamtsmann *Christian Lehmann*, Landgericht Lübeck.

Zur Justizamtsfrau: Justizoberinspektorin *Andrea Heinrich*, Amtsgericht Lübeck; Justizoberinspektorin *Sabine Bahr*, Amtsgericht Lübeck; Justizoberinspektorin *Sabine Pries*, Amtsgericht Neumünster; Justizoberinspektorin *Nicola Schlizio*, Amtsgericht Eckernförde; Justizoberinspektorin *Gabriele Brederock*, Amtsgericht Plön; Justizoberinspektorin *Melanie Jochimsen*, Landgericht Itzehoe; Justizoberinspektorin *Marianne Schnepel*, Amtsgericht Eutin; Justizoberinspektorin *Grit Schulz*, Landgericht Lübeck.

Zum Justizamtsmann: Justizoberinspektor *Günter Dehnbostel*, Amtsgericht Bad Oldesloe; Justizoberinspektor *Dirk Reimers*, Amtsgericht Kiel; Justizoberinspektor *Reno Kolz*, Landgericht Flensburg; Justizoberinspektor *Marc Bruhn*, Amtsgericht Schleswig; Justizoberinspektor *Michael Breese*, Amtsgericht Flensburg; Justizoberinspektor *Joachim Lüth*, Amtsgericht Neumünster, z. Zt. abgeordnet an den Landesrechnungshof Schleswig-Holstein; Justizoberinspektor *Marc Jühdes*, Landgericht Lübeck.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Annette Bender*, Amtsgericht Lübeck; Justizinspektorin *Christine Burr*, Amtsgericht Neumünster; Justizinspektorin *Britta Götttsch*, Amtsgericht Oldenburg i. H.; Justizinspektorin *Ulrike Zander*, Amtsgericht Reinbek; Justizinspektorin *Maja Bauermeister*, Amtsgericht Itzehoe; Justizinspektorin *Frauke Faber*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizinspektorin *Anja Groß*, Amtsgericht Lübeck; Justizinspektorin *Kathleen Krügel*, Amtsgericht Kiel, z. Zt. abgeordnet an das Amtsgericht Ahrensburg; Justizinspektorin *Melanie Riebe*, Amtsgericht Kiel; Justizinspektorin *Doreen Schönfeld*, Amtsgericht Ratzburg; Justizinspektorin *Sabrina Zellmer*, Amtsgericht Eutin; Justizinspektorin *Maren Graf*, Amtsgericht Lübeck.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *André Hasselmann*, Amtsgericht Kiel; Justizinspektor *Björn Jepsen*, Amtsgericht Flensburg; Justizinspektor *Volker Klemme*, Amtsgericht Kiel, z. Zt.

abgeordnet an das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa in Kiel.

Zur Justizinspektorin: Justizobersekretärin *Melanie Schneider*, Amtsgericht Lübeck; Justizinspektorin z. A. *Jacqueline Zabel*, Amtsgericht Lübeck.

Zum 1.11.2006 zur Sozialoberinspektorin: Sozialinspektorin *Marietta Stenzen*, Landgericht Kiel.

Zur/m Justizamtsinspektor/in mit Zulage: Justizamtsinspektor *Stefan Hamann*, Landgericht Flensburg; Justizamtsinspektor *Norbert Treske*, Landgericht Kiel; Justizamtsinspektor *Burkhard Kell*, Amtsgericht Meldorf; Justizamtsinspektorin *Kerstin Karst*, Amtsgericht Lübeck.

Zur/m Justizamtsinspektor/in: Justizhauptsekretär *Holger Thomsen*, Amtsgericht Husum; Justizhauptsekretärin *Cornelia Friedrichsen*, Amtsgericht Niebüll; Justizhauptsekretär *Karsten Peters*, Amtsgericht Neumünster; Justizhauptsekretärin *Brigitte Frank*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizhauptsekretärin *Martina Trautsch*, Landgericht Itzehoe; Justizhauptsekretärin *Karen Steiger*, Amtsgericht Elmshorn; Justizhauptsekretärin *Christiane Böing*, Amtsgericht Elmshorn; Justizhauptsekretär *Andreas Donat*, Landgericht Lübeck; Justizhauptsekretärin *Birgit Güder*, Amtsgericht Oldenburg i. H.; Justizhauptsekretär *Siegfried Negel*, Amtsgericht Eutin; Justizhauptsekretärin *Beate Wendorf*, Amtsgericht Lübeck.

Zum Obergerichtsvollzieher mit Zulage: Obergerichtsvollzieher *Wulff-Peter Riemke*, Amtsgericht Bad Segeberg; Obergerichtsvollzieher *Harald Wulf*, Amtsgericht Norderstedt; Obergerichtsvollzieher *Franz Klapproth*, Amtsgericht Kiel; Obergerichtsvollzieher *Bernd von Pessel*, Amtsgericht Meldorf; Obergerichtsvollzieher *Wilfried Krüger*, Amtsgericht Meldorf.

Zur/m Obergerichtsvollzieher/in: Gerichtsvollzieherin *Heike Hansen*, Amtsgericht Niebüll; Gerichtsvollzieher *Günter Müller*, Amtsgericht Flensburg; Gerichtsvollzieherin *Angela Haase*, Amtsgericht Norderstedt; Gerichtsvollzieher *Thomas Maul*, Amtsgericht Bad Segeberg; Gerichtsvollzieher *Jörg Mordhorst*, Amtsgericht Kiel; Gerichtsvollzieher *Bernd Schuhmacher*, Amtsgericht Kiel; Gerichtsvollzieher *Jens Wegner*, Amtsgericht Meldorf; Gerichtsvollzieherin *Ulrike Wieck*, Amtsgericht Itzehoe; Gerichtsvollzieherin *Andrea Johansson*, Amtsgericht Oldenburg i. H.; Gerichtsvollzieher *Andreas Schomann*, Amtsgericht Ahrensburg.

Zur/m Gerichtsvollzieher/in: Justizhauptsekretärin *Britta Timmann*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretär *Carsten Buttler*, Amtsgericht Rendsburg; Justizobersekretärin *Gabriele Kruse*, Amtsgericht Schwarzenbek.

Zur/m Justizhauptsekretär/in: Justizobersekretärin *Monika Bendsen*, Amtsgericht Husum; Justizobersekretärin *Anke Riskowski*, Amtsgericht Kappeln; Justizobersekretärin *Andrea-Susann Sig-nus*, Amtsgericht Flensburg; Justizobersekretär *Hans-Heinrich Evers*, Amtsgericht Husum; Justizobersekretär *Horst Hennings*, Landgericht Kiel; Justizobersekretärin *Sabine Green*, Amtsgericht Rendsburg; Justizobersekretär *Thomas Lüth*, Landgericht Kiel; Justizobersekretär *Peter Weber*, Amtsgericht Neumünster; Justizobersekretärin *Ute Frankenstein*, Amtsgericht Kiel; Justizobersekretärin *Kristina Gundlach*, Amtsgericht Pinneberg; Justizobersekretärin *Merle Schürmann*, Landgericht Itzehoe; Justizobersekretärin *Andrea Schütt-Schrader*, Amtsgericht Elmshorn; Justizobersekretärin *Sabine Freiwald*, Amtsgericht Itzehoe; Justizobersekretär *Heinz Kutrieb*, Amtsgericht Oldenburg i. H.; Justizobersekretärin *Dörte Groß*, Amtsgerichts Oldenburg i. H.; Justizobersekretär *Matthias Pommer*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizobersekretärin *Anke Kruse-Gehlhaar*, Amtsgericht Lübeck; Justizobersekretärin *Judith Neumann-Pünner*, Amtsgericht Lübeck.

Zur/m Justizobersekretär/in: Justizsekretär *Dirk Wistop*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizsekretärin *Kathrin Ost*, Amtsgericht Flensburg; Justizsekretärin *Anja Wettberg*, Amtsgericht Norderstedt; Justizsekretärin *Jeannine Becker*, Amtsgericht Norderstedt; Justizsekretärin *Daniela Goos*, Amtsgericht Norderstedt; Justizsekretärin *Barbara Ratai*, Amtsgericht Flensburg; Justizsekretärin *Stefanie Bedau*, Amtsgericht Ahrensburg; Justizsekretärin *Nina Panizzi*, Amtsgericht Kiel; Justizsekretärin *Britta Thomas*, Amtsgericht Oldenburg i. H.; Justizsekretärin *Birte Thiesen*, Amtsgericht Schleswig; Justizsekretärin *Kirstin Heller*, Amtsgericht Flensburg; Justizsekretärin *Tonia Freytag*, Amtsgericht Lübeck; Justizsekretärin *Meike Bichel*, Amtsgericht Pinneberg; Justizsekretärin *Liane Borchers*, Amtsgericht Plön; Justizsekretär *Timo Bartelt*, Amtsgericht Plön; Justizsekretärin *Britta Scheffler*, Amtsgericht Rendsburg.

Zum Justizsekretär: Erster Justizhauptwachmeister *Thomas Domann*, Amtsgericht Pinneberg.

Zur/m Ersten Justizhauptwachmeister/in der BesGr. A 6: Erster Justizhauptwachmeister *Jörg Jürgensen*, Amtsgericht Niebüll; Erster Justizhauptwachmeister *Frank Jürgensen*, Landgericht Flensburg; Erster Justizhauptwachmeister *Fred Laue*, Amtsgericht Husum; Erster Justizhauptwachmeister *Thorwald Domburg*, Amtsgericht Norderstedt; Erster Justizhauptwachmeister *Uwe Dau*, Amtsgericht Kiel; Erster Justizhauptwachmeister *Rüdiger Korbmacher*, Amtsgericht Bad Segeberg; Erster Justizhauptwachmeister *Gunther Komm*, Amtsgericht Pinneberg; Erster Justizhauptwachmeister *Stephan Opelt*, Amtsgericht Reinbek; Erster Justizhauptwachmeister *Sven Müller*, Landgericht Lübeck; Erste Justizhauptwachmeisterin *Silke Röhrs*, Amtsgericht Lübeck.

Zur/m Ersten Justizhauptwachmeister/in: Justizhauptwachmeister *Dirk Bobeth-Wagner*, Landgericht Itzehoe; Justizhauptwachmeister *Simon Gieselmann*, Amtsgericht Kappeln; Justizhauptwachmeister *Norbert Hirsch*, Amtsgericht Neumünster; Justizhauptwachmeister *Andreas Möller*, Amtsgericht Plön; Justizhauptwachmeister *Michael Oertel*, Amtsgericht Bad Segeberg; Justizhauptwachmeister *Karsten Storm*, Amtsgericht Kiel; Justizhauptwachmeister *Stefan Hallmann*, Amtsgericht Pinneberg; Justizhauptwachmeister *Guido Mörke*, Amtsgericht Elmshorn; Justizhauptwachmeister *Kersten Warneke*, Amtsgericht Bad Oldesloe; Justizhauptwachmeister *Uwe Edens*, Amtsgericht Schwarzenbek; Justizhauptwachmeisterin *Sabine Dahms*, Landgericht Lübeck.

Zur/m Justizhauptwachmeister/in: Justizoberwachmeister *Thorsten Roggensack*, Amtsgericht Kiel; Justizoberwachmeister *Christoph Ohrt*, Amtsgericht Norderstedt; Justizoberwachmeister *Dennis Stegmann*, Amtsgericht Eutin; Justizoberwachmeisterin *Nadine Schlöter*, Landgericht Flensburg; Justizoberwachmeister *Brian Surrey*, Amtsgericht Husum; Justizoberwachmeister *Jochim Böttcher*, Landgericht Kiel; Justizoberwachmeister *Andreas Sell*, Landgericht Kiel.

Versetzt: Justizamtmann *Olaf König* vom Landgericht Kiel an das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein in Kiel; Justizamtfrau *Monika Hoffmann* vom Amtsgericht Neumünster an das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein in Kiel; Justizoberinspektor *Bernd Petersen* vom Amtsgericht Kappeln an das Schleswig-Holsteinische Oberverwaltungsgericht in Schleswig; Justizoberinspektor *Klaus-Peter Schink* vom Amtsgericht Eckernförde an das Sozialgericht Schleswig; Justizinspektorin z. A. *Melanie Koch* vom Landgericht Itzehoe an das Amtsgericht Braunschweig; Justizinspektorin z. A. *Jacqueline Zabel* vom Amtsgericht Pinneberg an das Amtsgericht Lübeck; Justizoberinspektor *Torsten Biß* vom Amtsgericht Kiel an das Amtsgericht Bad Schwartau; Justizinspektor *Tobias Stankovsky* vom Amtsgericht Kiel an das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in Schleswig; Justizinspektorin z. A. *Maike Isensee* vom Amtsgericht Kiel an das Amtsgericht Eckernförde; Justizinspektorin z. A. *Sandra Jehsert* vom Amtsgericht Kiel an das Amtsgericht Plön; Justizinspektorin z. A. *Christin Dammann* vom Amtsgericht Kiel an das Amtsgericht Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Präsident des Amtsgerichts *Thomas Krull*, Amtsgericht Kiel; Richterin am Landgericht *Frauke Mitteis-Ripken*, Landgericht Flensburg; Justizamtfrau *Bri-gitta Griephan*, Amtsgericht Eutin; Justizamtsrätin *Christa Kleinschmidt*, Amtsgericht Flensburg; Justizamtsrätin *Uta-Renate Jüttner*, Amtsgericht Pinneberg; Justizamtsrätin *Uta Asmussen*, Amtsgericht Oldenburg i. H.

Eintritt in den Ruhestand: Richter am Amtsgericht *Einhart Roedel*, Amtsgericht Kiel; Justizamtsrat *Peter Iwen*, Amtsgericht Kiel; Justizoberamtsrätin *Signe Brandt*, Amtsgericht Lübeck.

Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zur Richterin am Landessozialgericht: Richterin am Sozialgericht *Renate Daumann*, Schleswig-Holsteinisches Landessozialgericht in Schleswig.

Zum Richter am Sozialgericht – als der ständige Vertreter der Direktorin oder des Direktors –: Richter am Verwaltungsgericht *Eckard Pawelzik*, Sozialgericht Schleswig.

Finanzgerichtsbarkeit

Ernannt: Justizamtfrau: Justizoberinspektorin *Katrin Oetken* (zum 01.12.2006).

Versetzung in den Ruhestand: Vizepräsident des Finanzgerichts *Dr. Hanns-Reimer Koch*, Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht Kiel.

Schl. Holst. Oberverwaltungsgericht

Ernannt: Zur Justizobersekretärin: Justizsekretärin *Bianca Wenderoth*, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht.

Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Staatsanwältin: Richterin *Anabel Bick*, Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Zum Leitenden Oberstaatsanwalt: Oberstaatsanwalt *Wolfgang Zepfer*, Staatsanwaltschaft Itzehoe.

Zum Oberstaatsanwalt: Staatsanwalt *Burger Lux*, Staatsanwaltschaft Kiel.

Zur Staatsanwältin: Richterin *Sarah Führer*, Staatsanwaltschaft Itzehoe.

Versetzt: Oberstaatsanwalt *Axel Bieler* (z. Zt. abgeordnet an das MJAE) von der Staatsanwaltschaft Lübeck an die Staatsanwaltschaft Kiel.

Versetzung in den Ruhestand: Justizhauptsekretär *Wolfgang Brumm*, Staatsanwaltschaft Flensburg.

Eintritt in den Ruhestand: Oberstaatsanwältin *Roswitha Tischer*, Staatsanwaltschaft Lübeck.

Vollzugsanstalten

Ernannt: Zum 1.11.2006 zur Regierungsrätin: Regierungsrätin z. A. *Uta Podein*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Zum 1.11.2006 zur/m Justizobersekretär/in: Justizobersekretärin z. A. *Doreen Neumeister*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A.; *Dennis Siefert*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Daniel Rogge*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Zum 1.11.2006 zur/m Justizhauptsekretär/in: Justizobersekretärin *Carola Schütt*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Thomas Esrom*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Jörg Bartsch*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Lothar Volmert*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Wolfgang Kotyrba*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Torsten Hammling*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Andreas Pomper*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Patrick Hacker*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Jens Brede*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Marc Füllner*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär *Henning Voß*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Zum 1.11.2006 zur/m Justizamtsinspektor/in: Justizhauptsekretärin *Silke Peschke*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretärin *Gabriele Goth*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Alfred Nowak*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Manfred Mazassek*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Bernd Eggert*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Bernhard Desler*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Carsten Bruhn*, Jugendanstalt Schleswig.

Versetzung in den Ruhestand: Mit Ablauf September 2006: Justizamtsinspektor *Peter Bekker*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Notare

Notaramt erloschen: *Hans-Jürgen Meyer*, Flensburg; *Wolfgang Martens*, Kiel; *Paul Martin Rossa*, Schwarzenbek; *Rainer Rolf Bröckers*, Kiel.

IV. Ausschreibungen

I. Bek. d. MJAE vom 5. Dezember 2006 – II 162/5112 Ea – 1721 – (SchlHA 2006 S. 424)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht – als die ständige Vertreterin oder der ständige Vertreter der Direktorin oder des Direktors – bei dem Amtsgericht Pinneberg,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 mit Zulage für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt als Gruppenleiterin oder Gruppenleiter bei einer Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel,
- 1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck.

Die Ausschreibung der planmäßig zu besetzenden Stelle der BesGr. R 1 bei der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe im staatsanwaltschaftlichen Dienst.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchlHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Januar 2007. Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

II. Bek. d. Präs. d. SchlHOLG vom 27. November 2006
– 5112 Eb – 46 –
(SchlHA 2006 S. 424)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

- 1 Stelle der BesGr. A 11 BBesO für eine Justizamtfrau oder einen Justizamtmann (als Bezirksrevisorin oder Bezirksrevisor) bei dem Landgericht Kiel. Die Anforderungen und Aufgaben ergeben sich aus der AV des MJF vom 20. August 2002 – II 421/2332 – 6 – (SchlHA 2002 S. 205) über die „Bestellung und Aufgaben der Bezirksrevisorinnen und Bezirksrevisoren bei den Landgerichten in Schleswig-Holstein“.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchlHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchlHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Januar 2007.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

V. Entscheidungen Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB §§ 121, 270 I, III, 286 IV

Ein Verzug des Schuldners tritt nicht ein, wenn er nur deswegen verspätet zahlt, weil er zunächst die Rückabwicklung einer vom Gläubiger zu vertretenden Fehlüberweisung abwartet.

SchlHOLG, 4. Zivilsenat, Urteil vom 21. Dezember 2004 – 4 U 113/05 –, Rü.

Die Klage richtete sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem Anerkenntnisurteil. Der Kl. war zur Zahlung von 150 000 DM an den Bekl. verurteilt worden. Da er diesen Betrag nicht aufbringen konnte, schlossen die Parteien eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung, nach der der Kl. zur Abgeltung aller gegenseitigen Ansprüche 20 000 Euro in Raten bis zum 31. Dezember 2003 an den Bekl. zu zahlen hatte. Die Vereinbarung sollte ihre Gültigkeit bei Zahlungsverzug des Kl. verlieren.

Der Kl. zahlte die Raten zunächst mit einigen einvernehmlichen Unregelmäßigkeiten bar an den Bekl. Die letzte Rate in Höhe von 1875 Euro zahlte der Kl. am 31. Dezember 2003 durch Baranweisung auf ein Konto bei der Postbank, dessen Kontonummer der Bekl. auf der Rückseite der Vereinbarung notiert hatte und das zum Zeitpunkt der Einzahlung nicht mehr existierte.

Mit Einschreiben vom 5. Januar 2004, das der Kl. jedoch in der Folgezeit nicht abforderte, benachrichtigte der Beklagtenvertreter den Kl., dass der Bekl. die letzte Rate nicht erhalten habe und forderte ihn auf, die gesamte Restforderung aus dem Anerkenntnisurteil bis zum 12. Januar 2004 auf eines seiner im Schreiben angegebenen Konten zu überweisen. Auf ein zweites Schreiben des Beklagtenvertreters vom 13. Januar 2004 hin übersandte der Kl. mit Telefax-Schreiben vom 14. Januar 2004 eine Kopie des Einzahlungsbeleges.

Nachdem der Bekl. hatte aufklären können, dass die Überweisung nicht bei ihm eingegangen war, weil der Kl. die letzte Rate auf das nicht mehr existierende Konto überwiesen hatte, forderte er ihn mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 23. Januar 2004 unter Angabe der neuen Kontonummer auf, nunmehr die letzte Rate unverzüglich zu überweisen. Der Kl. stellte am 24. Januar 2004 einen Nachforschungsauftrag bei der Bank über den Verbleib seiner Einzahlung und teilte dies auch dem Bekl. mit Schreiben vom 2. Februar 2004 mit. Hierauf erklärte der Bekl. mit Schreiben vom 3. Februar 2004 die fristlose Kündigung der vollstreckungsbeschränkenden Ratenzahlungsvereinbarung.

Die Postbank informierte den Kl. durch Schreiben vom 31. Januar 2004 darüber, dass der Betrag bereitliege und bat ihn zur ordnungsgemäßen Buchung um die Mitteilung der eigenen Bankverbindung oder um die Bankverbindung des ursprünglich vorgesehenen Empfängers. Am Montag, dem 9. Februar 2004, erfolgte die Wertstellung der

Rückzahlung auf das Konto des Kl. Am 10. Februar 2004 überwies der Kl. den Betrag an den Bekl. Der Betrag wurde am 13. Februar 2004 vom Konto des Kl. abgebucht und ging am 17. Februar 2004 auf dem Konto des Bekl. ein.

Der Bekl. betrieb in der Folgezeit die Zwangsvollstreckung aus dem Anerkenntnisurteil.

Das Landgericht wies die Klage mit im Wesentlichen der Begründung ab, der Kl. sei mit der Zahlung der letzten Rate in Verzug geraten, als er auf das Schreiben des Beklagtenvertreters vom 23. Januar 2004 nicht unverzüglich geantwortet habe, da ihm spätestens zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei, dass die Überweisung den Bekl. nicht erreicht habe.

Die Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen

...

Die Zwangsvollstreckung aus dem Anerkenntnisurteil des Landgerichts Lübeck ... ist unzulässig. Die titulierte Forderung des Bekl. ist in Höhe von 20 000 Euro erfüllt, der darüber hinaus gehende Betrag wurde dem Kl. aufgrund der vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarung der Parteien vom 11. April 2004 erlassen. Diese Vereinbarung hat ihre Gültigkeit nicht nach Ziffer 4 verloren, da der Kl. mit der Zahlung der letzten Rate nicht in Verzug gekommen ist.

a) Der Kl. hat die Verzögerung der Leistung nach § 286 Abs. 4 BGB nicht zu vertreten. Nach dieser Vorschrift tritt Verzug nicht ein, solange ein unverschuldetes Leistungshindernis vorliegt

(Staudinger/Löwisch, Kommentar zum BGB, §§ 255–304, 2004, § 286 Rn. 130).

aa) Ein solches Leistungshindernis hat der Bekl. gesetzt, indem er es versäumte, dem Kl. gesicherte Kenntnis von der Kontoänderung zu verschaffen. Der Bekl. hat den Beweis nicht erbracht, dass das Schreiben vom 28. November 2003, in dem er dem Kl. die Kontoänderung mitgeteilt haben will, diesem zugegangen ist. Denn der Beweis des Zugangs eines Briefes kann nicht durch den

Beweis erbracht werden, dass der Brief abgeschickt worden ist. Es besteht für Postsendungen kein Anscheinsbeweis, dass eine zur Post gegebene Sendung den Empfänger auch erreicht

(BGH NJW 1964, 1176; BAG NJW 1961, 2132).

Zudem wäre es auch nicht plausibel, wenn der Kl., dem aus eigenem wirtschaftlichen Interesse an der Einhaltung der Verpflichtung gelegen war, in Kenntnis der neuen Kontonummer, die letzte Rate auf das nicht mehr existierende alte Konto überwiesen hätte. Auch dies spricht gegen den Zugang des o. a. Schreibens.

bb) Der Kl. war entgegen der Auffassung des Bekl. auch berechtigt, auf das angegebene Konto zu überweisen. Zwar enthält die Ratenzahlungsvereinbarung keine Regelung über die Zahlungsweise. Grundsätzlich ist der Schuldner jedoch berechtigt, auf ein vom Gläubiger angegebenes Konto mit befreiender Wirkung zu zahlen

(Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 362 Rn. 8).

Der Bekl. trägt auch nicht vor, warum trotz Angabe seiner Kontonummer eine Überweisung nicht als Erfüllung im Rahmen der getroffenen Vereinbarung gelten sollte. Er hat im Gegenteil durch die Angabe der Kontonummer Umstände herbeigeführt, die auf seine Einwilligung zur Überweisung schließen lassen.

Der Kl. hätte sein Recht auf Zahlung durch Überweisung auch nicht dadurch verwirkt, dass er in der Vergangenheit stets bar gezahlt hat. Der Kl. hat vorgetragen, dass die Vereinbarung einer Überweisung für Ausnahmefälle getroffen worden ist. Der Bekl. konnte deshalb nicht darauf vertrauen, dass der Kl. von der Möglichkeit der Überweisung keinen Gebrauch machen würde. Dass ein solches Vertrauen auch tatsächlich nicht bestand, ergibt sich aus der Behauptung des Bekl., er habe dem Kl. seine neue Kontonummer übermittelt. Deren Mitteilung wäre überflüssig gewesen, wenn die Parteien eine Erfüllung durch Überweisung ausgeschlossen hätten.

cc) Der Kl. durfte auch auf die Gültigkeit der Kontonummer vertrauen. Hat der Gläubiger dem Schuldner ein Konto genannt, so darf er im Vertrauen auf diese Angabe auf das Konto leisten

(Staudinger/Schmidt, Kommentar zum BGB, §§ 244–248, Geldrecht, 1997, Vorbem. zu §§ 244ff., Rn. C 47).

Hier sind keine Umstände ersichtlich, nach denen der Kl. davon ausgehen musste, dass das Konto nicht mehr existierte. Auch war der Kl. nicht wegen Zeitablaufs verpflichtet, die Gültigkeit der Kontonummer zu überprüfen, da er nicht davon ausgehen musste, dass das Konto innerhalb eines Jahres aufgelöst würde. Zudem war ihm die Kontonummer nicht in einem vertragsfremden Zusammenhang genannt worden.

b) Der Kl. ist entgegen der Auffassung des Bekl. auch nicht bereits durch das Einschreiben des Prozessbevollmächtigten des Bekl. vom 5. Januar 2004 in Verzug geraten, denn das Schreiben ist ihm nicht zugegangen. Eine verzugsbegründende Wirkung erfolgte auch nicht rückwirkend nach § 242 BGB mit Zugang dessen zweiten Schreibens vom 13. Januar 2004. Aus beiden Schreiben ergab sich für den Kl. noch keine Leistungspflicht, denn der Sachverhalt war noch nicht ausreichend aufgeklärt und er konnte noch davon ausgehen, mit erfüllender Wirkung geleistet zu haben. Bei unverschuldeter Ungewissheit des Schuldners über das Bestehen einer Verbindlichkeit tritt Verzug aber erst ein, wenn die Ungewissheit behoben ist

(Staudinger/Löwisch, aaO, § 286 Rn. 166).

Dem Kl. kann auch nicht vorgeworfen werden, das Einschreiben vom 5. Januar 2004 nicht von der Post abgeholt und deshalb erst verspätet Kenntnis von der fehlgeleiteten Überweisung erhalten zu haben. Holt der Empfänger ein abholberechtigtes Einschreiben trotz ordnungsgemäßer Benachrichtigung nicht bei der Post ab, muss sich der Empfänger nur dann nach § 242 BGB so behandeln lassen, als sei der Zugang erfolgt, wenn er mit dem Eingang einer rechtserheblichen Erklärung rechnen musste

(Palandt-Heinrichs, aaO, § 130, Rn. 18).

Diese Voraussetzung liegt nicht vor, da der Kl. davon ausgehen durfte, mit der Einzahlung am 31. Dezember 2003 alles seinerseits Erforderliche zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit getan zu haben.

Der Kl. hat in Folge des Schreibens vom 13. Januar 2004 auch unverzüglich alles zu diesem Zeitpunkt Notwendige zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen, indem er dem Bekl. eine Kopie des Einzahlungsbeleges übersandte. Zu diesem Zeitpunkt war er zu keiner weitergehenden Tätigkeit verpflichtet.

c) Der Kl. ist auch nicht in Folge des Schreibens vom 23. Januar 2004 in Verzug geraten. Der Senat folgt nicht der Ansicht des Landgerichts, mit Mitteilung der neuen Kontonummer durch Schreiben

des Prozessbevollmächtigten des Bekl. vom 23. Januar 2004 sei das Leistungshindernis i. S. v. § 286 Abs. 4 BGB entfallen.

Mit Zugang des Schreibens vom 23. Januar 2004 hatte der Kl. noch keine Gewissheit über den Verbleib des Betrages. Das Risiko einer Doppelzahlung musste der Kl. aber nicht tragen. Zwar trägt nach § 270 Abs. 1 BGB grundsätzlich der Schuldner die Verlustgefahr. Dies gilt aber nicht ausnahmslos, so hat gem. § 270 Abs. 3 BGB der Gläubiger die Gefahr zu tragen, falls diese sich nachträglich in Folge der dort genannten Fälle erhöht. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass es unangemessen wäre, den Schuldner für Gefahren aus der Risikosphäre des Gläubigers haften zu lassen. Dieser sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleitende Gedanke führt dazu, dass der Schuldner nicht für Gefahren der Geldübermittlung haftet, die durch das Verhalten des Gläubigers verursacht worden sind

(BFH WM 1988, 252, 253; Palandt-Heinrichs, aaO, § 270, Rn. 10M Staudinger/Schmidt, aaO, Rn. C 23).

d) Der Bekl. kann sich auch nicht darauf berufen, jedenfalls nach Eingang des Schreibens der Postbank vom 31. Januar 2004 hätte der Kl., da er nun sicher sein konnte, dass der fehlgeleitete Betrag aufgefunden worden war, d. h. die Gefahr einer Doppelzahlung nicht mehr bestand, unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, und nicht erst am 10. Februar 2004 die letzte Rate zahlen müssen.

aa) Zum einen erscheint problematisch, ob nicht in Anbetracht der Tatsache, dass das Schreiben der Postbank vom 31. Januar 2004, einem Sonnabend, dem Kl. nicht vor dem 3. Februar 2004 zugegangen sein dürfte, die dazwischen liegende Zeitspanne ohnehin noch i. S. d. § 121 BGB als „unverzüglich“ anzusehen ist. Denn die erforderliche Auslegung des § 121 BGB ergibt sich aus den Umständen des jeweiligen Einzelfalles, so auch den zu Grunde liegenden Interessen. So gelten beispielsweise im Kfz-Haftpflichtversicherungsrecht bezüglich der „unverzüglichen“ Unfallanzeige aus Beweissicherungsgründen kürzere Fristen als in Fällen, in denen dem Grunde nach an der zu erbringenden Leistung von keiner Partei Zweifel bestehen. Generell soll jedenfalls zwei Wochen nach Wegfall des Leistungshindernisses diese Frist überschritten sein

(vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, § 121 Rn. 3).

Hier liegt jedoch zwischen Zugang des Schreibens vom 31. Januar 2004 und der Überweisung am 10. Februar 2004 nur eine Zeitspanne von einer Woche.

bb) Zum anderen ist dem Kl. auch nicht vorzuwerfen, zunächst den Eingang des Geldes auf seinem Konto abgewartet zu haben und nicht sogleich, nachdem die Gefahr der Doppelzahlung weggefallen war, von sich aus erneut den noch offenen Betrag an den Bekl. überwiesen zu haben. Der Kl. hat dazu glaubhaft ausgeführt, er habe den Eingang des Geldes abwarten müssen, da er nicht über weitere Barmittel verfügt habe. Zwar hat der Schuldner nach allgemein anerkanntem Grundsatz für seine finanzielle Leistungspflicht einzustehen. Im vorliegenden Fall ist es dem Bekl. aber verwehrt, sich auf diesen Grundsatz zu berufen, da das Unvermögen des Kl. zur Zahlung aus der Risikosphäre des Bekl. stammt und unmittelbar auf den (falsch gewordenen) Angaben des Bekl., mithin auf von diesem zu vertretenden Umständen beruhte, § 242 BGB.

cc) Zur Begründung eines schuldhaften Zögerns i. S. d. § 121 BGB reicht ebenfalls nicht aus, dass der Kl. auf das Schreiben der Postbank vom 31. Januar 2001 insofern nicht reagierte, als er dort nicht als Zahlungsempfänger der fehlgeleiteten Überweisung den Bekl. angab. Zum einen hat der Kl. in seiner persönlichen Anhörung erklärt, er sei in Anbetracht seiner Angaben im Nachforschungsauftrag davon ausgegangen, nun nicht mehr weiter tätig werden zu müssen. Zum anderen wäre dem Kl. auch zuzubilligen gewesen, erst einmal „auf Nummer sicher zu gehen“ und den tatsächlichen Eingang des Geldes wieder auf seinem Konto abzuwarten, nachdem schon eine Überweisung fehlgeschlagen war. Zudem ist auch für einen Laien nicht nachvollziehbar, dass sich aus dieser Verfahrensweise für ihn Nachteile ergeben könnten, stand doch gar nicht in Frage, dass der Betrag sofort, wie auch geschehen, an den Bekl. weiter überwiesen werden würde. Das Verhalten des Kl. war ersichtlich auf unmittelbare Erfüllung der Leistung gerichtet.

Ebenfalls ist unter diesem Aspekt maßgeblich zu würdigen, dass die Kausalkette, die zum verzögerten Eingang der letzten Rate beim Bekl. führte, von diesem durch die Angabe der falschen Kontonummer und nicht etwa vom Kl. in Gang gesetzt wurde. Demgegenüber fällt die Entscheidung des Kl., nach Aufklärung der Sachlage die noch offene Restzahlung über sein Konto abzuwickeln, nicht ins Gewicht, zumal durch diese geringfügige Verzö-

gerung die Interessen des Bekl. nicht wesentlich verletzt wurden (vgl. zu letzterem auch OLGReport Düsseldorf 2001, 364, 365).

Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass auch bei den vorangegangenen Ratenzahlungen einvernehmlich eine unregelmäßige Zahlungsweise erfolgte, der Kl. zudem sämtliche Raten zuvor beglichen hatte und er auch die letzte Rate am 31. Dezember 2003 fristgerecht anwies. ...

BGB §§ 280, 611, 628, 675,

- 1. Ein Anwaltsmediator, der im Rahmen der Mediation einen eigenen Vorschlag unterbreitet (hier zur Unterhaltsberechnung), haftet für die rechtliche Richtigkeit des Vorschlages nicht in gleicher Weise wie ein für eine Partei beratend tätig werdender Rechtsanwalt.**
- 2. § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB ist auf einen Vertrag über eine Anwaltsmediation anwendbar. Der Anwaltsmediator behält seinen Vergütungsanspruch auch, wenn eine der Parteien den Mediationsvertrag kündigt, weil sie einen Vorschlag des Mediators für rechtlich falsch hält.**

AG Lübeck, Urteil vom 29. September 2006 – 24 C 1853/06 –, LÖ.

Die Parteien streiten um einen Zahlungsanspruch aus einem Mediationsvertrag. Die Kl. sind Rechtsanwälte und bieten u.a. auch außergerichtliche Mediation an. Der Bekl. wandte sich mit seiner ehemaligen Lebenspartnerin, Frau H., mit der er einen Partnerschaftsvertrag geschlossen hatte, an den Kl. zu 1) zur Durchführung einer Mediation. Man einigte sich auf eine Vergütung von 150 € pro Stunde, zuzüglich Mehrwertsteuer.

Nachdem die Kostenrechnung für eine erste Mediationssitzung von dem Bekl. und Frau H. ohne Beanstandung beglichen worden war, kam es am 30.11.2005 in der Zeit von 15 bis 18 Uhr zu einer weiteren Mediationssitzung in der es auch um Unterhaltsansprüche gehen sollte. An der Sitzung nahmen, wie auch an der vorangegangenen Sitzung, keine Rechtsanwälte als Parteivertreter teil. Zur Vorbereitung der Sitzung überließ der Bekl. dem Kl. Steuerbescheide für die Jahre 2002 bis 2004.

Mit Schreiben vom 7. Dezember 2005 stellte der Kl. dem Bekl. und Frau H. die Ergebnisse der Sitzung dar. Unter Ziffern 1. bis 3. formulierte der Kl. die Ergebnisse zu Erbschafts-, Zugewinnausgleichs- und Versorgungsausgleichsfragen. Unter Ziff. 4 des Schreibens legte der Kl. seine „Rechtsauffassung“ bezüglich des zu zahlenden Unterhalts dar. Dabei stellte der Kl. eine Unterhaltsberechnung vor, die auf den vorliegenden Einkommensteuerbescheiden des Bekl. beruhten sollte und rechnet konkrete Unterhaltszahlungen für die aus der Beziehung des Bekl. mit Frau H. stammenden Kinder und hinsichtlich des Vorsorgeunterhaltes aus.

Beigefügt war die Kostenrechnung des Kl. vom 7. Dezember 2005, nach der der Kl. für 3 Stunden à 150 € 450 € Vergütung verlangte, zuzüglich Auslagenpauschale in Höhe von 20,00 € und Mehrwertsteuer, insgesamt 545,20 €. Streitgegenständlich ist davon die Hälfte, ein Betrag von 272,60 €.

Nach Erhalt des Schreibens verlangte der Bekl. auch unter Einschaltung seiner Prozessbevollmächtigten eine Abänderung der Unterhaltsberechnung und lehnte die Durchführung weiterer Mediationssitzungen ab.

Der Kl. nahm keine Abänderung der Berechnung vor und mahnte mit Schreiben vom 28.12.2005 unter Fristsetzung auf den 12.1.2006 die Begleichung der Rechnung an.

Die Klage hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Die Klage ist begründet, den Kl. steht gegen den Bekl. ein Anspruch auf Zahlung von 272,60 € aus dem Mediationsvertrag zu. Ein mit einem Rechtsanwalt geschlossener Vertrag über die Durchführung einer Mediation ist ein Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB. Er ist auch als Mediationsvertrag eine besondere Form des Anwaltsvertrages, was sich aus der Erwähnung der Mediation in § 34 Abs. 1 Satz 1 RVG ergibt.

Der Mediationsvertrag wurde zwischen den Parteien unstreitig mündlich geschlossen, mit einer Stundenlohnvereinbarung über 150 € pro Stunde.

Die Vereinbarung einer Zeitvergütung ist nicht etwa wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG unwirksam. Danach bedürfen Vergütungsvereinbarungen, durch die eine höhere als die gesetzliche Vergütung gefordert wird, der Schriftform. Eine feststellbare gesetzliche Vergütung nach Gebührensätzen gibt es für Mediationsvereinbarungen mit Anwälten jedoch nicht. Vielmehr bestimmt § 34 Abs. 1 Satz 2 RVG, dass ein Rechtsanwalt Gebühren nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes erhält, soweit keine besondere Vereinbarung getroffen wird. Das ist so zu verstehen, dass gemäß § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung auch als gesetzliche Vergütung anzusehen ist. Eine schriftliche Vergütungsvereinbarung im Rahmen der Mediation ist danach nur dann notwendig, wenn eine höhere als die für eine Mediation übliche Vergütung vereinbart werden soll

(vgl. Gerold/Schmidt/Mardert, § 34 RVG Rn. 106).

Die abgesprochene Vergütungshöhe von 150 € je Stunde ist nach Auffassung des Gerichtes als übliche Vergütung für eine Anwaltsmediation anzusehen. Soweit im Anwaltsbereich Ver-

gütungsvereinbarungen für die anwaltliche Interessenvertretung geschlossen werden, bewegen sich die Stundensätze sehr häufig im Bereich um 200 €. Für eine Vereinbarung über eine anwaltliche Mediation kann nach Auffassung des Gerichtes nichts anderes gelten. Die Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e.V. schlägt Sätze zwischen 150 € und 300 € je Stunde vor

(Hort in Handbuch Mediation § 32 Rn. 16).

Angesichts dieser Bewertung bewegt sich die hier getroffene Vereinbarung im Rahmen des Ortsüblichen.

Die Mediation, deren Bezahlung verlangt wird, hat am 30.11.2005 in der Zeit von 15 bis 18 Uhr stattgefunden, mithin über eine Zeitdauer von 3 Stunden. Die Gebührenrechnung der Kläger vom 7. Dezember 2005 entspricht damit den Tatsachen. Die Postpauschale ergibt sich aus Ziff. 7002 VV RVG.

Der Bekl. kann zunächst nicht mit dem Einwand durchdringen, die Kosten seien zumindest zur Hälfte von Frau H. bereits bezahlt worden. Denn der Kl. verlangt ohnehin nur die Hälfte der Gesamtrechnung. Dieser Betrag ist auch im Hinblick auf § 7 Abs. 2 RVG jedenfalls durch den Bekl. zu bezahlen.

Schließlich kann der Bekl. mit dem Einwand der Schlechterfüllung des Mediationsvertrages nicht durchdringen.

Zunächst kann sich der Bekl. aus Rechtsgründen nicht nur auf den Einwand der Schlechterfüllung berufen. Denn der Auftraggeber eines Rechtsanwalts kann den Vergütungsanspruch nicht kraft Gesetzes wegen einer möglicherweise mangelhafter Dienstleistung kürzen, weil das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistung kennt

(vgl. BGH NJW 2004, 2817, 2818).

Etwas anderes ergibt sich aber auch nicht im Zusammenhang mit einer Kündigung des Mediationsvertrages.

Zwar kann in der Weigerung des Bekl., weitere Mediationssitzungen durchzuführen, eine Kündigung des Mediationsvertrages gesehen werden. Eine solche Kündigung ist auch jedenfalls gem. § 627 BGB jederzeit zulässig. Grundsätzlich ist aber auch im Falle der Kündigung die Vergütung zu bezahlen.

Der Anspruch auf die Vergütung im Falle der Kündigung entfällt gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann, wenn der Auftraggeber das Dienstverhältnis aufgrund eines vertragswidrigen Verhalten des Dienstverpflichteten kündigt und die bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse mehr haben.

Diese Vorschrift ist auf einen Anwaltsvertrag anzuwenden. Sie setzt dann aber voraus, dass ein anwaltliches Fehlverhalten von der Schwere eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt

(vgl. etwa KG Berlin, KGR Berlin 2005, 89–90; OLG Koblenz, OLGR, 2005, 686–688; Weth in Juris PK § 628 Rn. 15).

Für einen Vertrag über eine anwaltliche Mediation gilt nach Auffassung des Gerichtes nicht anderes, da auch dieser Vertrag ein Anwaltsvertrag ist. Wird die Mediation durch einen Anwalt angeboten, dann ist sie eine anwaltliche Dienstleistung, für die der Anwalt im Rahmen der mediationsfachlichen Regelungen genauso einzustehen hat, wie für alle anderen anwaltlichen Dienstleistungen auch.

Der danach grundsätzlich mögliche Einwand aus § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB greift in der Sache jedoch nicht durch, weil ein Fehlverhalten des Kl. nicht festzustellen ist. Ein Fehlverhalten liegt insbesondere nicht in einer möglicherweise falschen Unterhaltsberechnung.

Zwar ist aufgrund eines normalen Anwaltsvertrages der Rechtsanwalt verpflichtet, einen Mandanten bei der Entscheidung über die Annahme eines Vergleichsvorschlages gründlich über das Für und Wider zu beraten und auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen eine Prognose darüber zu treffen, wie sich ein Rechtsstreit möglicherweise entwickeln wird. Eine Verletzung dieser Pflicht kann vorliegen, wenn er seinen Mandanten nicht zutreffend über die Berechnung eines Unterhaltsanspruches aufklärt

(vgl. KG Berlin, KGR Berlin, 2005, 89–90; OLG Köln FamRZ 96, 942–944).

Diese Sorgfaltspflichten eines eine Partei vertretenden Rechtsanwaltes treffen einen Rechtsanwalt, der als Mediator tätig wird, jedoch nicht in gleicher Weise.

Wesen einer Mediation ist es nämlich, dass ein Mediator im Einverständnis beider Parteien mit dem Ziel der Vermittlung und Schlichtung tätig wird. Der Anwalt nimmt also nicht die Interessen einer Partei wahr, was sich auch schon daraus ergibt, dass

ihm jede weitere Tätigkeit für eine Partei allein generell nach § 43 a Abs. 4 der BRAO untersagt wird. Weiter folgerichtig darf ein Rechtsanwalt, der als Mediator tätig war, nicht für eine der Parteien als Rechtsanwalt auftreten, § 45 Abs. 1 Nr. 3 BRAO

(vgl. OLG Karlsruhe, NJW 2001, 3197–3199).

Hinter all dem steht der Gedanke, dass es Aufgabe eines Mediators ist, den Kommunikationsprozess zwischen den Parteien zu gestalten und auf einen sachgerechten Interessenausgleich hinzuwirken, ohne sich in der Sache einer der Parteien zuzuwenden. Die Eigenverantwortlichkeit der Parteien bleibt deshalb im Mediationsverfahren vollständig erhalten und ist eines seiner wesentlichen Elemente

(vgl. Kracht in Handbuch Mediation § 15 Rn. 102, 107).

Zwar kann eine Mediator, der sich als sog. „aktiver Mediator“ versteht, eigene Vorschläge einbringen

(vgl. Kracht aaO Rn. 104).

Er hat dann aber hinsichtlich der rechtlichen Prüfung darauf zu achten, dass sich die Parteien ggf. von ihre Interessen vertretenden Anwälten beraten lassen

(vgl. Kracht aaO Rn. 83).

Er kann deswegen diese Beratung nicht auch selbst übernehmen. Damit würde er letztlich seine Neutralität aufgeben. Hinzu kommt, dass der Anwaltsmediator zu keiner der Parteien in einem besonderen Informationsverhältnis steht. Die Partei kann also gar nicht erwarten, dass eine rechtliche Betrachtung eines Vorschlages unter allen möglichen Gesichtspunkten erfolgt.

Nach alledem kommt es hier nicht darauf an, ob die Unterhaltsberechnung, die der Kl. im Schreiben vom 7. Dezember 2005 aufgemacht hat, nun zutreffend ist oder nicht. Dieses Schreiben, das der Kl. als Mediator verfasst hat, war kein verbindlicher Rechtsrat an den Bekl., für den der Kl. wie ein Rechtsanwalt zu haften hätte. Soweit darin also eine falsche Berechnung des Unterhalts aufgemacht worden sein sollte, hätte der Kl. damit noch nicht gegen vertragliche Pflichten als Mediator verstoßen.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, ergebe sich eine Einwendung für den Bekl. im Ergebnis nicht. Denn auch ein Interessenwegfall auf Seiten des Bekl. kann nicht festgestellt werden.

Ziel eines Mediationsverfahren ist es, die widerstreitenden Parteien miteinander in ein Gespräch zu bringen. Ein bestimmtes Ergebnis oder überhaupt ein Ergebnis ist nicht geschuldet. Es steht auch grundsätzlich nicht in der Macht eines Mediators, Einigung immer herbeizuführen. Die Einigung ist vielmehr ein freier Willensentschluss der Parteien. Hier kommt hinzu, dass in der Mediationssitzung vom 30.11.2005 auch noch andere Themen besprochen wurden, wie sich aus dem Schreiben des Kl. vom 7. Dezember 2005 zu den Ziffern 1–3 ergibt. Auch das spricht dafür, dass es nicht zu einem Interessenwegfall gekommen ist.

Schließlich kann der Bekl. dem Honoraranspruch auch kein Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB entgegensetzen. Unabhängig davon, dass er die Aufrechnung mit einem solchen Anspruch nicht erklärt hat, ist auch nicht ersichtlich, woraus dieser resultieren sollte. Denn jedenfalls ist die Unterhaltsberechnung, die der Kl. im Schreiben vom 7. Dezember 2005 aufgemacht hat, nicht zur Umsetzung gekommen. Sie hat insoweit für den Bekl. jedenfalls keine Folgen gehabt.

Das Gericht hat gemäß § 511 Abs. 4 ZPO die Berufung zugelassen, da die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Soweit feststellbar, liegt bisher eine Grundsatzentscheidung hinsichtlich der Sorgfaltspflichten bei der Anwaltsmediation nicht vor.

BGB §§ 765 ff.; VOB/B § 14

Nach Zahlung auf eine Bügschaft auf erstes Anfordern kann der Bürge im Rückforderungsprozess sich auf die fehlende Prüffähigkeit der Schlussrechnung über die durch die Bürgschaft gesicherte Werklohnforderung jedenfalls dann nicht berufen, wenn er selbst die Erstellung einer prüffähigen Schlussrechnung hätte veranlassen können.

SchlHOLG, 5. Zivilsenat, Urteil vom 30. März 2006 – 5 U 122/05 –, PrI.

Die Kl.in, eine Sparkasse, begehrt von der Bekl., eine Bau- Generalunternehmerin, die Rückzahlung einer Bürgschaftssumme, die sie an diese nach Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ausgezahlt hatte.

Diese Bürgschaft sollte die Werklohnansprüche der Bekl. aus einem Generalunternehmervertrag vom 27. Februar 1998 mit der „Grundstücksgesellschaft am S. GmbH Co. KG“ (Bauherrin) besichern. Trotz ursprünglichem Abschluss eines Pauschalpreisvertrages über die schlüsselfertige Instandsetzung und Modernisierung eines

Wohn- und Geschäftshauses in W. mit Ladenlokalen im Erdgeschoss und Gaststätte im Kellergeschoss sowie 10 Wohnungen zu netto 1 811 500 DM kam es während der Bauausführung zu diversen Mehr- und Minderleistungen wegen Planungsänderungen.

Deren Umfang steht zwischen den Parteien ebenso im Streit wie die Behauptung der Bekl., dass die Bauherrin am 22. Januar 1999 insoweit Nachtragsaufträge erteilt habe. Die von der Bekl. unter Berücksichtigung bisheriger Abschlagszahlungen am 26. Oktober 1999 erstellte Schlussrechnung hält die Kl.in aber auch schon nicht für prüffähig, weil die Bekl. zwar Zuschläge und Abzüge vorgenommen, nicht aber ihre Kalkulation offengelegt habe.

Das Landgericht hat die Rechnung für prüffähig gehalten und nach Beweisaufnahme über die Erteilung von Nachtragsaufträgen und den Umfang der Mehr- und Minderleistungen die Rückforderungsklage im Wesentlichen abgewiesen. Die Berufung der Kl.in blieb erfolglos.

Allerdings hat der Senat die Revision zugelassen.

Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Soweit die Kl.in das Urteil des Landgerichts angegriffen hat, hat dieses nämlich auch nach Auffassung des Senats im Ergebnis die nach erfolgter Zahlung auf erstes Anfordern der Beklagten erhobene Rückforderungsklage auf der Grundlage des derzeitigen Sachverhalts als unbegründet abgewiesen. Dies kann der Senat selbst entscheiden, so dass es nicht der von der Kl.in hilfsweise beantragten Zurückverweisung bedarf (§ 538 Abs. 2 ZPO).

Im Gegensatz zum Ausgangspunkt des Landgerichts kann allerdings offen bleiben, inwieweit die Bauherrin und – für diese als deren Bürgin – die Kl.in der Bekl. nach Abrechnung des Bauvertrages der „Grundstücksgesellschaft am S. GmbH & Co. KG“ in W. tatsächlich den gezahlten Bürgschaftsbetrag von 421.080 DM schuldet. Denn nach Auffassung des Senats war zwar die von der Bekl. der Bauherrin gegenüber am 26. Oktober 1999 erstellte Schlussrechnung über netto 461 217,44 DM und brutto 530 400,06 DM mangels Prüffähigkeit nicht fällig (1.). Gleichwohl kann die Kl.in in ihrer Stellung als Bürgin auf erstes Anfordern sich weder auf den hierdurch begründeten Fälligkeitmangel berufen (2.), noch aber mangels eigener Erstellung einer prüffähigen Abrechnung derzeit von der Bekl. Rückzahlung der Bürgschaftssumme begehren (3.).

1. Was die Frage der Prüffähigkeit der Schlussrechnung im Sinne des § 14 VOB/B als Fälligkeitvoraussetzung anbelangt, ist das Landgericht im Ergebnis von der Prüffähigkeit der Abrechnung ausgegangen. Dies ist beim – wie hier wegen Kündigung durch die Bauherrin – vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrag deshalb problemträchtig, weil zur Rechnungsstellung grundsätzlich zunächst im Wege einer sog. „Vorwärtsberechnung“ die erbrachten Leistungen zu ermitteln und von den nicht erbrachten Leistungen abzugrenzen sind (Phase 1) sowie sodann ein anteiliger Werklohn derart zu ermitteln ist, dass die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen nach dem Verhältnis von deren Wert zu Umfang und Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen ist

(Phase 2; vgl. BGH NJW 1999, 2036 = BauR 1999, 631 ff.),

ein Vorgang, der zwar nicht zwingend, aber doch praktisch regelmäßig die Vorlage einer Gesamtkalkulation nach Einheitspreisen erfordern wird. Eine derartige Kalkulation ist in diesem Rechtsstreit selbst mit der Vorlage der Anlagen B 38–B 40 durch die Bekl. mit deren Schriftsatz vom 20. September 2000 nicht erfolgt, enthalten diese Anlagen doch lediglich eine kalkulatorische Zulegung der Gesamtabrechnung auf einzelne Gewerke.

Gleichwohl würde auch der Senat – und dies ist mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung erörtert worden – die erstellte Schlussrechnung auch unter diesen Voraussetzungen insgesamt dann für noch prüffähig halten wollen, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung nur geringfügige Leistungen noch nicht erbracht worden wären

(BGH BauR 2000, 1182, 1187).

Dies durchaus mit der Folge, dass entsprechend der Methodik des von der Bekl. vorgelegten Privatgutachtens Prof. Dr. S. im Sinne einer „Rückwärtsberechnung“ vom Gesamtpreis lediglich der nicht ausgeführte Teil kalkulatorisch abgezogen wird. Denn wenn in der Tat lediglich etwa ein Bereich von 10 % des ursprünglichen Nettoauftragsvolumens nicht ausgeführt worden ist, kann die Gefahr von kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers noch als relativ gering angesehen werden.

So läge es allerdings nur, wenn entsprechend dem Gutachten Prof. Dr. S. von einem nicht ausgeführten Leistungsumfang in Höhe von netto 52 500 DM ausgegangen werden könnte oder wenigstens die von der Kl.in insoweit zunächst einmal angenommenen 186 082,86 DM bezogen auf das ursprüngliche Nettoauf-

tragsvolumen von 1815000 DM die Höchstgrenze des denkbar nicht ausgeführten Betrages darstellen würden.

So liegt der Fall jedoch nicht. Denn von der Bekl. abzurechnen ist nämlich nicht nur das ursprüngliche Auftragsvolumen, sondern auch die als solche unstrittige Inauftraggabe eines anderweitigen Gründungsverfahrens zum Pauschalpreis von 160000 DM netto und die Inauftraggabe diverser Nachtragsaufträge der Bauherrin gegenüber der Bekl. gemäß Baubesprechung vom 22. Januar 1999 in W. auf der Grundlage des Nachtragsangebots vom 7. Januar 1999.

Insoweit geht der Senat nämlich im Anschluss an die gut nachvollziehbare Beweiswürdigung des Landgerichts davon aus, dass auf der fraglichen Baubesprechung mit Unterschrift des Architekten K. im Beisein von Vertretern der Bauherrin tatsächlich verbindliche Nachtragsaufträge erteilt worden waren. (Wird ausgeführt).

Wurde das Abrechnungsvolumen folglich schon durch diese als bewiesen zu erachtenden Nachtragsaufträge beeinflusst, so kommt als weiteres bisher im Rechtsstreit nur unzureichend thematisiertes Moment hinzu, dass die Nachträge jedenfalls zum Teil auch das Ergebnis erforderlich gewordener Umplanungen waren, sich damit aber die Frage nicht nur nach Mehrleistungen, sondern auch nach Minderleistungen im Sinne einer Ersparnis ursprünglich vorgesehener Leistungen stellen musste. Dass allein aufgrund einer Nachtragsbeauftragung nämlich regelmäßig nicht auf das Einverständnis mit einer denkbaren Doppelzahlung geschlossen werden kann, versteht sich im Grundsatz von selbst

(vgl. BGH BauR 2005, 1317, 1319),

wird einmal der Ausnahmefall einer vorrangig zur Beilegung von Differenzen erfolgenden Nachtragsbeauftragung außer Acht gelassen. Gerade ein derartiger Fall würde jedoch eine entsprechende Vergleichssituation und ein entsprechendes Vergleichsbewusstsein voraussetzen, aber auch ein gegenseitiges Nachgeben (§ 779 BGB). Hierfür spricht indessen im konkreten Fall wenig, während die auf das Gegenteil deutende Aussage des Zeugen Sch.: „Wir waren uns einig, dass es gemacht werden sollte, die Feinabstimmung bezüglich Mehr-Minderleistungen sollte noch erfolgen“ dem Senat insoweit sehr plausibel erscheint.

Betroffen sein dürften die im Kellergeschoss abgerechneten Mehrleistungen und ihr Verhältnis zur geänderten Gründung ebenso wie die Mehrleistungen im Erdgeschoss und bei den Positionen Profilstahl und Verkleidung sowie die Positionen für das erste Obergeschoss, das zweite Obergeschoss und das Dachgeschoss, dies insbesondere in Ansehung veränderter Dämmung und veränderter Fassadengestaltung. Dass die Bekl. versucht hätte, über die nach Aufmaß erfolgte Abrechnung der aufgrund der Nachträge erbrachten Mehrleistungen hinaus Minderleistungen wirklich gegenzurechnen, ist für den Senat jedoch nicht ersichtlich. Entsprechend verhält es sich aber auch mit einer hinreichenden tatsächlichen Prüfung durch die Kl.in oder die Bauherrin.

2. Fehlt es dem von der Bekl. geltend gemachten und durch die streitgegenständliche Bürgschaft gesicherten Werklohnanspruch damit derzeit noch an der Fälligkeit, so kann die Kl.in nach Auffassung des Senats gleichwohl nicht allein schon deshalb die gezahlte Bürgschaftssumme von der Bekl. zurückverlangen.

In Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist der Senat nämlich der Auffassung, dass im Rückforderungsprozess abschließend zu klären ist, ob dem Gläubiger ein vom Inhalt der Bürgschaft gedeckter Hauptanspruch zusteht

(BGH WM 2003, 870, 871 f.; BGH WM 2002, 2498, 2499).

Daraus hat der BGH gefolgert, dass der auf erstes Anfordern leistende Bürge seine Zahlung nicht schon deshalb zurückfordern kann, weil bei Zahlung als Voraussetzung der Einstandspflicht vereinbarte formelle Merkmale nicht gegeben waren und der Bürge deshalb die Zahlung trotz ersten Anforderns hätte verweigern dürfen

(BGH aaO).

Vielmehr sei im Rückforderungsprozess wie in einem gewöhnlichen Bürgschaftsprozess abschließend der materielle Bestand der gesicherten Forderung zu prüfen, wobei den Gläubiger wie im gewöhnlichen Bürgschaftsprozess die Darlegungs- und Beweislast für Entstehen und Fälligkeit der gesicherten Forderung treffe

(BGH WM 2002, 2498, 2499).

Dieser Auffassung tritt auch der erkennende Senat im Grundsatz bei, und dies auch hinsichtlich der im Rückforderungspro-

zess grundsätzlich vom Bürgschaftsgläubiger darzulegenden Fälligkeit der gesicherten Forderung. Denn nicht nur schon generell muss der Bürge sich – wie §§ 765, 767, 768 Satz 1 BGB zeigen – gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger auf die mangelnde Fälligkeit der gesicherten Hauptforderung berufen können. Vielmehr zeichnet es gerade auch die Konstruktion einer Bürgschaft auf erstes Anfordern aus, dass in aller Regel der Bürge selbst weder die Fälligkeit beeinflussen noch sich von vornherein gegen die Inanspruchnahme auf sofortige Zahlung wehren kann. Daher wird durch eine Zahlung auf eine nicht fällige Forderung – ähnlich der Situation bei Zahlung auf eine verjährte Forderung hinsichtlich des dort geltenden § 222 Abs. 2 BGB a. F. bzw. § 214 Abs. 2 BGB n. F.

(vgl. hierzu OLG Hamm WM 1995, 745, 747) –

die bei Zahlung durch den Hauptschuldner selbst aus § 813 Abs. 2 BGB folgende Rückzahlungssperre jedenfalls als stillschweigend abbedungen zu gelten haben, ein Umstand, von dem offenbar auch der BGH in seiner erwähnten Entscheidung vom 24. Oktober 2002

(WM 2002, 2498, 2499)

ausgegangen ist.

Allerdings unterscheidet sich die hier zu beurteilende Konstellation – und auf diesen Aspekt hat der Senat in der mündlichen Verhandlung ebenfalls hingewiesen – von anderen Fällen mangelnder Fälligkeit dadurch, dass bei Klagstattgabe wegen letzlich mangelnder Prüffähigkeit der Abrechnung nicht nur die in der Zielsetzung des Rückforderungsprozesses liegende endgültige Klärung der materiellen Rechtslage gerade verhindert würde und im Hinblick auf die Möglichkeit der Erstellung neuer Abrechnungen durch die Bekl. die Gefahr einer neuen Inanspruchnahme der Kl.in und eines neuen Rückforderungsprozesses droht. Vielmehr träte eine derartige Situation auch ein, obwohl die Klägerin sich schon gegen die erste Inanspruchnahme bei aus der vorgelegten Rechnung selbst ersichtlichem Mangel an Prüffähigkeit hätte wehren

(BGH WM 2001, 947, 947 f.; für den Fall fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung ausdrücklich auch Fischer, WM 2005, 529, 532)

und ungeachtet dessen selbst oder über die Bauherrin auf eine prüfbare Abrechnung hätte hinwirken können. Denn § 14 Nr. 4 VOB/B erlaubt es dem Auftraggeber, bei fehlender Prüffähigkeit einer Schlussrechnung nach vergeblicher Anmahnung unter Fristsetzung auf Kosten des Auftragnehmers selbst eine prüffähige Abrechnung erstellen zu lassen.

Ob und unter welchen Voraussetzungen sich die hiermit dem Auftraggeber eingeräumte bloße Berechtigung aufgrund dessen allgemeiner Mitwirkungspflichten an der Abwicklung des Bauverhaltens

(vgl. nur BGH NJW 1996, 2158, 2158)

und insbesondere auch zur Prüfung der erteilten Schlussrechnung

(OLG Nürnberg BauR 1999, 1316, 1316)

im Einzel- und Ausnahmefall zu einer Verpflichtung zur Veranlassung der Erstellung einer Schlussrechnung wandeln kann, vermag in diesem Rechtsstreit durchaus offen bleiben. Denn im hier zu entscheidenden bürgschaftsrechtlichen Rückforderungsprozess erscheint es dem Senat ausreichend, aber auch in Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung zur Bürgschaft auf erstes Anfordern als geboten, der Kl.in als Bürgin deshalb die Rückforderung schon wegen mangelnder Prüffähigkeit der Rechnung zu verweigern, weil sie bzw. die Bauherrin auf die Erstellung einer prüffähigen Rechnung hätte hinwirken können.

3. Kann die Kl.in damit ihr Rückforderungsbegehren noch nicht auf die mangelnde Prüffähigkeit der von der Bekl. erteilten Schlussrechnung stützen, so kann sie aber auch nicht aus anderen Gründen den gezahlten Betrag zurückfordern.

Zwar wäre sie grundsätzlich nicht mit einer Rückforderung aus anderen Gründen ausgeschlossen. Denn auch der Auftraggeber selbst wäre bei Zahlung vor Fälligkeit allein mit diesem Einwand gemäß § 813 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, könnte aber gleichwohl seine Rückforderung auf die von ihm darzulegende und zu beweisende Rechtsgrundlosigkeit im Übrigen stützen. Erfordert dies im Regelfall des bereicherungsrechtlichen Rückforderungsprozesses entsprechende Darlegungen primär des Anspruchstellers, verhält es sich im Rückforderungsprozess zum Schutze des Bürgen derart, dass – dies wurde bereits erwähnt – wie im regulären Bürgschaftsprozess die Beweislast für Bestand und Umfang der zu sichernden Hauptforderung sowie den Sicherungsfall den

Bürgschaftsgläubiger trifft. Auch wird der Bürge im Regelfall seiner Bereicherungsklage seine Darlegungen darauf beschränken können, die vom Bekl. angeführten Umstände für den Bestand einer zu sichernden Hauptforderung und des Sicherungsfalls im erforderlichen Umfang qualifiziert zu bestreiten. Allerdings erschöpft sich hierin auch die Begünstigung des Bürgen. Insbesondere kann ihm nämlich nicht abgenommen werden, Umstände darzulegen, aus denen heraus zunächst einmal die Rechtsgrundlosigkeit der zurückverlangten Zahlung hergeleitet werden kann.

Verhält es sich derart und ist – wie unter 2. erörtert – die Berufung der Kl.in auf den Umstand mangelnder Prüffähigkeit der Rechnung ausgeschlossen, reicht es aber nicht aus, dass die Kl.in – wie geschehen – ohne Vorlage einer erneuten und eigenen prüffähigen Gesamtabrechnung die Berechtigung einzelner von der Bekl. abgerechneter Positionen in Zweifel zieht. Dies jedenfalls selbst in dem für den Bürgschaftsgläubiger günstigsten Fall jedenfalls ein vom Bürgen rückforderbarer Mindestbetrag einer rechtsgrundlosen Zahlung zweifelsfrei fest stände. Dies ist aber in einem über den bereits vom Landgericht vorgenommenen und bereits dem erstinstanzlichen Urteilsausspruch zugrunde liegenden Abzug von netto 181 453,62 DM auf ein Auftragsvolumen von – einschl. Nachträgen – netto 2 393 943,23 DM hinaus nicht der Fall, so dass entsprechende Darlegungen der Kl.in hinsichtlich eines ihr zustehenden Gesamtsaldos erforderlich gewesen wären. Unter Berücksichtigung von unstreitig gezahlten 2 146 000 DM muss es daher vorerst bei der – insoweit nicht mit einer Anschlussberufung der Bekl. angegriffenen – Ausrufung von 593,06 DM (303,23 €) als Differenz von geschuldeten 420 487,94 DM zur Bürgschaftssumme in Höhe von 421 080 DM verbleiben.

Angesichts der bisher fehlenden revisionsgerichtlichen Klärung der Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit des Einwandes fehlender Prüffähigkeit einer Schlussrechnung im Rückforderungsprozess und der etwaigen Folgeprobleme hat der Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Rechtsfortbildung die Revision zugelassen (§ 543 Abs. 2 ZPO).

BGB §§ 280, 281, 314 IV n.F.

- 1. Veranlasst der Mieter durch Pflichtverletzung den Vermieter zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, so hat er diesem den durch die Kündigung entstandenen Schaden (sog. Kündigungsfolgeschaden) gem. §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1, 314 Abs. 4 BGB zu ersetzen**
- 2. Der Erklärungsempfänger einer „harten“ Patronatserklärung hat neben dem Anspruch auf Erfüllung der Ausstattungspflicht – also der Unterstützung des Tochterunternehmens – auch einen unmittelbaren Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB, wenn der Patron seine Verpflichtung aus der „harten“ Patronatserklärung nicht erfüllt, insbesondere das unterstützte Unternehmen entgegen seiner Zusicherung nicht ausreichend finanziell ausstattet (vgl. OLG R Naumburg 2000, 407 – 410 = JURIS Nr. KORE 417552000 S. 6 Rn. 62 mwN). Der Schadensersatzanspruch des Erklärungsempfängers ist wegen des garantieähnlichen Charakters der Patronatserklärung von einem Verschulden des Patrons unabhängig.**
- 3. Die Insolvenz des Hauptschuldners (hier des Mieters) ist nicht Voraussetzung für eine direkte Inanspruchnahme des Patrons. Wer vereinbarungsgemäß für die Vertragserfüllung eines anderen zu sorgen hat, haftet bei zu vertretender Nichterfüllung grundsätzlich neben diesem als Gesamtschuldner auf Schadensersatz in voller Höhe (BGHZ 43, 227, 229 ff.; BGH NJW 1992, 2093, 2095).**

SchlHOLG, 4. Zivilsenat., Hinweisbeschluss vom 11. April 2005 – 4 U 20/05 –, RÖ.

1. Die Mieterin (... Gastronomie Betriebs GmbH & Co KG), deren Gesellschafter die Bekl. sind, hatte mit der Kl.in am 4.7./10.7.2002 einen Mietvertrag über gewerblich genutzte Räume in Berlin – Mitte zu einem monatlichen Bruttomietzins in Höhe von rd. 16 000 € geschlossen. Der Vertrag war auf 5 Jahre befristet. Die Übergabe der Räumlichkeiten fand am 21. 8. 2002 statt. Die Bekl. zu 1) ist die Komplementärin der Mieterin. In Erfüllung des Mietvertrages (als Sicherheit neben der Stellung einer Bürgschaft) unterzeichnete der Bekl. zu 2) als Geschäftsführer der Mieterin bei Vertragsschluss eine Patronatserklärung mit folgendem Inhalt: „...*Ich (der Geschäftsführer) ... sichere zu, für die Zeit des Bestehens von Verpflichtungen aus diesem Mietvertrag die ... (Mieterin) ... finanziell so auszustatten, dass diese alle Verpflichtungen aus dem genannten Mietvertrag stets erfüllen kann. Für den Fall, dass ich aus dieser Patronatserklärung in Anspruch genommen werde, steht mir das Recht zu, an Stelle der(Mieterin).... in alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag einzutreten....*“.

Die Kl.in kündigte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 28. 11. 2002 fristlos wegen Zahlungsverzuges (§ 543 Abs. 2 Ziff. 3 a BGB n.F.), weil die Mieterin ihren vertraglichen Pflichten (sowohl hinsichtlich der Mietzinszahlung als auch der Erbringung der vertraglich vereinbarten Mietsicherheit) nicht nachgekommen war. Die fristlose Kündigung war der Mieterin am 29. 11. 2002 zugegangen. Die Kl.in begehrte von den Bekl. rückständige Mieten bzw. Nutzungsentschädigung für den Zeitraum vom 21. 8. 2002 bis 31. 10. 2003 in Höhe von insgesamt rd. 230 000 €.

Die Klage hatte im 1. Rechtszug Erfolg. Die Berufung wurde nach Hinweisbeschluss des Senats gem. § 522 ZPO zurückgenommen.

Aus den Gründen

1. Die Bekl. zu 1. haftet als Komplementärgesellschaft der Mieterin gemäß §§ 161, 128 HGB für die rückständigen Mieten bzw. Schadensersatz (nach der fristlosen Kündigung ab dem 29. 11. 2002) in dem Zeitraum vom 21. 8. 2002 bis 31. 10. 2003 (in Höhe von insgesamt rd. 230 000 €).

Es ist zwischen den Parteien unstreitig, dass zwischen der Kl.in und der Mieterin seit dem 21. 8. 2002 ein Mietvertrag bestand, auf dessen Grundlage die Mieterin verpflichtet war, eine monatliche Miete in Höhe von brutto ca. 16 000 € zu zahlen. Es ist auch unstreitig, dass die Kl.in das Mietverhältnis mit Schreiben vom 28. 11. 2002 fristlos wegen Zahlungsverzuges (§ 543 Abs. 2 Ziff. 3 a BGB n.F.) gekündigt hat, weil die Mieterin ihren vertraglichen Pflichten (sowohl hinsichtlich der Mietzinszahlung als auch der Erbringung der vertraglich vereinbarten Mietsicherheit) nicht nachgekommen war. Die fristlose Kündigung ist der Mieterin unstreitig am 29. 11. 2002 zugegangen.

Ausweislich der angefochtenen Entscheidung ist das Landgericht für den Zeitraum ab dem 29. 11. 2002 (bis zum 31. 10. 2003) von einer „Vorenthaltung der Mietsache“ gemäß § 546 a BGB ausgegangen und hat insoweit eine Nutzungsentschädigung in Höhe der vereinbarten Miete zuerkannt. Soweit die Bekl. nunmehr behaupten, dass eine „Vorenthaltung“ nicht vorgelegen habe, weil die Schlüssel für das Mietobjekt schon vor Zugang der Kündigung zurückgegeben worden seien (dafür spricht das Schreiben des Ingenieurbüros ... GmbH vom 13. 11. 2002, kann dies im Ergebnis offen bleiben. Die Bekl. zu 1) haftet nämlich auch für den sog. Kündigungsfolgeschaden gemäß §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1, 314 Abs. 4 BGB. Veranlasst eine Partei durch Pflichtverletzung die andere Partei zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, so hat sie dieser den durch die Kündigung entstandenen Schaden zu ersetzen

(vgl. Palandt-Weidenkaff, BGB, 64. Aufl., § 543 Rn. 61 mit Hinweis auf BGH NJW 2000, 2342; der BGH nimmt insoweit auch einen „Anspruch eigener Art“ an).

Alleinige Ursache für die fristlose Kündigung der Kl.in war der Umstand, dass die Mieterin hier wie oben ausgeführt ihrer Mietzinszahlungsverpflichtung aus Ziff. 1 des Mietvertrages sowie ihrer Verpflichtung aus Ziff. 5.1. des Mietvertrages zur Erbringung einer Mietsicherheit in Form einer unbefristeten selbstschuldnerischen Bürgschaft nicht nachgekommen war. Der ungekündigte Vertrag hätte eine Laufzeit von 5 Jahren (bis zum 14. 8. 2007) gehabt.

Die Kl.in hat ferner dargelegt und nachgewiesen, dass es ihr trotz erheblicher Anstrengungen erst zum 1. 8. 2004 gelungen war, das Objekt weiter zu vermieten.

2. Die Kl.in hat auch gegenüber dem Bekl. zu 2. einen Direktanspruch auf Zahlung der rückständigen Mietzinsen (Zeitraum vom 21. 8. 2002 bis 29. 11. 2002) bzw. des Kündigungsfolgeschadens (= entgangener Mietzins in dem Zeitraum vom 30. 11. 2002 bis 31. 10. 2003).

Der Erklärungsempfänger einer „harten“ Patronatserklärung hat neben dem Anspruch auf Erfüllung der Ausstattungspflicht – also der Unterstützung des Tochterunternehmens – auch einen unmittelbaren Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB, wenn der Patron seine Verpflichtung aus der „harten“ Patronatserklärung nicht erfüllt, insbesondere das unterstützte Unternehmen entgegen seiner Zusicherung nicht ausreichend finanziell ausstattet

(vgl. OLG R Naumburg 2000, 407 – 410 = JURIS Nr. KORE 417552000 S. 6 Rn. 62 mwN).

Der Schadensersatzanspruch der Kl.in ist wegen des garantieähnlichen Charakters der Patronatserklärung von einem Verschulden des Bekl. zu 2. unabhängig. Für eine evtl. Zahlungsunfähigkeit ihrer Tochtergesellschaft hat die Patronin einzustehen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu zahlen

(OLG Naumburg, aaO mit Hinweis auf OLG Düsseldorf WM 1989, 1642, 1643).

Der Umfang der Verpflichtung aus einer Patronatserklärung hängt im Wesentlichen von der sich nach den Grundsätzen der

§§ 133, 157 BGB zu beurteilenden Auslegung der Erklärung ab. Zu unterscheiden sind die Erklärungen in der Bandbreite der Verpflichtungen des Patrons vor allem nach sog. „weichen“, also rechtlich unverbindlichen, und sog. „harten“, d.h. rechtlich verpflichtenden Patronatserklärungen

(vgl. BGHZ 117, 127 ff.).

Der klassische Fall des „harten“ Erklärungstyps ist die Ausstattungsverpflichtung, mit der der Patron sich verpflichtet, die Tochtergesellschaft finanziell so auszustatten, dass diese ihrerseits ihre Leistungsverpflichtungen erfüllen kann. Das ist hier der Fall. Ausweislich Ziff. 5.1.1 des Mietvertrages hatte sich die Mieterin gegenüber der Kl.in verpflichtet, zusätzlich (d.h. neben der normalen Mietsicherheit in Form einer Bürgschaft) eine Patronatserklärung des Bekl. zu 2) zu erbringen, in der sich der Patron verpflichtet, „den Mieter finanziell so auszustatten, dass er alle Verpflichtungen aus dem geschlossenen Mietvertrag stets erfüllen kann“. Die Patronatserklärung hatte mithin den Zweck, einer zusätzlichen Mietsicherheit.

Zu den „Verpflichtungen aus dem Mietvertrag“ gehörten sowohl die Mietzinszahlungsverpflichtung gemäß § 1 des Mietvertrages als auch die Verpflichtung zur Erbringung einer Mietsicherheit gemäß Ziffer 5.1 des Mietvertrages. Insoweit ist der Bekl. zu 2) seiner Ausstattungsverpflichtung nicht nachgekommen. Er haftet deshalb gemäß § 280 Abs. 1 BGB (bzw. unmittelbar aus dem Patronatsvertrag) sowohl für die rückständigen Mietzinsen bis zum 29.11.2002 als auch für den nachfolgenden Mietausfallschaden.

3. Die Einrede des nichterfüllten Patronatsvertrages steht dem Bekl. zu 2) nicht zu. Ausweislich der Patronatserklärung steht dem Bekl. zu 2) zwar für den Fall, dass er aus der Patronatserklärung in Anspruch genommen wird, ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag zu, dieses Recht hat er jedoch gemäß § 242 BGB verwirkt. Die Kl.in durfte das Mietobjekt zum 1.8.2004 weiter vermieten. Zuvor hatte die Kl.in nämlich die Mieterin, vertreten durch den Bekl. zu 2), mit außergerichtlichem Schreiben vom 11.10.2002 auf die Einhaltung der mietvertraglichen Verpflichtungen hingewiesen, ferner hat sie den Bekl. zu 2) ausdrücklich mit Schreiben vom 10.9.2003 aus der Patronatserklärung in Anspruch genommen und vorsorglich eine Nachfrist zur Ausübung des Eintrittsrechts bis zum 30.9.2003 unter der Voraussetzung der Leistung der vereinbarten Mietsicherheit gemäß Ziffer 5.1 des Mietvertrages gewährt. Von seinem Eintrittsrecht hat der Bekl. zu 2) jedoch keinen Gebrauch gemacht. Die Kl.in war deshalb aus Gründen ihrer Schadensminderungspflicht gehalten, das Objekt zum frühest möglichen Zeitpunkt an Dritte weiter zu vermieten.

4. Entgegen der Auffassung der Bekl. ist die Insolvenz des Hauptschuldners (hier der Mieterin) nicht Voraussetzung für die direkte Inanspruchnahme des Patrons. Wer vereinbarungsgemäß für die Vertragserfüllung eines anderen zu sorgen hat, haftet bei zu vertretender Nichterfüllung grundsätzlich neben diesem als Gesamtschuldner auf Schadensersatz in voller Höhe

(BGHZ 43, 227, 229 ff.; BGH NJW 1992, 2093, 2095).

Der BGH

(aaO)

hält weder die Einleitung eines Insolvenzverfahrens noch die erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner als Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Patrons für erforderlich, sondern lässt jeden Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners genügen

(BGH aaO mwN).

Die Zahlungsunfähigkeit der Mieterin ist hier in ausreichendem Umfang dargelegt und nachgewiesen. Schlagende Beweise sind sowohl der Umstand, dass die Mieterin seit Vertragsbeginn keinen Cent Miete gezahlt und auch die erforderliche Mietsicherheit nicht erbracht hat als auch insbesondere das Schreiben des Bekl. zu 2) vom 10.9.2002 in dem es wörtlich heißt: *... teilen wir Ihnen ... mit, dass die Firma (= Mieterin) nicht in der Lage ist, den abgeschlossenen Mietvertrag zu erfüllen. Die im Vorfeld des Vertragsabschlusses von unseren Banken gegebenen Finanzierungszusagen wurden nicht eingehalten. Vielmehr wurden im Zuge der restriktiven Kreditpolitik aller Großbanken die bereits vertraglich vereinbarten Kredite noch erheblich gekürzt ... Es wäre deshalb unredlich, überhaupt den Versuch zu machen, den Vertrag zu erfüllen, weil die Unmöglichkeit insoweit absehbar ist, zu Lasten beider Vertragsparteien geht...“*. Von einem vorübergehenden Liquiditätsengpass bzw. kurzzeitigen Zahlungsschwierigkeiten der Mieterin kann deshalb keine Rede sein.

BGB §§ 242, 243; 249; 281; 305 c, 306, 307, 535, 538

Zur Unwirksamkeit einer für den Fall der Nichtvornahme von Schönheitsreparaturen formulärmäßig vereinbarten Quotenabgeltungsklausel (selbst) mit weicher Fristenregelung im Wohnraummietvertrag (Haus & Grund Kiel – Formular 12/99 § 16 Nr. 7).

LG Kiel, 1. Zivilkammer, Urteil vom 27. April 2006 – 1 S 263/05 –, Be.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Quotenabgeltungsklausel, nachdem die Kl. aus der gemieteten Wohnung des Bekl. vor Fälligkeit der von ihnen nach dem Formulärmietvertrag geschuldeten Schönheitsreparaturen ausgezogen sind. Die Klausel in § 16 des Formulärmietvertrages lautet wie folgt:

2. Die Schönheitsreparaturen sind während der Mietzeit regelmäßig nach Ablauf folgender Zeiträume nach Mietbeginn oder nach Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen auszuführen: in Küchen, Bädern und Duschen alle 3 Jahre, in Wohn- und Schlafräumen, Fluren, Dielen und Toiletten alle 5 Jahre, in anderen Räumen alle 7 Jahre.
3. Verlangt es der Zustand der Räume und trifft nicht den Vermieter, seinen gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit daran, sind die laufenden Schönheitsreparaturen wie folgt auszuführen:
 - a) bei Übergabe renovierter Räume vor Ablauf des jeweils ersten Fristenzeitraums seit Mietbeginn, oder
 - b) bei Übergabe nicht renovierter Räume nach Ablauf des jeweils ersten in Ziffer 2 genannten Fristenzeitraumes seit Mietbeginn vor Ablauf des jeweils nächsten Fristenzeitraumes.
4. Von den in Ziffer 2 genannten Fristenzeiträumen kann abgewichen werden, wenn der Zustand der Mieträume die Einhaltung dieser Frist nicht erfordert.

7. Sind bei Beendigung des Mietvertrages die Schönheitsreparaturen entsprechend Ziffern 2–4 nicht fällig, so zahlt der Mieter an den Vermieter einen Kostenersatz für die seit der letzten Durchführung der Schönheitsreparaturen erfolgte Abwohnezeit im Fristenzeitraum gemäß Ziffern 2–4, sofern nicht der Mieter die Schönheitsreparaturen durchführt, oder sich nicht der unmittelbar folgende Nachmieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen bereiterklärt oder die Kosten hierfür übernimmt.

Die Höhe dieses Kostenansatzes wird anhand eines Kostenvoranschlags eines von den Vertragsparteien ausgewählten Fachbetriebes des Malerhandwerks über die üblicherweise bei der Renovierung der Mieträume anfallenden Schönheitsreparaturen ermittelt. Sie entspricht dem Verhältnis der in Ziffern 2–4 festgesetzten Fristen für die Durchführung der Schönheitsreparaturen und der Wohndauer seit den zuletzt durchgeführten Schönheitsreparaturen.“

Das Mietverhältnis begann am 16. Mai 2001 und endete am 31. März 2004. Die Kl. zogen aus, nachdem sie die Wände und Decken gestrichen hatten. An den Holzteilen führten sie keine Arbeiten aus. Gegen ihren Anspruch auf Auskehrung der Mietkaution erklärte der Bekl. die Aufrechnung mit einem Gegenanspruch aus der Quotenabgeltungsklausel, den er zunächst anhand eines Kostenvoranschlags für Schönheitsreparaturen an den Holzteilen in der – nach seiner Behauptung baugleichen – Nachbarwohnung und sodann anhand eines Kostenvoranschlags für Schönheitsreparaturen an den Holzteilen in der streitgegenständlichen Wohnung errechnete.

Das Amtsgericht hat der Klage auf Auskehrung der Kautions stattgegeben. Der von dem Bekl. zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch bestehe nicht, weil die Quotenabgeltungsklausel unklar und unverständlich sei und daher gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstoße. Sie sei durch ihre Verweisung auf die in § 16 Nr. 4 gegebene Möglichkeit, von den Regelfristen abzuweichen, nicht an starre Fristen gebunden, sondern eröffne dem Mieter nach ihrem Wortlaut die Möglichkeit, eine unterdurchschnittliche Abnutzung nachzuweisen. Tatsächlich sei dies aber nicht handhabbar, denn der Mieter sei nicht in der Lage darzulegen, wie seine Wohnung bei vertragsgemäßer Nutzung schlimmstenfalls hätte aussehen dürfen, wie sie statt dessen tatsächlich aussehe und welchem Abnutzungszeitraum dieser Zustand entspreche. Zudem sei die Klausel auch insoweit unklar, als sich aus ihr nicht ergebe, wie die Auswahl des den Kostenvoranschlag erstattenden Malerbetriebs vonstatten gehen soll.

Die Berufung des Bekl. blieb ohne Erfolg. Allerdings hat die Kammer die Revision zugelassen.

Ans den Gründen

Die Berufung ist unbegründet. Der Bekl. kann gegen den Anspruch der Kl. auf Auskehrung der Mietkaution nicht mit einem Gegenanspruch aus der Quotenabgeltungsklausel nach § 16 Nr. 7 des Mietvertrages aufrechnen. Die Klausel ist in ihrer Ausgestaltung unklar, benachteiligt den Mieter unangemessen und ist daher gem. § 307 BGB unwirksam. An ihrer früheren entgegenstehenden Rechtsauffassung (Urteil vom 25. Mai 2000 – 1 S 200/99; Urteil vom 10. Januar 2003 – 1 S 144/02) hält die Kammer ausdrücklich nicht fest.

1. Die Quotenabgeltungsklausel setzt eine wirksame Abwälzung der Pflicht zur Durchführung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter und damit eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild (§§ 535 Abs. 1 S. 2, 538 BGB) voraus, nach dem die Erhaltung der Mietsache dem Vermieter obliegt.

a) Die Zulässigkeit der Abwälzung der Schönheitsreparaturen wird damit gerechtfertigt, dass der Mieter damit einen Teil des Mietentgeltes erbringe, das der Vermieter höher kalkulieren müsse, wenn die Renovierung ihm obläge

(BGH NJW 2005, 425 Rn. 34; BGHZ 105, 71 Rn. 20; BGH NJW 1998, 3114 Rn. 21; BGHZ 92, 363 Rn. 26).

Ob das auch heute noch der Lebenswirklichkeit entspricht, ist allerdings fraglich. Der Vermieter wird stets versuchen, den höchstmöglichen auf dem Markt durchsetzbaren Mietpreis zu erzielen. Die Überlegung, ob er oder der Mieter die Schönheitsreparaturen durchzuführen hat, spielt bei den Preisverhandlungen in der Praxis keine Rolle: Wird die Wohnung – etwa mit einer Wohnungsanzeige oder über eine Maklerofferte – angeboten, dann sind dort zwar regelmäßig die Art und Größe der Wohnung sowie der Mietpreis, nicht aber die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter erwähnt. Sie wird dem Mieter erst nach der grundsätzlichen Einigung über die Anmietung, also am Ende der Vertragsverhandlungen deutlich – nämlich dann, wenn ihm der vorgeformulierte Mietvertrag zur Unterschrift vorgelegt wird. Sieht man die Abwälzung der Schönheitsreparaturen als Teil des Mietentgeltes an, dann ist die Situation also mit dem Fall vergleichbar, in dem der Vermieter auf dem Vertragsformular einen höheren Mietpreis einträgt als den, den er in der Offerte angegeben hat und auf den sich die Parteien grundsätzlich geeinigt haben. Ein solches Verhalten würde ein redlicher Vermieter aber nicht an den Tag legen.

Zudem ist zweifelhaft, inwieweit die Kosten der Renovierung durch einen Fachbetrieb, die in den letzten Jahren deutlich angestiegen sind, tatsächlich in die Preiskalkulation einbezogen sind. Sieht man die Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen als Teil des Entgelts an, müsste vom Vermieter aus Gründen der Preistransparenz zumindest verlangt werden, bei Abschluss des Mietvertrages offen zu legen, welche Kosten für die Renovierung der Wohnung regelmäßig anfallen. Denn die Kosten erreichen – wie der Kammer auch aus zahlreichen anderen Verfahren bekannt ist – regelmäßig eine beträchtliche Höhe, mit der der durchschnittliche Mieter nicht rechnet.

b) Die Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen auf den Mieter entspricht inzwischen aber seit Jahrzehnten der Praxis und ist im Bewusstsein der Bevölkerung verankert. Sie benachteiligt den Mieter auch deshalb nicht unangemessen, weil sie ihm die Möglichkeit gibt, die von ihm bewohnte Wohnung nach eigenen Wünschen zu gestalten, ohne während der Mietzeit länger anhaltende Arbeiten des Vermieters in den Räumen zu dulden.

2. Die letztgenannten Argumente können für die Wirksamkeit der Quotenabgeltungsklausel nicht herangezogen werden. Sie findet sich inzwischen zwar ebenfalls recht häufig in Mietverträgen über Wohnraum, ist aber bei weitem noch nicht so lange und so weit verbreitet wie die Abwälzung der Schönheitsreparaturen, und sie ist auch im Bewusstsein der Bevölkerung nicht so stark verankert. Das Interesse des Mieters, seine Wohnung nach eigenen Wünschen und ohne „störende“ Einflüsse des Vermieters gestalten zu können, berührt die Klausel ebenfalls nicht. Die Klausel ist demnach nur dann zu rechtfertigen, wenn die Abwälzung der Schönheitsreparaturen als Teil des Mietentgeltes angesehen wird.

Geht man von diesem Ansatz aus, dann dürfen auf den Mieter nur die Schönheitsreparaturen für die Zeit abgewälzt werden, in der er die Wohnung gemietet hat. Er soll die von ihm durchgeführten Schönheitsreparaturen abwohnen können, was voraussetzt, dass die Renovierungsfristen erst mit Mietbeginn zu laufen beginnen

(BGH NJW 2005, 425 Rn. 24; BGHZ 101, 253 Rn. 41);

entsprechendes sieht § 16 Nr. 3 des Mietvertrages vor.

3. Diesem Grundsatz, nach dem Schönheitsreparaturen nur entsprechend der Abwohnzeit vom Mieter zu leisten sind, trägt die vorliegende Quotenabgeltungsklausel (§ 16 Nr. 7 des Mietvertrages) nicht hinreichend Rechnung.

a) Sie führt dazu, dass ein Vermieter, der die Wohnung nicht renoviert, umso mehr verdient, je häufiger ein Mieterwechsel stattfindet

(Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 2. Aufl. 2004, 1. Teil, E Rn. 10; Börstinghaus NZM 2004, 801, 809).

Denn mit jedem Mieter, der in die unrenovierte Wohnung einzieht, beginnen die Renovierungsfristen neu zu laufen, so dass der Vermieter bei jedem Auszug vor Ablauf der Fristen erneut eine Kostenbeteiligung für eine Renovierung verlangen kann, die er tatsächlich nicht durchführt.

Dieser Effekt tritt bei der allgemeinen Schönheitsreparaturklausel nicht ein. Wenn der jeweilige Mieter sich vertragstreu verhält und die bis zum Auszug fälligen Schönheitsreparaturen durchgeführt hat, kann der Vermieter nämlich überhaupt kein Geld verlangen, auch wenn diese z. B. bereits mehr als zwei Jahre zurückliegen.

b) Durch die Verweisung nicht nur auf Ziffer 2 – die üblichen Fristen – sondern auch auf Ziffer 4 – die Möglichkeit, von den Fristen abzuweichen, wenn der Zustand der Mieträume deren Einhaltung nicht erfordert – wird die Höhe des zu leistenden Ersatzes vom tatsächlichen Zustand der Wohnung abhängig gemacht. Die Kammer verkennt nicht, dass damit der Problematik starrer Renovierungsfristen Rechnung getragen werden soll. Ob der Zustand der Räume bei Beendigung des Mietverhältnisses die Einhaltung der Fristen erfordert, lässt sich vom Mieter aber nur hinreichend beeinflussen, wenn die Wohnung bei Mietbeginn renoviert war oder er sie – etwa, weil ein Renovierungsturnus bereits abgelaufen war – während des Mietverhältnisses mindestens einmal renoviert hat. Denn nur dann ist die Abnutzung vollständig von ihm verursacht und er kann durch eine unterdurchschnittliche Abnutzung eine Verlängerung des Renovierungsintervalls und dementsprechend eine Verringerung seiner Kostenquote erreichen. War sie bei Mietbeginn hingegen unrenoviert oder sogar renovierungsbedürftig, lässt sich auch bei einer unterdurchschnittlichen Abnutzung während der Mietzeit nicht sagen, dass „der Zustand der Mieträume die Einhaltung dieser Frist nicht erfordert“ (§ 16 Nr. 4 des Mietvertrages), so dass der Mieter eine Verlängerung des Renovierungsintervalls und damit eine Verringerung seiner Kostenquote nicht erreichen kann. Insoweit hat er also zumindest teilweise auch die Kosten für die Abnutzung vor seiner Mietzeit zu tragen.

Zwar muss auch im Rahmen der allgemeinen Schönheitsreparaturklausel der Mieter, der eine unrenovierte Wohnung übernimmt und unterdurchschnittlich abnutzt, nach Ablauf der Frist auch für die Abnutzung seiner Mietzeit aufkommen, weil der Zustand der Wohnung nunmehr eine Renovierung erfordert (oder schon von Beginn des Mietverhältnisses an eine Renovierung erfordert hatte). Auch dort muss er gegebenenfalls die Wohnung in einem besseren Zustand zurückgeben, als er sie erhalten hat. Das führt aber nicht dazu, dass die Quotenabgeltungsklausel wirksam ist, sondern zeigt vielmehr, dass der Grundsatz, wonach der Mieter nur für die von ihm verursachten Abnutzungen aufkommen muss, insoweit auch bei der allgemeinen Schönheitsreparaturklausel nicht eingehalten ist. Mag das dort noch hinzunehmen sein, weil die Abwälzung der Schönheitsreparaturen auch den Bedürfnissen des Mieters Rechnung trägt, die Wohnung nach eigenem Geschmack zu gestalten (vgl. Nr. 1 b), so ist kein Grund ersichtlich, die Abweichung von diesem Grundsatz auch auf den Zahlungsanspruch nach der Quotenabgeltungsklausel auszudehnen, die im Bewusstsein der Bevölkerung bei weitem nicht so verbreitet ist wie die allgemeine Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf den Mieter.

Soweit der Bkl. darauf hinweist, dass die streitgegenständliche Wohnung bei Mietbeginn vollständig renoviert gewesen sei, kommt es darauf nicht an: Denn die Beurteilung, ob die Klausel den Mieter unangemessen benachteiligt, richtet sich nicht nach dem konkreten Einzelfall, sondern nach sämtlichen Fällen, die durch die Klausel abgedeckt werden. Die Klausel bezieht sich aber nicht nur auf bei Mietbeginn renovierte Wohnungen.

c) Dass der genannte Grundsatz nicht eingehalten ist, wird besonders deutlich, wenn der Mieter einer renovierungsbedürftigen Wohnung innerhalb der kurzen Mietzeit (etwa nach einem Jahr) Schönheitsreparaturen vornimmt und vor Ablauf des nächsten Renovierungsturnus (etwa nach zwei weiteren Jahren) auszieht. In diesem Fall ist – durchschnittliche Abnutzung vorausgesetzt – der Zustand der Wohnung bei Mietende besser als bei Mietbeginn. Die Belastung des Mieters mit anteiligen Renovierungskosten (für die Abwohnzeit von zwei Jahren nach der letzten Renovierung) ist in diesem Fall grob unbillig. Ebenso wie bei einer vollständigen Renovierung am Ende des Mietverhältnisses zur Abwendung der Quotenabgeltung erhält der Vermieter nämlich auch hier mehr, als ihm zusteht. Das lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, der Mieter habe mit der Renovierung nach einem Jahr eine freiwillige Leistung erbracht

(Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 1. Teil, B Rn. 55, E Rn. 10; Börstinghaus NZM 2004, 801, 809; a. A. BGHZ 105, 71 Rn. 26, 33).

Richtig ist zwar, dass der Mieter in diesem Fall rechtlich noch nicht zur Renovierung verpflichtet war. Tatsächlich war die Renovierung aber aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen notwendig. Ersichtlich hat er sie nur im eigenen Interesse vorgenommen und nicht, um dem Vermieter eine Leistung zukommen zu lassen; denn das würde wegen des Entgeltcharakters der Schönheitsreparaturen bedeuten, dass der Mieter freiwillig eine höhere

als die geschuldete Miete zahlte. Konsequenterweise müsste er dem Quotenabgeltungsanspruch des Vermieters einen Bereicherungsanspruch entgegenhalten können, weil die Rückgabe der Wohnung in einem besseren Zustand als bei Mietbeginn nicht geschuldet ist.

4. Zudem lässt die Klausel den Mieter im Unklaren darüber, wie der Kostenansatz bei einer nur unterdurchschnittlichen Abnutzung berechnet werden soll. Die Klausel lässt allgemein Abweichungen vom Fristenzeitraum zu, ohne konkret mitzuteilen, auf welche Weise im Einzelfall von der Frist abgewichen werden soll. Zieht der Mieter etwa nach drei Jahren aus und entspricht seine tatsächliche Abnutzung einem durchschnittlichen Abnutzungszeitraum von nur zwei Jahren, dann sind zwei Berechnungsmöglichkeiten denkbar:

Entweder man geht davon aus, dass der Renovierungsturnus sich um ein Jahr verlängert, weil der tatsächliche Abnutzungsgrad einer um ein Jahr geringeren Abwohnzeit entspricht. Das bedeutet, dass der Kostenansatz für Küche, Bäder und Duschen nach einem Turnus von vier Jahren berechnet werden müsste; da der Mieter drei Jahre abgewohnt hätte, müsste er 75 % zahlen.

Oder man legt zugrunde, dass Küche, Bäder und Duschen nur zu $\frac{2}{3}$ abgenutzt sind, so dass der Renovierungsturnus sich auf $4\frac{1}{2}$ Jahre verlängert. Dann müsste der Mieter nur 67 % zahlen.

Obwohl nur die zweite Berechnungsmethode dem Grundgedanken hinreichend Rechnung trägt, dass der Mieter nur den von ihm tatsächlich abgewohnten Teil der Renovierung zahlen soll, kann der durchschnittliche Mieter aus der Klausel nicht erkennen, welche Berechnungsmethode gelten soll.

5. Abgesehen von diesen Unklarheiten bei der Berechnung stellt die Klausel den Mieter vor praktisch unlösbare Beweisschwierigkeiten, wenn er geltend machen will, dass er die Wohnung nur unterdurchschnittlich abgenutzt hat, so dass eine Renovierung nach Ablauf der Regelfristen noch nicht erforderlich wäre.

a) Zu Recht geht das Amtsgericht davon aus, dass der – durch Augenscheinseinnahme oder Sachverständigengutachten leichter zu beweisende – Vortrag, die Wohnung sei noch nicht renovierungsbedürftig, im Rahmen der Quotenabgeltungsklausel nicht ausreicht, sondern vorgetragen und notfalls bewiesen werden müsste, wie die Wohnung bei durchschnittlicher Abnutzung hätte aussehen dürfen, wie sie statt dessen tatsächlich aussieht und welchem Abnutzungszeitraum bei durchschnittlicher Abnutzung der tatsächliche Zustand entspricht. Das ist in der Praxis kaum möglich; ob ein Sachverständiger

(vgl. LG Hamburg WuM 2005, 453 Rn. 8)

hierzu eine zuverlässige Aussage treffen könnte, ohne auf hypothetische oder spekulative Annahmen zurückzugreifen, ist zweifelhaft.

Soweit die Berufung vorträgt, diese Schwierigkeiten im tatsächlichen Bereich machten die Klausel nicht unklar, mag dies zwar zutreffen. Die unangemessene Benachteiligung des Mieters ergibt sich aber daraus, dass er das ihm zustehende Recht, wegen einer unterdurchschnittlichen Abnutzung nur eine geringere Quote zu zahlen, wegen der Beweisschwierigkeiten tatsächlich regelmäßig nicht ausüben kann. Würde dem Mieter – wie bei einer starren Fristenregelung – dieses Recht nicht eingeräumt, wäre die Klausel nämlich wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam. Nichts anderes kann gelten, wenn das Recht zwar formal gewährt wird, aber von vornherein so angelegt ist, dass ein Mieter es tatsächlich kaum ausüben kann.

b) Dieser Effekt wird zum Nachteil des Mieters noch dadurch verstärkt, dass die in § 16 Nr. 2 des Mietvertrages genannten Regelfristen nicht mehr der heutigen Lebenswirklichkeit entsprechen, die durchschnittlich erforderlichen Renovierungsintervalle vielmehr inzwischen deutlich länger sind.

aa) Die Fristen entsprechen denen aus dem vom Bundesjustizministerium herausgegebenen Mustermietvertrag von 1976, welcher die Fristen der Musterverträge des Gesamtverbandes gemeinnütziger Wohnungsunternehmen e. V. aus den Jahren 1962 und 1963 übernommen hat

(Langenberg WuM 2006, 122, 123).

Seitdem – und auch seit dem Rechtsentscheid des BGH vom 30. Dezember 1984, in dem der BGH sich mit der Länge dieser Fristen auseinandergesetzt und sie als angemessen angesehen hat

(BGHZ 92, 363 Rn. 19) –

haben sich aber die Ausstattung der Wohnungen, die durchschnittliche Wohnungsbelegung und die Qualität des Dekorationsmaterials entscheidend geändert, was erhebliche Auswirkungen

auf die Zeitspanne hat, nach deren Ablauf die Durchführung der Schönheitsreparaturen üblicherweise erforderlich ist:

(1) Die übliche Ausstattung der Wohnungen war in den 1960er Jahren deutlich einfacher als heute. Während heutzutage eine Sammelheizung mit zentraler Warmwasserversorgung und ein Elektroherd dem üblichen Standard entspricht, verfügten damals noch viele Wohnungen über Kohleöfen zur Beheizung, Warmwasserversorgung und für die Kochstelle, die erhebliche Emissionen ausstießen und dadurch maßgeblichen Anteil an der Abnutzung der Dekoration der Wohnung hatten.

(2) Jedenfalls Anfang der 1960er Jahre herrschte zudem noch die Wohnungsnot aus der Nachkriegszeit vor, so dass die Wohnungen bezogen auf ihre Größe mit mehr Personen belegt waren als heute oder auch zur Zeit des Mietbeginns 2001, mit der Folge, dass sie stärker abgenutzt wurden. Die Lage auf dem Wohnungsmarkt hat sich seitdem entspannt. Hinzu kommt, dass der Lebensstandard sich erheblich verbessert hat, so dass dem einzelnen nunmehr erheblich mehr Platz in der Wohnung zur Verfügung steht als damals. War eine Zweizimmerwohnung damals regelmäßig von zwei Personen bewohnt, so ist diese Größe heute eher für einen Einpersonenhaushalt üblich.

(3) Schließlich sind die üblicherweise verwendeten Farben, Lacke und Tapeten heute deutlich beständiger und haltbarer als damals; die Qualität hat sich auch seit 1984 noch erheblich verbessert.

bb) Diese drei Faktoren führen zusammengenommen dazu, dass eine Wohnung heutzutage nach durchschnittlich drei (Küchen, Bäder und Duschen), fünf (Wohn- und Schlafräume, Flure, Dielen und Toiletten) bzw. sieben Jahren (andere Räume) regelmäßig noch nicht renovierungsbedürftig ist

(Langenberg WuM 2006, 122, 125),

was auch für den hier maßgeblichen Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses im Jahr 2001 gilt. Eine Renovierung nach Ablauf der in § 16 Nr. 2 des Mietvertrages genannten Fristen ist nur bei einer überdurchschnittlichen Abnutzung erforderlich. Das bedeutet im Ergebnis, dass der Mieter nicht nur für eine unterdurchschnittliche, sondern auch für eine nur durchschnittliche Abnutzung beweisbelastet ist, wenn er nicht mit einer an zu kurzen Renovierungsfristen orientierten und damit zu hohen Kostenquote belastet werden will. Faktisch wird damit die Beweislast zum Nachteil des Mieters geändert, weil er auch nachzuweisen hat, dass die Wohnung zum Zeitpunkt des Auszugs nicht einmal durchschnittlich abgenutzt ist. Das ist im Hinblick auf § 309 Nr. 12 BGB problematisch.

6. Problematisch ist die Klausel auch hinsichtlich der Höhe der zu zahlenden Kosten.

a) Maßgebend soll ein Kostenvoranschlag eines Fachbetriebes des Malerhandwerks sein, wobei die Klausel nicht regelt, ob der Brutto- oder der Nettobetrag gelten soll. Da es sich bei dem Quotenabgeltungsanspruch um einen Erfüllungsanspruch und nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, für den nach § 249 Abs. 2 S. 2 BGB nur in bestimmten Fällen die Mehrwertsteuer zu ersetzen wäre, dürfte der Bruttobetrag gemeint sein; das entspricht jedenfalls der im Rahmen der Überprüfung der Wirksamkeit von AGB-Klauseln maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung.

Dem durchschnittlichen Mieter, auf dessen Sichtweise es für die Wirksamkeit der Klausel ankommt, ist bei Anmietung der Wohnung nicht klar, dass diese Kosten einen beträchtlichen Umfang annehmen können. Er kann bei Abschluss des Mietvertrages nicht wissen, mit welchem Betrag der Vermieter die Schönheitsreparaturen kalkuliert hat, sofern dieser seine Kalkulation nicht offenlegt, und wird erst bei seinem Auszug von der Höhe der Kosten überrascht. Dass die Kosten einer Renovierung durch einen Fachhandwerker beträchtlich sind, zeigt nicht nur der hier zu entscheidende Fall, in dem der als Anlage A 3 vorgelegte Kostenvoranschlag allein für das Streichen der Holzteile in der 3-Zimmer-Wohnung mehr als 3300 € brutto vorsieht. Der Kammer ist auch aus verschiedenen anderen Rechtsstreitigkeiten bekannt, dass die Kosten einer Renovierung auch bei kleinen Wohnungen einen noch deutlich höheren Betrag ausmachen können.

Demgegenüber machen die Kosten für eine Eigenrenovierung des Mieters – auch bei Vertragsschluss im Jahr 2001 – nur einen Bruchteil aus

(BGHZ 105, 71 Rn. 25; BGHZ 92, 363 Rn. 31),

weshalb der Mieter eine am Ende des Mietvertrages wegen Ablaufs der Fristen fällige Renovierung regelmäßig auch selbst

durchführt. Diese Möglichkeit wird ihm zur Abwendung der Kostenquote zwar auch bei einem Auszug vor Ablauf der Renovierungsfrist gegeben. Sie bedeutet aber, dass der Mieter wiederum mehr leistet, als er abgewohnt hat, so dass der Vermieter auch in diesem Fall ungerechtfertigt bereichert ist.

b) Gerade weil die Eigenrenovierung den Mieter nur mit einem Bruchteil der Kosten einer Renovierung durch einen Fachbetrieb belastet, läuft die Quotenabgeltungsklausel nach einem Kostenvoranschlag zwar nicht rechtlich

(BGH NJW 2004, 3042 Rn. 29),

aber faktisch auf eine (unzulässige) Endrenovierungsklausel hinaus

(Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, Teil 1, E Rn. 10; Börstinghaus NZM 2004, 801, 809; Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl. 2001, Anh. § 9 Rn. 507),

und zwar um so stärker, je länger der Abwohnzeitraum ist. Dass der Mieter sich (rechtlich) nicht auf eine vollständige Renovierung einlassen muss

(Steenbuck WuM 2005, 220, III 2),

ändert daran nichts. Denn es wäre für den Mieter wirtschaftlich unvernünftig, eine Quote für anteilige Renovierungskosten zu zahlen, die höher ist als die Kosten einer kompletten Eigenrenovierung, weshalb er sich in der Praxis meist aus wirtschaftlichen Gründen zur Eigenrenovierung veranlasst sieht. Die vermeintliche Entscheidungsfreiheit zwischen Endrenovierung und Zahlung der Quote besteht wegen der wirtschaftlichen Auswirkungen für den Mieter daher faktisch nicht.

7. Zudem kann die Klausel zu unbilligen Zufallsergebnissen führen: Zieht der Mieter nach Ablauf der Fristenzeiträume – etwa nach genau 15 Jahren – aus und hat er die laufenden Schönheitsreparaturen während des Mietverhältnisses jeweils durchgeführt, sind die Schönheitsreparaturen nunmehr in sämtlichen Räumen (mit Ausnahme solcher, für die ein 7-jähriger Turnus gilt), fällig. Führt der Mieter sie nicht aus, ist er nur dann zur Zahlung von Renovierungskosten (als Schadensersatz) verpflichtet, wenn er zuvor unter Fristsetzung aufgefordert worden ist, im einzelnen konkret bezeichnete Schönheitsreparaturen durchzuführen (§ 281 BGB). Dabei müsste er nach § 249 Abs. 2 S. 2 BGB nur den Nettobetrag zahlen, wenn nicht der Vermieter tatsächlich renovieren lässt.

Endet das Mietverhältnis nur einen Monat früher, also nach 14 Jahren und 11 Monaten, muss der Mieter hingegen ohne jede Vorwarnung oder Fristsetzung (fast) die gesamten Renovierungskosten – und zwar den Bruttobetrag – nach der Quotenabgeltungsklausel zahlen, weil die Renovierungsfristen zwar fast, aber noch nicht vollständig abgelaufen sind. Insofern steht er in zweierlei Hinsicht erheblich schlechter als bei einem Auszug nach 15 Jahren: Zum einen tritt die Zahlungspflicht automatisch und ohne weitere Voraussetzung ein, zum anderen sind die anteiligen Bruttokosten für die Renovierung deutlich höher als die vollständigen Nettokosten. Aber auch die Tatsache, dass er sich während der Dauer des Mietverhältnisses vertragstreu verhalten und nach Ablauf der Fristenzeiträume jeweils renoviert durchgeführt hat, gereicht dem Mieter jetzt zum Nachteil: Hätte er das nicht getan, wären die Fristen nämlich bereits seit langem abgelaufen und die Schönheitsreparaturen fällig, so dass er zur Zahlung – gegebenenfalls nur des Nettobetrags – wiederum nur nach fruchtlosem Ablauf einer zur Renovierung gesetzten Frist verpflichtet gewesen wäre (§ 281 BGB).

8. Wertungswidersprüche ergeben sich auch in den Fällen, in denen der Vermieter die Wohnung nach dem Ablauf der Mietzeit umgestalten will.

a) Der kostenmäßigen Differenz zwischen Eigenleistung und Ausführung durch einen Fachbetrieb wird in den Fällen Rechnung getragen, in denen die Renovierungsfristen bei Auszug des zur Renovierung in Eigenleistung bereiten Mieters abgelaufen sind, der Vermieter die Wohnung aber umbauen will. In diesen Fällen hat der Mieter an Stelle der eigentlich geschuldeten Renovierung die Kosten hierfür zu erstatten, allerdings nicht nach einem Kostenvoranschlag eines Fachbetriebs für das Malerhandwerk, sondern nur in Höhe dessen, was er für eine Eigenrenovierung aufwenden müsste

(BGH NJW 2005, 425 Rn. 32; BGHZ 92, 363 Rn. 31).

Die Möglichkeit einer Kostenersparnis durch Eigenleistungen darf ihm nämlich nicht durch Umstände aus der Sphäre des Vermieters abgeschnitten werden

(BGHZ 105, 71 Rn. 25).

b) Überträgt man diese Wertung auf den Fall, in dem der Mieter vor Ablauf der Renovierungsfrist auszieht und der Vermieter die Wohnung nur dekorativ umgestalten will, dürften ihm ebenfalls nur die seiner Abwohnzeit entsprechenden anteiligen Kosten der Renovierung in Eigenleistung auferlegt werden. Statt dessen sieht die Abgeltungsklausel aber den wesentlich höheren Kostenansatz nach einem Kostenvoranschlag vor; die Abwendung durch Eigenrenovierung ist dem Mieter in diesem Fall verwehrt.

Zudem ist unklar, wie der Mieter hier seine Erfüllungsbereitschaft hinsichtlich einer Renovierung in Eigenleistung zeigen sollte, welche bei einem Auszug nach Ablauf der Renovierungsfristen Voraussetzung dafür sein soll, dass der Mieter nur die Kosten für eine Eigenrenovierung zahlen muss

(BGH NJW 2005, 425 Rn. 33).

Sind die Fristen bei Auszug noch nicht abgelaufen, kann es mangels einer erfüllbaren Pflicht zur Renovierung nämlich auch keine entsprechende Erfüllungsbereitschaft geben, und es kann auch nicht darauf ankommen, ob der Mieter die von ihm nicht geschuldeten Arbeiten ablehnt.

c) Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt insoweit nicht in Betracht; der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist vielmehr für deren Klarheit verantwortlich. Denn bei dieser Fallgestaltung handelt es sich nicht nur um zu vernachlässigende Einzelfälle: Ein Vermieter, der mangels Ablaufs der Fristen nicht mit einer Renovierung durch den Mieter rechnen kann, wird nicht selten entschlossen sein, die gleichwohl schon einige Gebrauchsspuren aufweisende Wohnung vor der Weitervermietung zumindest teilweise umzugestalten, weil sich eine modernisierte Wohnung angesichts der seit einigen Jahren entspannten Lage auf dem Wohnungsmarkt deutlich leichter neu vermieten lässt als eine veraltete.

d) Daran zeigt sich, dass es vielfach von Zufällen abhängt, ob der Mieter anteilige Kosten nach einem Kostenvoranschlag oder nur Kosten für eine Eigenrenovierung zahlen muss. Zudem wird der Mieter nicht ohne weiteres wissen, ob der Vermieter nach dem Auszug des Mieters vor Fälligkeit der Schönheitsreparaturen eine Umgestaltung plant oder nicht. Der Vermieter wird ihm eine solche Absicht nicht ohne weiteres mitteilen, sondern vielfach abwarten, ob eine vollständige und nicht geschuldete Renovierung durch den Mieter erfolgt, der damit eine hohe Zahlung nach der Abgeltungsklausel vermeiden will. Damit hätte der Vermieter aber auch den Kostenanteil für die Renovierung gespart, den der Mieter nicht abgewohnt und daher ohnehin nicht geschuldet hätte, und wäre insoweit auf Kosten des Mieters ungerechtfertigt bereichert.

9. Demnach wäre es allenfalls angemessen, die Kostenquote am Wert der hypothetischen Eigenleistungen zu bemessen. Dass sich fast jeder Mieter darauf berufen würde, dass er fällige Schönheitsreparaturen in Eigenleistung ausgeführt hätte (BGHZ 105, 71 Rn. 25), spricht nicht gegen eine solche Regelung, denn die Eigenrenovierung ist in der Praxis der Regelfall. Die Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Wertes der Eigenleistungen sind nicht höher als im Fall eines Umbaus der Mietwohnung nach Ende des Mietvertrages, weil hier wie dort der Wert geschätzt werden kann

(BGHZ 92, 363 Rn. 31).

Eine Orientierung des Kostenansatzes an den Eigenleistungen würde auch eher als eine Orientierung an einem Kostenvoranschlag dem Zweck der Klausel entsprechen, der darin besteht, einen angemessenen, im vereinbarten Nettomietzins nicht enthaltenen Ausgleich für den Zeitanteil des Mieters am laufenden Renovierungsturnus zu verschaffen

(BGHZ 105, 71 Rn. 25):

Weil in der Praxis die Wohnung regelmäßig in Eigenleistung renoviert wird, ist nämlich nur die Abgeltung der – fachgerechten – Eigenleistungen angemessen.

10. Unklar ist die Klausel auch hinsichtlich der Auswahl des Fachbetriebes, der den Kostenvoranschlag erstellen soll. Nach dem Wortlaut des § 16 Nr. 7 des Mietvertrags soll dies durch einen „von den Vertragsparteien ausgewählten“ Fachbetrieb erfolgen. Das lässt aber offen, ob Vermieter und Mieter sich auf einen Fachbetrieb einigen müssen oder ob es ausreicht, wenn lediglich eine Vertragspartei einen Fachbetrieb auswählt. Entgegen der Ansicht der Berufung geht es dabei nicht um die Frage, ob der Kostenvoranschlag verbindlich ist, sondern darum, ob ein allein vom Vermieter (oder auch vom Mieter) ohne Einverständnis mit der anderen Vertragspartei eingeholter Kostenvoranschlag über-

haupt als Grundlage der Kostenquote dienen kann. Zu Recht geht das Amtsgericht davon aus, dass der durchschnittliche Mieter die Klausel eher so verstehen wird, dass die Parteien den Fachbetrieb gemeinsam auswählen, sich also darüber einigen müssen, so dass der Mieter erwarten kann, von dem Vermieter, der den Quotenabgeltungsanspruch geltend machen will, einbezogen zu werden. Welche Folgen es hat, wenn dies nicht geschieht, regelt die Klausel nicht.

11. Will der Mieter die Kostentragungspflicht durch eine Renovierung in Eigenregie abwenden, ergibt sich ein weiteres Problem, das die Abgeltungsklausel nicht befriedigend zu lösen vermag: Es ist nämlich unklar, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen der Mieter zur Abwendung der Kostenquote die Wohnung selbst teilweise renoviert, so dass noch einige Nacharbeiten erforderlich sind, der Wert der erbrachten Leistungen aber möglicherweise schon höher ist als die Kostenquote, die der Mieter entsprechend seiner Abwohnzeit zu tragen hätte. Eine entsprechende Fallkonstellation liegt dem hier zu entscheidenden Rechtsstreit zugrunde, in dem die Kl. die Wände gestrichen, an den Holzteilen (Fußleisten, Fensterrahmen, Türen) allerdings keine Arbeiten durchgeführt haben.

a) Ob die Klausel eine derartige Teilrenovierung zulässt, ergibt sich aus ihr nicht. Sie mag zwar so auszulegen sein, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen auch lediglich in einzelnen Räumen der Wohnung ausführen und hierdurch seine Zahlungsverpflichtung aus der Abgeltungsklausel entsprechend verringern kann

(BGH NJW 2004, 3042 Rn. 27).

Dafür spricht, dass auch die Renovierungsintervalle für die einzelnen Räume selbst unterschiedlich sind (§ 16 Nr. 2 des Mietvertrages). Hiervon ist aber der Fall zu unterscheiden, in dem der Mieter – wie hier – in sämtlichen Räumen bestimmte Arbeiten durchführt und bestimmte Arbeiten unterlässt, so dass zwar jeder Raum teilweise, aber kein Raum vollständig renoviert ist.

b) Die Klausel lässt aber nicht nur die Zulässigkeit einer solchen Teilrenovierung, sondern – bejaht man die Zulässigkeit – auch deren Folgen für den Abgeltungsanspruch des Vermieters offen. Denkbar sind nämlich drei mögliche Rechtsfolgen – die sich auch dann ergeben können, wenn der Mieter zwar insgesamt renoviert, für eine fachgerechte Renovierung aber noch einige Nachbesserungsarbeiten erforderlich sind:

aa) Entweder der Mieter muss gar nichts zahlen, weil seine Arbeiten insgesamt schon einen Umfang haben, der seine Abwohnzeit übersteigt, also seine Arbeiten gemessen an einer vollständigen fachgerechten Renovierung wertmäßig einen größeren prozentualen Anteil haben als den prozentualen Anteil, den der Mieter nach der Abgeltungsklausel zu zahlen hätte. Diese Rechtsfolge würde bedeuten, dass nicht nur ein Kostenvoranschlag für die gesamte Renovierung eingeholt werden müsste, sondern auch die durchgeführten Arbeiten bewertet werden müssten, um festzustellen, ob noch eine Zahlungsverpflichtung besteht oder nicht. Sind lediglich noch Nachbesserungsarbeiten erforderlich, so müsste zusätzlich noch ein Kostenvoranschlag für diese eingeholt werden. Eine derartige Auslegung würde zwar möglicherweise dem Zweck der Abgeltungsklausel am nächsten kommen, denn der Vermieter bekäme wertmäßig das, was der Mieter abgewohnt hat. Sie kann von einem durchschnittlichen Leser der Klausel aber nicht ohne weiteres entnommen werden. Im Übrigen wird der Mieter bei dieser Auslegung in der Regel nicht selbst erkennen können, ob er ordnungsgemäß erfüllt hat oder (noch) nicht.

bb) Oder der Mieter muss die seiner Abwohnzeit entsprechende Kostenquote auf die vollständige Renovierung zahlen, weil er die Zahlungsverpflichtung nicht durch die in der Klausel vorgesehene fachgerechte Renovierung abgewendet hat; dass die Renovierung zur Abwendung der Zahlungsverpflichtung fachgerecht in mittlerer Art und Güte ausgeführt sein muss, ergibt sich aus § 243 BGB

(BGH NJW 2004, 3042 Rn. 27; BGHZ 105, 71 Rn. 16).

Diese Rechtsfolge entspricht zwar dem Wortlaut der Klausel. Sie benachteiligt den Mieter aber unangemessen, weil er in diesem Fall doppelt belastet wäre – zum einen mit der Renovierung der Wohnung, die möglicherweise nur noch geringe Nacharbeiten erfordert und wertmäßig bereits weit über den für die Abwohnzeit eigentlich geschuldeten Anteil hinausgehen kann, und zum anderen mit der gleichwohl zu zahlenden Kostenquote. Der Vermieter wäre hingegen ungerechtfertigt begünstigt, weil er in den Genuss einer fast vollständigen Renovierung käme, auf die er keinen Anspruch hat, und zusätzlich noch die Kostenquote verlangen könnte, die möglicherweise sogar über den Betrag hinausgeht,

der für die Nacharbeiten aufgewendet werden müsste. Diesem Ergebnis ließe sich auch nicht mit dem Argument begegnen, dass der Mieter – wie allgemein bei mangelhaften Werkleistungen – zunächst Gelegenheit zur Nachbesserung erhalten und der Vermieter ihm hierfür eine Frist setzen müsse. Denn der Mieter ist vor Ablauf des Turnus nicht zur Renovierung verpflichtet. Vielmehr ist der Abgeltungsanspruch nach der Kostenquote ein primärer Erfüllungsanspruch des Vermieters, dem Mieter wird lediglich das Recht zur Abwendung der Zahlungsverpflichtung durch Renovierung eingeräumt

(BGH NJW 2004, 3042 Rn. 24; BGHZ 105, 71 Rn. 18).

cc) Die dritte nach der Klausel mögliche Rechtsfolge ist schließlich die, dass der Mieter eine seiner Abwohnzeit entsprechende Kostenquote lediglich auf die Nacharbeiten zahlen müsste. Davon geht offenbar auch der Bekl. aus, denn er errechnet seinen Anspruch aus einem Kostenvoranschlag nur über die von den Kl. nicht ausgeführten Arbeiten. Diese Auslegung lässt sich aber für den durchschnittlichen Leser der Klausel nicht ohne weiteres entnehmen, denn nach deren Wortlaut soll ein Kostenvoranschlag über die üblicherweise bei der Renovierung der Mieträume anfallenden Schönheitsreparaturen und nicht nur über die Nacharbeiten eingeholt werden. Sie benachteiligt zudem – wie die zweitgenannte Auslegung – den Mieter unangemessen, der möglicherweise wertmäßig schon mehr renoviert hat als seiner Abwohnzeit entspricht und gleichwohl noch zu einer Zahlung verpflichtet sein soll.

c) Welche der drei Auslegungsmöglichkeiten gelten soll, lässt sich der Klausel nicht entnehmen. Auch unter Berücksichtigung der erheblichen Schwierigkeiten bei der Formulierung von Schönheitsreparaturklauseln

(BGH WuM 2004, 663 Rn. 28)

wäre es dem Verwender der Klausel aber möglich und zumutbar gewesen, hier für Klarheit zu sorgen.

Da zwei der drei Auslegungsmöglichkeiten demnach zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters führen und für die Prüfung der Wirksamkeit der Klausel die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen ist

(Palandt-Heinrichs, BGB, § 305 c Rn. 20 mwN),

ist insgesamt von einer unangemessenen Benachteiligung auszugehen, so dass die Klausel auch unter diesem Aspekt unwirksam ist.

12. Bedenken gegen die Wirksamkeit der vorliegenden Klausel ergeben sich ferner daraus, dass sie ihrem Wortlaut nach nicht erst nach einer Mietzeit von gewisser Dauer, sondern schon vom ersten Tag an einen Anspruch auf Kostenbeteiligung gibt. Das bedeutet, dass auch ein Mieter, der bereits wenige Wochen nach Einzug oder nach der letzten Renovierung auszieht, sich an den Renovierungskosten beteiligen muss, und zwar auch dann, wenn er gerade im Hinblick auf seinen in Kürze bevorstehenden Auszug renoviert hat. Das dürfte unzulässig sein, weil innerhalb des ersten Jahres oder zumindest der ersten Monate kein erneuter Renovierungsbedarf besteht. Faktisch bedeutet diese Regelung im übrigen, dass der Mieter der Zahlungsverpflichtung durch Eigenrenovierung nicht vollständig entgehen kann, denn regelmäßig wird er schon aus Zeitgründen nicht in der Lage sein, die Schönheitsreparaturen erst am letzten Tag der Mietzeit durchzuführen.

Dieses Ergebnis lässt sich auch nicht über § 242 BGB ändern, weil es sich bei der Renovierung kurz vor Auszug nicht um einen krassen Ausnahmefall, sondern eher um den Regelfall handelt, den die Klausel nicht berücksichtigt. Würde man das Ergebnis regelmäßig über § 242 ändern, käme dies einer geltungserhaltenden Reduktion der Klausel gleich, die nach § 306 Abs. 2 BGB unzulässig ist.

13. Die Formulierung der Klausel „Sind bei Beendigung des Mietvertrages die Schönheitsreparaturen ... nicht fällig“, führt den durchschnittlichen Mieter zudem insofern in die Irre, als sie suggeriert, dass sie nur in bestimmten Fallkonstellationen eingreift. Tatsächlich muss der vertragstreue Mieter, der die einzelnen Räume nach den angegebenen Regelfristen jeweils renoviert hat, bei Vertragsende praktisch in jedem Fall einen Geldbetrag nach der Quotenabgeltungsklausel an den Vermieter zahlen. Nur wenn genau bei Vertragsende sämtliche Renovierungsfristen abgelaufen sind, greift die Klausel nicht ein, sondern der Mieter ist nach der allgemeinen Schönheitsreparaturklausel zur vollständigen Renovierung verpflichtet, weil er die Dekoration vollständig abgewohnt hat. Da die Fristenzeiträume für die verschiedenen Räume unterschiedlich lang sind (3/5/7 Jahre), tritt dieser Fall je-

doch erst nach 105 Jahren (3 x 5 x 7 Jahre) – in der Praxis also nie – ein. Aber auch wenn die Wohnung nur über Räume mit einem Renovierungsturnus von 3 oder 5 Jahren verfügt, würde die Quotenabgeltungsklausel nur bei einem Auszug nach jeweils genau 15, 30 oder 45 Jahren nicht eingreifen.

Berücksichtigt man darüber hinaus die beträchtliche Höhe der Kosten, mit der der Mieter bei Anmietung der Wohnung regelmäßig nicht rechnet, dann zeigt sich, dass die Klausel den Mieter insgesamt über ihre erhebliche wirtschaftliche Tragweite im Unklaren lässt: Damit, dass der Vertragspartner in seinen AGB – also in den nicht ausgehandelten, von ihm einseitig vorgegebenen Vertragsbestimmungen – eine Klausel mit einer derart gravierenden wirtschaftlichen Bedeutung verwendet, muss niemand rechnen.

14. Schließlich ist auch die Formulierung der Klausel für den durchschnittlichen Mieter praktisch kaum verständlich. Sofern er nicht juristisch vorgebildet ist, wird er aus der Verweisung in Ziffer 7 auf die Ziffern 2–4 der Klausel kaum ersehen können, dass er die theoretische Möglichkeit hat, durch den Nachweis einer unterdurchschnittlichen Abnutzung der Wohnung den von ihm an den Vermieter zu zahlenden Betrag zu verringern.

15. Fehlt es daher an einem Gegenanspruch des Bekl., mit dem er aufrechnen könnte, so ist die Mietkaution einschließlich der angefallenen Zinsen an die Kl. auszukehren. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO war die Revision zuzulassen. Die Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form Quotenabgeltungsklauseln auch unter Berücksichtigung der jüngeren Rechtsprechung des BGH zu Schönheitsreparaturklauseln zulässig sind, ist von grundsätzlicher Bedeutung, da derartige Klauseln im gesamten Bundesgebiet Verwendung finden. Die aufgeworfenen Fragen sind noch nicht höchstrichterlich geklärt.

ZPO § 114

Nimmt der Bekl. zum Prozesskostenhilfeantrag der Klägerseite nicht Stellung, kann nach Klageerhebung sein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Rechtsverteidigung deshalb grundsätzlich nicht wegen Mutwilligkeit versagt werden (im Anschluss an: OLG Schleswig v. 6.7.2005 – 15 WF 152/05, OLG Report Schleswig 2005, 808).

SchlHOLG, 4. Familiensenat, Beschluss vom 30. März 2006 – 13 WF 41/06 –, Ha.

Aus den Gründen

Die gemäß § 127 Abs. 2 ZPO zulässig angebrachte Beschwerde ist auch begründet.

Zutreffend hat das Amtsgericht in der angefochtenen Entscheidung hervorgehoben, dass der Bekl. an dem Prozesskostenhilfverfahren der Kl.in nicht zur aktiven Teilnahme verpflichtet ist. Er erhält gemäß § 118 Abs. 1 ZPO lediglich die Gelegenheit zur Stellungnahme, die er jedoch nicht wahrzunehmen braucht. Bei unterlassener Stellungnahme drohen keine prozessrechtlichen Nachteile.

Nimmt er zum Prozesskostenhilfeantrag der Klägerseite nicht Stellung, kann nach Klageerhebung sein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Rechtsverteidigung deshalb grundsätzlich nicht wegen Mutwilligkeit versagt werden

(OLG Schleswig in OLG Report Schleswig 2005, 808; OLG Karlsruhe in FamRZ 2002, 1132).

Mutwillig handelt eine Partei dann, wenn sie bei der prozessualen Verfolgung ihrer Rechte einen Weg einschlägt, den eine Partei, die für die Kosten selbst aufkommen müsste, nicht wählen würde

(vgl. Zöller-Philippi, ZPO, 25. Aufl., § 114 Rn. 30).

Dem Amtsgericht ist zuzugeben, dass diese Voraussetzungen u. U. auch dann gegeben sein können, wenn die Partei auf ein Prozesskostenhilfegesuch zunächst nicht reagiert und Einwendungen erst nach Klagezustellung vorbringt

(OLG Düsseldorf in FamRZ 1997, 1017).

Das OLG Oldenburg hat dazu in seiner in OLG Report Oldenburg 2002, 177 veröffentlichten Entscheidung ausgeführt:

Die Gewährung rechtlichen Gehörs vor der Bewilligung von Prozesskostenhilfe dient dazu, die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung beurteilen zu können. Eine Partei,

die sich zu Unrecht in Anspruch genommen glaubt, erhält so bereits im Vorfeld die Gelegenheit, von vornherein unbegründeten Ansprüchen durch ihre Sachdarstellung entgegenzutreten. Eine verständige, ihre finanziellen Interessen wahrende Partei nimmt diese Gelegenheit auch wahr. Denn bei dieser Ausgangslage ist nicht zu erwarten, dass sie aus einem obsiegenden Urteil etwaige Ansprüche auf Kostenerstattung gegen die klagende Partei realisieren kann. Mit einer fristgerecht eingereichten Erwidderung kann sie daher verhindern, selbst mit Kosten eines unnötigen Prozesses belastet zu werden.

Eine sachliche Erwidderung der beklagten Partei auf das Prozesskostenhilfegesuch der klagenden Partei kann jedoch nur dann erwartet werden, wenn die beklagte Seite nach ihren persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten zu einer solchen Erwidderung auch imstande ist und z. B. eindeutig unzutreffende Behauptungen der klagenden Seite richtig stellen kann. Um einen solchen Fall handelt es sich jedoch regelmäßig dann nicht, wenn Unterhalt begehrt wird und die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Klage von einer mehr oder minder komplizierten Berechnung, der Anwendung von Unterhaltstabellen und Selbstbehaltssätzen oder Wertungsfragen abhängt

(so OLG Schleswig aaO).

Vorliegend würden die an den Bekl. zu stellenden Anforderungen überspannt, wenn er selbst und ohne zu Hilfenahme anwaltlicher Beratung nach Übersendung der Klage und des Prozesskostenhilfegesuchs der Kl.in hätten erkennen können und müssen, dass sein relativ kurzfristiger Bezug von Krankengeld anstelle von Arbeitslohn entscheidende Auswirkungen auf die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Klage haben konnte. Schon die der Klage und dem Prozesskostengesuch beigefügte Mangelfall-Unterhaltsberechnung dürfte für den Bekl. selbst nicht nachvollziehbar gewesen sein. Insoweit musste ihm zugebilligt werden, anwaltlichen Beistand in Anspruch zu nehmen. Dass der von ihm gewählte Anwalt nicht tätig werden wollte, ohne dass er die Aussicht hatte, dafür eine Vergütung zu erhalten, ist nicht zu beanstanden. Somit kann dem anwaltlich beratenen Bekl. nicht vorgeworfen werden, dass er zum Prozesskostenhilfegesuch der Kl.in keine Stellung nahm, sondern erst auf die förmlich zugestellte Klage erwiderte.

Da das Amtsgericht im angefochtenen Beschluss die hinreichende Erfolgsaussicht für die Rechtsverteidigung gegen die Klage auf Trennungsunterhalt bejaht hat, war dem Bekl. insoweit Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

ZPO §§ 119; 522

Dem erstinstanzlich obsiegenden Berufungsbeklagten kann die beantragte Prozesskostenhilfe nicht allein mit der Begründung versagt werden, dass noch nicht über die Möglichkeit eines Beschlusses nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden worden sei und deshalb eine Notwendigkeit für die Rechtsverteidigung nicht bestehe (Aufgabe der gegenteiligen Senatsrechtsprechung in OLG Report 2006, 190)

SchlHOLG, 1. Zivilsenat, Beschluss vom 19. Juni 2006 – 1 U 124/05 –, Cz.

Aus den Gründen

Die von den Bekl. zu 1) und 3) beantragte Prozesskostenhilfe ist gemäß § 119 Abs. 1 S. 2 ZPO zu gewähren. Nach dieser Norm ist dem Berufungsbeklagten Prozesskostenhilfe ohne die Prüfung der Erfolgsaussichten oder der Mutwilligkeit zu gewähren. Das Rechtsmittelgericht kann aber die Gewährung von Prozesskostenhilfe verweigern, wenn die Verteidigung gegen das Rechtsmittel nicht notwendig ist. Ob die Rechtsverteidigung schon dann notwendig ist, wenn lediglich die Berufungsbegründung eingegangen, nicht aber klar ist, ob das Berufungsgericht nach § 522 Abs. 2 ZPO entscheidet, d.h. die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückweisen wird, ist streitig. Der Senat hat in seinem Beschluss vom 30. 11. 2005 (OLGR 2006, 190) unter Berufung auf OLG Düsseldorf (MDR 2003, 658) und OLG Celle (MDR 2004, 598) entschieden, dass es trotz vorliegender Berufungsbegründung solange keines anwaltlichen Beistandes bedarf, wie nicht sicher sei, dass das Berufungsgericht von der Möglichkeit der Zurückweisung durch einstimmigen Beschluss keinen Gebrauch mache. An dieser Auffassung hält der Senat nach erneuter Prüfung nicht mehr fest. In Übereinstimmung mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Rostock (OLGR 2005, 840) und unter Berücksich-

tigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 9.10.2003; NJW 2004, 73) zur Frage der Notwendigkeit der Gerichtskosten in einem solchen Fall, ist der Senat nunmehr der Auffassung, dass dem erstinstanzlich obsiegenden Berufungsbeklagten die beantragte Prozesskostenhilfe nicht allein deshalb versagt werden kann, weil noch nicht über die Möglichkeit eines Beschlusses nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden worden sei und deshalb eine Notwendigkeit für die Rechtsverteidigung nicht bestehe. Der BGH hat in der o.a. Entscheidung ausgeführt, dass zu den notwendigen Kosten der Rechtsverteidigung (§ 91 ZPO) auch die Anwaltsgebühren gehören, die dadurch entstehen, dass der Berufungsbeklagte nach Begründung des Rechtsmittels und vor einer Entscheidung des Gerichts über dessen mögliche Zurückweisung durch Beschluss einen Sachantrag stellt.

Die Gründe, die der Entscheidung des BGH zugrunde liegen und auf die der Senat Bezug nimmt, sind auch für die Frage der Notwendigkeit der Rechtsverteidigung übertragbar. Nach Be-

gründung des Rechtsmittel hat der Berufungsbeklagte ein berechtigtes Interesse daran, mit anwaltlicher Hilfe in der Sache frühzeitig zu erwidern und eine vom Berufungsgericht beabsichtigte Zurückweisung der Berufung im Beschlusswege anzuregen und durch eigene zusätzliche Argumente zu fördern. Ob der Berufungsbeklagte bereits eine materielle Berufungserwidern eingereicht hat oder sich der Berufungsbeklagte auf die Ankündigung eines Zurückweisungsantrages beschränkt, ist zumindest für die grundsätzliche Frage der Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht von entscheidender Bedeutung. Entscheidend bleibt vielmehr, dass die verständige Partei die Beauftragung eines Anwaltes im Rechtsmittelverfahren für erforderlich halten durfte. Ob die konkrete Tätigkeit des Prozessbevollmächtigten in kostenrechtlichem Sinne notwendig war, ist im Kostenerstattungsverfahren im Einzelfall zu prüfen. Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe kann durch solche Erwägungen indes nicht in Frage gestellt sein

(vgl. OLG Rostock, aaO)...

Freiwillige Gerichtsbarkeit

WEG §§ 15 III; BGB § 1004

1. Die Bezeichnung eines Sondereigentums in der Teilungserklärung und im Aufteilungsplan als Keller stellt eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungsscharakter dar.
2. Die so bezeichneten Räume dürfen nur als Lager- oder Abstellraum oder nur in einer Weise genutzt werden, die nicht mehr stört oder beeinträchtigt als ein solcher.
3. Ermöglicht die Nutzung des Kellers als Wohnraum, dass die Wohnung insgesamt statt von zwei von vier Personen bewohnt wird, so liegt es auf der Hand, dass von einem Vierpersonenhaushalt eine größere Beeinträchtigung ausgeht als von einem Zweipersonenhaushalt.

SchlHOLG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 17. Mai 2006 – 2 W 198/05 –, Sch.

Die streitige Anlage besteht aus einem Halbhaus mit zwei Eigentumswohnungen. Die Beteiligten zu 1. erwarben die Wohnung im Obergeschoss (Nr. 2) im Sommer 1999, die Beteiligten zu 2. erwarben die Wohnung im Erdgeschoss (Nr. 1), die sie zunächst gemietet hatten, im Frühjahr 2004. Die Wohnungen weisen jeweils ein Wohnzimmer mit integrierter Küche, ein Schlafzimmer, Sanitärräume und einen Flur auf. Die Beteiligten zu 2. haben zwei minderjährige Kinder. In der Teilungserklärung (TE) heißt es unter Ziffer II.:

„Im einzelnen erfolgt die Aufteilung in Wohnungseigentumsrechte wie folgt:

1.) 56/100 Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung belegen im Erdgeschoss und Keller mit einer Nutzfläche von 154,33 qm, die in der Abgeschlossenheitserklärung mit Ziffer 1 bezeichnet ist, sowie dem Sondernutzungsrecht.....“

2.) 44/100 Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung belegen im Obergeschoss, Spitzboden und Keller mit einer Nutzfläche von 120,95 qm, die in der Abgeschlossenheitserklärung mit Ziffer 2 bezeichnet ist, sowie dem Sondernutzungsrecht.....“

Die teilende Eigentümerin ... hatte bei Errichtung des Hauses die Kellerräume zur Wohnung Nr. 1., die baurechtlich nicht als Wohnung zugelassen waren, mit einer Dusche, einem Waschbecken, Anschlüssen für (eine später eingebaute) Toilette, Fernseher und Telefon sowie Heizkörpern, in der Folgezeit auch mit einer Wendeltreppe zur Wohnung ausgestattet. Die Beteiligten zu 2. nutzten während der Mietzeit und nach dem Eigentumserwerb die Kellerräume als Wohn- und Schlafräume für ihre Kinder. Die Beteiligten zu 1. haben am 9.7.2004 beantragt, den Beteiligten zu 2. zu untersagen, die Kellerräume des Wohnungseigentums als Wohn- oder Schlafräume zu nutzen. Das Amtsgericht hat dem Antrag der Beteiligten zu 1. stattgegeben. Auf die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 2. hat das Landgericht den Antrag der Beteiligten zu 1. abgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

Die nach §§ 45 Abs. 1 WEG; 27, 29, 22 FGG zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27, 546 ZPO). Den Beteiligten zu 1. steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 15 Abs. 3 WEG, 1004 BGB zu.....

Das Landgericht hat jedenfalls übersehen, dass die Nutzung der Kellerräume als Wohnung vorliegend im Ergebnis zu einer größeren Störung und Beeinträchtigung führt, als eine Nutzung als Keller.

1. Die Bezeichnung des Sondereigentums gemäß § 1 Abs. 3 WEG als Keller in der Teilungserklärung vom 6.7.1999 stellt nach Auffassung des Senats eine Zweckbestimmung (im Sinne von Kellerräumen) mit Vereinbarungsscharakter dar. Die Zweifel des Landgerichts hieran, dass diese Einordnung nicht abschließend geprüft, sondern nur unterstellt hat, sind nicht gerechtfertigt.

Das Rechtsbeschwerdegericht ist zur selbständigen Auslegung der Teilungserklärung befugt. Diese ist nach Wortlaut und Sinn auszulegen, wie sie sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergeben.

(Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., §10 Rn. 44, § 15 Rn 13 jeweils mwN).

Danach ist Abschnitt II Nr. 1. und 2. TE jeweils nicht dahin zu verstehen, dass die Wohnung „im Erdgeschoss und Keller“ belegen ist, sondern vielmehr jeweils dahin, dass das Sondereigentum an der Wohnung, belegen im Erdgeschoss, und an dem Keller besteht (vgl. § 1 Abs. 2 und 3 WEG). Das letztgenannte Verständnis liegt auch den Änderungserklärungen vom 19.7.1999 und 7.4.2004 zugrunde. In der Erklärung vom 19.7.1999 ist ausgeführt, dass das Wohnungseigentumsrecht zu Nr. 1. besteht aus 56/100 Miteigentumsanteilen am Gemeinschaftseigentums verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung belegen im Erdgeschoss „und dem Sondereigentum an dem Kellerraum“. Zwar wurde diese Erklärung durch jene vom 7.4.2004 aufgehoben, aber auch in jener heißt es unter § 2 Nr. 5, es werde klargestellt, dass das „Sondereigentum an den Kellerräumen“ die ursprüngliche Fassung gemäß der Teilungserklärung vom 6.7.1999, nämlich rot umrandet für die Wohnung Nr. 1 und blau umrandet für die Wohnung Nr. 2 erhält. Korrespondierend sind die genannten Räume auf Blatt 2 des Aufteilungsplans zur Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 26.5.1999 nach § 7 Abs. 4 WEG (O-Nr. 11 der Grundakten zum Wohnungsgrundbuch von Itzehoe Blatt 11750), auf den die Teilungserklärung vom 6.7.1999 in Abschnitt II ausdrücklich Bezug nimmt und der hier zumindest als Auslegungshilfe herbeizuziehen ist

(vgl. Weitnauer/Lüke aaO § 15 Rn. 13; Senatsbeschluss vom 7.10.1998 – 2 W 165/98 – FGPrax 1999, 15).

als Keller und nicht als Wohnraum bezeichnet.

2. Die Einordnung der Angabe „Keller“ in der Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan als Zweckbestimmung mit Vereinbarungsscharakter hat zur Folge, dass die so bezeichneten Räume nur als Keller (Lager- und Abstellraum) oder nur in einer Weise genutzt werden dürfen, die nicht mehr stört oder beeinträchtigt, als eine Nutzung als Keller. Dabei gilt nach herrschender Meinung, mit der sich das Landgericht nicht befasst hat, eine typisierende – also nicht auf die Beeinträchtigungen im konkreten Fall abgestellte – Betrachtungsweise

(vgl. zur Nutzung eines Kellers als Wohnung; BayObLG WE 1993, 348, 349; ZMR 1993, 530, 531; WE 1998, 398; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 907; Weitnauer/Lüke, aaO § 15 Rn. 13 und 14 Stichwort „Keller“; Palandt/Bassenge, WEG, 65. Aufl., § 15 Rn. 14, 17; vgl. ferner zur Nutzung eines Ladens als Gaststätte o.ä.: OLG Köln WuM 2005, 71; OLG Celle ZMR 2004, 689; OLG Düsseldorf ZMR 1993, 122; BayObLG ZMR 1993, 427).

Bei Zugrundelegung dieser Auffassung wäre davon auszugehen, dass die Nutzung von Kellerräumen als Wohnung – wie vorliegend – wegen der erfahrungsgemäß intensiveren Nutzung ohne weiteres zu unterlassen wäre (vgl. einhellig die insoweit zitierten Entscheidungen und Literatur).

3. Ob es abweichend von dieser Auffassung in besonders gelagerten Fällen gerechtfertigt ist, auf die konkreten Beeinträchtigungen abzustellen

(vgl. Senatsbeschluss vom 21.1.2004 – 2 W 52/03 – ZMR 2004, 453).

kann hier offenbleiben. Die Beteiligten zu 2. haben selbst vorgebracht, dass die Eigentumswohnung Nr. 1 im Erdgeschoss nicht für die Nutzung durch zwei Erwachsene und zwei Kinder geeignet sei. Ohne Einbeziehung der Kellerräume in den Wohnbereich wären sie gezwungen, ihre Eigentumswohnung zu veräußern und eine geeignete Wohnung zu erwerben. Demnach ermöglicht die Nutzung des Kellers als Wohnraum unmittelbar, dass die Wohnung Nr. 1 insgesamt statt von zwei (die Wohnung weist kein drittes Zimmer auf) im Ergebnis von vier Personen bewohnt wird. Dass aber von einem Vierpersonenhaushalt schon wegen der vermehrten und intensiveren Nutzung eine größere Beeinträchtigung ausgeht als von einem Zweipersonenhaushalt, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Aufklärung. Aufgrund dieser Überlegungen hält der Senat den Ansatz des Landgerichts, durch die Einbeziehung der Kellerräume als Wohnraum würden die Beeinträchtigungen des Obergeschosses sogar vermindert, nicht für zutreffend. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob und in welcher Intensität aus dem Kellerbereich einzelne Geräusche in das Obergeschoss dringen. Die hier vertretene Auffassung ist auch nicht die Folge einer kinderfeindlichen Einstellung. Die Entscheidung fielen nicht anders aus, wenn in gleicher Weise nicht Kinder, sondern an deren Stelle Erwachsene das Wohnungseigentum Nr. 1 unter Einbeziehung der Kellerräume als Wohnraum nutzten.

4. Die gegen einen nach allem zu bejahenden Unterlassungsanspruch aus §§ 15 Abs. 3 WEG; 1004 BGB gerichteten Einwendungen der Beteiligten zu 2. greifen nicht durch. Die vom Senat vertretene Auffassung bedeutet keinen rechtswidrigen Eingriff in ihr Eigentum. Dieses war von vornherein auf Grund der Zweckbestimmung in der Teilungserklärung – was sie auch wussten – eingeschränkt. Vielmehr sind es die Beteiligten zu 1., die darauf vertrauen durften, dass von der Zweckbestimmung ohne ihre Zustimmung nicht abgewichen wird. Dem steht nicht entgegen, dass die Kellerräume von Anfang an schon weitgehend als Wohnraum hergerichtet waren. Entscheidend ist nicht der Zustand dieser Räume, sondern sind die Bestimmungen in der Teilungserklärung. Es ist auch nicht festzustellen, dass die Beteiligten zu 1. stillschweigend oder ausdrücklich der Nutzung der Kellerräume als Wohnraum zugestimmt haben. In der letzten Änderung der Teilungserklärung vom 7.4.2004 sind die streitgegenständlichen Räume weiterhin ausdrücklich als Keller bezeichnet. Im Falle einer Zustimmung hätte es sehr nahegelegen, dass die Beteiligten neben den geregelten Änderungen (Sondernutzungsrechte an Grundstücksteilen, Standort der Fernwärmestation) – gerade wegen der hervorragenden Bedeutung der Angelegenheit – auch die Änderung des Benutzungszwecks in die Neufassung aufgenommen hätten. Das ist indessen nicht geschehen. Daran scheitert auch die Annahme einer Verwirkung, wobei hier schon fraglich ist, ob das Zeitmoment erfüllt ist. Denn die Beteiligten zu 2. haben das Wohnungseigentum erst im Frühjahr 2004 erworben. Dass sie vorher bereits Mieter waren, ist unerheblich, denn insoweit durften die Beteiligten zu 1. von einer nur vorübergehenden Nutzung ausgehen. Die Einbeziehung der Kellerfläche in die Heizkostenabrechnung ist unbedenklich, weil sie den Tatsachen entsprach. Ob die Behauptung der Beteiligten zu 2. zutrifft, die Beteiligten zu 1. nutzten den ihnen als Sondereigentum zugeordneten Spitzboden nicht nur gelegentlich als Wohnraum, braucht nicht geklärt zu werden. Ein solcher Umstand gäbe den Beteiligten im Bereich des Wohnungseigentums kein Recht, Unrecht mit Unrecht zu vergleichen.

BGB §§ 242, 890, 894; WEG §§ 3 II, 5 II, 14 Nr. 1, 22 I

Ob ein Kellerraum, in dem die zentrale Heizungsanlage des Objekts untergebracht ist, allein der Energieversorgung oder auch noch anderen Zwecken dient, bestimmt sich in erster Linie nach den Nutzungsangaben in dem der Teilungserklärung anliegenden Aufteilungsplan. Sofern diese nicht als verbindlich anzusehen sein sollten (dazu Senatsbeschluss vom 30.10.2002 – 2 W 39/02 [ZMR 2004, 68]), ist maßgebend, ob der Raum nach seiner Art, Lage und Beschaffenheit, insbesondere auch seiner Größe, objektiv geeignet ist, neben der Unterbringung der Heizungsanlage noch andere, zumindest annähernd gleichwertige Nutzungszwecke zu erfüllen. (Anschluss an BGHZ 73, 302, 311).

Eine Heizungsraum verliert nicht allein dadurch seinen spezifischen Charakter, dass er auch als Abstell- oder Lagerraum

genutzt wird. Eine solche Nutzung ist lediglich von sekundärer Natur.

§ 5 Abs. 2 WEG enthält für die Bildung von Sondereigentum eine absolute Grenze, die nicht durch Billigkeitserwägungen relativiert werden darf. Für Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes infolge einer langjährige Nutzung der streitbefangenen Kellerräume besteht daher kein Raum.

SchlHOLG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 6. März 2006 – 2 W 13/06 –, Sch.

Die Beteiligten sind Wohnungseigentümer. Bei dem Wohnungseigentumsobjekt handelte es sich ursprünglich um ein Einfamilienhaus in Form eines Bungalows. Der Beteiligte zu 2 b. entschloss sich im Jahre 1993 mit seinen Söhnen in ungeteilter Erbengemeinschaft, das Einfamilienhaus zu einem Doppelhaus umzugestalten und eine Haushälfte nach Bildung von Wohnungseigentum zu verkaufen. Mit dem Käufer verständigte sich die Erbengemeinschaft dahingehend, dass beide Haushälften aus dem Wohnungseigentum der Erbengemeinschaft heraus beheizt werden sollten. Die Erbengemeinschaft errichtete alsdann unter dem 21.1.1994 die notarielle Teilungserklärung. § 2 Ziff. 2 TE weist die Heizungsanlage als gemeinschaftliches Eigentum aus. Der Aufteilungsplan der Abgeschlossenheitsbescheinigung, auf den § 1 TE Bezug nimmt, deklariert den Heizungsraum ebenso wie die Flurräume 1 und 2. im Kellergeschoss als Sondereigentum der Beteiligten zu 2.

Die Beteiligten zu 1. sind Rechtsnachfolger des Käufers. Sie haben vor dem Amtsgericht u.a. beantragt, die Beteiligten zu 2. zu verpflichten, die bauliche Herstellung eines ungehinderten Zugangs zur Heizungsanlage auf Kosten der Wohnungseigentümergeinschaft zu dulden. Das Amtsgericht hat diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine solche bauliche Maßnahme einen – hier fehlenden – einstimmigen Beschluss erfordere. Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde der Beteiligten zu 1. stattgegeben und die Beteiligten zu 2. verpflichtet,

- einer Änderung der Teilungserklärung dahingehend zuzustimmen, dass der Heizungsraum sowie Flur 1 der Planskizze des Kellergeschosses von der bisherigen Trennwand zu Flur 2 an auf direktem Wege fortlaufend bis zur Eingangstür des Heizungsraums (in der dem Beschluss angefügten Planskizze schraffiert dargestellt) Gemeinschaftseigentum seien,
- die Eintragungen der Rechtsänderungen im Wohnungsgrundbuch zu bewilligen,
- die gegebenenfalls erforderliche Abgeschlossenheit des sonstigen Kellerbereichs herbeizuführen und dem Grundbuchamt durch eine entsprechende Abgeschlossenheitsbescheinigung nachzuweisen, darüber hinaus
- den Mauerverschluss zwischen den Kellerfluren der Wohnungseigentumsobjekte durch eine verschließbare Stahltür zu ersetzen oder an dem Einbau mitzuwirken.

Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 2. mit der sofortigen weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen

Die nach §§ 45 Abs. 1 WEG, 27 Abs. 1, 29, 22 Abs. 1 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO).

1.

2. ... Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beteiligten zu 1. von den Beteiligten zu 2. die Einwilligung zu einer Änderung der Teilungserklärung und zur Eintragung der Rechtsänderung in den Wohnungsgrundbüchern dahingehend verlangen können, dass sowohl der Heizungsraum im Keller als auch der dorthin erforderliche Zugang Gemeinschaftseigentum sind (a). Darüber hinaus können sie – soweit erforderlich – die Herbeiführung der Abgeschlossenheit des sonstigen Kellerbereichs (b) sowie die Ersetzung des Mauerverschlusses zwischen den Kellerfluren der Wohnungseigentumsobjekte durch eine verschließbare Stahltür verlangen (c).

a) Der Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung ergibt sich aus dem Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses i. V. mit § 242 BGB; der Grundbuchberichtigungsanspruch beruht auf § 894 BGB. Sowohl die Teilungserklärung als auch das Grundbuch sind insoweit unrichtig, als darin der Heizungsraum sowie der Kellerbereich, der den Zugang dorthin ermöglicht, als Sondereigentum der Beteiligten zu 2. deklariert sind. Das verstößt gegen § 5 Abs. 2 WEG. Danach können Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums sein; sie sind also zwingend Gemeinschaftseigentum. Das gilt nach der Entscheidung des BGH vom 5.7.1991

(NJW 1991, 2909)

auch für Räume, deren Zweck darin besteht, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen und der Gemeinschaftsräume zu ermöglichen. Dazu gehören einerseits diejenigen Räume, in denen sich die zentralen Zähl-, Schalt-, Sicherungs- oder Beschickungseinrichtungen der gemeinschaftlichen Wasser-, Wärme- und Energieversorgung befinden, andererseits aber auch die Flure und Flächen, die den notwendigen Zugang dorthin bilden.

aa) Dies zugrunde gelegt, ist der Heizungsraum dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen; er dient zuvörderst der Unterbringung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden zentralen

Heizungsanlage. § 2 TE weist die Heizungsanlage ausdrücklich dem Gemeinschaftseigentum zu; im Übrigen dient diese allein der Versorgung der Wohnungseigentümer, so dass es auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Heizungsanlage sondereigentumsfähig ist

(dazu BGH NJW 1975, 688; BGHZ 1973, 303 = NJW 1979, 2391; BayObLG NJW-RR 2000, 1032 = Rpfleger 2000, 326; Staudinger/Rapp, WEG, 13. Bearb. Rn. 34 ff.),

nicht ankommt. Zwar muss ein Raum, der eine Gemeinschaftseinrichtung beherbergt, seinerseits nicht zwingend Gemeinschaftseigentum sein, denn anderenfalls ergäbe § 5 Abs. 2 letzter Halbs. WEG keinen Sinn. Bleibt nämlich eine dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienende Anlage selbst dann Gemeinschaftseigentum, „wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume“ befindet, so folgt daraus, dass die Zuordnung solcher Räume zum Sondereigentum jedenfalls nicht ausgeschlossen ist. Nach der Entscheidung des BGH vom 2.2.1979 kann Sondereigentum an dem eine gemeinschaftliche Anlage beinhaltenden Raum „vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Raum nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Anlage dient“

(BGHZ 73, 302, 311 = NJW 1979, 2391, 2393; vgl. auch BayObLG Rpfleger 2004, 214 = DNotZ 2004, 386, 387).

Ob ein Kellerraum, in dem die zentrale Heizungsanlage des Objekts untergebracht ist, allein der Energieversorgung oder auch noch anderen Zwecken dient, bestimmt sich in erster Linie nach den Nutzungsangaben in dem der Teilungserklärung anliegenden Aufteilungsplan. Sofern diese nicht als verbindlich anzusehen sein sollten (dazu Senatsbeschluss vom 30.10.2002 – 2 W 39/02 [ZMR 2004, 68]), ist maßgebend, ob der Raum nach seiner Art, Lage und Beschaffenheit, insbesondere auch seiner Größe, objektiv geeignet ist, neben der Unterbringung der Heizungsanlage noch andere, zumindest annähernd gleichwertige Nutzungszwecke zu erfüllen. Untergeordnete oder lediglich periphere Nutzungsmöglichkeiten müssen indes außer Betracht bleiben; sie vermögen den Charakter des Raums als Heizungsraum nicht in Frage zu stellen. Eine subjektive, allein am Nutzungswillen des betroffenen Sondereigentümers orientierte Sichtweise erscheint hingegen nicht sachgerecht. Sie würde diesem gestatten, die in der Teilungserklärung erfolgte fälschliche Zuordnung des Raums zum Sondereigentum durch eine wie auch immer geartete sekundäre Nutzung zu manifestieren. Womöglich könnte er den Mangel der Teilungserklärung bereits dadurch heilen, dass er in den Ecken und Nischen des Heizungsraums – eben dort, wo gerade noch Platz ist – Gegenstände wie Kisten, Kartons oder Fahrräder abstellt. Das erscheint nicht angängig.

bb) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass auch der Kellerraum „Flur 1“ sowie die in der Planskizze zum angefochtenen Beschluss schraffiert dargestellte Fläche im Bereich des „Flurs 2“ bis zur Eingangstür des Heizungsraums Gemeinschaftseigentum sind. Denn Räumlichkeiten und Flächen, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Heizungsraum bilden, können nicht Gegenstand des Sondereigentums sein

(BGH NJW 1991, 2909; BayObLGZ 1986, 26 = MDR 1986, 590; Rpfleger 2004, 214 = DNotZ 2004, 386; ferner OLGZ Hamm 1986, 415 = NJW-RR 1986, 1275).

Dient ein solcher Raum nämlich dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer i. S. des § 13 Abs. 2 WEG, so muss von vornherein ausgeschlossen sein, dass der Zugang dorthin durch eigenmächtiges Verhalten eines Wohnungseigentümers unterbunden wird

(BayObLG NJW-RR 1996, 12).

Anderes gilt indes, wenn der betreffende Raum im Hinblick auf seinen Nutzungszweck nicht der ständigen Herrschaftsmacht aller Wohnungseigentümer unterliegt, ein jederzeitiges Betreten somit nicht gewährleistet sein muss

(BayObLGZ 1991, 165 = NJW-RR 1992, 81, 83).

Das ist z.B. bei einem im Gemeinschaftseigentum befindlichen nicht ausgebauten Dachspeicherraum der Fall. Muss ein solcher allein zur Durchführung von Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten am Dach betreten werden, so kann der Zugang auch durch das Sondereigentum eines Wohnungseigentümers erfolgen, zumal diesen eine entsprechende Duldungspflicht trifft (vgl. § 14 Nr. 4 WEG). So liegt es hier jedoch nicht.

Die Beteiligten zu 2. können nicht mit der Argumentation durchdringen, dass die Flurräume im Keller nicht als Zugang zum Heizungsraum „bestimmt“ seien, über einen „bestimmungsgemäßen Zugang“ insoweit nur sie verfügten. Schreibt die Teilungserklärung

einen Raum, der den Zugang zu einer Gemeinschaftseinrichtung ermöglicht, dem Sondereigentum eines Wohnungseigentümers zu, so liegt es in der Natur der Sache, dass allein dieser einen „der Bestimmung gemäßen“ Zugang hat. Das bedeutet aber nicht, dass eine solche Bestimmung mit dem materiellen Recht im Einklang stehen muss. Dieses verlangt nämlich – wie sich aus § 5 Abs. 2 WEG ergibt –, dass ein Zugang zu der zentralen Heizungsanlage des Wohnungseigentumsobjekts allen Wohnungseigentümern gewährleistet ist. Die Vereinbarungen, die der Beteiligte zu 2 b. seinerzeit als Mitglied der Erbengemeinschaft mit dem Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1. getroffen hat, vermögen hieran nichts zu ändern, zumal sie über das Rechtsverhältnis der Vertragschließenden hinaus keinerlei Wirkung entfalten.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2. ist es ohne Belang, dass das Grundbuchamt hier – anders als in dem vom BayObLG am 6.2.1986 entschiedenen Fall

(BayObLGZ 1986, 26 = MDR 1986, 590) –

die Teilung und die Auflassung widerspruchslos eingetragen hat. Den Beteiligten zu 2. steht selbst mit Blick auf die langjährige Nutzung der streitbefangenen Kellerräume kein Vertrauensschutz zu. Denn § 5 Abs. 2 WEG enthält für die Bildung von Sondereigentum eine absolute Grenze, die nicht durch Billigkeitserwägungen relativiert werden darf

(vgl. BayObLG Rpfleger 1980, 477).

cc) Das Landgericht hat darüber hinaus rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die fehlerhafte Ausweisung von Gemeinschaftseigentum als Sondereigentum die Wirksamkeit der Teilungserklärung im Übrigen nicht berührt

(ebenso MünchKomm/Commichau, 4. Aufl., § 5 WEG Rn. 14 f.; Röhl, DNotZ 1987, 228, 229).

Dass diese weiterhin Bestand hat, folgt nach Ansicht des Senats bereits aus § 139 BGB. Danach ist ein teilweise nichtiges Rechtsgeschäft nur dann insgesamt nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die seinerzeitige Erbengemeinschaft, welcher der Beteiligte zu 2 b. angehört hat, von der Abgabe der Teilungserklärung gänzlich Abstand genommen hätte, wenn sie gewusst hätte, dass sie an dem Heizungsraum nebst den erforderlichen Zugangsf lächen kein Sondereigentum hat schaffen können. ...

b) ...

c) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht schließlich ausgeführt, dass die Beteiligten zu 1. von den Beteiligten zu 2. die Zustimmung zur Vornahme einer baulichen Veränderung in der Weise verlangen können, dass die Kellerwand zwischen den Fluren der Sondereigentumsbereiche 1 und 2 durchbrochen und an diese Stelle eine verschließbare Stahltür gesetzt wird. Zwar erfordert eine bauliche Veränderung nach §§ 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG die Zustimmung aller dadurch betroffenen Wohnungseigentümer; jedoch können die Beteiligten zu 1. eine solche Zustimmung von den Beteiligten zu 2. verlangen. Der Anspruch ergibt sich auch insoweit aus dem Gemeinschaftsverhältnis i. V. mit § 242 BGB. Ein Wanddurchbruch ist im Hinblick auf einen ungestörten Gebrauch des Wohnungseigentums sowie des Gemeinschaftseigentums durch die Beteiligten zu 2. erforderlich; er ermöglicht ihnen den notwendigen Zugang zu der gemeinschaftlichen Heizungsanlage. Es kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden. ...

WEG § 16 II; BGB § 242

1. Aus dem unter den Wohnungseigentümern bestehenden Treueverhältnis kann sich die Pflicht ergeben, einer Änderung der Gemeinschaftsordnung (hier: Verteilungsschlüssel) zuzustimmen.
2. Dies kommt in Betracht, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der getroffenen Regelung als grob unbillig und damit gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstößend erscheinen lassen.
3. Die Pflicht besteht auch dann, wenn die Teilungserklärung eine Öffnungsklausel enthält.
4. Jedenfalls dann, wenn ein Wohnungseigentümer mehrmals vergeblich versucht hat, die Wohnungseigentümersammlung zur Änderung des Verteilungsschlüssels zu bewegen, kann ihm nicht entgegengehalten werden, er

müsse vor Anrufung des Wohnungseigentumsgerichts die Wohnungseigentümersversammlung erneut damit befassen.

SchlHOLG, 2. Zivilsenat Beschluss vom 26. April 2006 – 2 W 234/05 –, Sch.

Die aus 4 Häusern bestehende Anlage enthält einen SB-Markt (Teileigentum Nr. 42), Praxen und Büros (Teileigentum Nr. 40 und 41), 39 Wohnungen und eine Tiefgarage, zu welcher der hauseigene Fahrstuhl herabgeführt ist. Die Beteiligte zu 1. ist Teiligentümerin der Tiefgaragenstellplätze Nr. 43 bis 85. Sie erwarb die Stellplätze, um die ihr von der Bauaufsichtsbehörde auferlegten Stellplatzvorhaltungen für ihr unmittelbar angrenzendes Mietshaus mit Büros, Praxen und Läden zu erfüllen. § 14 der Teilungserklärung sieht für die Verteilung der laufenden Kosten vor, das Teileigentum 42 u.a. an den Kosten der Müllbeseitigung und des Aufzugs nicht beteiligt wird.

Die Beteiligte zu 1. ist der Auffassung, ihre Beteiligung an den Kosten des Aufzugs und der Müllbeseitigung sei ungerechtfertigt, weil ihre Tiefgaragenbenutzer den Aufzug und die Müllentsorgungsvorrichtungen nicht benutzen und mangels Zugangs auch gar nicht benutzen könnten. Sie hatte mehrfach in Wohnungseigentümersversammlungen versucht, den Kostenverteilungsschlüssel zu ändern. Die hierfür erforderliche $\frac{3}{4}$ Mehrheit konnte sie nicht erreichen. Gleichfalls hatte sie mehrfach Wohngeldbeschlüsse angefochten.

In der Versammlung der Wohnungseigentümer am 4.5.2004 beschlossen diese mehrheitlich die Wohngeldabrechnung für das Wirtschaftsjahr 2003 und genehmigten den Wirtschaftsplan für das Jahr 2004. Die Beteiligte zu 1. hat beantragt, diese Beschlüsse für ungültig zu erklären und festzustellen, dass sie an den Kosten der Müllabfuhr und der Fahrstuhlanlage in den Jahresabrechnungen der Verwaltung über das Gemeinschaftseigentum nicht zu beteiligen ist. Das Amtsgericht hat die angefochtenen Beschlüsse für ungültig erklärt (weil die Eigentümerin des Teileigentums Nr. 42 nicht hinreichend an den Kosten beteiligt worden war) und den Feststellungsantrag zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1. und auch ihre weitere Beschwerde blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen

Die nach §§ 45 Abs. 1 WEG; 27, 29 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde ist im Ergebnis unbegründet.

1. Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens lassen die Ausführungen des Landgerichts keinen Rechtsfehler im Sinne der §§ 27 FGG; 546 ZPO erkennen. Die Kosten der gesamten – also auf die Bereiche sowohl des Gemeinschafts- als auch des Sondereigentums bezogenen – Müllbeseitigung und des Aufzugs sind grundsätzlich von allen Sonder-/Teileigentümern im Verhältnis der Wohn-/Nutzfläche zu tragen. Das ergibt sich aus § 14 Nr. 2 Buchst. b) der TE. Diese Vorschrift ist anzuwenden, weil sie als spezielle Vereinbarung der Wohnungseigentümer dem abdingbaren § 16 Abs. 2 WEG vorgeht

(Weitnauer/Gottschalg, WEG, 9. Aufl., § 16 Rn. 16).

Das Rechtsbeschwerdegericht kann die als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragene Teilungserklärung selbständig auslegen. Maßgebend ist hierbei der Wortlaut der Eintragung und ihr Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt.

Die „Müllabfuhr“ wird bereits im ersten Absatz unter Buchst. b) erwähnt. Im 3. und 4. Absatz, welche die Nichtbeteiligung an Kosten regelt, wird ausnahmsweise der Eigentümer des Teileigentums Nr. 42 von der Beteiligung an den Kosten der Müllbeseitigung ausgenommen, während dies für die Beteiligte zu 1. nicht der Fall ist. Daraus folgt, dass diese daran zu beteiligen ist. Entgegen ihrer Auffassung umfasst § 14 Nr. 2 Buchst. b) der TE die Kosten der gesamten Müllbeseitigung. Dem steht nicht entgegen, dass Nr. 2 Buchst. b) sich auf die „allgemeinen Bewirtschafts- und Betriebskosten“ bezieht. Ersichtlich sollte in § 14 Nr. 2 der Teilungserklärung das Wohngeld/Hausgeld umfassend geregelt werden, wie sich aus Buchst. e) (u.a. Kosten der Beheizung sowie der Warm- und Kaltwasserversorgung auch des Sonder-/Teileigentums) und Buchst. f) (Abfallentsorgung für das Teileigentum Nr. 42 in eigener Zuständigkeit) ergibt. Wäre von Buchst. b) nur die Entsorgung des Mülls gemeinschaftlicher Räume und Flächen erfasst worden, so hätte an anderer Stelle auch die Entsorgung des Mülls aus dem – außer dem erwähnten Teileigentum Nr. 42 – übrigen Sonder- und Teileigentum geregelt sein müssen, was indessen nicht der Fall ist.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1. spricht überdies manches dafür, dass die Kosten der gesamten Müllabfuhr auch nach § 16 Abs. 2 WEG zu den Kosten des gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums gerechnet werden

(vgl. BayObLGZ 1972, 150; Weitnauer/Gottschalg aaO).

Wegen der speziellen Regelung in der Teilungserklärung kommt es indessen vorliegend nicht auf diese Frage an. Deshalb liegen auch die Ausführungen der Beteiligten zu 1. über die Anwendbarkeit der Grundsätze der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.9.2003 – V ZB 21/03 –

(NJW 2003, 3476)

neben der Sache. Diese Entscheidung ist von vornherein nicht einschlägig, wenn die Verteilung der Kosten – wie hier – durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer geregelt ist

(aaO S. 3477, 3478).

Die Aufzugskosten gehören zu den „sonstigen Betriebskosten, soweit sie mit der Bewirtschaftung der Anlage unmittelbar zusammenhängen und für die Werterhaltung der Anlage notwendig sind“ im Sinne des § 14 Nr. 2 Buchst. b). Die Beteiligte zu 1. ist gemäß § 14 Nr. 2 Buchst. b) im 4. Absatz – anders als das Teileigentum Nr. 42 im vorangegangenen Absatz – nicht hiervon befreit.

2. Hinsichtlich des Hilfsantrags verletzen die Ausführungen des Landgerichts das Recht (§§ 27 FGG, 546 ZPO). Seine Entscheidung stellt sich indessen aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar.

a) Es ist allgemein anerkannt, dass sich aus dem unter den Teilhabern der Gemeinschaft bestehenden Treueverhältnis die Pflicht ergeben kann, einer Änderung der Gemeinschaftsordnung zuzustimmen, wenn eine solche Änderung dringend geboten ist und die Versagung der Zustimmung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies kommt in Betracht, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der getroffenen Regelung als grob unbillig und damit gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßend erscheinen lassen

(BGH NJW 2003, 3476, 3477; BayObLG NZM 2002, 389; Senat, Beschluss vom 17.7.1996, NJWE-MietR 1997, 32, 33; Weitnauer/Lüke aaO § 10 Rn. 52 mwN).

Das gilt auch dann, wenn die Teilungserklärung – wie vorliegend mit § 14 Nr. 5 – eine sogenannte Öffnungsklausel enthält

(OLG Frankfurt NZM 2001, 140).

Die Anspruchsvoraussetzungen sind allerdings eng auszulegen, weil die Kostenregelungen von besonderer Bedeutung für die Wirtschaftlichkeit des einzelnen Wohnungseigentums sind und jeder Wohnungseigentümer, der in eine Gemeinschaft eintritt, sich auf ihren Fortbestand verlassen darf

(KG NZM 1999, 257).

Zwar geht das Landgericht von dieser Änderungsmöglichkeit aus, es nimmt jedoch zu Unrecht an, die Beteiligte zu 1. müsse im vorliegenden Fall vor Anrufung des Gerichts zunächst die Wohnungseigentümersversammlung mit einem Antrag auf Änderung der Teilungserklärung befragen. Ob eine vorherige Befassung der Wohnungseigentümer grundsätzlich geboten ist, kann hier offen bleiben. Jedenfalls wenn ein Ast. – wie vorliegend die Beteiligte zu 1. – dreimal vergeblich versucht hat, die Wohnungseigentümersversammlung zur Änderung des Verteilungsschlüssels zu bewegen, läuft das Verlangen nach einer erneuten Vorbefassung der Versammlung auf eine überflüssige Förmel hinaus, weil eine abweichende Beschlussfassung nicht zu erwarten ist. Das Landgericht hätte nach allem in der Sache selbst entscheiden müssen.

b) Da der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, kann der Senat – ohne Zurückverweisung der Sache – als Rechtsbeschwerdegericht über die Begründetheit des hilfsweise geltend gemachten Verpflichtungsantrags selbst entscheiden. Dieser Antrag hat sachlich keinen Erfolg.

aa) Es ist nach Treu und Glauben nicht geboten, die Beteiligte zu 1. nach den unter Nr. 2 Buchst. a) dargestellten Grundsätzen von den Kosten der Müllbeseitigung auszunehmen. Es lässt sich nicht von vornherein ausschließen, dass auch im Bereich ihres Teileigentums in der Tiefgarage Müll anfällt, der zu entsorgen ist. Zutreffend hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass sie gegen die Beteiligten zu 2. einen Anspruch darauf hat, Zugang zu der Müllbeseitigungsanlage zu erhalten. Sie hat die Teileigentumsrechte in Kenntnis des Kostenverteilungsschlüssels und der Besonderheiten ihres Teileigentums erworben und diese Umstände akzeptiert. Das Vertrauen der anderen Teil- und Wohnungseigentümer in den Fortbestand der getroffenen Regelung in den Grenzen der Öffnungsklausel ist schutzbedürftig. In Bezug auf das Teileigentum Nr. 42 liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, weil diesem auf Grund seiner Sonderstellung als SB-Markt die Abfallentsorgung in eigener Zuständigkeit auferlegt worden ist (§ 14 Nr. 2 f TE).

bb) Hinsichtlich der Aufzugskosten entspricht es höchst richterlicher Rechtsprechung, dass jeder Wohnungs- und Teileigentümer für Betriebskosten und Instandhaltungskosten in gleicher Weise auch dann aufkommen muss, wenn er bestimmte Einrichtungen wie z.B. Treppenhaus, Aufzug, Kinderspielplatz, Fahrradkeller, Waschmaschinen und Tischtennisraum nicht benutzt oder

nicht benutzen kann. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach ein Wohnungs/Teileigentümer Kosten für solche Einrichtungen nicht zu tragen hat, die ihm persönlich keinen Nutzen bringen, besteht nicht

(BGHZ 92, 18, 23 – Fahrstuhl in Mehrhausanlage; vgl. auch OLG Düsseldorf DWE 1986, 28 – Fahrstuhl und Erdgeschossbewohner; Weitnauer/Gottschalag aaO § 16 Rn. 19; Palandt/Bassenge, WEG, 65. Aufl., § 16 Rn. 2).

In der Freistellung des Teileigentums Nr. 42 von den Aufzugskosten ist kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu sehen. Die Tiefgaragenstellplätze Nr. 43 bis 85 waren ursprünglich einer Frau N. zugeordnet (§ 3 Nr. 1 TE). Danach war offen, wer Inhaber dieser Teileigentumsrechte wird. Sie hätten auch von den Eigentümern der Wohnungen Nr. 1 bis 39, den Eigentümern der Teileigentumsrechte Nr. 40 und 41 oder sonstigen Dritten erworben werden können, für die der Fahrstuhl Nutzen gebracht hätte. Die Beteiligte zu 1. hat die Verhältnisse bei Erwerb des Teileigentums gekannt. Der Erwerb stand ihr frei. Sie hätte auch auf andere Art der behördlichen Auflage, Parkplätze bereit zu stellen, nachkommen können. Auch insoweit geht der Schutz des Vertrauens der übrigen Berechtigten vor.

WEG § 43; BGB § 242

- 1. Für die Entscheidung über den Anspruch auf Einräumung von Sondereigentum, der nicht auf eine Vereinbarung, sondern auf das zwischen den Wohnungseigentümern bestehende Gemeinschaftsverhältnis in Verbindung mit § 242 BGB gestützt wird, ist der Rechtsweg vor den Wohnungseigentumsgerichten eröffnet.**
- 2. § 242 BGB kann – nicht nur im Regelungsbereich des § 10 WEG, sondern auch im Bereich des sachenrechtlichen Grundverhältnisses – einen Anspruch auf Änderung der rechtlichen Verhältnisse begründen, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der getroffenen Regelung als grob unbillig erscheinen lassen.**

SchlHOLG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 27. Dezember 2005 – 2 W 6/05 –, Sch.

Die streitbefangene Wohnungseigentumsanlage – ein eingeschossiges, ganz unterkellertes Gebäude mit voll ausgebautem Dachgeschoss auf einer Grundstücksfläche von 1309 m² – besteht auf Grund der Teilungserklärung vom 8. 9. 1982 in Verbindung mit den Nachträgen vom 29. 12. 1982 und 5. 4. 1983 (TE) aus drei im Wohnungsgrundbuch von W. eingetragenen Wohnungen: Nr. 1 im Erd- und Obergeschoss rechts mit Keller und Sondernutzungsrecht an einem Pkw-Einstellplatz (anteil 45/100, Blatt 2055), Nr. 2 im Erd- und Obergeschoss links mit Keller und Sondernutzungsrecht am Pkw-Einstellplatz (Anteil 35/100, Blatt 2053) und Nr. 3 im Obergeschoss mittig mit Keller (Anteil 20/100, Blatt 2057). Die TE sieht in der letzten Fassung ein dem Gemeinschaftseigentum zugeordnetes Schwimmbad vor, dass – noch gegenwärtig – nicht vollendet ist. Die Beteiligten zu 1. erwarben die Wohnung Nr. 1 von dem teilenden Eigentümer Karl-Günter We. – Bruder der Beteiligten zu 2. – durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung am 17. 7. 1989. Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 ist seit dem 19. 8. 1983 die Beteiligte zu 2. Ihr gehört auch die Wohnung Nr. 3, die ihr am 22. 6. 1995 von ihren Eltern Karl und Grete We. übereignet wurde. Als die Beteiligten zu 1. die Wohnung Nr. 1 erwarben, war diese noch nicht fertig gestellt. Nach dem Verkehrswertgutachten des Sachverständigen S. vom 3. 2. 1988 waren noch Arbeiten im Wert von ca. 63000 DM auszuführen. Unmittelbar vor dem Zwangsversteigerungstermin hatten der Vater und der damalige Ehemann der Beteiligten zu 2. den Beteiligten zu 1. eine schriftliche Aufstellung übergeben, die Änderungen der Anlage beinhaltete. Insbesondere sollte die Wohnung Nr. 1 einen separaten Eingang und Zugang zum Keller erhalten, sowie ihr ihm Austausch der Kellerräume unter der Wohnung Nr. 1 neben der Schwimmhalle zugeschlagen werden. In dem von der TE in Bezug genommenen Aufteilungsplan sind – mit Ausnahme der zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Räume – aus nicht nachvollziehbaren Gründen die unter der Wohnung Nr. 1 (rechts) liegenden Kellerräume der Wohnung Nr. 2 (links) zugeordnet und die unter der Wohnung Nr. 2 liegenden Kellerräume der Wohnung Nr. 1. Ferner sah die Aufstellung, auf die wegen weiterer Einzelheiten Bezug genommen wird, die Zuordnung des Schwimmbads zur Wohnung Nr. 1 und bestimmter Grundstücksflächen zu den Wohnungen Nr. 1 und 2 vor.

Die Beteiligten zu 1. errichteten – teilweise unter Mithilfe des Bruders der Beteiligten zu 2. – an ihrem Hausteil einen unterkellerten Vorbau, der einen eigenen Zugang zur Wohnung Nr. 1 und zum Keller ermöglichte, sowie am Zugang vom Grenzweg einen Carport. Die Beteiligte zu 2. oder ihre Rechtsvorgänger bauten außer einer Dachgaube für die Wohnung Nr. 3 im Bereich des Zugangs vom Brookgang eine Garage und ebenfalls einen Carport. Ferner benutzten die Beteiligten die Kellerräume entsprechend dem beabsichtigten Austausch und – wie Sondernutzungsberechtigte – die jeweils in ihrem Bereich befindliche Grundstücksfläche. Seit 1998 bemühten sich die Beteiligten zu 1., die Beteiligte zu 2. zu bewegen, einer den tatsächlichen Änderungen entsprechenden Änderung der TE zuzustimmen. Sie beschafften eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 6. 7. 1999 nebst Aufteilungsplan und erklärten für sich und als vollmachtlose Vertreter für die Beteiligte zu 2. am 11. 8. 2000 eine Änderung der TE zu notariellem Protokoll, welche die Beteiligte zu 2. indessen nicht genehmigte.

Die Beteiligten zu 1. haben vorgegetragen, bereits vor dem Erwerb ihrer Wohnung seien gemäß der ihnen übergebenen Aufstellung Absprachen über die sodann einverständlich vorgenommenen Änderungen getroffen worden. Dieses sei als konkludenter Wohnungseigentümerbeschluss im Umlaufverfahren über die Änderung der TE anzusehen. Auch unabhängig hiervon stünde ihnen ein Anspruch darauf zu, diese den Änderungen anzupassen. Am 10. 12. 2000 haben sie beim Amtsgericht u. a. beantragt, die Beteiligte zu 2. zu „verurteilen“, die am 11. 8. 2000 notariell beurkundeten Erklärungen der TE zu genehmigen. Die Beteiligte zu 2. ist dem entgegengetreten und hat erwidert, die Beteiligten zu 1. hätten ihren Bruder „hereingelegt“. Sie hätten vor dem Zuschlag mit

diesem vereinbart, ihm nach Ersteigerung die Möglichkeit zu geben, die Wohnung Nr. 1 nach einer gewissen Zeit zurückzukaufen, jedoch später den Rückkauf verweigert. Die Änderungen seien in der Erwartung des Rückerwerbs vorgenommen worden. Ihr Bruder sei auch nicht bevollmächtigt gewesen, „die Familie“ zu vertreten.

Nach Stellung weiterer Anträge, welche die Beteiligten zu 1. später zurückgenommen haben oder die für erledigt erklärt worden und deshalb für die Hauptsache nicht mehr von Bedeutung sind, hat das Amtsgericht den Antrag auf Genehmigung der Änderungserklärung als unzulässig zurückgewiesen, weil nicht das Wohnungseigentumsgericht, sondern das Prozessgericht dafür zuständig sei. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 1. sofortige Beschwerde eingelegt. Im Verhandlungstermin vor der Zivilkammer haben die Beteiligten nach Besichtigung der Anlage sowie Erörterung der Sach- und Rechtslage erklärt, sie „beabsichtigten“, den derzeitigen Zustand durch eine geänderte Teilungserklärung festzuschreiben. Die Gartenanlage solle mit Sondernutzungsrechten entsprechend der tatsächlichen Nutzung versehen werden. Die weiteren Verhandlungen der Beteiligten führten jedoch zu keiner Einigung. Die Beteiligten zu 1. erlangten eine Änderung der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 14. 4. 2003 nebst Aufteilungsplan und erklärten unter dem 22. 4. 2004 – wiederum für sich und in vollmachtloser Vertretung für die Beteiligte zu 2. – eine neue Änderung der Teilungserklärung zu notariellem Protokoll, auf das einschließlich seiner Anlagen wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird. Im Wesentlichen unterscheidet sich diese Änderungserklärung von der Erklärung vom 11. 8. 2000 darin, dass das Schwimmbad nicht dem Sondereigentum der Wohnung Nr. 1., sondern dem Gemeinschaftseigentum zugeordnet wird. Die Beteiligten zu 2. hat auch weiterhin ihre Genehmigung verweigert. Die Beteiligten zu 1. haben beantragt, die Beteiligte zu 2. zu „verurteilen“, die von ihnen am 11. 8. 2000 und 22. 4. 2003 als vollmachtlose Vertreter abgegebenen Erklärungen zur Änderung der TE zu genehmigen, hilfsweise, an der Anpassung der TE nach Maßgabe der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 6. 7. 1999 nebst den Änderungen vom 14. 4. 2003 mitzuwirken. Das Landgericht hat dem Hilfsantrag stattgegeben und die weitergehende sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Auf die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten hat der Senat diesen Beschluss aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen

Die sofortigen weiteren Beschwerden sind nach §§ 45 Abs. 1 WEG; 27, 29, 22 FGG zulässig. Insbesondere ist der Rechtsweg zu den Wohnungseigentumsgerichten eröffnet § 43 Abs. 1 WEG. Dies folgt allerdings nicht bereits aus der entsprechenden Anwendung des § 17 a Abs. 5 GVG, weil es das Landgericht versäumt hat, nach § 17 a Abs. 3 Satz 2 GVG trotz Rüge der Beteiligten zu 2. über den Rechtsweg vorab zu entscheiden

(vgl. BGH NJW 1995, 2851).

Vielmehr enthält die angefochtene Entscheidung überhaupt keine Begründung zu dieser Frage. Indessen folgt die nach allem auch noch vom Rechtsbeschwerdegericht zu überprüfende Zulässigkeit des Rechtswegs

(vgl. BGH aaO).

insbesondere im Hinblick auf die geltend gemachte Einräumung des Sondereigentums entgegen der Auffassung des Amtsgerichts daraus, dass der Anspruch nicht auf eine Vereinbarung, sondern auf das zwischen den Wohnungseigentümern bestehende Gemeinschaftsverhältnis in Verbindung mit § 242 BGB gestützt werden kann

(BayObLGZ 1998, 111, 115).

Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1. ist nach Maßgabe des Ausspruchs auch begründet, weil die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 FGG, 546 ZPO). Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 2. hat keinen Erfolg.

Das Landgericht hat ausgeführt: Der Hauptantrag sei unbegründet, weil die Beteiligten zu 1. von der Beteiligten zu 2. nicht verlangen könne, der für sie vorgenommenen Änderung der Teilungserklärung zuzustimmen. Sie müsse die Möglichkeit haben, an der Formulierung der Änderung mitzuwirken, auch wenn sie inhaltlich keine Vorbehalte habe. Mitzuwirken brauche sie auch nur an der Änderung insoweit, als sie die grundbuchliche Eintragung der tatsächlichen Änderungen ermögliche. Es sei nicht Aufgabe der Kammer, dies abzuklären. Sie – die Kammer – habe andererseits Zweifel, ob § 4 WEG eingehalten worden sei. Zumindest der Anbau der Beteiligten zu 1. sei nachträglich auf Gemeinschaftseigentum errichtet und solle nunmehr zum Sondereigentum der Beteiligten zu 1. zählen. Ähnliches gelte für die auf Gemeinschaftseigentum errichtete Doppelgarage, die Sondereigentum werden solle. Der Hilfsantrag sei jedoch begründet. Die Beteiligte zu 1. habe in beiden Kammerterminen erklärt, mit einer Änderung der Teilungserklärung entsprechend den tatsächlichen Änderungen einverstanden zu sein. Diese Änderungen seien in den Plänen zur Urkunde vom 22. 4. 2003 richtig wiedergegeben, wie der Kammer auf Grund der Ortsbesichtigung bekannt sei. Das werde von der Beteiligten zu 2. auch nicht bestritten. Für den Hilfsantrag bestehe ein Rechtsschutzinteresse. Für alle Beteiligten müsse es von größtem Interesse sein, die tatsächlichen Verhältnisse grundbuchlich festzuschreiben. Die Beteiligten zu 1. hätten – nachdem die Beteiligte 2. nach über zwei Jahren nichts unternommen habe, ihre Erklärungen in die

Tat umzusetzen – einen Anspruch auf einen Titel, den sie notfalls vollstrecken könnten.

1. Zunächst allerdings hat das Landgericht im Ergebnis mit Recht dem Grunde nach einen Anspruch der Beteiligten zu 1. gegen die Beteiligte zu 2. auf Verwirklichung ihres Begehrens bejaht, auch wenn seine Begründung keine konkrete Anspruchsgrundlage erkennen lässt. Sollte es in den Erklärungen der Beteiligten im Termin am 27. 6. 2002 eine anspruchsbegründende Vereinbarung sehen, wäre eine solche Auslegung schon mangels näherer Begründung rechtfertigbar.

(vgl. Keidel/Meyer-Holz, FGG, 15. Aufl., § 27 Rn. 49).

Diese Erklärungen gehen nach Wortlaut und Sinn nicht über eine Absichtserklärung hinaus und stellen keine Willenserklärungen dar. Hätten die Beteiligten verbindliche Erklärungen abgeben wollen, hätten sie die Form eines gerichtlichen Vergleichs (§§ 44 Abs. 2 WEG; 160 Abs. 3 Nr. 1, 162 Abs. 1 ZPO) gewählt. Dies ist indessen nicht geschehen.

(vgl. auch den Beschluss des Landgerichts vom 4. 3. 2003).

Insofern fehlt es ferner – soweit erforderlich – an der Form der §§ 4 Abs. 2 und 3 WEG; 311 b Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB. Auch den von den Beteiligten zu 1. behaupteten „Absprachen“ unmittelbar vor dem Zuschlag der Wohnung am 17. 7. 1989 kann schlüssig keine Vereinbarung entnommen werden. Das Vorbringen lässt nicht überprüfbar erkennen, ob und inwieweit den behaupteten „Absprachen“ Verbindlichkeit beizumessen und die Beteiligte zu 2. davon betroffen ist. Anscheinend sind die Gespräche zwischen den Beteiligten zu 1. nur mit den Angehörigen der Beteiligten zu 2. geführt worden, ohne dass eventuelle Vertretungsverhältnisse klargelegt worden sind. Die den Beteiligten zu 1. übergebene Aufstellung verschafft keine Klarheit, weil sie auf einen notariellen Kaufvertrag zwischen der Beteiligten zu 2. und ihrem Bruder sowie ihren Eltern verweist, an dem die Beteiligten zu 1. nicht beteiligt werden sollten und der nicht zustande kam. Außerdem fehlt es auch insoweit an der Form.

Allerdings ist der geltend gemachte Anspruch der Beteiligten zu 2. aus § 242 BGB begründet. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass – nicht nur im Regelungsbereich des § 10 WEG – sondern auch im Bereich des sachenrechtlichen Grundverhältnisses Treu und Glauben einen Anspruch auf Änderung rechtlicher Verhältnisse begründen kann, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der getroffenen Regelung als grob unbillig erscheinen lassen.

(BGH NJW 2004, 3413; OLG Hamburg ZMR 1995, 170; BayObLG ZMR 1995, 41; ZMR 2001, 997; vom 7. 11. 2001 – 22 BR 10/01; Z 1998, 111, 115).

So liegt es hier. Die Beteiligten haben die Investitionen (Anbau, Garage und Carports) jeweils vor langer Zeit mit Zustimmung der übrigen Beteiligten und im Vertrauen auf den Bestand der Bauvorhaben getätigt. Dabei ist unerheblich, ob – wie die Beteiligten zu 2. vorgetragen hat – sie oder ihr Bruder die Zustimmung in der Erwartung abgegeben haben, die Beteiligten zu 1. würden das durch Zuschlag erworbene Wohneigentum dem Bruder zurückübertragen. Entscheidend ist, dass es – wie auch die Beteiligte zu 2. zutreffend meint – nunmehr „völlig unsinnig“ ist, die Bauten abzureißen. Entsprechendes gilt für die vernünftigerweise und seit langem einverständlich geänderte und praktizierte Zuordnung der Kellerräume zu den jeweils über ihnen liegenden Wohnungen, ferner auch für die Begründung von Sondernutzungsrechten für Flächen, die bei gegenseitiger Zustimmung der Beteiligten seit langem von ihnen genutzt worden sind, als hätten Sondernutzungsrechte bestanden. Es ist nicht ersichtlich, dass den Beteiligten über die Entziehung von Gemeinschaftseigentum hinaus, die – wie noch auszuführen sein wird – zu vergüten sein wird, ein Nachteil entsteht. Die Beteiligte zu 2. hat wiederholt – zuletzt in der Verhandlung am 27. 6. 2002 – ihr Einverständnis mit den Änderungen bekundet. Unter den genannten Umständen besteht auch ein billigeswertes Interesse der Beteiligten zu 2., die Änderungen grundbuchrechtlich zu sanktionieren, um auch für eventuelle Rechtsnachfolger Rechtssicherheit zu schaffen.

2. Der angefochtene Beschluss ist jedoch insoweit fehlerhaft, als das Landgericht die Beteiligten zu 1. nur zur Mitwirkung an der begehrten Änderung der Teilungserklärung und nicht zur Abgabe der begehrten Genehmigungserklärung „verurteilt“ hat. Der Senat vermag die hiergegen gerichteten Bedenken des Landgerichts nicht zu teilen. So ist nicht ersichtlich, weshalb die Beteiligten zu 2. die Möglichkeit haben muss, an der Änderung – mit Ausnahme der Genehmigung – mitzuwirken, wenn die Erklärungen der Beteiligten zu 1. gemäß notarieller Urkunde vom 22. 4. 2003 zutreffend und vollständig sind und auf ihre Invollzugsetzung – wie vorliegend

– ein Anspruch besteht. Das Landgericht hat selbst festgestellt, dass die Änderungen in den Plänen zur Urkunde vom 22. 4. 2003 richtig wiedergegeben worden seien, wie der Kammer auf Grund der Ortsbesichtigung bekannt sei. Es bestehen auch keine Zweifel an der Einhaltung der zur Änderung erforderlichen Vorschriften. Soweit sachenrechtliche Änderungen betroffen sind – Überführung des auf Gemeinschaftseigentums errichteten Anbaus und der Garage in Sondereigentum sowie Tausch der Kellerräume – ist dies nur nach §§ 873 Abs. 1, 925 BGB, 4 Abs. 1 und 2 WEG durch Einigung und Eintragung möglich.

(BGH NJW 2003, 2165, 2166; KG FGPrax 1998, 94; BayObLG NJW-RR 1987, 329, 330; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl., § 4 Rn. 2ff.).

Diese Voraussetzungen liegen hier grundsätzlich vor. Die Beteiligten zu 1. haben für sich und in zunächst vollmachtloser Vertretung für die Beteiligten zu 2. die für eine entsprechende Einigung erforderlichen Erklärungen in der vorgeschriebenen Form in der Urkunde vom 22. 4. 2003 abgegeben. Diese enthält auch den Antrag und die Bewilligung für die erforderlichen Eintragung im Grundbuch (§ 19 GBO). Es fehlt nur die Genehmigung des Beteiligten zu 2. (§§ 177 Abs. 1, 184 BGB).

Sollte das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung die Beseitigung von Hindernissen aufgeben, so besteht grundsätzlich nach § 242 BGB eine Pflicht der Beteiligten, hieran mitzuwirken. Eine Änderung der Miteigentumsquoten im Hinblick auf § 6 Abs. 1 TE wird voraussichtlich wegen der Geringfügigkeit der Änderungen nicht erforderlich sein. Für die das Grundverhältnis nicht berührende Begründung von Sondernutzungsrechten nach § 10 Abs. 2 WEG liegen ebenfalls grundsätzlich entsprechende Vereinbarungen vor. Zwar sind insoweit keine Formerfordernisse gegeben, die „Verdinglichung“ der Sondernutzungsrechte mit Wirkung für eventuelle Rechtsnachfolger durch Eintragung in das Grundbuch

(vgl. hierzu Weitnauer/Lüke aal § 15 Rn. 25ff., 31, 37)

ist jedoch zuzubilligen. Der Anspruch auf Genehmigung gegen die Beteiligten zu 2. besteht unabhängig davon, dass zu den Änderungen noch die Zustimmung von Grundpfandgläubigern erforderlich ist (§§ 876, 877 BGB). Allerdings besteht die Verpflichtung der Beteiligten zu 2. zur Genehmigung nur hinsichtlich Abschnitt I letzter Satz und Abschnitt II. – Mit Ausnahme des ersten Absatzes (einen Beteiligten zu 3. gibt es nicht und ein Miteigentumsanteil von 45/100 besteht für die Wohnung Nr. 1 bereits) der Urkunde vom 22. 4. 2003 nebst in Bezug genommenen Anlagen. Hinsichtlich der Lage der Sondernutzungsrechte dürfte in der Urkunde Bezug genommen sein auf den Plan mit den roten und blauen Grenzlinien, denn für die Wohnung Nr. 3 sieht die Urkunde keine Sondernutzungsrechte vor (vgl. den Plan mit den zusätzlichen gelben Markierungen und der Eintragung der Nr. 3).

3. Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache selbst zu entscheiden. Die Beteiligte zu 2. besteht mit Recht auf einer Entschädigung für die durch den Anbau und die Einräumung von Sondernutzungsrechten entzogenen Gemeinschaftsflächen sowie die durch den Tausch erfolgte „Vergrößerung“ der Kellerfläche zu Gunsten der Beteiligten zu 1. Die Beteiligten zu 1. haben insoweit bisher keine Ansprüche erhoben. Die maßgeblichen Verkehrswerte der Flächen werden durch ein Sachverständigengutachten zu ermitteln sein. Sodann wird eine Zug-um-Zug-„Verurteilung“ in Betracht kommen (§ 894 Abs. 1 ZPO). Im Zuge dieser Ermittlungen werden auch die zuvor erwähnten Unstimmigkeiten aufzuklären sein.

ZPO § 240 analog; BGB § 138 I

- 1. Ein Beschlussanfechtungsverfahren in einer Wohnungseigentumsache wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verwalters nicht unterbrochen.**
- 2. Eine rechtswidrige Ausnutzung der Stimmenverhältnisse in der Wohnungseigentümerversammlung kann ausnahmsweise nach § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit eines Wohnungseigentümerbeschlusses führen, wenn ein begünstigter Wohnungseigentümer treuwidrig mit dem Verwalter zusammenwirkend in sachwidriger Weise eigene Zwecke auf Kosten der übrigen Wohnungseigentümer verfolgt.**

SchlHOLG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 16. November 2005 – 2 W 267/04 –, Sch.

Die verstorbene Wohnungseigentümerin P. der eingangs genannten Anlage (Miteigentumsanteil 35/1000) hatte in ihrem Testament unter Anordnung von Testamentsvollstreckung als Alleinerben das Universitätsklinikum X. und – hinsichtlich ihres Wohnungseigentums – E. als Vermächtnisnehmerin eingesetzt. Im notariellen Vertrag vom 11. 6. 2003 übertrug der Testamentsvollstrecker das Wohnungseigentum auf die

Vermächtnisnehmerin, wobei er sie in § 3 Abs. 6 d. V. bevollmächtigte, die auf sie übergehenden Rechte im Namen des Nachlasses wahrzunehmen, insbesondere das Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung auszuüben. Nach § 14 Abs. 4 der Teilungserklärung (TE) bestimmt sich das Stimmrecht nach den Miteigentumsanteilen, und kann sich ein Wohnungseigentümer nur durch den Verwalter, seinen Ehegatten oder einen anderen Wohnungseigentümer der Gemeinschaft vertreten lassen. Der Beteiligte zu 2. ist Teileigentümer der Einheiten Nr. 2 und 4 bis 8 (insgesamt 495/1000 Miteigentumsanteil). Die Beteiligte zu 1. war Verwalterin der Anlage. Ihre Geschäftsführerin B. lebte mit dem Beteiligten zu 2. in eheähnlicher Gemeinschaft zusammen. Die Beteiligte zu 1. hatte ihm mit notarieller Urkunde vom 7. September 1998 eine Generalvollmacht erteilt. Mitte Juni 2003 bat der den Übertragungsvertrag vom 11. 6. 2003 beurkundende Notar die Beteiligte zu 1., die nach § 6 Nr. 1 TE erforderliche Verwalter-Zustimmung zur Übertragung des Wohnungseigentums an die Vermächtnisnehmerin zu erteilen. Die Beteiligte zu 1. erteilte die Zustimmung erst am 6. 11. 2003. Die Vermächtnisnehmerin wurde am 16. 12. 2003 als neue Wohnungseigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 18. 8. 2003 an die Beteiligte zu 1. bat die Vorsitzende des Verwaltungsbeirats R. um die Einberufung der ordentlichen Wohnungseigentümerversammlung unter Aufnahme des Punktes: „Vorzeitige Beendigung des Verwaltungsvertrages mit ihr – der Beteiligten zu 1. –, in die Tagesordnung. Mit Schreiben vom 9. 9. 2003 bat R die Beteiligte zu 1. nochmals um die Aufnahme bestimmter Punkte in die Tagesordnung, so unter anderen die Beschlussfassung über die „vorzeitige Abberufung der Beteiligten zu 1., die Vorstellung und Wahl eines neuen Verwalters und die Ermächtigung, einen Verwaltervertrag mit dem gewählten Verwalter abzuschließen“. Die Beteiligte zu 1. lud die Wohnungseigentümer zur Versammlung am 30. 10. 2003 ein unter anderen mit den Tagesordnungspunkten: „Wahl der Verwaltung/Wiederwahl der Verwalterin...“ und „Abwahl des Verwaltungsbeirats“. In der Versammlung am 30. 10. 2003 legte die Beteiligte zu 1. eine von ihr beschaffte Vollmacht des Universitätsklinikums X vom 30. 9. 2003 vor und bestritt ein Stimmrecht der anwesenden und abstimmungswilligen Vermächtnisnehmerin E. Der Antrag des Beteiligten zu 2., darüber zu beschließen, dass Frau E. den Raum zu verlassen habe, wurde mehrheitlich (530/1000 zu 470/1000) angenommen, wobei sich der Anteil von 530/1000 zusammensetzte aus dem Anteil des Beteiligten zu 2. von 495/1000 und dem (in Vollmacht durch die Beteiligte zu 1. wahrgenommenen) Anteil des Alleinerben von 35/1000. Die Vermächtnisnehmerin E. nahm infolgedessen (auch) an den weiteren Abstimmungen nicht teil. Mit derselben Mehrheit wurden u. a. ohne Vorstellung von Mitbewerbern der Beschluss gefasst: Wiederwahl der Beteiligten zur Verwalterin zu 1. und – auf ergänzenden Antrag des Beteiligten zu 2. – für 5 Jahre zum Kostensatz von 485 Euro monatlich (TOP 2c und e). Nach dem gleichen Prinzip wurde mit 530/1000 zu 383/1000 (87/1000 Anteile der Beiratsmitglieder ruhten) der Beirat „wegen ineffektiver Arbeit“ mehrheitlich abgewählt (TOP 27).

Auf Antrag der Wohnungseigentümer erklärte das Amtsgericht Geesthacht mit inzwischen rechtskräftigem Beschluss die Wohnungseigentümerbeschlüsse u. a. zu den TOP 2c und e) sowie 27 durch Beschluss vom 19. 5. 2004 für ungültig, weil die Bevollmächtigung des Universitätsklinikums X. unwirksam, und die Vermächtnisnehmerin E. zu Unrecht von den Abstimmungen ausgeschlossen worden sei.

Mit Schreiben vom 5. 11. 2003 lud R. als „Vorsitzende des Verwaltungsbeirats“ die Wohnungseigentümer zur Versammlung am 25. 11. 2003 ein. Die beigefügte Tagesordnung sah unter anderem vor: „Beschluss über die vorzeitige Abberufung der Beteiligten zu 1 als Verwalterin, Vorstellung von Verwalterbewerbern, Wahl eines neuen Verwalters und Ermächtigung des Verwaltungsbeirats, einen Verwaltervertrag mit dem gewählten Verwalter abzuschließen“. In der Versammlung am 25. 11. 2003 erschienen die Beteiligten zu 1. und 2. nicht und ließen sich auch nicht vertreten. Frau R. stellte (einschließlich des Anteils der Vermächtnisnehmerin E.) die Beschlussfähigkeit der Versammlung mit 505/1000 fest. Mit dieser Mehrheit wurde u. a. die Beteiligte mit sofortiger Wirkung als Verwalterin abberufen (TOP 2), der Beteiligte zu 5. zum neuen Verwalter gewählt (TOP 4) sowie der Verwaltungsbeirat ermächtigt, einen Verwaltervertrag mit diesem abzuschließen (TOP 5).

Die Beteiligten zu 1. und 2. haben im vorliegenden Verfahren beantragt, diese Beschlüsse sowie die weiteren Beschlüsse unter TOP 6 (Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und Herausgabeansprüchen gegen die Beteiligte zu 1.) und 7 (Wahl eines Beiratsmitglieds) für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1. und 2. vor dem Landgericht und ihre sofortigen weiteren Beschwerden hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Das Verfahren ist durch die am 31. Januar 2005 erfolgte Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beteiligten zu 1. nicht analog § 240 ZPO unterbrochen worden, weil es sich um ein Beschlussanfechtungsverfahren handelt, das für die Wohnungseigentümer von elementarer Wichtigkeit ist und deshalb nicht durch eine Unterbrechung auf unabsehbare Dauer hinausgezögert werden darf

(KG NZM 2005, 667, 668 mwN).

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach §§ 45 Abs. 2 WEG; 27, 29, 22 WEG zulässig. Insbesondere hat die Beteiligte zu 1. durch den Beteiligten zu 2. als ihren Generalbevollmächtigten auf Grund notarieller Vollmacht vom 7. 9. 1998 Rechtsanwalt Re. wirksam zum Verfahrensbevollmächtigten bestellt. Das Rechtsmittel ist jedoch im Ergebnis unbegründet. Zwar ist die angefochtene Entscheidung rechtsfehlerhaft (§§ 27 Abs. 1 FGG; 546 ZPO). Sie stellt sich indessen aus anderen Gründen als zutreffend dar (§§ 27 Abs. 1, 561 ZPO).

Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Versammlung vom 25. 11. 2003 sei ordnungsgemäß einberufen worden. Nach § 24 Abs. 3 WEG könne eine Versammlung durch den Beiratsvorsitzenden einberufen werden, wenn sich der Verwalter – wie hier – pflichtwidrig weigere, eine Versammlung einzuberufen. Die angefochtenen Beschlüsse seien ordnungsgemäß zustande gekommen. Das Stimmrecht der verstorbenen Wohnungseigentümerin sei korrekt ausgeübt worden. Die Voll-

macht des Universitätsklinikums X an die Beteiligte zu 1. sei wegen §§ 2205, 2211 BGB unwirksam. Hingegen sei die Vollmacht des Testamentsvollstreckers zur Ausübung des Stimmrechts an E. wirksam.

1. Der angefochtene Beschluss ist rechtsfehlerhaft, weil die „Vorsitzende des Verwaltungsbeirats“ unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Landgerichts zu den Wohnungseigentümerbeschlüssen in der Versammlung am 30. 10. 2003 nicht befugt gewesen wäre, die Versammlung einzuberufen. Dies hätte zur Folge, dass die am 25. 11. 2003 gefassten Wohnungseigentümerbeschlüsse grundsätzlich unwirksam wären. Das Landgericht hat ersichtlich angenommen, dass der Verwaltungsbeirat durchweg im Amt war, weil die Wohnungseigentümerbeschlüsse vom 30. 10. 2003 – so auch der (zur Zeit der Einladung am 5. 11. 2003 noch nicht rechtskräftig beschiedene) Beschluss über die Abberufung des Verwaltungsbeirats – vom Amtsgericht am 19. 5. 2004 für unwirksam erklärt wurden. Diese Auffassung ist unrichtig. Nach § 23 Abs. 4 WEG ist ein Wohnungseigentümerbeschluss grundsätzlich solange gültig, bis er durch gerichtliche Entscheidung rechtskräftig für ungültig erklärt worden ist. Mithin endete durch den Wohnungseigentümerbeschluss vom 30. 10. 2003 das Amt der Verwaltungsbeiräte grundsätzlich unmittelbar. Diese Wirkung konnte weder durch die gerichtliche Anfechtung hinausgeschoben, noch rückwirkend durch die rechtskräftige gerichtliche Bestätigung der Anfechtung beseitigt werden

(Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 29 Rn. 28).

Es kann offenbleiben, ob der nach allem vorliegende Einberufungsmangel für die am 25. 11. 2003 gefassten Wohnungseigentümerbeschlüsse kausal geworden ist

(vgl. Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., § 23 Rn. 19, 20).

Jedenfalls stellt sich der Beschluss des Landgerichts aus anderen Gründen als zutreffend dar. Da der Sachverhalt genügend aufgeklärt ist, kann der Senat – ohne Zurückverweisung – in der Sache selbst entscheiden.

2. Der Wohnungseigentümerbeschluss über die Abberufung der Verwaltungsbeiräte vom 30. 10. 2003 war nicht nur anfechtbar, sondern nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB). Er entfaltete deshalb von vornherein keine Wirkung, so dass die Beiratsvorsitzende weiter im Amt war und unter den Voraussetzungen des § 24 Abs. 3 WEG berechtigt war, die Versammlung vom 25. 11. 2003 einzuberufen. Die rechtswidrige Ausnutzung der Stimmenverhältnisse kann ausnahmsweise nach § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit eines Wohnungseigentümerbeschlusses führen, wenn der begünstigte Wohnungseigentümer treuwidrig mit dem Verwalter zusammenwirkend in sachwidriger Weise eigene Zwecke auf Kosten der übrigen Wohnungseigentümer verfolgt

(vgl. BayObLG WE 1990, 67, 68; BayObLGZ 1986, 10, 14; Weitnauer/Lüke a. a. O. § 23 Rn. 25, § 25 Rn. 25).

So liegt es hier. Nach dem unstreitigen Sachverhalt einschließlich des unwidersprochen gebliebenen Vorbringens der Beteiligten zu 3.

(vgl. zur eingeschränkten Ermittlungspflicht des Wohnungseigentumsgerichts Weitnauer/Mansel aaO nach § 43 Rn. 21 mwN).

rechtfertigt sich der Schluss, dass die Beteiligten zu 1. und 2. unter Ausnutzung der Rechtslage im Zusammenhang mit der Stimmrechtsfolge nach der verstorbenen Wohnungseigentümerin P. zusammenwirkten, um der Beteiligten zu 1. das Amt der Verwalterin zu sichern und zu Lasten der übrigen Wohnungseigentümer eine dem Beteiligten zu 2. günstige Verwaltung durchzusetzen.

a) Den Umständen nach ist davon auszugehen, dass der Beteiligte zu 2. den bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Beteiligten zu 1. ausübte. Deren Geschäftsführerin B. lebte in eheähnlicher Gemeinschaft mit ihm zusammen. Beruflich war sie Friseurin und verfügte über kein Fachwissen betreffend eine Wohnungseigentumsverwaltung, so dass die Beteiligte zu 1. einen „Gehilfen“ beschäftigten musste, der die Wohnungseigentümerversammlungen durchführte. Die Interessenverflechtung wird weiter daran deutlich, dass die Beteiligte zu 1. dem Beteiligten zu 2. Generalvollmacht erteilt hatte, von der er – so etwa im vorliegenden Verfahren – auch Gebrauch machte.

b) Aus dem Zustandekommen der Wohnungseigentümerbeschlüsse vom 30. 10. 2003 geht hervor, dass die Beteiligten zu 1. und 2. unter rechtswidriger Ausnutzung der Mehrheitsverhältnisse die Abwahl der Beteiligten zu 1. als Verwalterin verhindern wollten. Statt des von der Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats in ihren Schreiben vom 18. 8. 2003 und 9. 9. 2003 verlangten Tagesordnungspunktes „vorzeitige Abberufung der Beteiligten zu 1., Vorstellung eines neuen Verwalters, Wahl eines neuen Verwalters“

setzte die Beteiligte zu 1. alternativlos den Punkt „Wahl der Verwaltung/Wiederwahl der Verwalterin“ auf die Tagesordnung. Ferner verhinderte sie rechtswidrig die Ausübung des Stimmrechts durch die Vermächtnisnehmerin E. Die von ihr beschaffte Vollmacht des Universitätsklinikums X vom 30.9.2003 war – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – schon wegen der angeordneten Testamentsvollstreckung unwirksam. Ferner war – wie sich dem Schreiben des Universitätsklinikums X vom 9.12.2003 ergibt – die Vollmacht auch deshalb unwirksam, weil sie nicht vom gesamten Vorstand des Klinikums erteilt war. Darüber hinaus bestritten die Beteiligten zu 1. und 2. zu Unrecht das Stimmrecht der Vermächtnisnehmerin auf Grund deren Bevollmächtigung durch den Testamentsvollstrecker gemäß § 3 Abs. 6 des Übergabevertrages vom 11.6.2003. Auf die Ausführungen des Senats im Beschluss 2 W 266/2004 wird insoweit Bezug genommen. Weiterhin ist der Senat überzeugt, dass die Beteiligte zu 1. die Eintragung der Vermächtnisnehmerin in das Grundbuch hinauszögerte, um diese zeitweise vom Stimmrecht auszuschließen. Nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Beteiligten zu 3. hatte der beurkundende Notar die Beteiligte zu 1. bereits Mitte Juni 2003 aufgefordert, ihre Zustimmung zur Übertragung des Wohnungseigentums auf die Vermächtnisnehmerin zu erteilen und sie mehrfach an Erledigung der Aufforderung erinnert. Sie erteilte die Zustimmung erst am 6.11.2003, ohne dass ein sachlicher Grund für diese etwa

viermonatige Verzögerung – insbesondere über die Wohnungseigentümersammlung vom 30.10.2003 hinaus – ersichtlich oder von ihr geltend gemacht worden ist. Auch die unter Missbrauch des Stimmrechts von der Beteiligten zu 1. betriebene Abwahl des Verwaltungsbeirats unter pauschaler Angabe des Grundes „unefektive Arbeit“ hatte offensichtlich den Zweck, die den Beteiligten zu 1. und 2. unliebsame Vorsitzende des Verwaltungsbeirats auszuschalten.

3. Nach allem waren die Wohnungseigentümerbeschlüsse vom 30.10.2003 nichtig. Die Beiratsvorsitzende war infolgedessen weiterhin im Amt und konnte grundsätzlich die Versammlung der Wohnungseigentümer vom 25.11.2003 einberufen und auch durchführen

(zum letzteren vgl. Weitnauer/Lüke aaO § 24 Rn. 14).

Dem Einberufungsgrund „pflichtwidrige Verweigerung der Einberufung der Versammlung durch den Verwalter“ nach § 24 Abs. 3 WEG steht es gleich, dass – wie das Amtsgericht zutreffend angenommen hat – der Verwalter – wie hier – sich pflichtwidrig geweigert hat, wesentliche Punkte auf die Tagesordnung zu setzen. Die am 25.11.2003 von der wirksam einberufenen Wohnungseigentümersammlung gefassten Beschlüsse sind auch im Übrigen – wie von Amts- und Landgericht zutreffend ausgeführt und von den Beteiligten zu 1. und 2. insoweit nicht beanstandet – rechtmäßig.

Verfahrenskosten

RVG §§ 3, 14, 45; VV-RVG Nr. 3103, 3106

- Für die Höhe der im Verfahren vor den Sozialgerichten zugunsten der Anwälte anfallenden Verfahrens- und Terminsgebühr sind die für die Bemessung von Rahmengebühren maßgeblichen Kriterien des § 14 RVG jeweils gesondert zu prüfen.**
- Die Terminsgebühr vor den Sozialgerichten ist in Höhe der Mittelgebühr festzusetzen, wenn die Verhandlung – mit oder ohne Beweisaufnahme – 50 Minuten gedauert hat und Besonderheiten des Einzelfalles nicht hervorgetreten sind.**

SchlHLSG, 1. Senat, Beschluss vom 12. September 2006 –
L 1 B 320/05 SF SK –, Dr. St.

Der Ast. war dem Kl. eines Verfahrens vor dem Sozialgericht im Wege der Prozesskostenhilfe als Prozessbevollmächtigter beigeordnet. Zuvor war in diesem Verfahren ein anderer Rechtsanwalt bevollmächtigt. In der Sache ging es dem Kl. um Fahrkosten zur Berufsschule in Höhe von 173 Euro monatlich. Diese Leistung hatte die Bek. im Rahmen der Berufsausbildungsbeihilfe gewährt, dann aber mit Wirkung vom 1. Februar 2004 eingestellt. Der Kl. begehrte ihre Weiterzahlung bis zum Ausbildungsende am 31. Januar 2006.

Nach Akteneinsicht nahm der Antragsteller an der mündlichen Verhandlung vom 17. Februar 2005 teil. Diese dauerte eine halbe Stunde. Eine Beweisaufnahme fand nicht statt. Das Verfahren endete mit dem zusprechenden Urteil vom 17. Februar 2005.

In seiner Kostenrechnung vom 25. Februar 2005 machte der Antragsteller eine Verfahrensgebühr nach Nr. 3102 VVRVG in Höhe von 250 Euro (Mittelgebühr) und eine Terminsgebühr nach Nr. 3106 VVRVG von 200 Euro (Mittelgebühr) sowie weitere – hier nicht umstrittene – Gebühren geltend. Die Kostenbeamtin des Sozialgerichts bewilligte mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 1. April 2005 nur die Hälfte der streitbefangenen Gebühren in Höhe von 336,98 Euro. Sie ging von einem unterdurchschnittlichen Streitverfahren aus.

Auf die Erinnerung hiergegen, hat das Sozialgericht den Kostenfestsetzungsbeschluss abgeändert und die zu erstattenden Kosten antragsgemäß auf 597,98 Euro festgesetzt.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Geschäftsleiters des Schleswig-Holsteinisches Landessozialgerichts, der das Sozialgericht nicht abgeholfen hatte, hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Die Entscheidung des Sozialgerichts ist rechtlich nicht haltbar.

Nach § 3 RVG in Verbindung mit § 45 RVG ist ein Prozesskostenhilfe-Anwalt vor den Sozialgerichten ebenso zu vergüten wie ein Wahlanwalt. Der Anwalt hat deshalb auch § 14 RVG zu beachten. Danach bestimmt der Rechtsanwalt die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers nach billigem Ermessen. Gegebenenfalls ist auch das Haftungsrisiko zu berücksichtigen. Ist die Gebühr von der Staatskasse zu ersetzen – wie es bei der Prozesskostenhilfe der Fall ist – dann ist die vom Rechtsanwalt

getroffene Bestimmung nicht verbindlich, wenn sie unbillig ist. Unbilligkeit liegt vor, wenn die in § 14 Satz 1 aufgeführten Kriterien – auch unter Berücksichtigung eines gewissen Beurteilungsspielraums – objektiv nicht hinreichend beachtet sind. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Die Kostenrechnung vom 25. Februar 2005 ist unbillig. Die Verfahrensgebühr ist nicht in Höhe der Mittelgebühr auszusetzen. Die Verfahrensgebühr ist in sozialgerichtlichen Streitigkeiten eine Rahmengebühr und beträgt 40 bis 460 Euro. Sie deckt das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information ab (amtliche Vorbemerkung 3 zu Teil 3 VVRVG). Setzt man die Kriterien des § 14 RVG ins Verhältnis zur Rahmengebühr, dann ist die Mittelgebühr immer dann angebracht, wenn der zeitliche Aufwand und die Intensität der Arbeit für den Rechtsanwalt einen durchschnittlichen Aufwand erfordert haben. Das ist hier nicht der Fall. Das normale sozialgerichtliche Verfahren läuft so ab, dass der Kl. durch seinen Anwalt eine Klagschrift einreicht und sich dann ein Schriftwechsel zwischen den Beteiligten entwickelt. Sehr häufig erfolgen gerichtliche Ermittlungen, zu denen die Beteiligten Stellung beziehen können. All diese Arbeit ist hier für den Ast. nicht angefallen. Nach der Akteneinsicht hat der Ast. keinen Schriftsatz gefertigt. Er hat auch keine Schriftsätze der Gegenseite annehmen und bearbeiten müssen. Der dokumentierte Zeitaufwand hat deshalb weit unter dem gelegen, was in einem sozialgerichtlichen Verfahren normalerweise anfällt. Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts kann nicht gebührenerhöhend berücksichtigt werden, dass der Ast. im vorangegangenen Eilverfahren einen fünfseitigen Schriftsatz gefertigt hat. Für seine Arbeit im Eilverfahren ist der Antragsteller gesondert entschädigt worden. Eher lässt sich umgekehrt argumentieren: durch die Arbeit im Eilverfahren ist der Arbeitsaufwand für das Hauptverfahren geringer gewesen.

Auch die Bedeutung des Verfahrens für den Kl. berechtigt nicht zu der Festsetzung der Mittelgebühr. Streitgegenstand waren Fahrkosten für 24 Monate in Höhe von 173 Euro monatlich. Es ging dem Kl. also insgesamt um 4152 Euro. Dieser Streitwert ist nicht zu vergleichen mit den in der Sozialgerichtsbarkeit üblichen Renten- und Lohnersatzleistungen, die sich meist über Jahre erstrecken und die Existenz des Berechtigten und eventuell seiner Familienangehörigen absichern. Dass der Kl. ohne Fahrkostenübernahme seine Ausbildung hätte abbrechen müssen, ist nicht belegt. Nach einer Gesamtschau aller Umstände und aller Kriterien des § 14 RVG ist die halbe Mittelgebühr angemessen.

Gleichermaßen unbillig ist es, die Terminsgebühr in Höhe der Mittelgebühr geltend zu machen. Die Terminsgebühr in sozialgerichtlichen Streitigkeiten beträgt 20 bis 380 Euro (Nr. 3106 VVRVG). Auch diese Rahmengebühr ist nach den Kriterien des § 14 RVG festzusetzen. Die Abgeltung der anwaltlichen Tätigkeit durch unterschiedliche Rahmengebühren verbietet es, die Kriterienbewertung nach § 14 RVG bei der einen Rahmengebühr

blindlings auf die andere Rahmengebühr zu übertragen. Es kann durchaus vorkommen, dass ein unterdurchschnittlicher Verfahrensaufwand betrieben wird, die mündliche Verhandlung sich aber sehr schwierig gestaltet und überdurchschnittlich lange dauert. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar: Die sehr aufwändige schriftliche Vorbereitung kann zu einer extrem kurzen mündlichen Verhandlung führen. Die Verfahrens- und die Terminsgebühren sind daher differenzierend zu betrachten. Es sind stets zwei sorgfältige Prüfungen nach Nr. 3102 und Nr. 3106 VVRVG erforderlich. Demgemäß hat auch der Anwalt entsprechend ausführlich darzustellen, warum die jeweilige Rahmengebühr von ihm in der geltend gemachten Höhe begründet ist.

Im vorliegenden Fall hat der Ast. nicht dargetan, weshalb die mündliche Verhandlung umfangreich und schwierig gewesen ist und den Grad des Durchschnittlichen erreicht hat. Die Verhandlung hat 30 Minuten gedauert. Wie aus dem Urteil vom 17. Februar 2005 ersichtlich ist, war der Sachverhalt klar und übersichtlich und erforderte keine gerichtlichen Ermittlungen oder Beweiserhebungen. Es galt, eine rechtliche Frage zu erörtern. Zwar führt der Antragsteller aus, die erörterte Frage sei rechtlich schwierig gewesen. Diese Einschätzung ist aber subjektiv und kann nicht Maßstab einer an objektivierbaren Anhaltspunkten orientierten Kostenfestsetzung sein. Außerdem entspricht der Schluss, dass die Erörterung schwieriger Rechtsfragen eine schwierige Verhandlung nach sich ziehe, nicht der gerichtlichen Praxis. Wenn die Richter den rechtlichen Ausführungen des Anwalts folgen, wird dies in aller Regel für den Anwalt eine leichte Verhandlung sein. Schwierig kann für ihn dann allenfalls die Vorbereitung auf die Verhandlung gewesen sein. Diese Vorbereitung ist aber durch die Verfahrensgebühren abgegolten. Nach der amtlichen Vorbemerkung Nr. 3 Abs. 3 zu Teil 3 VVRVG deckt die Terminsgebühren ausdrücklich nur die Vertretung in einem Termin ab.

Bei der Überlegung, ob eine halbstündige Verhandlung die Hälfte der Mittelgebühren rechtfertigt, geht der Senat davon aus, dass der Aufwand des Anwalts für eine extrem kurze und extrem leichte Verhandlung nach dem Willen des Gesetzgebers mit 20 Euro abgegolten wird. Für die extrem schwierige und extrem lange Verhandlung sind dagegen 380 Euro vorgesehen. Demzufolge rechtfertigt eine Verhandlung, deren Schwierigkeitsgrad und Länge im durchschnittlichen Bereich liegt, eine Vergütung von 200 Euro. Um festzustellen, wie lange eine durchschnittliche Verhandlung in der ersten Instanz der Sozialgerichtsbarkeit dauert, hat der Senat statistische Erhebungen durchgeführt. Aus jedem Sozialrechtsgebiet wurden 20 Akten darauf durchgesehen, wie lange die erstinstanzliche Verhandlung gedauert hat, ungeachtet, ob eine Beweisaufnahme erfolgt war oder nicht. Als Durchschnittswert ergab sich hierbei eine Verhandlungsdauer in der ersten Instanz von 48,47 Minuten. Der Senat ist der Auffassung, dass hiermit auf hinreichend sicherer Basis eine durchschnittliche Verhandlungsdauer von gerundet 50 Minuten festgestellt

ist. Dauert die Verhandlung so lange, rechtfertigt sich die Mittelgebühren nach Nr. 3106 VVRVG, sofern nicht Besonderheiten des Einzelfalles geltend gemacht werden oder auffallen. Die Hälfte der Mittelgebühren wäre demnach bei 25 Minuten anzusetzen. Da den Kostenbeamten jedoch ein Entscheidungsspielraum zuzugestehen ist, ist im vorliegenden Fall die Festsetzung der halben Mittelgebühren rechtlich tragbar und nicht zu beanstanden.

Nach alledem muss es bei dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 1. April 2005 bleiben. Der Ast. ist mit 336,98 Euro zu vergüten.

GKG KV Nr. 9003

Die Erhebung einer Aktenversendungspauschale bedeutet nicht, dass mit dieser auch die dem Anwalt anfallenden Kosten der Rücksendung der Akte an das Gericht abgedeckt sind.

AG Lübeck, Beschluss vom 30. Januar 2006 – 702 Js 48576/05 StA Lübeck (61b OWi 1/06) –, Schw.

Der Verteidiger und Erinnerungsführer beantragte Akteneinsicht in einem Strafverfahren. Die Akten wurden unter dem 8.12.2005 an den Verteidiger versandt unter Beifügung eines Kostenansatzes, in dem es heißt, dass die Akten für die Dauer von 3 Tagen übersandt werden und für die Versendung der Akten eine Auslagenpauschale in Höhe von 12 € zu zahlen ist. Die gegen den Kostenansatz mit der Begründung eingelegte Erinnerung, ihm seien für die Rücksendung der Akte Kosten in Höhe von 1,64 € entstanden, hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen

Die Aktenversendungspauschale nach Nr. 9003 KVGKG wird nach Nr. 1 für die Versendung von Akten je Sendung in Höhe von 12 € vom Gericht erhoben.

Zwar heißt es in Abs. 1 der Anmerkung, dass die Hin- und Rücksendung der Akten als eine Sendung gelten. Dies bedeutet bereits vom Wortlaut her nicht, dass das Gericht die Kosten für die Rücksendung durch den Anwalt übernehmen soll und diese von der Auslagenpauschale abgesetzt werden können. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Kosten des Gerichts abzudecken.

Ferner war bei der Neufassung keine Änderung zu der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung beabsichtigt. Abs. 1 der Anmerkung ist lediglich aufgenommen worden zur Klarstellung, dass die Pauschale kein zweites Mal erhoben wird, in den Fällen, in denen die Akte an ein weiteres Gericht zur Einsichtnahme versandt und von diesem zurückgesandt wird. Bezweckt ist jedoch nicht, dem Kostenschuldner einen Anspruch auf unfreie Rücksendung der Akte bzw. Ersatz seiner Postauslagen für die Rücksendung zuzubilligen

(vgl. AG Leipzig, Beschluss vom 4.4.2005 – 200 Gs 115/05; Erläss BMJ vom 21.11.2005, Az.: R B 6 – 5605 – R 3 636/2005).

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel.

Verantwortlich i.S.d. § 8 Abs.2 des Landespresseggesetzes Schleswig-Holstein:

Richter am Oberlandesgericht Dr. Martin Probst, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen in zwei Ausgaben, Teil A (Justizministerialblatt und Rechtszeitschrift) und Teil B (Justizministerialblatt, nur Anzeigen bzw. gerichtl. Bekanntmachungen enthaltend), Teil A erscheint monatlich einmal, Teil B monatlich zweimal. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 34 €, für Teil B 23 €. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 6,40 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur beim Verlag J.J. Augustin, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -1273, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

– Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –

Druck J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643.

Freiwillige Gerichtsbarkeit

SchiHOLG	17. 5.2006	2 W 198/05	Verbindlichkeit der Bezeichnung „Keller“ in einer Teilungserklärung	436
SchiHOLG	6. 3.2006	2 W 13/06	Sondereigentumsfähigkeit eines gemeinschaftlichen Heizungsraums	437
SchiHOLG	26. 4.2006	2 W 234/05	Pflicht der Wohnungseigentümer zur Änderung der Gemeinschaftsordnung bei außergewöhnlichen Umständen	438
SchiHOLG	27. 12. 2005	2 W 6/05	Rechtsweg für die Ansprüche auf Abänderung einer Teilungserklärung	440
SchiHOLG	16. 11. 2005	2 W 267/04	Kollusives Zusammenwirken eines Wohnungseigentümers mit dem Verwalter	441

Verfahrenskosten

SchiHLSG	12. 9.2006	L 1 B 320/05 SF SK	Anwaltsvergütung im Verfahren vor den Sozialgerichten	443
AG Lübeck	30. 1.2006	702 Js 48576/05 StA Lübeck (61b OWi 1/06)	Keine Abdeckung der Kosten der Aktenrücksendung durch Aktenversendungspauschale	444

Buchanzeige

MARTIN ROSENBAUM

Errichtung und Betrieb von Windenergieanlagen im Offshore-Bereich

XX, 393 Seiten, 45,- €, ISBN 3-936773-24-6

Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Olshausenstraße 40, 24098 Kiel, institut@lvstein.uni-kiel.de

Zum Inhalt:

Für die Windenergienutzung geeignete Landstandorte werden nach den Rekordzuwächsen der letzten Jahre in Deutschland zunehmend rar. Als Alternative setzt sich daher immer mehr die Idee der Verlagerung dieser energiepolitisch wünschenswerten Form der Stromgewinnung in den Offshore-Bereich, also auf Meeresflächen, durch. Diese versprechen ein reichhaltiges Raumangebot und eine gegenüber Landstandorten erheblich gesteigerte Windausbeute. So soll nun auch in Deutschland vorangebracht werden, was in anderen europäischen Küstenstaaten bereits Realität ist: der Betrieb ganzer Windparks im Meer. Dies wirft eine Vielzahl neuer Rechtsfragen auf, da die Errichtung von ortsfesten Anlagen auf Meeresflächen in diesem Umfang bisher beispiellos ist. Beträchtlich ist auch die Anzahl konfligierender Belange und Nutzungsformen, die in Ausgleich gebracht werden müssen.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es herauszustellen, welche Regelungen des Völker-, Europa- und nationalen Rechts bei der Planung und Genehmigung von Offshore-Windparks in Nord- und Ostsee zu Grunde zu legen sind und ob diese Regelungen der Komplexität und Konfliktrichtigkeit solcher Vorhaben gerecht werden können. Es wird dazu zunächst ein seevölkerrechtlicher Rahmen abgesteckt, der der Klärung dient, welche Rechtsordnung auf den jeweiligen Meeresfläche überhaupt zur Anwendung kommt und welche Rechte und Pflichten dem Küstenstaat im Hinblick auf deren Nutzung zustehen. Der zweite große Abschnitt der Arbeit befasst sich mit den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere solchen umwelt- und naturschutzrechtlicher Art. Der dritte Hauptteil der Untersuchung wendet sich schließlich den Vorgaben des nationalen Rechts zu und zeigt Defizite des bestehenden Regelungsinstrumentariums sowie Ansätze für Neuregelungen auf.

Buchanzeige

OTTO

Schleswig-Holsteinisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen

Kommentar, 3. Auflage 2006, kartoniert, 190 Seiten, Format 16,50 x 23,5 cm, 19,80 €, ISBN 3-8293-0715-2

Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 3629, 65026 Wiesbaden

Kaum eine andere gesetzliche Neuregelung hat in den letzten Jahren die kommunalpolitischen Diskussionen in Schleswig-Holstein so intensiv geprägt wie das Kindertagesstättengesetz (KiTaG), das nunmehr in seiner zuletzt am 15. 12. 2005 geänderten Fassung vorliegt.

Der nunmehr in 3. Auflage erscheinende Praxis-Kommentar Schleswig-Holsteinisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen erläutert die Regelungen des Gesetzes ebenso kompetent und zuverlässig wie anschaulich und leicht verständlich. Er nimmt zu allen wesentlichen Zweifelsfragen und Problemstellungen – insbesondere zur Bedarfsplanung, zur Betriebskostenfinanzierung, zum Kostenausgleich und zur Sozialstaffelung – eindeutig Stellung, liefert greifbare Lösungen und bietet somit eine eminent wichtige Orientierungs- und Arbeitshilfe. Dabei wird sowohl der neueste Erfahrungsstand der Praxis als auch die aktuelle Rechtsprechung zum KiTaG berücksichtigt.

Der Autor, Helmer Otto, zuständiger Referent beim Schleswig-Holsteinischen Gemeindetag, war unmittelbar in das Novellierungsverfahren zum KiTaG eingebunden. Seine profunde Sachkenntnis und weit reichende Praxiserfahrung finden sich in den Erläuterungen umfassend wieder.

Buchanzeige

SEECK

Landesbeamtengesetz Schleswig-Holstein

Kommentar, 8. Nachlieferung, Stand: Juni 2006, 8. Nachlieferung: 198 Seiten, 28,- €, Gesamtwerk: 888 Seiten, 74,- €

Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 3629, 65026 Wiesbaden

Änderungen des Landesbeamtengesetzes und der Laufbahnverordnung machten eine Aktualisierung von Vorschriftentexten und Kommentierung erforderlich. Überarbeitet wurden die Erläuterungen der §§ 6a, 10, 53, 54 und 54a. Erstmals kommentiert wurden die §§ 88 bis 88d, die sich u.a. mit regelmäßiger Arbeitszeit, mit Teilzeitbeschäftigung und mit Urlaub aus arbeitsmarktbezogenen Gründen in Bereichen mit Bewerberüberhang befassen.

Buchanzeige

FAMILIENRECHT

Prof. Dr. Joachim Gernhuber/Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen

Verlag C.H. Beck, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, 2006, LXIV, 1028 Seiten, in Leinen € 85,-, ISBN 3-406-52594-6

Das Lehrbuch stellt das materielle Familienrecht und dessen Funktions- und Systemzusammenhänge umfassend und anschaulich dar. Es behandelt u.a. die Themen Ehe, Scheidung, Lebenspartnerschaft, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, Unterhaltsrecht der Verwandten, Kinder, Sonstige Schutzverhältnisse.

Die Neuauflage bringt das Werk auf den aktuellen stand und

- fügt ein neues Kapitel zur Lebenspartnerschaft ein,
- berücksichtigt die Entscheidungen des BVerfG zur Stellung des nichtehelichen Vaters sowie die Fragen zum Elternunterhalt und zur anonymen Geburt,
- geht ein auf das Gewaltschutzgesetz und auf die anstehende Unterhaltsrechtsreform.

Die Autorin, Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen gehört zu den bekanntesten deutschen Familienrechtlern. Sie ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Das Werk wendet sich an Studierende, Referendare, Wissenschaftler und an Praktiker.

Buchanzeige

ALLGEMEINES GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ - AGG

Eine Einführung in das Zivilrecht

Dr. Reinhard Gaier/Dr. Holger Wendtland, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Verlag C. H. Beck, 2006, XIX, 193 Seiten, kartoniert € 28,00, ISBN 3-406-53506-2

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 hat auch zum Ziel, im Zivilrecht Benachteiligungen aus Gründen der Behinderung, der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern. Das AGG thematisiert damit das Anliegen einer toleranten, die Würde aller Menschen respektierenden Gesellschaft und begrenzt die Vertragsfreiheit mit Rücksicht auf einen typischerweise schwächeren Vertragspartner. Die vorliegende Einführung gibt Antwort auf die wichtigsten praktischen Fragen aus dem Zivilrecht und legt dabei Wert auf eine im Zusammenhang gut lesbare Gesamtdarstellung.

Dr. Reinhard Gaier ist Richter des Bundesverfassungsgerichts und Lehrbeauftragter an der Universität Hannover. Dr. Holger Wendtland ist Richter am Brandenburgischen Oberlandesgericht und Lehrbeauftragter an der Universität Frankfurt an der Oder. Die Autoren sind durch einschlägige Publikationen und Vorträge als Fachleute bestens ausgewiesen.

Das Werk wendet sich an Richter, Rechtsanwälte, Studenten, Notare, Versicherungen, Unternehmen, Verbraucherschützer und an Justiziere.

Buchanzeige

HANDEL MIT CO₂-ZERTIFIKATEN

Dr. Ines Zenke/Dr. Thomas Fuhr, Handel mit CO₂-Zertifikaten, Verlag C. H. Beck, 2006, XXVI, 283 Seiten, kartoniert € 52,00, ISBN 3-406-55245-5

Der Handel mit Emissionsberechtigungen – der am 1.1.2005 in der gesamten Europäischen Gemeinschaft begonnen hat – ist derzeit in aller Munde. Nicht zuletzt die angeheizte Preisdiskussion im deutschen Strommarkt, hat ihn ins Zentrum des Interesses von Marktteilnehmern und Verbrauchern gerückt. Die vom Emissionshandel betroffenen Unternehmen stehen vor neuen Herausforderungen: Sie müssen möglichst optimale Zuteilungsanträge stellen, die notwendigen (Handels-) Vertragswerke abschließen und ggf. darüber nachdenken, Emissionsprojekte allein oder mit anderen (z.B. über Fonds) durchzuführen, um entsprechende Emissionszertifikate zu generieren.

Mit vorliegendem Werk werden die Erfahrungen mit der ersten Zuteilungsperiode abgebildet und Handlungsempfehlungen zu den weiteren Zuteilungsperioden gegeben. Der neue NAP II, die Grundlage des Zuteilungsgesetzes in 2008-2012, findet bereits Berücksichtigung. Die Autoren sind Praktiker. Bewertet werden „echte“ Fälle und damit tatsächlich relevante Sachverhalte.

Dr. Ines Zenke ist Rechtsanwältin und Partner der auf Infrastrukturrecht spezialisierten Sozietät Becker Büttner Held mit dem Beratungsschwerpunkt Recht des Waren- und Zertifikatehandels. Ferner berät sie im Kartellrecht. Dr. Thomas Fuhr – u.a. Emissionshandelsspezialist während seiner anwaltlichen Tätigkeit bei Becker Büttner Held – ist Unternehmensjurist bei der DB Energie, Frankfurt und dort Leiter der Rechtsabteilung.