

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2016

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

Im Anschluss an den vorangegangenen Bericht für das zweite Halbjahr 2015 setzen wir hiermit unsere Rechtsprechungsübersichten¹ über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Bereichen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Maklerrechts, des Nachbarrechts und des Immobilienrechts unter Einschluss der spezifischen Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts fort. Im Rahmen der Geschäftsverteilung² sind diese Rechtsgebiete verschiedenen Zivilsenaten des BGH zugeordnet. Die folgende Gliederung orientiert sich dabei an den in § 14 c FAO aufgeführten Schwerpunktbereichen, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ erforderlich sind.

1. Wohnraummiete

Diese Rechtsmaterie fällt nach dem Geschäftsverteilungsplan in die Zuständigkeit des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

¹ Insbesondere zum Medizin-, Versicherungs-, Arbeits-, Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Bank- und Kapitalmarktrecht sowie dem Verkehrsrecht; abrufbar unter www.bgh-anwalt.de und dort unter [Newsletter](#).

² Der Geschäftsverteilungsplan 2016 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter www.bundesgerichtshof.de veröffentlicht. Über die vorstehende Internetadresse stehen insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext zur Verfügung.

1.1 Mietrechtliche Nebenabreden

In diesem Kontext stellen sich Rechtsfragen bezüglich der Vertragsauslegung gemäß §§ 133; 157 BGB, der Kontrolle von Formulklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB sowie hinsichtlich der Auslegung zwingender gesetzlicher Vorschriften. Diese Problemstellungen waren im Berichtszeitraum in folgenden Entscheidungen bedeutsam.

a)

In einem Revisionsverfahren ging es um die **Feststellung des Bestehens von Mietverträgen**. Die Kläger haben als Rechtsnachfolger ihrer Mutter und vormaligen Eigentümerin eines großen mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks die negative Feststellung begehrt, dass keine mietvertraglichen Beziehungen mit den Beklagten bestehen. Die Erblasserin hatte Ende 1991/Anfang 1992 mit einer Hausgenossenschaft, die aus den damaligen Nutzern bestand, einen **Vertrag geschlossen, nach dessen Inhalt die Genossenschaft berechtigt sein sollte, Mietverträge mit den Nutzern zu schließen. Ferner sollte die Genossenschaft das Anwesen unter Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel sanieren, während nur eine am damaligen Mietzinsniveau orientierte, reduzierte Gegenleistung erbracht werden sollte**. Nach Ablauf der vereinbarten 20jährigen Nutzungsdauer ist Streit darüber entstanden, ob die Kläger – auch im Blick auf das gegenwärtige Mietzinsniveau – nach § 565 BGB in die bestehenden Mietverträge eingetreten sind. Der Senat hat diese Rechtsfrage verneint.³

Die negative Feststellungsklage war zulässig, da die Kläger ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung haben und sich auch nicht auf Räumungsklagen verweisen lassen müssen, da damit keine endgültige Klärung aller Streitfragen verbunden wäre.

³

Urteil vom 20. Januar 2016 – [VIII ZR 311/14](#) – MDR 2016, 387 f. = NJW 2016, 1086 ff. = NZM 2016, 256 ff.

In der Sache selbst war die Revision begründet, da es an einer **gewerblichen Weitervermietung i.S.d. § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB** fehlte. Hierfür bedarf es der **Absicht der Gewinnerzielung**, an der es mangelt, wenn eine gemeinnützige Genossenschaft nur gelegentlich entgeltliche Verträge schließt. Auf das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht könne im Anwendungsbereich des § 565 Abs.1 BGB auch nicht verzichtet werden, da die Bestimmung nur dazu dient, eine Verkürzung des Mieterschutzes durch die Einschaltung eines gewerblichen Zwischenmieters zu verhindern. Verfolgt der Zwischenmieter mit der Weitervermietung aber karitative oder soziale Zwecke ist die Interessenlage eine andere, da der Zwischenmieter im Interesse der Endmieter tätig wird und die Wohnungen auch nicht auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt angeboten werden.

Zudem hatte das Berufungsgericht verkannt, dass die gewerbliche Weitervermietung auch **Vertragszweck des Hauptvertrages** sein müsste. Die Auslegung des Nutzungsvertrages – die der Senat selbst vornehmen kann – hat ergeben, dass ein Ausgleich zwischen den Interessen dergestalt erfolgen sollte, als den Mietern der Wohnraum zu einer günstigen Miete erhalten bleibt. Die bevorstehende Sanierung hätte zu einem deutlichen Mietanstieg geführt, wenn diese von der Erblasserin durchgeführt worden wäre. Zudem hatte der Vertrag vorgesehen, dass die Eigentümer verpflichtet sind, nach Ablauf der Nutzungsdauer Mietverträge mit den Bewohnern zu ortsüblichen Konditionen abzuschließen, wodurch die Mieter vor Vertreibung geschützt wurden.

Auf dieser Grundlage kommt auch keine analoge Anwendung des § 565 Abs. 1 BGB in Betracht, weil es an einer vergleichbaren Interessenlage fehlt. Die Kläger müssen sich auch nicht nach § 242 BGB so behandeln lassen, als bestünden die Mietverträge fort, da deren Rechtsvorgängerin gerade keine unbefristeten Mietverträge zu ungewöhnlich günstigen Konditionen abschließen wollte.

b)

Weitere Entscheidungen ranken sich um die **Ausübung von Vorkaufsrechten**:

aa)

In einem Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO, der zur Zurücknahme der Revision führte, hat der Senat die Entscheidungserheblichkeit der vom Landgericht formulierten Rechtsfrage, wie sich die Ausübung des Vorkaufsrechts durch einen Mieter auf das Mietverhältnis eines Mitmieters auswirkt, verneint.⁴

Der Senat konnte diese Frage offen lassen, da § 566 BGB keine Anwendung findet, wenn Wohnraum zwar vermietet ist, aber dem **Mieter der Besitz noch nicht überlassen worden war** oder dieser **den Besitz wieder verloren** hat, da allein die in der Verschaffung der Sachherrschaft liegende Publizitätswirkung dem Erwerber die Erkenntnis ermöglicht, in welches Mietverhältnis er eintritt. Da nach den vorinstanzlichen Feststellungen der Besitz an dem mitvermieteten Gartenanteil zeitgleich mit dem Erwerbsvorgang aufgegeben worden war, kam es nicht mehr darauf an, dass einer der Mieter sein Vorkaufsrecht ausgeübt hatte.

bb)

Geklärt hat der Senat vorgenannte Rechtsfrage dann in einem anderen Verfahren, in dem die beklagten Mieter den Besitz an einem mitvermieteten Gartenanteil noch nicht aufgegeben hatten. Der Senat hat die Revision der auf Räumung und Herausgabe in Anspruch genommenen Beklagten zurückgewiesen, da deren Nutzungsrecht erloschen war.⁵

Die Kläger sind mit dem Erwerb der Erdgeschoßwohnung, der das Sondernutzungsrecht am Garten zugeordnet worden war, ursprünglich

⁴ Beschluss vom 05. April 2016 – [VIII ZR 31/15](#) – NJW-RR 2016, 982 = WuM 2016, 369 f. = ZNotP 2016, 93 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵ Urteil vom 27. April 2016 – [VIII ZR 323/14](#) – NJW-RR 2016, 784 ff. = NZM 2016, 467 ff. = WuM 2016, 341 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

zwar nach **§ 566 Abs. 1 BGB** in das bestehende Mietverhältnis eingetreten. Dieser **Erwerb hat auch nicht zu einer Aufspaltung des Mietverhältnisses geführt**, sondern es bestand als einheitliches Vertragsverhältnis hinsichtlich des Gartenanteils und der Dachgeschoßwohnung fort. Durch die **Ausübung des Vorkaufsrechts** seitens des Beklagten zu 2 ist das **Mietverhältnis allerdings aufgrund Konfusion** erloschen, da sich in dessen Person die Rechtsstellung als Mieter und Vermieter vereinigt haben. Damit ist auch im Verhältnis zur Beklagten zu 1 das Mietverhältnis erloschen, weil § 566 Abs. 1 BGB bewirkt, dass mit dem Erwerber – also dem Beklagten zu 2 – ein neues Mietverhältnis – wenngleich mit identischem Inhalt – entsteht. Darüber hinaus wären die Kläger auch außerstande, der Beklagten zu 1 dauerhaft ein Recht zum Besitz zu verschaffen.

Folge der Konfusion ist dann zugleich das **Erlöschen des Mietverhältnisses hinsichtlich des Gartenanteils**, weil der Gesetzgeber mit der Einräumung des Vorkaufsrechts lediglich beabsichtigt hat, Mieter vor spekulativen Umwandlungen zu schützen. Damit soll der Mieter aber nur so gestellt werden, wie wenn ihm das Mietobjekt unmittelbar vom Vermieter zu marktüblichen Bedingungen angeboten worden wäre. Dies hat allerdings zur Folge, dass ein Erwerber keine fortbestehenden Nutzungsbefugnisse beanspruchen kann, die mit der Teilungs- und der Gemeinschaftsordnung nicht im Einklang stehen.

In dieser Hinsicht hilft der Beklagten zu 1 auch die Bestimmung des § 545 BGB nicht, da es dafür einer Aufrechterhaltung des Mietgebrauchs im bisherigen Umfang bedarf. Hinsichtlich der Dachgeschoßwohnung hatte der Mietvertrag aber sein prägendes Element verloren, weil der Beklagte zu 2 mit dem Erwerb aus diesem Rechtsverhältnis ausgeschieden war.

cc)

Ein Urteil betrifft dagegen die **Ausübung des Vorkaufsrechts bei der Veräußerung eines noch ungeteilten Grundstücks**. Die Klägerin ist

Mieterin eines Einfamilienhauses, das sich auf einem Grundstück befindet, das mit weiteren Ein- und Zweifamilienhäusern bebaut ist. Das Grundstück hatte die Beklagte an fünf Ehepaare und eine Einzelperson veräußert. Die noch zu vermessenden und aus einem beigegeführten Lageplan ersichtlichen Teilflächen wurden im Kaufvertrag einzelnen Käufern entweder insgesamt oder nach Bruchteilen zugeordnet. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg.⁶

Zutreffend war das Berufungsgericht zwar davon ausgegangen, dass **§ 577 Abs. 1 BGB analoge Anwendung** findet, wenn ein **Grundstück veräußert wird, das real in Wohnungseigentum aufgeteilt** werden soll. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass ein Vorkaufsrecht nur dann entsteht, wenn **der Veräußerer bereits im Kaufvertrag die Verpflichtung zur Aufteilung übernommen hat und das künftige Wohnungseigentum hinreichend bestimmt** wurde. Ob dies der Fall ist, muss anhand der **§§ 133, 157 BGB durch Vertragsauslegung** geklärt werden. Im Streitfall entsprach die Rechtsauffassung des Vordergerichts nicht den damit verbundenen Anforderungen, da der Tatrichter den objektiven Wortlaut des Kaufvertrages und die zugrundeliegende Interessenlage außer Acht gelassen hatte, sowie die rechtliche Konstruktion nicht hinreichend erfasst wurde. Die damit festzustellende Verpflichtung der Beklagten zur Aufteilung der Gesamtfläche in die im Kaufvertrag niedergelegten Teilflächen war aufgrund der Angaben im Lageplan dann auch hinreichend bestimmt.

Unzutreffend hatte das Berufungsgericht auch eine **ausreichende Kongruenz zwischen Mietsache und Kaufobjekt** verneint, da sich die **fehlende Identität auf eine Teilfläche** beschränkt. Diese Abweichung ist nach § 467 Satz 1 BGB unschädlich, weil damit der aus § 464 Abs. 2 BGB folgende Grundsatz der Vertragsidentität eingeschränkt wird und diese Bestimmung entsprechende Anwendung findet, wenn ein Grundstück

⁶ Urteil vom 27. April 2016 – [VIII ZR 61/15](#) – NJW-RR 2016, 910 ff. = NZM 2016, 543 ff. = ZMR 2016, 530 ff.

veräußert wird, welches nur teilweise mit einem Vorkaufsrecht belastet ist. Umgekehrt ist es dann der Beklagten als Vorkaufsverpflichteter analog § 467 Satz 2 BGB gestattet, den Vorkauf auf alle Teilflächen zu erstrecken, wenn diese nicht ohne Nachteile getrennt werden können. Hiervon war im Streitfall auszugehen, weil sich die betroffene Teilfläche nicht isoliert nutzen ließ und für diese daher kein vernünftiger Preis erzielt werden konnte.

dd)

Ein weiterer Streitfall warf zudem verfahrensrechtliche Fragestellungen auf. Die klagenden Mieter hatten mit der Beklagten am 17. November 2010 einen Mietvertrag über eine Vierzimmerwohnung in einem Mehrfamilienhaus geschlossen; die Mietwohnung ist ihnen sodann am 15. Dezember 2010 überlassen worden. Bereits zuvor hatte die Beklagte eine Teilungserklärung notariell beurkunden lassen, während sie am 16. Dezember mit notariellem Kaufvertrag die Wohnung veräußerte. Die Teilungserklärung ist am 23. Dezember 2010, die Käuferin als neue Eigentümerin am 18. Oktober 2011 in das Grundbuch eingetragen worden. Die Kläger haben zuerst Auskunft begehrt und zweitinstanzlich Stufenklage erhoben, da sie erst im Jahre 2013 Kenntnis von der Veräußerung erlangt haben. Das Landgericht hatte der Klage auf erster Stufe stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten wurde die Klage insgesamt abgewiesen.⁷

Zu Recht hatte das Landgericht allerdings die **Zulässigkeit der Stufenklage** bejaht. Zwar kann eine Stufenklage nur erhoben werden, wenn die **begehrte Auskunft der Bezifferung des auf nächster Stufe begehrten, unbestimmten Leistungsanspruchs dient**. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass das **Auskunftsbegehren auf die Erlangung sämtlicher Informationen** gerichtet ist, die für die nächste Stufe benötigt werden. Entgegen der Ansicht der Revision ist es daher unerheblich, dass

⁷

Urteil vom 06. April 2016 – [VIII ZR 143/15](#) – Grundeigentum 2016, 905 ff. = NZM 2016, 540 ff. = WuM 2016, 369 ff.

die Kläger auch den tatsächlichen Wert der Wohnung benötigen, um ihre Schadensersatzforderung zu beziffern, weil der erforderliche Sachzusammenhang jedenfalls dadurch hergestellt wurde, dass die Beklagte **auf Auskunft hinsichtlich des vereinbarten Kaufpreises** in Anspruch genommen wird.

Die Revision war aber deshalb begründet, weil den Klägern **kein Vorkaufsrecht und damit auch kein Auskunftsanspruch** zustand. Im Ausgangspunkt traf es allerdings zu, dass ein Schadensersatzanspruch bestehen kann, wenn der Vermieter seiner Mitteilungspflicht nach §§ 577 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3, 469 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nachkommt und auf diese Weise die Ausübung des Vorkaufsrechts verhindert. Hiermit korrespondiert ein Auskunftsanspruch, der auch nicht dadurch erlischt, dass zwischenzeitlich das Vorkaufsrecht nicht mehr ausgeübt werden kann, denn die **Mitteilungspflicht dient auch dem Interesse des Mieters auf Ausgleich der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem entrichteten Kaufpreis**.

Allerdings war im Streitfall **keine der Alternativen des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Entstehung eines Vorkaufsrechts** gegeben. Die **erste Alternative** scheiterte zwar nicht bereits daran, dass die Teilungserklärung bereits vorher beurkundet worden war, denn die Begründung von Wohnungseigentum wird nach § 8 Abs. 2 WEG erst mit der Eintragung im Grundbuch wirksam. Übersehen hatte das Vordergericht damit jedoch, dass nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Vorkaufsrecht nur entstehen kann, wenn der **Kaufvertrag der Begründung des Wohnungseigentums nachfolgt**. Daran fehlte es hier, weil zum Zeitpunkt des notariellen Kaufvertrages mangels eines Grundbucheintrags noch kein Wohnungseigentum entstanden war.

Auch die **zweite Alternative des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB** war nicht erfüllt, weil die Beklagte die **Absicht zur Begründung von Wohnungseigentum bereits vor der Überlassung der Mieträume** gefasst hatte. Die

beiden Varianten des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB unterscheiden sich nur insofern, als an die Stelle der Begründung von Wohnungseigentum die Absicht tritt. Deshalb sind beide Varianten im Gleichlauf auszulegen. Beiden Alternativen ist aber gemein, dass sie jeweils eine bestimmte zeitliche Reihenfolge vorgeben. Den Gesetzesmaterialien lässt sich auch nicht entnehmen, dass bereits in der Entstehung befindliches Wohnungseigentum ein Vorkaufsrecht begründen soll. Die innere Absicht hatte sich im Streitfall auch hinreichend manifestiert, da es hierfür ausreicht, wenn die Teilungserklärung notariell beurkundet wird.

Der Senat hat abschließend entschieden, weil die Sache endentscheidungsreif war und die Stufenklage insgesamt abgewiesen, weil mangels Auskunftsanspruchs über die zweite Stufe keine Entscheidung mehr ergehen kann.

c)

Einen Altfall behandelt ein Revisionsverfahren, in dem in einem am 11. November 1980 geschlossenen Mietvertrag hinsichtlich **der Heizkostenabrechnung folgende vorformulierte Regelung** verwendet wurde:

„Spätestens am 30. Juni eines jeden Jahres ist über die vergangene Heizperiode abzurechnen.“

Die Heizperiode läuft nach dem Mietvertrag vom 01. Oktober bis zum 30. April des Folgejahres. Das Landgericht hatte einen Anspruch auf Nachzahlung verneint, weil die Formularklausel eine **Ausschlussfrist** enthalte und die Abrechnung der Kläger vom 30. Oktober verspätet war. Dieser Ansicht ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.⁸

Es ist von Rechts wegen allerdings nicht zu beanstanden, dass die **Abrechnungsfrist verkürzt** wurde, da nach § 556 Abs. 4 BGB i.V.m. der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 9 EGBGB **dem**

⁸

Urteil vom 20. Januar 2016 – [VIII ZR 152/15](#) – MDR 2016, 453 f. = NJW-RR 2016, 526 ff. = NZM 2016, 307 ff.

Mieter günstige Abweichungen zulässig sind. Soweit die Literatur deshalb Bedenken erhebt, weil dann der Gleichlauf der Abrechnungsfristen mit öffentlichen Versorgungsunternehmen nicht gewahrt sei, überzeugt diese Ansicht nicht, weil der gewünschte Gleichlauf auch im Falle der gesetzlichen Abrechnungsfrist des § 566 Abs. 3 BGB nicht gewährleistet ist.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem **objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen**, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Auszugehen ist dabei von den Verständnismöglichkeiten eines **durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners** des Verwenders. Im Rahmen dieser objektiven Auslegung ist zuerst auf den Wortlaut abzustellen, sofern die Parteien nicht übereinstimmend ein davon abweichendes Verständnis aufweisen. Sofern nach Ausschöpfung aller Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben, kommt die Unklarheitenregel des § 305c BGB zur Anwendung, **sofern mindestens zwei Auslegungsalternativen verbleiben**. Unberücksichtigt bleiben dabei aber Verständnismöglichkeiten, die nur **theoretisch denkbar, aber praktisch fernliegend** sind. Danach konnte der Klausel nur die Bedeutung einer reinen Abrechnungsfrist beigemessen werden.

Bereits der Wortlaut belegt, dass über die Bestimmung einer Frist hinaus keine Sanktionen angeordnet werden sollen. Die Formulierung „spätestens“ besagt dagegen nur, dass der Vermieter nicht länger als zwei Monate zuwarten darf. Dies belegt auch ein Blick auf § 566 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 BGB, die deshalb einen Rückschluss auf das Jahr 1980 zulassen, weil der Gesetzgeber damit erstmals eine gesetzliche Abrechnungsfrist eingeführt hat. Einer besonderen Ausschlussfrist für Nachzahlungsansprüche hätte es nicht bedurft, wenn bereits die Nichteinhaltung der Abrechnungsfrist zu einem Wegfall geführt hätte. Auch die Vorgängerregelung des § 4 Abs. 1 MHG und das Verständnis der redlichen Ver-

kehrskreise spricht für diese Sichtweise, da mit einer „jährlichen Abrechnung“ nur ein Abrechnungszeitraum gemeint war und der Mieter lediglich das Recht hatte, Vorauszahlungen gemäß § 273 BGB einzubehalten. Die Annahme einer Ausschlussfrist widerspräche zudem dem **Grundsatz der beiderseitigen Interessengerechtigkeit**, weil auch ein Vermieter, der hohe Nachzahlungen erwartet, nicht gehindert wäre, frühzeitig und vor Ablauf eines Jahres abzurechnen. Damit kann ein Vermieter verständiger Weise kein Interesse an einer weiteren Verkürzung haben. Der Mieter kann dagegen nicht annehmen, dass ein Vermieter auch dann auf Nachzahlungen verzichten wolle, wenn er die Verspätung nicht zu vertreten hat. Nach alledem wäre die Annahme einer Ausschlussfrist ein unververtretbares Auslegungsergebnis, so dass die Unklarheitenregel des § 305c BGB nicht zur Anwendung gelangt.

1.2 Mietmängel

Im Berichtszeitraum ist dazu eine höchstrichterliche Entscheidung ergangen, die sich mit **Mietminderungsansprüchen wegen einer mitvermieteten Einbauküche** befasst, für die die Klägerin – entsprechend einer Nachtragsvereinbarung – anteilig Miete zahlte.

Im Jahre 2010 hatte die Klägerin – mit Einverständnis der Beklagten – eine eigene Küche eingebaut und die vorhandene Einbauküche – entsprechend einer Genehmigungserklärung der Beklagten, die verschiedene Bedingungen enthielt – im Keller eingelagert. Dort war die Einbauküche im Jahre 2014 entwendet worden, wofür die Beklagte Ersatzleistungen von der Versicherung der Klägerin enthielt. Während die Klage vor dem Landgericht noch erfolgreich war, hat der VIII. Zivilsenat gegenteilig entschieden.⁹

⁹ Urteil vom 13. April 2016 – [VIII ZR 198/15](#) – MDR 2016, 640 f. = NJW-RR 2016, 1032 ff. = ZMR 2016, 525 ff.

Anders als das Landgericht gemeint hatte, lag ein **Mietmangel nicht vor**, weil es hierfür in erster Line darauf ankommt, welchen **tatsächlichen Zustand der Mietsache die Vertragsparteien vereinbart** haben. In dieser Hinsicht hatte das Landgericht aber zu Unrecht angenommen, die im Mietvertrag enthaltene Verpflichtung der Beklagten zur Ausstattung der Wohnung mit einer Einbauküche habe nachträglich keine Änderung erfahren.

Der **Mietvertrag war nachträglich wirksam abgeändert worden**, da die Beklagte mit der im Genehmigungsschreiben enthaltenen Formulierung, „wenn Sie von dieser Genehmigung Gebrauch machen, so erkennen Sie die vorgenannten Bedingungen an“, auf den Zugang einer Annahmeerklärung gemäß § 151 Satz 1 BGB verzichtet hatte.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, wonach die Verpflichtung zur Ausstattung der Wohnung mit einer Einbauküche nicht entfallen sei, verkennt anerkannte Auslegungsgrundsätze, da sie **dem Wortlaut des Genehmigungsschreibens und dem Gebot der beiderseits interessengerechten Auslegung widerspricht**. Inhaltlich hatte sich die Klägerin mit dem von ihr akzeptierten Genehmigungsschreiben nur dazu verpflichtet, die vorhandene Küche ordnungsgemäß aufzubewahren, aber nicht jede Nutzung zu unterlassen. Die Klägerin hatte zwar kein Interesse mehr daran, die Küche weiter zu benutzen; das Interesse der Beklagten war jedoch erkennbar darauf gerichtet, keine rechtlichen oder wirtschaftlichen Nachteile zu erleiden und insbesondere die Küche nach einem Auszug der Klägerin wieder verwenden zu können. Damit ist die mietvertragliche Gebrauchsgewährungspflicht dahingehend modifiziert worden, dass solange keine Einbauküche geschuldet wurde, als die Klägerin eine eigene KÜcheneinrichtung verwendete. Folglich konnte mit dem Abhandkommen der Küche auch kein Mietmangel entstanden sein.

Die Beklagte handelte auch **nicht treuwidrig**, indem sie Versicherungsleistungen vereinnahmte, weil sie nicht doppelt „abkassierte“. Die Versi-

cherungsleistung hatte lediglich den Substanzschaden abgegolten und stand in keinem Zusammenhang mit der Mietzahlungspflicht, über die die Parteien im Genehmigungsschreiben keine Regelung getroffen hatten.

1.3 Schönheitsreparaturen

Zu dieser Thematik sind in Berichtszeitraum keine Urteile oder begründeten Beschlüsse des VIII. Zivilsenats ergangen.

1.4 Mieterhöhungen

Bezüglich dieser Materie musste sich der Bundesgerichtshof mit folgenden Rechtsfragen auseinandersetzen.

a)

In mehreren Parallelverfahren hatte sich der Vermieter in seinen Erhöhungserklärungen auf eine Art „Typengutachten“ eines Sachverständigen berufen, das Angaben zur örtüblichen Vergleichsmiete für die dortigen Zwei-, Drei- und Vierzimmerwohnungen enthielt und dieses Gutachten seinen Schreiben beigelegt. Der Senat hat in insgesamt sechs Urteilen vom gleichen Tag die **formelle Wirksamkeit der Mieterhöhungsverlangen** bejaht, da das Gutachten den Anforderungen des § 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB entsprach.¹⁰

Die nach § 558a BGB erforderliche Begründung soll dem Mieter nur die Tatsachen vermitteln, die er zur Überprüfung einer begehrten Mieterhöhung benötigt. Bedient sich der Vermieter eines **Sachverständigengutachtens**, genügt es, wenn das Gutachten **eine Aussage über die tatsächliche, ortsübliche Vergleichsmiete trifft** und die zu **beurteilen-**

¹⁰ Urteile vom 03. Februar 2016 – [VIII ZR 68/15](#) – MDR 2016, 386 f. = NJW 2016, 1385 f. = NZM 2016, 355 f. sowie – [VIII ZR 66/15](#) – ZMR 2016, 434 f. – [VIII ZR 67/15](#) –, – [VIII ZR 69/15](#) –, [VIII ZR 70/15](#) – und – [VIII ZR 94/15](#) –.

de Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnet. Anders als das Landgericht gemeint hatte, bedarf es nicht zusätzlich einer Darstellung hinsichtlich der Entwicklung der Mieten in den letzten vier Jahren, da der Vermieter mit seinem Erhöhungsverlangen nicht bereits den Nachweis für die ortsübliche Vergleichsmiete führen muss.

Die angefochtene Entscheidung stellte sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO) dar, da selbst dann, wenn – wofür Anhaltspunkte fehlen – das Gutachten nicht auf die Bestandsmieten abgestellt hätte, darin kein Mangel liegt, der zur Unverwertbarkeit führt. Entsprechendes gilt im Blick auf die Identifizierbarkeit der herangezogenen Vergleichswohnungen.

b)

Ein Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO, der zur Zurücknahme der Revision führte, befasst sich mit dem Berliner Mietspiegel 2011.¹¹

Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass an die **Begründung einer Mieterhöhung nach § 558a BGB keine überhöhten Anforderungen** gestellt werden dürfen. So genügt es regelmäßig wenn **die ortsübliche Vergleichsmiete und die einschlägige Kategorie des Mietspiegels** genannt werden, da dem Mieter nur eine ansatzweise Überprüfung ermöglicht werden soll. Die Richtigkeit dieser Einordnung berührt die formelle Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens dagegen nicht. Hieran ist festzuhalten.

Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg, weil die formelle Wirksamkeit nicht daran scheitert, dass der Berliner Mietspiegel 2011 erklärt, „auf Wohnungen in Ein- und Zweifamilienhäuser sowie Reihenhäuser“ nicht anwendbar zu sein. Der Senat hat bereits entschieden, dass in einem Erhöhungsverlangen hinsichtlich **eines Einfamilienhauses auf**

¹¹ Beschluss vom 26. April 2016 – [VIII ZR 54/15](#) – NJW 2016, 2565 f. = NZM 2016, 580 f. = WuM 2016, 502 f.

einen nicht einschlägigen Mietspiegel Bezug genommen werden kann, wenn sich die **angestrebte Mieterhöhung im Rahmen der Preisspanne für Mehrfamilienhäuser** bewegt, da es einem Erfahrungssatz entspricht, dass Einfamilienhäuser teurer vermietet werden. Nichts anderes gilt – wie das Landgericht entschieden hatte – auch hier, da das Fehlen entsprechenden Datenmaterials nur dazu führt, dass der Mietspiegel keine Indizwirkung für die gerichtliche Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete entfalten kann. Dies ändert aber nichts daran, dass – was ausreichend ist – dem Mieter eine ansatzweise Überprüfung möglich ist, weil erfahrungsgemäß für Reihenendhäuser höhere Mieten als in Mehrfamilienhäusern gezahlt werden.

1.5 Kündigungen

Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kündigungen klären die nachfolgenden Entscheidungen:

a)

Ein uneinsichtiger Mieter, der sich **weigerte, sein Heiz- und Lüftungsverhalten zu ändern** und der deshalb in einem Vorprozess bereits **rechtskräftig zu Schadensersatz verurteilt** worden war, stand im Mittelpunkt eines Revisionsverfahrens. Nachdem Vollstreckungsversuche gegen den Mieter wegen des zwischenzeitlichen Bezugs von Arbeitslosengeld II und der Abgabe einer Vermögensauskunft nach § 802c ZPO erfolglos geblieben waren, hatte der Testamentsvollstrecker der verstorbenen Vermieterin die fristlose sowie hilfsweise die fristgerechte Kündigung wegen Zahlungsverzugs und Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses erklärt. Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Landgerichts, welches die Räumungsklage abgewiesen hatte, aufgehoben

und den Rechtsstreit wegen mangelnder Sachverhaltser schöpfung zurückverwiesen.¹²

Es kann letztlich dahin stehen, ob – wie das Berufungsgericht gemeint hatte – eine **unverschuldete Zahlungsunfähigkeit** vorliegt oder sich der für ein fehlendes Verschulden darlegungs- sowie beweispflichtige Mieter allein durch die Abgabe einer Vermögensauskunft entlasten könne. Die Sichtweise des Berufungsgerichts griff jedenfalls deshalb **gehörs- und verfahrenswidrig** zu kurz, weil die Kündigung auch darauf gestützt worden war, dass der Beklagte seine **Verantwortung für Feuchtigkeitsschäden weiterhin in Abrede stellte**. Dieses Verhalten war geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen, denn ein Mieter ist **vertraglich zur Obhut über die Mietsache verpflichtet**. Leugnet ein Mieter weiterhin sein mangelndes Heiz- und Lüftungsverhalten, obwohl deswegen gegen ihn bereits ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, gibt er zu erkennen, dass er sein Verhalten nicht ändern will. Die Fortsetzung eines schadensursächlichen Verhaltens stellt aber eine **erhebliche Vertragsverletzung** i.S.d. § 573 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 BGB dar.

b)

Abermals um **staatliche Transferleistungen** wurde in einem Verfahren gestritten, in dem die klagende Vermieterin die ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen **wiederholt unpünktlicher Mietzahlungen** erklärt hatte. Anders als das Landgericht, das die Klage abgewiesen hatte, hat der Senat das Vorliegen von Kündigungsgründen nicht ausgeschlossen.¹³

Zwar trifft es zu, dass sich **ein Mieter das Verschulden einer Behörde** bei der Erbringung staatlicher Transferleistungen **nicht zurechnen lassen** muss, da daran festzuhalten ist, dass die Behörde nicht als Erfüllungsge-

¹² Urteil vom 13. April 2016 – [VIII ZR 39/15](#) – MDR 2016, 760 f. = NJW-RR 2016, 849 f. = NZM 2016, 550 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹³ Urteil vom 29. Juni 2016 – [VIII ZR 173/15](#) – MDR 2016, 1080 f. = NJW 2016, 2805 f. = NZM 2016, 635 f.

hilfe des Mieters tätig wird, wenn sie die hoheitliche Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrnimmt.

Allerdings folgt aus einem fehlenden Verschulden nicht, dass damit ein Grund für ein fristlose Kündigung zu verneinen wäre, denn das Verschulden stellt im Rahmen der gemäß **§ 543 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Gesamtabwägung** nur einen einzelnen – wenngleich gewichtigen – Gesichtspunkt dar. Gemessen daran hatte das Berufungsgericht den Prozessstoff nicht erschöpft, weil es auch **die Dauer, die Anzahl und die Höhe der einzelnen Verspätungen** festzustellen gehabt hätte. Ferner kann insoweit von Bedeutung sein, ob der **Vermieter auf pünktliche Zahlungen angewiesen** ist, um seinen Lebensunterhalt zu bestreiten oder laufende Kredite zu bedienen. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, ob das **Mietverhältnis bisher störungsfrei** verlaufen ist oder – wie im Streitfall – bereits einmal eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgesprochen worden war, die erst aufgrund einer Schonfristzahlung unwirksam wurde. Angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhalte können diesbezüglich aber **keine allgemein gültigen Regeln** aufgestellt werden, sondern über das **Ergebnis der Gesamtabwägung hat der Tatrichter zu befinden.**

Letztlich traf es auch nicht zu, dass das Landgericht ein Verschulden der Beklagten zu 1 verneint hatte. Nach dem Rechtgedanken des § 280 Abs. 1 BGB ist das Verschulden zu vermuten, so dass **der auf Transferleistungen angewiesene Mieter darzulegen und zu beweisen hat, dass er die Leistungen frühzeitig und unter Vorlage ausreichender Nachweise beantragt hatte.** Ebenso ist es dem Mieter zumutbar, **bekannte Zahlungsver säumnisse zu monieren** und die Behörde auf eine bereits erhaltene Abmahnung des Vermieters hinzuweisen.

c)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war das Rechtsmittel der klagenden Mieter, die **Schadensersatz wegen vorgetäuschten Eigen-**

bedarfs beansprucht hatten, erfolgreich, da das Landgericht deren Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör verletzt hatte.¹⁴

Das Berufungsgericht hatte in seinem Zurückweisungsbeschluss allein darauf abgestellt, dass die Beweiswürdigung des Amtsgerichts, welches aus der Vernehmung des Neffen des Beklagten gefolgert hatte, es habe tatsächlich Eigenbedarf vorgelegen, nicht zu beanstanden sei. Diese Wertung hatte sich mit **zentralem Vorbringen des Klägers nicht befasst**, da dieser bereits erstinstanzlich geltend gemacht hatte, dass es dem Vermieter allein darum gegangen sei, das Anwesen zum Zwecke der Erzielung eines möglichst hohen Verkaufspreises zu entmieten. Das Mietobjekt sei wenige Monate nach dem Auszug der Kläger auch an einen Dritten veräußert worden. Das Anwesen sei den Klägern im Jahre 2008 selbst zum Kauf angeboten worden; diese Verkaufsverhandlungen seien jedoch an den differierenden Preisvorstellungen gescheitert. Daneben habe der Beklagte ab 2008 mit anderen Kaufinteressenten Besichtigungen durchgeführt und zudem einen Makler beauftragt, der noch nach Ausspruch der Eigenbedarfskündigung und während der laufenden Kündigungsfrist intensive Verkaufsbemühungen entfaltet habe.

Mit diesem beweisbewehrten Vorbringen, nach dem der Beklagte durchgängig an seiner Verkaufsabsicht festgehalten habe, hatte sich das Landgericht nicht befasst, sondern allein auf die erstinstanzliche Beweiswürdigung abgestellt. Diesbezüglich war das Landgericht aber nicht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die Beweiswürdigung des Amtsgerichts gebunden, weil vorgetäuschter Eigenbedarf auch dann vorliegt, wenn eine **Mietsache der Eigenbedarfsperson in der Erwartung überlassen wird**, die Nahbereichsperson könne im **Falle eines gewinnbringenden Verkaufs zu einem Auszug ohne Schwierigkeiten veranlasst** werden. Das Vorbringen der Kläger war auch nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, da zweitinstanzlich nur ergänztes oder vertieftes Vorbringen nicht als neu

¹⁴ Beschluss vom 10. Mai 2016 – [VIII ZR 214/15](#) – MDR 2016, 817 f. = NJW-RR 2016, 982 ff. = ZMR 2016, 611 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

anzusehen ist und zudem unstreitig war, dass der Makler über die Kündigungsfrist hinaus tätig war.

Ob der Räumungsvergleich im Vorprozess den Kausalzusammenhang durchbrochen hatte, hat das Landgericht in seinem Hinweisbeschluss nur cursorisch erwogen. Ein Auslegungsergebnis dahin gehend, mit dem gerichtlichen Vergleich seien auch Schadensersatzansprüche abgegolten worden, ist jedoch fernliegend, weil die Annahme eines stillschweigenden Verzichts nur unter engen Voraussetzungen in Betracht kommt und es dafür besonderer Anhaltspunkte bedarf.¹⁵

1.6 Nebenkosten

Hierzu sind im Berichtszeitraum die folgenden Entscheidungen ergangen:

a)

Um eine **Heizkostenabrechnung** wurde in einem Verfahren gestritten, in dem die Wohnung der Beklagten mit Heizkostenverteilern ausgestattet ist, während andere Wohnungen über Wärmemengenzähler verfügen. Die Klägerin hatte daher zuerst die Kilowattstunden in Abzug gebracht, die auf die Wohnungen mit Wärmemengenzähler entfielen und den verbleibenden Rest auf die anderen Wohnungen umgelegt. Da eine **Vorerfassung des Verbrauchs nicht stattfand**, kürzte die Klägerin den ermittelten Verbrauchskostenanteil um 15%. Der Senat hat der Klage überwiegend stattgegeben.¹⁶

Die Heizkostenabrechnung widersprach zwar insoweit § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenVO als hinsichtlich der **unterschiedlichen Nutzergruppen keine Vorerfassung** stattgefunden hatte. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht aber darin, dass daher **eine nach der Wohnfläche**

¹⁵ so bereits Urteil vom 10. Juni 2015 – [VIII ZR 99/14](#) – NJW 2015, 2324 ff.; wir haben berichtet.

¹⁶ Urteil vom 20. Januar 2016 – [VIII ZR 329/14](#) – MDR 2016, 317 f. = NJW-RR 2016, 585 ff. = NZM 2016, 381 f.

ermittelte Neuberechnung erforderlich werde, da sich dieses Erfordernis § 12 Abs. 1 HeizkostenVO, der lediglich ein Kürzungsrecht vorsieht, nicht entnehmen lässt. Die Erfassung des individuellen Verbrauchs ist das Kernanliegen der HeizkostenVO; hierfür ist aber eine Abrechnung auch dann geeignet, wenn sie der HeizkostenVO nicht vollumfänglich entspricht. Für eine wohnflächenabhängige Abrechnung besteht daher nur dann Anlass, wenn der Verbrauch überhaupt nicht ermittelt wurde.

b)

Ein weiteres Revisionsurteil befasst sich dagegen mit einer **formulärmäßigen Umlagevereinbarung**, deren Wirksamkeit der VIII. Zivilsenat bejaht hat.¹⁷

Nach der Rechtsprechung des Senats können – auch in einem Formularvertrag – Betriebskosten dadurch umgelegt werden, dass nur auf die Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung verwiesen wird. Unerheblich ist, dass der Mietvertrag vorliegend noch auf die Zweite Berechnungsverordnung verwies, obwohl er nach dem 01. Januar 2007 abgeschlossen worden war.

Die Auslegung ergibt nämlich, dass damit der **Betriebskostenkatalog** gemeint ist, wie er in der – seitdem gültigen und weitgehend identischen – **BetriebskostenVO** niedergelegt ist. Der Begriff der Betriebskosten wird seit langem durch Rechtsverordnung und später das Gesetz einheitlich definiert, weshalb er auch vorliegend in einem feststehenden Sinne zu verstehen ist. Dass der Vertrag auf die bereits außer Kraft getretene Zweite BerechnungsVO verweist, stellt sich demgegenüber als unschädliche Falschbezeichnung dar.

Mit diesem Inhalt verstößt die Klausel dann auch nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil der Verwender sich etwaige

¹⁷ Urteil vom 10. Februar 2016 – [VIII ZR 137/15](#) – MDR 2016, 452 f. = NJW 2016, 1308 ff. = NZM 2016, 235 ff.

Missverständnisse nur zurechnen lassen muss, wenn er Fehlvorstellungen seiner Kunden durch unklare oder mehrdeutige Formulierungen hervorruft. Daran fehlt es, wenn ein Begriff seit langem gesetzlich definiert ist.

c)

Auf dieser Linie liegt auch ein Hinweisbeschluss nach § 552a ZPO, der zur Zurücknahme der Revision führte.¹⁸

Ein Zulassungsgrund bestand nicht mehr, nachdem der Senat entschieden hatte, dass es ausreicht, wenn der Mieter die „Betriebskosten“ zu tragen hat. Hierfür ist es auch ohne Bedeutung, ob eine Pauschale oder Vorauszahlungen mit Abrechnungspflicht vereinbart wurden.

d)

Ein Revisionsverfahren, in dem die klagenden Mieter gezahlte Betriebskosten zurückforderten, befasst sich mit der **Reichweite des Einwendungsausschlusses nach § 556 Abs. 3 Satz 5, Satz 6 BGB**. Der Senat hat zwar entschieden, dass auch **nicht umlagefähige Betriebskosten** dem Einwendungsausschluss unterfallen; die Revision hatte aber aus anderen Gründen (teilweise) Erfolg.¹⁹

Unbegründet war die Revision jedoch, soweit ein Teilbetrag von 700,00 € deshalb verlangt wurde, weil in dieser **Höhe geleistete Vorauszahlungen** nicht in die Betriebskostenabrechnung eingeflossen waren. Dieser Fehler betrifft – wie der Senat bereits entschieden hatte – nur die **inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung**, weshalb eine formell wirksame Abrechnung vorlag, die die Einwendungsfrist in Lauf setzte.

Im Ausgangspunkt zutreffend war das Landgericht noch davon ausgegangen, dass die Rückforderung **nicht umlagefähiger Nebenkosten grundsätzlich an § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB scheitert**. Die Bestimmung verfolgt

¹⁸ Beschluss vom 07. Juni 2016 – [VIII ZR 274/15](#) – WuM 2016, 489 f.

¹⁹ Urteil vom 11. Mai 2016 – [VIII ZR 209/15](#) – MDR 2016, 875 f. = NJW 2016, 2254 ff. = NZM 2016, 470 ff. m. Anm. Zehelein; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

eine Befriedungsfunktion, weil innerhalb absehbarer Zeit Klarheit über die wechselseitigen Ansprüche bestehen soll. Diese Funktion wäre nicht ausreichend gewährleistet, wenn der Mieter noch längere Zeit die Umlagefähigkeit einzelner Kosten in Abrede stellen könnte, zumal die Abgrenzung zwischen umlage- und nicht umlagefähigen Kosten Schwierigkeiten aufwerfen kann. Ein Wertungswiderspruch zu § 556 Abs. 1 BGB ergibt sich nicht, da der Grund für die Unrichtigkeit ohne Bedeutung ist.

Allerdings ist dem Beklagten im Streitfall ein **Berufen auf den Einwendungsausschluss nach § 242 BGB versagt**, da er seiner Nebenkostenabrechnung auch die Abrechnung der Eigentümergemeinschaft beigefügt hatte.²⁰ Darin werden die Kosten für Verwaltung, Instandhaltung und Rücklage aber als nicht umlagefähig bezeichnet. Damit hatte der Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass ihm diese Kosten nicht zustehen, woran er sich nach Ablauf der Einwendungsfrist festhalten lassen muss.

e)

Eine Aufgabe früherer Rechtsprechung betrifft dagegen ein Urteil, in dem die Klägerin als Vermieterin einer aus **mehreren Gebäuden bestehenden Mietanlage** die Nebenkosten jeweils nach Gebäuden abgerechnet hatte. Da die **Kosten für Müllabfuhr, Wasser und Abwasser von den Stadtwerken einheitlich abgerechnet** werden, hatte die Klägerin in einem ersten, **nicht offen gelegten Rechenschritt die Gesamtkosten auf die einzelnen Gebäude verteilt** und dann den einzelnen Kostenanteil der Mieter errechnet. Das Landgericht hatte die in der Nebenkostenabrechnung enthaltenen „Gesamtkosten“ missbilligt, da diese nicht dem Betrag entsprachen, der der Klägerin in Rechnung gestellt wurde. Der

²⁰ Der Umweg über § 242 BGB erscheint bedenklich, da die Abrechnung damit widersprüchlich war und – entsprechend den Grundsätzen hinsichtlich der Behandlung eines offenen Kalkulationsirrtums – dahingehend hätte ausgelegt werden können, dass nach §§ 133, 157 BGB nur die umlagefähigen Kosten Gegenstand der Rechnung waren. Im Falle einer Überzahlung hätte sich konsequenterweise dann auch die Frage nach einem Bereicherungsausschluss nach § 814 BGB gestellt, so dass es letztlich auf § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB nicht angekommen wäre.

Senat hat die Nebenkostenabrechnung dagegen als formell wirksam angesehen.²¹

Der Senat hält an seiner früheren Judikatur, wonach die Angabe „bereinigter“ Gesamtkosten dem Erfordernis des § 259 BGB widerspreche, nicht mehr fest. In der neueren Rechtsprechung ist wiederholt betont worden, dass in formeller Hinsicht **keine überhöhten Anforderungen** an eine Betriebskostenabrechnung gestellt werden dürfen. So ist beispielsweise auch entschieden worden, dass der Vermieter nicht auch die rechnerischen Zwischenschritte aufdecken muss, die erforderlich werden, wenn der Versorger kalenderjahresübergreifend abrechnet. Entscheidend ist daher, die **Interessen der Mieter und des Vermieters zu einem gerechten Ausgleich zu bringen**. Beide Seiten haben ein erkennbares Interesse daran, dass die Abrechnung nicht überfrachtet und übersichtlich gestaltet wird. Der Mieter hat primär ein Interesse daran, die Umlagefähigkeit, den Umlageschlüssel und den auf ihn entfallenden Kostenanteil zu erkennen. Die rechnerische Richtigkeit kann der Mieter dann durch eine Belegeinsicht verifizieren. Damit genügt es in formeller Hinsicht, wenn der Vermieter nur die auf ein einzelnes Gebäude entfallenden Gesamtkosten angibt.

f)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde um die **Kosten der Müllentsorgung** gestritten. Hierzu hatte die Beklagte zuerst mitgeteilt, dass die Entsorgungskosten künftig zu 30% nach der Wohnfläche und zu 70% nach dem erfassten Verbrauch abgerechnet würden. Später teilte die Beklagte mit, dass aufgrund der kommunalen Abgabensatzung eine Mindestschüttmenge berechnet werde, die für einen Zweipersonenhaushalt 10 Liter pro Woche betrage. Der Kläger war der Ansicht, dass nur eine Abrechnung nach tatsächlichem Verbrauch statthaft sei und hat deshalb eine Neuberechnung bzw. Rückzahlung gefordert. Dieser Auffassung ist der Senat nicht gefolgt, da § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB es gestat-

²¹ Urteil vom 20. Januar 2016 – [VIII ZR 93/15](#) – MDR 2016, 262 f. = NJW 2016, 866 ff. = NZM 2016, 192 ff.

tet, hinsichtlich der **Müllkosten eine angemessene Mindestmenge** zu berücksichtigen.²²

Die Bestimmung eröffnet auch bei **erfasstem Verbrauch einen gewissen Spielraum**, weshalb auch verbrauchs- und verursachungsunabhängige Kostenbestandteile in die Umlage einbezogen werden können. Der Gesetzeswortlaut des § 556a Abs. 2 Satz 2 BGB („ganz oder teilweise“) belegt, dass auch der **kombinierte Ansatz einer Mindestmenge** zulässig ist. Dies entspricht auch dem Grundsatz der Kostengerechtigkeit, da vertragsuntreuen Mietern der Anreiz für eine „wilde“ Müllbeseitigung genommen wird. Der konkrete Ansatz einer Mindestmenge von 10 Litern entspricht der Billigkeit, weil sie sich an der öffentlichen Abfallsatzung orientiert. Da bereits die Erfassung des Verbrauchs die Gefahr anderweitiger Entsorgung birgt, ist der Vermieter auch nicht gehalten, eine Zweckentfremdung konkret nachzuweisen. Die Beklagte war auch nicht gehalten, auf eine erneute Anpassung des Umlageschlüssels zu verzichten, denn eine einmal geänderte Umlage kann sich für einen späteren Abrechnungszeitraum wieder als korrekturbedürftig erweisen.

g)

In einem weiteren Verfahren war die **Umlagefähigkeit einzelner Kostenpositionen** streitig. Die Revision der klagenden Mieter, die ein Guthaben ermittelt hatten, hatte vollumfänglich Erfolg; das Rechtsmittel der Beklagten war überwiegend erfolgreich.²³

Die **Kosten der Pflege für eine die Wohnanlage umgebende Parkanlage** sind nach § 2 Nr.10 BetrKV nur umlagefähig, wenn sie einen Bezug zur Mietsache aufweist. Daran fehlt es, wenn der Park nach bauplanerischen Bestimmungen oder aufgrund einer (stillschweigenden) Widmung des Vermieters **auch der Öffentlichkeit** zugänglich ist. Allein eine

²² Urteil vom 06. April 2016 – [VIII ZR 78/15](#) – MDR 2016, 761 f. = NJW-RR 2016, 713 f. = NZM 2016, 437 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²³ Urteil vom 10. Februar 2016 – [VIII ZR 33/15](#) – MDR 2016, 508 f. = NJW 2016, 1439 f. = NZM 2016, 353 f.

fehlende Einzäunung oder ein Erholungswert (auch) für den Mieter vermag einen Wohnbezug nicht zu begründen. Davon unabhängig sind allerdings die Kosten für die Beseitigung von Verunreinigungen grundsätzlich umlagefähig.

Der Beklagten sind dagegen die Kosten für **Hauswart, Winterdienst und Fußwegreinigung** zuzuerkennen. Hinsichtlich des Hauswarts bedarf es keiner weiteren **Aufschlüsselung nach umlegbaren und nicht umlagefähigen Kosten**, wenn der Vermieter – wie im Streitfall – dafür **zwei unterschiedliche Verträge** abgeschlossen hat. In diesem Fall besteht auch kein Einsichtsrecht in beide Verträge. Bezüglich des **Winterdiensts und der Fußwegreinigung** hatte das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten übersehen, dass sie die auf die Garagenplätze entfallenden Kosten selbst getragen habe. Auch insoweit hat es keiner weiteren Aufschlüsselung in der Betriebskostenabrechnung bedurft. Hinsichtlich der **Kosten für die Wartung der Blitzschutzanlage und der Druckerhöhung bei der Wasserversorgungsanlage** war die Revision dagegen bereits unzulässig, da die Beklagte hinsichtlich dieser Kosten die Entscheidung des Amtsgerichts nicht in ihrer Berufungsbegründung gerügt hatte.

1.7 Preisgebundener Wohnraum

Diese Materie hat den VIII. Zivilsenat in folgenden Entscheidungen beschäftigt:

Zwei Beschlüsse gemäß § 552a ZPO befassen sich mit einer aus drei Hochhäusern bestehenden Wohnanlage, in der nach dem **Landeswohnraumförderungsgesetz für Baden-Württemberg** (nachfolgend LWoFG) in Verbindung mit einer Satzung der Stadt Mannheim die **Miete nicht höher sein darf, als die um 10% verminderte, ortsübliche Vergleichsmiete**. Die Mieter vertreten dabei die Ansicht, dass die Wohnlage

nach dem Mietspiegel als „normal“ anzusehen sei, während die Vermieterin von einer „guten“ Wohnlage ausgeht, weshalb eine Vielzahl von Prozessen – mit unterschiedlichen Parteirollen – anhängig ist. Der Senat hat eine Zulassungsrelevanz der Rechtssache verneint, worauf die Vermieterin ihre Rechtsmittel zurücknahm.²⁴

Die vom Berufungsgericht formulierte Rechtsfrage nach den Folgen einer Überschreitung der zulässigen Miete stellt sich nicht, da nach der gesetzlichen Regelung (§§ 19 Abs. 5, 32 Abs. 3, 29 LWoFG) nicht zweifelhaft ist, dass die Vereinbarung einer höheren als der höchstzulässigen Miete unwirksam ist.

Die Revisionen haben auch keine Aussicht auf Erfolg, da das Landgericht verfahrensfehlerfrei die Wohnanlage als „durchschnittlich“ i.S.d. Mannheimer Mietspiegels angesehen hatte. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme liegt nicht vor, weil das Landgericht das in einem Parallelverfahren erzielte Ergebnis eines Augenscheins vorliegend urkundlich verwerten durfte und sich die Parteien damit auch einverstanden erklärt hatten. Die Vernehmung eines Zeugen dazu, ob die Stadt Mannheim die Wohnlage als „gut“ ansehe, war entbehrlich, weil es sich hierbei um **eine Rechtsfrage handelt, die das Gericht zu beantworten hat.**

2. Gewerberaummiete und Pachtrecht

Rechtsfragen aus dem Bereich des Gewerbemiet- und Pachtrechts eröffnen geschäftsplanmäßig die Zuständigkeit des XII. Zivilsenats.

²⁴ Beschlüsse vom 15. März 2016 – [VIII ZR 82/15](#) – ZMR 2016, 519 sowie – [VIII ZR 87/15](#) – WuM 2016, 290 ff.; an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

a)

In diesem Zusammenhang musste sich der XII. Zivilsenat in mehreren Entscheidungen mit der **formularmäßigen Verpflichtung des Mieters zum Beitritt zu einer Werbegemeinschaft** befassen.

aa)

Das erste Urteil behandelt eine Werbegemeinschaft, die als **eingetragener Verein strukturiert** ist und deren satzungsmäßiger Zweck in der Bewerbung und Förderung eines Einkaufszentrums besteht. Im Formularmietvertrag heißt es dazu:

„Die Mieterin verpflichtet sich, der vorgenannten Werbegemeinschaft beizutreten und die Mitgliedschaft während des Bestandes des Mietverhältnisses ununterbrochen beizubehalten (Anlage 2). Die Mieterin erkennt die Satzung der Werbegemeinschaft als Bestandteil des vorliegenden Mietvertrages an. Beschlüsse des Werbevorstands und der Vollversammlung der Werbegemeinschaft sind für alle Mieter verbindlich.“

Der Beklagte, der in dem Einkaufszentrum eine Apotheke betreibt, hatte mit Schreiben vom 28. März 2013 die Kündigung der Mitgliedschaft zum nächstmöglichen Zeitpunkt erklärt. Die Klage des Vereins auf Zahlung rückständiger Mitgliedsbeiträge war in allen Instanzen erfolgreich.²⁵

Der Beklagte war dem Kläger wirksam als Mitglied beigetreten, da die **Beitrittserklärung kein Umgehungsgeschäft i.S.d. § 306a BGB** darstellt. Ein Umgehungsgeschäft wäre nur dann anzunehmen, wenn der Verwender eine Rechtsbeziehung missbräuchlich gesellschafts- oder vereinsrechtlich ausgestalten würde, um mittels der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB einer AGB-Kontrolle zu entgehen. Allerdings eröffnet § 306a BGB nur die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle, weshalb es an einem **Umgehungsgeschäft auch dann fehlt**, wenn nach **Maßgabe des § 307 BGB keine unangemessene Benachteiligung** vorliegt. Die

²⁵ Urteil vom 13. April 2016 – [XII ZR 146/14](#) – NJW 2016, 2489 ff. = NZM 2016, 520 ff. = ZIP 2016, 1434 ff.

Beitrittsklausel hielt im Streitfall jedoch einer AGB-rechtlichen Kontrolle stand.

Dass die Klausel nicht gemäß § 305c BGB überraschend ist, hatte der Senat bereits entschieden. Auch eine **unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB ist nicht feststellbar**, da es dafür der einseitigen Inanspruchnahme einer rechtlichen Gestaltungsmacht durch den Verwender bedarf, um eigene Interessen zum Nachteil des Vertragspartners durchzusetzen. Daran fehlt es bei einem Zusammenschluss zu einer Werbegemeinschaft, wenngleich diese auch im Interesse des Vermieters die Attraktivität des Einkaufszentrums steigert. Allerdings könnte der Vermieter dieses Ziel auch dadurch erreichen, dass er die Werbung selbst übernimmt und entstandene Kosten als Betriebskosten auf die Mieter umlegt. Durch eine Pflichtmitgliedschaft erlangt der einzelne Mieter demgegenüber zusätzliche Mitwirkungs- und Kontrollrechte, während gemeinsam beschlossene Werbemaßnahmen die Akzeptanz erhöhen und zu einem erhöhten Einvernehmen zwischen den Mietern führen können.

Auch die durch **Art. 9 GG geschützte (negative) Vereinigungsfreiheit**, die bei der Auslegung des § 307 BGB gleichfalls zu berücksichtigen ist, vermag keine unangemessene Benachteiligung zu begründen, da diese **nicht schrankenlos geschützt** ist und die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit jedenfalls aufgrund **sachlicher Gründe gerechtfertigt** ist. Soweit der Senat ausgesprochen hat, der Beitritt eines Mieters zu einer als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts organisierten Werbegemeinschaft sei unangemessen benachteiligend, beruhte dies auf den persönlichen Haftungsrisiken, die dem einzelnen Mieter – insbesondere bei Wettbewerbsverstößen – drohen. Im Falle eines eingetragenen Vereins ist die Sachlage eine andere, da die Mitglieder nicht persönlich haftbar sind und auch keine Durchgriffshaftung stattfindet.

Die Klausel hält auch dem **formularmäßigen Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)** stand, da in der Satzung des Klägers die monatlichen

Beiträge – gestaffelt nach der Größe der Mietfläche – angegeben wurden und die Satzung zum Bestandteil des Mietvertrages gemacht wurde. Unerheblich ist, dass zu Beginn des Mietverhältnisses etwaige Beitragserhöhungen noch nicht absehbar waren, da es insoweit ausreicht, wenn sich der Mieter ein grobes Bild von etwaigen Kostensteigerungen machen kann. Damit ist die Sachlage eine wesentlich andere als in einer früheren Senatsentscheidung²⁶, in der die Werbegemeinschaft noch nicht gegründet worden war und die Höhe der Beiträge offen war.

Damit ging die Kündigung des Beklagten ins Leere, weil die Satzung – rechtlich unbedenklich (§ 39 Abs. 2 BGB) – eine Kündigungsfrist von zwei Jahren vorsah. Die Klage ist auch in der Höhe berechtigt, weil der Beklagte auch die auf die **Beiträge entfallende Mehrwertsteuer** zu tragen hat, wenngleich die Satzung diesbezüglich keine Regelung enthält. Diese Regelungslücke ist jedoch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, da der Kläger die Mitgliedsbeiträge in vollem Umfang für den satzungsmäßigen Zweck zu verwenden hat und die Mitglieder ihre Beiträge in vollem Umfang zu erbringen haben. Wäre die dem Kläger in Rechnung gestellte Umsatzsteuer nicht umlagefähig, ergäbe sich eine Deckungslücke.

bb)

In der zweiten Entscheidung ist die Werbegemeinschaft dagegen erst nachträglich und als Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet worden. Der Senat konnte sich kürzer fassen, weil die **Revision der Beklagten bereits an gesellschaftsrechtlichen Erwägungen scheiterte**.²⁷

Die in Prozessstandschaft erhobene Klage war zulässig, weil die Werbegemeinschaft die Klägerin ausdrücklich zur Geltendmachung von Beitragsansprüchen ermächtigt hatte und diese auch über ein rechtlich schutzwürdiges Interesse verfügt, nachdem sie mittels eines Geschäfts-

²⁶ Urteil vom 12. Juli 2006 – [XII ZR 39/04](#) – NJW 2006, 3057 f.

²⁷ Urteil vom 11. Mai 2016 – [XII ZR 147/14](#) – MDR 2016, 759 = NJW 2016, 2492 f. = NZG 2016, 828 f.

besorgungsvertrages mit der Durchführung von Werbemaßnahmen in eigener Verantwortung beauftragt worden war.

Ob der Beitritt zu der Werbegemeinschaft wirksam war, konnte vorliegend dahinstehen, weil **nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft etwaige Beitrittsmängel nur durch Kündigung mit Wirkung für die Zukunft** geltend gemacht werden können und bis zum Zugang einer Kündigungserklärung der Gesellschafter zur Erbringung der versprochenen Leistung verpflichtet war. Der Beitritt war auch vollzogen worden, da die Beklagte jedenfalls in der Vergangenheit ihre Beitragspflicht erfüllt hatte.

Die Kündigung der Beklagten hatte ihre Beitragspflicht auch nicht entfallen lassen, da diese als Grundlagengeschäft an alle anderen Gesellschafter hätte gerichtet werden müssen oder die Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag jedenfalls zur Empfangnahme hätte ermächtigt werden müssen. Das Kündigungsschreiben ist allerdings an die nicht vertretungsberechtigte Klägerin adressiert worden.

b)

Zwei Parallelverfahren betrafen eine **Formularklausel**, mit der das Recht des Mieters zur **Aufrechnung und Minderung bzw. die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ausgeschlossen** wurde. Konkret lautete die Klausel wie folgt:

„Der Mieter kann gegen die Miete weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht ausüben oder die Miete mindern. Hiervon ausgenommen sind Forderungen des Mieters wegen Schadenersatz für Nichterfüllung oder Aufwendungsersatz infolge eines anfänglichen oder nachträglichen Mangels der Mietsache, den der Vermieter wegen Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu vertreten hat, und andere Forderungen aus dem Mietverhältnis, soweit sie unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif sind.“

Die Revisionen der beklagten Mieter, die wegen Wasserschäden u.a. die Miete gemindert hatten, waren erfolgreich.²⁸

Der Umkehrschluss aus § 536 Abs. 4 BGB belegt zwar, dass im Bereich der Gewerberaummiete die Mietminderung eingeschränkt werden kann. Auch die Beschränkung der Aufrechnung auf unbestrittene, rechtskräftig festgestellte oder entscheidungsreife Gegenforderungen ist formularrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden. Allerdings hält die Klausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB deshalb nicht stand, weil die Auslegung der Klausel ergibt, dass die Aufrechnung mit **Gegenforderungen außerhalb des Mietverhältnisses** auch dann ausgeschlossen ist, wenn diese **unbestritten, rechtskräftig festgestellt oder entscheidungsreif** sind. Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, erweist sich die Klausel mit diesem Inhalt als nach § 307 BGB unwirksam.

Die Bestimmung des **§ 309 Nr. 3 BGB** erklärt entsprechende Aufrechnungsausschlüsse für unwirksam. Wenngleich die Regelung gegenüber Unternehmern nicht unmittelbar anwendbar ist (§ 310 Abs. 1 BGB), hat sie doch **Ausstrahlungswirkung auf die Auslegung des § 307 BGB**, die sich an § 309 Nr. 3 BGB zu orientieren hat. Danach enthält die Klausel aber eine Verkürzung von Gegenrechten der Vertragspartner des Verwenders, die unangemessen benachteiligend wirkt und wegen des **Verbots der geltungserhaltenden Reduktion** auch nicht teilweise aufrecht erhalten werden kann. Anders wäre dies nur dann, wenn sich eine Klausel nach ihrem Wortlaut in zwei sprachlich eigenständige Bestandteile aufteilen ließ. Daran fehlte es jedoch im Streitfall, da die einzelnen Regelungsbereiche eng miteinander verknüpft sind.

c)

Ein weiterer Streitfall rankte sich um die **außerordentliche Kündigung eines Fitnessstudiovertrags**, die der Beklagte ausgesprochen hatte,

²⁸ Urteile vom 06. April 2016 – [XII ZR 29/15](#) – MDR 2016, 876 f. = NZM 2016, 585 f. = ZIP 2016, 1783 f. sowie – [XII ZR 30/15](#) – ZMR 2016, 609 f.

nachdem er zum Soldaten auf Zeit ernannt worden war. Die Klage auf Nutzungsentgelt war vor dem Landgericht erfolgreich; der Senat hat die Revision zurückgewiesen.²⁹

Die rechtliche Einordnung des Fitnessstudiovertrages konnte dahin stehen, da in den §§ 626 Abs. 1, 543 Abs. 1, 314 Abs.1 BGB gleichermaßen der allgemeine Grundsatz zum Ausdruck kommt, dass ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich kündbar ist. Ob ein **wichtiger Grund** vorliegt, beurteilt sich unter **Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und der Abwägung der beiderseitigen Interessen** danach, ob dem **Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung zumutbar** ist. Dabei trägt allerdings der Kunde, der einen längerfristigen Vertrag abschließt, das Risiko einer Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse. Anderes gilt nur, wenn – wie etwa im Falle einer Erkrankung – diese Gründe nicht beeinflussbar sind. Demgemäß bildet ein **Wohnortwechsel keinen wichtigen Grund**, weil dieser der Sphäre des Kunden zuzurechnen ist. Eine Analogie zu § 46 Abs. 8 Satz 3 TKG scheidet mangels einer planwidrigen Regelungslücke aus.

d)

Fragen in Bezug auf den **Vertragsschluss** erörtert eine Entscheidung, in der die Beklagte, eine Mobilfunkanbieterin, beabsichtigte, eine Freifläche der Klägerin anzumieten, um darauf einen Mobilfunkmast zu errichten. Hierzu übersandte die Rechtsvorgängerin der Beklagten einen noch nicht unterzeichneten Vertragsentwurf, der eine 30jährige Laufzeit vorsah und den die Klägerin geringfügig abänderte. Den unterschriebenen Vertragstext schickte die Klägerin am 09. Dezember 2003 zurück, worauf die Rechtsvorgängerin der Beklagten am 27. Januar 2004 ihre Unterschrift leistete. Nachdem die Beklagte im September 2011 eine Baugenehmigung erstritten hatte, erklärte die Klägerin, dass der Vertrag unwirksam sei

²⁹ Urteil vom 04. Mai 2016 – [XII ZR 62/15](#) – MDR 2016, 869 f. = VersR 2016, 1127 ff. = WM 2016, 1360 ff.

und sprach hilfsweise die Kündigung aus. Die Klägerin hatte negative Feststellungsklage erhoben, die vorinstanzlich erfolglos war. Auf die Revision hat der Senat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben.³⁰

Die Revision war uneingeschränkt zugelassen worden und auch in der Sache begründet, da nach den getroffenen Feststellungen die Beklagte das Angebot nicht rechtzeitig i.S.d. § 147 Abs. 2 BGB angenommen hatte. Danach kann gegenüber einem Abwesenden die Annahme nur bis zu einem Zeitpunkt erklärt werden, in dem der **Antragende den Eingang der Annahmeerklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten** darf. Diese **Frist beginnt bereits mit der Abgabe des Angebots**, während die sich **daran anschließende Überlegungsfrist, in die auch erkennbare oder bekannte Verzögerungen einzurechnen** sind, von der **Art des Angebots abhängig** ist. Die Frage nach der Rechtzeitigkeit der Annahmeerklärung unterliegt zwar primär dem tatrichterlichen Ermessen; sein Ermessen hatte das Berufungsgericht vorliegend jedoch fehlerhaft ausgeübt.

Es war schon die **Beweislast verkannt** worden, weil die Beklagte die Wirksamkeit des Vertrages geltend gemacht hatte und damit für die **Rechtzeitigkeit der Annahmeerklärung beweispflichtig** war. Hieran änderte auch die Erhebung einer **negativen Feststellungsklage** nichts, da diese **auf die Beweislastverteilung keinen Einfluss** nimmt. Der Fehler war auch entscheidend, weil das Oberlandesgericht davon ausgegangen war, die Klägerin habe die Annahmeerklärung am Folgetag, den 28. Januar 2004, erhalten. Weitergehend hatte die Vorinstanz auch zu Unrecht den Zeitraum vom 20. Dezember 2003 bis 06. Januar 2004 herausgerechnet, weil die Klägerin nicht mit dem geschäftlichen Stillstand eines Großunternehmens in dieser Zeit rechnen konnte. Der Hinweis auf die Unternehmensstruktur war ebenfalls nicht tragfähig, weil er moderne

³⁰ Urteil vom 24. Februar 2016 – [XII ZR 5/15](#) – MDR 2016, 578 ff. = NJW 2016, 1441 ff. = NZM 2016, 356 ff.

Kommunikationsmittel ausblendete und nicht berücksichtigte, dass es sich um einen Formularvertrag der Beklagten handelte, der keiner weiteren Überprüfung bedurfte. Die der Beklagten eingeräumte Überlegungsfrist von 51 Tagen war auch deshalb ermessensfehlerhaft, weil im **unternehmerischen Verkehr und bei Abschluss eines gewerblichen Mietvertrages 2 bis 3 Wochen** ausreichend waren. Selbst unter Berücksichtigung der Feiertage war daher eine Frist von mehr als 4 Wochen hier rechtlich nicht mehr haltbar.

Allerdings kann gegenwärtig nicht ausgeschlossen werden, dass das **Gebot von Treu und Glauben zu einem wirksamen Vertragsschluss** geführt hat, da sich die Klägerin ausgeschwiegen hatte oder es ihr aus sonstigen Gründen verwehrt sein kann, sich auf eine verspätete Annahme zu berufen. Hierzu hatte das Berufungsgericht aber keine Feststellungen getroffen.

Vorgenannte Frage war auch entscheidungserheblich, weil die **zeitliche Befristung des Vertrages rechtlich nicht zu beanstanden** war und die Kündigung der Klägerin daher unwirksam war. Der Formularvertrag hielt einer rechtlichen Überprüfung nach § 307 BGB stand, da eine **Laufzeit von 30 Jahren bei Mietverträgen nicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung** abweicht. Die Beklagte hatte aufgrund der beabsichtigten Investition ein berechtigtes Interesse an einer langen Laufzeit. Unerheblich war, dass die Beklagte nach 20 Jahren kündigen konnte, weil ein Gleichlauf der Bindungsfristen nicht geboten war. Ebenfalls unbedenklich war, dass die Miete erst nach der Errichtung des Mastes gezahlt wurde, denn die Klägerin hätte bei schuldhafter Verzögerung aus wichtigem Grund kündigen können. Ferner konnte sie Mietzahlung nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB beanspruchen.

e)

Eine Formulklausel mit dem Inhalt

"Die Grundsteuer zahlt die Vermieterin. Erhöhungen gegenüber der bei Übergabe des Objekts erhobenen Grundsteuer tragen die Mieter."

hatte der Senat ebenfalls auszulegen. Die Klausel wurde als **unklar i.S.d. § 305c BGB** beurteilt und die Klage abgewiesen.³¹

Zutreffend ist zwar, dass mit „erhobener“ Steuer die Steuerfestsetzung gemeint ist, die bei der Übergabe vorlag und die in diesem Fall noch auf einem unbebauten Grundstück und damit einem geringeren Steuermessbetrag beruhte. Allerdings ist in der Klausel auch von einem Objekt die Rede, wodurch der Wortlaut bereits andeutet, dass nur das bebaute Grundstück der maßgebliche Bezugspunkt sein sollte. Dass Steuerbescheide mit dem erhöhten Steuermessbetrag üblicherweise erst nach Übergabe der Mietsache erlassen werden, besagt nicht, dass deshalb ein Mieter auch für den Differenzbetrag aufkommen will. Es kommt hinzu, dass der Umfang der Grundsteuerumlage einheitlich festgelegt werden sollte. Wäre die Vermietbarkeit sichergestellt und der Steuerbescheid bereits vor der Übergabe erlassen worden, müsste – auch aus der Sicht des Berufungsgerichts – die Vermieterin die höhere Steuer tragen. In diesem Fall stünden bei Vertragsschluss aber wesentliche Aspekte der Steuertragung noch nicht fest, sondern wären variabel ausgestaltet. Der Klausel kann auch nicht entnommen werden, dass Nebenkosten umfassend abgewälzt werden sollten, da grundsätzlich der Vermieter die Grundsteuer tragen sollte.

Nach alledem erwies sich die Klausel als unklar, so dass verbleibende Zweifel zu Lasten der Verwenderin gingen.

³¹ Urteil vom 17. Februar 2016 – [XII ZR 183/13](#) – NJW-RR 2016, 572 f. = NZM 2016, 2016, 315 f. = ZMR 2016, 368 f.

3. Wohnungseigentumsrecht

Das Wohnungseigentumsrecht fällt nach dem Geschäftsverteilungsplan in die Zuständigkeit des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

a)

In einem Revisionsverfahren ging es um die **Beschlussfassung hinsichtlich des Erwerbs einer Teilfläche des Nachbargrundstücks**, auf dem sich – bisher nur durch eine Baulast gesichert – 25 Stellplätze befinden. Nach Veräußerung dieses Grundstücks hatte die neue Eigentümerin der Eigentümergemeinschaft den Kauf oder die Miete dieser Teilfläche angeboten. Die Revision der Klägerin war ohne Erfolg.³²

Auf etwaige Einberufungsmängel kam es drittinstanzlich nicht an, weil die Revision insoweit nicht zugelassen worden war. Hinsichtlich der **Frage nach der Beschlusskompetenz und der Kostenverteilung bezüglich des Grunderwerbs** war die Revision zwar zulässig, aber unbegründet.

Der angefochtene Beschluss war nicht bereits deshalb nichtig, weil er die sachenrechtlichen Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft änderte. Die Auslegung des protokollierten Beschlusses, die der Senat selbst vornehmen konnte, zeigte, dass lediglich **Verbands- und nicht Gemeinschaftseigentum** begründet werden sollte, weil die Teilfläche dem Vermögen des Verbandes zugeordnet werden sollte. Zu Recht hatte das Landgericht auch die Beschlusskompetenz bejaht, da nach §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 WEG die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens, zu dem auch das Verwaltungsvermögen zählt, den Wohnungseigentümern zusteht. Zum **Verwaltungsvermögen rechnet aber auch Immobilienvermögen**, da § 10 Abs. 7 WEG insoweit nicht unterscheidet. Der Beschluss bedurfte auch nicht der notariellen Beurkundung gemäß § 311b

³² Urteil vom 18. März 2016 – [V ZR 75/15](#) – MDR 2016, 577 f. = NJW 2016, 2177 ff. = NZM 2016, 387 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Abs. 1 BGB, weil er noch kein verbindliches Angebot darstellte und auch die dem Verwalter erteilte Ermächtigung nicht formbedürftig war (§ 167 Abs. 2 BGB).

Rechtsfehlerfrei hatte das Berufungsgericht auch angenommen, dass der **Erwerb ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht**. Dabei kann offen bleiben, anhand welcher Kriterien dies zu beurteilen ist, da jedenfalls **der Erwerb eines Grundstücks, das von Anfang an eine dienende und auf Dauer angelegte Funktion erfüllte**, ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht. So liegt es hier, da die Teilfläche von Beginn an als Parkplatz fungierte, während die Baulast dafür keinen Nutzungsanspruch verschaffte und nur dem öffentlich-rechtlichen Stellplatznachweis diene. Die Alternative einer Anmietung hätte ebenfalls zu einer erheblichen finanziellen Belastung geführt und keine endgültige Lösung erbracht.

Auch in Bezug auf die **Erhebung einer Sonderumlage und die Verteilung der Kosten** ist der Beschluss nicht zu beanstanden, da im Wege der Auslegung – was für das Bestimmtheitsgebot ausreichend ist – festgestellt werden kann, dass sich die Kostenverteilung auf die üblichen Erwerbsnebenkosten bezieht. Die Erwerbskosten für das Grundstück selbst stellen einen besonderen Verwaltungsaufwand dar, der nach § 21 Abs. 7 WEG abweichend von § 16 Abs. 2 WEG umgelegt werden kann, da insoweit § 16 Abs. 3 WEG nicht vorrangig ist. Da § 21 Abs. 7 WEG keinen festen Verteilungsschlüssel vorgibt, erscheint es sachgerecht, dass alle Wohnungseigentümer in Höhe von 15% herangezogen werden.

b)

Eine weitere Entscheidung befasst sich mit der **Kündigung einer Lastschriftabrede**, die die beklagten Wohnungseigentümer der Hausverwaltung **zum Zweck des Einzugs der Hausgelder** erteilt hatten, ohne dazu vertraglich verpflichtet zu sein. Nachdem die Beklagten wiederholt die Höhe der getätigten Abbuchungen moniert hatten, teilte die Hausverwaltung den Beklagten mit, künftig keine Abbuchungen mehr vorzunehmen.

Die Vorinstanzen hatten der Klage auf Hausgeldzahlung stattgegeben. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen.³³

Die Revision war zwar zulässig, obwohl die Beklagten nach Zustellung des Berufungsurteils die titulierte Forderung vorbehaltlos ausgeglichen hatten. Da offen geblieben war, ob die Zahlung nicht zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgt ist, war nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz zu unterstellen, dass damit keine Streitbeendende Wirkung verbunden war.

Die Revision war jedoch unbegründet, da die Hausverwaltung zur Kündigung der Lastschriftabrede berechtigt war. Dabei konnte offen bleiben, ob eine entsprechende Kündigung jederzeit und ohne sachlichen Grund statthaft war, weil eine Hausverwaltung die Kündigung jedenfalls dann erklären kann, wenn ein Wohnungseigentümer **mit streitigen Forderungen gegen Beitragsforderungen aufrechnet und daher weitere Konflikte** drohen.

Die Hausverwaltung war berechtigt und verpflichtet, fällige Hausgelder nebst Instandhaltungsrücklage einzuziehen. Eine Aufrechnung gegenüber fälligen Ansprüchen ist dem Wohnungseigentümer dagegen **aufgrund der Natur des Schuldverhältnisses verwehrt**, sofern die Gegenforderung nicht unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist. Die im Wirtschaftsplan ausgewiesenen Vorschüsse dienen der Verwaltung des Gemeinschaftseigentums und müssen der Verwaltung daher tatsächlich zur Verfügung stehen. Da die Beklagten an ihrem gegenteiligen Standpunkt festhalten und mit Rücklastschriften zu rechnen ist, lässt sich die beabsichtigte Beschleunigung des Zahlungsverkehrs nicht erreichen. Den Beklagten ist demgegenüber die Einrichtung eines Dauerauftrags zumutbar.

³³ Urteil vom 29. Januar 2016 – [V ZR 97/15](#) – MDR 2016, 877 = NJW-RR 2016, 714 ff. = NZM 2016, 445 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

c)

Die **Beschlussfassung hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Stellplatznachweises**, die die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft abgelehnt hatte, stand im Mittelpunkt eines weiteren Revisionsverfahrens. Der Senat hat die Auffassung des Landgerichts, welches der Anfechtungsklage stattgegeben hatte, gebilligt.³⁴

Der **Negativbeschluss widersprach dem Gebot ordnungsgemäßer Verwaltung**, da die Klägerin die **plangerechte Herstellung des Gemeinschaftseigentums** verlangen kann. Hierzu zählen auch Maßnahmen aufgrund öffentlich-rechtlicher Anforderungen. Es handelt sich auch um die erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums, da der Bauträger bei der Errichtung und Teilung der Wohnanlage von den der Baugenehmigung zugrundeliegenden Plänen abgewichen war und bereits dieser den Stellplatznachweis hätte erbringen müssen. Ferner dürfen nach der Landesbauordnung bauliche Anlagen, wenn Zu- und Abgangsverkehr zu erwarten ist, nur errichtet werden, wenn Stellplätze in ausreichender Anzahl vorhanden sind.

Im Rahmen der Beschlussersetzungsklage kann nach § 21 Abs. 8 WEG allerdings nur angeordnet werden, dass die Anforderungen an den Stellplatznachweis zu erfüllen sind. Wie diese Verpflichtung nach § 50 LBO SH dann konkret erfüllt wird, bleibt den Wohnungseigentümern überlassen.

d)

Um die **Kostentragungspflicht hinsichtlich einer Teileigentumseinheit**, die ursprünglich **sämtlichen Eigentümern als Sauna/Solarium zur Verfügung stand**, wurde in einem weiteren Verfahren gestritten. Die Gemeinschaftsordnung sieht diesbezüglich vor, dass hinsichtlich dieser **Teileigentumseinheit Betriebskosten nicht anteilig umgelegt** werden

³⁴ Urteil vom 26. Februar 2016 – [V ZR 250/14](#) – MDR 2016, 819 = NJW 2016, 2181 ff. = NZM 2016, 523 ff.

können. Die Klage auf Zustimmung zur Änderung der Gemeinschaftsordnung hatte vorinstanzlich Erfolg. Die Revision der Beklagten hatte teilweise Erfolg.³⁵

Anders als die Vorinstanzen gemeint hatten, besteht **kein Anspruch aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG auf Zustimmung zur Anpassung der Kostenbefreiungsregel**. Allerdings scheidet die Anwendung des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG nicht bereits daran, dass die Wohnungseigentümer schon im Jahre 2009 einen entsprechenden Änderungsbeschluss gefasst hatten, da der Beklagten damit neue Kosten auferlegt würden und gegen das Belastungsverbot verstoßen wurde. An der damit verbundenen Unwirksamkeit ändert auch die in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Öffnungsklausel nichts. Der begehrten Anpassung steht jedoch entgegen, dass die – ggf. ergänzende – **Auslegung der Gemeinschaftsordnung vorrangig** ist und diese Auslegung vorliegend ergibt, dass – was das Revisionsgericht selbst feststellen kann – die Kostenbefreiung nur bestehen sollte, solange die Räumlichkeiten den Wohnungseigentümern als Sauna zur Verfügung stehen.

Auf dieser Grundlage hatte die Klage dann hinsichtlich der hilfsweise begehrten Feststellung Erfolg, da der Klageantrag dahingehend zu verstehen ist, dass die Feststellung einer anteiligen Kostentragungspflicht verlangt wird. Diese Verpflichtung folgt dann aus der Gemeinschaftsordnung, die – wie erwähnt – entsprechend auszulegen ist.

e)

Die **inhaltliche Bestimmtheit eines Beschlusses** betrifft eine Entscheidung, in der die Wohnungseigentümer beschlossen hatten, „die für die einzelnen Kostenpositionen in der Abrechnung 2007 verwandten Vertei-

³⁵ Urteil vom 13. Mai 2016 – [V ZR 152/15](#) – Grundeigentum 2016, 1033 ff. = Wohnungseigentümer 2016, 106 ff. = WuM 2016, 577 ff.

lerschlüssel auch für zukünftige Abrechnungen zu verwenden“. Der Senat hat die Revision der Kläger zurückgewiesen.³⁶

Entgegen der Ansicht der Revision wird die **Wirksamkeit des Änderungsbeschlusses** nicht dadurch in Frage gestellt, dass auf den **Verteilungsschlüssel nur Bezug genommen** wird. Das Erfordernis, dass ein Beschluss aus sich heraus verständlich sein muss, besagt nicht, dass dem Bestimmtheitsgebot nur dann Genüge getan wird, wenn sich der Text des Beschlusses vollständig aus dem Protokoll ergibt. Ausreichend ist es, wenn auf ein Dokument verwiesen wird, das hinreichend bestimmbar ist.

f)

Der Streit um die **Mitbenutzung eines Gartens** zwischen Wohnungseigentümern stand im Mittelpunkt eines weiteren Revisionsurteils. Der Senat hat die Entscheidung des Landgerichts, das **den Klägern die Benutzung an geraden Tagen zugewiesen** hatte, nicht gebilligt.³⁷

Die Klage war zulässig, da der Anspruch auf **eine interessengerechte Gebrauchsregelung** (§ 15 Abs. 3 WEG) nach § 21 Abs. 8 WEG im **Wege der Beschlussersetzungsklage** durchgesetzt werden kann. Eine vorherige Befassung der Eigentümerversammlung war entbehrlich, wenn – wie hier – die erforderliche Mehrheit für eine Beschlussfassung nicht erreicht werden kann.

Das vom Berufungsgericht bestimmte **Rotationsprinzip entsprach jedoch nicht billigem Ermessen gemäß § 15 Abs. 3 WEG**. Allerdings schied eine flächenmäßige Aufteilung des Gemeinschaftseigentums aus, da damit ein begrenztes Sondernutzungsrecht begründet würde, welches einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG bedarf. Dies gilt auch dann, wenn Teilflächen wechselseitig zur alleinigen Nutzung zugewiesen werden. Demgegenüber kann eine zeitliche Zuordnung der Gartennutzung

³⁶ Urteil vom 08. April 2016 – [V ZR 104/15](#) – MDR 2016, 1009 f. = NJW-RR 2016, 985 f. = NZM 2016, 553 f.

³⁷ Urteil vom 08. April 2016 – [V ZR 191/15](#) – zit. nach juris.

Gegenstand einer Gebrauchsregelung sein. Jedoch erweist sich die getroffene Regelung als nicht interessengerecht, weil sie das Anlegen von Beeten und die Bepflanzung nicht berücksichtigt. Ein täglicher Wechsel der Nutzungsberechtigung würde vielmehr eine beständige Umgestaltung und damit weitere Konflikte fördern.

Der Senat hat den Rechtsstreit zurückverwiesen, weil bisher nicht geprüft worden war, ob eine **schuldrechtliche Vereinbarung über eine flächenmäßige Aufteilung des Gartens in Betracht kommt**, die Gegenstand einer gerichtlichen Ermessenentscheidung sein kann.

4.

Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Diese Rechtsgebiete fallen in die Zuständigkeit verschiedener Zivilsenate des Bundesgerichtshofs.

a) Maklerrecht

Hierzu hatte sich der zuständige I. Zivilsenat mit der Bestimmung des **§ 655 BGB** zu befassen. Dem Streitfall lag dabei die Provisionsklage einer Maklerin zugrunde, die dem **Bruder des Beklagten einen Käufer für dessen Erbteil am Nachlass** seiner Mutter – der im Wesentlichen aus einem Hausgrundstück bestand – vermittelt hatte. Der Erbteilskaufvertrag sah dabei vor, dass der Käufer eine Provision in Höhe von 29.750,00 € zahlen sollte, die auch im Falle der Ausübung eines Vorkaufsrechts verdient ist. Nachdem der **Beklagte sein Vorkaufsrecht als Miterbe** ausgeübt hatte, hatte die Klägerin ihn auf Zahlung der Provision in Anspruch genommen. Der Senat hat die klagabweisende Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt.³⁸

Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts aus § 2034 Abs. 1 BGB ist zwar ein **gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Beklagten und dem**

³⁸ Urteil vom 12. Mai 2016 – [I ZR 5/15](#) – WM 2016, 1845 ff.

Käufer entstanden, das den Beklagten an sich zur Zahlung der Provision verpflichtete, da die Zahlungspflicht – wie geboten – gemäß § 464 Abs. 2 BGB auch Bestandteil des Hauptvertrages war. Allerdings war **die vereinbarte Provision unüblich hoch** und die **Zahlungspflicht nach dem Rechtsgedanken des § 465 BGB dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam**. Die tatrichterliche Wertung, wonach lediglich eine Provision von 6% nebst Umsatzsteuer angemessen sei, lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

Demgemäß ist der **Provisionsanspruch insgesamt erloschen**, da dieser **gemäß § 655 BGB auch nicht teilweise und in üblicher Höhe aufrechterhalten werden kann**, denn diese Bestimmung beschränkt sich auf den Nachweis oder die Vermittlung von Dienstverträgen und kann nicht über ihren Wortlaut hinaus angewandt werden. Eine „geltungserhaltende Reduktion“ kommt auch aufgrund der Rechtsprechung zu preisrechtlichen Verbotsvorschriften nicht in Betracht, weil Preisvorschriften nur vor überhöhten Vergütungen schützen sollen. Unüblich hohe Maklervergütungen zählen aber bereits wesensmäßig nicht zum Kaufvertrag.

b) Nachbarrecht

Rechtsfragen aus dem Bereich des Nachbarrechts werden dagegen vom V. Zivilsenat beantwortet, der im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – hierzu keine Entscheidungen gefällt hat.

c) Grundzüge des Immobilienrechts

Ebenfalls für das Immobilienrecht zuständig ist der V. Zivilsenat, der sich mit folgenden Sachverhalten konfrontiert sah:

aa)

In einem „Schrottimmobiliengfall“, in dem die Kläger eine **sittenwidrige Kaufpreisüberhöhung** geltend gemacht hatten, hat sich der V. Zivilsenat der Judikatur des XI. Zivilsenats angeschlossen. Die Nichtzulassungsbe-

schwerde der Beklagten war erfolgreich, weil das Berufungsgericht zu Unrecht zu einer Verkehrswertüberschreitung von 91,3% gelangt war.³⁹

Ein **objektiv sittenwidriges Rechtsgeschäft**, das den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung gestattet, liegt zwar vor, wenn der **vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert um mehr als 90% überschreitet**. Anders als das Oberlandesgericht gemeint hatte, sind vom **Kaufpreis die darin enthaltenen Grunderwerbsnebenkosten abzuziehen**. Die Judikatur des XI. Zivilsenats ist richtig, weil im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzulegen ist. Liegt zwar der Kaufpreis über der 90%-Grenze, aber verpflichtet sich der Verkäufer beispielsweise dazu, Verbindlichkeiten des Käufers zu erfüllen, kann von einer verwerflichen Gesinnung keine Rede sein. Der Käufer hat nach § 448 Abs. 2 BGB grundsätzlich die Erwerbsnebenkosten zu tragen. Verpflichtet sich der Verkäufer abweichend davon zur Kostentragung, können diese nicht in die Bemessung einfließen, weil sich der Aufwand des Käufers verringert. Rechtlich unerheblich ist daher, ob der Kaufpreis tatsächlich geringer ausgefallen wäre, wenn der Verkäufer die Erwerbskosten nicht übernommen hätte oder dies nicht feststellbar ist.

bb)

Ein weiterer Streitfall betraf das **Erlöschen eines dinglichen Wohnrechts**, nachdem der **Wohnberechtigte den Eigentümer** – seinen Bruder – **getötet** hatte und deshalb zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Die Klägerin hatte den Beklagten vorinstanzlich erfolglos auf Zustimmung zur Löschung des Wohnrechts in Anspruch genommen. Der Senat hat ihre Revision zurückgewiesen.⁴⁰

Das Berufungsgericht hatte richtig erkannt, dass allein die **Strafhaft des Beklagten** nicht dazu geführt hat, dass der **Fortbestand eines Vorteils** in

³⁹ Urteil vom 15. Januar 2016 – [V ZR 278/14](#) – MDR 2016, 455 f. = NJW-RR 2016, 692 f. = WM 2016, 1754 ff.

⁴⁰ Urteil vom 11. März 2016 – [V ZR 208/15](#) – Grundeigentum 2016, 965 ff. = MDR 2016, 820 f. = Rpfleger 2016, 539 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Wegfall geraten ist, denn der Beklagte ist nur (für längere Zeit) an der **Ausübung des Rechts** gehindert. Auch eine Kündigung des Wohnrechts kommt nicht in Betracht, da es dazu einer vertraglichen Vereinbarung bedarf und mangels eines Dauerschuldverhältnisses auch § 314 BGB oder § 543 BGB (analog) nicht anwendbar sind. Ein Aufgabeanpruch hinsichtlich des Wohnrechts besteht gleichfalls nicht, da sich der schuldrechtliche Überlassungsvertrag in der Verpflichtung zur Begründung eines Wohnrechts erschöpft. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) scheitert an der Vollziehung des Vertrages.

§ 242 BGB bedingt keine andere Bewertung, da ein darauf gestützter **Löschungsanspruch erhebliche Nachteile für das dienende Grundstück** – woran es fehlt – erfordert. Die in dem Tötungsdelikt liegende **Unzumutbarkeit des (weiteren) Zusammenlebens ist dadurch zu umgehen**, dass die **Ausübung des Wohnrechts einem Dritten übertragen werden kann**. Soweit sich die Klägerin diesbezüglich auf eine Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs berufen hatte, ist dieses Judikat – jedenfalls vorliegend – auf das deutsche Recht nicht übertragbar.

cc)

Rechtsprobleme im Zusammenhang mit **arglistigen Täuschungen** bei Immobiliengeschäften behandeln folgende Entscheidungen des V. Zivilsenats:

(1)

Ob sich ein **Gesamtschuldner nach novelliertem Schuldrecht auf einen notariellen Gewährleistungsausschluss** berufen kann, wenn nur **einer der Verkäufer** einen Sachmangel **arglistig verschwiegen** hat, hatte der Senat in einer Grundsatzentscheidung zu klären.⁴¹

⁴¹ Versäumnisurteil vom 08. April 2016 – [V ZR 150/15](#) – MDR 2016, 870 f. = ZIP 2016, 1386 ff. = ZNotP 2016, 148 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt

Nach der bis zum **31. Dezember 2001 geltenden Rechtslage war anerkanntermaßen ein Gewährleistungsausschluss nach § 476 BGB a.F. insgesamt nichtig**, sofern nur einer der Verkäufer arglistig handelte. Damit konnte jeder Gesamtschuldner auf Wandelung oder Minderung in Anspruch genommen werden. Allein in Bezug auf Schadensersatzansprüche nach § 462 Satz 2 BGB a.F. galt anderes, weil in diesem Zusammenhang die Arglist zum haftungsbegründenden Tatbestand zählte.

Im Geltungsbereich des § 444 BGB ist die Fortgeltung dieser Rechtsprechung dagegen umstritten. Der Senat hat sich der Auffassung angeschlossen, die **die Rechtsprechung zu § 476 BGB a.F. auf das neue Recht überträgt**.

Mit der Schuldrechtsreform ist zwar eine erweiterte Haftung verbunden, weil nunmehr Schadensersatzansprüche (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB) auch bei der Lieferung einer fahrlässig mangelhaften Sache in Betracht kommen. Diese Verschärfung der Haftung war jedoch beabsichtigt und ist nicht auf die Zurechnung von Arglist angewiesen. Dem Grundsatz der Einzelwirkung (§ 425 BGB) – auf den das Berufungsgericht noch abgestellt hatte – wird dadurch Genüge getan, dass jeder Gesamtschuldner zumindest fahrlässig handeln muss.

Demgemäß kann es **allein auf die Auslegung des § 444 BGB** ankommen, dessen Wortlaut allerdings nicht eindeutig ist, als der Wegfall der Nichtigkeitsfolge ein individuelles Fehlverhalten andeuten könnte. Allerdings würde diese Sichtweise zu einer erheblichen Beschränkung von Käuferrechten führen, die nicht im Einklang mit der Intention der Schuldrechtsreform steht. § 476 BGB a.F. wurde nur deshalb nicht unverändert in das neue Recht übernommen, weil der Gesetzgeber klar stellen wollte, dass sich die Nichtigkeit des Gewährleistungsausschlusses nicht auf den gesamten Kaufvertrag erstreckt. Diese Intention entspricht aber der alten Rechtslage. Das neue Recht würde gravierend vom alten Recht, nach dem alle Gesamtschuldner auf Wandelung oder Minderung in Anspruch

genommen werden konnten, abweichen, denn nunmehr müsste der Nachweis von Arglist gegenüber jedem einzelnen Verkäufer geführt werden. Eine Zurechnung nach § 166 BGB hilft dagegen nicht weiter, wenn – wie hier – der arglistig Handelnde keine Verkaufsgespräche führt, sondern sich im Hintergrund hält. Letztendlich handelt eine Verkäufermehrheit unredlich, wenn sie im Innenverhältnis nicht sicherstellt, dass Aufklärungspflichten erfüllt werden. Gerade davor soll § 444 BGB aber schützen.

(2)

Das zweite Urteil betrifft dagegen den **Verkauf eines aus Rundstämmen errichteten Hauses (Blockhaus), das vom Hausbockkäfer befallen** war. Das Berufungsgericht hatte der Schadensersatzklage dem Grunde nach stattgegeben, weil die beklagte Verkäuferin arglistig gehandelt haben soll. Dieser Wertung ist der Senat nicht gefolgt.⁴²

Zutreffend hatte das Oberlandesgericht allerdings eine **Aufklärungspflicht hinsichtlich des Hausbockbefalls** bejaht, weil ein nicht unerheblicher Schädlingsbefall ungefragt offenbart werden muss, wenn dieser dem Käufer – wie im Streitfall – bei einer **Besichtigung nicht ohne weiteres erkennbar** ist. Allerdings hatte das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen dazu getroffen, dass die Beklagte bedingt vorsätzlich gehandelt hatte und sich nicht mit deren Einwand, früherer Holzbockbefall sei von einer Spezialfirma beseitigt worden, befasst.

Dieser Einwand ist rechtlich erheblich, da ein Verkäufer einer **Fachfirma vertrauen darf und deren Sanierungsbemühungen nicht auf Erfolg kontrollieren muss**; anders wäre es nur dann, wenn konkrete Verdachtsmomente dafür bestünden, dass die Mangelbeseitigung erfolglos verlaufen sei. Darlegungs- und beweispflichtig hierfür ist allerdings der Käufer, während der **Verkäufer im Rahmen seiner sekundären Darle-**

⁴² Urteil vom 19. Februar 2016 – [V ZR 216/14](#) – MDR 2016, 576 f. = NJW 2016, 2315 ff. = WM 2016, 1755 ff.

gungslast aufzuzeigen hat, welche konkreten Maßnahmen er im Einzelnen ergriffen hatte. Diesen Anforderungen genügte das zweitinstanzliche Vorbringen der Beklagten, weil sie geltend gemacht hatte, mit der Bekämpfung des Altbefalls ein genauer erläutertes Spezialunternehmen beauftragt zu haben. Die durchgeführte Behandlung mit Heißluft sei dabei als 100% sicher bezeichnet worden und ein Neubefall ausgeschlossen worden.

Dieses Vorbringen war auch nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, obgleich es – jedenfalls in wesentlichen Teilen – neu war und erstmals in der Berufungsinstanz ausreichend substantiiert wurde. **Das Beklagtenvorbringen war aber nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen**, weil das Landgericht – zu Unrecht – davon ausgegangen war, allein aufgrund der unstreitig gebliebenen Heißluftbehandlungen habe keine Aufklärungspflicht mehr bestanden. Da die Beklagte aber richtigerweise ihrer sekundären Darlegungslast nicht genügt hatte, hätte das Landgericht einen Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO auf die mangelnde Substanz erteilen und der Beklagten Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag gewähren müssen. Da es daran fehlte, war die Verfahrensgestaltung durch das Eingangsgesicht mitursächlich dafür, dass **notwendiger Sachvortrag in die Berufungsinstanz verschleppt** wurde.

(3)

Fragen nach Gewährleistungsansprüchen bzw. deren Ausschluss warf ebenfalls ein Verfahren auf, in dem die beklagten Verkäufer ein Wohnhaus veräußert hatten, das 1999/2000 an der Stelle einer alten Scheune errichtet worden war. Dabei war die Rückenwand der Scheune in die Außenwand des Neubaus integriert worden. Gleichwohl wurde die **Immobilie in einem Internetportal mit dem Errichtungszeitpunkt „1999/2000“ beworben**. Die Revision der Beklagten war erfolgreich.⁴³

⁴³ Urteil vom 22. April 2016 – [V ZR 23/15](#) – nur bei juris

Bereits die Annahme eines **Sachmangels** war rechtsfehlerhaft, da zwar die Internetangabe hinsichtlich des Baujahrs eine öffentliche Äußerung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB darstellte. **In Bezug auf die Altersabweichung** hatte das Oberlandesgericht indes **nicht hinreichend** danach **differenziert**, ob das Wohnhaus durch das integrierte Bauteil seinen Charakter verloren hatte. Hierbei wird es darauf ankommen, welche Bedeutung das Bauteil hat und welcher Grad an Altersabweichung vorliegt.

Im Ergebnis unzutreffend war auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten könnten sich **wegen Arglist nicht auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluss** berufen. Dabei versteht es sich nicht von selbst, dass sich der Gewährleistungsausschluss **auch auf öffentliche Äußerungen des Verkäufers** bezieht, da die Haftung für das Fehlen vereinbarter Eigenschaften (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht ausgeschlossen werden kann. Dem könnte eine öffentliche Äußerung des Verkäufers gleich stehen, weil ein objektiver Beobachter in der Lage des Käufers annehmen könnte, ihm sei eine Eigenschaft „zugesagt“ worden. Bei einem Grundstückkaufvertrag kann ein Käufer diese Erwartung aber nicht hegen, da in den notariell zu beurkundenden Kaufvertrag alle Erklärungen aufzunehmen sind, die Inhalt der vertraglichen Regelung werden sollen. Die Parteien können daher nicht davon ausgehen, dass Erklärungen im Vorfeld des Vertragsschlusses auch Vertragsinhalt werden. Allerdings lag keine Arglist vor, da es hierfür nicht genügt, wenn sich dem Verkäufer lediglich **das Vorliegen aufklärungsbedürftiger Umstände aufdrängen musste**. Der erforderliche Eventualvorsatz kann nur bejaht werden, wenn die Verkäufer wussten oder für möglich hielten, dass die Wand im Jahre 1999 integriert worden war und der Käufer die öffentliche Äußerung hinsichtlich des Baujahres für zutreffend hielt. Hierzu bedarf es weiterer Feststellungen.

d)

Formfragen in Bezug auf § 311b Abs. 1 BGB und das **Konkurrenzverhältnis zur Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB** thematisiert ein Urteil, in dem der Kläger beabsichtigte, eine sanierungsbedürftige Eigentumswohnung zu erwerben. Mit der Verkäuferin – einer GbR –, deren Gesellschafterin u.a. die Beklagte ist, traf der Kläger eine „Eigenprovisionsvereinbarung“, nach der der Kläger einen Betrag von 13.004,64 € erhalten sollte. Der Kläger gab ein notariell beurkundetes Angebot ab, an das er bis zum 04. Juli 2006 gebunden war und das die „Eigenprovisionsabrede“ nicht enthielt. Ferner heißt es in der Urkunde, dass das Angebot weiter gelten solle, solange es der Kläger nicht vor einem (anderen) Notar widerrief. Die Verkäuferin hatte am 10. August 2006 die Annahme und die Auflassung erklärt. Der Kläger ist darauf hin als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden. Die Klage auf Rückabwicklung war vorinstanzlich im Wesentlichen erfolgreich; die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen, da das Berufungsgericht mit Recht einen wirksamen Vertragsschluss verneint hatte.⁴⁴

Die Annahmeerklärung der Verkäuferin war nach Ablauf der Bindungsfrist erklärt worden und daher unwirksam (§ 148 BGB). Hieran ändert auch die Fortsetzungsklausel nichts, da diese als Formularbestimmung nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist, indem das Angebot unbefristet fortbestehen sollte. Am Fehlen eines Vertragsschlusses ändert sich auch nichts dadurch, dass die Eigenprovisionsabrede in der notariellen Urkunde nicht erwähnt wurde, weil die beurkundeten Erklärungen deshalb Scheingeschäfte darstellen.

Die nach § 311b Abs. 1 BGB fehlende Form ist auch durch die Eintragung des Klägers im Grundbuch nicht geheilt worden, weil die **Formnichtigkeit des Vertrages einer richterlichen Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB nicht entgegensteht**. Der Annahme einer nicht existenten Willens-

⁴⁴ Urteil vom 13. Mai 2016 – [V ZR 265/14](#) – BauR 2016, 1482 ff. = MDR 2016, 1081 f. = NZM 2016, 646 ff.

erklärung steht die Vorstellung von der Doppelwirkung des Rechts entgegen, wonach auch nichtige Willenserklärungen angefochten oder widerrufen werden können. Sinn und Zweck des § 308 Nr. 1 BGB gebieten auch die Erfassung formnichtiger Erklärungen, da der Vertragspartner des Verwenders vor übermäßig langen Schwebezuständen geschützt werden soll. Dieser Schutzzweck besteht typischerweise auch bei formnichtigen Verträgen, da der Vertragspartner die Formnichtigkeit nicht zu kennen braucht. Das Erlöschen des Angebots nach § 148 BGB und die Formbedürftigkeit erfüllen auch unterschiedliche Zwecke, da es zum einen um die Dispositionsfreiheit und zum anderen um den Schutz vor Übereilung geht. Eine Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB setzt zudem einen geschlossenen Vertrag und damit eine Willensübereinstimmung voraus. Die Heilungswirkung vermag auch nicht sonstige Nichtigkeitsgründe zu beseitigen und kann damit das Fehlen der allgemeinen Voraussetzungen für einen Vertragsschluss nicht ersetzen.

e)

Ebenfalls Formfragen warf ein Rechtsstreit auf, in dem **die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts nicht notariell beurkundet** worden war. Der Senat hat in Abweichung von früherer Rechtsprechung des XII. Zivilsenats die Formbedürftigkeit verneint.⁴⁵

Ein Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) besteht nicht, da das Vorkaufsrecht wirksam entstanden war, nachdem die erforderliche Einigung und Eintragung (§ 873 BGB) vorlagen und sich das Formerfordernis des § 313 BGB a.F. (= § 311b BGB n.F.) allein auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft bezieht. **Für das dingliche Rechtsgeschäft gilt ausschließlich § 873 BGB**, der für die Einigung keine Form vorschreibt. Eine erweiternde Auslegung des § 313 BGB a.F. bzw. § 311 b Abs. 1 BGB n.F. wäre mit § 925 BGB nicht zu vereinbaren, der nicht einmal für die Auflassung eine notarielle Beurkundung vorsieht. Zudem

⁴⁵ Urteil vom 08. April 2016 – [V ZR 73/15](#) – MDR 2016, 642 f. = NJW 2016, 2035 ff. = ZNotP 2016, 91 ff.

wäre dann die Möglichkeit einer Heilung nach § 313 Satz 2 bzw. § 311b Abs. 2 BGB leerlaufend, wenn die Verfügung der Form entsprechen müsste, die das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft erfordert.

5. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht

Zu dieser Thematik, die primär in die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte fällt, sind – soweit ersichtlich – keine Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergangen.

6. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts

Unter diesem Gliederungspunkt ist wie folgt zu berichten:

a)

In einem **Wohnraummietverfahren** war die Nichtzulassungsbeschwerde der klagenden Mieter wegen der **Verletzung deren Anspruchs auf rechtliches Gehör** nach Art. 103 Abs. 1 GG erfolgreich.

Die Mieter hatten Schadensersatzklage erhoben, weil – nach ihrer Behauptung – in der Wohnung Asbestplatten verlegt worden seien, als in Deutschland bereits ein Asbestverbot gegolten habe. Entgegen der Ansicht der Beklagten drohe an den Schnittkanten der Platten auch der Austritt von Asbestfasern. Für diese Behauptung hatten die Kläger Beweis durch ein gerichtliches Sachverständigengutachten angeboten. Das Landgericht hatte unter dem 16. Januar 2015 zuerst einen entsprechenden Beweisbeschluss erlassen und den Klägern die Einzahlung eines Auslagenvorschusses von 1.500,00 € bis 30. Januar 2015 aufgegeben.

Mit Verfügung vom 16. Februar hatte das Landgericht Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 16. März bestimmt, nachdem der Vorschuss nicht fristgerecht einbezahlt worden war. Der Vorschuss war dann am 18. Februar 2015 bei der Gerichtskasse eingegangen; gleichwohl hatte das Landgericht die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Der Senat hat diese Verfahrensgestaltung moniert, weil das Berufungsgericht die Präklusionsvorschrift des § 296 Abs. 2 ZPO offenkundig fehlerhaft angewandt hatte.⁴⁶

Bereits die **Fristsetzung von lediglich zwei Wochen** war vorliegend **unverhältnismäßig kurz und damit unwirksam**, da der Prozessbevollmächtigte den Beweisbeschluss prüfen, die Korrespondenz mit den Klägern führen und die Einzahlung eines nicht unbeträchtlichen Betrages zu bewirken hatte. Auch eine Verzögerung des Verfahrens lag nicht vor, weil die **Verspätung offenkundig nicht kausal** sein konnte, denn innerhalb einer Frist von 6 Wochen hätte ein Sachverständigengutachten nicht eingeholt werden können. Überdies hatte das Berufungsgericht auch keine Feststellung zu einer groben Nachlässigkeit getroffen. Weitergehend lag auch keine Ermessenentscheidung vor, sondern das Landgericht hatte sich gebunden gesehen und auch den gebotenen Hinweis nicht erteilt. Gemessen daran kam auch keine Zurückweisung nach §§ 379 Satz 2, 402 ZPO in Betracht. § 356 ZPO ist nicht anwendbar, weil der Kostenvorschuss vor der mündlichen Verhandlung eingegangen ist.

b)

Gebühren- und wertrechtliche Fragestellungen behandeln folgende Entscheidungen:

aa)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war der Antrag der vorinstanzlich zur Räumung verurteilten Beklagten auf **Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand** erfolglos, weil in der Kanzlei des zweitinstanzlich tätigen Prozessbevollmächtigten eine Rechtsanwaltsfachangestellte

⁴⁶ Beschluss vom 10. Mai 2016 – [VIII ZR 97/15](#) – nur bei juris.

mit der Prüfung und Notierung von Rechtsmitteln betraut war. Diese Mitarbeiterin war davon ausgegangen, dass **aufgrund des vom Berufungsgericht festgesetzten Streitwerts von 14.514,84 € nur eine Anhörungsrüge** statthaft sei. Dieser Ansicht hatte sich der Anwalt der Beklagten angeschlossen und eine Anhörungsrüge erhoben, die das Berufungsgericht als unzulässig verwarf, weil eine Nichtzulassungsbeschwerde statthaft sei. Der Senat hat einen Wiedereinsetzungsgrund verneint und die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen.⁴⁷

Die Beklagten **waren nicht unverschuldet an der Einhaltung der Frist zur Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde gehindert**, weil sie sich das Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen müssen (§§ 233, 85 Abs. 2 ZPO). Die **Pflicht zur Prüfung des statthaften Rechtsmittels** ist die **alleinige und nicht auf Büropersonal übertragbare Aufgabe des Rechtsanwalts**. Dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten hätte bei Bearbeitung der Sache aufgrund des festgesetzten Streitwerts, den das Landgericht anhand der einfachen Jahresmiete ermittelt hatte, auch auffallen müssen, dass die Wertgrenze von 20.000,00 € nach § 26 Nr. 8 EGZPO deutlich überschritten ist. Es entspricht nämlich gefestigter Rechtsprechung⁴⁸, dass in Räumungsverfahren und bei Mietverhältnissen auf unbestimmte Zeit **die Beschwer abweichend nach §§ 8, 9 ZPO mit dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag der Nettomiete** zu bemessen ist. Dementsprechend hätte der Prozessbevollmächtigte innerhalb offener Frist einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt mit der Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde beauftragen müssen. Das Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung beseitigt das Verschulden nicht, da eine Belehrung in Anwaltsprozessen nicht vorgesehen ist (§ 232 Satz 2 ZPO).

⁴⁷ Beschluss vom 10. Mai 2016 – [VIII ZR 19/16](#) – AnwBl. 2016, 691 = MDR 2016, 842 f.

⁴⁸ vgl. hierzu auch Beschluss vom 14. Juni 2016 – [VIII ZR 291/15](#) – WuM 2016, 509.

bb)

Die umstrittene Frage nach dem **Gebührenstreitwert**, wenn der Mieter die klageweise **Feststellung von Mietminderung** begehrt, behandelt ein weiterer Beschluss. Der Senat hat entschieden, dass in diesem Kontext der dreieinhalbfache Jahresbetrag der begehrten Mietminderung gemäß § 48 Abs. 1 GKG; §§ 3, 9 ZPO anzusetzen ist.⁴⁹

Zwar wird auch vertreten, dass insoweit § 41 Abs. 5 GKG aufgrund seines sozialen Zwecks entweder unmittelbar oder jedenfalls analog anzuwenden sei. Dieser Auffassung ist der Senat nicht gefolgt, da der klare Wortlaut des § 41 Abs. 5 GKG nur Ansprüche des Mieters auf Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen erfasst. Auch eine Analogie ist mangels einer planwidrigen Regelungslücke nicht statthaft, da das Ziel der Begrenzung des Streitwert darin besteht, Mieter aufgrund hoher Gerichtsgebühren nicht von der gerichtlichen Klärung des Bestehens oder der Dauer eines Mietverhältnisses abzuhalten. Damit stand dem Gesetzgeber nur die besondere Situation bei Instandsetzung und Modernisierung vor Augen, während – umgekehrt – auf eine allgemeine Begrenzung des Gebührenstreitwerts verzichtet wurde. Zum Zeitpunkt des Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes bestand indes Anlass eine entsprechende Privilegierung einzuführen, da bereits damals die Ansicht vertreten wurde, dass entsprechende Klagen mit dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag zu bewerten sind. Ferner bestehen in der Sache gewichtige Unterschiede, weil die Klage auf Feststellung der Mietminderung spiegelbildlich der Klage des Vermieters auf den Minderungsbetrag entspricht. Letztere ist aber nach den allgemeinen Vorschriften zu bewerten.

cc)

In einem Rechtsbeschwerdeverfahren war das Rechtsmittel der auf **Zustimmung zur Mieterhöhung** in Anspruch genommenen Beklagten

⁴⁹ Beschluss vom 14. Juni 2016 – [VIII ZR 43/15](#) – Grundeigentum 2016, 1025 ff. = MDR 2016, 1037 f. = WuM 2016, 514 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

erfolgreich, da das Landgericht zu Unrecht deren Berufung als unzulässig verworfen hatte.⁵⁰

Die Rechtsbeschwerde war zulässig, weil das Landgericht den Zugang zur Berufungsinstanz unzumutbar erschwert hatte. Die Rechtsbeschwerde war auch begründet, weil die Beschwer der Beklagten mehr als 600,00 € betrug. Bei der Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung findet ebenfalls § 9 ZPO Anwendung, so dass der **dreieinhalbfache Wert des jährlichen Erhöhungsbetrages** anzusetzen ist. Da das Amtsgericht die Beklagten zu einer monatlichen Mieterhöhung von 24,05 € verurteilt hatte, war die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO daher überschritten.

dd)

Ebenfalls um den Beschwerdewert ging es in einem **WEG-Verfahren**, in dem der Kläger **zwei Beschlüsse der Eigentümerversammlung** erfolglos angefochten hatte. Das Landgericht war davon ausgegangen, dass die erforderliche Beschwer von 600,00 € nicht überschritten sei. Dem ist der V. Zivilsenat nicht gefolgt und hat der Rechtsbeschwerde stattgegeben.⁵¹

Rechtsfehlerhaft hatte das Landgericht die auf **den Beschluss hinsichtlich der Entlastung der Verwalters entfallende Beschwer** mit lediglich 244,08 € beziffert, da sich das Interesse nicht nur danach bestimmt, ob die Entlastung wegen etwaiger Regressansprüche gegen den Verwalter verweigert werden soll. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, dass die **Entlastung die Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit in der Zukunft** bildet. Dieses Interesse ist dann regelmäßig mit 1.000,00 € zu bewerten. Dies gilt auch dann, wenn die Entlastung wegen Gründen verweigert werden soll, die sich aus einer vermeintlich fehlerhaften Abrechnungsposition ergeben, da beide Zwecke in einem untrennbaren Zusammenhang stehen.

⁵⁰ Beschluss vom 14. Juni 2016 – [VIII ZB 4/16](#) – Grundeigentum 2016, 910 = WuM 2016, 510.

⁵¹ Beschluss vom 17. März 2016 – [V ZB 166/13](#) – MDR 2016, 1010 = NJW-RR 2016, 649 f. = NZM 2016, 472 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

c)

In zwei weiteren Verfahren wurde um die Rückabwicklung von Kaufverträgen über Eigentumswohnungen gestritten.

aa)

Im ersten Streitfall hatten der Kläger und seine Ehefrau die Eigentumswohnung zu Steuersparzwecken erworben. Das Beratungsgespräch hatten dabei Mitarbeiter einer Gesellschaft geführt, die mit der Untervermittlung von Interessenten beauftragt war. Der V. Zivilsenat hat verschiedene Verfahrensfehler beanstandet, die dem Berufungsgericht unterlaufen waren.⁵²

Soweit das Vordergericht eine **sittenwidrige Kaufpreisüberhöhung** verneint hatte, hätte der **Verkehrswert nicht ohne weitere Sachverhaltsaufklärung** festgestellt werden dürfen, da sich der Kläger auch auf ein gerichtliches Sachverständigengutachten berufen hatte, das in einem Parallelverfahren hinsichtlich einer vergleichbaren Wohnung eingeholt worden war und das zu einem geringeren Verkehrswert gelangte. In diesem Fall darf **der Tatrichter dem eigenen Sachverständigen nicht einfach den Vorzug geben**, sondern hat diesen entweder zu einer **schriftlichen Ergänzung des Gutachtens aufzufordern oder diesen persönlich anzuhören** (§ 411 Abs. 3 ZPO). Lassen sich Zweifelsfragen und Widersprüche damit nicht klären, kommt die **Einholung eines neuen Gutachtens** in Betracht (§ 412 ZPO).

Auch eine **Haftung aus einem Beratungsvertrag** hatte das Berufungsgericht zu Unrecht verneint, weil der Kläger behauptet hatte, dass ihm eine „Mindestausschüttung“ von 45.501,00 € in 10 Jahren bei Verkauf der Wohnung zugesagt wurde, die sich nicht erzielen lässt. Diesen Vortrag durfte **die Beklagte nicht mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO bestreiten**, da sie einer Informationspflicht unterliegt, wenn sie sich **Personen bedient, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verant-**

⁵² Urteil vom 22. April 2016 – [V ZR 256/14](#) – MDR 2016, 1012 = WM 2016, 1384 ff.

wortung tätig werden. Da – wie die Vorinstanz noch zutreffend erkannt hatte – eingeschaltete (Unter-)Vermittler als bevollmächtigt gelten, Beratungsleistungen (auch) für den Verkäufer zu erbringen, war aufgrund der gewählten Arbeitsteilung der Beklagten ein Bestreiten mit Nichtwissen verwehrt.

bb)

In dem zweiten Rechtsstreit war die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wegen einer Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG erfolgreich, weshalb der Senat durch Beschluss gemäß § 544 Abs. 7 ZPO entschieden hat.⁵³

Nach ständiger Rechtsprechung verletzt es den Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn **einer in erster Instanz obsiegenden Partei kein Hinweis darauf erteilt wird**, dass das Berufungsgericht **in einem entscheidungserheblichen Punkt dem Eingangsgericht nicht folgen will** und aufgrund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisantritt für erforderlich hält. Dieser Hinweis muss dann so rechtzeitig erteilt werden, dass der Berufungsbeklagte noch vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung reagieren kann.

Diesen Anforderungen entsprach die angefochtene Entscheidung nicht, da das Landgericht der Klage deshalb stattgegeben hatte, weil es den Kaufvertrag für sittenwidrig hielt und sich die Frage nach einer Haftung aus einem Beratungsvertrag nicht gestellt hatte. Das Kammergericht, welches den Kaufvertrag nicht für sittenwidrig hielt, hätte daher frühzeitig darauf hinweisen müssen, dass es den Klagevortrag hinsichtlich der behaupteten Zuzahlung von 190,00 € für nicht hinreichend substantiiert hielt. Der erstmals in der mündlichen Verhandlung erteilte Hinweis war dagegen nicht rechtzeitig, weil dem Kläger eine sofortige Erklärung zu den steuerlichen Auswirkungen nicht zumutbar war. Demgemäß hätte das

⁵³ Beschluss vom 21. Januar 2016 – [V ZR 183/15](#) – Grundeigentum 2016, 520 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Verfahren entweder vertagt oder dem Kläger die beantragte Schriftsatzfrist gewährt werden müssen.

d)

In einem weiteren Verfahren hatte die Klägerin vorinstanzlich ohne Erfolg die Herabsetzung des vereinbarten Erbbauzinses verlangt. Die Revision der Klägerin blieb erfolglos, weil das Berufungsgericht zutreffend eine Störung der Geschäftsgrundlage verneint hatte.⁵⁴

Allerdings war es bedenklich, dass das Berufungsgericht **zwei erstmals in der Berufungsinstanz benannte Zeugen nicht vernommen hatte**, da eine Partei zwar nachlässig i.S. des § 531 Abs. 2 Satz Nr. 3 ZPO handelt, wenn sie ihr bekannte Beweismittel nicht bereits in erster Instanz bezeichnet. Allerdings hatte die Klägerin auch geltend gemacht, dass sie erstinstanzlich weitere Zeugen benannte hätte, wenn das Landgericht angedeutet hätte, dass sie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme beweisfällig geblieben sei. Mit diesem Berufungsangriff hatte die Klägerin jedoch geltend gemacht, durch einen **Verfahrensfehler des Gerichts von weiteren Beweisanträgen abgehalten** worden zu sein. Allerdings lässt sich ein Verfahrensfehler nicht feststellen, da in Bezug auf § 279 Abs. 3 ZPO zwar umstritten ist, ob das Gericht bereits **im Anschluss an die Beweisaufnahme seine vorläufige Beweiswürdigung mitzuteilen** hat. Der Senat hat eine entsprechende Mitteilungspflicht jedoch – im Grundsatz – verneint.

Gegen eine allgemeine Hinweispflicht (§ 139 Abs.1 ZPO) sprach bereits, dass eine Erörterung nur „soweit möglich“ erfolgen soll. Hiermit soll auf eine gütliche Einigung hingewirkt werden, die nicht erreicht werden könnte, wenn eine Partei Beweismittel sukzessive – in Abhängigkeit von der richterlichen Einschätzung – in den Prozess einführen könnte. Dass das Berufungsverfahren primär nur mehr der Fehlerkontrolle dient,

⁵⁴ Urteil vom 15. April 2016 – [V ZR 42/15](#) – MDR 2016, 1110 f.

bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber die Pflicht zur rechtzeitigen Beibringung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln erleichtern wollte.

Anderes kann wegen **Art. 103 Abs. 1 GG** daher nur dann gelten, wenn ein Hinweis zur **Vermeidung einer Überraschungsentscheidung** erforderlich wird, weil eine Partei nicht damit rechnen konnte, den ihr obliegenden Beweis nicht geführt zu haben. So verhält es sich hier aber nicht.

e)

Eine weitere Entscheidung verneint für **Zahlungsansprüche aufgrund Nachbarrechtsstreitigkeiten in Rheinland-Pfalz das Erfordernis eines vorherigen Schlichtungsverfahrens**.⁵⁵

Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Landesschlichtungsgesetzes für das Land Rheinland-Pfalz (nachfolgend LSchIG RP) entspricht zwar inhaltlich den Regelungen des hessischen und nordrheinwestfälischen Landesrechts, die der Senat deshalb eng auslegt, weil die jeweiligen Landesgesetzgeber vermögensrechtliche Ansprüche von dem Erfordernis einer Schlichtung wegen mangelnder Bewährung später wieder ausgenommen haben. Die Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 1 LSchIG RP ist zwar abweichend verlaufen, weil der Landesgesetzgeber zuerst die Erfahrungen in anderen Bundesländern auswerten und dort bewährte Regelungen übernehmen wollte. Damit war der Gleichlaut mit den Bestimmungen in Hessen und Nordrhein-Westfalen aber bewusst gewollt, weshalb § 1 Abs. 1 Nr. 1 LSchIG RP im gleichen Sinne zu verstehen ist.

f)

Spezifisch **verfahrensrechtliche Fragestellungen in WEG-Sachen** behandeln folgende Judikate:

⁵⁵ Urteil vom 19. Februar 2016 – [V ZR 96/15](#) – DWW 2016, 225 ff. = MDR 2016, 583 ff. = NJW-RR 2016, 823 ff.

aa)

Die Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gegen Berufungsentscheidungen, die gemäß § 62 Abs. 2 WEG vor dem 31. Dezember 2015 ergangen sind, betreffen zwei Beschlüsse des V. Zivilsenats.

(1)

Im ersten Streitfall ging es um die **Haftung ausgeschiedener Gesellschafter für Wohngeldrückstände einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts**.⁵⁶

Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde als unzulässig verworfen, weil aus Sicht des Senats ein Fall des § 43 Nr. 2 WEG vorlag. Die Bestimmung des § 43 WEG ist weit auszulegen sowie gegenstands- und nicht personenbezogen zu verstehen. Die Haftung eines Gesellschafters der Wohnungseigentümerin (analog) §§ 128, 160 HGB tritt kraft Gesetzes ein und ist strikt akzessorischer Natur. Damit besteht ein enger Zusammenhang mit der Zahlungspflicht der Gesellschaft, der die Annahme einer Wohnungseigentumssache rechtfertigt.

(2)

Das zweite Verfahren betraf eine **Schadensersatzklage gegen eine ehemalige Wohnungseigentümerin wegen des unberechtigten Fällens von Bäumen**. Auch in diesem Fall war die Nichtzulassungsbeschwerde nicht statthaft.⁵⁷

Soweit die Kläger mit Ermächtigung des weiteren Wohnungseigentümers in Prozessstandschaft für den Verband vorgehen, beriefen sie sich auf eine **geborene Ausübungsbefugnis nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG**. Die Einordnung als Wohnungseigentumssache ergab sich dann aus § 43 Nr. 1 oder Nr. 2 WEG, weil Ansprüche wegen der Beschädigung des gemein-

⁵⁶ Beschluss vom 21. Januar 2016 – [V ZR 108/15](#) – MDR 2016, 641 f. = NZM 2016, 322 = WM 2016, 1241 f.

⁵⁷ Beschluss vom 17. März 2016 – [V ZR 185/15](#) – NJW-RR 2016, 587 f. = NZM 2016, 363 = ZWE 2016, 288 f.

schaftlichen Eigentums geltend gemacht wurden. Soweit die Klage auf **eigene Ansprüche wegen Beeinträchtigung eines Sondernutzungsrechts** gestützt wurde, ist ebenfalls § 43 Nr. 1 WEG einschlägig.

Unerheblich war, dass die Beklagte zwischenzeitlich aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschieden war, weil der Gemeinschaftsbezug dadurch nicht verloren ging. Ebenfalls ohne Bedeutung war, dass das Oberlandesgericht entschieden hatte, denn für die Einordnung war das angewandte materielle Recht ausschlaggebend. Auch der Meistbegünstigungsgrundsatz half den Klägern nicht, denn das Berufungsgericht hatte durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden; der Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde beruhte damit nicht auf der gewählten Entscheidungsform.

bb)

Eine weitere höchstrichterliche Entscheidung rankt sich um die Revision von Grundstücksnachbarn, denen die **angrenzende Eigentümergemeinschaft die Nutzung eines auf ihrem Grundstück verlaufenden Zufahrtsweges untersagen** ließ. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.⁵⁸

Die Beklagte war hinsichtlich ihrer im Wege der Widerklage erhobenen **Unterlassungsklage prozessführungsbefugt**, da sie Unterlassungsansprüche zwar nur dann geltend machen kann, wenn sie diese durch Beschluss an sich zieht. Ein entsprechender Beschluss lag aber vor. Ob die **Eigentümerversammlung beschlussfähig gemäß § 25 Abs. 3 WEG** war, spielte dabei keine Rolle, weil die mangelnde Beschlussfähigkeit nach § 25 Abs. 4 Satz 1 WEG nicht zur Nichtigkeit, sondern nur **zur Anfechtbarkeit des Beschlusses** führt. Da eine Anfechtungsklage nicht erhoben worden war, lag die Prozessführungsbefugnis daher vor. In der Sache selbst war der Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB auch begründet, da die Kläger über kein Nutzungsrecht verfügten und die

⁵⁸ Urteil vom 22. Januar 2016 – [V ZR 116/15](#) – Grundeigentum 2016, 968 ff. = ZMR 2016, 382 ff. = ZWE 2016, 176.

langjährige Gestattung zu keiner Verwirkung geführt hatte. Umgekehrt durften die Kläger nicht darauf vertrauen, die erteilte Gestattung würde unbefristet fortbestehen.

cc)

Ein anderes Urteil befasst sich mit der **Klagefrist nach § 46 Abs. 1 WEG** und der Frage, ob die Klage nach einer **Streitwertanfrage durch das Gericht noch „demnächst“ (§ 167 ZPO) zugestellt** wurde. Der Senat hat dies bejaht.⁵⁹

Eine Verfahrensverzögerung von 14 Tagen ist i.S.d. § 167 ZPO hinzunehmen, wobei sich der Zeitraum danach richtet, wann die Klage ohne die Nachlässigkeit der Kläger zugestellt worden wäre. Abzustellen ist somit nicht auf den Zugang, sondern die Beantwortung der Streitwertanfrage, für die ein Zeitraum von einer Woche zu veranschlagen ist. Gemessen daran war die Klage nicht nur fristgemäß erhoben worden, sondern auch begründet, weil die angefochtenen Beschlüsse einer umfassenden (unzulässigen) Rechtmäßigkeitskontrolle von behördlich genehmigten Umbaumaßnahmen dienten.

g)

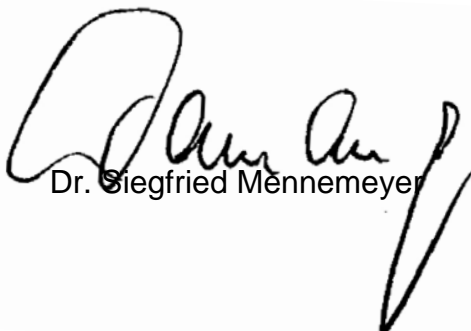
Ferner hatte sich der Bundesgerichtshof auch mit **§ 149 ZVG** und der **Räumungsklage eines Zwangsverwalters** zu befassen. Dabei hatten die Beklagten zu 2 und zu 3 als hälftige Miteigentümer der vormaligen Beklagten zu 1 – einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 war – das verfahrensgegenständliche Hausgrundstück vermietet. Der Beklagte zu 4 war der Sohn der Beklagten zu 2 und zu 3, der ebenfalls in dem Anwesen wohnte. Die Räumungsklage war vorinstanzlich – nach erklärter ordentlicher Kündigung – nur hinsichtlich der Beklagten zu 1 erfolgreich, während im Übrigen die Klage an

⁵⁹ Urteil vom 26. Februar 2016 – [V ZR 131/15](#) – NJW-RR 2016, 650 f. = NZM 2016, 473 ff. = WuM 2016, 314 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

§ 149 Abs. 1 ZVG gescheitert war. Dem ist der IX. Zivilsenat nicht gefolgt.⁶⁰

Ob hier nicht eine vollstreckungsgerichtliche Anordnung nach § 153 Abs. 1 ZVG hätte beantragt werden müssen und das angerufene Prozessgericht daher unzuständig war, kann drittinstanzlich wegen § 545 Abs. 2 ZPO nicht geprüft werden. In der Sache selbst hatte das Berufungsgericht die Anforderungen des § 149 Abs. 1 ZVG nur unzureichend geprüft, da **Wohnungsschutz** nur in Betracht kommt, wenn der **Verfahrensschuldner zum Zeitpunkt der Beschlagnahme noch über unmittelbaren Eigenbesitz** an dem zwangsverwalteten Grundstück verfügt. Daran fehlt es, wenn der **Schuldner das Anwesen weitervermietet hatte und es ihm zurückvermietet wurde**. Nichts anderes gilt, wenn der Schuldner das Objekt an eine juristische Person vermietet hat, da er als Geschäftsführer der Gesellschaft nur den Organbesitz vermittelt. Eine etwaige, zwischenzeitliche Besitzaufgabe durch die vormalige Beklagte zu 1 vermag keinen Eigenbesitz zu begründen, da es auf den Zeitpunkt der Beschlagnahme ankommt. Damit ist auch der Beklagte zu 4 zur Räumung verpflichtet, da § 149 Abs. 1 ZVG sich auf nahestehende Personen erstreckt, die in dem Anwesen wohnen.

Karlsruhe, den 13. Oktober 2016



Dr. Siegfried Mennemeyer

⁶⁰

Urteil vom 21. April 2016 – [IX ZR 72/14](#) – MDR 2016, 1047 f. = NJW-RR 2016, 825 ff. = WuM 2016, 448 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.