
Datum: 12.09.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 43/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0912.30U43.07.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 8 O 87/06

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 5. Dezember 2006 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 15.736,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.03.2006 zu zahlen, Zug um Zug gegen Erteilung von die Umsatzsteuer gesondert ausweisenden Rechnungen für die Monate September 2004 sowie Juni 2005 bis einschließlich Dezember 2005.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz tragen die Klägerin 76 % und der Beklagte 24 %.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 45 % der Klägerin und zu 55 % dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung der Miete für die Anmietung einer Tierarztpraxis, eines Pferdestalles, einer alten Schmiede sowie von zwei Stellplätzen, auf denen Bürocontainer aufgestellt waren, in Höhe von insgesamt 28.868,89 €.

Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Stadt H ist Eigentümerin der im Grundbuch von S Gemarkung S eingetragenen Grundstücke, Flur 1, Flurstücke Nr. ## bis ##, ##, ##, ## und ## sowie Flur 4, Flurstücke Nr. # und ##. Durch notarielle Verträge vom 19.02.1962 — UR-Nr. ####/#### des Notars L in H — und vom 29.12.1978 — UR-Nr. ####/#### und ####/#### des Notars F in H — bestellte sie dem „X e.V.“, der später in "X e.V." umbenannt wurde, Erbbaurechte an den oben näher bezeichneten Grundstücksflächen, und zwar bis zum 31.12.2028. Die Gesamtfläche betrug ca. 300.000 m². Dem Verein wurde die Bebauung der Erbbaugrundstücke mit Gebäuden und Anlagen, die für den Trabrenn- und Trainierbetrieb sowie notwendige Nebenbetriebe notwendig waren, gestattet. Gemäß § 8 des Vertrages vom 19.02.1962 und § 7 des Vertrages vom 29.12.1978 ist jeweils vorgesehen, dass der Erbbauberechtigte zu jeder Veräußerung des Erbbaurechts sowie für die Belastung des Erbbaurechts mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Grundstückseigentümerin bedarf.

Am 08.01.1985 schlossen der X e.V. und der Beklagte einen Dienstvertrag, durch den der Beklagte zum Bahntierarzt berufen wurde.

Weiterhin vermietete der X e.V. mit Wirkung ab dem 01.01.1985 eine auf dem Grundstück O-Straße 42 in H gelegene Tierklinik, bestehend aus einer Pferdeklinik und einer Kleintierpraxis an den Beklagten. Es wurde eine Miete von 2.100,00 DM zzgl. Nebenkosten in Höhe von 150,00 DM = 2.250,00 DM = 1.150,41 € vereinbart.

Einige Zeit später - der genaue Zeitpunkt ergibt sich nicht aus den überreichten Unterlagen - schlossen der X e.V. und der Beklagte einen weiteren Mietvertrag über 10 Innenboxen und einige näher bezeichnete Nebenräume auf dem Stallgelände Nr. I, das ebenfalls auf dem Grundstück O-Straße 42 in H liegt. Unter Nebenräume sind aufgeführt: "1 Aufenthaltsraum, 1 Bad / WC, 1 Futterkammer, 1 Solarium, im 1. Stock Wohnstube." Die Vermietung erfolgte zur Einstellung von Trabrennpferden, deren Pflege und Betreuung. Die Miete für diese Räumlichkeiten betrug 1.266,70 DM (incl. 16 % USt) zuzüglich Nebenkosten in Höhe von 142,00 DM (incl. 16 % USt), also insgesamt 1.408,70 DM = 720,26 € (incl. 16 % USt).

Zudem wurden unter dem 01.06.1995 und unter dem 20.10.1999 zwei als "Gestattungsverträge" bezeichnete Verträge zwischen dem X e.V. und dem Beklagten geschlossen, durch die dem Beklagten gestattet wurde, auf dem Grundstück des

Trabrennvereins an einer genau bestimmten Stelle zwei Bürocontainer aufzustellen. Hierfür wurde eine "Nutzungsentschädigung" von je 100,00 DM = 51,13 € vereinbart.

Durch Beschluss des Amtsgericht Essen vom 03.06.2002 - 166 IN 75/05 - wurde das
Insolvenzvermögen über das Vermögen des X e.V. eröffnet, und Rechtsanwalt X1 wurde zum
Insolvenzverwalter bestellt. Dieser schloss am 21.06.2002 mit dem H Rennverein, der den
Rennbetrieb weiterführen und langfristig auch die Erbbaurechte übernehmen sollte, zwei
Pachtverträge über das Rennbahngelände ab, nämlich einen Vertrag über die Stallungen,
Wohnhäuser, sonstigen Gebäude und Außenanlagen, und einen weiteren über das Geläuf
und das Tribünenhaus nebst Außenanlagen sowie den Trabrennbetrieb als solchen. In den
Verträgen waren jeweils folgende wortgleiche Regelungen getroffen:

"§ 4 Verträge 10

(1) 11

Die zum Geschäftsbetrieb des verpachteten Betriebes gehörenden Verträge werden mit
wirtschaftlicher Wirkung zum Zeitpunkt des Beginns des Pachtverhältnisses auf den Pächter
übertragen. Die übergewandten Verträge sind in der als Anlage 3 zu diesem Vertrag
genommenen Aufstellung im einzelnen verzeichnet. Nicht erwähnte Verträge gehen
ausdrücklich nicht auf den Pächter über. 12

(2) 13

Alle Ansprüche des Verpächters aus den übernommenen Verträgen werden hiermit mit
Wirkung zum Zeitpunkt des Beginns des Pachtverhältnisses den dies annehmenden Pächter
abgetreten. 14

(3) 15

Verpächter und Pächter werden unverzüglich in wechselseitiger Abstimmung die jeweiligen
Drittparteien der zu übertragenden Verträge auffordern, der Übertragung der Verträge auf
den Pächter zuzustimmen. Wenn eine derartige Zustimmung nicht oder nur in einer Art und
Weise erreicht werden kann, die eine wesentliche Änderung des Vertrages zum Nachteil von
Pächter oder Verpächter mit sich brächte, wird der Verpächter ggf. nach Absprache mit dem
Pächter weiterhin als Vertragspartei auftreten, jedoch im Innenverhältnis ausschließlich für
Rechnung des Pächters handeln ... 16

§ 5 Forderungen und Verbindlichkeiten 17

Sämtliche Forderungen und Verbindlichkeiten des X e.V., die bis zum 31.05.2002 entstanden
sind, verbleiben bei diesem, und sind nicht Gegenstand dieses Vertrages. Gleiches gilt für
sämtliche Rechte und Verpflichtungen aus Verträgen, die nicht ausdrücklich von dem Pächter
übernommen werden ... 18

..." 19

Als Anlage zu den Pachtverträgen war jeweils eine Auflistung der Verträge beigelegt. Darin
ist der Name des Beklagten zweimal aufgeführt, und zwar unter „Mietverträge Stalleinheiten“
und unter "Wohnungsmieten". 20

Unter dem 07.08.2002 übersandte der Insolvenzverwalter X1 ein Schreiben mit folgendem
Inhalt an die Rechtsanwälte Dr. X2 und Partner, die den H Rennverein vertraten: "... unter 21

Bezugnahme auf Ihr Schreiben vom 31.07.2002 bestätige ich Ihnen, dass der X3 e.V. in sämtliche Dauerschuldverhältnisse des insolvent gewordenen X e.V. eingetreten ist..."

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16.07.2004 - UR-Nr. #####/##### des Notars A in F1 - veräußerte der Insolvenzverwalter X1 die Erbbaurechte des X e.V. an die Klägerin. Für diese war ausweislich der notariellen Urkunde erschienen Herr N als alleinvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied. In dem Vertrag heißt es u.a.:

"II. Verkauf 23

Der Verkäufer verkauft und überträgt das in Abschnitt I bezeichnete Eigentum mit allem, was als Bestandteil und Zubehör gilt und im uneingeschränkten Eigentum des Verkäufers steht, auf den Käufer, der diese Übertragung annimmt ..."

... 25

IV. Besitz, Nutzen, Lasten 26

... 27

4. 28

Der Grundbesitz ist vermietet. Bestehende Mietverhältnisse sind bekannt und werden ausdrücklich übernommen. 29

Mit dem Tag des Besitzüberganges ...tritt der Verkäufer alle Rechte aus den Mietverträgen an den dies annehmenden Käufer ab und wird hinsichtlich der Pflichten von ihm freigestellt ..."

Die Vertragsparteien erklären zudem die Auflassung. 31

Bei der Klägerin handelt es sich um eine am 24.03.2004 in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht. 32

Ausweislich des in Kopie vorliegenden Handelsregistrauszuges vom 01.07.2004 ist 33

Herr N einziges Mitglied des Verwaltungsrates. Aktionäre sind Herr N zu 80 %, und die Herren T, der früher Geschäftsführer des X3 e.V. war, und L zu je 10 %. Zweck der Gesellschaft ist nach Art. 2 Abs. 1 der Statuten der An- und Verkauf, die Vermietung und Verwaltung von Liegenschaften und Immobiliengesellschaften und die Abwicklung der in diesem Zusammenhang stehenden Rechtsgeschäfte, sowie die Organisation und Durchführung von Veranstaltungen jeglicher Art. 34

Mit Schreiben vom 28.07.2004 stimmte die Stadt H als Grundstückseigentümerin, der Übertragung der Erbbaurechte in der Form des Vertrages vom 16.07.2004 zu. Weiterhin verzichtete sie auf die Ausübung der in Abt. II unter lfd. Nr. 3 bzw. lfd. Nr. 8 der Erbbaugrundbücher eingetragenen Vorkaufsrechte für alle Verkaufsfälle. Die Zustimmungserklärung wurde von dem Stadtkämmerer L2 in Vertretung des Oberbürgermeisters unterzeichnet. Dieser hatte bereits zuvor, nämlich mit Schreiben vom 02.07.2004, als Vertreter des Oberbürgermeisters die Zustimmung der Stadt H zu dem Erwerb des Erbbaurechtes Trabrennbahn in Aussicht gestellt. 35

Dem Stadtkämmerer war am 30.06.2004 eine von dem damaligen Oberbürgermeister X4 und dem Stadtrat I unterzeichnete Vollmacht erteilt worden, die in beglaubigter Ablichtung beim 36

Grundbuchamt des Amtsgerichts Gelsenkirchen hinterlegt worden war. Darin heißt es:

„Herr Stadtkämmerer L2 wird ermächtigt und bevollmächtigt, die Stadt H in allen 37
Grundstücksangelegenheiten rechtsgeschäftlich zu vertreten. Die Bevollmächtigung bezieht
sich insbesondere darauf, Verträge über den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken
und die Bestellung von Erbbaurechten abzuschließen sowie Auflassungen zu erklären und
entgegenzunehmen, rechtsverbindliche Erklärungen über die Ausübung dinglicher und
gesetzlicher Vorkaufsrechte zu vollziehen ...“

Ausweislich der Niederschrift über die Sitzung des Ausschusses für Wirtschaftsförderung und 38
Liegenschaften vom 07.09.2004 hat der Ausschuss darüber beraten, ob der Rat in seiner
Sitzung am 16.09.2004 auf Anregung des Bürgerwahlbündnisses „Wir für H“ prüfen soll, ob
der - damalige - Kämmerer L2 befugt war, das Gelände der Trabrennbahn H ohne
Ratsbeschluss an die Klägerin zu veräußern. Der Ausschuss hat jedoch einstimmig
beschlossen, dieser Anregung nicht zu folgen.

Am 24.09.2004 wurde die Klägerin dann als Erbbauberechtigte in das Grundbuch 39
eingetragen.

Mit Schreiben vom 29.09.2004 erklärten die Prozessbevollmächtigten der Klägerin gegenüber 40
dem Beklagten die Kündigung der Mietverträge über die von diesem und von dem Tierarzt
Sberg genutzten Räumlichkeiten gemäß § 111 insO i.V.m. § 580 a Abs. 1 S. 3 BGB zum
31.03.2005.

Der Insolvenzverwalter X1 teilte dem H Rennverein unter dem 02.11.2004 mit, dass 41
spätestens ab seinem Schreiben vom 29.09.2004 über die Berechtigung der Klägerin zum
Empfang der Pachtzinszahlungen kein Zweifel mehr bestehen könne. Sämtliche
Pachtzinszahlungen für die Monate ab 01.10.2004 seien an die neue Eigentümerin zu zahlen.

Der Beklagte und Herr S gaben unter dem 17.11.2004 folgende schriftliche Erklärung ab: 42

"Hierrnit genehmige ich die Miet-Vertragsübernahme durch den X3 e.V. vom 43
Insolvenzverwalter im Juni 2002. Es handelt sich hierbei um einen Mietvertrag, der noch mit
dem X e.V. geschlossen wurde."

Mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 08.12.2004 wies der Beklagte die 44
Kündigung des Mietverhältnisse durch die Klägerin zurück. Er beanstandete, dass die
Kündigungserklärung formell nicht ordnungsmäßig sei, da nicht belegt sei, dass der
Unterzeichner der Kündigungserklärung berechtigt sei, die Klägerin zu vertreten. Der
Beklagte vertrat zudem die Ansicht, dass die Kündigung ins Leere gehe, weil sie nur
gegenüber dem Beklagten erklärt worden sei und nicht gegenüber der von dem Beklagten
und Herrn S betriebenen tierärztlichen Gemeinschaftspraxis. Im Übrigen sei das
Mietverhältnis mit dem Trabrennverein H einvernehmlich beendet und aufgrund mündlicher
Vereinbarung mit dem H Rennverein fortgesetzt worden.

Nachdem der Beklagte dem Räumungsverlangen der Klägerin nicht nachgekommen war, hat 45
die Klägerin Klage auf Räumung und Herausgabe der Tierklinik, bestehend aus einer
Pferdeklinik, einer Kleintierpraxis und der Containerstellplätze, sowie Zahlung von Miete in
Höhe von 11.743,28 € nebst Zinsen erhoben. Durch das am 13.09.2005 verkündete Urteil -
18 O 179/05 - hat das Landgericht der Räumungsklage in vollem Umfang und der
Zahlungsklage bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs stattgegeben.

Hiergegen hat der Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt.

In der Berufungsverhandlung vom 21.04.2006 haben die Parteien auf Vorschlag des Senats einen Vergleich geschlossen (Az.: 30 U 164/05 OLG Hamm). Sie haben den Räumungsrechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt war dem Hintergrund, dass der Beklagte die gemieteten Räumlichkeiten mittlerweile geräumt hatte. Weiter haben sie unter Nr. 2 des Vergleichs Folgendes vereinbart:

„Zur Abgeltung aller weiteren Ansprüche, die Gegenstand dieses Rechtsstreits sind ~~48~~ waren, zahlt der Beklagte an die Klägerin einrede- und aufrechnungsfrei 10.123,52 € nebst Zinsen, in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz ab dem 21. Mai 2006.“

In einem weiteren unter dem Az. 16 O 221/04 LG Essen = 30 U 166/06 OLG Hamm anhängigen Rechtsstreit hat die Klägerin die L3 GmbH auf Herausgabe von näher bezeichneten Parkplatzflächen auf dem Grundstück O-Straße 42 in H in Anspruch genommen, die diese ursprünglich von dem X e.V. gemietet hatte. Sie hat zudem Mietzinsansprüche gegen die L3 GmbH geltend gemacht. Die 16. Zivilkammer des Landgerichts hat der Klägerin einen Teil des geltend gemachten Zahlungsanspruchs zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Durch das am 26.05.2006 verkündete Urteil, auf dessen Gründe Bezug genommen wird, hat der Senat das angefochtene Urteil auf die Berufung der dortigen Beklagten teilweise abgeändert, das weitergehende Rechtsmittel zurückgewiesen und auch die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Der Senat hat u.a. angenommen, dass die Klägerin nach der sog. Gründungstheorie, die auch auf die Schweiz Anwendung finde, rechts- und parteifähig sei. Hinsichtlich dieser Frage hat der Senat die Revision zugelassen. Gegen das Senatsurteil haben beide Parteien Revision eingelegt, eine Entscheidung über die Rechtsmittel ist noch nicht erfolgt.

Am 21.03.2006 hat die Klägerin zunächst Klage auf Zahlung von 10.626,45 € nebst Zinsen gegen den Beklagten erhoben und die Klage sodann mehrfach erweitert auf insgesamt 57.363,13 € nebst Zinsen. Nachdem die Klägerin die Klage teilweise zurückgenommen hatte, hat sie noch Zahlung von insgesamt 28.868,89 € verlangt. Dabei hat sie im Einzelnen folgende Mietzinsansprüche gegen den Beklagten geltend gemacht:

• **Miete für die tierärztliche Klinik** 51

September 2004 (24.09. – 30.09.2004 : 7/30 von 1.467,91 € 342,51 € 52

Juni 2005 bis Dezember 2005 (7 x 1.467,91 € 10.275,37 € 53

• **Miete für das Stallgelände Nr. I** 54

September 2004 (24.09. – 30.09.2004 : 7/30 von 720,25 €) 168,06 € 55

Oktober 2004 bis März 2006 (18 x 720,25 €) 12.964,50 € 56

• **Miete für die Stellflächen für die Bürocontainer** 57

September 2004 (24.09. – 30.09.2004 7/30 von 102,77 € 23,98 € 58

Oktober 2004 bis März 2006 (18 x 102,77 €) 1.849,86 € 59

• <u>Miete für die sog. alte Schmiede</u>	60
September 2004 (24.09. – 30.09. 7/30 von 177,95 €) 41,52 €	61
Oktober 2004 bis März 2006 (18 x 177,95 €) <u>3.203,10 €</u>	62
Summe 28.868,89 €	63
Die Klägerin hat beantragt,	64
den Beklagten zu verurteilen, an sie 28.868,89 € nebst Zinsen in Höhe 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.03.2006 zu zahlen.	65
Der Beklagte hat beantragt,	66
die Klage abzuweisen.	67
Ebenso wie im Vorprozess hat er die Ansicht vertreten, dass die Klägerin nicht rechts- und parteifähig sei. Er hat hierzu behauptet, dass die Klägerin nur zum Schein im Ausland gegründet worden sei. Tatsächlich unterhalte sie in der Schweiz keinen Firmensitz, sondern handele über in H ansässige Personen.	68
Der Beklagte hat weiter die Auffassung vertreten, die Klägerin habe das Erbbaurecht nicht wirksam erworben. Die von dem damaligen Oberbürgermeister der Stadt H und einem weiteren Bediensteten der Stadt unterzeichnete Vollmacht sei unwirksam, weil sie nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Geschäft oder für einen bestimmten Kreis von Geschäften erteilt worden sei.	69
Er ist weiter der Ansicht gewesen, das zwischen ihm und dem X e.V. gegründete Mietverhältnis sei auf den X3 e.V. übergegangen. Im Juni 2002 habe Rechtsanwalt X1 als Insolvenzverwalter über das Vermögen des X e.V. die Freigabe "sämtlicher Dauerschuldverhältnisse des insolvent gewordenen Vereins" erklärt. Im "zeitlichen Zusammenhang" hiermit hätten, sich der "neue" X3 e.V. und er - der Beklagte - auf die Fortsetzung des Mietverhältnisses geeinigt.	70
Der Beklagte hat zudem geltend gemacht, dass die etwaigen Mietzinsansprüche mit der Vergütung zu verrechnen seien, die ihm als Bahntierarzt zustände.	71
Er hat insoweit behauptet, der Dienstvertrag, auf dessen Grundlage er seine Leistungen als Bahntierarzt erbracht habe, sei Bestandteil der mietvertraglichen Vereinbarung gewesen. Der Präsident des X3 e.V. T1 habe erklärt, dass die Mieten einerseits und die Vergütung als Bahntierarzt andererseits saldiert und nur einmal im Jahr ausgeglichen würden. Die Saldierung sei auch zwischen einer früheren Mitarbeiterin von ihm - dem Beklagten - und einem Mitarbeiter des Rennvereins regelmäßig durchgeführt worden.	72
Aufgrund seiner Dienstleistungen, die er als Bahntierarzt in der Zeit von August 2004 bis Dezember 2005 erbracht habe, ergäben sich gemäß den näher bezeichneten Rechnungen Vergütungsansprüche in Höhe von insgesamt 29.026,06 €.	73
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Aufstellung des Beklagten im Schriftsatz seiner erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 10.10.2006, Bl. 195 ff. d.A. verwiesen.	74
	75

Die Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Essen hat in der mündlichen Verhandlung vom 15.08.2006 einen Auflagen- und Hinweisbeschluss verkündet, auf dessen Inhalt verwiesen wird.

Durch das am 13.09.2005 verkündete Urteil, auf dessen Gründe Bezug genommen wird, hat die Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Essen den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 28.868,89 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.03.2006 Zug um Zug gegen Erteilung von die Umsatzsteuer gesondert ausweisenden Rechnungen für die Monate September 2004 sowie Juni 2005 bis einschließlich Dezember 2005 zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits hat sie zu 33,61 % der Klägerin und zu 66,39 % dem Beklagten auferlegt. Zur Begründung hat die Einzelrichterin im Wesentlichen ausgeführt. 76

1. 77

Die Klage sei zulässig. Das Gericht schließe sich der in dem Urteil des Senats vom 26.05.2006 dargelegten Rechtsauffassung an, dass für Gesellschaften, die nach schweizerischem Recht gegründet worden seien, die Gründungstheorie gelte. Aus den von der Klägerin auch im hiesigen Verfahren beigebrachten Unterlagen sei ersichtlich, dass die Klägerin in der Schweiz formell wirksam gegründet worden sei und am 24.03.2004 im Handelsregister eingetragen worden sei. Es komme nach diesem rechtlichen Ansatz nicht darauf an, ob die Klägerin ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in der Schweiz habe. 78

2. 79

Die Klägerin habe gemäß §§ 535 Abs. 2, 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB, 11 ErbbRVO Anspruch auf Zahlung von 28.868,89 €. 80

a) 81

Sie sei durch Erwerb des Erbbaurechtes als Rechtsnachfolgerin des Trabrennvereins gemäß §§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB, § 11 ErbbRVO in die zwischen dem Trabrennverein und dem Beklagten abgeschlossenen Mietverträge eingetreten, wie näher dargelegt worden ist. Der notarielle Vertrag vom 16.07.2004 sei nicht wegen mangelnder Zustimmung der Stadt H als Grundstückseigentümerin unwirksam. Der Stadtkämmerer L2 habe die Stadt bei der Erteilung der Zustimmung wirksam vertreten, wie näher dargelegt worden ist. 82

b) 83

Das Gericht habe auch keinen Anlass, über die Behauptung des Beklagten, das zwischen ihm und dem Trabrennverein H geschlossene Mietverhältnis sei vom H Rennverein übernommen worden, Beweis zu erheben. Denn der Sachvortrag zu dieser behaupteten Vertragsübernahme sei auch nach dem gerichtlichen Hinweis nicht hinreichend konkretisiert worden. Die vom Beklagten in Bezug genommene Bestätigung des Insolvenzverwalters vom 07.08.2002 gebe lediglich eine Rechtsansicht wieder. Konkreter Tatsachenvortrag, wann wer mit wem eine Vertragsübernahme vereinbart habe, sei ihr nicht zu entnehmen. Soweit der Beklagte vortrage, "im zeitlichen Zusammenhang" mit diesem Schreiben habe er sich mit dem Präsidenten des "neuen" H Rennvereins auf die Fortsetzung der bestehenden Rechtsverhältnisse mit dem H Rennverein geeinigt, sei dies nach wie vor nicht hinreichend konkretisiert. Das Vorbringen stehe zudem damit im Widerspruch, dass die "Genehmigung der Mietvertragsübernahme" durch den H Rennverein erst auf den 17.11.2004 datiert und somit gerade nicht zeitnah erfolgt sei. 84

c)	85
Der Beklagte könne auch nicht mit Forderungen aufrechnen, die er aus seiner Tätigkeit als Bahntierarzt herleite. Sein Vorbringen, der Dienstvertrag als Bahntierarzt sei "Bestandteil" der mietvertraglichen Vereinbarung gewesen, werde durch die vorgelegten schriftlichen Verträge nicht bestätigt. Der Beklagte könne sich ebenso wenig auf eine behauptete Verrechnungsabrede mit dem H Rennverein berufen. Denn eine etwaige derartige Vereinbarung binde die Klägerin nicht.	86
d)	87
Die Beklagte habe gegen die Klägerin einen Anspruch auf Erteilung einer die Umsatzsteuer gesondert ausweisenden Rechnung gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 2. Hs USt, was bei Ausübung des diesbezüglichen Zurückbehaltungsrechtes zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führe.	88
e)	89
Die Kostenentscheidung beruhe auf § 91 Abs. 1 ZPO, wobei das Gericht die sog. Mehrkostenmethode zugrunde gelegt habe.	90
Gegen dieses Urteil wendet sich der Beklagte mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung, mit der er unter Vertiefung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens seinen Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.	91
Der Beklagte beantragt, den vorliegenden Rechtsstreit bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dem Verfahren 30 U 166/05 OLG Hamm = II ZR 148/06 BGH auszusetzen. Er meint, es bestehe das Bedürfnis, insbesondere zur Rechts- und Parteifähigkeit die Entscheidung des BGH abzuwarten.	92
Der Beklagte rügt zudem materielle Rechtsfehler der angefochtenen Entscheidung. Er vertritt weiterhin die Auffassung, dass die Klägerin nicht partei- und rechtsfähig sei. Der Beklagte hält die unter dem o.g. Az ergangene Entscheidung des Senats für unrichtig und moniert im Übrigen, dass die Klägerin keinen aktuellen Handelsregistrauszug vorgelegt habe.	93
Der Beklagte ist auch - ebenso wie in dem Vorprozess - der Ansicht, dass kein wirksamer Rechtsübergang der Mietverträge auf die Klägerin vorliege, da es an einer wirksamen Zustimmung der Stadt H zum Abschluss des Erbbaurechtsvertrages zwischen dem Insolvenzverwalter X1 und der Klägerin fehle.	94
Entgegen der Ausführungen des Landgerichts sei eine wirksame Vertragsübernahme durch den H Rennverein erfolgt. Jedenfalls der Stallvertrag sei in der Anlage zum Pachtvertrag vom 21.06.2002 ausdrücklich erwähnt. Diese ausdrückliche Bezugnahme auf die Stalleinheiten habe allerdings die Übertragung der weiteren Verträge über die Praxis und die Container nicht ausschließen sollen. Aus dem vorgelegten Schriftverkehr zwischen dem Insolvenzverwalter X1 und dem damaligen Rechtsvertreter des H Rennvereins, insbesondere dem Schreiben vom 07.08.2002, ergebe sich vielmehr, dass auch die Verträge über die Praxis und die Container hätten einbezogen werden sollen. Das ergebe sich auch aus den Bekundungen des Zeugen T1 im Vorprozess 18 O 179/05 LG Essen.	95
Einer Vertragsübernahme entspreche auch die tatsächliche Handhabung. Unstreitig habe er – der Beklagte - sämtliche Mieten aus allen Verträgen an den H Rennverein gezahlt bzw. mit diesem die schon mit dem Trabrennverein bestehende Verrechnungsabrede fortgesetzt,	96

wonach auf die Mietforderungen des H Rennvereins seine Honorarleistung als Bahnarzt zu verrechnen gewesen seien.

Die Vertragsübernahme sei auch nicht an seiner fehlenden Mitwirkung gescheitert. Er - der Beklagte - habe in zeitlichem Zusammenhang mit dem Schriftverkehr vom 07.08.2002 gegenüber Herrn T1 seine Zustimmung zur Vertragsübernahme erklärt. Zudem sei die Zustimmung durch die zwischen dem H Rennverein und ihm getroffene Verrechnungsabrede auch tatsächlich praktiziert worden. 97

Der Beklagte bestreitet erstmals in der Berufungsinstanz, dass zwischen dem Trabrennverein und ihm ein Mietvertrag über die sog. alte Schmiede geschlossen worden sei. Der H Rennverein habe ihm lediglich die Nutzung der Schmiede gestattet. 98

Der Beklagte behauptet ebenfalls erstmals in dieser Instanz, dass sein früherer Partner, der Tierarzt s, die Praxis ab 01.01.2006 mit der Schmiede übernommen habe und dafür auch die Miete an die Klägerin gezahlt habe. Die Schmiede habe er dann Ende Dezember 2006 wieder abgegeben. Die beiden Container seien zum Jahresbeginn 2006 nicht mehr vorhanden gewesen, sondern verkauft gewesen. Deshalb falle für die Container ab 2006 auch keine Nutzungsentschädigung mehr an. Der Zeuge s habe auch die Stallungen nicht angemietet, sondern nur die Praxis und die Schmiede übernommen. Ursprünglich habe er hierfür ab Januar 2006 einen Betrag von 1.745,86 € monatlich zahlen sollen, ab Rückgabe der Schmiede etwas weniger. Jedenfalls seien es mehr als die von der Klägerin in Anrechnung gebrachten 1.467,91 € gewesen. 99

Der Beklagte beruft sich zum Beweis für sein Vorbringen auf das Zeugnis des Herrn S. 100

Er meint, dass die Klägerin für den Monat März 2006 bereits mangels Nutzung durch ihn keine Nutzungsentschädigung verlangen könne. Der Beklagte behauptet insoweit, dass die Räumung per 28.02.2006 unstreitig sei. 101

Der Beklagte ist schließlich der Auffassung, dass die streitgegenständlichen Forderungen durch den in dem Senatstermin vom 21.04.2006 geschlossenen Vergleich abgegolten seien. 102

Schließlich hält er die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils für unrichtig. 103

Der Beklagte beantragt, 104

abändernd die Klage abzuweisen. 105

Die Klägerin beantragt, 106

die Berufung zurückzuweisen. 107

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und nimmt zur Begründung im Wesentlichen auf ihr erstinstanzliches Vorbringen Bezug. 108

Sie lehnt eine Aussetzung des Verfahrens ab, weil es sich bei der Frage der Rechts- und Parteifähigkeit auf der Grundlage der Anwendung der Gründungs- oder Sitztheorie lediglich um eine zu klärende Vorfrage handle, welche nicht der eigentliche Gegenstand der Entscheidung sei. Da eine endgültige Entscheidung des Bundesgerichtshofes zeitlich nicht absehbar sei, sei es ihr - der Klägerin - nicht zuzumuten, die Entscheidung abzuwarten. 109

Die Klägerin ist weiterhin der Ansicht, dass sie sowohl nach der Sitz- als auch nach der Gründungstheorie rechts- und parteifähig sei.

Sie behauptet - ebenso wie in dem Vorprozess -, dass sie tatsächlich in Horgen / Schweiz ihren Verwaltungssitz unterhalte und dort sämtliche Entscheidungen getroffen würden. Die Klägerin meint, dass der Beklagte insoweit die Darlegungs- und Beweislast trage. 111

Die Klägerin behauptet der Beklagte habe ihr die Räumung des Mietobjekts im Februar oder März 2006 nicht angezeigt. 112

Weiter bestreitet sie das neue Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz und ist der Ansicht, dass es nicht zuzulassen sei. 113

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 114

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 10.08.2007 erörtert, ob der streitgegenständliche Mietvertrag betreffend das Stallgelände Nr. I mit 10 Innenboxen und Nebenräumen (Bl. 19 f. d.A.) mit dem unter "Mietverträge Stalleinheiten U, Dr. P" (Anlage B 2 des Schriftsatzes der erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 13.07.2006, Bl. 98 d.A. = Anlage 3 des Vertrages vom 21.06.2002) aufgeführten identisch ist und von § 4 des "Pachtvertrages" vom 21.06.2002 erfasst sein könnte. Weiter ist erörtert worden, ob der Beklagte einer etwaigen Vertragsübernahme rechtzeitig zugestimmt hat. 115

II. 116

Soweit der Beklagte eine Aussetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verfahrens 16 O 221/04 LG Essen = 30 U 166/05 OLG Hamm beantragt, hält der Senat eine solche Anordnung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Parteien nicht für angezeigt. 117

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet, gemäß § 148 ZPO anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen ist. Die Aussetzung steht im Ermessen des Gerichts, wobei die Interessen der Parteien Prozessökonomie und die Gefahr einer Verfahrensverschleppung gegeneinander abzuwägen sind. Wenn eine Sachentscheidung nicht ergehen kann, weil die präjudizielle Frage im anhängigen Verfahren nicht geklärt werden kann, so muss ausgesetzt werden (BGHZ 97, 135, 145 = NJW 1986, 1744 und h.M.; Musielak/ Stadler, ZPO, 5. Aufl., 2007, § 148 Rn. 8). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor. Es geht lediglich im vorliegenden Fall - ebenso wie in dem in der Revisionsinstanz anhängigen Prozess - um die Frage der Partei- und Rechtsfähigkeit der Klägerin, wobei auf Beklagtenseite eine andere Partei beteiligt ist. Dementsprechend hat eine Entscheidung in dem in der Revisionsinstanz anhängigen Verfahren keine bindende Wirkung für diesen Rechtsstreit. Die Interessen des Beklagten werden dadurch hinreichend gewahrt, dass der Senat wiederum die Revision zulässt, soweit es um die Frage der Anwendbarkeit der Gründungstheorie auf die Schweiz geht. 118

III. 119

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache teilweise Erfolg. 120

1. Zulässigkeit der Klage 121

Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die Klägerin entgegen der Ansicht des	122
Beklagten parteifähig.	123
Die Parteifähigkeit beurteilt sich nach der lex fori, also nach deutschem Prozessrecht. Gemäß § 50 Abs. 1 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist.	124
Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht, die im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist.	125
Das deutsche Internationale Privatrecht enthält insoweit keine gesetzliche Regelung. Es kommt daher darauf an, ob für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit die sog. Sitztheorie oder die Gründungstheorie maßgebend ist.	126
a)	127
Nach der bis zu der Entscheidung des EuGH vom 05.11.2002 (NJW 2002, 3614 = NZG 2002, 1164 - Übersseering) geltenden Rechtsprechung zum deutschen internationalen Gesellschaftsrecht hat sich die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes beurteilt. Das hat auch dann gegolten, wenn eine Gesellschaft in einem anderen Staat wirksam gegründet worden war und anschließend ihren Verwaltungssitz in die Bundesrepublik Deutschland verlegt hatte. Dementsprechend hatte das Oberlandesgericht Düsseldorf festgestellt, dass eine wirksam gegründete und nach niederländischem Recht fortbestehende BV ("Besloten Vennootschap") nach Verlegung ihres Verwaltungssitzes in die Bundesrepublik Deutschland ihre vertraglichen Rechte vor deutschen Gerichten nicht durchsetzen könne, solange sie sich nicht nach den Regeln des deutschen Gesellschaftsrechts neu gegründet habe. Auf die Revision der dortigen Klägerin hat der BGH das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urteil vom 13.03.2003, NJW 2003, 1461 f.). Zur Begründung hat der BGH u.a. ausgeführt:	128
Die bisherige Rechtsprechung sei mit der in Art. 43 und 48 EG garantierten Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar. Der EuGH habe entschieden, dass das Erfordernis, die Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland neu zu gründen, der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich komme (EuGH, NZG 2000, 926 = EuZW 2000, 412 Rdnr. 81). Es stelle eine mit den Art. 43 und 48 EG grundsätzlich nicht vereinbare Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn ein Mitgliedstaat sich unter anderem deshalb weigere, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründet worden sei und dort ihren satzungsmäßigen Sitz habe, anzuerkennen, weil die Gesellschaft im Anschluss an den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch in seinem Hoheitsgebiet wohnende eigene Staatsangehörige ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlegt haben solle, mit der Folge, dass die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat nicht zu dem Zweck parteifähig sei, ihre Ansprüche aus einem Vertrag geltend zu machen, es sei denn, dass sie sich nach dem Recht dieses Aufnahmestaats neu gründe (EuGH, NZG 2000, 926 = EuZW 2000, 412 Rdnr. 82).	129
Diese Auslegung des EuGH sei - so der BGH - für ihn bindend und verpflichte zu einer Rechtsanwendung, die nicht zu der beanstandeten Beschränkung der Niederlassungsfreiheit führe (Forsthoff, DB 2002, 2471 [2474]). Diese Rechtsanwendung lasse sich nicht damit erreichen, dass die Klägerin nach deutschem Recht nach Verlegung des Verwaltungssitzes jedenfalls als eine rechtsfähige Personengesellschaft angesehen werde und als solche vor den deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig sei (vgl. BGHZ 151, 204 = NJW 2002,	130

3539 = NZG 2002, 1009). Denn die Klägerin habe nicht als Personengesellschaft ihre Rechte geltend gemacht und geklagt, sondern als niederländische BV. Sie könne nicht auf ihre Möglichkeiten als nach deutschem Recht anerkannte Personengesellschaft verwiesen werden, weil sie damit in eine andere Gesellschaftsform mit besonderen Risiken, wie zum Beispiel Haftungsrisiken gedrängt werde. Eine derartige Verweisung würde sich ebenfalls als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen wie der Entscheidung des *EuGH* unmissverständlich entnommen werden könne (vgl. *Forsthoff*, DB 2002, 2471 [2476]; *Leible/Hofmann*, RIW 2002, 925 [929]; *Zimmer* BB 2003, 1 [5]; *Lutter*, BB 2003, 7 [9]; *Eldenmüller* ZIP 2002, 2233 [2238]; *Heidenhain*, NZG 2002, 1141 [1142]; *Großerichter*, DStR 2003, 1 [15]; *Wernicke* EuZW 2002, 758 [761]; *Buck*, WuB II N. § 14 8GB 1.03). Die Klägerin müsse vielmehr in die Lage versetzt werden, nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in die Bundesrepublik Deutschland ihre vertraglichen Rechte als niederländische BV geltend machen zu können. Das erfordere es, die Klägerin nach deutschem internationalem Gesellschaftsrecht hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit dem Recht des Staates zu unterstellen, in dem sie gegründet worden sei. Eine Gesellschaft, die unter dem Schutz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit stehe, sei berechtigt, ihre vertraglichen Rechte in jedem Mitgliedstaat geltend zu machen, wenn sie nach der Rechtsordnung des Staates, in dem sie gegründet worden sei und in dem sie nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz habe, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig sei.

Folge des Urteils des BGH ist, dass die Parteifähigkeit einer ausländischen Gesellschaft die 131 unter dem Schutz der im EG-Vertrag geschützten Niederlassungsfreiheit steht, nicht mehr mit dem Argument in Frage gestellt werden kann, es habe in Deutschland keine Neugründung stattgefunden. Die Anerkennung der Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft mit neuem Sitz im Inland setzt nur voraus, dass die Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates rechtsfähig ist. Es muss nicht einmal Parteifähigkeit nach ausländischem Recht vorliegen. Dies folgt aus § 50 Abs. 1 ZPO. Dieses Ergebnis resultiert daraus, dass nicht mehr an das Recht des Landes angeknüpft wird, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz (Geschäftsführung) hat, sondern an das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft ihren Gründungssitz (Registerereintrag) hat.

Die o.g. Entscheidung des BGH betrifft allerdings nur die Zuzugs-, nicht die Wegzugsfälle und 132 nicht Gesellschaften aus Nicht-EU-Ländern (Drittstaaten).

Durch Urteil vom 19.09.2005 — II ZR 372/03 — DNotZ 2006, 143 ff., hat der BGH darüber 133 hinaus entschieden, dass eine in dem EFTA-Staat Fürstentum Liechtenstein nach dessen Vorschriften wirksam gegründete Kapitalgesellschaft in einem anderen Vertragsstaat des EWR-Abkommens auf der Grundlage der darin garantierten Niederlassungsfreiheit (Art. 31 EWR) - unabhängig von dem Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes - in der Rechtsform anzuerkennen sei, in der sie gegründet worden sei. Daher sei eine liechtensteinische Aktiengesellschaft befugt, ihre vertraglichen Rechte in der Bundesrepublik Deutschland geltend zu machen und gerichtlich durchzusetzen.

Diese Entscheidung ist für die Schweiz nicht unmittelbar maßgebend, da die Schweiz den 134 EWR-Vertrag nicht ratifiziert hat.

Ob der BGH im Falle von Nicht-EU-Staaten und Nicht-EWR-Staaten (Island, Liechtenstein 135 und Norwegen) bei der Sitztheorie bleibt, ist derzeit noch offen. Von einem Teil der Literatur wird der Übergang zur Gründungsanknüpfung im Hinblick auf deren wettbewerbsfördernde Aspekte, mit Hinblick auf Rechtssicherheit und -klarheit und mit Hinblick auf die Einheitlichkeit der Anknüpfung im internationalen Gesellschaftsrecht gefordert (vgl. *Musielak/Weth*, ZPO, 4.

Nach anderer Ansicht soll dagegen für außerhalb der EU begründete Gesellschaften weiterhin die Sitztheorie gelten (Wiedemann, GesR II, § 1I IV 3 a; Muko/Kindler, BGB, 4. Aufl., 2006, IntGesR, Rn. 389 f.). Die Abwehr von Scheinauslandsgesellschaften, mit deren Hilfe zwingendes inländisches Recht zur Publizität, zur Kapitalsicherung und zur Mitbestimmung umgangen werden sollten, sei und bleibe eine legitime Aufgabe des nationalen Kollisionsrechts. 136

Wie der Senat bereits in dem am 26.05.2006 verkündeten Urteil - 30 U 166/06 - ausgeführt hat, sind die zuletzt genannten Argumente — zumindest was die Schweiz anbelangt — nicht überzeugend; denn die Schweiz nimmt gegenüber anderen Drittstaaten, die weder zur EU gehören noch den EWR-Vertrag ratifiziert haben, eine Sonderstellung ein. Mit der Schweiz sind sieben sog. sektorielle Abkommen abgeschlossen worden, u.a. eines über die Freizügigkeit (BGBl. 2001 II, 810, in Kraft seit dem 1.6.2002, BGBl. 2002 II, 1692). Dieses Abkommen gewährt zwar keine Niederlassungsfreiheit. Es privilegiert aber Gesellschaften, die nach schweizerischem Recht gegründet wurden und ihre Hauptverwaltung in einem Staat der Europäischen Union haben (Art. 5 i.V.m. Anhang I, Art. 17 und 18). Gegenüber diesen Gesellschaften sind Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen, deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage nicht überschreitet, untersagt. Damit muss eine schweizerische Gesellschaft, die sich innerhalb der vom Abkommen vorgegebenen Grenzen in Deutschland betätigt, auch dann als solche anerkannt werden, wenn ihr Verwaltungssitz vorübergehend in Deutschland liegt. 137

Im Zusammenhang mit der am 01.05.2004 erfolgten Erweiterung der EU ist auch die schrittweise Ausdehnung des Personenfreizügigkeitsabkommen auf die neuen Mitgliedstaaten der EU vereinbart worden. Letztlich hat in vielen Bereichen eine starke Annäherung der Schweiz an die EU stattgefunden, die auch weiter verfolgt wird. Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sind im Zweifel nicht anders zu beurteilen als z.B. im Fürstentum Liechtenstein. Zumindest was die Schweiz anbelangt, ist daher nach Auffassung des Senats aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit sowie aus Gründen der Einheitlichkeit der Anknüpfung im internationalen Gesellschaftsrecht die Gründungstheorie anwendbar. 138

b) 139

Nach der Gründungstheorie handelt es sich bei der Klägerin um eine rechtsfähige Kapitalgesellschaft nach schweizerischem Recht. Der Einwand des Beklagten, es handle sich bei der Klägerin in Wahrheit um eine Scheingesellschaft und der Verwaltungsrat N sei nur ein Strohmann, greift nicht durch. Die Klägerin ist nach schweizerischem Recht wirksam gegründet, hat ihren satzungsmäßigen Sitz in der Schweiz und ist dort rechtsfähig. Die Klägerin hat eine Kopie der öffentlichen Beurkundung des Notars C, Notariat I1 Kanton Zürich, über die Gründung der O AG vom 18.03.2004 (Bl. 124 ff. d.A.), die Statuten der O AG vom 18.03.2004 (Bl. 115 ff. d.A.), ein Schreiben der D vom 27.02.2004 über die Kapitaleinzahlung der O AG in Gründung in Höhe von 50.000,- CHF (Bl. 129 d.A.) sowie die Kopie eines beglaubigten Handelsregistrauszugs des Kantons Zürich (Bl. 130 d.A.) vorgelegt. Daraus ist ersichtlich, dass die Klägerin am 24.03.2004 im Handelsregister eingetragen worden ist. 140

2. Begründetheit der Klage 141

142

Das Landgericht hat der Zahlungsklage zu Recht in Höhe von 15.736,33 € gemäß § 535 Abs. 2, 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB, 11 ErbbRVO stattgegeben, ein weitergehender Anspruch der Klägerin besteht dagegen nicht.

a) 143

Die Klägerin ist durch den Erwerb des Erbbaurechts als Rechtsnachfolgerin des Trabrennvereins Gelsenkirchen e.V. gemäß § 566 Abs. 1 BGB, 578 Abs. 1 BGB, 1 Abs. 1 S. 1 ErbbRVO wirksam in die Mietverträge eingetreten, die zwischen dem X e.V. und dem Beklagten über die tierärztliche Praxis, das Stallgelände Nr. 1 mit den 10 Innenboxen und Nebenräumen, den Stellplätzen zum Aufstellen von zwei Bürocontainern und die sog. alte Schmiede geschlossen worden sind. 144

aa) 145

Soweit der Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz bestritten hat, dass ein Mietvertrag über die sog. alte Schmiede zwischen dem X und ihm zustande gekommen sei, ist das Vorbringen neu im Sinne des § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. In 1. Instanz war unstreitig, dass bezüglich sämtlicher Räumlichkeiten und Flächen auf dem Gelände O-Straße 42 in H, für die die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit Miete verlangt, Mietverträge mit dem Beklagten zustande gekommen sind und dieser hierfür Miete schuldete. Im Schriftsatz des erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 10.10.2006 heißt es insoweit ausdrücklich: "Es ist voranzuschicken, dass die Beträge als solche nicht im Streit stehen, für die Praxisräume mit dem Vertragspartner des Beklagten mithin eine monatliche Bruttomiete von 1.467,91 €, für den Stall von 720,25 €, für den Container von 102,77 € und für die Schmiede von 177,95 € vereinbart worden war." (Bl. 194 d.A.). Der Beklagte hat lediglich die Auffassung vertreten, dass die Klägerin in diese Verträge nicht wirksam als Rechtsnachfolgerin des früheren Vermieters eingetreten sei. 146

Das neue Vorbringen des Beklagten ist gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen, da kein Fall des § 531 Abs. 2 Nr. 1, 2 ZPO vorliegt und der Beklagte auch nicht dargelegt hat, dass es nicht auf seiner Nachlässigkeit beruht, dass das Vorbringen nicht bereits in 1. Instanz erfolgt ist. 147

bb) 148

Die Klägerin hat das Erbbaurecht des X e.V. an den Grundstücken Gemarkung S Flur 1, Flurstücke ##, ##, ##, ##, Gebäude- und Freifläche, O-Straße in H gemäß § 873 Abs. 1 BGB, 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRVO wirksam erworben. 149

(I) 150

Der Rechtserwerb steht zwar nicht bereits aufgrund der Eintragung der Klägerin im Grundbuch verbindlich fest. 151

Gem. § 891 Abs. 1 BGB wird zugunsten der Klägerin lediglich vermutet, dass ihr das Erbbaurecht zusteht. Diese Vermutung für das Bestehen des Rechts ist vor allem Erwerbsvermutung; vermutet wird also der Rechtserwerb mittels Eintragung. Die vor allem im Prozess bedeutsame Beweislastregelung gilt in allen Verfahrensarten, insbesondere auch im streitigen Zivilprozess. Die Vermutung ist widerlegbar. Hierfür genügt aber nicht schon eine Erschütterung, sondern es ist nach § 292 ZPO der volle Beweis des Gegenteils als Hauptbeweis erforderlich (Palandt/Bassenge, BGB, 66. Aufl., 2007, § 891 Rn. 8; 152

Müko/Wacke, BGB, Band 6, 4. Aufl., 2004, § 891 Rn. 17, 18 m.w.N.). Dafür ist zu beweisen, dass das eingetragene Recht weder mit der Eintragung noch zu einem späteren Zeitpunkt (insbesondere nicht durch nachträgliche Einigung gemäß § 879 Abs. 2) entstanden ist. Zum Beweis des Gegenteils ist nach h. M. aber nicht jedermann zugelassen, sondern nur, wer an der Widerlegung ein rechtliches Interesse hat. Ein solches Interesse hat, wer seinerseits ein Recht zu haben behauptet, das das eingetragene Recht ausschließt oder einschränkt. Fälle mit fehlendem rechtlichen Interesse kommen praktisch jedoch kaum vor (vgl. Müko/Wacke, a.a.O. Rn. 17 m.w.N.). Auch hier liegt ein Interesse des Beklagten an der Widerlegung der Vermutung vor, denn er macht geltend, dass die Klägerin hinsichtlich der streitgegenständlichen Mietzinsforderungen nicht Berechtigte sei.

Widerlegt ist die Vermutung nur durch den vollen Beweis von der Unrichtigkeit der Eintragung. Die Unrichtigkeit muss zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Bloße Zweifel an der Richtigkeit genügen ebenso wenig wie die Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit. Die Überzeugung des Gerichts muss sich auf Tatsachen gründen (Müko/Wacke, a.a.O. Rn. 19 m.w.N.). 153

(2) 154

Die gesetzliche Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB ist im vorliegenden Fall nicht widerlegt, denn dem Beklagten ist der Nachweis, dass die Klägerin nicht Inhaberin des Erbbaurechts geworden ist, nicht gelungen. 155

(a) 156

Die Voraussetzungen des Rechtserwerbs richten sich gem. Art. 43 Abs. 1 EGBGB nach deutschem Recht. Die danach gemäß § 873 Abs. 1 BGB erforderliche Einigung der Beteiligten über die Übertragung des Erbbaurechts liegt in dem notariellen Vertrag vom 16.07.2004 - UR-Nr. #####/##### des Notars A in F -; in Ziff. VII des Vertrages haben die Vertragspartner die Auflassungserklärungen abgegeben. Unschädlich ist, dass unter Ziff. II des Vertrages von "Übertragung des Eigentums" die Rede ist, denn aus der Bezugnahme auf Ziff. 1 des Vertrages ergibt sich eindeutig, dass das dort näher bezeichnete Erbbaurecht verkauft und übertragen werden sollte. 157

Die Fähigkeit der Klägerin, ein Erbbaurecht zu erwerben, ist Teil der Rechtsfähigkeit, und richtet sich daher nach dem Personalstatut. Danach ist die Klägerin - wie bereits unter III. I ausgeführt - rechtsfähig. 158

Die Vertragsparteien sind auch wirksam vertreten worden, der X e.V. durch den Insolvenzverwalter X1 und die Klägerin durch das alleinvertretungsberechtigte Vorstandsmitglied N. Die Vertretungsmacht von Organen einer Gesellschaft bestimmt sich nach dem Personalstatut (Palandt/Heldrich, a.a.O., Anhang zu Art. 12 EGBGB Rn. 12 m.w.N.). 159

Demnach beurteilt sich die Vertretungsmacht im vorliegenden Fall nach dem schweizerischem Recht. Nach dem notariell beurkundeten Gründungsvertrag und den Statuten der O AG vom 18.03.2004 ist Herr O als sog. Verwaltungsrat bestellt und als solcher alleinvertretungsbefugtes Organ der Gesellschaft (vgl. Ziff. VI und VII der Öffentlichen Beurkundung über die Gründung der O AG, 61. 124 ff. d.A. und Art. 14 der Statuten, Bl. 115 ff. d.A.). Die Bestellung von Herrn N als sog. VR =Verwaltungsrat ist auch im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, wie aus dem in Kopie beigefügten beglaubigten Handelsregisterauszug des Kantons Zürich-Hauptregister vom 01.07.2004 ersichtlich. Dass 160

diese Kopie mit den tatsächlichen Eintragungen übereinstimmt, wird von dem Beklagten nicht angezweifelt. Er moniert lediglich, dass die Klägerin keinen neueren Handelsregisterauszug vorgelegt hat. Für die Frage des wirksamen Rechtserwerbs kommt es jedoch auf die Rechtsverhältnisse zum Zeitpunkt des Abschluss des notariellen Vertrages vom 16.07.2004 an.

(b) 161

Die Einigung ist auch nicht gem. § 6 Abs. 1 ErbbRVO schwebend unwirksam, da die gem. § 8 162 des notariellen Erbbaurechtsvertrages vom 19.02.1962 sowie gemäß § 7 des notariellen Erbbaurechtsvertrages vom 29.12.1978 erforderliche Zustimmung der Stadt H als Grundstückseigentümerin erteilt worden ist und auch wirksam ist.

Der damalige Stadtkämmerer der Stadt H hat die Zustimmung zum Erbbaurechtsvertrag vom 163 16.07.2002 mit Schreiben vom 28.07.2004 erteilt. Soweit die Beklagte in 1. Instanz moniert hat, es fehle an der vorherigen Einwilligung im Sinne des § 8 des Erbbaurechtsvertrages vom 19.02.1962 und § 7 des Erbbaurechtsvertrages vom 29.12.1978 hat das Landgericht diesen Einwand zu Recht als unerheblich erachtet. Denn nach dem Sinn und Zweck eines derartigen Zustimmungs- oder Genehmigungsvorbehalts sollte im Zweifel die Zustimmung/ Genehmigung zu einem konkreten Vertrag erteilt werden. Der Grundstückseigentümer hat ein berechtigtes Interesse daran, die konkreten Vertragsvereinbarungen zu kennen. Das setzt aber denotwendig voraus, dass zunächst der Erbbaurechtsvertrag geschlossen wird und danach die Genehmigung erteilt wird.

Bei einer vorherigen Zustimmung zum Entwurf könnten noch Vertragsklauseln abgeändert 164 werden. Maßgebend ist, dass die Zustimmung vor der Eintragung als Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs erteilt worden ist. Selbst wenn man annähme, dass eine vorherige Einwilligung der Stadt H erforderlich war, wäre der Vertrag vom 16.07.2004 lediglich schwebend unwirksam gewesen und durch die Genehmigung nachträglich wirksam geworden (§ 184 Abs. 1 BGB).

Der Stadtkämmerer L2, bei dem es sich gemäß § 16 Abs. 4 der Hauptsatzung der Stadt H 165 um einen Beigeordneten handelt, hat die Stadt H bei der Erteilung der Zustimmung auch wirksam vertreten. Seine Vertretungsbefugnis ergibt sich aus §§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 3 GO NW in Verbindung mit der Bevollmächtigung vom 30.06.2004.

Grundsätzlich bedürfen Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, 166 nicht nur der Schriftform, sondern sie sind auch nach § 64 Abs. 1 GO NW vom Bürgermeister oder seinem Stellvertreter und einem vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten zu unterzeichnen, soweit nicht dieses Gesetz etwas anderes bestimmt. Das gilt jedoch nicht für Geschäfte, die ein für ein bestimmtes Geschäft oder einen Kreis von Geschäften ausdrücklich Bevollmächtigter abschließt, wenn die Vollmacht in der Form dieses Absatzes erteilt ist (§ 64 Abs. 3 GO NW). Eine derartige Vollmacht ist dem damaligen Stadtkämmerer am 30.06.2004 erteilt worden. Denn die ihm erteilte Vollmacht ist für einen bestimmten Kreis von Geschäften, nämlich die rechtsgeschäftliche Vertretung der Stadt H in allen Grundstücksangelegenheiten erteilt worden. Im Einzelnen heißt es: "Die Bevollmächtigung bezieht sich insbesondere darauf, schuldrechtliche Verträge über den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und die Bestellung von Erbbaurechten abzuschließen sowie Auflassungen zu erklären und entgegenzunehmen, rechtsverbindliche Erklärungen über die Ausübung dinglicher und gesetzlicher Vorkaufsrechte zu vollziehen.

Der Einwand des Beklagten, dass die dem damaligen Stadtkämmerer L2 erteilte Vollmacht unwirksam sei und damit keine wirksame Zustimmung zur Übertragung des Erbbaurechts vorliege, greift nicht durch.

Obwohl die Vollmacht weitreichend ist, führt dies nicht zu einer Unwirksamkeit nach § 64 Abs. 3 GO NW. Entgegen der Ansicht des Beklagten folgt dies nicht aus der Entscheidung des BGH vom 06.05.1997 betr. § 63 Nds GO (NVwZ 1997, 725 ff.). Der BGH hat dort u.a. ausgeführt, dass zwar eine generelle Ermächtigung eines Gesamtvertreters durch die übrigen mit Sinn und Zweck der Anordnung einer Gesamtvertretung nicht zu vereinbaren wäre, eine entsprechende Ermächtigung für bestimmte einzelne Geschäfte jedoch grundsätzlich keinen Bedenken begegne. Die Gefahr eines Unterlaufens der Vorschriften über die Gesamtvertretung im Kommunalrecht bestehe jedenfalls dann nicht, wenn sich die Ermächtigung - wie in dem dem BGH zugrunde liegenden Fall - auf ein einzelnes inhaltlich im Wesentlichen vorbestimmtes Geschäft beziehe. Bei einer Beschränkung auf diese Sachverhalte sei zugleich der Kontroll- und Warnfunktion genügt, die als der wesentliche Zweck der Anordnung einer Gesamtvertretung in § 63 II NdsGO anzusehen sei. Eine generelle Ermächtigung des früheren Stadtkämmerers ist aber auch hier nicht gegeben, sondern die Ermächtigung ist auf Grundstücksgeschäfte beschränkt. Der Stadtkämmerer hätte nicht - wie die Beklagte meint - aufgrund der erteilten Bevollmächtigung den gesamten Grundbesitz der Gemeinde verkaufen können, da es immer noch die Kontrolle durch den Rat, § 55 GO NW, und die Aufsichtsbehörde, § 122 Abs. 2 GO NW, gab. Die Frage, ob der Rat der Stadt H vor einer weitreichenden Entscheidung in Grundstücksangelegenheiten hätte gefragt werden müssen, hat nichts damit zu tun, ob der Oberbürgermeister zusammen mit einem Beigeordneten oder der Stadtkämmerer aufgrund einer Vollmacht im Sinne des § 64 Abs. 3 GO NW wirksam vertreten konnten.

Die Vollmacht weist auch die notwendige Schriftform des § 64 Abs. I GO NW auf. 169

Die Bevollmächtigung ist durch den Oberbürgermeister und einen vertretungsberechtigten Beamten, den Stadtrat Hampe, unterzeichnet worden. Die Vertretungsbefugnis des Stadtrates Hampe ergibt sich aus § 16 Abs. 4 der Hauptsatzung der Stadt Gelsenkirchen. Das streitgegenständliche Rechtsgeschäft - Zustimmung zu einem Erbbaurechtsvertrag - wird auch von der Vollmacht erfasst, da es sich dabei unzweifelhaft um eine Grundstücksangelegenheit handelt. 170

(c) 171

Der Erwerbstatbestand ist schließlich dadurch vollendet worden, dass die O AG am 24.09.2004 im Grundbuch eingetragen worden ist. 172

bb) 173

Zudem liegen die übrigen Voraussetzungen für einen Eintritt der Klägerin in die vier Mietverträge betreffend die Tierklinik (bestehend aus einer Pferdeklinik und einer Kleintierpraxis), der Stellflächen für zwei Bürocontainer und die sog. alte Schmiede mit dem Beklagten vor: 174

Die vermieteten Räumlichkeiten und Teilflächen gehören zu dem durch notariellen Vertrag vom 16.07.2004 veräußerten Erbbaurecht. 175

Die vorgenannten Verträge betreffend die Tierklinik, die Stellflächen und die alte Schmiede sind auch nicht bereits vor Übertragung des Erbbaurechts auf die Klägerin von dem 176

Insolvenzverwalter über das Vermögen des Trabrennvereins gem. § 415 BGB auf den x3 Rennverein übertragen worden.

Eine Vertragsübernahme kann entweder durch eine dreiseitige Vereinbarung zwischen dem früheren Vermieter, dem neuen Vermieter sowie dem Mieter erfolgen (BGH NJW 98, 531; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht und Leasingrechts, 9. Aufl., 2004, Rn. 1279 m.w.N.) oder durch eine zweiseitige Vereinbarung zwischen dem alten Vermieter und dem neuen Vermieter, wobei dies der Zustimmung des Mieters bedarf (BGH WM 1974, 908 = NJW 1974, 1551; 6GHZ 154, 171 = ZIP 2003, 1658 = ZfIR 2003, 632; OLG Düsseldorf NJWRR 1992, 1291 = ZMR 1992, 445; Wolf/Eckert/Ball, a.a.O. Rn. 1278). 177

Der Beklagte hat weder nachprüfbar dargelegt und unter Beweis gestellt, dass hinsichtlich der Übernahme der o.g. Mietverträge eine dreiseitige Vereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter über das Vermögen des X e.V., dem X3 sowie dem Beklagten getroffen worden ist, noch, dass der Insolvenzverwalter X1 und der X3 eine Vertragsübernahme bezüglich dieser Verträge vereinbart und der Beklagte und sein damaliger Mitgesellschafter S der Vertragsübernahme rechtzeitig zugestimmt haben. 178

Mit Schriftsatz seiner erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 13.07.2006 (Bl. 69 ff. d.A.) hat der Beklagte eine Vertragsübernahme im Wesentlichen nur auf die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters X1 vom Juli 2002, das Schreiben des Insolvenzverwalters vom 07.08.2002 sowie die Aussage des Zeugen T1 in der mündlichen Verhandlung vom 22.08.2005 im Verfahren 18 O 179/05 LG Essen gestützt. Er hat insoweit vorgetragen: Bereits im Juli 2002 habe der Insolvenzverwalter dieses X3, Herr Rechtsanwalt X1, die Freigabe sämtlicher Dauerschuldverhältnisse des insolvent gewordenen X erklärt. Er habe dies in einem an eine Düsseldorfer Anwaltskanzlei gerichteten Schreiben vom 07.08.2002 bestätigt. Da sich die Klägerin in dem unter dem Aktenzeichen 18 O 179/05 LG Essen anhängigen Vorprozess darauf berufen habe, dass von dieser Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters nicht diejenigen Mietverhältnisse betroffen gewesen seien, aus denen die in jenem Prozess streitgegenständlichen Ansprüche abgeleitet worden seien, habe das Gericht Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen X1 und T1. Während die Aussage des Zeugen X1 aus den näher dargelegten Gründen widersprüchlich gewesen sei, sei die Aussage des Zeugen T1 sehr viel verwertbarer gewesen. Dieser habe bekundet, mit dem Insolvenzverwalter im Jahre 2002 vereinbart zu haben, dass der „neue“ Rennverein in alle Dauerschuldverhältnisse eintrete. Dies habe der Insolvenzverwalter auch mit seinem Schreiben vom 07.08.2002 gemeint. Auf Vorhalt habe der Zeuge angegeben, dass mit der Anlage zu dem Mietvertrag alle Mietverhältnisse über alle Räume und Einrichtungen auf dem Rennbahngelände gemeint gewesen seien. Soweit das Landgericht im Vorprozess gemeint habe, dass die Beweisaufnahme keinen Übergang der Verträge ergeben habe, sei dies zwar nicht nachvollziehbar. Darauf komme es aber für den vorliegenden Rechtsstreit nicht an, da diejenigen Räume, für welche mit der vorliegenden Klage Miete verlangt werde, zweifelsohne solche seien, deren Mietverhältnisse von dem Insolvenzverwalter auf den X3 übergegangen seien. 179

Die Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Essen hat den Beklagten durch Beschluss vom 15.08.2006 unter Nr. 7 darauf hingewiesen, dass sein Sachvortrag zu der behaupteten Vertragsübernahme durch den X3 nicht hinreichend konkretisiert und damit einer Beweisaufnahme nicht zugänglich sei. Die Wiedergabe von Zeugenaussagen ersetze einen konkreten Vortrag nicht. Es werde darauf hingewiesen, dass eine Vertragsübernahme entweder durch eine dreiseitige Vereinbarung zustande kommen könne oder durch eine Vereinbarung zwischen zwei Vertragspartnern, der die dritte Partei zustimmen müsse. Dies 180

ergebe sich aus der vom Beklagten zitierten Zeugenaussage des Herrn T1 nicht.

Mit Schriftsatz seiner damaligen Prozessbevollmächtigten vom 01.09.2006 (Bl. 104 ff. d.A.) 181
hat der Beklagte seinen Vortrag sodann teilweise wiederholt und wie folgt ergänzt:

"... Im Juni 2002 erklärte Herr Rechtsanwalt X1 als Insolvenzverwalter über das Vermögen 182
des X e.V. die Freigabe sämtlicher Dauerschuldverhältnisse des insolvent gewordenen
Vereins, er bestätigte dies mit Schreiben vom 07.08.2002. Im zeitlichen Zusammenhang
dieses Schreibens und der entsprechenden Freigabeerklärung verständigten sich der "neue"
Rennverein, handelnd durch seinen Präsidenten, und der Beklagte auf die Fortsetzung beider
Rechtsverhältnisse - Mietvertrag und Dienstvertrag - unmittelbar zwischen dem neuen
Rennverein und dem Beklagten (Beweis: Zeugnis des Herrn T1 ...). Durch diese Einigung
wird klargestellt, dass alle Vertragsbeteiligten einerseits kein Interesse mehr daran hatten,
dass das Vertragsverhältnis mit dem insolvent gewordenen Rennverein bestand, gleichzeitig
alle Vertragsbeteiligten darüber einig waren, das Vertragsverhältnis zwischen dem "neuen"
Rennverein und dem Beklagten und seinem seinerzeitigen Gesellschafter fortzusetzen. Damit
liegt die Voraussetzung der "Dreiseitigkeit" einer solchen Vereinbarung vor. Selbst wenn die
Vereinbarung nur zwischen dem Rennverein und dem Beklagten getroffen worden wäre,
wäre in der schriftlichen Freigabe aller Dauerschuldverhältnisse durch den Insolvenzverwalter
als drittem Vertragspartner die Genehmigung zu sehen", was näher ausgeführt wird.

Soweit es um die eingangs genannten Verträge geht, hat das Landgericht im Ergebnis zu 183
Recht angenommen, dass der Beklagte seinen Sachvortrag zu der behaupteten
Vertragsübernahme auch nach dem gerichtlichen Hinweis nicht hinreichend konkretisiert hat
und es daher insoweit keiner Beweisaufnahme bedurfte.

Die Einwendungen des Beklagten in der Berufung greifen nicht durch. 184

Der Beklagte hat in 1. Instanz gerade nicht eine dreiseitige Vereinbarung zwischen dem 185
"alten" Vermieter (= Insolvenzverwalter über das Vermögen des X e.V.), dem angeblichen
"neuen" Vermieter (X3 e.V.) und dem Beklagten und seinem Mitgesellschafter S (= Mieter)
oder zwischen dem "alten" und "neuen" Vermieter mit Zustimmung der Mieter dargelegt. Er
hat nicht konkret unter Beweisantritt dargelegt, wer sich wann bei welcher Gelegenheit
darüber geeinigt hat, dass die bestehenden Mietverträge von dem X3 e.V. übernommen
werden. Mit Schreiben vom 07.08.2002 hat der Insolvenzverwalter X1 zwar bestätigt, dass
der X3 e.V. in sämtliche Dauerschuldverhältnisse des insolvent gewordenen X e.V.
eingetreten sei und hierzu auch der Vertrag mit der L GmbH vom 30.10./01.11.1996 nebst
allen Nachträgen gehöre. Damit hat der Insolvenzverwalter aber - wie das Landgericht
zutreffend ausgeführt hat - seine Rechtsansicht wieder gegeben. Er hat nicht zugleich
bestätigt, dass er sich mit dem X3 e.V. über eine Übernahme sämtlicher bestehender
Mietverhältnisse, insbesondere auch der streitgegenständlichen, geeinigt habe.

Gegen eine Übernahme der streitgegenständlichen Mietverträge sprechen im Übrigen die 186
Regelungen in § 4 (1) und (3) S. 1 des Vertrages zwischen dem Insolvenzverwalter X1 und
dem X3 e.V. vom 21.06.2002 in Verbindung mit der in Bezug genommenen Anlage 3.

Dort heißt es nämlich: 187

"(1) 188

Die zum Geschäftsbetrieb des verpachteten Betriebes gehörenden Verträge werden mit 189
wirtschaftlicher Wirkung zum Zeitpunkt des Beginns des Pachtverhältnisses auf den Pächter

übertragen. Die übergehenden Verträge sind in der als Anlage 3 zu diesem Vertrag genommenen Aufstellung im einzelnen verzeichnet. Nicht erwähnte Verträge gehen ausdrücklich nicht auf den Pächter über.

(3) 190

Verpächter und Pächter werden unverzüglich in wechselseitiger Abstimmung 191

die jeweiligen Drittparteien der zu übertragenden Verträge auffordern, der 192

Übertragung der Verträge auf den Pächter zuzustimmen ..." 193

In der genannten Anlage 3 sind jedoch die Tierklinik, die Stellflächen für Bürocontainer und 194
die sog. alte Schmiede nicht erwähnt. Der Name des Beklagten wird in der Anlage zwar
zweimal erwähnt, aber nicht im Zusammenhang mit den vorgenannten Räumlichkeiten und
Flächen, sondern lediglich einmal unter der Überschrift „Mietverträge Stalleinheiten“ und ein
anderes Mal unter „Wohnungsmieten“ – "Dr. U (Wohn. S. C1)". Die Praxisräume für die
Tierarztpraxis mit Pferdeklinik, bestehend aus 1 Notbox, 1 Operationsraum mit
Sterilisationsraum, 1 Behandlungs- und Röntgenraum, 1 Labor, 1 Wartezimmer und 1
Dunkelkammer, und mit einer Kleintierpraxis, bestehend aus 1 Warteraum, 2 Büros, 1
Behandlungszimmer, 1 WC mit Dusche, und die sog. alte Schmiede können aber ebenso
wenig wie die Stellflächen für die Bürocontainer darunter subsumiert werden.

Gerade weil dem X3 e.V. aber wohl unstreitig bekannt war, dass der Beklagte und Herr S als 195
Rentnierzärzte in Räumlichkeiten tätig waren, die diese von dem X e.V. angemietet hatten,
und dass für den weiteren Rennbahnbetrieb die Anstellung eines Rentnierzarzes erforderlich
war, hätte es nahe gelegen, auch die diesbezüglichen Mietverträge in der Anlage 3 des
Vertrages vom 21.06.2002 aufzuführen, wenn sie hätten übernommen werden sollen. Eine
schriftliche oder mündliche Vereinbarung außerhalb des Vertrages ist jedoch - wie bereits
ausgeführt - nicht überprüfbar vorgetragen.

cc) 196

Bezüglich des Mietvertrages über das Stallgelände Nr. I mit 10 Innenboxen und 197
Nebenräumen liegt dagegen eine wirksame Vertragsübernahme durch den X3 e.V. war mit
der Folge, dass die Klägerin nicht gemäß § 566 Abs. 1 BGB in den Vertrag eingetreten ist
und insoweit auch keine Miete beanspruchen kann.

Wie oben bereits dargelegt, haben der Insolvenzverwalter X1 und der X3 e.V. in § 4 Abs. 1 S. 198
1 des "Pachtvertrages" vom 21.06.2002 vereinbart, dass die in der Anlage 3 aufgeführten
Verträge "mit wirtschaftlicher Wirkung zum Zeitpunkt des Beginns des Pachtverhältnisses auf
den Pächter übertragen" werden. In der in Bezug genommenen Anlage 3 des Vertrages vom
21.06.2002 ist zwar das streitgegenständliche "Stallgelände Nr. I mit 10 Innenboxen und ...
Nebenräumen" nicht ausdrücklich aufgeführt. Es sind vielmehr lediglich die Rubriken
"Stalleinheiten" und "Wohnungsmieten" aufgeführt.

Der Beklagte hat hierzu in dem Senatstermin vom 10.08.2007 erklärt, dass er lediglich eine 199
Stallanlage gemietet hätte und zwar die neben der Tierklinik und es sich dabei um die in der
Anlage 3 zum Vertrag vom 21.06.2002 genannte "Stalleinheit" handele. Auch wenn der
Prozessbevollmächtigte der Klägerin im Senatstermin für die Klägerin bestritten hat, dass er
sich bei der in der Anlage 3 genannten Stalleinheit um den streitgegenständlichen Mietvertrag
betreffend das Stallgelände Nr. I handelt, hat der Senat keinen Zweifel, dass die

Räumlichkeiten identisch sind, und zwar aus folgenden Gründen: Der Mitarbeiter der Klägerin, Herr L1, hat in dem Senatstermin vom 10.08.2007 ausgeführt, dass Frau C1 in einem Stallgebäude wohne und sich der „Mietvertrag C1“ auf eine Wohnung über dem Stallgebäude beziehe. Diese Beschreibung passt jedoch exakt zu der Beschreibung der Nebenräume, die gemäß § 1 des Mietvertrages betreffend das Stallgelände I an den Beklagten vermietet wurden. Dort heißt es nämlich:

- "Zur Einstellung von Trabrennpferden, deren Pflege und Betreuung werden fest vermietet 200
- a) das / im Stallgebäude Nr. I mit 10 Innenboxen und lt. Anlage Nebenräumen 201
- b) ... und 202
- c) folgende Nebenräume mit vermietermäßig gestelltem Inventar: 1 Aufenthaltsraum, 1 Bad / WC, 1 Futterkammer, 1 Solarium, im 1. Stock Wohnstube". 203

Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass an den Beklagten auf dem streitgegenständlichen Gelände noch ein weiteres Stallgebäude mit einer Wohnung im 1. Stock oder über dem Stall vermietet wurde. Auch die Klägerin hat dies nicht konkret behauptet. 204

Der Beklagte und sein damaliger Mitgesellschafter S haben der zwischen dem Insolvenzverwalter Weidmann und dem X3 e.V. vereinbarten Vertragsübernahme wirksam zugestimmt. 205

Unter dem 17.11.2004 haben sie die Vertragsübernahme ausdrücklich genehmigt. Die Klägerin hat die Echtheit dieser Erklärung nicht in Zweifel gezogen, sondern lediglich die Ansicht vertreten, dass keine wirksame Vertragsübernahme vorliege. 206

Die Genehmigung ist auch wirksam. Dem steht nicht entgegen, dass die schriftliche Erklärung erst knapp 2 1/2 Jahre nach Abschluss des Vertrages vom 21.06.2002 und nach Eintragung der Klägerin im Grundbuch am 24.09.2004 erfolgt ist. Nach § 184 Abs. 1 BGB wirkt die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine derartige anderweitige Bestimmung ist hier nicht ersichtlich. Auch der lange Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Genehmigung hindert die Wirksamkeit der Erklärung nicht. Bis zur Erklärung des Zustimmungsberechtigten über die Genehmigung war der Vertrag schwebend unwirksam mit der Folge, dass die Vertragspartner gebunden waren, den Vertrag aber wieder hätten aufheben können, was sie mangels entgegenstehender Angaben nicht getan haben. Für die Genehmigung besteht in der Regel keine Frist; sie kann auch noch nach "Jahr und Tag" erklärt werden, es sei denn, dass Verwirkung gem. § 242 BGB eingetreten ist (Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl., 2007, § 184 Rn. I m.w.N.). Im vorliegenden Fall ist dem Beklagten und seinem Partner S offensichtlich keine Frist zur Genehmigung der Vertragsübernahme gesetzt worden. Die Mieter hatten sich - wie der Beklagte im Senatstermin vom 10.08.2007 erklärt hat - keine Gedanken darüber gemacht, dass der Vertrag übernommen werden musste, weil dies für sie selbstverständlich war. Eine Verwirkung des Rechts der Mieter zur Genehmigung der Vertragsübernahme kommt nicht in Betracht. Es ist weder das sog. Zeitmoment noch das sog. Umstandsmoment gegeben. Der Beklagte hat dargelegt, dass Herr S und er für den X3 e.V. weiterhin als Rennbahntierärzte tätig gewesen seien und ihre Vergütungsansprüche mit der Miete verrechnet worden seien. Unabhängig von der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob die Verrechnung zu Recht erfolgt ist, zeigt diese Verhaltensweise, dass sich der X3 e.V. als Vertragsübernehmer und der Beklagte sowie Herr S so verhalten haben, als ob die Vertragsübernahme bereits 207

vollzogen sei. In der Verrechnung der Vergütungs- und der Mietansprüche dürfte im Übrigen eine konkludente Genehmigung der Vertragsüberenahme zu sehen sein. Dementsprechend konnten also weder der Insolvenzverwalter X1 noch der X3 e.V. darauf vertrauen, dass der Beklagte und Herr U den Vertrag nicht (mehr) genehmigen würden.

b) 208

Der Anspruch der Klägerin auf Miete für die streitgegenständlichen Zeiträume ist nicht ausgeschlossen. 209

aa) 210

Der Einwand des Beklagten, dass ein Zahlungsanspruch ausscheide, weil die Klägerin im Vorprozess selbst geltend gemacht habe, dass das Mietverhältnis durch Kündigung beendet worden sei, greift nicht durch. 211

Die Klägerin hat im vorliegenden Verfahren gerade nicht dargelegt, dass die Mietverhältnisse durch Kündigung beendet worden seien. Das ist auch nach den Ausführungen des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 21.04.2006 in dem Verfahren 30 U 164/06 konsequent, da die Wirksamkeit der Kündigung dort verneint worden ist. 212

Der Beklagte hat seinerseits auch nicht nachvollziehbar vorgetragen, dass die Mietverhältnisse durch Kündigung vor der Räumung Ende Februar oder März 2006 beendet waren. 213

bb) 214

Entgegen der Ansicht des Beklagten sind die streitgegenständlichen Ansprüche auch nicht durch den gerichtlichen Vergleich in der mündlichen Verhandlung vom 21.04.2006 vor dem Senat - 30 U 164/06 - abgegolten. Sie sind bereits nach dem Wortlaut nicht von dem Vergleich erfasst. Nachdem die Parteien den Räumungsrechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, haben sie unter Nr. 2 des Vergleichs Folgendes vereinbart: 215

"Zur Abgeltung aller weiteren Ansprüche, die Gegenstand dieses Rechtsstreits sind oder waren, zahlt der Beklagte an die Klägerin einrede- und aufrechnungsfrei 10.123,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz ab dem 21. Mai 2006." 216

Die Parteien haben auch - wie dem Senat aus eigener Anschauung bekannt ist - bewusst keine umfassende Abgeltungsklausel vereinbart. Vielmehr sollten nach der eindeutigen Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vor Abschluss des Vergleichs Ansprüche, die nicht Gegenstand des Rechtsstreits waren, nicht abgegolten werden. Zum damaligen Zeitpunkt waren die streitgegenständlichen Ansprüche auch bereits beim Landgericht Essen rechtshängig. 217

d) 218

Der Klägerin steht die Miete für die tierärztliche Klinik, die Stellflächen für die zwei Bürocontainer und die alte Schmiede in der geltend gemachten Höhe zu. Es sind weder Abzüge hinsichtlich der Höhe der monatlichen Bruttomiete noch hinsichtlich der Zeiträume, für die Miete verlangt wird, vorzunehmen. Die Bruttomiete für die gemieteten Räumlichkeiten und Teilflächen ist unstreitig. 219

aa)	
Das Landgericht hat auch jeweils 16 % Umsatzsteuer zu Recht zuerkannt, da die Klägerin in diesem Verfahren dargelegt hat, dass sie umsatzsteuerpflichtig ist. Nach § 13 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 4 UStG fällt für Werklieferungen und sonstige Leistungen eines im Ausland ansässigen Unternehmens Umsatzsteuer an. Dass es sich bei der Klägerin um ein im Ausland, nämlich in der Schweiz, ansässiges Unternehmen handelt, ist unter III. 1. dargelegt worden.	221
In 1. Instanz hat der Beklagte nicht in Zweifel gezogen, dass für die streitgegenständlichen Mieten Umsatzsteuer entsteht.	222
bb)	223
Weiter lässt sich aus dem von dem Beklagten zitierten Schreiben des Insolvenzverwalters an den X3 vom 02.11.2004 (Bl. 207 d.A.) nicht ableiten, dass abweichend von der gesetzlichen Regelung, wonach dem Erwerber ab dem Zeitpunkt der Eintragung und damit der Vollendung des Erwerbs, die Mietzinsansprüche zustehen, ein anderer Zeitpunkt (nämlich der 01.10.2004) vereinbart worden ist.	224
cc)	225
Weiterhin ist die Miete für den Monat März 2006 betr. die alte Scheune und die Zurverfügungstellung von Stellflächen für die Bürocontainer zu Recht zuerkannt worden sein.	226
Soweit der Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz vorträgt, dass die Container bereits zum Jahresbeginn 2006 verkauft worden seien, die Stellflächen demnach seit Anfang 2006 nicht mehr genutzt worden seien, ist sein Vorbringen unerheblich. Selbst wenn es sich dabei - wie der Beklagte in der Berufungsinstanz geltend macht - um Nutzungsverhältnisse handelte und nicht um Mietverhältnisse, ist der Klägerin die vereinbarte Miete oder Nutzungsentschädigung zuzusprechen. Das Vorbringen zur fehlenden Nutzung der Stellflächen ist neu und - da es von der Klägerin ausdrücklich bestritten ist - nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass es nicht auf seiner Nachlässigkeit beruht, dass er dieses Vorbringen nicht bereits in 1. Instanz vorgebracht hat. In 1. Instanz war lediglich im Streit, ob der Beklagte die Räumlichkeiten zum Ende März 2006 oder bereits zum Ende Februar 2006 geräumt und an die Klägerin herausgegeben hatte.	227
Schließlich lässt sich nicht feststellen, dass Herr S für die Monate Januar bis März 2006 nicht nur die Miete für die tierärztliche Praxis, sondern auch die übrigen vermieteten Räumlichkeiten bezahlt hat. Der Beklagte hat eine Erfüllung in 1. Instanz nicht nachprüfbar dargelegt und unter Beweis gestellt. Soweit er mit Schriftsatz seiner erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 10.10.2006, Bl. 194, 195 d.A., dargelegt hat, Herr S zahle bereits seit Januar 2006 die Miete an die Klägerin, bezieht sich dies ersichtlich nur auf die Tierarztpraxis. Insoweit hat die Klägerin auch mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 06.11.2006 eingeräumt, dass die Miete gezahlt worden sei, und die Klage diesbezüglich zurückgenommen (Bl. 205 d.A.). Gegen eine Zahlung der Miete für weitere Räumlichkeiten spricht im Übrigen der Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 17.07.2007. Darin wird behauptet, dass Herr S die Schmiede zwar zunächst angemietet, dann aber bereits Ende Dezember 2006 zurückgegeben habe, und die Stallungen überhaupt nicht angemietet habe.	228
f)	229

Der zuerkannte Zinsanspruch der Klägerin ergibt sich aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB.	230
3. <u>Nebenentscheidungen</u>	231
a)	232
Die Kostenentscheidung für die 1. Instanz folgt aus §§ 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, 269 Abs. 1 ZPO.	233
Bei der Bemessung der Kostenquote 1. Instanz hat der Senat zum einen berücksichtigt, dass sämtliche Gebühren bereits nach einem Streitwert von 57.363,13 € entstanden waren, als die Klägerin die Klage teilweise zurückgenommen hat, und zum anderen, dass der Beklagte lediglich zur Zahlung von 15.736,33 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Erteilung von die Umsatzsteuer gesondert ausweisenden Rechnungen für die Monate September 2004 sowie Juni 2005 bis Dezember 2005 verurteilt worden ist. Das Interesse des Beklagten an der Zug-um-Zug-Verurteilung hat der Senat mit 2.170,54 € (= 16 % USt von 15.736,33 €) bewertet.	234
Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren beruht auf §§ 92 Abs. 2, 97 Abs. 1 ZPO.	235
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	
b)	236
Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugelassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, soweit es um die Frage der Anwendbarkeit der Grundungstheorie auf die Schweiz geht.	237