



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZR 20/07

vom

3. Juli 2008

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 3. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, den Richter Dr. Lemke, die Richterin Dr. Stresemann und die Richter Dr. Czub und Dr. Roth

beschlossen:

Der Antrag des Beklagten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

1 Mitte der achtziger Jahre errichtete die E. KG (im Folgenden E.) auf ihrem Grundstück T. straße in M. eine Wohnanlage mit über 600 Einheiten, welche sie im Rahmen eines steuerlich geförderten Bauherrenmodells an die durch Vormerkung gesicherten Bauherren verkaufte und übergab. Die Teilungserklärung vom 14. September 1984 enthält eine Gemeinschaftsordnung mit einer Gebrauchsregelung, nach der das gesamte Bauwerk mit Ausnahme der Gewerbeeinheiten und Tiefgaragenplätze als Studentenwohnheim zu nutzen ist. In der Gebrauchsregelung heißt es weiter:

Das Gesamtobjekt mit Ausnahme der nicht zum Wohnheim gehörigen Gebäudeteile (...) wird für die Dauer von 10 Jahren an einen gewerblichen Zwischenmieter vermietet.

Der gewerbliche Zwischenmieter, hilfsweise der Verwalter der Gesamtanlage nach dem Wohnungseigentumsgesetz, übernimmt zentral und ausschließlich die Einzelvermietung.

- 2 Dementsprechend vermieteten die Bauherren sämtliche Wohnungen an die R. GmbH (im Folgenden R.) als Zwischenmieterin. Deren Alleingesellschafterin war die M. GbR (im Folgenden M). Die Wohnungsgrundbücher wurden im Mai 1988 angelegt. In der Folgezeit erfüllte die E. einen Teil der Kaufverträge.
- 3 Die in ihrem Eigentum verbliebenen Einheiten, darunter 235 Wohnungen, wurden zwangsversteigert und mit Beschluss vom 7. Dezember 1989 der Klägerin zugeschlagen. Diese teilte der R. mit, sie sei nicht in die Zwischenmietverhältnisse eingetreten, und verlangte die Herausgabe des mittelbaren Besitzes an den ersteigerten Wohnungen. Ferner forderte die Klägerin die Endmieter ihrer Wohnungen auf, die Miete als Nutzungsentschädigung an sie zu zahlen. Da die R. weiterhin Anspruch auf die Mieten erhob, hinterlegte ein Teil der Endmieter ab Herbst 1990 insgesamt 173.230 DM (88.571,09 €).
- 4 Anfang 1991 pfändete der Beklagte, der damals als Rechtsanwalt zugelassen war und die R. in einem Rechtsstreit mit der Klägerin vertreten hatte, wegen seiner Honorarforderung in Höhe von 164.254,94 DM (83.982,22 €) deren angebliche Ansprüche auf die hinterlegten Mieten und ließ sie sich zur Einziehung überweisen.
- 5 Auf Antrag der Klägerin wurde im April 1991 die Sequestration über das Vermögen der R. angeordnet und im August 1991 das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter gab im Dezember 1999 die hinterlegten Mieten zugunsten der Klägerin frei. Die R. wurde im November 2002 nach Durchfüh-

rung der Schlussverteilung und Aufhebung des Konkursverfahrens wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht.

- 6 Mit Schreiben vom 15. Mai 2002 forderte die Klägerin den Beklagten erfolglos auf, die hinterlegten Mieten freizugeben. Dieses Ziel verfolgt sie mit ihrer Klage weiter. Außerdem verlangt sie Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 30. Mai 2005.
- 7 Im Wege der Widerklage nimmt der Beklagte unter Berufung auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aus dem Jahr 1991 seinerseits die Klägerin sowie die R. auf Freigabe der hinterlegten Mieten in Anspruch. Nach Offenlegung einer stillen Sicherungszession verlangt er hilfsweise die Freigabe an seine Ehefrau als Zessionarin.
- 8 Weiter verlangt der Beklagte – wiederum sowohl von der Klägerin als auch von der R. und hilfsweise zugunsten seiner Ehefrau – die Freigabe weiterer 93.817,86 €. Hierbei handelt es sich um ein Kontokorrentguthaben der R. bei der M. Bank, das hinterlegt wurde, weil seine Zugehörigkeit zur Konkursmasse ungewiss war. Der Beklagte macht geltend, das Kontokorrentguthaben sei ihm bereits am 10. Juli 1990 zur Sicherung seiner Honorarforderung abgetreten worden.
- 9 Schließlich verlangt der Beklagte von der Klägerin Schadensersatz mit der Behauptung, sie habe die R. in kollusivem Zusammenwirken mit deren Liquidator und dem Konkursverwalter als Zwischenmieterin aus dem Objekt in der T. straße hinausgedrängt. Die Klägerin habe wegen bestrittener und in Wahrheit nicht bestehender Forderungen Konkursantrag gestellt. Durch den Verlust der Mieteinnahmen, die von der Klägerin gesteuerte Liquidation und das zu konkursfremden Zwecken betriebene Konkursverfahren sei der R. ein Schaden von 4.198.906,40 € entstanden.

10 Einen Teil dieses Schadens (2.013.840,73 €) macht der Beklagte aus abgetretenem Recht der R. , der M und der liechtensteinischen C. Anstalt (im Folgenden: C.) geltend. Hierzu trägt er vor, die R. verfüge noch über Vermögen und sei deshalb trotz ihrer Löschung im Handelsregister nicht beendet worden. Alleinige Gesellschafterin sei weiterhin die M , die mittlerweile aus B. , Z. , ihm selbst und seiner Ehefrau bestehe. Letztere sei als Erbin seiner Schwiegermutter G. S. in deren Stellung als vertretungsberechtigte Gesellschafterin der M eingetreten und durch Gesellschafterbeschluss vom 17. Dezember 1999 in dieser Funktion bestätigt worden. Die M habe im Juli 2004 die Fortführung der R. beschlossen und ihn unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu deren Geschäftsführer bestellt. Als solcher habe er am 6. Mai 2005 den Schadensersatzanspruch der R. in Höhe eines Teilbetrags von 2.013.840,73 € an sich selbst abgetreten. In gleichem Umfang habe am 24. November 2004 auch die M , vertreten durch seine Ehefrau, ihre Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin an ihn abgetreten. Grundlage dieser Ansprüche sei die aus der Schädigung der R. resultierende Entwertung ihres Geschäftsanteils. Diesen Anteil habe die M als solche unter Einschluss der Mehrheitsgesellschafterin G. S. durch notarielle Geschäftsanteilsabtretung vom 21. Juli 1987 von der C. erworben. Sollte die Abtretung ausschließlich an die weder aufenthalts- noch gewerbeberechtigten Gesellschafterinnen B. und Z. erfolgt sein, so sei sie wegen Verstoßes gegen das damals geltende Ausländergesetz nichtig. Für diesen Fall habe er sich die Ansprüche wegen der Entwertung der Geschäftsanteile vorsorglich auch von der C. abtreteten lassen, deren Alleingesellschafter er sei.

11 Wegen des restlichen Schadens (2.185.065,67 €) verlangt der Beklagte als Mitglied der Eigentümergemeinschaft unter Berufung auf § 335 BGB und die

Grundsätze der Drittschadensliquidation Zahlung an die R. , hilfsweise an sich selbst.

- 12 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Eine im Wesentlichen auf Schadensersatz gerichtete Drittwiderklage des Beklagten gegen den Konkursverwalter und den Freistaat Bayern hat das Landgericht abgetrennt. Das Oberlandesgericht hat die Klägerin zur Freigabe des hinterlegten Bankguthabens (93.817,86 €) verurteilt und die weitergehende Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Revision hat es nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten, für deren Durchführung er Prozesskostenhilfe beantragt.

II.

- 13 Das Berufungsgericht meint, die hinterlegten Mieten stünden der Klägerin zu, da sie von den Mietern gemäß §§ 990 Abs. 1 Satz 2, 987 BGB Nutzungsersatz habe verlangen können. Nach dem Zuschlag habe sie als Eigentümerin Anspruch auf Herausgabe der ersteigerten Wohnungen gehabt. Die Mieter seien ihr gegenüber nicht zum Besitz berechtigt gewesen. Ein solches Recht ergebe sich insbesondere nicht aus den Endmietverträgen mit der R. . Zum einen sei die Klägerin mit dem Zuschlag nicht in die Zwischenmietverträge eingetreten, weil diese Verträge nicht von der E. als Eigentümerin, sondern von den Bauherren geschlossen worden seien. Die von dem Beklagten behauptete Zustimmung der E. stehe der nach §§ 57 ZVG, 571 BGB a.F. erforderlichen Identität zwischen Eigentümer und Vermieter nicht gleich. Zum anderen schränke die in der Teilungserklärung enthaltene Gebrauchsregelung den Vindikationsanspruch der Klägerin nach außen nicht ein. Denn als Teil der Gemeinschaftsordnung begründe sie nur schuldrechtliche Pflichten gegenüber den anderen Wohnungseigentümern. Sie sei kein Vertrag zugunsten Dritter oder mit Schutzwirkungen zugunsten eines be-

stimmten Zwischenmieters. Dementsprechend sei die R. auch nicht nach Treu und Glauben zum Besitz berechtigt gewesen. Die Klägerin sei nicht ihr, sondern allenfalls den Wohnungseigentümern zum Abschluss eines neuen Zwischenmietvertrags verpflichtet gewesen. Die von dem Beklagten behauptete Abtretung des Anspruchs auf Einhaltung der Gebrauchsregelung ändere daran nichts. Denn dieser Anspruch sei an das Wohnungseigentum geknüpft und nicht isoliert abtretbar. Ein Besitzrecht als Zwischenmieterin ergebe sich schließlich auch nicht daraus, dass die R. nach dem Vortrag des Beklagten zeitgleich als Verwalterin fungiert habe.

14 Die Widerklage sei nur wegen des Anspruchs auf Freigabe des hinterlegten Bankguthabens begründet.

15 Der von dem Beklagten gepfändete Anspruch der R. auf Auskehr der hinterlegten Mieten bestehe schon deshalb nicht, weil die R. die Zahlung dieser Mieten nicht mehr verlangen können. Denn mit der Androhung der Räumung und der Aufforderung zur Zahlung des ihr geschuldeten Nutzungsersatzes habe die Klägerin den Endmietern den Besitz entzogen, und wegen dieses Rechtsmangels habe sich der Mietzins gemäß §§ 541, 537 BGB a.F. auf Null gemindert. Mögliche Schadensersatzansprüche der R. gegen die Klägerin seien weder Gegenstand der Pfändung noch der Hinterlegungen.

16 Der aus abgetretenem Recht geltend gemachte Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.013.840,73 € stehe dem Beklagten nicht zu. Die Abtretungsvereinbarung mit der R. vom 6. Mai 2005 sei unwirksam, weil die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt nicht mehr bestanden habe. Es fehle auch an einer wirksamen Abtretung der M. Die von der Ehefrau des Beklagten unterzeichnete Abtretungsvereinbarung vom 24. November 2004 genüge nicht. Denn der Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass seine Ehefrau als Erbin ihrer Mutter in deren Gesellschafterstellung eingerückt sei. Die C. schließlich habe ihre Geschäftsan-

teile an der R. wirksam an die M veräußert, so dass ihr wegen deren späterer Entwertung keine Ansprüche zustünden, die sie dem Beklagten hätte abtreten können. Ausländerrechtlich sei die Veräußerung der Geschäftsanteile auch dann wirksam, wenn die M nur aus B. und Z. bestanden habe.

17 Der Beklagte könne auch nicht die Zahlung weiterer 2.185.065,67 € an die R. verlangen, weil für die wegen Vermögenslosigkeit gelöschte Gesellschaft keine Nachtragsliquidation angeordnet worden sei. Soweit er hilfsweise die Zahlung dieses Betrags an sich selbst verlange, ergebe sich ein solcher Anspruch weder aus § 335 BGB noch aus den Grundsätzen der Drittschadensliquidation. Denn die in der Teilungserklärung enthaltene Gebrauchsregelung sei kein Vertrag zugunsten Dritter, und es gehe auch nicht um die zufällige Verlagerung eines Schadens, der typischerweise bei den Wohnungseigentümern selbst eintrete.

18 Der R. als weiterer Drittwiderbeklagter sei die Berufung nicht zugestellt worden, weil die Gesellschaft nicht mehr bestehe. Die Abtrennung der Drittwiderklagen gegen den Freistaat Bayern und den Konkursverwalter durch das Landgericht begründe keinen Verfahrensmangel.

III.

19 Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist zurückzuweisen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 114 Satz 1 ZPO). Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Im Einzelnen:

- 20 1. Die Beschwerde macht im Zusammenhang mit ihrer Auffassung, wonach die Klägerin nicht nur nach §§ 57 ZVG, 571 BGB a.F., sondern auch gemäß § 56 Satz 2 ZVG an den Generalzwischenmietvertrag mit der R. gebunden sei, zwei Zulassungsgründe geltend.
- 21 a) Zum einen sei die Zulassung zur Fortbildung des Rechts „für den Anwendungsbereich des § 56 Satz 2 ZVG“ geboten (Beschwerdebegründung [im folgenden BB] S. 13 f. unter 2). Die Beschwerde formuliert hier jedoch weder die Rechtsfrage, zu der ein höchstrichterlicher Leitsatz entwickelt werden soll, noch äußert sie sich zu deren Entscheidungserheblichkeit und zu dem Bedürfnis nach einer richtungweisenden Orientierungshilfe (vgl. zu den Darlegungsanforderungen einer Nichtzulassungsbeschwerde BGHZ 152, 182, 185 ff.). Ihren weiteren Ausführungen (auch auf BB S. 38 f. unter e) lässt sich lediglich entnehmen, dass sie sich auf die Rechtslage vor Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bezieht. Danach sei der Ersterher einer Eigentumswohnung gemäß § 56 Satz 2 ZVG persönlich an einen bestehenden Verwaltervertrag und ähnliche das Gemeinschaftseigentum betreffende Verträge gebunden gewesen. Nichts anderes gelte für den Generalzwischenmietvertrag, weil er das gesamte Objekt und damit auch das Gemeinschaftseigentum zum Gegenstand habe.
- 22 Das gibt keinen Anlass, die Revision zuzulassen. Vor der Entscheidung des Senats zur Teilrechtsfähigkeit (BGHZ 163, 154 ff.) war in der obergerichtlichen Rechtsprechung zwar anerkannt, dass der Erwerber einer Eigentumswohnung persönlich für gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümer aus bereits bestehenden Dauerschuldverhältnissen, insbesondere aus dem Verwaltervertrag, haftet (vgl. Senat, aaO, 167 f.), und in der Literatur wurde dies vereinzelt auch für Mietverträge vertreten (Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., § 10 Rdn. 61). Die Haftung wurde aber nicht aus § 56 Satz 2 ZVG hergeleitet, sondern überwiegend mit einer analogen Anwendung von § 10 Abs. 4 WEG begründet (vgl. Senat, aaO, 168 m.w.N.). Die erwähnte Rechtsprechung ist durch die Entscheidung des Se-

nats zur Teilrechtsfähigkeit und durch die gesetzliche Neuregelung in § 10 Abs. 6 bis 8 WEG überholt, so dass insoweit kein Anlass mehr für die Entwicklung neuer höchstrichterlicher Leitsätze besteht.

23 b) Zum anderen rügt die Beschwerde, dass sich das Berufungsurteil nicht mit dem Vortrag des Beklagten zu § 56 Satz 2 ZVG auseinandersetzt (BB S. 14 Mitte und BB S. 38 f. unter e). Sie sieht darin eine Verletzung der Grundrechte auf rechtliches Gehör und effektiven Rechtsschutz sowie einen Begründungsmangel nach § 547 Nr. 6 ZPO, ohne jedoch die Zulassungsvoraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO im Einzelnen darzulegen. So zeigt sie weder besondere Umstände auf, die zweifelsfrei darauf schließen ließen, dass das Berufungsgericht tatsächliches Vorbringen überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht erwogen hätte (vgl. Senat, BGHZ 154, 288, 300), noch geht sie auf die Voraussetzungen des § 547 Nr. 6 ZPO oder auf die Frage ein, inwiefern dieser absolute Revisionsgrund als solcher zur Zulassung der Revision führen soll (vgl. allerdings BGH, Beschl. v. 15. Mai 2007, X ZR 20/05, NJW 2007, 2702 f.). Zu der Versagung effektiven Rechtsschutzes wird überhaupt nichts vorgetragen und die Entscheidungserheblichkeit der geltend gemachten Rechtsverletzungen lediglich pauschal behauptet.

24 Unabhängig davon ist die Zulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung schon deshalb nicht geboten, weil die Argumentation aus § 56 Satz 2 ZVG durch die Entscheidung des Senats zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft überholt ist (siehe soeben unter a). Entsprechende Ausführungen im Berufungsurteil sind daher nicht erforderlich und wären auch nicht ergebnisrelevant.

25 2. Ferner ist die Beschwerde der Ansicht, die in der Teilungserklärung enthaltene Gebrauchsregelung sei ein Vertrag zugunsten des jeweiligen Zwischenmieters. Jedenfalls entfalte sie diesem gegenüber Schutzwirkungen. Aus ihr erge-

be sich ein Anspruch der R. auf Überlassung der von der Klägerin ersteigerten Wohnungen, der seinerseits ein Recht zum Besitz begründe und dessen Verletzung die Klägerin zum Schadensersatz verpflichte. In diesem Zusammenhang macht die Beschwerde vier Zulassungsgründe geltend.

26 a) Grundsätzliche Bedeutung habe die von dem Berufungsgericht verneinte Frage nach der „Möglichkeit der Drittwirkung einer WEG-Gebrauchsregelung“ (BB S. 11 ff. unter 1 a und c). Dass diese - wenig präzise formulierte - Rechtsfrage klärungsbedürftig ist, legt die Beschwerde nicht dar. So zeigt sie nicht auf, dass eine höchstrichterliche Entscheidung zu der hier noch anwendbaren alten Fassung des Wohnungseigentumsgesetzes für die Zukunft richtungweisend sein kann, weil entweder noch über eine erhebliche Anzahl von Fällen nach altem Recht zu entscheiden oder die Frage für das neue Recht weiterhin von Bedeutung ist (vgl. Senat, BGHZ 154, 288 f.). Vor allem aber fehlen Ausführungen dazu, aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite die Rechtsfrage umstritten ist (vgl. Senat, aaO, 291). Die Beschwerde verweist lediglich auf eine beiläufige Äußerung von Pick (in Bärmann/Pick/Merle, WEG, 8. Aufl., § 15 Rdn. 33), die sich gerade nicht auf die hier interessierende Frage bezieht, ob eine zugunsten Dritter wirkende Vereinbarung Inhalt des Sondereigentums sein kann mit der Folge, dass sie den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers - hier also die Klägerin - gemäß §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG a.F. bindet. Diese Frage wird von Pick an anderer Stelle (aaO, § 10 Rdn. 44) mit der herrschenden Meinung verneint.

27 Unabhängig von diesen Darlegungsmängeln rechtfertigt die Frage auch keine Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung. Sie ist allerdings klärungsbedürftig. Die ganz herrschende Meinung geht zwar – wie Pick (aaO) – davon aus, dass Vereinbarungen zugunsten Dritter nicht Inhalt des Sondereigentums sein können, weil das Gesetz eine solche Verdinglichung nur für Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer vorsieht (vgl. etwa OLG Braunschweig, MDR 1979, 496 f.; OLG Frankfurt, MDR 1983, 580, 581; OLG Hamburg, NJWE-

MietR 1996, 271, 272; Staudinger/Jagmann, BGB [2004], § 328 Rdn. 232; Staudinger/Kreuzer, aaO [2005], § 10 WEG Rdn. 24; KK-WEG/Elzer, § 10 Rdn. 59). Das ist aber nicht unumstritten (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1973, 167, 168; Weitnauer/Lüke, aaO, § 10 Rdn. 38, Niedenführ, LMK 2006, 204532), der Senat hat die Frage ausdrücklich offen gelassen (Urt. v. 18. Juni 1993, V ZR 123/92, NJW-RR 1993, 1035, 1036), und der Gesetzgeber hat sie in der Neufassung des Wohnungseigentumsgesetzes nicht geklärt, sondern die §§ 5 Abs. 4 Satz 1, 10 Abs. 3 WEG unverändert beibehalten.

28 Die Frage ist aber nicht entscheidungserheblich. Denn die Annahme einer Drittberechtigung scheidet hier schon daran, dass die Gebrauchsregelung eine solche Auslegung nicht zulässt. Bei der Auslegung einer in das Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung ist - wie bei der Auslegung von Grundbucheintragungen allgemein - auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung können nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (Senat, Beschl. v. 30. März 2006, V ZB 17/06, NJW 2006, 2187, 2188). Da eine Drittberechtigung in der Gebrauchsregelung nicht einmal andeutungsweise erwähnt wird, ist hier als nächstliegende Bedeutung zugrunde zu legen, dass nur die Miteigentümer selbst den Abschluss eines Zwischenmietvertrags verlangen können. Auf die Frage, ob eine Vereinbarung zugunsten Dritter Inhalt des Sonder Eigentums sein kann, kommt es daher nicht an.

29 b) Weiter rügt die Beschwerde, das Berufungsgericht habe „den wesentlichen Kern des Tatsachen- und Rechtsvortrags des Beklagten zur Anwendbarkeit eines Vertrages zugunsten Dritter hinsichtlich der Gebrauchsregelung übergangen“ und dadurch Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (BB S. 78 Mitte). Sie setzt sich in diesem Zusammenhang zwar ausführlich mit angeblichen Rechtsfehlern des Berufungsgerichts auseinander (BB S. 73 ff. unter 13), verweist aber gerade nicht auf

den entsprechenden Tatsachen- und Rechtsvortrag des Beklagten und legt auch nicht dar, inwiefern dieser Vortrag nach dem Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts erheblich wäre. Das wäre erforderlich gewesen; denn Art. 103 Abs. 1 GG schützt nicht davor, dass Vortrag aus Gründen des materiellen Rechts unberücksichtigt bleibt (vgl. BVerfGE 86, 133, 145).

30 So verhält es sich indessen. Das Berufungsgericht geht nämlich davon aus, dass die Gebrauchsregelung schon deshalb keinen drittschützenden Charakter hat, weil sie als Teil der Gemeinschaftsordnung von vornherein nur schuldrechtliche Pflichten gegenüber den anderen Miteigentümern schaffen kann (Berufungsurteil [im folgenden BU] S. 17 f. unter d, BU S. 18 f. unter f und BU S. 29 Mitte). Auf der Grundlage dieser - mit der herrschenden Meinung zu §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG a.F. übereinstimmenden - Auffassung ist das als übergangen gerügte Vorbringen des Beklagten unerheblich. Zudem wäre ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG auch nicht entscheidungserheblich, weil die Gebrauchsregelung - wie dargelegt - nicht als Vertrag zugunsten Dritter ausgelegt werden kann.

31 c) In gleicher Weise soll das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter übergangen haben, was die Beschwerde in diesem Fall nicht nur als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG, sondern - ohne jede Erläuterung - zugleich als Begründungsmangel nach § 547 Nr. 6 ZPO bewertet (BB S. 79 unter a). Dass der als übergangen gerügte Vortrag nach dem Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts erheblich wäre, wird aber wiederum nicht dargelegt.

32 Das ist auch nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter aus dem gleichen prinzipiellen Grund verneint wie den Vertrag zugunsten Dritter (BU S. 19 oben), so dass es aus seiner Sicht auch insoweit nicht mehr auf das Vorbringen des Beklagten ankam. Darüber hinaus fehlt es wiederum an der Entscheidungserheblichkeit. Denn zum einen kann

der Gebrauchsregelung im Wege der Auslegung keine Schutzwirkung zugunsten des jeweiligen Zwischenmieters beigemessen werden. Zum anderen bedarf der Zwischenmieter keines Schutzes, weil er gegen seine Vermieter eigene vertragliche Ansprüche auf Überlassung der Wohnungen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat. Er kann und muss daher nicht zur Begründung weiterer gleichartiger Ansprüche in den Schutzbereich eines anderen Vertrags einbezogen werden (vgl. BGHZ 70, 327, 329 f.).

33 d) Eine weitere Verletzung von Art 103 Abs. 1 GG erblickt die Beschwerde darin, dass das Berufungsgericht in seinem Urteil nicht auf die unter Beweis gestellte Behauptung des Beklagten eingeht, die R. habe sich in dem Generalzwischenmietvertrag der Gemeinschaftsordnung unterworfen, was ihr nicht nur die Pflichten aus der Gemeinschaftsordnung verschafft habe, „sondern reziprok auch die Rechte daraus“ (BB S. 46 Mitte). Anhaltspunkte dafür, dass das Berufungsgericht dieses Vorbringen überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder erwogen hätte, zeigt die Beschwerde nicht auf. Sie legt auch nicht dar, inwiefern das Berufungsurteil auf der angeblichen Grundrechtsverletzung beruht.

34 An diesen beiden Voraussetzungen fehlt es denn auch. Selbst wenn man dem Beklagten in seiner - eher fern liegenden - Auslegung der Unterwerfungsklausel folgen wollte, können sich aus dieser Bestimmung keine Rechte gegenüber der Klägerin ergeben, weil nach seiner eigenen Darstellung weder die Klägerin selbst noch die E. als deren Rechtsvorgängerin Partei des Generalzwischenmietvertrags war. Einen Vertragseintritt der Klägerin nach §§ 57 ZVG, 571 BGB a.F. hat das Berufungsgericht (BU S. 16 f. unter c) in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verneint (s.u. unter 5), und soweit die Beschwerde aus § 56 Satz 2 ZVG eine Bindung der Klägerin an den Generalzwischenmietvertrag herleiten will, hat sich ihre Argumentation als nicht tragfähig erwiesen (s.o. unter 1 a). Vor diesem Hintergrund bestand für das Beru-

fungungsgericht kein Anlass, sich mit der - nicht entscheidungserheblichen - Unterwerfungsklausel näher zu befassen.

35 3. Die Beschwerde stützt sich ferner darauf, dass die R. der Klägerin gegenüber jedenfalls deshalb zum Besitz berechtigt gewesen sei, weil mehrere Wohnungseigentümer ihren Anspruch auf Einhaltung der Gebrauchsregelung an sie abgetreten hätten. Grundsätzliche Bedeutung komme dabei der von dem Berufungsgericht verneinten Frage zu, ob derartige Ansprüche an Dritte abgetreten werden könnten (BB S. 12 f. unter b und c). Zur Klärungsbedürftigkeit verweist die Beschwerde lediglich auf das Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung. Sie legt aber nicht dar, ob, aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite die Frage umstritten ist.

36 Die Frage ist auch nicht klärungsbedürftig. Der Senat hat bereits in seiner Grundsatzentscheidung zur Übertragbarkeit von Sondernutzungsrechten allgemein klargestellt, dass Ansprüche aus einer Gebrauchsregelung jedenfalls dann nicht mehr nach schuldrechtlichen Grundsätzen übertragen werden (und deshalb nicht nach § 398 BGB abtretbar sind), wenn die Gebrauchsregelung nach §§ 15 Abs. 1, 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG durch die Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums geworden ist und damit dingliche Wirkung erlangt hat (BGHZ 73, 145, 148). Im gleichen Zusammenhang hat der Senat (aaO, 149) entschieden, dass solchermaßen eingetragene Sondernutzungsrechte - ohne das Sondereigentum, dem sie zugeordnet sind - nur auf ein Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden können, weil ihrer isolierten Übertragung auf einen außenstehenden Dritten der in § 6 WEG niedergelegte Grundsatz der zwingenden Verbindung des Sondereigentums mit einem Miteigentumsanteil entgegenstehe. Auch dieser Gedanke gilt für sämtliche Gebrauchsregelungen, die nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG zum Inhalt des Sondereigentums gehören. Das wird zwar - soweit ersichtlich - nirgends ausdrücklich klargestellt. Es gibt

aber auch keine abweichende Auffassung, die das Bedürfnis nach weiterer höchstrichterlicher Klärung begründen könnte.

37 4. Ein Recht zum Besitz will die Beschwerde ferner daraus herleiten, dass die R. in ihrer Eigenschaft als Verwalterin gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG zur Durchführung der Gebrauchsregelung berechtigt und damit auch befugt gewesen sei, die Herausgabe der von ihr selbst zwischengemieteten Wohnungen an die Klägerin zu verweigern. Die Zulassung sei insoweit aus zwei Gründen geboten:

38 a) Zum einen biete der Fall „Gelegenheit, höchstrichterliche Leitsätze zu der Rechtsfrage aufzustellen, ob § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG entsprechend seinem Wortlaut nur die Durchführung von Beschlüssen umfasst oder (...) auch die Durchführung der Gebrauchsregelung“ (BB S. 14 f. unter 3). Deren Entscheidungserheblichkeit legt die Beschwerde ebenso wenig dar wie den Anlass für die Entwicklung neuer Leitsätze.

39 Gemeint ist offenbar die in der hierzu zitierten Kommentarstelle (Merle in Bärmann/Pick/Merle, aaO, § 27 Rdn. 15; ebenso Staudinger/Bub [2005], § 27 WEG Rdn. 107 m.w.N.) befürwortete Anwendung von § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG auf Vereinbarungen. Ob in dieser Frage Anlass zur Rechtsfortbildung besteht, kann offen bleiben, weil sie nicht entscheidungserheblich ist. Selbst wenn die R. als Verwalterin nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG berechtigt und verpflichtet war, die in der Teilungserklärung enthaltene Gebrauchsregelung durchzuführen, hatte sie damit noch nicht das Recht, die Herausgabe der ihr als Zwischenmieterin überlassenen Wohnungen zu verweigern. Denn zum einen verlangt die - gegenüber § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG spezielle - Vorschrift des § 27 Abs. 2 Nr. 5 WEG a.F. (jetzt § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG) für die gerichtliche wie außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen eine besondere Ermächtigung des Verwalters durch Beschluss, an der es hier fehlt. Zum anderen regeln beide Vorschriften nur die organschaftlichen Befugnisse des Verwalters. Anders als § 15 Abs. 3 WEG begründen sie aber keinen

Individualanspruch auf Einhaltung der Gebrauchsregelung, den der Verwalter gemäß §§ 273, 986 BGB einem gegen ihn persönlich gerichteten Herausgabeanspruch entgegenhalten könnte.

40 b) In zweiter Linie rügt die Beschwerde, dass das Berufungsgericht zwar ein Zurückbehaltungsrecht aus § 27 Abs. 2 Nr. 4 WEG a.F. (jetzt § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG) verneint, aber nicht auf den Vortrag des Beklagten zu § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG eingeht (BB S. 14 unter 3 und BB S. 43 ff. unter i). Sie sieht darin eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG und einen Begründungsmangel nach § 547 Nr. 6 ZPO. Anhaltspunkte dafür, dass das Berufungsgericht tatsächliches Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen oder erwogen hätte, zeigt die Beschwerde nicht auf. Sie legt auch weder die Voraussetzungen des § 547 Nr. 6 ZPO noch deren Zulassungsrelevanz dar.

41 In der Sache ist die Zulassung schon deshalb nicht geboten, weil der Vortrag des Beklagten zu § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG im Tatbestand des Berufungsurteils (BU S. 6 Mitte) erwähnt ist. Hinzu kommt, dass diese Vorschrift kein Zurückbehaltungsrecht begründen kann (s.o. unter a). Entsprechende Ausführungen in den Entscheidungsgründen waren daher entbehrlich. Zudem ist ihr Fehlen nicht entscheidungserheblich.

42 5. Weiter rügt die Beschwerde „materiell-rechtliches Nichtvorliegen einer Vindikationslage zwischen der Klägerin und der Fa. R. wegen gegebenen Besitzrechts der Fa. R. nach § 986 BGB“ und hält insoweit die Zulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung für erforderlich (BB S. 19 unter j). Ob dieser Zulassungsgrund unter dem Gesichtspunkt der Divergenz oder der Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG geltend gemacht wird, ist unklar (vgl. BB S. 15 unter 4, aber auch BB S. 53 unter 9). Die Beschwerde zeigt denn auch weder eine Rechtsfrage auf, die das Berufungsurteil anders beantwortet als die Entscheidung eines höher- oder gleichrangigen Gerichts (vgl. Senat, BGHZ 154, 288, 292, 300),

noch macht sie Anhaltspunkte dafür deutlich, dass das Berufungsgericht tatsächliches Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen oder erwogen hätte. An anderer Stelle (BB S. 34 ff. unter 6; vgl. auch BB S. 28 f. unter b) wiederholt sie dann lediglich die verschiedenen Versuche des Beklagten, ein Recht der R. zum Besitz zu konstruieren, ohne sich dabei auf den eingangs geltend gemachten Zulassungsgrund zu beziehen.

43 Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang weder Art. 103 Abs. 1 GG verletzt noch einen falschen oder von der bisherigen Rechtsprechung abweichenden Rechtssatz zugrunde gelegt. Es hat sich vielmehr mit den einzelnen Begründungsansätzen des Beklagten befasst und ein Recht zum Besitz mit zutreffenden Argumenten verneint (BU S. 16 ff. unter c bis i). Die dagegen gerichteten Angriffe der Beschwerde sind nicht zulassungsrelevant und zudem unbegründet. Soweit der Beklagte das Recht zum Besitz aus § 56 Satz 2 ZVG, aus der angeblichen Drittwirkung der Gebrauchsregelung, aus abgetretenem Recht der Wohnungseigentümer (§ 15 Abs. 3 WEG) und aus § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG herleiten will, wird auf die bisherigen Ausführungen verwiesen.

44 Die weitere Frage, ob die Klägerin gemäß §§ 57 ZVG, 571 BGB a.F. in die Zwischenmietverträge mit der R. eingetreten ist, hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der zutreffend wiedergegebenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 22. Oktober 2003, XII ZR 119/02, NJW-RR 2004, 657, 658; vgl. auch Urt. v. 3. Juli 1974, VIII ZR 6/73, NJW 1974, 1551 f.) verneint, weil es an der erforderlichen Identität zwischen dem Vermieter und dem veräußernden Eigentümer bzw. Vollstreckungsschuldner fehlt und die behauptete Zustimmung der E. zu der Vermietung durch die Bauherrn dem nicht gleichzusetzen ist (a.A. insoweit MünchKomm-BGB/Häublein, 4. Aufl., § 566 Rdn. 19 m.w.N.). Eine entsprechende Anwendung von § 571 BGB a.F., wie sie die Beschwerde für geboten erachtet, kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der von dem Veräußerer verschiedene Vermieter kein eigenes Interesse an dem Mietvertrag hat (BGH, Urt.

v. 22. Oktober 2003, aaO). Das ist hier gerade nicht der Fall. Ebenso wenig lässt sich die personelle Identität für den Generalzwischenmietvertrag damit begründen, dass die E. Mitglied der (werdenden) Eigentümergemeinschaft war. Denn die bloße Beteiligung des veräußernden Eigentümers an einem rechtlich selbständigen Vermieter führt nicht zur Anwendung von § 571 BGB a.F. (BGH, Ur. v. 22. Oktober 2003, aaO). Ein Recht zum Besitz aus § 242 BGB (*dolo agit qui petit, quod statim redditurus est*) hat das Berufungsgericht ebenfalls mit zutreffender Begründung verneint: Die R. selbst hatte keinen Anspruch auf Abschluss eines neuen Zwischenmietvertrags und konnte der Klägerin auch nach Treu und Glauben nicht entgegenhalten, dass diese den anderen Wohnungseigentümern zur Einhaltung der Gebrauchsregelung verpflichtet war.

45 6. Den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung stützt die Beschwerde ferner auf „materiell-rechtliches Nichtvorliegen des vom Berufungsgericht erkannten direkten Nutzungsanspruchs der Klägerin von 88.571,09 € in ihrer einzig maßgebenden Außenbeziehung zum jeweiligen Endmieter (...) und Nichtanwendbarkeit der §§ 541, 537 BGB a.F. zum Vorteil der der Klägerin im Rahmen ihrer Prätendentenklage“ (BB S. 18 f. unter i). Der für die Zulassung maßgebliche Gesichtspunkt bleibt wiederum unklar (vgl. BB S. 15 unter 4 und BB S. 53 unter 9). Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO werden nicht dargelegt. Gerügt wird lediglich, die auf §§ 987 ff. BGB gestützte Auffassung des Berufungsgerichts stehe „konträr“ zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, „wonach die Endmieter ein Besitzrecht gegen den Eigentümer bei gekündigtem Hauptmietverhältnis haben.“

46 Eine Divergenz besteht nicht. Die von der Beschwerde angeführte Rechtsprechung (BGH, Beschl. v. 21. April 1981, VIII ARZ 16/81, NJW 1982, 1696, 1697 ff. [= BGHZ 84, 90 ff.]; Ur. v. 28. Februar 1996, XII ZR 123/93, NJW 1996, 1886, 1887; BVerfG, NJW 1991, 2272 f.; 1993, 2601 f.) betrifft allein die – mit dem Inkrafttreten von § 549a BGB a.F. (jetzt § 565 BGB) am 1. September 1993 über-

holte – Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Eigentümer nach Treu und Glauben oder aus verfassungsrechtlichen Gründen die Kündigungsbeschränkungen des Wohnraummietrechts (§§ 556a, 564b BGB a.F.) entgegenhalten lassen musste, wenn er den Wohnraum an einen gewerblichen Zwischenmieter vermietet hatte und den Untermieter nach Beendigung des Zwischenmietverhältnisses gemäß § 556 Abs. 3 BGB a.F. (jetzt § 546 Abs. 2 BGB) auf Räumung in Anspruch nahm. Darum geht es hier jedoch nicht. Die Klägerin war nicht Partei der - zudem fortbestehenden - Zwischenmietverträge zwischen den Bauherrn und der R. und hat ihre Räumungsandrohung daher auch nicht auf § 556 Abs. 3 BGB a.F., sondern ausschließlich auf § 985 BGB gestützt.

47 Nach dem Vortrag des Beklagten waren die Zwischenmietverträge zwar mit Zustimmung der E. geschlossen worden. Das begründet aber keine Divergenz zu der genannten Rechtsprechung, sondern führt allenfalls zu der noch ungeklärten Frage, ob sich der Eigentümer die Kündigungsbeschränkungen des Wohnraummietrechts auch dann entgegenhalten lassen muss, wenn sein Rechtsvorgänger der gewerblichen Zwischenvermietung durch einen Dritten zugestimmt hat. Auf diese - möglicherweise grundsätzliche - Frage, die das Berufungsgericht (BU S. 17 unter d) mit dem pauschalen Hinweis auf einen nicht einschlägigen und teilweise aufgegebenen (vgl. BGHZ 114, 96, 101 ff.) Rechtsentscheid des VIII. Senats (BGHZ 84, 90 ff.) verneint hat, stützt sich die Beschwerde jedoch nicht. Die Frage ist auch nicht entscheidungserheblich. Denn selbst wenn die Klägerin im Hinblick auf §§ 556a, 564b BGB a.F. gehindert war, ihren Anspruch aus § 985 BGB durchzusetzen, standen die hinterlegten Mieten nicht der R., sondern ihr selbst zu. Die §§ 987, 990 BGB wären dann zwar - mangels Vindikationslage - nicht unmittelbar anwendbar. Der Anspruch auf Nutzungsherausgabe ergäbe sich aber entweder aus einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften (vgl. Senat, Urt. v. 14. Juli 1995, V ZR 45/94, NJW 1995, 2627, 2628) oder aus § 242 BGB (vgl. BGHZ 84, 90, 99), während die Mietzinsansprüche der R. gemäß

§§ 541, 537 BGB a.F. (jetzt § 536 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 BGB) auf Null gemindert wären, weil die Endmieter von der Klägerin unter Berufung auf ihre tatsächlich bestehende alleinige Rechtsinhaberschaft zur Hinterlegung der streitbefangenen Mieten bewegt worden waren. Darin liegt nämlich ein vollständiger Entzug des Mietgebrauchs (Senat, Urt. v. 15. Oktober 1999, V ZR 141/98, NJW 2000, 291, 294 m.w.N.). Das gilt auch dann, wenn die Endmieter dem Räumungsverlangen der Klägerin die §§ 556a, 564b BGB a.F. entgegenhalten konnten. Denn diese Einwendung lässt sich gerade nicht aus dem Mietvertrag mit der - nicht zum Besitz berechtigten - R. ableiten, sondern allenfalls - als eigenes Besitzrecht der Endmieter - mit dem sozialen Zweck des Wohnraummietrechts begründen.

48 An anderer Stelle (BB S. 26 ff. unter 5) wiederholt die Beschwerde die übrigen Argumente des Beklagten gegen den von dem Berufungsgericht bejahten Anspruch der Klägerin auf Nutzungsherausgabe aus §§ 987, 990 BGB. Dabei macht sie weder ausdrücklich noch der Sache nach Zulassungsgründe geltend, sondern rügt lediglich - tatsächlich nicht vorliegende - Rechtsfehler des Berufungsgerichts.

49 7. Soweit das Berufungsgericht die Verurteilung des Beklagten zur Freigabe der hinterlegten Mieten und zur Zahlung von Verzugszinsen bestätigt hat, soll die Revision auch noch aus folgenden Gründen zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen werden.

50 a) Durch die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe der hinterlegten Mieten sei der Beklagte kein Mitprätendent geworden. Für die Prätendentenklage sei er daher nicht passivlegitimiert. Zudem fehle im Hinblick auf die gebotene Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO das Rechtsschutzbedürfnis (BB S. 15 unter a; BB S. 20 f. unter 1 und BB S. 22 f. unter 3). Inwiefern diese Argumentation zu einer Zulassung nach § 543 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. ZPO führen soll, wird nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen ist den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts (BU S. 15 f. unter b) nichts hinzuzufügen.

- 51 b) Das Berufungsgericht sei unter Verstoß gegen §§ 284, 286 ZPO und gegen Art. 103 Abs. 1 GG ohne die erforderliche Beweisaufnahme von der wirksam bestrittenen Behauptung der Klägerin ausgegangen, dass die von dem Freigabeantrag umfassten Mieten aus den von ihr ersteigerten Wohnungen stammen (BB S. 25 f. unter 4). Inwiefern dadurch der Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt sein soll, legt die Beschwerde nicht dar. Insbesondere macht sie nicht geltend, dass das Berufungsgericht einen Beweisantrag des Beklagten oder dessen ausdrückliches Bestreiten übergangen hätte.
- 52 Das ist auch nicht der Fall. Aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils (BU S. 7 unten und BU S. 19 f. unter j) ergibt sich vielmehr, dass das Berufungsgericht das pauschale und beweislose Bestreiten zur Kenntnis genommen und für wirksam erachtet hat, aufgrund der Freigabeerklärung des Konkursverwalters vom 6. Dezember 1999 (Anlage K 5) jedoch zu der Überzeugung gelangt ist, dass sich die dort aufgelisteten Hinterlegungsvorgänge, die zugleich Gegenstand der Klage sind, auf die von der Klägerin erworbenen Wohneinheiten beziehen. Das mag angreifbar sein, verstößt aber weder gegen Art. 103 Abs. 1 GG noch gegen das Willkürverbot, dessen Verletzung die Beschwerde auch nicht geltend macht.
- 53 c) Das Berufungsgericht habe die im Schriftsatz des Beklagten vom 30. Oktober 2006 (Gerichtsakten Blatt 940) erklärte „Aufrechnung/Verrechnung gegen den Streitgegenstand von € 88.571,09 als verspätet“ zurückgewiesen, „obwohl der Verrechnungsbetrag von € 36.813,- erst durch die vorgetragene und von der Klägerin nicht bestrittene Zession vom 6.10.2006 zur Verfügung stand“ (BB S. 17 unter f; vgl. auch BB S. 53 vor 9). Um den damit geltend gemachten Gehörsverstoß und dessen Entscheidungserheblichkeit darzulegen, hätte es weiterer Ausführungen zu dem abgetretenen Anspruch, zu dessen „Aufrechnung/Verrechnung“ mit dem Freigabeanspruch der Klägerin und zur Prozessgeschichte bedurft. Daran fehlt es.

- 54 In der Sache ist Art. 103 Abs. 1 GG schon deshalb nicht verletzt, weil das Berufungsgericht die nach Schluss der mündlichen Verhandlung in einem insoweit nicht nachgelassenen Schriftsatz erklärte „Aufrechnung/Verrechnung“ nicht nach §§ 530, 531 Abs. 2 oder 533 ZPO zurückgewiesen, sondern zutreffend nach § 296a ZPO behandelt hat (BU S. 29 f. unter 7). Auf den Zeitpunkt der Abtretung kommt es nach dieser Vorschrift nicht an. Ein Anlass zur Wiedereröffnung der Verhandlung ist weder geltend gemacht noch ersichtlich.
- 55 d) Bei der Verurteilung des Beklagten zur Verzinsung der hinterlegten Mieten habe das Berufungsgericht die in Bezug genommene Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 25. April 2006, XI ZR 271/05, NJW 2006, 2398 [= BGHZ 167, 268 ff.]) verkannt und das Antwortschreiben der Beklagten auf die vorgerichtliche Freigabeaufforderung der Klägerin vom 15. Mai 2002 unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG übergangen (BB S. 16 oben und BB S. 21 f. unter 2). Eine Rechtsfrage, die das Berufungsgericht anders beantwortet als der Bundesgerichtshof, zeigt die Beschwerde nicht auf. Sie legt auch nicht dar, dass sich der Beklagte im Rechtsstreit auf das von der Klägerin (als Anlage K 7) vorgelegte Antwortschreiben vom 29. Mai 2002 berufen hätte.
- 56 Das Berufungsgericht weicht nicht von der (auf BU S. 14 oben) zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab, sondern wendet die dort entwickelten Grundsätze zutreffend an. Danach hat der Gläubiger bei verzögerter Freigabe eines hinterlegten Geldbetrages in entsprechender Anwendung von § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB in der – auch hier noch anwendbaren (vgl. Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 und § 5 Satz 1 EGBGB) – bis zum 30. April 2000 geltenden Fassung einen Anspruch auf Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe. Das folgt aus dem Zweck der Vorschrift, die den Gläubiger ohne Nachweis eines konkreten Schadens für die entgangene Nutzung ihm vorenthaltenen Geldes entschädigen soll und deshalb auch auf die verzögerte Freigabe hinterlegter Beträge anzuwenden ist. Auf den

von der Beschwerde betonten Umstand, dass der Schuldner die Hinterlegung selbst veranlasst hat, kommt es dabei nicht an.

57 Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG ist ebenfalls nicht dargetan. Da das Berufungsgericht die Klägerin zur Freigabe des von der M. Bank hinterlegten Guthabens verurteilt hat, bestand allerdings Anlass, auch auf den Inhalt des Antwortschreibens vom 29. Mai 2002 einzugehen. Denn dort hatte der Beklagte die Freigabe der hinterlegten Mieten von der Freigabe dieses Guthabens abhängig gemacht, was im Fall der Konnexität beider Ansprüche den Verzug gemäß § 273 BGB ausschließen würde. Das mag die Annahme rechtfertigen, dass das Berufungsgericht den Inhalt des Antwortschreibens nicht zur Kenntnis genommen oder erwogen hat. Dieser mögliche Fehler betrifft aber wiederum nur die Schlüssigkeit des Zinsantrags. Das Grundrecht des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist dadurch nicht verletzt. Denn das Berufungsgericht hat kein prozessuales Vorbringen übergangen, sondern nur ein vorgerichtliches Schreiben des Beklagten, das nicht von diesem selbst, sondern von der Klägerin in den Rechtsstreit eingeführt worden ist.

58 8. Die Beschwerde macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe das Grundrecht des Beklagten auf wirkungsvollen Rechtsschutz verletzt, weil es die Sache nicht gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen habe (BB S. 54 unter 9). Die Zurückverweisung sei wegen schwerwiegender Verfahrensmängel geboten, da das Landgericht den Hilfsantrag des Beklagten auf Freigabe der hinterlegten Mieten an seine Ehefrau unter Verstoß gegen § 139 ZPO ohne vorherigen Hinweis als unzulässig abgewiesen habe. Die weiteren Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO legt die Beschwerde nicht dar. Sie führt auch nicht aus, warum das Grundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz die im Ermessen des Berufungsgerichts stehende Zurückverweisung gebieten soll. Unabhängig davon fehlt es jedenfalls an der für die Zulassung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 2. Alt ZPO erforderlichen Entscheidungserheblichkeit. Denn wie das

Berufungsgericht (auf BU S. 21 vor 3) zutreffend ausführt, ist der Hilfsantrag des Beklagten schon deshalb unbegründet, weil er allein auf die Abtretung des nicht bestehenden eigenen Freigabeanspruchs gestützt wird.

59 9. Die Beschwerde meint ferner, die R. sei zu Unrecht wegen Vermögenslosigkeit gelöscht worden und bestehe aufgrund des Gesellschafterbeschlusses vom 14. Juli 2004 als verbende Gesellschaft fort. Sie sei deshalb (als Drittwiderbeklagte im Rahmen der Freigabeanträge) parteifähig und habe die mit der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzansprüche am 6. Mai 2005 wirksam an den Beklagten abgetreten. In diesem Zusammenhang soll die Revision aus mehreren Gründen zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen werden.

60 a) Die Anwendung der §§ 60 Abs. 1 Nr. 7, 66 Abs. 5 GmbHG sei rechtsfehlerhaft, weil diese Vorschriften ein rechtsstaatliches Konkursverfahren voraussetzen, an dem es hier fehle (BB S. 17 unter e). Auch insoweit benennt die Beschwerde weder den Gesichtspunkt für eine Zulassung nach § 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO noch legt sie die Voraussetzungen einer Divergenz oder eines Gehörverstoßes dar. Im weiteren Fortgang der Beschwerdebegründung (BB S. 50 ff. unter 8) rügt sie lediglich, die Annahme des Berufungsgerichts, die Fortsetzung einer nach § 141a FGG gelöschten GmbH komme grundsätzlich nicht in Frage, sei rechtlich nicht haltbar und führe bei nichtigen Konkursverfahren zu unvertretbaren Ergebnissen. Für die hier noch anwendbare Vorschrift des § 60 GmbHG a.F. sei sogar anerkannt, dass eine zu Recht gelöschte GmbH fortgesetzt werden könne, wenn noch Vermögen in Höhe des Stammkapitals vorhanden sei. Bei diesen Ausführungen verweist die Beschwerde weder auf den eingangs geltend gemachten noch auf einen anderen Zulassungsgrund, und sie führt auch weiterhin keine Vergleichsentscheidung an.

61

In der Sache führt die nach altem wie nach neuem Recht umstrittene Frage, ob eine nach § 141a Abs. 1 FGG (früher § 2 Abs. 1 LösSchG) wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH in Ausnahmefällen durch Beschluss ihrer Gesellschafter als werbende Gesellschaft fortgesetzt werden kann, schon deshalb nicht zur Zulassung, weil sie nicht entscheidungserheblich ist. Das Berufungsgericht folgt der heute herrschenden Meinung, die eine solche Fortsetzung vollständig ausschließt und die Gesellschafter bei noch vorhandenem Gesellschaftsvermögen auf eine Abwicklung im Wege der gerichtlich anzuordnenden Nachtragsliquidation gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG (früher § 2 Abs. 3 LösSchG) beschränkt (BU S. 25 unter b; ebenso - in dem von dem Beklagten angestrebten Registerverfahren - OLG München, GmbHR 2006, 91, 93 f. m. zust. Anm. Eisner, EWiR 2006, 367; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 7. Aufl., § 60 Rdn. 98 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Rasner, GmbHG, 4. Aufl., § 60 Rdn. 67 und jetzt auch Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl., § 60 Rdn. 83 und 99; Lutter/Kleindieck in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., § 60 Rdn. 32 sowie Jansen/Steder, FGG, 3. Aufl. § 141a Rdn. 93 f., jeweils m.w.N.; vgl. auch RGZ 156, 23, 26 f. für die Aktiengesellschaft). Die Gegenauffassung käme hier zu keinem anderen Ergebnis. Denn ihre Vertreter lassen einen Fortsetzungsbeschluss entweder erst im Stadium der Nachtragsliquidation zu (so Schulze-Osterloh/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. § 60 Rdn. 59; Schulze-Osterloh/Noack, ebenda, § 66 Rdn. 41; Michalski/Nehrlich, GmbHG, § 66 Rdn. 106 und Winkler in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 141a Rdn. 18) oder sie verlangen zumindest ein Reinvermögen in Höhe des gesetzlichen Mindeststammkapitals (so OLG Düsseldorf, DNotZ 1980, 170, 171 f. m.w.N.), dessen Existenz hier nicht festgestellt ist und von der Beschwerde auch nicht unter Hinweis auf Vortrag in den Tatsacheninstanzen dargelegt wird. Dass die Fortsetzung bei schwerwiegenden Mängeln des Konkurs- oder des LösSchungsverfahrens uneingeschränkt zulässig sei, wird - soweit ersichtlich - nirgends vertreten. Hierfür besteht auch kein Bedürfnis, weil die Gesellschafter in derartigen Fällen die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens (vgl. BGH, Beschl. v. 2. Februar 2006, IX ZB

279/04, NJW-RR 2006, 912 f.) oder die - hier erfolglos betriebene - Löschung der Löschungseintragung (vgl. nur OLG Zweibrücken, NJW-RR 2002, 825, 826 f. und Jansen/Steder, aaO, § 141a Rdn. 77 f. m.w.N.) erwirken können.

62 b) Weiter rügt die Beschwerde die „rechtsfehlerhafte Aufrechterhaltung der Nichtbeteiligung der parteifähigen Fa. R. (...) bei unterlassener Prozesspflegerbestellung entgegen der vorliegenden höchstrichterlichen Rechtsprechung“ (BB S. 16 f. unter c). An anderer Stelle ergänzt sie, das Berufungsgericht habe sich in der Frage der Parteifähigkeit in Widerspruch zur vorliegenden Rechtsprechung gesetzt und den entsprechenden Sach- und Rechtsvortrag des Beklagten, insbesondere zu dem noch vorhandenen Vermögen der R. übergeben (BB S. 48 unter b). Dabei benennt sie allerdings weder eine Rechtsfrage, die das Berufungsurteil anders beantwortet als die von ihr zitierten Entscheidungen, noch zeigt sie Anhaltspunkte dafür auf, dass das Berufungsgericht tatsächliches Vorbringen des Beklagten nicht zur Kenntnis genommen oder erwogen hätte.

63 Ohne jede Darlegung rügt die Beschwerde schließlich, die unterlassene Beteiligung der R. verletze den Beklagten in seinem Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG), weil sie die R. daran hindere, ihre Gegenrechte gegen den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Freigabe der hinterlegten Mieten durchzusetzen (BB S. 49 unten). Diese Rüge ist in doppelter Hinsicht unschlüssig. Denn als Drittwiderbeklagte könnte die R. mögliche Gegenrechte nicht der Klägerin, sondern nur dem Beklagten entgegenhalten, und selbst wenn sie an der Ausübung derartiger Rechte gehindert worden wäre, wäre nur sie selbst in ihren Grundrechten verletzt, aber nicht der Beklagte.

64

Die Rüge einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG und die beiden Divergenzrügen sind ebenfalls unbegründet. Das Berufungsgericht hat sich eingehend mit der Parteifähigkeit der R. befasst (BU S. 25 f. unter b und BU S. 26 unter 5). Dabei hatte es keinen Anlass, ausdrücklich auf den - zudem unsubstantiierten - Vortrag zu deren Restvermögen (GA 843) einzugehen. Denn nach seiner Auffassung ist die R. schon deshalb nicht parteifähig, weil keine Nachtragsliquidation angeordnet ist. Das widerspricht allerdings der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der eine wegen Vermögenslosigkeit gelöschte GmbH nur dann nicht parteifähig ist, wenn sie tatsächlich kein Vermögen mehr hat (BGH, Urt. v. 29. September 1981, VI ZR 21/80, NJW 1982, 238), so dass für ihre passive Parteifähigkeit die Behauptung des Klägers genügt, sie habe noch irgendwelche Ansprüche (BGHZ 48, 303, 307). Diese Divergenz wirkt sich jedoch im Ergebnis nicht aus. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die gelöschte GmbH bis zur Anordnung der Nachtragsliquidation zwar partei-, aber nicht prozessfähig, weil sie rechtserhebliche Erklärungen nur noch durch einen vom Gericht ernannten Liquidator abgeben kann (BGH, Urt. v. 18. April 1985, IX ZR 75/84, NJW 1985, 2479; Urt. v. 18. Januar 1994, XI ZR 95/93, NJW-RR 1994, 542). Die Bestellung eines Prozesspflegers hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgelehnt, es fehle an der nach § 57 ZPO erforderlichen Gefahr im Verzug, weil der Beklagte versäumt habe, die Nachtragsliquidation zu beantragen (BU S. 26 unter c). Das steht jedenfalls nicht in Widerspruch zu der von der Beschwerde angeführten Rechtsprechung. Dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BB [richtig DB] 1980, 2068 [= BFHE 130, 477, 479]) lässt sich nämlich nur entnehmen, dass die Bestellung eines Prozesspflegers für eine gelöschte GmbH grundsätzlich möglich ist, und die beiden anderen Entscheidungen (BayObLGR 1998, 36 und BAG, MDR 2000, 781) liegen neben der Sache.

65

c) Schließlich meint die Beschwerde (BB S. 18 unter h; vgl. auch BB S. 47 unten), das Berufungsgericht habe die ihm als Gericht der Schadensersatzklage

obliegende Pflicht verletzt, selbst über die Nichtigkeit des Konkursverfahrens und des Liquidationsbeschlusses vom 21. Februar 1991 zu befinden. Unter welchem Gesichtspunkt und aus welchen Gründen das die Zulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern soll, wird nicht dargelegt.

66 Ein Zulassungsgrund ist auch nicht ersichtlich. Die von dem Beklagten behaupteten Mängel des Liquidationsbeschlusses und des Konkursverfahrens sind im Tatbestand des Berufungsurteils erwähnt (BU S. 8 und 9 unten). Für die Entscheidung wären sie nur dann erheblich, wenn sie den Fortbestand der R. und damit deren Partei- und Prozessfähigkeit sowie die Wirksamkeit der Abtretungsvereinbarung vom 6. Mai 2005 begründen könnten. Das hat das Berufungsgericht durch zustimmenden Verweis auf die Entscheidungen der Registergerichte verneint (BU S. 24 f. unter a). Mit Grund und Höhe des auf diese Mängel gestützten Schadensersatzanspruchs musste es sich mangels wirksamer Abtretung nicht mehr befassen.

67 10. Im Zusammenhang mit der Abtretung der Schadensersatzansprüche durch die M rügt die Beschwerde eine „Verletzung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) hinsichtlich der angeblich nicht substantiiert vorgetragene Erbenstellung von S. D. nach G. S.“ (BB S. 18 unter g). Diese zunächst nicht nachvollziehbare Rüge wird an anderer Stelle (BB S. 64 f. unter d) damit begründet, dass das Berufungsgericht die Wirksamkeit der Abtretungsvereinbarung zwischen dem Beklagten und der M vom 24. November 2004 verneint habe, ohne zuvor auf die Notwendigkeit weiteren Vortrags zu der Behauptung hinzuweisen, die Ehefrau des Beklagten sei als Erbin ihrer Mutter in deren Gesellschafterstellung eingerückt und damit befugt gewesen, die M bei dem Abschluss dieser Vereinbarung zu vertreten. Der fehlende rechtliche Hinweis führe zu einer unzulässigen Überraschungsentscheidung, weil der Beklagte nicht damit habe rechnen können, dass die Erbenstellung seiner Ehefrau in Zweifel gezogen werde. Wäre er erteilt worden, hätte der Beklagte seinen Vortrag unter

Vorlage eines Erbscheins dahin ergänzt, dass seine Ehefrau und deren Schwester als gesetzliche Erben zu je $\frac{1}{2}$ im Rahmen der Erbauseinandersetzung vereinbart hätten, der Anteil an der M solle allein seiner Ehefrau „anfallen“.

68 Diese Ausführungen sind weder vollständig noch zutreffend. Denn das Berufungsgericht hat die Abtretungsvereinbarung vom 24. November 2004 nicht an mangelnder Substantiierung, sondern an dem fehlenden Nachweis der Erbenstellung scheitern lassen (BU S. 27 Mitte). Damit musste der Beklagte rechnen, nachdem das Landgericht bereits genauso entschieden hatte (LGU S. 36). Gleichwohl hat er in der Berufungsinstanz lediglich vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass der Bruder seiner Ehefrau die Erbschaft ausgeschlagen habe (Gerichtsakten Blatt 871 mit Anlage B 218). Dass das Berufungsgericht darin keinen Nachweis für die Erbenstellung der Ehefrau gesehen hat, überrascht nicht und musste darum auch nicht durch einen rechtlichen Hinweis angekündigt werden.

69 11. Als Grund für die Zulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung macht die Beschwerde ferner geltend, das Berufungsgericht habe die erstinstanzliche Abtrennung der Widerklagen gegen den Konkursverwalter und den Freistaat Bayern rechtsfehlerhaft aufrechterhalten (BB S. 16 unter b und BB S. 54 ff. unter 10). Die Abtrennung sei willkürlich, und deren Abgabe an die nach der Geschäftsverteilung des Landgerichts München unzuständige 9. Zivilkammer verstoße gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Da die deshalb zwingend gebotene Wiederverbindung nur dem Landgericht möglich sei, verletze die unterlassene Zurückverweisung der Sache den Beklagten in seinem Anspruch auf Justizgewährung, auf wirkungsvollen Rechtsschutz und auf ein faires Verfahren. Zudem habe das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten zur Unzuständigkeit der 9. Zivilkammer übergangen (Art. 103 Abs. 1 GG) und sich in Widerspruch zu der Entscheidung eines anderen Zivilsenats beim Oberlandesgericht München gesetzt (Beschl. v. 24. August 2006, 1 W 1176/06, Anlage B 222 [= BeckRS 2006 10252]).

70 Die Darlegung dieser Zulassungsgründe ist schon deshalb unzureichend, weil der Gegenstand der abgetrennten Drittwiderklagen nicht wiedergegeben wird. Zudem zeigt die Beschwerde auch hier weder eine Rechtsfrage auf, die das Berufungsurteil anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, noch macht sie Anhaltspunkte dafür deutlich, dass das Berufungsgericht den Vortrag des Beklagten zur Unzuständigkeit der 9. Zivilkammer nicht zur Kenntnis genommen oder erwogen hätte.

71 In der Sache ist die Zulassung der Revision nicht geboten. Das Berufungsgericht hat sich eingehend mit der Verfahrenstrennung befasst und den für eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 ZPO erforderlichen Verfahrensmangel mit der zutreffenden Begründung verneint, dass die Abtrennung der Drittwiderklagen weder gegen § 145 Abs. 2 ZPO verstößt noch ermessensfehlerhaft ist, weil die gegenüber dem Freistaat Bayern und dem Konkursverwalter erhobenen Schadensersatzansprüche mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch auf Freigabe der hinterlegten Mieten nicht mehr in rechtlichem Zusammenhang stehen, sondern wesentlich neuen Prozessstoff in ein ohnehin kompliziertes Verfahren gebracht haben (BU S. 14 f. unter a). Was die Beschwerde dem entgegenhält, ist nicht zulassungsrelevant und auch in der Sache nicht begründet. Nach § 145 Abs. 2 ZPO schließt nur ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage die Trennung aus. Dabei ist jeder Anspruch selbständig zu beurteilen (Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl., § 145 Rdn. 6), so dass der Zusammenhang - wie bei § 33 ZPO (dazu Senat, Urt. v. 21. Februar 1975, V ZR 148/73, NJW 1975, 1228) - gegenüber jedem einzelnen Widerbeklagten bestehen muss. Entgegen der Auffassung der Beschwerde findet § 145 Abs. 2 ZPO deshalb auch auf die beiden Drittwiderklagen Anwendung.

72

Deren Abtrennung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie (teilweise) mit der gegen die Klägerin erhobenen Widerklage in rechtlichem Zusammenhang stehen. Die materiellrechtliche Verzahnung dieser Widerklage mit der Amtshaftungsklage gegen den Freistaat Bayern und die dadurch begründete Gefahr widersprechender Entscheidungen ändern daran nichts. Eine Amtshaftungsklage, die wegen desselben Schadens mit der Klage gegen einen anderen Schädiger verbunden wird, darf zwar nicht mit dem Hinweis auf die noch ungeklärte Ersatzpflicht dieses (einfachen) Streitgenossen durch Teilurteil als derzeit unbegründet abgewiesen werden, weil die Entscheidung hierüber wegen des Verweisungsprivilegs in § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Amtshaftungsanspruch präjudiziell ist (BGHZ 120, 376, 380). Die Prozesstrennung nach § 145 ZPO unterliegt jedoch nicht den gleichen Einschränkungen wie die Zulässigkeit eines Teilurteils nach § 301 ZPO (BGH, Urt. v. 3. April 2003, IX ZR 113/02, NJW 2003, 2386, 2387). Davon geht auch die von der Beschwerde angeführte Vergleichsentscheidung aus. Sie stellt lediglich den Rechtssatz auf, dass die mit der Klage gegen einen anderen Schädiger verbundene Amtshaftungsklage auch dann nicht als derzeit unbegründet abgewiesen werden darf, wenn sie zuvor gemäß § 145 ZPO abgetrennt worden ist. Die Zulässigkeit der Abtrennung zieht die Vergleichsentscheidung jedoch nicht in Zweifel.

73

12. Schließlich soll die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen sein, weil der Beklagte zur Tragung der gesamten Kosten verurteilt worden ist, obwohl er in Höhe von 2,14 % obsiegt hat (BB S. 17 unter d und BB S. 82 unter 16). Warum diese von § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO gedeckte Kostenentscheidung die Zulassung erfordern soll, wird nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich.

Krüger

Lemke

Stresemann

Czub

Roth

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 27.10.2005 - 22 O 19780/03 -

OLG München, Entscheidung vom 24.01.2007 - 15 U 5187/05 -