

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2018

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

Im Anschluss an unseren letzten Bericht für das erste Halbjahr 2018 setzen wir hiermit unsere Berichterstattung über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Bereichen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Maklerrechts, des Nachbarschaftsrechts und des Immobilienrechts unter Einschluss der spezifischen Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts fort.¹ Im Rahmen der Geschäftsverteilung² sind diese Rechtsgebiete verschiedenen Zivilsenaten des BGH zugeordnet. Die folgende Gliederung orientiert sich dabei an den im § 14c FAO aufgeführten Schwerpunktbereichen, die für die Erlangung der Fachanwalts-bezeichnung „Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ erforderlich sind.

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

² Der Geschäftsverteilungsplan 2018 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter www.bundesgerichtshof.de veröffentlicht. Über die vorstehende Internetadresse stehen insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext zur Verfügung.

1. Wohnraummiete

Für Entscheidungen aus dem Bereich der Wohnraummiete ist nach dem Geschäftsverteilungsplan der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zuständig.

1.1. Mietvertragliche Abreden

In diesem Zusammenhang ist über Rechtsfragen zu berichten, die die Vertragsauslegung nach §§ 133; 157 BGB oder die Kontrolle von Formulklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB betreffen. Ebenso stellten sich Fragen im Zusammenhang mit der Auslegung zwingender gesetzlicher Vorschriften.

a)

In einem der entschiedenen Revisionsverfahren ging es um die **Instandhaltungspflicht des Vermieters hinsichtlich eines in der Mietwohnung vorhandenen Telefonanschlusses**. Die Mieterin hatte den beklagten Vermieter auf Instandsetzung der Telefonleitung in Anspruch genommen, nachdem an der Zuleitung zum Hausanschluss zur Wohnung ein Defekt aufgetreten war. Anders als das Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof eine **Verpflichtung des Vermieters zur Reparatur bejaht**.³ Der auf § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB beruhende Anspruch des Vermieters auf Gebrauchserhaltung beurteilt sich danach, was die Parteien als vertragsgemäß vereinbart haben. Fehlt es an einer vertraglichen Vereinbarung, beurteilt sich der vertragsgemäße Gebrauch gemäß § 535 Abs. 1 BGB nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in – ggf. ergänzender – Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere

³ Urteil vom 05. Dezember 2018 – [VIII ZR 17/18](#) – MDR 2019, 283 f. = NJW RR 2019, 270 ff. = NZM 2019, 140 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

nach der Mietsache und der beabsichtigten Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des § 242 BGB. Demgemäß kann der Mieter nach der allgemeinen Verkehrsanschauung eine Wohnung erwarten, die der üblichen Ausstattung vergleichbarer Wohnungen entspricht, wobei insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete sowie eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen sind. Dieser **vertragsgemäße Gebrauch** umfasst auch die Überlassung und die Instandhaltung eines funktionsfähigen Telefonanschlusses. Ggf. dann, wenn die Wohnung – wie vorliegend – mit einer sichtbaren Telefonanschlussdose ausgestattet ist, ergibt sich zumindest im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, dass zu dem geschuldeten vertragsgemäßen Zustand auch ein funktionsfähiger Telefonanschluss gehört. Soweit in der Rechtsprechung der Instanzgerichte eine gegenteilige Auffassung vertreten wird, ist diese mit der gesetzlichen Regelung der Gebrauchsgewährungs- und Erhaltungspflicht des Vermieters nicht vereinbar. Dies entspricht auch dem Interesse des Vermieters, da in einem Mehrfamilienhaus Anschlussarbeiten zur Verbindung der in der Wohnung gelegenen Telefonanschlussdose mit dem Hausanschluss im Keller durchgeführt werden müssten. Hiermit wäre die Gefahr uneinheitlicher und nicht aufeinander abgestimmter Leitungsverläufe verbunden. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob dem Mieter Ansprüche gegen das Telekommunikationsunternehmen zustehen. Selbst wenn solche Ansprüche bestünden, läge allenfalls ein Fall gesamtschuldnerischer Verpflichtung vor, der der Instandspflicht des Vermieters nicht entgegensteht.

Demgemäß ist es auch unerheblich, dass sich die defekte Leitung nicht innerhalb der vermieteten Räumlichkeiten befindet, denn die Instandhaltungspflicht des Vermieters erstreckt sich auch auf nicht ausdrücklich mitvermietete Hausteile, sofern sie auch nur mittelbar dem Mietgebrauch unterliegen.

b)

Ein weiteres Revisionsverfahren betraf die Reichweite einer **Vereinbarung über ein lebenslanges Wohnrecht eines Mieters und einen in einem Grundstückskaufvertrag vereinbarten Ausschluss der ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses**. Die Kläger hatten ein Siedlungshaus, in dem die Beklagten seit dem Jahre 1981 wohnten, erworben, wobei der notarielle Kaufvertrag ein lebenslanges Wohnrecht der Mieter vorsah und die Kündigung wegen Eigenbedarfs oder eine Verwertungskündigung ausgeschlossen waren. Ferner hatte sich die Verkäuferin – die Stadt Bochum – ein Wiederkaufsrecht einräumen lassen, sofern die Erwerber gleichwohl die Kündigung aussprechen sollten. Die Kläger hatten das Mietverhältnis gleichwohl nach § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB mit Schreiben vom 25. Februar 2015 gekündigt. Der Senat hat die Revision der Kläger zurückgewiesen.⁴ Mit Recht hat das Oberlandesgericht in der notariellen **Vereinbarung eines lebenslanges Wohnrechts** der Beklagten einen echten **Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB)** erblickt, der auch eine Kündigung nach § 573a BGB ausschließt. Dieses Auslegungsergebnis unterliegt unabhängig davon, ob man von einer Individualvereinbarung oder einer Formulklausel ausgehen will, keinen Bedenken.

Im Falle einer Individualvereinbarung hält die Entscheidung des Berufungsgerichts der rechtlichen Überprüfung bereits Stand, weil nach dem Wortlaut der Regelung den Beklagten eine gesicherte Rechtsposition gegenüber den Klägern als Käufern eingeräumt werden sollte, damit die Mieter ihren bisherigen Wohnraum nicht verlieren. Für eine unmittelbare Wirkung des Kündigungsausschlusses spricht ferner die hohe Schutzbedürftigkeit der Beklagten als langjährigen Mietern sowie die Verantwortung der Verkäuferin als kommunale Eigentümerin. Dieser Befund wird durch das vereinbarte Wiederkaufsrecht bestätigt, sodass der notarielle Kaufvertrag auf einen umfassenden Schutz der Mieter abzielte. Unerheblich war,

⁴ Urteil vom 14. November 2018 – [VIII ZR 109/18](#) – MDR 2019, 154 f. = NZM 2019, 209 ff. = ZMR 2019, 261 ff.

dass eine Kündigung gemäß § 573a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht explizit ausgeschlossen wurde, denn aus der Formulierung „insbesondere“ ergab sich, dass es sich dabei nicht um eine abschließende Aufzählung handelte. Nachdem der Vertragstext lediglich eine Kündigung „wegen der erheblichen Verletzung der den Mietern obliegenden vertraglichen Verpflichtungen“ erwähnte, wurde auch daraus deutlich, eine Kündigung gemäß § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Kündigungsausschluss mit umfasst sein sollte.

Auch dann, wenn man die Vertragsklausel nach den Maßstäben auslegen wollte, die für allgemeine Geschäftsbedingungen gelten, ergibt sich kein anderer Befund. Ebenso wenig kann von einer überraschenden Klausel gemäß § 503c Abs. 1 BGB noch von einer unangemessenen Benachteiligung der Kläger (§ 307 Abs. 1 BGB) ausgegangen werden. Die Regelung über ein lebenslanges Wohnrecht des Mieters und der Ausschluss der ordentlichen Kündigung, sofern sie nicht auf Vertragsverletzungen gestützt ist, beinhaltet weder eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild, noch eine Vertragszweckgefährdung des Kaufgegenstandes. Hierin liegt eine inhaltlich ausgewogene Regelung hinsichtlich des Verkaufs eines im kommunalen Eigentum stehenden und von langjährigen Mietern bewohnten Siedlungshauses.

c)

Ein Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO, der zur Rücknahme der Revision durch die Kläger führte, befasst sich mit den **Reinigungspflichten des Vermieters**. Konkret ging es um eine **Loftwohnung**, die über eine großflächige **Fensterfront** verfügt, die teilweise nicht geöffnet werden kann. Die Beklagte hat deshalb in der Vergangenheit die **Fensterfassade zwei Mal** jährlich durch ein Unternehmen **reinigen lassen**. Die **Kläger sind der Auffassung**, dass der Beklagte eine mindestens **vierteljährliche Reinigung** schulde, da die Fenster witterungsbedingt schnell verschmutzen und ihnen eine Reinigung nicht zumutbar sei. Das **Landgericht** hatte die Beklagte dazu verurteilt, **einmal je Kalenderhalbjahr** die

Fensterfronten reinigen zu lassen. Der Senat hat dem dagegen gerichteten Rechtsmittel der Kläger die Zulassungsrelevanz versagt.⁵

Ein **Grund für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO lag nicht vor**, denn er Frage, ob und wie oft ein Vermieter teilweise nicht zu öffnende Fensteraußenflächen einer Loftwohnung zu reinigen hat, kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordert die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Das Rechtsmittel der Kläger hatte auch keine Aussicht auf Erfolg, denn ein Anspruch dem Grunde nach auf eine Fensterreinigung durch die Beklagte bestand nicht. **Die Reinigung der Flächen einer Mietwohnung einschließlich der Wohnungsfenster ist grundsätzlich Aufgabe des Mieters**, sofern die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Der Vermieter schuldet dem Mieter keine Erhaltung der Mietsache in einem jeweils gereinigten Zustand; bloße Reinigungsmaßnahmen sind dementsprechend nicht Bestandteil der Instandhaltungs- oder Instandsetzungspflicht des Vermieters. Dies gilt auch dann, wenn der Mieter persönlich zur Reinigung der Fensterflächen außer Stande ist, denn in diesem Fall kann er sich professioneller Hilfe bedienen.

d)

Ein weiterer Hinweisbeschluss, der ebenfalls zur Rücknahme der Revision führte, befasst sich mit einem **formularmäßigen Ausschluss der Kautionsverzinsung in einem Altvertrag**. In diesem am 01. April 1966 geschlossenen Mietvertrag war maschinenschriftlich in dem ansonsten vorgedruckten Vertragstext die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung eines Baukostenzuschusses von 2.000,00 DM und einer Mietkaution in Höhe von 500,00 DM aufgenommen worden. Diese Beträge sollten unverzinslich sein. Die Klage, mit der eine **Verzinsung in Höhe von 670,02 €** begehrt worden ist, war vorinstanzlich erfolglos geblieben. Auch in dieser Rechtssache hat der Senat eine Zulassungsrelevanz des

⁵

Beschluss vom 21. August 2018 – [VIII ZR 188/16](#) – NJW RR 20.018, 1356 = NZM 2018, 900 = ZMR 2018, 993 f.

Rechtsstreits nicht erkennen können.⁶ Die vom Berufungsgericht formulierte Rechtsfrage, „ob Art. 229 § 3 Abs. 8 EGBGB eine entsprechende Vereinbarung in einem Mietvertrag aus dem Jahre 1966 zulässt, ließ sich auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung beantworten. Zwar sind seit dem 01. Januar 2003 gemäß Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB auch Altverträge an § 307 BGB zu bemessen. Die Frage, ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, ist im Individualprozess jedoch nach den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen. Hiernach hält die in Rede stehende Klausel aus dem Jahre 1966 einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand, da der Vermieter zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu einer Verzinsung der Kautions verpflichtet war. Erst ab dem Jahre 1971 haben sich die Stimmen gemehrt, die eine Verzinsungspflicht gefordert haben. **Der Gesetzgeber hat die Verzinslichkeit der Mietkaution daher erst im Jahre 1980 angeordnet**, wobei dies zunächst nur den Teilbereich des sozialen Wohnungsbaus betraf. **Für nicht preisgebundenen Wohnraum ist erstmals mit Wirkung zum 01. Januar 1983 in § 550b Abs. 2 BGB a.F. eine Verzinsungspflicht geschaffen** worden. Hieran hat auch Art. 229 § 5 EGBGB nichts geändert, da auf Schuldverhältnisse, die vor dem 01. Januar 2002 entstanden sind, weiterhin das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden ist. Dieser Regelung geht jedoch die spezielle Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 Abs. 8 EGB vor, dessen Auslegung aber ebenfalls nicht die Zulassung der Revision gebot. Auch § 551 Abs. 3 Satz 1 BGB fand keine Anwendung obgleich diese Bestimmung grundsätzlich auch auf zum 01. September 2001 bereits bestehende Mietverhältnisse anzuwenden war. **Von dieser Übergangsvorschrift wird allerdings die Verzinsung der Kautions nicht erfasst, sofern sie vor dem 01. Januar 1983 ausgeschlossen worden ist und diese Vereinbarung weiterhin wirksam bleibt.** Demgemäß hatte die Revision

⁶ Beschluss vom 21. August 2018 – [VIII ZR 92/17](#) – NJW RR 2018, 1485 f. = NZM 2019, 212 ff. = WuM 2018, 752 ff.

auch keine Aussicht auf Erfolg, da der Klägerin kein Anspruch auf Verzinsung der Kautionsleistung zustand.

1.2. Mietmängel

Weitere im Berichtszeitraum angefallene Verfahren haben Mietmängel zum Gegenstand.

a)

In einem der drittinstanzlich anhängig gewordenen Rechtsstreite wurde um **Mietmängel wegen einer defekten Gastherme** gestritten. Das Landgericht hatte die Klage als unzulässig angesehen, da die Mietwohnung nicht von den Klägern bewohnt werde; aus diesem Grund sei die Klage auch unbegründet. Dieser Rechtsansicht ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.⁷

Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, ist es **für die Frage des Rechtsschutzinteresses nicht von Bedeutung, ob die gemietete Wohnung von den Klägern selbst bewohnt oder sie nahen Familienangehörigen überlassen wird**. Bei Leistungsklagen ergibt sich ein Rechtsschutzbedürfnis bereits aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist. Anders wäre dies ausnahmsweise nur dann, wenn mit der Klage prozessfremde Ziele verfolgt würden, wozu im Streitfall keine Feststellungen getroffen wurden. Sollte das Berufungsgericht gemeint haben, dem Anspruch der Kläger stehe der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen, so wäre damit nur ein materiell-rechtlicher Einwand eröffnet, der das Rechtsschutzinteresse der Kläger nicht entfallen lassen würde.

⁷

Urteil vom 22. August 2018 – [VIII ZR 99/17](#) – MDR 2018, 1237 f. = NJW RR 2018, 1285 ff. = NZM 2018, 1020 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Der **Anspruch des Mieters auf Instandsetzung entfällt auch nicht dann, wenn die Wohnung an Dritte überlassen wird.** Den Vermieter trifft die Pflicht, die Wohnung „zum vertragsgemäßen Gebrauch“ zu überlassen und sie fortlaufend in diesem Zustand zu erhalten (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Für das Bestehen dieser Hauptleistungspflicht ist es unerheblich, ob der Mieter die Sache tatsächlich nutzt und ihn der Mangel subjektiv beeinträchtigt. Folglich sind die Kläger auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) an der Geltendmachung des Instandsetzungsanspruches gehindert. Demgemäß waren die Kläger auch berechtigt, im Wege der Feststellungklage die Mietminderung geltend zu machen, da die essenziell notwendige Versorgung einer Wohnung mit warmen Wasser einen Mietmangel darstellt, der eine nicht unerhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit nach sich zieht. Auch in dieser Hinsicht stand die Überlassung der Wohnung an Dritte einem Anspruch der Kläger nicht entgegen, da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt. Dementsprechend konnte sich die Vermieterin nicht darauf berufen, der Mieter hätte die Mietsache nicht genutzt.

b)

Ein Hinweisbeschluss nach § 552a ZPO thematisiert den **Kondiktionsausschluss nach § 814 BGB im Zusammenhang mit Minderungsansprüchen.** Die beklagten Mieter hatten die Klägerin vorgerichtlich wiederholt um Zustimmung zu einer Mietminderung gebeten, da sich in ihrer Mietwohnung wiederkehrender fauliger Geruch ausgebreitet hatte. Gleichwohl hatten die Beklagten aufgelaufene Mietzinsrückstände vollständig ausgeglichen. Im vorliegenden Verfahren hatte die Klägerin weitere Mietzinsansprüche geltend gemacht, während die Beklagten mit Mietminderungsansprüchen in Höhe von 15 % aufgerechnet hatten. Das Landgericht war davon ausgegangen, dass den Beklagten für den Zeitraum von Januar 2015 bis Oktober 2015 und für Dezember 2015 aufrechenbare bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche zustanden, weil die Miete in diesen Monaten um 10 % gemindert sei und insoweit ein

Rückzahlungsanspruch auch nicht an § 814 BGB scheitere. Der Senat hat eine **Zulassungsrelevanz der Rechtssache verneint**.⁸

Der vom Berufungsgericht angenommene Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung besteht nicht, da die vom Landgericht formulierte Zulassungsfrage höchstrichterlich geklärt ist. Danach ist der **Leistungsempfänger anerkanntermaßen darlegungs- und beweisbelastet für die Voraussetzungen des § 814 BGB**. Insoweit kommen Erleichterungen hinsichtlich der Darlegungslast zugunsten des Leistungsempfängers nicht in Betracht.

Die Revision hatte auch keine Aussicht auf Erfolg, da das **Berufungsgericht rechtsfehlerfrei aufrechenbare Mietminderungsansprüche bejaht** hatte. Die Vorinstanzen waren zutreffend davon ausgegangen, dass die Geruchsbelästigungen eine nicht unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung darstellen. Dabei war auch nicht verkannt worden, dass der Mangel nur periodisch aufgetreten war und die Miete daher nur für die Zeiträume gemindert war, in denen es zu Geruchsbelästigungen gekommen war. Die angesetzte Minderungsquote von 10 % der Bruttomiete konnte aus revisionsrechtlicher Sicht nicht beanstandet werden.

Zu Recht war das Landgericht auch davon ausgegangen, dass einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nicht der **Kondiktionsausschluss** des § 814 BGB entgegensteht. Dies wäre **nur dann der Fall, wenn der Leistende** nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er zu einer Leistung nicht verpflichtet ist, sondern auch **weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet**. Dafür muss der Leistende nach der maßgeblichen Parallelwertung in der Laiensphäre eine entsprechende im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung ziehen. Darüber, ob dies so ist, hat in erster Linie der Tatrichter anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu befinden.

⁸ Beschluss vom 04. September 2018 – [VIII ZR 100/18](#) – NJW RR 2018, 1483 ff. = NZM 2018, 1018 ff. = WuM 2018, 712 ff.

Angesichts des Umstands, dass die Minderungsquote von einem Laien nur überschlägig ermittelt werden kann, steht einem Kondiktionsausschluss noch nicht entgegen, dass sich der Mieter nur zu einer ungefähren Bestimmung einer Minderungsquote in der Lage sieht. Ausweislich der Emails der Beklagten war diesen jedoch ein **wesentlicher rechtlicher Aspekt nicht bewusst**, dass sie **fehlerhaft davon ausgegangen** sind, **dass eine Minderung das Einverständnis des Vermieters erfordert**.

c)

In zwei Urteilen vom gleichen Tag hat sich der VIII. Zivilsenat mit der Frage befasst, ob die **Gefahr einer Schimmelpilzbildung aufgrund Wärmebrücken in den Außenwänden einer Altbauwohnung** einen Mietmangel darstellt. Während das Landgericht noch von einem Mietmangel ausgegangen war, weil der Mieter einen heutigen Maßstäben entsprechenden Mindeststandard erwarten könne, hat der Senat gegenteilig entschieden.⁹

Der Mieter einer Wohnung kann nach der allgemeinen Verkehrsanschauung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist. Gibt es zu bestimmten Anforderungen technische Normen, ist jedenfalls deren Einhaltung geschuldet, weshalb – anders als das Berufungsgericht gemeint hatte – grundsätzlich **der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen** ist. **Nach diesem Maßstab entsprachen** die vorhandenen **Wärmebrücken** dem im Zeitpunkt der Errichtung in den Jahren 1968 und 1971 **damals üblichen Bauzustand**, da seinerzeit noch keine Verpflichtung bestand, Gebäude mit einer Wärmedämmung auszustatten.

⁹

Urteile vom 05. Dezember 2018 – [VIII ZR 67/18](#) – Grundeigentum 2019, 113 ff. = BauR 2019, 664 ff. und – [VIII ZR 271/17](#) – MDR 2019, 150 f. = NJW 2019, 507 ff. = NZM 2019, 136 ff.

Das Berufungsgericht hatte gemeint, die Senatsrechtsprechung,¹⁰ wonach im Rahmen der Nutzung einer nicht modernisierten Altbauwohnung der Einsatz der für die Haushaltsführung allgemein üblichen elektrischen Geräte möglich sein müsse, sei auf den Streitfall übertragbar. Dem ist der Bundesgerichtshof entgegengetreten. Die vom Berufungsgericht angesprochene Rechtsprechung beruht darauf, dass bei der Verwendung von Haushaltsgeräten ein grundlegender Wandel dahingehend eingetreten ist und der Mieter deshalb erwarten kann, dass die Elektroinstallation die Nutzung gängiger Haushaltsgeräte grundsätzlich ermöglicht. In Bezug auf die Beschaffenheit einer Wohnung bezüglich der Wärmedämmung hat eine solche Veränderung der Lebensverhältnisse jedoch nicht stattgefunden, sodass insoweit ein Anspruch auf „zeitgemäßes Wohnen“ nicht besteht.

Soweit das Berufungsgericht ergänzend darauf abgestellt hatte, dass den Mietern ein zweimaliges tägliches **Stoßlüften mit einer Dauer von jeweils 13 bis 17 Minuten** unzumutbar sei, war dies ebenfalls rechtlich nicht haltbar. Insoweit verbot sich eine allgemeine, abstrakte Sichtweise, da es zum einen allgemein üblich ist (§ 291 ZPO), nach Vorgängen, die mit einer besonders starken Feuchtigkeitsentwicklung verbunden sind, die betroffenen Räumlichkeiten zugleich zu lüften. Zum anderen war die Frage der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen, sodass es auf die konkreten Anwesenheitszeiten in der Wohnung und den Umfang der dort ausgeübten Tätigkeit ankam. Entsprechendes galt soweit das Berufungsgericht ergänzend auf die Aufstellung von Möbeln und deren Abstand zu den baualtersgemäß gedämmten Außenwänden abgestellt hatte.

¹⁰ Senatsurteil vom 17. Dezember 2014 – [VIII ZR 88/13](#) – NJW 2015, 934 f.

1.3. Schönheitsreparaturen

Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Schönheitsreparaturen gelangen immer wieder in die dritte Instanz.

So wurde in einem Revisionsverfahren um die **Wirksamkeit einer formularmäßigen Schönheitsreparaturklausel** gestritten, wobei die Besonderheit bestand, dass sich der beklagte Mieter mit der Vormieterin darüber geeinigt hatte, verschiedene in die Wohnung eingebrachte Gegenstände – unter anderem einen Teppichboden – abzulösen sowie anstelle der Vormieterin die erforderlichen Schönheitsreparaturen durchzuführen. Das Übergabeprotokoll enthielt folgenden handschriftlichen, vom Beklagten unterschriebenen Passus:

„Die Wohnung wurde mängelfrei und ohne Stockflecken übernommen. Renovierungsarbeiten und Teppichboden werden übernommen. Auf Folgekosten wurde hingewiesen.“

Die Klägerin hatte vorinstanzlich Schadensersatz begehrt, da die Renovierungsarbeiten nach Auszug des Beklagten nicht zu ihrer Zufriedenheit ausgefallen sind; der Beklagte hatte Widerklage erhoben. Die Revision des Beklagten führte zur vollständigen Klageabweisung sowie zur Stattgabe der Widerklage.¹¹

Der Klägerin stand ein Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Schönheitsreparaturen nicht zu, da die Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen nicht wirksam auf den Beklagten abgewälzt worden ist.

¹¹ Urteil vom 22. August 2018 – [VIII ZR 277/16](#) – MDR 2018, 1304 f. = NJW 2018, 3302 ff. = NZM 2018, 863 ff.

Die formularmäßige Verpflichtung zur Vornahme laufender Schönheitsreparaturen hielt einer **Inhaltskontrolle nach Maßgabe des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB** nicht stand, sofern dem Mieter eine **unrenovierte oder renovierungsbedürftige Wohnung ohne einen angemessenen Ausgleich überlassen** wird. Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, finden diese **Grundsätze auch dann Anwendung, wenn sich der Beklagte gegenüber der Vormieterin zur Vornahme von Renovierungsarbeiten verpflichtet** hat. Die Wirkungen eines Schuldverhältnisses beschränken sich auf die daran beteiligten Parteien, weshalb eine Renovierungsvereinbarung des Vormieters mit dem neuen Mieter keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der im Mietvertrag enthaltenen Schönheitsreparaturklausel hat. Insbesondere wird der Vermieter dadurch nicht so gestellt, als hätte er dem Mieter eine renovierte Wohnung übergeben. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gebieten auch die Interessen der Parteien keine andere Beurteilung, da diese nicht zwangsläufig in die gleiche Richtung gehen. Selbst wenn der neue Mieter ein Interesse daran haben könnte, die Wohnung in anderen Farben zu streichen, rechtfertigt es dieses Interesse nicht, die dem Vermieter obliegende Renovierungsverpflichtung auf den Mieter abzuwälzen. Auch das Interesse des Vermieters, die Wirksamkeit der von ihm verwendeten Vornahmeklausel verlässlich beurteilen zu können, ist insoweit bedeutungslos. Denn die Beurteilung der rechtlichen Wirksamkeit einer vom Vermieter gestellten Vornahmeklausel ist unabhängig von der Existenz zweiseitiger Renovierungsvereinbarungen zwischen altem und neuem Mieter möglich. Hat der Vermieter einen Anspruch gegen den bisherigen Mieter auf Vornahme von Schönheitsreparaturen, so geht dieser Anspruch nicht durch eine Renovierungsvereinbarung zwischen dem neuen Mieter und dem Vormieter unter. Umgekehrt besteht kein Anlass den Verwender besser zu stellen, wenn der neue Mieter Verpflichtungen gegenüber dem Vormieter eingeht, an denen der Vermieter nicht beteiligt ist und die ihm gegenüber keine rechtlichen Wirkungen entfalten. Eine schuldbefreiende Übernahme einer im alten Mietvertrag enthaltenen Renovierungsverpflich-

tung setzt nach § 415 Abs. 1, Abs. 2 BGB eine Beteiligung des Vermieters voraus. Damit liegt es im eigenen Interesse des der Schuldübernahme zustimmenden Vermieters in geeigneter Weise sicher zu stellen, dass ein im Vertragsverhältnis Altmietler/Neumietler gewährter finanzielle Vorteil als angemessene Kompensation für die Übernahme der Renovierungsverpflichtung angesehen werden kann.

1.4. Mieterhöhungen

Zur rechtlichen Problematik von Mieterhöhungen ist über zwei Verfahren zu berichten.

a)

Zur formellen **Wirksamkeit eines Modernisierungsmieterhöhungsverlangens** hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass es hinsichtlich der Nichtangabe eines Abzugs ersparter Instandhaltungskosten genügt, wenn der Vermieter in der Modernisierungsmieterhöhungserklärung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er die **streitgegenständlichen Baumaßnahmen** als **reine Modernisierungsmaßnahmen** ansieht und deshalb von einem Abzug der Instandhaltungsaufwendungen abgesehen hat.¹²

Für die **ausreichende Erläuterung der durch bauliche Maßnahmen an der Hausfassade bewirkten Energieeinsparung** genügt es, wenn der Vermieter in dem Ankündigungsschreiben mitgeteilt hat, im Bereich der gesamten Hausaußenfläche auf die bis dahin ungedämmte Wand eine Thermoisolierung von 140 mm aufbringen zu wollen, um die Wärmedurchgangsverluste in einem erheblichen Umfang zu reduzieren, entspre-

¹² Beschluss vom 25. September 2018 – [VIII ZR 121/17](#) – juris, Orientierungssatz 3 = WuM 2018, 723 ff. = NJW-RR 2018, 1357; = NZM 2018, 948 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

chende Energiekosten einzusparen und den CO₂-Ausstoß zu vermindern. Denn diese Angaben versetzten den Mieter in der Lage, den Grund der Mieterhöhung als plausibel nachzuvollziehen.¹³ **Für die formelle Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens** bei baulichen Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie **ist ausreichend**, dass der Vermieter neben einer **schlagwortartigen Bezeichnung** der Maßnahme und der Zuordnung zu den Positionen der Berechnung diejenigen Tatsachen darlegt, anhand derer überschlüssig beurteilt werden kann, ob die bauliche Änderung eine nachhaltige Einsparung von Energie bewirkt.¹⁴

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass die **Zulassung der Revision** in einem Mietrechtsstreit um die Wirksamkeit einer Modernisierungsmieterhöhung wirksam auf die Frage **beschränkt** werden kann, ob die Modernisierungsmieterhöhungserklärung den formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 559b BGB in der Fassung vom 02. Januar 2002 entspricht und dass diese Beschränkung sich bei erforderlicher Eindeutigkeit auch allein aus den Entscheidungsgründen ergeben kann.¹⁵ Höchststrichterlich ausreichend geklärt ist die Frage der formalen Mieterhöhungserklärung im Hinblick auf einen fehlenden Abzug ersparter Instandhaltungskosten sowie hinsichtlich des Umfangs einer Darstellung der Energieeinsparung durch die geplante Modernisierung. Ob dem im Einzelfall genügt ist, ist in erster Linie eine Frage der tatrichterlichen Würdigung, für welche der rechtliche Rahmen in der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats bereits ausreichend geklärt ist.¹⁶

b)

Um die Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens ging es auch in einem weiteren Revisionsverfahren. Die Klägerin hatte die Beklagte auf Zustimmung zur Erhöhung der Miete in Anspruch genommen und sich in

¹³ Beschluss vom 25. September 2018 – [VIII ZR 121/17](#) – juris, Orientierungssatz 4.

¹⁴ Beschluss vom 25. September 2018 – [VIII ZR 121/17](#) – juris, Rn. 4 mit Hinweis auf Urteil vom 25. Januar 2006 – [VIII ZR 47/05](#) – juris, Rn. 9 = NJW 2006, 1126.

¹⁵ Beschluss vom 25. September 2018 – [VIII ZR 121/17](#) – juris, Rn. 4 ff.

¹⁶ Beschluss vom 25. September 2018 – [VIII ZR 121/17](#) – juris, Rn. 9 ff., 11.

ihrem **Mieterhöhungsschreiben auf ein beigefügtes Sachverständigengutachten berufen**. In diesem Gutachten hatte die Sachverständige ausgeführt, dass die **Wohnung nicht besichtigt werden konnte** und deshalb auf frühere Besichtigungen vergleichbarer Wohnungen der Klägerin Bezug genommen werde. Während das Berufungsgericht das Mieterhöhungsverlangen zurückgewiesen hatte, hat die Revision der Klägerin zur Aufhebung und zur Rückverweisung geführt.¹⁷

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung durfte der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Zustimmung zur Mieterhöhung nicht verneint werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts genügte die Bezugnahme auf das Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen den formellen Anforderungen des § 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB.

Die **Wirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens, welches auf ein Sachverständigengutachten gestützt ist, hängt nicht von der Besichtigung der Mietsache durch den Sachverständigen ab**. Insoweit verlangt § 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB lediglich „ein mit Gründen versehenes Gutachten“, weshalb nach dem Wortlaut und auch nach der Zweckbestimmung dem Mieter nur die zur Prüfung der Mieterhöhung benötigten Tatsachen mitgeteilt werden müssen. Das Begründungserfordernis dient folglich nicht dazu, bereits den Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete zu führen oder den Mietern ein etwaiges Prozessrisiko abzunehmen. Ein Sachverständigengutachten reicht damit aus, wenn es eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete trifft und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnet. Hierfür bedarf es nicht zwingend einer vorherigen Besichtigung der betreffenden Wohnung durch den Sachverständigen, weil es für die Überprüfung des Mieters allein darauf ankommt, welche Angaben das Gutachten zu der konkreten Wohnung enthält, nicht aber auf welchem Wege der Sachverständige die

¹⁷ Urteil vom 11. Juli 2018 – [VIII ZR 136/17](#) – MDR 2018, 1178 f. = NJW 2018, 2792 ff. = NZM 2018, 742 ff.

tatsächlichen Grundlagen für seine Angaben gewonnen hat. Auch aus den vom vormaligen Bundesministerium der Justiz herausgegebenen „Hinweisen für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens nach § 2 Abs. 2 MHG“ ergibt sich nichts anderes. Damit kommt es nicht darauf an, ob der Sachverständige die betreffende Wohnung bereits früher aus anderen Gründen besichtigt hat. Ebenso wenig ist es von Bedeutung, ob das Anwesen der Beklagten vergleichbare Wohnungen ausweist, die Grundlage eines sogenannten Typgutachtens sein könnten.

Rechtsfehlerhaft hatte das Berufungsgericht auch darauf abgestellt, dass das Gutachten der Sachverständigen die Modernisierung der Badezimmer nur ungenau beschreibe und die Mietsache nicht in einer Nebenstraße liege. Hierin lägen allein etwaige Mängel des Gutachtens, die nicht in formeller Hinsicht zur Unwirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens führen, sondern allein im Rahmen der Begründetheit der Klage zu prüfen wären.

Diese Grundsätze hat der Senat in einer Entscheidung vom gleichen Tag bestätigt.¹⁸

1.5. Kündigungen

Kündigungsrechtsstreite bilden einen Schwerpunkt der Tätigkeit des VIIV. sowie des XII. Zivilsenats.

a)

In einem Rechtsstreit wurde über die Wirksamkeit einer **Eigenbedarfskündigung zum Zweck der Nutzung der Wohnung als Ferien- oder**

¹⁸ Urteil vom 11. Juli 2018 – [VIII ZR 190/17](#) – ZMR 2019, 109 ff.

Zweitwohnung gestritten. Der Senat hat mitgeteilt, dass er beabsichtige, die Revision teilweise als unzulässig zu verwerfen und im Übrigen nach § 552a ZPO zurückzuweisen.¹⁹

Die Revision war insoweit unzulässig, als sich die Beklagten vorinstanzlich auf die Härteregelung nach § 574 BGB berufen hatten, da insoweit die Revision vom Berufungsgericht nicht zugelassen worden war. Das Berufungsgericht hatte die Revisionszulassung nämlich darauf beschränkt, ob eine Eigenbedarfskündigung nach § 573a Abs. 2 Nr. 2 BGB auch zum Zwecke der Nutzung als Ferienwohnung in Betracht kommen kann. Insoweit war das Berufungsgericht von einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) ausgegangen, da die Frage einer Eigenbedarfskündigung zum Zweck der Nutzung als Ferienwohnung in der Rechtsprechung noch nicht ausdrücklich entschieden worden sei.

Soweit die Revision wirksam zugelassen worden war, lag kein Zulassungsgrund vor, da durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts die wesentlichen Fragen der Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB geklärt sind. Danach haben die Gerichte den Entschluss des Vermieters, die vermietete Wohnung nunmehr selbst zu nutzen, grundsätzlich zu respektieren. Ebenso ist es die Entscheidung des Vermieters, welchen Wohnbedarf er für sich und seine Angehörigen als angemessen erachtet. Auch in dieser Hinsicht sind die Gerichte nicht berechtigt, ihre Vorstellungen vom angemessenen Wohnen an die Stelle des Vermieters zu setzen.

Den Eigennutzungswunsch des Vermieters können die Gerichte allerdings daraufhin überprüfen, ob dieser Wunsch ernsthaft verfolgt wird, ob er von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen wird, oder ob er rechtsmissbräuchlich ist. Ebenso ist höchstlich-

¹⁹ Beschluss vom 21. August 2018 – [VIII ZR 186/17](#) – NJW RR 2019, 130 ff. = NZM 2018, 983 ff. = ZMR 2019, 118 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

terlich geklärt, dass **auch ein zeitlich begrenzter Bedarf** hinsichtlich der Wohnung die Voraussetzungen einer Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfüllen kann. Folglich kann auch die beabsichtigte Nutzung als Zweitwohnung eine Eigenbedarfskündigung rechtfertigen, weil der Vermieter darin nicht seinen Lebensmittelpunkt begründen muss. Ebenso hat der Senat bereits entschieden, dass das Tatbestandsmerkmal des „Benötigens“ im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht in Gestalt einer konkreten „Mindestnutzungsdauer“ definiert werden kann. Die auf die angestrebte Nutzung als Ferienwohnung gestützte Eigenbedarfskündigung lässt sich unter Heranziehung dieser Grundsätze unschwer beurteilen.

Demgemäß hatte die Revision auch keine Aussicht auf Erfolg, da das Berufungsgericht den dargestellten rechtlichen Maßstäben entsprochen hatte. Die Vorinstanz hatte aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme verfahrensfehlerfrei festgestellt, dass eine ernsthafte Nutzung zwei Mal pro Jahr für ein bis zwei Wochen beabsichtigt ist. Verfahrensfehlerfrei hatte das Landgericht auch einen rechtsmissbräuchlichen Erlangungswunsch des Klägers verneint, da nach den getroffenen Feststellungen eine besondere Verbundenheit des Klägers und seiner Familie mit Wiesbaden besteht. Ebenso ist die tatrichterliche Beurteilung in Bezug auf die Größe der Familie und deren wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zu beanstanden.

b)

Eine **Eigenbedarfskündigung** war auch Gegenstand eines weiteren drittinstanzlichen Verfahrens, in dem die 79-jährige beklagte Vermieterin geltend gemacht hatte, dass die gegenwärtig im Anwesen genutzte Zweizimmerwohnung zu klein geworden sei und deshalb die vom Kläger bewohnte Dreizimmerwohnung für Aufenthalte in der Stadt benötigt werde, um den Kontakt zur Tochter zu intensivieren und wieder verstärkt am Kulturleben teilnehmen zu können. Das Amtsgericht hatte die Eigenbedarfskündigung nach Beweiserhebung und Anhörung der Beklagten für

begründet erachtet und die auf Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hatte das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben, ohne zuvor die Anhörung der Beklagten und die Vernehmung der Zeugen zu wiederholen. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten war erfolgreich, und führte gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Berufungsurteils, da das Landgericht gehörswidrig entschieden hatte.²⁰

Das Berufungsgericht hatte **rechtsfehlerhaft** entschieden, da es **auf die Wiederholung der Beweisaufnahme (§ 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO) und eine Anhörung der Beklagten in zweiter Instanz verzichtet und damit den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt** hatte.

Das Berufungsgericht ist nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen der ersten Instanz gebunden, weshalb bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit getroffener Feststellungen eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten ist. Demgemäß ist nach § 398 Abs. 1 ZPO auch die Vernehmung von in der ersten Instanz vernommenen Zeugen zu wiederholen, wenn das Berufungsgericht deren Aussagen anders würdigen will als die Vorinstanz. Eine solche wiederholte Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit der Aussage betreffen. Diesen Anforderungen hat die Entscheidung des Landgerichts nicht entsprochen, da sich das Amtsgericht von dem Nutzungswunsch der Beklagten überzeugt hatte und auch angesichts der Entfernung des Hauptwohnsitzes und des Alters der Beklagten den Nutzungswunsch für realisierbar angesehen hat. Demgegenüber meinte das Berufungsgericht

²⁰ Beschluss vom 23. Oktober 2018 – [VIII ZR 61/18](#) – NJW RR 2019, 134 ff. = NZM 2018, 988 f. = WuM 2018, 780 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

aus Erwägungen der allgemeinen Lebenserfahrung heraus zu einem anderen Ergebnis zu gelangen, womit die Wahrheitsliebe und/oder Urteilsfähigkeit der Zeugen und der Beklagten abweichend beurteilt wurde.

Eine nochmalige Beweisaufnahme und Anhörung der Beklagten war auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagte zu einem früheren Zeitpunkt eine größere Wohnung aufgegeben und die nunmehr als zu klein empfundene Wohnung freiwillig bezogen hat. Dieser Umstand mag zwar bei der Frage, ob der Nutzungswunsch von der Beklagten ernsthaft verfolgt wird, von Bedeutung sein. Im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung kann dies jedoch erst nach Anhörung der Vermieterin und der Vernehmung von Zeugen beurteilt werden. Von daher durfte das Berufungsgericht den Aspekt der Wohnungsgröße auch nicht als „bereits objektiv nicht nachvollziehbar“ beurteilen. Zu der aus dem Eigentumsrecht ergebenden Befugnis gehört auch die Entscheidung darüber, von welchem Zeitpunkt an ein Wohnbedarf Anlass für eine Eigenbedarfskündigung sein soll. Der Wunsch, eine bestimmte Wohnung zu nutzen, lässt sich dabei nicht an objektiven Kriterien messen, sondern ist eng mit dem bisherigen Lebensweg eines Menschen, seinen Zukunftsplänen und seinen persönlichen Vorstellungen verbunden. Demgemäß kann der Beklagten der frühere Auszug aus einer größeren Wohnung nicht auf unabsehbare Zeit entgegengehalten werden.

c)

In zwei weiteren Revisionsverfahren hat sich der Senat mit der **Frage** befasst, **ob eine wegen Zahlungsverzugs ausgesprochene fristlose Kündigung mit einer ordentlichen Kündigung verbunden werden kann**. Das Berufungsgericht war davon ausgegangen, dass die ordentliche Kündigung ins Leere gehe, weil das Mietverhältnis aufgrund der wirksam ausgesprochenen fristlosen Kündigung sein sofortiges Ende gefunden habe. Die rechtzeitig erfolgte Schonfristzahlung gemäß § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB habe nur zur Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung

geführt, aber nichts daran geändert, dass bis zum Eingang der Schonfristzahlung ein Mietverhältnis nicht mehr bestanden habe. Dieser Rechtsansicht ist der Senat nicht gefolgt.²¹

Die Revisionen der Kläger hatten jeweils Erfolg, da das Berufungsgericht den Inhalt der ausgesprochenen ordentlichen Kündigungen nicht hinreichend erfasst hatte und zudem der Regelungsgehalt des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB grundlegend verkannt wurde. Das Berufungsgericht hatte die Kündigungserklärungen nur unzureichend ausgelegt, da ein Vermieter, der neben einer fristlosen Kündigung hilfsweise eine ordentliche Kündigung ausspricht damit regelmäßig zum Ausdruck bringt, dass die ordentliche Kündigung auch dann zum Zuge kommen soll, wenn die zunächst wirksam erklärte fristlose Kündigung nachträglich unwirksam wird. Im Falle einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB steht bei Zugang der Kündigungserklärung noch nicht endgültig fest, ob das Mietverhältnis tatsächlich sein Ende gefunden hat. Das Gesetz sieht jedoch verschiedene Tatbestände vor, nach denen eine wirksame fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs nachträglich unwirksam werden kann. Indem das Berufungsgerichts allein darauf abstellt, dass eine in materieller formeller Hinsicht wirksam erklärte Kündigung das Mietverhältnis aufgelöst hat, lässt es diese rechtlichen Zusammenhänge außer Acht und spaltet den einheitlichen natürlichen Lebenssachverhalt künstlich auf. Auch die Rechtsnatur als Gestaltungsrecht ändert daran nichts, weil es dem Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraumes freisteht, die Gestaltungswirkung rückwirkend entfallen zu lassen. Diese Erwägung liegt § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zugrunde, mit dem der Gesetzgeber davon Gebrauch gemacht hat, dass das ausgeübte Gestaltungsrecht und die ausgelöste Rechtswirkung der Beendigung des Mietverhältnisses im Wege einer gesetzlichen Fiktion rückwirkend als nicht eingetreten anzusehen sind. Dass mit § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB eine gesetzliche Fiktion beabsichtigt ist, ergibt sich zudem aus

²¹ Urteile vom 19. September 2018 – [VIII ZR 261/17](#) – NZM 2018, 1017 f. = WuM 2018, 758 ff. = ZMR 2019, 13 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt und – [VIII ZR 231/17](#) – MDR 2018, 1364 ff. = NJW 2018, 3517 ff. = NZM 2018, 941 ff.

dem Regelungszweck und der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung und findet im systematischen Zusammenhang zu § 543 Abs. 2 Satz 3 BGB eine Stütze. Die Verknüpfung einer fristlosen mit einer hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung ist auch rechtlich zulässig. Die hilfsweise ausgesprochene Kündigung wird unbedingt erklärt und beide Kündigungserklärungen gleichzeitig abgegeben. Der Vermieter macht nur deutlich, dass die ordentliche Kündigung erst nachrangig geprüft werden soll.

1.6. Nebenkosten

Zum Themenkreis der Nebenkosten ist über eine Entscheidung zu berichten.

Das Berufungsgericht war rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die im Mietvertrag **vereinbarte Verwaltungskostenpauschale** wegen Verstoßes gegen § 556 Abs. 4 BGB unwirksam ist und den Klägern deshalb ein Anspruch auf Rückzahlung zusteht.²²

Gemäß § 556 Abs. 1, 2 BGB bedarf es einer Umlagevereinbarung, weil nach dem Konzept des § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB an sich der Vermieter die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen hat und die Miete daher als Inklusivmiete ausgestaltet ist. Eine gesonderte Umlage bestimmter Betriebskosten dient daher einer vereinfachten Anpassung bei Kostensteigerungen, da andernfalls der Vermieter auf das aufwändigere Verfahren einer Mieterhöhung angewiesen wäre. § 556 BGB dient daher dem Schutz des Mieters vor Vereinbarungen, in denen zu dessen Nachteil von den Bestimmungen des § 556 Abs. 1 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BGB abgewichen wird. Dies gilt sowohl für Individualvereinbarungen als auch

²² Urteil vom 19. Dezember 2018 – [VIII ZR 254/17](#) – MDR 2019, 215 f. = NJW-RR 2019, 721 ff. = WuM 2019, 92 ff. = NZM 2019, 253 ff. = ZMR 2019, 328 ff. = Grundeigentum 2019, 248 f.

für allgemeine Geschäftsbedingungen, weshalb nur die enumerativ in der Betriebskostenverordnung aufgezählten Bewirtschaftungskosten als Nebenkosten vereinbart werden können. Insoweit sind aber (allgemeine) Verwaltungskosten nach der Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Betriebskostenverordnung (BetrKV) nicht umlagefähig. Die Vereinbarung hinsichtlich der Verwaltungskosten stellt sich auch nicht als eine „zusätzliche Preishauptabrede über die Nettomiete“ dar. Zwar steht es dem Vermieter frei, einen belanglosen Hinweis auf seine interne Kalkulation zu geben, mit der Folge, dass der Gesamtbetrag die Ausgangsmiete bildet. Das Landgericht ist jedoch zutreffend davon ausgegangen, dass die hier formularmäßig vereinbarte „Verwaltungskostenpauschale“ keine bloße Offenlegung als Bestandteil der Nettomiete darstellt.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind objektiv auszulegen und damit die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen. Nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung kann die im Streitfall vereinbarte Verwaltungskostenpauschale nicht als weiterer Mietbestandteil angesehen werden. Bereits die Bezeichnung zeigt eine Nähe zu den Betriebskosten, da der Grundmiete die Bezeichnung als „Pauschale“ oder als „Vorschuss“ fremd ist. Verwaltungskosten sind ferner ihrer Natur nach ebenfalls Betriebskosten (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV) werden. Dass die Verwaltungskosten von den umlagefähigen Betriebskosten ausgenommen werden, dient lediglich dazu, dass diese dem Wohnraummieter nicht als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV auferlegt werden können, während in der Geschäftsraummiете insoweit eine Umlage grundsätzlich zulässig und weit verbreitet ist. Die Berechnung der Mietkaution spricht ebenfalls gegen eine Einordnung als Teil der Grundmiete, da vorliegend die vereinbarte Kautiоn genau dem dreifachen Betrag der im Mietvertrag ausgewiesenen Nettokaltmiete entspricht. Es kommt hinzu, dass sich die Vermieterin im Mietvertrag eine Erhöhung der Betriebskostenpauschale vorbehalten hat. Auch dies spricht aus Sicht eines verständigen Mieters

dafür, dass sich der Vermieter die Erhöhungsmöglichkeit des § 560 Abs. 1 BGB eröffnen wollte.

1.7. Preisgebundener Wohnraum

Details des preisgebundenen Wohnraumrechts spielten in zwei Entscheidungen eine Rolle.

a)

In einem Hinweisbeschluss hat sich der Bundesgerichtshof zur **Zulässigkeit von einmaligen Leistungen bei Zustandekommen des Mietvertrages im Bereich des preisgebundenen Wohnraummietrechts** und zur **Möglichkeit der Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter** geäußert.

Der Bundesgerichtshof hat in dem ihm vorgelegten Fall einen Revisionszulassungsgrund verneint, weil die Frage der Wirksamkeit einer individualvertraglichen Übertragung einer Renovierung auf den Mieter im preisgebundenen Wohnraum mangels praktischer Bedeutung und kontroverser Diskussion in der Literatur keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende maßgebliche Bedeutung habe. Das Berufungsgericht hatte die Revision wegen Grundsatzbedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und zur Rechtsfortbildung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alternative 1 ZPO) zugelassen.²³

Im Bereich des preisgebundenen Wohnraummietrechts ist nach dem Wohnungsbindungsgesetz eine **Vereinbarung, nach welcher der Mieter oder für ihn ein Dritter mit Rücksicht auf die Überlassung der Wohnung eine einmalige Leistung zu erbringen hat, regelmäßig unwirk-**

²³ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 8 ff.

sam. Dadurch soll verhindert werden, dass der Mieter im Wege einer Einmalleistung für die Anmietung der Wohnung einen (Kosten) Aufwand erbringen muss, der über die höchstzulässige (Kosten-) Miete hinausgeht.²⁴ § 9 Abs. 1 WoBindG führt vorbehaltlich der § 9 Abs. 2 bis 6 WoBindG zur Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung, um die Umgehung zwingender Mietpreisvorschriften nach dem Wohnungsbindungsgesetz zu verhindern.²⁵ Der Wohnberechtigte soll nicht unter dem Druck, ein Mietvertrag würde sonst nicht geschlossen, eine Wohnung nur unter wirtschaftlichen Belastungen anmieten müssen, die aus einer missbräuchlichen Verknüpfung mit einer anderweitigen Leistung entstehen können.²⁶

Allerdings ist es auch **bei der Kostenmiete im preisgebundenen Wohnraum dem Vermieter gestattet, die Schönheitsreparaturen dem Mieter aufzuerlegen oder alternativ einen Zuschlag für die Kosten der von ihm zu tragenden Schönheitsreparaturen zu nehmen**, der sich ab 01. Januar 2014 auf bis zu 10,32 € je Quadratmeter Wohnfläche im Jahr belaufen kann.²⁷

Eine **unzulässige Einmalleistung des Mieters hat der Bundesgerichtshof im dortigen Fall verneint**. Auch war die Schwelle der zulässigen Belastung des Mieters durch die Überwälzung von Schönheitsreparaturen nicht überschritten. Der Mieter des dortigen preisgebundenen Wohnraumes hatte sich im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Mietvertrages durch eine schriftliche Erklärung verpflichtet, in der Wohnung die Schönheitsreparaturen und Säuberungsarbeiten selbst auszuführen, wofür ihm die Miete für den ersten Monat (317,46 €) nach Beginn des Mietverhältnisses erlassen wurde. Die laufenden Schönheitsreparaturen wurden nicht auf den Mieter übertragen.²⁸ Der Mieter ließ die Schönheitsreparaturen bei Beginn des Mietverhältnisses durchführen,

²⁴ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Orientierungssatz 1

²⁵ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 12.

²⁶ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 13.

²⁷ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 14.

²⁸ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 1 f.

wofür er 3063,12 € aufwandte.²⁹ Nach dem Tod des Mieters machte dessen Alleinerbin die Rückzahlung des aufgewandten Betrages abzüglich der Miete für den ersten Monat geltend. Die darauf gerichtete Klage wurde in beiden Vorinstanzen abgewiesen.³⁰ In seinem Hinweisbeschluss führte der Bundesgerichtshof aus, dass die dagegen gerichtete Revision der Klägerin keinen Erfolg haben konnte, weil dem Mieter bei der gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung mit der Übernahme der Renovierung keine Leistungen auferlegt wurden, die Verbund mit seinen sonstigen Pflichten den Rahmen der Kostenmiete übersteigen.³¹ Das Revisionsverfahren wurde durch Revisionsrücknahme erledigt.

b)

Nach zwei vom VIII. Zivilsenat abgesetzten Revisionsentscheidungen ist **im Rahmen der Umlage der Betriebskosten einer preisgebundenen Wohnung nach Maßgabe von § 20 Abs. 2 Satz 1 NMV 1970 – ebenso wie im Geltungsbereich des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB³² – auf die tatsächlichen Flächenverhältnisse abzustellen.**³³ Bei der Ermittlung der Wohnfläche sind öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen vermieteter Wohnräume weder im Rahmen einer Mietminderung noch bei der Abrechnung der Betriebskosten zu berücksichtigen, sofern die Nutzbarkeit der Räume mangels Einschreitens der zuständigen Behörden nicht eingeschränkt ist.³⁴ Im dortigen Fall hatten die Mietvertragsparteien eine Wohnfläche von 120,05 m² vereinbart, wobei die Grundfläche der Mansarde von 16,95 m² vollständig einbezogen war, während tatsächlich wegen der unter 2 m liegenden lichten Deckenhöhe der Mansarde diese nur eingeschränkt als Wohnraum zu betrachten war. In den Vorinstanzen war die auf Zahlung einer Betriebskostennachforderung gerichtete Klage jeweils erfolgreich, während die Widerklage der Beklagten auf Rückzah-

²⁹ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 3.

³⁰ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 4.

³¹ Beschluss vom 22. August 2018 – [VIII ZR 287/17](#) – juris, Rn. 14 f.

³² Urteil vom 30. Mai 2018 – [VIII ZR 220/17](#) – juris, Rn. 23 = NJW 2018, 2317; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³³ Urteil vom 16. Januar 2019 – [VIII ZR 173/17](#) – juris, Leitsatz 1 = WuM 2019, 144 f. = NZM 2019, 288 ff. = ZMR 2019, 326 ff. = Grundeigentum 2019, 313 f.

³⁴ Urteil vom 16. Januar 2019 – [VIII ZR 173/17](#) – juris, Leitsatz 2.

lung überzahlter Miete ohne Erfolg blieb. Der Bundesgerichtshof hat der Revision – soweit sie zulässig war – stattgegeben. Dabei hat er klargestellt, dass die nach dem Mietvertrag zu Wohnzwecken, also als Wohnraum, vermietete Mansarde bei der Wohnfläche grundsätzlich zu berücksichtigen ist, weil – obwohl sie wegen ihrer zu geringen Raumhöhe aufgrund öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen nicht als Aufenthaltsraum gelten kann – mangels Einschreitens der zuständigen Behörden die Nutzung tatsächlich nicht eingeschränkt ist. Das führt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch nicht zu einer Mietminderung. Für die Abrechnung von Betriebskosten gilt nichts anderes, weil die Anforderungen des Bauordnungsrechts von der mietrechtlichen Frage zu unterscheiden sind, ob die Vertragsparteien die betreffenden Räume so in den Mietvertrag einbezogen haben, dass sie diese als Wohnraum ansehen und die Räume entsprechend nutzbar sind.³⁵ Abzustellen ist für die Abrechnung jedoch auf die tatsächliche Wohnfläche, für die es nicht auf die vollständige Fläche der Mansarde ankommt, sondern wegen der eingeschränkten lichten Höhe dieses Raumes nur anteilig.³⁶ Für die Abrechnung der Betriebskosten gilt – anders als für die Frage einer Mietminderung, die erst nach Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle eintritt³⁷ – nach den gesetzlichen Vorgaben die tatsächliche Wohnfläche der betreffenden Wohnung und ihr Verhältnis zur tatsächlichen Gesamtwohnfläche der Wirtschaftseinheit.³⁸ Die Aufklärung der tatsächlichen Wohnfläche hatte das Berufungsgericht im betreffenden Fall nicht abschließend vorgenommen, weshalb das Berufungsurteil insoweit aufgehoben und zurückverwiesen wurde.³⁹

³⁵ Urteil vom 16. Januar 2019 – [VIII ZR 173/17](#) – juris, Rn. 20 f.

³⁶ Urteil vom 16. Januar 2019 – [VIII ZR 173/17](#) – juris, Rn. 23 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁷ Urteile 30. Mai 2018 – [VIII ZR 220/17](#) – juris, Rn. 16. und vom 18. November 2015 – [VIII ZR 266/14](#) – juris, Rn. 9.

³⁸ Urteil vom 16. Januar 2019 – [VIII ZR 173/17](#) – juris, Rn. 26.

³⁹ Urteil vom 16. Januar 2019 – [VIII ZR 173/17](#) – juris, Rn. 28.

2. Gewerbliches Miet- und Pachtrecht

Für diese Materie ist der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zuständig, der sich im Berichtszeitraum mit folgenden Problemstellungen befassen musste.

a)

In einem Revisionsverfahren wurde um die **Einrede der Verjährung** gestritten. Die Beklagte hatte mit Mietvertrag vom 28. Mai 2010 Gewerberäume angemietet, die sich über zwei Etagen erstreckten. Die Vermietung ist zum Zweck des Betriebs eines Rechtsanwaltsbüros erfolgt; gleichwohl hat die Beklagte das Obergeschoss seit Bezug der Immobilie zu Wohnzwecken genutzt. Vorinstanzlich ist die Beklagte zur Unterlassung der Nutzung des ersten Wohngeschosses zu Wohnzwecken verurteilt worden. Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten war ohne Erfolg.⁴⁰

Zurecht hatte das Oberlandesgericht einen **Unterlassungsanspruch aus § 541 BGB** bejaht, da diese Vorschrift für alle Mietverhältnisse gilt und sich die tatsächliche Nutzung nicht im Rahmen des vertraglich vereinbarten Nutzungszweckes hielt. Rechtsfehlerfrei war das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass der Anspruch des Vermieters aus § 541 BGB nicht verjährt war, da für den Beginn der Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 5 BGB grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Zuwiderhandlung abzustellen ist. Im Einklang hiermit hat sich der XII. Zivilsenat der Auffassung angeschlossen, dass **der aus § 541 BGB folgende Anspruch des Vermieters während des laufenden Mietverhältnisses nicht verjähren kann, solange die zweckwidrige Nutzung andauert.**

Im Wohnungseigentumsrecht ist anerkannt, dass der Unterlassungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer aus § 1004 Abs. 1 BGB bzw.

⁴⁰ Urteil vom 19. Dezember 2018 – [XII ZR 5/18](#) – MDR 2019, 342 f. = NJW 2019, 1062 ff. = NZM 2019, 143 ff.

§ 15 Abs. 3 WEG nicht verjährt, solange die Nutzung andauert. Dieser Erwägung liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schwerpunkt der Störung in der dauerhaften Aufrechterhaltung der zweckwidrigen Nutzung liegt. Diese Erwägung gilt auch im Mietrecht, da der Mieter aufgrund § 531 Abs. 1 BGB dauerhaft verpflichtet ist, die Mietsache nur im Rahmen des vertraglich vereinbarten Verwendungszwecks zu nutzen. Auch Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften stehen diese Rechtsansicht nicht entgegen, da der Gedanke des Schuldnerschutzes nicht berührt wird. Bei einer andauernden vertragswidrigen Nutzung macht der Vermieter nämlich keinen Anspruch geltend, der in der Vergangenheit entstanden ist. Da Anknüpfungspunkt des Unterlassungsanspruchs die gegenwärtige Nutzung durch den Mieter ist, bestehen keine Schwierigkeiten, die Voraussetzungen des § 541 BGB aufzuklären. Ferner würde die Einrede der Verjährung dem Vermieter die Möglichkeit nehmen, die Fortsetzung des vertragswidrigen Gebrauchs der Mietsache zu verhindern und er müsste diese bis zur Beendigung des Mietverhältnisses dulden. Damit hätte es der Mieter in der Hand, das Mietverhältnis inhaltlich umzugestalten.

Ebenso hatte das Berufungsgericht fehlerfrei eine **Verwirkung des Anspruchs verneint**, da es hierfür neben eines längeren Zeitablaufs auch eines Umstandsmoments bedürfe, das das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertige, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen. Die tatrichterliche Würdigung hinsichtlich der Verneinung des Umstandsmoments ist nach Maßgabe des § 242 BGB im Streitfall nicht zu beanstanden.

b)

Eine weitere Entscheidung enthält im Zusammenhang mit der Frage, ob ein **Vertrag über die Anbringung von Werbung auf mobilen Werbeflächen** als **Mietvertrag** anzusehen ist, die Bestätigung bereits bekannter Rechtsprechungsgrundsätze. Insoweit ist anerkannt, dass nicht die – als Werkleistung anzusehende – Anbringung der Werbung, sondern die

nachfolgend dauerhafte Bereitstellung der Werbeflächen als vertragscharakteristische Leistung im Vordergrund steht.⁴¹

c)

In gleicher Weise hat der Bundesgerichtshof in einem – auf umfassender Würdigung des Sach- und Streitstandes beruhenden – Versäumnisurteil⁴² entschieden, dass auf einen **Vertrag über die Anbringung von Werbung auf einem Kraftfahrzeug** gegen Entgelt die Vorschriften über den **Mietvertrag** anzuwenden sind.⁴³

Das Berufungsgericht hatte wie schon das Amtsgericht die auf Zahlung des vereinbarten Entgelts nebst Zinsen und Nebenkosten gerichtete Klage abgewiesen. Es hatte den Vertrag als Werkvertrag angesehen, weil die erwartete Werbewirksamkeit als geschuldeter Erfolg im Vordergrund stehe. Die Werbewirksamkeit als wesentlicher Bestandteil des Vertrages sei aber mangels Angaben über den zeitlichen und räumlichen Einsatz des Fahrzeugs nicht hinreichend charakterisiert und bestimmbar, weshalb der Vertrag mangels Bestimmbarkeit der geschuldeten Werkleistung unwirksam sei.⁴⁴

Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. In der Zurverfügungstellung einer konkreten Werbefläche auf dem der Klägerin gehörenden Fahrzeug liegt eine Gebrauchsüberlassung gemäß § 535 BGB, bei der es einer Besitzverschaffung ausnahmsweise nicht bedarf. Die Überlassung einer Werbefläche auf einem in Benutzung der Bildungseinrichtung stehenden Kraftfahrzeug unterscheidet sich rechtlich nicht von der Reklame an Straßenbahnen, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Mietverhältnis qualifiziert worden ist. Soweit der Senat ähnlich gelagerte Werbegestaltungen als Rechtspacht eingestuft hatte, führt dies gemäß

⁴¹ Urteil vom 19. Dezember 2018 – [XII ZR 14/18](#) – MDR 2019, 214 f. = WuM 2019, 74 f. = ZMR 2019, 332 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴² Versäumnisurteil vom 07. November 2018 – [XII ZR 109/17](#) – juris, Rn. 3 = MDR 2019, 88 f. = ZMR 2019, 335 f.

⁴³ Versäumnisurteil vom 07. November 2018 – [XII ZR 109/17](#) – juris, Leitsatz.

⁴⁴ Versäumnisurteil vom 07. November 2018 – [XII ZR 109/17](#) – juris, Rn. 4 f.

§ 581 Abs. 2 BGB ebenfalls zur Anwendung von Mietrecht.⁴⁵ Bei der dem Urteil des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 19. Juni 1984 (– X ZR 93/83 –)⁴⁶ zu Grunde liegenden Fallgestaltung lag der Schwerpunkt demgegenüber ersichtlich auf werkvertraglichen Leistungen, so dass diese Entscheidung nicht entgegenstand.⁴⁷

d)

Ein weiteres Revisionsverfahren rankte sich um die **Ausübung einer Verlängerungsoption gegenüber dem Zwangsverwalter**. Das Optionsrecht war dabei dem Zwangsverwalter per Computer-FAX übermittelt worden, welches keine Unterschrift trug. Der Senat ist – ebenso wie das Berufungsgericht – von einer wirksamen Ausübung der Verlängerungsoption ausgegangen.⁴⁸

Der Zwangsverwalter war der richtige Adressat für den Zugang der Optionsausübung, da er die Rechte des Schuldners im Rahmen der ihm nach § 152 ZVG obliegenden Aufgaben wahrzunehmen hatte. Damit war er auch für einseitige, den Vertrag betreffende Willenserklärung des Mieters allein empfangszuständig. Die **fehlende Unterschrift unter dem Computer-FAX stellte auch keinen Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB dar**, da es sich bei dieser Option um ein bereits im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht handelt. Insoweit **greift die Vorschrift des § 550 BGB deshalb nicht ein**, weil sich allein die ursprüngliche vertragliche Bestimmung am Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB messen lassen muss. Diese wirkt unmittelbar nur auf das bereits bestehende Mietverhältnis ein, indem sie die ursprünglich vereinbarte Vertragslaufzeit ändert. Auch Sinn und Zweck des § 550 BGB werden nicht berührt, da dieser in erster Linie dem Informationsbedürfnis und dem Schutz des in den Vertrag eintretenden Erwerbers dient (§ 566

⁴⁵ Versäumnisurteil vom 07. November 2018 – [XII ZR 109/17](#) – juris, Rn. 10, m.w.N.

⁴⁶ Urteil vom 19. Juni 1984 – X ZR 93/83 – NJW 1984, 2406 f.

⁴⁷ Versäumnisurteil vom 07. November 2018 – [XII ZR 109/17](#) – juris, Rn. 11.

⁴⁸ Urteil vom 21. November 2018 – [XII ZR 78/17](#) – MDR 2019, 151 ff. = NJW 2019, 990 ff. = NZM 2019, 172 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Abs. 1 BGB). Enthält die Mietvertragsurkunde eine Verlängerungsoption, so kann sich der Grundstückswerber unschwer beim Mieter erkundigen, ob diese Option ausgeübt worden ist.

e)

Rein verfahrensrechtliche Fragen behandelt ein Streitfall, in dem der Beklagten als Vertragshändlerin der B AG ein **Sonderkündigungsrecht für den Fall** eingeräumt worden war, **dass der Händlervertriebsvertrag beendet wurde oder die B. AG eine Standortänderung vom Mieter verlangte**. Die Beklagte hatte ein eigenes Grundstück erworben und auf diesem einen neuen Betriebsstandort errichten lassen. Zur Begründung ihrer Kündigung hatte die Beklagte auf zwei Schreiben der B. AG verwiesen, nach deren Inhalt die Verlagerung der Betriebsstätte an einen anderen Standort verlangt wurde. Die Klägerin war vorinstanzlich der Ansicht, dass es sich bei diesen Schreiben um reine „**Gefälligkeitsbescheinigungen**“ handle und die Beklagte die Voraussetzungen für das Sonderkündigungsrecht treuwidrig selbst herbeigeführt habe. Die Vorinstanzen waren davon ausgegangen, dass die Kündigung wirksam ausgesprochen wurde. Dieser Auffassung ist der Senat nicht gefolgt und hat die **angefochtene Entscheidung nach § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben**.⁴⁹

Das Berufungsgericht hatte den **Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt**, weil die Kläger vorinstanzlich vorgetragen hatten, dass der Händlervertrag der Beklagten verlängert worden wäre, wenn sie eine den „Standards 2013+“ entsprechende neue Betriebsstätte in Betrieb genommen hätte. Der durch Vernehmung des Zeugen K angetretene Beweisantrag war weder unzulässig, noch fehlte es an der Eignung des Beweismittels. Ein **Beweiseintrag ist nur unter sehr engen Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich anzusehen**, wobei im Streitfall nicht erkennbar wäre, dass der Beweisantritt „ins Blaue hinein“

⁴⁹ Beschluss vom 12. Dezember 2018 – [XII ZR 99/17](#) – MDR 2019, 302 f. = NJW RR 2019, 380 f. = NZM 2019, 255 f.

gemacht worden wäre. Diesbezüglich hatten die Kläger aber vorgebracht, dass im maßgeblichen Zeitraum noch zahlreiche Autohäuser von Vertragshändlern der B. AG den neuen Standards noch nicht entsprochen hätten.

Auch eine Ungeeignetheit des Beweismittels ist nicht erkennbar, da dies nur dann der Fall wäre, wenn völlig ausgeschlossen erscheint, dass die Vernehmung sachdienliche Erkenntnisse erbringen würde. Weder die Unwahrscheinlichkeit der Tatsache noch die Unwahrscheinlichkeit der Wahrnehmung der Tatsache durch den benannten Zeugen berechtigen dazu, von einer Beweisaufnahme abzusehen. Demgemäß hätte das Berufungsgericht die Vernehmung des von den Klägern angebotenen Zeugen nicht ablehnen dürfen.

Dieser Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich, denn nach dem Rechtsgedanken des § 562 BGB muss das Verlangen der B. AG nach Verlagerung des Standortes ernsthaft gewesen sein und der dafür gesetzte zeitliche Rahmen hätte nicht ernsthaft zur Disposition stehen dürfen.

3. Wohnungseigentumsrecht

Zuständig für das Wohnungseigentumsrecht ist der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, der im Berichtszeitraum die folgenden maßgeblichen Entscheidungen getroffen hat.

a)

Nach einem Revisionsurteil kann ein **Beschlussergebnis nicht unter der Bedingung festgestellt werden, dass kein Wohnungseigentümer**

innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht. Geschieht dies dennoch, ist ein Beschluss nicht zu Stande gekommen.⁵⁰

Die Beklagten hatten in ihrer zur Wohnungseigentumsanlage gehörenden Wohnung den Fußbodenaufbau verändert, der aus einer Balkenlage mit Einschub von Sand, Asche und Lehm, darauf gelagerten Holzbrettern, einer darauf verschraubten Pressspanplatte, einem PVC- oder Linoleumbelag und darauf verlegtem Laminat bestand, indem sie die Pressspanplatte, den PVC- bzw. Linoleumbelag sowie das Laminat durch Eichenparkett ersetzten. Außerdem wollten sie die zu ihrer Wohnung gehörenden Dachgauben durch eine andere Dachgaube mit vorgelagerter Loggiafläche sowie ein Dachflächenfenster ersetzen, wozu der Verwalter den Wohnungseigentümern eine Beschlussvorlage zur Abstimmung mit Fristsetzung zum 08. März 2013 übersandte. Vor Fristablauf stimmte ein Wohnungseigentümer mit Nein, was er jedoch nach Fristablauf zurückzog und mit Ja stimmte. Der Verwalter teilte danach mit Schreiben vom 15. März 2013 den Wohnungseigentümern mit, der Beschluss sei eigentlich abgelehnt, jedoch werde der Beschlussantrag als angenommen gelten, wenn bis zum 24. März 2013 kein Wohnungseigentümer widerspreche. Ein Widerspruch wurde nicht erhoben. Die Beklagten führten die Umbaumaßnahmen entsprechend der Beschlussvorlage durch.⁵¹ Die Kläger – Eigentümer der unter derjenigen der Beklagten liegenden Wohnung – verlangten danach die Schaffung einer Schalldämmung gemäß DIN 4109 in der Ausgabe von 1989 sowie Beseitigung der neu geschaffenen Dachgaube mit vorgelagerter Loggiafläche und Wiederherstellung des vorherigen Zustands. Die darauf gerichtete Klage hatte in keiner Instanz Erfolg.⁵²

⁵⁰ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Leitsatz = NJW-RR 2019, 73 ff. = MDR 2018, 1432 f. = WuM 2018, 802 ff. = ZMR 2019, 55 ff. = NZM 2019, 94 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵¹ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 2 ff.

⁵² Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 4.

Ein Anspruch der Kläger aus §§ 1004 Abs. 1 BGB; 15 Abs. 3 WEG in Verbindung mit 14 Nr.1 WEG bestand nicht.⁵³ Die Kläger konnten keine Verbesserung des Schallschutzniveaus verlangen, weil die Beklagten nicht in den zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Fußbodenaufbau eingegriffen hatten und es sich überdies selbst dann, wenn die Holzspannplatte im Gemeinschaftseigentum gestanden haben sollte, nicht um grundlegende Um- und Ausbauarbeiten, sondern um typische Sanierungsmaßnahmen handelte.⁵⁴ Der nach § 14 Nr. 1 WEG zu gewährende **Schallschutz richtet sich grundsätzlich nach der zur Zeit der Errichtung geltenden Ausgabe der DIN 4009**, wenn ein vorhandener Bodenbelag durch einen anderen ersetzt und dabei nicht in den Estrich und die Geschosdecke eingegriffen wird. Wird demgegenüber bei grundlegenden Um- oder Ausbauten in das gemeinschaftliche Eigentum eingegriffen, sind die im Zeitpunkt der Baumaßnahme geltenden Anforderungen an den Schallschutz maßgeblich.⁵⁵

Auch eine Entfernung der neu errichteten Gaube und Wiederherstellung des vorherigen Zustands nach §§ 1004 Abs. 1 BGB; 15 Abs. 3 WEG in Verbindung mit 14 Nr. 1 WEG hatte das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht verneint.⁵⁶ Durch die **Errichtung der Gaube mit vorgelagerter Loggiafläche** hatten die Beklagten eine **bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums im Sinne von § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG** vorgenommen, die über die ordnungsgemäße Instandhaltung oder Instandsetzung hinausgeht. Dies bedurfte der **Zustimmung** derjenigen Wohnungseigentümer, denen dadurch über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG erwächst, und damit im vorliegenden Fall **aller Wohnungseigentümer**, weil durch die Errichtung einer zuvor nicht vorhandenen Loggia aus der Dachfläche regelmäßig die Instandsetzung des

⁵³ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 8.

⁵⁴ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 10 ff.

⁵⁵ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 9.
unter Bezugnahme auf BGH, Urteile vom 16. März 2018 – [V ZR 276/16](#) – juris, Rn. 5, 9 = NJW 2018, 2123 und vom 01. Juni 2012 – [V ZR 195/11](#) – juris, Rn. 9 ff. = NJW 2012, 2725.

⁵⁶ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 13 ff.

gemeinschaftlichen Eigentums erschwert wird, woraus sich ein Nachteil für alle Wohnungseigentümer ergibt. Außerdem stellt die Maßnahme eine erhebliche optische Veränderung des gesamten Gebäudes dar, die ebenfalls die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich macht.⁵⁷

Im schriftlichen Verfahren nach § 23 Abs. 3 WEG hatten nicht alle Wohnungseigentümer dem Beschluss zugestimmt, weil ein Wohnungseigentümer innerhalb der gesetzten Frist mit Nein gestimmt hatte. Ob der Eigentümer sein Stimmverhalten ändern und der Verwalter die Änderung zum Anlass für eine erneute Abstimmung nehmen dürfte, konnte der Bundesgerichtshof offen lassen, weil es bereits an einer wirksamen Verkündung eines auf dieser Grundlage gefassten Beschlusses fehlt. Denn im schriftlichen Verfahren kommt ein Beschluss erst mit der Feststellung und einer an alle Wohnungseigentümer gerichteten Mitteilung des Ergebnisses zu Stande.⁵⁸ Anders als vom Berufungsgericht angenommen kann das Schreiben des Verwalters vom 15. März 2013 nicht als eine durch den Widerspruch eines Wohnungseigentümers auflösend bedingte Feststellung eines Ergebnisses angesehen werden, weil wegen der konstitutiven Wirkung dieser Feststellung aus Gründen der Rechtssicherheit, auf welche die Wohnungseigentümer wegen der nur einmonatigen Anfechtungsfrist (§ 46 Abs. 1 Satz 2 WEG) angewiesen sind, eine verbindliche Feststellung erforderlich ist. Dadurch ist die Feststellung eines unter einer Bedingung stehenden Ergebnisses ausgeschlossen. Steht ein Beschlussergebnis daher unter der Bedingung, dass kein Wohnungseigentümer innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht, ist ein Beschluss nicht zu Stande gekommen.⁵⁹

⁵⁷ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 14 mit Hinweis auf BGH, Urteile vom 07. Februar 2014 – [V ZR 25/13](#) – juris, Rn. 11 f. = NJW 2014, 1090 und vom 14. Dezember 2012 – [V ZR 224/11](#) – juris, Rn. 5 = BGHZ 196, 45.

⁵⁸ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 15 mit Hinweis auf BGH, Beschluss vom 23. August 2001 – [V ZB 10/01](#) – BGHZ 148, 335 (347).

⁵⁹ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 16 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 07. Februar 2014 – [V ZR 25/13](#) – juris, Rn. 8 = NJW 2014, 1090 und Beschluss vom 23. August 2001 – [V ZB 10/01](#) – BGHZ 148, 335 (341 f.; 345).

Im Ergebnis war das Berufungsurteil aber trotzdem richtig, weil auch ohne das Zustandekommen eines Beschlusses die Zustimmung aller Wohnungseigentümer vorlag, weshalb die Kläger nicht die Rückgängigmachung der Baumaßnahme verlangen konnten.⁶⁰ Insbesondere hatten auch die Kläger zugestimmt, indem der Kläger zu 2 die Beschlussvorlage unterschrieb, wobei aufgrund der Gestaltung des Vordrucks von seiner Bevollmächtigung auch für die Klägerin zu 1 oder zumindest von der nachträglichen Billigung durch die Klägerin zu 1 auszugehen war.⁶¹ Die Frage, ob den Anforderungen des § 22 Abs. 1 WEG bereits aufgrund der Zustimmung aller Wohnungseigentümer genüge getan ist oder ob grundsätzlich eine Entscheidung durch förmlichen Beschluss erforderlich wäre, konnte offen bleiben, weil es jedenfalls unter dem **Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt, dass die Kläger die Rückgängigmachung einer Baumaßnahme verlangen, der sie und alle anderen Wohnungseigentümer zugestimmt hatten.**⁶² Die erforderliche Abwägung aller Umstände des Einzelfalls führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass die Interessen der einen Seite im Hinblick auf das Verhalten der anderen Seite als schutzwürdig erscheinen und deshalb ein Abweichen von der an sich bestehenden Rechtslage geboten ist.⁶³

b)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde die **Rechtsprechung zur Beschlussfassung über den einheitlichen Einbau und die einheitliche Wartung und Kontrolle von Rauchwarnmeldern in Wohnungseigentumsanlagen fortgeführt.**

Ein auf der Grundlage einer entsprechenden landesrechtlichen Pflicht gefasster Beschluss der Wohnungseigentümer über den einheitlichen Einbau und die einheitliche Wartung und Kontrolle von Rauchwarnmeldern

⁶⁰ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 17.

⁶¹ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 18.

⁶² Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 19.

⁶³ Urteil vom 06. Juli 2018 – [V ZR 221/17](#) – juris, Rn. 20.

in allen Wohnungen durch ein Fachunternehmen entspricht regelmäßig auch dann ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn er auch Wohnungen einbezieht, in denen Eigentümer bereits Rauchwarnmelder angebracht haben.⁶⁴

Die Wohnungseigentümer der aus 32 Einheiten bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft in Nordrhein-Westfalen beschlossen vor dem Hintergrund der nach der Landesbauordnung bestehenden Pflicht zur Nachrüstung vorhandener Wohnungen mit Rauchwarnmeldern, den Einbau, die Wartung und Kontrolle von Rauchwarnmeldern für sämtliche Wohnungen der Anlage durch eine Fachfirma, wobei die Anschaffungskosten je Gerät aus der Instandhaltungsrücklage finanziert und die jährlichen Wartungskosten über die Jahresabrechnung nach Miteigentumsanteilen umgelegt werden sollten. Die Kläger hatten ihre Wohnungen bereits selbst mit Rauchwarnmeldern ausgestattet und wollten von dieser Regelung ausgenommen werden, weshalb sie den Beschluss angefochten haben. Sie hatten in keiner Instanz Erfolg.⁶⁵

Die Wohnungseigentümer haben die Beschlusskompetenz über den Einbau von Rauchwarnmeldern in alle Wohnungen der Anlage.⁶⁶ Der Bundesgerichtshof hat nunmehr klargestellt, dass die Wohnungseigentümer nicht grundsätzlich gehindert sind, den Einbau von neuen Rauchwarnmeldern auch für Räume zu beschließen, in denen Wohnungseigentümer bereits eigene Rauchwarnmelder angebracht haben. Ein unzulässiger Eingriff in das Sondereigentum ist nach der bestehenden Rechtsprechung mit dem Einbau von Rauchwarnmeldern nicht verbunden. Ob Rücksichtnahme darauf geboten ist, dass einzelne Eigentümer ihrer Einbaupflicht bereits nachgekommen sind, ist keine Frage der Beschluss-

⁶⁴ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Leitsatz und Rn. 12 = NJW-RR 2019, 401 ff. = MDR 2019, 216 f. = WuM 2019, 105 ff. = NZM 2019, 214 ff. = ZMR 2019, 291 ff. = Grundeigentum 2019, f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁵ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 1 f.

⁶⁶ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 6 f. mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 08. Februar 2013 – [V ZR 238/11](#) – juris, Rn. 7 = NZM 2013, 512).

kompetenz, sondern eine solche der ordnungsmäßigen Verwaltung.⁶⁷ Auch die Entscheidung über eine regelmäßige Kontrolle und Wartung der aufgrund eines Beschlusses angebrachten Rauchwarnmelder, die nicht im Sondereigentum stehen, unterliegt gemäß § 21 Abs. 1, 3 und Abs. 5 Nr. 2 WEG der Beschlusskompetenz.⁶⁸ Dem steht nicht entgegen, dass nach der einschlägigen Landesbauordnung (hier: § 49 Abs. 7 Satz 4 BauO NRW) grundsätzlich der unmittelbare Besitzer zur Sicherstellung der Betriebsbereitschaft der Rauchwarnmelder verpflichtet ist, weil damit (nur) eine sachgerechte Kosten- und Lastenverteilung zwischen Eigentümer und unmittelbaren Besitzer sichergestellt werden sollte. Einem Beschluss der Wohnungseigentümer, die einheitliche Wartung der neu eingebauten Rauchwarnmelder durch eine Fachfirma zu beschließen, steht dies nicht entgegen.⁶⁹

Wie der Bundesgerichtshof nunmehr entschieden hat, entspricht ein auf der Grundlage einer entsprechenden landesrechtlichen Pflicht gefasster Beschluss der Wohnungseigentümer über den einheitlichen Einbau sollte die einheitliche Wartung und Kontrolle von Rauchwarnmeldern in allen Wohnungen durch ein Fachunternehmen regelmäßig auch dann ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG), wenn er auch Wohnungen einbezieht, in denen Eigentümer bereits Rauchwarnmeldern angebracht haben.⁷⁰ Die berechtigten Interessen der Wohnungseigentümer an einer einheitlichen Regelung von Einbau und Wartung von Rauchwarnmelder in allen Wohnungen der Anlage ergeben sich daraus, dass damit auch der Schutz aller Bewohner und Besucher der Wohnanlage und des gemeinschaftlichen Eigentums und damit auch die Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG bezweckt werden. So kann die Gemeinschaft sicherstellen, dass die Rauchwarnmelder von guter Qualität sind, den einschlägigen DIN-Normen entsprechen und

⁶⁷ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 8 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 08. Februar 2013 – [V ZR 238/11](#) – juris, Rn. 14 ff. = NZM 2013, 512.

⁶⁸ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 9 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 08. Februar 2013 – [V ZR 238/11](#) – juris, Rn. 15 = NZM 2013, 512.

⁶⁹ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 10.

⁷⁰ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 11 ff., 15 f.

durch qualifiziertes Fachpersonal installiert und gewartet werden.⁷¹ Außerdem hat die Wohnungseigentümergeinschaft ein schutzwürdiges Interesse daran, durch die einheitliche Regelung versicherungsrechtliche Risiken zu minimieren.⁷² Ein Anspruch einzelner Wohnungseigentümer, von der mehrheitlich beschlossenen Regelung ausgenommen zu werden, weil sie eine individuelle Lösung vorziehen, besteht demgegenüber nicht wegen der andernfalls erforderlichen Kontrolle der individuellen Erfüllung der bestehenden Verpflichtungen, die mit Unsicherheiten und insbesondere in größeren Wohnungseigentumsgemeinschaften mit Unübersichtlichkeit und erheblichem Mehraufwand verbunden wäre. Die einheitliche Lösung stellt daher – auch in kleineren Gemeinschaften – den praktikabelsten und sichersten Weg zur Erfüllung der bestehenden Pflicht zum Einbau und zur Wartung von Rauchwarnmeldern dar und hält sich im Rahmen des den Wohnungseigentümern eingeräumten Ermessens, zumal die finanzielle Mehrbelastung der Wohnungseigentümer, die ihre Wohnung bereits mit Rauchwarnmeldern ausgestattet haben, gering ist. Sofern ein solcher Wohnungseigentümer meint, seine individuell angeschafften Rauchwarnmelder seien qualitativ höherwertig, steht es ihm frei, diese weiterhin neben denjenigen der Gemeinschaft beizubehalten.⁷³

c)

Um die **nachträgliche Anbringung von Verschattungsanlagen durch Wohnungseigentümer** ging es in einem weiteren Revisionsverfahren.⁷⁴

Die Kläger hatten die Beseitigung von Jalousien verlangt. In der Teilungserklärung wurde auf die als Anlage beigefügte Baubeschreibung Bezug genommen, in welcher keine Verschattungsanlagen erwähnt waren. Zu der Baugenehmigung gehörte eine allgemeine Baubeschreibung, in welcher Jalousien zur Verschattung vorgesehen waren. Der Einbau von

⁷¹ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 18.

⁷² Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 19, m.w.N.

⁷³ Urteil vom 07. Dezember 2018 – [V ZR 273/17](#) – juris, Rn. 21 f.

⁷⁴ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Leitsatz = NJW-RR 2018, 1165 ff. = MDR 2018, 1366 f. = WuM 2018, 596 ff. = NZM 2018, 794 ff = ZMR 2019, 47 ff. = Grundeigentum 2018, 1065 ff.

Jalousien unterblieb zunächst.⁷⁵ In diesem Zustand hatten die Kläger ihre Wohneinheit im Jahr 2004 erworben.⁷⁶ Im Jahr 2012 fasste die Eigentümersammlung einen Mehrheitsbeschluss, der den Eigentümern gestattet, hofseitig fach- und sachgerechte Jalousien, Lamellen und feste Verschattungen zu installieren. Der Verwalter sollte Angebote zur technischen Lösung einholen, wonach über die Ausführung und Realisierung durch Beschluss entschieden werden sollte. Im September 2013 ließen die Beklagten an ihrer Wohnung außen Jalousien anbringen.⁷⁷ Die Kläger hatten mit ihrem Beseitigungsverlangen in beiden Tatsacheninstanzen keinen Erfolg.⁷⁸ Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.⁷⁹

Den Klägern kann ein Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB bzw. § 15 Abs. 3 WEG zu stehen, wenn ein Verstoß gegen die in § 23 Abs. 1 in Verbindung mit § 14 Nr. 1 WEG geregelten Pflichten vorliegt. Die Anbringung der Außenjalousien ist eine bauliche Maßnahme, welche das gemeinschaftliche Eigentum betrifft.⁸⁰

Die Kläger sind als Wohnungseigentümer für den geltend gemachten Beseitigungsanspruch aktivlegitimiert und mangels entgegenstehenden Beschlusses der Eigentümergemeinschaft auch prozessführungsbefugt.⁸¹

Zum Vorliegen eines Nachteils im Sinne von § 22 Abs.1 Satz 1 in Verbindung mit § 14 Nr. 1 WEG hatte das Berufungsgericht allerdings keine Feststellungen getroffen, weshalb zu Gunsten der Kläger revisionsrechtlich vom Vorliegen eines solchen Nachteils auszugehen war.⁸² Rechtsfehlerhaft war das Berufungsurteil, weil die Feststellungen des Berufungsge-

⁷⁵ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 1 ff.

⁷⁶ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 3.

⁷⁷ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 4.

⁷⁸ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 5.

⁷⁹ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 5, 23.

⁸⁰ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 9.

⁸¹ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 9.

⁸² Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 9.

richts dessen Annahme nicht getragen haben, die Anbringung der Verschattunganlage stelle eine Maßnahme zur Herstellung eines ordnungsgemäßen Erstzustandes dar.⁸³ Eine gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG die Zustimmung jedes durch die Maßnahme über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinausgehend betroffenen Wohnungseigentümers erfordernde bauliche Veränderung liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht vor, wenn die Maßnahme der erstmaligen plangerechten Herrichtung des Gemeinschaftseigentums dient. Diese kann jeder Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 5 Nr. 2 WEG von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft verlangen. Ein Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB ist diesbezüglich ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 20. Juli 2018 – V ZR 56/17 – juris, Rn. 11 m.w.N.). Der ordnungsgemäße Anfangszustand des Gemeinschaftseigentums ist hierzu in erster Linie anhand des Teilungsvertrags (§ 3 WEG) bzw. der Teilungserklärung (§ 8 WEG) in Verbindung mit dem gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG in Bezug genommenen Aufteilungsplan zu bestimmen. Erforderlichenfalls müssen tatsächliche Bauausführung und Aufteilungsplan zur Übereinstimmung gebracht werden.⁸⁴ Auch die öffentlich-rechtlichen Anforderungen an einen Aufenthaltsraum müssen erfüllt sein, um den plangerechten Zustand einer Teileigentumseinheit herbeizuführen. Allerdings war anhand der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend zu beurteilen, ob die Anbringung der Jalousien öffentlich-rechtlich vorgeschrieben ist.⁸⁵ Dafür genügt nicht, dass eine "allgemeine Baubeschreibung", in der Jalousien zur Verschattung erwähnt sind, Bestandteil der Baugenehmigung ist, weil die bloße Ausführung eines in den Anlagen zum Bauantrag aufgeführten Ausstattungsmerkmals nicht die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit des Bauvorhabens beeinflusst. Letztere hängt allein davon ab, ob das Ausstattungsmerkmal nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderlich ist oder ob die Baugenehmigung eine

⁸³ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 10.

⁸⁴ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 12, m.w.N.

⁸⁵ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 13.

entsprechende Auflage enthält.⁸⁶ Hierzu fehlten Feststellungen des Berufungsgerichts.⁸⁷

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wohnungseigentümer untereinander über die der in der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan vorgesehenen Abgrenzung des Gemeinschaftseigentums von dem Sondereigentum und der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Anforderungen an das gemeinschaftliche Eigentum hinausgehend die Herstellung bestimmter Ausstattungsmerkmale des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen können, konnte der Bundesgerichtshof mangels Entscheidungserheblichkeit offen lassen.⁸⁸

Auf eine Duldungspflicht der Kläger aufgrund eines wirksamen Beschlusses der Wohnungseigentümer kam es im Ergebnis ebenfalls nicht an, obwohl der im Jahr 2012 gefasste Mehrheitsbeschluss bereits eine verbindliche Regelung über die Durchführung der Maßnahme enthielt und es lediglich an einem Ausführungsbeschluss zum "Wie" fehlte. Hieraus hätte sich eine Duldungspflicht ergeben können.⁸⁹ Auch wenn möglicherweise nicht alle Wohnungseigentümer zugestimmt hatten, führte dies nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.⁹⁰ Da die Tatsacheninstanzen keine Feststellungen dazu getroffen hatten, ob der Beschluss wirksam zustande gekommen und unanfechtbar geworden ist, muss den Parteien hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden (Art. 103 Abs. 1 GG).⁹¹

Sofern sich aus dem Beschluss aus dem Jahr 2012 keine Duldungspflicht der Kläger ergeben sollte, kann sich eine Duldungspflicht aus der öffentlich-rechtlichen Erforderlichkeit der Anbringung der Jalousien ergeben, wozu den Beklagten Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag zu geben

⁸⁶ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 14.

⁸⁷ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 15.

⁸⁸ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 16 ff.

⁸⁹ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 20 und 24.

⁹⁰ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 21, m.w.N.

⁹¹ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 22.

ist. Ist die Anbringung der Jalousien öffentlich-rechtlich erforderlich, ist die Abweisung der Klage zu Recht erfolgt.⁹² Ein Fehlen der bauordnungsrechtlichen Erforderlichkeit allein führt nicht zur Begründetheit der Klage, weil die Kläger nicht schon deshalb gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Beseitigung der Jalousien verlangen können. Ein solches Beseitigungsverlangen setzt auch hier nicht die Klärung der umstrittenen Frage voraus, ob formelle Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Maßnahme nach § 23 Abs. 1 WEG ein entsprechender Wohnungseigentümerbeschluss ist oder eine formlose Zustimmung derjenigen Wohnungseigentümer ausreicht, deren Zustimmung gemäß § 22 Abs. 1 in Verbindung mit § 14 Nr. 1 WEG erforderlich ist, weil – wie auch im vorerwähnten Fall – auch wenn ein förmlicher Beschluss erforderlich wäre, ein Beseitigungsverlangen rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) wäre, wenn es auf eine Leistung zielt, die alsbald zurückzugewähren wäre, weil der Wohnungseigentümer Anspruch auf einen Gestattungsbeschluss nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WEG zur Vornahme der Maßnahme hat. Ein solcher Anspruch besteht, wenn die von der Maßnahme nachteilig betroffenen Eigentümer zugestimmt haben oder es an einer Beeinträchtigung, die über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus geht, fehlt.⁹³ Feststellungen zum Ausmaß entstehender Nachteile hatte das Berufungsgericht von seinem Ausgangspunkt her zutreffend nicht getroffen. Dies wäre erforderlichenfalls nachzuholen, wobei der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen hat, dass eine erhebliche Beeinträchtigung nicht erforderlich ist, sondern nur ganz geringfügige Beeinträchtigungen außer Betracht bleiben. Maßgeblich ist, ob sich nach der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entsprechenden Lage verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann. Der Nachteil muss aber über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehen, wobei auch bauliche Besonderheiten der Wohnanlage zu berücksichtigen sein können, wie vorliegend beispielsweise die

⁹² Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 25.

⁹³ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 27, m.w.N.

großen, nach Südosten ausgerichteten Fenster, welche ein besonderes Interesse an einem Wärmeschutz begründen können.⁹⁴

Sofern die Anbringung der Jalousien eine Modernisierung im Sinne des § 22 Abs. 2 WEG darstellen und die Beklagten bis zum Schluss der neuen mündlichen Verhandlung eine Genehmigung der Wohnungseigentümer durch Beschluss mit der für eine Modernisierung erforderlichen Mehrheit herbeiführen sollten, stünde dies einem Erfolg der Klage nicht entgegen, wenn die Kläger durch die Maßnahme im Sinne des § 22 Abs. 2 WEG bei der erforderlichen wertenden Betrachtung und Abwägung mit den mit der Modernisierung verfolgten Vorteilen unbillig beeinträchtigt werden.⁹⁵

d)

Nach einer weiteren Revisionsentscheidung haben die Wohnungseigentümer die **Kompetenz zu beschließen, dass ein konkreter Wirtschaftsplan bis zur Beschlussfassung über den nächsten Wirtschaftsplan fortgelten soll.** Demgegenüber bedarf eine abstrakt-generelle Regelung des Inhalts, dass jeder künftige Wirtschaftsplan bis zur Verabschiedung eines neuen fortgelten soll, der Vereinbarung.⁹⁶ Der Verwalter wird weder durch einen konkreten Fortgeltungsbeschluss noch durch eine generelle Vergütungsvereinbarung von der Pflicht entbunden, auch für das folgende Kalenderjahr einen Wirtschaftsplan aufzustellen.⁹⁷

In der Teilungserklärung der betreffenden Wohnungseigentümergeinschaft war geregelt, dass der Wirtschaftsplan jeweils für ein Geschäftsjahr im Voraus vom Verwalter von Jahresbeginn aufgestellt werden soll, der für alle Eigentümer verbindlich ist und nur durch einen Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer geändert werden kann. In der Wohnungseigen-

⁹⁴ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 28.

⁹⁵ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 56/17](#) – juris, Rn. 29.

⁹⁶ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Leitsatz 1 und Rn. 8 = MDR 2019, 601 f. = WuM 2019, 347 ff. = NZM 2019, 374 f. = ZMR 2019, 416 ff. = Grundeigentum 2019, 607 ff); an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁹⁷ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Leitsatz 2 und Rn. 15.

tümerversammlung im Jahr 2014 beschlossen die Eigentümer auf Antrag des Verwalters, den Gesamtwirtschaftsplan 2015 zu genehmigen, "der so lange Gültigkeit hat, bis über einen neuen Wirtschaftsplan beschlossen wird." Hiergegen wandte sich der klagende Wohnungseigentümer, der die Feststellung erreichen wollte, dass dieser Beschluss nichtig ist, hilfsweise das er insoweit nichtig ist, als er so lange Gültigkeit haben soll, bis über einen neuen Wirtschaftsplan beschlossen ist.⁹⁸ Klage, Berufung sowie die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers blieben erfolglos.⁹⁹

Der Bundesgerichtshof hat die erforderliche Beschlusskompetenz der Eigentümergeinschaft für den gefassten Beschluss bestätigt.¹⁰⁰ Denn zwar bedarf eine abstrakt-generelle Regelung des Inhalts, dass jeder künftige Wirtschaftsplan bis zur Verabschiedung eines neuen fortgelten soll, der Vereinbarung (BGH, Urteil vom 14. Dezember 2018 – V ZR 2/18 – juris, Rn. 8 m.w.N.). Denn dadurch würde die grundsätzlich geltende gesetzliche Regelung, dass ein Wirtschaftsplan jeweils für ein Kalenderjahr aufzustellen ist und Gültigkeit beanspruchen kann (§ 28 Abs. 1 Satz 1; Abs. 5 WEG), geändert.¹⁰¹ Die streitige Frage, ob ein konkreter Fortgeltungsbeschluss der Befristung bedarf, hat der Bundesgerichtshof nunmehr verneint.¹⁰² Mit einem konkreten Fortgeltungsbeschluss überschreiten die Wohnungseigentümer nicht ihre Beschlusskompetenz, weil sie damit nicht für die Zukunft auf die Vorlage von Einzelwirtschaftsplänen verzichten. Sinn und Zweck einer solchen Fortgeltungsklausel ist vielmehr die Vermeidung von Finanzierungslücken bis zur Beschlussfassung über den nächsten Wirtschaftsplan.¹⁰³ Die Rechte der einzelnen Wohnungseigentümer in Bezug auf künftige Wirtschaftspläne werden dadurch nicht beschränkt.¹⁰⁴

⁹⁸ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 1 ff.

⁹⁹ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Tenor und Rn. 4.

¹⁰⁰ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 7 ff.

¹⁰¹ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 9 f., m.w.N.

¹⁰² Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 11 ff, m.w.N.

¹⁰³ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 15, m.w.N.

¹⁰⁴ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 16.

Im entschiedenen Fall hatten die Wohnungseigentümer einen zulässigen konkreten Fortgeltungsbeschluss gefasst.¹⁰⁵ Diesen konnte der Bundesgerichtshof selbst auslegen.¹⁰⁶ Der Beschluss war insbesondere nicht deshalb als abstrakt-genereller Fortgeltungsbeschluss anzusehen, weil er offen ließ, wann und ob überhaupt ein "neuer" Wirtschaftsplan beschlossen werde.¹⁰⁷ Vielmehr war die Beschlussformulierung hinreichend bestimmt, weil keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mit dem Begriff "neuer" nicht der nächste Wirtschaftsplan, d.h. derjenige für das Jahr 2016, gemeint sein soll, sondern ein inhaltlich neuer, von den bisherigen Ansätzen abweichender Wirtschaftsplan.¹⁰⁸ Auch das Fehlen einer Befristung macht den Beschluss für sich genommen nicht unzulässig, weil die beschlossene Fortgeltung eines konkreten Wirtschaftsplans bis zur Aufstellung eines neuen Wirtschaftsplans eine konkrete und keine abstrakt-generelle Regelung trifft, auch wenn seine Wirkungsdauer nicht von vornherein beschränkt ist.¹⁰⁹ Schließlich lag auch keine Abweichung von der in der Teilungserklärung getroffenen Regelung vor, weil durch den Beschluss die in § 28 Abs. 1 WEG und in der Teilungserklärung geregelte Pflicht des Verwalters, für jedes Kalender- bzw. Wirtschaftsjahr einen Wirtschaftsplan aufzustellen, durch den Beschluss über die Fortgeltung eines konkreten Wirtschaftsplans bis zur Beschlussfassung über den nächsten Wirtschaftsplan nicht berührt wird.¹¹⁰

e)

Zur Entziehung des Wohnungseigentums bei Bruchteilseigentum hat der Bundesgerichtshof den Leitsatz aufgestellt, dass in Bruchteilseigentum stehendes Wohnungseigentum **insgesamt entzogen** werden kann, **wenn auch nur einer der Miteigentümer einen Entziehungstatbestand nach**

¹⁰⁵ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 17.

¹⁰⁶ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 18.

¹⁰⁷ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 19.

¹⁰⁸ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 20.

¹⁰⁹ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 21.

¹¹⁰ Urteil vom 14. Dezember 2018 – [V ZR 2/18](#) – juris, Rn. 22.

§ 18 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WEG verwirklicht.¹¹¹ Der nicht störende Miteigentümer ist aber entsprechend § 19 Abs. 2 WEG berechtigt, die Wirkungen des Entziehungsurteils bis zur Erteilung des Zuschlags dadurch abzuwenden, dass er den Miteigentumsanteil des störenden Miteigentümers selbst erwirbt, den störende Miteigentümer dauerhaft und einschränkungslos aus der Wohnanlage entfernt und dass er der Wohnungseigentümergeinschaft alle Kosten ersetzt, die dieser durch die Führung des Entziehungsrechtsstreits und die Durchführung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zur Durchsetzung des Entziehungsanspruchs entstanden sind.¹¹²

Nach vorangegangenen Abmahnungen durch die Verwaltung beschloss die Eigentümerversammlung die Einleitung eines gerichtlichen Eigentumsentziehungsverfahrens gemäß § 18 WEG gegen die beiden beklagten Wohnungseigentümer, die je zur Hälfte Miteigentümer der von ihnen seit Jahrzehnten selbst bewohnten Wohnung waren, und forderte beide auf, die Wohnung bis zum 15. November 2015 zu veräußern. Die Verwaltung forderte die Beklagten unter Fristsetzung erfolglos auf, ihre Wohnung zu veräußern. Zu Grunde lag, dass der Beklagte zu 1 wiederholt das Treppenhaus, eine Hinweistafel im Eingangsbereich der Anlage, eine Wohnungstür und Briefkästen anderer Wohnungseigentümer mit beschimpfenden Schriftzügen beschmierte, er wiederholt andere Wohnungseigentümer lautstark in Fäkalsprache mit rassistischem Vokabular beleidigte und er mehrfach Körperverletzungen, auch an einem anderen Wohnungseigentümer, beging. Eine Verhaltensänderung trat nicht ein. Der Beklagte machte eine psychische Störung geltend, ist aber nach den getroffenen Feststellungen nicht schuldunfähig.¹¹³ In erster Instanz wurden beide Beklagte auf die Klage der Wohnungseigentümergeinschaft zur Veräußerung ihres Wohnungseigentümers verurteilt, worauf der

¹¹¹ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Leitsatz 1 = NJW-RR 2019, 7 ff. = MDR 2018, 1431 f. = WuM 2018, 728 ff. = NZM 2018, 1024 ff. = ZMR 2019, 51 f. = DWW 2018, 382 ff. = Grundeigentum 2018, 1464 ff.).

¹¹² Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Leitsatz 2.

¹¹³ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 1 f.

Beklagte zu 1 sein Verhalten noch immer nicht änderte. Das Berufungsgericht hob (nur) die Verurteilung der Beklagten zu 2 auf und wies die Entziehungsklage insoweit ab. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrte die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.¹¹⁴

Die Verurteilung des Beklagten zu 1 zur Veräußerung seines Miteigentumsanteils ist rechtskräftig.

Die umstrittene Frage, ob auch die Beklagte zu 2, die selbst einen Entziehungstatbestand nach § 18 WEG nicht verwirklicht hat, zur Veräußerung des ihr in Bruchteilseigentum zustehenden Miteigentumsanteils verpflichtet ist oder ob sich der Entziehungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer auf die Entziehung des Miteigentumsanteils des störenden Miteigentümers beschränkt, hat der Bundesgerichtshof im Sinne der vorstehend genannten Leitsätze geklärt. Kein Streit bestand darüber, dass ein entziehungsfähiges Fehlverhalten auch nur eines von mehreren Eigentümern eines Wohnungseigentums sämtliche gesamthänderischen Wohnungseigentümer zur Veräußerung verpflichtet.¹¹⁵ Nach der nunmehrigen Entscheidung des Bundesgerichtshofs gilt im Falle von Bruchteilseigentum an einem Wohnungseigentumsanteil grundsätzlich das Gleiche, so dass Bruchteilseigentum insgesamt entzogen werden kann, wenn auch nur einer der Miteigentümer einen Entziehungstatbestand nach § 18 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WEG verwirklicht. Der nicht störende Miteigentümer ist aber entsprechend § 19 Abs. 2 WEG berechtigt, die Wirkungen des Entziehungsurteils bis zur Erteilung des Zuschlags dadurch abzuwenden, dass der Miteigentumsanteil des störenden Miteigentümers selbst erwirbt, den störenden Miteigentümer dauerhaft und einschränkungslos aus der Wohnanlage entfernt und dass er der Wohnungseigentümergeinschaft alle Kosten ersetzt, die dieser durch die Führung des Entziehungsrechtsstreits und die Durchführung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zur

¹¹⁴ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 3.

¹¹⁵ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 8, m.w.N.

Durchsetzung des Erziehungsanspruchs entstanden sind.¹¹⁶ Dies ergibt sich nicht schon aus dem Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 WEG, jedoch aus Funktion und Zweck der Vorschrift, die den Wohnungseigentümern – als letztes Mittel – eine effektive Möglichkeit geben soll, den Gemeinschaftsfrieden wiederherzustellen, wenn er durch das Verhalten eines Wohnungseigentümers nachhaltig gestört ist.¹¹⁷ Diesem Ziel stünde eine Beschränkung auf den Miteigentumsanteil des Störenden entgegen, weil eine Zwangsversteigerung des Miteigentumsanteils regelmäßig auf geringes Interesse von Bietern stoßen würde, wenn sie sich mit den verbleibenden Miteigentümern bei Verwaltung und Mitgebrauch des Wohnungseigentums verständigen müssten.¹¹⁸ Gebote auf den Miteigentumsanteil des Störenden wären außerdem erwartbar durch die Aussicht motiviert, nach der Ersteigerung des Miteigentumsanteils die Teilungsversteigerung des gesamten Wohnungseigentums betreiben zu können, wodurch die mit der Beschränkung des Entziehungsanspruchs auf den Miteigentumsanteil des Störenden beabsichtigte Schonung des anderen Miteigentümers im Ergebnis unterlaufen würde.¹¹⁹ Schützenswerten Interessen des nicht störenden Miteigentümers am Erhalt seines Miteigentumsanteils ist deshalb nur dadurch Rechnung zu tragen, indem ihm die Befugnis eingeräumt wird, die Wirkung des auch gegen ihn ergebenden Entziehungsurteils gemäß § 19 Abs. 1 WEG abzuwenden.¹²⁰ Hierzu hat der Bundesgerichtshof die Analogiefähigkeit des § 19 Abs. 2 WEG bejaht.¹²¹

Über das Bestehen oder Nichtbestehen der Abwendungsbefugnis des nicht störenden Miteigentümers entsprechend § 19 Abs. 2 WEG ist regelmäßig nicht im Entziehungsrechtsstreit, sondern im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage zu entscheiden, wo zu prüfen ist, ob der nicht störende Miteigentümer alles zur Abwendung der Vollstreckung des

¹¹⁶ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 12.

¹¹⁷ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 13, m.w.N.

¹¹⁸ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 20.

¹¹⁹ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 22.

¹²⁰ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 23.

¹²¹ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 25 ff.

Entziehungsurteils Erforderliche veranlasst hat und ob er entsprechend § 19 Abs. 2 WEG abwendungsberechtigt ist. Etwas anderes gilt, wenn die Parteien im Interesse einer frühzeitigen Klärung bzw. einer Entlastung der Vollstreckung des Entziehungsurteils in Ergänzung der Entziehungsklage oder widerklagend die Feststellung beantragt haben, dass der andere Miteigentümer den Entziehungstatbestand auch verwirklicht hat und er damit nicht entsprechend § 19 Abs. 2 WEG abwendungsberechtigt ist, oder, dass das Gegenteil zutrifft; dann ist im Vollstreckungsklageverfahren lediglich noch zu prüfen, ob alles für die Abwendung der Vollstreckung Erforderliche umgesetzt worden ist.¹²² Danach konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben.¹²³

f)

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat seine bisherige **Rechtsprechung zur Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen teilweise aufgegeben.**

Er hat nunmehr entschieden, dass für Schadensersatzansprüche, die auf die Verletzung des Gemeinschaftseigentums gestützt werden, ausnahmsweise keine geborene, sondern lediglich eine gekorene Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft besteht, wenn und soweit sie in Konkurrenz zu Beseitigungsansprüchen der Wohnungseigentümer aus dem Miteigentum an dem Grundstück gemäß § 1004 Abs. 1 BGB stehen, und zwar auch soweit der Beseitigungsanspruch die Wiederherstellung des vorherigen Zustands umfasst.¹²⁴ Zugleich hat er klargestellt, dass in Ausnahmefällen ein Beschluss, mit dem Individualansprüche der Wohnungseigentümer vergemeinschaftet werden, als rechtsmissbräuchlich und deshalb als nichtig anzusehen sein kann. Das kommt etwa dann in Betracht, wenn ein einzelner Wohnungsei-

¹²² Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 35.

¹²³ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 138/17](#) – juris, Rn. 36.

¹²⁴ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Leitsatz 1a = NJW 2019, 1216 ff. = MDR 2019, 284 f. = WuM 2019, 102 f. = NZM 2019, 256 ff. = ZMR 2019, 358 ff.

gentümer seinen Individualanspruch bereits gerichtlich geltend gemacht hat, eine Rechtsverfolgung durch die Wohnungseigentümergeinschaft nicht beabsichtigt ist und die Beschlussfassung allein dazu dienen soll, den laufenden Individualprozess zu beenden.¹²⁵ Zieht die Gemeinschaft auf § 1004 BGB gestützte Individualansprüche der Wohnungseigentümer durch Beschluss an sich, nachdem ein Wohnungseigentümer seinen Individualanspruch gerichtlich geltend gemacht hat, und hält das Gericht den Beschluss nicht für nichtig, so kann es das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO bis zur Erledigung eines auf die Vergemeinschaftung bezogenen Beschlussmängelverfahrens aussetzen. In der Regel wird das Ermessen dahingehend reduziert sein, dass die Aussetzung erfolgen muss.¹²⁶

Die beklagte Wohnungseigentümerin hatte Dachflächenfenster in das Satteldach des Hauses einbauen lassen. Ein nachträglich gefasster Genehmigungsbeschluss der Wohnungseigentümer wurde für nichtig erklärt. Die klagenden Wohnungseigentümer verlangten die Beseitigung der Dachflächenfenster und Wiederherstellung des vorherigen Zustands. Nach Rechtshängigkeit der Klage beschloss die Eigentümergeinschaft zunächst die Vergemeinschaftung der Rückbauansprüche, hob diesen Beschluss später jedoch wieder auf. Nachdem Vergleichsverhandlungen mit der Beklagten über eine Kompensation für einen Verzicht auf den Rückbau gescheitert waren, beschloss die Eigentümerversammlung die Geltendmachung der wegen des Einbaus von fünf Dachflächenfenstern bestehenden Rückbauansprüche der übrigen Eigentümer gegen die Beklagte an sich zu ziehen. Die Kläger erwirkten in einem gesonderten Rechtsstreit erstinstanzlich die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit dieses Beschlusses; über die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wurde noch nicht entschieden.¹²⁷ In dem vorliegenden Verfahren hatte das Amtsgericht die Beklagte zur Beseitigung der Dachflächenfenster und

¹²⁵ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Leitsatz 1b).

¹²⁶ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Leitsatz 2.

¹²⁷ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 1 f.

Wiederherstellung des vorherigen Zustands verurteilt, das Berufungsgericht jedoch das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Dies war Gegenstand des vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionsverfahrens.¹²⁸

Die Revision der Kläger führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht war im Grundsatz von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgegangen, dass eine geborene Ausübungsbefugnis des Verbands gemäß § 14 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG für Ansprüche aus dem Miteigentum an dem Grundstück dann besteht, wenn diese auf Schadensersatz gerichtet sind, nicht aber für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemäß § 1004 Abs. 1 BGB oder § 15 Abs. 3 WEG können daher von der Wohnungseigentümergeinschaft nur dann geltend gemacht werden, wenn sie diese durch Mehrheitsbeschluss gemäß § 14 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG an sich gezogen hat. Ein solcher Beschluss begründet die alleinige Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft für die gerichtliche Geltendmachung.¹²⁹ Das Berufungsgericht hatte gemeint, für einen Anspruch auf Beseitigung einer baulichen Veränderung bestehe insgesamt eine geborene Ausübungsbefugnis des Verbands, wenn er sowohl auf § 1004 Abs. 1 BGB als auch auf § 843 Abs. 1 BGB gestützt werden kann, weil es sich um einen Fall der Konkurrenz handelt, bei dem sämtliche Rechtsfolgen gleichrangig nebeneinander stehen. Eine solche Anspruchskonkurrenz kann bei dem Verlangen nach Beseitigung einer rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführten baulichen Veränderung und Wiederherstellung des vorherigen Zustands bestehen. Beide Ansprüche können sich partiell überlappen.¹³⁰ **An seiner Rechtsprechung, dass (nur) bezüglich der Wiederherstellung eine gekorene Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft besteht, hält der Bundesgerichtshof**

¹²⁸ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 3.

¹²⁹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 6, m.w.N.

¹³⁰ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 7, m.w.N.

nicht fest, sondern hat nun entschieden, dass für Schadensersatzansprüche, die auf die Verletzung des Gemeinschaftseigentums gestützt werden, ausnahmsweise keine geborene Ausübungsbefugnis, sondern lediglich eine geborene Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG besteht, wenn und soweit sie in Konkurrenz zu Beseitigungsansprüchen der Wohnungseigentümer aus dem Miteigentum an dem Grundstück gemäß § 1004 Abs. 1 BGB stehen. Das gilt auch, soweit der Beseitigungsanspruch die Wiederherstellung des vorherigen Zustands umfasst.¹³¹ Dabei muss von vornherein feststehen, wem die Prozessführungsbefugnis für einen einheitlichen Anspruch, der hinsichtlich Beseitigung und Wiederherstellung des vorherigen Zustands sowie Geldersatz vorliegt, zusteht.¹³²

Die **Abgrenzung zwischen der geborenen (§ 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG) und die gekorene Ausübungsbefugnis (§ 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG)** der Wohnungseigentümergeinschaft erfordert eine wertende Betrachtung. Eine geborene Ausübungsbefugnis kommt nur dann in Betracht, wenn schutzwürdige Belange der Wohnungseigentümer oder des Schuldners an einer einheitlichen Rechtsverfolgung das grundsätzlich vorrangige Interesse des Rechtsinhabers seine Rechte selbst und eigenverantwortlich auszuüben und prozessual durchzusetzen, deutlich überwiegen, so dass nach der Interessenlage ein gemeinschaftliches Vorgehen erforderlich sein muss. Dagegen genügt bei der gekorenen Ausübung, dass die Rechtsausübung durch den Verband förderlich ist.¹³³

Im Falle der Konkurrenz von § 1004 Abs. 1 BGB und Schadensersatzansprüchen war die Klärung erforderlich, wer die Ansprüche der Wohnungseigentümer geltend machen darf. Für eine nur gekorene Ausübungsbefugnis des Verbands in diesem Fall entscheidend ist, dass andernfalls die

¹³¹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 8.

¹³² Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 9.

¹³³ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 11 m.w.N.

an sich erwünschte Möglichkeit der Rechtsverfolgung des einzelnen Wohnungseigentümers erheblich beeinträchtigt wäre. Dabei betreffen bauliche Veränderungen oder ein rechtswidriger Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums häufig nicht alle Wohnungseigentümer gleichermaßen, so dass es nicht erforderlich und auch nicht wünschenswert ist, dass von vornherein der Verband mit der Durchsetzung solcher Ansprüche und dem damit verbundenen Kostenrisiko belastet wird. Interessengerecht ist deshalb, dass einzelne Wohnungseigentümer die ihnen zustehenden Ansprüche so lange durchsetzen können, wie eine gemeinschaftliche Rechtsverfolgung nicht mehrheitlich beschlossen worden ist.¹³⁴ Deshalb ist im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs der einzelne Wohnungseigentümer auch insoweit prozessführungsbefugt, als er die von § 1004 Abs. 1 BGB umfasste Wiederherstellung des vorherigen Zustands erreichen will, weil er andernfalls nicht die vollständige Beseitigung der Beeinträchtigungen erreichen könnte.¹³⁵

Das Berufungsurteil war auch nicht aus anderen Gründen richtig. Zwar hatte der zuletzt gefasste Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft die Vergemeinschaftung der Beseitigungsansprüche zum Inhalt. Deshalb war zunächst zu prüfen, ob dieser nichtig ist, was das Berufungsgericht ausgehend von seiner Rechtsauffassung nicht getan hatte. Diese Überprüfung war ungeachtet der gegen den Beschluss gerichteten Anfechtungsklage vorzunehmen, weil die Nichtigkeit für und gegen alle wirken würde und keiner Geltendmachung bedürfte, sondern in jedem gerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen ist.¹³⁶ Allerdings kann ein Beschluss, mit dem Individualansprüche der Wohnungseigentümer vergemeinschaftet werden, nur in Ausnahmefällen als rechtsmissbräuchlich und deshalb nichtig angesehen werden, beispielsweise wenn ein einzelner Wohnungseigentümer seinen Individualan-

¹³⁴ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 14.

¹³⁵ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 15 unter Aufgabe der Rechtsauffassung im Urteil vom 07. Februar 2014 – [V ZR 25/13](#) – juris, Rn. 17 = NJW 2014, 1090.

¹³⁶ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 19 ff.

spruch bereits gerichtlich geltend gemacht hat, eine Rechtsverfolgung durch die Wohnungseigentümergeinschaft nicht beabsichtigt ist und die Beschlussfassung allein dazu dienen soll, den laufenden Individualprozess zu beenden, weil dadurch Sinn und Zweck der Vergemeinschaftung, die Rechtsverfolgung zu eröffnen und nicht etwa zu verhindern, unterlaufen würde.¹³⁷ Wenn keine Nichtigkeit vorliegen sollte, wäre das Verfahren bis zur Entscheidung über die gegen den Beschluss gerichtete Beschlussmängelklage in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO auszusetzen.¹³⁸ Eine direkte Anwendung von § 148 ZPO scheidet aus, weil ein nicht nichtiger Beschluss gemäß § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG wirksam ist, solange er nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt wird und die Beschlussmängelklage keine aufschiebende Wirkung hat, so dass das Ergebnis des Beschlussmängelverfahrens nicht vorgreiflich für die Beseitigungsklage ist.¹³⁹ Die analoge Anwendung des § 148 ZPO ist jedoch geboten und das Ermessen des Gerichts in derartigen Fallkonstellationen regelmäßig dahingehend reduziert, dass die Aussetzung erfolgen muss, sofern der Beschluss nicht ohnehin als nichtig angesehen wird, weil die Abweisung der Klage gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes verstoßen würde, weil nach erfolgreicher Anfechtung des Vergemeinschaftungsbeschlusses gegebenenfalls erneut Klage auf Beseitigung der baulichen Veränderungen erhoben werden müsste.¹⁴⁰

g)

Zur **Haftung des Wohnungseigentümers gemäß § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG für Verbindlichkeiten des Verbands** ist die Entscheidung ergangen, nach der eine solche Haftung ausscheidet, wenn es sich um Ansprüche anderer Wohnungseigentümer handelt, die aus dem Gemeinschaftsverhältnis herrühren (so genannte **Sozialverbindlichkeiten**). Dazu gehören Aufwendungsersatzansprüche, die einem Wohnungseigentümer wegen der Tilgung einer Verbindlichkeit des Verbands zustehen, und zwar

¹³⁷ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 22.

¹³⁸ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 23.

¹³⁹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 24 m.w.N.

¹⁴⁰ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 328/17](#) – juris, Rn. 25.

auch dann, wenn die Tilgung eine Notgeschäftsführungsmaßnahme im Sinne von § 21 Abs. 2 WEG ist. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Befriedigung aus dem Gemeinschaftsvermögens zu erwarten ist oder nicht.¹⁴¹

Der Kläger war Inhaber eines Miteigentumsanteils von 8/100 verbunden mit dem Sondereigentum an der Dachgeschosswohnung in der betreffenden Wohnungs- und Teileigentumsanlage. Die weiteren Teil- und Wohnungseigentumseinheiten gehörten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die bis 01. vom Mai 2010 bzw. bis 2015 aus den beiden Beklagten bestand. Die laufenden Kosten der Gemeinschaft, die ursprünglich nicht über ein eigenes Konto verfügte, wurden über das Geschäftskonto der Beklagten abgewickelt. Im Jahr 2009 bis Anfang 2012 gab es keinen Verwalter und es wurden weder Wohnungseigentümersammlungen abgehalten noch Wirtschaftspläne und Jahresabrechnungen erstellt. Eine vom Kläger angeregte Beschlussfassung im Umlaufverfahren kam nicht zu Stande. Aufgrund der unterbliebenen Zahlung einer Prämie für die Haus- und Gebäudeversicherung erlosch der Versicherungsschutz im Dezember 2009 und kündigte der Versicherer den Versicherungsvertrag fristlos. Durch die Zahlung der ausstehenden Prämie von 3703,92 € durch den Kläger wurde die Kündigung wirkungslos und der Versicherungsschutz lebte für die Folgezeit wieder auf. Im Jahr 2007 beglich der Kläger auch die Prämie für die Gebäudehaftpflichtversicherung. Auf einem für die Wohnungseigentümergeinschaft geführten Konto befand sich Anfang des Jahres 2015 ein Guthaben von 161,28 €. Der Kläger machte mit seiner in beiden Tatsacheninstanzen erfolglosen Klage nach dem Verhältnis des Miteigentumsanteils der GbR Ersatz in Höhe von 92 % seiner Aufwendungen geltend. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision bestätigte die Klageabweisung.¹⁴²

¹⁴¹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Leitsatz und Rn. 15 = MDR 2019, 602 f. = WuM 2019, 269 ff. = ZMR 2019, 419 ff. = DWV 2019, 136 ff.

¹⁴² Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 1 f. und 4.

Außer Streit steht im Ergebnis ein Aufwendungsersatzanspruch des Wohnungseigentümers, der Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft tilgt.¹⁴³ Zutreffend erkannt hatte das Berufungsgericht aber, dass dem Wohnungseigentümer – vorliegend dem Kläger –, grundsätzlich kein Erstattungsanspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer zusteht, weil er für den Verband tätig wird, der gemäß § 10 Abs. 6 Satz 2 WEG Schuldner der Verbindlichkeit ist.¹⁴⁴

Auch ein etwaiger bereicherungsrechtlicher Ausgleich hätte im Verhältnis zwischen dem Kläger und der Wohnungseigentümergeinschaft zu erfolgen.¹⁴⁵

Auch die Voraussetzungen des § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG, wonach jeder Wohnungseigentümer einem Gläubiger nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer haftet, die während seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft entstanden oder während dieses Zeitraums fällig geworden sind, liegen nicht vor. Die Streitfrage, ob § 10 Abs. 8 WEG auf Forderungen von Wohnungseigentümern gegen die Gemeinschaft anwendbar ist, hat der Bundesgerichtshof in der vorliegenden Entscheidung gemäß seinem vorstehend wiedergegebenen Leitsatz für so genannte Sozialverbindlichkeiten verneint.¹⁴⁶ Denn § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG, erfasst zwar Ansprüche des Wohnungseigentümers gegen den Verband, die in keinem Zusammenhang mit seiner Stellung als Wohnungseigentümer stehen, sondern in gleicher Weise auch von Dritten erworben werden können; nach Sinn und Zweck der Vorschrift jedoch nicht solche Ansprüche des Wohnungseigentümers gegen den Verband, die ihre Grundlage in dem Gemeinschaftsverhältnis haben, also untrennbar mit der Stellung als Wohnungseigentümer zusammenhängen.¹⁴⁷ Andernfalls würde durch die in § 10 Abs. 8

¹⁴³ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 5, m.w.N.

¹⁴⁴ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 6, m.w.N.

¹⁴⁵ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 7.

¹⁴⁶ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Leitsatz und Rn. 15.

¹⁴⁷ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 16 f.

WEG erfolgte Bezugnahme auf den Miteigentumsanteil und nicht auf den tatsächlichen Verteilungsschlüssel die im Innenverhältnis der Wohnungseigentümer getroffenen Regelungen und das im Gesetz vorgesehene Finanzsystem der Wohnungseigentümergeinschaft unterlaufen.¹⁴⁸

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof, dass ein Durchgriff des Wohnungseigentümers gegen die anderen Wohnungseigentümer ungeachtet der im Innenverhältnis gemäß §§ 16; 28 WEG zu beachtenden Regelungen bei einer Sozialverbindlichkeit auch dann nicht in Betracht kommt, wenn das Verbandsvermögen nicht ausreicht, den Aufwendungsersatzanspruch des leistenden Wohnungseigentümers zu erfüllen. Vielmehr muss der Wohnungseigentümer in einem solchen Fall eine entsprechende Beschlussfassung des Verbandes herbeiführen oder im Wege des § 21 Abs. 8 WEG durch Beschlussersetzungsklage erzwingen.¹⁴⁹

Offen lassen konnte der Bundesgerichtshof, ob entsprechend einer Rechtsprechung und Literatur teilweise vertretenen Auffassung im Fall einer zerstrittenen Zweier-Wohnungseigentümergeinschaft, in der ein Verwalter nicht bestellt ist und wegen des Kopfstimmrechts nach § 25 Abs. 2 WEG keine Mehrheitsbeschlüsse möglich sind, etwas anderes gilt. Denn nach den maßgeblichen Feststellungen war im vorliegenden Fall das Stimmrecht abweichend von § 25 Abs. 2 WEG geregelt, so dass eine Stimmgleichheit ausgeschlossen war.¹⁵⁰

Da somit eine Haftung der GbR und damit auch der Beklagten als deren ehemalige Gesellschafter (§ 128 Abs. 1 HGB analog) gemäß § 14 Abs. 8 Satz 1 WEG ausscheidet, hatte die Revision keinen Erfolg.¹⁵¹

¹⁴⁸ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 19.

¹⁴⁹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 21.

¹⁵⁰ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 22, m.w.N.

¹⁵¹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 279/17](#) – juris, Rn. 23.

4. Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Für diese Rechtsgebiete sind verschiedene Zivilsenate des Bundesgerichtshofs zuständig.

4.1. Maklerrecht

In zwei Entscheidungen hat sich der Bundesgerichtshof mit der Entstehung des Provisionsanspruchs des Verkäufermaklers befasst.

a)

Zum Provisionsanspruch des Immobilienmaklers hat der Bundesgerichtshof den Leitsatz aufgestellt, **dass bei besonders engen persönlichen Bindungen zwischen dem Maklerkunden und dem Erwerber eines Objekts der Maklerkunde dem Makler zur Provisionszahlung verpflichtet sein kann, wenn ihm der Vertragsschluss im wirtschaftlichen Erfolg ähnlich zugutekommt wie ein eigener. Der Umstand, dass der Maklerkunde mit dem Erwerber persönlich verbunden ist, reicht für sich allein jedoch nicht aus, um die Provisionspflicht zu begründen.**¹⁵²

Die Klägerin, eine Immobilienmaklerin, hatte eine Immobilie zum Verkauf angeboten, worauf die Beklagte das Objekt besichtigte und danach einen Maklervertrag mit der Klägerin unterzeichnete, in dem er sich verpflichtete, der Beklagten bei Kauf der Immobilie eine Maklerprovision in Höhe von 5 % zuzüglich Mehrwertsteuer zu zahlen. Außerdem war vertraglich festgelegt, dass die Informationen des Maklers zum Kaufangebot vertraulich zu

¹⁵² Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Leitsatz = NJW 2019, 1226 ff. = MDR 2019, 540 f.

behandeln sind und nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen.¹⁵³ An einem weiteren Besichtigungstermin nahm neben der Beklagten deren Sohn teil, der Interesse am Erwerb des Objekts zeigte und nachfolgend mit der Klägerin verhandelte, worauf er jedoch mitteilte, der Kaufpreis sei zu hoch und er nicht mehr am Erwerb der Immobilie interessiert.¹⁵⁴ Sechs Monate später erwarb der Sohn der Beklagten die Immobilie zu einem niedrigeren Kaufpreis, nachdem ein anderer Makler eingeschaltet worden war. Die Klägerin machte gegenüber der Beklagten einen Betrag in Höhe von 5 % aus dem von ihr angenommenen Kaufpreis des schließlich zustande gekommenen Kaufvertrages mit Zinsen und Kosten geltend. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, hatte hinsichtlich der Provision und darauf entfallender Zinsen in der Berufungsinstanz jedoch Erfolg.¹⁵⁵ Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil aufgehoben.

Zwischen den Parteien war ein Maklervertrag zu Stande gekommen, in welchem sich die Beklagte zur Zahlung einer Provision in Höhe von 5 % des Kaufpreises zuzüglich Mehrwertsteuer bei Kauf der Immobilie verpflichtet hatte.¹⁵⁶ Die Klägerin hatte gegenüber der Beklagten eine Nachweistätigkeit erbracht, indem sie zwei Besichtigungen mit der Beklagten durchführte und dabei den unmittelbaren Kontakt zwischen der Verkäuferin und der Beklagten herstellte.¹⁵⁷ Die Tätigkeit der Klägerin war für den Abschluss des Kaufvertrags zwischen der Verkäuferin und dem Sohn der Beklagten ursächlich.¹⁵⁸ Zum einen war der Zeitraum von bis zu einem Jahr bis zum Kaufvertragsabschluss nicht überschritten, so dass die Vermutung für die Ursächlichkeit der Maklerleistung für den Vertragsabschluss greift.¹⁵⁹ Zum anderen steht dem die zwischenzeitliche Mitteilung des Sohnes der Beklagten, er habe kein Interesse mehr am Erwerb des Objekts, nicht entgegen, weil einem nur vorübergehenden Sinneswandel

¹⁵³ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 1.

¹⁵⁴ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 2.

¹⁵⁵ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 3 f.

¹⁵⁶ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 9.

¹⁵⁷ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 10.

¹⁵⁸ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 11.

¹⁵⁹ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 12, 15, m.w.N.

des Maklerkunden bei der notwendigen einzelfallbezogenen Gewichtung der Nachweisleistung für das Zustandekommen des Vertrags nur ausnahmsweise ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass Kausalität anzunehmen sei, hielt sich deshalb im tatrichterlichen Beurteilungsspielraum.¹⁶⁰

Dem Provisionsanspruch stand auch nicht entgegen, dass die Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr mit der Vermarktung des Objekts betraut war. Denn die Klägerin hatte den als Maklerleistung lediglich geschuldeten Nachweis erbracht.¹⁶¹

Jedoch **wurde nicht der Hauptvertrag geschlossen, mit dessen Herbeiführung die Beklagte die Klägerin beauftragt hatte.**¹⁶² Der geschlossene Vertrag war zwar trotz des niedrigeren erzielten Kaufpreises als im Maklervertrag zu Grunde gelegt wirtschaftlich gleichwertig.¹⁶³ **Anders als vom Berufungsgericht angenommenen war der vom Sohn der Beklagten abgeschlossene Grundstückskaufvertrag aber nicht mit dem Kaufvertrag wirtschaftlich identisch, den die Klägerin der Beklagten nachgewiesen hatte.**¹⁶⁴ Dem stand zwar nicht entgegen, dass nicht die Beklagte als Maklerkunde selbst Partner des Hauptvertrages wurde.¹⁶⁵ Jedoch rechtfertigten die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht die Annahme, dass der Beklagten der Vertragschluss durch ihren Sohn im wirtschaftlichen Erfolg ähnlich zugutekommt, wie ein eigener und deshalb für die Verpflichtung zur Zahlung einer Maklerprovision einem eigenen Geschäft gleichzusetzen ist. Die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Ausnahmetatbestandes ergeben sich anders als vom Berufungsgericht angenommen nicht schon aus der nahen verwandtschaftlichen Beziehung zwischen der Beklagten

¹⁶⁰ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 16.

¹⁶¹ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 17, mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 – [III ZR 119/04](#) – juris, Rn. 23 = BGHZ 161, 349, 360).

¹⁶² Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 18.

¹⁶³ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 18 ff.

¹⁶⁴ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 22.

¹⁶⁵ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 23, m.w.N.

und ihrem Sohn, weil daraus noch nicht folgt, dass sich das Geschäft wirtschaftlich im Ergebnis wie ein eigenes Geschäft der Beklagten darstellt. Dazu muss der Maklerkunde eigene Vorteile aus dem Geschäft ziehen. Feststellungen dazu, dass der abgeschlossene Kaufvertrag wirtschaftlich wie ein eigenes Geschäft der Beklagten zu werten ist, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.¹⁶⁶ Darauf, ob der Sohn der Beklagten mit der Klägerin einen Maklervertrag geschlossen hat und er ihr eine Maklerprovision schuldet, kommt es nicht an, weil unabhängig davon die Beklagte nicht nach dem dafür maßgeblichen Grundsatz von Treu und Glauben als wirtschaftlich bevorteilt und damit ihrerseits provisionspflichtig angesehen werden kann.¹⁶⁷

Der Maklervertrag zwischen den Parteien kann **auch nicht als Vertrag zu Gunsten des Sohns der Beklagten nach § 328 Abs. 1 BGB** angesehen werden. Dahingehender Vortrag fehlte und dem Vertrag lässt sich nicht entnehmen, dass der Sohn der Beklagten berechtigt sein sollte, die Maklerdienste anstelle der Beklagten in Anspruch zu nehmen.¹⁶⁸

Auch als Schadensersatz schuldet die Beklagte die Zahlung nicht. Eine Verletzung der Vertraulichkeitsabrede begründet dies im vorliegenden Fall nicht. Es ist bereits zweifelhaft, ob der Maklerkunde den Nachweis des Maklers für jedermann, insbesondere auch vor mit ihm zusammenlebenden Familienangehörigen geheim halten muss. Es fehlte überdies die schlüssige Darlegung, dass ein Verstoß gegen die Vertraulichkeitsabrede dazu geführt hat, dass die Klägerin die geltend gemachte Provision durch Nachweis dieses Objekt an einen anderen Kunden verdient hätte.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 25 ff.

¹⁶⁷ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 31 ff.

¹⁶⁸ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 36.

¹⁶⁹ Urteil vom 17. Oktober 2018 – [I ZR 154/17](#) – juris, Rn. 40.

b)

Der Leitsatz der zweiten Entscheidung lautet, dass dann, **wenn der Verkäufersmakler seinem Kunden einen Kaufinteressenten nachweist und der Hauptvertrag mit einem Dritten zu Stande kommt, kein Provisionsanspruch gegen den Verkäufer entsteht, auch wenn zwischen dem Erwerber und dem nachgewiesenen Kaufinteressenten eine feste, auf Dauer angelegte gesellschaftsrechtliche Bindung besteht.**¹⁷⁰

Im diesem Fall war zwar ein Maklervertrag zwischen der Verkäuferin und der Maklerin zu Stande gekommen, nach dem die Verkäuferin verpflichtet war, der Maklerin eine Provision zu zahlen, wenn die Maklerin ihr einen Verkauf des Objekts vermittelt.¹⁷¹ Eine solche Vermittlungsleistung des Maklers liegt vor, wenn dieser auf den potentiellen Vertragspartner mit dem Ziel des Vertragsschlusses einwirkt, indem er bewusst und final die Abschlussbereitschaft des Vertragspartners des zukünftigen Hauptvertrags herbeiführt. Dafür reicht die Zusendung eines Exposés grundsätzlich noch nicht aus, weil dieses regelmäßig nur eine Werbung für das Objekt darstellt, die für eine unbestimmte Vielzahl von Interessenten konzipiert und an diese gerichtet ist, und grundsätzlich nur der Information im Vorfeld von Verhandlungen dient. Es hat noch keinen unmittelbaren Einfluss auf die Entschließung eines potentiellen Käufers. Auch die Ermöglichung einer Besichtigung der Immobilie für den Kaufinteressenten ist regelmäßig noch keine Vermittlungstätigkeit.¹⁷² Die im Streitfall erfolgte Teilnahme der Maklerin an einem Besichtigungstermin mit dem späteren Käufer, der diesen Termin allerdings in seiner Funktion als Geschäftsführer einer GmbH wahrnahm, welche die Maklerin zuvor kontaktiert hatte, reichte nicht als vermittelnde Einflussnahme der Maklerin auf die Abschlussbereitschaft des späteren Käufers aus, weil auch wenn dieser zu

¹⁷⁰ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Leitsatz = NJW 2019, 1803 ff. = MDR 2019, 539 f. = NZM 2019, 345 ff = DWW 2019, 108 ff.

¹⁷¹ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 24.

¹⁷² Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 26 mit Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 04. Juni 2009 – [III ZR 82/08](#) – juris, Rn. 8 f. = NJW-RR 2009, 1282.

dem Zeitpunkt möglicherweise bereits selbst ein Interesse an einem eigenen Erwerb der Immobilie hatte, der Kauf erst aufgrund von auf Veranlassung des späteren Käufers selbst mit der Verkäuferin aufgenommenen Verhandlungen beruhte, an denen die Maklerin nicht beteiligt war. Die Maklerin hatte lediglich der GmbH das Exposee übersandt und mit dieser den Besichtigungstermin durchgeführt. Die Übersendung weiterer Informationen an die GmbH nach der Besichtigung war lediglich Weitergabe von Einzelinformationen und damit reiner Botendienst, was nicht als Einwirken auf die Abschlussbereitschaft angesehen werden kann.¹⁷³ Der Bundesgerichtshof hat in diesem Zusammenhang klargestellt, dass dann, wenn der Makler mit dem Vertragsgegner überhaupt nicht verhandelt hat, sondern dieser durch Mitteilung eines Erstinteressenten oder des Maklers selbst zum Vertragsschluss motiviert worden ist, der Zusammenhang zwischen Vermittlertätigkeit und Abschluss ein rein zufälliger ist und die Provision daher nicht auslöst. Ausnahmen gelten nur, wenn zwischen dem Vorinteressenten und dem späteren Vertragsgegner besonders enge persönliche (nahe Familienangehörige) oder besonders ausgeprägte wirtschaftliche Beziehungen bestanden (handelsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Zusammenhänge), wodurch der Makler auf den Erstinteressenten und hierdurch zugleich auf den Vertragsgegner selbst vermittelnd einwirkt.¹⁷⁴ Ein solcher Ausnahmefall lag nicht vor, weil es bereits an einer Vermittlungstätigkeit der Maklerin gegenüber der GmbH fehlte.¹⁷⁵

Auch eine die Provisionspflicht der Verkäuferin auslösende Nachweisleistung wurde nicht erbracht. Eine solche konnte zwar in Betracht kommen, obwohl in der Provisionsvereinbarung lediglich von einer Vermittlungsleistung die Rede war, weil dies nicht ausschließt, dass nach dem Parteiwillen auch für eine Nachweisleistung des Maklers eine Provision geschuldet

¹⁷³ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 27 f.

¹⁷⁴ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 30 unter Bezugnahme auf BGH, Urteile vom 12. Oktober 1983 – IVa ZR 36/82 – juris, Rn. 13 = NJW 1984, 358 und vom 02. Juni 1976 – IV ZR 101/75 – juris, Rn. 12 = NJW 1976, 1844 (1845).

¹⁷⁵ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 31.

sein sollte.¹⁷⁶ Die Maklerin hatte zwar die GmbH als potentielle Käuferin nachgewiesen. Sie hatte den späteren Käufer jedoch lediglich als Geschäftsführer der GmbH, nicht dagegen als Kaufinteressenten benannt. Der Nachweis der GmbH führte nicht zum Abschluss des Hauptvertrages. Die Maklerleistung konnte nicht als kausal oder wesentlich für den Vertragsschluss angesehen werden.¹⁷⁷ Auch die Prüfung, ob ein mit dem nach der Provisionsvereinbarung bezweckten Kaufvertrag wirtschaftlich identischer Hauptvertrag geschlossen wurde, begründete keinen Provisionsanspruch der Maklerin.¹⁷⁸ Dies betrifft die Tätigkeit eines Käufermaklers, der Nachweistätigkeit entfaltet, wonach jedoch nicht der Maklerkunde selbst, sondern ein Dritter das in Rede stehende Objekt erwirbt; in diesen Fällen wird das nachgewiesene mit dem tatsächlich abgeschlossenen Geschäft als persönlich und wirtschaftlich identisch angesehen, weil es dem Maklerkunden wie ein eigenes Geschäft zugutekommt.¹⁷⁹ Vorliegend hatte die Maklerin zwar eine Nachweistätigkeit erbracht, war sie jedoch anders als in den vom Bundesgerichtshof im vorgenannten Sinne entschiedenen Fälle nicht Käufer-, sondern Verkäufermaklerin. Außerdem hatte die Maklerkundin selbst das Geschäft abgeschlossen. Enge wirtschaftliche Beziehungen zwischen der GmbH und dem Käufer waren im Streitfall unerheblich.¹⁸⁰ Die Maklerin hatte zwar die GmbH als Käuferin nachgewiesen; dies hatte jedoch nicht zum Abschluss eines Kaufvertrags mit diesem Unternehmen geführt, so dass es an einer vergütungspflichtigen Maklerleistung fehlte.¹⁸¹

c)

Zu den vertraglichen Nebenpflichten der Makler hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass einen Makler grundsätzlich **keine vertragliche Nebenpflicht trifft, steuerrechtliche Fragen zu prüfen, die sich im Zusam-**

¹⁷⁶ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 32 f.

¹⁷⁷ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 34 ff.

¹⁷⁸ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 40 unter Bezugnahme auf BGH, Urteile vom 08. April 2004 – [III ZR 20/03](#) – juris, Rn. 14 = NJW-RR 2004, 851 und vom 05. Oktober 1995 – III ZR 10/95 – juris, Rn. 7 = NJW 1995, 2311).

¹⁷⁹ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 41.

¹⁸⁰ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 42.

¹⁸¹ Urteil vom 21. November 2018 – [I ZR 10/18](#) – juris, Rn. 43.

menhang mit dem Vertrag stellen, den er vermittelt oder für dessen Abschluss er eine Gelegenheit nachweist, und seinen Auftraggeber über die in diesem Zusammenhang relevanten Umstände aufzuklären.¹⁸² Abweichendes kann im Einzelfall ausnahmsweise dann gelten, wenn der Makler sich hinsichtlich bestimmter Steuerfragen als Fachmann geriert, beispielsweise indem er in seiner Werbung eine langjährige Tätigkeit und Erfahrung behauptet, der Auftraggeber hinsichtlich vertragsrelevanter Umstände erkennbar Rechtlicher Belehrung bedarf oder wenn der Makler den Auftraggeber zu einem riskanten Vorgehen veranlasst oder ihn sonst zu einem unvorteilhaften und überstürzten Vertragsschluss verleitet.¹⁸³ Ein Makler, der einen Grundstückskauf vermittelt, ist nur dann gehalten, auf mögliche steuerrechtliche Folgen des vermittelten Geschäfts hinzuweisen, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls Anlass zu der Vermutung haben muss, seinem Kunden drohe ein Schaden, weil er sich der Gefahr des Entstehens einer besonderen Steuerpflicht wie etwa gemäß §§ 22 Nr. 2; 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht bewusst ist.¹⁸⁴

Im zu Grunde liegenden Fall hatte die Klägerin die beklagte Immobilienmaklerin im Jahr 2013 durch schriftlichen Makleralleinauftrag beauftragt, den Verkauf eines von der Klägerin Anfang 2004 für 170.000,00 € erworbenen Wohnanwesens zu vermitteln. Danach teilte die Beklagte der Klägerin mit, es gebe zahlreiche Interessenten für das Anwesen und empfahl, dieses bald zu veräußern, um das andernfalls drohende Abspringen von Interessenten zu vermeiden. Im Juli 2013 kam es dann zum Verkauf des Anwesens durch von der Beklagten vorbereiteten notariellen Kaufvertrag, in dem festgestellt wurde, dass der Notar keine steuerrechtliche Beratung durchgeführt hatte.¹⁸⁵ Nachdem die Klägerin für das Jahr 2013 Einkommensteuer, Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag in Höhe von 47.856,62 € nachzuzahlen hatte, nahm die Klägerin die Beklagte auf

¹⁸² Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Leitsatz 1 = NJW 2019, 1223 ff = WM 2019, 784 ff. = NZM 2019, 217 ff. = Grundeigentum 2019, 120 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁸³ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Leitsatz 2.

¹⁸⁴ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Leitsatz 3.

¹⁸⁵ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 1.

Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen und Kosten in Anspruch, weil sie nicht auf dieses Risiko hingewiesen hatte. Die Beklagte hatte bei der Auftragserteilung einen Grundbuchauszug erhalten und anlässlich der Vorbereitung des Kaufvertrags Kenntnis vom Erwerb des Anwesens durch die Klägerin Anfang 2004 erhalten.¹⁸⁶ Die Klage wurde von beiden Instanzgerichten abgewiesen.¹⁸⁷ Dies hat der Bundesgerichtshof bestätigt.¹⁸⁸

In seiner Begründung hat der Bundesgerichtshof auf seine bestehende Rechtsprechung abgestellt, nach der ein Makler zu seinem Auftraggeber als dessen Interessenvertreter in einem besonderen Treueverhältnis steht und ihn bestimmte Aufklärungs- und Beratungspflichten treffen können. Die Reichweite dieser Unterrichtungspflicht im Einzelnen hängt von den Umständen des jeweiligen Falls ab.¹⁸⁹ Allerdings besteht grundsätzlich keine vertragliche Nebenpflicht des Maklers, steuerrechtliche Fragen zu prüfen, die sich im Zusammenhang mit dem Vertrag, den er vermittelt oder für dessen Abschluss er eine Gelegenheit nachweist, und seinen Auftraggeber über die in diesem Zusammenhang relevanten Umstände aufzuklären.¹⁹⁰ Nur ausnahmsweise gilt anderes. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Makler sich hinsichtlich bestimmter Steuerfragen als Fachmann geriert oder er mit langjähriger Tätigkeit und Erfahrung auf diesem Gebiet wirbt und er dadurch besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt. Auch wenn der Auftraggeber hinsichtlich vertragsrelevanter Umstände erkennbar rechtlicher Beratung bedarf, muss der Makler die Einholung fachmännischen Rates anraten. Außerdem bestehen gesteigerte Beratungs- und Aufklärungspflichten des Maklers, wenn er den Auftraggeber zu einem riskanten Vorgehen veranlasst oder zu sonst einem unvorteilhaften oder überstürzten Vertragsschluss verleitet.¹⁹¹ Daran fehlte

¹⁸⁶ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 2 f.

¹⁸⁷ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 4.

¹⁸⁸ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 11.

¹⁸⁹ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 12, m.w.N.

¹⁹⁰ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 13, m.w.N.

¹⁹¹ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 14, m.w.N.

es im entschiedenen Fall.¹⁹² Schließlich war für die Beklagte auch nicht erkennbar, dass die Klägerin einer steuerrechtlichen Beratung über die so genannte Spekulationsfrist bedurft hätte. Dem Gedanken, dass wegen der hohen Schadensträchtigkeit eines Verkaufs innerhalb der Spekulationsfrist zumindest ein allgemeiner Hinweis auf deren Existenz erforderlich sei, wenn die vermakelte Immobilie vom Auftraggeber ersichtlich nicht eigen-genutzt wird und die Zehnjahresfrist (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) daher einschlägig sein könnte, erteilte der Bundesgerichtshof eine Absage. Nur bei besonderen Umständen des Einzelfalls, die dem Makler Anlass zu der Vermutung geben müssen, seinem Kunden drohe ein Schaden, weil dieser sich nicht der Gefahr des Entstehens einer besonderen Steuerpflicht bewusst ist, ist der Makler gehalten, auf mögliche steuerrechtliche Folgen des vermittelten Geschäfts hinzuweisen. Davon war im Streitfall nicht auszugehen, weil die Klägerin keine Umstände vorgetragen hatte, aus denen sich im Blick auf die steuerliche Beratung der geplanten Veräußerung des Anwesens ein für die Beklagte erkennbar besonderer Beratungsbedarf ergeben konnte.¹⁹³ Eine solche Verpflichtung folgt auch nicht aus dem Umstand, dass der Makler einen Grundstückserwerb innerhalb der Zehnjahresfrist durch – hier erfolgte – Einsichtnahme in das Grundbuch erkennen kann. Denn ein Makler ist im allgemeinen nicht zu einem solchen Hinweis und insbesondere auch nicht zu einer Nachforschung, ob eine steuerliche Relevanz sich aus dem Grundbuch ergeben kann, verpflichtet, weil er seinem Auftraggeber grundsätzlich keine steuerrechtliche Beratung schuldet.¹⁹⁴ Eine Verpflichtung zur Aufklärung des Sachverhalts in diese Richtung trifft den Makler grundsätzlich nicht.¹⁹⁵ Auch der Umstand, dass die Beklagte darauf hingewiesen hatte, die Interessenten könnten wieder abspringen, kann als solches nicht als Verleitung zu einem riskanten Vorgehen oder sonst zu einem unvorteilhaften überstürzten Vertragsschluss angesehen werden und führt deshalb

¹⁹² Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 16.

¹⁹³ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 18 f.

¹⁹⁴ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 21 f.

¹⁹⁵ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 23 f.

ebenfalls nicht zu einer gesteigerten Beratungs- und Aufklärungspflicht des Maklers.¹⁹⁶

d)

Anlässlich der gegen einen Versicherungsmakler gerichteten Schadensersatzklage hat der Bundesgerichtshof sich zur **Zulässigkeit von Feststellungsklagen** geäußert. Danach setzt die Zulässigkeit der auf den Ausgleich eines Vermögensschadens gerichteten Feststellungsklage die Darlegung von Tatsachen voraus, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens ergibt. Dazu muss aber nicht dargelegt werden, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Differenz besteht.¹⁹⁷ Weil der Geschädigte nach dem Grundsatz der Schadenseinheit zur Hemmung der Verjährung seines Ersatzanspruchs regelmäßig innerhalb von drei Jahren nach der ersten Einbuße eine Feststellungsklage erheben und die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts darlegen muss, ist die Frage, ob der Geschädigte die Wahrscheinlichkeit eines Vermögensschadens hinreichend dargelegt hat, großzügig zu beurteilen.¹⁹⁸

Die Beklagte, ein Finanzdienstleistungsunternehmen, hatte den Kläger und dessen Ehefrau im Jahr 2006 veranlasst, eine Absenkung der monatlichen Beiträge zu deren im Jahr 1999 ebenfalls auf Vermittlung durch die Beklagte abgeschlossenen Lebensversicherungen zu veranlassen und zugleich einen Vertrag über eine fondsgebundene Basisrente (so genannte Rürup-Rente) mit ebenfalls monatlicher Beitragsverpflichtung einzugehen. In der Folge eines weiteren Gesprächs zwischen dem Kläger und einem Mitarbeiter der Beklagten einige Jahre später, nahm der Kläger an, die Reduzierung der Beiträge zu den Lebensversicherungen und der Abschluss der Rentenversicherung im Jahr 2006 sei für ihn wirtschaftlich nachteilig gewesen. Er erhob deshalb im Jahr 2013 Klage auf Schadens-

¹⁹⁶ Urteil vom 12. Juli 2018 – [I ZR 152/17](#) – juris, Rn. 26 f.

¹⁹⁷ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Leitsatz 1.

¹⁹⁸ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Leitsatz 2 und Rn. 26.

ersatz in bezifferter Höhe nebst Feststellungsantrag, dass ihm die Beklagte jeden darüber hinausgehenden Vermögensschaden für die Zeit ab 01. Dezember 2006 zu ersetzen hat, der im Zusammenhang mit der Vermittlung der formgebundenen Basisrente steht.¹⁹⁹ Die Zahlungsklage hatte in keiner Instanz Erfolg. Hinsichtlich des von den Vorinstanzen ebenfalls abgewiesenen Feststellungsantrags führte die auf die Nichtzulassungsbeschwerde durch den Bundesgerichtshof zugelassene Revision des Klägers zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung.²⁰⁰

Die beklagte Versicherungsmaklerin verletzte ihre aus dem Beratungsschuldverhältnis resultierende Pflicht umfassender Beratung hinsichtlich der vorgeschlagenen Rentenversicherung und der Beitragsreduzierung der Altverträge. Dazu hätte ein Vergleich des angeratenen neuen Modells mit den bereits abgeschlossenen Lebensversicherungen hinsichtlich Rentabilität oder Wirtschaftlichkeit oder zumindest ein Hinweis auf die Möglichkeit einer solchen Betrachtung gehört. Dies hätte der Berater zumindest ansprechen müssen.²⁰¹

Der bezifferte Zahlungsantrag war jedoch unbegründet, weil der Kläger die bereits eingetretene Entstehung eines Teils des Schadens nicht schlüssig dargetan hatte.²⁰² Ein solcher Schaden des Klägers bestünde in der Differenz zwischen der Vermögenslage, die sich ohne die Verminderung der Beiträge zu den Lebensversicherungen ergeben hätte, und der Vermögenslage, die sich nach der Verminderung der Beiträge zu den Lebensversicherungen und dem Abschluss der Rentenversicherung ergibt. Dies wird nicht allein durch die Ersparnis und den Aufwand von Kosten der Versicherungen bestimmt, sondern auch durch die Ablaufleistungen der Versicherungen, Steuervorteile und andere Gesichtspunkte, die auch von der individuellen Situation des Versicherungsnehmers

¹⁹⁹ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 1 ff.

²⁰⁰ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 7.

²⁰¹ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris Rn. 10 f.

²⁰² Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 14.

abhängen.²⁰³ Der Kläger hatte hiervon jedoch nur einzelne Umstände (Abschlusskosten und Verwaltungskosten der Lebensversicherungen und der Rentenversicherung sowie einen aus der Ersparnis solcher Kosten für die Lebensversicherungen folgenden Renditevorteil und dem Aufwand solcher Kosten für die Rentenversicherung resultierenden Renditeausfall) vorgetragen und deshalb nicht schlüssig dargelegt, dass insgesamt bereits mit Sicherheit ein Schaden in einer bestimmten Höhe entstanden ist.²⁰⁴

Als möglicherweise begründet hat der Bundesgerichtshof jedoch den Feststellungsantrag angesehen, der jeden Vermögensschaden erfasst, der dem Kläger nicht bereits nach dem Zahlungsantrag zu ersetzen ist und der deshalb insoweit zumindest teilweise auch ein Hilfsantrag zum Zahlungsantrag darstellte.²⁰⁵ Die Zulässigkeit des Feststellungsantrags hängt von der Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadenseintritts ab, wofür der Kläger die Darlegungs- und Beweislast trägt.²⁰⁶ Die Zulässigkeit der auf den Ausgleich eines Vermögensschadens gerichteten Feststellungsklage setzt lediglich die Darlegung von Tatsachen voraus, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens ergibt. Dazu muss nicht dargelegt werden, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Vermögensdifferenz besteht, da andernfalls eine Schadensberechnung und damit eine bezifferte Zahlungsklage bereits möglich wäre.²⁰⁷ Außerdem hatte das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast des Klägers überspannt. Denn der Umfang der erforderlichen Darlegungen richtet sich auch danach, was einer Partei unter Berücksichtigung der Einlassung des Gegners an näheren Angaben möglich und zumutbar ist. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Anlageberatung der dabei für sie bestehenden

²⁰³ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 15.

²⁰⁴ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 16.

²⁰⁵ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 19.

²⁰⁶ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 20, m.w.N.

²⁰⁷ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 23.

Beratungspflicht nicht genügt hatte. Deshalb war dem Kläger ohne eine entsprechende Einlassung der Beklagten weitergehender Vortrag nicht zumutbar.²⁰⁸

e)

In einem Fall, in dem der Kläger **Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Beratung gegen den Versicherungsmakler gemäß §§ 61; 63 VVG** geltend machte, die ihre Grundlage in dem zwischen dem Kläger und dem beklagten Versicherungsmakler geschlossenen Versicherungsmaklervertrag haben, ist nach § 63 Abs. 1 VVG der Versicherungsnehmer, das heißt der Kunde des Maklers, Gläubiger des Ersatzanspruchs. Wurde eine Versicherung auch auf fremde Rechnung vermittelt, sind auch die Vermögensinteressen der mitversicherten Person betroffen, die damit eigene Ansprüche gegen den Versicherungsmakler, der seine Vertragspflichten aus dem Versicherungsmaklervertrag verletzt hat, erwirbt. Im entschiedenen Fall konnte offen bleiben, ob es sich dabei um Ansprüche aus einem Vertrag zu Gunsten Dritter oder aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte handelt, weil in beiden Fällen die mitversicherte Person wegen der Pflichtverletzung des Beklagten als Versicherungsmakler eigene Ansprüche gegen diesen erworben hat. Will der Kunde des Maklers diese Ansprüche geltend machen, muss er sich diese von der mitversicherten Person abtreten lassen.²⁰⁹

Weitergehend hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass der Zulässigkeit einer isoliert auf die Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen des Zedenten gerichteten Widerklage nicht entgegensteht, das der Schuldner im Falle ihrer rechtskräftigen Abweisung als unbegründet dieselbe Leistung zweimal zu erbringen hätte. Zwar wird mit der rechtskräftigen Abweisung einer negativen Feststellungsklage zugleich positiv rechtskräftig ausgesprochen, dass dem Prozessgegner der Anspruch zusteht, dessen Nichtbestehen der Feststellung Kläger geltend gemacht

²⁰⁸ Urteil vom 26. Juli 2018 – [I ZR 274/16](#) – juris, Rn. 24 f.

²⁰⁹ Urteil vom 11. Oktober 2018 – [I ZR 114/17](#) – juris, Rn. 25.

hat. Dies führt aber nicht dazu, dass der vom Zessionar erfolgreich auf Leistung in Anspruch genommene Schuldner, dessen auf Feststellung des Nichtbestehens von Ansprüchen des Zedenten gerichtete Widerklage abgewiesen wird, die Leistung sowohl an den Zessionar als auch an den Zedenten zu erbringen hat.²¹⁰

Dazu hat der Bundesgerichtshof die Leitsätze aufgestellt, das dann, wenn der Zessionar mit der Leistungsklage die Beitreibung einer abgetretenen Forderung verfolgt und der Schuldner eine isolierte Widerklage gegen den Zedenten erhebt, eine doppelte Inanspruchnahme des Schuldners durch den Zessionar und den Zedenten ausgeschlossen ist, wenn der Leistungsklage des Zessionars stattgegeben und die im Wege der isolierten Widerklage erhobene negative Feststellungsklage abgewiesen wird. Der Zedent ist infolge des zu Gunsten des Zessionars ergangenen Leistungsurteils gehindert, den Schuldner ein zweites Mal auf Leistung in Anspruch zu nehmen.²¹¹ Bei der isolierten Widerklage geht der Streit der Beteiligten regelmäßig nur darum, ob der Zedent abtretbare Ansprüche gehabt hat. Dagegen hängt der Erfolg oder das Scheitern der isolierten Drittwiderklage nicht von der Wirksamkeit der Abtretung ab.²¹² Da der Klage des Zessionars und der Widerklage gegen den Zedenten inhaltlich identische Ansprüche zugrunde liegen, folgt der Erfolg oder das Scheitern der Widerklage grundsätzlich der Entscheidung über die Klageforderung.²¹³ Ist es für die Entscheidung über die auf eigene und abgetretene Ansprüche gestützte Klage nicht erforderlich zu klären, ob der Kläger oder der Zedent Anspruchsinhaber ist, muss diese Frage auch nicht im Rahmen der Entscheidung über die Begründetheit der Drittwiderklage gegen den Zedenten entschieden werden.²¹⁴ Andernfalls würde Prozessaufwand

²¹⁰ Urteil vom 11. Oktober 2018 – [I ZR 114/17](#) – juris, Rn. 28.

²¹¹ Urteil vom 11. Oktober 2018 – [I ZR 114/17](#) – juris, Leitsatz 1.

²¹² Urteil vom 11. Oktober 2018 – [I ZR 114/17](#) – juris, Leitsatz 2.

²¹³ Urteil vom 11. Oktober 2018 – [I ZR 114/17](#) – juris, Leitsatz 3.

²¹⁴ Urteil vom 11. Oktober 2018 – [I ZR 114/17](#) – juris, Leitsatz 4.

entstehen, der durch den mit der Erhebung der Widerklage verfolgten Zweck nicht gerechtfertigt ist.²¹⁵

f)

Zur Ausübung des **Widerrufsrechts eines Maklerkunden** hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass die Annahme eines auf die vollständige Vertragserfüllung gerichteten "ausdrücklichen" Wunsches eines Maklerkunden im Sinne von § 312d Abs. 3 BGB a.F. voraussetzt, dass der Maklerkunde vor Abgabe dieses Wunsches entweder über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist oder der Makler aufgrund anderer Umstände davon ausgehen konnte, dass der Kunde das Widerrufsrecht gekannt hat.²¹⁶ Außerdem ist der Entscheidung zu entnehmen, dass wenn der Makler eine Dienstleistungen erbringen hatte, das dem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag zustehende Widerrufsrecht auch dann erloschen ist, wenn der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat.²¹⁷

Die Kläger hatten mit dem beklagten Immobilienmakler über dessen online-Portal im Hinblick auf eine dort zur Vermietung angebotene Wohnung Kontakt aufgenommen. Es fand eine Besichtigung statt, nach der der Mietvertrag geschlossen wurde. Die Kläger zahlten eine Provision an den Beklagten. Danach erklärten sie den Widerruf des Maklervertrags. Der Beklagte hatte die Kläger nicht über ein Widerrufsrecht belehrt.²¹⁸ Die Kläger machten die Rückzahlung der Maklerprovision nebst Zinsen geltend. In erster Instanz hatte die Klage Erfolg. Auf die Berufung des Beklagten wurde die Klage abgewiesen. Auf die vom Berufungsgericht zugelassene Revision hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und damit das erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt.²¹⁹

²¹⁵ Urteil vom 11. Oktober 2018 – [I ZR 114/17](#) – juris, Rn. 36.

²¹⁶ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Leitsatz = BB 2019, 1218.

²¹⁷ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 26.

²¹⁸ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 1 ff.

²¹⁹ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Tenor und Rn. 8 und 46.

Die Entscheidung beruht auf der Anwendbarkeit der §§ 346; 312d; 355; 357 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung.²²⁰ Zwischen den Parteien war über ein Internetinserat des Maklers ein Maklervertrag zustande gekommen, bei dem den Klägern gemäß § 312d Abs. 1 BGB a.F. ein Widerrufsrecht zustand, über das der Beklagte sie hätte belehren müssen.²²¹ Der Vertrag war ein Fernabsatzvertrag, so dass den Klägern nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. in Verbindung mit § 355 BGB a.F. ein Widerrufsrecht zustand.²²² Der Maklervertrag war unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmittel in Form von E-Mails und gegebenenfalls von aus Anlass der Vereinbarung des Besichtigungstermins geführten Telefonaten geschlossen worden.²²³ Die Kläger hatten rechtzeitig den Widerruf erklärt, weil in Ermangelung einer Belehrung über das Widerrufsrecht eine Widerrufsfrist im Streitfall noch nicht zu laufen begonnen hatte.²²⁴ Auch war das Widerrufsrecht nicht nach § 355 Abs. 4 BGB a.F.; Art. 229 § 32 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB erloschen.²²⁵ Der Bundesgerichtshof hat sodann anders als das Berufungsgericht geurteilt, dass zwar der Maklervertrag hinsichtlich der jeweiligen Hauptleistungspflichten von beiden Seiten auf Wunsch der Kläger vollständig erfüllt worden ist.²²⁶ Dies ist aber nicht im Sinne von § 312d Abs. 3 BGB a.F. auf "ausdrücklichen Wunsch" der Kläger erfolgt, bevor sie ihr Widerrufsrecht ausgeübt hatten. Dem steht entgegen, dass keine Umstände vom Berufungsgericht festgestellt oder vom Beklagten vorgetragen worden sind, die auf eine Kenntnis der Kläger von ihrem Widerrufsrecht schließen lassen.²²⁷ Denn § 312d Abs. 3 BGB a.F. setzt voraus, dass vor Erklärung des "ausdrücklichen Wunsches" des Verbrauchers dieser entweder über sein Widerrufsrecht belehrt worden sein muss oder er zumindest Kenntnis vom Widerrufsrecht hatte oder er dieses kennen

²²⁰ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 8.

²²¹ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 8, 12 ff., 15

²²² Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 16

²²³ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 17 f.

²²⁴ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 19 ff.

²²⁵ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 22 f.

²²⁶ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 27 ff.

²²⁷ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 32

musste.²²⁸ Eine Verwirkung des Widerrufsrechts durch die Kläger hat der Bundesgerichtshof verneint, weil es an Anhaltspunkten für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Kläger fehlt und weil die Widerrufsbelehrung gänzlich unterblieben war.²²⁹ Infolge des wirksam erklärten Widerrufs waren die Kläger gemäß § 355 Abs. 1 BGB a.F. nicht mehr an ihre auf den Abschluss des Vertrages gerichteten Willenserklärungen gebunden und hatte die Rückabwicklung nach § 346 BGB zu erfolgen, so dass die Vertragsparteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen verpflichtet waren.²³⁰

g)

Anlässlich einer Klage auf Maklerprovision hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren klargestellt, dass die **Erklärung mit Nichtwissen in ihrer Wirkung dem schlichten Bestreiten gleichsteht und die Zulässigkeit einer solchen Erklärung die Verpflichtung der Partei zu einem substantiierten Bestreiten ausschließt**. Der Versuch, das Bestreiten näher zu begründen, führt nicht zur Unbeachtlichkeit der Erklärung mit Nichtwissen, auch wenn dabei eine Behauptung ins Blaue aufgestellt wird.²³¹ Für die Beurteilung der Berechtigung des Provisionsanspruchs kam es auf Umstände an, die weder eigene Handlungen der Beklagten noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung waren, so dass die Erklärung mit Nichtwissen in ihrer Wirkung dem schlichten Bestreiten gleichstand. Infolge der Zulässigkeit einer solchen Erklärung mit Nichtwissen war die Verpflichtung der Partei zu einem substantiierten Bestreiten ausgeschlossen. Der Umstand, dass die betreffende Partei gleichwohl den Versuch unternimmt, ihr Bestreiten näher zu begründen, führt auch dann nicht zur Unbeachtlichkeit der Erklärung mit Nichtwissen, wenn die Partei dabei eine Behauptung ins

²²⁸ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 33 ff.

²²⁹ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 41

²³⁰ Urteil vom 13. Dezember 2018 – [I ZR 51/17](#) – juris, Rn. 43

²³¹ Beschluss vom 29. November 2018 – [I ZR 5/18](#) – juris, Rn. 10

Blaue hinein aufstellt.²³² Indem das Berufungsgericht diese Grundsätze verkannt und damit die Substantiierungsanforderungen an ein wirksames Bestreiten überspannt hatte, hatte es § 138 Abs. 4 ZPO falsch angewandt, wodurch das nach § 138 Abs. 3 ZPO wirksame Bestreiten unberücksichtigt blieb. Dies findet in der Zivilprozessordnung keine Stütze, so dass der Anspruch der dortigen Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) entscheidungserheblich verletzt wurde. Dies hat zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht geführt.²³³

4.2. Nachbarrecht

Unter diesem Gliederungspunkt ist über verschiedenen Entscheidungen zu berichten.

a)

Zur **Höhe einer Überbaurente** hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass die Überbaurente nicht nach Art und Ausmaß der Einbuße bei der tatsächlichen Nutzung des überbauten Grundstücksteils zu berechnen ist, sondern allein auf der Grundlage von dessen Verkehrswert zur Zeit der Grenzüberschreitung.²³⁴

Eine Überbaurente nach § 912 Abs. 2 Satz 1 BGB ist beim vorliegenden Fall geschuldet, weil die Klägerin den in ihr Grundstück hineinreichenden Teil der Bodenplatte des auf dem Grundstück des Beklagten befindlichen Gebäudes als unrechtmäßigen, aber entschuldigenden Überbau nach §§ 1004 Abs. 2; 912 Abs. 1 BGB zu dulden hat. Dem steht nicht entgegen,

²³² Beschluss vom 29. November 2018 – [I ZR 5/18](#) – juris, Rn. 10 mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 07. Juli 1988 – III ZR 111/87 – juris, Rn. 34 = NJW-RR 1989, 41 (43)

²³³ Beschluss vom 29. November 2018 – [I ZR 5/18](#) – juris, Rn. 11 ff.

²³⁴ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Leitsatz und Rn. 9 = NJW-RR 2019, 463 ff. = MDR 2019, 90 ff. = Baurecht 2019, 513 ff. = Grundeigentum 2019, 118 ff.

dass ein Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB nicht bestünde, wenn die Einwirkung auf das Grundstück und damit auch der Überbau in solcher Tiefe vorgenommen worden wäre, dass der Grundstückseigentümer an der Ausschließung kein Interesse hätte, so dass er nach § 905 Satz 2 BGB die in der Überschreitung der Grenze liegende Einwirkung schon nicht verbieten könnte. Es lässt sich aber nicht allgemein festlegen, sondern ist anhand der konkreten Einzelfallumstände zu entscheiden, ab welcher Tiefe oder Höhe das Interesse des Grundstückseigentümers an der Ausschließung der Einwirkung entfällt. Dabei sind auch etwaige künftig sich ergebende Ausschließungsinteressen zu berücksichtigen. Vorliegend kann die Grenzüberschreitung die bauliche Nutzbarkeit des klägerischen Grundstücks berühren, was für ein Interesse im Sinne des § 905 Satz 2 BGB ausreicht, um die Einwirkung zu verbieten, auch wenn sie gegenwärtig nicht hinderlich ist. Eine Duldungspflicht der Klägerin hinsichtlich der Überschreitung ergibt sich deshalb nur aus § 912 Abs. 1 BGB.²³⁵ Dem Anspruch auf Zahlung einer Überbaurente steht nicht entgegen, dass der Überbau die Nutzung des Grundstücks im Zeitpunkt der Grenzüberschreitung nicht beeinträchtigt hat. Die Überbaurente wird dafür gewährt, dass der betroffene Nachbar die Entziehung des Gebrauchs der Nutzung an dem überbauten Teil seines Grundstücks dulden muss. Es handelt sich nicht um einen Schadensersatzrechtlichen Anspruch.²³⁶

Rechtsfehlerhaft hatte das Berufungsgericht jedoch die für die Bemessung der Überbaurente maßgebenden Kriterien angewandt. Denn die Überbaurente ist nicht nach Art und Ausmaß der Einbuße bei der tatsächlichen Nutzung des überbauten Grundstücksteils, sondern allein auf der Grundlage von dessen Verkehrswert zur Zeit der Grenzüberschreitung zu berechnen. Der Gesichtspunkt, dass die Klägerin nicht jegliche Nutzungsmöglichkeit an der von der Grenzüberschreitung betroffenen Grundstücksfläche verloren hat, rechtfertigt keinen Abschlag bei der

²³⁵ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 5

²³⁶ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 7 f. m.w.N.

Überbaurente.²³⁷ Es kommt somit nicht auf die konkreten Nutzungseinbußen des überbauten Grundstücks an. Allein maßgeblich nach § 912 Abs. 2 Satz 2 BGB ist der nach Maßgabe der Wertermittlungsverordnung zu ermittelnde Verkehrswert des überbauten Grundstücksteils zur Zeit der Grenzüberschreitung. Aus diesem Wert ist eine angemessene Verzinsung zu ermitteln.²³⁸ Die darin liegende Pauschalierung soll möglichst klare und feste Verhältnisse schaffen.²³⁹ Der betroffene Grundstückseigentümer soll die Wahl haben, nach § 915 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen Übereignung der überbauten Fläche Ersatz ihres Werts oder stattdessen eine Geldrente nach § 912 Abs. 2 BGB zu verlangen. Wählt er die Geldrente, ermittelt sich deren Höhe allein auf der Grundlage des Verkehrswerts der überbauten Fläche.²⁴⁰ Dadurch werden auch die Interessen des überbauten Eigentümers geschützt.²⁴¹ Andererseits entfällt wegen des pauschalierenden Ansatzes des Gesetzgebers der Anspruch der Klägerin auf Überbaurente auch nicht deshalb, weil die Beeinträchtigung geringfügig ist.²⁴²

b)

Eine weitere Revisionsentscheidung betrifft das **nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis**.

Unter Bestätigung der ständigen Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof betont, dass **eine aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis folgende Verpflichtung (hier: Versorgung des Nachbargrundstücks mit Wasser) mit Rücksicht auf die rechtlichen Sonderregelungen eine eng begrenzte Ausnahme ist und nur dann angenommen werden kann, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwingend geboten**

²³⁷ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 9.

²³⁸ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 10 m.w.N.; ständige Rechtsprechung.

²³⁹ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 10.

²⁴⁰ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 11.

²⁴¹ Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 12.

²⁴² Urteil vom 12. Oktober 2018 – [V ZR 81/18](#) – juris, Rn. 15.

erscheint.²⁴³ Außerdem hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass das **Vorhandensein von Leitungen, die Grundstücksgrenzen überschreiten und der Versorgung verschiedener Grundstücke dienen, für sich genommen keine zwischen den Grundstückseigentümern bestehende Rechtsgemeinschaft begründet.**²⁴⁴

Die benachbarten Grundstücke der Parteien waren durch Teilung eines Grundstücks in drei Grundstücke durch den Großvater des Klägers entstanden, von denen eines mit einem Wohnhaus, die beiden anderen jeweils mit einer Doppelhaushälfte bebaut sind. Der Vater des Klägers erwarb ein Grundstück mit einer Doppelhaushälfte, das dieser im Jahr 2007 an die Beklagte zu 1 weiterveräußerte. Das andere Doppelhaus-Grundstück erwarben die Beklagten zu 2 und 3 vom Großvater des Klägers. Die Wasserversorgung verläuft über das mit dem Wohnhaus bebaute Grundstück. Bei den Doppelhaushälften sind Verbrauchszähler eingebaut. Auch die mit den Doppelhaushälften bebauten Grundstücke grenzen an öffentlichen Straßenraum an. Die Parteien des Rechtsstreits erwarben schließlich jeweils ein Grundstück mit einer Doppelhaushälfte. In den Kaufverträgen über die Doppelhaus-Grundstücke ist geregelt, dass bei künftigen Änderungen der Wasserversorgung der jeweilige Käufer verpflichtet ist, sämtliche dadurch entstehende Kosten zu tragen. Zugleich wurde darauf hingewiesen, dass die Wasserversorgung bisher über das Grundstück des Verkäufers erfolgt und über die Zwischenzähler einzeln abgerechnet wird. Sollte der Wasserversorger künftig einen gesonderten Anschluss für das verkaufte Grundstück verlangen, trägt der Käufer die dafür entstehenden Kosten und Gebühren.²⁴⁵ Eine dingliche Absicherung der Wasserversorgung der Doppelhaushälften erfolgte nicht. Es erfolgten jährliche Abrechnungen über den Wasserverbrauch und die darauf gezahlten Vorschüsse. Nach dem Tod des Großvaters des Klägers erwarb der Kläger im Jahr 2013 das Hausgrundstück, das bisher seinem Großva-

²⁴³ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Leitsatz 1 und Rn. 11 = NJW-RR 2019, 78 ff = MDR 2019, 25 f. = NZM 2019, 105 ff. = DWW 2018, 387 ff. = Grundeigentum 2018, 1590 ff.

²⁴⁴ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Leitsatz 2 und Rn. 20.

²⁴⁵ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 1.

ter gehört hatte. Die Beklagten leisteten weiterhin Vorschusszahlungen auf die Wasserkosten. Eine Abrechnung nahm der Kläger nicht vor.²⁴⁶

Der Kläger hatte auf Feststellung geklagt, dass er nicht verpflichtet ist, die Grundstücke der Beklagten durch die vorhandene Leitung mit Wasser zu versorgen. Er hat in erster Instanz obsiegt, in der Berufungsinstanz ist er unterlegen, wogegen er sich mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision gewendet hat.²⁴⁷

Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.²⁴⁸

Zwar ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass den Beklagten **kein Notleitungsrecht in Analogie zu § 917 BGB** zusteht.²⁴⁹

Eine solche Analogie kommt für Versorgungsleitungen zur Verbindung eines Grundstücks mit den öffentlichen Versorgungsnetzen in Betracht, wenn entsprechende landesrechtliche Regelungen, wie im vorliegend anwendbaren Nachbarrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, fehlen.²⁵⁰

An einem Erfordernis für eine Notleitung fehlt es jedoch, weil die Grundstücke der Beklagten an einer öffentlichen Straße liegen und ein Anschluss an das öffentliche Leitungsnetz ohne unzumutbare Belastung möglich ist.²⁵¹ Das Berufungsgericht hat jedoch **rechtsfehlerhaft eine**

Pflicht des Klägers, die Grundstücke der Beklagten mit Wasser zu versorgen aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis abgeleitet.²⁵² Zur Beurteilung der Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn

sind insbesondere die ins Einzelne gehenden Sonderregelungen der Vorschriften der §§ 905 ff. BGB und die Bestimmungen der Nachbarrechtsgesetze der Länder maßgeblich. Diese sind unter Beachtung des

²⁴⁶ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 2.

²⁴⁷ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 3.

²⁴⁸ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Tenor.

²⁴⁹ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 7.

²⁵⁰ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 8.

²⁵¹ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 9.

²⁵² Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 10 ff.

allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anzuwenden. Aus diesem ergeben sich grundsätzlich im Rahmen eines nachbarlichen Verhältnisses keine selbständigen Ansprüche sondern hauptsächlich eine Beschränkung der Rechtsausübung. Eine aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis folgende selbständige Verpflichtung ist mit Rücksicht auf die nachbarrechtlichen Sonderregelungen nur als eng begrenzte Ausnahme anzunehmen, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwingend geboten erscheint.²⁵³ Eine Verpflichtung des Klägers, die Beklagten mit Wasser zu versorgen, hatte der Bundesgerichtshof auf dieser Grundlage verneint.²⁵⁴ Das Berufungsgericht hatte den anzulegenden Prüfungsmaßstab verkannt, indem es nicht berücksichtigt hatte, dass ein, unter Umständen auch deutlich, überwiegendes Interesse der Nachbarn nicht ausreicht, sondern erforderlich wäre, dass die in Rede stehende Verpflichtung zum Ausgleich der im konkreten Fall widerstreitenden Interessen zwingend geboten ist.²⁵⁵ Es fehlte ein schützenswertes Vertrauen der Beklagten auf den unbefristeten Fortbestand der Wasserversorgung, weil diese Rechte nicht dinglich abgesichert wurden und es grundsätzlich in den Risikobereich des Eigentümers des Nachbargrundstücks fällt, die Anbindung an das öffentliche Leitungsnetz herzustellen.²⁵⁶ Anders als in der vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs²⁵⁷ liegt kein besonders gelagerter Ausnahmefall vor, weil die Beklagten ihre Grundstücke in Kenntnis des Umstandes erworben haben, dass die Wasserversorgung über das klägerische Grundstück erfolgt und sie in Kauf genommen haben, dass sich diese Form der Versorgung ändern kann.²⁵⁸

Auch aus § 743 Abs. 2 BGB (gegebenenfalls in Verbindung mit § 746) ergab sich kein Anspruch der Beklagten auf Versorgung mit Frisch-

²⁵³ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 1, m.w.N.

²⁵⁴ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 12 ff.

²⁵⁵ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 15 ff.

²⁵⁶ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 17 m.w.N.

²⁵⁷ Urteil vom 31. Januar 2003 – [V ZR 143/02](#) – NJW 2003, 1392.

²⁵⁸ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 18.

wasser gegen den Kläger.²⁵⁹ Der ständigen Rechtsprechung des Berufungsgerichts, die auch dem Berufungsurteil zu Grunde lag, dass zwischen Eigentümern von Grundstücken eine Rechtsgemeinschaft im Sinne des § 741 BGB besteht, wenn sie über ein einheitliches, gemeinsame Grundstücksgrenzen überschreitendes Leitungssystem verfügen, ist der Bundesgerichtshof in dieser Allgemeinheit entgegengetreten und hat klargestellt, dass das Vorhandensein von Leitungen, die Grundstücksgrenzen überschreiten und der Versorgung verschiedener Grundstücke dienen, für sich genommen keine zwischen den Grundstückseigentümern bestehende Rechtsgemeinschaft begründet.²⁶⁰ Voraussetzung wäre ein den Beteiligten gemeinschaftlich zustehendes Recht, woran es vorliegend fehlt.²⁶¹ Feststellungen, die das Bestehen eines gemeinsamen Besitzrechts der Parteien begründen, hatte das Berufungsgericht nicht getroffen. Mitbesitz an den Leitungen, die vom öffentlichen Anschluss zu dem Haus des Klägers führen, hat der Bundesgerichtshof ebenso verneint, wie Miteigentum an den Wasserleitungen.²⁶² Die Leitungen auf dem Grundstück des Klägers sind dessen wesentliche Bestandteile und stehen im Alleineigentum des Klägers als Grundstückseigentümer.²⁶³ Die Leitung von der Terrasse des zuerst errichteten Hauses auf dem Grundstück des Klägers zu den später errichteten Doppelhaushälften dient allein deren Versorgung und ist deswegen deren Zubehör oder wesentlicher Bestandteil der Doppelhaushälften im Sinne von § 94 Abs. 2 BGB.²⁶⁴ Deshalb konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben.²⁶⁵

²⁵⁹ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 19 ff.

²⁶⁰ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 20 m.w.N.

²⁶¹ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 21.

²⁶² Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 22 ff.

²⁶³ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 24.

²⁶⁴ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 25.

²⁶⁵ Urteil vom 13. Juli 2018 – [V ZR 308/17](#) – juris, Rn. 26.

c)

Zu **Lärmeinwirkungen** musste der Bundesgerichtshof anlässlich häuslichen **Trompetenspiels eines Berufsmusikers** entscheiden. Der Beklagte zu 1 war Berufsmusiker und übte im Erdgeschoss und in einem Probenraum des von ihm bewohnten Reihenhauses Trompete, und zwar nach eigenen Angaben maximal 180 min pro Tag und regelmäßig nicht an mehr als zwei Tagen pro Woche. Die Mittags- und Nachtruhe berücksichtigt er. Außerdem unterrichtet er zwei Stunden wöchentlich externe Schüler. Die Kläger verlangten von den Beklagten (gemeinsame Eigentümer und Bewohner der emittierenden Wohnung) geeignete Maßnahmen zu ergreifen, dass das Spielen von Musikinstrumenten auf dem Anwesen der Kläger nicht wahrgenommen werden kann. Das Amtsgericht hatte der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hatte das Urteil abgeändert und die Beklagten gesamtschuldnerisch verurteilt, die Erteilung von Musikunterricht an Dritte insgesamt zu unterlassen und es zu unterlassen, in ihrem Anwesen Instrumentalmusik zu spielen mit Ausnahme des Dachgeschosses, wo maximal 10 Stunden wöchentlich werktags (Montag bis Freitag) zwischen 10:00 Uhr und 12:00 Uhr sowie zwischen 15:00 Uhr und 19:00 Uhr musiziert werden darf. An maximal acht Samstagen und Sonntagen im Jahr darf der Beklagte zwischen 15:00 Uhr und 18:00 Uhr jeweils maximal eine Stunde Trompete üben.²⁶⁶

Die Revision der Beklagten zu 2 hatte endgültig Erfolg, weil sie nicht Störerin ist. Da die Störung nicht vom Zustand des Hauses ausgeht, war sie nicht Zustandsstörerin. Sie spielt selbst kein Instrument und erteilte auch keinen Musikunterricht, so dass sie nicht unmittelbare Handlungsstörerin war. Auch als mittelbare Handlungsstörerin haftete sie nicht, weil sie nicht verpflichtet war, gegen das Musizieren ihres Ehemannes (des Beklagten zu 1) einzuschreiten.²⁶⁷

²⁶⁶ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 1 = NJW 2019, 773 ff. = MDR 2019, 23 ff. = WuM 2018, 787 ff. = NZM 2019, 86 ff. = ZMR 2019, 237 ff. Grundeigentum 2018, 1587 ff. = VersR 2019, 303 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁶⁷ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 4 m.w.N.

Hinsichtlich des Beklagten zu 1 führte die Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht. Noch richtig hatte das Berufungsgericht hinsichtlich des Beklagten zu 1 den Klageantrag verstanden, der dahin ging, "die Beklagten zu verurteilen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, dass das Spielen von Musikinstrumenten auf dem Anwesen der Kläger nicht wahrgenommen werden kann". Die Kläger beehrten somit die Unterlassung jeglicher Geräuscheinwirkung, also das zu erzielende Ergebnis. Indem das Landgericht das Musizieren auf bestimmte Zeiten beschränkt und den Musikunterricht untersagt hatte, hielt er sich im Rahmen dieses Antrags.²⁶⁸

Allerdings hatte das Berufungsgericht bei der Prüfung der Wesentlichkeit der vom Grundstück der Beklagten ausgehenden Immissionen rechtsfehlerhaft einen zu strengen Maßstab zu Grunde gelegt, indem es offenbar darauf abgestellt hat, ob ein Durchschnittsmensch mit gutem Gehör die von dem Beklagten-Grundstück herrührenden Geräusche wahrnehmen kann. Dabei hat das Berufungsgericht das Erfordernis einer wertenden Betrachtung verkannt, bei der es auf das Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen ankommt und darauf, was diesem unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange zuzumuten ist. Dafür ist nicht allein entscheidend, dass die Geräuscheinwirkung auf dem Nachbargrundstück "als schwache Zimmerlautstärke" zu hören ist. Auch kommt es nicht darauf an, dass sich eine Einwirkung durch nachträgliche Schallschutzmaßnahmen an dem Haus, von dem die Störung ausgeht, verringern ließe. § 906 BGB bezieht sich auf das Grundstück in seiner konkreten Beschaffenheit. Viele der üblichen Beschäftigungen und Tätigkeiten im häuslichen Rahmen verursachen Geräusche, die unvermeidlich auf dem Nachbargrundstück zu vernehmen sind. Aus § 1004 in Verbindung mit § 906 BGB können auch nicht schon deshalb Schallschutzmaßnahmen verlangt werden, weil die Art der Störungsbeseitigung dem Störer überlassen ist. Allerdings kann die Verbesserung des Schallschutzes des Hauses des musizierenden Nachbarn dazu führen, dass er mehr (oder sogar

²⁶⁸ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 6 ff.

uneingeschränkt) musizieren darf.²⁶⁹ Häusliches Musizieren, auch von Berufsmusikern, ist sozialadäquat und üblich, so dass die Geräuscheinwirkungen in gewissen Grenzen zumutbar und als unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks gemäß § 906 Abs. 1 BGB anzusehen sind. Ein Ausgleich der widerstreitenden nachbarlichen Interessen muss durch tatrichterlich vorgegebene zeitliche Begrenzungen herbeigeführt werden.²⁷⁰ Auch die Möglichkeit des Beklagten zu 1 im Dachgeschoss Trompete zu spielen, führt nicht dazu, ihm das Musizieren in den Haupträumen seines Hauses gänzlich zu untersagen, sondern kann allenfalls engere zeitliche Grenzen der Ausübung in den Haupträumen rechtfertigen.²⁷¹ Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Musik aus dem Dachgeschoss nur im angrenzenden Schlafzimmer der Kläger leise zu hören ist, nicht dagegen in deren Wohnzimmer, so dass eine Störung bzw. wesentliche Beeinträchtigung nur zu den üblichen Ruhezeiten angenommen werden kann, hatte das Berufungsgericht durch die zeitliche Beschränkung und regelmäßige gänzliche Untersagung des Musizierens im Dachgeschoss am Wochenende einen falschen rechtlichen Maßstab angesetzt und nicht die gebotene wertende Betrachtung vorgenommen.²⁷² Außerdem hatte das Berufungsgericht keine Feststellungen zu den besonderen Auswirkungen des Musikunterrichts auf das Anwesen der Kläger getroffen, so dass keine Grundlage für ein vollständiges Verbot erkennbar war.²⁷³

Für die nachfolgende abschließende Feststellung der Zeiten, zu denen musiziert werden darf, hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass diese Beurteilung dem Tatrichter obliegt, der bei der Beurteilung der Wesentlichkeit nicht in jedem Fall einen Sachverständigen hinzuziehen muss.²⁷⁴

²⁶⁹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 13.

²⁷⁰ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 14 m.w.N.

²⁷¹ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 15.

²⁷² Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 16.

²⁷³ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 17.

²⁷⁴ Urteil vom 26. Oktober 2018 – [V ZR 143/17](#) – juris, Rn. 19 ff.

d)

Mit dem hessischen Nachbarrechtsgesetz befasst sich eine weitere Revisionsentscheidung.

Die Klägerin verlangt von ihrem Grundstücksnachbarn die **Beseitigung einer zwei Meter hohen, aus glatten Metallplatten bestehenden unmittelbar neben der gemeinsamen Grenze errichteten Wand**. An der betreffenden Stelle befand sich zuvor ein Maschendrahtzaun.²⁷⁵

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausreichen, um einen Anspruch der Klägerin nach §§ 1004 BGB; 14; 15 Nachbarrechtsgesetz Hessen auf Beseitigung der Metallwand zu bejahen.²⁷⁶

Ein Beseitigungsanspruch der Klägerin besteht nach § 1004 Abs. 1 BGB, wenn die Beklagte bei Beibehaltung der Wand ihre gesetzliche Einfriedungspflicht (§§ 14; 15 Nachbarrechtsgesetz Hessen) verletzen würde.²⁷⁷ Nach den Regelungen des hessischen Nachbarrechtsgesetzes besteht die Einfriedung, bei deren Errichtung die Eigentümer bebauter Grundstücke mitzuwirken haben, aus einem ortsüblichen Zaun; ist eine ortsübliche Einfriedung nicht festzustellen, ist ein 1,2 m hoher Zaun aus verzinktem Maschendraht vorgegeben.²⁷⁸

Nach § 1004 BGB kann ein Grundstückseigentümer von dem Grundstücksnachbarn die Beseitigung einer bereits vorhandenen Einfriedung verlangen, wenn und soweit dies zur Erfüllung seines gesetzlichen Einfriedungsanspruchs erforderlich ist.²⁷⁹ Bis zu diesem Verlangen kann der Nachbar einen von den Vorgaben des Nachbarrechtsgesetzes

²⁷⁵ Urteil vom 21. September 2018 – V ZR 302/17 – juris, Rn. 1 f. = NJW-RR 2019, 649 ff. = MDR 2019, 220 f. = NZM 2019, 265 ff. = Grundeigentum 2019, 186 f.

²⁷⁶ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 4.

²⁷⁷ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 5.

²⁷⁸ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 6.

²⁷⁹ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Leitsatz und Rn. 7 und 9 f.

abweichenden Zaun errichten.²⁸⁰ Schließlich kann der Grundstückseigentümer verlangen, dass neben eine ortsübliche Einfriedung nicht eine weitere, andersartige gesetzt wird, die das Erscheinungsbild der Einfriedung völlig verändern würde. Das Nachbarrecht gestaltet insoweit die Rechtsposition des Eigentümers hinsichtlich des Anspruchs auf eine ortsübliche Einfriedung aus, so dass das Erfordernis der Ortsüblichkeit nicht nur den Maßstab dafür bildet, welche Art der Einfriedung die Nachbarn kostenmäßig hinnehmen müssen, sondern im beiderseitigen Interesse auch die zweckgerechte und darüber hinaus die optisch-ästhetisch zumutbare Beschaffenheit vorgibt.²⁸¹ Dies gilt in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte auch für das Nachbarrechtsgesetz des Landes Hessen.²⁸²

Allerdings hatte das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen über die Ortsüblichkeit einer bestimmten Beschaffenheit von Einfriedungen im maßgeblichen Vergleichsgebiet getroffen. Das ist erforderlich, weil die (vollständige) Beseitigung der Metallwand nur verlangt werden kann, wenn dies zur Erfüllung der gesetzlichen Einfriedung nicht nötig ist oder weil die ortsübliche Einfriedung nicht ohne Beseitigung der Metallwaren errichtet werden könnte, was die Klärung der ortsüblichen Einfriedungen erforderlich macht, zumal die Regelung des § 15 Satz 1 Halbsatz 1 Nachbarrechtsgesetz Hessen nur eingreift, wenn sich eine ortsübliche Einfriedung nicht feststellen lässt.²⁸³ Deshalb hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückgewiesen.²⁸⁴

²⁸⁰ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 8.

²⁸¹ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 11 m.w.N.

²⁸² Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 12 m.w.N.

²⁸³ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 15.

²⁸⁴ Urteil vom 21. September 2018 – [V ZR 302/17](#) – juris, Rn. 16.

e)

In einem Rechtsbeschwerdeverfahren hat der V. Zivilsenat die **Bemessung der Rechtsmittelbeschwer bei Eigentumsstörungsklagen** weiter geklärt. Danach richtet sich bei Abweisung einer Klage auf Beseitigung einer Eigentumsstörung das für die Rechtsmittelbeschwer maßgebliche Interesse des Eigentümers, wenn sich die Störung nach Art bzw. Umfang nicht in einer Wertminderung der Sache niederschlägt, ausnahmsweise nach den Kosten, die dem Eigentümer durch die Störung entstehen und die ohne diese nicht angefallen wären.²⁸⁵

Die auf dem Grundstück der Beklagten Anfang der 1970er Jahre errichtete Garage überragt das Grundstück des Klägers um 42-50 cm. Die Garage des Klägers steht parallel dazu in einem Abstand von ca. 15 cm. Bei Arbeiten an der Garage der Beklagten im Oktober 2013 wurde deren Dach erhöht und an der Garage des Klägers gelegenen Seite des Daches eine Attika mit Zinkblechabdeckung angebracht. Die darauf aufgebrachte Dachpappe wurde mit einer Bitumenmasse auf der Zinkblechabdeckung der Garage des Klägers fest verklebt. Auf der Straßenseite der Garage der Beklagten befindet sich nunmehr eine Dachrinne.²⁸⁶ Die auf die Entfernung der Attika und der Dachrinne gerichtete Klage, so dass beides nicht mehr über die auf seinem Grundstück liegende Seite des Daches der Garage der Beklagten hinausragt, sondern bündig mit diesem abschließt, hat das Amtsgericht abgewiesen. Das Amtsgericht setzte den Streitwert auf 3000,00 € fest. Die Berufung des Klägers wurde als unzulässig verworfen, wogegen sich die Rechtsbeschwerde des Klägers richtet.²⁸⁷

Der Bundesgerichtshof hat der Rechtsbeschwerde stattgegeben, weil das Berufungsgericht zu Unrecht die Beschwer des Klägers als nicht über 600,00 € liegend angesehen hat.²⁸⁸ Der im Rechtsmittelverfahren maß-

²⁸⁵ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Leitsatz und Rn. 10 = MDR 2018, 1396 f. = NZM 2019, 349 f.

²⁸⁶ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 1.

²⁸⁷ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 2.

²⁸⁸ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 6 ff.

gebliche Wert der Beschwer ergibt sich aus dem Interesse des Klägers an der Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Allgemein wird der Wert einer Beseitigungsklage durch das Interesse des Klägers an der Beseitigung bestimmt, das sich bei der Störung von Grundeigentum grundsätzlich nach dem Wertverlust, den die Sache durch die Störung erleidet, bemisst. Demgegenüber ist der für die Beseitigung der Besitzstörung erforderliche Kostenaufwand für die Bemessung der Beschwer eines in seinem Eigentum gestörten Klägers grundsätzlich unerheblich und allenfalls mittelbar für die Bestimmung der Beschwer von Bedeutung, wenn sich aus diesen Kosten ein Anhaltspunkt für die Wertminderung der Sache durch die Störung ergibt.²⁸⁹

Daher ist grundsätzlich der Wertverlust des Grundstücks des Klägers infolge der von dem Beklagten im Jahr 2013 durchgeführten Baumaßnahme im Vergleich zum Verkehrswert des Grundstücks vor dieser Baumaßnahme zu betrachten. Die vorliegend betroffene Fläche ist so gering, dass der Überbau keine nennenswerten Auswirkungen auf den Wert des Grundstücks des Klägers hat.²⁹⁰ Deswegen konnte der Wert der Beschwer des Klägers nicht wie grundsätzlich geboten mit einem Bruchteil des Grundstückswerts bemessen werden, weil dies voraussetzt, dass eine Eigentumsstörung tatsächlich zu einer Wertminderung des Grundstücks führt.²⁹¹

Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, ist deshalb aber eine 600,00 € übersteigende Beschwerde des Klägers im Sinne von § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch nicht zwingend zu verneinen. Denn bei Abweisung einer Klage auf Beseitigung einer Eigentumsstörung richtet sich das für die Rechtsmittelbeschwer maßgebliche Interesse des Eigentümers, wenn sich die Störung nach Art bzw. Umfang nicht in einer Wertminderung der Sache niederschlägt, ausnahmsweise nach den Kosten, die dem Eigen-

²⁸⁹ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 7, m.w.N.

²⁹⁰ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 8.

²⁹¹ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 9.

tümer durch die Störung entstehen und die ohne diese nicht angefallen wären.²⁹² Die reine Verkehrswertbetrachtung ist im Einzelfall zur Ermittlung der Beschwer des Klägers ausnahmsweise ungeeignet, wenn die Eigentumsstörung nach ihrer Art bzw. ihrem Umfang so ausgestaltet ist, dass sie nicht zu einem Wertverlust der Sache führt, der Eigentümer aber gleichwohl ein Interesse an der Beseitigung der Störung hat, weil er in der Nutzung der Sache beeinträchtigt ist. Dann können zur Bestimmung des Interesses des Grundstückseigentümers an der Beseitigung der Störung andere Kriterien herangezogen werden; ein solches Kriterium kann die Belastung mit Kosten sein, die der Eigentümer allein aufgrund der Störung erleidet.²⁹³ Das Fehlen der Wertminderung trotz Beeinträchtigung des Eigentums muss hierzu evident oder glaubhaft gemacht sein.²⁹⁴

Vorliegend hatte der Kläger dargelegt, aufgrund der neu errichteten Attika nicht mehr die Möglichkeit zu Arbeiten an seiner eigenen Garage, insbesondere an der bereits korrodierten Zinkblechabdeckung, zu haben, wodurch weitere Schäden drohten. Durch die Baumaßnahmen des Beklagten entstünden ihm dafür Mehrkosten von 1170,78 € brutto, was der Kläger glaubhaft gemacht hatte.²⁹⁵ Daher belief sich die Beschwer des Klägers in Höhe der genannten Brutto-Kosten, die auf einmal anfallen deshalb auch nicht auf mehrere Jahre umzulegen sind.²⁹⁶

f)

In einem Rechtsstreit zwischen Nachbarn wegen der **Blendwirkung einer auf dem Hausdach angebrachten Fotovoltaikanlage** hatten sich die Parteien in einem Prozessvergleich darauf geeinigt, dass der damalige Eigentümer des betreffenden Grundstücks bestimmte Teile der Solarmodule entfernt und nicht durch andere Module ersetzt. Dieser kam der Verpflichtung nicht nach, so dass der Nachbar zur Ersatzvornahme

²⁹² Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 10.

²⁹³ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 11.

²⁹⁴ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 11.

²⁹⁵ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 12.

²⁹⁶ Beschluss vom 12. Juli 2018 – [V ZB 218/17](#) – juris, Rn. 13.

ermächtigt wurde.²⁹⁷ Die Klägerin des vom Bundesgerichtshof entschiedenen Verfahrens hatte das Grundstück während des vorangegangenen Rechtsstreits von dem damaligen Eigentümer, ihrem Ehemann, geschenkt erhalten, der sich den Nießbrauch vorbehielt. Der Eigentumsübergang wurde im dortigen Rechtsstreit nicht offen gelegt.²⁹⁸ Die Klägerin wollte die Zwangsvollstreckung in die Solarmodule im Wege der Drittwiderspruchsklage für unzulässig erklären lassen. Die Klage war in allen Instanzen erfolglos.²⁹⁹

Der Bundesgerichtshof hat dazu entschieden, dass dann, wenn nach Eintritt der Rechtshängigkeit die in Streit befangene Sache veräußert wird, der Rechtsnachfolger des Veräußerers einen zwischen dem Veräußerer und dem Prozessgegner geschlossenen gerichtlichen Vergleich gegen sich gelten lassen muss, wenn und soweit der Inhalt des Vergleichs auch das Ergebnis eines Urteils in dem anhängigen Prozess sein könnte und sich die Rechtskraft eines solchen Urteils auf den Rechtsnachfolger erstreckt hätte; unter diesen Voraussetzungen kann dem Prozessgegner gemäß §§ 795; 727 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Rechtsnachfolger des Veräußerers erteilt werden.³⁰⁰ Veräußert der Rechtsinhaber die streitbefangene Sache nach Eintritt der Rechtshängigkeit und ergeht gegen ihn ein Urteil, so erstreckt sich dessen Rechtskraft gemäß § 325 Abs. 1 ZPO auch dann auf den Rechtsnachfolger, wenn dieser die Rechtshängigkeit bei Rechtserwerb weder kannte noch kennen musste.³⁰¹ Weiter hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass die in § 325 Abs. 2 ZPO angeordnete entsprechende Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, allein die Veräußerung durch einen Nichtberechtigten betrifft und sich insoweit die Rechtskraft

²⁹⁷ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 267/17](#) – juris, Rn. 1 = NJW 2019, 310 ff. = MDR 2019, 121 f. = WM 2019, 562 ff.

²⁹⁸ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 267/17](#) – juris, Rn. 1.

²⁹⁹ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 267/17](#) – juris, Rn. 2 und 4.

³⁰⁰ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 267/17](#) – juris, Leitsatz 1 und Rn. 17; Fortführung von BGH, Urteile vom 14. Mai 1986 – IVa ZR 146/85 – NJW-RR 1987, 307 und vom 09. Dezember 1992 – VIII ZR 218/91 – BGHZ 120, 387 (390).

³⁰¹ Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 267/17](#) – juris, Leitsatz 2a und Rn. 32.

eines nachteiligen Urteils nicht auf den Rechtsnachfolger erstreckt, wenn sich dessen guter Glaube sowohl auf die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers als auch auf die fehlende Rechtshängigkeit bezieht.³⁰²

4.3. Grundzüge des Immobilienrechts

Um Grundzüge des Immobilienrechts ranken sich die nachfolgenden Entscheidungen.

a)

Derjenige, der während eines Flurbereinigungsverfahrens ein **in einem Flurbereinigungsgebiet liegendes Grundstück rechtsgeschäftlich oder im Weg der Zwangsversteigerung erwirbt, muss** gemäß § 15 Satz 1 Flurbereinigungs-gesetz die **Belastung mit einer durch die Flurbereinigung entstandenen Grunddienstbarkeit gegen sich gelten lassen, auch wenn diese aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist und im geringsten Gebot nicht aufgeführt ist.**³⁰³ § 15 Satz 1 Flurbereinigungs-gesetz steht dem Erlöschen einer durch Flurbereinigung entstandenen, entgegen den §§ 79-83 Flurbereinigungs-gesetz nicht in das Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit infolge gutgläubigen lastenfreien Erwerbs (§ 892 BGB) oder infolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung (§§ 52 Abs. 1 Satz 2; 91 Abs. 1 ZVG) aber **nicht (mehr) entgegen, wenn das Flurbereinigungsverfahren mit der bestandskräftigen Schlussfeststellung nach § 149 Abs. 3 Flurbereinigungs-gesetz abgeschlossen ist.**³⁰⁴

³⁰² Urteil vom 14. September 2018 – [V ZR 267/17](#) – juris, Leitsatz 2b und Rn. 32; Fortführung von BGH, Urteil vom 07. Mai 1991 – VI ZR 259/90 – BGHZ 114, 305 (309 f.).

³⁰³ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Leitsatz 1 und Rn. 13 = NJW-RR 2019, 209 ff. = MDR 2018, 1369 f. = WM 2019, 374 ff. = RdL 2019, 19 ff.

³⁰⁴ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Leitsatz 2 und Rn. 14.

Die Klägerin ist seit 2016 Eigentümerin eines Hinterliegergrundstücks, auf dem sich ein Wohnhaus und früher landwirtschaftlich genutzte Gebäude befinden. Ihr Grundstück kann nur über das Grundstück erreicht werden, welches der Beklagte im Jahr 2008 im Wege der Zwangsversteigerung erwarb. Die Klägerin beehrte die Feststellung, dass zu Gunsten ihres Grundstücks eine Grunddienstbarkeit entsprechend dem Flurbereinigungsplan und der Zuteilungskarte aus dem in den 1950er Jahren durchgeführten Flurbereinigungsverfahren besteht, hilfsweise verlangte sie die Duldung eines Notwegerechts vom Beklagten. Das Amtsgericht hatte den Feststellungsantrag abgewiesen und den Beklagten auf den Hilfsantrag zur Duldung eines Notwegerechts in bestimmtem Umfang gegen Zahlung einer Geldrente zu dulden. Beide Parteien haben dagegen Berufung eingelegt, worauf das Berufungsgericht dem Feststellungsantrag stattgegeben und die erstinstanzliche Verurteilung des Beklagten und dessen Berufung als wirkungslos angesehen hatte. Mit seiner vom Landgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte die Abweisung der Klageanträge.³⁰⁵

Anders als das Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Klägerin keine Grunddienstbarkeit am Grundstück des Beklagten zusteht, so dass der Feststellungsantrag unbegründet war.³⁰⁶

Die Grunddienstbarkeit ist zwar im Zusammenhang mit dem Flurbereinigungsverfahren wirksam entstanden, weil sie im unanfechtbar gewordenen Flurbereinigungsplan als neue Belastung des Grundstücks des Beklagten aufgeführt ist und die Flurbereinigungsbehörde eine Ausführungsanordnung nach § 61 Satz 2 Flurbereinigungs-gesetz erlassen hat.³⁰⁷ Das Berufungsgericht hatte jedoch verkannt, dass die Grunddienstbarkeit durch den dem Beklagten 2008 im Zwangsversteigerungsverfahren

³⁰⁵ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 1 ff.

³⁰⁶ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 5 ff.

³⁰⁷ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 7 f.

erteilten Zuschlag gemäß §§ 52 Abs. 1 Satz 2; 91 Abs. 1 ZVG erloschen ist. Aus § 15 Flurbereinigungsgesetz ergibt sich nichts anderes. Denn § 15 Satz 1 Flurbereinigungsgesetz steht dem Erlöschen einer durch Flurbereinigung entstandenen, entgegen den §§ 79-83 Flurbereinigungsgesetz nicht in das Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit infolge gutgläubigen lastenfreien Erwerbs (§ 892 BGB) oder infolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung (§§ 52 Abs. 1 Satz 2; 91 Abs. 1 ZVG) aber nicht mehr entgegen, wenn das Flurbereinigungsverfahren mit der bestandskräftigen Schlussfeststellung nach § 149 Abs. 3 Flurbereinigungsgesetz abgeschlossen ist.³⁰⁸ § 15 Satz 1 Flurbereinigungsgesetz soll nur Wirkungen während des laufenden Verfahrens entfalten.³⁰⁹ Dies steht im Einklang mit § 149 Abs. 3 Flurbereinigungsgesetz, wonach das Flurbereinigungsverfahren mit Zustellung der Schlussfeststellung endet. Wird eine Schlussfeststellung getroffen, obwohl die gemäß §§ 79 ff. Flurbereinigungsgesetz erforderliche Berichtigung der öffentlichen Bücher noch aussteht, muss der Inhaber eines im Flurbereinigungsverfahren entstandenen dinglichen Rechts zur Vermeidung von Rechtsnachteilen gegen die Schlussfeststellung Rechtsbehelfe einlegen. Andernfalls ist das Flurbereinigungsverfahren abgeschlossen und finden die diesbezüglichen Verfahrensregelungen einschließlich § 15 Satz 1 Flurbereinigungsgesetz keine Anwendung mehr.³¹⁰ Dies entspricht auch Sinn und Zweck der Regelung, die als Korrektiv dafür wirken soll, dass die Grundstückseigentümer trotz der Durchführung eines Flurbereinigungsverfahrens über ihre Grundstücke frei verfügen können. Dafür besteht nach Abschluss kein Bedürfnis mehr.³¹¹ Eine unangemessene Benachteiligung des Grundstückseigentümers folgt daraus nicht, weil er Rechtsbehelfe einlegen bzw. die Eintragung des Rechts in einem Grundbuchverfahren durchsetzen kann.³¹²

³⁰⁸ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 11 ff., 14.

³⁰⁹ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 15.

³¹⁰ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 16.

³¹¹ Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 17.

³¹² Urteil vom 20. Juli 2018 – [V ZR 199/17](#) – juris, Rn. 18.

b)

Zum Grundbuchverfahren hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass in dem Lösungsverfahren gemäß **§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO** das **Grundbuchamt an die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen durch ein rechtskräftiges Urteil des Prozessgerichts gebunden** ist. Vorauszusetzen ist dabei, dass sich die Rechtskraft des Urteils auf das Recht, dessen Löschung begehrt wird, erstreckt und gegenüber allen an dem Grundbuchverfahren Beteiligten wirkt. Nicht ausreichend ist es, wenn das Bestehen des Rechts in dem Zivilprozess lediglich eine präjudizielle Rechtsfrage darstellt.³¹³ Eine Grunddienstbarkeit kann als Gesamtbelastung für mehrere Grundstücke begründet werden, wenn sich die Ausübung der Dienstbarkeit notwendigerweise auf diese Grundstücke erstreckt und die Belastung dort die gleiche Benutzung sichert.³¹⁴ Die nicht näher eingegrenzte Nutzung einer auf dem dienenden Grundstück vorhandenen baulichen Anlage kann jedenfalls dann zulässiger Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn sich die Anlage nur auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks erstreckt und dem Eigentümer an dem von der Ausübungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten nicht erfassten Teil des Grundstücks die volle Nutzung verbleibt.³¹⁵

Wie vom Grundbuchamt und Beschwerdegericht im Ergebnis zutreffend erkannt, war eine Löschung der Grunddienstbarkeit abzulehnen, weil die Eintragung nicht nach ihrem Inhalt unzulässig war.³¹⁶ Inhaltlich unzulässig im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung, die ihrem Inhalt nach einen Rechtszustand oder Rechtsvorgang verlautbart, den es nicht geben kann oder der einen gesetzlich nicht erlaubten Inhalt hat, oder wenn sie etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch

³¹³ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Leitsatz 1 und Rn. 9 ff. = NJW-RR 2019, 273 ff. = MDR 2018, 1487 f. = WM 2019, 516 ff.

³¹⁴ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Leitsatz 2a und Rn. 17.

³¹⁵ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Leitsatz 2b und Rn. 21; Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 06. November 2014 – [V ZB 131/13](#) – NJW-RR 2015, 208.

³¹⁶ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 12 ff.

bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann.³¹⁷ Die eingetragene Grunddienstbarkeit ist nach diesen Maßstäben zulässig.³¹⁸ Ihr Inhalt war auch mit § 1018 Alt. 1 BGB vereinbar.³¹⁹

Die Grunddienstbarkeit beinhaltet vorliegend die dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks eingeräumte Nutzungsmöglichkeit einer Vitrine und des Kellers des dienenden Grundstücks, wodurch die Nutzung des dienenden Grundstücks in einzelnen Beziehungen hinreichend beschränkt im Sinne des § 1018 Alt. 1 BGB ist.³²⁰ In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass Bezugspunkt der vom Gesetz verlangten Einräumung von Nutzungen "in einzelne Beziehungen" das belastete Grundstück ist, nicht jedoch ein sich darauf befindliches Gebäude. Die Einräumung der Berechtigung zu jeder "denkbaren Nutzungsform an den Räumlichkeiten", die auf bestimmte bauliche Anlagen beschränkt ist, genügt dem.³²¹ Damit ist der Bundesgerichtshof der Auffassung entgegengetreten, es sei unzulässig, wenn dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks ohne weitere Einschränkung das Recht eingeräumt wird, bestimmte Räume oder Teile eines auf dem dienenden Grundstück vorhandenen Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers zu nutzen.³²²

Offen lassen konnte der Bundesgerichtshof die umstrittene Frage, ob die Wirksamkeit einer Grunddienstbarkeit auch voraussetzt, dass dem Eigentümer des dienenden Grundstücks noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Grundstücks möglich bleibt. Darauf kam es nicht an, weil für die hier allein zu klärende inhaltliche Unzulässigkeit nur maßgeblich ist, ob sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergibt.³²³

³¹⁷ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 13.

³¹⁸ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 14 ff.

³¹⁹ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 18 ff.

³²⁰ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 25.

³²¹ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 24.

³²² Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 23 f. m.w.N.

³²³ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 26

Auch § 1019 BGB führt nicht zur inhaltlichen Unzulässigkeit der Grunddienstbarkeit, weil die damit bewirkte Förderung des Gewerbebetriebs auf dem herrschenden Grundstück einen – wenn auch nur mittelbaren – wirtschaftlichen Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bedeutet, was ausreicht.³²⁴

c)

In einem grundbuchrechtlichen Rechtsbeschwerdeverfahren hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass **zu den nach § 1069 Abs. 1 BGB auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem übertragbaren Recht anwendbaren Vorschriften nur diejenigen Vorschriften gehören, die allgemein für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts gelten.** Ob auch besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch die für Bestellung eines Nießbrauchs gelten, bestimmt sich nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zulassen.³²⁵ Bei dem Dauerwohn- und dem Dauernutzungsrecht kann der Zustimmungsvorbehalt nach §§ 42 Abs. 1; 35 Satz 1 WEG nur für die Übertragung des Rechts, nicht dagegen für die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten vereinbart werden. Ein Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht, die – wie der Nießbrauch – zum Gebrauch und zur Nutzung des zu belastenden Rechts berechtigen, kann aber gemäß § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG als Inhalt des Rechts vereinbart werden.³²⁶

Das Grundbuchamt hatte mit einer Zwischenverfügung das Fehlen der Zustimmung der Erbbauberechtigten und der Eigentümerin für die Ein-

³²⁴ Beschluss vom 13. September 2018 – [V ZB 2/18](#) – juris, Rn. 27 m.w.N.

³²⁵ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris, Leitsatz 1 und Rn. 10 = MDR 2019, 664 f. = WuM 2019, 278 ff.

³²⁶ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris, Leitsatz 2 und Rn. 20.

räumung eines Dauernutzungsrechts an dem Erbbaurecht beanstandet.³²⁷
Das Beschwerdegericht hatte das für richtig gehalten.³²⁸

Das Beschwerdegericht hatte zwar richtig angenommen, dass das Grundbuchamt zulässigerweise durch Zwischenverfügung nach § 18 GBO die Beibringung von Zustimmungen nur mittelbar Betroffener, wie der Inhaber des Erbbaurechts, an dem das zu belastende Nutzungsrecht lastet, und der Eigentümer des Erbbaugrundstücks, aufgeben konnte.³²⁹

Auch materiell-rechtlich war das Beschwerdegericht von dem zutreffenden Ausgangspunkt ausgegangen, dass an einem Dauernutzungsrecht der Nießbrauch bestellt werden kann und sich seine Bestellung gemäß § 1069 Abs. 1 BGB nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften richtet.³³⁰ Die Nießbrauchsfähigkeit des Dauernutzungsrechts als ein dem Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB nachgebildetes, jedoch veräußerliches und vererbliches Recht, folgt aus §§ 1068 Abs. 1; 1069 Abs. 2 BGB; 42 Abs. 1; 33 Abs. 1 Satz 1 WEG.³³¹ Für die Bestellung eines Rechtsnießbrauchs gelten die Vorschriften über die Übertragung des Rechts; § 1069 Abs. 1 BGB, wozu nur diejenigen Vorschriften gehören, die allgemein für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts gelten. Ob besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, bestimmt sich allein nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zulassen.³³² Die bis dahin ungeklärte Frage, ob ein für die Veräußerung eines Dauernutzungsrechts gemäß §§ 42 Abs. 1; 35 Abs. 1 WEG vereinbarter Zustimmungsvorbehalt dazu führt, dass auch die Bestellung eines Nießbrauchs zustimmungspflichtig ist, hat der Bundesgerichtshof – anders als das Beschwerdegericht – verneint.³³³ Das hat der Bundesgerichtshof aus der

³²⁷ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris Rn. 3.

³²⁸ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris Rn. 4.

³²⁹ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris Rn. 6.

³³⁰ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris, Rn. 7.

³³¹ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris, Rn. 8 m.w.N.

³³² Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris, Rn. 9 f.

³³³ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris, Rn. 11 ff.; 13.

systematischen Stellung von § 1069 Abs. 1 BGB einerseits und § 35 WEG andererseits abgeleitet.³³⁴

d)

Das **Wohnungsgrundbuch** betrafen weitere Rechtsbeschwerdeentscheidungen.

Danach wird dann, wenn als Inhalt des Sondereigentums vereinbart ist, dass der **Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.**³³⁵

Die Veräußerung von vier verkauften Eigentumswohnungen bedurfte nach der Teilungserklärung der Zustimmung des Verwalters. Der Verwalter hatte zunächst die Zustimmung zur Veräußerung erklärt und das Grundbuchamt die bewilligte Vormerkung zur Sicherung des Auflassungsanspruchs eingetragen. Danach widerrief der Verwalter seine Zustimmung jedoch. Gleichwohl beantragte der Notar die Eintragung der Auflassung. Mit Zwischenverfügung beanstandete das Grundbuchamt das Fehlen der Verwalterzustimmung. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen, weil das vom Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis bestehe. Der Verwalter habe seine Zustimmung wirksam widerrufen.³³⁶

Der Bundesgerichtshof hat die Beschwerdeentscheidung aufgehoben. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts war zwar nach § 18 GBO zulässig, weil sie die Beibringung der Zustimmung eines nur mittelbar

³³⁴ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 94/16](#) – juris, Rn. 13 ff.

³³⁵ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Leitsatz und Rn. 16 = MDR 2019, 731 f. = Grundeigentum 2019, 673 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt und BGH, Beschluss vom 06. Dezember 2018 – V ZB 139/17 – juris = WuM 2019, 219 f. = ZMR 2019, 416.

³³⁶ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 1 ff.

Betroffenen, namentlich des Verwalters, betraf.³³⁷ Das Grundbuchamt hat ein im Grundbuch eingetragenes Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG von Amts wegen zu berücksichtigen.³³⁸

Allerdings sind diese Nachweise erbracht worden. Anders als vom Beschwerdegericht angenommen, steht der Wirksamkeit der vom Verwalter erklärten Zustimmung deren Widerruf nicht entgegen, weshalb das Grundbuchamt keine erneute Zustimmungserklärung verlangen durfte.³³⁹ Die Zustimmung zu der Veräußerung des Wohnungseigentums ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Nach dem darauf anwendbaren § 183 Satz 1 BGB ist die vorherige Zustimmung (Einwilligung) bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis sich ein anderes ergibt.³⁴⁰

Die umstrittene Frage, ob und wenn ja bis zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung zu dem dinglichen Rechtsgeschäft, also zu der Verfügung des Wohnungseigentümers über das Wohnungseigentum, deren Erfordernis als Inhalt des Sondereigentums vereinbart ist, widerrufen werden kann, hat der Bundesgerichtshof nunmehr dahingehend entschieden, dass die erteilte Zustimmung unwiderruflich wird, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.³⁴¹ Die Mehraktigkeit der Eigentumsübertragung vor dem Hintergrund des geltenden Abstraktionsprinzips steht nicht entgegen, weil sich aus dem Rechtsverhältnis, das der Erteilung der Einwilligung zu Grunde liegt, also der Vereinbarung des Zustimmungsvorbehalts gemäß §§ 3; 8 und 12 WEG, anderes ergibt.³⁴² Bei der Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für die Veräußerung von Wohnungseigentum nach § 12 WEG ist nach der Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck der Zulassung

³³⁷ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 6.

³³⁸ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 7.

³³⁹ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 8.

³⁴⁰ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 9 m.w.N.

³⁴¹ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris Rn. 10 ff., 16 m.w.N.

³⁴² Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 17.

des Zustimmungsvorbehalts davon auszugehen, dass die Zustimmung zu der Veräußerung des Wohnungseigentums nur einheitlich erteilt und nicht mehr widerrufen werden kann, nachdem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist.³⁴³ Denn die Zustimmungspflichtigkeit beider Rechtsgeschäfte soll den Gleichlauf des rechtlichen Schicksals des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts und des dinglichen Verfügungsgeschäfts trotz ihrer Trennung aufgrund des Abstraktionsprinzips erhalten. Dem liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft gemäß § 12 Abs. 1 und 3 WEG noch zu einem Zeitpunkt möglich wäre, in dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden ist.³⁴⁴

5. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht

Diese Materie fällt primär in die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte. Zu berichtende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sind soweit ersichtlich nicht ergangen.

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

In Bezug auf die Berichtsperiode ist über die nachfolgenden Entscheidungen zu berichten.

³⁴³ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 18.

³⁴⁴ Beschluss vom 06. Dezember 2018 – [V ZB 134/17](#) – juris, Rn. 21.

a)

Der VIII. Senat hatte sich mit der **Zulässigkeit einer sogenannten Saldoklage** zu befassen, in der die Vermieterin ihre Forderungen auf ein fortgeschrittenes (tabellarisches) Mietkonto gestützt hatte, in welches sie Mietforderungen, Mahngebühren sowie Mietminderungen, Zahlungen und Gutschriften eingestellt hatte. Nach Auffassung des Bundesgerichtshof war der **Streitgegenstand i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt.**³⁴⁵

Ein Klageantrag ist grundsätzlich hinreichend bestimmt gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet. Hierzu muss der maßgebliche Sachverhalt nicht bereits vollständig beschrieben und der Klageanspruch nicht schlüssig oder substantiiert dargelegt werden. Ausreichend ist es vielmehr, wenn der Anspruch als solcher identifizierbar ist. Demgemäß kann von der Klägerin aus Rechtsgründen nicht verlangt werden, dass sie die aus ihrer Sicht maßgebliche Verrechnungsreihenfolge nach § 366 Abs. 2 BGB für jede einzelne Rechnungsposition im Einzelnen selbst beschreibt. Entscheidend ist, ob sich aus der Mietkontoaufstellung unter Heranziehung der ergänzenden Angaben der Klägerin zur Höhe der Nettomiete und der Betriebskostenvorauszahlungen sowie unter Heranziehung der Verrechnungsgrundsätze des § 366 Abs. 2 BGB eine Zuordnung von Gutschriften und Zahlungen auf die im Mietkonto aufgeführten Forderungen vornehmen lässt. Insoweit kommt § 366 Abs. 2 BGB dann entsprechend in Betracht, wenn es um die Verrechnung von dem Mieter erteilten Gutschriften geht. Werden danach in ein Mietkonto neben der Grundmiete auch Nebenkostenvorauszahlungen eingestellt, so bringt der Vermieter damit zum Ausdruck, dass er diese Ansprüche und nicht Nachforderungen aus Abrechnungen zum Gegenstand seiner Klage macht. Folglich ist es für die Zulässigkeit der Klage ohne Bedeutung, ob die Abrechnungsfrist für die aus dem Mietkonto ersichtlichen Nebenkostenvorauszahlungen bereits abgelaufen ist, denn dieser Gesichtspunkt ist erst auf der Ebene der Begründetheit zu prüfen.

³⁴⁵ Urteil vom 05. Dezember 2018 – [VIII ZR 194/17](#) – NJW RR 2019, 398 f. = NZM 2019, 171 f..

b)

Ein Hinweisbeschluss, der nachfolgend zur Verwerfung der Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig führte, befasst sich mit der **Ermittlung des Streitwertes bzw. Beschwerdewertes im Falle der Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung wegen beabsichtigter Modernisierungsmaßnahmen**. Konkret ging es um die nach § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO erforderliche Beschwer von mehr als 20.000,00 €. ³⁴⁶

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch **bei Klagen auf Mieterhöhung § 9 ZPO anzuwenden ist und daher die Beschwer der Partei bei einer Mieterhöhung im Rahmen eines unbefristeten Mietverhältnisses nach dem 3,5-fachen Jahresbeitrag** der streitigen Erhöhung anzusetzen ist. Diese Grundsätze gelten nicht nur für Klagen auf Zustimmung zu einer beabsichtigten Mieterhöhung gemäß § 558 BGB sondern auch für Klagen auf Zahlung des nach der Modernisierung auf dem Mieter umlagefähigen Mietaufschlags sowie für eine im Falle des Streits über die Duldung der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahmen einer solchen Erhöhung vorgeschaltete Duldungsklage, denn insoweit spielt die Klageart keine Rolle. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob durch die Modernisierung eine Wertsteigerung der Immobilie erzielt wird, denn der Mieter ist nicht verpflichtet, dem Vermieter eine Wertsteigerung zu ermöglichen. Hierin liegt nur ein Reflex des eigentlichen Klagebegehrens, das darauf gerichtet ist, den Mieter zu verpflichten, die Modernisierungsmaßnahme hinzunehmen.

Bei einer Klage auf Duldung von Modernisierungsarbeiten, die auch einen Antrag auf **Zutrittsgewährung zur Mietwohnung** enthält, beträgt der **Beschwerdewert** gemäß §§ 3, 9 ZPO das **dreieinhalbfache des infolge der Modernisierung zu erwartenden Jahresbetrag der Mieterhöhung**.

³⁴⁶ Beschluss vom 20. November 2018 – [VIII ZR 112/18](#) – Grundeigentum 2019, 122 f. = WuM 2019, 44 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Die Wertsteigerung oder die voraussichtlichen Kosten der Modernisierung bleiben unberücksichtigt.³⁴⁷

c)

Ebenfalls mit der **Höhe der Beschwer** des Klägers befasst sich ein Beschluss des XII. Zivilsenats. Die Parteien stritten nach Beendigung eines Pachtverhältnisses um die **Entschädigung nach dem Schuldrechtsanpassungsgesetz wegen verschiedener Bauwerke und Anpflanzungen, die von den Pächter nach den Rechtsvorschriften der früheren DDR auf dem Pachtgrundstück errichtet worden waren**. Die Kläger hatten ihren Zahlungsanspruch zunächst nicht beziffert und im weiteren Verlauf eine Entschädigung von mindestens 28.000,00 € geltend gemacht. Erstinstanzlich hatten sie nach Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Verkehrswerterhöhung des Pachtgrundstücks 13.788,00 € nebst Zinsen zugesprochen erhalten. Mit der Berufung begeherten die Kläger eine darüber hinausgehende Entschädigung, deren Höhe durch ein weiteres einzuholendes (Ober-)Gutachten ermittelt werden sollte, in Höhe von mindestens weiteren 14.212,00 € nebst Zinsen. Die Berufung hatte keinen Erfolg. Das Amtsgericht hatte den Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren auf 28.000,00 € festgesetzt, das Landgericht jenen für das Berufungsverfahren auf 14.212,00 €³⁴⁸

Die beim Bundesgerichtshof gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde war unzulässig, weil der nach § 26 Nr. 8 Satz 1 EG ZPO erforderliche Mindestwert der mit der beabsichtigten Revision geltend zu machenden Beschwer von mehr als 20.000,00 € nicht erreicht wurde.³⁴⁹ Der Bundesgerichtshof hat hierzu den Leitsatz aufgestellt, dass **wenn ein Kläger einen unbezifferten Zahlungsanspruch unter Angabe eines Betrages geltend macht, für seine Beschwer als Rechtsmittelkläger nicht von der tatsächlichen Höhe**

³⁴⁷ Beschluss vom 20. November 2018 – [VIII ZR 112/18](#) – juris, Orientierungssatz.

³⁴⁸ Beschluss vom 31. Oktober 2018 – [XII ZR 90/17](#) – juris, Rn. 1 f.

³⁴⁹ Beschluss vom 31. Oktober 2018 – [XII ZR 90/17](#) – juris, Rn. 3.

des Anspruchs, sondern von dem in der Vorinstanz angegebenen Mindestbetrag auszugehen ist; eine Beschwer besteht nur, wenn und soweit dieser Mindestbetrag durch den von der Vorinstanz zugesprochenen Betrag unterschritten wurde.³⁵⁰

d)

Mit der **Beschwer eines sich gegen die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums wendenden Wohnungseigentümers** sowie mit dem Streitwert derartiger Klagen befassen sich die nachfolgenden Entscheidungen.

aa)

Danach ist im Anschluss an bereits bestehende Rechtsprechung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum **Streitwert bei Verfahren über die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums** das für die **Beschwer** maßgebliche Interesse eines Wohnungseigentümers, der erreichen will, dass die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums versagt wird, **in der Regel auf 20 % des Verkaufspreises des Wohnungseigentums zu schätzen.**³⁵¹ In Streitigkeiten über die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums beläuft sich der Streitwert in der Regel auf 20 % des Verkaufspreises des Wohnungseigentums.³⁵² Im Streitfall hatte der Beklagte, der zugleich Wohnungseigentümer und Verwalter war, die nach der Teilungserklärung erforderliche Zustimmung zum von der Klägerin zu 3 mit notariellem Vertrag getätigten Verkauf an die Klägerin zu 1 versagt und hatte auch die Eigentümerversammlung nach Feststellung des Beklagten gegen die Erteilung der Zustimmung gestimmt, weil er bei Stimmengleichheit im übrigen die Stimme der Klägerin zu 3 nicht mitzählte, weil diese als

³⁵⁰ Beschluss vom 31. Oktober 2018 – [XII ZR 90/17](#) – juris, Leitsatz; im Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 24. März 2016 – [III ZR 52/15](#) – NZV 2016, 517 und vom 30. September 2003 – [VI ZR 78/03](#) – NJW-RR 2004, 102.

³⁵¹ Beschluss vom 19. Juli 2018 – [V ZR 229/17](#) – juris, Leitsatz 1 = NJW-RR 2018, 1358 = MDR 2018, 1178 = WuM 2018, 663 f. = NZM 2018, 824 f. = ZMR 2018, 1027 = Grundeigentum 2018, 1401; Anschluss an BGH, Beschluss vom 18. Januar 2018 – [V ZR 71/17](#) – juris, Rn. 3 = WuM 2018, 317.

³⁵² Beschluss vom 19. Juli 2018 – [V ZR 229/17](#) – juris, Leitsatz 2.

Verkäuferin nicht stimmberechtigt sei.³⁵³ Die Klägerinnen wandten sich mit der Anfechtungsklage gegen den verkündeten (ablehnenden) Beschluss und beantragten festzustellen, dass der Beschluss über die Erteilung der Zustimmung zu Stande gekommen war. Die Klage war in beiden Tatsacheninstanzen erfolgreich. Gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht wandte sich der Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde, um doch noch die Abweisung der Klage erreichen zu können.³⁵⁴ Die Nichtzulassungsbeschwerde war indessen unzulässig, weil der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwerde nicht den Betrag von 20.000,00 € überstieg; § 26 Nr. 8 EGZPO. Dabei ist das Interesse des Beschwerdeführers an der Abänderung der angefochtenen Entscheidung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bewerten. Für das Interesse eines Wohnungseigentümers an der Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums hat der Bundesgerichtshof auf seine bereits bestehende Entscheidung abgestellt, wonach dies in der Regel mit 20 % des Verkaufspreises des Wohnungseigentums zu bewerten ist.³⁵⁵ Auf dieser Grundlage ist auch das für die Beschwerde maßgebliche Interesse eines Wohnungseigentümers, der erreichen will, dass die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums versagt wird, in der Regel auf 20 % des Verkaufspreises des Wohnungseigentums zu schätzen.³⁵⁶

bb)

Im gleichen Sinne hat der Bundesgerichtshof hinsichtlich des für die Beschwerde maßgeblichen **Interesses eines Wohnungseigentümers** entschieden, **der erreichen will**, dass in einem das Wohnungseigentum **betreffenden Zwangsversteigerungsverfahren der Erteilung des Zuschlags zugestimmt** wird. Dessen **Interesse ist in der Regel auf**

³⁵³ Beschluss vom 19. Juli 2018 – [V ZR 229/17](#) – juris, Rn. 1.

³⁵⁴ Beschluss vom 19. Juli 2018 – [V ZR 229/17](#) – juris, Rn. 2.

³⁵⁵ Beschluss vom 19. Juli 2018 – [V ZR 229/17](#) – juris, Rn. 3; Bestätigung von BGH, Beschluss vom 18. Januar 2018 – [V ZR 71/17](#) – juris, Rn. 6.

³⁵⁶ Beschluss vom 19. Juli 2018 – [V ZR 229/17](#) – juris, Rn. 3.

20 % des Gebots zu schätzen.³⁵⁷ In Streitigkeiten über die Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags in einem das Wohnungseigentum betreffenden Zwangsversteigerungsverfahren beläuft sich der Streitwert in der Regel auf 20 % des Meistgebots.³⁵⁸ Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze war die Nichtzulassungsbeschwerde des klagenden Wohnungseigentümers unzulässig, der sich gegen die Verweigerung der erforderlichen Zustimmung der beklagten Verwalterin zur Veräußerung der Wohnung des Klägers im Rahmen der Zwangsversteigerung gegen ein Meistgebot von 49.500,00 € gewandt hatte. Denn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer überstieg nicht den Betrag von 20.000,00 € gemäß § 26 Nr. 8 EGZPO.³⁵⁹ Der Bundesgerichtshof bestätigte somit seine Entscheidungen über das Interesse eines Wohnungseigentümers an der Erteilung der Zustimmung zu einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung des Wohnungseigentums gemäß § 12 Abs. 2 WEG und übertrug diese auf die Veräußerung des Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung, die gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 WEG einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung gleichsteht.³⁶⁰

e)

Zum Vollstreckungsrecht hat der Bundesgerichtshof entschieden:

aa)

Hat es der Schuldner in der Berufungsinstanz **versäumt, einen Schutzantrag gemäß § 712 ZPO zu stellen, kommt eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn es dem Schuldner im Berufungsverfahren aus besonderen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar war,**

³⁵⁷ Beschluss vom 15. November 2018 – [V ZR 25/18](#) – juris, Leitsatz 1 = NJW-RR 2019, 272 = MDR 2019, 185 f. = WM 2019, 127 f. = NZM 2019, 178 f. = ZMR 2019, 357 f. = Grundeigentum 2019, 194 f.

³⁵⁸ Beschluss vom 15. November 2018 – [V ZR 25/18](#) – juris, Leitsatz 2.

³⁵⁹ Beschluss vom 15. November 2018 – [V ZR 25/18](#) – juris, Rn. 2.

³⁶⁰ Beschluss vom 15. November 2018 – [V ZR 25/18](#) – juris, Rn. 3 f.

einen Schutzantrag zu stellen.³⁶¹ Denn in diesem Falle ist unersetzlicher Nachteil des Schuldners zu verneinen, weil der Schuldner diesen durch die Antragstellung im Berufungsverfahren vermeiden konnte.³⁶²

Eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung kommt dann nicht in Betracht, wenn das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat, was sich auch aus formalen Gründen, wie dem Nichterreichen der Wertgrenze für das Rechtsmittel ergeben kann.³⁶³

Außerdem hat sich der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung zum Wert der Beschwer der Revision bei einem Streit über das Bestehen eines Mietverhältnisses dessen Dauer unbestimmt ist, geäußert. Dieser ist nach dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag der Nettomiete gemäß §§ 8, 9 ZPO zu bemessen.³⁶⁴ Dabei gilt ein **Mietverhältnis auch dann als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn es nach den Angaben des Mieters ohne Angabe eines Befristungsgrundes über eine Laufzeit von 50 Jahren abgeschlossen wurde.** Denn dann fehlt ein erforderlicher Befristungsgrund nach § 575 Abs. 1 Satz 1 BGB, so dass das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt; § 575 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auch aus § 550 Satz 1 BGB folgt, dass ein Mietverhältnis, das für längere Zeit als ein Jahr, jedoch nicht in schriftlicher Form eingegangen wurde, als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.³⁶⁵

bb)

Eine weitere Entscheidung befasst sich ebenfalls mit der **einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung in der Revisionsinstanz.**³⁶⁶

³⁶¹ Beschluss vom 26. September 2018 – [VIII ZR 290/18](#) – juris, Orientierungssatz 2 = WuM 2018, 726 ff. = NJW-RR 2019, 72 f. = NZM 2019, 90 f. = Grundeigentum 2018, 1457.

³⁶² Beschluss vom 26. September 2018 – [VIII ZR 290/18](#) – juris, Rn. 7.

³⁶³ Beschluss vom 26. September 2018 – [VIII ZR 290/18](#) – juris, Rn. 9 f.

³⁶⁴ Beschluss vom 26. September 2018 – [VIII ZR 290/18](#) – juris, Orientierungssatz 4.

³⁶⁵ Beschluss vom 26. September 2018 – [VIII ZR 290/18](#) – juris, Orientierungssatz 5 und Rn. 12 ff.

³⁶⁶ Beschluss vom 07. Dezember 2018 – [VIII ZR 146/18](#) – MDR 2019, 444 = NJW RR 2019, 589 = NZN 2019, 141 f..

Der Antrag der Beklagten war unbegründet, da eine Einstellung der Zwangsvollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil des Schuldners erfordert und **nach § 719 Abs. 2 ZPO** auch ein überwiegendes Interesse des Gläubigers nicht entgegenstehen darf. **Nicht unersetzlich sind jedoch Nachteile, die der Schuldner selbst vermeiden kann, weshalb eine Einstellung der Zwangsvollstreckung grundsätzlich nicht in Betracht kommt, wenn der Schuldner in der Berufungsinstanz keinen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO gestellt hat.** Anderes gilt nur ausnahmsweise dann, wenn ein solcher Vollstreckungsschutzantrag dem Schuldner aus besonderen Gründen nicht möglich oder zumutbar war. Unerheblich ist, dass das Berufungsgericht keine Abwendungsbefugnis nach § 712 ZPO eingeräumt hat, da dessen Urteil mit der Nichtzulassungsbeschwerde anfechtbar war und somit die Voraussetzungen des § 713 ZPO nicht vorlagen. Ein Vollstreckungsschutzantrag der Beklagten nach § 712 ZPO wäre auch dann nicht entbehrlich gewesen, weil die Abwendungsbefugnis des Schuldners nach § 711 ZPO entfällt, wenn der Gläubiger seinerseits vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Der bei einer Räumungsvollstreckung regelmäßig unersetzliche Nachteil des Verlustes der Wohnung könne folglich durch eine Abwendungsbefugnis nach § 712 nicht verhindert werden.

Karlsruhe, den 24. Juli 2019



Dr. Siegfried Mennemeyer