

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung **des BGH im 1. Halbjahr 2017**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

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

1. **Wohnraummiete**

Nach dem Geschäftsverteilungsplan ist für Streitigkeiten aus dem Bereich der Wohnraummiete der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zuständig.

1.1 **Mietrechtliche Nebenabreden**

In diesem Zusammenhang können sich Rechtsfragen stellen, die die Vertragsauslegung nach §§ 133; 157 BGB, die Kontrolle von Formulklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB oder die Auslegung zwingender gesetzlicher Vorschriften betreffen. Von solchen Problemstellungen handeln folgende Entscheidungen:

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 2017 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.

a)

In einem Rechtsstreit wurde um die **Wirksamkeit einer notariellen Urkunde** gestritten, in der sich die Kläger – eine GmbH und deren Geschäftsführer – **der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen Mietforderungen unterworfen** hatten. Die Klage, mit der sich die Kläger gegen die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Unterwerfungserklärung wenden, hatte vor dem Landgericht Erfolg. Auf die Revision des Beklagten hat der Bundesgerichtshof die klageabweisende Entscheidung des Amtsgerichts wiederhergestellt.³

Hinsichtlich des Klägers zu 1 – dem Geschäftsführer – könne dahinstehen, ob angesichts der Beendigung des Mietverhältnisses und nach vollständiger Beitreibung der noch ausstehenden Mietforderungen **noch ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO** oder eine – hier wohl gegebene – sog. Titelgegenklage analog § 767 ZPO bestehe, denn dessen Klage sei jedenfalls unbegründet, weil die Unterwerfungserklärung wirksam sei.

Anders als das Berufungsgerichtes gemeint hatte, **verstößt es nicht gegen § 551 Abs. 4 BGB, wenn ein Wohnraummieter eine Barkaution hinterlegt und sich zusätzlich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft**. Die Unterwerfungserklärung des Schuldners verschafft dem Gläubiger keine zusätzliche Zugriffsmöglichkeit wie eine dingliche Sicherheit, sondern enthebt ihn lediglich der Notwendigkeit, sich vor der Zwangsvollstreckung einen Titel gegen den Mieter zu verschaffen. Die Unterwerfungserklärung ermöglicht es dem Gläubiger damit nur, wegen der Ansprüche, die Gegenstand der Unterwerfungserklärung sind, sofort die Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu suchen. Damit handelt es sich um **keine Sicherheit i.S.d. §§ 551; 232 BGB**, zumal der Mieter auch nicht schutzlos gestellt ist, da es ihm mit §§ 795; 796 ZPO eröffnet ist, im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vorläufig einstellen zu lassen. Daher rechtfertigt es auch der Schutz des Mieters nicht, eine Unterwerfungserklärung den in § 551 BGB geregelten Mietsicherheiten gleichzustellen. Eine analoge Anwendung kommt mangels einer planwidrigen Regelungslücke dann ebenfalls nicht in Betracht.

³ Versäumnisurteil vom 14. Juni 2017 – [VIII ZR 76/16](#) – MDR 2017, 1048 = WuM 2017, 525 ff. = Grundeigentum 2017, 948 ff. = ZfIR 2017, 613 ff.

Auch ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin zu 2 – der GmbH – wegen des bei ihr beigetretenen Betrages aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB scheidet damit aus, da sich deren Mieterstellung eindeutig aus der von ihrem gesetzlichen Vertreter unterschriebenen Vertragsurkunde ergibt. Auf die vom Berufungsgericht problematisierte Frage, ob das Vertragsverhältnis der Parteien als Wohnraummiete oder als gewerbliche Miete einzuordnen sei, kommt es nicht an, da die Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Miete hiervon unabhängig ist. Ist die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde – wie erwähnt – zu Recht erfolgt, so besteht auch kein Anspruch auf Ersatz entstandener Verfahrenskosten.

b)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde um die **Höhe einer Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB** gestritten. Die Beklagten hatten bis zu ihrem verspäteten Auszug – nach erklärter Eigenbedarfskündigung – die vertraglich geschuldete Miete nebst Vorauszahlungen geleistet. Die Kläger haben eine **weitergehende Nutzungsentschädigung auf der Grundlage der für das Mietobjekt ortsüblichen Neuvertragsmiete** beansprucht. Der Senat hat dies gebilligt und die Revision der Beklagten zurückgewiesen.⁴

Zwar solle nach verbreiteter Ansicht für die Bemessung der Nutzungsentschädigung nach § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB gemäß **§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB auf den dort vorgegebenen vierjährigen Bezugszeitraum abgestellt** werden, da dem Vermieter als Nutzungsentschädigung nur die Miete zugebilligt werden könne, die auch andere Vermieter gemäß § 558 BGB durchsetzen könnten.

Diese Auffassung hat der Senat jedoch abgelehnt, da **bereits der Wortlaut des § 546a Abs. 1 Alt. 2 BGB eine entsprechende Beschränkung nicht vorsieht**. Zudem besteht der Anspruch auf eine Nutzungsentschädigung unabhängig davon, ob der Vermieter die Mietsache erneut vermieten oder selbst nutzen will. Auch **gesetssystematische Überlegungen** sprechen nicht für die Gegenauffassung, da es sich bei § 546a BGB um eine Bestimmung handelt, die für alle Mietverhältnisse gilt,

⁴ Urteil vom 18. Januar 2017 – [VIII ZR 17/16](#) – MDR 2017, 387 f. = NJW 2017, 1022 ff. = NZM 2017, 186 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

während die §§ 558 ff. BGB auf Mietverhältnisse über Wohnraum zugeschnitten sind. Ferner entsteht der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nicht erst durch den Zugang einer rechtsgestaltenden Willenserklärung, sondern sofort in dem Zeitpunkt, in dem der Mieter dem Vermieter Räume vorenthält. § 546a BGB verfolgt auch eine abweichende Zielrichtung, da die in **§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB vorgesehene Komponente dazu dient, die Dynamik von Mietpreissteigerungen zu Gunsten des Mieters abzufedern**. Bei § 546a BGB ist der Gesetzgeber aber davon ausgegangen, dass zwischen dem Wirksamwerden der Kündigung und einer endgültigen Räumung ein längerer Zeitraum liegen kann. Mit einer gerechten Risikoverteilung wäre es dann nicht zu vereinbaren, dass sich der Vermieter mit der geringeren Vertragsmiete begnügen müsse, wenn sich im Rahmen eines Rechtsstreits die Wirksamkeit seiner Kündigung herausstellt.

Diese Rechtsansicht steht auch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Einklang, die schon bisher davon ausgegangen ist, dass es sich bei dem **bestehenden Abwicklungsverhältnis um einen vertragsähnlichen Anspruch** handelt, der zusätzlichen Druck auf den Mieter ausüben soll. Ist aber das Rechtsverhältnis in der Vorenthaltungszeit nur noch auf Abwicklung und Rückgabe der Mietsache gerichtet, so würde die erstrebte Druckfunktion leiden, wenn die Miete in der Vorenthaltungsphase wie in einem noch laufenden Mietverhältnis zu bemessen wäre.

c)

Ein Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO, der zur Rücknahme der Revision führte, befasst sich mit einer **vermeintlich vorgetäuschten Modernisierungsankündigung** und dem **darauf beruhenden Schadensersatzbegehren** der vormaligen Mieter. Die beklagte Vermieterin teilte den Mietern mit Schreiben vom 22. Mai 2014 umfangreiche Modernisierungsarbeiten (Austausch von Fenstern, Türen und Heizungen, Anbringung einer Wärmedämmung) mit, die im Zeitraum vom 01. Oktober 2014 bis 01. März 2016 durchgeführt werden und zu einer Erhöhung der bisherigen Nettomiete um 523,79 € führen sollten. Die Kläger machten daraufhin von ihrem Sonderkündigungsrecht Gebrauch und kündigten die Wohnung zum 31. Juli 2014. Deren auf Ersatz von Maklerkosten und weitere Kündigungsschäden gerichtete Klage blieb vorinstanzlich ohne Erfolg; das Berufungsgericht hatte die Revision zugelassen, da es

von grundsätzlicher Bedeutung sei, welche Pflichten den Vermieter im Zusammenhang mit einer Modernisierungsankündigung treffen. Dieser Auffassung ist der Senat nicht gefolgt und hat eine Zulassungsrelevanz verneint.⁵

Eine Frage von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung stellt sich nicht, da **in der Rechtsprechung der Instanzgerichte oder in der Literatur kein Meinungsstreit** hinsichtlich der vom Berufungsgericht formulierten Rechtsfrage besteht. Zudem handelt es sich dabei um Nebenpflichten aufgrund des zwischen den Parteien bestehenden Gebots zur Rücksichtnahme. Hierbei handelt es sich um Einzelfallbeurteilungen, die sich einer allgemeinen Klärung entziehen.

Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg, weil das Berufungsgericht **Schadensersatzansprüche gemäß § 280 Abs. 1 BGB rechtsfehlerfrei verneint** hatte. Soweit die Kläger geltend machen, nicht frühzeitig über eine sich abzeichnende Verzögerung der Bauarbeiten aufgeklärt worden zu sein, scheidet ihr Anspruch daran, dass sie bereits Mitte Juli 2014 über einen Makler ein Einfamilienhaus angemietet hatten. Der Teil der Arbeiten, der sich verzögert hatte, sollte aber erst nach dem unmittelbar bevorstehenden Auszug der Kläger durchgeführt werden.

Rechtsfehlerfrei war das Landgericht auch davon ausgegangen, dass **keine vorgetäuschte Modernisierungsankündigung** vorlag. Die Beklagte hatte einen Teil der Arbeiten tatsächlich durchgeführt und sich im weiteren Umfang dahingehend eingelassen, dass witterungsbedingt und wegen eines Personalengpasses des beauftragten Bauunternehmers weitere Arbeiten nicht wie geplant stattfinden konnten. Durch vorgelegte Rechnungen hatte die Beklagte ferner plausibel aufgezeigt, dass Baumaterial rechtzeitig beschafft worden war. **Unter dem Gesichtspunkt der sekundären Darlegungslast ist die Beklagte den bestehenden Anforderungen damit gerecht geworden.** Die Klage kann auch nicht darauf gestützt werden, dass der für die Arbeiten geplante Zeitraum unrealistisch gewesen sei, denn die Angabe eines zu kurzen Zeitraums konnte die Entscheidung der Kläger nicht beeinflussen.

⁵ Beschluss vom 30. Mai 2017 – [VIII ZR 199/16](#) – Grundeigentum 2017, 885 f. = WuM 2017, 454 f; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Auch unter dem Aspekt eines „Verführungsschadens“ ist eine Anspruchsgrundlage nicht ersichtlich, denn diesbezüglich fehlte es zum einen schon an entsprechenden Tatsachenvortrag in den Instanzen. Zum anderen spricht auch kein nachvollziehbarer Grund dafür, ein Mieter werde nach einem Teil der angekündigten Baumaßnahme in der bisherigen Wohnung abwarten und eine Kündigung „aufschieben“.

d)

Ein Verfahren, in dem der Kläger **vorgetäuschten Eigenbedarf** geltend machte und in dem der Senat bereits einmal eine Aufhebung und Zurückverweisung ausgesprochen hatte⁶, rankt sich schwerpunktmäßig um die **vorinstanzliche Beweiswürdigung**. Die Revision des Klägers hat erneut – weit überwiegend – zur Aufhebung und Zurückverweisung geführt.⁷

Das Landgericht hatte die Berufung des Klägers erneut zurückgewiesen, da es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon ausgegangen war, der **Kläger sei für eine Vortäuschung des geltend gemachten Wohnbedarfs beweisfällig geblieben**. Der beklagte Vermieter sei seiner sekundären Darlegungslast in Bezug auf den behaupteten späteren Wegfall des Nutzungswillens der Bedarfsperson „stimmig“ gerecht geworden, denn dieser hatte vorgetragen, dass ihn der Zeuge D, der als Hausmeister in die im dritten Obergeschoss liegende Wohnung einziehen wollte, erst nach dem Auszug des Klägers darüber informiert habe, aufgrund fortbestehender Kniebeschwerden von einem Einzug abzusehen. Den ihm obliegenden Beweis, eine Nutzung als Hausmeisterwohnung sei niemals beabsichtigt gewesen, habe der Kläger nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme und der glaubwürdigen Aussagen des Zeugen D nicht führen können. Diese Beurteilung hat der Senat durchgreifend beanstandet.

Zutreffend war das Berufungsgericht zwar davon ausgegangen, dass den Vermieter **im Falle des nachträglichen Wegfalls des geltend gemachten Betriebsbedarfs eine sekundäre Darlegungslast obliegt** und dieser substantiiert („stimmig“) darzulegen hat, aus welchen Gründen der mit der Kündigung vorgebrachte Bedarf nach-

⁶ Urteil vom 10. Juni 2015 – [VIII ZR 99/14](#) – NJW 2015, 2324 ff. – wir haben berichtet.

⁷ Urteil vom 29. März 2017 – [VIII ZR 44/16](#) – MDR 2017, 693 ff. = NZM 2017, 521 ff. = ZMR 217, 550 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

träglich entfallen sei. Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, war der Beklagte den damit verbundenen strengen Anforderungen aber nicht gerecht geworden. Denn das Berufungsgericht hatte übersehen, dass die Parteien in einem vorangegangenen Räumungsverfahren einen Vergleich geschlossen hatten, aufgrund dessen mit einem baldigen Freiwerden der für den Hausmeister (angeblich) gedachten Wohnung zu rechnen war. Angesichts dessen hätte es sich aber aufgedrängt, dass **der Beklagte und der Zeuge D unmittelbar nach dem Vergleichsschluss einen Mietvertrag zumindest konkret vorbereitet** hätten, zumal Letzterer sein bestehendes Mietverhältnis noch kündigen musste. Von daher erweist sich die Darstellung des Beklagten, der Hausmeister habe es sich erst wesentlich später anders „überlegt“, als kaum nachvollziehbar. Vielmehr drängt sich die Vermutung auf, der Kündigung lag ein **unbestimmter Nutzungswille** zugrunde, die als **unzulässige Vorratskündigung ebenfalls zu Schadensersatz** führen würde.

Auch die **vorinstanzliche Beweiswürdigung** war von revisionsrechtlich durchgreifenden Rechtsfehlern beeinflusst und beruht insbesondere auf einer **unvollständigen Würdigung des Prozessstoffes**. Insoweit war das Berufungsgericht bereits beweisbewehrten Einwendungen des Klägers, die gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage und die Glaubwürdigkeit des Zeugen D sprachen, nicht nachgegangen. Hinsichtlich des vom Zeugen geschilderten Sinneswandels hätte das Berufungsgericht ferner bedenken müssen, dass es sich bei den geschilderten Erkrankungen um **seit längerer Zeit andauernde Beschwerden** handelt. Nicht nachvollziehbar ist daher, wie der Zeuge erst **nachträglich zu der Erkenntnis gelangen konnte, eine Wohnung im dritten Obergeschoss sei für ihn ungeeignet**. Übersehen hatte das Berufungsgericht ferner das beweisbewehrte Vorbringen des Klägers, der Beklagte habe auch noch unter anderen Mietern nach einem Hausmeister gesucht.

Zu Unrecht übergangen wurde zudem der unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers, im Nachbaranwesen des Beklagten seien im Zeitpunkt des Auszugs mehrere Wohnungen, die gleichfalls zur Deckung des vermeintlichen Betriebsbedarfs geeignet gewesen seien, leer gestanden. Entgegen der Auffassung der Revisionserwidderung ist dieses **Vorbringen auch erheblich**, da dieses ein **Indiz dafür darstellen kann, der geltend gemachte Bedarf habe tatsächlich nicht bestanden**. Soweit

der Senat in seinem vorangegangenen ersten Urteil darauf hingewiesen hatte, durch den Räumungsvergleich sei allein die Frage dem Streit entzogen, ob die vom Beklagten angegebenen Gründe einen „Betriebsbedarf“ rechtfertigten, handelt es sich um einen anderen, rechtlichen Aspekt. Der Kläger kann zwar die vorliegende Schadensersatzklage nicht mehr darauf stützen, dass nach der Senatsrechtsprechung die Wohnung für die betrieblichen Abläufe von wesentlicher Bedeutung sein muss. Dies wird etwa bei einem Angestellten, dem die Aufgabe eines „Concierge“ übertragen werden oder dessen ständige Anwesenheit aus sonstigen Gründen erforderlich ist, der Fall sein, nicht aber – wie hier – bei einem Hausmeister, der mehrere Gebäude des Vermieters betreuen soll und bereits in der Nähe eines der Objekte wohnt. Dies ändert allerdings nichts daran, dass es vorliegend allein darum geht, ob die vom Beklagten behauptete Bedarfssituation der Wahrheit entsprach.

Auch die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, mit der es hinsichtlich der Schadenspositionen Umzugskosten und Mehraufwand die Schlüssigkeit der Klage verneint hatte, trägt die angefochtene Entscheidung nicht. Diesbezüglich hatte das Berufungsgericht die Substantiierungsanforderungen überspannt, in dem es die Vorlage von Rechnungsbelegen gefordert und nicht von einer Schätzung nach § 287 ZPO Gebrauch gemacht hatte. Ferner genügt es nach ständiger Rechtsprechung, wenn die **Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen**. Diesen Anforderungen genügte das Vorbringen des Klägers hinsichtlich der geltend gemachten Mietzinsdifferenz, denn der Mieter muss zu Ausstattung, Lage, Größe und Wohnwert der einzelnen Wohnungen nicht detailliert vortragen und deren Vergleichbarkeit im Einzelnen belegen. Zudem hatte das Berufungsgericht übersehen, dass es sich bei der ehemaligen Wohnung des Klägers um ein offensichtlich günstiges Objekt handelte und Vermieter im Falle einer Neuvermietung erfahrungsgemäß deutlich höhere Mieten verlangen.

Der Senat hat das Verfahren deshalb erneut – an einen anderen Spruchkörper des Berufungsgerichts – zurückverwiesen und vorsorglich darauf hingewiesen, dass eine wiederholte Vernehmung des Zeugen D erforderlich werden dürfte.

e)

Um den **Widerruf einer in einer Haustürsituation geschlossenen Modernisierungsvereinbarung** dreht sich ein weiterer Streitfall, in dem die Beklagten mit Schreiben vom 02. Juni 2009 die Umstellung auf eine zentrale Heizungs- und Warmwasserversorgung angekündigt hatten und infolge dessen eine Mieterhöhung von 76,60 € zu erwarten sei. Der Beklagte zu 1 hat mit dem Kläger in dessen Mietwohnung dann Anfang Dezember 2009 folgende Vereinbarung getroffen:

„Es wird eine Modernisierungsvereinbarung getroffen. Die Miete erhöht sich um EURO 60,00 pro Monat nachdem alle Heizkörper und die Warmwasserinstallation eingebaut sind. Die Arbeiten werden auf Wunsch des Mieters zwischen April und Juli abgeschlossen.“

Nachdem die Arbeiten im Mai 2010 abgeschlossen waren, zahlte der Kläger zuerst die erhöhte Miete, um Anfang November 2012 sein Einverständnis mit der Mieterhöhung zu widerrufen. Dessen Klage auf Rückzahlung der gezahlten Erhöhungsbeträge in Höhe von insgesamt 1.680,00 € war vorinstanzlich erfolgreich. Dem ist der Senat gefolgt und hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen.⁸

Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Kläger zum Widerruf der Modernisierungsvereinbarung gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB, 355 Abs. 1 Satz 1, 357 Abs. 1 Satz 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung berechtigt war. Die Beklagten hatten nach den getroffenen Feststellungen in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit und damit als Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) gehandelt.

Auch **die sachlichen Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 BGB a.F. sind erfüllt**, da es sich bei der **Modernisierungsvereinbarung um einen Vertrag handelt, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand** hat und zu dessen Abschluss der Verbraucher durch eine mündliche Verhandlung im Bereich seiner Privatwohnung bestimmt worden ist. Es entspricht allgemeiner Anschauung, dass zu

⁸ Urteil vom 17. Mai 2017 – [VIII ZR 29/16](#) – Grundeigentum 2017, 825 ff. = MDR 2017, 872 f. = WuM 2017, 406 ff.

den von einem **Haustürwiderruf erfassten Verträgen auch Mietverträge über Wohnraum zählen.**

Bereits der Gesetzgeber des Haustürwiderrufgesetzes – dessen Bestimmungen im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung nahezu unverändert übernommen wurden – hatte maßgeblich auf die besondere Schutzbedürftigkeit des Kunden abgestellt und betont, dass sich der Anwendungsbereich nicht auf Kaufverträge beschränke. Diese Auffassung hat der Gesetzgeber im Zuge des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrecht Richtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013 (BGBl. I S. 3642) aufgegriffen und in § 312 Abs. 4 BGB n.F. nunmehr konkretisiert, dass zu den von einem Haustürwiderruf erfassten Verträgen auch Mietverträge über Wohnraum zählen. Es steht zudem außer Frage, dass die auf einer Haustürsituation resultierende Schutzbedürftigkeit beim Abschluss oder der Änderung eines Wohnraummietvertrags gleichermaßen besteht. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht bei der gebotenen weiten Auslegung davon aus, dass die Entgeltlichkeit nur dann entfällt, wenn der Verbraucher eine Leistung erhält, ohne dafür ein Entgelt zahlen zu müssen. Daran fehlt es bei einer Vereinbarung, in der die Höhe der künftig zu zahlenden Miete von der erzielten Wohnwertverbesserung abhängig ist.

Ein **Wertersatzanspruch wegen der Wohnwertsteigerung** können die Beklagten **nicht geltend** machen, obwohl die §§ 346 Abs. 1; 100 BGB bestimmen, dass auch gezogene Gebrauchsvorteile zurück zu gewähren sind. Nach § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. finden die in §§ 346 ff. BGB enthaltenen Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt jedoch nur insoweit Anwendung, soweit nichts anderes bestimmt ist. Diese **allgemeine Verweisung ist einschränkend dahingehend auszulegen**, dass eine **Anwendung dieser Vorschriften nicht zu Lasten des Verbrauchers** und des ihm vom Gesetzgeber zugebilligten Schutzes gehen darf. Dies gilt insbesondere für zu leistenden Wertersatz, da dieser nach der §§ 346 ff. BGB zugrunde liegenden Konzeption eine ausgehandelte Entgeltabrede voraussetzt.

Davon kann im Falle einer Verhandlungssituation, in der sich der Verbraucher typischerweise mit einem Überraschungsmoment konfrontiert sieht, nicht ausgegangen

werden. Eine Anknüpfung des Wertersatzes an das im widerrufenen Vertrag vereinbarte Entgelt würde vielmehr den Zweck des Widerrufsrechts, sich vom Haustürgeschäft wieder folgenlos lösen zu können, grundlegend verfehlen. Für eine etwaige **Anknüpfung des Wertersatzes an die objektiven Marktverhältnisse** ist – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hatte – **aufgrund der mieterschützenden Besonderheit des Verfahrens nach §§ 559; 559b BGB a.F. kein Raum**. Allein die Vornahme einer Modernisierung reicht nicht aus, um den Vermieter gemäß § 559 Abs. 1 BGB a.F. zu einer Mieterhöhung zu berechtigen, sondern die Beklagten hätten das ihnen zukommende Gestaltungsrecht nur nach Maßgabe des § 559b Abs. 1 BGB a.F. wirksam ausüben können. Von daher war das Berufungsgericht auch mit Recht davon ausgegangen, dass die Beklagten Wertersatz auch nicht aus §§ 812 Abs. 1; 818 Abs. 2 BGB beanspruchen können, da die §§ 559 ff. BGB a.F. insoweit eine abschließende vorrangige Regelung beinhalten.

1.2 Mietmängel

In diesem Zusammenhang ist auf eine Räumungsklage hinzuweisen, in der sich der beklagte Mieter in einem unstreitig hellhörigen Mehrfamilienhaus **auf unzumutbare Lärmbelästigungen berufen und deshalb die Miete gemindert** hatte. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei dafür beweisfällig geblieben, dass der verursachte Lärm von der Mieterin B ausgehe, hat der Senat als gehörswidrig beanstandet und das Verfahren gemäß § 544 Abs. 7 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen.⁹

Bei der Beurteilung des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils hatte das Berufungsgericht nur geprüft, ob die Würdigung des Amtsgerichts, der vom Beklagten beanstandete Lärm sei nicht durch ein unangemessenes Wohnverhalten der Zeugin B verursacht worden, Anlass zu Zweifeln gibt. Einem **Mieter, der die Miete wegen Lärms mindert, geht es jedoch nicht um die Lärmquelle, sondern um die für ihn nachteiligen Auswirkungen bei der Nutzung der Wohnung**. Folglich hätte das Berufungsgericht der vom Amtsgericht offen gelassenen Frage, ob der vom Beklag-

⁹ Beschluss vom 21. Februar 2017 – [VIII ZR 1/16](#) – MDR 2017, 448 f. = NJW 2017, 1877 ff. = NZM 2017, 256 ff.

ten behauptete Lärm überhaupt vorhanden war, nachgehen und dazu das vom Beklagten beantragte Sachverständigengutachten einholen müssen.

Damit war dem Berufungsgericht eine Gehörsverletzung (Art. 103 Abs. 1 GG) unterlaufen, da ein **erhebliches Beweisangebot vorlag, dessen Nichtberücksichtigung im Prozessrecht keine Stütze mehr findet**. Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Behauptung eines konkreten Sachmangels, während er **zum Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung nicht vorzutragen hat**. Weiterer Sachvortrag, der über „Mangelsymptome“ hinausgeht, kann daher nicht gefordert werden. Ebenso wenig ist der Mieter verpflichtet, sein Vorbringen durch detaillierte „Lärmprotokolle“ zu konkretisieren. Soweit das Berufungsgericht von der beantragten Einholung eines Sachverständigengutachtens abgesehen hatte, lief dessen Beurteilung daher auch auf eine unzulässige, vorweggenommene Beweiswürdigung hinaus. Zum einen hatte das Landgericht übersehen, dass es sich nach dem Vorbringen des Beklagten um nahezu tägliche Lärmbelästigungen handelte, die ohne weiteres durch einen Sachverständigen festgestellt werden können. Der Beklagte musste auch nicht geltend machen, die Ursache des Lärms liege in der Nichteinhaltung der im Errichtungszeitpunkt geltenden Schallschutzvorschriften, denn das beantragte Sachverständigengutachten diene auch der Feststellung, der vergleichsweise niedrige Schallschutzstandard des aus der Nachkriegszeit stammenden Gebäudes sei überhaupt nicht eingehalten worden.

1.3 Schönheitsreparaturen

In dieser Hinsicht ist – soweit ersichtlich – im Berichtszeitraum lediglich ein Beschluss nach § 552a ZPO ergangen, der zur Rücknahme der zugelassenen Revision führte. Die Kläger hatten sich im Mietvertrag verpflichtet, einen „**Zuschlag Schönheitsreparaturen**“ in Höhe von **79,07 € monatlich** zu bezahlen. Deren Auffassung, bei dieser Klausel handle es sich um eine kontrollfähige und unwirksame Preisne-

benabrede, war das Landgericht nicht gefolgt und hatte die Klage abgewiesen. Der Senat hat einen Zulassungsgrund verneint.¹⁰

Das Berufungsgericht hatte die Revision allein deshalb zugelassen, weil die überregional tätige Beklage die verfahrensgegenständliche Klausel ständig verwende; diese Überlegung lässt eine umstrittene Rechtsfrage indes nicht erkennen.

Das Landgericht war auch mit Recht davon ausgegangen, dass es sich um eine **nicht kontrollfähige Preishauptabrede** handelt, denn der Zuschlag stellt sich als Entgelt für die Gebrauchserhaltungspflicht dar. Es liegt auch **kein Umgehungs-geschäft i.S.d. § 306a BGB** vor, denn die Beklagten hätte den Zuschlag ebenso in die Grundmiete einberechnen können. In beiden Fällen geht es damit nur um die interne Kalkulation des Vermieters, so dass der „Zuschlag“ für das Mietverhältnis keine Bedeutung hat.

1.4 Mieterhöhungen

Diese Thematik behandeln folgende höchstrichterliche Entscheidungen:

a)

Die Zulässigkeit eines **Stichtagszuschlags auf die ortsübliche Vergleichsmiete** behandelt ein Streitfall, in dem die Vorinstanzen die beklagten Mieter zur Zustimmung zur Mieterhöhung verurteilt hatten. Dieser Ansicht ist der Senat beigetreten.¹¹

Die Revision war vom Berufungsgericht ausdrücklich nur in Bezug auf vorgenannte Streitfrage zugelassen worden und mit diesem Inhalt auch wirksam, da es sich dabei um einen abgrenzbaren, rechtlichen selbständigen Teil des Streitstoffes handelt. Drittinstantzlich beschränkt sich die rechtliche Überprüfung damit auf die Zulässigkeit eines Stichtagszuschlags.

¹⁰ Beschluss vom 30. Mai 2017 – [VIII ZR 31/17](#) – Grundeigentum 2017, 886 = NJW-RR 2017, 981 f. = WuM 2017, 456; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹¹ Urteil vom 15. März 2017 – [VIII ZR 295/15](#) – MDR 2017, 566 f. = NZM 2017, 321 ff. = ZMR 2017, 384 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

In der Sache selbst ist es nicht zu beanstanden, wenn der **Tatrichter einen Stichtagszuschlag** dafür gewährt, dass sich **im Zeitraum zwischen der Herausgabe eines einfachen Mietspiegels und dem Zugang des Mieterhöhungsverlangens die ortsübliche Vergleichsmiete merklich erhöht** hat. In Bezug auf die richterliche Überzeugungsbildung kann sich nur die Frage stellen, ob ein einfacher Mietspiegel hinsichtlich der richtigen Wiedergabe der ortsüblichen Vergleichsmieten eine Indizwirkung entfaltet. Eine darüber hinausgehende Bindungswirkung an die Methodik und die Ergebnisse des Mietspiegels oder die Wahl der Erkenntnismöglichkeiten besteht dagegen nicht. Ebenso wenig ist der Tatrichter an die Aktualisierungszyklen nach § 558c Abs. 1; § 558d Abs. 2 BGB gebunden. Von daher obliegt es dem tatrichterlichen Beurteilungsspielraum, ob ein Stichtagszuschlag bei der Ermittlung der ortsüblichen Miete sachgerecht erscheint. Da aus Mietspiegeln auch auf den Umfang und die Geschwindigkeit von Mietsteigerungen geschlossen werden kann, hatte das Berufungsgericht den jeweiligen Mietspiegeln für die Jahre 2013 und 2015 zu Recht eine Steigerungsrate von 12,35% entnommen. Damit ist es nach Maßgabe des § 287 Abs. 2 ZPO revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht von einer monatlichen Steigerungsrate in Höhe von 0,65% ausging, da sich eine lineare Interpolation nicht als fernliegend darstellt.

b)

Prozessuale Fragen standen dagegen in einem Verfahren im Vordergrund, in dem der beklagte Mieter das Vorbringen der Klägerin **zu einer Wohnfläche von 92,54 m² nur einfach bestritten hatte**. Die Klage war deshalb vorinstanzlich erfolglos geblieben, weil die Klägerin keinen Beweis angeboten hatte. Der Auffassung des Berufungsgerichts, das einfache Bestreiten (§ 138 Abs. 3 ZPO) des Beklagten habe ausgereicht, hat der Senat eine Absage erteilt.¹²

Ein **Vermieter, der eine Mieterhöhung verlangt, trägt zwar die Darlegungs- und Beweislast für die in Ansatz zu bringende, tatsächliche Wohnfläche**. Den Anforderungen an eine substantiierte Darlegung genügt der Vermieter jedoch, wenn er eine **bestimmte Wohnfläche behauptet**, weshalb der erklärungsbelastete Mieter dieser Behauptung substantiiert entgegenzutreten hat und erläutern muss, von wel-

¹² Urteil vom 31. Mai 2017 – [VIII ZR 181/16](#) – MDR 2017, 936 f. = NZM 2017, 435 ff. = WuM 2017, 404 ff.

chen tatsächlichen Umständen er ausgeht. Ein entsprechendes Vorbringen ist dem Mieter auch möglich und zumutbar, da er in aller Regel selbst die Wohnfläche der gemieteten Wohnung überschlägig vermessen und damit einen bestimmten abweichenden Flächenwert vortragen kann. Eine laienhafte Ermittlung ist dem Mieter dabei auch dann möglich, wenn die Wohnung über Dachschrägen oder – wie hier – eine Loggia verfügt.

Nichts anderes ergibt sich auch aus der Senatsrechtsprechung¹³, die das Landgericht verkannt hatte. Jene Entscheidung beruht nämlich nicht auf den Besonderheiten des Urkundsprozesses, noch darauf, dass eine Betriebskostenabrechnung verfahrensgegenständlich war, sondern der Senat hat sich mit allgemeinen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich von Wohnflächenangaben auseinandergesetzt.

1.5 Kündigungen

In diesem praktisch bedeutsamen Zusammenhang hat sich der Bundesgerichtshof mit folgenden Problemen befasst:

a)

Konkretisiert hat der VIII. Zivilsenat seine Judikatur zu § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB im Blick auf Vermieterkündigungen wegen sog. Berufs- oder Geschäftsbedarfs.

aa)

Der erste Streitfall betrifft eine Kündigung, die darauf gestützt worden ist, dass der **Ehemann der klagenden Vermieterin** im Vorderhaus des Anwesens seit 14 Jahren **ein Beratungsunternehmen betreibt, dessen räumliche Kapazitäten erschöpft seien**. Die von der Beklagten bewohnte Zweizimmerwohnung werde daher zur Schaffung eines weiteren Arbeitsplatzes nebst eines Archivs für den Aktenbestand benötigt. Die Vorinstanzen waren davon ausgegangen, dass zwar ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliege, aber die Räumungsklage an der in

¹³ Urteil vom 22. Oktober 2014 – [VIII ZR 41/14](#) – NJW 2015, 475 ff – wir haben berichtet.

Berlin geltenden Zweckentfremdungsverordnung von Wohnraum scheitere. Dieser Beurteilung ist der Bundesgerichtshof nur im Ergebnis gefolgt.¹⁴

Auf die vom Landgericht noch bemühte Zweckentfremdungsverordnung kam es im Streitfall nicht an, da es bereits an einem berechtigten Interesse an der Beendigung des Wohnraummietverhältnisses gemäß § 573 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB fehlte.

Bei der beabsichtigten Verwendung der Wohnung zu gewerblichen Zwecken kommt eine Kündigung wegen Eigenbedarfs (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) schon von vornherein nicht in Betracht. Unter dem Gesichtspunkt des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB scheidet eine Vertragsbeendigung daran, dass die Klägerin ihre Kündigung nicht darauf gestützt hatte. Die Klägerin hatte nicht – wie für eine Verwertungskündigung geboten – geltend gemacht, eine **Weitervermietung wäre zu besseren Konditionen** möglich, sondern allein das Interesse ihres Ehemanns an der Ausdehnung dessen Gewerbebetriebs genannt. Damit kann offen bleiben, ob eine solche wirtschaftliche Verwertung von **vernünftigen nachvollziehbaren Erwägungen** getragen wird oder die Klägerin **erhebliche wirtschaftliche Nachteile** erleidet, wenn sie ihrem Ehemann keine Räumlichkeiten zur Verfügung stellen kann.

Unzutreffend hatten die Vorinstanzen die Voraussetzungen des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB im Blick auf die Regelbeispiele des § 573 Abs. 2 BGB bejaht, denn damit hat der Gesetzgeber nur die praktisch bedeutsamsten Fallgruppen geregelt. **Hinsichtlich der Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB** bedarf es aufgrund der Vieltätigkeit der Geschehensabläufe und der auf beiden Seiten zu berücksichtigten Interessen jedoch einer **umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls**. Diese ist zwar die Aufgabe des Tatrichters, weshalb das Revisionsgericht das Vorliegen eines berechtigten Interesse i.S.d. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB nur eingeschränkt überprüfen kann. Allerdings war das Berufungsgericht von einem **unzutreffenden materiell-rechtlichen Maßstab** ausgegangen, da der **Nutzungsbedarf für eine (frei-)berufliche oder gewerbliche Tätigkeit nicht generell den in § 573 Abs. 2 BGB aufgeführten Kündigungsgründen gleichgesetzt werden darf**.

¹⁴ Urteil vom 29. März 2017 – [VIII ZR 45/16](#) – MDR 2017, 755 ff. = NJW 2017, 2018 ff. = NZM 2017, 405 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Die typisierten Regeltatbestände gestatten bereits nicht den Umkehrschluss, der Gesetzgeber habe einen (frei-)beruflichen oder gewerblichen Bedarf gerade nicht als Kündigungsgrund anerkennen wollen. Vielmehr hat der Gesetzgeber in § 573 Abs. 1 Satz 1 und 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB die Interessen des Vermieters, denen er eine Anerkennung versagen wollte, ausdrücklich aufgeführt. Zu diesen Ausschlussgründen zählt aber eine Wohnungsnutzung zu gewerblichen oder (frei-)beruflichen Zwecken nicht. Ebenso wenig bieten die Gesetzesmaterialien zu § 573 BGB und seinen Vorgängerbestimmungen dafür einen entsprechenden Anhalt.

Umgekehrt ist es ebenfalls nicht zulässig, den Berufs- oder Geschäftsbedarf als ungeschriebene weitere Kategorie eines typischen Vermieterinteresses zu behandeln. Selbst wenn die Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB den in Abs. 2 genannten Kündigungsgründen gleichwertig ist, so folgt daraus nicht, dass typische, in § 573 Abs. 2 BGB nicht aufgezählte Fallgruppen von vornherein ein berechtigtes Vermieterinteresse begründen. Vielmehr muss ein berechtigtes Interesse i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB nur ebenso schwer wiegen, wie die in § 573 Abs. 2 BGB enthaltenen Kündigungsgründe. Folglich erfordert die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete Abwägung der beiderseits geschützten Interessen. Hierbei ist auch zu beachten, dass sich **sowohl der Vermieter als auch der Mieter auf den Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen können**. Von daher ist auf Seiten des Vermieters zu berücksichtigen, dass dessen Wunsch, die Mietwohnung für freiberufliche oder gewerbliche Zwecke zu nutzen, ebenso Grundrechtsschutz erfährt, wie das Erhaltungsinteresse des Mieters an seinem Lebensmittelpunkt. Im Falle einer Kündigung geraten diese Interessen in einen Konflikt, der unter Beachtung der Vorgaben des Gesetzgebers sowie unter Gewichtung und unter Abwägung der betroffenen Interessen zu lösen ist. Hierfür geben die typisierten Regeltatbestände der Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und der wirtschaftlichen Verwertungskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB) einen ersten Anhalt.

Dabei ist zu beachten, dass für eine **Eigenbedarfskündigung bereits ein ernsthafter Nutzungsentschluss** für ein vorrangiges Erlangungsinteresse des Vermieters ausreicht. Eine **Verwertungskündigung** räumt dem Erlangungsinteresse des Ver-

mieters dagegen erst dann den Vorrang ein, wenn bei **Fortsetzung des Wohnraummietverhältnisses erhebliche Nachteile** entstünden. Das Interesse des Vermieters, die Mietwohnung zu (frei-)beruflichen oder gewerblichen Zwecken zu nutzen, ist von der Interessenlage her zwischen **diesen typisierten Tatbeständen anzusiedeln**, wobei sich **anhand bestimmter Fallgruppen folgende Leitlinien** bilden lassen:

Der Entschluss des Vermieters, eine **Mietwohnung einer Mischnutzung** zuzuführen, weist eine **größere Nähe zur Eigenbedarfskündigung** nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf, da der Vermieter in solchen Fallgestaltungen **auch einen persönlichen Lebensmittelpunkt in der Wohnung begründen** will. In diesen Fällen wird es daher regelmäßig ausreichen, wenn dem Vermieter bei verhiertem Bezug ein **beachtenswerter Nachteil** entstünde. Entsprechendes gilt, wenn die beabsichtigte Mischnutzung durch den Ehegatten oder Lebenspartner des Vermieters erfolgen soll.

Beabsichtigt der Vermieter dagegen, die Wohnung **ausschließlich für geschäftliche Zwecke** zu nutzen, so besteht eine **größere Nähe zur Verwertungskündigung** nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB. In diesem Zusammenhang muss daher der Fortbestand des Mietverhältnisses für den Vermieter **einen Nachteil von einigem Gewicht** erbringen, da der Mieter allein aus geschäftlich motivierten Gründen aus seinem räumlichen Lebensmittelpunkt verdrängt werden soll. Nachteile von einigem Gewicht werden dabei nur dann anzunehmen sein, wenn die **geschäftliche Tätigkeit anderenfalls nicht rentabel wäre oder die konkrete Lebensgestaltung die Nutzung der Mietwohnung erfordert** (z.B. aufgrund gesundheitlicher Einschränkungen, Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Personen).

Bezogen auf den Streitfall hat der Senat damit ein **berechtigtes Interesse der Klägerin an der Beendigung des Mietverhältnisses verneint**, da nicht ersichtlich ist, dass durch die Auslagerung eines größeren Teil des Aktenbestandes in andere, etwas entfernter gelegene Räumlichkeiten eine wirtschaftliche Einbuße von einigem Gewicht entstehen könnte. Ebenso wenig war erkennbar, dass die Organisation des Unternehmens des Ehegatten eine erhebliche Beeinträchtigung erleiden würde.

bb)

Diese Grundsätze hat der Senat in einem Streitfall fortgeführt, in dem der klagende Vermieter – ein eingetragener Verein – beabsichtigte, ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück an eine GmbH zu vermieten, die bereits Trägerin mehrerer sozialer Einrichtungen war. Die GmbH, an der der Kläger beteiligt ist, beabsichtigte **das Gebäude nebst einer Scheune und eines Nebengebäudes – unter Nutzung öffentlicher Fördermittel – im Rahmen eines „Arbeits- und Lebensprojekts“ zu sanieren und umzubauen**. Dabei sollten insgesamt **23 Wohnplätze für physiosoziale Wohngruppen sowie im Nebengebäude eine Tischlerei und Grünholzwerkstatt** entstehen. Aufgrund der Gewährung öffentlicher Fördermittel sollten dem Kläger dafür keine Kosten entstehen. Auch in diesem Fall hat der Senat einen Nachteil des Klägers von einigem Gewicht verneint und dessen Revision zurückgewiesen.¹⁵

Allerdings haben die ausgesprochenen Kündigungen dem **Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB entsprochen**, da es hierfür ausreicht, wenn **im Kündigungsschreiben der Kündigungsgrund so bezeichnet wird, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden** werden kann. Dem entsprachen die Kündigungserklärungen des Klägers, da er im Einzelnen das geplante Projekt einschließlich der damit verbundenen Umbau- und Sanierungsarbeiten sowie die beabsichtigte Finanzierung dargestellt hatte; ferner wurden die bestehenden gesellschaftsvertraglichen Beziehungen und die für die Beendigung des Mietverhältnisses ausschlaggebenden Gründe umschrieben. Die ausgesprochenen Kündigungen waren aber deshalb unwirksam, weil weder ein berechtigtes Interesse nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB, noch nach der Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB vorlag.

Die Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB scheitert dabei bereits am **Bestehen einer Verwertungsabsicht**, da der Senat insoweit nicht die Feststellung des Berufungsgerichts gebunden war, der Kläger erstrebe mit der Umsetzung des Gesamtprojekts die Erzielung einer wesentlich höheren Miete. Weder dem Tatsachenvortrag der Parteien, noch der Kündigungserklärung ließ sich dazu etwas entnehmen. Dass

¹⁵ Urteil vom 10. Mai 2017 – [VIII ZR 292/15](#) – Grundeigentum 2017, 769 ff. = NJW-Spezial 2017,482 = WuM 2017, 410 ff.

Mieteinnahmen in der Größenordnung von 1.000,00 € künftig allein für die Überlassung der verfahrensgegenständlichen Wohnung geschuldet würden, hatte das Berufungsgericht ebenfalls verfahrensfehlerhaft festgestellt, so dass drittinstanzlich davon auszugehen war, dass es dem Kläger primär um die Umsetzung eines sozialpolitisch erwünschten Zweckes geht. Es kam hinzu, dass mit der Umsetzung des Projekts – auch im Wohngebäude – bereits begonnen worden war und zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht einzelne Räume schon genutzt wurden. Damit war nicht ersichtlich, dass die Gewährung des Investitionszuschusses von 2,1 Mio. € unabdingbar von der Schaffung der projektierten Anzahl von Wohngruppenplätzen abhängig ist oder sich das Bauvorhaben nur im geplanten Umfang wirtschaftlich umsetzen lässt. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt fehlt damit jeder Anhaltspunkt dafür, dem Kläger würden bei der Fortsetzung des Mietverhältnisses mit den Beklagten erhebliche wirtschaftliche Nachteile entstehen.

Der Kläger kann seine Kündigung dann auch nicht auf die **Generalklausel des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB** stützen, denn das **Interesse an der Verwirklichung des Projekts verfügt nicht über das notwendige, mit den typisierten Kündigungstatbeständen des § 573 Abs. 2 BGB vergleichbare Gewicht**. Würde das geltend gemachte Beendigungsinteresse eine **größere Nähe zur Eigenbedarfskündigung** aufweisen, gebe die erforderliche Interessenabwägung dem Rückerlangungsverlangen nur dann den Vorrang, wenn dem Vermieter **beachtenswerte Nachteile entstünden**. Habe die Kündigung eine **größere Nähe zu einer wirtschaftlichen Verwertung**, sei der Kündigungsgrund nur beachtenswert, wenn der Fortbestand des Mietverhältnisses **zu einem Nachteil von einigem Gewicht** führt.

Gemessen daran **fehlte es im Streitfall an einem berechtigten Interesse** des Klägers. Dabei konnte der Senat offen lassen, ob sich der Kläger als privater Vermieter überhaupt darauf berufen kann, dass die mit ihm gesellschaftsrechtlich verbundene GmbH gemeinnützige Zwecke verfolgt. Selbst wenn nämlich der Kläger auch selbst gemeinnützige Absichten verfolge, tritt dieser **personale Einschlag deutlich hinter dem einer Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB zurück, denn der Kläger erstrebt auch wirtschaftliche Vorteile**. Diese ergeben sich daraus,

dass der Kläger erhebliche eigene Aufwendungen für notwendige Sanierungs- und Umbauarbeiten einsparte; darüber hinaus ist der Kläger als Gesellschafter der GmbH an einem möglichen Unternehmensgewinn beteiligt. Vor diesem Hintergrund hat sich die vom Kläger verfolgte Interessenslage **mehr einer Verwertungskündigung angenähert**, weshalb dem Vermieter durch die Vorenthaltung der Mieträume **Nachteile von einigem Gewicht entstehen** müssten. Daran fehlte es, da die Finanzierung und Verwirklichung des Gesamtprojekts nicht gefährdet ist, sondern lediglich drei von insgesamt 23 geplanten Wohngruppenplätzen nicht eingerichtet werden können.

b)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde um eine Eigenbedarfskündigung gestritten, die der – zwischenzeitlich verstorbene – Ehemann der Klägerin noch zu Lebzeiten zu Gunsten seines Sohnes – des Drittwiderbeklagten – ausgesprochen hatte. Die beklagten Mieter hatten eingewandt, dass der Drittwiderbeklagte **anstelle der von ihnen bewohnten Erdgeschosswohnung eine leerstehende Dachgeschosswohnung beziehen** könne. Ferner haben sie sich auf **Härtegründe berufen, da der Beklagte zu 1 an zahlreichen gesundheitlichen Einschränkungen und einer beginnenden Demenz leide**. Die Vorinstanzen hatten der Räumungsklage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Der Senat hat der Revision der Beklagten stattgegeben.¹⁶

Rechtsfehlerfrei war das Berufungsgericht allerdings von der **formellen Wirksamkeit der Kündigung** ausgegangen, da es für das Begründungserfordernis des § 573 Abs. 3 BGB im Allgemeinen genügt, wenn im **Kündigungsschreiben der Kündigungsgrund so bezeichnet wird, dass er identifiziert und von anderen Gründen unterschieden werden kann**. Im Falle einer Eigenbedarfskündigung genügt es, wenn die Bedarfsperson und deren Interesse an der Erlangung der Wohnung im Kündigungsschreiben dargelegt werden. Demgemäß musste das Kündigungsschreiben keine Ausführungen zu den Räumlichkeiten im Dachgeschoss und deren Nutzbarkeit durch den Drittwiderbeklagten enthalten, denn das Begründungserfordernis dient nicht dazu, eine aus Sicht des Vermieters bestehende Alternativlosigkeit der Kündigung aufzuzeigen oder dem Mieter sonstige Verteidigungsmöglichkeiten zu

¹⁶ Urteil vom 15. März 2017 – [VIII ZR 270/15](#) – MDR 2017, 635 ff. = NJW 2017, 1474 ff. = NZM 2017, 286 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

eröffnen. Ungeachtet dessen war den Beklagten die räumliche Situation in dem Anwesen auch bekannt, weshalb es keiner weiteren Ausführungen im Kündigungsschreiben bedurfte.

Ebenfalls zutreffend hatte das Berufungsgericht auch **ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses i.S.d. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB** bejaht, weil sich die **Bedarfsperson nicht auf eine zumutbare Alternativwohnung verweisen** lassen muss. Nach der Rechtsprechung des Senats haben die Gerichte den Nutzungswunsch des Vermieters zu respektieren und können nur prüfen, ob dieser **von vernünftigen und nachvollziehbaren Gründen getragen** oder rechtsmissbräuchlich verfolgt wird. In dieser Hinsicht ist es aber primär der Beurteilung des Tatrichters zu überlassen, ob die Dachgeschosswohnung geeignet war, den Wohnbedarf des Drittwiderbeklagten ohne wesentliche Abstriche zu befriedigen und die Kündigung deshalb als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden kann. Die dies verneinende Wertung des Berufungsgerichts beruht auf nachvollziehbaren Erwägungen, da die Absicht des Drittwiderbeklagten, die leerstehende Dachgeschosswohnung nicht wieder als Wohnraum in Benutzung zu nehmen, hinzunehmen ist. Rechtsfehlerfrei war das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass aufgrund der vorhandenen Dachschrägen und des längeren Zugangs zum Außenbereich sich diese nicht als gleichwertige Alternative zur Erdgeschosswohnung dargestellt hat. Ebenso wenig kommt damit ein Verstoß gegen die Anbiertpflicht in Betracht, denn dies könnte – wie der Senat erst kürzlich entschieden hatte¹⁷ – allenfalls Schadensersatzansprüche begründen.

Rechtsfehlerhaft hatte das Berufungsgericht allerdings die Voraussetzungen einer **besonderen Härte i.S.d. § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB verneint**, wengleich sich auch in diesem Zusammenhang die revisionsrechtliche Überprüfung darauf beschränkt, ob der Tatrichter Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verkannt hat oder ihm sonstige Verfahrensverstöße unterlaufen sind. Diesen Anforderungen genügte die Würdigung durch das Landgericht jedoch nicht.

¹⁷ Urteil vom 14. Dezember 2016 – [VIII ZR 232/15](#) – NJW 2017, 547 ff. – wir haben berichtet.

Eine besondere Härte erfordert zwar, dass sich die Konsequenzen, die sich für die Beklagten aus einem Umzug ergeben, **deutlich von den Unannehmlichkeiten abheben müssen, die mit einem Wohnungswechsel typischerweise verbunden sind**. Allerdings hätte das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB genauer prüfen müssen. Zum einen hatte die Vorinstanz das Vorbringen der Beklagten zu der altersbedingten Gebrechlichkeit des Beklagten zu 1 und dessen drohender demenzieller Orientierungslosigkeit als wahr unterstellt. Aufgrund dieser Wahrunterstellung hätte dann aber auch **die darin zum Ausdruck kommende existenzielle Bedeutung der bisherigen Wohnung mit dem von den Beklagten behaupteten Gewicht als wahr unterstellen** müssen. Zum anderen sind die Gerichte **aufgrund von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG bei drohenden schwerwiegenden Gesundheitsbeeinträchtigungen oder einer Lebensgefahr gehalten**, ihre Entscheidung auf eine tragfähige Grundlage zu stellen und müssen **Beweisangeboten besonders sorgfältig nachgehen**, um den drohenden Gefahren bei der Abwägung der widerstreitenden Interesse hinreichend Rechnung getragen. Von daher hätte sich das Landgericht mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon schaffen müssen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit dem Umzug verbunden sind. Darüber hinaus hatte das Landgericht übersehen, dass es **im Rahmen des § 574 Abs. 1 BGB** – anders als bei der Prüfung des Eigenbedarfs – **auch auf die Dringlichkeit des geltend gemachten Wohnungsbedarfes ankommt**. In dieser Hinsicht drängt es sich aber auf, dass bei einer jungen Familie eher der Wunsch nach einer Erhöhung des „Wohnkomforts“ als die Beseitigung unzureichender beengter Wohnverhältnisse im Vordergrund steht. Letztlich hatte das Vordergericht verkannt, dass das **Vorhandensein von alternativen Räumlichkeiten ggf. für eine Übergangszeit den Wohnbedarf** ganz oder teilweise befriedigen könnte.

Der Senat hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden. Dabei hat er darauf hingewiesen, dass **§ 574a BGB dem Gericht** – gemäß § 308a ZPO auch ohne entsprechenden Antrag – **weite Gestaltungsmöglichkeiten** eröffnet. Daher wird zu überlegen sein, ob – wie seitens der Beklagten einmal angeboten – eine Fortsetzung des Mietverhältnisses unter moderater Erhöhung des Mietzinses oder unter Zahlung einer an-

gemessenen Kostenbeteiligung für die Umgestaltung des Dachgeschosses zum Zwecke einer vorübergehenden Nutzung in Betracht kommt.

c)

Ein weiteres Revisionsurteil enthält nur eine Bestätigung bekannter Rechtsprechungsgrundsätze. Danach kann sich auch eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf den Eigennutzungswunsch eines ihrer Gesellschafter oder eines seiner Angehörigen berufen**, weil insoweit § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB entsprechend anzuwenden ist.¹⁸

1.6 Nebenkosten

Rechtsfragen aus diesem Bereich haben folgende Entscheidungen zum Gegenstand:

a)

Zu klären hatte der Bundesgerichtshof die praktisch bedeutsame Frage, unter welchen Voraussetzungen sich der **Vermieter einer Eigentumswohnung** darauf berufen kann, er habe den **Ablauf der Jahresfrist gemäß § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB** deshalb nicht zu vertreten, weil der **WEG-Verwalter verspätet abgerechnet** hat.

Konkret hat der Kläger die Betriebskosten für die Jahre 2010 und 2011 erst mit Schreiben vom 07. Dezember 2013 abgerechnet, da die Wohnungseigentümergeinschaft erst kurz zuvor gemäß § 28 Abs. 5 WEG den Beschluss über die Jahresabrechnungen gefasst hatte. Der Kläger hat dazu vorgetragen, dass die ursprünglich beauftragte Hausverwaltung keine ordnungsgemäßen Abrechnungen erstellt habe, weshalb diese zum 31. Dezember 2012 abberufen wurde. Die neu eingesetzte Hausverwaltung sei erst im August 2013 in der Lage gewesen, ordentliche Abrechnungen zu erstellen, weshalb der Wohnungseigentümergeinschaft eine Be-

¹⁸ Urteil vom 15. März 2017 – [VIII ZR 92/16](#) – NJW-RR 2017, 583 f. = NZM 2017, 285 f. = ZMR 2017, 380 ff; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

schlussfassung ebenfalls erst im November 2013 möglich gewesen sei. Der Senat hat die Revision des Klägers zurückgewiesen.¹⁹

Mit Recht war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die **Abrechnungen für die Jahre 2010 und 2011 im Blick auf § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB verspätet** waren, während der Nachzahlungsanspruch für das Jahre 2012 aufgrund der vom Kläger erklärten Aufrechnung mit dem Kautionsguthaben erloschen war.

Dem Ablauf der Abrechnungsfrist steht nicht entgegen, dass die Wohnungseigentümer erst wenige Tage vor der Abrechnung des Klägers einen Beschluss über die Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 5 WEG gefasst haben, denn eine entsprechende Beschlussfassung stellt sich – entgegen der Auffassung in Teilen des Schrifttums – **nicht als zusätzliche (ungeschriebene) Voraussetzung des § 556 Abs. 3 BGB dar**. Soweit teilweise vertreten wird, erst ein Beschluss der Wohnungseigentümer nach § 28 Abs. 5 WEG könne die Abrechnungspflicht des Vermieters begründen, weil erst durch diesen Beschluss eine Zahlungspflicht gegenüber der Eigentümergemeinschaft entstehe und vorher auch im Verhältnis zum Mieter ein Nachforderungsanspruch i.S.d. § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB; § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV noch nicht entstanden sein könne, ist diese Ansicht weder mit dem Wortlaut des § 556 Abs. 3 BGB, noch den Gesetzesmaterialien, der Gesetzessystematik oder dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu vereinbaren.

Nach der gesetzlichen Definition in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB; § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV sind Betriebskosten diejenigen Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes laufend entstehen. Weder in Bezug auf die **Betriebskosten noch hinsichtlich der Abrechnungsfrist stellt das Gesetz damit auf die Fälligkeit der entstandenen Kosten** ab, da mit „laufend entstehen“ alle wiederkehrenden Belastungen gemeint sind. Der Beschluss über die sog. Abrechnungsspitze nach § 28 Abs. 5 WEG bezieht sich dagegen nur auf das Innenver-

¹⁹ Urteil vom 25. Januar 2017 – [VIII ZR 249/15](#) – MDR 2017, 385 f. = NJW 2017, 2608 ff. = NZM 2017, 216 ff. = ZMR 2017, 303 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt. Vgl. auch den nachfolgenden Hinweisbeschluss nach § 552a ZPO vom 14. März 2017 – [VIII ZR 50/16](#) – Grundeigentum 2017, 723 = ZMR 2017,630 ff., der zur Zurücknahme der Revision führte.

hältnis der Wohnungseigentümer und entfaltet keine Bindungswirkung gegenüber dem Mieter. Von daher beurteilt sich die Frage nach dem **laufenden Entstehen und dem Anfallen von Betriebskosten allein nach den Grundsätzen des Wohnraummietrechts und dem Inhalt des konkreten Mietvertrags**.

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich gleichfalls nichts Gegenteiliges, da der Gesetzgeber mit § 556 Abs. 3 BGB eine Abrechnungssicherheit für den Mieter schaffen und durch eine zeitnahe Abrechnung Rechtssicherheit hinsichtlich der wechselseitigen Forderungen erzielen wollte. Für dieses gesetzgeberische Anliegen wäre ein Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG als zusätzliche Voraussetzung dann sogar kontraproduktiv. Auch auf **gesetzssystematische Erwägungen** kann sich die Gegenansicht nicht berufen, da für eine Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG und die Betriebskostenabrechnung nach § 556 Abs. 3 BGB **unterschiedliche rechtliche sowie inhaltliche Voraussetzungen** gelten. So sind die von den Wohnungseigentümern zu tragenden Lasten und Kosten grundsätzlich nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu ermitteln (§ 16 Abs. 2 WEG), während sich im Verhältnis zum Mieter die zu tragenden Betriebskosten in erster Linie nach den vertraglichen Vereinbarungen richten. Auch hinsichtlich der umlegbaren Kosten bestehen Unterschiede, da die Wohnungseigentümer auch die Kosten der Verwaltung sowie der Instandhaltung und Instandsetzung zu tragen haben, während diese Kosten auf den Mieter nicht umgelegt werden können.

Entscheidend sind daher Sinn und Zweck von § 556 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 BGB, denn die beabsichtigte **Beschleunigungsfunktion und die Herstellung von Rechtssicherheit** würden verfehlt, wenn die Abrechnungsfrist von einer Beschlussfassung abhängig wäre. Ferner würde der **Mieter einer Eigentumswohnung gegenüber anderen Mieter benachteiligt**, da er einem erhöhten Risiko ausgesetzt wäre, wenn die Beschlussfassung nicht innerhalb der Jahresfrist erfolgt. Auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung hat der Mieter zudem keinen Einfluss und kann diese nicht beschleunigen.

Rechtsfehlerfrei war das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass **der Vermieter die verspätete Geltendmachung auch zu vertreten hat**, wengleich sich

der Kläger in diesem Zusammenhang ein **Verschulden des früheren Verwalters nicht gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss**, da dieser nicht als Erfüllungsgelhilfe des Klägers im Verhältnis zum Mieter tätig wird. Erstellt der Verwalter die Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG wird er nämlich nicht im Pflichtenkreis des Vermieters tätig, sondern erfüllt nur seine eigene Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Allerdings konnte der Kläger nicht den ihm **obliegenden Entlastungsbeweis führen**, da er nicht hinreichend konkret vorgetragen hatte. Hierzu hätte insbesondere die **Darlegung der Bemühungen** gehört, die der Kläger unternommen hatte, **um eine rechtzeitige Abrechnung sicher zu stellen**. Diesbezüglich fehlt jedes Vorbringen dazu, was der Kläger im Verhältnis zur bisherigen Hausverwaltung veranlasst hatte. Hierzu bestand indes hinreichend Anlass, denn dem Kläger war bereits im Jahre 2010 erkennbar, dass die bisher erstellten Abrechnungen so fehlerhaft waren, dass sie als Grundlage einer Betriebskostenabrechnung nicht tauglich waren.

b)

Ein weiteres Revisionsverfahren hatte eine **Heizkostenabrechnung** zum Gegenstand, die die Vermieterin aufgrund des Beiblatts „Verfahren zur Berücksichtigung der Rohrwärmeabgabe“ der VDI-Richtlinie 2077 ermittelt hatte. Die Vorinstanzen hatten die Klage der Mieterin, die ein Guthaben errechnet hatte, abgewiesen, da **§ 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenVO analog anwendbar** sei, wenn **Heizungsrohre zwar ungedämmt, aber nicht freiliegend verlegt** worden seien. Der Senat hat gegenteilig entschieden.²⁰

„Freiliegend“ i.S.d. § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenVO sind Wärmeleitungen nur dann, wenn sie **auf der Wand verlaufen und sichtbar** sind. In dieser Hinsicht ist der Wortlaut der Vorschrift eindeutig. Eine **analoge Anwendung** kommt dann – entgegen teilweise vertretener Auffassung – deshalb nicht in Betracht, weil es an einer **planwidrigen Regelungslücke fehlt**. Der Ordnungsgeber war davon ausgegangen, dass Kostenverschiebungen nur bei auf der Wand verlaufenden Leitungen entstehen würden. Danach bestehen keine Anhaltspunkte dafür, der Ordnungsgeber habe eine Verlegung unter Putz oder Estrich nicht bedacht. Auch höherrangiges

²⁰ Urteil vom 15. März 2017 – [VIII ZR 5/16](#) – MDR 2017, 8756 f. = WuM 2017, 320 ff. = ZMR 2017, 462 ff, an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Recht gebietet keine andere Sichtweise. § 3a Satz 1 Nr. 2 des Energieeinsparungsgesetzes enthält zwar eine Ermächtigungsnorm; aus dieser ergibt sich aber keine konkrete Vorgabe hinsichtlich der erfassten Rohrleitungen. Art. 3 Abs. 1 GG hilft der Beklagten nicht, den der Verordnungsgeber hat **keinen schwerwiegenden Wertungswiderspruch** geschaffen.

c)

In einem Hinweisbeschluss nach § 552a ZPO wurde noch bestätigt, dass auch die **Zusammenlegung der Kosten für die Straßenreinigung und die Grunderwerbssteuer zur formellen Unwirksamkeit** einer Betriebskostenabrechnung führt. Die Revision wurde daraufhin zurückgenommen.²¹

Ein Zulassungsgrund liegt nicht vor, da sich die vom Berufungsgericht formulierte Rechtsfrage anhand der bisherigen Senatsrechtsprechung unschwer beantworten lässt. Danach hat sich eine ordnungsmäße Abrechnung am Katalog der Betriebskosten in § 2 BetrKVO zu orientieren, weshalb es **unzulässig ist, verschiedene Kostenpositionen zusammenzufassen**. Anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die Kosten für Frisch- und Schmutzwasser deshalb addiert werden, weil sich die Abwasserkosten nach dem Frischwasserverbrauch bemessen. Ein entsprechender Zusammenhang fehlt zwischen der Grunderwerbssteuer und den Kosten für die Straßenreinigung und zwar selbst dann, wenn die Kommune nur einen Abgabenbescheid erlässt.

d)

Letztlich hat der Senat noch **die Notwendigkeit eines Vorwegabzugs der Grunderwerbsteuer für gewerblich genutzte Räume** verneint.²²

Der Senat hat bereits entschieden, dass aus § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB die Notwendigkeit eines Vorwegabzugs bei der Grunderwerbsteuer nicht abgeleitet werden kann. Für eine denkbare **Korrektur nach §§ 315, 316 BGB aus Billigkeitsgründen**

²¹ Beschluss vom 24. Januar 2017 – [VIII ZR 281/15](#) – Grundeigentum 2017, 471 f. = WuM 2017, 205 f. = ZMR 2017, 464 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²² Urteil vom 10. Mai 2017 – [VIII ZR 79/16](#) – Grundeigentum 2017, 773 f. = NZM 2017, 520 f. = WuM 2017, 388 ff.

wäre dagegen erforderlich, dass durch die **gewerbliche Nutzung erhebliche Mehrkosten entstehen**. Daran fehlte es, weil es sich bei der Grundsteuer grundsätzlich um eine ertragsunabhängige Objektsteuer handelt. Allein die Ermittlung des Einheitswerts bei gemischt genutzten Gebäuden anhand des Ertragswerts lässt nicht erkennen, dass ein direkter Zusammenhang zwischen den anfallenden Steuern und der Nutzungsaufteilung besteht.

2.

Gewerberaummiete und Pachtrecht

Für Rechtsfragen aus dem Bereich des Gewerbemiet- und Pachtrechts ist geschäftsplanmäßig der XII. Zivilsenat zuständig.

a)

Im Berichtszeitraum ist vom XII. Zivilsenat lediglich ein Beschluss gemäß § 91a ZPO nach übereinstimmender Erledigterklärung der Parteien zu vermelden; die Revision war dabei vom Berufungsgericht zugelassen worden.

Konkret bestanden zwei Gewerberaummietverträge, die als Vertragszweck „Lagerung und Verkauf von Stoffen und Kurzwaren“ sowie die „Lagerung und Verkauf von Stoffen und Kurzwaren Textilien und Baumaschinen“ vorsahen. Diese Verträge enthielten als Allgemeine Geschäftsbedingen Schriftformheilungs- und doppelte Schriftformklauseln. Die damalige Vermieterin hatte den Vormieter nachfolgend schriftlich bestätigt, dass auch das „Lagern von handelsüblichen Waren“ gestattet sei. In diese Verträge ist der Beklagte als Mieter eingetreten, während die Klägerin aufgrund Grunderwerbs Vermieterin wurde. Diese Parteien haben am 04. November 2014 schriftlich einen Nachtrag vereinbart, wonach das Mietverhältnis bestimmt bis zum 31. Dezember 2016 laufen solle und der Beklagte zwei Monate vorher eine Vertragsverlängerung um 6 Monate verlangen könne. Nach fristloser und hilfsweise fristgemäßer Kündigung durch die Klägerin vom 09. Februar 2015 hatten die Vorinstanzen der Räumungsklage stattgegeben; dabei war das Berufungsgericht von der Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung ausgegangen. Der Senat hat dem Beklagten die

Kosten des Rechtsstreits auferlegt, da das Oberlandesgericht fehlerfrei entschieden hatte.²³

Zu Recht war das Berufungsgericht von einem **unbefristeten und damit ordentlich kündbarem Mietverhältnis** ausgegangen, da der **geänderte Nutzungszweck und die Nachtragsvereinbarung das Schriftformerfordernis des § 550 BGB** ausgelöst haben und wegen der Nichteinhaltung der Schriftform das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit lief. Der Klägerin ist es im Blick auf die Schriftformheilungsklausel und § 242 BGB auch nicht verwehrt, sich auf die Formunwirksamkeit zu berufen, da das Schriftformerfordernis des § 550 BGB dem Schutz des Erwerbers dient und die Klägerin daher nicht treuwidrig handelte.

Der Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dass die **geänderte Nutzungsvereinbarung aufgrund der doppelten Schriftformklausel unwirksam sei und der Anwendbarkeit des § 550 BGB** entgegenstehe. Allerdings ist umstritten, ob eine doppelte Schriftformklausel mündlich oder konkludent abbedungen werden kann. Diese Frage kann hier auf sich beruhen, weil die **Klausel jedenfalls aufgrund des Vorrangs der Individualabrede nach § 305b BGB wirkungslos** ist. Wie der Senat bereits entschieden hat, muss sich eine einfache Schriftformklausel dem Vorrang der Individualvereinbarung beugen. Für eine doppelte Schriftformklausel kann nichts anderes gelten, da keine maßgeblichen Unterschiede bestehen; Sinn und Zweck des § 305b BGB gebieten es zudem, dass das Interesse des Klauselverwenders hinter das übereinstimmend Gewollte zurücktreten muss. Letztendlich gewährleistet selbst die Einhaltung einer doppelten Schriftformklausel nicht stets die Wahrung der Schriftform nach § 550 BGB. Unerheblich ist, dass die Schriftformklausel von der Vorvermieterin stammt, denn § 305b BGB wirkt nicht nur zu Ungunsten des Verwenders. Damit hat die ordentliche Kündigung das Mietverhältnis mit Wirkung zum 31. Dezember 2015 beendet worden, da die Frist des § 550 Satz 2 BGB mit der das Schriftformerfordernis begründenden Nachtragsvereinbarung in Lauf gesetzt wurde.

²³ Beschluss vom 25. Januar 2017 – [XII ZR 69/16](#) – MDR 2017, 386 f. = NJW 2017, 1017 f. = NZM 2017, 189 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

b)

Mit der **Reichweite des § 1006 BGB** musste sich der V. Zivilsenat dagegen in einem Verfahren befassen, in dem die Beklagte Gewerberäume zum Betrieb eines Restaurants vermietet und **nach der Kündigung des Mietvertrags ihr Vermieterpfandrecht an dem eingebrachten Inventar ausgeübt** sowie Teile des Inventars bereits versteigert hatte. Das Inventar hatte die Mieterin von der Klägerin unter Eigentumsvorbehalt aufgrund eines Vertragsverhältnisses erworben, nach dem das Inventar befristet leihweise überlassen worden war. Ab August 2012 sollte das für einen Kaufpreis von 127.682,19 € erworbene Inventar dann in monatlichen Raten von 5.320,09 € abbezahlt werden. Das Landgericht hatte der auf Herausgabe und Schadensersatz gerichteten Klage überwiegend stattgegeben, während das Kammergericht die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückgewiesen hatte. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.²⁴

Mit der vom Kammergericht gegebenen Begründung kann sich die Klägerin nicht auf §§ 985; 989; 990 BGB berufen, da für die **Beklagte – wie für ihre Mieterin – die Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB streitet und sie darauf beruhend ihr Vermieterpfandrecht nach § 562 BGB verteidigen kann**. Es ist bereits anerkannt, dass sich nicht nur der durch die Vermutung selbst begünstigte Besitzer, sondern jeder, der sein Recht von einem unmittelbaren Besitzer ableitet, auf § 1006 BGB stützen kann. Wegen § 1006 Abs. 3 BGB muss nämlich auch dem unmittelbaren Besitzer die Möglichkeit gegeben sein, sich auf die für den Oberbesitzer streitende Vermutungswirkung zu berufen, da er andernfalls seinen unmittelbaren Besitz nicht wirkungsvoll verteidigen könnte. Der Bundesgerichtshof hat deshalb bereits entschieden, dass § 1006 BGB auch zugunsten eines Pfändungsgläubigers und des Gläubiger eines landwirtschaftlichen Inventarpfandrechts wirkt. **Für ein Vermieterpfandrecht kann nichts anderes gelten, da es ebenfalls besitzlos ist und kraft Gesetzes entsteht**. Wie ein Inventarpfandgläubiger kann auch der Vermieter nicht beurteilen, ob der Mieter Eigentümer ist. Funktionell ist die Sachlage auch mit § 1120 BGB vergleichbar, der dem Hypothekengläubiger nicht den Beweis der Zugehörigkeit auferlegt. Entscheidend ist daher, dass der Pfandrechtsgläubiger in beiden Fällen seine Rechtsposition vom Besitzer ableitet. Dementsprechend kommt es auch

²⁴ Urteil vom 03. März 2017 – [V ZR 268/15](#) – MDR 2017, 811 f. = NZM 2017, 479 ff. = WM 2017, 916 ff.

nicht darauf an, ob die Mieter Eigenbesitzer waren, denn dieser ist nach § 1006 Abs. 1 BGB gleichfalls zu vermuten.

Die **Vermutungswirkung ist im Streitfall auch nicht widerlegt** worden, da sich das Berufungsgericht mit dem früheren Eigentumserwerb der Klägerin begnügt und damit die bestehenden Anforderungen verkannt hatte. Zwar wirkt die zugunsten des früheren Eigentümers wirkende Vermutung des § 1006 Abs. 2 BGB über die Beendigung des Besitzes hinaus fort. § 1006 Abs. 2 BGB tritt jedoch zurück, wenn sich ein späterer Besitzer auf § 1006 Abs. 1 BGB berufen kann. Deshalb obliegt der Klägerin auch der Nachweis, dass die Mieterin niemals Eigentümerin geworden ist.

c)

In einer Landwirtschaftssache musste der Bundesgerichtshof dagegen klären, ob sich **ein Pächter schadensersatzpflichtig** macht, wenn er **landwirtschaftliche Flächen als Grünland und nicht als Ackerland nutzt**. Hintergrund des Schadensersatzbegehrens sind landesrechtliche, auf europarechtlichen Vorgaben beruhende Umbruchverbote, die nach Vertragsschluss in Kraft getreten sind (hier: § 2 DGL-VO SH und § 2 Abs. 1 DGLG SH) und die Möglichkeit zum Umbruch, d.h. die Nutzung als Ackerfläche, nur mehr gegen den Nachweis von Ersatzflächen gestatten. Der Landwirtschaftssenat hat die Revision des beklagten Pächters zurückgewiesen.²⁵

Das Berufungsgericht war mit Recht davon ausgegangen, dass ein **Pächter grundsätzlich schadensersatzpflichtig sein kann, wenn er es versäumt, durch eine rechtzeitige Nutzungsänderung die Entstehung von Dauergrünland zu verhindern**. Damit wird entscheidend, welche vertraglichen Vereinbarungen die Parteien getroffen hatten. Das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts, dass die Grünflächen als Ackerland verpachtet worden waren, wenngleich damit die Nutzung zur Gewinnung von Grünpflanzen nicht untersagt war, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Allerdings kann eine Pflichtverletzung aus § 590 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht daraus abgeleitet werden, dass bereits der Verpächter die Pachtflächen als Grünland nutzte, weil es damit an einer Nutzungsänderung fehlt. Aus der **Pflicht zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung (§ 568 Abs. 1 Satz 1 BGB)** ergibt sich jedoch die

²⁵ Urteil vom 28. April 2017 – [LWZR 4/16](#) – AUR 2017, 296 ff. = MDR 2017, 873 ff. = NZM 2017, 564 ff.

Verpflichtung **den Zustand der Pachtsache dergestalt zu erhalten, dass sie zum Vertragsende unverändert zurückgegeben werden kann (§ 596 Abs. 1 BGB)**. Dies schließt es ein, die nachhaltige Ertragsfähigkeit der Pachtflächen zu sichern und die **Bewirtschaftung ggf. an geänderte technische oder rechtliche Rahmenbedingungen anzupassen**.

Der Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt, da die Änderung von EU-Vorschriften bereits im Jahre 2003 im Raum stand und in Landwirtschaftskreisen bekannt war. Dem Beklagten war es daher zumutbar sich rechtlich beraten zu lassen. Ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB hatte das Berufungsgericht ebenfalls fehlerfrei verneint, da – woran es fehlt – nur ein **aktiver Landwirt verpflichtet** gewesen wäre, den **Beklagten zu einem rechtzeitigen Umbruch des Grünlandes anzuhalten**. Zutreffend hatte das Oberlandesgericht der Klägerin auch den Minderwert der Grundstücke zugesprochen; diesbezüglich hält es sich im tatrichterlichen Ermessensspielraum nach § 287 Abs. 1 ZPO, wenn die Vorinstanz den Minderwert anhand der Ertragswertmethode ermittelt.

3. Wohnungseigentumsrecht

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

a)

In einem Revisionsverfahren wurde um den **Einbau eines Personenaufzugs im gemeinschaftlichen Treppenhaus** gestritten, dessen Notwendigkeit der im fünften Obergeschoß wohnende und im Jahre 1936 geborene Kläger mit der Betreuung seiner zu 100% schwerbehinderten Enkelin begründete. Für die entstehenden Kosten wollte der Kläger selbst aufkommen. Das Landgericht hatte die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft zuletzt im Wege der Beschlussersetzung zur Duldung des Einbaus – unter verschiedenen Voraussetzungen – verurteilt. Der Senat hat auf die

Revision der Beklagten die klagabweisende Entscheidung des Amtsgerichts wieder hergestellt.²⁶

Zutreffend ist allerdings, dass nach § 21 Abs. 8 WEG eine **Beschlussersetzungsklage statthaft** ist, wenn – wie hier – die nach § 22 Abs. 2 WEG erforderliche **qualifizierte Mehrheit für eine bauliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums nicht zustande** kommt. Richtig ist auch noch, dass diese Klage in der Sache auf Duldung der Maßnahme gerichtet ist, während ein Anspruch auf Zustimmung nicht – auch nicht analog § 554a Abs. 1 BGB – besteht.

Zu Unrecht hatte das Landgericht indes die **Voraussetzungen der §§ 21 Abs. 1; 14 Nr. 1 WEG verneint**, wengleich es einer **fallbezogenen Abwägung der beiderseits grundrechtlich geschützten Interessen** bedarf, um den Nachteil bestimmen zu können, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidbare Maß hinausgeht. Diesbezüglich hatte das Berufungsgericht, das keinen wesentlichen Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums erkennen konnte, übersehen, dass der Einbau weitere bauliche Maßnahmen und auch eine mit Haftungsrisiken verbundene Entfernung des Handlaufs der Treppe erfordern würde. Der Senat hat abschließend entschieden, weil der Streitfall entscheidungsreif war.

Anders als im Falle eines Treppenlifts oder einer Rollstuhlrampe begründet der **Einbau eines Personenaufzugs regelmäßig einen Nachteil der übrigen Wohnungseigentümer i.S.d. § 14 Nr. 1 WEG**, weil er mit erheblichen Substanzeingriffen verbunden ist und ein Rückbau erhebliche Kosten verursachen würde. Hinzu kommt ein Platzverlust im Treppenhaus und die Notwendigkeit von Wartungsarbeiten am Lift. Eine Sicherheitsleistung für etwaige Rückbaukosten – wie vom Landgericht entschieden – ist dagegen unangemessen, da nicht absehbar ist, welche weiteren Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum eine Demontage erfordern würde. Für das Mobilitätsinteresse des Klägers und dessen Enkelin reicht – auch im Blick auf deren Behinderung und das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG – die Anbringung eines Treppenlifts oder einer Rollstuhlrampe aus. Dieses Abwägungsergebnis entspricht auch der Sichtweise des Gesetzgebers, der bei der Novellierung des WEG

²⁶ Urteil vom 13. Januar 2017 – [V ZR 96/16](#) – MDR 2017, 511 f. = NZM 2017, 447 ff. = ZMR 2017, 319 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

nur Maßnahmen wie Rollstuhlrampen und Treppenlifte als unvermeidlich angesehen hat.

Einer Beschlussersetzung steht außerdem entgegen, dass der Personenaufzug im Streitfall nur **einzelnen bau- und zahlungswilligen Wohnungseigentümern zur Verfügung** stehen sollte. Damit würde den übrigen Wohnungseigentümern der Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums entzogen und ein Sondernutzungsrecht geschaffen. Hierfür bedarf es jedoch einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG.

Auch **verfassungsrechtlich ist es nicht zu beanstanden**, dass das WEG keinen Anspruch des Klägers auf Zustimmung bereithält, da Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG kein Leistungsrecht begründet und dem Staat ein erheblicher Beurteilungsspielraum bei der Erfüllung seines Auftrags gebührt. Im Hinblick auf den Schutz behinderter Menschen sind die Regelungen des WEG auch nicht evident unzureichend, da sich die gebotene Barrierefreiheit durch temporäre Maßnahmen erreichen lässt.

b)

Ein Beschlussanfechtungsverfahren betrifft das **Stimmverbot des beklagten Mehrheitseigentümers**, mit dessen Stimme die Eigentümersammlung Mehrheitsbeschlüsse gefasst hatte. Diese Beschlüsse betreffen den **Abschluss eines Wärmelieferungsvertrags mit einer Gesellschaft, in der der Beklagte Kommanditist und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist, an der er 51% der Geschäftsanteile hält** (TOP 3). Ein weiterer Beschluss betrifft den Verzicht auf die Rückforderung einer Verwaltervergütung, die der frühere Verwalter nur den Klägern angelastet hatte (TOP 4). Die Anfechtungsklage war vorinstanzlich erfolgreich; der Senat hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen.²⁷

Die Revision war hinsichtlich des Beschlusses zu TOP 4 bereits unzulässig, weil das Landgericht die Revision nur hinsichtlich der grundsätzlichen Fragen zugelassen hatte, unter welchen Voraussetzungen ein (Mehrheits-)Gesellschafter einem Stimmverbot unterliegt, wenn die Eigentümergeinschaft über einen Vertragsschluss mit „dessen“ juristischer Person abstimmt. Diese Frage ist für den weiteren Beschluss

²⁷ Urteil vom 13. Januar 2017 – [V ZR 138/16](#) – MDR 2017, 812 f. = NZM 2017, 418 ff. = ZMR 2017, 415 ff.

bedeutungslos, da das Berufungsgericht diesen deshalb als unwirksam angesehen hatte, weil er den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft widersprach.

In Bezug auf den Beschluss zu TOP 3 war das Landgericht dagegen mit Recht von einem **Stimmverbot entsprechend § 25 Abs. 5 WEG** ausgegangen, da diese Bestimmung jedenfalls dann Anwendung findet, wenn ein **Miteigentümer Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft** ist.

Allerdings ist diese Frage umstritten, da Einigkeit nur besteht, soweit ein Interessenkonflikt deshalb droht, weil der Wohnungseigentümer wirtschaftlich so eng mit einem Dritten verbunden ist, dass dessen Interessen mit denen des Dritten „völlig gleichgesetzt“ sind. Ebenfalls anerkannt ist, dass ein Stimmverbot besteht, wenn der Wohnungseigentümer Alleingesellschafter ist oder – wofür Anhaltspunkte fehlten – die Gesellschaft beherrscht. Uneinigkeit herrscht jedoch unterhalb dieses Schwellenwerts. Der Senat hat entschieden, dass die Abgrenzung in Anlehnung an das Gesellschaftsrecht vorzunehmen ist.

Das Gesetz sieht in § 25 Abs. 5 Alt. 1 WEG nur das **persönliche Sonderinteresse des einzelnen Wohnungseigentümers als schweren Interessenkonflikt** an und verfehlt damit seine **Wirkung deutlich**, weil ein relevantes Eigeninteresse auch dann bestehen kann, wenn das Geschäft mit einer juristischen Person zustande kommt. Grundlage dieser Gleichsetzung ist aber die starke **wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Wohnungseigentümer und der Drittgesellschaft, so dass es sich nicht wesentlich anders als im Falle des § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG** verhält. Entscheidend muss damit die Verbindung der Interessen sein. Da ein Geschäftsführer oder geschäftsführender Gesellschafter verpflichtet ist, vorrangig die Interessen der Gesellschaft zu verfolgen, erstarkt im Falle einer Mehrheitsbeteiligung das Gesellschaftsinteresse daher zu einem Eigeninteresse. Dies rechtfertigt die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 5 Alt. 1 WEG.

c)

Ein **Schadensersatzklage wegen entgangener Mieteinnahmen eines einzelnen Wohnungseigentümers gegen einen anderen Wohnungseigentümer**, der kein

Wohngeld bezahlt hatte und aufgrund dessen der Wasserversorger die Belieferung einstellte, behandelt ein weiteres Revisionsurteil, in dem der Senat der Revision des Beklagten stattgab und die **Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation** abwies.²⁸

Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 286 BGB setzt voraus, dass der **Beklagte eine Pflicht gegenüber dem Kläger verletzt** hat. Daran fehlt es, weil der **Anspruch auf Wohngeld allein der Wohnungseigentümergeinschaft zusteht** und der Kläger auch nicht aufgrund einer actio pro socio den Anspruch geltend machen kann.

Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, hilft es dem Kläger auch nicht, dass zwischen den **einzelnen Wohnungseigentümern ein gesetzliches Schuldverhältnis** besteht. Dieses erschöpft sich in einer Treuepflicht dergestalt, dass einzelne Mitglieder ihr Stimmverhalten in der Beschlussfassung daran auszurichten haben, dass dem Verband die finanziellen Mittel zur Begleichung laufender Verbindlichkeiten zur Verfügung stehen. Darum geht es hier nicht, da ein entsprechender Beschluss hinsichtlich der Jahresabrechnung gefasst worden war. Die **Einziehung der aufgrund der gefassten Beschlüsse geschuldeten Wohngelder fällt jedoch in die alleinige Kompetenz des Verbands der Wohnungseigentümer**.

Demgemäß kommt auch **keine Drittschadensliquidation** in Betracht, da es keine zufällige Schadensverlagerung darstellt, wenn ein einzelner Wohnungseigentümer Schäden aufgrund einer Versorgungssperre erleidet. In diesem Fall wäre nämlich der Verwalter oder der einzelne Wohnungseigentümer verpflichtet, einen Beschluss über eine Sonderumlage herbeizuführen, damit die drohende Deckungslücke geschlossen werden kann.

d)

Letztendlich musste sich der V. Zivilsenat auch mit der Klage werdender Wohnungseigentümers befassen, die die **Zustimmung des weiteren Miteigentümers zur Anbringung eines zweiten Rettungsweges** begehrten, um auf diese Weise die bau-

²⁸ Urteil vom 10. Februar 2017 – [V ZR 166/16](#) – MDR 2017, 695 f. = NJW-RR 2017, 844 f. = NZM 2017, 445 f.

ordnungsrechtliche Genehmigung für die **Nutzung der veräußerten Kellerräume zu Aufenthaltszwecken zu erreichen**. Die Revision der Kläger war erfolgreich.²⁹

Zutreffend ist zwar der vom Berufungsgericht gewählte Ansatz, dass sich der im Wege der Beschlussanfechtung bzw. Beschlussersetzung verfolgte **Anspruch aus § 21 Abs. 4 WEG** ergeben kann, sofern der zweite Rettungsweg **zur erstmaligen planmäßigen Herstellung des Gemeinschaftseigentums dienen** sollte. Unzutreffend war jedoch dessen Annahme, die erstmalige Herstellung einer der Teilungserklärung entsprechende Nutzung liege deshalb nicht vor, weil die im Souterrain gelegenen Räumlichkeiten nicht zu Wohnzwecken dienen, sondern als Teileigentum anzusehen seien. Mit der Bezeichnung „**Teileigentum**“ wird nämlich jede **gewerbliche Nutzung** gestattet, die – wie bei der Nutzung als Büroräume – auch die **bauordnungsrechtlich zulässige Nutzung als Aufenthaltsräume einschließt**. Die hierfür erforderliche Schaffung eines zweiten Rettungswegs dient damit der erstmaligen Herstellung eines plangerechten Zustands.

Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig, denn weder dem Grundbucheintrag, noch der Teilungserklärung lassen sich weitere Nutzungsbeschränkungen entnehmen. Soweit noch ein Brandschutznachweis fehlt, ist es die Sache des einzelnen Sondereigentümers diese bauordnungsrechtliche Vorgabe auf eigene Kosten herbeizuführen. Besteht ein Anspruch der Kläger aus § 21 Abs. 4 WEG können diese auch eine Sonderumlage verlangen.

Der Senat hat den Rechtsstreit zurückverwiesen und dem Berufungsgericht die Prüfung aufgegeben, ob die von den Klägern angestrebte Herstellungsweise alternativlos ist und zudem darauf hingewiesen, dass sich die Kostenverteilung der Sonderumlage nach § 16 Abs. 2 WEG zu richten hat.

²⁹ Urteil vom 23. Juni 2017 – [V ZR 102/16](#) – WuM 2017, 544 ff. = MDR 2017, 1047 f. = Grundeigentum 2017, 1027 ff.

4.

Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Diese Rechtsgebiete fallen in die Zuständigkeit verschiedener Zivilsenate des Bundesgerichtshofs.

a) Maklerrecht

Für das Maklerrecht ist neuerdings der I. Zivilsenat zuständig, der sich im Berichtzeitraum mit folgenden Fragestellungen konfrontiert sah.

aa)

In einem Revisionsverfahren, in dem der Kläger eine Vermittlungsgebühr nach der Veräußerung eines Wohn- und Geschäftshauses begehrte, wurde um die **Echtheit einer Urkunde** gestritten. Der Kläger hatte seinen Vergütungsanspruch auf eine „Einverständniserklärung über eine Beratungsgebühr“ gestützt, die – nach seiner Behauptung – die **Unterschrift des Geschäftsführers der Beklagten** trägt. Die Vordergerichte hatten der Klage stattgegeben, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Unterschrift echt sei. Dieser Beurteilung ist der I. Zivilsenat gefolgt.³⁰

Zutreffend war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen seines Anspruchs beweisbelastet ist und **nach § 440 Abs. 1 ZPO damit den Vollbeweis für die Echtheit der Urkunde zu führen** hat. Richtig ist auch noch, dass dieser Beweis durch ein Schriftvergleichsgutachten geführt werden kann, da es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts steht, ob es sich – wie im Streitfall – dazu eines Sachverständigen bedient (§ 442 ZPO). Das vom Landgericht **eingeholte Schriftsachverständigengutachten war auch verwertbar**, da es im Ergebnis nicht zu beanstanden ist, dass das Eingangsgericht der Beklagten die Vorlage von 20 Dokumenten zu Vergleichszwecken aufgeben hatte.

Zwar ist das Fehlen eines Vorlageantrags des Klägers nach § 441 Abs. 3 Satz 1 ZPO gemäß § 295 ZPO durch rügelose Einlassung geheilt worden. **Allerdings müssen**

³⁰ Urteil vom 16. März 2017 – [I ZR 205/15](#) – BB 2017, 2048 (Leitsatz); an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

für eine Vorlageanordnung auch die Voraussetzungen der §§ 421 bis 426 ZPO erfüllt sein, da sich der Senat wegen der Sanktionsmöglichkeit des § 441 Abs. 3 Satz 3 ZPO der Auffassung angeschlossen hat, dass die **beweisbelastete Partei über einen materiell-rechtlichen Vorlageanspruch hinsichtlich von Vergleichsschriften verfügen** muss. Daran fehlte es im Streitfall. Auch § 142 Abs. 1 ZPO trug die Vorlageanordnung des Landgerichts nicht, wenngleich diese Bestimmung ergänzend heranzuziehen ist. Allerdings wird damit nur eine Handhabe für die Vorlage jener Urkunden geschaffen, auf die sich eine Partei bezogen hat. Die Vorlageanordnung ging darüber weit hinaus, da sich der Kläger nur auf die Handelsregistereintragung und die Prozessvollmachten bezogen hatte. Die grundsätzlich auch auf Urkunden anwendbare Vorschrift des § 144 Abs. 1 ZPO wird demgegenüber von § 441 Abs. 3 und Abs. 4 ZPO verdrängt. Allerdings ist auch in diesem Kontext ein Verstoß gegen §§ 441 Abs. 3; 142 Abs. 1 ZPO **nach § 295 Abs. 1 ZPO durch die rügelose Vorlage der angeforderten Dokumente** geheilt worden.

Diese Heilung führt dann jedoch nicht dazu, dass sich das Landgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung nach § 286 ZPO auch auf die vorgelegten Urkunden stützen konnte, denn wegen der **zu Unrecht ergangenen Vorlageanordnung durfte es die Dokumente in den Entscheidungsgründen nicht zum Nachteil der Beklagten würdigen**. Diesen Verfahrensfehler hatte das Berufungsgericht – auf eine Berufungsrüge der Beklagten – aber dadurch beseitigt, dass es die erstinstanzliche Beweisaufnahme teilweise wiederholt hatte. Dessen Würdigung ist vollständig und rechtlich möglich, so dass sie revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

bb)

Die **materiellen Anforderungen an eine Widerrufserklärung** behandelt eine weitere Entscheidung. Die Revision des am Verfahren zuletzt noch beteiligten Beklagten zu 2 war erfolgreich und führte zur Klageabweisung.³¹

Zu Recht war das Berufungsgericht zwar davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein Maklervertrag zustande gekommen war. Allerdings hat der Senat zwischenzeitlich grundlegend entschieden, dass **im Fernabsatz geschlossene Nach-**

³¹ Urteil vom 12. Januar 2017 – [I ZR 198/15](#) – MDR 2017, 753 f. = NJW 2017, 2337 ff. = WM 2017, 1120 ff.

weis- oder Vermittlungsmaklerverträge nach §§ 312b bis 312e; 355 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung widerrufen werden können.³²

Eine **wirksame Widerrufserklärung** des Beklagten zu 2 lag auch vor, wenngleich es dafür nicht ausreicht, dass die **prozessuale Erklärung nach § 276 Abs. 2 Satz 1 ZPO** abgegeben wird, denn die Mitteilung, sich gegen die Klage verteidigen zu wollen, verhindert lediglich den Erlass eines Versäumnisurteils. Allerdings hatte der Beklagte auch eine materielle Erklärung abgegeben, indem er den **Maklervertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten hatte**. Hieraus ergibt sich nach **§§ 133; 157 BGB**, dass der Beklagte – was für einen Widerruf ausreichend ist – **am Vertrag nicht mehr festhalten wollte**.

b) Nachbarrecht

Rechtsfragen aus dem Nachbarrecht werden dagegen vom V. Zivilsenat beantwortet, der im Berichtszeitraum folgende relevante Entscheidungen gefällt hat.

aa)

Für das Saarland hat der V. Zivilsenat entschieden, dass sich **das Schlichtungserfordernis nach § 37a Abs. 1 Nr. 1 lit. b des saarländischen Gesetzes zur Ausführung bundesrechtlicher Justizgesetze (AGJusG SL)** nicht auch **auf Zahlungsansprüche bezieht, die ihre Grundlage in § 910 BGB haben**.³³

Diese Einschränkung ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut der Norm, aber aus deren Entstehungsgeschichte, die wie in Hessen und Nordrhein-Westfalen verlaufen ist. Für diese Länder hat der Senat aber bereits geklärt, dass auf dem Nachbarrecht beruhende Zahlungsansprüche keiner obligatorischen Schlichtung unterliegen. Für einen abweichenden Willen des saarländischen Gesetzgebers sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

³² Urteile vom 07. Juli 2016 – [I ZR 30/15](#) – MDR 2017, 200 ff. = NJW 2017, 1024 ff. = NZM 2017, 127 ff. sowie – [I ZR 68/15](#) – DWW 2017, 60 ff. = NJW-RR 2017, 368 ff., wir haben berichtet; an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³³ Urteil vom 27. Januar 2017 – [V ZR 120/16](#) – NJW-RR 2017, 443 ff. = NZM 2017, 267 f.

bb)

Die **Auslegung landesrechtlicher Nachbarbestimmungen** behandeln folgende Revisionsurteile:

(1)

In einem Verfahren hatte der **Kläger, dessen Grundstück höher liegt, seinen Nachbarn auf Rückschnitt einer Thujenhecke in Anspruch** genommen. Der Senat hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen.³⁴

Der auf Rückschnitt gerichtete Anspruch stellt sich als zulässiges Weniger gegenüber einer Beseitigung dar und findet seine Grundlage in **Art. 47 Abs. 1 BayAGBGB, nach dem Hecken und Sträucher eine Höhe von 2 Metern nicht überschreiten** dürfen. Mit einer Wuchshöhe von 6 Metern überschritt die verfahrensgegenständliche Hecke diesen Maximalwert deutlich. Zu Recht hatte das Landgericht den Anspruch auch nicht für verjährt angesehen, da die **Verjährungsfrist von 5 Jahren erst mit dem Schluss des Jahres in Lauf gesetzt wird, in dem der Grundstückseigentümer die Beeinträchtigung zweifelsfrei erkennen kann** (Art. 52 Abs. 1 Bay AGBGB). Nachdem in den Jahren 2009/2010 ein Rückschnitt auf 2,90 Meter durchgeführt worden war, konnte der Anspruch daher frühestens im Jahr 2009 entstanden sein, denn nach **Sinn und Zweck des Art. 47 Abs. 1 BayAGBGB ist bei einem Hanggrundstück die Gesamthöhe einer Hecke vom Niveau des höherliegenden Nachbargrundstücks** zu berechnen. Damit ist der Anspruch erst entstanden, nachdem die Hecke eine Gesamthöhe von 3 Metern erreicht hatte, weshalb der im Jahre 2014 eingereichte Güteantrag die Verjährung rechtzeitig gehemmt hat.

(2)

Um § 16a des Berliner Nachbarschaftsgesetzes (nachfolgend NachbG Bln) rankt sich ein weiterer Rechtsstreit, in dem die **klagende Eigentümergemeinschaft die Duldung eines Überbaus begehrt**. Der Bauträger hatte dabei bereits im Jahre 2005 an der Außenwand Dämmmaterial angebracht, das 7 cm in das Grundstück der Beklagten hineinragt. Die Kläger beabsichtigen nunmehr auf der Dämmschicht Putz

³⁴ Urteil vom 02. Juni 2017 – [V ZR 230/16](#) – Grundeigentum 2017, 949 ff. = MDR 2017, 994 ff.

und Anstrich mit einer Stärke von 0,5 cm anzubringen. Die Revision der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts blieb ohne Erfolg.³⁵

Es bestehen bereits **verfassungsrechtliche Bedenken** hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin und in Bezug darauf, ob der Berliner Landesgesetzgeber die grundrechtlich geschützten Interessen der von einem Überbau betroffenen Nachbarn hinreichend bedacht hatte. Diese Bedenken können jedoch dahin stehen, da § 16a NachbG Bln keine Duldungspflicht statuiert, denn bei dem **Mehrfamilienhaus der Klägerin handelt es sich nicht um ein bestehendes Gebäude** im Sinne dieser Vorschrift.

Unerheblich ist, dass § 16a NachbG Bln erst im Jahre 2009 verabschiedet wurde, denn die Duldungspflicht erstreckt sich nicht auf die **Anbringung von Dämmmaterial mit der erstmals die Anforderungen der Energiesparverordnung (EnEV) erfüllt werden**, die bei der **Errichtung des Gebäudes galt**. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem **Sinn und Zweck der Vorschrift**. Der Landesgesetzgeber wollte lediglich die **Sanierung von Altbauten** erleichtern. Für **Neubauten** bleibt es damit bei dem Grundsatz, dass bei der **Planung der Wärmedämmung keine Grenzüberschreitung einkalkuliert** werden darf. Unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB und des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis kommt ebenfalls kein Duldungsanspruch in Betracht. Damit würden – auch bei geringfügigen Überschreitungen – nachbarrechtliche Vorschriften in ihr Gegenteil verkehrt. Auch auf den geschlossenen „Nachbarschaftsvertrag“ kann sich die Klägerin nicht berufen. Darin wurde lediglich auf einen Widerspruch gegen die Baugenehmigung verzichtet; eine zivilrechtliche Wirkung kann dem nicht beigemessen werden.

c) Grundzüge des Immobilienrechts

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

aa)

Um die **Sonderrechtsfähigkeit einer Windkraftanlage** wurde in einem Verfahren

³⁵ Urteil vom 02. Juni 2017 – [V ZR 196/16](#) – Grundeigentum 2017, 886 ff. = MDR 2017, 996 f. = ZNER 2017, 269 ff.

gestritten, in dem der Kläger ein Grundstück erworben hatte, auf dem der Ehemann der Verkäuferin die verfahrensgegenständliche Windkraftanlage errichtet und die dafür erforderliche Grundfläche von seiner Ehefrau gepachtet hatte. Diese Anlage hat der Ehemann später an die Beklagte veräußert, die ihrerseits die notwendige Grundfläche pachtete. Die vom Senat zugelassene Revision des Klägers blieb ohne Erfolg.³⁶

Rechtsfehlerfrei hatte das Berufungsgericht die **Windkraftanlage als Scheinbestandteil** nach § 95 Abs. 1 BGB beurteilt, da es ständiger Rechtsprechung entspricht, dass ein **Mieter oder Pächter**, der ein Grundstück oder ein Anwesen mit einer Sache verbindet, regelmäßig **nicht in der Absicht handelt, die Sache dem Grundeigentümer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zu überlassen**.

Dies gilt nach **vorzugswürdiger Auffassung auch dann, wenn die Verbindung für die gesamte prognostizierte Lebensdauer der Anlage fortbestehen** soll. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt es primär auf die Absicht des Einfügenden an; damit bleibt es letztlich ihm überlassen, ob und wann er die bestehende Verbindung wieder löst. Entscheidend ist jedoch, dass kein **inhaltlicher Zusammenhang zwischen der eigentumsrechtlichen Zuordnung und der Nutzungsdauer besteht**. Es besteht bereits kein sachlicher Grund dafür, kurz- und langlebige Wirtschaftsgüter unterschiedlich zu behandeln. Sinn und Zweck des § 95 BGB erfordert eine solche Verknüpfung ebenfalls nicht, da die Sonderrechtsfähigkeit Vorrang vor dem mit § 94 Abs. 1 BGB geschützten Publizitätsinteresse genießt. Der Einfügende hat auch über die gesamte Lebensdauer der Anlage ein Interesse daran, seine Investition zu überdenken und anderweitig zu disponieren. Gerade bei Windkraftanlagen kann ein Bedürfnis für die Errichtung neuerer und leistungsstärkerer Anlagen bestehen. Letztlich wäre es der Rechtssicherheit abträglich, wenn auf den „Verbrauch“ der Anlage während der Nutzungsdauer abgestellt würde.

bb)

Um die **Fälligkeit des Kaufpreises nach der Ausübung eines Vorkaufrechts** wurde in einem Revisionsverfahren gestritten, in dem im **notariellen Erstvertrag bereits**

³⁶ Urteil vom 07. April 2017 – [V ZR 52/16](#) – MDR 2017, 758 f. = NJW 2017, 2099 ff. = WM 2017, 1081 ff.

die Auflassung des landwirtschaftlichen genutzten Grundstücks erklärt worden ist. Die Beklagte hatte ihr nach dem Reichssiedlungsgesetz bestehendes Vorkaufrechts ausgeübt; der darauf beruhende Bescheid der Genehmigungsbehörde ist am 07. Oktober 2013 bestandskräftig geworden. Die Beklagte hat den Kaufpreis erst entrichtet, nachdem die Parteien im Februar 2014 die Auflassung beurkundet hatten. Die Klägerin ist der Ansicht, der Kaufpreis sei mit Bestandskraft des Genehmigungsbescheides fällig geworden und hat den Ersatz von Verzugszinsen begehrt. Deren Klage hat der Bundesgerichtshof stattgegeben.³⁷

Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, war der Erstvertrag nicht deshalb anzupassen, weil darin die **Auflassung als Fälligkeitsvoraussetzung bestimmt worden war**. Zwar bestimmt es sich grundsätzlich nach der Vertragsstruktur des Erstvertrages, wie der Inhalt des durch die Ausübung eines Vorkaufrechts zustande gekommenen Vertrags anzupassen ist, denn nach § 464 Satz 2 BGB muss der Vorkaufsberechtigte keine ungünstigeren Bedingungen als der Dritte hinnehmen. Dementsprechend führt die **Verbindung des Erstvertrages mit der Auflassung dazu, dass der Kaufpreis regelmäßig erst fällig wird**, wenn (auch) gegenüber dem Vorkaufsberechtigten die Auflassung erklärt wurde. Anderes gilt jedoch dann, wenn die Mitbeurkundung der Auflassung **nicht der Sicherung des Käufers**, sondern lediglich **der Erleichterung der Vertragsabwicklung** dient.

So verhielt es sich im Streitfall, da das Oberlandesgericht den Inhalt des Kaufvertrages nur unzureichend berücksichtigt hatte. Danach sollte der Käufer uneingeschränkt vorleistungspflichtig sein; die Fälligkeit des Kaufpreises war nicht von dessen Eintragung in Grundbuch abhängig. Die Vorinstanz hatte die besondere Stellung der Klägerin, die mit der Privatisierung ehemals landwirtschaftlich genutzter, volkseigener Flächen beauftragt ist, übergangen. Der Senat hat durchentschieden, weil er die Auslegung des Erstvertrages selbst vornehmen konnte. Seine Auslegung ergibt, dass lediglich eine Vereinfachung der Vertragsabwicklung beabsichtigt war.

³⁷ Urteil vom 12. Mai 2017 – [V ZR 210/16](#) – DNotI-Report 2017, 126 f. (Leitsatz, Kurzwiedergabe)

5.

Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht

Zu dieser Thematik, die primär in die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte fällt, sind keine Entscheidungen ergangen, die nicht bereits vorgestellt wurden.

6.

Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts

Verfahrens- und vollstreckungsrechtliche Probleme thematisieren folgende höchstrichterliche Entscheidungen:

a)

In einem **Mietverfahren wurde um die Rechtzeitigkeit der Berufung** gestritten. Nach dem Vorbringen der Beklagten als Berufungskläger habe deren Prozessbevollmächtigte die Berufungsbegründung am Tage des Fristablaufs – den 05. April 2016 – in den **Nachtbriefkasten des Gerichts** – zusammen mit der Berufungsbegründung in einer Parallelsache – eingelegt. Gleichwohl befindet sich auf **beiden Originalschriftsätzen das abgestempelte Eingangsdatum „06. April 2016“**, wobei im vorliegenden Fall der **Nachtbriefkastenstempel** und in der Parallelsache der **Tagesstempel** verwendet wurde. Das Landgericht hatte die Berufung durch Urteil als unzulässig verworfen, nachdem es u.a. eine dienstliche Erklärung der zuständigen Poststellenmitarbeiterin eingeholt sowie die Prozessbevollmächtigte der Beklagten als Zeugin vernommen hatte. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg, da sich das Berufungsgericht **nicht mit den angestellten rudimentären Ermittlungen** hätte begnügen dürfen.³⁸

Frei von Rechtsfehlern hatte das Berufungsgericht allerdings noch angenommen, der auf die Berufungsbegründung aufgebrachte **Eingangsstempel** „Nachtbriefkasten Sächsischer Verfassungsgerichtshof Landgericht Leipzig Eing. 06. April 2016“ erbringe als **öffentliche Urkunde gemäß § 418 Abs. 1 ZPO** Beweis dafür, dass der Schriftsatz erst an dem angegebenen Tag beim Berufungsgericht eingegangen ist.

³⁸ Urteil vom 31. Mai 2017 – [VIII ZR 224/16](#) – MDR 2017, 1019 ff. = NJW 2017, 2285 ff.

Nicht verkannt hatte die Vorinstanz auch, dass hiergegen nach **§ 418 Abs. 2 ZPO** **der im Wege des Freibeweises zu führende Gegenbeweis zulässig** ist und dass dieser Gegenbeweis die volle Überzeugung des Gerichts von dem rechtzeitigen Eingang des Schriftsatzes begründen muss.

Rechtsfehlerhaft hatte das Berufungsgericht jedoch die Anforderungen an den **zu führenden Gegenbeweis überspannt und den Sachverhalt nur unzureichend aufgeklärt**. Dies konnte der Senat, der die Rechtzeitigkeit der Berufung von Amts wegen zu prüfen hat, unabhängig von der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts und dessen Feststellungen beurteilen.

Zwar reicht die bloße **Möglichkeit, dass der Nachtbriefkasten aus technischem Gründen nicht ordnungsgemäß funktionierte, zur Führung des Beweises nicht** aus. Wegen der Beweisnot der betroffenen Partei, die als Außenstehender keinen Einblick in die Funktionsweise des gerichtlichen Nachtbriefkastens sowie in das nachfolgende Verfahren bei dessen Leerung haben kann, hat **zunächst das Gericht die zur Aufklärung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen**. Dem war das Berufungsgericht nur unzureichend nachgekommen, da die Stellungnahme der zuständigen Mitarbeiterin der Poststelle inhaltlich karg und ohne Angaben zur allgemeinen Organisation der weiteren Abläufe unergiebig war. Ebenso wenig wurden keine Angaben dazu getätigt, welche Vorkehrungen getroffen wurden, um eine Vermischung der Nachtpost mit anderweitigen Eingängen zu verhindern. Weiter hätte das Berufungsgericht aufklären müssen, ob die zuständige Mitarbeiterin an die Geschehnisse noch eine konkrete Erinnerung hat, zumal deren dienstlicher Stellungnahme eine detaillierte Schilderung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten gegenüberstand.

Gleichzeitig fehlt es damit an einer Grundlage, aufgrund der das Landgericht die Bekundungen der als **Zeugin vernommenen Prozessbevollmächtigten als nicht nachvollziehbar bewerten** durfte. Denn mangels weiterer Erkenntnisse ist auch eine doppelte Fehlstempelung nicht ausgeschlossen. Zudem hätte das Berufungsgericht auch den Ehemann der Prozessbevollmächtigten als Zeugen vernehmen müssen, da sich die Prozessbevollmächtigte von ihrem Ehemann – nach dem Vorbringen der Beklagten – damit verabschiedet hatte, „noch schnell beim Landgericht“ Post

einzuwerfen. Dieses **Beweisangebot hätte das Berufungsgericht nicht für unerheblich halten dürfen**, da es für die Glaubhaftigkeit der Bekundungen der Prozessbevollmächtigten von entscheidender Bedeutung sein kann. Unberücksichtigt gelassen hat das Berufungsgericht außerdem, dass sich die Prozessbevollmächtigte besonders detailliert eingelassen hatte und auch Angaben zum Einwurf der Berufungsbegründung hinsichtlich des Parallelverfahrens gemacht hatte, obwohl ihr bereits bekannt war, dass auf diesem Schriftsatz ebenfalls nicht das Eingangsdatum 05. April angebracht worden war. Wäre die Prozessbevollmächtigte bestrebt gewesen, eine unwahre, aber schlüssige Erklärung zu liefern, wäre sie naheliegender Weise nicht auf einen Schriftsatz eingegangen, der das vorliegende Verfahren nicht betrifft.

Der Senat hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen und folgenden Hinweis erteilt: Sollte das Berufungsgericht erneut nicht die volle richterliche Überzeugung gewinnen können, dass die Berufungsbegründung fristgemäß eingegangen ist, wird zu beachten sein, ob **nicht wenigstens eine überwiegende Wahrscheinlichkeit** dafür spricht, dass die Prozessbevollmächtigte der Beklagten **ein fehlendes Verschulden an der Fristversäumnis glaubhaft** gemacht hat. In diesem Falle wäre den Beklagten von Amts wegen gemäß § 236 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

b)

Zwei weitere vom VIII. Zivilsenat entschiedene Rechtsbeschwerdeverfahren betreffen ebenfalls die Verwerfung von Berufungen aufgrund von Fristüberschreitungen.

aa)

Im ersten Streitfall hatten die erstinstanzlich unterlegenen Beklagten **fristgerecht Berufung eingelegt und am letzten Tag der Frist um Bewilligung von Prozesskostenhilfe** nachgesucht. Hierzu hatten sie einen Schriftsatz vorgelegt, der **inhaltlich und auch vom Aufbau her einer Berufungsbegründung entsprach** sowie angekündigt, eine Abänderung des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils hinsichtlich der Kautionsforderung in Höhe von 1.100,00 € zu begehren. Das Landgericht hatte den Beklagten zwar Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren bewilligt, aber deren Rechtsmittel dann als unzulässig verworfen, weil die Berufung nicht un-

bedingt begründet worden war. Dieser Ansicht ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.³⁹

Die Rechtsbeschwerde war statthaft, da das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m.d. Rechtsstaatsprinzip) verletzt hatte, in dem es den **Zugang zur Berufungsinstanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise erschwert** hatte. Die Rechtsbeschwerde war auch begründet, da das Berufungsgericht verkannt hatte, dass der fristgemäß eingegangene Schriftsatz nicht nur **die Begründung für das Prozesskostenhilfegesuch enthielt**, sondern – bei der gebotenen Auslegung – **zugleich eine wirksame Berufungsbegründung** darstellte.

Zwar ist eine **bedingte Berufungsbegründung unzulässig**, weshalb der Rechtsmittelführer bei grundsätzlich zulässiger Verbindung seines Rechtsmittels mit einem Antrag auf Prozesskostenhilfe alles vermeiden muss, was den Eindruck erwecken könnte, es solle eine „künftige“ Prozesshandlung lediglich angekündigt oder von der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abhängig gemacht werden. Allerdings hatte das Berufungsgericht den Schriftsatz – was das Revisionsgericht uneingeschränkt überprüfen kann – fehlerhaft ausgelegt. Danach ist nicht allein auf den Wortlaut abzustellen, sondern es ist in Zweifel dasjenige gewollt, was nach **Maßgabe der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohl verstandenen Interessenlage entspricht**. Deshalb ist nach ständiger Rechtsprechung die Einreichung eines Prozesskostenhilfeantrags, der mit einem Schriftsatz, der die gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsschrift oder an eine Berufungsbegründung erfüllt, verbunden wird, regelmäßig als unbedingt eingelegtes bzw. begründetes Rechtsmittel zu behandeln. Anders wäre dies nur dann, wenn sich entweder aus dem Schriftsatz selbst oder aus den Begleitumständen mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Deutlichkeit ergibt, dass das Rechtsmittel nur bedingt gewollt sei. Daran fehlte es im Streitfall, da mit der Formulierung „nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe werde ich beantragen“ nur der legitime Willen zum Ausdruck kommt, über das Prozesskostenhilfegesuch vorab zu entscheiden. Die Beklagten hatten ihre Berufung unbedingt eingelegt und damit das Kostenrisiko bereits auf sich genommen. Unerheblich ist, dass der Prozessbe-

³⁹ Beschluss vom 30. Mai 2017 – [VIII ZB 15/17](#) – MDR 2017, 1074 ff.

vollmächtigte nach dem Hinweis des Berufungsgerichts nicht mitgeteilt hatte, es sei eine unbedingte Berufung gewollt, sondern stattdessen einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt hatte. Im Rahmen der Auslegung ist dieser Umstand unerheblich, da es lediglich auf die Gesichtspunkte ankommt, die bis zum Ablauf der Begründungsfrist erkennbar sind.

bb)

In einem weiteren Verfahren hatte der Prozessbevollmächtigte der erstinstanzlich unterlegenen Beklagten um **eine einwöchige Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist nachgesucht** und die Fristverlängerung damit begründet, dass die bereits erstellte und besprochene Berufungsbegründung noch einige Änderungen bzw. Ergänzungen bedürfe, die innerhalb offener Frist nicht eingearbeitet werden könnten. Die Vorsitzende der Berufungskammer hat mitgeteilt, dem Fristverlängerungsantrag nicht entsprechen zu können und einen Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen. Auch in diesem Fall war die Rechtsbeschwerde erfolgreich.⁴⁰

Die Rechtsbeschwerde war zulässig, weil die angefochtene Entscheidung die Beklagte in ihrem Verfahrensgrundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m.d. Rechtsstaatsprinzip) verletzt. Danach darf **einer Partei nämlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Prozessbevollmächtigten versagt werden, die die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht verlangt**. Demgemäß war die Rechtsbeschwerde auch begründet, da das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungen eines erheblichen Grundes gemäß § 520 Abs. 2 Satz 3 ZPO überspannt hatte.

Nach gefestigter Rechtsprechung ist einem ersten Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist im Allgemeinen stattzugeben, sofern dieser auf erhebliche Gründe gestützt wird. Hierfür reicht der **bloße Hinweis auf eine Arbeitsüberlastung des Prozessbevollmächtigten** aus, ohne dass es diesbezüglich einer weiteren Substantiierung bedarf. Dem entsprach der Fristverlängerungsantrag, wenngleich sich der Prozessbevollmächtigte nicht ausdrücklich auf Arbeitsüberlastung berufen

⁴⁰ Beschluss vom 09. Mai 2017 – [VIII ZB 69/16](#) – AnwBl. 2017, 784 f. = MDR 2017, 895 f. = NJW 2017, 2041 ff.

hatte. Dessen Fristverlängerungsantrag um eine Woche zur Einarbeitung erbetener Änderungen lag bei lebensnaher Betrachtung aber die **konkludente Darlegung einer Arbeitsüberlastung** zugrunde, denn die Fristverlängerung wurde benötigt, um die Berufungsbegründung fristgerecht mit der erforderlichen Sorgfalt fertig zu stellen.

Demgemäß reicht es dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten auch nicht zum Verschulden, dass er innerhalb offener Begründungsfrist nicht beim Berufungsgericht nachgefragt hatte, da er **darauf vertrauen durfte, dass einem erstmaligen Verlängerungsantrag stattgegeben** wird.

c)

Fragen der Rechtsmittelbeschwer stehen im Zentrum folgender Entscheidungen:

aa)

In einer **Mietsache** waren die Beklagten erstinstanzlich zum Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 650,34 € verurteilt worden. In der Berufungsinstanz haben die Beklagten nur mehr beantragt, diese **Verurteilung nur mehr Zug um Zug gegen Erstellung einer ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung aufrecht** zu erhalten. Das Landgericht hatte die Berufung als unzulässig verworfen, da der Beschwerdewert 600,00 € nicht übersteige. Der Senat hat mitgeteilt, dass er die zugelassene Revision gemäß § 552a ZPO zurückweisen werde, worauf das Rechtsmittel zurückgenommen wurde.⁴¹

Eine klärungsfähige Rechtsfrage wirft der Streitfall nicht auf, da in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist, dass eine **ursprünglich zulässige Berufung unzulässig wird, wenn der Berufungskläger seinen Berufungsantrag willkürlich reduziert** und die Beschwer die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nachträglich unterschreitet. Willkürlich handelt ein Berufungsführer dabei schon dann, wenn er aufgrund eigener Entschließung und nicht in Reaktion auf eine Veranlassung des Gegners die Berufungssumme verfehlt. Da allerdings der Berufungsantrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erweitert werden kann, darf die Berufung erst ab diesem Zeitpunkt verworfen werden.

⁴¹ Beschluss vom 10. Januar 2017 – [VIII ZR 98/16](#) – MDR 2017, 725 f. = NZM 2017, 359 ff. = WuM 2017, 220 ff.

Es ist auch von Rechts wegen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die Beschwerde mit weniger als 600,00 € ermittelt hatte, da es allein auf das **zweitinstanzlich noch streitige Zurückbehaltungsrecht** ankommt. Zwar stellt es sich nach §§ 2; 3 ZPO als ermessensfehlerhaft dar, dass die Vorinstanz die Beschwerde anhand des Aufwands des Vermieters ermittelt hatte. Allerdings kann auch nicht auf die geleisteten Vorauszahlungen in Höhe von 768,00 € abgehoben werden, da das **Interesse der Beklagten an einem etwaigen Guthaben entscheidend** ist. Dieser Betrag kann entweder anhand von Erfahrungswerten geschätzt oder mittels eines Bruchteils der geleisteten Vorauszahlungen veranschlagt werden. Unschädlich ist, dass dazu Feststellungen fehlen, denn selbst dann, wenn die Vorauszahlungen in voller Höhe angesetzt würden, wäre aufgrund der vorbereitenden Natur des Zurückbehaltungsrechts nur ein Bruchteil zu berücksichtigen, weshalb die Wertgrenze des § 511 Abs. 2 Nr.1 ZPO in jedem Fall verfehlt wurde.

bb)

Auf dieser Linie liegt auch ein Beschluss in einer **Grundstückssache**, in der die Beklagten zur Räumung eines Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung einer Entschädigung von 15.000,00 € verurteilt worden waren. Deren Nichtzulassungsbeschwerde hat der V. Zivilsenat als unzulässig verworfen.⁴²

Die Behauptung, das Gegenrecht sei tatsächlich mit 36.564,94 € zu beziffern und in diesem weitergehenden Umfang solle die Nichtzulassungsbeschwerde auch durchgeführt werden, ist im Blick auf § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO deshalb unbehelflich, weil dieser **Wert durch den des gegnerischen Anspruchs begrenzt wird**. Der Wert des Grundstücks war aber unangefochten mit 15.000,00 € festgesetzt worden.

cc)

Auch die Höhe des **Streitwerts** war in einem Streitfall zu klären, in dem die Klägerin

⁴² Beschluss vom 08. März 2017 – [V ZR 243/16](#) – Grundeigentum 2017, 830; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

die **Zustimmung zur Löschung einer Grundschuld** begehrte. Deren Nichtzulassungsbeschwerde war erfolglos.⁴³

Die Klägerin wurde durch die angefochtene Entscheidung bereits nicht in Höhe von mehr als 20.000,00 € gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO beschwert, da unabhängig davon, ob man auf § 3 ZPO oder § 6 ZPO abstellt, sich die **Beschwer nach dem Nennbetrag des eingetragenen Rechts** richtet. Dieser Nennbetrag hat in Streitfall genau 20.000,00 € betragen.

Der **Nennbetrag ist dann auch für die Streitwertfestsetzung** maßgeblich, da es entgegen verbreiteter Auffassung unerheblich ist, wenn die Grundschuld nicht mehr valutiert. Entscheidend ist nämlich, dass sich im Fall eines Verkaufs oder einer Beleihung des Grundstücks die eingetragene Belastung in voller Höhe zum Nachteil des Eigentümers auswirkt.

dd)

Von der Ermittlung der **Beschwer in Wohnungseigentumssachen** handeln folgende Beschlüsse.

(1)

In einem Verfahren wurde die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen, da die erforderliche Beschwer von mehr als 20.000,00 € gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO von den Rechtsmittelführern nicht dargetan wurde.⁴⁴

Die Beschwer eines Wohnungs- und Teileigentümers, der zur **Unterlassung der Wohnungsnutzung verurteilt** wurde, kann **nicht nach §§ 8; 9 ZPO anhand des dreieinhalbfachen Betrages der Jahresnettomiete** ermittelt werden, da diese Berechnung unbefristeten Miet- und Pachtverhältnissen vorbehalten ist. Da den Beklagten die Nutzung zu Gewerbezwecken nicht untersagt wurde, kann die Beschwer al-

⁴³ Beschluss vom 16. Februar 2017 – [V ZR 165/16](#) – Jur. Büro 2017, 252 f. = MDR 2017, 608 f. = NJW-RR 2017, 847.

⁴⁴ Beschluss vom 19. Januar 2017 – [V ZR 100/16](#) – Grundeigentum 2017, 359 = WuM 2017, 174 f.

lenfalls in einer **Mietzinsdifferenz** bestehen, die die Beklagten nicht aufgezeigt haben.

Deren Widerklage, mit der eine Änderung der Teilungserklärung angestrebt wurde, ist wirtschaftlich mit dem Gegenstand der Klage identisch und kann daher nicht adiiert werden. Die **rechtlich dauerhafte Absicherung der Nutzung zu Wohnzwecken** verfügt zwar über einen darüber hinausgehenden Wert; diesen haben die Beschwerdeführer aber ebenfalls nicht dargetan.

(2)

Da es auf das **wirtschaftliche Interesse des Rechtsmittelführers an der Abänderung der angefochtenen Entscheidung** ankommt, entspricht die **Streitwertfestsetzung nach § 49a GKG in Wohnungseigentumssachen regelmäßig nicht dessen Beschwer**. Im Falle einer Klage auf vorzeitige Abberufung des Verwalters bemisst sich die Beschwer des Klägers daher anhand des auf ihn **entfallenden Anteils an der noch offenen Verwaltervergütung**.⁴⁵

(3)

Zulässig aber unbegründet war eine Nichtzulassungsbeschwerde allerdings in einem Fall, in dem die Beklagten einen für **ungültig erklärten Beschluss über die Jahresabrechnung drittinstanzlich verteidigen** wollten.⁴⁶ In dieser Hinsicht ist nämlich die Beschwer anhand des **Nennbetrages der Jahresabrechnung** ohne den auf die Anfechtungskläger entfallenden Anteil zu berechnen. Der **Gebührenstreitwert** ist dann nach § 49a GKG **mit 50% des Nennbetrages der Jahresabrechnung** festzusetzen, wenn sich – wie hier – die Anfechtungskläger **insgesamt gegen die Jahresabrechnung** wenden.

(4)

Will der Anfechtungskläger im **Wege der Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage** die **Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Verwalter** erreichen, bemisst sich dessen Beschwer **dagegen an seinem Anteil an**

⁴⁵ Beschluss vom 19. Januar 2017 – [V ZR 167/16](#) – Grundeigentum 2017, 359 f.

⁴⁶ Beschluss vom 09. Februar 2017 – [V ZR 188/16](#) – MDR 2017, 877 f. = NJW-RR 2017, 913 ff. = NZM 2017, 530 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

der Schadensersatzforderung. Ebenso beschränkt sich dessen Interesse daran, eine Kostenmehrbelastung zu erreichen, am Anteil des Wohnungseigentümers an den Mehrkosten. Diese Anteile hatte die Klägerin nicht mitgeteilt, so dass deren Rechtsmittel zu verwerfen war.⁴⁷

(5)

Erstrebt der Beschwerdeführer mit seiner Klage die **Beseitigung einer baulichen Veränderung des Gemeinschaftseigentums**, bemisst sich dessen Beschwer anhand des **Minderwerts seines Wohnungseigentums**; geht es um optische Veränderungen, muss der Kläger Tatsachen darlegen, die jedenfalls eine Schätzung erlauben. Auch in diesem Verfahren ist die Nichtzulassungsbeschwerde mangels weiterer Darlegungen verworfen worden.⁴⁸

d)

Die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage behandelt ein Revisionsverfahren, in dem der Kläger seine Anfechtungsklage „**gegen die Beschlüsse der Eigentümersammlung vom 25. November 2014**“ richtete und in der Klageschrift ankündigte, dass mit der Klagebegründung mitgeteilt werde, „**auf welche Beschlüsse sich die Klage beschränkt**“. In der nach Ablauf der Anfechtungsfrist eingegangenen Klagebegründung sind dann die zu TOP 1 bis TOP 4 ergangenen Beschlüsse als Anfechtungsgegenstand bezeichnet worden. Das Landgericht hatte angenommen, dass die **Anfechtungsfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG wegen fehlender Bestimmtheit des Klageantrags** nicht gewahrt wurde. Dem ist der V. Zivilsenat gefolgt, da dieses Auslegungsergebnis nicht zu beanstanden ist.⁴⁹

Zwar gilt gemeinhin der **Auslegungsgrundsatz**, dass eine Partei dasjenige gewollt hat, was **nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage** entspricht. Dies steht üblicherweise einer Auslegung entgegen, die zur **Unwirksamkeit einer Prozesshandlung und zur Versäumung**

⁴⁷ Beschluss vom 09. Februar 2017 – [V ZR 88/16](#) – MDR 2017, 637 = NJW-RR 2017, 913 = NZM 2017, 529 f.

⁴⁸ Beschluss vom 06. April 2017 – [V ZR 254/16](#) – MDR 2017, 875 = NJW-RR 2017, 912 f. = NZM 2017, 528 f.

⁴⁹ Beschluss vom 16. Februar 2017 – [V ZR 204/16](#) – NZM 2017, 370 f. = ZMR 2017, 494 f. = WuM 2017, 303.

der Anfechtungsfrist führt. Im Falle einer Klage, die **nur als Vorratsanfechtung zulässig wäre**, kann allerdings auch ein abweichendes Auslegungsergebnis in Betracht kommen, da diese Klage deutlich höhere Kosten verursacht, als wenn nur einzelne Beschlüsse angefochten werden. Damit ist auch vorstellbar, der **Anfechtungskläger wolle im Kosteninteresse die Versäumung der Anfechtungsfrist in Kauf nehmen**, zumal er auch eine Nichtigkeitsklage erheben kann. Demgemäß war die Klage hier nicht hinreichend bestimmt.

In dieser Hinsicht kommt es auch nicht darauf an, dass der Kläger die Anfechtungsklage dann nachträglich auf Beschlüsse beschränkt hat, die tatsächlich zu einem hohen Streitwert geführt haben, denn der Gegenstand der Anfechtungsklage muss bereits zum Zeitpunkt des Ablaufs der Anfechtungsfrist feststehen.

e)

Ein Rechtsbeschwerdeverfahren behandelt einen **beschränkten Räumungsauftrag nach § 885a ZPO, den der Gläubiger aufgrund eines Zuschlagsbeschlusses nach § 93 ZVG** beantragt hatte. Das Rechtsmittel der Schuldner war erfolglos.⁵⁰

Die gegen die Zurückweisung der Erinnerung gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldner war bereits unzulässig, da die Räumung bereits vollzogen worden war und mit der **Beendigung der Zwangsvollstreckung das Rechtsschutzbedürfnis** entfällt.

Ungeachtet dessen, hatte das Beschwerdegericht mit Recht die Statthaftigkeit der Vollstreckung bejaht. Mit der am 01. Mai 2013 in Kraft getretenen Bestimmung des § 885a ZPO hat der Gesetzgeber das **bereits zuvor in der Rechtsprechung anerkannte „Berliner Modell“ geregelt**. Diese Vollstreckung findet auch dann statt, wenn der Gläubiger aufgrund eines Zuschlagsbeschlusses vollstreckt, da mit der **Einführung des § 885a ZPO nicht mehr daran festgehalten werden kann, dass dem Gläubiger auch ein Vermieterpfandrecht zustehen muss**. Der Gesetzgeber hat mit § 885a ZPO eine allgemein gültige Bestimmung für alle Fälle der Zwangsvollstreckung wegen der Herausgabe unbeweglicher Sachen geschaffen. Der Wortlaut

⁵⁰ Beschluss vom 02. März 2017 – [I ZB 66/16](#) – MDR 2017, 788 f. = NZM 2017, 473 ff. = WM 2017, 1109 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

der Bestimmung bietet somit keine Handhabe den Anwendungsbereich einschränkend auszulegen. Das Interesse des Gläubigers an einer Kostenreduzierung besteht ebenso wie im Falle einer Vollstreckung durch den Vermieter. Verfassungsrechtliche Gründe sprechen ebenfalls nicht für eine eingeschränkte Sichtweise, da der Schuldner nach § 766 ZPO Vollstreckungsschutz beantragen kann. Der Schuldner kann vor der Vollstreckung zudem die in seinem Eigentum stehenden Gegenstände aus dem Objekt entfernen. Sofern der Gläubiger seiner Verwahrpflicht nach § 885a Abs. 3 ZPO nicht nachkommt, kann der Schuldner Schadensersatz verlangen. In diesem Zusammenhang drohen auch keine Beweismachteile, weil der Gerichtsvollzieher die frei beweglichen Sachen zu protokollieren hat.

f)

Mehrere Beschlüsse nach § 544 Abs. 7 ZPO beruhten (naturgemäß) auf Gehörsverletzungen (Art. 103 Abs. 1 GG):

aa)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war das Rechtsmittel der vorinstanzlich zur Rückabwicklung eines Immobilienkaufvertrags verurteilten Beklagten insoweit erfolgreich, als das Berufungsgericht **die Feststellung des Annahmeverzugs** getroffen hatte.⁵¹

In der mündlichen Verhandlung hatte das Berufungsgericht noch den Hinweis erteilt, dass die Voraussetzungen des § 294 BGB nicht vorlägen, weil die Klägerin kein Angebot auf lastenfreie Rückübereignung unterbreitet habe. Konträr dazu war das Oberlandesgericht in der angefochtenen Entscheidung dann davon ausgegangen, dass ein etwaiges Unvermögen der Klägerin, das Grundstück lastenfrei zu stellen, erst in der Zwangsvollstreckung relevant werde. Mit dieser Vorgehensweise wurde das Verfahrensgrundrecht der Beklagten aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, weil sich das Vordergericht **einer geänderten Rechtsauffassung nur bedienen durfte, wenn es zuvor einen entsprechenden rechtlichen Hinweis erteilt** hatte. Für diese Hinweispflicht ist es auch ohne Bedeutung, ob lediglich **eine Nebenforderung** betroffen ist.

⁵¹ Beschluss vom 11. Mai 2017 – [V ZR 235/16](#) – ZfIR 2017, 552 (red. Leitsatz); an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

bb)

In einem weiteren Immobilienverfahren war die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten deshalb erfolgreich, weil das Berufungsgericht deren **Antrag auf mündliche Anhörung der gerichtlichen Sachverständigen** übergangen hatte.⁵²

Das Recht einer Partei, **nach §§ 397; 402 ZPO einen gerichtlichen Sachverständigen mündlich anzuhören**, ist Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör; damit wurde Art. 103 Abs. 1 GG missachtet, da das Vordergericht ein erhebliches Beweisangebot nicht berücksichtigt hatte. Daran ändert es nichts, dass das Berufungsgericht das schriftliche Sachverständigengutachten bereits für überzeugend ansah.

Der Verfahrensverstoß ist auch entscheidungserheblich, da das Berufungsgericht aufgrund des Sachverständigengutachtens eine **arglistige Täuschung der Käufer über die Undichtigkeit des Verandadaches** festgestellt hatte. Nach der Senatsrechtsprechung handelt ein Verkäufer jedoch nicht bereits dann arglistig, wenn er ein Fachunternehmen mit der Beseitigung eines Baumangels beauftragt hat, sondern erst, wenn er **konkrete Anhaltspunkte für die Erfolglosigkeit der Bemühungen** hat. Auf diesen zentralen Punkt zielten die Fragen der Beklagten an die Sachverständigen jedoch ab.

Karlsruhe, den 09. Oktober 2017



Dr. Siegfried Mennemeyer

⁵² Beschluss vom 16. März 2017 – [V ZR 170/16](#) – DWW 2017, 230 f.