

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2016

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

Im Anschluss an unseren Bericht für das erste Halbjahr 2016 setzen wir hiermit unsere Rechtsprechungsübersichten¹ über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Bereichen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Maklerrechts, des Nachbarrechts und des Immobilienrechts unter Einschluss der spezifischen Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts fort. Im Rahmen der Geschäftsverteilung² sind diese Rechtsgebiete verschiedenen Zivilsenaten des BGH zugeordnet. Die folgende Gliederung orientiert sich dabei an den in § 14c FAO aufgeführten Schwerpunktbereichen, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ erforderlich sind.

1. Wohnraummiete

Nach dem Geschäftsverteilungsplan fallen Streitigkeiten aus dem Bereich der Wohnraummiete in die Zuständigkeit des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

¹ Abrufbar auf unserer Website („Aktuelles“) unter dem Menüpunkt [Newsletter](#).

² Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2016 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

1.1

Mietrechtliche Nebenabreden

In diesem Kontext können sich Rechtsfragen hinsichtlich der Vertragsauslegung gemäß §§ 133; 157 BGB, der Kontrolle von Formularklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB sowie hinsichtlich der Auslegung zwingender gesetzlicher Vorschriften stellen. Von diesen Problemstellungen handeln folgende Entscheidungen:

a)

In einem Revisionsverfahren ging es um **Schadensersatzansprüche der Vermieterin wegen Wohnungsschäden aufgrund einer polizeilichen Durchsuchung**. Gegen den beklagten Mieter war dabei wegen des **Verdachts des gewerblichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln ermittelt worden**. Dieser Verdacht konnte anlässlich der Durchsuchung nicht bestätigt werden, da nur eine geringe Menge an Marihuana aufgefunden und sichergestellt werden konnte. Der Beklagte ist daher nachfolgend „nur“ wegen des vorsätzlichen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln verurteilt worden. Im Einklang mit den Vorinstanzen hat der Bundesgerichtshof Regressansprüche der Vermieterin verneint.³

Zwar verletzt ein Mieter seine Obhutspflicht, wenn er **in seiner Wohnung illegale Substanzen aufbewahrt**, denn dann muss er nach der Lebenserfahrung mit einem schädigenden Zugriff Dritter im Wege der Strafverfolgung rechnen.

Allerdings fehlt es an der **Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden** an der Eingangstür, denn der vollzogene Durchsuchungsbeschluss bezog sich auf den Vorwurf des gewerblichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. Hierfür reichte die aufgefundene Menge von 26,32 g Marihuana nicht aus, weshalb **dieser Besitz hinweggedacht werden**

³ Urteil vom 14. Dezember 2016 – [VIII ZR 49/16](#) – MDR 2017, 267 f. = NJW-RR 2017, 329 ff. = NZM 2017, 144 f.

kann, ohne dass die schädigende Handlung entfiel. Entgegen der Auffassung der Revision hatte der Beklagte die Durchsuchung auch nicht etwa herausgefordert. Die strafrechtliche Beurteilung bei der Anordnung des Durchsuchungsbeschlusses bindet den Zivilrichter bereits nicht; der bejahte Tatverdacht musste auch nicht zwingend auf dem Verhalten des Beklagten beruhen, sondern könnte auch auf (falsche) Anzeigen Dritter zurückzuführen sein.

b)

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

aa)

Der erste Streitfall⁴ enthält lediglich eine Bestätigung der Rechtsgrundsätze, die der Senat bereits in einem Parallelverfahren aufgestellt hatte.⁵

Für das Entstehen einer Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB reicht es nicht aus, wenn bereits **vor der Überlassung der Mieträume die Absicht zur Begründung von Wohnungseigentum** gefasst und dokumentiert wird sowie das künftige Wohneigentum veräußert wird, während der **grundbuchrechtliche Vollzug der Teilungserklärung (§ 8 Abs. 2 WEG) erst nach der Überlassung erfolgt.** Auch die zweite Alternative des § 577 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht erfüllt, da beide Varianten jeweils eine bestimmte zeitliche Reihenfolge vorsehen, die strikt einzuhalten ist. Im Falle des § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB muss daher **auch der Kaufvertrag hinsichtlich des (künftigen) Wohnungseigentums nach der Überlassung an den Mieter** geschlossen werden. Da es an letzterem Erfordernis fehlte, war die Klage abweisungsreif.

⁴ Urteil vom 07. Dezember 2016 – [VIII ZR 70/16](#) – Grundeigentum 2017, 222 f. = NJW-RR 2017, 206 ff. = NZM 2017, 146 f.

⁵ Urteil vom 06. April 2016 – [VIII ZR 143/15](#) – wir haben berichtet.

bb)

Im zweiten Verfahren ist hingegen ein Hinweisbeschluss nach § 552a ZPO ergangen, der zur Rücknahme der Revision führte.⁶ Das Berufungsgericht hatte hinsichtlich der „**Berechnung der Vorteilsausgleichung**“ bei der Vereitelung eines Vorkaufsrechts die Revision zugelassen. Der Senat hat eine Frage von rechtgrundsätzlicher Bedeutung verneint.

Die Klägerin hatte ihren Schaden darin erblickt, dass sie eine Wohnung hätte erwerben können, deren Verkehrswert höher als der zu zahlende Kaufpreis war, sofern das Vorkaufsrecht nicht vereitelt worden wäre. Grundsätzliche Bedeutung kann dem nicht beigemessen werden, da höchstrichterlich bereits geklärt ist, dass im **Rahmen des Gesamtvermögensvergleichs nicht nur der Kaufpreis** zu berücksichtigen ist, sondern auch die von der Klägerin **zu tragenden Grunderwerbs- sowie Finanzierungskosten schadensmindernd einzustellen** sind.

Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg, weil sich das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon überzeugt hatte, dass der Klägerin **Aufwendungen entstanden wären, die zumindest den Verkehrswert der Wohnung erreicht** hätten. Die vom Berufungsgericht festgestellten Aufwendungen hat die Klägerin mit ihrer Revision nicht in Zweifel gezogen und sind auch dann berücksichtigungsfähig, wenn ein denkbarer Deckungskauf erfolgt wäre. Ersparte Mietaufwendungen sind dagegen bereits im Verkehrswert enthalten und können nicht zusätzlich als Schadensposition angesetzt werden.

c)

Eine **Formularklausel hinsichtlich der Mietvorauszahlungspflicht** stand drittinstanzlich ebenfalls auf dem Prüfstand. Konkret lautete die Klausel wie folgt:

⁶ Beschluss vom 04. Oktober 2016 – [VIII ZR 281/15](#) – Grundeigentum 2016, 1556= WuM 2016, 746; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

„Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung kommt es nicht auf die Absendung, sondern den Eingang des Geldes an. Aus mehrfach verspäteter Mietzahlung kann der Mieter keine Rechte herleiten; vielmehr kann dies im Einzelfall ein Grund für eine Kündigung des Mietverhältnisses sein.“

Die Klägerin sprach wegen wiederholt unpünktlicher Zahlungseingänge die fristlose, hilfsweise die ordentliche Kündigung aus; die Räumungsklage war vorinstanzlich erfolglos. Der Senat hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen, da die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht standhält.⁷

Nach § 556b Abs. 1 BGB ist die Miete zu Beginn, spätestens bis zum dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten, nach denen sie bemessen ist. Dem haben die Beklagten Genüge getan, indem sie **ihrem Zahlungsdienstleister den Zahlungsauftrag für die Überweisung rechtzeitig** erteilt hatten, während § 556b Abs. 1 BGB nicht entnommen werden kann, die **Mietzahlung müsse binnen dreier Werktage auf dem Konto des Vermieters auch eingehen**. Entscheidend ist dabei die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende Zielsetzung. Der Gesetzgeber hat sich im Zuge der Mietrechtsreform davon leiten lassen, dass die vertragliche Praxis bereits im Geltungsbereich des § 551 Abs. 1 BGB a.F. eine Vorleistungspflicht des Mieters vorsah. Der Reformgesetzgeber hat es in Übereinstimmung damit als ausreichend erachtet, wenn die Miete bis zum dritten Werktag „entrichtet“ wird. Dabei wollte der Gesetzgebers erkennbar nicht von den **Auslegungsregeln nach §§ 269 Abs. 1, 270 Abs. 1 BGB** abweichen. Danach ist die Zahlung der Miete als Geldschuld aber grundsätzlich am Wohnort des Schuldners zu erbringen. Die Gefahrtragungsregel des § 270 Abs. 1 BGB erfasst nur das Verlustrisiko, aber nicht auch die Gefahr einer verzögerten Übermittlung, weshalb der Leistungserfolg – die Gutschrift auf dem Empfängerkonto des Gläubigers – nicht mehr zur Leistungshandlung des Schuldners zählt. Folglich muss

⁷ Urteil vom 05. Oktober 2016 – [VIII ZR 222/15](#) – MDR 2017, 142 ff. = NZM 2017, 120 ff. = ZMR 2017, 231 ff.

sich der Mieter eine verzögerte Überweisung seines Zahlungsdienstleisters auch nicht nach § 278 BGB zurechnen lassen.

Entgegen der Auffassung der Revision hat daran auch die **Zahlungsverzugsrichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 (Richtlinie 2011/7/EU) nichts geändert**. Soweit daraus teilweise abgeleitet wird, die Mietschuld sei als eine modifizierte Bringschuld anzusehen, folgt dem der Senat nicht. Die Zahlungsverzugsrichtlinie sieht selbst innerhalb ihres Anwendungsbereichs keine Verzugsfolgen vor, sofern die Verzögerung nicht auf einem Verhalten des Schuldners beruht. Ungeachtet dessen soll die Richtlinie lediglich die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen fördern und erstreckt sich nicht auf Verträge mit Verbrauchern. Ein davon abweichender Wille des nationalen Gesetzgebers ist im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie nicht erkennbar geworden.

Von daher kann sich die Klägerin auch nicht auf ihre **Formularklausel** stützen, denn diese erweist sich – jedenfalls bei der **gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung – als unwirksam**. Die Klausel ist zweideutig und lässt unterschiedliche Auslegungsvarianten zu. Danach ist die Sichtweise möglich, dass der Mieter für Verzögerungen außerhalb seines Einflussbereiches nicht einzustehen hat. Allerdings kann auch der Standpunkt eingenommen werden, dass der Mieter für ein Verschulden seines Zahlungsdienstleisters einzutreten hat, da die Klausel auf die Möglichkeit einer Kündigung hinweist. In dieser Hinsicht werden aber unterschiedslos mehrfache Zahlungsverzögerungen genannt, womit auch unverschuldete Verspätungen gemeint sein können. Im letztgenannten Fall liegt dann auch eine **unangemessene Benachteiligung vor, da dem Mieter das Risiko einer Vertragskündigung aufgebürdet wird**, obwohl allein der Zahlungsdienstleister die Verspätung zu verantworten hat. Dieser Nachteil wird auch nicht dadurch egalisiert, dass dem Zahlungsdienstnutzer ggf. Regressansprüche (§§ 675s; 675t BGB) gebühren können, denn solche

Ansprüche wären nicht geeignet, den Verlust des Lebensmittelpunkts auszugleichen und könnten ggf. nur klagweise durchgesetzt werden.

1.2 Mietmängel

Im Berichtszeitraum sind dazu – soweit ersichtlich – keine höchstrichterlichen Entscheidungen ergangen.

1.3 Schönheitsreparaturen

Auch mit dieser Thematik hat sich der VIII. Zivilsenat im Berichtszeitraum nicht befasst.

1.4. Mieterhöhungen

Bezüglich dieser Materie musste der Bundesgerichtshof ebenfalls keine Rechtsfragen beantworten.

1.5 Kündigungen

Probleme im Zusammenhang mit Kündigungen besitzen drittinstanzlich dagegen eine erhebliche Bedeutung.

a)

Ein Revisionsverfahren betraf eine **Eigenbedarfskündigung, die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugunsten der Tochter eines ihrer Gesellschafter** ausgesprochen hatte. Der Senat hat an seiner Rechtspre-

chung festgehalten und diese gegen Angriffe in der Literatur verteidigt; zugleich hat er seine Judikatur zur Anbietspflicht modifiziert.⁸

Anders als das Landgericht⁹ gemeint hatte, ist **§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB analog anwendbar**, weshalb mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung die Wirksamkeit der Kündigung nicht verneint werden kann. Jene Bestimmung ist zwar auf natürliche Personen zugeschnitten, da juristische Personen über keinen Wohnbedarf verfügen können. Eine (Außen)GbR stellt sich jedoch nicht als juristische Person dar, sondern ist **lediglich eine teilrechtsfähige Personengesellschaft, die sich gegenüber ihren Gesellschaftern rechtlich nicht völlig verselbständigt hat**. Zwar hat die Teilrechtsfähigkeit der (Außen)GbR zur Folge, dass anstelle ihrer Mitglieder nunmehr die Gesellschaft die Position des Vermieters einnimmt. Dies zwingt in Bezug auf § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB aber nicht zu dem Schluss, dass die Gesellschaft daran gehindert wäre, eine Kündigung zugunsten eines ihrer Gesellschafter auszusprechen.

Bis zur Anerkennung der partiellen Rechtsfähigkeit der (Außen)GbR entsprach es einhelliger Auffassung, dass die gesamthänderisch gebundenen Gesellschafter eine Eigenbedarfskündigung für einen ihrer Gesellschafter aussprechen können. Die Rechtsprechungsänderung war rein gesellschaftsrechtlich motiviert und lässt nicht darauf schließen, dass mietrechtlich eine Abkehr von diesem Grundsatz beabsichtigt war. Die Schutzzweckerwägung, auf die sich das Berufungsgericht berufen hatte, überzeugt nicht, da sie zum einen die Regelung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB mit der Zielsetzung des § 577a BGB vermengt. Zum anderen ist auch der „Anonymisierungsgedanke“ nicht tragfähig, denn bereits vor der Rechtsprechungsänderung war anerkannt, dass auch größeren Gesellschaften des bürgerlichen Rechts die Eigenbedarfskündigung uneingeschränkt eröffnet ist. Die Rechtsansicht des Landgerichts, wonach der

⁸ Urteil vom 14. Dezember 2016 – [VIII ZR 232/15](#) – NJW 2017, 547 ff. = NZM 2017, 111 ff. = ZMR 2017, 141 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁹ Urteil vom 07. Oktober 2015 – 14 S 2686/15 – ZMR 2015, 39 ff.

Mieter vor Verdrängung geschützt werden müsse und sich diese Gefahr bei Grundstücksgesellschaften erhöhe, findet auch in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Der Tatbestand der Eigenbedarfskündigung schützt den vertragstreuen Mieter, der die Wohnung zu seinem Lebensmittelpunkt bestimmt hat, nur vor willkürlichen Kündigungen. Umgekehrt soll dem Vermieter weiterhin die Beendigung eines Mietverhältnisses möglich sein, wenn er dafür triftige Gründe hat. Da diese Interessen einem gerechten Ausgleich zugeführt werden müssen, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass nur für einen überschaubaren Personenkreis Eigenbedarf geltend gemacht werden kann. Der Ausschluss der Eigenbedarfskündigung würde ferner eine Kündigungssperre bedingen. Die Materialien belegen indes, dass dies nur im Sonderfall des § 577a BGB und bei der Umwandlung einer Miet- in eine Eigentumswohnung in Betracht kommt. Für den Kündigungstatbestand des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB gibt diese Regelung nichts her.

Die bestehende Regelungslücke ist dann mittels einer **Analogie zu § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB** zu schließen, da sich – wie dargetan – die **Interessenslage nicht verändert** hat, während sich die **gesetzliche Regelung aufgrund der geänderten Rechtsprechung als lückenhaft** erweist. Die Sachlage ist auch insoweit mit einer einfachen Vermietermehrheit vergleichbar, als Miteigentümergeinschaften oder Erbengemeinschaften Eigenbedarf für eines ihrer Mitglieder geltend machen können und sich diese Zusammenschlüsse nicht strukturell unterscheiden. Soweit der Senat in der Vergangenheit ausgeführt hat, eine Gleichbehandlung sei geboten, da die Abgrenzung nicht von Zufälligkeiten abhängen dürfe, ist an diesem Argument nicht mehr festzuhalten. Anderes gilt daher lediglich dann, wenn die Gesellschafter durch die Wahl des Gesellschaftszwecks – wie bei einer Fondgesellschaft, einer OHG oder KG – zum Ausdruck gebracht haben, dass der persönliche Wohnbedarf zurücktritt. In diesem Fall kann der Mieter nämlich darauf vertrauen, dass die Gesellschafter allein wirtschaftliche Zwecke verfolgen.

Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig, denn eine **Missachtung der Anbietspflicht** führt – anders als das Amtsgericht gemeint hatte – **nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung aufgrund Rechtsmissbrauchs** (§ 242 BGB). Soweit der Senat dies in der Vergangenheit abweichend beurteilt hatte, hält er daran nicht mehr fest:

Eine Anbietspflicht setzt eine berechtigte Eigenbedarfskündigung voraus, weshalb sich nicht der Ausspruch der Kündigung als solche, sondern die unterlassene Zurverfügungstellung der Ersatzwohnung als pflichtwidrig darstellt. Da der Vermieter es lediglich versäumt, die Folgen zu mildern, die der Mieter mit dem Verlust seiner Wohnung erleidet, unterscheidet sich diese Fallkonstellation von Sachverhalten, in denen der Senat bisher Eigenbedarfskündigungen („von Anfang an“) als rechtmisbräuchlich erachtet hat. Die Anbietspflicht erweist sich somit nur als vertragliche Nebenpflicht, deren Verletzung gemeinhin lediglich zu Geldersatz verpflichtet.

b)

Im Berichtszeitraum war ferner die umstrittene Frage zu klären, ob **§ 314 Abs. 3 BGB auf eine fristlose (Vermieter-)Kündigung Anwendung** findet. Der Senat hat dies verneint.¹⁰

Bereits der Wortlaut der §§ 543; 569 BGB spricht gegen die Sichtweise des Berufungsgerichts, da diese Bestimmungen die Modalitäten für eine fristlose Kündigung umschreiben und eine zeitliche Beschränkung für den Ausspruch der Kündigung nicht vorsehen. Diese Ansicht wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, da im Rahmen der Mietrechtsreform vom 19. Juni 2001 nur beabsichtigt war, die aus allgemeinen Vorschriften abgeleitete Kündigung aus wichtigem Grund und die über mehrere Einzeltatbestände verstreuten, speziellen Kündigungsgründe mietrechtlich

¹⁰ Urteil vom 13. Juli 2016 – [VIII ZR 296/15](#) – MDR 2016, 1132 f. = NJW 2016, 3720 ff. = NZM 2016, 791 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

zusammenzufassen. Zum damaligen Zeitpunkt war auch bereits anerkannt, dass eine längere Verzögerung des Ausspruchs der Kündigung Rechtsfolgen – z.B. aufgrund Verwirkung – auslösen kann. Angesichts dessen hat der Gesetzgeber bewusst von der Normierung einer Kündigungsfrist abgesehen, da er kein Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung erkennen konnte und eine einheitliche Ausschlussfrist der Vielgestaltigkeit von Mietverhältnissen nicht gerecht wird. Auch die Einfügung des § 314 BGB mit der Schuldrechtsreform hat an dieser Intention nichts geändert, da der Gesetzgeber in dieser Regelung lediglich eine *lex specialis* erblickt hat, die in Konkurrenz zu zahlreichen anderen Einzelbestimmungen treten kann und bewusst darauf verzichtet hat, eine Verweisung in die §§ 543; 569 BGB aufzunehmen.

Die angefochtene Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO), da eine **Verwirkung (§ 242 BGB)** nicht erkennbar ist. Die vom Berufungsgericht festgestellte Verzögerung von sieben Monaten hat allenfalls das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt. Anhaltspunkt für ein Umstandsmoment und ein Vertrauen der beklagten Mieterin darauf, die Klägerin werde von ihrem Recht auf fristlose Kündigung keinen Gebrauch machen, sind demgegenüber nicht festgestellt oder ersichtlich. Diese Voraussetzung kann insbesondere nicht daraus abgeleitet werden, dass die Beklagte früher als Küsterin für die Klägerin tätig war.

c)

Das Vorliegen von **Härtegründen auf Seiten des Mieters im Falle einer fristlosen Kündigung** thematisiert ein weiteres Revisionsurteil. Konkret war der hoch betagten und an Demenz erkrankten Beklagten zu 1 aufgrund wiederholter schwerer Beleidigungen gekündigt worden. Diese hatte der Beklagte zu 2, der die bettlägerige Mieterin ganztägig pflegt und zudem zu einem ihrer Betreuer bestellt worden war, gegenüber der Klägerin und der Hausverwaltung ausgestoßen. Die Klägerin hatte deshalb bereits früher versucht, die Entbindung des Beklagten zu 2 zu

erreichen. Dem war das Betreuungsgericht aufgrund der positiv beurteilten Pflegeleistungen nicht nachgekommen. Der Senat hat die Entscheidung des Landgerichts, welches der Räumungsklage stattgegeben hatte, missbilligt.¹¹

Die nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderliche Würdigung, ob dem Kündigenden die **Fortsetzung des Mietverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände unzumutbar** ist, obliegt zwar **primär dem Tatrichter** und kann revisionsrechtlich nur beanstandet werden, wenn **relevante Tatsachen nicht fehlerfrei ermittelt** wurden, **wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt** geblieben sind oder ein fehlerhafter rechtlicher Maßstab Anwendung fand. So verhielt es sich im Streitfall.

Zutreffend ist allerdings im rechtlichen Ausgangspunkt, dass die gravierenden Beleidigungen des Zweitbeklagten eine **schwerwiegende Vertragsverletzung** darstellen. Hierfür ist auch die Beklagte zu 1 einstandspflichtig, da sie dem Beklagten zu 2 eine Ein-Zimmerwohnung in dem Anwesen überlassen hatte. Ferner hatte auch der weitere bestellte Betreuer dessen Anwesenheit gebilligt, so dass es auf die **persönliche Schuldlosigkeit der Erstbeklagten** nicht ankam.

Nicht haltbar ist es jedoch, dass das Landgericht Härtegründe verneint hatte. Anders als bei § 543 Abs. 2 BGB sieht **§ 543 Abs. 1 Satz 2 BGB die Berücksichtigung persönlicher Umstände** ausdrücklich vor; damit verbietet es sich, die **Abwägung nur auf einzelne Gesichtspunkte zu beschränken und deren Berücksichtigung in das Vollstreckungsverfahren zu verschieben**. Dies gebietet auch die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und Art. 2 Abs. 2 GG, der die Gerichte verpflichtet, schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen bei der Abwägung widerstreitender Interessen Rechnung zu tragen. Anerkanntermaßen kann daher eine erhebliche Gesundheitsgefährdung auch eine Einstellung der

¹¹ Urteil vom 09. November 2016 – [VIII ZR 73/16](#) – MDR 2017, 20 f. = NJW-RR 2017, 134 ff. = NZM 2017, 26 ff.

Zwangsvollstreckung nach § 795a ZPO für längere Zeit rechtfertigen. In dieser Hinsicht hätte sich das Berufungsgericht daher mit dem Beklagten vorbringen befassen müssen, dass ein Umzug oder Betreuerwechsel zu schweren Gesundheitsschäden führen kann. Dieser Aspekt hätte auch nicht der Zwangsvollstreckung vorbehalten werden dürfen, denn es ist bereits im Erkenntnisverfahren nicht auszuschließen, dass der Klägerin der Fortbestand des Mietverhältnisses zumutbar ist.

d)

Einen „Abrechnungsstreit“ betrifft ein Revisionsverfahren, in dem die Klägerin wiederholt fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigungen wegen Mietrückständen ausgesprochen hatte, die sich – nach deren Berechnung – auf mehr als zwei Monatsmieten summiert hatten. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, weil der Beklagte mit **Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen aufrechnen konnte** und damit **keine kündigungsrelevanten Zahlungsrückstände** bestanden. Dem ist der Senat nicht gefolgt.¹²

Der vom Berufungsgericht ermittelte Mietrückstand hat zum 16. Juli 2014 als dem Zeitpunkt der Kündigung 1.340,78 € betragen und hat die Klägerin nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit b) BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt. Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, ist es unerheblich, ob dieser **Rückstand auch noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die Räumungsklage** bestand, denn nach § 543 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 BGB ist eine Kündigung nur ausgeschlossen, wenn der Mieter vor dem Zugang der Kündigungserklärung den Vermieter befriedigt oder unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt. Auch eine Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB kommt nur in Betracht, wenn der Vermieter binnen zweier Monate nach Rechtshängigkeit der Räumungsklage befriedigt wird oder eine öffentliche Stelle sich zur Befriedigung verpflichtet. **Sämtliche Vorschrif-**

¹² Urteil vom 24. August 2016 – [VIII ZR 261/15](#) – MDR 2016, 1257 f. = NJW 2016, 337 ff. = NZM 2016, 765 f.

ten setzen aber voraus, dass ein vollständiger Ausgleich der Mietrückstände erfolgt, weshalb es nicht ausreicht, wenn Mietschulden nachträglich nur reduziert werden. Darüber hinaus hatte der Beklagte die Aufrechnung auch erst mit der Klageerwiderung und damit nicht unverzüglich erklärt.

Rechtsfehlerhaft ist auch die Annahme, dem Beklagten hätten noch aufrechenbare Gegenforderungen zugestanden, weil die von der **Klägerin zuvor erklärte Aufrechnung mit Heizkostennachforderungen ins Leere gegangen** sei. Wie der Senat bereits entschieden hat, hängt **die formelle Wirksamkeit einer Heizkostenabrechnung** nicht davon ab, dass die **Abrechnung Angaben zu den Schätzungsgrundlagen enthält oder welches Verfahren nach § 9a HeizkostenVO Anwendung** fand. Mithin hätte das Landgericht auch nicht zu Gunsten des Beklagten davon ausgehen dürfen, er könne die geleisteten Vorauszahlungen zurückfordern, denn im Rahmen eines fortbestehenden Mietverhältnisses kann der Mieter nur hinsichtlich der laufenden Vorauszahlungen ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) geltend machen.

e)

Ein Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO, der zur Zurücknahme der Revision führte, befasst sich mit einer **Schonfristzahlung des zur Räumung verurteilten Mieters**. Der Senat hat eine Zulassungsrelevanz des Streitfalles verneint.¹³

Zulassungsgründe liegen nicht vor, da nach ständiger Rechtsprechung ein nach Ausspruch der Kündigung erfolgter **vollständiger Zahlungsausgleich nicht der Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung entgegensteht**. Ob dagegen ein berechtigtes Interesse für eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht, ist eine **Frage des Einzelfalles**, die eine umfassende Interessenabwägung erfordert und sich einer **generalisierenden Betrachtungsweise entzieht**.

¹³ Beschluss vom 20. Juli 2016 – [VIII ZR 238/15](#) – WuM 2016, 682 ff.

Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Die Rüge, die Mutter der Klägerin habe nicht über eine **ausreichende Hauptvollmacht für die erteile Prozessvollmacht** verfügt, scheidet daran, dass es sich bei der vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgelegten Originalvollmacht um eine nach außen kundgegebene Innenvollmacht handelt. Der Umfang der Vollmacht ist durch Auslegung zu bestimmen, wobei auf das Verständnis des Vertreters abzustellen ist. Aus der vorgelegten Originalvollmacht des Prozessbevollmächtigten ergibt sich jedoch hinreichend, dass dieser von der Klägerin konstitutiv bevollmächtigt worden war und lediglich zusätzlich seine Vertretungsmacht auch von der Mutter der Klägerin ableiten wollte.

Die tatrichterliche Beurteilung ist auch nicht in Bezug auf das **bejahte Interesse an der ordentlichen Kündigung** zu beanstanden, da über mehrere Monate Mietrückstände aufgelaufen waren, die beinahe die Höhe der Halbjahresmiete erreichten. Der Beklagte kann sich auch nicht auf eine **unverschuldete Zahlungsunfähigkeit** berufen, da sich diesbezüglich **der Mieter zu entlasten hat**. Zwar dürfen dabei keine überhöhten Anforderungen gestellt werden und muss der Mieter nicht lückenlos darstellen, auf welchen Umständen seine Zahlungsunfähigkeit beruht. Der Beklagte, der eine ihn überraschende Steuerschuld geltend gemacht hatte, war seiner Darlegungslast jedoch nicht nachgekommen. Dessen Sachvortrag lässt nicht erkennen, weshalb die durchgeführte Steuerschätzung weit übersetzt gewesen sein soll und nicht eine Stundungsvereinbarung mit dem Finanzamt getroffen werden konnte. Ebenso wenig hatte sich der Beklagte zum Zustandekommen der Steuerschätzung und der Beitreibung der angeführten Steuerschulden eingelassen.

f)

Letztendlich hat sich der Senat noch mit der **Wirksamkeit einer Formlarklausel** zu befassen, die einen **Kündigungsausschluss** enthielt. Das Berufungsgericht hatte die Revision deshalb zugelassen, weil nur in der Literatur folgende Regelung

„Die Parteien verzichten wechselseitig auf die Dauern von 4 (in Worten: vier) Jahren auf ihr Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietvertrages. Sie ist erstmals zum Ablauf dieses Zeitraums mit der gesetzlichen Frist zulässig.“

als wirksam beurteilt wird. Der Senat hat einen Hinweis gemäß § 552a ZPO erteilt, worauf die Revision zurückgenommen wurde.¹⁴

Wenngleich der Bundesgerichtshof zu dieser Klausel noch nicht explizit Stellung genommen hat, liegen Zulassungsgründe deshalb nicht vor, weil die angestrebte Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfrage vorgezeichnet ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist ein **formularmäßiger Kündigungsausschluss nicht nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn er sich an der für eine Staffelmietvereinbarung geltenden Regelung des § 557a Abs. 3 BGB orientiert**. Der darin zum Ausdruck kommenden und verallgemeinerungsfähigen Wertung des Gesetzgebers entspricht die Klausel, da sie den Wortlaut des § 577a Abs. 3 Satz 2 BGB exakt wiedergibt.

Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg, da die Kündigungen der Beklagten unwirksam waren und sie das Landgericht daher mit Recht zur Mietzahlung verurteilt hatte. Das Landgericht war rechtsfehlerfrei von einer **allgemeinen Geschäftsbedingung** ausgegangen, da die **handschriftliche Einfügung der Zahlenangaben** („4“ bzw. „vier“) allein **noch nicht zu einer Individualvereinbarung** führt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Dauer des Kündigungsverzichts von den Parteien frei ausgehandelt worden wäre oder der Vertragspartner des Verwenders diese vorgegeben hätte. Dies macht die Revisionserwiderung jedoch nicht geltend, sondern verweist lediglich darauf, dass keine Feststellungen hinsichtlich einer Mehrfachverwendung getroffen wurden. Dieser Einwand ist indes unergiebig, weil der Schutz des Vertragspartners des Verwenders bereits bei der erstmaligen Verwendung einer Formulklausel einsetzt.

¹⁴ Beschluss vom 23. August 2016 – [VIII ZR 23/16](#) – NJW-RR 2016, 137 ff. = NZM 2017, 71 ff. = ZMR 2016, 851 f.

Auch in der Sache selbst hält die Klausel einer Inhaltskontrolle stand, da eine **unangemessene Benachteiligung** nur vorliegen würde, wenn die **Kündigung für eine Dauer von mehr als vier Jahren ausgeschlossen** wäre. Daran fehlt es hier, da die Klausel dem Gesetzeswortlaut entspricht und gerade nicht vorsieht, dass die Kündigung erst **nach dem Ablauf** von vier Jahren ausgesprochen werden kann. Ein entsprechendes Verständnis kann auch nicht im Wege der Auslegung erzielt werden, da die Klausel – nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn – zwischen der Bindungsdauer und der Zeitspanne, ab der die Kündigung wieder statthaft ist, unterscheidet. Mit diesem Inhalt erweist sich die Klausel auch weder als widersprüchlich, noch intransparent, weshalb der Revision auch der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung nicht hilft. Unschädlich ist es auch, dass die Klausel den Beginn der Bindungsfrist nicht erwähnt, da im Streitfall der Mietvertrag erst am 09. April 2012 geschlossen worden war, während das Mietverhältnis bereits am 01. April 2012 begann. Damit ist die Vierjahresfrist nicht verspätet in Gang gesetzt worden.

1.6 Nebenkosten

Verjährungsfragen waren in einer Entscheidung zu beantworten, in der drittinstanzlich noch um eine **Mietsicherheit in Form eines verpfändeten Sparbuchs** gestritten wurde. Die auf Freigabe in Anspruch genommene Vermieterin hatte sich mit der **Aufrechnung noch offener Nebenkostenforderungen verteidigt** und diesbezüglich in der Tatsacheninstanz auch Widerklage erhoben. Beide Parteien hatten ferner wechselseitig die Einrede der Verjährung geltend gemacht. Die Revision des Klägers hatte Erfolg, da die zur Aufrechnung gestellten Nebenkostenforderungen verjährt waren.¹⁵

¹⁵ Versäumnisurteil vom 20. Juli 2016 – [VIII ZR 263/14](#) – MDR 2016, 1323 f. = NJW 2016, 3231 ff. = NZM 2016, 762 ff.

Es tritt bereits nicht zu, dass das Landgericht gemeint hatte, der Anspruch des Klägers sei bereits sechs Monate nach dem Auszug und damit im November 2009 fällig geworden. Der **Freigabenspruch des Mieters wird erst fällig, wenn dem Vermieter – nach Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist – auch keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen**. Die Nebenkostenforderungen der Beklagten waren aber im November 2009 noch nicht verjährt; Verjährung wäre hinsichtlich der jüngsten Forderung erst mit Ablauf des Jahres 2012 eingetreten. Allerdings ist im Laufe des Verfahrens zur Verjährung gekommen, da die erst im Jahre 2013 erhobene Widerklage den Lauf der Verjährungsfrist nicht mehr rechtzeitig hemmen konnte.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist es der Beklagten auch nicht gestattet, die **Verwertung der Kautions nach § 216 Abs. 1 BGB zu betreiben**, da es sich bei **Nebenkosten um wiederkehrende Leistungen i.S.d. § 216 Abs. 3 BGB** handelt. Wiederkehrende Leistungen liegen vor, wenn diese zu vorher bestimmten, regelmäßig wiederkehrenden Terminen erbracht werden müssen; dabei ist es bei Geldleistungen unerheblich, ob diese in der immer gleichen Summe bestehen. So verhält es sich auch bei Nebenkostenforderungen, da Vorauszahlungen auf die Betriebskosten zu der Grundmiete hinzutreten und damit periodisch zu erbringen sind. Diese Rechtsnatur geht nicht durch die Jahresabrechnung verloren, da der Saldo zugunsten des Vermieters ebenfalls jährlich auszugleichen ist. Der Abrechnungsvorgang nach § 259 BGB selbst verfügt auch über keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert und führt lediglich die Fälligkeit des Nachzahlungsanspruchs herbei. Von daher hilft auch **§ 215 BGB dem Vermieter nicht, da § 216 Abs. 3 BGB vorrangig ist**. Damit wird dem Gläubiger nur ein begrenzter Zeitraum für die Befriedigung aus einer Sicherheit für wiederkehrende Leistungen zur Verfügung gestellt wird. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn der Gläubiger die Rückgabe der Sicherheit aufgrund der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts verweigern könnte.

Der Senat hat den Rechtsstreit zurückverwiesen, da noch festgestellt werden muss, ob der Freigabeanspruch zwischenzeitlich fällig geworden ist. Dies wäre dann der Fall, wenn die (unverjährte) Nebenkostennachforderungen für das Jahr 2009 nicht mehr bestünde. Da das Amtsgericht der Widerklage diesbezüglich in Höhe von (nur) 128,11 € rechtskräftig stattgegeben hatte, muss nun geklärt werden, ob der Kläger diese Forderung zwischenzeitlich ausgeglichen hat.

1.7. Preisgebundener Wohnraum

Zu dieser Materie sind im Berichtszeitraum keine höchstrichterlichen Entscheidungen ergangen.

2. Gewerberaummiete und Pachtrecht

Rechtsfragen aus dem Bereich des Gewerbemiet- und Pachtrechts beantwortet geschäftsplanmäßig der XII. Zivilsenat.

a)

Ein Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO befasst sich mit **den Anforderungen an die Darlegungslast bei Mietmängeln**. Der Senat hat moniert, dass das Berufungsgericht die Substantiierungslast überspannt hatte.¹⁶

Eine Partei genügt gemeinhin ihrer **Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als bestehend erscheinen zu lassen**. Da bei Mietmängeln die Minderung kraft Gesetzes eintritt, genügt es, wenn der

¹⁶ Beschluss vom 27. Juli 2016 – [XII ZR 59/14](#) – NJW-RR 2016, 1291 ff.= NZM 2016, 796 f. = ZMR 2016, 854 f.

Mieter den Mietmangel konkret umschreibt. Über eine **genaue Beschreibung der Manglerscheinung („Mangelsymptom“)** hinaus, muss der Mieter daher nicht auch zum Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung oder der Ursache des Mangelsymptoms vortragen. Dem entsprach das Verteidigungsvorbringen der Beklagten.

Werden Räume zum Betrieb einer Gaststätte vermietet, reicht die Behauptung aus, die **Lüftungsanlage sei mangelhaft**, weil es an der **Zuführung warmer Luft fehle**, nachdem die Klägerin die vorhandene **Zuluftöffnung mit einer Styroporplatte verschlossen** hatte. Dadurch sei in den Räumlichkeiten nur Abluft vorhanden gewesen, so dass Unterdruck entstanden sei. Ferner hatten sich die Beklagten auf ein Privatgutachten berufen, wonach das Lüftungssystem unzureichend dimensioniert sei. Weitere Einzelheiten können nicht verlangt werden.

Schlüssig behauptet worden ist auch die **Mangelhaftigkeit der Heizanlage**, da angegeben wurde, in **welchen Zeiträumen keine adäquaten Temperaturen** erzielt werden konnten. Einzelne Abweichungen bei den Temperaturangaben betreffen nur die Quantifizierung der Gebrauchsbeeinträchtigung und berechtigen nicht dazu, von der gebotenen Beweisaufnahme abzusehen. Im Übrigen waren die Abweichungen nur gering, so dass nicht von widersprüchlichem oder angepasstem Sachvortrag ausgegangen werden konnte.

b)

Um den **Einwand des rechtmäßigen Alterativverhaltens** rankt sich ein Urteil, in dem der Kläger – ein Betreuungsverein – einen Büroraum angemietet hatte und nunmehr Umzugskosten geltend machte. Das bestehende Mietverhältnis hatte der Kläger „fristlos zum 30. Juni 2013“ gekündigt, nachdem die zuständige Behörde Brandschutzmängel an der Außenfassade festgestellt und deshalb gegen den Kläger eine sofort

vollziehbare Nutzungsuntersagung ausgesprochen hatte. Die Revision der Beklagten hatte nur geringen Erfolg.¹⁷

Mit Recht hatte das Landgericht der Schadensersatzklage stattgegeben, da eine Mietvertragspartei nach § 280 Abs. 1 BGB haftbar ist, wenn sie **durch eine von ihr zu vertretende Vertragsverletzung die andere Partei zu einer wirksamen außerordentlichen Kündigung veranlasst**. Daneben wäre der Kündigungsschaden auch nach § 536a Abs. 1 BGB erstattungsfähig, wenn **Anlass für die Kündigung Mietmängel sind**. Der Kläger war auch nach § 543 Abs. 1 BGB zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, da es einen **wichtigen Grund für eine Beendigung** des Mietverhältnisses darstellt, wenn dem **Mieter der vertragsgemäße Gebrauch aufgrund von Mietmängeln wieder entzogen wird**. **Behördliche Gebrauchshindernisse stellen sich dabei als Mangel dar**, wenn diese Anordnungen auf der konkreten Beschaffenheit der Mietsache beruhen und den Mieter tatsächlich in seinem vertragsgemäßen Gebrauch beschränken. So verhält es sich hier, da die Stadt B. die Nutzung durch sofort vollziehbaren Bescheid untersagt hatte. Unerheblich ist, dass der Bescheid noch nicht bestandskräftig war, denn die Anordnung der aufschiebenden Wirkung hätte nur durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO wieder hergestellt werden können. Auf ein verwaltungsgerichtliches Verfahren mit ungewissem Ausgang muss sich der Mieter jedoch dann nicht einlassen, wenn die Behörde bereits eine sofortige Nutzungsuntersagung verfügt hatte, deren Anlass außerhalb der Einwirkungsmöglichkeit des Mieters liegt. Unschädlich ist ferner, dass die zwangsweise Durchsetzung der Anordnung erst für einen späteren Zeitpunkt angedroht worden war, da der **Mieter mit seiner Kündigung nicht abwarten muss, bis die Ordnungsbehörde tatsächlich unmittelbaren Zwang anwendet**. Damit unterliegen die Beklagten einer verschuldensunabhängigen Garantiehaf- tung gemäß § 536a BGB, da die Fassadendämmung bereits vor der

¹⁷ Urteil vom 02. November 2016 – [XII ZR 153/15](#) – NJW 2017, 1104 ff. = NZM 2017, 73 ff. = ZMR 2017, 36 ff.

Gebrauchsüberlassung aus brennbaren Materialien bestand und gegen bauordnungsrechtliche Brandschutzbestimmungen verstieß.

Die Beklagten sind auch zum Ersatz der notwendigen Umzugskosten verpflichtet, da sie sich **nicht auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten** und darauf, dass sie ihrerseits hätten kündigen können, **berufen können**. Hierfür ist Grundvoraussetzung, dass der **Einwand vom Schutzzweck der verletzten Norm gedeckt** ist. Daran fehlt es, da die §§ 536; 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB den Mieter davor bewahren sollen, an einem Mietverhältnis festgehalten zu werden, dessen Fortsetzung ihm unzumutbar geworden ist. Folglich wird der Mieter nicht vor sonstigen Beendigungstatbeständen geschützt, sondern kann Schadensersatz nur für den Zeitraum bis zur ersten ordentlichen Vertragsbeendigung oder des regulären Ablaufs der Vertragsdauer beanspruchen. Hiermit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Vermieter dem Schadensersatzbegehren entgegenhalten könnte, seinerseits über ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zu verfügen.

Erfolg hatte die Revision daher nur soweit das Landgericht auf die Widerklage offene Mietzinsen für den Zeitraum zwischen dem 08. und dem 30. Juni 2013 nicht zuerkannt hatte, da keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen worden waren, der Kläger habe bereits zu diesem Zeitpunkt die Mieträume nicht mehr benutzen dürfen.

c)

Mit der **Reichweite des § 566 Abs. 1 BGB** befasst sich ein Urteil, in dem hinsichtlich eines gewerblich genutzten Grundstücks dem **Mieter ein Ankaufsrecht** eingeräumt worden war. Der Senat hat eine Verpflichtung des Erwerbers zur Erfüllung des grundbuchrechtlich nicht gesicherten Ankaufsrechts verneint.¹⁸

¹⁸ Urteil vom 12. Oktober 2016 – [XII ZR 9/15](#) – MDR 2017, 79 f. = NJW 2017, 254 ff. = NZM 2017, 35 f.

Zutreffend war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass nach ständiger Rechtsprechung nur solche **Verpflichtungen von § 566 BGB erfasst** werden, die **mietrechtlicher Natur** sind oder in einem **untrennbaren Zusammenhang mit dem Mietvertrag** stehen. Entscheidend für die Abgrenzung ist dabei **der materielle Gehalt der Vertragsbestimmung**. Die Literatur will zwar teilweise darauf abstellen, ob die fragliche Bestimmung nach dem Parteiwillen Vertragsbestandteil wurde oder der Erwerber Kenntnis von der Nebenabrede hatte. Diese Rechtsauffassung bietet jedoch keinen Anlass, von der Senatsrechtsprechung abzuweichen, da **§ 566 Abs. 1 BGB als Ausnahmvorschrift eng auszulegen** ist.

Die Regelung soll den Mieter in erster Linie davor schützen, dass der Mietbesitz durch Veräußerung verloren geht. Das Bestandsinteresse des Mieters erfordert aber nicht die Überleitung anderer als mietrechtlicher Vereinbarungen auf den Erwerber. Ferner ist das Eigentumsrecht des Erwerbers in den Blick zu nehmen, das bereits durch die Einschränkung des Gebrauchsrechts belastet wird. Ein weites Gesetzesverständnis würde eine weitere Einschränkung bedingen, auf die das Bestandsinteresse des Mieters nicht angewiesen ist. Mithin ist daran festzuhalten, dass es allein auf den objektiv zu bestimmenden, materiellen Gehalt der Vertragsabrede ankommt. Im Falle eines Ankaufsrechts handelt es sich aber um ein Aliud zu einer mietrechtlichen Gestaltung, da das Mietverhältnis durch den Abschluss eines Kaufvertrages ersetzt werden soll.

3. Wohnungseigentumsrecht

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

a)

In einem Revisionsverfahren hatte die Beklagte zu 1 – eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – eine Eigentumswohnung im Wege der Zwangsversteigerung erworben, nachdem deren frühere Eigentümer wegen **Beleidigungen, Bedrohung und Körperverletzung zur Veräußerung der Wohnung nach § 18 WEG** verurteilt worden waren. Gleichwohl halten sich die Voreigentümer weiterhin in der Wohnung auf. Die **Klage, das Nutzungsverhältnis zu beenden**, war vorinstanzlich hinsichtlich aller Beklagten erfolgreich. Der Senat hat (allein) den Revisionen der Zweit- und der Drittbeklagten stattgegeben.¹⁹

Dadurch, dass das **Landgericht durch den Einzelrichter entschieden und zugleich die Revision zugelassen** hatte, ist den Beklagten nicht der gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) entzogen worden. Anders als im Beschwerdeverfahren ist **im Berufungsverfahren der Einzelrichter der gesetzliche Richter**, wenn ihm die Sache zur Entscheidung übertragen worden ist und ein Rückübertragungsgrund nach § 526 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht vorliegt. Ob dies der Fall ist, kann drittinstanzlich wegen § 526 Abs. 3 ZPO nicht geprüft werden, sofern – wofür hier Anhaltspunkte fehlen – keine Willkür vorliegt.

In der Sache selbst hatte das Landgericht hinsichtlich der Beklagten zu 1 **einen Unterlassungsanspruch aus § 15 Abs. 3 WEG** fehlerfrei bejaht, da diese pflichtwidrig handelt, indem sie die vormaligen Eigentümer in der Wohnung belässt. Das **Entziehungsurteil ist nach § 10 Abs. 4 Satz 1 WEG auch für die Erstbeklagte bindend**, wenngleich sich daraus kein Räumungsanspruch der Wohnungseigentümergeinschaft ergibt. **Allerdings verletzt der Erwerber seine Pflicht aus § 14 Nr. 1 WEG, wenn er einen früheren Eigentümer in der Wohnung belässt, dem wegen Missachtung des § 14 WEG das Wohnungseigentum entzogen worden war.** Es wäre nämlich mit Sinn und Zweck des Entziehungsver-

¹⁹ Urteil vom 18. November 2016 – [V ZR 221/15](#) – MDR 2017, 326 ff. = NZG 2017, 98 ff. = NZM 2017, 37 ff.

fahrens nicht zu vereinbaren, wenn die Hausgemeinschaft mit einem früheren Wohnungseigentümer fortgesetzt werden müsste, dessen Anwesenheit den anderen Miteigentümern unzumutbar ist. Folglich ergibt sich dann aus § 15 Abs. 3 WEG die Verpflichtung des Erstehers, den Besitz zu entziehen, wobei es allerdings dessen Sache ist, welche Maßnahmen er dazu ergreift. In dieser Hinsicht war die Klägerin auch nicht gehalten, erneut Entziehungsklage zu erheben, da sich die vorliegende Unterlassungsklage als das mildere Mittel darstellt.

Allerdings besteht **keine Unterlassungsanspruch gegenüber den Beklagten zu 2 und zu 3**, da diese als Gesellschafter nicht passivlegitimiert sind. § 128 HGB ist in Bezug auf Unterlassungspflichten nicht entsprechend anwendbar. § 1004 Abs. 1 BGB ist deshalb nicht einschlägig, weil nicht jede Verletzung des § 14 Nr. 1 WEG zwangsläufig auch eine (aktuelle) Eigentumsverletzung darstellt.

b)

In einem weiteren Revisionsverfahren hatte der Beklagte, der Eigentümer einer Penthouse-Wohnung ist, die **vorhandene Bebauung des in seinem Eigentum stehenden Dachgartens ersetzt**, nachdem im Rahmen einer Dachsanierung die vorhandene Gestaltung entfernt worden war. Da der Beklagte die erforderliche Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer nicht eingeholt hatte, hat ihn der Kläger vorinstanzlich erfolgreich auf Rückbau in Anspruch genommen. Der V. Zivilsenat hat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben, da es keine ausreichenden Feststellungen getroffen hatte.²⁰

Zwar kann ein nach **§ 14 Abs. 1 WEG nicht hinzunehmender Nachteil** gegeben sein, wenn **bauliche Veränderungen am Sondereigentum** vorgenommen werden, die **auf den optischen Gesamteindruck des Gebäudes ausstrahlen** und diesen **erheblich verändern**. Diese Annah-

²⁰ Urteil vom 18. November 2016 – [V ZR 49/16](#) – zit. nach juris.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

me ist zwar nur eingeschränkt revisibel; allerdings hatte das Berufungsgesicht **Bezugspunkt und Maßstab für diese wertende Betrachtung** verkannt. Diesbezüglich wurde allein auf die in Form und Farbe abweichende Neugestaltung des Dachvorbaus abgestellt, sowie darauf, dass dieser von der Straße aus deutlich zu erkennen ist. Diese Überlegung greift zu kurz, da sie allein ein einzelnes Bauteil, aber nicht den Gesamteindruck des Gebäudes in den Blick nimmt. Damit war auch der anzulegende Maßstab falsch gewählt, denn ob eine erhebliche Abweichung vorliegt, kann ebenfalls nur anhand des Gesamteindrucks ermittelt werden.

Der Senat hat für das weitere Verfahren noch folgende Hinweise erteilt: Der anzustellende Vorher-Nachher-Vergleich wird auch andere Baumaßnahmen von Miteigentümern zu berücksichtigen haben, die vor der Dachsanierung vorgenommen wurden. Zu beachten ist ferner, dass die Neugestaltung deshalb erforderlich wurde, weil die Wohnungseigentümer die Sanierung des Daches beschlossen hatten. Zu berücksichtigen ist zudem, welche Bedeutung das Bauteil für den Gesamteindruck genießt und welche konstruktiven Gestaltungsmöglichkeiten überhaupt bei der Ersetzung des Dachvorbaus bestanden.

Sollte sich sodann eine erhebliche bauliche Veränderung ergeben, wird es darauf ankommen, ob nicht eine Modernisierung oder eine modernisierende Instandsetzung vorlag, die entsprechend § 22 Abs. 2 und Abs. 3 WEG mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit beschlossen werden können. Diese Vorschriften sind analog anwendbar, da sich im Falle einer Umgestaltung des Sondereigentums die Problematik einer erheblichen Veränderung des optischen Eindrucks ebenso stellen kann, wie bei Arbeiten am Gemeinschaftseigentum. Die erforderliche Zustimmung kann auch nicht durch den Verwalter ersetzt werden, denn der Teilungserklärung kann eine entsprechende Ersetzungsbefugnis nicht entnommen werden. Sollte der Beklagte auf eine Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer angewiesen sein, wird dem durch die Verfahrensgestaltung

Rechnung zu tragen sein, um die Einholung des erforderlichen Beschlusses vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung zu ermöglichen.

c)

Schadensersatzansprüche hatte ein klagender Wohnungseigentümer aufgrund eines **Wasserschadens geltend gemacht, nachdem eine warmwasserführende Leitung in seinem Anwesen gebrochen** war. Jene Leitung ist Teil der gemeinsamen, außerhalb gelegenen Heizanlage und führt durch die Zwischendecke des im Sondereigentum des Klägers stehenden Wohnhauses. Der Kläger hat die Reparatur des Rohrbruchs durch ein Unternehmen veranlasst und die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft auf Ersatz für Malerarbeiten, die er in Eigenregie ausgeführt hatte, in Anspruch genommen. Hierzu hatte er sich auf den Kostenvoranschlag eines Malerbetriebs gestützt. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.²¹

Schuldner eines **Schadensersatzanspruchs nach § 14 Nr. 4 WEG ist zwar der beklagte Verband**. Die Wasserleitung zählt als Teil eines **einheitlichen Versorgungsnetzes auch zum Gemeinschaftseigentum**, da es für die dingliche Zuordnung unerheblich ist, wenn die **Zuleitung nur der Versorgung einer einzelnen Sondereigentumseinheit** dient (§ 5 Abs. 2 WEG). Anders wäre dies allenfalls dann, wenn – woran es hier fehlt – sich eine Absperrvorrichtung im räumlichen Bereich des Sondereigentums befinden würde. Die beschädigte Zwischendecke stand mangels tragender Funktion dagegen im Sondereigentum des Klägers (§ 5 Abs. 1 WEG).

Zu Recht war das Berufungsgericht auch noch davon ausgegangen, dass **die Teilungserklärung der Anwendung des § 14 Nr. 4 WEG nicht entgegensteht**. Das Auslegungsergebnis, mit § 4 der Teilungserklärung sei die Reparatur nicht dem Kläger zugewiesen worden, ist von Rechts

²¹ Urteil vom 09. Dezember 2016 – [V ZR 124/16](#) – Grundeigentum 2017, 427 ff. = MDR 2017, 449 f. = WuM 2017, 224 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

wegen nicht zu beanstanden. Der Wortlaut der Teilungserklärung bezieht sich allein auf Instandhaltungsmaßnahmen und schweigt sich zur Instandsetzung aus. Da sich die Wiederherstellung einer gebrochenen Rohrleitung jedoch als Instandsetzung darstellt, ist diese Aufgabe im Zweifel bei der Gemeinschaft verblieben.

Keine belastbaren Feststellungen hatte das Vordergericht indes zur Kausalität getroffen. Nach § 14 Nr. 4 WEG kann nämlich nur **der Schaden begehrt werden, der durch eine Reparatur am Sondereigentum** ausgelöst wurde. Kein Anspruch besteht jedoch für solche Schäden, die der Mangel des Gemeinschaftseigentums selbst verursacht hatte. Mithin wird das Berufungsgericht noch zu klären haben, ob die Zwischendecke durch deren reparaturbedingtes Öffnen beschädigt wurde oder bereits zuvor nässebedingt durchweicht war. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt dabei beim Kläger.

Der Senat hat weitere Hinweise erteilt:

Der vom Kläger **vorgelegte Kostenvoranschlag ist ausreichend**, da er seine Eigenleistungen – entsprechend § 249 BGB – fiktiv anhand des Nettobetrages eines Fachbetriebs berechnen kann. Zur Angemessenheit der Kosten wird ggf. Beweis zu erheben sein, weil die Beklagte diese mit Nichtwissen bestreiten durfte. Eine Pflicht, eigene Ermittlungen anzustellen, begründet § 138 Abs. 4 ZPO nämlich nur, soweit der eigene Geschäfts- und Arbeitsbereich betroffen ist.

d)

Beschlussanfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklagen bildeten den Gegenstand folgender Entscheidungen:

aa)

Einem Verfahren lag eine vorinstanzlich erfolgreiche Beschlussanfechtungsklage zugrunde, mit der sich die Klägerin gegen Beschlüsse wandte,

mit denen **anfallende Sanierungskosten sowie der Abgeltungsbetrag für einen fehlenden Stellplatz anteilig auf die Miteigentümer umgelegt** wurden. Die Revision des Beklagten war weit überwiegend erfolgreich.²²

Hinsichtlich der **Sanierungskosten entspricht der angefochtene Beschluss ordnungsgemäßer Verwaltung** soweit er sich auf das **Gemeinschaftseigentum bezieht**, während er hinsichtlich des **Sondereigentums nach § 139 BGB nichtig** ist. Bei der im Eigentum des Beklagten stehenden Wohnung Nr. 3 handelt es sich um **Sonder- und nicht** – wie das Landgericht gemeint hatte – um **Teileigentum**, da diese Einheit im Teilungsvertrag unmissverständlich als Sondereigentum bezeichnet worden ist und die im Aufteilungsplan fehlende Bezeichnung von „Küche“ und „Bad“ keine andere Zweckbestimmung andeutet. Zudem wäre eine Nutzungsangabe des Architekten unverbindlich und ein etwaiger Widerspruch durch den Vorrang der Teilungserklärung zu lösen. Gemessen daran war der Beschluss nur insofern nichtig, als er sich auf das Sondereigentum bezog, denn die für die Erlangung der bauordnungsrechtlichen Genehmigung notwendigen Kosten hinsichtlich des Einbaus einer Toilette und eines Bades hat der Beklagte allein zu tragen. Dies schließt auch die Kosten ein, die durch die Ermittlung des Herstellungsaufwandes entstehen, weshalb es insoweit **insgesamt an der Beschlusskompetenz** fehlte. Ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht der Beschluss jedoch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums, da die Wohnungseigentümer darauf entfallende Kosten gemäß § 16 Abs. 2 WEG entsprechend ihrer Eigentumsanteile zu tragen haben. Dies gilt erst Recht, wenn die **Sanierung erforderlich wird, um öffentlich-rechtlichen Anforderungen für die Nutzung zu Wohnzwecken** zu genügen. Damit kann der Beschluss nach § 139 BGB teilweise aufrechterhalten werden.

Hinsichtlich des Stellplatzes ist gleichfalls § 16 Abs. 2 WEG einschlägig, denn der **Ablösebetrag wird erforderlich, um öffentlich-rechtlichen**

²² Urteil vom 09. Dezember 2016 – [V ZR 84/16](#) – NZM 2017, 224 ff. = WuM 2017, 170 ff. = ZMR 2017, 317 ff.

Anforderungen zu genügen. Wie der Senat bereits entschieden hat, handelt es sich dabei um Kosten für die **erstmalige Herstellung von Gemeinschaftseigentum**, die von den Miteigentümern zu tragen sind, wenn der Bauträger bei der Errichtung des Gebäudes von der Baugenehmigung abgewichen ist. Für eine Aufteilung nach § 3 WEG gilt nichts anderes.

bb)

Um die **Beschlussfassung einer Eigentümerversammlung**, die **unterbrochen** wurde, damit sich Miteigentümer mit ihrem Prozessbevollmächtigten hinsichtlich eines anhängigen Beschlussanfechtungsverfahrens besprechen konnten, wurde in einem weiteren Verfahren gestritten. Die Kläger, die jenes Verfahren anhängig gemacht und erstinstanzlich obsiegt hatten, wurden deshalb des Saales verwiesen. In deren Abwesenheit wurde sodann der hier angefochtene Beschluss gefasst, die Verwalterin erneut zu bestellen. Die Klage war vorinstanzlich ohne Erfolg, weil die **unfaire Versammlungsleitung erst in der Berufungsinstanz gerügt worden war und für einen Nichtigkeitsgrund nicht ausreicht**. Dem ist der Senat beigetreten.²³

Die Revision ist nur zulässig, soweit sie sich darauf beruft, die Kläger seien in ihren Mitgliedschaftsrechten verletzt worden. Die weiter behauptete Missachtung des Gebots einer ordnungsmäßigen Verwaltung stellt einen eigenständigen und abgrenzbaren Beschlussmangel dar, auf den sich die Zulassungsentscheidung des Landgerichts nicht erstreckt.

Soweit die Revision zulässig ist, ist sie **mangels Nichtigkeit des Beschlusses** unbegründet. Anders als das Landgericht gemeint hatte, zählt der Ausschluss von einem Mandantengespräch allerdings nicht bereits zum Inhalt des Teilnahmerechts eines Miteigentümers. Da die Versammlung zu diesem Zweck formal unterbrochen worden war, kommt es allein

²³ Urteil vom 08. Juli 2016 – [V ZR 261/15](#) – MDR 2016, 1441 f. = NJW 2017, 666 f. = NZM 2017, 95 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

darauf an, ob die **Entscheidung über die Unterbrechung ermessensfehlerfrei** war.

Allerdings liegt in dieser Hinsicht ein **Ermessensfehlergebrauch der Verwaltung** vor. Das Interesse der Wohnungseigentümer an der Durchführung einer ordnungsgemäßen Versammlung erfordert es nicht, ein **Mandantengespräch mit der Durchführung einer Eigentümerversammlung zeitlich zusammenzulegen**. Das an sich aner kennenswerte Interesse der Miteigentümer an anwaltlicher Beratung kann nur dann erheblich sein, wenn sich der **Beratungsbedarf aus dem Gang der Eigentümerversammlung selbst** ergibt. Im Streitfall stand indes die Diskussion über das anhängige Verfahren auf der Tagesordnung und die Verwalterin hatte den Prozessbevollmächtigten in den Saal gebeten. Darin liegt nicht nur eine Verletzung deren Neutralitätspflicht, sondern die **Unterbrechung hätte auch nur zeitlich begrenzt** ausgesprochen werden dürfen. Allerdings stellt selbst die rechtmisbräuchliche Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung noch keinen Nichtigkeitsgrund dar und der entscheidende Anfechtungsgrund wurde verspätet geltend gemacht.

cc)

Einer nach Ablauf der Anfechtungsfrist erhobenen Nichtigkeitsklage lagen Beschlüsse der Wohnungseigentümer zugrunde, mit denen zwei Miteigentümern gestattet worden war, ihre **Terrassen, an denen Sondernutzungsrechte bestellt worden waren, auf eigene Kosten umzugestalten**. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Klagabweisung.²⁴

Zutreffend hatte das Berufungsgericht allerdings noch angenommen, dass mit den angefochtenen Beschlüssen die **Sondernutzungsrechte nicht geändert** wurden. Die Auslegung der Teilungserklärung, die der Senat selbst vornehmen kann, ergibt, dass weder der räumliche Zuschnitt noch

²⁴ Urteil vom 28. Oktober 2016 – [V ZR 91/16](#) – NJW 2017, 1167 ff. = WuM 2017, 168 ff. = ZMR 2017, 2656 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

der Zweck des Nutzungsrechts geregelt worden waren und eine inhaltliche Beschränkung nicht beabsichtigt war.

Auch § 22 Abs. 1 WEG ist nicht verletzt worden, da die Beschlüsse hinsichtlich der **baulichen Veränderung im förmlichen Beschlussverfahren entweder einstimmig** gefasst worden waren oder hinsichtlich des Mehrheitsbeschlusses **die fehlende Zustimmung eines Wohnungseigentümers nur zu dessen Anfechtbarkeit** führen könnte. Zutreffend ist dann auch die vereinbarte **Kostentragung hinsichtlich der Herstellungskosten**, da die Beschlüsse nur deklaratorischer Natur sind, wenn die baulichen Maßnahmen vom Zuweisungsgehalt des Sondernutzungsrechts gedeckt sind. Im anderen Falle durften sich die Miteigentümer gegen Kosten verwahren, die allein im Interesse der Sondernutzungsberechtigten notwendig werden.

Zu Unrecht war das Landgericht jedoch davon ausgegangen, dass der **Eigentümergeinschaft die Beschlusskompetenz dafür gefehlt habe, den Sondereigentümern auch die Instandhaltungskosten** aufzuerlegen, denn die Wohnungseigentümer können durch Vereinbarung eine von §§ 21 Abs. 5 Nr. 2; 16 Abs. 2 WEG abweichende Regelung treffen. Ist danach einem **Sondereigentümer in der Gemeinschaftsordnung eine Instandsetzungs- und Instandhaltungspflicht** auferlegt worden, hat er im **Zweifel auch die dafür erforderlichen Kosten zu tragen**. Eine entsprechende Regelung enthält hier aber der Teilungsvertrag, da er in § 7 Abs. 1 Satz 2 die Kostentragung der Sondernutzungsberechtigten vorsieht und diese Regelung auch nicht hinsichtlich bereits vorhandener oder erst später zu errichtender Anlagen unterscheidet. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es vielmehr, Nutzungsberechtigung und Instandhaltungslast deckungsgleich zu regeln. Damit stellt sich die Frage nach der Beschlusskompetenz nicht, da die Beschlüsse auch insoweit nur deklaratorischer Natur sind.

e)

Um **Versicherungsleistungen** wurde in einem Fall gestritten, in dem die **beklagte Eigentümergeinschaft eine Gebäudeversicherung für die Wohnanlage** abgeschlossen hatte. Der Hobbyraum der Kläger hatte dabei einen Wasserschaden erlitten, bevor diesen das Wohneigentum von ihrer Mutter übertragen worden war. Gegenüber dem Auszahlungsanspruch der Mutter hatte der Verwalter mit rückständigen Hausgeldansprüchen aufgerechnet. Die Klage auf Auszahlung der von der Beklagten vereinnahmten Versicherungsleistungen an die Kläger war auch drittinstanzlich ohne Erfolg.²⁵

Im Ausgangspunkt handelt es sich um eine **Versicherung auf fremde Rechnung (§ 43 Abs. 1 VVG)**, weshalb **Versicherungsnehmer die Eigentümergeinschaft und Versicherter der einzelne Eigentümer** ist. Dem Grunde nach korrespondiert damit auch ein Freigabeanspruch des Versicherten gegenüber dem Versicherungsnehmer, da der Wasserschaden allein das Sondereigentum der Kläger betraf. Allerdings war dieser Anspruch nicht auf die Kläger übergegangen, sondern bei deren übertragender Mutter verblieben.

Nach § 95 Abs. 1 VVG tritt ein Erwerber nur insoweit in ein **bestehendes Versicherungsverhältnis ein, als sich Rechte und Pflichten daraus während der Dauer seiner Eigentums „ergeben“**. Gemeint ist damit aber der Eintritt des Versicherungsfalles und nicht erst der Zeitpunkt, zu dem der Versicherungsanspruch fällig (§ 14 VVG) wird. Entstanden ist der Anspruch aber bereits mit dem Auftreten des Wasserschadens und nicht erst mit dem Abschluss der Reparaturarbeiten. Unerheblich ist daher, dass der Versicherer Trocknungskosten ersetzt hatte und diese Arbeiten sich hinzogen. Der gewährte Nutzungsausfall würde den Klägern zwar zustehen, sofern er sich auch auf Zeiträume nach deren Eintragung im

²⁵ Urteil vom 16. September 2016 – [V ZR 29/16](#) – MDR 2016, 1333 f. = NZM 2017, 40 ff. = VersR 2016, 1564 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Grundbuch bezog. Insoweit hatte der Versicherer aber keinen Ausgleich geleistet.

f)

Um den **Umfang eines Sondernutzungsrechts** wurde in einem Verfahren gestritten, in dem die Nutzung von angrenzenden Gartenflächen den jeweiligen Sondereigentümern ausschließlich zugewiesen worden war. Die veräußernde Bauträgerin hatte dabei in der **Teilungsanordnung bestimmt, dass sich die Nutzung der Gartenflächen aus dem Aufteilungsplan ergebe**. Diesen als Lageplan bezeichneten Aufteilungsplan hat die Bauträgerin **nachträglich geändert und die den Klägern zugewiesene Gartenfläche kleiner gestaltet**. Im Grundbuch ist gleichwohl am 17. August 2006 die Eintragung entsprechend dem ursprünglichen Aufteilungsplan erfolgt, da der geänderte Lageplan erst im Jahre 2013 eingereicht wurde. Die Kläger, die als Sondereigentümer im Jahre 2007 eingetragen wurden, sind der Ansicht, dass ihnen das Sondernutzungsrecht im ursprünglichen Umfang zustehe. Dem ist der Senat nicht gefolgt und hat die klagabweisende Entscheidung des Landgerichts bestätigt.²⁶

Ansprüche der Kläger aus §§ 985; 1004 Abs.1 BGB scheitern daran, dass den Klägerin das **Sondernutzungsrecht nur im verringertem Umfang übertragen worden war und ihnen auch § 891 BGB nicht hilft**. Das Sondernutzungsrecht ist nach § 8 Abs. 2 WEG zwar im ursprünglichen Umfang entstanden, da die Auslegung der Teilungserklärung ergibt, dass mit dem Vorbehalt eines „Nachtrags“ die Bauträgerin nur eine Änderung des Lageplans beabsichtigt hatte und damit bereits der erste Lageplan verbindlich gewollt war. Die Einreichung des modifizierten Lageplans vermochte das damit entstandene Sondernutzungsrecht nicht mehr abzuändern, da die Bauträgerin im Jahre 2013 nicht mehr Sondereigentümerin war.

²⁶ Urteil vom 21. Oktober 2016 – [V ZR 78/16](#) – Grundeigentum 2017, 360 ff. = MDR 2017, 388 f. = WuM 2017, 163 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Allerdings haben die Kläger das Sondernutzungsrecht nicht in diesem Umfang erworben, denn eine auf § 891 BGB basierende Vermutung haben die Beklagten widerlegt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lag den **Kaufvertragsverhandlungen der geänderte Lageplan zugrunde**; angesichts dessen ist das Auslegungsergebnis, nur eine geringere Ausübungsfläche sei übereignet worden, nicht zu beanstanden. Die in der **notariellen Kaufvertragsurkunde enthaltene Bezugnahme auf den Teilungsplan meint zwar den ursprünglichen Lageplan**. Dieser Wortsinn ändert aber nichts daran, dass auch bei **formgebundenen Erklärungen das wirklich Gewollte und nicht eine versehentliche Falschbezeichnung** (falsa demonstratio) gilt, während es auf eine Andeutung des wahren Parteiwillens in der notariellen Urkunde nicht ankommt. Zu diesem Zeitpunkt durfte die Bauträgerin die Teilungserklärung und das Sondernutzungsrecht auch noch einseitig abändern, da sie erst nach der Entstehung der werdenden Eigentümergemeinschaft daran gehindert gewesen wäre. Auch die Vorgaben des WEG stehen dem nicht entgegen, da es lediglich um die Verkleinerung einer Sondernutzungsfläche und nicht die isolierte Begründung eines Sondernutzungsrechts geht, weshalb die streitige Teilfläche weiterhin im Sondereigentum der Verkäuferin steht. Auch aus § 15 Abs. 3 WEG ergibt sich kein Anspruch der Kläger, da sie an der begehrten **Gebrauchsüberlassung nach § 242 BGB** gehindert sind. Nach der Rechtsprechung des Senats besteht eine **Mitwirkungspflicht der Wohnungseigentümer, wenn die Teilungsanordnung der dinglichen Rechtslage** anzupassen ist. So verhält es sich hier, da die Kläger nur eine geringe Nutzungsfläche erworben haben, während dem Grundbuch noch der ursprüngliche Teilungsplan zugrunde liegt. Da die Kläger danach verpflichtet sind, an der erforderlichen Änderung mitzuwirken, fordern sie eine Nutzung, die sie wieder aufzugeben haben.

4.

Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Diese Rechtsgebiete fallen in die Zuständigkeit verschiedener Zivilsenate des Bundesgerichtshofs.

a) Maklerrecht

Für das Maklerrecht ist neuerdings der I. Zivilsenat zuständig.

aa)

In zwei Entscheidungen vom gleichen Tag ging es um **den Widerruf von Maklerverträgen, die über ein Internetportal („Immobilienscout24“) zustande** gekommen waren. Der Senat hat diese umstrittene Frage bejaht.²⁷

Ein Maklervertrag war allerdings durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen, da dem Beklagten ein Exposé per E-Mail übermittelt worden war, in dem unmissverständlich auf die Courtagepflicht hingewiesen wurde. Dieses Angebot ist vom Beklagten durch die fernmündliche Vereinbarung eines Besichtigungstermins angenommen worden.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts konnte der Beklagte diesen im **Wege des Fernabsatzes geschlossenen Maklervertrag auch nach §§ 312b bis 312e, 355 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung** widerrufen, da nicht nur ein **Maklerdienst-, sondern auch ein Nachweis- oder Vermittlungsmaklervertrag § 312b BGB a.F.** unterfällt. Der Begriff der Dienstleistung ist dabei weit auszulegen, da der Wortlaut weder einen Dienstvertrag i.S.d. § 611 Abs. 1 BGB noch einen gegenseitigen Vertrag voraussetzt. Auch die Entstehungsgeschichte

²⁷ Urteile vom 07. Juli 2016 – [I ZR 30/15](#) – MDR 2017, 200 ff. = NJW 2017, 1024 ff. = NZM 2017, 127 ff. sowie – I ZR 68/15 – nur bei juris.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

spricht für ein weites Verständnis, wengleich die Richtlinie 97/7/EG, deren Umsetzung § 312b BGB a.F. diene, den Begriff der Dienstleistung nicht definiert. Nachdem der Senat aber bereits entscheiden hat, dass es sich bei der Tätigkeit eines Maklers um eine Dienstleistung i.S. von Art. 5 Nr. 1 Brüssel-I-VO handelt, gilt für § 312b BGB a.F. nichts anderes. Dies folgt auch aus der die Richtlinie 97/7/EG ersetzenden Richtlinie Nr. 2011/83/EU, die Verträge mit Immobilienmaklern unter diese Richtlinie fallen lässt. Ferner spricht dafür die systematische Auslegung, da nach § 312b Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 BGB a.F. Verträge über die Vermittlung von Urlaubsprodukten oder mit Versicherungsvermittlern vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind. Diese Ausnahmen wären entbehrlich, wenn Maklerverträge bereits generell nicht widerrufen werden könnten. Auch Sinn und Zweck der Verbraucherschützenden Bestimmung sind erfüllt, da das Widerrufsrecht daran anknüpft, dass der Verbraucher die Ware vor Vertragsschluss nicht in Augenschein nehmen oder sich keine Kenntnis von den Eigenschaften der Dienstleistung verschaffen kann. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Maklerkunde erst nach Abschluss des notariell zu beurkundenden Hauptvertrages zur Zahlung verpflichtet ist, da die Richtlinie 97/7/EG nur einen Mindestschutz zur Verfügung stellt und es nicht darum geht, den Verbraucher beim Immobilienkauf zu schützen. Zudem sind die einem Makler zustehenden Gebühren regelmäßig deutlich höher als beim Kauf von Waren des täglichen Bedarfs.

Der Maklervertrag ist auch im **Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems** geschlossen worden, da in diesem Zusammenhang keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Nicht ausreichend wäre es lediglich, wenn Verträge nur ausnahmsweise oder gelegentlich unter dem Einsatz von Fernkommunikationsmitteln zustande kommen. Davon kann keine Rede sein, wenn ein Makler sich eines Internetportals zum Zweck der Kundenwerbung bedient. Ebenfalls unerheblich ist, dass die Durchführung des Maklervertrages noch eines persönlichen Kontaktes bedarf, weil die Gefahr einer Fehlentscheidung bereits bei Vertragsschluss besteht und eine nachträgliche

Besichtigung diese Gefahr nicht zu beseitigen vermag. Der Widerruf ist dann auch fristgemäß ausgeübt worden, da der Beklagte nicht belehrt worden war (§ 355 Abs. 4 Satz 3 BGB a.F.) und zudem auch nach der Übergangsregel des Art. 229 § 32 Abs. 3 Nr. 3 EGBGB der Widerruf vor dem Stichtag des 13. Juni 2014 erklärt worden ist.

Die Klage ist auch nicht unter dem **Gesichtspunkt des Wertersatzes** begründet, da ein entsprechender Anspruch nach § 312e Abs. 2 BGB a.F. nur in Betracht kommt, wenn – woran es fehlt – der Verbraucher über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist und der Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist einvernehmlich mit der Ausführung der Dienstleistung begonnen hat. Dementsprechend kommen auch keine Bereicherungsansprüche (§§ 812; 818 BGB) oder ein Anspruch aus § 354 Abs. 1 HGB in Betracht.

Eine Vorlage an den EuGH nach Art 267 AEUV ist nicht erforderlich, da die Bereichsausnahme in Art. 3 Abs. 1 4. Spiegelstrich der Richtlinie 97/7/EG vorliegend nicht einschlägig ist und dieses Auslegungsergebnis keinen vernünftigen Zweifeln begegnet. Die Frage nach dem Bestehen eines Wertersatzanspruchs berührt dagegen allein nationales Recht.

bb)

Mit einem Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO hat der Senat einer Nichtzulassungsbeschwerde insoweit statt gegeben, als die Beklagten zu 3 und 4 vorinstanzlich erfolglos eine (Dritt)Widerklage erhoben hatten, mit der sie Schadensersatz wegen fehlerhafter Angaben begehrt hatten.²⁸

Das Berufungsgericht hatte in Bezug auf den Gegenstand der Widerklage gehörswidrig entschieden, da es mit der gegebenen Begründung nicht von einer Beweisaufnahme absehen durfte. Schlüssig war das Vorbringen bereits deshalb, weil **eine Partei nicht gehindert ist, ihren Sachvortrag**

²⁸ Beschluss vom 10. November 2016 – [I ZR 235/15](#) – Grundeigentum 2017, 349 f. = WuM 2017, 48 ff.

zu ergänzen, zu ändern oder zu berichtigen. Etwaige Widersprüche können daher allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, weshalb der Verzicht auf eine Beweiserhebung auf eine unzulässige, vorweggenommene Beweisantizipation hinausläuft. Gemessen daran war der Widerklagevortrag auch nachvollziehbar, da sich die Beklagten zu 3 und 4 darauf berufen hatten, dass die für die Klägerin tätige Drittwiderbeklagte den Zustand der Rohrleitung in einer der angebotenen Doppelhaushälften anlässlich der Besichtigungen unzutreffend als nicht erneuert bezeichnet sowie die erzielbare Miete zu gering geschildert hatte. In Kenntnis der wahren Sachlage wäre aber die vormalige Beklagte zu 1 bereit gewesen, beide Doppelhaushälften zu einem um 20% höheren Kaufpreis zu erwerben. Zu einem entsprechenden Vertragsschluss ist es dann auch gekommen, nachdem die Beklagten zu 3 und 4 den Maklervertrag gekündigt hatten und die Verhandlungen mit der Beklagten zu 1 selbst geführt haben.

Diese Gehörsverletzung ist auch entscheidungserheblich, weil ein Makler seine Prüfungspflichten verletzt, wenn er gegenüber **seinem Auftraggeber das Objekt mit unrichtigen, für die Vermarktung einer Immobilie wesentlichen Informationen bewirbt.** Stehen ihm keine hinreichend sicheren Informationen zur Verfügung, muss er jedenfalls diesen Umstand offenbaren. Diese Pflicht besteht auch **hinsichtlich der Verkäuferseite, wenn er berechtigterweise auch für diese tätig wird.** Den Widerklägern wären daher die begehrten Finanzierungskosten erspart geblieben, wenn der Kaufvertrag früher geschlossen worden wäre.

b) Nachbarrecht

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

c) Grundzüge des Immobilienrechts

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

aa)

In einem Streitfall hatte der Beklagte ein Restaurant vermietet, das während der **Mietzeit mit einem Wintergarten nebst Belüftungsanlage ausgestattet** worden war. Die Klägerin beansprucht dessen Herausgabe mit der Behauptung, wegen offener Forderungen aus Lebensmittellieferungen habe ihr die vormalige Mieterin **den Wintergarten zur Sicherheit übereignet**. Das Landgericht hatte die Klage als unzulässig abgewiesen, während das Oberlandesgericht die Berufung durch Beschluss zurückgewiesen hat. Der Senat hat der Revision der Klägerin stattgegeben.²⁹

Allerdings durfte das Berufungsgericht durch **Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO entscheiden**, obwohl es – anders als das Eingangsgericht – gemeint hatte, die **Klage sei zwar zulässig, aber in der Sache un begründet**. In diesem Fall muss zwar gesondert geprüft werden, ob nicht aufgrund des **Gebots der prozessualen Fairness ein Bedürfnis für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung** besteht. Diese Frage hilft der Revision indes nicht, da es reine Förmerei wäre, wenn das Verfahren allein zum Zweck der Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückverwiesen würde.

Dem angefochtenen Beschluss kann aber aus Sachgründen nicht gefolgt werden. Zwar trifft es noch zu, dass der **Wintergarten wesentlicher Bestandteil** des Grundstücks wurde, da er das Gebäude nach Außen abschloss und damit nach der Verkehrsanschauung dessen Fertigstellung diente (§ 94 Abs. 2 BGB). Ob eine feste Verbindung bestand, ist dafür unerheblich. Nicht ausreichend geprüft wurde jedoch, ob nicht ein

²⁹ Versäumnisurteil vom 23. September 2016 – [V ZR 110/15](#) – zit. nach juris.

Scheinbestandteil i.S.d. § 95 Abs. 1 BGB vorliegt, da nicht festgestellt wurde, ob die Mieterin oder der beklagte Eigentümer den Einbau veranlasst hatte. **Bringt ein Mieter einen wesentlichen Bestandteil in ein Grundstück ein**, streitet **eine tatsächliche Vermutung dafür, dass dieser nur einem vorübergehenden Zweck dient**. Die Beweislast für den Ausnahmetatbestand des § 95 Abs. 1 BGB trägt allerdings die Klägerin. Sollte die Klägerin diesen Beweis führen können, könnte der Beklagte diese Vermutung jedoch erschüttern, wenn er vorträgt und ggf. beweist, der Anbau solle nach dem Willen der Mieterin bei Vertragsende in das Eigentum des Vermieters übergehen.

bb)

Um ein **Altlastengrundstück** rankt sich ein Streitfall, in dem die Klägerin aus dem **Bundeseisenbahnsondervermögen ein ehemaliges Bahnbetriebsgrundstück**, das später an einen Schrotthändler vermietet worden war, erworben hatte. Der Annahme des Oberlandesgerichts, das einen Sachmangel verneint hatte, ist der V. Zivilsenat nicht gefolgt.³⁰

Zutreffend ist allein, dass die vorhandene Kontamination keine Ansprüche der Klägerin begründet, da insoweit der vereinbarte Gewährleistungsausschluss greift. Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz jedoch, soweit sie meint, auch die **frühere Nutzung als Bahnbetriebsgelände stelle keinen Sachmangel** dar. Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Verkäufer eines Industriegeländes dessen **Nutzung zu offenbaren, wenn damit die Gefahr von erheblichen Bodenverunreinigungen verbunden** ist. Dies ist nach dem Klagevortrag nicht auszuschließen, da mit dem jahrzehntelangen und intensiven Fahr-, Verlade- und Abstellbetrieb die Gefahr des Einsickerns von Schadstoffen in den Boden bestand, was der fachkundigen Verkäuferin bekannt war. Diesem Vorbringen hätte das Berufungsgericht durch die Erhebung des angebotenen Sachverständigenbeweises auch nachgehen müssen. Dessen Wertung, eine noch heute

³⁰ Urteil vom 08. Juli 2016 – [V ZR 35/15](#) – MDR 2017, 144 f. = ZIP 2017, 380 ff. = ZNotP 2016, 232 ff.

vorhandene Kontamination sei nicht naheliegend, erschöpft sich in einer reinen Mutmaßung und lässt die erforderliche eigene Sachkunde nicht erkennen.

Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig, da mit der gegebenen Begründung auch **nicht die Kausalität eines (arglistigen) Verschweigens verneint** werden kann. Die Annahme, der Klägerin sei die frühere Nutzung des Geländes zurechenbar bekannt gewesen, wäre allenfalls in Bezug auf § 442 Abs. 1 BGB erheblich. In dieser Hinsicht musste aber auch die Gefahr von Kontaminationen bekannt gewesen sein, wofür die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast trägt. Auf § 444 BGB, der lediglich die Wirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses regelt, kommt es in diesem Kontext dagegen nicht an.

Der Senat hat noch folgenden Hinweis erteilt:

Sollte das Berufungsgericht aufgrund der nachzuholenden Beweisaufnahme die Mangelhaftigkeit des Grundstücks feststellen, wird es sich erneut mit § 444 BGB befassen müssen, da eine etwaige Gutgläubigkeit der Annahme von Arglist entgegenstehen kann. Dabei wird auch die Rechtsprechung zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen zu beachten sein. Sollte die Beklagte jedoch einwenden, in Bezug auf eine entfallene Aufklärungspflicht gutgläubig gewesen sein, müsste sie dazu konkret aufzeigen, worauf ein behauptetes Vorwissen der Käuferseite beruht.

cc)

Fortgeführt hat der Senat ferner seine Judikatur zur **Vertretungsmacht von Bürgermeistern einer Gemeinde**. Danach ist auch im **Freistaat**

Bayern diese Vertretungsmacht davon unabhängig, ob der Gemeinderat dessen Handeln zuvor gebilligt hat.³¹

Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass die kommunalrechtliche Vertretungsbefugnis des Organs einer Gebietskörperschaft im Außenverhältnis unbeschränkt und von der Beschlussfassung der Gemeindevertretung unabhängig ist. Entgegen der – in Bayern – überwiegend vertretenen Auffassung gilt in diesem Bundesland nichts anderes, da sich weder der systematischen noch der historischen Auslegung der dortigen Gemeindeordnung Anhaltspunkte für eine gegenteilige Sichtweise entnehmen lassen. Das dualistische Prinzip entspricht zudem allgemeinen Prinzipien des Kommunalrechts; den Grundbuchämtern wäre es auch nicht zumutbar, jeweils Einzelfallprüfungen vorzunehmen

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.

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

Verfahrens- und vollstreckungsrechtliche Probleme spielen in den folgenden Entscheidungen eine Rolle.

³¹ Urteil vom 18. November 2016 – [V_ZR 266/14](#) – MDR 2017, 265 f. = WM 2017, 256 ff. = ZNotP 2017, 33 ff.

a)

Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, die zur Aufhebung und Zurückverweisung nach § 544 Abs. 7 ZPO führten, standen im Zentrum folgender Judikate:

aa)

In einem Streitfall, in dem der VIII. Zivilsenat bereits einmal eine Zurückverweisung ausgesprochen hatte,³² war noch zu klären, ob **der behauptete Eigenbedarf nicht durch eine freigewordene Ersatzwohnung hätte befriedigt** werden können. Das Landgericht war davon ausgegangen, dass sich der Auszugswunsch erst zu einem Zeitpunkt konkretisiert hatte, als die Alternativwohnung bereits vermietet worden war. Der Senat hat die angefochtene Entscheidung aufgehoben, weil sich das Berufungsgericht um die gebotene Beweiserhebung gedrückt hatte.³³

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Eigenbedarf habe sich erst nachträglich ergeben, beruht auf einer Gehörsverletzung, weil auf die gebotene Beweisaufnahme verzichtet worden war. Das Berufungsgericht hatte zwar als wahr unterstellt, dass der Sohn des Klägers bereits vor seiner Abreise nach China ein Gespräch mit einem Freund über seine Auszugsabsichten geführt hatte. Dessen Folgerung, der Nutzungswunsch habe sich damit noch nicht hinreichend verdichtet, übersieht jedoch, dass eine **Wahrunterstellung nur statthaft ist, wenn die Behauptung so übernommen wird, wie die Partei sie aufstellt**. Die Auslegung des Beweisangebots der Beklagten ergibt jedoch, dass die Absicht zur Gründung einer Wohngemeinschaft schon länger und vor dem Freiwerden der Alternativwohnung bestanden habe. Folglich hätte der benannte Zeuge zum Inhalt des Gesprächs mit der Eigenbedarfsperson vernommen werden müssen, da ein früher gefasster Entschluss Zweifel an der

³² Urteil vom 04. März 2015 – [VIII ZR 166/14](#) – wir haben berichtet.

³³ Beschluss vom 23. August 2016 – [VIII ZR 178/15](#) – MDR 2016, 1348 f.= NZM 2016, 715 ff. = ZMR 2016, 852 ff.

Ernsthaftigkeit des Nutzungswunsches weckt oder den Einwand des Rechtsmissbrauchs eröffnet.

Der Beweisantritt durfte auch nicht aus anderen Gründen zurückgewiesen werden. Die erstmals in der Berufungsinstanz aufgestellte Behauptung war **kein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO**, da sich die Beklagten bereits erstinstanzlich darauf berufen hatten, es habe vor der Weitervermietung der Ersatzwohnung festgestanden, dass der Sohn des Klägers nach seinem Auslandsaufenthalt einen eigenen Hausstand gründen werde. Mithin hatte das **zweitinstanzliche Vorbringen lediglich konkretisierend gewirkt**, so dass es das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen hatte.

Der **erstmals in der Berufungsinstanz angetretene Zeugenbeweis** stellt sich allerdings als **neues Verteidigungsmittel** dar. Einer Zurückweisung steht jedoch entgegen, dass das **Amtsgericht i.S.d. § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO der Frage nach dem Zeitpunkt eines endgültigen Auszugswunsches aus Rechtsgründen** keine Bedeutung beigemessen hatte, da – aus dessen Sicht – dem Vermieter nicht vorgegeben werden könne, welche Wohnung er der Bedarfsperson zur Verfügung stellt. Das Eingangsgeschicht hatte mit seiner rechtlichen Beurteilung die Beklagten daher davon **abgehalten, bereits erstinstanzlich den gebotenen Zeugenbeweis anzutreten**.

bb)

Fragen der **Darlegungs- und Beweislast bei vorgetäuschem Eigenbedarf** behandelt dagegen ein Beschluss, in der die Berufung der Schadensersatz begehrenden Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen worden war. Der Senat hat der Nichtzulassungsbeschwerde stattgegeben.³⁴

³⁴ Beschluss vom 11. Oktober 2016 – [VIII ZR 300/15](#) – MDR 2017, 21 f. = NZM 2017, 23 ff. = WuM 2016, 743 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Das Berufungsgericht hatte in mehrfacher Weise entscheidungserheblichen Sachvortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen. So hatte die Klägerin bereits in erster Instanz beweisbewehrt behauptet, dass die Mutter der Beklagten nicht die Absicht gehabt habe, das von ihr bewohnte, eigene Haus zu verlassen und bei den Abkömmlingen zu wohnen. Ebenso hatte die Klägerin vorgetragen, dass deren Demenzerkrankung noch kein Stadium erreicht hatte, in dem sie zu keiner eigenen Willensbildung mehr fähig war und dies durch die Einvernahme des behandelnden Arztes unter Beweis gestellt. Diesem Beweisangebot hätte nachgegangen werden müssen, da es **keine Eigenbedarfskündigung rechtfertigt, wenn allein die Abkömmlinge beabsichtigten hatten, ihre Mutter aufzunehmen**. Übergangen hatte das Landgericht ferner, dass die Mutter der Beklagten später telefonisch gegenüber einem Zeugen geäußert hatte, sie habe „nie“ die Absicht gehabt, die Wohnung zu verlassen. Die nur **partielle Wahrunterstellung** des Berufungsgerichts war in diesem Zusammenhang fehlerhaft, da die Behauptung nicht so übernommen wurde, wie die Partei sie aufgestellt hatte. Bei vollständiger Wahrunterstellung ergibt sich aus diesem Vorbringen jedoch, dass niemals eine Umzugsabsicht bestand.

Letztendlich hatte das Berufungsgericht auch dem Umstand, dass die Wohnung nach dem Auszug der Klägerin leer stand, zu Unrecht keine Bedeutung beigemessen. Der Eigenbedarf war als „dringend“ und „akut“ bezeichnet worden. **Der zeitliche Ablauf spricht indes dafür, dass eine spätere Nutzung lediglich vorbereitet werden sollte**. Dies deutet aber auf eine Vorratskündigung hin, die keinen Eigenbedarf begründet. Die Überlegung des Landgerichts, Eigenbedarf setze keine Not- oder Zwangslage voraus, hatte damit den Kern des Klagevorbringens verkannt.

Der Senat hat sodann Hinweise für das wiedereröffnete Verfahren erteilt: Das Berufungsgericht hatte offensichtlich einen **falschen Prüfungsmaßstab** angelegt, da es nach **§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ausreichend ist, wenn Zweifel an den erstinstanzlichen Feststellungen** bestehen. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme ist danach aber bereits dann geboten,

wenn nur eine **gewisse Wahrscheinlichkeit für eine zweitinstanzlich abweichende Tatsachenfeststellung** besteht. Eine reine Rechtskontrolle von Beweisergebnissen ist demgegenüber dem Revisionsgericht vorbehalten.

Der Mieter hat zudem keinen Einblick und kann nicht beurteilen, ob eine Eigenbedarfskündigung berechtigt ist. Wird der **angekündigte Umzug nicht durchgeführt**, bestehen **erhebliche Anhaltspunkte für eine Vortäuschung**. Dann ist es die Aufgabe des **Vermieters substantiiert und plausibel aufzuzeigen**, aus welchen **Gründen der Eigennutzungswunsch nachträglich** entfallen sein soll. Dabei sind strenge Anforderungen zu stellen.

b)

In einem weiteren Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wurde um **die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** gestritten. Das Wiedereinsetzungsgesuch ist darauf gestützt worden, dass **die Rechtsschutzversicherung Deckungsschutz für das drittinstanzliche Verfahren verweigert habe** und die Klägerin auch nicht über die erforderlichen Mittel für ein Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren verfüge. **Allerdings erfülle sie auch nicht die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe**; vielmehr habe sich der örtliche Mieterverein zwischenzeitlich bereit erklärt, die anfallenden Kosten zu übernehmen. Der Senat hat den Antrag zurückgewiesen und die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen, da die Klägerin nicht schuldlos an der Einhaltung der Notfrist des § 544 Abs. 1 Satz 2 ZPO gehindert war.³⁵

Die **Mittellosigkeit einer Partei entschuldigt eine Fristversäumung** nur dann, wenn **binnen offener Rechtsmittelfrist ein den Anforderungen des § 117 ZPO entsprechendes Prozesskostenhilfegesuch beim Rechtsmittelgericht** eingereicht wird. Dies gilt auch dann, wenn die Partei rechtsschutzversichert ist, aber die Eintrittspflicht des Rechtsschutz-

³⁵ Beschluss vom 20. Juli 2016 – [VIII ZR 114/16](#) – zit. nach juris.

versicherers nicht rechtzeitig geklärt werden kann. An einer entsprechenden Mittellosigkeit fehlte es hier, da diese in **§ 115 ZPO abschließend geregelt** ist. Die subjektive Einschätzung einer Partei ist dagegen für die nach § 233 ZPO erforderliche Entschuldigung ebenso unbeachtlich, wie der Unwille, das Kostenrisiko für ein Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren zu tragen. Erst Recht kann sich die Klägerin nicht darauf berufen, die Möglichkeit einer Kostendeckung durch einen örtlichen Mieterschutzverein erst nachträglich entdeckt zu haben.

c)

Die **inhaltlichen Anforderungen an einen Zurückweisungsbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO** definiert ein weiteres Revisionsurteil. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers war erfolgreich, da die angefochtene Entscheidung mangels ausreichender Feststellungen einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht zugänglich war.³⁶

Nach § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO genügt es zwar für den Tatbestand eines Berufungsurteils, wenn auf die Feststellungen des Eingangsgericht – nebst etwaiger Ergänzungen und Berichtigungen – Bezug genommen wird. Diese Mindestvoraussetzung ist jedoch unverzichtbar, da der Streitfall **ohne die Angabe der tatsächlichen Grundlagen drittinstanzlich nicht kontrollfähig** ist. Ebenso bedarf es der **zumindest sinngemäßen Wiedergabe der Berufungsanträge**, da es nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts ist, das vorinstanzliche Rechtsschutzbegehren zu ermitteln. Für einen Zurückweisungsbeschluss gilt dann nicht anderes. Diesen Anforderungen haben weder der Zurückweisungs- noch der Hinweisbeschluss genügt, da eine Bezugnahme auf das Ersturteil fehlte und auch nicht erkennbar wurde, welche Anträge der Kläger in der Berufungsinstanz gestellt hatte.

³⁶ Urteil vom 21. September 2016 – [VIII ZR 188/15](#) – MDR 2016, 1402 f. = NJW 2016, 3887 ff. = NZM 2016, 852 ff.

Für das neuerliche Berufungsverfahren hat der Senat weitere Hinweise erteilt:

Nach Aktenlage hatte der Kläger das verfahrensgegenständliche Grundstück in der Zwangsversteigerung erworben, während sich die Beklagten auf einen Mietvertrag mit einem nahen Verwandten berufen haben, nach dessen Inhalt nur eine geringe Miete und ein Kündigungsausschluss für 10 Jahre vereinbart worden waren. Es wird kritisch zu würdigen sein, dass die Beklagten kein Original des Mietvertrages, sondern lediglich eine Kopie vorgelegt haben. Zudem ist die Höhe der Miete wiederholt widersprüchlich erklärt worden und hatten die Beklagten weitere Zusatzvereinbarungen vorgelegt. Da es bei der **zwangsweisen Verwertung von Familieneigenheimen keine Seltenheit darstellt, dass Mietverträge „zur Absicherung“ aufgesetzt** werden, wird das Berufungsgericht vertieft der Frage nachzugehen haben, ob nicht **ein kollusives Vorgehen zum Nachteil der Gläubiger** vorliegt.

d)

Auf dieser Linie liegt auch ein Beschluss, mit dem die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten bereits als unzulässig verworfen wurde.³⁷

Im Falle des **Streites um den Fortbestand eines Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit ist die Beschwer** gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO nach dem **dreieinhalbfachen Jahresbetrages der Nettomiete** zu bemessen. Aufgrund der behaupteten Einmalzahlung für ein lebenslanges Wohnrecht errechnet sich jedoch nur eine Monatsmiete von (rund) 375 € und würde sich für 42 Monate eine Gesamtbeschwerde von 15.750 € ergeben, die die Wertgrenze von 20.000,00 € nicht übersteigt. Auf den objektiven Mietwert des Objekts kommt es dagegen nicht an.

³⁷ Beschluss vom 21. September 2016 – [VIII ZR 277/15](#) – MDR 2016, 1373 = NZM 2016, 854 f. = WuM 2016, 694 f.

Ungeachtet dessen hat der Senat auch in der Sache selbst Bedenken angemeldet. Gegen den Beklagten waren bereits zu einem Zeitpunkt Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet worden, als er noch selbst Eigentümer des Grundstücks war. Ersteigerer war dann dessen Mutter; der mit ihr geschlossene „Mietvertrag“ konnte nur in Kopie vorgelegt werden und enthielt unübliche Konditionen. Bei dieser Sachlage war die tatrichterliche Beurteilung des Berufungsgerichts, welches der Räumungsklage des Zwangsverwalters stattgegeben und die Einwände des Beklagten für unschlüssig gehalten hatte, nicht zu beanstanden.

e)

In einem weiteren Beschluss nach § 544 Abs. 7 ZPO hatte sich der V. Zivilsenat mit einer Klage zu befassen, in der der Kläger die Rückzahlung des Kaufpreises für eine Eigentumswohnung begehrt hatte. Dabei hatte sich der Kläger **enthaltene Mietpoolausschüttungen auf seine Forderungen anrechnen lassen** und deswegen die Klage auch teilweise für erledigt erklärt. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht haben **die Beklagten weitere Mietpoolausschüttungen** geltend gemacht. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten durch Beschluss zurückgewiesen. Deren Nichtzulassungsbeschwerde hatte teilweise und insoweit Erfolg, als das Oberlandesgericht diese Zahlungen nicht anspruchsmindernd berücksichtigt hatte.³⁸

Die Anwendung des § 522 Abs. 2 ZPO und die hierauf beruhende Zurückweisung neuen Vorbringens verletzt die Beklagten in ihrem Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG, da Einwendungen, die **erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Eingangsgericht entstanden** sind, in der Berufungsinstanz **nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert** sind. Ein beabsichtigtes Vorgehen nach § 522 Abs. 2 ZPO ändert daran nichts, da sich auch bei einer Entscheidung durch Beschluss die Berücksichtigungsfähigkeit von Tatsachen nach den §§ 529; 531 ZPO beurteilt. Es wäre auch mit § 522 Abs. 2 ZPO nicht

³⁸ Beschluss vom 14. Juli 2017 – [V ZR 258/15](#) – MDR 2017, 358 f. = NJW 2017, 736 ff.

zu vereinbaren, wenn eine Berufung durch Beschluss insgesamt zurückgewiesen werden könnte, während bei einer Entscheidung durch Urteil dem Rechtsmittel teilweise statt zu geben wäre.

Der Senat ist auch nicht gehindert nach § 544 Abs. 7 ZPO teilweise zu entscheiden, da hinsichtlich der Höhe des Anspruchs eine Teilzulassung der Revision nach § 544 Abs. 6 ZPO möglich ist. Im Falle einer Gehörsverletzung kann daher das Verfahren auch teilweise und in dem Umfang zurückverwiesen werden, in dem entscheidungserheblicher Sachvortrag nicht berücksichtigt worden ist.

f)

Ein Beschluss des V. Zivilsenats befasst sich dagegen mit dem **Problem der Tatsachenpräklusion nach vorangegangenen erfolglosen Klagen.**

Der Kläger und seine Ehefrau hatten den Beklagten eine Eigentumswohnung veräußert, deren Kaufpreis in zwei Raten bezahlt werden sollte. Die Beklagten haben den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung aufgrund verschwiegener Schimmelpilzbelastung angefochten und die Kaufpreiszahlung verweigert. In einem Erstprozess hat der Kläger ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung der ersten Kaufpreistrate erstritten, während die Widerklage der Beklagten, mit der sie Schadensersatz in Höhe von 7.145,26 € wegen Rechtsverfolgungskosten begehrt hatten, abgewiesen wurde. Im Folgeverfahren hat der Kläger die zweite Kaufpreistrate erfolgreich eingeklagt, während die Beklagten abermals vergeblich Widerklage erhoben hatten. Im vorliegenden Rechtsstreit macht der Kläger seinen Verzugsschaden geltend. Die Beklagten haben erneut Widerklage erhoben, die sie nunmehr auf Kaufpreisminderung und Schadensersatz gestützt haben. Den Schaden haben sie u.a. daraus abgeleitet, dass die Wohnung wegen des Schimmelpilzbefalles teilweise unbewohnbar war. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, während die Widerklage daran scheiterte, dass sie teilweise unzulässig und teilweise unbegründet war. Das Oberlandesgericht hatte die allein von den Beklagten eingelegte

Berufung durch Beschluss zurückgewiesen; dem ist der Senat nicht gefolgt.³⁹

Die auf § 322 Abs. 1 ZPO beruhende Erwägung, die Beklagten könnten angesichts der ergangenen Vorentscheidungen nicht erneut mit deren Vorbringen gehört werden, findet in der Zivilprozessordnung keine Stütze und verletzt deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Nach **§ 322 Abs. 1 ZPO erwachsen die einem Urteil zugrundeliegenden Feststellungen ebenso wenig in Rechtskraft, wie präjudizielle Rechtsverhältnisse**, weshalb im Erstprozess rechtskraftfähig nur über die Zahlungspflicht hinsichtlich der ersten Kaufpreisrate und der widerklagend (eingeschränkt) begehrten Schadensersatzansprüche, nicht aber über das Vorliegen von Sachmängeln entschieden wurde. Nichts anderes ergibt sich dann aus einer **Tatsachenpräklusion, da diese nicht weiter als die Rechtskraftwirkungen gehen kann**, weshalb die Beklagten vorliegend mit ihrem Vorbringen zu einem arglistigen Verschweigen nicht ausgeschlossen waren.

Ein Urteil, das eine Vertragsklage wegen arglistiger Täuschung abweist, entscheidet nur über das Bestehen des Vertragsverhältnisses, nicht aber die Täuschung selbst. Im Übrigen machen die Beklagten nunmehr Minderungs- und Schadensersatzansprüche geltend, denen eine andere Rechtsfolgenbehauptung und damit ein anderer Streitgegenstand als im Erstprozess zugrunde liegt. Damit gehen die Beklagten nunmehr von einem bestehenden Vertragsverhältnis aus und machen keine Rückabwicklungsansprüche mehr geltend.

g)

Spezifisch **verfahrensrechtliche Fragestellungen in WEG-Sachen** behandelt folgendes Judikat:

³⁹ Beschluss vom 22. September 2016 – [V ZR 4/16](#) – MDR 2017, 297 f. = NJW 2017, 893 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

In einem Beschlussanfechtungsverfahren hat sich der V. Zivilsenat mit der Bestimmung des **§ 46 Abs. 1 Satz 2 WEG** sowie – inzident – mit einer **vorher erfolgreich erhobenen Anhörungsrüge gemäß § 321a ZPO** auseinandergesetzt. Das Landgericht hatte dabei zuerst die Berufung der Klägerinnen nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen und sodann das Verfahren fortgesetzt, um durch Urteil zu entscheiden. Die darin zugelassene Revision der Klägerinnen war erfolgreich.⁴⁰

Die Zulassung der Revision ist wirksam, da das Landgericht – im Ergebnis – zu **Recht dem Verfahren nach § 321a Abs. 5 ZPO Fortgang** gewährt hatte. Letzteres ist vom Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen, wobei es an die Beurteilung des Tatrichters nicht gebunden ist. Danach hatte das Landgericht gehörswidrig entschieden, da die Klägerinnen einen Schriftsatz eingereicht hatten, der unberücksichtigt geblieben war und bei Gericht einging, bevor die Geschäftsstelle die Versendung des Zurückweisungsbeschlusses verfügt hatte. Unerheblich ist, dass zu diesem **Zeitpunkt die Äußerungsfrist nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO bereits abgelaufen** war, da der Schriftsatz nur Rechtsausführungen enthielt und ohnehin zu prüfen gewesen wäre, ob nicht ein Wiedereröffnungsgrund (§ 156 ZPO) vorlag. Inhaltlich standen diese Rechtsausführungen auch einer Behandlung nach § 522 Abs. 2 ZPO entgegen.

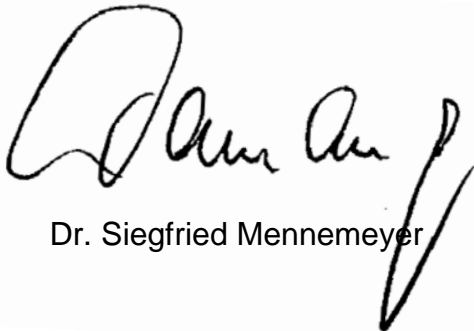
Die Revision ist auch begründet, da das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen war, die **Klagefrist nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG sei nicht gewahrt** worden. Hinsichtlich der hier relevanten Frage, ob die Teilungserklärung eine Öffnungsklausel enthielt und die dafür erforderlichen Mehrheiten erreicht wurden, lässt sich der Klageschrift zwar nichts explizit entnehmen. Gleichwohl ist die Klagebegründungsfrist (gerade noch) gewahrt worden, weil der Klagevortrag sowohl die Frage nach der Änderung der Teilungserklärung durch Beschluss als auch die nach dem gebotenen Quorum aufwirft. Der Rechtsstandpunkt, entsprechende

⁴⁰ Urteil vom 16. September 2016 – [V ZR 3/16](#) – MDR 2017, 107 = NZM 2017, 147 ff. = ZMR 2017, 74 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Beschlüsse könnten nur einstimmig gefasst werden, umfasste dann zugleich die Behauptung, die erforderliche Mehrheit sei verfehlt worden, die das Gericht anhand des eingereichten Versammlungsprotokolls dann auch unschwer überprüfen konnte. Damit mussten auch die Beklagten erkennen, dass die Öffnungsklausel generell zur rechtlichen Überprüfung gestellt wurde, womit dem Anliegen der Klagebegründungsfrist Genüge getan wurde.

Der Senat hat durchentschieden und der Klage stattgegeben, da inhaltlich der angefochtene Beschluss – was das Revisionsgericht selbst feststellen kann – von der Teilungserklärung objektiv abwich und die erforderliche Mehrheit verfehlt worden war.

Karlsruhe, den 16. Mai 2017



Dr. Siegfried Mennemeyer