

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2015

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

Nachfolgend zu unserem Bericht für das erste 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 Bundesgerichtshofs 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 Bank- und Kapitalmarktrecht, Gesellschafts-, Arbeits-, Medizin-, Verkehrs- und Versicherungsrecht sowie Wettbewerbsrecht abrufbar unter www.bgh-anwalt.de und dort unter [Newsletter](#).

² Der Geschäftsverteilungsplan 2015 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

Die in diesem Kontext denkbaren Fragen nach der Vertragsauslegung gemäß §§ 133; 157 BGB, die Kontrolle von Formulklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB sowie die Auslegung zwingender gesetzlicher Vorschriften haben im Berichtszeitraum nur in einem Judikat eine Rolle gespielt.

Einen **Mietvertrag**, der eine **feste Vertragslaufzeit vom 01. Mai 2011 bis zum 30. April 2015 vorsah**, hatten die beklagten Mieter wegen eines Arbeitgeberwechsels **gleichwohl zum 30. Juni 2013 „fristgerecht gekündigt“**. Deren Versuch, nach dem Auszug einen Ersatzmieter zu stellen, blieb erfolglos, da die klagende Vermieterin zur Vereinbarung eines Besichtigungstermins nur bereit war, nachdem der Interessent zuvor bestimmte Auskünfte erteilt hatte. Die Erteilung dieser Auskünfte lehnte der Mietinteressent jedoch ab. Die Feststellungsklage der Vermieterin war **vorinstanzlich** nur insoweit erfolgreich, als der Fortbestand des Mietverhältnisses bis 30. April **2014** festgestellt wurde. Dem ist der **Senat nicht gefolgt**, da mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung – insbesondere in Bezug auf das zweitinstanzliche Beweisergebnis – der Fortbestand des Vertragsverhältnisses bis zum 30. April **2015** nicht verneint werden konnte.³

Sollte es sich bei der Vertragslaufzeit um eine **Formularklausel** – wozu Feststellungen fehlten – handeln, wäre der Kündigungsausschluss bereits unwirksam, da in **AGBs zwar eine Laufzeit von vier Jahren wirksam vereinbart** werden kann. Allerdings muss – was das Berufungsgericht übersehen hatte – dann auch die Möglichkeit gegeben sein, die **Kündigung zum Ablauf des vierten Jahres** auszusprechen. Dem wurde die vertragliche Gestaltung nicht gerecht, da sie eine Kündigung erstmals zum 31. Juli 2015 vorsah. Im Fall einer **Individualvereinbarung** wäre dagegen die Vertragslaufzeit wegen der **vereinbarten Staffelmiete mit § 557a Abs. 3 BGB nicht zu vereinbaren**; dieser Verstoß würde aber nur zur **Teilunwirksam-**

³ Urteil vom 07. Oktober 2015 – [VIII ZR 247/14](#) – NJW 2015, 3780 f. m. Anm. Streyll = NZM 2015, 890 f. = WuM 2015, 723 ff.

keit führen, so dass das Mietverhältnis erstmals zum 30. April 2015 ordentlich kündbar wäre.

Anders als das Landgericht gemeint hatte, muss sich die **Klägerin auch nicht nach § 242 BGB so behandeln lassen**, als sei ein Nachmieter zum 30. April 2014 gefunden worden. Ein Rechtsmissbrauch scheidet daran, dass ein **Mieter**, der um eine vorzeitige Entlassung aus dem Mietverhältnis nachsucht, **selbst einen geeigneten Nachmieter zu stellen hat**, während sich der Vermieter nicht aktiv an der Suche beteiligen muss. Die Klägerin durfte angesichts einer Anreise von 120 km auch vorab um Informationen hinsichtlich der Zuverlässigkeit und Liquidität des Mietinteressenten bitten, weshalb es nicht zu deren Nachteil geht, wenn der Besichtigungstermin gescheitert ist. Diesbezüglich hätten auch die Mieter eine Besichtigung vereinbaren können, sofern sie nicht vorab die Schlüssel zurückgereicht hätten. Ebenso wenig musste die Klägerin Werbemaßnahmen eines Maklers auf ihrem Grundstück dulden.

1.2 Mietmängel

Insoweit sind im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – keine höchstrichterlichen Entscheidungen ergangen.

1.3 Schönheitsreparaturen

Zu dieser Thematik sind ebenfalls keine Urteile oder begründeten Beschlüsse des VIII. Zivilsenats zu vermelden.

1.4. Mieterhöhungen

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

a)

Eine **Aufgabe früherer Rechtsprechung** behandelt eine Revisionssache, in dem der beklagte Mieter **tatsächlich** über eine **Wohnfläche von 210,43 qm** verfügte, während im Mietvertrag eine deutlich **geringere Wohnfläche von 156,95 qm vereinbart** worden war. Der Senat hat nunmehr entschieden, dass es bei der **beabsichtigten Mieterhöhung** allein auf die **tatsächliche Größe der vermieteten Wohnung** ankommt.⁴

Zwar ist daran festzuhalten, dass eine **Unterschreitung der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche um mehr als 10% einen Mietmangel** darstellt, der den Mieter zur Minderung berechtigt. Daraus folgt jedoch nicht, dass im Falle einer Mieterhöhung nach § 558 Abs. 2 BGB die Vergleichsmiete anhand eines von der tatsächlichen Wohnfläche abweichenden fiktiven Werts zu bemessen wäre. Soweit der Senat dies bisher anders beurteilt hatte,⁵ hält er daran nicht mehr fest. **Entscheidend** ist vielmehr die **tatsächliche Größe der Wohnung**, da der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass sich die Vergleichsmiete am objektiven Wohnwert zu orientieren habe. Der Vermieterseite soll auch nicht die Möglichkeit eröffnet werden, über abweichende Vereinbarungen zum Wohnwert künftige Mieterhöhungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen oder zu verfälschen. Im Falle einer Wohnflächenüberschreitung kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Vermieter auf künftige Mietanpassungen verzichten will. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Mieters darauf, den Vorteil einer unterhalb des ortsüblichen Mietzinsniveaus liegenden Miete behalten zu können, ist nicht anzuerkennen. Da ein Verzicht gemeinhin deutliche Anhaltspunkte für eine Aufgabe von Rechten erfordert, kann in einer fehlerhaften Wohnflächenermittlung auch keine entsprechende Erklärung gesehen werden.

Allerdings scheiterte die Revision und die damit begehrte Zustimmung zu einer weiteren Mieterhöhung um 213,31 € daran, dass (auch) die **Kappungsgrenze gemäß § 558 Abs. 3 BGB** Anwendung findet. Konsequenterweise kann in diesem Zusam-

⁴ BGH, Urteil vom 18. November 2015 – [VIII ZR 266/14](#) – MDR 2016, 76 f. = NJW 2016, 239 ff. = NZM 2016, 42 ff.

⁵ zuletzt BGH, Urteil vom 08. Juli 2008 – [VIII ZR 205/08](#) – NJW 2009, 2739 f.

menhang die **Ausgangsmiete ebenfalls nicht fiktiv**, sondern nur **anhand der ursprünglich vereinbarten oder angenommenen Wohnfläche berechnet werden**. Bezogen darauf überstieg die weiter begehrte Mieterhöhung die Kappungsgrenze.

Auch eine **Anpassung aufgrund eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage** kommt danach **nicht in Betracht**, da die **gesetzliche Regelung in den §§ 558 ff. BGB vorrangig** ist. Für § 313 BGB verbleibt daher nur dann ein Anwendungsbereich, wenn sich die gesetzliche Regelung für besonderes gelagerte Sachverhalte nachträglich als schlechthin unpassend erweist. Dies ist hier nicht der Fall, zumal die zutreffende Ermittlung der Wohnfläche in die Risikosphäre des Vermieters fällt.

b)

Ein weitere und umfassend begründete Entscheidung musste sich mit der **Verfassungskonformität der Kappungsgrenzen-Verordnung des Landes Berlin** befassen. Die beklagte Mieterin war mit einer Mieterhöhung um 20% nur in Höhe von 15% einverstanden, da die am 19. Mai 2013 in Berlin in Kraft getretene Kappungsgrenzen-Verordnung Mieterhöhungen auf diesen Wert herabgesetzt hatte. Die Klage des Vermieters, mit der dieser weitere 5% Mieterhöhung (= 11,26 €) forderte, blieb in sämtlichen Instanzen ohne Erfolg, da die Verordnung verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.⁶

Die Zivilgerichte sind zwar verpflichtet, **untergesetzliche Normen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zu prüfen**. Insoweit besitzen sie – anders als bei förmlichen Gesetzen – auch eine **Verwerfungskompetenz**, wenn eine Rechtsverordnung diesen Anforderungen nicht genügt. **Mit § 558 Abs. 3 Satz 3 BGB** steht jedoch **eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage** zur Verfügung, da sie i.S.d. Art 80 Abs. 1 GG **Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung** hinreichend umschreibt. Dabei war es dem Gesetzgeber auch nicht verwehrt, sich mit dem Begriff der Gefährdungslage eines unbestimmten Rechtsbegriffes zu bedienen, da dessen Inhalt im Wege der Auslegung bestimmt werden kann.

⁶ BGH, Urteil vom 04. November 2015 – [VIII ZR 217/14](#) – MDR 2016, 205 ff. = NJW 2016, 476 ff. = NZM 2016, 82 ff.

Auch mit der **Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG** ist die Ermächtigungsgrundlage zu vereinbaren, da die **Absenkung der Kappungsgrenze um 5% lediglich eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art.14 Abs. 1 Satz 2 GG darstellt**. Der Gesetzgeber hat diesbezüglich die widerstreitenden Interessen zu einem ausgewogenen Ausgleich zu bringen und kann dabei einen weiten Gestaltungsspielraum in Anspruch nehmen. Hierbei kann die Veränderung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse zu einer Verschiebung der Maßstäbe führen. Gemessen daran stellen sich § 558 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB als wirksam dar, da die Regelung einem legitimen Zweck dient, die Belange der Vermieter nicht unangemessen beeinträchtigt und auch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne genügt.

Als Inhalts- und Schrankenbestimmung ist auch **keine gleichheitswidrige Ausgestaltung** ersichtlich, **da Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung untersagt**. Die Kappung von Mieterhöhungen in bestehenden Mietverhältnissen betrifft jedoch nicht unterschiedliche Personengruppen, sondern differierende, mietrechtliche Sachverhalte. In dieser Hinsicht würde jedoch nur das Willkürverbot eine gesetzliche Regelung verhindern, welches jedoch deshalb nicht tangiert wird, weil die erstrebte Dämpfung des Anstiegs der Bestandsmieten einem hinreichend sachlichen Differenzierungsgrund dient.

Auch **inhaltlich ist die Kappungsgrenzen-Verordnung dann nicht zu beanstanden**, da sich die Verordnung **im Rahmen des den Landesregierungen damit eingeräumten Beurteilungsspielraums hält** und die Gerichte nur prüfen können, ob die getroffene Maßnahme den Rahmen der Zweckbindung überschreitet. In dieser Hinsicht hat der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber aber nur die in § 558 Abs. 3 Satz 2 BGB genannten Kriterien vorgegeben, während er im Übrigen die Entscheidung den sachnäheren Landesregierungen überlassen hat. Von einer „ausreichenden Versorgung“ ist dabei dann auszugehen, wenn sich Angebot und Nachfrage nach Wohnraum annähernd die Waage halten. „Angemessene Bedingungen“ liegen vor, wenn Mieten verlangt werden, die ein durchschnittlich verdienender Arbeitnehmerhaushalt aufbringen kann. Eine „besondere Gefährdung“ ist gegeben, wenn in einer Gemeinde latente Versorgungsschwierigkeiten aufgrund

örtlicher Eigenarten bestehen. Im Blick auf die Höchstfrist von 5 Jahren ist ferner prognostisch zu berücksichtigen, ob ein dauerhafter Ausgleich erreicht werden kann oder auf längere Zeit mit einer Mangellage zu rechnen ist. Das Merkmal „ in einer Gemeinde oder eines Teils einer Gemeinde“ muss dagegen autonom und anhand des Zwecks der gesetzlichen Regelung bestimmt werden. Hierin liegt ein **weiterer Beurteilungsspielraum**, da der Gesetzgeber die regionalen Besonderheiten nicht berücksichtigen konnte und ferner Fluktuationen zu berücksichtigen sind.

Gemessen daran hält sich die Kappungsgrenzen-Verordnung im Rahmen des bestehenden Beurteilungsspielraums, da sich der Berliner Senat anhand der Mietpiegel davon überzeugt hat, dass **im gesamten Stadtgebiet die Mieten rapide gestiegen** sind und daher eine **Beschränkung auf bestimmte Stadtgebiete nicht sachgerecht** war. Ebenso wenig ist erkennbar, dass sich der Senat von Berlin untauglicher Indikatoren bedient hätte, weil die Wohnungsmarktsituation anhand von Nachfragewerten beurteilt wurde.

Von daher verstößt die Kappungsgrenzen-Verordnung auch nicht ihrerseits gegen Verfassungsrecht, weil der Ordnungsgeber **den maßgeblichen Sachverhalt zutreffend ermittelt hatte und sich die gewählte Laufzeit als vertretbar darstellt**. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gleichfalls gewahrt, weil die getroffene Regelung erforderlich ist und der Ordnungsgeber den ihm eröffneten Beurteilungsspielraum nicht überschritten hatte.

c)

Ein Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO, der zur Rücknahme der Revision führte, befasst sich mit einer **Mieterhöhung wegen Modernisierung**. Der VIII. Zivilsenat hat eine Zulassungsrelevanz der Streitsache verneint, da sich die vom Berufungsgericht formulierte Rechtsfrage, ob eine **Mieterhöhung, die die Angabe in der Modernisierungsankündigung um 10% übersteigt, gestaffelt oder nur einheitlich nach 6 Monaten wirksam wird**, nicht stellt.⁷

⁷ Beschluss vom 06. Oktober 2015 – [VIII ZR 76/15](#) – NJW-RR 2016, 136 f. = NZM 2016, 46 = WuM 2016, 39 f.

Diese Rechtsfrage wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte sowie in der Literatur nicht diskutiert und ist somit nicht klärungsbedürftig. Die Bestimmung des § 559b Abs. 2 BGB a.F. ist insoweit auch eindeutig und unterscheidet nicht, weshalb in allen darin genannten Fällen die Mieterhöhung auf 6 Monate hinausgeschoben wird. Da der Gesetzgeber auch die Interessen der Mieter im Blick hatte, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen, dass allein der Teil der Mieterhöhung, der die 10%-Marke überschreitet, erst verspätet wirksam werden soll.

1.5 Kündigungen

Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kündigungen standen im Mittelpunkt folgender Entscheidungen:

a)

Die **Eigenbedarfskündigung eines Mischmietverhältnisses** behandelt ein Revisionsurteil, in dem die Beklagten ein ehemaliges Bauernhaus angemietet hatten, in dem sie auch ein Ladengeschäft betrieben. Der Kläger hatte die Kündigung erklärt, um seiner Tochter und seiner Enkelin einen eigenen Hausstand zu ermöglichen. Die Revision der Beklagten war ohne Erfolg, da sich der **Eigennutzungswunsch nicht auch auf die Gewerberäume erstrecken** muss.⁸

Das Landgericht war zutreffend davon ausgegangen, dass ein Mischmietverhältnis vorlag, in dem die gewerbliche Nutzung nur eine untergeordnete Bedeutung genoss. Wenngleich ein solches Mietverhältnis nur einheitlich gekündigt werden kann, muss sich der Eigenbedarf nicht auch auf die Gewerberäume beziehen. Es würde zu einem Wertungswiderspruch führen, wenn der Eigenbedarfswunsch die gewerblich genutzten Räumlichkeiten einbeziehen müsste, da ein Vermieter normalerweise keine entsprechende Nutzung beabsichtigt und Kündigungen damit praktisch

⁸

BGH, Urteil vom 01. Juli 2015 – [VIII ZR 14/15](#) – MDR 2015, 936 f. = NJW 2015, 2727 = NZM 2015, 657; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

ausgeschlossen wären. Die gewerbliche Nutzung würde dem Mieter daher ein Schutzniveau verleihen, das der Gewerberaumiete selbst fremd ist.

b)

Ein weiteres Revisionsverfahren betraf die **Eigenbedarfskündigung einer Vermieterin, die Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses mit insgesamt 15 Wohnungen** war. Die verfahrensgegenständliche Drei-Zimmer-Wohnung befand sich im 3. Obergeschoss und war den Beklagten am 28. Januar 1987 vermietet worden. Eine weitere Mansardenwohnung mit 21 qm Wohnfläche hatten die Beklagten am 18. März 1988 angemietet, wobei dieser Mietvertrag vorsah, dass beide Mietverhältnisse nur einheitlich gekündigt werden konnten. Die Klägerin hatte beide Mietverträge mit der Begründung gekündigt, dass sie die im 3. Obergeschoss gelegene Wohnung selbst beziehen wolle, während ihre Tochter die Mansarde als Teil einer neu zu errichteten Wohnung benötige. Während das Amtsgericht die Räumungsklage noch abgewiesen hatte, hat das Berufungsgericht der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten war erfolgreich, da der Senat die **Beweiswürdigung des Landgerichts einer eingehenden und kritischen Überprüfung** unterzogen hat.⁹

Die Kündigung entsprach zwar dem formellen Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB, da die Bedarfsperson und das Erlangungsinteresse hinreichend individualisiert worden waren. Auch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten lag angesichts des großzügigen Zuschnitts der Wohnung der Tochter nicht vor, wie auch eine Verletzung einer etwaigen Anbietspflicht nicht festgestellt werden konnte. Allerdings hätte sich das Landgericht **eingehender mit der Ernsthaftigkeit des von der Klägerin behaupteten Nutzungswunsches auseinandersetzen** müssen, da ein noch unbestimmtes Interesse an einer nur künftigen Nutzung als Vorratskündigung (noch) keinen Eigenbedarf begründet.

Das Amtsgericht hatte insoweit berechtigte Zweifel gehegt, weil sich die Klägerin bei ihrer persönlichen Anhörung nur „zaghafte“ geäußert hatte und nicht zu erklären vermochte, weshalb ihre Wahl gerade auf die Wohnung der Beklagten fiel. Bei ei-

⁹

BGH, Urteil vom 23. September 2015 – [VIII ZR 297/14](#) – MDR 2015, 1286 f. = NJW 2015, 3368 ff. m. Anm. Kappus = NZM 2015, 812 ff.

nem Menschen im Seniorenalter entspreche es der Lebenserfahrung, dass er seinen künftigen Wohnsitz mit Bedacht wählte. Damit hätte die Klägerin eingehender erläutern müssen, von welchen Erwägungen sie sich habe leiten lassen. Auf die Interessen der Tochter komme es dagegen deshalb nicht an, weil zuerst die Klägerin ihren Eigennutzungswunsch nachvollziehbar hätte darlegen müssen. Das Landgericht hätte daher nur dann zu einer vom Eingangsgericht abweichenden Beurteilung gelangen dürfen, wenn es – woran es fehlte – die persönliche Anhörung der Klägerin zweitinstanzlich wiederholt hätte. Darüber hinaus hatte das Berufungsgericht übersehen, dass sich die Klägerin kurzfristig entschieden hatte. Anlässlich der Weitervermietung der Erdgeschosswohnung war die Klägerin nur von der „Möglichkeit“ einer Eigenbedarfskündigung ausgegangen; diese Möglichkeit hätte sich dann binnen eines Monats zu einer festen Absicht verdichtet. Nach der Lebenserfahrung ist es aber wenig plausibel, dass eine für die Lebensumstände wesentliche Entscheidung derart kurzfristig getroffen wird.

c)

Ein weiteres Revisionsverfahren befasste sich mit dem **außerordentlichen Kündigungsrecht eines Nacherben**, der in der Berufungsinstanz abermals die außerordentliche und hilfsweise die ordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückständen erklärt hatte. Diese Zahlungsrückstände hatten die Beklagten nachfolgend ausgeglichen. Der Ansicht des Landgerichts, welches mangels Hinweises auf §§ 2135; 1056 Abs. 2 BGB die Kündigung für nicht hinreichend begründet erachtet hatte, ist der Senat nicht gefolgt.¹⁰

Auch im Falle der §§ 2135; 1056 Abs. 2 BGB sind gemäß § 573d Abs. 1 BGB die §§ 573; 573a BGB anwendbar, weshalb der Kläger im Kündigungsschreiben **lediglich die Gründe für ein berechtigtes Interesse an der Kündigung angeben musste** (§ 573 Abs. 3 BGB). Diesen Anforderungen entsprach die Kündigungserklärung des Klägers, während es keiner weiteren Hinweise in Bezug auf rechtliche Verteidigungsmöglichkeiten in einem späteren Kündigungsprozess bedurfte.

¹⁰ Urteil vom 01. Juli 2015 – [VIII ZR 278/13](#) – MDR 2015, 935 f. = NJW 2015, 2650 ff. = NZM 2015, 658 f.

Die angefochten Entscheidung stellte sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO), da sich die Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgericht im Verzug befanden. Die Zahlung innerhalb der Schonfrist hatte für die ordentliche Kündigung dagegen keine Bedeutung. Der mit dem Vorerben im Mietvertrag vereinbarte Ausschluss der ordentlichen Kündigung stand einer Kündigung durch den Nacherben nicht entgegen, da diesem nach § 537d Abs. 1 BGB ein außerordentliches Kündigungsrecht innerhalb der gesetzlichen Kündigungsfrist zustand. Allerdings hätte die **Kündigung nach § 242 BGB unwirksam** sein können, wenn der Nacherbe – unabhängig von § 1056 Abs. 1 BGB – persönlich an den Mietvertrag gebunden gewesen wäre. Dies hätte etwa dann der Fall sein können, wenn **der Nacherbe dem Abschluss des Mietvertrages zugestimmt** hätte oder die Verpflichtung zur Zustimmung bestand, weil der **Abschluss des Mietvertrages durch den Vorerben dessen Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses** entsprach. Angesichts ungewöhnlicher Vertragskonditionen (langjähriger Ausschluss des Kündigungsrechts; Ausschluss von Mieterhöhungen; Herabsetzung des Mietzinses wegen vorgesehener Mieterinvestitionen) bedürfte es hierzu noch weiterer Feststellungen, weshalb der VIII. Zivilsenat den Rechtsstreit an die Berufungsinstanz zurückverwiesen hat.

d)

Ein Hinweisbeschluss nach § 552 ZPO, der zur Zurückweisung der Revision führte, betraf Kündigungen wegen Zahlungsverzugs, nachdem das Jobcenter seine Hilfsleistungen eingestellt hatte. Diesen Aufhebungsbescheid hatte das Jobcenter später rückwirkend zurückgenommen und noch vor der Zustellung der Räumungsklage die Mietrückstände ausgeglichen. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, weil einer ordentlichen Kündigung § 242 BGB entgegenstehe. Der Senat hat eine Zulassungsrelevanz verneint.¹¹

Die Auslegung der Entscheidungsgründe ergab, dass die Revision vom Landgericht nur **hinsichtlich der ordentlichen Kündigung zugelassen** worden war, da es sich dabei um einen abgrenzbaren Streitgegenstand handelte und nur insoweit die

¹¹ Beschluss vom 06. Oktober 2015 – [VIII ZR 321/14](#) – Das Grundeigentum 2016, 453 = WuM 2016, 225 ff.

Zulassungsentscheidung mit Erwägungen zu § 242 BGB begründet worden war. Soweit die Revision die fristlose Kündigung weiterverfolgt hatte, war das Rechtsmittel daher bereits unzulässig.

Im Übrigen lagen keine Zulassungsgründe vor, weil es sich **einer allgemeinen Betrachtung entzieht**, unter welchen Voraussetzungen eine ordentliche Kündigung ausnahmsweise an § 242 BGB scheitert und hierüber primär der Tatrichter zu befinden hat. Anders als das Landgericht gemeint hatte, kann das Revisionsgericht in diesem Zusammenhang auch keine allgemeinen Regeln aufstellen, da **diese Entscheidung dem Gesetzgeber vorbehalten** ist. Die Schonfristregelung, die anerkanntermaßen auf die ordentliche Kündigung nicht anwendbar ist, kann mittels des Gebots von Treu und Glauben auch nicht erweitert werden. Dies liefe im Ergebnis auf eine unzulässige Analogie hinaus. Die Revision hatte im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg, weil die tatrichterliche Beurteilung, wonach nur ein geringfügiges Verschulden der Beklagten vorliege, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden war.

1.6 Nebenkosten

Hierzu sind im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – keine höchstrichterlichen Entscheidungen ergangen

1.7. Preisgebundener Wohnraum

Auch diese Materie hat den VIII. Zivilsenat im Berichtszeitraum nicht beschäftigt.

2. Gewerberaummiete und Pachtrecht

Rechtsfragen aus dem Bereich des Gewerbemiet- und Pachtrechts fallen in die Zuständigkeit des XII. Zivilsenats.

a)

Um die Bestimmung des § 550 BGB ging es in einem Streitfall, in dem Räumlichkeiten zum Betrieb einer Zahnarztpraxis vermietet worden waren und in dem als Vertragsende der 30. April 2020 vereinbart worden war. Ferner war im Rahmen **einer Änderungsvereinbarung eine Mieterhöhung um 20 € (= 1,5%)** verabredet worden, die jedoch nicht schriftlich fixiert worden war. Die Klage der Mieter, mit der diese die Feststellung begehrt hatten, dass das Mietverhältnis durch Kündigung zum 31. Juli 2014 beendet worden sei, war vorinstanzlich ohne Erfolg geblieben. Auf deren Revision wurde der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.¹²

Das Berufungsgericht war zu Unrecht davon ausgegangen, dass die vereinbarte **Mieterhöhung die Einhaltung der Schriftform nicht berühre**, weil sie lediglich geringfügig und damit vernachlässigbar sei. **Vereinbarungen, die die Miethöhe betreffen, sind in jedem Fall wesentlich**, da selbst geringfügige Rückstände sich dergestalt summieren können, dass sie Kündigungsrelevanz erlangen. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Änderungsvereinbarung dem Vermieter oder einem späterem Grundstückserwerber günstig ist. Von daher konnte allenfalls § 242 BGB dem Einwand der fehlenden Form entgegenstehen, wofür aber keine hinreichenden Feststellungen getroffen worden war. Allein der Umstand, dass die Parteien ihren vertraglichen Pflichten bisher nachgekommen waren, reichte hierfür nicht aus.

Bedenklich war auch, dass das Berufungsgericht gemeint hatte, die **geschlossenen Vereinbarungen hinsichtlich der Praxiserweiterung** unterfielen gleichfalls nicht dem Schriftformerfordernis. **Abreden hinsichtlich vorzunehmender Um- oder Ausbauten werden regelmäßig für die Parteien von wesentlicher Bedeutung sein**, da sich die Formbedürftigkeit nicht erst bei verlorenen Baukostenzuschüssen und Flächenerweiterungen einstellt.

Fehlerfrei hatte das Berufungsgericht aber die erklärte fristlose Kündigung für unwirksam erachtet, da ein gesteigerter Platzbedarf nur **das den Mieter obliegende**

¹² Urteil vom 25. November 2015 – [XII ZR 114/14](#) – MDR 2016, 146 f. = NJW 2016, 311 ff. = NZM 2016, 98 ff.

Verwendungsrisiko berührt. Etwaige neue Hygienevorschriften konnten erst dann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, nachdem die zuständige Behörde die Schließung des Labors angedroht hatte.

b)

Eine weitere Entscheidung betätigte bekannte Grundsätze. Danach führt die **vorbehaltlose Ausübung einer Verlängerungsoption nicht entsprechend § 536b BGB zu einem Verlust von Gewährleistungsrechten nach §§ 536; 536a BGB.**¹³

Dabei war im Streitfall bereits bedenklich, ob überhaupt eine Option zur Vertragsverlängerung gewährt worden war, da dessen Ausübung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung voraussetzt. Die von den Parteien gewählte Konstruktion sah dagegen eine Verlängerungsklausel vor, wonach das Vertragsverhältnis fortgesetzt werden sollte, wenn der Mieter nicht schriftlich widersprach. Allerdings konnte diese Frage dahin stehen, da der Senat zwischenzeitlich entschieden hat, dass selbst die Ausübung einer Verlängerungsoption eine entsprechende Anwendung des § 536b BGB nicht rechtfertigt.¹⁴ Für den Fall, dass sich das Mietverhältnis bei Untätigkeit des Mieters automatisch verlängert, kann nichts anderes gelten, da das Vertragsverhältnis ebenfalls unter Beibehaltung seines Inhalts fortgesetzt wird.

Auch eine wirksame Fristsetzung zur Mängelbeseitigung lag vor, da der vertraglich vorgesehenen Form eines Einschreibens keine konstitutive Bedeutung beigemessen werden kann.

3.

Wohnungseigentumsrecht

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

¹³ BGH, Urteil vom 14. Oktober 2015 – [XII ZR 84/14](#) – MDR 2015, 1411 f. = NJW-RR 2016, 14 ff. = NZM 2015, 861 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁴ BGH, Urteil vom 05. November 2014 – [XII ZR 15/12](#) – = BGHZ 203, 148 ff. = NJW 2015, 202 ff.

a)

Eine Grundsatzentscheidung rankt sich um die praktisch bedeutsame Frage, ob auch die **Aufnahme eines hohen und langfristigen Kredits den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung** entspricht. Konkret ging es um eine aus 201 Einheiten bestehende Wohnanlage, die in den 1980er Jahren errichtet worden war. Auf einer außerordentlichen Eigentümerversammlung war beschlossen worden, die **Fassade unter Anbringung einer förderfähigen Wärmedämmung** zu sanieren, wobei die Kosten von ca. 2 Mio. € mit Hilfe eines **KfW-Kredits in Höhe von 1,32 Mio. € finanziert werden sollten, während ein Restbetrag von ca. 900.000,00 € der Instandhaltungsrücklage** entnommen werden sollte. Die – zugelassene – Revision einer Wohnungseigentümerin gegen das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil des Landgerichts war – im Ergebnis – ohne Erfolg.¹⁵

Die von einem einzelnen Wohnungseigentümer eingelegte Revision war zulässig, da zwischen den beklagten Wohnungseigentümern eine notwendige Streitgenossenschaft besteht, weshalb die übrigen **Streitgenossen zwar nicht Rechtsmittelführer werden, aber gemäß § 62 Abs. 2 ZPO als Parteien am Revisionsverfahren zu beteiligen** sind. Die Revision war jedoch unbegründet, weil **im konkreten Streitfall das den Wohnungseigentümern zustehende Gestaltungsermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt** worden war.

Der Senat hat die umstrittene Frage, ob eine Wohnungseigentümergeinschaft auch einen Kredit aufnehmen kann, der über einen kurzfristigen und überschaubaren Finanzbedarf hinausgeht, nunmehr dahingehend „beantwortet“, dass es dabei auf die **Umstände des Einzelfalles unter Abwägung der allseitigen Interessen ankommt**. Eine **allgemein gültige Regel kann** aufgrund der unterschiedlichen Sachverhaltsgestaltungen, die in diesem Zusammenhang vorstellbar sind, **nicht aufgestellt werden**.

Ein **allgemeines Verbot**, auch größere Ausgaben durch die Aufnahme eines Kredits zu bewältigen, **lässt sich dem WEG nicht entnehmen**. Diese Sichtweise wür-

¹⁵ BGH, Urteil vom 25. September 2015 – [V ZR 244/14](#) – MDR 2015, 1355 f. = NJW 2015, 3651 ff. m. Anm. Vonkilch = NZM 2015, 821 ff.

de dem Selbstorganisationsrecht der Wohnungseigentümer und dem Anliegen des Gesetzgebers, auch einkommensschwächeren Bürgern den Erwerb von Wohnungseigentum zu ermöglichen, widersprechen. Allerdings sind auch die Haftungsrisiken zu berücksichtigen, die mit einer Kreditaufnahme verbunden sind, da den einzelnen Wohnungseigentümern im Innenverhältnis eine Nachschusspflicht droht. Daher bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung, wobei der Senat **verschiedene Kriterien entwickelt** hat, die dabei zu berücksichtigen sind.

Danach ist zuerst zu fragen, welchem **Zweck das Darlehen dient** und ob die beabsichtigte Maßnahme dringlich ist. Weiter ist zu bedenken, ob die notwendigen Mittel nicht auch **durch einen Rückgriff auf die Instandhaltungsrücklage oder eine Sonderumlage aufgebracht werden können**. Da das Einbehalten vorhandener Rücklagen triftige Gründe erfordert, wird insoweit eine Kreditaufnahme regelmäßig ausscheiden. Im Falle einer Sonderumlage sind die damit verbundenen **Belastungen dagegen mit den Vor- und Nachteilen einer Finanzierung zu vergleichen**. Weiter kommt es auf die **Relation aus der Darlehenshöhe und der Anzahl der Mitglieder** an. Zu berücksichtigen sind ferner **die Kreditkonditionen und die Laufzeit des Darlehens**. Entgegen der Auffassung des Berufungsgericht muss diesbezüglich einzelnen Miteigentümern nicht die Option eingeräumt werden, den auf sie entfallenden Kreditanteil als Sonderumlage einzuzahlen, da eine beschlossene Kreditaufnahme auch von den überstimmten Mitgliedern zu tragen ist. Letztendlich muss auch die **Beschlussfassung bestimmten Anforderungen** entsprechend. Inhaltlich muss der **Beschluss hinreichend bestimmt** sein und dazu die **wesentlichen Rahmenbedingungen der Kreditaufnahme ausweisen** sowie darüber informieren, ob das Darlehen am Ende der Laufzeit getilgt sein soll oder eine Anschlussfinanzierung erforderlich wird. Weiter muss das **Risiko einer Nachschusspflicht vor der Beschlussfassung eingehend erörtert** werden, da keine Fehlvorstellungen entstehen dürfen; diese **Unterrichtung ist sodann in das Protokoll aufzunehmen**.

An letztgenanntem Erfordernis fehlte es im Streitfall. Zwar entsprach der gefasste Beschluss dem Bestimmtheitserfordernis. Im Zusammenhang mit der Erörterung

der Kreditaufnahme, war jedoch der unzutreffende Eindruck vermittelt worden, die gestellte Landesbürgschaft würde das Kreditrisiko verringern.

b)

Eine weitere Entscheidung befasst sich mit einer **Beschlussfassung hinsichtlich einer geänderten Kostenverteilung**, die allein mit den Stimmen der Beklagten „genehmigt“ wurde. Die Beklagten sind Eigentümer, der im EG und ersten OG gelegenen Wohnungen, während die im 2. OG gelegene Eigentumswohnung im Eigentum des Klägers steht. Die Teilungserklärung sieht dabei vor, dass jede Wohnungseinheit eine Stimme gewährt. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg.¹⁶

Das Berufungsgericht hatte die Revision wegen der Frage zugelassen, ob der Begriff der „Stimmenmehrheit“ in § 16 Abs. 3 WEG zwingend i.S.d. Kopfprinzips (§ 25 Abs. 2 WEG) auszulegen sei. Damit hatte das Landgericht den **drittinstanzlichen Prozessstoff wirksam beschränkt**, da **einzelne Beschlussmängel abgrenzbare Teile des Gesamtstreitstoffs darstellen** und die Auslegung ergibt, dass das Berufungsgericht – bei verständiger Würdigung – die Revision nicht auch hinsichtlich der Anfechtungsgründe zulassen wollte, die es als nachgeschoben an § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG hatte scheitern lassen.

In der Sache selbst hat es der Senat gebilligt, dass die erforderliche Stimmenmehrheit erreicht worden war, da auch **im Rahmen des § 16 Abs. 3 WEG das Kopfprinzip abbedungen werden kann**. Geklärt ist, dass das Kopfprinzip hinsichtlich der Regelung des § 26 Abs. 1 WEG durch das Objekt- oder Wertprinzip ersetzt werden kann. Für die Regelung des § 16 Abs. 3 WEG kann nichts anderes gelten, da dessen Wortlaut nur allgemein das Mehrheitsprinzip vorschreibt. Anhand welcher Kriterien die Mehrheit zu ermitteln ist, bestimmt allein die dispositive Regelung des § 25 Abs. 2 WEG. Die Gegenansicht, die eine Majorisierung befürchtet, verkennt, dass diese Gefahr jeder Mehrheitsentscheidung droht, wodurch § 26 Abs. 2 WEG generell nicht mehr dispositiv wäre. Das Kopfprinzip hat aber nicht zwingend den höheren Gerechtigkeitsgehalt, während majorisierenden Beschlüssen im Ein-

¹⁶ Urteil vom 10. Juli 2015 – [V ZR 198/14](#) – MDR 2015, 1056 f. = NJW 2015, 3371 f. = NZM 2015, 785 ff.

zelfall unter dem Blickwinkel der Willkür oder des Rechtsmissbrauchs begegnet werden kann.

c)

Gleichsam verfahrensrechtliche Problemstellungen wirft ein Rechtsstreit auf, in dem zuerst die klagenden Wohnungseigentümer die Beklagte dazu verurteilen lassen wollten, die erworbene Teileigentumseinheit, die in der Teilungserklärung als „Ladenraum“ bezeichnet ist, als Gaststätte – nach Freigabe der Öffnungszeiten – bis in die Morgenstunden geöffnet zu halten. Die Beschlüsse der Eigentümergemeinschaft, wonach „die derzeit vorhandenen Gaststätten und Restaurantbetriebe (nur) bis ein Uhr nachts geöffnet sein dürfen“ und „die Verwaltung beauftragt und bevollmächtigt wird, die Durchführung dieses Beschlusses mit anwaltlicher Hilfe gerichtlich durchzusetzen“ waren bestandskräftig geworden. In der mündlichen Revisionsverhandlung hat der Prozessbevollmächtigte der (früheren) Kläger zu 1 erklärt, dass an deren Stelle die Wohnungseigentümergeinschaft als Klägerin zu 2 in den Prozess eintrete. Auf dieser Grundlage hatte war Revision gegen die klagabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen von Erfolg gekrönt.¹⁷

Die **Klage** war – was das Berufungsgericht übersehen hatte – **ursprünglich unzulässig**, da sie **im Namen aller (übrigen) Wohnungseigentümer erhoben** worden war, während mit dem **gefassten Beschluss der Verband die alleinige Prozessführungsbefugnis begründet** hatte. Zwar besteht für Unterlassungsansprüche aus dem Miteigentumsanteil keine geborene Verbandsbefugnis; jedoch konnte der Verband die **Prozessführungsbefugnis als gekorene Verbandsbefugnis nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG an sich ziehen**. Die Auslegung des Beschlusses ergab, dass dies beabsichtigt war, weil eine Beschlusskompetenz allein für die Vergemeinschaftung von Individualansprüchen bestand und deren gebündelte Verfolgung nur durch den Verband möglich war. Die damit an sich **unzulässige Klage war aber drittinstanzlich gemäß § 263; 533 ZPO aufgrund eines gewillkürten Parteiwechsels zulässig** geworden, da in der Revisionsinstanz – ausnahmsweise – eine Klageänderung zulässig ist, wenn die Ausübungsbefugnis allein beim Verband

¹⁷ Urteil vom 10. Juli 2015 – [V ZR 169/14](#) – MDR 2015, 1057 f. = NJW 2016, 53 ff. = NZM 2015, 787 ff.

liegt. Damit geht nämlich kein neuer Tatsachenvortrag einher, während sich die erforderliche Sachdienlichkeit aus prozessökonomischen Gründen ergibt.

In der Sache selbst hatte das Rechtsmittel Erfolg, da der **Unterlassungsanspruch** – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – **nicht verwirkt** war. Das für eine Verwirkung erforderliche **Zeitmoment** fehlt in der Regel, wenn eine **wiederholte Störung einen neuen Anspruch auslöst**. So verhielt es sich hier, weil es allein darum ging, dass die Gaststätte seit dem Jahre 2007 über 1 Uhr nachts hinaus geöffnet war, während der Betrieb der Gaststätte als solcher hingenommen wurde. In der Ausweitung der Öffnungszeiten lag gegenüber einem eingeschränkten Gaststättenbetrieb daher eine eigenständige Störung.

Der Senat hat durchentschieden, da die Rechtssache entscheidungsreif war. Die Teilungserklärung, die das Revisionsgericht selbst auslegen konnte, enthielt mit der Bezeichnung „Ladenraum“ **eine Zweckbestimmung, bei der der bloße Charakter als Verkaufsstätte** im Vordergrund steht. Der **Betrieb einer Gaststätte wird davon nicht umfasst**. Anders wäre dies nur dann, wenn die tatsächliche Nutzung bei typisierender Betrachtung nicht mehr stört, als die zulässige Nutzung. Daran fehlte es, weil im Saarland Läden zur Nachtzeit geschlossen sein müssen. Die Teilungserklärung war auch nicht konkludent geändert worden, da hierfür eine reine Duldung der Gaststätte in der Vergangenheit nicht ausreicht.

d)

Mit der Rechtsfigur des **werdenden Wohnungseigentümers** befassen sich folgende Revisionsurteile:

aa)

In dem ersten Streitfall hatte die Tochter der Beklagten (Streitverkündete) im Jahre 2006 eine Eigentumswohnung erworben, die zuvor durch Teilung des Grundstücks der veräußernden Bauträgerin entstanden war. Diese Wohnung hatte die Streitverkündete, der die Wohnung übergeben worden war, im Jahre 2012 an die Beklagte veräußert und die Abtretung des Auflassungsanspruchs erklärt. Das Landgericht hatte die Klage der Wohnungseigentümergeinschaft auf Zahlung von Hausgeld

und einer Sonderumlage abgewiesen. Dem ist der Senat in einer für die amtliche Sammlung bestimmten Grundsatzentscheidung gefolgt, weil allein die Streitverkündete werdende Wohnungseigentümerin ist.¹⁸

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass im Stadium der Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft zwischen dem teilenden Eigentümer und dem Ersterwerber **das WEG vorverlagert anzuwenden ist, wenn der Käufer eine gefestigte Rechtsposition erlangt hat und infolge des vertraglich vereinbarten Übergangs von Nutzen und Lasten ein berechtigtes Interesse daran hat, an der Verwaltung des Wohnungseigentums vorzeitig mitzuwirken**. Unter diesen Voraussetzungen hat der werdende Wohnungseigentümer nach § 16 Abs. 2 WEG die Kosten und Lasten zu tragen, während der teilende Eigentümer nicht gesamtschuldnerisch haftet. Allerdings ist bislang **offen geblieben**, ob durch **die Veräußerung der Einheit eines werdenden Wohnungseigentümers der Zweiterwerber in dessen Rechtsposition** eintritt. Der Senat hat diese Frage – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung – nunmehr **verneint**.

Die Anerkennung des werdenden Wohnungseigentums verfolgt den Zweck, möglichst **frühzeitig den Übergang der Entscheidungsbefugnis vom teilenden Veräußerer auf den Erwerber** zu erreichen. Der Zession des Übereignungsanspruchs fehlt es an der inneren Rechtfertigung für den Eintritt des teilenden Eigentümers in den Verband, da der veräußernde Bauträger daran nicht beteiligt ist.

Die **besseren Gründe** sprechen dann dafür, **weiterhin den Zedenten als werdenden Wohnungseigentümer anzusehen**, wenngleich der Zessionar kein Zweiterwerber ist, da analog § 401 BGB die Auflassungsvormerkung auf ihn übergeht. Dieser formale Aspekt muss jedoch hinter das „Demokratisierungsinteresse“ des (Erst-)Erwerbers zurücktreten, welches der V. Zivilsenat mit seiner Rechtsprechung verfolgt. Hat der Zedent vom Bauträger eine gesicherte Rechtsposition erlangt, ist diesem Interesse nämlich Genüge getan. Die Ausübung des Stimmrechts sowie die Tragung von Kosten und Nutzen können ab diesem Zeit-

¹⁸ Urteil vom 24. Juli 2015 – [V ZR 275/14](#) – MDR 2015, 1171 f. = NJW 2015, 2877 ff. = NZM 2015, 742 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

punkt zwischen dem Zedenten und dem Zessionar vertraglich geregelt werden. Umgekehrt brächte der Übergang der Mitgliedschaftsrechte **praktische Probleme für den werdenden Verband** mit sich, da dieser nur schwer ermitteln kann, wer der wahre Rechtsinhaber ist. Insoweit sind nämlich weder die Abtretung noch die Besitzverschaffung nach Außen ohne weiteres erkennbar. Der Zessionar kann sich dagegen im Innenverhältnis eine Rechtsstellung einräumen lassen, die weitgehend der eines Ersterwerbers entspricht.

bb)

In einer zweiten Entscheidung hat der V. Zivilsenat seine Rechtsprechung für den Fall **einer unerlaubten Eigenmacht** präzisiert. Der Beklagte hatte ein mit einem Altbau bebautes Grundstück in fünf Wohneinheiten aufgeteilt und die Wohnungen an drei Erwerberinnen veräußert. In den jeweiligen Erwerbsverträgen verpflichtete sich der Beklagte zur Sanierung und bestellte Auflassungsvormerkungen. Die Auflassungsvormerkungen wurden in das Grundbuch eingetragen, während eine Umschreibung des Eigentums bisher nicht erfolgt war. Zwei Erwerberinnen erklärten die Teilkündigung der Bauträgerverträge hinsichtlich der Wohnungen Nr. 1 und Nr. 4, nachdem die geforderten Arbeiten nicht fristgemäß abgeschlossen worden waren. Eine Übergabe dieser Wohnungen war bisher nicht erfolgt; jedoch hatten die Erwerberinnen bereits Hausrat eingelagert. Die Eigentümerversammlung hatte bestandskräftig eine Sonderumlage beschlossen und den Beklagten hinsichtlich der nicht übergebenen Wohnungen auf Zahlung in Anspruch genommen. Der Senat hat die Revision des Beklagten gegen das der Klage stattgebende Berufungsurteil zurückgewiesen.¹⁹

Die **klagende Eigentümergemeinschaft war parteifähig**, da jedenfalls die Erwerberinnen hinsichtlich der Wohnungen Nr. 2, 3 und Nr. 5 als werdende Wohnungseigentümer anzusehen waren. Der Beklagte war **nach § 16 Abs. 2 WEG einstandspflichtig**, weil die mitgliedschaftliche Stellung hinsichtlich der weiteren Wohnungen nicht auf die Erwerber übergegangen war. Der bisherigen Rechtsprechung lagen Sachverhalte zugrunde, in denen **dem Erwerber auch der Besitz verschafft wor-**

¹⁹ Urteil vom 11. Dezember 2015 – [V ZR 80/15](#) – MDR 2016, 264 = NJW-RR 2016, 461 ff. = NZM 2016, 266 ff.

den war. Dieses zusätzliche Erfordernis – neben einem durch Vormerkung gesichertem Übereignungsanspruch – hat der Senat nunmehr ausdrücklich bestätigt.

Die mitgliedschaftliche Stellung kann nur insgesamt übertragen werden, weshalb es gerechtfertigt ist, den Bauträger von den Kosten und Lasten erst zu befreien, wenn er dem Erwerber den Besitz an der Wohnung verschafft hat. Hat der Erwerber die Wohnung bereits bezogen, kann auch die Eigentümergemeinschaft davon ausgehen, dass eine Übergabe erfolgt ist. Ist die Wohnung noch nicht bezogen, ist die Besitzbegründung dem Verband dagegen nicht erkennbar. Dann ist es den Parteien des Bauträgervertrages zumutbar, den Verband zu informieren. Der Bauträger steht nicht rechtlos, weil ihm im Falle einer unerlaubten Eigenmacht Regressansprüche zustehen.

e)

Bereicherungsansprüche wegen eigenmächtiger Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums behandelt eine Entscheidung, in der die Klägerin die Kellersohle ihrer Souterrainwohnung auf eigene Kosten saniert und die Wohnungstüren ersetzt hatte. Die Eigentümergemeinschaft hatte dabei zwar eine umfassende Sanierung beschlossen, während Arbeiten an der Kellersohle zurückgestellt werden sollten. Ihre gegen die Eigentümergemeinschaft gerichtete Klage war vorinstanzlich ohne Erfolg geblieben. Die Revision hatte nur hinsichtlich der Kosten für die Wohnungstüren Erfolg.²⁰

Hinsichtlich der **Sanierung der Kellersohle** konnte die Klage **nicht auf § 21 Abs. 2 WEG** gestützt werden, da der einzelne Wohnungseigentümer nur tätig werden darf, wenn die Beseitigung einer Notlage durch den Verwalter nicht erreicht werden kann. Daran fehlte es, weil sich die Wohnungseigentümergemeinschaft mit der Behandlung der Kellersohle schon befasst hatte und der Verwalter tätig geworden war. Auch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 663, 677, 670 BGB) war damit nicht gegeben, weil die Wohnungseigentümergemeinschaft be-

²⁰

Urteil vom 25. September 2015 – [V ZR 246/14](#) – MDR 2016, 318 f. = NJW 2016, 1310 ff. mit Anm. Skauradszun = NZM 2016, 169 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

geschlossen hatte, die Sanierung zurück zu stellen und die Maßnahme daher nicht deren tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen entsprach.

Die umstrittenen Frage, ob auch **Bereicherungsansprüche** in Betracht kommen und ob dafür die Wohnungseigentümer oder die Gemeinschaft einzustehen hat, hat der Senat nun dahin beantwortet, dass ein Bereicherungsanspruch nur besteht, **wenn die Maßnahme ohnehin hätte durchgeführt werden müssen**. Bei der Passivlegitimation ist dagegen zu differenzieren. Danach sind **die Wohnungseigentümer einstandspflichtig, wenn die Maßnahme erst noch beschlossen werden müsste**. Liegt ein entsprechender **Beschluss bereits vor oder ist die Maßnahme dringlich, trifft die Haftung die Gemeinschaft**.

Die inhaltliche Beschränkung der Bereicherungsansprüche beruht darauf, dass nach § 21 Abs. 4 WEG nur eine **konkrete Maßnahme verlangt** werden kann und sich das **bestehende Ermessen** bei der Entscheidung über eine Instandsetzung oder Instandhaltung **auf null reduziert** haben muss. Diese Regelung geht den §§ 684; 677 Abs. 2 BGB vor, da diese den Besonderheiten des Wohnungseigentumsrechts nicht gerecht werden.

Auch in Bezug auf die **Person des Schuldners kommt es auf die vorrangigen Bestimmungen des WEG** an. Danach haften die Wohnungseigentümer anerkanntermaßen, wenn eine Beschlussfassung unterbleibt oder verzögert wird, während für Defizite bei der Umsetzung gefasster Beschlüsse der Verband einstandspflichtig ist. Diese Unterscheidung muss auch bei Bereicherungsansprüchen zum Tragen kommen, weil Sanierungsmaßnahmen zu einer Wertsteigerung des Gemeinschaftseigentums führen können. Solange kein Sanierungsbeschluss gefasst wurde, darf der Verband keine Maßnahmen durchführen und ist daher durch eigenmächtige Arbeiten nicht bereichert. Ist ein Beschluss jedoch gefasst worden, bestimmen sich die Zahlungspflichten der einzelnen Wohnungseigentümer allein nach den beschlossenen Modalitäten der Aufbringung der erforderlichen Mittel und im Übrigen nach § 16 Abs. 2 WEG. Zusätzliche Bereicherungsansprüche wären damit unvereinbar, dass die Wohnungseigentümer nur diese Zahlungen zu leisten haben, weshalb anstelle der Wohnungseigentümer nunmehr der Verband haftet. Danach

war die Revision hinsichtlich der Kellersohle zurückzuweisen, da die Beklagte nicht einstandspflichtig war. Damit war auch nicht zu prüfen, ob der Beschluss, die Sanierung aufzuschieben, neuerdings zu überprüfen oder zu ergänzen war.

Erfolgreich war die Revision hingegen hinsichtlich der **ausgetauschten Türen**, da nach dem Vortrag der Klägerin deren Austausch deshalb erforderlich wurde, weil die **alten Türen aufgrund Sanierungsarbeiten nicht mehr passten**. Insoweit wäre die Beklagte als Verband nach § 14 Nr. 4 WEG hinsichtlich der Innentüren einstandspflichtig, während für die Außentüre als Gemeinschaftseigentum Aufwendersersatz- oder Bereicherungsansprüche – nach vorstehenden Grundsätzen – in Betracht kommen.

f)

Die **Herstellung eines Anwesens**, deren **Kellerräume abweichend von den Bauplänen errichtet** worden waren und das später **auf der Grundlage der Baupläne aufgeteilt** worden war, betrifft eine weitere höchstrichterliche Entscheidung. Der Bundesgerichtshof hat der Anfechtungsklage des Klägers, der unwissentlich einen zu kleinen Kellerraum erworben hatte und die Herstellung eines dem Aufteilungsplan entsprechenden Kellerraums begehrte, stattgegeben.²¹

Der **gefasste Negativbeschluss entsprach nicht ordnungsgemäßer Verwaltung**, weil der Kläger die plangerechte Herstellung des Kellers fordern konnte. Nach § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 WEG kann der **einzelne Wohnungseigentümer als Instandsetzung auch die planmäßige Herstellung des Gemeinschaftseigentums verlangen**. Die vorhandene Trennwand war nach dem Grundbuch und dem in Bezug genommen Aufteilungsplan aber planwidrig. Für die **Bestimmung des Sondereigentums und dessen Abgrenzung kam es somit nicht auf die tatsächliche Bauausführung an**. Ob, wie das Berufungsgericht gemeint hatte, die **Abweichung nur geringfügig waren, ist dagegen unerheblich**, da das Sondereigentum nur innerhalb der Grenzen entstehen kann, die sich aus dem zur Eintragung im Grundbuch gelangten Aufteilungsplan ergeben und das Gesetz nicht

²¹ Urteil vom 20. November 2015 – [V ZR 284/14](#) – MDR 2015, 147 ff. = NJW 2016, 473 ff. = NZM 2016, 132 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

zwischen der Errichtung sowie der Aufteilung eines Bauwerks unterscheidet. Der **Entstehung von Sondereigentum stand auch nicht die mangelnde Abgrenzbarkeit entgegen**, da lediglich eine Trennwand an anderer Stelle errichtet worden war. Die **Zustimmung schuldeten dabei alle Wohnungseigentümer** und nicht nur der benachbarte Sondereigentümer des Kellerraums. Zwar hatte der Senat eine nicht tragende Trennwand einmal als „gemeinsames Sondereigentum“ bezeichnet. Dieses Judikat, welches der Anwendung der §§ 921, 922 BGB dient, ist jedoch auf die erstmalige Errichtung von Sondereigentum nicht übertragbar, so dass offen bleiben konnte, ob an entsprechendem „Nachbareigentum“ festzuhalten war. Der Kläger handelte auch nicht treuwidrig, weil sein Kellerabteil halbiert wurde und die Herstellung eines plangerechten Zustands zumutbar war. Ebenso wenig ging es zu seinem Nachteil, dass er den Keller besichtigt und vom Aufteilungsplan keine Kenntnis hatte.

Gemessen daran, konnte der Kläger auch die Fassung eines entsprechenden Gemeinschaftsbeschlusses verlangen, da nur das „Ob“ der Maßnahme umstritten war und daher ein Beschluss über die Durchführung der Maßnahme ausreichend war. In dieser Hinsicht ist dann auch eine Beschränkung auf den „billigsten Anbieter“ nicht geboten, da die Verwaltung diesen nicht zwangsläufig beauftragen musste.

g)

Eine „Ein-Mann-Versammlung“ behandelt eine weitere Entscheidung, in der **allein die Beklagte als Mehrheitseigentümerin und Verwalterin in der Eigentümersversammlung erschienen** war und Beschlüsse gefasst hatte. Das **Protokoll hatte die Beklagte alleine unterschrieben**, obwohl die Teilungsanordnung die Unterschrift zweier Wohnungseigentümer und der Verwalterin vorsieht. Das Landgericht hatte der Beschlussanfechtungsklage daher stattgegeben; der Bundesgerichtshof hat gegenteilig entschieden und den Rechtsstreit zurückverwiesen.²²

Zutreffend ist allerdings die Zulässigkeit der Klage bejaht worden, da nach der neueren Senatsrechtsprechung das Erfordernis einer „demnächst“ erfolgten Zustellung

²²

Urteil vom 25. September 2015 – [V ZR 203/14](#) – MDR 2016, 14 f. = NJW 2016, 568 ff. = NZM 2016, 53 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

(§ 167 ZPO) danach zu bemessen ist, um welchen Zeitraum die Zustellung der Klage verzögert wird.²³

Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, war das **Protokoll wirksam unterschrieben worden**. Eine qualifizierte Protokollierungsklausel verfolgt den Zweck, das Protokoll von zwei Personen auf seine Vollständigkeit und Richtigkeit überprüfen zu lassen. Das Protokoll muss deshalb von zwei verschiedenen natürlichen Personen unterzeichnet werden, die dabei für sich oder auch für andere Wohnungseigentümer handeln können. Allerdings ergab eine **ergänzende Auslegung der Teilungserklärung, dass im Streitfall die Unterschrift der Beklagten ausreichte**. Die Teilungserklärung war lückenhaft, da die vorliegende Sachverhaltsgestaltung offensichtlich nicht bedacht worden war. Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens ist dann darauf abzustellen, welche Regelung der teilende Eigentümer redlicher Weise getroffen hätte, wenn ihm die Lückenhaftigkeit bewusst gewesen wäre. Aus der Teilungserklärung selbst ergab sich, dass die Versammlung bei der Hälfte der anwesenden Miteigentümer beschlussfähig sein sollte. Da die Beklagte Mehrheitseigentümers war, hätte das Unterschriftserfordernis damit – über die Beschlussfähigkeit hinaus – eine weitere Voraussetzung für die Beschlussfassung geschaffen. Der Zweck der Protokollierungsklausel und das Vier-Augen-Prinzip werden nicht berührt, da es sinnwidrig wäre, die Unterschriften nicht anwesender Miteigentümer zu verlangen. Soweit das Berufungsgericht gemeint hatte, es habe einer Zweitversammlung bedurft, war diese Sichtweise deshalb nicht naheliegend, weil offen war, ob an dieser weitere Miteigentümer teilgenommen hätten.

4.

Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Diese Rechtsgebiete fallen in die Zuständigkeit verschiedener Zivilsenate des Bundesgerichtshofs.

²³ Siehe dazu unten unter Pkt. 6. a) aa).

a) Maklerrecht

Nach einer Revisionsentscheidung des I. Zivilsenats bringt der Makler, der **einem Interessenten das Exposé eines anderen Maklers übergibt**, damit grundsätzlich **nicht** zum Ausdruck, dass er im Erfolgsfall **selbst eine Provision** beansprucht.²⁴

Will der Makler auch für solche Objekte eine Provision beanspruchen, die ihm durch einen dritten Makler benannt worden sind, muss er dies gegenüber dem Interessenten unmissverständlich zum Ausdruck bringen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist in der **Entgegennahme von Maklerdiensten nicht in jedem Falle** und nicht ohne Weiteres **der Abschluss eines Maklervertrages** zu erblicken. Aus der Tatsache, dass eine Partei sich die Mitwirkung des Maklers gefallen lässt, folgt noch nicht notwendiger Weise, dass sie mit dem Makler in Vertragsbeziehungen treten will. Es ist Sache des Maklers, in dieser Hinsicht für klare Verhältnisse zu sorgen. Ein Kaufinteressent, der in Kenntnis des eindeutigen Provisionsverlangens die Dienste des Maklers in Anspruch nimmt, gibt damit allerdings grundsätzlich in schlüssiger Weise zu erkennen, dass er den in dem Provisionsbegehren liegenden Antrag auf Abschluss eines Maklervertrages annehmen will.²⁵

Die dem **Nachweismakler** obliegende **Maklerleistung** besteht in dem „Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages“. Damit ist eine Mitteilung des Maklers an seinen Kunden gemeint, durch die dieser in die Lage versetzt wird, in konkrete Verhandlungen über den von ihm angestrebten Hauptvertrag einzutreten. Da der Kunde derartige Verhandlungen nur einleiten kann, wenn er auch erfährt, an wen er sich wegen des angestrebten Vertrages wenden muss, wird der Immobilienmakler seinen am Kauf interessierten Kunden im Allgemeinen nicht nur das konkrete Grundstück zur Kenntnis bringen, sondern **auch den möglichen Verkäufer nennen** müssen.²⁶ Dabei ist es regelmäßig notwendig, dass der vollständige Name und die Anschrift derjenigen Person, die als Vertragspartner in Betracht kommt und mit der die erforderlichen Verhandlungen geführt werden können, genannt werden.

²⁴ Urteil vom 17. Dezember 2015 – [I ZR 172/14](#) – bislang veröffentlicht nur bei juris, Rn. 35 ff.

²⁵ a.a.O., juris, Rn. 14.

²⁶ a.a.O., juris, Rn. 20.

Das Verschaffen einer reinen Ermittlungsmöglichkeit stellt keinen Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages dar.²⁷

b) Nachbarrecht

Rechtsfragen aus dem Bereich des Nachbarrechts werden dagegen vom V. Zivilsenat beantwortet, der sich im Berichtszeitraum mit folgendem Sachverhalt konfrontiert sah:

Die **Verschattung eines Grundstücks** war Anlass für eine Beseitigungsklage von Grundstückeigentümern, an deren Garten eine Grünanlage der beklagten Stadt angrenzt. In einem Abstand von 9 bzw. 10,30 m befanden sich dort zwei ca. 25 m hohe Eschen, die dem Garten der Kläger Licht entzogen. Die Revision war ohne Erfolg, da der Senat an seiner Rechtsprechung, wonach der **Entzug von Luft und Licht als „negative Beeinträchtigung“ nicht abwehrfähig** ist, festgehalten hat.²⁸

Ein Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt eine **Eigentumsbeeinträchtigung** voraus, woran es regelmäßig dann **fehlt, wenn der Nachbar im Rahmen der räumlichen Grenzen von seinem Eigentumsrecht berechtigterweise Gebrauch macht**. In dieser Hinsicht halten aber die **Regelungen des Landesnachbarrechts über den bei Anpflanzungen einzuhaltenden Abstand Rechtsnormen** bereit, **die das Eigentumsrecht gesondert regeln**. Auch aus § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB folgt kein Abwehranspruch, da „negative Einwirkungen“ weiterhin § 906 BGB nicht unterfallen. Für den Entzug von Luft und Licht durch Anpflanzungen enthalten die in den meisten Bundesländern verabschiedeten Landesnachbargesetze zudem differenzierte Regelungen, die üblicherweise zu einem angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen führen. Der danach einzuhaltende Grenzabstand von 4 m (§ 41a NachbarG NRW) war im Streitfall nicht unterschritten worden.

Auch das **nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis** rechtfertigte keinen Beseitigungsanspruch, da es dazu eines **ungewöhnlich schweren und nicht hinnehm-**

²⁷ a.a.O., juris, Rn. 20.

²⁸ Urteil vom 10. Juli 2015 – [V ZR 229/14](#) – MDR 2015, 1175 f. = NJW-RR 2015, 1425 ff. = NZM 2015, 793 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

baren Nachteils bedurft hätte. In dieser Hinsicht hatte das Berufungsgericht aber fehlerfrei festgestellt, dass die behauptete Verschattung nicht ganzjährig auftritt und der erforderliche Grenzabstand um mehr als das Doppelte überschritten wurde.

c) Grundzüge des Immobilienrechts

Für das Immobilienrecht ist gleichfalls der V. Zivilsenat zuständig, der folgende Problemstellungen zu lösen hatte:

aa)

Zum einen war zu klären, ob nur die **Eigentümergeinschaft oder der einzelne Erwerber** berechtigt ist, kaufrechtliche Ansprüche auf **Minderung oder sog. kleinen Schadensersatz wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum** geltend zu machen.

Der Kläger hatte mit seiner vorinstanzlich erfolglosen Klage eine Verkehrswertminderung wegen verschwiegener Mängel hinsichtlich der fehlenden Standfestigkeit des Gebäudes und Durchfeuchtungsschäden des Kellers beansprucht. Dessen Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, da der Senat entschieden hat, dass ein **Gemeinschaftsbezug i.S.d. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG** jedenfalls dann fehlt, wenn eine gebrauchte Eigentumswohnung unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel verkauft oder eine Beschaffenheitsgarantie nicht vereinbart wurde.²⁹

Das Berufungsgericht hätte die Klage nicht bereits als unbegründet ansehen dürfen, wenn es – von seinem Rechtsstandpunkt aus – meinte, die Prozessführungsbefugnis habe gefehlt. Diesbezüglich hätte die Klage „nur“ als unzulässig abgewiesen werden dürfen. Ungeachtet dessen fehlte es auch in der Sache selbst an einem Gemeinschaftsbezug, so dass die Klage mit der gegebenen Begründung nicht abgewiesen werden durfte.

²⁹

Urteil vom 24. Juli 2015 – [V ZR 167/14](#) – MDR 2015, 1055 f. = NJW 2015, 2874 ff. = NZM 2015, 700 ff. = ZMR 2015, 952 ff.; sowie Urteil vom 24. Juli 2015 – [V ZR 145/14](#) – ZMR 2015, 951 f. = ZWE 2015, 405 f.

Zwar unterfallen **Rechte auf Minderung und kleinen Schadensersatz wegen behebbarer Mängel § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG**, sofern diese auf den **werkvertraglich zu beurteilenden Erwerb einer neu errichteten Eigentumswohnung vom Bauträger** gestützt werden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann jene Rechtsprechung aber **nicht auf kaufrechtlich zu beurteilende Erwerbsvorgänge erstreckt** werden, weil die **Interessenlage eine andere** ist.

Werkvertraglich wird die **Verbandszuständigkeit bei den Wohnungseigentümern** konzentriert, weil nur **einheitlich über die Wahl zwischen Minderung und Schadensersatz** sowie die **Verwendung erlangter Mittel befunden** werden kann. Auch soll der Schuldner davor bewahrt werden, in unterschiedlicher Weise in Anspruch genommen zu werden. Erfolgt der Erwerb indes nicht vom Bauträger besteht kein einheitlicher Herstellungsanspruch, weshalb kein Anlass besteht, vermeintlich identische Ansprüche zu bündeln. Bei dem Verkauf gebrauchter Eigentumswohnungen stellen Gewährleistungsausschlüsse zudem die Regel dar, während entsprechende Vereinbarungen im Werkvertragsrecht bereits von Rechts wegen nur unter engen Voraussetzungen statthaft sind. Kaufrechtlich bestehen Ansprüche des Erwerbers wegen § 444 BGB zudem nur dann, wenn – vom Fall einer Beschaffenheitsgarantie abgesehen – Sachmängel arglistig verschwiegen werden. Hierbei handelt es sich aber um ein individuelles Verhalten, welches im Einzelfall festgestellt werden muss. Auch der Aspekt des Schuldnerschutzes gebietet keine einheitliche Rechtsverfolgung, weil keine doppelte Inanspruchnahme des Veräußerers droht. Auch insoweit ist die Rechtslage unterschiedlich ausgestaltet, als der Erwerber im Bereich des Werkvertragsrechts den vollen Ersatz der Mängelbeseitigungskosten verlangen kann. Kaufrechtlich beurteilt sich der Anspruch des Erwerbers dagegen am Minderwert und damit an dessen Anteil am Gemeinschaftseigentum.

Auch der seit der Schuldrechtsreform bestehende und primär geltend zu machende Anspruch auf Nacherfüllung (§ 439 BGB) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Nacherfüllung ist nämlich entweder anteilig auf Freistellung von entstehenden Nachbesserungskosten gerichtet oder der Erwerber ist bereits nicht gehalten, einem arglistig handelnden Verkäufer die Chance zur Nacherfüllung zu

eröffnen. Sollte der Veräußerer dagegen bereits ordnungsgemäß Nacherfüllung erbracht haben, kommen Bereicherungsansprüche in Betracht, so dass sich der Verkäufer bei denjenigen Wohnungseigentümern schadlos halten kann, denen er keine Gewährleistung schuldet.

bb)

Ein weiteres Urteil behandelt einen Grundstückskaufvertrag, in dem die **Fälligkeit des Kaufpreises dadurch aufschiebend bedingt war, dass die verkaufende Gemeinde ihre Bauleitplanung dergestalt änderte, dass der Verkäufer ein geplantes Bauvorhaben verwirklichen konnte**. Nachdem der Bebauungsplan erst mit erheblicher Verspätung geändert worden war, war die auf Zahlung des Kaufpreises gerichtete Klage vorinstanzlich erfolglos. Dieser Beurteilung ist der Senat nicht gefolgt, da sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung der Kaufvertrag nicht als nicht nach § 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB unwirksam darstellt.³⁰

Zutreffend war zwar im Ausgangspunkt, dass die **vertragliche Zusage einer Gemeinde, einen bestimmten Bebauungsplan aufzustellen oder eine bestehende Planung in einem bestimmten Sinne zu ändern, nichtig ist, weil sich die Kommune damit ihrer Planungshoheit begibt**. Anderes gilt jedoch dann, wenn die Vereinbarung nur einen indirekten Zwang auf die Gemeinde ausübt, ihr Planungsermessen in einem bestimmten Sinne auszuüben. Hier hielt sich die getroffene Vereinbarung noch im Rahmen dieses Gestaltungsspielraums, da sich im Rahmen der gebotenen Auslegung dem Grundstückskaufvertrag keine entsprechende Verpflichtung der Klägerin entnehmen ließ. **Allgemein ist dabei anzunehmen, dass Vertragsparteien eine gesetzeskonforme Regelung anstreben**, weshalb der im Kaufvertrag enthaltene Haftungsausschluss dagegen spricht, dass sich die Klägerin dazu verpflichten wollte, eine bestimmte Bebaubarkeit zu versprechen. Das Ausbleiben einer geänderten Bauplanung war zudem nur mit der Fälligkeit des Kaufpreises verknüpft und der Vertrag somit aufschiebend bedingt. Damit hatte die

³⁰ Urteil vom 02. Oktober 2015 – [V ZR 307/13](#) – BauR 2016, 263 ff. = MDR 2016, 79 f. = WM 2016, 525 ff.

Klägerin allenfalls eine Verpflichtung dahingehend übernommen, die Bebaubarkeit durch eine Planungsänderung zu fördern.

Allerdings war im Streitfall nicht auszuschließen, dass sich die Beklagte nach **§ 242 BGB vom Vertrag wieder lösen** konnte, weshalb es weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedurfte. Im Falle eines aufschiebend bedingten Vertrags sind die Parteien verpflichtet, sich um dessen Wirksamwerden zu bemühen, weshalb eine unzumutbare Verzögerung dazu berechtigt, sich vom Vertrag loszusagen. Hierbei kommt es darauf an, ob der Beklagten eine Bebauung angesichts der verstrichenen Zeitdauer noch zumutbar ist und auf welchen Gründen die Verzögerung beruht.

cc)

Ferner hat der V. Zivilsenat die Voraussetzungen des § 434 Abs. 1 BGB präzisiert. Konkret ging es um die Wohnfläche eines Mehrfamilienhauses, die die beklagte Verkäuferin in einem Exposé und einem Internetinserat mit ca. 200 qm angegeben hatte. Auf Nachfrage übermittelte Grundrisszeichnungen ergaben eine Gesamtfläche von 215,3 qm. **Tatsächlich betrug die Wohnfläche nur 171,74 qm, weshalb der Kläger u.a. Minderung begehrte.** Die Klage war auch drittinstanzlich ohne Erfolg, weil der Senat entschieden hat, dass **ohne notarielle Beurkundung der Angaben keine Beschaffenheitsvereinbarung** vorliegt.³¹

Zwar war das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass aufgrund des vereinbarten Haftungsausschlusses ein Anspruch nicht gegeben sei, denn auch eine **konkludente Beschaffenheitsvereinbarung ist dahin auszulegen, dass sich der Verkäufer auf den Haftungsausschluss nicht berufen kann.** Allerdings war mangels Beurkundung bereits keine Beschaffenheitsvereinbarung zustande gekommen, so dass sich diese Frage nicht stellt.

Auch nach neuem Recht sind **beurkundungsbedürftige Vereinbarungen von Beschreibungen über Eigenschaften der Kaufsache abzugrenzen**, da die Parteien sämtlichen Vereinbarungen, die Rechtswirkungen erzeugen sollen, in den

³¹ Urteil vom 06. November 2015 – [V ZR 78/14](#) – MDR 2016, 323 f. = ZIP 2016, 222 ff. = ZNotP 2016, 13 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

notariellen Kaufvertrag aufzunehmen haben. Dieses Verständnis entspricht dem **Grundsatz der beiderseits interessengerechten Vertragsauslegung**, da der Käufer keine Haftung erwarten kann, wenn die Eigenschaft der Kaufsache in der notariellen Urkunde nicht erwähnt wird. Hierfür spricht ferner der Auslegungsgrundsatz, dass die Parteien **im Zweifel eine Regelung anstreben, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet**. Die Möglichkeit einer Heilung eines Formmangels nach § 125 Satz 1 BGB durch § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB bietet wegen des Schwebezustands bis zur Eintragung diesbezüglich keinen ausreichenden Schutz. Auch Art. 2 Abs. 2 der Verbrauchsgüterrichtlinie gebietet keine andere Sichtweise, weil es sich bei Grundstücken und Gebäuden bereits um keine Verbrauchsgüter handelt sowie der gesetzliche Formzwang die Parteien vor übereilt geschlossenen Verträgen bewahren soll. Auf frühere Rechtsprechung konnte nicht zurückgegriffen werden, weil diese die Abgrenzung zwischen § 459 Abs. 1 und Abs. 2 BGB a.F. betrifft. § 434 Abs. 1 BGB stellt dagegen höhere Anforderungen.

Im Streitfall haftete die Beklagte auch nicht wegen vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1; 241 Abs. 2; 311 Abs. 2 BGB), da ein arglistiges Handeln nicht ersichtlich war. Die Grundrisszeichnungen konnten keine weitergehende Aufklärungspflicht der Beklagten begründen.

dd)

Verwendungsersatzansprüche behandelt ein Urteil, in dem **der Klägerin ein Erbbaurecht zugeschlagen** worden war. Dieser Zuschlagsbeschluss war auf die Beschwerde des beklagten Erbbauberechtigten wieder aufgehoben worden. Die Klage, mit der die Erstattung gezahlter Erbbauzinsen verlangt wurde, blieb vorinstanzlich erfolglos. Der Senat hat den Zurückweisungsbeschluss des Oberlandesgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.³²

Zu Recht hatte das Oberlandesgericht allerdings eine **Vindikationslage nach §§ 994; 995 BGB** bejaht, da die Klägerin jedenfalls deshalb **mittelbare Besitzerin**

³² Urteil vom 02. Oktober 2015 – [V ZR 221/14](#) – MDR 2016, 16 f. = NJW 2016, 495 ff. = WM 2016, 481 ff.

geworden war, weil die vorhandene Mieterin nach dem Zuschlagsbeschluss die Miete an die Klägerin bezahlt und diese damit als Vertragspartnerin anerkannt hatte. Auf die Unwirksamkeit des Besitzmittlungsverhältnisses kam es nicht an.

Die Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sind zudem auch dann anwendbar, wenn der Eigentumserwerb nach § 90 Abs. 1 ZVG rückwirkend entfällt. Die gezahlten Erbbauzinsen stellten zudem Lasten i.S.d. § 995 BGB dar.

Nicht gefolgt werden konnte dem Berufungsgericht jedoch darin, dass **der Anspruch an § 1002 Abs. 1 BGB scheitern** würde. Eine Herausgabe liegt nur vor, wenn die Sache unmittelbar von dem Besitzer an den Eigentümer herausgegeben wird und sich der Besitzer – nach § 1001 Satz 3 BGB – seinen Anspruch nicht vorbehält. Im Streitfall war der mittelbare Besitz allein dadurch an den Beklagten zurück gefallen, dass die Mieterin ihren Besitzmittlungswillen wieder geändert hatte, während die Klägerin den mittelbaren Besitz ohne ihren Willen verloren hatte.

Die Herausgabe konnte auch nicht durch die Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses ersetzt werden. Allerdings steht es einer Herausgabe gleich, wenn dem Besitzer die Sache aufgrund eines in einem Vindikationsprozess ergangenen Urteils weggenommen wird. Dies beruht aber auf der Überlegung, dass ein Besitzer, der sein Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 BGB nicht ausübt, den Eindruck erweckt, Verwendungsersatzansprüche bestünden nicht oder würden nicht geltend gemacht. **Voraussetzung** dafür ist jedoch, **dass das Verfahren und die Vollstreckung der freiwilligen vorbehaltlosen Herausgabe entsprechen.** Dies ist **bei der Aufhebung eines Zuschlagsbeschluss nicht der Fall**, da die Beschwerde des Beklagten gerade darauf gerichtet war, den Zuschlag zu beseitigen. Erst mit diesem Beschluss war bder Beklagte dann auch wieder Erbbauberechtigter geworden und die Vindikationslage entstanden. Die Klägerin konnte im Beschwerdeverfahren auch keine Verwendungsersatzansprüche geltend machen.

ee)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ist der angefochtene Zurückweisungsbeschluss des Berufungsgerichts nach **§ 544 Abs. 7 ZPO wegen Verletzung**

des Verfahrensgrundrechts auf rechtliches Gehör aufgehoben und das Verfahren an das Oberlandesgericht zurückverwiesen worden.

Die – während des Berufungsverfahrens verstorbene – Klägerin (nachfolgend Erblasserin) hatte den Beklagten vorinstanzlich erfolgreich auf Grundbuchberichtigung in Anspruch genommen, nachdem sie ihm ein Grundstück im März 2011 verkauft hatte und der Beklagte nachfolgend als Eigentümer eingetragen worden war. Im August 2011 war die Erblasserin unter Betreuung gestellt worden, nachdem sie zuvor in ein Krankenhaus eingeliefert worden war und dort ein Facharzt für Neurologie und Psychiatrie eine fortgeschrittene Demenz nebst schwerer körperlicher Hinfälligkeit festgestellt hatte. Das Berufungsgericht war davon ausgegangen, dass aufgrund des im Betreuungsverfahren eingeholten Gutachtens die Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin erwiesen sei. Der Senat hat beanstandet, dass das Oberlandesgericht den **Beweisangeboten des Beklagten auf Vernehmung des beurkundenden Notars und der behandelnden Ärzte nicht nachgegangen** war.³³

Die **Nichtberücksichtigung eines Beweisangebots verletzt Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sich Sachdienliches ergeben kann und die bereits gewonnene Überzeugung des Gerichts zu erschüttern vermag.** Gemessen daran hätte das Berufungsgericht nicht auf die Vernehmung der benannten Zeugen verzichten dürfen, da diese als Beweismittel nicht ungeeignet waren. Für die Frage, ob sich jemand in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand einer krankhaften Geistesstörung befindet, kann es auch auf die Einschätzung von Personen ankommen, die keine medizinische Ausbildung haben oder die den Geisteszustand nicht gezielt untersucht haben. Da der beurkundende Notar die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin von Rechts wegen festzustellen hatte und die behandelnden Krankenhausärzte den Zustand bei der Einlieferung bekunden konnten, hätten diese Zeugen daher vernommen werden müssen.

In dieser Hinsicht waren die **Beweisangebote auch nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, da neues Vorbringen nicht vorliegt, wenn erstinstanzlicher Vor-**

³³ Beschluss vom 12. November 2015 – [V ZR 66/15](#) – zit. nach juris,; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

trag zweitinstanzlich lediglich konkretisiert oder erläutert wird. Diesbezüglich hatte der Beklagte aber bereits erstinstanzlich geltend gemacht, dass sich der Zustand der Erblasserin erst nach der Einlieferung in das Krankenhaus aufgrund einer Operation verschlechtert hatte und die Eindrücke des Notars sowie der behandelnden Ärzte geschildert. Weiteren Sachvortrag konnte der Beklagte aus eigener Wahrnehmung nicht halten.

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 ergangen. Die Entscheidung zur verfassungsrechtlichen Kontrolle von Kappungsgrenzen-Verordnungen nach § 559 Abs. 3 BGB, der auch die Zivilgerichte nachzukommen haben, wurde bereits dargestellt.³⁴

6.

Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts

Verfahrens- und vollstreckungsrechtliche Problemstellungen stehen im Zentrum folgender Entscheidungen:

a)

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

aa)

Ein Revisionsurteil befasst sich mit der Wahrung der **Klagefrist nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG** und den **Anforderungen an eine „Demnächst-Zustellung“ i.S.d. § 167 ZPO**. Die Beschlussmängelklage war dabei zwar innerhalb der Monatsfrist

³⁴

vgl. oben bei Fußnote 6.

am 23. November 2012 bei Gericht eingegangen. Der Kostenvorschuss war allerdings erst am 18. Dezember 2012 beim Prozessbevollmächtigten der Kläger angefordert worden; nach Weiterleitung an die Rechtsschutzversicherung war der Vorschuss dann am 07. Januar 2013 bei der Justizkasse eingegangen. Die Klage wurde daraufhin am 18. Januar 2013 zugestellt. Der Senat hat unter Aufgabe früherer Rechtsprechung die Zustellung noch als „demnächst“ bewirkt angesehen.³⁵

Im Ausgangspunkt war das Berufungsgericht noch zutreffend davon ausgegangen, dass der Senat **bisher zeitliche Verzögerungen bei der Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses von bis zu 14 Tagen hingenommen** hat, weshalb Zustellungen allein innerhalb dieses Zeitrahmens noch „demnächst“ i.S. des § 167 ZPO erfolgen konnten. Aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit hat sich der Senat **nunmehr** aber der Judikatur des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs³⁶ angeschlossen, der **bei der Berechnung dieser Zeitspanne darauf abstellt, um wie viele Tage sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage verzögert** hat.

Bezogen auf den Streitfall war **damit aufgrund besonderer Umstände keine Verzögerung von mehr als 14 Tagen festzustellen**. Der Gerichtskostenvorschuss war verfahrenswidrig (§§ 31 Abs. 1; 32 Abs. 2 KostVfG Berlin a.F.) über den Prozessbevollmächtigten angefordert worden war. Damit verlängerte sich der Zeitraum wegen der notwendigen Weiterleitung an den Mandanten um 3 Tage, so dass die Verzögerung an sich ab dem 21. Dezember 2013 – einem Freitag – zu berechnen gewesen wäre. Dieses Datum war wegen der bevorstehenden Weihnachtsfeiertage und des anstehenden Wochenendes dann jedoch auf den 27. Dezember zu erstrecken, da an diesen Tagen von einer Partei keine Überweisung verlangt werden kann. Auf dieser Grundlage war die Einzahlung am 07. Januar 2014 noch fristgerecht.

bb)

Eine weitere höchstrichterliche Entscheidung rankt sich um den **Widerruf einer**

³⁵ Urteil vom 10. Juli 2015 – [V ZR 154/14](#) – MDR 2015, 1028 f. = NJW 2015, 2666 f. = NZM 2015, 664 f.

³⁶ Urteil vom 10. Februar 2011 – [VII ZR 185/07](#) – BauR 2011, 885 f. – MDR 2011, 560 = VersR 2012, 382 f.

Prozesshandlung durch säumige Streitgenossen. In einem Beschlussmängelverfahren hatte der Beklagte zu 2 ein Anerkenntnis abgegeben, während der gleichfalls anwesende Beklagte zu 3 und der die Beklagte zu 1 vertretende Rechtsanwalt keinen Antrag gestellt hatten. Die Berufung des Beklagten zu 1 gegen das ergangene Anerkenntnisurteil war ohne Erfolg geblieben. Dessen Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.³⁷

Zutreffend war das Berufungsgericht zwar davon ausgegangen, dass es sich bei den beklagten **Wohnungseigentümern** um **notwendige Streitgenossen** handelte, säumige Streitgenossen daher nach § 62 Abs.1 ZPO von den anwesenden vertreten werden und diese Vertretungsbefugnis auch die Abgabe eines Anerkenntnisses nach § 307 ZPO einschließt. Da das Anerkenntnis eine reine Prozesshandlung darstellt und nicht etwa über eine Doppelnatur verfügt, kommt es auch nicht auf etwaige materiell-rechtliche Überlegungen an. **Allerdings kann ein Anerkenntnis in der nachfolgenden mündlichen Verhandlung von dem säumigen Streitgenossen widerrufen werden.**

Zwar sind **Prozesshandlungen grundsätzlich unwiderruflich, sofern nicht teleologische oder systematische Erwägungen anderes gebieten.** So verhält es sich im Streitfall, da § 62 ZPO, der lediglich eine einheitliche gerichtliche Entscheidung ermöglichen soll und nicht auch eine Strafsanktion gegen säumige Streitgenossen bezweckt, teleologisch zu reduzieren ist. Eine **Bindung des Säumigen ist danach nur erforderlich, wenn es bereits zu einer nicht mehr anfechtbaren Entscheidung in der Tatsacheninstanz** gekommen ist. Eine säumige Partei könnte sich im Übrigen mit dem Rechtsbehelf des Einspruchs (§ 338 ZPO) zur Wehr setzen. Ein sachlicher Grund, dem Streitgenossen diese Möglichkeit zu nehmen, ist nicht ersichtlich.

cc)

Ein anderes Urteil befasst sich mit der **Anfechtungsklage einer Wohnungseigentümerin gegen den Ablehnungsbeschluss**, der Klägerin entstandene Kosten für den Austausch des Bodenbelags ihrer Terrasse nach § 14 Nr. 4 WEG zu ersetzen.

³⁷ Urteil vom 23. Oktober 2015 – [V ZR 76/14](#) – MDR 2016, 176 f. = NJW 2016, 716 ff. = NZM 2016, 101 ff.

Die Revision der Klägerin gegen die klagabweisende Entscheidung des Landgerichts – blieb im Ergebnis – ohne Erfolg.³⁸

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war die **Klage nicht wegen eines fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses bereits unzulässig**, da für eine Anfechtungsklage regelmäßig ein schutzwürdiges Interesse vorliegt. Dies gilt – entgegen verbreiteter Auffassung – **auch dann**, wenn sich der **Anfechtungskläger gegen einen Nichtbeschluss wendet**, da auch diese Entscheidung ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen muss. Allerdings ist die Beschlussfassung für das Bestehen eines Anspruchs ohne Bedeutung, weil sie keine Bindungswirkung hat und sich in der Versagung eines freiwilligen Anerkenntnisses erschöpft. **Sofern ein Anspruch aber offenkundig besteht und ohne jeden Zweifel begründet ist, würde es dem Gebot ordnungsgemäßer Verwaltung widersprechen, eine positive Beschlussfassung abzulehnen**. Dies ist dann aber im Wege einer Sachentscheidung zu klären. Gemessen daran, war die Klage daher als unbegründet zurückzuweisen, weil ein Anspruch im Streitfall nicht offenkundig war.

dd)

Abgrenzungsfragen hinsichtlich der **Zuständigkeit der WEG-Gerichte** behandeln folgende Entscheidungen:

(1)

Ein Verfahren betraf die **Klage einer Wohnungseigentümergeinschaft**, mit der diese – gestützt auf § 14 Nr. 3 WEG – **Nießbraucher** auf Duldung von beschlossenen Sanierungsarbeiten in Anspruch nahm. Das Landgericht hatte die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen, weil keine Wohnungseigentumsache vorlag und die Berufung deshalb nicht bei dem nach § 72 Abs. 2 GVG zuständigen Landgericht hätte eingelegt werden dürfen. Die Revision der Beklagten war erfolgreich und führte zur Klagabweisung.³⁹

³⁸ Urteil vom 02. Oktober 2015 – [V ZR 5/15](#) – MDR 2016, 13 f. = NJW 2015, 3713 ff. = NZM 2015, 937 f.

³⁹ Urteil vom 10. Juli 2015 – [V ZR 194/14](#) – MDR 2015, 1122 = NJW 2015, 2968 ff. = NZM 2015, 744 ff.

Allerdings hatte das Landgericht seine Zuständigkeit nach § 72 Abs. 2 GVG noch zutreffend verneint, weil der **Streit einer Wohnungseigentümergeinschaft mit Nießbrauchern § 43 Nr. 1 und Nr. 2 WEG nicht unterfällt**. Dafür wird eine Streitigkeit erforderlich, die in einem **inneren Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsverhältnis** steht. Daran fehlt es bei **Klagen gegen Fremdnutzer**, da diese selbst dann nicht – anstelle des Wohnungseigentümers – in die Gemeinschaft eintreten, wenn deren Nutzungsbefugnis auf einem Nießbrauch beruht. Indes hätte das Landgericht die Berufung deshalb nicht als unzulässig verwerfen dürfen, da es den Berufungskläger zuvor die Möglichkeit einer Verweisung nach § 281 ZPO hätte eröffnen müssen und dieser Antrag in der Revisionsinstanz zulässig nachgeholt wurde.

Der Senat hat gleichwohl davon abgesehen, den Rechtsstreit an das zuständige Landgericht zurückzuverweisen, weil die **Klage in der Sache unbegründet** war. Diesbezüglich ist der **Wortlaut der § 14 Nr. 3 und Nr. 4 WEG eindeutig**, als sich diese Regelungen – ebenfalls – **nicht auf Fremdnutzer** beziehen und mangels Regelungslücke auch keine analoge Anwendung in Betracht kommt. Ein denkbarer **Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB** – dem der Senat zuneigt – betrifft dagegen einen **anderen** und hier nicht beanspruchten **Streitgegenstand**. Auch im Wege der Auslegung kann der Klage ein entsprechender Verfahrensgegenstand nicht entnommen werden, da hierfür die Gemeinschaft nur dann prozessführungsbefugt wäre, wenn sie diesen, dem einzelnen Wohnungseigentümer zustehenden Anspruch, nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG an sich gezogen hätte. Ein solcher Beschluss war jedoch nicht gefasst worden.

(2)

Einem Rechtsbeschwerdeverfahren lag eine „**doppelte**“ **Berufungseinlegung** zugrunde, nachdem der Kläger mit seiner Unterlassungsklage vor dem Amtsgericht unterlegen war. In der Rechtsbehelfsbelehrung des am 21. Juli 2014 zugestellten Urteils war dabei das Landgericht Frankfurt (Oder) als zuständiges Berufungsgericht benannt worden. Der Kläger hatte gleichwohl Berufung zum Landgericht Potsdam eingelegt, da das Amtsgericht als Prozessgericht tätig geworden sei. Auf Hinweis des Landgerichts Potsdam hatte der Kläger – nach Ablauf der Berufungsfrist –

Berufung zum Landgericht Frankfurt (Oder) eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Beide Landgerichte hatten die Berufung als unzulässig verworfen. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde gegen beide Beschlüsse ebenfalls als unzulässig verworfen, weil dem Kläger der Zugang zur Berufungsinstanz nicht unzumutbar erschwert worden war.⁴⁰

Das Landgericht Potsdam hatte seine Zuständigkeit gemäß § 72 Abs. 2 GVG zu Recht verneint, weil eine **Wohnungseigentumssache i.S.d. § 43 Abs. 1 WEG** vorliegt, nachdem die Parteien als Wohnungseigentümer um die Nutzung des Gemeinschaftseigentums streiten. **Unerheblich ist, ob der nach der Geschäftsverteilung zuständige Amtsrichter entschieden** hat, da sich § 72 Abs. 2 GVG nicht auf die Zuständigkeit des erstinstanzlich entscheidenden Gerichts bezieht. **Zudem sieht das GVG die Bildung besonderer Abteilungen für Wohnungseigentumssachen nicht vor.** Eine Verweisung analog § 281 ZPO musste das Landgericht Potsdam nicht verfügen, weil es dafür einer Zuständigkeitsfrage bedarf, die – woran es fehlte – höchstrichterlich ungeklärt ist.

Die Zurückweisung der Berufung durch das Landgericht Frankfurt (Oder) als Zentralgericht war ebenfalls nicht zu beanstanden, weil **kein Wiedereinsetzungsgrund** bestand, sondern die Versäumung der Berufungsfrist auf einem **Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Klägers** beruhte. Das Landgericht Potsdam hätte nach ständiger Rechtsprechung nur dann eine frühzeitige Hinweispflicht getroffen, wenn dessen Unzuständigkeit „ohne weiteres“ oder „leicht und zweifelsfrei“ feststellbar gewesen wäre. Daran fehlte es, da es dazu einer Einarbeitung in die Akte bedurft hätte, für die vor Eingang der Berufungsbegründung kein Anlass bestand. Damit verblieb es bei der Verantwortung der Partei, das zuständige Rechtsmittelgericht auszuwählen.

(3)

In einem weiteren Rechtsbeschwerdeverfahren musste der auch für das Familienrecht zuständige XII. Zivilsenat die **Zuständigkeit der Familiengerichte** von der

⁴⁰ Beschluss vom 12. November 2015 – [V ZB 36/15](#) – MDR 2016, 205 = NJW-RR 2016, 255 f. = NZM 2016, 168 f.

nach § 43 WEG bestehenden Zuständigkeit **abgrenzen**. Konkret verlangte die geschiedene Ehefrau von ihren Ex-Ehemann, mit dem sie im Güterstand der Gütertrennung gelebt hatte, einen Differenzbetrag von 60.000,00 € aufgrund ehebedingter Zuwendungen, da ihr der Antragsgegner während der Ehezeit einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an Praxisräumen, veräußert hatte. Die Antragstellerin hatte geltend gemacht, einen Betrag von 300.000,00 € in das Bauvorhaben investiert zu haben, während der Verkehrswert des ihr übertragenen Miteigentumsanteils lediglich 240.000,00 € betrage. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen, da das Oberlandesgericht zu Recht von der **Zuständigkeit der Familiengerichte nach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG** ausgegangen war.⁴¹

Der Gesetzgeber hat mit **§ 266 FamFG den Zuständigkeitsbereich der Familiengerichte deutlich erweitert**; demgemäß ist § 266 Abs. 1 FamFG weit auszulegen. Ausreichend ist, dass eine Streitsache durch die bezeichneten, familienrechtlichen Angelegenheiten **nicht unwesentlich mitgeprägt** wird. Der Ausnahmeregelung des § 266 Abs. 1 Halbsatz 2 FamFG liegt dagegen der **Gedanke der Spezialisierung** zugrunde, weshalb die darin genannten Zuständigkeiten nur eröffnet sind, wenn die Rechtstreitigkeit **besondere Kenntnisse aus dem jeweiligen Rechtsgebiet erfordert**. Von daher ist die Zuständigkeit der Wohnungseigentumsgerichte nicht bereits dann eröffnet, wenn sich Eheleute als Wohnungseigentümer gegenüberstehen, sofern es sich nicht um Verfahren i.S. des § 43 WEG handelt oder in diesem Zusammenhang Vorfragen aus dem Wohnungseigentumsrecht zu beantworten sind. Danach handelt es sich im Streitfall aber um **eine typische familienrechtliche Auseinandersetzung, da das Nebengüterrecht im Zusammenhang mit einer Scheidung betroffen ist**.

b)

Im Berichtszeitraum sah sich der Bundesgerichtshof auch mit Rechtsfragen konfrontiert, die sich in **Zwangsversteigerungsverfahren** stellten.

⁴¹ Beschluss vom 16. September 2015 – [XII ZB 340/14](#) – FamRZ 2015, 2153 ff. = MDR 2015, 1382 = NZM 2015, 863 f.

aa)

Mit dem Schicksal einer **Mietkaution in der Zwangsverwaltung**, die **vereinbarungsgemäß an den Verwalter entrichtet** worden war, befasst sich eine Entscheidung des VIII. Zivilsenats. Der Senat hat bestätigt, dass der **Zwangsverwalter die Mietkaution unmittelbar vom Verwalter** einfordern kann.⁴²

Es ist anerkannt, dass der Zwangsverwalter nach § 152 Abs. 1, 2 ZVG eine gestellte Mietkaution vom Schuldner herausverlangen kann, da eine ordnungsgemäße Verwaltung des dem Beschlag unterliegenden Grundbesitzes auch den Zugriff auf die Mietkaution verlangt. Ist die Mietkaution vereinbarungsgemäß der Hausverwaltung überlassen worden, kann der Zwangsverwalter die Kautionsforderung daher direkt einfordern, da in der Sache kein Unterschied besteht, ob diese dem Schuldner oder der Verwaltung entrichtet wurde. In beiden Fällen gebietet es die Aufgabenstellung des Zwangsverwalters Zugriff auf die Kautionsforderung zu nehmen zu können. Da schutzwürdige Belange der Verwaltung nicht berührt werden, ist auch unerheblich, dass der Zwangsverwalter nicht auch in den Verwaltervertrag eintritt.

bb)

Eine Entscheidung des V. Zivilsenats betrifft das **Herausgabeverlangen und die Zahlungsklage eines Zwangsverwalters**. Der Beklagten – der Mutter der Vollstreckungsschuldnerin – war ein Wohnungsrecht bewilligt worden, welches allerdings der Grundschild der die Zwangsvollstreckung betreibenden Sparkasse im Rang nachging. Ferner hatten die Vollstreckungsschuldnerin und die Beklagte einen lebenslangen Mietvertrag geschlossen, der vorsah, dass die Miete wegen in der Vergangenheit geleisteter Ausbauarbeiten entfallen sollte. Der Senat hat die vorinstanzlichen Urteile aufgehoben und die Klage abgewiesen.⁴³

Auf **§ 985 BGB** konnte die Klage **nicht** gestützt werden, **da die Beklagte als Inhaberin eines im Grundbuch eingetragenen Wohnungsrecht ein Recht zum Besitz** hatte. Die vorrangige Grundschild verschaffte der Gläubigerin nur einen An-

⁴² Urteil vom 23. September 2015 – [VIII ZR 300/14](#) – MDR 2015, 1356 f. = NJW-RR 2015, 1493 f. = NZM 2015, 859 f.

⁴³ Urteil vom 18. Dezember 2015 – [V ZR 191/14](#) – MDR 2016, 298 f. = NJW 2016, 1242 ff. mit Anm. Ahrens = NZM 2016, 278 ff.

spruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§§ 1147; 879 Abs.1 BGB), aber keinen Herausgabeanspruch. Auch die **Anordnung der unbeschränkten Vollstreckung nach § 150 Abs. 2 ZVG** half dem Kläger nicht, da er danach nur einen Gerichtsvollzieher mit der Vollstreckung nach § 855 ZPO hätte beauftragen können. Im weitergehenden Umfang hatte die **Anordnung nur verfahrensrechtliche Wirkung** und vermochte keinen Herausgabeanspruch zu schaffen.

Auch auf **§ 546 BGB** konnte sich der Kläger **nicht** berufen, **da** – was der Senat nach §§ 133; 157 BGB selbst feststellen kann – ein **Mietvertrag geschlossen** worden war, **der die Beklagte zur Tragung der hälftigen Lasten an dem Grundstück verpflichtete**. Mit diesem Inhalt ging der Vertrag auch über die gesetzlichen Verpflichtungen aus dem Wohnungsrecht hinaus. Dementsprechend ging auch die **Kündigung des Klägers ins Leere, da die Beklagte nicht mit Mietzahlungen im Rückstand** war. Soweit sich das Berufungsgericht auf § 1124 Abs. 2 BGB gestützt hatte, hatte es verkannt, dass die Beklagte **keine Nettomiete schuldete und somit keine Vorausverfügung** getroffen werden konnte. Ob die Vereinbarung anfechtbar war (§§ 3, 4 AnfG) bedurfte keiner Entscheidung, da dem Kläger als Zwangsverwalter kein eigenständiges Anfechtungsrecht zustand. Bezogen darauf bestand auch kein Zahlungsanspruch auf Mietzins oder Nutzungsentschädigung.

c)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ist ein Beschluss des VIII. Zivilsenats nach § 544 Abs. 7 ZPO ergangen, da das Landgericht gehörswidrig Vortrag der Klägerin als präkludiert erachtet hatte. Die Klägerin hatte zweitinstanzlich erneut eine fristlose und (hilfsweise) eine ordentliche Kündigung wegen erweiterter Zahlungsrückstände ausgesprochen. Das Landgericht hatte diese Kündigung wegen § 533 Nr. 2 ZPO nicht berücksichtigt. Insoweit hatte die Nichtzulassungsbeschwerde Erfolg.⁴⁴

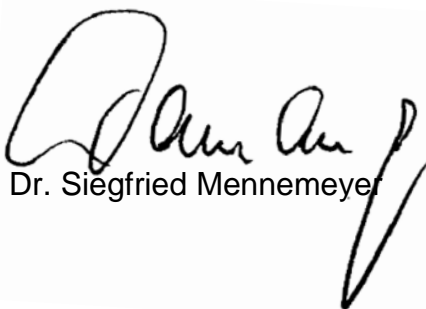
Die Zurückweisung des Klagevortrags war offensichtlich verfahrensfehlerhaft und verletzte die Klägerin in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Zwar lag in der **Kündigung ein weiterer Streitgegenstand**, der zu einer

⁴⁴ Beschluss vom 27. Oktober 2015 – [VIII ZR 288/14](#) – Das Grundeigentum 2016, 191 f. = WuM 2016, 98 f.

nachträglichen Klagehäufung führte, die nach **§§ 263; 533 als Klageänderung** zu behandeln war. Die Kündigung und das ihr zugrundeliegende Vorbringen waren jedoch **zweitinstanzlich unstreitig** geblieben, so dass sie bereits deshalb zweitinstanzlich nicht zurückgewiesen werden durfte, da nur **streitiges und beweisbedürftiges Vorbringen einer Präklusion** zugänglich ist. Auch die Klageänderung war zulässig, da sich die Beklagten in der mündlichen Verhandlung rügelos auf die geänderte Klage eingelassen hatten und ihre Einwilligung unwiderleglich zu vermuten ist (§ 267 ZPO). Im Übrigen dürfte auch Sachdienlichkeit i.S.d. § 533 Nr. 1 ZPO vorgelegen haben, weil kein grundlegend neuer Streitstoff in den Prozess eingeführt wurde. Die Parteien stritten lediglich für einen weiteren Zeitraum um die Berechtigung der Beklagten wegen Schimmelbefalls die Miete zu mindern und ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen zu können. Der bisherige Streitstoff bildete daher auch für eine geänderte Klage eine verwertbare Tatsachengrundlage; ferner wurde die endgültige Beilegung des Streits gefördert.

Für das weitere Verfahren hat der Senat den Hinweis erteilt, dass nach seiner neueren Rechtsprechung⁴⁵ das Leistungsverweigerungsrecht nicht schematisch ohne zeitliche Begrenzung auf einen mehrfachen Betrag der monatlichen Minderung bemessen werden darf. Das Zurückbehaltungsrecht ist daher grundsätzlich betragsmäßig zu begrenzen.

Karlsruhe, den 31. Mai 2016



Dr. Siegfried Mennemeyer

⁴⁵ Urteil vom 17. Juni 2015 – VIII ZR 19/14; wir haben berichtet.