

## **Die Rechtsprechung des BGH zum Miet- und WEG-Recht** **im** **2. Halbjahr 2022**

von  
Dr. Siegfried Mennemeyer, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof,  
und  
Udo Reichenbacher, Rechtsanwalt

Im Anschluss an unseren letzten Bericht für das erste Halbjahr 2022 setzen wir unsere Berichterstattung<sup>1</sup> über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Bereichen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Maklerrechts, des Nachbarschaftsrechts und des Immobilienrechts unter Einschluss der spezifischen Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts fort. Im Rahmen der Geschäftsverteilung<sup>2</sup> sind diese Rechtsgebiete verschiedenen Zivilsenaten des BGH zugeordnet. Die folgende

### **Gliederung**

orientiert sich dabei an den im § 14c FAO aufgeführten Schwerpunktbereichen, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ erforderlich sind.

---

<sup>1</sup> Abrufbar auf unserer Webseite "Aktuelles" unter dem Menüpunkt "[Newsletter](#)".

<sup>2</sup> Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2022 ist [hier](#) im Internet einsehbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können hier auf dessen Internetseite kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

1. Wohnraummiete
  - 1.1. Mietvertragliche Abreden und Rechte im laufenden Mietverhältnis
  - 1.2. Mieterhöhungen
  - 1.3. Mietpreisbremse
  - 1.4. Kündigungen
  - 1.5. Nebenkosten
  - 1.6. Ansprüche nach Beendigung des Mietverhältnisses
  - 1.7. Prozessuales
2. Gewerbliches und sonstiges Mietrecht, Pachtrecht, Leasingrecht
  - 2.1. Gewerbliches Mietrecht
  - 2.2. Sonstiges Mietrecht
  - 2.3. Pachtrecht
  - 2.4. Leasingrecht
3. Wohnungseigentumsrecht
4. Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts
  - 4.1. Maklerrecht
  - 4.2. Nachbarrecht
  - 4.3. Grundzüge des Immobilienrechts
5. Miet- und Wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht
6. Miet- und Wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts

Wir berichten über im Berichtszeitraum ergangene und veröffentlichte Entscheidungen.

## 1. Wohnraummiete

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

### 1.1. Mietvertragliche Abreden und Rechte im laufenden Mietverhältnis

Hierzu sind zwei Entscheidungen ergangen.

#### a)

Die **Nutzung einer Waschküche in einem Mehrfamilienhaus** in Berlin war Streitpunkt in einer Revisionssache.<sup>3</sup>

Der Kläger hatte eine im Erdgeschoss liegende Wohnung der Beklagten angemietet, die durch den Garten erreichbar war. Die anderen Wohnungen und eine für alle Mieter zugängliche Waschküche mit einer Waschmaschine und einem Trockner, waren nur über das Haupthaus zugänglich, zu dem der Kläger bei Einzug gemäß Mietvertrag einen Schlüssel erhalten hatte. Bei Mietbeginn erfolgte der Hinweis, das Waschen und Trocknen von Wäsche sei in den Wohnungen nicht erwünscht; nach der Anlage zum Mietvertrag war Waschen und Trocknen von Wäsche in der Wohnung aber nur nicht gestattet, soweit es zu Schäden an der Mietsache führen kann. Im Juli 2020 kündigte die Beklagte schriftlich an, den Mietern werde die Waschküche künftig nicht mehr zur Verfügung stehen, da sich außer dem Kläger seit

---

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 04. Oktober 2022 – [VIII ZR 394/21](#) – juris, Rn. 1 ff. = NJW-RR 2023, 81 ff. = Grundeigentum 2023, 85 ff.

Monaten niemand mehr in das Waschbuch eingetragen habe. Nachfolgend hatte der Kläger keinen Zugang zur Waschküche mehr. Der Kläger verlangte einen Schlüssel für das ausgetauschte Türschloss, was die Beklagte ablehnte, ihm aber anbot, in der Wohnung des Klägers Anschlussmöglichkeiten für den Betrieb einer Waschmaschine einzurichten. Der Kläger begehrte, ihm wieder einen Zugang zu der Waschküche als mitvermietete Gemeinschaftsfläche zu verschaffen und dort eine Waschmaschine und einen Wäschetrockner zur Verfügung zu stellen. Außerdem wollte er einen Haustürschlüssel, um jederzeitigen Zugang zu dem dortigen, seine Wohnung betreffenden Stromzähler zur regelmäßigen Stromverbrauchskontrolle zu haben. Der Kläger hatte in keiner Instanz Erfolg.<sup>4</sup>

Weder lag ein Revisionszulassungsgrund (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO) vor noch war die Entscheidung des Berufungsgerichts inhaltlich zu beanstanden. **Das Berufungsgericht hatte den Mietvertrag dahingehend ausgelegt, dass die Waschküche nicht an den Kläger mitvermietet war, sondern dem Kläger der Zugang zu ihr und die Nutzung der dort befindlichen Gegenstände lediglich gestattet waren.** Nach der vertraglichen Regelung in der Anlage zum Mietvertrag war es dem Kläger von Anfang an grundsätzlich erlaubt, Wäsche in der Wohnung zu waschen und zu trocknen. Ein Mangel der Mietwohnung lag fern. Die Bezeichnung von Flur, Treppenhaus und Keller als gemeinschaftlich genutzte Flächen und Räume im Mietvertrag änderte nichts. Der Kläger konnte sich auch nicht darauf berufen, ein Anspruch auf Übergabe eines Haustürschlüssels ergebe sich aus dem vertraglichen Recht auf tägliche Ablesung des im Haupthaus befindlichen Stromzählers. Auch dass der Kläger Betriebskosten für die Reinigung und Beleuchtung der Gemeinschaftsfläche zu zahlen hatte, änderte nichts. Das Berufungsgericht hatte zutreffend einen sachlichen Grund für den Widerruf der einseitigen Gestattung der Nutzung der Waschküche darin

---

<sup>4</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

gesehen, dass deren Weiterbetrieb allein für die Nutzung durch den Kläger unwirtschaftlich war.<sup>5</sup>

**b)**

Eine Streitsache betraf den **Ersatz von Aufwendungen für den Austausch einer Gasetagenheizung in einer Mietwohnung.**<sup>6</sup>

Die in einem Mehrfamilienhaus in Berlin gelegene Wohnung hatten die Kläger seit 2008 angemietet. Die Wohnung verfügte über eine Gasetagenheizung mit Warmwasserversorgung. 2015 wurde eine Zentralheizung mit Warmwasserversorgung im Haus eingebaut, woran aber die Wohnung der Kläger nicht angeschlossen wurde. Danach zeigten die Kläger einen nicht mehr zu reparierenden Defekt der Gastherme und den Ausfall der Heizung an. Sie forderten die Beklagte unter Fristsetzung auf, die Beheizbarkeit der Wohnung und die Warmwasserversorgung wieder herzustellen; andernfalls erfolge Ersatzvornahme. Die Beklagte bot den Anschluss der Wohnung an die vorhandene zentrale Wärmeversorgung an, was die Kläger ablehnten. Nach Fristablauf ließen die Kläger die Gastherme austauschen und machten die Kosten gerichtlich als Aufwendungsersatz zuzüglich Zinsen geltend. Während des Prozesses kündigte die Beklagte schriftlich die Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen, darunter den Anschluss der Wohnung an die zentrale Warmwasserversorgungsanlage, an und verlangte im Wege der Widerklage unter anderem von den Klägern die Duldung des Anschlusses der Wohnung an die zentrale Heizungsanlage, den Einbau von neuen Heizkörpern u.a. Die Klage war in den Vorinstanzen erfolgreich, die Widerklage nicht. Hiergegen wandten sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht beschränkt auf den Klageanspruch auf Zahlung von Aufwendungsersatz (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB) zugelassenen Revision.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 19. Juli 2022 – [VIII ZR 194/21](#) – juris = NJW-RR 2023, 84 ff. = NZM 2023, 30 ff. = ZMR 2023, 27 ff. = Grundeigentum 2022, 950 ff.

<sup>7</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

Soweit die Revision zugelassen war, lag mangels Grundsatzbedeutung ein Zulassungsgrund nicht vor (§§ 552a Abs. 1; 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). **Die Frage einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung im Hinblick auf die Beheizungsart einer Mietwohnung ist einer abstrakten und allgemeinen Klärung nicht zugänglich.**<sup>8</sup> In der Sache hat der Bundesgerichtshof den Anspruch der Kläger auf Aufwendungsersatz (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB) bestätigt. **Die Beklagte befand sich zum Zeitpunkt des von den Klägern in Auftrag gegebenen Austauschs der Gastherme mit der Beseitigung des Mangels der Mietsache in Verzug.** Der maßgebliche vertragsgemäße Gebrauch umfasste die Überlassung und Instandhaltung einer funktionsfähigen Gasetagenheizung. **Eine Pflicht zur Ausstattung der Wohnung mit einer funktionsfähigen Gasetagenheizung ergab sich aus den Gesamtumständen des Mietverhältnisses und dem daraus abzuleitenden Standard. Die Mietwohnung war von Anfang an mit einer Gasetagenheizung ausgestattet.** Dies unterliegt im Laufe des Mietverhältnisses selbst dann nicht der einseitigen Bestimmung durch den Vermieter, wenn eine Pflicht des Mieters zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen bestünde. **Die Vornahme von Modernisierungsarbeiten führt nicht zu einer Änderung der nach dem Mietvertrag geschuldeten Sollbeschaffenheit der Mietsache. Vom Mieter zu duldennde Modernisierungsmaßnahmen, die zu einer für den Mieter nachteiligen Veränderung des vertraglich geschuldeten Zustands der Mietsache führen, können vielmehr Mängelrechte des Mieters auslösen.** Außerdem wäre ein etwaiger Duldungsanspruch zum Zeitpunkt des Austausches der Gastherme keinesfalls fällig gewesen, weil die Fristen (§§ 555d Abs. 3 Satz 1; 555e Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht eingehalten waren. **Das Anerbieten eines Anschlusses an die zentrale Warmwasserversorgungs- und Heizungsanlage des Mietobjekts stand dem Verzug der Beklagten nicht ent-**

---

<sup>8</sup> a.a.O., juris, Rn. 25 f.

**gegen.** Die Beklagte hatte den Klägern damit nicht die Wiederherstellung einer funktionsfähigen Gasetagenheizung angeboten.<sup>9</sup>

## 1.2. Mieterhöhungen

Zu Mieterhöhungsverlangen liegen mehrere Entscheidungen vor.

### a)

In weitgehend parallel liegenden Fällen hat sich der Bundesgerichtshof **zu den formellen Anforderungen eine Mieterhöhungserklärung nach der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen (§ 559b BGB)** geäußert. Zugrunde lagen Mietverhältnisse über Wohnungen in Bremen und Berlin.<sup>10</sup>

### aa)

**Danach genügt die Erklärung über eine Modernisierungsmieterhöhung (§ 559 BGB) regelmäßig den formellen Anforderungen (§ 559b BGB), wenn sie – im Hinblick auf die Angabe der entstandenen Kosten – die Gesamtkosten für die durchgeführte Modernisierungsmaßnahme und im Fall der Durchführung mehrerer verschiedener Modernisierungsmaßnahmen die jeweiligen Gesamtkosten für die einzelnen Maßnahmen ausweist.**<sup>11</sup> Dies gilt nicht nur, wenn es sich bei der betreffenden Maßnahme um eine reine Modernisierungsmaßnahme handelt, sondern **auch dann, wenn eine sogenannte modernisierende Instandsetzung**

---

<sup>9</sup> a.a.O., juris, Rn. 27 ff. m.w.N.

<sup>10</sup> BGH, Urteile vom 20. Juli 2022 – [VIII ZR 361/21](#), [VIII ZR 339/21](#) und [VIII ZR 337/21](#) – juris = MDR 2022, 1145 ff. = NJW-RR 2022, 1455 = WuM 2022, 542 ff. = NZM 2022, 795 ff. = ZMR 2022, 951 ff. = Grundeigentum 2022, 893 ff.; vom 28. September 2022 – [VIII ZR 336/21](#), [VIII ZR 338/21](#), [VIII ZR 340/21](#), [VIII ZR 344/21](#) – juris = NJW 2022, 3705 ff. = NZM 2023, 33 ff. = ZMR 2023, 192 f.; Versäumnisurteile vom 09. November 2022 – [VIII ZR 331/21](#), [VIII ZR 335/21](#), [VIII ZR 347/21](#) – juris.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 20. Juli 2022 – [VIII ZR 361/21](#) – juris, Leitsatz 1.

**durchgeführt wurde** und der Vermieter sich deshalb nach § 559 Abs. 2 BGB einen **Instandsetzungsanteil anrechnen** lassen muss.<sup>12</sup> **Eine Aufschlüsselung der für eine bestimmte Modernisierungsmaßnahme entstandenen Gesamtkosten nach den einzelnen angefallenen Gewerken oder anderen Bauleistungsbereichen ist grundsätzlich auch dann nicht erforderlich**, wenn umfangreiche und entsprechend kostenträchtige bauliche Veränderungen oder Maßnahmen außerhalb der betroffenen Wohnung oder an mehreren Gebäuden ausgeführt wurden.<sup>13</sup>

Die beklagte Vermieterin der nicht preisgebundenen Wohnung hatte nach schriftlich angekündigter Modernisierung der Mieterin schriftlich mitgeteilt, dass sich die monatliche Grundmiete infolge der Modernisierungsmaßnahmen um den berechneten und geltend gemachten Betrag erhöhe; beigelegt war eine Anlage („Kostenzusammenstellung und Berechnung der Mieterhöhung“) mit weitgehend tabellarischen Angaben zu einzelnen Modernisierungsmaßnahmen, getrennt nach solchen, die gemeinschaftlich genutzte Gebäudebereiche oder alle Wohnungen gleichermaßen betreffen und solchen, die allein die Wohnung der Klägerin betrafen. Angegeben waren die angefallenen Gesamtkosten und separat ausgewiesene Baunebenkosten mit den jeweils abzuziehenden, im Einzelnen erläuterten Instandhaltungskosten, der verbleibende umlagefähige Modernisierungskostenanteil und nähere Einzelheiten, eine Darstellung der Anrechnung von Tilgungen und Zinsermäßigung wegen Inanspruchnahme eines KfW-Darlehens, und die sich daraus ergebende Berechnung der Mieterhöhung. Die Mieterin hielt die Mieterhöhung aus formellen Gründen für unwirksam und bezahlte den verlangten Erhöhungsbetrag nicht, sondern klagte auf Feststellung, der Beklagten stehe nicht die begehrte erhöhte Miete zu.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2 (Anschluss an bestehende Rechtsprechung) m.w.N.

<sup>13</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3.

<sup>14</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

Die Mieterhöhungserklärung war formell wirksam. Anwendbar war die bis 31. Dezember 2018 geltende Fassung des § 559 Abs. 1 BGB (Art. 229 § 49 EGBGB). Der Bundesgerichtshof hat auf seine zu § 559b BGB ergangenen Urteile abgestellt, wonach es grundsätzlich genügt, wenn der Mieter den Grund und den Umfang der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann. **Erfüllt eine bauliche Veränderung die Kriterien sowohl einer von § 559 BGB erfassten Modernisierungsmaßnahme (§ 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB) als auch einer Erhaltungsmaßnahme (§ 555a Abs. 1 BGB; modernisierende Instandsetzung), ist bei der Ermittlung der umlagefähigen Kosten (§ 559 Abs. 2 BGB) eine entsprechende Kürzung vorzunehmen, weshalb aus der Mieterhöhungserklärung hervorgehen muss, in welchem Umfang durch die durchgeführten Arbeiten Instandsetzungskosten erspart wurden.** Überhöhte Anforderungen an das Begründungserfordernis sind nicht zu stellen; es bedarf keiner umfassenden Vergleichsrechnung zu den hypothetischen Kosten einer bloßen Instandsetzung, sondern reicht aus, den ersparten Instandsetzungsaufwand (zumindest) durch die Angabe einer Quote von den aufgewendeten Gesamtkosten nachvollziehbar darzulegen<sup>15</sup> Die Mieterhöhungserklärung der Beklagten genügte dem. Der Bundesgerichtshof ist im Einzelnen auf die entsprechenden Angaben und deren Darstellung durch die Beklagte eingegangen. Fehlende Feststellungen zur materiellen Berechtigung der Mieterhöhung führten zur Aufhebung der Berufungsentscheidung und Zurückverweisung der Sache (§§ 562 Abs. 1; 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).<sup>16</sup>

**bb)**

Im Anschluss daran hat sich der Bundesgerichtshof noch einmal **zu den formellen Anforderungen an eine Mieterhöhungserklärung nach der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen gemäß § 559b BGB**

---

<sup>15</sup> a.a.O., juris, Rn. 15 ff. m.w.N.

<sup>16</sup> a.a.O., juris, Rn. 19 ff.

geäußert.<sup>17</sup> Das Formerfordernis nach § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB ist kein Selbstzweck. Entscheidend ist, ob für den Mieter mit der geforderten Information – ebenso wie im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens nach §§ 558 ff. BGB oder einer Betriebskostenabrechnung (§ 556 Abs. 3 BGB) – ein maßgeblicher Erkenntniswert verbunden ist.<sup>18</sup>

### cc)

In einigen der Parallelverfahren hatten die Mieter den verlangten Erhöhungsbetrag gezahlt und daher neben Feststellungsklage, dass der Beklagten kein Anspruch auf die Zahlung der erhöhten Miete zustehe, die Rückzahlung der nach ihrer Auffassung zu viel gezahlten Miete und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen eingeklagt.<sup>19</sup> Der Bundesgerichtshof hat betont, dass es für die formelle Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens nicht darauf ankommt, ob die mitgeteilten Gesamtkosten plausibel sind, weil dies allein die Richtigkeit der Höhe der vom Vermieter angegebenen Beträge betrifft.<sup>20</sup> Auch in diesem Fall bedurfte es weiterer tatsächlicher Feststellungen zur materiellen Berechtigung der streitgegenständlichen Mieterhöhung, weshalb die Berufungsurteile aufgehoben und die Sachen zurückverwiesen wurden (§§ 562 Abs. 1; 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei war das in Streit stehende Rechtsverhältnis (**Anspruch der Beklagten auf die geforderte Mieterhöhung**) auch **nicht dadurch wirksam zustande gekommen**, dass die Kläger im Anschluss an die Erhöhungserklärung der Beklagten die **erhöhten Mieten (vorbehaltlos) geleistet** hatten. Die Rückzahlungsansprüche (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) der geleisteten Erhöhungsbeträge waren auch nicht ausgeschlossen (§§ 814 BGB oder § 818 Abs. 3 BGB) oder verwirkt.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 23. November 2022 – [VIII ZR 59/21](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2023, 220 f. = NJW 2023, 360 ff. = WuM 2023, 34 ff. = NZM 2023, 213 ff. = Grundeigentum 2023, 137 ff.

<sup>18</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2 m.w.N.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 20. Juli 2022 – [VIII ZR 339/21](#) – juris, Rn. 1 ff. = Grundeigentum 2022, 897 ff.; und Urteile vom 28. September 2022 – [VIII ZR 336/21](#), [VIII ZR 338/21](#), [VIII ZR 340/21](#), [VIII ZR 344/21](#) – juris.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 20. Juli 2022 – [VIII ZR 339/21](#) – juris, Rn. 22 ff., 44 ff.

<sup>21</sup> a.a.O., juris, Rn. 57 ff.

**dd)**

In einem weiteren Fall hatte das Berufungsgericht bereits die diesbezügliche, aus der Kostenaufstellung hervorgehende Erläuterung der Beklagten übersehen. Auch hier hat der Bundesgerichtshof auf seine vorstehend geschilderte Rechtsprechung hingewiesen. Die vorhandene, grundsätzlich nicht erforderliche hypothetische Vergleichsrechnung erleichterte eine Überprüfung der Plausibilität des von der Beklagten berücksichtigten Instandhaltungsanteils zusätzlich.<sup>22</sup> Es mangelte der in der Erhöhungserklärung enthaltenen Kostenzusammenstellung und darauf basierenden Berechnung der Mieterhöhung nicht deshalb an der erforderlichen Nachvollziehbarkeit, weil die Beklagte die Kosten derjenigen Maßnahmen, die sie der „allgemeinen Modernisierung“ zugeordnet hatte, mit der Begründung, es handle sich dabei um „Gesamtgewerke, die für alle Wohnungen gleichermaßen zutreffen“, nach dem jeweiligen Anteil der Wohnfläche der Wohnung des Mieters an der Gesamtwohnfläche der sanierten Gebäude auf die Mieter umgelegt hatte. Denn daraus ging unmissverständlich hervor, dass es sich dabei aus Sicht der Beklagten um Maßnahmen handle, die **keinen einzelwohnungsspezifischen Charakter** aufweisen, weshalb eine **Aufteilung der Kosten nach Wohnfläche** vorgenommen worden sei. Aus den genannten Angaben war der **Umlageschlüssel ausreichend deutlich** zu erschließen. Auch alle übrigen nach Maßgabe von § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Angaben waren in der Mieterhöhungserklärung enthalten.<sup>23</sup>

**b)**

**Die grundsätzlichen Fragen dazu, nach welchem Maßstab die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 1 BGB) im Prozess zu bestimmen ist, sind höchstrichterlich geklärt. Eine Überzeugungsbildung des**

---

<sup>22</sup> BGH, Versäumnisurteile vom 09. November 2022 – [VIII ZR 316/21](#), [VIII ZR 333/21](#) – juris, Rn. 18 ff. m.w.N.

<sup>23</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 09. November 2022 – [VIII ZR 316/21](#) – juris, Rn. 26 ff.

**Tatrichters auf Grundlage einer durch einen Sachverständigen vorgenommenen Einordnung einer Wohnung in einen (einfachen) Mietspiegel** begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken.<sup>24</sup> Auch inhaltlich war das Berufungsurteil beanstandungsfrei. **Die Einholung eines Sachverständigengutachtens und die Verwendung eines Mietspiegels schließen sich nicht aus.** Weder die Wahl der Bewertungsmethode zur Ermittlung der Einzelvergleichsmiete noch deren konkrete Anwendung stieß auf Bedenken. Die sich an die Ermittlung einer Mietspanne anschließende Spanneneinordnung der betreffenden Wohnung zur Bestimmung der Einzelvergleichs kann bei Vorliegen einer geeigneten Schätzungsgrundlage im Wege der richterlichen Schätzung (§ 287 Abs. 2 ZPO) vorgenommen werden oder – wie hier – durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, dessen Ergebnis das Gericht im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) verfahrensfehlerfrei gewürdigt hatte. Die Heranziehung von zehn Vergleichswohnungen stellte – auch im Zusammenhang mit der Heranziehung des Kölner Mietspiegels – keine zu geringe Tatsachengrundlage dar.<sup>25</sup>

### 1.3. Mietpreisbremse

Hinsichtlich der **Geltendmachung von Rechten der Mieter einer in Berlin gelegenen Wohnung durch eine registrierte Inkassodienstleisterin (§ 10 RDG) aus abgetretenem Recht wegen eines behaupteten Verstoßes gegen die Begrenzung der Miethöhe (§ 556d BGB i.V.m. der Berliner Mietenbegrenzungsverordnung)** hat der Bundesgerichtshof Leitsätze zur **Wirkung der Zustimmung eines Mieters zu einem Mieterhöhungsverlangen und zur Anwendbarkeit der Regelungen der sogenannten**

---

<sup>24</sup> BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 – [VIII ZR 223/21](#) – juris, Rn. 1 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>25</sup> a.a.O., juris, Rn. 9 ff. m.w.N.

**Mietpreisbremse** aufgestellt.<sup>26</sup> Danach kommt durch die Zustimmung eines Mieters zu einem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters in der Regel eine Vereinbarung über die Erhöhung der Miete auf die neue Miethöhe zustande, die den Rechtsgrund für die daraufhin erbrachten erhöhten Mietzahlungen darstellt.<sup>27</sup> **Die Regelungen über die Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten (§§ 556d ff. BGB) finden auf eine Mieterhöhungsvereinbarung während eines laufenden Mietverhältnisses keine Anwendung.**<sup>28</sup>

Die klagende Inkassodienstleisterin machte nach Abtretung die Rechte der Mieter aus behauptetem Verstoß gegen die Vorschriften zur Begrenzung der Miethöhe geltend. Die Mieter hatten zuvor einer verlangten Mieterhöhung zugestimmt.<sup>29</sup> Der Klägerin standen die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Denn die beanstandete Miete beruhte nicht auf der bei Mietbeginn geschlossenen Vereinbarung, sondern auf einer **nachträglichen, einvernehmlich vereinbarten Mieterhöhung. Dafür gelten die Regelungen der §§ 556d ff. BGB nicht.** Die auf den Abschluss der Mieterhöhungsvereinbarung gerichteten Willenserklärungen betrafen nicht nur den Erhöhungsbetrag, sondern auch den neuen Gesamtbetrag.<sup>30</sup>

#### 1.4. Kündigungen

Die Rechtsprechung zu Kündigungen hat der Bundesgerichtshof fortgeführt.

---

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 28. September 2022 – [VIII ZR 300/21](#) – juris.

<sup>27</sup> a.a.O., juris, Leitsatz.

<sup>28</sup> a.a.O., juris, Leitsatz.

<sup>29</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>30</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 ff. m.w.N.

a)

Zur **Kündigungsbeschränkung bei Wohnungsumwandlung (§ 577a BGB)** hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die vom **Land Berlin** erlassene „**Verordnung im Sinne des § 577a Abs. 2 BGB über den verlängerten Kündigungsschutz bei Umwandlung einer Mietwohnung in eine Eigentumswohnung**“ (Kündigungsschutzklage-Verordnung vom 13. August 2013, GVBl. S. 488), welche die **Kündigungssperrfrist nach Bildung und Veräußerung von Wohnungseigentum im Sinne des § 577a Abs. 1 BGB für das gesamte Gebiet von Berlin auf zehn Jahre festlegt, wirksam ist.**<sup>31</sup>

Zugleich wurde klargestellt, dass **eine die Kündigungssperrfrist des § 577a Abs. 1, 2 BGB auslösende Veräußerung** des Wohnungseigentums an einen Erwerber **regelmäßig nicht vorliegt, wenn ein Miteigentumsanteil an einen bisherigen (vermietenden) Miteigentümer übertragen wird.**<sup>32</sup> **Ist in der Person eines von mehreren Mietern einer Wohnung der Kündigungsschutz aus § 577a Abs. 1, 2 BGB bereits angelegt, war also diesem Mitmieter die Wohnung zum Zeitpunkt der Bildung des Wohnungseigentums schon überlassen, und wird das Mietverhältnis nach dessen Ableben mit dem überlebenden Mieter gemäß § 563a Abs. 1 BGB fortgesetzt, tritt dieser (auch) bezüglich des Kündigungsschutzes an die Stelle des Verstorbenen** und kann sich – nach der (erstmaligen) Veräußerung des Wohnungseigentums – gegenüber einer Eigenbedarfs- bzw. Verwertungskündigung des Erwerbers auf die – hier zehnjährige – Kündigungssperrfrist aus § 577a Abs. 1, 2 BGB berufen.<sup>33</sup>

Die Schwester der Beklagten hatte gemeinsam mit einer weiteren Person im Jahr 1985 von der damaligen Grundstückseigentümerin eine in einem

---

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 22. Juni 2022 – [VIII ZR 356/20](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2022, 1147 ff. = NJW 2022, 3631 ff. = WuM 2022, 495 ff. = NZM 2022, 653 ff. = ZMR 2022, 865 ff. = Grundeigentum 3022, 833 ff.

<sup>32</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>33</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3.

Mehrfamilienhaus gelegene Wohnung in Berlin angemietet. Die Beklagte wohnte als Untermieterin in der Wohnung, was im Mietvertrag geregelt war. Nachfolgend wurden Miteigentumsanteile des Grundstücks auf einen Dritten übertragen, im Übrigen gingen sie aufgrund Erbschaft an eine andere Person. Schließlich wurde Wohnungseigentum gebildet. Das Wohnungseigentum an der mietgegenständlichen Wohnung ging nach einem weiteren Erbfall durch Auflassung auf eine GmbH über, von der die Kläger das Wohnungseigentum an dieser Wohnung im Jahr 2018 erwarben. Bereits 2014 war mit der Beklagten eine Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag getroffen worden, wonach diese alleinige (Haupt-)Mieterin der Wohnung war. Die Kläger kündigten nach Erwerb des Wohnungseigentums wegen Eigenbedarfs das Mietverhältnis und klagten auf Räumung.<sup>34</sup>

**Anhand der getroffenen Feststellungen konnte ein Anspruch der Kläger auf Räumung nicht verneint werden. Es kam darauf an, ob die Beklagte in der gemieteten Wohnung mit ihrer Schwester zum Zeitpunkt deren Ablebens (noch) einen gemeinsamen Hausstand geführt hatte.**<sup>35</sup> Die Kündigungssperrfrist (§ 577a Abs. 2 Satz 1 BGB) betrug aufgrund der wirksamen Verordnung des Landes Berlin zehn Jahre.<sup>36</sup> Die Sperrfrist war bei Zugang der Eigenbedarfskündigung an die Beklagte noch nicht abgelaufen. Denn **die Übertragung des Miteigentumsanteils auf den weiteren Miteigentümer war keine Veräußerung an einen „Erwerber“ und löste deshalb die Frist nicht als erste Übertragung aus.** Allerdings war aufzuklären, ob die in § 577a Abs. 1 BGB vorausgesetzte zeitliche Abfolge bezüglich der Überlassung der Wohnung und der anschließenden Bildung von Wohnungseigentum in der Person der Beklagten vorlag. § 577a Abs. 1 BGB setzt voraus, dass die Wohnung der betreffenden Person aufgrund eines Mietvertrages „überlassen“ wurde. Dazu genügte nicht, dass der (Haupt-)Mietvertrag die Beklagte als Untermieterin erwähnte. **Durch**

---

<sup>34</sup> a.a.O., juris, Rn. 1.

<sup>35</sup> a.a.O., juris, Rn. 16 ff., 69.

<sup>36</sup> a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

**Untervermietung entstehen zwischen Hauptvermieter und Untermieter grundsätzlich keine vertraglichen Beziehungen.** Maßgeblich war der erkennbare Wille der ursprünglich (im Jahr 1985) Vertragschließenden. Als bloße Untermieterin unterfiel die Beklagte nicht dem Schutzbereich des § 577a Abs. 1 BGB. Die Beklagte könnte sich aber auf den in der Person ihrer Schwester entstandenen Kündigungsschutz aus § 577a Abs. 1, 2 BGB berufen, wenn sie aufgrund der Fortsetzung des Mietverhältnisses nach § 563a Abs. 1 BGB nach dem Tod ihrer Schwester in deren Rechtsstellung eingetreten wäre, d.h. wenn die Beklagte als Eintretende mit der Verstorbenen noch bis zu deren Tod einen gemeinsamen Hausstand in der Wohnung geführt hätte. Das war noch aufzuklären.<sup>37</sup>

**b)**

**Bekräftigt hat der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit der Schonfristregelung (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB) nur auf die fristlose Kündigung eines Mietverhältnisses, nicht jedoch auf eine aufgrund desselben Mietrückstands hilfsweise auf § 573 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB gestützte ordentliche Kündigung.**<sup>38</sup> Der an Gesetz und Recht gebundene Richter (Art. 20 Abs. 3 GG) darf diese gesetzgeberische Entscheidung nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen, die so im Gesetzgebungsverfahren (bisher) nicht erreichbar war.<sup>39</sup>

Das Berufungsgericht hatte in ausdrücklichem Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angenommen, auch für die ordentliche Kündigung sei die unmittelbare Anwendung der Regelung über die Schonfristzahlung (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB) gerechtfertigt.<sup>40</sup> Der Bundesgerichtshof hat seine Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt. **Die fristgerechte**

---

<sup>37</sup> a.a.O., juris, Rn. 34 ff. m.w.N.

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 05. Oktober 2022 – [VIII ZR 307/21](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2023, 284 f. = NJW-RR 2023, 20 ff. = NZM 2023, 28 ff. = ZMR 2023, 101 f. = Grundeigentum 2022, 1308 ff.

<sup>39</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2 m.w.N.

<sup>40</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 f.

**Schonfristzahlung ändert nichts daran, dass nach § 574 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Fortsetzungsanspruch bei Vorliegen eines zur fristlosen Kündigung berechtigenden Zahlungsverzugs nicht besteht.<sup>41</sup>**

c)

Erneut war der Bundesgerichtshof mit den **Voraussetzungen einer nicht zu rechtfertigenden Härte im Sinne von § 574 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der ernsthaften Gefahr eines Suizids des Mieters im Falle einer Verurteilung zur Räumung** beschäftigt.<sup>42</sup> Er hat seine Rechtsprechung fortgeführt, dass sowohl bei der Feststellung des Vorliegens einer Härte im Sinne von § 574 Abs. 1 BGB als auch bei deren Gewichtung im Rahmen der Interessenabwägung im Einzelfall zu berücksichtigen ist, ob und inwieweit sich die mit einem Umzug einhergehenden Folgen durch die Unterstützung des Umfelds des Mieters bzw. durch begleitende ärztliche und/oder therapeutische Behandlungen mindern lassen.<sup>43</sup> **Die Ablehnung einer möglichen Therapie durch den suizidgefährdeten Mieter führt nicht grundsätzlich dazu, dass das Vorliegen einer Härte abzulehnen oder bei der Interessenabwägung den Interessen des Vermieters der Vorrang einzuräumen wäre.** Vielmehr ist dieser Umstand im Rahmen der **umfassenden Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls** zu berücksichtigen, bei der auch die Gründe für die Ablehnung, etwa eine krankheitsbedingt fehlende Einsichtsfähigkeit in eine Therapiebedürftigkeit sowie der Erfolgsaussichten einer Therapie zu bewerten sind.<sup>44</sup>

Das Angebot einer Ersatzwohnung durch den Vermieter und dessen Ablehnung durch den Mieter sowie die Gründe hierfür sind ebenfalls

---

<sup>41</sup> a.a.O., juris, Rn. 12 ff., 21 m.w.N.

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 26. Oktober 2022 – [VIII ZR 390/21](#) – juris, Leitsatz; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>43</sup> a.a.O., juris, Leitsatz m.w.N.

<sup>44</sup> a.a.O., juris, Leitsatz.

einzelfallbezogen sowohl bei der Beurteilung, ob eine Härte vorliegt, als auch bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.<sup>45</sup>

Außerdem hat sich der Bundesgerichtshof zur **Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit nach § 574a Abs. 2 Satz 2 BGB bei unabsehbar fortbestehender Suizidgefahr** geäußert.<sup>46</sup>

Die beklagte Mieterin (Jahrgang 1942) wohnte seit Juli 1977 in der Etagenwohnung. Der Kläger war Eigentümer dieser Wohnung und einer anderweitig vermieteten weiteren Wohnung mit ca. 50-55 m<sup>2</sup> auf der gleichen Etage (fortan: Wohnung Nr. 11). Der Kläger bewohnte eine Wohnung (ca. 123 m<sup>2</sup>) auf demselben Stockwerk, die seinem Lebenspartner gehörte. Dem Lebenspartner gehörte außerdem eine in einem anderen Geschoss des Hauses liegende vermietete Wohnung (112 m<sup>2</sup>). Im April 2017 kündigte der Kläger den Mietvertrag der Beklagten zum Jahresende wegen Eigenbedarfs, weil er die Wohnung für sich und seinen Lebenspartner benötige, um sie mit der bereits genutzten Wohnung zusammenzulegen und einen Direktzugang zu dem bereits installierten Aufzug im Gebäude zu schaffen. Das sei aus gesundheitlichen Gründen des 75-jährigen Lebensgefährten erforderlich. Die Beklagte widersprach der Kündigung wegen Härtegründen und führte eine schwere rezidivierende Depression bis hin zu Suizidideen an. Der Kläger bot ihr eine Alternativwohnung zur Anmietung an, was die Beklagte ablehnte.<sup>47</sup> Der Kläger beantragte Räumung, hilfsweise die Fortsetzung des Mietverhältnisses befristet für maximal ein Jahr zu einer bestimmten Miete. Das Amtsgericht vernahm den Lebenspartner des Klägers und die behandelnde Ärztin der Beklagten als Zeugen und erhob ein Sachverständigen-gutachten mit Ergänzungsgutachten und ergänzender Anhörung des Sachverständigen zu einer Suizidgefahr der Beklagten. Das Amtsgericht wies die Klage ab und bestimmte die Fortsetzung des Mietverhältnisses auf

---

<sup>45</sup> a.a.O., juris, Leitsatz.

<sup>46</sup> a.a.O., juris, Leitsatz.

<sup>47</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

unbestimmte Zeit, jedoch unter Erhöhung der Miete. Die Berufung des Klägers führte zu einer Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung (nur) insoweit, als die in dem auf unbestimmte Zeit fortgesetzten Mietverhältnis zu zahlende monatliche Nettomiete geändert wurde. Das Berufungsgericht ließ die Revision beschränkt auf die Fortsetzung des Mietverhältnisses nach §§ 574 ff. BGB zu. Mit der Revision verfolgte der Kläger sein Begehren weiter.<sup>48</sup>

**Die Beschränkung der Revisionszulassung war wirksam, da die zulasungsbegründende Rechtsfrage allein die Voraussetzungen einer Härterege lung (§§ 74 ff. BGB) betraf.** Nicht zugelassen war die Revision hinsichtlich der Wirksamkeit der Eigenbedarfskündigung.<sup>49</sup>

Der Bundesgerichtshof hat bestätigt, dass die Beklagte die Fortsetzung des Mietverhältnisses auf bestimmte Zeit verlangen konnte (§§ 574; 574a BGB). **Die von der Beklagten geltend gemachte Härte (§ 574 Abs. 1 BGB) lag vor,** weil sich die für die Beklagte drohenden Nachteile von den normalen mit einem Wohnungswechsel verbundenen Unannehmlichkeiten deutlich abhoben, was auch unter Berücksichtigung der Ablehnung einer stationären Therapie sowie der vom Kläger angebotenen Ersatzwohnung durch die Beklagte aufgrund ihrer bestehenden sehr hohen Suizidgefahr bei Erlass eines Räumungsurteils der Fall war. Die Beklagte war aufgrund ihrer völligen Fixierung auf ihre Wohnung auch krankheitsbedingt nicht in der Lage, die ihr angebotene Ersatzwohnung anzunehmen und lehnte auch krankheitsbedingt eine stationäre therapeutische Behandlung ab. Die Aussicht auf eine erfolgreiche therapeutische Behandlung war gering. Die Ablehnung einer stationären Therapie durch die Beklagte stand hier nicht entgegen. Es bedarf auch bei mangelnder Therapiebereitschaft einer umfassenden Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls. Dies gilt erst recht, wenn die Ablehnung einer Therapie krankheitsbedingt ist. Die Feststellung einer

---

<sup>48</sup> a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

<sup>49</sup> a.a.O., juris, Rn. 17 ff.

sehr hohen Suizidgefahr und der krankheitsbedingten Ablehnung einer stationären Therapie wegen der völligen Fixierung der Beklagten auf die Wohnung, reichte für die Bejahung einer Härte (§ 574 Abs. 1 BGB) aus. Auch die Ablehnung einer Therapie, deren Erfolg nicht vollkommen ausgeschlossen ist, schließt nicht grundsätzlich einen Härtefall aus; die Erfolgsaussicht einer möglichen Therapie wäre im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen.<sup>50</sup> Hier war ein Anspruch auf Fortsetzung des Mietverhältnisses gegeben (§ 574 Abs. 1 BGB). Das Berufungsgericht hatte die im Rahmen der Prüfung des Fortsetzungsanspruchs (§ 574 BGB) erforderliche umfassende einzelfallbezogene Würdigung und Gewichtung der beiderseitigen Belange vorgenommen. Angesichts der festgestellten ernsthaften Suizidgefahr der Beklagten bestand ein deutliches Übergewicht der Belange der Beklagten gegenüber den zu berücksichtigenden Interessen des Klägers.<sup>51</sup>

**Gebilligt hat Bundesgerichtshof auch die Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit (§ 574a Abs. 2 Satz 2 BGB).** Es war ungewiss, ob und wann voraussichtlich die Umstände wegfallen würden, aufgrund derer die Beendigung des Mietverhältnisses eine Härte bedeutete. Das Berufungsgericht hatte berücksichtigt, dass im Regelfall die Fortsetzung des Mietverhältnisses nur auf bestimmte Zeit erfolgen soll. Sofern sich die Umstände, etwa wegen einer unvorhergesehenen Besserung der Situation der Beklagten oder wegen Veränderung im Nutzungsbedarf des Klägers bzw. der Dringlichkeit dieses Bedarfs, nachträglich wesentlich ändern sollten, käme eine erneute Kündigung in Betracht, bei der eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nur nach § 574 BGB unter Berücksichtigung und Würdigung der dann bestehenden, wesentlich veränderten Umstände zu berücksichtigen wären (§ 574c Abs. 2 Satz 2 BGB).<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> a.a.O., juris, Rn. 22 ff.

<sup>51</sup> a.a.O., juris, Rn. 32 ff.

<sup>52</sup> a.a.O., juris, Rn. 48 ff. m.w.N.

**d)**

Die Missachtung der **Grundsätze der Wahrunterstellung** durch das Berufungsgericht in einer Räumungs- und Herausgabesache aufgrund einer Eigenbedarfskündigung hat in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren zur Aufhebung der Berufsentscheidung und Zurückverweisung der Sache geführt (§ 544 Abs. 9 ZPO).<sup>53</sup>

Das Berufungsgericht hatte den **Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) entscheidungserheblich verletzt**. Es hatte den angebotenen Beweis der Einholung eines neurologischen Sachverständigengutachtens nicht erhoben und dabei die Grundsätze der Wahrunterstellung missachtet. Bei der Prüfung geltend gemachter Härtegründe (§ 574 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist der Tatrichter gehalten, sich durch gründliche und sorgfältige Sachverhaltsfeststellung vom Vorliegen der vom Mieter geltend gemachten Härtegründe (hier: Folgen der Multiple Sklerose-Erkrankung der Beklagten) gegenüber den berechtigten Interessen des Vermieters zu überzeugen. **Härtegrund kann ein gesundheitlicher Zustand sein, der für sich genommen einen Umzug nicht zulässt oder die ernsthafte Gefahr einer erheblichen Verschlechterung der gesundheitlichen Situation des (schwer) erkrankten Mieters im Falle eines Wohnungswechsels darstellt. Die beiderseitigen Belange sind zu würdigen und zu gewichten**. Die Beklagte hatte für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels substantiierte, ihr drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht. Das Berufungsgericht durfte es nicht bei dem erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachten bewenden lassen, weil darin ausgeführt war, der Sachverständige könne zur konkreten Prognose der multiplen Sklerose eine ausreichende fachliche Einschätzung nicht treffen. Gehörsverletzend hatte das Berufungsgericht darauf abgestellt, „insbesondere Beeinträchtigungen beim Gehen“ könnten

---

<sup>53</sup> BGH, Beschluss vom 30. August 2022 – [VIII ZR 429/21](#) – juris = NJW-RR 2022, 1453 ff. = 1453 ff. = NZM 2002 20, 831 ff. = Grundeigentum 2022, 1051 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

„als Folge einer multiplen Sklerose durchaus angenommen werden, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Begutachtung“ bedürfe. **Jedoch gehört es zu den Voraussetzungen einer zulässigen Wahrunterstellung, die Behauptung der Partei so zu übernehmen, wie sie diese aufgestellt hat.** Das Berufungsgericht hatte lediglich pauschal „Beeinträchtigungen beim Gehen“ festgestellt, was besorgen ließ, es habe sich vom Tatsachenvortrag der Beklagten zu ihrem Krankheitsbild, das sich nach ihrer Behauptung nach der Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen noch verschlechtert habe, ein allenfalls an der Oberfläche haftendes Bild verschafft und insbesondere auch die behauptete umzugsbedingte Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Beklagten übergangen. Dies war für das Verfahren von zentraler Bedeutung und begründete den entscheidungserheblichen Gehörsverstoß.<sup>54</sup>

**e)**

**Im Hinblick auf geltend gemachte Härtegründe (§§ 574 f. BGB) erfolgreich war die Nichtzulassungsbeschwerde einer Mieterin** zur Zulassung der Revision gegen ihre Verurteilung zur Räumung und Herausgabe der von ihr seit 1999 angemieteten Zweizimmerwohnung. Die Klage richtete sich nach einer im März 2020 erklärten Eigenbedarfskündigung auf Räumung und Herausgabe. Die Beklagte hatte der Kündigung widersprochen. Sie beehrte Klageabweisung und hilfswiderklagend die Verurteilung der Kläger zur Fortsetzung des Mietvertrages auf unbestimmte Zeit. Die Beklagte berief sich auf eine seelische Belastung durch den Verlust eines Babys während der Schwangerschaft im Jahr 2020. Krankheitsbedingt sei die Wohnung ein Rückzugsort, der ihr letzte Sicherheit gebe; ohne diesen Rückzugsort verlöre sie auch den letzten psychischen Halt und würde sich die Depression derart verstärken, dass die Beklagte Gefahr laufe, ein eigenes Leben nicht mehr führen zu können. Das Amtsgericht verurteilte die Beklagte ohne Beweisaufnahme und wies die Hilfswiderklage ab. In zweiter

---

<sup>54</sup> a.a.O., juris, Rn. 9 ff. m.w.N.

Instand trug die Beklagte weiter vor, sie sei krankheitsbedingt nicht in der Lage, sich in fachärztliche Behandlung zu begeben. Sie behauptete eine seit längerem bestehende und wiederkehrende rezidivierende depressive Störung in derzeit schwergradiger depressiver Episode, wozu sie einen ärztlichen Befundbericht vorlegte. Dies drohe durch einen Wohnungswechsel verstärkt zu werden. Die Kläger bestritten dies. Das Berufungsgericht hörte die Beklagte persönlich an und wies ihre Berufung ohne Beweiserhebung unter Gewährung einer weiteren Räumungsfrist zurück. Das Berufungsgericht hielt die ordentliche Kündigung für wirksam. Die Hilfswiderklage sei unbegründet, weil die Voraussetzungen (§ 574 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht schlüssig dargelegt seien. Die Beklagte habe weder substantiiert zu ihren gesundheitlichen Beeinträchtigungen vorgetragen noch aussagekräftige fachärztliche Atteste vorgelegt; der vorgelegte ärztliche Befundbericht sei unverständlich und un schlüssig und habe keine Aussagekraft.<sup>55</sup>

Das Berufungsgericht hatte den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) entscheidungserheblich verletzt. **Das Vorliegen einer Härte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 BGB) wäre bereits im Rahmen der Prüfung des Bestehens des Räumung- und Herausgabeanspruchs (§ 546 Abs. 1 BGB) im Anschluss an die Bejahung der Wirksamkeit der Eigenbedarfskündigung (§ 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und nicht erst im Rahmen der (Hilfs-)Widerklage zu prüfen gewesen.** Auch im Ergebnis durfte das Berufungsgericht das **Vorliegen einer Härte nicht verneinen, ohne den angebotenen Sachverständigenbeweises zu dem behaupteten Beschwerdebild sowie zu den gesundheitlichen Auswirkungen eines erzwungenen Umzuges für die Beklagte zu erheben.** Erforderlich sind nicht nur Feststellungen zu der Art und dem Ausmaß der Erkrankungen sowie den damit konkret einhergehenden gesundheitlichen Einschränkungen, sondern auch zu den konkret feststellbaren oder

---

<sup>55</sup> BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2022 – [VIII ZR 96/22](#) – juris, Tenor und Rn. 1 ff. = NJW-RR 2023, 229 ff. = NZM 2023, 210 ff. = Grundeigentum 2023, 187 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

zumindest zu befürchtenden Auswirkungen eines erzwungenen Wohnungswechsels. Dabei ist auch Schwere und Grad der Wahrscheinlichkeit der zu befürchtenden gesundheitlichen Einschränkungen zu klären. **Der erforderliche hinreichend substantiierten Vortrag des Mieters kann durch Vorlage eines (ausführlichen) fachärztlichen Attestes untermauert werden;** von einem Mieter als medizinischen Laien ist über die Vorlage eines solchen fachärztlichen Attests hinaus nicht zu verlangen, noch weitere Angaben zu den gesundheitlichen Folgen zu tätigen. Unschädlich war, dass die Beklagte in ihrem Widerspruchsschreiben das Vorliegen einer Depression noch nicht ausdrücklich geltend gemacht hatte. **Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt hinsichtlich der Fortsetzung des Mietverhältnisses (§ 574 a BGB) ist die letzte mündliche Verhandlung.** Das Berufungsgericht hätte nicht ohne eigene, von ihm auch aufgezeigte Sachkunde das vorgelegte fachärztliche Attest als unverständlich und un schlüssig beurteilen und ihm Aussagekraft absprechen dürfen. Außerdem hatte das Berufungsgericht die Ausführungen des Facharztes in dem Attest teilweise aus ihrem Zusammenhang gerissen. Die Gehörsverletzung war entscheidungserheblich. Dies führte hinsichtlich der Härteregelung (§§ 574 ff. BGB) zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 544 Abs. 9 ZPO).<sup>56</sup>

## 1.5. Nebenkosten

Die Nebenkostenabrechnungen für eine in Berlin befindliche, früher preisgebundene Wohnung haben den VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs beschäftigt.<sup>57</sup> Die Vermieterin, eine Wohnimmobiliengesellschaft, hatte die

---

<sup>56</sup> a.a.O., juris, Rn. 12 ff. m.w.N.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 05. Oktober 2022 – [VIII ZR 117/21](#) – juris, Rn. 1 ff. = MDR 2021, 221 f. = NJW-RR 2022, 1593 ff. = WuM 2022, 733 ff. = NZM 2022, 949 ff. = ZMR 2023, 102 ff. = Grundeigentum 2022, 1205 ff. = DWW 2023, 24 ff.

Wartung der vorgeschriebenen Rauchwarnmelder und das sogenannte Behältermanagement, bei dem der Restmüll der Mieter auf fehlerhafte Mülltrennung überprüft und gegebenenfalls von Hand nachsortiert wurde, an externe Dienstleister vergeben und die dafür entstehenden Kosten auf die Mieter umgelegt. Dies war zulässig und wirksam.<sup>58</sup>

**Die Kosten eines externen Dienstleisters für die regelmäßige Kontrolle der Restmüllbehälter des Mietobjekts auf Einhaltung der satzungsmäßigen Vorgaben für die Mülltrennung und für die bei fehlerhafter Abfalltrennung erfolgende Nachsortierung von Hand im Wohnraummietverhältnis sind gemäß § 2 Nr. 8 BetrKV auf den Mieter umlegbare Betriebskosten.<sup>59</sup>**

**Die Kosten für die regelmäßige Prüfung und Sicherstellung der Betriebsbereitschaft von in den Mieträumen angebrachten Rauchwarnmeldern sind im Wohnraummietverhältnis als „sonstige Betriebskosten“ im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV auf den Mieter umlegbar.** Sie werden von einer vertraglichen Umlagevereinbarung erfasst, welche die Umlage der Kosten des Betriebs von Brandschutz- und Brandmeldeanlagen auf den Mieter vorsieht. Dem stehen Regelungen in den Bauordnungen der Länder (hier: § 48 Abs. 4 Satz 4 BauO Berlin), nach denen (öffentlich-rechtlich) die Wartung dem Mieter obliegt, nicht entgegen.<sup>60</sup>

## **1.6. Ansprüche nach Beendigung des Mietverhältnisses**

Hierzu konnte sich der Bundesgerichtshof in mehreren Fällen äußern.

---

<sup>58</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff., 18 ff.

<sup>59</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1.

<sup>60</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

a)

Eine Leitsatzentscheidung ist zur **Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache** ergangen. **§ 548 Abs. 1 BGB enthält für die davon erfassten Ansprüche des Vermieters eine abschließende Sonderregelung**, die der allgemeinen Regelung des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB vorgeht, so dass **keine Anspruchsverjährung vor Rückgabe der Mietsache an den Vermieter eintreten kann**, auch wenn die in der vorgenannten Vorschrift bestimmte Frist von 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an bereits im laufenden Mietverhältnis verstrichen ist.<sup>61</sup>

Die Kläger waren Eigentümer und Vermieter einer seit 1981 an die Beklagten vermieteten Etagenwohnung. Diese hatten das ursprünglich mit Holzdielen ohne Fußbodenentwässerung versehene Badezimmer noch vor 1984 mit einem Fliesenboden und Bodenabfluss ausgestattet, jedoch die Arbeiten ohne Dichtung unterhalb der Fliesen und damit nicht fachgerecht ausgeführt. Deshalb drang im Juli 2016 schwallartig Wasser durch die Decke des Badezimmers der darunterliegenden Wohnung. Es ergab sich, dass die Decke einsturzgefährdet war, weil mehrere Deckenbalken durch jahrelang eingedrungene Feuchtigkeit beschädigt worden waren. Noch während des Bestehens des Mietverhältnisses im Jahr 2017 machten die Kläger Zahlung von 37.643,09 € nebst Zinsen und die Feststellung geltend, dass die Beklagten alle weiteren Kosten der Schadensbeseitigung durch eindringendes Wasser aufgrund nicht sach- und fachgerechter Ausführung und Umbaumaßnahmen im Badezimmer der Wohnung zu tragen hätten. Sie behaupteten, die auf den Rollstuhl angewiesene Beklagte habe während der letzten 20 Jahre regelmäßig außerhalb der Badewanne geduscht; das Wasser sei durch den unzureichend abgedichteten Fußboden

---

<sup>61</sup> BGH, Urteil vom 31. August 2022 – [VIII ZR 132/20](#) – juris, Leitsatz = MDR 2022, 1336 ff. = NJW 2022, 3419 ff. = WuM 2002 und 20, 668 ff. = NZM 2002 und 20, 908 ff. = ZMR 2023, 24 ff. = Grundeigentum 2022, 1049 ff.

eingedrungen. Die Beklagten redeten Verjährung ein. Gegen die vorinstanzliche Klageabweisung richtete sich die Revision der Kläger.<sup>62</sup>

Die geltend gemachten Schadensersatzansprüche der Kläger (§§ 280 Abs. 1; 1967 BGB) waren nicht verjährt. **Die Anwendung der Verjährungshöchstfrist des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB scheidet neben der vorrangigen abschließenden Sonderregelung des § 548 Abs. 1 BGB aus.** Die sechsmonatige Verjährung nach § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB beginnt unabhängig von der Anspruchsentstehung mit dem Zeitpunkt in dem der Vermieter die Mietsache zurückerhält (§§ 548 Abs. 1 Satz 2; 200 Satz 1 BGB). Deshalb kann die Verjährung der von § 548 Abs. 1 BGB erfassten Ansprüche nicht vor Rückgabe der Mietsache eintreten.<sup>63</sup> Die Sache war nicht entscheidungsreif. Anhand der getroffenen Feststellungen war auch nicht zu beurteilen, ob die Kläger gemäß den **Grundsätzen der sogenannten versicherungsrechtlichen Lösung** verpflichtet waren, die Gebäudeversicherung und nicht die Mieter auf Schadensausgleich in Anspruch zu nehmen. Das führte zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache.<sup>64</sup>

## b)

Im Streit um die **Rückzahlung eines Kautionsguthabens und Nebenforderungen** ging es um die **Geltendmachung von Mieterrechten aus abgetretenem Recht durch eine Inkassodienstleisterin**. Die beklagte Vermieterin hatte das Kautionsguthaben wegen nach ihrer Ansicht geschuldeter, aber nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen am Ende des Mietverhältnisses nicht ausgekehrt.<sup>65</sup> Ein Revisionszulassungsgrund lag nicht vor. Die Rechtsfrage, ob eine Rechtsdienstleistung (§ 2 Abs. 2 Satz 1 RDG) vorliegt, die ein im Rechtsdienstleistungsregister eingetragener Inkassodienstleister erbringen dürfe, soweit es um eine

---

<sup>62</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>63</sup> a.a.O., juris, Rn. 19 ff. m.w.N.

<sup>64</sup> a.a.O., juris, Rn. 39 f.

<sup>65</sup> BGH, Beschluss vom 09. August 2022 – [VIII ZR 298/20](#) – juris, Rn. 1 ff. = NJW-RR 2022, 1525 ff. = NZM 2022, 871 ff. = Grundeigentum 2022, 1149 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Kautionsrückforderung und damit zusammenhängende, möglicherweise im Vordergrund stehende Abwehr von Gegenansprüchen des Vermieters wegen der Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen geht, war nicht entscheidungserheblich. **Die Abtretungserklärung hatte sich auf „etwaige sich aus dem (auch konkludenten) Festhalten des Vermieters an der Geltendmachung meiner/unserer mutmaßlichen Ansprüche auf Durchführung der Schönheitsreparaturen ergebende Schadensersatz-, Herausgabe- oder sonstige Erstattungsansprüche gegen den Vermieter, die Hausverwaltung, Rechtsschutzversicherungen und/oder Dritte“ bezogen. Damit war der Anspruch auf Kautionsrückzahlung nicht abgetreten worden** und ging auch eine nachfolgende Bestätigung einer solchen Abtretung ins Leere.<sup>66</sup> Daher war die Klägerin nicht aktivlegitimiert und stand ihr kein Anspruch zu.<sup>67</sup>

**c)**

Die Klage auf Rückzahlung von Miete nach **Widerruf der auf Abschluss des Mietvertrags gerichteten Willenserklärung** des klagenden Mieters war Gegenstand eines Revisionsverfahrens.<sup>68</sup>

Die Parteien hatten im Januar 2019 **per E-Mail einen Mietvertrag über eine Wohnung** der Beklagten in Berlin geschlossen, ohne dass eine Wohnungsbesichtigung stattgefunden hatte. Im Januar 2020 erklärte der Kläger den **Widerruf** seiner auf Abschluss des Mietvertrags gerichteten Willenserklärung und forderte die Beklagte zur **Erstattung der von ihm gezahlten Miete** auf. Dies lag seiner Klage zugrunde. Die Beklagte erklärte hilfsweise die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Wertersatz für die Überlassung der Wohnung in Höhe des vom Kläger geltend gemachten Rückzahlungsbetrags sowie mit einer Betriebskostennachforderung. Der Kläger berief sich auf Mietminderung wegen Schäden am Parkett der Wohnung sowie

---

<sup>66</sup> a.a.O., juris, Rn. 4, 9 ff.

<sup>67</sup> a.a.O., juris, Rn. 22 ff.

<sup>68</sup> BGH, Beschluss vom 06. Dezember 2022 – [VIII ZR 401/21](#) – juris, Rn. 1 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

wegen eines Wasserschadens. In erster Instanz wurde die Beklagte in Höhe eines Minimalbetrages (1,74 €) nebst Zinsen verurteilt; im Übrigen wurde die Klage aufgrund der erklärten Aufrechnung abgewiesen, wobei eine Kürzung wegen des geltend gemachten Wasserschadens erfolgte. Die Berufung des Klägers führte zur Verurteilung der Beklagten auf Zahlung weiterer 10.363,35 € nebst Zinsen, weil **das Berufungsgericht hinsichtlich der Aufrechnung die Voraussetzungen des § 357 Abs. 8 Satz 1, 2 und 3 BGB in der bis zum 27. Mai 2022 geltenden Fassung (a.F.) verneinte.**<sup>69</sup> Die Revision der Beklagten war unzulässig. Soweit sie die Ausübung des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts (§§ 312c Abs. 1; 312g Abs. 1 BGB) durch den Kläger als treuwidrig ansah und sie deshalb einen darauf gestützten Rückzahlungsanspruch bekämpfte, war die Revision nicht statthaft (§§ 542 Abs. 1; 543 Abs. 1 Nr. 1, 2 ZPO), weil die Revisionszulassung – wirksam beschränkt – allein die im Wege der Aufrechnung verfolgten Gegenforderungen der Beklagten betraf; insoweit fehlte allerdings eine Revisionsbegründung (§ 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO).<sup>70</sup>

## 1.7. Prozessuales

Prozessuale Fragen waren in mehreren Fällen entscheidend.

### a)

Zum Vorliegen der **Voraussetzungen einer Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO) für eine Räumungs- und Herausgabeklage bei Geltendmachung eines Härtegrundes durch den Mieter (§§ 574 ff. BGB)** hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass die Besorgnis, der Mieter werde sich der Verpflichtung zur Räumung und Herausgabe von Wohnräumen im

---

<sup>69</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>70</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 ff. m.w.N.

Sinne des § 259 ZPO entziehen, nach den Umständen des Einzelfalls auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn der Mieter seinen Widerspruch gegen die Kündigung des Mietverhältnisses damit begründet, seine seit der Kündigung unternommene Suche nach Ersatzwohnraum sei bislang erfolglos geblieben, weshalb eine Räumung und Herausgabe der Wohnräume bei Beendigung des Mietverhältnisses für ihn wegen drohender Obdachlosigkeit eine nicht zu rechtfertigende Härte (§ 574 Abs. 2 BGB) darstelle.<sup>71</sup>

Nach übereinstimmender Erledigungserklärung war nur noch über die Kosten zu entscheiden. Der Beklagte hatte der Eigenbedarfskündigung der Kläger mit Anwaltsschreiben fristgerecht widersprochen, weil seine Wohnungssuche bis dahin erfolglos gewesen sei. Da er nach aktuellem Stand zum Ende des Mietverhältnisses obdachlos werde, liege eine nicht zu rechtfertigende Härte (§ 574 Abs. 2 BGB) vor. Wenn sich etwas anderes ergebe, werde er dies mitteilen. Die Kläger beantragten, den Beklagten zur Räumung und Herausgabe der Wohnung „spätestens am 31. März 2021“ zu verurteilen. Die Klage wurde dem Beklagten am 16. März 2021 zugestellt. Am 30. März 2021 zeigte er seine Verteidigungsbereitschaft an und teilte gleichzeitig mit, zwischenzeitlich eine geeignete Wohnung gefunden zu haben. Die Wohnungsrückgabe erfolgte. Nach übereinstimmender Erledigungserklärung mit widerstreitenden Kostenanträgen erlegte das Amtsgericht dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auf. Auf die sofortige Beschwerde des Beklagten wurden die Kläger mit den Kosten des Rechtsstreits belastet. Wegen unterschiedlicher Beurteilung der Anwendbarkeit von § 259 ZPO bei einem Mieterwiderspruch (§ 574 Abs. 2 BGB) in der Instanzrechtsprechung wurde die Rechtsbeschwerde zugelassen.<sup>72</sup>

Der Bundesgerichtshof sah sich an die Zulassung der Rechtsbeschwerde gebunden (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO), obwohl es nicht

---

<sup>71</sup> BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 – [VIII ZB 58/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2023, 93 ff. = NJW 2022, 3778 ff. = WuM 2023, 105 ff. = NZM 2023, 155 ff. = ZMR 2023, 184 ff.

<sup>72</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

Zweck einer Kostenentscheidung nach § 91a ZPO ist, Rechtsfragen von Grundsatzbedeutung zu klären oder das Recht fortzubilden.<sup>73</sup> In der Sache trugen die Erwägungen des Beschwerdegerichts eine Kostenentscheidung (§ 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO) allein zulasten der Kläger nicht.<sup>74</sup> **Die umstrittene Frage, ob es für die Zulässigkeit der Klage auf den Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses oder auf den Zeitpunkt der zustimmenden Erklärung des Prozessgegners ankam, konnte offen bleiben, weil die Klage in beiden Fällen zulässig war.** Im zweiten Fall wäre die Leistung fällig geworden. Im erstgenannten Fall kam es auf § 259 ZPO an, weil die Klage dann auf eine noch nicht fällige, künftige Leistung gerichtet war. **Für die Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung im Sinne von § 259 ZPO gilt kein besonderer Maßstab, wenn es sich beim Schuldner um einen Wohnraummieter handelt, der unter Verweis auf die bislang erfolglose Suche nach Ersatzwohnraum den weiteren Verbleib in den Mieträumen auch für die Zeit nach Beendigung des Mietverhältnisses ankündigt.** Der Beklagte hatte eindeutig zu erkennen gegeben, gegenwärtig und bei weiterer Erfolglosigkeit seiner Wohnungssuche nicht zu einem Auszug aus der Wohnung der Kläger bereit zu sein. Das reicht für § 259 ZPO aus.<sup>75</sup> Da das Berufungsgericht bei seiner Ermessensentscheidung (§ 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO) lediglich auf die rechtsfehlerhaft angenommene Unzulässigkeit der Räumungsklage abgestellt hatte, war eine weitergehende summarische Prüfung nachzuholen.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 m.w.N.

<sup>74</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

<sup>75</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff. m.w.N.

<sup>76</sup> a.a.O., juris, Rn. 39

b)

Eine Leitsatzentscheidung ist zur **Anzeige des Erlöschens der Prozessvollmacht des bisherigen Prozessbevollmächtigten vor Veranlassung der Urteilszustellung im Parteiprozess** ergangen.<sup>77</sup>

Zugrunde lag eine Klage auf Räumung und Herausgabe eines gemieteten Reihenhauses sowie auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nach Zahlungsverzugskündigung. Zwei Tage vor dem Verkündungstermin des Amtsgerichts, gingen dort zwei Schriftstücke ein: Zum einen war dies per Telefax ein maschinenschriftliches, an die Kanzlei ihres Prozessbevollmächtigten adressiertes und auf einige Wochen vorher (04. Oktober 2021) datierendes Schreiben der Beklagten; das Schreiben war handschriftlich mit dem Aktenzeichen des amtsgerichtlichen Verfahrens versehen und enthielt die Kündigungserklärung der Beklagten hinsichtlich „ihres Vertrages“ und den Hinweis, „eine Kontaktaufnahme zum Zwecke der Rückwerbung“ sei nicht erwünscht. Zum anderen handelte es sich um einen Schriftsatz des Beklagtenvertreters, in dem dieser mitteilte, die Beklagte habe mit Schreiben vom 04. Oktober 2021, bei ihm eingegangen per Telefax am Vortag (19. Oktober 2021), das Mandat gekündigt; er vertrete die Beklagte nicht mehr. Er bat die Urteilszustellung und weitere Zustellungen direkt an die Beklagte vorzunehmen. Dieser Schriftsatz gelangte am 21. Oktober 2021 um 11:30 Uhr zur Geschäftsstelle des Amtsgerichts. Die Verkündung des amtsgerichtlichen Urteils war bereits um 11:00 Uhr erfolgt. Der Klage wurde in vollem Umfang stattgegeben. Die Geschäftsstelle veranlasste am 22. Oktober 2021 die Zustellung der Urteilsabschrift an die Beklagte persönlich; die Beklagte erhielt die Zustellung am 23. Oktober 2021. Mit am 24. November 2021 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz legte die Beklagte vertreten durch einen anderen Rechtsanwalt Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil ein und meinte, die Berufung sei nicht verfristet. Die

---

<sup>77</sup> BGH, Beschluss vom 08. November 2022 – [VIII ZB 21/22](#) – juris = MDR 2023, 318 f. = FamRZ 2023, 296 ff.

Zustellung des Urteils an sie sei entgegen § 172 Abs. 1 Satz 1 ZPO erfolgt und der Lauf der Berufungseinlegungsfrist nicht ausgelöst worden, weil trotz der Mandatskündigung die Prozessvollmacht ihres früheren Rechtsanwalts nicht erloschen gewesen sei. Das Berufungsgericht wies den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten zurück und verwarf die Berufung als unzulässig, wogegen die Beklagte mit der Rechtsbeschwerde vorging.<sup>78</sup>

Die Rechtsbeschwerde war unzulässig. Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO lagen nicht vor. Der Beschluss des Berufungsgerichts verletzte die Beklagte nicht in ihren Ansprüchen auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) oder auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Das Berufungsgericht hatte richtig erkannt, dass die einmonatige Berufungsfrist (§ 517 Halbs. 1 ZPO) bei Eingang der Berufungsschrift der Beklagten bereits abgelaufen war. **Die Zustellung des amtsgerichtlichen Urteils an die Beklagte hatte die Berufungsfrist ausgelöst. Die Notwendigkeit einer Zustellung an den Prozessbevollmächtigten endet im Parteiprozess mit der Anzeige des Erlöschens der Prozessvollmacht gegenüber dem Gericht.** § 87 Abs. 1 Alt. 1 ZPO gilt im Rahmen des § 172 ZPO auch dann, wenn es nur noch um die Zustellung eines den Rechtszug abschließenden Urteils geht. **Allerdings bedeutet dies nicht, dass ab diesem Zeitpunkt Zustellungen ausschließlich an die Partei persönlich vorgenommen werden dürften und eine an den empfangsbereiten und gemäß § 87 Abs. 2 ZPO vertretungsberechtigten Anwalt vorgenommene Zustellung unwirksam wäre.** Hier war die Anzeige des Erlöschens der Prozessvollmacht des früheren Rechtsanwalts der Beklagten noch vor Veranlassung der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils erfolgt. Die Anzeige (§ 87 Abs. 1 Alt. 1 ZPO) konnte zwar mangels Eindeutigkeit nicht schon in dem beim Amtsgericht noch vor der Urteilsverkündung eingegangenen Schreiben der Beklagten gesehen werden. Demgegenüber war der am selben Tage

---

<sup>78</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

eingegangene Schriftsatz des früheren Prozessbevollmächtigten der Beklagten eindeutig in Richtung eines Erlöschens der Prozessvollmacht. Daher konnte die Zustellung wirksam an die Beklagte direkt erfolgen.<sup>79</sup> Eine Unwirksamkeit der Zustellung des amtsgerichtlichen Urteils an die Beklagte ergab sich auch nicht wegen wesentlicher Abweichungen der zugestellten Abschrift von der Urteilsurschrift. Die zunächst zugestellte Entscheidung muss insgesamt klar genug sein, um die Grundlage für die Entschließungen und das weitere Handeln der Parteien sowie für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts zu bilden. Das war gegeben. Eine sprachliche Unvollständigkeit des Entscheidungstextes, in dem die Sätze teilweise über den Seitenrand hinausliefen und damit nicht vollständig abgedruckt wurden, lag sowohl bei der Abschrift als auch bei der Urschrift vor. Diese Unvollständigkeit bezog sich allein auf eine Passage des amtsgerichtlichen Tatbestandes. Das Verständnis wurde dadurch nicht vereitelt.<sup>80</sup>

**c)**

Anhand einer Streitigkeit über die Räumung und Herausgabe einer Mietwohnung hat der Bundesgerichtshof noch einmal ausgesprochen, dass **ein die Berufung nach § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO verwerfender Beschluss** jedenfalls die **die Verwerfung tragenden Feststellungen** enthalten muss, weil andernfalls dem Rechtsbeschwerdegericht die Überprüfung der Entscheidung nicht möglich ist.<sup>81</sup> Der Beschluss genügt nicht den gebotenen Anforderungen, wenn das Gericht in dessen Gründen lediglich ausführt, dass die Berufungsbegründung nicht fristgerecht eingegangen sei, ohne die prozessualen Vorgänge, aufgrund derer es zu dieser Würdigung gelangt ist, wiederzugeben.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 ff. m.w.N.

<sup>80</sup> a.a.O., juris, Rn. 32 ff. m.w.N.

<sup>81</sup> BGH, Beschluss vom 22. November 2022 – [VIII ZB 28/21](#) – juris, Leitsatz und Rn. 1 ff. m.w.N. = NJW-RR 2023, 208 f. = WuM 2023, 49 f. = FamRZ 2023,369; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>82</sup> a.a.O., juris, Orientierungssatz und Rn. 7 m.w.N.

**d)**

In einem Verfahren über die Zahlung rückständiger Miete bzw. widerklagend geltend gemachter Rückzahlung überzahlter Miete hatte das Amtsgericht der Klage überwiegend stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Landgericht hatte die **Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen**. Sie sei nicht fristgerecht in der gebotenen Form begründet worden, weil es an der **eigenhändigen Unterschrift des Rechtsanwalts** fehle (**§§ 520 Abs. 5; 130 Nr. 6 ZPO**). Die Berufungsbegründung war von einem Rechtsanwalt unterschrieben, jedoch **mit dem Zusatz versehen** „**unterzeichnend für den vom Kollegen verfassten und verantworteten Schriftsatz als Kammervertreter**“. Damit sei zum Ausdruck gebracht worden, dass der unterzeichnende Rechtsanwalt den Inhalt des von ihm unterzeichneten Schriftsatzes nicht verantworten wollte, so dass es im Ergebnis an der Unterschrift eines Rechtsanwalts fehle, der für den Inhalt der Berufungsbegründungsschrift die Verantwortung übernehme.<sup>83</sup> Hiergegen beantragte die Beklagte erfolglos beim Bundesgerichtshof Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Rechtsbeschwerde (§ 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO). Es fehlte hinreichende Aussicht auf Erfolg der beabsichtigten Rechtsverfolgung (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Berufungsbegründung hatte nicht den Anforderungen der §§ 520 Abs. 5; 130 Nr. 6 ZPO genügt, weil sich der unterzeichnende Rechtsanwalt von dem unterschriebenen Schriftsatz distanziert hatte.<sup>84</sup>

**e)**

Zwei Fälle betrafen den Wert der Beschwer

**aa)**

**Am Nichterreichen des Wertes der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer von mehr als 20.000,00 € scheiterte die**

---

<sup>83</sup> BGH, Beschluss vom 06. Dezember 2022 – [VIII ZA 12/22](#) – juris, Rn. 1 ff. = MDR 2023, 183 f. = NJW 2023, 614 = NJW-RR 2023, 209 f. = FamRZ 2023, 369 f. = AnwBl 2023, 176.

<sup>84</sup> a.a.O., juris, Rn. 4 ff. m.w.N.

**Nichtzulassungsbeschwerde eines wegen eines behaupteten Verstoßes gegen die Begrenzung der Miethöhe (§ 556d BGB i.V.m. der Berliner Mietenbegrenzungsverordnung vom 28. April 2015) in Anspruch genommenen Vermieters.**<sup>85</sup> Das Wohnraummietverhältnis bestand seit November 2017. Die Wohnung lag nach der anzuwendenden Berliner MietenbegrenzungsVO in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt. Nach der getroffenen Staffelmietvereinbarung war eine Erhöhung der Miete ab November 2019 auf 838,00 € und ab November 2021 auf 877,00 € vorgesehen. Im vorangegangenen Mietverhältnis hatte die Miete ab Februar 2016 562,00 € und ab Februar 2018 586,00 € betragen. Nach vorprozessualer Rüge des Klägers gegenüber dem Beklagten (§§ 556d ff.; 556g Abs. 2 BGB) klagte er auf Feststellung, dass die geschuldete Miete ab Februar 2020 einen Betrag von monatlich 562,00 € netto nicht übersteige. Die Klage war in erster Instanz erfolgreich. Nach dem Hinweis des Berufungsgerichts, es beabsichtige die Berufung des Beklagten durch Beschluss (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) zurückzuweisen, reichte der Beklagte innerhalb der Stellungnahmefrist Widerklage auf Feststellung, dass die vom Kläger geschuldete Miete für die streitgegenständliche Wohnung ab November 2021 877,00 € betrage, ein. Das Berufungsgericht stellte die Widerklage dem Kläger nicht zu und wies die Berufung des Beklagten mit Beschluss zurück. Hiergegen richtete sich die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten.<sup>86</sup>

Der erforderliche Wert (über 20.000,00 €) der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) war nicht erreicht, weshalb die Nichtzulassungsbeschwerde unzulässig war. Das maßgebliche Interesse des Beklagten an der Abänderung der Entscheidung des Berufungsgerichts ergab sich aus seinem Ziel, das Klageabweisungsbegehren und die Widerklage in vollem Umfang weiterzuverfolgen. Der dreieinhalbfache Wert des einjährigen Differenzbetrags (§§ 3; 9 ZPO) belief sich auf 13.230,00 €. **Dass der Beklagte sich außerdem dagegen wenden wollte,**

---

<sup>85</sup> BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2022 – [VIII ZR 362/21](#) – juris = Grundeigentum 2022, 1307 ff.

<sup>86</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

**dass das Bundesgericht über die von ihm eingereichte Widerklage nicht entschieden hatte, führte nicht zu einer berücksichtigungsfähigen eigenen Beschwer, weil Klage und Widerklage wirtschaftlich identisch waren, weshalb keine Wertaddition erfolgte.** Lediglich ergänzend wies der Bundesgerichtshof darauf hin, dass auch ein Revisionszulassungsgrund nicht ersichtlich sei.<sup>87</sup>

**bb)**

Ebenfalls nicht erreicht war der erforderliche **Mindestwert der Beschwer** (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) im Falle der Nichtzulassungsbeschwerde der Mieter eines Einfamilien-Reihenhauses in einer unter Denkmalschutz stehenden Wohnanlage in Berlin, die sich gegen ihre **Verurteilung unter Androhung von Ordnungsmitteln, verschiedene Modernisierungs- und Instandsetzungsarbeiten zu dulden** und den Handwerkern Zutritt zur Ausführung dieser Arbeiten zu gewähren, zur Wehr setzen wollten. Der Streitwert für das Berufungsverfahren hatte 16.322,28 € betragen.<sup>88</sup>

Der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer betrug maximal 10.458,36 €. Hinsichtlich der Verurteilung zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen war die Beschwer nach dem dreieinhalbfachen des infolge der Modernisierung zu erwartenden Jahresbetrages der Mieterhöhung zu bemessen (§ 3 ZPO i.V.m. den Grundsätzen von § 9 ZPO). Eine Erhöhung im Hinblick auf die Einsparung ohne die Modernisierung fälliger Instandsetzungsmaßnahmen und eine ohne die Instandsetzung anzunehmende fiktive Mietminderung trat nicht ein, weil ein diesbezüglicher Kostenanteil nicht auf den Mieter umgelegt werden kann. Für die Duldung von Instandsetzungsmaßnahmen war die Beschwer im Wege der Schätzung angesichts der mit den Arbeiten voraussichtlich einhergehenden Unbewohnbarkeit des Hauses für ca. dreieinhalb Monate unter Zugrundelegung

---

<sup>87</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 ff. m.w.N.

<sup>88</sup> BGH, Beschluss vom 06. Dezember 2022 – [VIII ZR 30/22](#) – juris, Rn. 1 ff., parallel liegend: BGH, Beschlüsse vom 06. Dezember 2022 – [VIII ZR 33/22](#) und [VIII ZR 36/22](#) – juris sowie Beschluss vom 15. November 2022 – [VIII ZR 26/22](#) – juris, Rn. 1 ff. m.w.N.

einer monatlichen Nettokaltmiete von 556,10 € (nebst Nebenkosten) mit nicht mehr als 3.000,00 € zu bemessen. Dass die Klägerin den Beklagten die Beschaffung von Ersatzwohnraum für diesen Zeitraum angeboten hatte, wirkte sich nicht aus.<sup>89</sup>

f)

In einer **Kostenentscheidung nach übereinstimmender Erledigungserklärung (§ 91a ZPO) in einem Räumungsrechtsstreit** hat der Bundesgerichtshof die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben, weil nach der gebotenen summarischen Prüfung offen war, welche Partei im Rechtsstreit voraussichtlich unterlegen wäre.<sup>90</sup> **Die Parteien hatten über die Wirksamkeit einer Befristung ihres Wohnraummietverhältnisses gestritten**, wofür es darauf ankam, ob der erwachsene Sohn der klagenden Vermieterin nach Auszug der Beklagten in die Wohnung einziehen wollte. Die beklagten Mieter machten mit Hilfswiderklage einen Anspruch auf Zustimmung zur Verlängerung des Mietverhältnisses geltend. Das Amtsgericht hatte den Sohn der Klägerin dazu als Zeugen vernommen und danach die Klage mit der Begründung abgewiesen, es habe keine wirksame Befristung des Mietvertrages vorgelegen, weil die Befristungsgründe im Mietvertrag nur formelhaft wiedergegeben seien. Nach Zustellung des Urteils kündigte die Klägerin das Mietverhältnis vorsorglich wegen Eigenbedarfs ihres Sohnes. Die Berufung der Klägerin führte zum Erfolg der Räumungs- und Herausgabeklage; die Widerklage wurde abgewiesen. Dabei hatte das Berufungsgericht ohne erneute Vernehmung, aufgrund der in erster Instanz protokollierten Zeugenaussage des Sohnes dessen eigenen Nutzungswunsch angenommen. In der Revisionsinstanz erklärten die Parteien übereinstimmend die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache.<sup>91</sup> Auch im Revisionsverfahren kann eine Erledigung der Hauptsache noch erklärt werden. **Der Ausgang des Rechtsstreits war offen, weil das**

---

<sup>89</sup> BGH, Beschluss vom 06. Dezember 2022 – [VIII ZR 30/22](#) – juris, Rn. 5 ff.

<sup>90</sup> BGH, Beschluss vom 02. August 2022 – [VIII ZR 314/20](#) – juris, Rn. 7 ff.

<sup>91</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

**Berufungsgericht den erstinstanzlich bereits als Zeugen vernommenen Sohn der Klägerin erneut hätte vernehmen müssen (§ 398 ZPO).**

Das Amtsgericht hatte eine Beweiswürdigung nicht vorgenommen, weil es die Befristung des Mietvertrages aus anderen Gründen für unwirksam gehalten hatte. Infolgedessen hatte es sich nicht mit der Glaubwürdigkeit des Zeugen auseinandergesetzt, so dass das Berufungsgericht gehalten gewesen wäre, sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen. Da das Ergebnis der gebotenen erneuten Vernehmung des Zeugen offen war, entsprach es billigem Ermessen, die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben.<sup>92</sup>

**g)**

**Klargestellt hat der Bundesgerichtshof, dass die klageweise Geltendmachung von Ansprüchen als Mieter einer gemeinsam genutzten Ehe- wohnung gegen den Vermieter auf Schadensersatz, Aufwendungser- satz, Mangelbeseitigung und Feststellung einer Mietminderung eine „persönliche Angelegenheit“ im Sinne von § 1360a Abs. 4 BGB betrifft.**

Der Ehemann (Kläger zu 1) konnte die maßgeblichen voraussichtlichen Kosten aufbringen (§ 115 Abs. 1, 2 und 4 ZPO). Dies wirkte sich auch auf die (fehlende) Berechtigung der Ehefrau (Klägerin zu 2) auf Prozesskosten- hilfe aus, weil ihr ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss gegen ihren Ehemann zustand (§§ 1360; 1360a Abs. 4 BGB).<sup>93</sup>

## **2.**

### **Gewerbliches Miet- und Pachtrecht, Leasingrecht**

Zuständig hierfür ist der XII. Zivilsenat, für Leasingrecht der VIII. Zivilsenat.

---

<sup>92</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 ff. m.w.N.

<sup>93</sup> BGH, Beschluss vom 04. Oktober 2022 – [VIII ZA 9/22](#) – juris, Rn. 2 ff.

## 2.1. Gewerbliches Mietrecht

Zum gewerblichen Mietrecht sind mehrere Entscheidungen ergangen.

a)

Auch in diesem Berichtszeitraum war der Bundesgerichtshof mit den **Folgen der COVID-19-Pandemie** für das Mietrecht befasst.

aa)

Erneut hat er ausgesprochen, dass eine durch die **COVID-19-Pandemie bedingte Betriebsbeschränkung eines Einzelhandelsgeschäfts nicht zu einem Mangel der Mietsache (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB) führt**. Dem Vermieter wird dadurch die vertraglich geschuldete Leistung zu Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand auch nicht ganz oder teilweise unmöglich.<sup>94</sup> **Im Falle einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruht, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB in Betracht.**<sup>95</sup> Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, sind auch die **finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat. Zudem ist zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang der Mieter in der Zeit der Nutzungsbeschränkungs aufwendungen, etwa infolge geleisteter Kurzarbeit, erspart hat.**<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> BGH, Urteil vom 13. Juli 2022 – [XII ZR 75/21](#) – juris, Leitsatz 1 m.w.N. = BGHZ 234, 229 ff. = MDR 2022, 1209 ff. = NJW-RR 2022, 1303 ff. = NZM 2022, 802 ff. = ZMR 2022, 957 ff. = Grundrecht 2022, 1002 = WM 2022, 1756 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>95</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2 m.w.N.

<sup>96</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3.

Der Streit ging um restliche Gewerberaummiete für Mai 2020 für ein Ladenlokal (Brot- und Backwaren-Filiale mit Kaffeebetrieb). Das zuständige Landesministerium hatte aufgrund § 28 Abs. 1 IfSG die Schließung aller Cafés angeordnet. Nach erlaubter Wiedereröffnung reduzierte die Beklagte die vor Ausbruch der Pandemie vorhandenen Plätze im Cafébereich wegen geltender Abstandsregelungen. Das führte zu erheblichen Umsatzeinbußen. Deshalb kürzte die Beklagte für diese Zeit die Miete um 20% und verlangte die Anpassung des Mietvertrages (§ 313 BGB). Der Kläger begehrte die einbehaltene Miete und Nebenforderungen.<sup>97</sup>

Der Kläger hatte Anspruch auf Zahlung der restlichen Miete. Einschränkungen der Nutzbarkeit einer Mietsache durch die zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie angeordneten hoheitlichen Maßnahmen begründen keinen Mangel der Mietsache (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB). **Dies gilt auch für die aufgrund der geltenden Abstandsregelungen nach Wiedereröffnung reduzierte Nutzbarkeit.** Auch dass die Nutzung des Cafébereichs nach Wiedereröffnung mit erheblichen Gesundheitsgefahren verbunden gewesen sei, drang nicht durch. Auch das betrifft allein die Verwendung des Mietobjekts durch die Beklagte und hatte keinen Bezug zur konkreten Beschaffenheit, den Zustand oder der Lage der Mietsache. **Der vereinbarte Nutzungszweck der Mietsache änderte nichts. Für öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen, Verbote oder Gebrauchshindernisse, die sich aus betriebsbezogenen Umständen ergeben oder in der Person des Mieters ihre Ursache haben, hat der Vermieter ohne anderslautende Vereinbarung nicht einzustehen.** Dem Vermieter war es auch in der Zeit, in der die Beklagte den Betrieb ihres Stehkaffees einstellen musste, nicht unmöglich, der Mieterin den Gebrauch der Mietsache entsprechend dem vereinbarten Mietzweck zu gewähren; er hat seine geschuldete Leistung (§ 535 Abs. 1 BGB) erbracht. Eine Einstandspflicht für den Fall hoheitlich angeordneter Betriebsuntersagungen und -beschränkungen

---

<sup>97</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

im Falle einer Pandemie hatte er mangels entsprechender Vereinbarung nicht übernommen. **Die Verpflichtung der Beklagten zur Mietzahlung entfiel auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass der Mietvertrag aufgrund der hoheitlichen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung auf einen verbotenen Erfolg (§ 134 BGB) gerichtet gewesen sei.** Die Pandemieschutzregelungen knüpften an die Nutzungsart und den damit verbundenen Publikumsverkehr an, was allein das Verwendungsrisiko des Mieters betraf. **Der Bundesgerichtshof hat auch einen Anspruch der Beklagten auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage § 313 Abs. 1 BGB) verneint,** weil der Kläger nicht das alleinige Verwendungsrisiko für den Fall von pandemiebedingten Betriebsschließungen oder Betriebsbeschränkungen des Geschäfts übernommen hatte. Nach der umfassenden Einzelfallabwägung war der Mieterin nach der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht unzumutbar. Dabei waren auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich pandemiebedingter Nachteile erhalten hatte. Die Beklagte hatte zu den staatlichen Leistungen und den Einsparungen (beispielsweise infolge von Kurzarbeit eingesparte Lohnkosten) nicht hinreichend vorgetragen, sondern nur geltend gemacht, in der betroffenen Filiale sei ein Umsatzrückgang von 20% zu verzeichnen gewesen.<sup>98</sup>

**bb)**

Der Streit hinsichtlich eines **Friseursalons mit Boutique und Räumen zur Erbringung von Kosmetikdienstleistungen** war ähnlich gelagert. Vor dem Hintergrund der umfangreichen behördlichen Auflagen hatten die Beklagten die Mieten für die von ihnen angemieteten Gewerberäume für März 2020 vollständig gezahlt, für April 2020 unter Abzug einer Gutschrift aus der Nebenkostenabrechnung für 2018/2019 entrichtet und für Mai, Juni und Juli 2020 nicht gezahlt. Der Vermieter klagte auf Zahlung der ausstehenden

---

<sup>98</sup> a.a.O., juris, Rn. 20 ff. m.w.N.

Mieten, während die Beklagten meinten, diese wegen Wegfalls der vereinbarten Nutzungsmöglichkeit nicht zu schulden sowie einen Rückzahlungsanspruch für die von 23. März 2020 bis Ende April 2020 bezahlte Mieten zu haben.<sup>99</sup> **Die Miete war wegen der Einschränkungen durch die Corona-Schutzverordnungen weder gemindert (§ 536 Abs. 1 BGB) noch waren die Beklagten nach § 326 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der vom Kläger geschuldeten Leistung (§ 275 Abs. 1 BGB) teilweise von ihrer Zahlungsverpflichtung freigestellt. Auch ein Anspruch auf Anpassung des Mietvertrages (§ 313 Abs. 1 BGB) auf Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Miete bestand nicht.**<sup>100</sup>

**b)**

Erfolgreich war die Nichtzulassungsbeschwerde einer in zweiter Instanz mit ihrem Räumungs- und Herausgabeverlangen unterlegenen Gewerberaumvermieterin. Sie hatte sich auf zwei außerordentliche Kündigungen gestützt. Die vermieteten Räume wurden seit 2008 zum Betrieb einer Privatklinik für kosmetische Behandlungen genutzt, und zwar bis Februar 2014 durch die Beklagte zu 2 als Mieterin; danach hatte die Beklagte zu 1 die Räume angemietet und diese an die Beklagten zu 2 und 3 untervermietet. Die Beklagte zu 1 verfügte anders als die Beklagte zu 3 nicht über eine gewerbliche Erlaubnis (§ 30 Abs. 1 Satz 1 GewO) zum Betrieb einer Klinik. Wegen des Fehlens einer gewerblichen Erlaubnis und außerdem eines angeblichen Verstoßes gegen eine Unterlassungserklärung und Nichtzahlung einer angeblich verwirkten Vertragsstrafe kündigte die Klägerin im August 2019 das mit der Beklagten zu 1 bestehende Mietverhältnis fristlos. Die in erster Instanz gegen die Beklagten erfolgreiche Räumungs- und Herausgabeklage wurde in zweiter Instanz abgewiesen, nachdem die Klägerin in der Berufungserwiderung erneut die außerordentliche Kündigung

---

<sup>99</sup> BGH, Urteil vom 23. November 2022 – [XII ZR 96/21](#) – juris, Rn. 1 ff. = MDR 2023, 155 f. = NJW-RR 2023, 164 ff. = Grundeigentum 2023, 185 ff. = WM 2023, 348 ff.

<sup>100</sup> a.a.O., juris, Leitsätze 1 – 3 und Rn. 13 ff. m.w.N.

erklärte, weil die Beklagte zu 1 ab Juni 2020 keinerlei Miete mehr gezahlt habe.<sup>101</sup>

Das Berufungsgericht hatte einen wichtigen Kündigungsgrund (§ 543 Abs. 1 BGB) nicht darin gesehen, dass die Beklagte zu 1 keine Konzession (§ 30 GewO) gehabt habe, weil sie zur Einholung einer solchen Konzession nach dem Mietvertrag nicht verpflichtet gewesen sei, sondern lediglich zur Einhaltung baurechtlicher Vorschriften. **Die Nichtzulassungsbeschwerde war erfolgreich, weil die Berufungsentscheidung auf einer Gehörsverletzung der Klägerin (Art. 103 Abs. 1 GG) beruhte.** Das Berufungsgericht hatte zugrunde gelegt, dass die Mietzahlungen erst nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils und zu einem Zeitpunkt eingestellt wurden, als die Räume bereits weitgehend geräumt waren, weshalb darauf geschlossen werden musste, dass das Berufungsgericht das **Vorbringen der Klägerin nicht zur Kenntnis genommen hatte, die Mietzahlungen seien bereits im Juni 2020 eingestellt worden.** Für diese Zeit war allerdings nicht festgestellt, dass die Gewerberäume schon weitgehend geräumt gewesen wären.<sup>102</sup>

**c)**

Anlässlich des Streits um Schadensersatz **hat der Bundesgerichtshof bekräftigt, dass von einer erneuten mündlichen Anhörung des Sachverständigen nicht abgesehen werden kann, wenn das Berufungsgericht dessen Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will. Das gilt grundsätzlich auch bei vom Tatrichter in Anspruch genommener eigener Sachkunde.**<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> BGH, Beschluss vom 24. August 2022 – [XII ZR 76/21](#) – juris, Rn. 1 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>102</sup> a.a.O., juris, Rn. 9 ff.

<sup>103</sup> BGH, Urteil vom 19. Oktober 2022 – [XII ZR 97/21](#) – juris, Leitsatz = NJW-RR 2023, 297 ff. = ZMR 2023, 187 ff.

**d)**

Die **unzureichende Begründung der Berufung** innerhalb der Berufungsbegründungsfrist führte zum Scheitern einer Rechtsbeschwerde gegen die Verwerfung der Berufung der auf Räumung und Herausgabe einer Wohnung in Anspruch genommenen beklagten Mieterin. Das Berufungsgericht hatte zwar Verfahrensgrundrechte der Beklagten (Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG); Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip)) verletzt, weil es das Vorbringen der Beklagten nicht hinreichend beachtet hatte. Indem das Berufungsgericht gar nicht in Erwägung gezogen hatte, der Schriftsatz der Beklagten zur Begründung könnte sowohl hinsichtlich des Vollstreckungsschutzantrags als auch der Berufung bestimmt gewesen sein, hatte es sich einer zutreffenden Auslegung dieses Vorbringens verschlossen. Indessen stellte sich die Entscheidung des Berufungsgerichts aus anderen Gründen als richtig dar. **Die Ausführungen der Beklagten innerhalb der Berufungsbegründungsfrist erfüllten nicht die Anforderungen an eine Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 3 ZPO).** Die Beklagte hatte lediglich ihren Krankheitszustand beschrieben und ihre daraus folgende Handlungsunfähigkeit geltend gemacht. Ein inhaltlicher Bezug zu den tragenden Gründen des angegriffenen Urteils fehlte.<sup>104</sup>

**e)**

**Zum Wert des Beschwerdegegenstands im Fall der Klage eines Mieters auf Erteilung einer ordnungsgemäßen Nebenkostenabrechnung hat der Bundesgerichtshof eine Leitsatzentscheidung getroffen.**<sup>105</sup> Die Rechtsbeschwerde der Kläger war unzulässig (§ 574 Abs. 2 ZPO). Das für die Bemessung des Werts des Beschwerdegegenstands (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) maßgebliche Interesse des Rechtsmittelklägers am Erfolg seines

---

<sup>104</sup> BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2022 – [VIII ZB 43/22](#) – juris, Rn. 1 ff. = Grundeigentum 2023, 1889 ff.

<sup>105</sup> BGH, Beschluss vom 24. August 2022 – [XII ZB 548/20](#) – juris, Leitsatz = MDR 2022, 1298 f. = NJW-RR 2022, 1379 f. = WuM 2022, 628 f. = NZM 2022, 833 ff. = ZMR 2022, 956 f. = Grundeigentum 2022, 1052 f. = DWW 2022, 327 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Rechtsmittels richtet sich nach dem wirtschaftlichen Interesse am Erfolg des Rechtsmittels. **Begehrt ein Mieter mit dem Rechtsmittel eine Verurteilung des Vermieters zur Erteilung einer ordnungsgemäßen Nebenkostenabrechnung, ist sein Interesse an einem sich möglicherweise aus der Abrechnung ergebenden Rückzahlungsanspruch entscheidend. Da allerdings nur ein vorbereitender Anspruch auf Rechnungslegung und damit auf Auskunft geltend gemacht wird, ist lediglich ein Bruchteil des Zahlungsanspruchs in Ansatz zu bringen.** Insoweit gilt für Mietverhältnisse über Gewerberäume derselbe Maßstab wie bei Wohnräumen.<sup>106</sup>

## 2.2. Sonstiges Mietrecht

Auch mit sonstigem Mietrecht war der Bundesgerichtshof befasst.

### a)

Zu berichten ist über Entscheidungen des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs über **Bezahlung einer Maut für die Benutzung ungarischer Autobahnen.**<sup>107</sup>

### aa)

**Die nicht vorab entrichtete ungarische Straßenmaut kann gegen einen inländischen Halter des Fahrzeugs vor den deutschen Zivilgerichten geltend gemacht werden.**<sup>108</sup> Die Bestimmungen des ungarischen Rechts verstoßen weder hinsichtlich der in § 15 Abs. 2 des ungarischen

---

<sup>106</sup> a.a.O., juris, Orientierungssatz und Rn. 5 ff. m.w.N.

<sup>107</sup> BGH, Urteil vom 28. September 2022 – [XII ZR 7/22](#) – juris = MDR 2023, 89 ff. = NJW 2022, 3644 ff. = ZIP 2022, 2393 ff. = DAR 2022, 692 ff. = AnwBI 2023, 112; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt und Urteil vom 07. Dezember 2022 – [XII ZR 34/22](#) – juris = MDR 2023, 289 ff.

<sup>108</sup> BGH, Urteil vom 28. September 2022 – [XII ZR 7/22](#) – juris, Leitsatz 1.

Straßenverkehrsgesetzes angeordneten alleinigen Schuldnerschaft des Fahrzeughalters noch hinsichtlich der in § 7/A Abs. 10 und Anlage 1 der Mautverordnung bestimmten Grundersatzmaut sowie der erhöhten Zusatzgebühr gegen den deutschen *ordre public*.<sup>109</sup>

**Zugleich hat der Bundesgerichtshof im Anschluss an bestehende Rechtsprechung ausgesprochen, dass Fremdwährungsschulden als solche, also in fremder Währung, einzuklagen sind und eine auf die falsche Währung gerichtete Zahlungsklage abzuweisen ist.**<sup>110</sup>

Klägerin war die ungarische Gesellschaft, deren Geschäftszweck die Eintreibung der ungarischen Autobahnmaut ist. Mit Fahrzeugen der Beklagten, einer im Inland ansässigen Autovermietung, wurde im Jahr 2017 insgesamt fünfmal ein Abschnitt der ungarischen Autobahn befahren, wofür nach ungarischen Recht eine Straßenmaut zu entrichten ist. Schuldner der Maut ist nach ungarischem Recht der Fahrzeughalter. Sofern nicht vor Nutzung eine virtuelle Vignette erworben wird, ist eine Grundersatzmaut von 14.875 ungarischen Forint (HUF) zu entrichten bzw. bei Zahlung später als 60 Tage nach Zahlungsaufforderung 59.500 HUF. Vor den deutschen Gerichten machte die Klägerin die Zahlung von 958,95 € nebst Zinsen und außergerichtlichen Inkassokosten geltend.<sup>111</sup>

Zu Unrecht hatten die Vorinstanzen keine Feststellungen zur Berechtigung der Klägerin getroffen, die Zahlungen in inländischer Währung zu fordern. Die Klage war zulässigerweise am Sitz der Beklagten erhoben worden (Art. 1 Abs. 1; 4 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1215/2012 des europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen/EuGVVO). Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten war

---

<sup>109</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>110</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3 m.w.N.

<sup>111</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

eröffnet. Es handelte sich nach maßgeblichem inländischem Rechtsverständnis nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Die Beitreibung der ungarischen Straßenmaut betrifft ein **privatrechtliches Rechtsverhältnis im Sinne der EuGVVO**. Das nach Art. 1 Abs. 1 Rom I-VO zu bestimmende anwendbare ungarische Recht enthielt keinen Verstoß gegen den deutschen ordre public.<sup>112</sup> Erfolgreich war die Revision allerdings, weil das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung einer Geldschuld in inländischer Währung verurteilt hatte. Fremdwährungsschulden sind als solche, also in fremder Währung einzuklagen. Eine auf falsche Währung gerichtete Zahlungsklage wäre deshalb abzuweisen. Die Frage, in welcher Währung vertragliche Zahlungsansprüche geschuldet sind, richtet sich nach dem Vertragsstatut. Dazu hatten die Vorinstanzen keine Feststellungen getroffen. Zur Aufklärung wurde die Berufungsentscheidung aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.<sup>113</sup>

**bb)**

Die Bestimmungen des ungarischen Rechts über die Erhebung einer Straßenmaut verstoßen auch hinsichtlich der Regeln für die **Angabe eines falschen Länderkennzeichens** nicht gegen den deutschen ordre public.<sup>114</sup>

Der rechtsgültige Erwerb der Straßenbenutzungsberechtigung setzte nach § 4 Abs. 2a ungarische MautVO die Eingabe sowohl des Kennzeichens als auch des Länderkennzeichens des berechtigten Fahrzeugs voraus. Das eingegebene Länderkennzeichen stimmte nicht mit dem des Fahrzeugs des Beklagten überein. Somit durfte der Beklagte die betreffenden Straßenabschnitte nicht berechtigt befahren. Der Anwendung der Vorschriften des ungarischen Rechts stand nicht Art. 21 Rom I-VO entgegen, weil ein ordre public-Verstoß nicht vorlag. Dafür kommt es auch darauf an, dass der zu prüfende Sachverhalt überhaupt einen Inlandsbezug hat, und wie stark

---

<sup>112</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff.

<sup>113</sup> a.a.O., juris, Rn. 37 ff. m.w.N.

<sup>114</sup> BGH, Urteil vom 07. Dezember 2022 – [XII ZR 34/22](#) – juris, Leitsatz = MDR 2023, 289 ff.

dieser ausgeprägt ist. Hier bestand ein starker Auslandsbezug, indem das Vertragsverhältnis in Ungarn begründet und die charakteristische Leistung in Ungarn erbracht worden war. Ein Inlandsbezug bestand nur gering durch Zulassung des Fahrzeugs auf einen Halter im Inland. Daher führte die Anwendung des ausländischen Rechts nicht zu einem Ergebnis, das mit wesentlichen Grundsätzen des inländischen Rechts offensichtlich unvereinbar wäre. Es lag ein gewöhnliches Vertragsentgelt im nachträglichen Bezahlmodus vor, nicht aber ein Strafschadensersatz in Form einer (zweiten) Vertragsstrafe. Der Beklagte wurde auch nicht dadurch ordre public-widrig benachteiligt, dass er Vignetten vorab erworben und dabei lediglich das Länderkennzeichen falsch angegeben hatte, zumal bereits die Möglichkeit zur Korrektur des Länderkennzeichens innerhalb von 60 Kalendertagen nach Beginn der Gültigkeitsdauer der Straßennutzungsberechtigung bzw. nach Erhalt der Aufforderung zur Zahlung der Zusatzgebühr bestand. Die Korrektur war auch nicht unzumutbar erschwert.<sup>115</sup> Da ein Fahrzeug erst durch Kombination von Kennzeichen und Länderkennzeichen eindeutig individualisiert wird, entspricht es berechtigtem Interesse, die Straßenbenutzungsberechtigung nur für dergestalt eindeutig individualisierte Fahrzeuge zu erteilen.<sup>116</sup> Die Vervielfachung der betragsmäßig geringen Ausgangsmaut um das Zwanzigfache widersprach nicht offensichtlich hiesigen Rechtsgrundsätzen, sondern hielt sich noch im Rahmen der von inländischen Beförderungsunternehmen geltend zu machenden erhöhten Beförderungsentgelten.<sup>117</sup> Im Übrigen folgte die Entscheidung der vorangehend dargestellten Linie hinsichtlich der Behandlung von Fremdwährungsschulden.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> a.a.O., Rn. 17 ff. m.w.N.

<sup>116</sup> a.a.O., juris, Orientierungssatz 1 und Rn. 23.

<sup>117</sup> a.a.O., juris, Orientierungssatz 2 und Rn. 27.

<sup>118</sup> a.a.O., juris, Rn. 33 ff.

**b)**

Zur **Vermietung einer Autobatterie** hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine **Klausel in AGB, die dem Vermieter einer Autobatterie nach außerordentlicher Kündigung des Mietvertrages die Fernsperrung der Auflademöglichkeit erlaubt**, wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters als Verbraucher **unwirksam** ist, wenn dieser die Weiterbenutzung der Batterie und seines – gesondert erworbenen, geleasteten oder gemieteten – E-Fahrzeugs im Streitfall nur durch gerichtliche Geltendmachung einer weiteren Gebrauchsüberlassung erreichen kann.<sup>119</sup>

Die Unwirksamkeit der Klausel ergab sich aus § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Offenbleiben konnte, ob die Sperrung der Auflademöglichkeit eine verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) ist, so dass dem Mieter Besitzschutzansprüche (§§ 861; 862 BGB) zustehen. Dazu hat der Bundesgerichtshof Zweifel geäußert, ob allein die Sperrmöglichkeit, von der die Beklagte nur nach Vertragsbeendigung Gebrauch machen wollte, Besitz begründet. Die maßgebliche Klausel stellte auch ohne Rücksicht auf einen etwaigen Besitzschutz eine einseitige Vertragsgestaltung dar.<sup>120</sup>

**c)**

Mehrere Fälle betrafen den **gewerbsmäßigen Ankauf von Kraftfahrzeugen und deren anschließende Vermietung an den Käufer („sale and rent back“)** durch eine staatlich zugelassene Pfandleiherin.<sup>121</sup>

**aa)**

Dazu hat der Bundesgerichtshof eine Leitsatzentscheidung zur Frage des Vorliegens eines **nach § 34 Abs. 4 GewO verbotenen Rückkaufhandels**

---

<sup>119</sup> BGH, Urteil vom 26. Oktober 2022 – [XII ZR 89/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2022, 1536 ff. = NJW 2022, 3575 ff. = NZM 2023, 41 ff. = WM 2022, 2402 ff. BB 2022, 2895 ff. = ZIP 2022, 2391 ff. DAR 2023, 145 ff.

<sup>120</sup> a.a.O., juris, Rn. 14 ff.

<sup>121</sup> BGH, Urteile vom 16. November 2022 – [VIII ZR 221/21](#); [VIII ZR 288/21](#); [VIII ZR 290/21](#) und [VIII ZR 436/21](#) – juris = MDR 2023, 163 ff. = DAR 2023, 81 ff., 85 ff. = BB 2023, 396 ff.; an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

gefällt.<sup>122</sup> Er hat zur der bußgeldbewehrten Verbotsnorm des § 34 Abs. 4 GewO ausgesprochen, dass sich deren Auslegung und Anwendung an den aus Art. 103 Abs. 2 GG; § 3 OWiG ergebenden Grenzen einer zulässigen richterlichen Interpretation ausrichten müssen.<sup>123</sup>

Beklagte war eine staatlich zugelassene Pfandleiherin, die Kraftfahrzeuge ankauft, die sie den Verkäufern zur weiteren Nutzung vermietet; am Ende des Mietverhältnisses verwertet die Beklagte die Kraftfahrzeuge. Die Klägerin hatte das Kraftfahrzeug (Verkehrswert: 4.500,00 €) zum Preis von 1.500,00 € an die Beklagte veräußert. Die Parteien schlossen gleichzeitig einen Mietvertrag über sechs Monate. Die monatliche Miete (255,47 €), ermäßigte sich wegen Übernahme der für das Fahrzeug anfallenden Kosten durch die Klägerin auf monatlich 148,50 €. Nach Beendigung des Mietvertrages sollte das Fahrzeug durch öffentliche Versteigerung eines staatlich zugelassenen und vereidigten Auktionators (§ 34b GewO) verwertet werden, wobei die Klägerin mitbieten durfte. Nach dem Mietvertrag sollte die Vermieterin das Fahrzeug ohne Ankündigung sicherstellen dürfen, wenn der Mieter mit der Zahlung seiner Miete mehr als zwei Tage in Verzug gerät und sollte der Mieter zur Rückgabe des Fahrzeugs nebst Zulassungsbescheinigung Teil I und Fahrzeugschlüssel verpflichtet sein. Nach Unterzeichnung der Verträge übergab die Klägerin den Zweitschlüssel und die Zulassungsbescheinigung Teil II an die Beklagte; die Klägerin erhielt von der Beklagten einen Barscheck über 1.500,00 €, den die Klägerin nicht einlöste. Die Klägerin zahlte auch keine Miete an die Beklagte und klagte auf Feststellung ihrer Eigentümerstellung an dem Fahrzeug sowie darauf, dass der Beklagten aus dem „Rückvermietungsvertrag“ keine Ansprüche für die Vermietung des Fahrzeugs zustehen. Die Klage war in den Vorinstanzen erfolgreich.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> BGH, Urteile vom 16. November 2022 – [VIII ZR 221/21](#); [VIII ZR 290/21](#) – juris, Leitsatz 1.

<sup>123</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2022 – [VIII ZR 221/21](#) – juris., Leitsatz 2.

<sup>124</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

Die zwischen den Parteien geschlossenen Kauf- und Mietverträge waren nicht nichtig (§ 134 BGB i.V.m. § 34 Abs 4 GewO). § 34 Abs. 4 GewO ist auf die Sachverhaltskonstellation weder direkt noch analog anwendbar. Es lag **kein verbotener Rückkaufhandel im Sinne von § 34 Abs. 4 GewO** vor. Hier wurde der Klägerin weder ein Rückkaufs- noch ein Rücktrittsrecht gewährt, sondern lediglich die Möglichkeit, nach Ablauf der Mietzeit im Wege der Teilnahme an der öffentlichen Versteigerung das Fahrzeug zurück zu erwerben. **Der Rückerwerb beruhte somit nicht allein auf ihrem Willensentschluss.** Auch war für die Verwertung lediglich ein „Mindestpreis“ festgelegt, kein „Rückkaufspreis“.<sup>125</sup> Auch eine analoge Anwendung von § 34 Abs. 4 GewO kam nicht in Betracht. Ungeachtet der Frage einer planwidrigen Regelungslücke stand dem Art. 103 Abs. 2 GG entgegen, weil das Verbot des Rückkaufhandels bußgeldbewehrt ist (§ 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO) und eine analoge Anwendung von Bußgeldvorschriften ausgeschlossen ist (Art. 103 Abs. 2 GG; § 3 OWiG). **Obwohl es nicht um die Verhängung eines Bußgeldes ging, ergab sich aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, dass ein objektiv gleiches Verhalten nicht einerseits im Wege der analogen Anwendung der Norm zivilrechtliche Nichtigkeitsfolgen nach sich zieht und andererseits eine grundsätzlich vorgesehene Bußgeldandrohung aufgrund des Analogieverbots ausschließt.**<sup>126</sup> Die Berufungsentscheidung wurde daher aufgehoben und dies Sache zur noch erforderlichen Klärung des Vorliegens eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts (§ 138 BGB) zurückverwiesen.<sup>127</sup>

**bb)**

In paralleler Sache hat sich der Bundesgerichtshof zum **Vorliegen eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts** im Falle des gewerbsmäßigen Ankaufs von Kraftfahrzeugen und anschließender Vermietung an den

---

<sup>125</sup> a.a.O., juris, Rn. 2 ff. m.w.N.

<sup>126</sup> a.a.O., juris, Rn. 56 ff. m.w.N.

<sup>127</sup> a.a.O., juris, Rn. 61 f.

Verkäufer im Rahmen eines sogenannten „**sale and rent back**“ geäußert.<sup>128</sup> Die Konstellation entsprach im Wesentlichen derjenigen des vorangehend dargestellten Falles. Der Verkauf des Fahrzeugs an die beklagte Pfandleiherin betrug hier 5.000,00 €; das Fahrzeug hatte einen Händlereinkaufswert von 13.700,00 €. Die vereinbarte Miete (900,21 €) war wegen Übernahme der laufenden Kosten für das Fahrzeug durch den Kläger auf 495,00 € ermäßigt; außerdem sollte der Kläger eine einmalige Bearbeitungsgebühr (99,00 €) entrichten. Insgesamt zahlte der Kläger 4.455,00 € an Miete. Die Miete für Oktober 2018 entrichtete er nicht, weshalb die Beklagte das Mietverhältnis kündigte und Übergabe des Fahrzeugs verlangte. Das ihr überlassene Fahrzeug ließ die Beklagte im November 2018 öffentlich versteigern. An der Versteigerung nahm sie selbst teil und erwarb das Fahrzeug, das sie an ein anderes Unternehmen veräußerte. Der Wiederbeschaffungswert des Kraftfahrzeugs betrug seinerzeit 16.000,00 €. Der Kläger machte Schadensersatz in Höhe des von ihm angenommenen Fahrzeugwerts (16.900,00 €), der gezahlten Bearbeitungsgebühr sowie der Mieten nebst Nebenforderungen (Zinsen) geltend.<sup>129</sup>

Dem Kläger stand Schadensersatz in Höhe des Wiederbeschaffungswertes des Fahrzeugs abzüglich des Kaufpreises zu (§§ 990 Abs. 1; 989; 249 Abs. 1; 251 Abs. 1 BGB). Der Kaufvertrag war sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB). Auf eine (zu verneinende) Unwirksamkeit der Verträge aus § 134 BGB i.V.m. § 34 Abs. 4 GewO kam es daher nicht an. Der Kläger hatte sein Eigentum nicht durch Veräußerung an die Beklagte verloren. Die Unwirksamkeit der Übereignung des Fahrzeugs (§§ 929; 930 BGB) folgte aus der Sittenwidrigkeit des Kaufvertrages. Der Kaufvertrag war als wucherähnliches Rechtsgeschäft nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB). Der Einwand, der Kläger sei selbst im Handel mit Kraftfahrzeugen bzw. Kraftfahrzeugteilen tätig, drang mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht

---

<sup>128</sup> BGH, Urteil vom 16. November 2022 – [VIII ZR 436/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2023, 164 f. = DAR 2023, 85 ff.

<sup>129</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

durch.<sup>130</sup> Auch die Vereinbarungen zur Anmietung standen der Bejahung einer verwerflichen Gesinnung der Beklagten im Hinblick auf den Kaufvertrag nicht entgegen. Dies hätte bei einer Mietvertragsgestaltung der Fall sein können, die den außergewöhnlich niedrigen Kaufpreis teilweise ausgeglichen hätte. Jedoch setzte sich das im Kaufvertrag begründete wirtschaftliche Ungleichgewicht zu Lasten des Klägers auch im Mietverhältnis fort. Entgegen der gesetzlichen Regelung (§ 535 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB) hatte der Kläger als Mieter die mit der Nutzung des Kraftfahrzeugs verbundenen (Unterhaltungs-)Kosten zu tragen; andernfalls hätte er eine deutlich höhere Miete zu entrichten gehabt. Auch war die nicht unerhebliche Miete nicht allein die Gegenleistung des Klägers für die Nutzungsmöglichkeit des Kraftfahrzeugs, sondern in der Sache auch eine „Vergütung“ für die Überlassung des dem Kläger durch die Kaufpreiszahlung zur Verfügung gestellten Kapitals. Das ergab sich aus einer Gesamtbetrachtung von Miethöhe und Mietzeit, weil der Kläger innerhalb der ursprünglich vereinbarten Mietdauer etwa 59% des erhaltenen Kaufpreises an Miete zahlen musste. Auch sonstige Gesichtspunkte standen der Vermutung der verwerflichen Gesinnung der Beklagten nicht entgegen.<sup>131</sup> Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) erfasst zwar in der Regel nicht eine in Erfüllung des nichtigen Verpflichtungsgeschäfts vorgenommene Verfügung. Hier erschöpfte sich die sittenwidrige Benachteiligung des Klägers aber nicht darin, dass er für einen deutlich zu geringen Kaufpreis die Verpflichtung übernommen hatte, der Beklagten sein Kraftfahrzeug zu übereignen, sondern es war die Übertragung des Eigentums am Kraftfahrzeug, welche die Beklagte in die Lage versetzen sollte, sich sowohl durch die anschließende mietweise Überlassung an den Kläger als auch durch die spätere Verwertung des Kraftfahrzeugs (weitere) unrechtmäßige Vorteile zulasten des Klägers zu verschaffen. Unter anderem waren außerdem das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zu einer Einheit (§ 139

---

<sup>130</sup> a.a.O., juris, Rn. 24 ff. m.w.N.

<sup>131</sup> a.a.O., juris, Rn. 40 ff.

BGB) zusammengefasst.<sup>132</sup> Der Kläger hatte sein Eigentum auch nicht durch den Zuschlag an die Beklagte im Rahmen der öffentlichen Versteigerung verloren. Denn die Beklagte war dabei nicht in gutem Glauben gewesen (§ 932 Abs. 2 BGB). Nach der revisionsrechtlich einwandfreien Beurteilung des Berufungsgerichts war der Beklagten wenigstens aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, dass die Übereignung an sie unwirksam gewesen war. Der Kläger hat sein Eigentum am Kraftfahrzeug somit erst mit dessen Veräußerung durch die Beklagte an die andere, gutgläubige Unternehmung verloren (§§ 929; 932 Abs. 2 BGB).<sup>133</sup> **Der nach §§ 990 Abs. 1; 989; 249 Abs. 1; 251 Abs. 1 BGB ersatzfähige Schaden umfasst sämtliche Vermögensschäden, die dem Eigentümer daraus entstehen, dass der Besitzer die Sache nicht herausgeben kann.** Dem Kläger stand somit zu, **was er zur Beschaffung eines vergleichbaren Kraftfahrzeugs aufwenden müsste.** Es war nicht festgestellt, dass die Beklagte zur Wiederbeschaffung des gegenständlichen Fahrzeugs noch in der Lage wäre (§ 251 Abs. 1 BGB). Infolge der Nichtigkeit des Mietvertrages konnte der Kläger von der Beklagten auch die Rückzahlung der während der Dauer des Mietvertrags für das Kraftfahrzeug entrichteten Miete sowie die Bearbeitungsgebühr verlangen (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB). Rechtshängigkeitszinsen (§ § 291; 288 Abs. 1 BGB; 253 Abs. 1; 261 Abs. 1 ZPO) standen dem Kläger erst ab dem Folgetag nach dem Tag der Klagezustellung zu (§ 187 Abs. 1 BGB entsprechend).<sup>134</sup>

### **2.3. Pachtrecht**

Der Bundesgerichtshof hat ausgesprochen, dass es in einer **Landpachtssache** erst dann einen **Verhinderungsfall im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 3**

---

<sup>132</sup> a.a.O., juris, Rn. 50 ff. m.w.N.

<sup>133</sup> a.a.O., juris, Rn. 54 ff. m.w.N.

<sup>134</sup> a.a.O., juris, Rn. 61 ff. m.w.N.

**LwVG** darstellt, wenn nach der von dem Vorsitzenden aufgestellten Besetzungsliste zwei Landwirte zur Mitwirkung berufen wären, die nach der Liste – abgesehen von einer gegebenenfalls zusätzlichen Eigenschaft als selbstwirtschaftender Eigentümer – entweder nur Verpächter oder nur Pächter sind. Die Mitwirkung zumindest eines Richters, der nach der Liste zugleich Verpächter und Pächter und gegebenenfalls zusätzlich selbstwirtschaftender Eigentümer ist, schließt einen Verhinderungsfall aus.<sup>135</sup>

Zugrunde lag der Streit über den Kauf von Grundstücken durch die klagende Stadt. Die Grundstücke lagen im Gebiet eines Bebauungsplans. Die Klägerin wollte sämtliche im Plangebiet liegende Grundstücke erwerben. Sie führte dazu seit 2002 Kaufverhandlungen unter anderem mit dem Vater des Beklagten. Der Vater des Beklagten ließ im Oktober 2007 ein Verkaufsangebot für sein Grundstück zum Preis von 29.700,00 € beurkunden, das bis 30. September 2010 bindend war. An diesem Tag nahm die Klägerin das Angebot an. Nach ihrer Eintragung als neue Eigentümerin im August 2011 legte der Beklagte der Klägerin einen Pachtvertrag vom 30. Oktober 2009 vor, mit dem er von seinem Vater das Flurstück zur landwirtschaftlichen Nutzung von November 2009 bis Ende Oktober 2039 für 67,50 € jährlich gepachtet hatte. Der Pachtvertrag war dem Amt für ländlichen Raum im August 2010 angezeigt worden. Der Beklagte zahlte den Pachtzins an die Klägerin und überließ die Nutzung des Grundstücks unentgeltlich seinem Vater. Die Klägerin kündigte im September 2014 schriftlich das Pachtverhältnis zum Ende Dezember 2014 und erneut im Dezember 2017 zu Ende Dezember 2017. Sie klagte auf Herausgabe des Grundstücks, weil der Pachtvertrag unwirksam sei. Der Beklagte erhob Hilfswiderklage für den Fall des Erfolgs der Klage, womit er die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung einer Pachtaufhebungsentschädigung von 6.168,30 € verfolgte. Die

---

<sup>135</sup> BGH, Urteil vom 25. November 2022 – [LwZR 5/21](#) – juris, Leitsatz; parallel liegend: BGH, Urteil vom 20. November 2022 – [LwZR 6/21](#) – juris.

Klage drang in den beiden Vorinstanzen durch, die Widerklage blieb erfolglos.<sup>136</sup>

Entgegen der Rüge des Beklagten war das **Berufungsgericht vorschriftsmäßig besetzt**. Auf die Besetzung des erstinstanzlichen Landwirtschaftsgerichts kam es nicht an (kein absoluter Revisionsgrund; § 547 Nr. 1 ZPO). Maßgeblich ist die Besetzung des erkennenden Gerichts bei der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergangen ist. Zu der Geschäftsverteilung des Berufungsgerichts zu diesem Zeitpunkt hatte der Beklagte nichts vorgetragen. Die Besetzung mit den ehrenamtlichen Richtern war nicht zu beanstanden, wie dem Leitsatz zu entnehmen ist.<sup>137</sup>

Die Klage war begründet (§ 985 BGB), weil der Beklagte kein Recht zum Besitz (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB) hatte. Es bestand kein Pachtvertrag zwischen den Parteien mehr. Die Klägerin war mit dem Zeitpunkt ihres Eigentumserwerbs in die Rechte und Pflichten des zwischen dem Beklagten und seinem Vater im Oktober 2009 geschlossenen Pachtvertrags eingetreten (§§ 566 Abs. 1; 593b BGB). **Die Klägerin hatte das Pachtverhältnis durch Kündigungserklärung wirksam beendet**. Der Beklagte konnte sich auf die Laufzeit von 30 Jahren nicht berufen, sondern **musste sich so behandeln lassen, als wenn die Pachtzeit nicht bestimmt wäre (§ 242 BGB)**. Dabei war auch das treuwidrige Verhalten des Vaters des Beklagten zu berücksichtigen, der durch zielgerichtetes und der Klägerin gegenüber **verdecktes und widersprüchliches Verhalten** eine Vertragslage geschaffen hatte, die unter Missachtung der schutzwürdigen Interessen der Klägerin ausschließlich seinem eigenen Vorteil diene. Der Pachtvertrag unterlag zwar keiner Anzeigepflicht (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 LPachtVG); allerdings sprach der späte Zeitpunkt der gleichwohl erfolgten Anzeige für ein verdecktes Verhalten des Verkäufers.<sup>138</sup> Dass die Klägerin nicht bei

---

<sup>136</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 f.

<sup>137</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 ff. m.w.N.

<sup>138</sup> a.a.O., juris, Rn. 15 ff. und Orientierungssatz 1.

Vertragsschluss erfragt hatte, ob ein Pachtverhältnis bestehe, änderte nichts am treuwidrigen Verhalten des Vaters des Beklagten. Die Klägerin musste angesichts ihres erkennbaren Interesses am Erwerb zur Bebauung der Flächen nicht damit rechnen, dass der Verkäufer zeitnah zum Abschluss des Kaufvertrags noch einen Pachtvertrag – zumal mit einer maximalen Laufzeit von 30 Jahren (§ 594b BGB) – abschließt. Anlass, auf eine rechtsgeschäftliche Sicherung ihrer Interessen hinzuwirken, hatte die Klägerin nicht. Das Vertrauen der Klägerin war schutzwürdig. Sie konnte dem Beklagten das unredliche Verhalten seines Vaters entgegenhalten. Zwar hat der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens im Allgemeinen grundsätzlich keine Drittwirkung. **Hier traten aber zusätzliche Umstände hinzu, die die Rechtsausübung durch den Beklagten als jetzige Vertragspartei ebenfalls rechtsmissbräuchlich machten.** Dazu kann schon die Kenntnis des unredlichen Verhaltens eines Dritten im Einzelfall ausreichen. **Infolgedessen war der Pachtvertrag anzupassen.** Dem Verstoß gegen Treu und Glauben konnte ausreichend dadurch begegnet werden, dass der Pachtvertrag **als ordentlich kündbar anzusehen** war.<sup>139</sup> Der Beklagte hatte auch nicht aus der Fortsetzung des alten Pachtvertrags oder einem danach geschlossenen Pachtvertrag ein Recht zum Besitz. Mangels abweichender Regelung gilt als Pachtjahr das Kalenderjahr (§ 594a Abs. 1 Satz 2 BGB). Somit wurde die Kündigung zum Ende Dezember 2019 wirksam. § 545 BGB findet auf Landpachtverträge keine Anwendung. Es sprach nichts dafür, dass die Parteien das Pachtverhältnis konkludent verlängern wollten. Dazu reichte die Fortentrichtung des Pachtzinses durch den Beklagten an die Klägerin nicht.<sup>140</sup>

Die **Eventualwiderklage** war erfolglos. **Ein Entschädigungsanspruch nach § 596a Abs. 1 BGB schied aus.** Ausgeglichen wird nur der Wert der nicht getrennten Früchte, die bis zum Ende des Pachtjahres hätten getrennt werden können. Damit ließ sich eine Entschädigung für den Zeitraum bis

---

<sup>139</sup> a.a.O., juris, Rn. 24 ff. und Orientierungssatz 2.

<sup>140</sup> a.a.O., juris, Rn. 32 ff.

2039 nicht begründen. Ein Schadensersatzanspruch (§ 717 Abs. 2 ZPO oder §§ 280; 281 BGB) schied aus, weil die Besitzentziehung im Wege der Zwangsvollstreckung rechtmäßig war.<sup>141</sup>

## 2.4. Leasingrecht

Die Zuständigkeit für das Leasingrecht liegt beim VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs.

### a)

Eine Entscheidung vor dem Hintergrund des **Diesel-Abgasskandals** betraf die **Unzulässigkeit einer Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO)** des (aus abgetretenem Recht des Käufers/Gebers vorgehenden) Leasingnehmers gegen den Verkäufer mit dem Ziel der Feststellung, dass sich der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Leasinggeber aufgrund des vom Leasingnehmer erklärten Rücktritts in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt habe.<sup>142</sup>

**Weiter hat der Bundesgerichtshof bestätigt, dass gemäß § 440 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 BGB dem Käufer (bzw. dem aus abgetretenem Recht des Käufers/Leasinggebers vorgehenden Leasingnehmer) eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs eine Fristsetzung zur Nacherfüllung vor der Erklärung des Rücktritts vom Kaufvertrag unzumutbar sein kann, wenn der Verkäufer erklärt hat, dass eine Softwarelösung zur Beseitigung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erst in mehreren Monaten zur Verfügung stehen werde.**<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> a.a.O., juris, Rn. 36 ff.

<sup>142</sup> BGH, Urteil vom 09. November 2022 – [VIII ZR 272/20](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2023, 166 ff. = WM 2023, 143 ff. = ZIP 2023, 640 ff.

<sup>143</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2 m.w.N.

Klargestellt hat der Bundesgerichtshof zugleich, dass im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-145/20 – juris, Rn. 95 ff.), die auch bei der Auslegung und Anwendung des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB zu berücksichtigen ist, eine derartige **Abschalteinrichtung nicht als geringfügige Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 6 der Richtlinie 1999/40/EG** des europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter und damit **grundsätzlich nicht als eine unerhebliche Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB** angesehen werden kann.<sup>144</sup>

In einem weiteren Leitsatz hat der Bundesgerichtshof bestätigt, dass **strenge Anforderungen an das Vorliegen eines stillschweigenden Verzichts auf Rechte zu stellen** sind und daher für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts des Verkäufers auf die im kaufmännischen Geschäftsverkehr geltende **Rügeobliegenheit des Käufers gemäß § 377 Abs. 2, 3 HGB** bzw. auf die dem Verkäufer günstigen Rechtsfolgen einer nach der vorgenannten Vorschrift bereits eingetretenen Genehmigungswirkung eindeutige Anhaltspunkte vorliegen müssen.<sup>145</sup>

Der Kläger schloss im Mai 2015 als Existenzgründer auf Vermittlung der Beklagten zu 1 (fortan: Beklagte), einer Kraftfahrzeughändlerin, mit der Leasinggeberin einen Leasingvertrag über einen von der am Revisionsverfahren nicht beteiligten Beklagten zu 2 hergestellten Neuwagen VW Caddy mit einem 1,6 l TDI-Motor. Die Leasinggeberin erwarb das Fahrzeug von der Beklagten und trat nach ihren Leasingbedingungen „sämtliche Ansprüche und Rechte aus dem Kaufvertrag wegen der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs“ an den Kläger ab. Nach den Leasingbedingungen war der Kläger zur unverzüglichen Mängelrüge gegenüber dem Verkäufer des Fahrzeugs

---

<sup>144</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3.

<sup>145</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 4 m.w.N.

ermächtigt und verpflichtet, die Rechte und Ansprüche im eigenen Namen und mit der Maßgabe geltend zu machen, dass im Falle des Rücktritts und der Kaufpreisminderung etwaige Zahlungen des Lieferanten direkt an den Leasinggeber zu leisten sind. Der Dieselmotor des Fahrzeugs (Typ EA 189, Abgasnorm Euro 5) verfügte über eine Motorsteuerungssoftware, die erkannte, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befindet und dann eine höhere Abgasrückführungsrate und einen geringeren Stickoxid Ausstoß als im Normalbetrieb bewirkt. Dies wurde im September 2015 öffentlich bekannt und als unzulässige Abschalteneinrichtung gewertet. Der Kläger erklärte hierauf mit Anwaltsschreiben vom Februar 2016 gegenüber der Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag, dessen Rückabwicklung er verlangte<sup>146</sup>

Der Feststellungsantrag, dass sich der Kaufvertrag zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten durch die Rücktrittserklärung des Klägers in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt habe, war unzulässig, weil dem Kläger die Erhebung einer **Leistungsklage möglich und zumutbar** war. Denn bei wirksamem Rücktritt vom Kaufvertrag standen der Leasinggeberin von Anfang an keine Ansprüche auf Zahlung von Leasingraten zu. Auch aus prozesswirtschaftlichen Gründen ergab sich kein Feststellungsinteresse des Klägers unter dem Gesichtspunkt, dass zur Zeit der Klageerhebung die Möglichkeit einer Verwertung des Fahrzeugs durch die Leasinggeberin im Raum gestanden habe und der Beklagten gegebenenfalls Wertersatz (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB) zu leisten wäre, weil eine Herausgabe des Fahrzeugs an sie unter Umständen nicht möglich gewesen wäre, wozu gegebenenfalls ein Sachverständigengutachten einzuholen gewesen wäre. Auch eine mögliche Umdeutung in eine Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) half nicht weiter. Dafür wäre es erforderlich, dass das zu klärende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien noch über den gegenwärtigen Streitgegenstand hinaus Bedeutung erlangen kann. Daran fehlte es.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>147</sup> a.a.O., juris, Rn. 29 ff. m.w.N.

Der hiernach zum Zug kommende **Hilfsantrag auf Rückabwicklung des Kaufvertrags** war unbegründet. Das Fahrzeug war zwar zum Zeitpunkt der Übergabe wegen des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschalteneinrichtung mit einem Sachmangel behaftet. Auch konnte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären, obwohl er der Beklagten nicht die grundsätzlich erforderliche Frist zur Nacherfüllung (§§ 437 Nr. 2; 323 Abs. 1 BGB) gesetzt hatte. Die getroffenen Feststellungen trugen die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht, die Nacherfüllung sei unzumutbar, weil die Beklagte als Verkäuferin den Mangel nicht gekannt habe und ein Arglistvorwurf nicht sie selbst treffe. **Dabei wäre zu berücksichtigen, ob aus Sicht eines objektiven Käufers zum Zeitpunkt des maßgeblichen Rücktritts noch die Gefahr erneuter Täuschungshandlungen der Fahrzeugherstellerin bestand.** Indes ergab sich die **Unzumutbarkeit einer Nachfristsetzung** daraus, dass die Beklagte erklärt hatte, dass mit der **Umsetzung der Rückrufaktion erst in mehreren Monaten** begonnen werden könne. Die in der mangelhaften Lieferung des mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung war nicht unerheblich (§ 323 Abs. 5 Satz 2 BGB). **Der Kläger war aber aufgrund einer nach § 377 Abs. 1, 3 HGB eingetretenen Genehmigung der Kaufsache an einem wirksamen Rücktritt vom Kaufvertrag gehindert.**<sup>148</sup> Die Rügeobliegenheit gilt auch im Rahmen des zwischen einem Leasinggeber und dessen Lieferanten abgeschlossenen Kaufvertrages. Darauf, ob der aus abgetretenem Recht klagende Kläger Kaufmann war, kam es nicht an, weil sich die **Anwendbarkeit von § 377 BGB nach dem zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin geschlossenen Kaufvertrag** richtete (beiderseitiger Handelskauf; §§ 343 Abs. 1; 344 Abs. 1 HGB). Dafür kommt es allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und die daran beteiligten Personen an. **Der Kaufvertrag verliert seine Eigenschaft als beiderseitiges Handelsgeschäft nicht, wenn über die Kaufsache zusätzlich ein Leasingvertrag mit einem nicht kaufmännischen Leasingnehmer**

---

<sup>148</sup> a.a.O., juris, Rn. 36 ff. m.w.N.

**geschlossen wird. Deshalb entfällt dadurch auch nicht die Rügeobliegenheit aus § 377 HGB.** Die weiteren Voraussetzungen des § 377 Abs. 1, 3 HGB lagen vor. Weder der Kläger noch die Leasinggeberin hatten den Sachmangel des Fahrzeugs unverzüglich angezeigt, sondern erst Monate später. Die Anzeige des Mangels war auch nicht deshalb entbehrlich, weil er der Beklagten bekannt und aufgrund drohenden Widerrufs der Fahrzeugzulassung klar gewesen sei, dass sich der Kläger mit der unzulässigen Abschaltanlage nicht abfinden werde. **Eine Mängelrüge ist nicht schon dann entbehrlich, wenn der Verkäufer von einem Mangel der Kaufsache Kenntnis hat.** Eine Rügeobliegenheit war auch aus anderen Gründen nicht entfallen. Somit standen dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche nicht zu.<sup>149</sup>

**b)**

Zurückgewiesen hat der Bundesgerichtshof die Nichtzulassungsbeschwerde eines Leasingnehmers. Die Zulassung der Revision war nicht geboten (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). **Die Rechtsfrage, ob Leasingverträge über Kraftfahrzeuge mit Kilometerabrechnung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/48/EG (Verbraucherkreditrichtlinie) fallen, bei denen weder in dem Vertrag selbst noch in einer gesonderten Vereinbarung eine Verpflichtung des Mieters/Leasingnehmers zum Erwerb des Miet- oder Leasinggegenstands vorgesehen ist, ist angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks der Richtlinie offenkundig und bereits entschieden.** Für die richtige Auslegung dieser Norm bleibt für vernünftige Zweifel kein Raum (*acte clair*), weil Art. 2 Abs. 2 Buchst. d Verbraucherkreditrichtlinie Miet- und Leasingverträge, bei denen keine Verpflichtung des Mieters/Leasingnehmers zum Erwerb des Miet- oder Leasinggegenstands vorgesehen ist, ausdrücklich vom Geltungsbereich der Richtlinie ausnimmt. Auch die Voraussetzungen einer analogen Anwendung der Richtlinie sind eindeutig nicht gegeben. Der

---

<sup>149</sup> a.a.O., juris, Rn. 58 ff. m.w.N.

Umstand, dass ein niedrigeres einzelstaatliches Gericht (hier: Landgericht Ravensburg) die vorstehend genannten Fragen dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung (Art. 267 Abs. 1 des 3 AEUV) vorgelegt hat, verpflichtet den Bundesgerichtshof weder zur Anrufung des Gerichtshofs noch dazu, die Antwort des Gerichtshofs auf diese Frage abzuwarten.<sup>150</sup>

c)

Wegen der noch anstehenden Klärung der entscheidungserheblichen **Auslegung der Finanzdienstleistungsfernabsatzrichtlinie (Richtlinie 2002/65/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG)** durch den EuGH hat der Bundesgerichtshof die Aussetzung (§ 148 ZPO analog) von Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren angekündigt, in denen ebenfalls die für die Auslegung des § 356 Abs. 3 Satz 3 BGB entscheidungserhebliche **Frage, ob generell ein Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung einen Vertrag über eine Finanzdienstleistungen nach Art. 2 b) Finanzdienstleistungen darstellt**, maßgeblich ist.<sup>151</sup>

d)

In einem leasingrechtlichen Fall hat sich der Bundesgerichtshof im Anschluss an seine Rechtsprechung zur **Erstattungsfähigkeit der für die Beauftragung eines Unterbevollmächtigten anfallenden Kosten bei Hinzuziehung eines weder am Gerichtsort noch am Sitz der Partei ansässigen Hauptbevollmächtigten** geäußert.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> BGH, Beschluss vom 14. Juni 2022 – [VIII ZR 409/21](#) – juris, m.w.N.; entsprechend: BGH, Beschlüsse vom 22. November 2022 – [VIII ZR 227/21](#); [VIII ZR 259/21](#) – juris.

<sup>151</sup> BGH, Hinweisbeschlüsse vom 30. August 2022 – [VIII ZR 305/21](#) – juris, Rn. 1 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt und vom 08. März 2022 – [VIII ZR 149/21](#) – juris.

<sup>152</sup> BGH, Beschluss vom 30. August 2022 – [VIII ZB 87/20](#) – juris, Leitsatz m.w.N. = MDR 2023, 63 = NJW-RR 2023, 205 ff. = FamRZ 2023, 151 ff. = JurBüro 2023, 26 f.

Die klagende Leasinggesellschaft mit Sitz in München machte vor dem Landgericht München I Ansprüche aus beendetem Leasingvertrag geltend, wofür sie eine in Köln ansässige Rechtsanwaltskanzlei beauftragte. Im mündlichen Verhandlungstermin wurde die Klägerin durch einen Unterbevollmächtigten aus Fürstfeldbruck vertreten. Gegen die Beklagte erging Versäumnisurteil. Der Einspruch der Beklagten war erfolglos. Die Beklagte wurde auch zur Tragung der weiteren Kosten des Rechtsstreits verurteilt. Im Kostenfestsetzungsverfahren wurden der Klägerin statt der Kosten für den Unterbevollmächtigten lediglich fiktive Reisekosten ihrer Hauptbevollmächtigten zuerkannt.<sup>153</sup> Der Bundesgerichtshof hat dies anders gesehen. **Wenn die Hinzuziehung eines weder am Gerichtsort noch am Sitz der Partei ansässigen Rechtsanwalts notwendig im Sinne von § 91 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO war, können die erstattungsfähigen Reisekosten des Prozessbevollmächtigten und damit auch die Kosten für die Beauftragung eines Unterbevollmächtigten nicht auf die Kosten beschränkt werden, die einem in dem vom Gericht am weitesten entfernten Ort im Gerichtsbezirk ansässigen Rechtsanwalt entstanden wären.** Im entschiedenen Fall war die Hinzuziehung des nicht am Ort des Prozessgerichts niedergelassenen oder wohnenden Anwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig. **§ 91 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO verlangt in einem solchen Fall keine zusätzliche Prüfung, ob im konkreten Einzelfall die Wahrnehmung des Verhandlungstermins gerade durch diesen Rechtsanwalt unbedingt erforderlich war.**<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>154</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff. m.w.N. und Orientierungssätze 1 und 2.

### 3. Wohnungseigentumsrecht

Es sind Entscheidungen zum alten und neuen Wohnungseigentumsrecht ergangen.

#### a)

Mit den Pflichten und Befugnissen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer beschäftigen sich die folgenden Entscheidungen.

#### aa)

**Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass nach dem seit dem 01. Dezember 2020 geltenden Wohnungseigentumsrecht die Pflicht zur Durchführung von Beschlüssen der Wohnungseigentümer nicht mehr den Verwalter, sondern die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer trifft.<sup>155</sup>**

Geklagt hatte der Eigentümer einer Wohnung gegen die übrigen Mitglieder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Die Terrassentür zur Wohnung des Klägers war erneuerungsbedürftig, wozu die Wohnungseigentümerversammlung im Jahr 2017 beschlossen hatte, den Verwalter zu beauftragen, drei Angebote für die Erneuerung der Tür einzuholen. Der optische Eindruck sollte erhalten bleiben. Der seinerzeitige Verwalter hatte eine neue Terrassentür einbauen lassen, die anders als die bisherige Tür mit einer 10 cm hohen Türschwelle versehen war und die nicht von außen abgeschlossen werden konnte. Damit war der Kläger nicht einverstanden. Er beantragte zu beschließen, dass der Verwalter den Auftrag zum Einbau einer ebenerdigen und abschließbaren Außentür erteile, wofür drei Vergleichsangebote vorlagen; der Antrag wurde in der

---

<sup>155</sup> BGH, Urteil vom 16. Dezember 2022 – [V ZR 263/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2023, 284 = NJW-RR 2023, 226 ff. = Grundeigentum 2023, 195 ff. = ZWE 2023, 139 ff. = DWW 2023, 68 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Eigentümerversammlung 2018 abgelehnt. Hiergegen ging der Kläger gerichtlich vor, um zu erreichen, dass anstelle der Eigentümerversammlung aus den vorliegenden Vergleichsangeboten ein Angebot ausgewählt und der Verwalter mit der Umsetzung beauftragt werde. Hilfsweise beantragte er eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entscheidung über die notwendigen und gebotenen Schritte zum Ersatz der eingebauten Tür. Die Klage war in beiden Vorinstanzen erfolglos, wogegen der Kläger mit seiner Revision hinsichtlich des Hilfsantrags erfolgreich vorging.<sup>156</sup>

Die **Beschlussersetzungsklage (§ 44 Abs. 1 Satz 2 WEG)** war zulässig. Sie war gegen den richtigen Klagegegner gerichtet, weil für die bis zum 30. November 2020 anhängig gewordene Klage nach § 21 Abs. 8 WEG a.F. das bisherige Verfahrensrecht anzuwenden (§ 48 Abs. 5 WEG analog) und die Klage weiterhin gegen die übrigen Wohnungseigentümer zu richten war. **Erst für die später anhängig gewordenen Verfahren ist die GdWE der richtige Klagegegner (§ 44 Abs. 2 Satz 1 WEG in der Fassung des am 01. Dezember 2020 in Kraft getretenen WEMoG).** Rechtsschutzbedürfnis lag vor, weil der Kläger sich in der Eigentümerversammlung erfolglos um die Beschlussfassung bemüht hatte. Allerdings hatte der Kläger keinen Anspruch auf die Beschlussersetzung. **Auch nach dem aktuell geltenden Wohnungseigentumsrecht ist eine gerichtliche Beschlussersetzung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die verlangte Maßnahme bereits Gegenstand einer positiven Beschlussfassung ist, die von dem Wohnungseigentümer nicht angefochten wurde.** Hier hatten die Wohnungseigentümer bereits 2017 beschlossen, wie die Terrassentür der Wohnung des Klägers zu erneuern ist. Dem entsprach die tatsächlich eingebaute Tür nicht. Daher hatte der Kläger einen Anspruch darauf, dass der Beschluss ordnungsgemäß vollzogen wird. **Vollzieht der Verwalter einen gefassten Beschluss nicht oder fehlerhaft, muss ein Wohnungseigentümer die GdWE in Anspruch nehmen.** Der GdWE wird grundsätzlich ein

---

<sup>156</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

pflichtwidriges Verhalten des Verwalters zugerechnet (§ 31 BGB analog). Allerdings war die Umsetzung des Beschlusses von 2017 nicht Gegenstand des Hauptantrags, sondern eine gerichtliche Ersetzung des 2018 mehrheitlich abgelehnten Beschlusses. Auf eine derartige geänderte Beschlussfassung hatte der Kläger keinen Anspruch.<sup>157</sup> Erfolgreich war der Hilfsantrag. Auch damit verfolgte der Kläger das Ziel, eine Tür zu erhalten, die entsprechend der früheren Tür ebenerdig und von außen abschließbar ist. Soweit die Wohnungseigentümer bereits 2017 den Einbau einer solchen Tür durch den Verwalter beschlossen hatten, bestand zwischen dem Kläger, den Beklagten und dem Verwalter Streit, ob damit der Einbau einer von außen nicht abschließbaren Tür mit Schwelle beschlossen worden wäre. **Somit war das Rechtsschutzziel des Klägers mit dem Hilfsantrag zu erreichen, wenn der Streit über den Inhalt des Beschlusses von 2017 beseitigt und klargestellt wird, dass die erneuerte Tür ebenerdig und von außen abschließbar sein soll.** Dies war vom weit gefassten Hilfsantrag erfasst. **Der Hilfsantrag war zulässig und gegen den richtigen Klagegegner erhoben.** Dass die GdWE nicht mit dem Hilfsantrag vorbefasst wurde, schloss das Rechtsschutzinteresse nicht aus. Für den Kläger bestand ein Bedürfnis, den Beschluss von 2017 dahingehend klarstellen zu lassen, dass die zu erneuernde Terrassentür ebenerdig und von außen abschließbar sein soll. Nach alledem war das den Wohnungseigentümern zustehende Ermessen bei der Beschlussfassung dahingehend auszuüben, dass der Inhalt des in der Eigentümerversammlung 2017 gefassten Beschlusses, soweit Unklarheit bestand, klarstellend festgestellt wird.<sup>158</sup>

**bb)**

Zu den **Befugnissen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE)** hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass **die Eigentümergemeinschaft, die unter Geltung des WEG in der bis zum 30. November 2020 geltenden Fassung Instandsetzungsmaßnahmen am**

---

<sup>157</sup> a.a.O., juris, Rn. 15 ff. m.w.N.

<sup>158</sup> a.a.O., juris, Rn. 29 ff. m.w.N.

**gemeinschaftlichen Eigentum beschließt, die notwendig Substanzeingriffe auch am Sondereigentum erfordern, befugt ist, zugleich diejenigen Maßnahmen zu beschließen, die zur Wiederherstellung des Sondereigentums erforderlich sind.**<sup>159</sup>

In der Eigentümerversammlung wurde über die notwendige Erneuerung der im Gemeinschaftseigentum stehenden Rohrleitungen für die Be- und Entwässerung eines der zugehörigen Hochhäuser unter Einschluss der im Gemeinschaftseigentum stehenden Rohrleitungen, die sich im räumlichen Bereich des jeweiligen Sondereigentums befinden, beschlossen. Die Maßnahmen sollten auch die Wiederherstellung des Sondereigentums (§ 14 Abs. 4 WEG) umfassen, soweit dieses in Anspruch genommen werden muss. Hiergegen wurde Beschlussmängelklage geführt.<sup>160</sup>

Das Berufungsgericht hatte die Revision wirksam beschränkt nur im Hinblick auf die Frage der Beschlusskompetenz der Eigentümergemeinschaft hinsichtlich der Wiederherstellung des Sondereigentums, zugelassen.<sup>161</sup> Das Berufungsgericht hatte die Beschlusskompetenz der Eigentümergemeinschaft zu Unrecht verneint. Maßgeblich war das zum Zeitpunkt der Beschlussfassung geltende Recht. Danach war jeder Wohnungseigentümer verpflichtet, das Betreten und die Benutzung der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile zu gestatten, soweit dies zur **Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums** erforderlich ist (§ 14 Nr. 4 Halbsatz 1 WEG a. F.). Das **umfasst im Einzelfall die Duldung von substanzverletzenden Eingriffen in das Sondereigentum.**<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> BGH, Urteil vom 08. Juli 2022 – [V ZR 207/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2022, 1471 f. = NJW-RR 2002 20, 1598 f. = WuM 2022, 629 ff. = NZM 2022, 806 ff. = ZMR 2022, 983 f. = Grundeigentum 2022, 961 ff. = BauR 2022, 1778 ff.

<sup>160</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>161</sup> a.a.O., juris, Rn. 8.

<sup>162</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 ff. m.w.N.

cc)

**Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) kann auch nach der Reform des Wohnungseigentumsgesetzes die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohneigentum weiterhin durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen;** denn die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum (hier: Nachbesserung nach § 439 Abs. 1 BGB) unterfallen nicht der Ausübungsbefugnis gemäß § 9a Abs. 2 WEG. Die Kompetenz für einen solchen Mehrheitsbeschluss folgt aus §§ 18 Abs. 1; 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG.<sup>163</sup>

Darüber hinaus hat sich der Bundesgerichtshof zu den **Voraussetzungen für eine Haftung des Verkäufers eines Grundstücks wegen Altlasten bzw. eines Altlastenverdachts** geäußert und diese Voraussetzungen präzisiert. Er hat ausgesprochen, dass die vom Verkäufer wegen eines Altlastenverdachts gemäß § 439 Abs. 1 BGB geschuldete Nachbesserung zunächst nur die Ausräumung des Verdachts durch **Aufklärungsmaßnahmen** umfasst. Die Beseitigung von Altlasten kann der Käufer erst dann verlangen, wenn sich der Verdacht bestätigt.<sup>164</sup> **Eine von der üblichen Beschaffenheit abweichende Belastung eines Grundstücks mit Schadstoffen ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn nach öffentlich-rechtlichen Kriterien eine schädliche Bodenveränderung oder eine Altlast im Sinne des Bundesbodenschutzgesetzes vorliegt.**<sup>165</sup> **Verschweigt der Verkäufer arglistig einen ihm bekannten Altlastenverdacht und bestätigt sich später der Verdacht, handelt er in aller Regel auch im Hinblick auf die tatsächlich vorhandenen Altlasten arglistig.**<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> BGH, Urteil vom 11. November 2022 – [V ZR 213/21](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2023, 156 ff. = NJW 2023, 217 ff. = WuM 2023, 167 ff. = NZM 2023, 117 ff. = ZWE 2023, 123 ff. = BauR 2023, 471 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>164</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2a.

<sup>165</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2b.

<sup>166</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2c.

Zum Umfang des Anspruchs des **Käufers einer gebrauchten Eigentumswohnung** hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seine Rechtsprechung fortgeführt, dass der Käufer **nach § 439 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf volle Nacherfüllung in Bezug auf Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums** und nicht nur auf einen die Quote des Miteigentumsanteils beschränkten Anspruch auf Freistellung von den Mängelbeseitigungskosten hat.<sup>167</sup>

Geklagt hatte die GdWE. Beklagte war ein Immobilienunternehmen. Die Wohnungseigentumsanlage befand sich in München auf einem ursprünglich der Beklagten gehörenden Grundstück mit einem Altbau, das die Beklagte 2012 in Wohnungs- und Teileigentum aufteilte. Die Beklagte begann mit dem Verkauf der Einheiten. Der Bau einer Tiefgarage war beabsichtigt, wozu die Beklagte ab Januar 2013 die Böden des Innenhofs, auf dem sich unter anderem Kinderspielflächen befanden, und der Außenflächen der Anlage von einer Unternehmung auf die Tragfähigkeit untersuchen ließ. Dabei wurde eine aufgefüllte Kiesgrube gefunden, worüber die Beklagte im März 2013 unterrichtet wurde. Sie beauftragte eine für erforderlich gehaltene Bodenanalyse auf Schadstoffe. Sie schloss auch danach zunächst weitere Kaufverträge über Einheiten unter Ausschluss der Sachmängelhaftung ab. Der Baugrunduntersuchungsbericht ergab unterschiedliche Belastungen der aufgeführten Böden mit Schadstoffen, worauf die Beklagte den Verkauf von Wohnungen stoppte. Die Gesundheits- und Umweltbehörde ordnete Bodenuntersuchungen an, die Belastungen des Oberbodens mit Schadstoffen (u. a. Benzo(a)pyren) feststellten. Eine von der Beklagten herangezogene weitere Unternehmung schlug einen Bodenaustausch bis 30 cm Tiefe vor. Der weitere Außenbereich müsse nicht saniert werden. Die Beklagte erhielt von der Behörde eine zusammenfassende Altlastenauskunft. Nachfolgend setzte sie den Verkauf von Wohnungen fort; in den Kaufverträgen wies sie auf die Altlastenauskunft der Behörde hin und verpflichtete sich zur

---

<sup>167</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3 m.w.N.

Durchführung von Sicherungsmaßnahmen nach den Vorgaben der Behörde. Die Haftung für eine Altlastenfreiheit des Grundstücks außerhalb des Innenhofs wurde ausgeschlossen. In der Folgezeit tauschte die Beklagte den Oberboden des Innenhofs in einer Tiefe von 20 cm aus. In Eigentümersammlungen fassten die Wohnungseigentümer mehrere Beschlüsse über die gerichtliche Geltendmachung möglicher Ansprüche wegen der Altlasten im Innenhof und in den straßenseitigen Vorgärten. Die Klägerin klagte auf Feststellung, dass ihr gegen die Beklagte wahlweise volle und nicht quotenbeschränkte kaufrechtliche Nacherfüllungs-, Minderungs- oder Ansprüche auf den sogenannten kleinen Schadensersatz im Zusammenhang mit den in der Wohnungseigentumsanlage vorhandenen Altlasten wie näher bezeichnet zustehen. Hilfsweise erhob sie Leistungsklage auf volle, nicht quotenbeschränkte kaufrechtliche Nacherfüllung, nachdem sie ursprünglich auch insoweit nur eine entsprechende Feststellung beantragt hatte. Der Feststellungsantrag war in erster Instanz erfolgreich, wurde in zweiter Instanz abgewiesen und die Beklagte auf den Hilfsantrag zur Beseitigung der vorhandenen Altlasten, soweit diese 0,5 mg/kg Benzo(a)pyren überschreiten, verurteilt. Die Beklagte begehrte mit der zugelassenen Revision die vollständige Abweisung der Klage, wogegen die Klägerin mit Anschlussrevision gegen die Abweisung des Hauptantrags und gegen die Beschränkung der Verurteilung auf einen bestimmten Wert voring.<sup>168</sup>

Die Revision war erfolgreich. Über den Hilfsantrag hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden, weil der von der Klägerin mit der Anschlussrevision verfolgte Hauptantrag unzulässig war.<sup>169</sup> **Der Hilfsantrag war hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).** Es war es ausreichend, dass die Klägerin von der Beklagten im Wege der Leistungsklage Nacherfüllung verlangte, was beim Kauf einer gebrauchten Eigentumswohnung seiner Natur nach allein auf Mängelbeseitigung (§ 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB) gerichtet

---

<sup>168</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>169</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 ff.

ist. Es reicht aus, wenn neben dem Mängelbeseitigungsbegehren der zu beseitigende Mangel zumindest durch hinreichende Bestimmung der Mängelausprägungen bezeichnet wird. Letztlich beehrte die Klägerin von der Beklagten die Beseitigung sämtlicher festgestellter dortiger Kontaminationen. Ob bzw. inwieweit ungeachtet der Schadstoffkonzentration ein Mangel vorlag, war eine Frage der Begründetheit der Klage.<sup>170</sup> **Die Klägerin war zur Geltendmachung des Nachbesserungsanspruchs prozessführungsbefugt.** Dies ergab sich nicht aus § 9a Abs. 2 WEG, sondern **aus den in den Eigentümerversammlungen getroffenen Beschlüssen.** Allerdings konnte die GdWE im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung die Ausübung der einzelnen Erwerber aus den jeweiligen Verträgen mit dem Veräußerer zustehenden Rechte auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen (gekorene Ausübungsbefugnis), was geschehen war. Die damit begründete Prozessführungsbefugnis der Klägerin bestand auch nach der inzwischen in Kraft getretenen Neuregelung der Ausübungsbefugnis der GdWE (§ 9a Abs. 2 WEG) fort. Die GdWE kann Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum auch weiterhin durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen (§§ 18 Abs. 1; 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG). Dafür spielt es keine Rolle, ob ein solcher Anspruch auf die kaufvertragliche Nachbesserungspflicht (§ 439 Abs. 1 BGB) gestützt wird oder sich aus dem Werkvertragsrecht ergibt. Die Neuregelung der Ausübung in § 9a Abs. 2 WEG hat die **bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vergemeinschaftung der auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche der Wohnungseigentümer unberührt** gelassen und schließt eine Vergemeinschaftung solcher Ansprüche auch nicht aus.<sup>171</sup>

Das Vorliegen eines Sachmangels beurteilte sich nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung (Art. 229

---

<sup>170</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff. m.w.N.

<sup>171</sup> a.a.O., juris, Rn. 18 ff. m.w.N.

§ 58 EGBGB). Das Grundstück wies einen Mangel auf. **Bereits das Bestehen eines Altlastenverdachts ist ein offenbarungspflichtiger Sachmangel.** Ein Altlastenverdacht bestand hier objektiv bereits aufgrund des Vorfindens einer aufgefüllten Kiesgrube. **Bei verfüllten Kiesgruben handelt es sich grundsätzlich um altlastverdächtige Flächen.** Bei Altlastenverdacht schuldet der Verkäufer **Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 BGB) zunächst nur in Form von Ausräumung des Verdachts durch Aufklärungsmaßnahmen**, nicht aber bereits die Sanierung des Grundstücks, zu der die Beklagte vom Berufungsgericht verurteilt worden war. Erst wenn sich der Verdacht bestätigt, kann der Käufer die Beseitigung von Altlasten verlangen. Geschuldet ist grundsätzlich als übliche Beschaffenheit eines Grundstücks (§ 434 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB a. F.) die Freiheit von nicht nur unerheblichen Kontaminationen, die ein Käufer in der Regel ohne weiteres nicht hinzunehmen bereit ist. Das Überschreiten der **Erheblichkeitsschwelle ist nicht mathematisch exakt zu bestimmen.** Zur Konkretisierung kann mangels vereinbarter bestimmter Beschaffenheit auf die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen abgestellt werden. Allerdings war ein **Sachmangel nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil das Berufungsgericht eine Überschreitung der Werte der Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung nicht festgestellt hatte**, da diese nur indizielle Bedeutung haben. Der Tatrichter kann davon bei seiner Beurteilung abweichen, wenn dies **besondere Umstände** gebieten. Solche Umstände waren gegeben, weil es **neue Prüfwertevorschläge** gab und dies auch den von der hier zuständigen Gesundheits- und Umweltbehörde für verbindlich erklärten Prüfwerten entsprach. Zu Unrecht allerdings hatte das Berufungsgericht sich auf gutachterliche Stellungnahmen gestützt, die allein auf den festgestellten Überschreitungen des (niedrigeren) Prüfwerts beruhten. Dadurch stand noch nicht fest, dass an den betreffenden Stellen auch Maßnahmewerte nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BBodSchG überschritten werden. Entsprechende Detailuntersuchungen fehlten.<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> a.a.O., juris, Rn. 38 ff. m.w.N.

Die zulässige Anschlussrevision der Klägerin war erfolglos. Der damit von der Klägerin weiterverfolgte Hauptantrag war unzulässig, weil sie nicht nach ihrer Wahl **Nacherfüllung, Minderung oder sogenannten kleinen Schadensersatz** verlangen konnte. **Diese verschiedenen Klagebegehren schlossen einander aus, so dass sie in ein Eventualverhältnis zu stellen gewesen wären**, um den Bestimmtheitsgebot (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) zu genügen.<sup>173</sup> Das Berufungsurteil war daher hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten nach dem Hilfsantrag aufzuheben und die Sache insoweit zurückzuverweisen. Der Hilfsantrag war nicht abweisungsreif. Der vertraglich vereinbarte Haftungsausschluss stand dem von der Klägerin geltend gemachten Nacherfüllungsanspruch nicht entgegen. Die Beklagte durfte sich darauf nicht berufen, weil sie den Mangel arglistig verschwiegen hatte (§ 444 BGB). Die Altlastenerklärungen der Beklagten beinhalteten keine Offenbarung des Umfangs der Bodenbelastung, sondern verwiesen nur auf einen allgemein gehaltenen Verdacht.<sup>174</sup>

Hinsichtlich des Umfangs des Anspruchs auf volle Nachbesserung oder auf die Quote des Miteigentumsanteils beschränkter Freistellung von Mängelbeseitigungskosten hat der Bundesgerichtshof **klargestellt, dass auch der Käufer einer gebrauchten Eigentumswohnung einen Anspruch auf volle Nacherfüllung in Bezug auf Mängel des gemeinschaftlichen Eigentums** hat und nicht nur einen auf die Quote des Miteigentumsanteils beschränkten Anspruch auf Freistellung von Mängelbeseitigungskosten. Die Nacherfüllung war der Beklagten auch nicht wegen einer fehlenden Bereitschaft der Wohnungseigentümer, der Beklagten als Verkäuferin das Grundstück zur Durchführung der Nachbesserung zur Verfügung zu stellen, unmöglich. Die Vergemeinschaftungsbeschlüsse zeigten, dass die Mehrheit der Wohnungseigentümer die Nacherfüllung wünschte. Der Beklagten wurde auch lediglich eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt und bei einem

---

<sup>173</sup> a.a.O., juris, Rn. 59 ff. m.w.N.

<sup>174</sup> a.a.O., juris, Rn. 65 ff.

ergebnislosen Verstreichen die Nacherfüllung abgelehnt. Damit war der Anspruch auf die Primärleistung noch nicht ausgeschlossen. Soweit der Hilfsantrag auf ein zu weitreichendes Ziel, nämlich eine Sanierung anstelle der zunächst erforderlichen Gefahrerforschung, gerichtet war, musste den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme und die Möglichkeit gegeben werden, gegebenenfalls die Anträge umzustellen und ergänzend Beweis anzubieten (Art. 103 Abs. 1 GG).<sup>175</sup>

**dd)**

**Seine Rechtsprechung zu gewerblicher bzw. Wohnnutzung von Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten** hat der Bundesgerichtshof fortgeführt. **Nach der Entscheidung stört die Wohnnutzung einer Teileigentumseinheit in dem der gewerblichen Nutzung vorbehaltenen Gebäudeteil bei typisierender Betrachtung regelmäßig mehr als die vorgesehene Nutzung, wenn die Teilungserklärung einer Anlage, zu der sowohl Wohnungs- als auch Teileigentumseinheiten gehören, innerhalb eines Gebäudes eine räumliche Trennung von Wohnen und Gewerbe vorsieht.**<sup>176</sup>

Gestritten hatten die Mitglieder einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Die Anlage umfasste zwei Baukörper mit 14 Einheiten. In den Dachgeschossen befanden sich jeweils zwei Wohnungen. Die übrigen Einheiten dienten nicht zu Wohnzwecken. Nach der Gemeinschaftsordnung durfte in den Wohnungen die Ausübung eines Berufs oder Gewerbes nur mit schriftlicher Zustimmung des Verwalters erfolgen; die nicht für Wohnzwecke bestimmten, gewerblich nutzbaren Räume durften als Büro, Praxis, Apotheke, Kiosk, Laden o. ä. Zwecke genutzt werden. Die Beklagten hatten in ihrer Teileigentumseinheit eine Zahnarztpraxis mit Labor betrieben, diese jedoch im Jahr 2018 zu Wohnzwecken umgebaut und darüber die

---

<sup>175</sup> a.a.O., juris, Rn. 73 ff.

<sup>176</sup> BGH, Urteil vom 15. Juli 2022 – [V ZR 127/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2022, 1272 f. = NJW 2022, 3154 ff. = NZM 2022, 845 ff. = ZMR 2022, 900 ff. = Grundeigentum 2022, 915 f. = ZWE 2022, 446 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Verwalterin, nicht aber die Klägerin informiert. Die Klägerin machte Unterlassung der Wohnnutzung geltend. Das Berufungsgericht hatte der Klage stattgegeben. Mit der Revisionsbegründung reichten die Beklagten ein Schreiben der Verwalterin ein, wonach die GdWE der weiteren Rechtsverfolgung durch die Klägerin widersprach. Hierauf erklärte die Klägerin den Rechtsstreit für erledigt; die Beklagten traten der Erledigungserklärung entgegen.<sup>177</sup>

Die Revision der Beklagten hatte mit der Maßgabe keinen Erfolg, dass die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache festzustellen war. **Die Erledigung der Hauptsache kann vom Kläger im Revisionsverfahren jedenfalls dann noch einseitig erklärt werden, wenn das erledigende Ereignis (hier: Eingang der Revisionsbegründung mit dem Widerspruch der GdWE), als solches außer Streit steht.** Die Klage wäre ohne den Widerspruch der GdWE zulässig und begründet gewesen. Auf der Grundlage des bis zum 30. November 2020 geltenden WEG konnte ein einzelner Wohnungseigentümer – die Klägerin – von einem anderen Wohnungseigentümer oder dessen Mieter die Unterlassung einer zweckwidrigen Nutzung des Wohnungseigentums verlangen (§§ 1004 BGB; 15 Abs. 3 WEG a. F.). Diese **Prozessführungsbefugnis** besteht über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Wohnungseigentumsrechts (01. Dezember 2020) hinaus fort, **bis dem Gericht eine schriftliche Äußerung des nach § 9b WEG vertretungsberechtigten Organs über einen entgegenstehenden Willen der GdWE zur Kenntnis gebracht wird.** Die Klägerin hatte einen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Wohnnutzung. Die Parteien waren jeweils aktiv- bzw. passivlegitimiert. **Die mit der Zweckbestimmung der Teileigentumseinheit unvereinbare Wohnnutzung stört bei typisierender Betrachtungsweise mehr als die vorgesehene Nutzung, so dass die Klägerin Unterlassung der Wohnnutzung verlangen konnte (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB).** In einem nur beruflichen und

---

<sup>177</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude stört die Wohnnutzung bei typisierender Betrachtung regelmäßig mehr als die vorgesehene Nutzung, und zwar auch dann, wenn die Teilungserklärung einer Anlage, zu der sowohl Wohnung- als auch Teileigentumseinheiten gehören, innerhalb eines Gebäudes eine räumliche Trennung von Wohnen und Gewerbe vorgibt. Die Ausgestaltung der Teilungserklärung sprach für eine abschließende Regelung der erlaubten Nutzungen.<sup>178</sup> **Mit der Einreichung des Widerspruchs der GdWE ist die zuvor zulässige und begründete Klage unzulässig geworden** und die Prozessführungsbefugnis und Aktivlegitimation der Klägerin entfallen. Dies ist auch im Revisionsverfahren zu beachten.<sup>179</sup>

**b)**

Mit der **Verteilung eines im Gebäudeversicherungsvertrag vereinbarten Selbstbehalts auf die Wohnungseigentümer bei einem Leitungswasserschaden** befasst sich eine weitere Leitsatzentscheidung.<sup>180</sup>

Tritt in einer Wohnungseigentumsanlage aufgrund einer defekten Wasserleitung ein Schaden ein, ist ein von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarter Selbstbehalt, durch den der Versicherer einen bestimmten Teil des ansonsten versicherten Interesses nicht zu ersetzen hat, wie die Versicherungsprämie nach dem gesetzlichen bzw. vereinbarten Verteilungsschlüssel zu verteilen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Leitungswasserschaden am Gemeinschaftseigentum oder – ausschließlich oder teilweise – an Sondereigentum entstanden ist.<sup>181</sup> **Die Wohnungseigentümer können gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG eine von dem allgemeinen**

---

<sup>178</sup> a.a.O., juris, Rn. 4 ff.

<sup>179</sup> a.a.O., juris, Rn. 13 ff. m.w.N.

<sup>180</sup> BGH, Urteil vom 16. September 2022 – [V ZR 69/21](#) – juris = MDR 2022, 1538 ff. = NJW 2023, 63 ff. = WuM 2022, 753 ff. = NZM 2022, 974 ff. = ZMR 2023, 55 ff. = Grundeigentum 2022, 1214 ff. = DWW 2022, 386 ff. = ZWE 2023, 39 ff. = VersR 2022, 1523 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>181</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2a.

**Umlageschlüssel abweichende Verteilung des Selbstbehalts beschließen.**<sup>182</sup> In Fortsetzung seiner Rechtsprechung hat der V. Zivilsenat weiter ausgesprochen, dass ein auf § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG gestützter **Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Anpassung der Kostenverteilung für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten nur dann gegeben ist, wenn zugleich die in § 10 Abs. 2 WEG genannten Voraussetzungen vorliegen.** Dies gilt auch bei einer Verteilung eines in der verbundenen Gebäudeversicherung vereinbarten Selbstbehalts.<sup>183</sup>

**In derselben Entscheidung wurde geklärt, dass dann, wenn es für die Frage, ob eine Verwaltungsmaßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, auf eine umstrittene und höchstrichterlich ungeklärte Rechtsfrage ankommt (hier: Verteilung des Selbstbehalts in einer verbundenen Gebäudeversicherung), die GdWE berechtigt ist, durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden, welche Auffassung für die künftige Verwaltungspraxis maßgeblich sein soll. Ein solcher Beschluss kann mit einer Beschlussersetzungsklage gerichtlich erzwungen werden.**<sup>184</sup>

Im Bereich der beklagten Wohnungseigentümerin war es zu einem Wasserschaden wegen Mängeln des Leitungssystems gekommen. Da es bereits wiederholt zu Wasserschäden gekommen war, ging die GdWE gegen das zuständige Unternehmen gerichtlich vor. Dieses Verfahren war noch nicht abgeschlossen. Die klagende Sondereigentümerin machte geltend, es sei in ihrem Bereich noch nie zu einem Wasserschaden gekommen. Sie wollte deshalb den im Hinblick auf die Schadenshäufung mit der Gebäudeversicherung vereinbarten Selbstbehalt (7.500,00 € pro Schadensfall) so verteilt wissen, dass bei einem Wasserschaden, der im Bereich des Sondereigentums entstanden ist, die Kosten der Instandsetzung und

---

<sup>182</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2b.

<sup>183</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2c.

<sup>184</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1 und Rn. 15 m.w.N.

Schadensbeseitigung einschließlich der Selbstbeteiligung von dem Sondereigentümer der betroffenen Wohneinheit zu tragen sind und führte entsprechende Beschlussersetzungsklage.<sup>185</sup>

Die beklagten Wohnungseigentümer waren weiterhin die richtigen Klagegegner, weil hier noch das früher geltende Verfahrensrecht anzuwenden war (§ 48 Abs. 5 WEG analog).<sup>186</sup>

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Beschlussersetzung war gegeben, obwohl die Wohnungseigentümer bislang über das Begehren der Klägerin noch keinen Beschluss gefasst hatten. Denn es war mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Antrag in der Eigentümerversammlung nicht die erforderliche Mehrheit finden werde, so dass die Befassung der Versammlung eine unnötige Förmerei wäre.<sup>187</sup> Bei Beschlussersetzungsklagen zur Durchsetzung des Anspruchs des Wohnungseigentümers auf ordnungsmäßige Verwaltung hat bei einem den Wohnungseigentümern bei der Auswahl der zu treffenden Maßnahmen verbleibendem Gestaltungsspielraum das Gericht dieses Ermessen auszuüben ohne an die konkreten Klageanträge gebunden zu sein. Die Klägerin wollte mit ihren beiden Anträgen die Verwaltungspraxis ändern lassen und am im Versicherungsfall verbleibenden Selbstbehalt bei Schäden im Bereich des Sondereigentums der Beklagten nicht mehr anteilig beteiligt werden. Allerdings war die in der GdWE praktizierte Verteilung des Selbsthalts nach Miteigentumsanteilen rechtmäßig und die Klägerin konnte keine Beschlussersetzung durch das Gericht verlangen. Nicht entscheidend war, in welchem Umfang die Wasserleitung im Sondereigentum oder im Gemeinschaftseigentum stand. Die Versicherung war für das gesamte Gebäude abgeschlossen worden. Versicherungsnehmer war der rechtsfähige Verband (§ 9a Abs. 1 Satz 1 WEG); Versicherte waren die einzelnen

---

<sup>185</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 f.

<sup>186</sup> a.a.O., juris, Rn. 5.

<sup>187</sup> a.a.O., juris, Rn. 6.

Wohnungseigentümer, und zwar sowohl für ihren ideellen Anteil am Gemeinschaftseigentum als auch für ihr Sondereigentum. Der Selbstbehalt ist grundsätzlich den Gemeinschaftskosten zuzuordnen. Er gehört wie die Versicherungsprämie zu den Gemeinschaftskosten (§ 16 Abs. 2 Satz 1 WEG).<sup>188</sup> **Die Wohnungseigentümer können eine von dem allgemeinen Umlageschlüssel abweichende Verteilung des Selbsthalts beschließen.** Daraus ergibt sich aber kein Anspruch eines Wohnungseigentümers auf eine entsprechende Beschlussfassung. Dazu müssten die Voraussetzungen vorliegen, nach denen der Abschluss oder die Änderung eine Vereinbarung gemäß § 10 Abs. 2 WEG verlangt werden kann. Zur Entscheidung dieser Frage bedurfte es weiterer Feststellungen zum Vorliegen schwerwiegender Gründe (§ 10 Abs. 2 WEG).<sup>189</sup>

c)

Eine Entscheidung ist zur **Abrechnung des Wärmeverbrauchs** ergangen. **Nach dem Leitsatz entspricht die Abrechnung der Heizkosten bei einer Wohnungseigentumsanlage mit verschiedenen Ausstattungen zur Verbrauchserfassung, bei welcher der anteilige Verbrauch einer oder mehreren Nutzergruppe(n) entgegen § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV nicht mit einem separaten Wärmemengenzähler vorerfasst worden ist, in der Regel dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die Ermittlung des Verbrauchs im Wege einer rechnerisch zutreffenden Differenzberechnung unter Berücksichtigung der ermittelten Verbrauchsdaten erfolgt.**<sup>190</sup>

In den Einheiten der Wohnungseigentumsanlage wurde der Wärmeverbrauch zum Teil durch Wärmemengenzähler, zum Teil durch Heizkostenverteiler ermittelt. Wärmemengenzähler erfassen den Wärmeverbrauch

---

<sup>188</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff. m.w.N.

<sup>189</sup> a.a.O., juris, Rn. 34 ff.

<sup>190</sup> BGH, Urteil vom 16. September 2022 – [V ZR 214/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2023, 25 ff. = WuM 2023, 58 ff. = ZMR 2023, 61 ff. = Grundeigentum 2022, 1203 ff. = ZWE 2023, 46 ff. = DWW 2023, 29 ff.

mengenmäßig; Heizkostenverteiler ermitteln (nur) den anteiligen Verbrauch im Verhältnis zum Gesamtverbrauch. Eine Vorrichtung zur Vorerfassung des anteiligen Gesamtverbrauchs der jeweils gleich ausgestatteten Einheiten war nicht vorhanden. In der Eigentümerversammlung vom Dezember 2017 wurde ein Beschluss über die Genehmigung der Jahresabrechnung für das Jahr 2016 gefasst. Der klagende Wohnungseigentümer wandte sich gegen die Verteilung der Heizkosten in den Einzelabrechnungen.<sup>191</sup>

Da die Beschlussmängelklage vor dem 01. Dezember 2020 erhoben war, war § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG a. F. weiterhin anzuwenden (§ 48 Abs. 5 WEG). Deshalb waren die übrigen Wohnungseigentümer unverändert richtige Klagegegner.<sup>192</sup>

**Grundsätzlich entspricht unabhängig von der Vereinbarungs- und Beschlusslage allein eine den Anforderungen der Heizkostenverordnung genügende Abrechnung den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung.**<sup>193</sup> Die teilweise anhand des Verbrauchs vorgenommene Verteilung der Heizkosten entsprach nicht § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV a. F./§ 5 Abs. 7 Satz 1 HeizkostenV n. F.; die vorgeschriebene Vorerfassung war unterblieben. **Die Verteilung der Heizkosten konnte den Anforderungen schon deshalb nicht genügen, weil eine Vorerfassung der Verbrauchsanteile der unterschiedlichen Nutzergruppen im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV a. F. mangels separater Wärmemengenzähler für die Vorerfassung der Verbrauchsmenge der unterschiedlichen Nutzergruppen technisch nicht möglich war. Sie konnte wegen Zeitablaufs auch nicht nachgeholt werden. Der Verstoß war somit nicht heilbar.** Anders als vom Berufungsgericht angenommen hatte dies aber nicht zur Folge, dass eine Abrechnung zu erstellen gewesen wäre, bei der (sofern eine Schätzung nach § 9a Abs. 1 HeizkostenV ausscheidet) die Heizkosten

---

<sup>191</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 f.

<sup>192</sup> a.a.O., juris, Rn. 5 m.w.N.

<sup>193</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 ständ. Rspr., m.w.N.

nach dem Flächenmaßstab (§ 9a Abs. 2 HeizkostenV) zu verteilen wären. **Nach dem Zweck der Heizkostenverordnung ist bei einem Verstoß gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV eine Abrechnung grundsätzlich durch eine rechnerische Ermittlung der Verbrauchsanteile vorzunehmen. Insofern besteht ein Unterschied zum Mietrecht.** Gleichwohl kann aber im Wohnungseigentumsrecht es ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen, eine Abrechnung im Wege einer Differenzberechnung vorzunehmen. Nach dem Regelungszweck der Heizkostenverordnung ist im Ergebnis davon auszugehen, dass bei einer Wohnungseigentumsanlage mit verschiedenen Ausstattungen zur Verbrauchserfassung, bei welcher der anteilige Verbrauch einer oder mehreren Nutzergruppe(n) entgegen § 5 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV a. F. nicht mit einem separaten Wärmemengenzähler voll erfasst worden ist, die Abrechnung der Heizkosten in der Regel dann ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, wenn die Ermittlung des Verbrauchs im Wege einer rechnerisch zu treffenden Differenzberechnung unter Berücksichtigung der ermittelten Verbrauchsdaten erfolgt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in weiteren Punkten ihrer Pflicht zur ordnungsmäßigen Abrechnung enthoben wäre. **Grundsätzlich müssen im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander entstandene Kosten zwingend nach dem zutreffenden Schlüssel verteilt werden. Eine Ausnahme ist nur insoweit und in dem Umfang geboten, als die Vorerfassung des Verbrauchs der unterschiedlichen Nutzergruppen nicht nachholbar ist.** Die Abrechnung muss also im Übrigen der Heizkostenverordnung entsprechen und die vorgenommene Differenzermittlung ihre Grundlage in dem tatsächlich erfassten Verbrauch haben sowie rechnerisch zutreffend sein.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> a.a.O., juris, Rn. 7 ff. m.w.N.

d)

Zu Prozessualen liegen mehrere Entscheidungen vor

aa)

In prozessualer Hinsicht hat sich der Bundesgerichtshof mit der **Zulässigkeit einer Beschlussfassung und der Vertretung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer beim Fehlen eines Verwalters** befasst.<sup>195</sup>

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass dann, wenn eine **Beschlussersetzungsklage entgegen § 44 Abs. 2 Satz 1 WEG nicht gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE), sondern gegen die übrigen Wohnungseigentümer erhoben wird, ein gewillkürter Parteiwechsel auf Beklagtenseite vorgenommen werden muss und andernfalls die Klage als unzulässig abzuweisen ist.**<sup>196</sup> Hat die GdWE keinen Verwalter, führt der **Ausschluss des oder der klagenden Wohnungseigentümer in einem Beschlussklageverfahren von der nach § 9b Abs. 1 Satz 2 WEG angeordneten Gesamtvertretung dazu, dass die Gemeinschaft in diesem Prozess durch die übrigen Wohnungseigentümer gemeinschaftlich vertreten wird. Verbleibt nur ein Wohnungseigentümer, der keinem Vertretungsverbot unterliegt, vertritt er den Verband im Prozess allein.**<sup>197</sup>

Die GdWE mit zwei Einheiten bestand aus der Klägerin und dem Revisionsbeklagten zu 2. Ein Verwalter war nicht bestellt. Im Dezember 2020 erhob die Klägerin **Beschlussersetzungsklage gegen den Revisionsbeklagten zu 2 mit dem Ziel der Bestellung einer bestimmten Verwalterin.**<sup>198</sup> Ungeachtet der möglicherweise nicht ordnungsgemäßen Vertretung der GdWE war die Revision insgesamt zulässig, weil in diesem Rahmen zu unterstellen war,

---

<sup>195</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 08. Juli 2022 – [V ZR 202/21](#) – juris = MDR 2022, 1273 ff. = NJW 2022, 3003 ff. = NZM 2022, 766 ff. = ZMR 2022, 902 ff. = Grundeigentum 2022, 910 ff. = DWW 2002 und 20, 307 ff. = ZWE 2022, 418 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>196</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1.

<sup>197</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>198</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 f.

dass die GdWE durch den Revisionsbeklagten zu 2 wirksam vertreten wurde. Er war im amtsgerichtlichen Urteil als Vertreter der GdWE bezeichnet und konnte deshalb auch für die GdWE Berufung einlegen. Dies setzte sich im Revisionsverfahren fort.<sup>199</sup> Die Berufung der GdWE war zulässig, da das erstinstanzliche Urteil formal gegen sie als Beklagte ergangen war.<sup>200</sup> Die Beschlussersetzungsklage war nicht deswegen unzulässig, weil sie gegen den Revisionsbeklagten zu 2 und damit gegen den falschen Beklagten gerichtet war. Zwar sind Beschlussersetzungsklagen gegen die GdWE zu richten (§ 44 Abs. 2 Satz 1 WEG). **Die Klage war indes durch Parteiwechsel in der Berufungsinstanz nur noch gegen die GdWE gerichtet. Die Klägerin hatte fristgerecht eine dafür erforderliche Anschlussberufung eingelegt (§ 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO) und darin eine Klageänderung in Form eines Parteiwechsels auf Beklagtenseite erklärt.** Ein Anschlussrechtsmittel kann auch konkludent eingelegt werden. Allerdings muss sich der Wille zur Vornahme einer Prozesshandlung objektiv unmissverständlich aus dem Vorbringen der Partei ergeben, was der Fall war. Sonstige Bedenken gegen die Wirksamkeit der Anschlussberufung und des Parteiwechsels bestanden nicht. Der Klageänderung (Parteiwechsel) stand nicht entgegen, dass mit der Anschlussberufung mehr als die Zurückweisung des Rechtsmittels des Berufungsführers erstrebt werden muss, weil die Klägerin durch die Erklärung des Parteiwechsels mehr erreichen wollte, als die bloße Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung. Schließlich stand auch eine fehlende Zustimmung eines Prozessbeteiligten nicht entgegen, weil wegen der engen Verbindung des Revisionsbeklagten zu 2 als weiterem Wohnungseigentümer und der GdWE zum Rechtsstreit die Verweigerung einer Zustimmung mangels schutzwürdigen Interesses missbräuchlich und damit unbeachtlich wäre.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> a.a.O., juris, Rn. 5 ff. m.w.N.

<sup>200</sup> a.a.O., juris, Rn. 10.

<sup>201</sup> a.a.O., juris, Rn. 11 ff. m.w.N.

Für das weitere Verfahren hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass die allein noch auf Beklagtenseite vorhandene GdWE wirksam durch den Revisionsbeklagten zu 2 vertreten wird (§ 51 Abs. 1 Alt. 2 ZPO). Mangels Verwalters wird die GdWE durch die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich vertreten (§ 9b Abs. 1 Satz 2 WEG). Die Klägerin konnte nicht als Wohnungseigentümerin die GdWE mit vertreten, weil es prozessrechtlich nicht zulässig ist, einen Rechtsstreit mit sich selbst zu führen. Gelöst hat der Bundesgerichtshof die sich daraus stellende Problematik, wie im Leitsatz wiedergegeben.<sup>202</sup> Außerdem hat der Bundesgerichtshof auf den Anspruch der Wohnungseigentümer auf eine Verwaltung nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung haben (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG), wozu ein Anspruch auf Bestellung eines tauglichen Verwalters gehört. Im Rahmen des Prozesses obliegt die Auswahl des Verwalters dem Gericht nach billigem Ermessen (§ 18 Abs. 2 WEG).<sup>203</sup>

#### **bb)**

Seine vorstehend dargestellte **Rechtsprechung zur Vertretung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bei Fehlen eines Verwalters** hat der Bundesgerichtshof fortgeführt.<sup>204</sup> **In derselben Entscheidung hat er klargestellt, dass die Erhebung einer gegen einen einzelnen Wohnungseigentümer gerichteten Klage auf anteilige Zahlung einer beschlossenen Sonderumlage in einer verwalterlosen GdWE keiner auf die Klageerhebung bezogenen Beschlussfassung bedarf.**<sup>205</sup>

**Erhebt der Verwalter im Namen der GdWE Klage gegen einzelne Wohnungseigentümer, sind Beschränkungen seiner Vertretungsmacht im**

---

<sup>202</sup> a.a.O., juris, Rn. 29 ff. m.w.N.

<sup>203</sup> a.a.O., juris, Rn. 51 ff. m.w.N.

<sup>204</sup> BGH, Urteil vom 16. September 2022 – [V ZR 180/21](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2022, 1402 f. = NJW 2022, 3577 ff. = WuM 2023, 178 ff. = NZM 2022, 916 ff. = ZMR 2003 und 20, 52 ff. = Grundeigentum 2022, 1160 ff. = DWW 2022, 337 ff. = ZWE 2003 20, 28 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>205</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

**Innenverhältnis, die die Befugnis zur Klageerhebung betreffen, jedenfalls im Grundsatz nicht zu überprüfen.<sup>206</sup>**

Klägerin zu 3 war die GdWE. Den Klägern zu 1 und 2 gehörten gemeinsam zwei Einheiten; sie verfügten über eine knappe Stimmenmehrheit. Die Beklagten waren bis zum April 2021 gemeinsame Eigentümer der beiden anderen Einheiten. In einer Eigentümerversammlung wurde mit den Stimmen der Kläger zu 1 und 2 die Sanierung des Daches und Erhebung einer Sonderumlage beschlossen. Gegen den Beschluss über die Dachsanierung gingen die Beklagten mit einer Anfechtungsklage vor. Im vorliegenden Verfahren hatten die Kläger zu 1 und 2 auf Auszahlung der Sonderumlage an die GdWE geklagt. In der Berufungsinstanz erfolgte ein Parteiwechsel dahingehend, dass Kläger die GdWE war. Danach veräußerten die Beklagten ihre beiden Einheiten.<sup>207</sup>

Der Parteiwechsel auf Klägerseite war sachdienlich und zulässig (§§ 533; 263 ZPO). Die Rechtsverteidigung der Beklagten war dadurch nicht beeinträchtigt, weil unverändert Zahlung der anteiligen Sonderumlage auf das Gemeinschaftsskonto verlangt wurde.<sup>208</sup>

Die GdWE war wirksam vertreten. Mangels Verwalters wurde die GdWE von den nicht auf Beklagtenseite stehenden übrigen Wohnungseigentümern vertreten. Ein Beschluss über die Erhebung der Zahlungsklage war nicht erforderlich. **Dass die zerstrittenen Parteien keinen Beschluss über die Erhebung der Zahlungsklage gefasst hatten, beschränkte die Vertretungsmacht der Kläger im Innenverhältnis schon deshalb nicht, weil eine solche Beschlussfassung jedenfalls im Beitragsverfahren entbehrlich ist. Einen solchen zu verlangen, wäre in der vorliegenden Fallgestaltung bloße Förmerei,** weil die mangels Verwalters

---

<sup>206</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3.

<sup>207</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>208</sup> a.a.O., juris, Rn. 5

vertretungsberechtigten anderen Eigentümer nur gemeinsam gegen die Beklagten vorgehen können.<sup>209</sup> Die Klage war auch in der Sache begründet und die Beklagten zur anteiligen Zahlung verpflichtet. **Die Sonderumlage wurde aufgrund wirksamen Beschlusses während der Dauer der Mitgliedschaft der Beklagten in der Eigentümergemeinschaft fällig.**<sup>210</sup>

**cc)**

Im Streit eines Wohnungseigentümers, der von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) auf Zahlung von Wohngeld und der Abrechnungsspitze aus der Jahresabrechnung 2019 in Anspruch genommen wurde, hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung fortgeführt, dass das Berufungsgericht bei einer **Berufungseinlegung durch den Streithelfer** auch dann prüfen muss, **ob der Beitritt den Anforderungen des § 70 Abs. 1 Satz 2 ZPO** genügt, wenn der Beitritt bereits erstinstanzlich mit der Einlegung eines Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil verbunden worden ist.<sup>211</sup> Da eine Berufung nur von Prozessbeteiligten eingelegt werden kann, hängt ihre Zulässigkeit bei Einlegung durch einen Streithelfer davon ab, ob dieser rechtzeitig – spätestens mit Einlegung der Berufung (§ 66 Abs. 2 ZPO) – und wirksam dem Rechtsstreit beigetreten ist.<sup>212</sup>

**dd)**

In einem **selbstständigen Beweisverfahren eines Wohnungseigentümers** (Antragsteller) gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) darüber, ob in der Wohnung des Antragstellers Wassereintritt und Probleme bei der Regenwasserableitung vorhanden sind, hatte das Amtsgericht die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens angeordnet. Nach einem Ortstermin teilte der Sachverständige mit, für einen weiteren Teil der Begutachtung seien noch Bauteilöffnungen erforderlich, wofür durch die Parteien Handwerker beauftragt werden müssten. Die

---

<sup>209</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 ff. m.w.N.

<sup>210</sup> a.a.O., juris, Rn. 16 ff. m. w. N.

<sup>211</sup> BGH, Beschluss vom 24. November 2022 – [V ZB 29/22](#) – juris, Leitsatz.

<sup>212</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 ff. m.w.N.

Parteien erklärten, keine Handwerker zu stellen, worauf das Amtsgericht beschloss, dass das selbstständige Beweisverfahren nur noch für den davon nicht betroffenen Teil des Gutachtauftrags weitergeführt werde und im Übrigen beendet sei. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde des Antragstellers war erfolgreich, wogegen die Antragsgegner mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde voringen.<sup>213</sup> Die Rechtsbeschwerde war nicht statthaft und deshalb unzulässig. **Denn ein Beschluss, mit dem die Durch- oder Fortführung eines selbstständigen Beweisverfahrens angeordnet wird, ist nicht anfechtbar; dies gilt auch dann, wenn die Anordnung durch das Beschwerdegericht erfolgt.**<sup>214</sup>

#### 4. Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Für diese Rechtsgebiete sind verschiedene Zivilsenate des Bundesgerichtshofs zuständig.

##### 4.1. Maklerrecht

Für das Maklerrecht ist der I. Zivilsenat zuständig.

###### a)

Der Streit um die Rückforderung der von den klagenden Maklerkunden gezahlten Maklercourtage nebst Nebenforderungen führte zu einer

---

<sup>213</sup> BGH, Beschluss vom 15. September 2022 – [V ZB 71/21](#) – juris, Rn. 1 ff. = MDR 2022, 1561 = NJW-RR 2022, 1533 = ZMR 2023, 126 f. = Grundeigentum 2023, 199 f. = BauR 2023, 273 ff.

<sup>214</sup> a.a.O., juris, Leitsatz und Rn. 4 ff.

## Leitsatzentscheidung über Informationspflichten über das gesetzliche Widerrufsrecht.<sup>215</sup>

Mit der Begründung des Berufungsgerichts konnte ein Anspruch der Kläger auf Rückgewähr der an die Beklagte gezahlten Maklerkaution (§ 355 Abs. 3 BGB) nicht verneint werden. Ein Maklervertrag war zustande gekommen. Die Beklagte hatte einen Anspruch auf eine vertragsgemäße Courtage verdient. Der Vertragsschluss war unter alleiniger Verwendung von Fernkommunikationsmitteln erfolgt. Der Widerruf (§§ 312g Abs. 1; 355 BGB) der Kläger war nicht verfristet, weil sich die Beklagte nicht auf die Gesetzlichkeitsfiktion der Widerrufsbelehrung (Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB) berufen konnte (Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB; §§ 355 Abs. 2 Satz 1 und 2; 356 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB).<sup>216</sup> **Der Unternehmer kann seine für den Beginn der Widerrufsfrist maßgebliche Informationspflicht auf zwei Wegen erfüllen.<sup>217</sup> Die Schutzwirkung der Gesetzlichkeitsfiktion gemäß Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB kommt nur dem Unternehmer zugute, der die Muster-Widerrufsbelehrung nach Anlage 1 zu dieser Bestimmung unverändert verwendet und richtig ausfüllt.<sup>218</sup> Der Unternehmer kann seine Informationspflichten auch durch eine Belehrung erfüllen, die von der Musterbelehrung abweicht, aber inhaltlich den in § 356 Abs. 3 Satz 1 BGB; Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB geregelten Anforderungen genügt. Dann trägt der Unternehmer allerdings das Risiko, dass seine Information den allgemeinen Anforderungen an eine umfassende, unmissverständliche und nach dem Verständnis eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Verbrauchers eindeutige Belehrung genügt.<sup>219</sup> Die von der Beklagten gegebene Widerrufsinformation entsprach nicht vollständig dem Muster für die Widerrufsbelehrung**

---

<sup>215</sup> BGH, Urteil vom 01. Dezember 2022 – [I ZR 28/22](#) – juris, Rn. 1 ff. = ZIP 2023, 686 ff.

<sup>216</sup> a.a.O., juris, Rn. 16 ff.

<sup>217</sup> a.a.O., juris, Rn. 26 ff.

<sup>218</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1 und Rn. 31 ff. m.w.N.

<sup>219</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

(Anlage 1 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB), indem es anstelle der gesetzlichen Formulierung „des Vertragsabschlusses“ dort „des Vertragschlusses“ hieß. Auch hatte die Beklagte einen im Muster nicht vorgesehenen Text eingefügt („den Widerruf richten Sie bitte an: ... oder an ...“) und es fehlte der Hinweis, dass die im Falle eines Widerrufs vorzunehmende Rückzahlung aller vom Kunden erhaltenen Zahlungen auch die dort näher bestimmten Lieferkosten umfasst.<sup>220</sup> Auch aus anderen Gründen war das Berufungsurteil nicht richtig. Die Beklagte konnte nicht damit durchdringen, sie habe jedenfalls inhaltlich ihre Informationspflichten erfüllt. Es fehlte die erforderliche Klarheit wegen widersprüchlicher Angaben zum Widerrufsadressaten und der damit verbundenen Gefahr einer Irreführung über den Vertragspartner, was der Bundesgerichtshof anlässlich der konkreten Formulierungen näher begründet hat.<sup>221</sup>

**b)**

In einem Streit über Maklerprovision hat der Bundesgerichtshof zu Grunde gelegt, dass es dann, **wenn der Käufer bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrags durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten wird, es für seine Kenntnis vom Mangel im Sinne von § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Zeitpunkt der Abgabe der Genehmigungserklärung ankommt**; solange er die Genehmigungserklärung nicht in den Verkehr gebracht hat, muss der Käufer neu gewonnene Kenntnisse über Mängel der Kaufsache gegen sich gelten lassen.<sup>222</sup>

Der Kläger, ein Makler, wurde von der Drittwiderbeklagten mit dem Verkauf ihres Grundstücks beauftragt. Er bot das Objekt im März 2019 der beklagten Bauträgerin an. Nach dem übersandten Exposé mit näheren Angaben sei das Objekt bislang als Bürogebäude genutzt worden und eine Umnutzung in Wohnraum problemlos möglich. Im April 2019 wurde ein

---

<sup>220</sup> a.a.O., juris, Rn. 37 f.

<sup>221</sup> a.a.O., juris, Rn. 39 ff.

<sup>222</sup> BGH, Urteil vom 06. Mai 2022 – [V ZR 282/20](#) – juris, Leitsatz = MDR 2022, 949 ff. = NJW 2022, 2843 ff. = Grundeigentum 2022, 785 f. = VersR 2022, 2843 ff. = ZIP 2022, 1546 ff.

Kaufvertrag notariell beurkundet, wobei für die Drittwiderbeklagten und die Beklagte vollmachtlose Vertreter auftraten. Der Vertrag sah einen Ausschluss der Sachmängelhaftung vor. Die Drittwiderbeklagte genehmigte den Vertrag. Nachdem die Beklagte ihre Genehmigung Mitte April 2019 notariell beglaubigen ließ, erfuhr sie, dass die vermietbare Fläche des Hauptgebäudes und die Fläche des Hinterhofgebäudes geringer als im Exposé angeführt waren. Danach übersandte die Beklagte dem beurkundenden Notar die notariell beglaubigte Genehmigung mit dem Hinweis, diese sei ohne jedes Präjudiz und unbeschadet etwaiger Ansprüche gegenüber Verkäufer und/oder Makler u. a. wegen unzutreffender Angaben zum Kaufgegenstand, deren Geltendmachung sie sich vorbehalte, erklärt worden. Der Kläger klagte auf Maklerprovision (95.200,00 €). Die Beklagte erhob Widerklage gegen den Kläger und die Drittwiderbeklagte auf Zahlung von Schadensersatz (341.824,75 €) wegen der Minderfläche. Wegen der Flächenabweichung im Nebengebäude stellte sie die Höhe des Schadens in das Ermessen des Gerichts, verlangte aber dafür mindestens 60.000,00 €. Außerdem begehrte sie weitere Beträge wegen überhöhter Grunderwerbsteuer und Notarkosten sowie die Feststellung, dass die Widerbeklagten auch den Ersatz weiterer Schäden schuldeten.<sup>223</sup>

Der Bundesgerichtshof hat bestätigt, dass der Beklagten gegen die Drittwiderbeklagte kein Anspruch auf Schadensersatz (§§ 437 Nr. 3; 280 Abs. 1 und 3; 281 Abs. 1 BGB) und Zinsen (§ 291 BGB) zustand. **Nach der einwandfreien Auslegung des Berufungsgerichts, wollte die Beklagte den Vertrag genehmigen und sich dabei lediglich bestimmte gesetzliche Rechte vorbehalten. Dies war keine Bedingung, die der Wirksamkeit der grundsätzlich bedingungsfeindlichen Genehmigungserklärung entgegenstehen könnte.** Ansprüche der Beklagten scheiterten jedenfalls daran, dass sie vor der Übersendung der notariell beglaubigten Genehmigungserklärung an den beurkundenden Notar von den

---

<sup>223</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

Flächenabweichungen Kenntnis erlangt hatte (§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Kaufvertrag kam zwar erst mit Zugang der notariell beglaubigten Genehmigungserklärung der Beklagten beim Notar zustande (§ 177 Abs. 1 BGB). **Es kommt auf das endgültige Wirksamwerden des zunächst schwebend unwirksamen Vertrags bei der Genehmigung eines durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrags nicht an. § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB ist insoweit teleologisch zu reduzieren. Maßgeblich ist in einem solchen Fall die Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Abgabe der Genehmigungserklärung.** Solange der Käufer die Genehmigungserklärung nicht in den Verkehr gebracht hat (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB), muss er neu gewonnene Kenntnisse über Mängel der Kaufsache gegen sich gelten lassen.<sup>224</sup> Das gelte auch, wenn die Beklagte angenommen hätte, bereits an den Kaufvertrag gebunden zu sein. Dann wäre ihr Verhalten als widersprüchlich anzusehen.<sup>225</sup> Auch gegen den Kläger hatte die Beklagte keinen Anspruch auf Schadensersatz (§ 280 Abs. 1 BGB) wegen Verletzung von Pflichten aus dem Maklervertrag. Es war nicht erwiesen, dass die Beklagte den Kaufvertrag nicht zu denselben Bedingungen abgeschlossen hätte, wenn ihr die Flächenabweichung bekannt gewesen wäre.<sup>226</sup> **Die Beklagte hatte daher den eingeklagten Maklerlohn nebst Zinsen zu zahlen. Sie konnte sich demgegenüber weder auf Verwirkung berufen (§ 654 BGB analog) noch ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht einwenden, weil erst sie nach Kenntnis aller Umstände die Wirksamkeit des Kaufvertrags herbeigeführt hatte.**<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> a.a.O., juris, Rn. 5 ff. m.w.N.

<sup>225</sup> a.a.O., juris, Rn. 18 ff.

<sup>226</sup> a.a.O., juris, Rn. 21.

<sup>227</sup> a.a.O., juris, Rn. 22.

## 4.2. Nachbarrecht

Zuständig für das Nachbarrecht ist der V. Zivilsenat.

### a)

Gegen seine zweitinstanzliche Verurteilung auf **Unterlassung, in der über sein Grundstück führenden einzigen Durchfahrt zum benachbarten Grundstück des Klägers mit Pkw zu parken oder seinen Mietern dort ein Stellrecht einzuräumen**, wandte sich der beklagte Grundstückseigentümer mit der Nichtzulassungsbeschwerde. Die Klage war in zweiter Instanz aufgrund einer Grunddienstbarkeit in Form eines Wege- und Überfahrtsrechts erfolgreich.<sup>228</sup> **Die Nichtzulassungsbeschwerde war mangels Darlegung und Glaubhaftmachung des Erreichens der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer (über 20.000,00 €; § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) unzulässig.** Der Beschwerdeführer hatte den Wert seines Interesses an der Abänderung der angefochtenen Entscheidung nicht hinreichend dargetan. Ein geeigneter Anhaltspunkt war die Wertminderung des Beklagtengrundstücks durch die zu unterlassende Handlung. Eine Wertminderung des Grundstücks durch die Grunddienstbarkeit des Klägers beantwortete nicht die relevante Frage. **Gegenstand der Unterlassungsverurteilung war lediglich das Parken auf dem dienenden Grundstück, so dass es allein auf die Wertminderung ankam, den das Grundstück durch den Wegfall eines Stellplatzes erleidet**, wofür der Sachverständige lediglich eine Wertminderung von 17.170,00 € ermittelt hatte.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> BGH, Beschluss vom 10. November 2022 – [V ZR 245/21](#) – juris, Rn. 1 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>229</sup> a.a.O., juris, Rn. 3 ff. m.w.N. und Orientierungssätze 1 und 2.

**b)**

Zwei Entscheidungen betrafen Notwegerechte.

**aa)**

Die **Exklusivität der Bestimmungen des BGB zum Notwegerecht** hat der Bundesgerichtshof betont:<sup>230</sup>

Gestritten hatten die Eigentümer benachbarter Grundstücke. Das klägerische Grundstück war mit einem früher landwirtschaftlich genutzten Vierseithof bebaut. Unmittelbar an diesem Grundstück endete eine öffentliche Straße. Die Zufahrt auf das Grundstück erfolgte früher durch eine etwa 3 m breite Bebauungslücke. Das Beklagtengrundstück ragte in die Zufahrt hinein. Das Klägergrundstück war mit mehrspurigen Fahrzeugen nur noch unter Inanspruchnahme des Beklagtengrundstücks erreichbar. Der Beklagte errichtete darauf im Bereich der Hofzufahrt eine Betonmauer mit Einzäunung und verringerte so die Breite der Durchfahrt zum klägerischen Grundstück so, dass dort eine Zufahrt mit mehrspurigen Fahrzeugen nicht mehr möglich war. Die Kläger nutzten den Hof vorwiegend zu Wohnzwecken, betrieben aber seit 2020 als Nebenerwerb eine Hasen- und Wachtelzucht. Die Kläger verlangten den Rückbau der Mauer der Beklagten auf eine Durchfahrtsbreite von 2,60 m.<sup>231</sup>

Ein **Beseitigungsanspruch** der Kläger konnte sich aus **§ 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB** ergeben. Das Bestehen eines Notwegerechts ist anhand der Voraussetzungen des § 917 Abs. 1 BGB zu beurteilen. Hier konnte nach den getroffenen Feststellungen eine andere zumutbare Zufahrtsmöglichkeit nicht geschaffen werden. Auch § 918 Abs. 1 BGB stand einem Notwegerecht nicht entgegen. Auch im Neubau des Wohnhauses durch den

---

<sup>230</sup> BGH, Urteil vom 06. Mai 2002 20 – [V ZR 50/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2022, 953 f. = NJW-RR 2022, 1381 ff. = NZM 2022, 810 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>231</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

Voreigentümer in den Jahren 1961/1962 lag keine derartige willkürliche Handlung, selbst wenn die damalige Baumaßnahme die Zufahrtsmöglichkeit geschmälert haben sollte.<sup>232</sup> Allerdings trugen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht die Annahme, die bestehende Anbindung an eine öffentliche Straße reiche für die ordnungsmäßige Benutzung des klägerischen Grundstücks nicht aus. Im Revisionsverfahren war davon auszugehen, dass der landwirtschaftliche Nebenerwerb ein Befahren nicht erforderte. Weshalb konkrete Umstände des Einzelfalls ein Anfahren zum Zwecke der Wohnnutzung ausnahmsweise erforderlich machen sollten, war nicht durch Tatsachenfeststellungen untermauert. Die besonderen baulichen Verhältnisse (Vierseithof) und die Lage im Ortskern einer fränkischen Gemeinde vermochten als solche die Notwendigkeit einer Zufahrt nicht zu begründen.<sup>233</sup> **Ein Notwegerecht kann sich auch weder aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis noch aus dem Schikaneverbot (§ 226 BGB) ergeben, sondern nur aus § 917 Abs. 1 BGB. Dieser ist auch dafür maßgeblich, ob der Nachbar Hindernisse – wie eine Mauer – beseitigen muss, die er auf seinem Grundstück errichtet hat, um die Nutzung des Weges zu unterbinden.** Voraussetzung eines Anspruchs auf Beseitigung der Mauer war, dass die Kläger zum Befahren des Grundstücks des Beklagten berechtigt waren (§ 917 BGB). Dazu waren noch weitere Feststellungen erforderlich, was zur Zurückverweisung der Sache (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO) führte. Dabei war auch das Bestehen einer altrechtlichen Dienstbarkeit zu prüfen.<sup>234</sup>

**bb)**

**Fehlt einem bebauten Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg deshalb, weil die in der bestandskräftigen Baugenehmigung vorgesehene Zuwegung schon bei der Bebauung technisch nicht herstellbar war oder**

---

<sup>232</sup> a.a.O., juris, Rn. 6 ff. m.w.N.

<sup>233</sup> a.a.O., juris, Rn. 13 ff.

<sup>234</sup> a.a.O., juris, Rn. 16 ff. m.w.N. und Leitsatz.

**jedenfalls nicht (mehr) hergestellt werden kann, ist das Notwegerecht nicht gemäß § 918 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.<sup>235</sup>**

**Wird durch den Notweg eine Dienstbarkeit an dem Nachbargrundstück beeinträchtigt, muss der Eigentümer des verbindungslosen Grundstücks die Duldung des Notwegs nicht nur von dem Eigentümer des Nachbargrundstücks, sondern auch von dem Dienstbarkeitsberechtigten verlangen.<sup>236</sup>**

**Ob eine Zuwegung zu einem bebauten Grundstück den Anforderungen an eine zur ordnungsmäßigen Grundstücksnutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg genügt, beurteilt sich nach den aktuellen technischen und rechtlichen Voraussetzungen und nicht nach den Gegebenheiten bei Erteilung der Baugenehmigung.<sup>237</sup>**

Das dem Kläger gehörende Hanggrundstück war mit einem Einfamilienhaus bebaut. Es hatte keine eigene Anbindung an eine öffentliche Straße (Hinterliegergrundstück). Die Baugenehmigung war dem Rechtsvorgänger des Klägers 1956 erteilt worden mit der Bestimmung, dass Zugang und Zufahrt über einen auf dem vorderen Grundstück herzustellenden Weg mit mindestens 2,50 m Breite erfolgen sollten, was dinglich zu sichern sei. Am vorderen Grundstück wurde eine entsprechende Grunddienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen, aber eine Zufahrt nicht geschaffen. Aktuell verlief auf dem vorderen Grundstück entlang des dort errichteten Wohnhauses ein Fahrweg von der öffentlichen Straße bis zu der hinter dem Haus gelegenen Stellplatzfläche, von wo aus nur eine Treppe zum tiefer gelegenen Klägergrundstück führte. Den Beklagten gehörten seit 2011 weitere an das Klägergrundstück anschließende Grundstücke, die mit gewerblich genutzten Gebäuden bebaut waren. Diese Grundstücke nutzte der Kläger seit 1988

---

<sup>235</sup> BGH, Urteil vom 13. Mai 2022 – [V ZR 4/21](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2022, 1086 ff. = NJW-RR 2022, 1100 ff. = NZM 2022, 854 ff. = Grundeigentum 2022, 1155 ff.

<sup>236</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>237</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3.

aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, um an sein Grundstück heranzufahren. Diese Vereinbarung kündigten die Beklagten. Der Kläger verlangte von den Beklagten die weitere Duldung der Nutzung der Grundstücke als Zufahrt und Zugang.<sup>238</sup>

Einem Anspruch des Klägers auf Einräumung eines Notwegerechts stand nicht **§ 918 Abs. 1 BGB** entgegen. Der Kläger bzw. sein Rechtsvorgänger hatte die **Verbindung seines Grundstücks mit dem öffentlichen Weg nicht durch eine willkürliche Handlung aufgehoben**. Das Grundstück des Klägers hatte zu keinem Zeitpunkt eine Verbindung zum öffentlichen Straßennetz. Auch eine entsprechende Anwendung von § 918 Abs. 1 BGB schied aus. Die Wohnnutzung stellte eine ordnungsgemäße Nutzung des Grundstücks des Klägers dar. Die erteilte **Baugenehmigung war bestandskräftig. Dass die Auflage, auf dem vorderen Grundstück eine Zufahrt zu erstellen, nicht erfüllt wurde, änderte nichts**. Die Schaffung der Zufahrt war keine auflösende Bedingung der Baugenehmigung. Ob die Zufahrt über das vordere Grundstück schon 1956 technisch nicht möglich war oder jedenfalls heute nicht mehr hergestellt werden kann, war unbeachtlich.<sup>239</sup> Das Berufungsurteil war auch nicht aus anderen Gründen richtig. Die Duldungspflicht konnte nicht verneint werden, wenn die Beklagten nicht Eigentümer des weiteren Flurstücks wären, sondern nur Dienstbarkeitsberechtigte. Auch als solche wären die Beklagten passivlegitimiert, wenn ihre Dienstbarkeit beeinträchtigt sein sollte. Für das weitere Verfahren wies der Bundesgerichtshof auf die Voraussetzungen eines Notwegerechts hin.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>239</sup> a.a.O., juris, Rn. 5 ff.

<sup>240</sup> a.a.O., juris, Rn. 12 ff.

c)

**Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Grenzüberschreitung durch Anbringung einer Wärmedämmung war Gegenstand einer Leitsatzentscheidung zum Berliner Nachbarrecht.<sup>241</sup>**

Der gegen den Nachbarn gerichtete Anspruch des Grundstückseigentümers aus § 16a NachbarG Berlin auf Duldung einer grenzüberschreitenden Wärmedämmung hat **einzig zur Voraussetzung, dass die Überbauung zum Zwecke der Dämmung eines bereits bestehenden, an der Grundstücksgrenze errichteten Gebäudes erfolgt.** Einschränkungen des Duldungsanspruchs, wie sie die Nachbarrechtsgesetze anderer Bundesländer enthalten, können der Regelung nicht unter Rückgriff auf „allgemeine Rechtsgrundsätze“ oder im Wege der verfassungskonformen Auslegung entnommen werden.<sup>242</sup> Weiter hat sich der Bundesgerichtshof **zur materiellen Verfassungsmäßigkeit von § 16a NachbarG Berlin** geäußert.<sup>243</sup>

Gestritten hatten zwei Eigentümer benachbarter Grundstücke in Berlin. Die Klägerin wollte ihr Gebäude, welches das direkt angrenzende Gebäude der Beklagten überragte, im Rahmen einer Fassadensanierung mit einer Dämmung versehen und dazu für die Dauer der Arbeiten ein hängendes Gerüst über dem Dach des Gebäudes der Beklagten anbringen.<sup>244</sup>

Der Bundesgerichtshof hat einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Duldung der Überbauung ihres Grundstücks zum Zwecke der Wärmedämmung der grenzständigen Giebelwand ihres Gebäudes bestätigt (§ 16a NachbarG Berlin). Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit von

---

<sup>241</sup> BGH, Urteil vom 01. Juli 2022 – [V ZR 23/21](#) – juris = MDR 2022, 1016 ff. = NJW-RR 2022, 1095 ff. = WuM 2022, 522 ff. = NZM 2022, 890 ff. = DWW 2022, 272 ff. = WM 2023, 399 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>242</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1.

<sup>243</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>244</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

§ 16a NachbarG Berlin hat der Bundesgerichtshof verneint, allerdings **Zweifel an der materiellen Verfassungsmäßigkeit** geäußert (möglicher Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG), weil die grundrechtlich geschützten Interessen des von dem Überbau betroffenen Nachbarn nicht ausreichend berücksichtigt sein könnten. Zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (Art. 100 Abs. 1 GG) sah er sich gleichwohl nicht veranlasst, weil dafür **bloße Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes nicht ausreichen** und er nicht von der Verfassungswidrigkeit der Norm überzeugt war.<sup>245</sup> Der Anspruch auf Anbringung eines hängenden Gerüsts für die Dauer von drei Monaten und das Betreten des Gebäudedaches der Beklagten zur Durchführung der Maßnahmen ergab sich aus dem Hammer-schlagsrecht (§ 17 Abs. 1, 2 NachbarG Berlin).<sup>246</sup>

**d)**

Mit prozessualen Fragen beschäftigen sich die nachfolgenden Entscheidungen.

**aa)**

Im Streit der Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke über wechselseitige nachbarrechtliche Ansprüche **hat der Bundesgerichtshof die nach seiner ständigen und verfassungsrechtlich unbedenklichen Rechtsprechung allgemeine Regel betont, dass die Berichtigung eines Urteils gemäß § 319 ZPO wegen offenbarer Unrichtigkeit grundsätzlich keinen Einfluss auf Beginn und Lauf der Rechtsmittelfrist hat.** Gegen das berichtigte Urteil findet nur das gegen das ursprüngliche Urteil zulässige Rechtsmittel statt. Die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels läuft bereits von der Zustellung der unberichtigten Urteilsfassung an. **Nur ausnahmsweise, wenn die zunächst zugestellte Entscheidung insgesamt, also einschließlich der Entscheidungsgründe, nicht klar genug ist, um die Grundlage für die Entschlüsse und das weitere Handeln der**

---

<sup>245</sup> a.a.O., juris, Rn. 5 ff. m.w.N.

<sup>246</sup> a.a.O., juris, Rn. 43 ff.

**Parteien sowie für die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts zu bilden, beginnt eine neue Rechtsmittelfrist erst mit der Bekanntmachung des Berichtigungsbeschlusses.** <sup>247</sup> Im entschiedenen Fall war das Rechtsmittel fristgerecht eingelegt worden. Da ein Ausnahmefall nicht vorlag, war die Berufungsbegründungsfrist ebenfalls in Gang gesetzt worden, so dass die Berufungsbegründung nicht rechtzeitig erfolgt war.<sup>248</sup>

**bb)**

In einem **Nachbarstreit wegen herüberwachsender Äste und der Entfernung einer Regenrinne** hatten die Kläger nach **Durchführung eines Schlichtungsverfahrens (§ 53 Abs. 1 JustG NRW)** gegenüber der Mutter der Beklagten als seinerzeitige Eigentümerin Klage gegen die Mutter erhoben, wobei ihnen nicht bekannt war, dass zwischenzeitlich die Beklagte das Eigentum am Grundstück erworben hatte. **Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass der Parteiwechsel auf Beklagtenseite einen neuen Schlichtungsversuch nicht erforderlich machte.**<sup>249</sup>

**cc)**

**Zur Unzulässigkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde führte das Nichterreichen der geltend zu machenden Beschwer (über 20.000,00 €; § 544 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) im Streit um die Nutzung von Wegflächen.** Der Beklagte führte Nichtzulassungsbeschwerde gegen seine Verurteilung zur Duldung. Seine Beschwer ergab sich aus der **Wertminderung seines Grundstücks durch die Pflicht zur Unterlassung der Errichtung von Hindernissen**, wozu er nicht vorgetragen hatte. Sein Interesse an der Beseitigung der Unterlassungspflicht war nicht gleich hoch zu bewerten wie das mit 80.000,00 € bewertete Interesse der Kläger an seiner Verurteilung.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> BGH, Beschluss vom 15. September 2022 – [V ZB 85/20](#) – juris, Rn. 1 ff., 5 ff., m.w.N.

<sup>248</sup> a.a.O., juris, Rn. 8 ff.

<sup>249</sup> BGH, Urteil vom 16. Dezember 2022 – [V ZR 34/22](#) – juris, Leitsatz und Rn. 1 ff.= NZM 2023, 221 ff.

<sup>250</sup> BGH, Beschluss vom 22. September 2022 – [V ZR 218/21](#) – juris, Rn. 3 ff.

### 4.3. Grundzüge des Immobilienrechts

Mehrere Entscheidungen sind zum Immobilienrecht ergangen.

#### a)

Hinsichtlich der **Sicherung von Rechten durch Vormerkung** hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung fortgeführt und ausgesprochen, **dass bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand unter Einschluss des Ranges der Vormerkung sowie das Vorliegen ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen unter Einschluss der wirksamen Bewilligung als richtig gilt; der Schutz des öffentlichen Glaubens erstreckt sich hingegen nicht auf den Bestand der gesicherten Forderung.**<sup>251</sup>

Bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung ist der Zeitpunkt der Abtretung der gesicherten Forderungen entscheidend für die Gutgläubigkeit des Zessionars.<sup>252</sup>

Tritt der Zedent seinen durch Vormerkung gesicherten, gegen den Erstverkäufer gerichteten Auflassungsanspruch an einen in Ansehung eines nicht eingetragenen vorrangigen Rechts gutgläubigen Zessionar ab und übereignet der Erstverkäufer das Grundstück so dann mit Zustimmung des Zessionars an den Zedenten als Zwischenerber, so kommen die Wirkungen der Vormerkung dem Zedenten

---

<sup>251</sup> BGH, Urteil vom 09. Dezember 2022 – [V ZR 91/21](#) - juris, Leitsatz 1a m.w.N. = MDR 2023, 287 f.

<sup>252</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1b.

**zugute; dies gilt auch dann, wenn der Zedent bei Erwerb der Vormerkung nicht gutgläubig im Sinne von § 892 BGB war.<sup>253</sup>**

**Schließlich hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Ziel des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung auch ein Amtswiderspruch sein kann.<sup>254</sup>**

Zugrunde lag der durch Auflassungsvormerkung im Grundbuch gesicherte Kauf mehrerer Grundstücke durch den Beklagten von der seinerzeitigen Eigentümerin (Erstverkäuferin) im Jahr 1991.<sup>255</sup> Zwar konnte sich der Löschungsanspruch aus der Stellung der Klägerin als eingetragene Eigentümerin ergeben. Die Klägerin erstrebte die Löschung der Widersprüche mit der Begründung, sie habe ihr Eigentum hinsichtlich der Vormerkung des Beklagten „lastenfrei“ erworben. Das konnte sie grundsätzlich nach § 894 BGB (Grundbuchberichtigungsanspruch) erreichen. Ziel des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung kann auch ein nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO eingetragener Amtswiderspruch sein (§ 894 BGB analog). Unerheblich ist, wie die Unrichtigkeit des Grundbuchs entstanden ist. Die Möglichkeit, im Grundbuchverfahren oder Beschwerdeverfahren (§ 22 GBO bzw. § 71 GBO) eine Berichtigung ohne Bewilligung des Anspruchsgegners zu erreichen, steht selbstständig neben § 894 BGB. Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit in Fällen, in denen das kostengünstigere Grundbuchverfahren zweifelsfrei zum Erfolg führen würde, das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchsetzung eines Anspruchs aus 894 BGB entfallen kann; eine solche Konstellation lag hier aber nicht vor. Passivlegitimiert ist derjenige, zu dessen Gunsten der Amtswiderspruch eingetragen ist. Rechtsfehlerhaft verneint hatte das Berufungsgericht aber die Voraussetzungen des Grundbuchberichtigungsanspruchs. Die Klägerin war zum Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags zur Eintragung des Zwischenerwerbs nicht mehr gutgläubig, weil die

---

<sup>253</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1c m.w.N.

<sup>254</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>255</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 f.

Widersprüche gegen die Löschung der Vormerkung bereits eingetragen waren. **Ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung ist grundsätzlich möglich**; der Bundesgerichtshof hat an seiner diesbezüglichen Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten und dies ausführlich begründet. Im entschiedenen Fall änderte auch der Umstand, dass der gesicherte Anspruch unter einer aufschiebenden Bedingung stand, nichts; **auch bedingte Ansprüche können durch Vormerkung gesichert werden (883 Abs. 1 Satz 2 BGB)**. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war von einer **Gutgläubigkeit der Kläger bei dem Erwerb der Vormerkung im Mai 2017** auszugehen. Der Zeitpunkt der Abtretung der Forderung war entscheidend.<sup>256</sup>

b)

**Bezüglich des Streits um Schadensersatz wegen vom Grundstückskäufer behaupteter arglistiger Täuschung hat sich der Bundesgerichtshof zur Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen der Arglist und zum Begriff des vorzeitigen Bebauungsplans geäußert.**<sup>257</sup>

Die Kläger hatten von der Beklagten ein Grundstück unter Ausschluss der Sachmängelhaftung zur Bebauung mit einem Einfamilienhaus gekauft. Im notariellen Kaufvertrag hatte der Verkäufer darauf hingewiesen, dass es auf dem Grundbesitz eine vorherige Bebauung mit Wohnblöcken gegeben hatte und es sich um eine Kampfmittelverdachtsfläche handelte. In der Planfassung für den Satzungsbeschluss zu einem vorzeitigen Bebauungsplan für das betreffende Gebiet hieß es, dass für das Plangebiet kein Baugrundgutachten vorlag, jedoch davon auszugehen sei, dass die oberste Schicht des Baugrundes in der Regel aus künstlicher Auffüllung bestand. Unterlagen waren den klagenden Käufern vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages überlassen worden. Bei Anlage des Gartens stellten die

---

<sup>256</sup> a.a.O., Rn. 4 ff. m.w.N.

<sup>257</sup> BGH, Urteil vom 23. September 2022 – [V ZR 133/21](#) – juris = NZM 2023, 137 ff.

Kläger eine für einen kleinen Bagger undurchdringliche Schicht und Betonreste fest und verlangten, dies bis zu einer bestimmten Tiefe zu beseitigen und zu entsorgen sowie mit Erde aufzufüllen. Die dafür voraussichtlich anfallenden Kosten waren Gegenstand des Rechtsstreits.<sup>258</sup>

Mangels Garantieübernahme im Kaufvertrag kam eine Haftung der Beklagten nur aus Schadensersatz in Betracht, wenn sich die Beklagte wegen arglistigen Verschweigens nicht auf den vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss berufen konnte (§§ 437 Nr. 3; 280 Abs. 1; 281 Abs. 1 und 2; 444 BGB). Revisionsrechtlich war zu unterstellen, dass es sich bei dem im Boden des verkauften Grundstücks enthaltenen Material um einen offenbarungspflichtigen Mangel des Grundstückes handelte, von dem die Beklagte Kenntnis hatte und den sie nicht offenbart hatte. Die objektiven Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung über den Mangel lagen vor. Demgegenüber waren die subjektiven Voraussetzungen der Arglist nicht festgestellt. Bei vereinbartem Haftungsausschluss (§ 444 BGB) trägt grundsätzlich der Käufer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Umstände der Arglist.<sup>259</sup> Enthält der Grundstücksverkäufer dem Käufer eine verkehrswesentliche Information über das Grundstück vor, indem er dem Käufer über den von ihm zwischengeschalteten Makler nur einen Auszug aus den relevanten Planunterlagen übermittelt, kommt im Hinblick auf einen im Grundstücksvertrag enthaltenen Haftungsausschluss Arglist in Betracht.<sup>260</sup> **Hinsichtlich negativer Tatsachen, wie etwa der unterbliebenen Offenbarung bei der Täuschung durch Verschweigen kommen dem Käufer Beweiserleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugute.** Es war somit Sache der Beklagten (sekundäre Darlegungslast) vorzutragen, weshalb sie davon ausgegangen sei, die Kläger hätten bei Vertragsschluss trotz unterbliebener Offenbarung durch die Beklagte Kenntnis vom Mangel gehabt. Die Erklärung im

---

<sup>258</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff.

<sup>259</sup> a.a.O., juris, Rn. 12 ff. m.w.N.

<sup>260</sup> a.a.O., juris, Orientierungssatz 1.

notariellen Kaufvertrag, dass den Beklagten der für das Baugebiet gültige Bebauungsplan hinreichend bekannt war, änderte nichts. **Selbst wenn die Beklagte den Klägern vor Vertragsschluss einen vollständigen Bebauungsplan übergeben hätte, konnte sie nicht davon ausgehen, den Klägern sei auch der konkrete offenbarungspflichtige Mangel (das Vorhandensein von Schutt auf dem Kaufgrundstück) bekannt.** Zur Frage, ob es sich beim vorhandenen Schutt um einen offenbarungspflichtigen Sachmangel handelte, waren weitere Feststellungen zu treffen.<sup>261</sup>

**Für das weitere Verfahren wies der Bundesgerichtshof noch darauf hin, dass es sich bei einem vorzeitigen Bebauungsplan (§ 8 Abs. 4 Satz 1 BauGB) nicht um einen vorläufigen Plan handelt, der später durch einen endgültigen Bebauungsplan ersetzt wird.** Vorzeitig ist ein solcher Bebauungsplan nur in dem Sinne, dass er ungeachtet des Entwicklungsgebots (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BauGB) erlassen werden kann, obwohl ein wirksamer Flächennutzungsplan (noch) nicht vorliegt.<sup>262</sup>

c)

**Schadensersatzansprüche des Erwerbers eines mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks** gegenüber den durch den Nachlassverwalter vertretenen unbekanntem Erben des während des Revisionsverfahrens verstorbenen Erblassers **wegen behaupteten arglistigen Verschweigens**, dass in dem Wohnhaus in größerem Umfang Asbest verarbeitet worden sei, waren Gegenstand eines Revisionsverfahrens. Der Kaufvertrag hatte einen Ausschluss der Sachmängelhaftung vorgesehen.<sup>263</sup> Das Berufungsgericht hatte rechtsfehlerfrei die Voraussetzungen für einen **Schadensersatzanspruch der Kläger dem Grunde nach (§§ 437 Nr. 3; 280 Abs. 1 und 3; 281 BGB)** bejaht. **Der Bundesgerichtshof hat unter Hinweis auf seine inzwischen bestehende Rechtsprechung bestätigt, dass dieser**

---

<sup>261</sup> a.a.O., juris, Rn. 19 ff. und Orientierungssätze 2 und 3.

<sup>262</sup> a.a.O., juris, Rn. 26 ff. m.w.N.

<sup>263</sup> BGH, Urteil vom 11. November 2022 – [V ZR 106/22](#) – juris, Rn. 1 ff.

**kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten (fiktiven) Mängelbeseitigungskosten bemessen werden kann.** Allerdings hatte das Berufungsgericht den Klägern neben den vom Sachverständigen ermittelten Nettokosten der Mängelbeseitigung auch einen entsprechenden Umsatzsteuerbetrag zugesprochen. **Die Umsatzsteuer muss auch bezogen auf den kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch nur ersetzt werden, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.**<sup>264</sup>

**d)**

Ein Fall, dem eine **Nachlassverwaltung** zugrunde lag, führte zu einer **Leitsatzentscheidung über die Ausübung des Rücktrittsrechts bei Leistungsstörungen (§ 323 Abs. 1 BGB).**<sup>265</sup>

Nach dem Leitsatz der Entscheidung **steht das Recht, im Falle von Leistungsstörungen von dem Vertrag zurückzutreten (hier: gemäß § 323 Abs. 1 BGB), bei einem Vertrag zugunsten Dritter grundsätzlich dem Versprechensempfänger und nicht dem Dritten zu. Auch eine Zustimmung des Dritten ist zur Wirksamkeit des Rücktritts nicht erforderlich, selbst wenn das Recht des Dritten unwiderruflich ist.**<sup>266</sup> Nicht ausgeschlossen ist allerdings eine **Vereinbarung**, zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem, **dass das Rücktrittsrecht dem Dritten zustehen soll.** Möglich ist es zudem, dass **der Versprechensempfänger sein Rücktrittsrecht an den Dritten abtritt oder diesen zur Ausübung des Rücktrittsrechts ermächtigt.**<sup>267</sup> Die Sache musste zurückverwiesen werden. Zwar stand fest, dass der Kläger wirksam vom Vertrag zurückgetreten und die Vormerkung damit erloschen war. Gegenüber dem sich daraus ergebenden Anspruch (§ 894 BGB) auf Zustimmung zur Löschung der

---

<sup>264</sup> a.a.O., juris, Rn. 4 ff. m.w.N.

<sup>265</sup> BGH, Urteil vom 09. Dezember 2022 – [V ZR 68/22](#) – juris = MDR 2023, 281 f.

<sup>266</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2a.

<sup>267</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2b.

Vormerkung hatte der Beklagte aber ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht und Hilfswiderklage erhoben, wozu Feststellungen fehlten.<sup>268</sup>

**e)**

Wenn **der aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigte durch Bezeichnung des herrschenden Grundstücks im Grundbuch eindeutig bezeichnet ist, kommt eine abweichende Auslegung anhand der Eintragungsbewilligung und der tatsächlichen Verhältnisse nicht in Betracht.** Dies gilt auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit zugunsten einer noch wegzumessenden Teilfläche bestellt worden war.<sup>269</sup>

**Herrschendes Grundstück im Sinne von § 1018 BGB kann nur ein selbständiges Grundstück im Sinne der Grundbuchordnung sein,** also eine räumlich abgegrenzte, auf einem besonderen Grundbuchblatt gebuchte Fläche. **Ausreichend, aber auch erforderlich ist dabei, dass das Grundstück im Zeitpunkt der Eintragung der Dienstbarkeit rechtlich selbständig ist.**<sup>270</sup>

**f)**

Im Streit zweier Miteigentümer eines zur Auseinandersetzung der Gemeinschaft versteigerten Grundstücks um die **Freigabe des auf den Anteil des Klägers hinterlegten Erlöses** hatte sich der Beklagte auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Nutzungsentschädigungsansprüchen und eines Schadensersatzanspruches wegen Verschlechterung des Grundstücks durch den Kläger berufen. Die Berufungsentscheidung wurde aufgrund der Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten aus prozessualen Gründen aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.<sup>271</sup> Das Berufungsgericht hatte den **Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)**

---

<sup>268</sup> a.a.O., juris, Rn. 34 f.

<sup>269</sup> BGH, Urteil vom 11. November 2022 – [V ZR 145/21](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2023, 288 f. = DWW 2023, 70 ff.

<sup>270</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>271</sup> BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2022 – [II ZR 117/21](#) – juris, Rn. 1 ff.

entscheidungserheblich verletzt, indem es zu Unrecht angenommen hatte, der Beklagte sei mit Sachvortrag gemäß § 531 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen, weil dieser nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug erfolgt sei. Dies hätte jedoch vorausgesetzt, dass die in dem Vortrag enthaltenen Angriffs- und Verteidigungsmittel vom erstinstanzlichen Gericht nach § 296 Abs. 1 oder 2 ZPO oder nach § 340 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen oder nicht zugelassen worden wären, was nicht der Fall war, weil das erstinstanzliche Gericht lediglich von der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgesehen hatte (§§ 156; 296a ZPO). Daher musste das Berufungsgericht prüfen, ob das Vorbringen des Beklagten als neu zu bewerten war und ob gegebenenfalls einer der Zulassungsgründe des § 531 Abs. 2 ZPO vorliegt.<sup>272</sup>

**g)**

**Verneint hat der Bundesgerichtshof die Frage, ob die in dem Rechtsstreit zwischen dem Gläubiger und dem ehemaligen Grundstückseigentümer als persönlichem Schuldner zu treffende Entscheidung über das Bestehen eines durch Vormerkung gesicherten Anspruch, vorgreiflich für den Prozess ist, in dem der Erwerber des Grundstücks den Gläubiger auf Löschung der Vormerkung in Anspruch nimmt.**<sup>273</sup>

**h)**

Wegen entscheidungserheblicher **Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)** wurde eine Berufungsentscheidung aufgehoben. Die Parteien stritten um die Herausgabe eines Grundschuldbriefs und einer Löschungsbewilligung, hinsichtlich derer der Beklagte meinte, nur Zug um Zug gegen Zahlung von 500.000,00 € verpflichtet zu sein.<sup>274</sup> Das Berufungsgericht hatte ein Zurückbehaltungsrecht

---

<sup>272</sup> a.a.O., juris, Rn. 3 ff. m.w.N.

<sup>273</sup> BGH, Beschluss vom 22. September 2022 – [V ZB 22/21](#) – juris, Leitsatz = MDR 2023, 159 f. = NJW-RR 2023, 210 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>274</sup> Beschluss vom 17. November 2022 – [V ZR 25/22](#) – juris, Rn. 1 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

des Beklagten verneint, weil insofern kein Vertrag geschlossen worden sei. Auch stehe dem Beklagten kein Schadensersatzanspruch zu, weil nicht davon ausgegangen werden könne, der Beklagte habe sich nicht zur Zahlung von 200.000,00 € an den Dritten bereit erklärt, wenn er gewusst hätte, dass dieser die Löschungsbewilligung bereits erteilt hatte. Bei seiner Beurteilung hatte das Gericht aber **unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag des Beklagten übergangen**, wonach die Klägerin in der Besprechung im August 2020 die Zahlung von 500.000,00 € sofort Zug um Zug gegen Aushändigung der Dokumente (Grundschuldbrief und Löschungsbewilligung) und die Zahlung weitere 1.500.000,00 € angeboten habe, was der Beklagte angenommen habe. Auch weiteren erheblichen Sachvortrag über die Beurkundung des Geschäfts hatte das Berufungsgericht übergangen. Dem war jedoch nachzugehen.<sup>275</sup>

i)

Zur **Gebäudeversicherung** hat der für Versicherungsrecht zuständige IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, dass **der in den Klauseln zu einer Wohngebäudeversicherung (hier: Klauseln zu den WGB F 01/08 K.7) als „naturbedingtes Abgleiten oder Abstürzen von Gesteins- oder Erdmassen“ definierte Begriff „Erdrutsch“ auch Schäden am Versicherungsobjekt erfasst, die durch allmähliche, nicht augenscheinliche naturbedingte Bewegungen von Gesteins- oder Erdmassen verursacht werden.**<sup>276</sup> Der Kläger hatte Ansprüche aus einer Wohngebäudeversicherung geltend gemacht, deren Schutz auch Erdrutsch umfasste, der als „naturbedingtes Abgleiten oder Abstürzen von Gesteins- oder Erdmassen“ definiert war. Der Kläger hatte behauptet, an seinem an einem Hang auf einer vor 80 Jahren aufgeschütteten Terrasse stehenden Gebäude eingetretene Rissbildungen seien nur mit einem Erdrutsch erklärbar, der in Form nicht augenscheinlicher Rutschung des Untergrunds von

---

<sup>275</sup> a.a.O., juris, Rn. 4 ff.

<sup>276</sup> BGH, Urteil vom 09. November 2022 – [IV ZR 62/22](#) – juris, Leitsatz = MDR 2023, 40 f. = NJW 2023, 366 ff. = VersR 2023, 41 f. = RuS 2023, 21 ff. = NZV 2023, 93 f.

wenigen Zentimetern pro Jahr erfolgt sei. Die Vorinstanzen hatten dies als einen nicht versicherten Fall des sogenannten „Erdkriechens“ angesehen. Dies hat der Bundesgerichtshof im Sinne des vorstehend zitierten Leitsatzes korrigiert und die Sache für erforderliche weitere Feststellungen zurückverwiesen.<sup>277</sup>

**j)**

Der unter anderem für Rechtsstreitigkeiten über Schenkungen (§§ 516 ff. BGB) zuständige X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat zur Übertragung von Grundstückseigentum nach dem Widerruf von Schenkungen ausgesprochen, **dass die Erklärung des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undanks keiner Begründung bedarf.**<sup>278</sup> Bisher entschieden war lediglich, dass § 531 Abs. 1 BGB eine umfassende rechtliche Begründung des Widerrufs nicht verlangt und die Erklärung den zugrunde liegenden Sachverhalt allenfalls soweit darstellen muss, dass der Beschenkte ihn von anderen Geschehnissen unterscheiden, die Einhaltung der in § 532 BGB vorgesehenen Jahresfrist beurteilen und im Umkehrschluss erkennen kann, welche gegebenenfalls anderen Vorfälle der Schenker nicht zum Anlass für die Erklärung des Widerrufs genommen hat.<sup>279</sup>

**k)**

**Die Wirksamkeit eines 30-jährigen Wiederkaufsrechts der Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag** hat der Bundesgerichtshof bestätigt.<sup>280</sup>

Nach der Entscheidung stellt sich bei einem Verkauf von Bauland an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages zu einem marktgerechten Preis die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde für den Fall, dass der Käufer das Grundstück nicht innerhalb von

---

<sup>277</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 ff. m.w.N.

<sup>278</sup> BGH, Urteil vom 11. Oktober 2022 – [X ZR 42/20](#) – juris, Leitsatz und Rn. 1 ff. =

<sup>279</sup> a.a.O., juris, Rn. 20 ff. m.w.N.

<sup>280</sup> BGH, Urteil vom 16. Dezember 2022 – [V ZR 144/21](#) – juris = MDR 2023, 224 f. = DNotZ 2023, 198 ff.

acht Jahren mit einem Wohngebäude bebaut oder ohne Zustimmung der Gemeinde unbebaut weiterveräußert, selbst dann nicht als unangemessen im Sinne von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB dar, wenn eine Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht nicht vereinbart ist und dieses somit innerhalb der in § 462 Satz 1 BGB geregelten Frist von 30 Jahren ausgeübt werden kann.<sup>281</sup> Zur **Vertretungsberechtigung bayerischer Kommunen** hat der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung bestätigt, dass Rechtshandlungen, die der erste Bürgermeister einer bayerischen Gemeinde bis zum 31. März 2018 vorgenommen hat, aufgrund seiner umfassenden und uneingeschränkten Vertretungsbefugnis nach Art. 38 Abs. 1 GO BY a.F. wirksam waren und bleiben, ohne dass es dazu eines Gemeinderatsbeschlusses bedarf oder bedurfte.<sup>282</sup>

I)

**Die Pfändung und Einziehung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld umfasst grundsätzlich das Recht des Vollstreckungsgläubigers, im Wege der Vollstreckung die Löschung der Grundschuld zu verlangen.**<sup>283</sup> Wann, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber die Grundschuld zurückgewähren muss, bestimmt sich nach der **Sicherungsvereinbarung**. Ist ein weiterer Sicherungszweck vereinbart, der eine Revalutierung der Grundschuld erlaubt, kann die Rückgewähr erst dann verlangt werden, wenn eine solche Revalutierung endgültig nicht mehr in Betracht kommt; das ist (erst) der Fall, wenn die Geschäftsbeziehung endet oder wenn die Sicherungsvereinbarung geändert oder gekündigt wurde (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. April 2013 – V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rn. 12).<sup>284</sup> **Der Anspruch des Sicherungsgebers auf Teilfreigabe einer Sicherheit setzt den Eintritt einer insoweit endgültigen Übersicherung des**

---

<sup>281</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 1.

<sup>282</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

<sup>283</sup> BGH, Urteil vom 02. Juni 2022 – [V ZR 132/21](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2022, 1035 ff. = NJW 2022, 2544 ff. = WM 2022, 1471 ff. = ZIP 2022, 1537 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>284</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2.

**Sicherungsnehmers und damit den Wegfall des Sicherungszwecks voraus.** Das ist bei einer weiten Sicherungsvereinbarung (erst) der Fall, wenn die Geschäftsbeziehung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer beendet oder wenn die Sicherungsvereinbarung geändert oder gekündigt wurde.<sup>285</sup> **Im Verlangen auf Rückgewähr einer nicht oder nicht voll valuierten Grundschuld liegt regelmäßig die konkludente Kündigung einer weiten Sicherungsabrede.**<sup>286</sup> Der **Vollstreckungsgläubiger**, der einen Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr einer Grundschuld pfändet, ist **nicht berechtigt, die Sicherungsvereinbarung oder die Geschäftsbeziehung zum Sicherungsnehmer zu kündigen**; die Pfändung des Rückgewähranspruchs verschafft ihm nicht das Kündigungsrecht.<sup>287</sup>

**m)**

In einem Verfahren über die (erfolglosen) Rechtsbeschwerden der an einem Verfahren über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung eines Grundstücks Beteiligten hat der Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass **ein Verfahrensfehler, der nach § 83 Nr. 6 ZVG zur Versagung des Zuschlags führt, durch Nachholung der unterbliebenen Förmlichkeit geheilt werden kann, wenn Rechte von Beteiligten nicht beeinträchtigt werden, was in der Regel für Mängel bei der Titelizustellung zutrifft.**<sup>288</sup>

**n)**

**Der Bundesgerichtshof hat klargestellt, dass ohne die Angabe eines Berechtigten die Eintragung eines Rechts in das Grundbuch inhaltlich unzulässig ist. Deshalb kann ein Antrag auf Grundbuchberichtigung**

---

<sup>285</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 3.

<sup>286</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 4.

<sup>287</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 5.

<sup>288</sup> BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2022 – [V ZA 10/22](#) – juris, Rn. 1 ff., 8 m.w.N.

**nicht auf die Löschung des eingetragenen Eigentümers beschränkt werden.<sup>289</sup>**

Das Berufungsgericht hätte schon nicht über den in der mündlichen Berufungsverhandlung durch Protokollerklärung geänderten Klageantrag entscheiden dürfen, weil die Kläger nicht Anschlussberufung (§ 524 ZPO) eingelegt hatten. Die Anschließung war erforderlich, weil die Kläger in der Berufungsinstanz ihre Klage aufgrund gerichtlichen Hinweises statt wie zuvor auf einen bereicherungsrechtlichen Übereignungsanspruch nunmehr auf einen Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) stützen wollten, worin eine Klageänderung (§ 263 ZPO) lag. Zur auch konkludent möglichen Einlegung einer Anschlussberufung reichte eine in der mündlichen Verhandlung protokollierte Erklärung nicht aus, weil dafür ein bestimmender Schriftsatz erforderlich ist.<sup>290</sup>

**Auch in materieller Hinsicht konnte die Klage keinen Erfolg haben, weil der Grundbucheintrag, zu dessen Bewilligung das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt hatte, grundbuchrechtlich unzulässig war.** Denn diese war nicht wie beim Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) normalerweise der Fall darauf gerichtet, einen der wirklichen Rechtslage entsprechenden Grundbuchstand herzustellen, in dem die Kläger anstelle des Beklagten als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden. Das Begehren der Kläger war vielmehr auf die Löschung der Eintragung des Beklagten als Eigentümer beschränkt. Infolgedessen wäre im Grundbuch ein Grundstück ohne Bezeichnung eines Eigentümers geführt. Dies ist inhaltlich unzulässig.<sup>291</sup> **Nach Aufhebung des Leistungsauspruchs konnte auch das Bestehen des Annahmeverzuges des Beklagten nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein.<sup>292</sup>** Für das

---

<sup>289</sup> BGH, Urteil vom 16. September 2022 – [V ZR 151/21](#) – juris, Leitsatz und Rn. 9 ff. m.w.N.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

<sup>290</sup> a.a.O., juris, Rn. 3 ff. m.w.N.

<sup>291</sup> a.a.O., juris, Rn. 9 m.w.N.

<sup>292</sup> a.a.O., juris, Rn. 10 m.w.N.

weitere Verfahren wies der Bundesgerichtshof darauf hin, dass die Kläger die für eine Klageänderung erforderliche Anschlussberufung noch formgerecht einlegen können. Die Frist (§ 504 20 Abs. 2 Satz 2 ZPO) war noch nicht abgelaufen, weil es im entschiedenen Fall an einer dafür erforderlichen Fristsetzung zur Erwidern auf die Berufung fehlte. Gegebenenfalls kann dann auch der Feststellungsantrag wieder greifen.<sup>293</sup>

**o)**

Mit Fragen der Zwangsversteigerung befassen sich zwei Judikate.

**aa)**

**Der Rechtsanwalt, der den Gläubiger in einem Zwangsversteigerungsverfahren über mehrere Bruchteile eines Grundstückes wegen einer Forderung für die die Miteigentümer als Gesamtschuldner haften, vertritt, erhält für das Verfahren nur eine 0,4-Gebühr nach Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG.<sup>294</sup> Die Verfahrensgebühr (Nr. 3311 Ziff. 1 VV RVG) ist nur einfach in Ansatz zu bringen. Beantragt der Gläubiger die Zwangsversteigerung zweier Miteigentumsanteile an einem Grundstück, handelt es sich zwar zunächst um zwei Verfahren, auch wenn der Antrag in einem einheitlichen Schriftsatz gestellt wird. Dies gilt unbeschadet des Umstands, dass das Vollstreckungsgericht in der Regel dafür nur eine Akte anlegt und nur ein Aktenzeichen vergibt. Es handelt sich nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs aber um eine einzige Angelegenheit im Sinne von § 15 Abs. 2 RVG, sodass die Verfahrensgebühr nur einfach anfällt.<sup>295</sup>**

**bb)**

**Zur Beteiligteigenschaft von Miteigentümern im Verfahren über die Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Eigentümer**

---

<sup>293</sup> a.a.O., juris, Rn. 14 ff. m.w.N.

<sup>294</sup> BGH, Beschluss vom 22. September 2022 – [V ZB 2/20](#) – juris, Leitsatz = MDR 2003 20, 125 f. = ZMR 2003 und 20, 84 ff. = JurBüro 2022, 632 ff. = RPfleger 2003 20, 120 ff.

<sup>295</sup> a.a.O., juris, Rn. 3 ff. m.w.N.

**der übrigen Miteigentumsanteile nicht schon wegen ihrer Stellung als Miteigentümer als Beteiligte im Sinne von § 9 Nr. 1 ZVG anzusehen sind.<sup>296</sup> Die übrigen Miteigentümer sind aber nach § 9 Nr. 1 ZVG Beteiligte, wenn für sie oder ihren jeweiligen Miteigentumsanteil ein Recht an dem zu versteigern Miteigentumsanteil im Grundbuch eingetragen ist (etwa ein Grundpfandrecht, ein Vorkaufsrecht oder eine Regelung nach § 1010 BGB), oder wenn ihre aus dem Grundbuch ersichtlichen rechtlichen Interessen ausnahmsweise ihre Beteiligung gebieten; das ist der Fall, wenn eine Gesamtgrundschuld auf allen Miteigentumsanteilen lastet.<sup>297</sup>**

Das Verfahren betraf die Teilungsversteigerung eines Miteigentumsanteils zur Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft. Einige Erben hinsichtlich anderer Miteigentumsanteile des Grundstücks waren mangels bekannter Namen und ladungsfähiger Anschrift am Verfahren nicht beteiligt, weshalb die Vorinstanzen die Fortsetzung des Verfahrens abgelehnt hatten.<sup>298</sup>

**p)**

Streitwerte und Fragen der Rechtsmittelbeschwer waren Gegenstand der nachfolgenden Entscheidungen:

**aa)**

**Nach einem Beschluss beträgt der Gegenstandswert und der Wert der Beschwer einer Klage die auf Unterlassung des – ohne vorherige Ankündigung bzw. ohne Gefahr im Verzug erfolgenden – Betretens des Grundstücks durch Mitarbeiter des beklagten städtischen Wasserversorgungsunternehmens und der Anbringung von Informationszetteln über Wassersperrungen bzw. eine Sperrung der Grundstückszufahrt**

---

<sup>296</sup> BGH, Beschluss vom 22. September 2022 – [V ZB 8/22](#) – juris, Leitsatz 1 = MDR 2022, 1564 ff. = NJW-RR 2022, 1530 ff. = NZM 2023, 180 ff. = DWW 2022, 393, ff. = WM 2022, 2234 ff. = RPfleger 2003 20, 118 ff.

<sup>297</sup> a.a.O., juris, Leitsatz 2 m.w.N.

<sup>298</sup> a.a.O., juris, Rn. 1 f.

**sowie jegliche Maßnahmen, welche die Zufahrt, die Wasser- und Abwasserversorgung oder das Leitungsnetz des Grundstücks direkt betreffen, gerichtet war, nicht über 600,00 €.** Beide Vorinstanzen hatten den Wert des Beschwerdegegenstandes mit 150,00 € angenommen. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Wert der Beschwer überschreite 600,00 € nicht, wies keine zulässigkeitsrelevanten Ermessensfehler auf. Maßgeblich war die Bewertung des Interesses der Klägerin an der Unterlassung der Störung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten (§ 3 ZPO). Die Beurteilung der einzelnen Anträge mit jeweils 50,00 € hielt sich im Rahmen des eingeräumten Ermessens. Die Klagabweisung erster Instanz war wegen fehlender Wiederholungsgefahr erfolgt, sodass eine Erhöhung des Werts im Hinblick auf eine weitergehende Rechtskraftwirkung ausschied. Entsprechendes galt für den Antrag gegen Maßnahmen ohne vorherige Information.<sup>299</sup>

**bb)**

Bezüglich der **Nichtzulassungsbeschwerden beider Parteien im Streit um die Verurteilung der Beklagten, das Betreten einer Steganlage auf ihrem Grundstück über einen von dem Kläger noch zu errichtenden Verbindungssteg dauerhaft zu dulden**, richtet sich die **Beschwer der Beklagten** allein nach der Wertminderung, die ihr Grundstück erleidet, wenn es bei der Verurteilung bliebe. Mangels – an sich gebotener – Angaben in der Beschwerdebegründung ging der Bundesgerichtshof allerdings angesichts der besonderen Lage des Grundstücks der Beklagten, seiner aus den in Bezug genommenen Aktenbestandteilen ersichtlichen Größe und der Bedeutung der Nutzung des Verbindungsstegs wie in einem Parallelverfahren (V ZR 135/21) im Wege der Schätzung davon aus, dass die Beschwer der Beklagten den Wert von 20.000,00 € überstieg.<sup>300</sup> Für den Wert der **Beschwer des Klägers** war der Betrag der angestrebten Werterhöhung für

---

<sup>299</sup> BGH, Beschluss vom 07. Juli 2022 – [V ZB 75/21](#) – juris, Orientierungssätze 1 und 2 sowie Rn. 1 ff. = NJW-RR 2022, 1669 f. = NZM 2022, 754 f. = Grundeigentum 2022, 954 f.

<sup>300</sup> BGH, Beschluss vom 10. November 2022 – [V ZR 184/21](#) – juris, Rn. 2 m.w.N.

das herrschende Grundstück maßgeblich. Dazu wäre der Wert des Grundstücks des Klägers mit dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt der Grunddienstbarkeit demjenigen mit einem im Grundbuch eingetragenen Gehrecht über das Nachbargrundstück gegenüberzustellen gewesen. Auch zu den Kosten für die Errichtung eines Verbindungsstücks hatte der Kläger nicht wie geboten vorgetragen. Auf der gleichen Grundlage wie hinsichtlich der Beschwer der Beklagten hat der Bundesgerichtshof im Wege der Schätzung zugrunde gelegt, dass auch die Beschwer des Klägers den Wert von 20.000,00 € überstieg.<sup>301</sup> Indes waren beide Nichtzulassungsbeschwerden mangels Revisionszulassungsgrundes unbegründet.<sup>302</sup>

**cc)**

Beim Begehren des Klägers auf **Räumung und Herausgabe eines dem Beklagten zum Preis von 20.000,00 € verkauften, bereits überlassenen Grundstücks sowie auf Löschung der zu Gunsten des Beklagten eingetragenen Auflassungsvormerkung** reicht es im Nichtzulassungsverfahren des in den Vorinstanzen unterlegenen Klägers für die Darlegung und Glaubhaftmachung des Wertes seiner mit der beabsichtigten Revision geltend zu machenden Beschwer nicht aus, auf eine in zweiter Instanz vorgelegte „**Wertindikation**“ Bezug zu nehmen (Marktpreisspanne 204.000,00 € bis 401.000,00 €) und dass der Kläger bereits zweitinstanzlich beantragt hatte, den Streitwert auf 200.000,00 € festzusetzen. Die „Wertindikation“ beinhaltete lediglich eine automatisierte Bewertung, die ausschließlich auf die nicht überprüften Angaben des Nutzers beruht und bei welcher der individuelle Gebäudestandard und -zustand nicht berücksichtigt war. Deshalb war dem Bundesgerichtshof eine tragfähige Schätzung des Wertes auf dieser Grundlage nicht möglich. **Damit war ein über dem vereinbarten Kaufpreis (20.000,00 €) liegender Verkehrswert des**

---

<sup>301</sup> a.a.O., juris, Rn. 3.

<sup>302</sup> a.a.O., juris, Rn. 4.

**Grundstücks nicht dargetan**, so dass die Nichtzulassungsbeschwerde unzulässig war (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).<sup>303</sup>

**5.  
Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen  
Recht**

Diese Materie fällt primär in die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte.

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

Diese Fälle wurden im jeweiligen Kontext vorstehend dargestellt.

Karlsruhe, den 04. Mai 2023



Dr. Mennemeyer  
Rechtsanwalt

---

<sup>303</sup> BGH, Beschluss vom 24. November 2022 – [V ZR 79/22](#) – juris, Rn. 1 ff.