

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2018

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

Im Anschluss an unseren Bericht für das zweite Halbjahr 2017 setzen wir hiermit unsere Rechtsprechungsübersichten¹ über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Bereichen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Maklerrechts, des Nachbarrechts und des Immobilienrechts unter Einschluss der spezifischen Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts fort. Im Rahmen der Geschäftsverteilung² sind diese Rechtsgebiete verschiedenen Zivilsenaten des BGH zugeordnet. Die folgende Gliederung orientiert sich dabei an den in § 14 c FAO aufgeführten Schwerpunktbereichen, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ erforderlich sind.

Inhaltsverzeichnis

1. Wohnraummiete	S. 2 – 30
1.1. Mietrechtliche Nebenabreden	S. 2 – 12
1.2. Mietmängel	S. 12 – 14
1.3. Schönheitsreparaturen	S. 14
1.4. Mieterhöhungen	S. 14 – 15

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

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

1.5. Kündigungen	S. 15 – 26
1.6. Nebenkosten	S. 26 – 30
2. Gewerbliches Miet- und Pachtrecht	S. 30 – 39
3. Wohnungseigentumsrecht	S. 39 – 56
4. Makler-, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts	S. 57 – 78
5. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht	S. 79 – 80
6. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts	S. 81 – 95

1. Wohnraummiete

Streitigkeiten aus dem Bereich der Wohnraummiete fallen nach der Geschäftsverteilung in die Zuständigkeit des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

1.1. Mietrechtliche Nebenabreden

In diesem Zusammenhang können Rechtsfragen aufgeworfen werden, die entweder die Vertragsauslegung nach §§ 133; 157 BGB oder die Kontrolle von Formulklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB betreffen. Ebenso kann sich die Frage nach der Auslegung zwingender gesetzlicher Vorschriften stellen. Hierum ranken sich folgende Entscheidungen:

a)

Ein Grundsatzurteil befasst sich mit **Schadensersatzansprüchen des klagenden Vermieters**, der nach Rückgabe der Wohnung verschiedene **Schäden** festgestellt hatte, die er u.a. **auf ein fehlerhaftes Heiz- und Lüftungsverhalten des Beklagten** zurückzuführen konnte. Eine Frist zur Beseitigung der vorhandenen Mängel hatte der Kläger dem Beklagten dabei

nicht gesetzt. Die Revision des Beklagten war ohne Erfolg, da sich der Senat – in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht – der Auffassung angeschlossen hat, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Anspruch um **Schadensersatz neben der Leistung** (§§ 535; 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB) handelt, der **keine Fristsetzung zur Schadensbeseitigung** gemäß § 280 Abs. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt; ebenso haftet der Beklagte aus § 823 Abs. 1 BGB.³

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat bis zur Schuldrechtsreform zwar wiederholt § 326 BGB a.F. auf mietvertragliche (Wieder-) Herstellungs- oder Beseitigungspflichten angewandt. Bei der Anwendung dieser Bestimmung, die im Zuge der Schuldrechtsreform durch § 281 BGB ersetzt worden ist, hatte es sich jeweils um die **Verletzung vertraglich übernommener (Haupt-)Leistungspflichten** – insbesondere um die Verpflichtung zur Vornahme von Schönheitsreparaturen – gehandelt. Diese Schadensersatzansprüche sind von solchen **aus positiver Vertragsverletzung** abzugrenzen, da auf letztgenannte Anspruchsgrundlage zurückgegriffen wurde, wenn der **Mieter vertragliche Nebenpflichten verletzt** hatte.

Auf dieser Linie liegt auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung des seit der Schuldrechtsreform geltenden Rechts, da sich die Nichterfüllung der dem Mieter obliegenden **Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen nach § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB** beurteilt. Die **Verletzung von Obhuts- oder Rücksichtnahmepflichten des Mieters**, die zu einer Verschlechterung der Mietsache oder einem sonstigen Schaden des Vermieters geführt haben, hat sich dagegen nach **§§ 535; 280 Abs. 1; § 241 Abs. 2 BGB** gerichtet. Im Falle der Beschädigung der Sachsubstanz gilt nichts anderes. Entscheidend ist daher, ob die Verletzung einer §§ 280 Abs. 3; 281 BGB unterliegenden

³ Urteil vom 28. Februar 2018 – [VIII ZR 157/17](#) – MDR 2018, 658 f. = NJW 2018, 1746 ff. = NZM 2018, 320 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt. Zur gewerblichen Miete siehe unten unter Pkt. 2 a).

Leistungspflicht oder einer der in § 241 Abs. 2 BGB geregelten, vertraglichen Nebenpflichten in Rede steht.

Nach der Konzeption der Schuldrechtsreform zielen die Leistungspflichten des § 241 Abs. 1 Satz 1 BGB zumeist auf eine Veränderung der Güterlage des Gläubigers ab, während § 241 Abs. 2 BGB und die damit angesprochenen Schutzpflichten die gegenwärtige Güterlage vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen bewahren sollen. Schäden am Mietgegenstand, die auf einer Überschreitung des vertragsgemäßen Gebrauchs beruhen, liegen aber außerhalb des mietrechtlichen Leistungsprogramms. Der Ersatz dieser Schäden zielt darauf ab, etwaige über das Erfüllungsinteresse der Vertragspartei hinausgehende Vermögensnachteile auszugleichen. Den Gegensatz dazu bildet das bei Nicht- oder Schlechterfüllung einer Leistungspflicht geschuldete Surrogat der zur Erfüllung führenden Leistung, wie er in § 281 BGB als Schadensersatzanspruch statt der Leistung geregelt ist. Für die Verletzung nicht leistungsbezogener Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber dem Gläubiger folglich einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nur ausnahmsweise und unter den Voraussetzungen des § 282 BGB zugebilligt.

Die sich somit nach § 280 Abs. 1 BGB richtende Eintrittspflicht ist **nicht davon abhängig, ob das Mietverhältnis noch fortbesteht oder dieses bereits beendet wurde**. Nach ständiger Rechtsprechung ist es für die Rückgabepflicht nach § 546 Abs. 1 BGB bedeutungslos, in welchem Zustand sich die Wohnung befindet, weshalb eine Verschlechterung oder Veränderung der Mietsache den Vermieter nicht zur Ablehnung der Rücknahme berechtigt.

Unerheblich ist, ob der Mieter – während oder nach der Beendigung des Mietverhältnisses – den Schaden selbst beheben will, da dieses Interesse einem Schadensersatzanspruch nicht hinreichend Rechnung trägt. Im Falle einer Schadensersatzpflicht statt der Leistung schließt § 281 Abs. 4 BGB eine Naturalrestitution aus. Die Bestimmung des § 280 Abs. 1 BGB

nimmt jedoch **uneingeschränkt Bezug auf § 249 BGB** und **eröffnet dem Geschädigten die Wahlmöglichkeit** zwischen der in § 249 Abs. 1 BGB vorgesehenen Naturalrestitution und dem in § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB geregelten Zahlungsanspruch. Die Ersetzungsbefugnis nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB soll dem Geschädigten gerade davon befreien, die Schadensbeseitigung dem Schädiger anzuvertrauen. Damit wird dem Geschädigten auch das ihm zustehende Recht gesichert, sich bei Ausführung der Schadensbeseitigung ausschließlich an seinem eigenen Wiederherstellungsinteresse zu orientieren.

Aus der **Gestaltungsfreiheit des Mieters** ergibt sich nichts anderes, denn es steht im Ermessen des Vermieters, ob er Schäden an den Sachsubstanz auch bei fehlender Inanspruchnahme durch den Mieter behebt. In Übereinstimmung damit hat der Senat bereits entschieden, dass die Pflicht des Vermieters zur Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands entfällt, sofern der Mieter den Schaden und damit den Mietmangel selbst zu vertreten hat.

Dementsprechend ist der Beklagte auch aus § 823 Abs. 1 BGB einstandspflichtig, da die deliktsrechtliche Haftung nicht von vermeintlichen mietrechtlichen Besonderheiten verdrängt wird. Gemäß § 252 BGB besteht dann auch ein Anspruch auf Ersatz des erlittenen Mietausfalls.

b)

Ein weiterer Streitfall hat die **Räum- und Streupflicht des Vermieters** zum Gegenstand. Der Kläger war beim Verlassen seines Wohnhauses im Bereich des Grundstückseingangs auf einem schmalen, nicht geräumten Streifen des öffentlichen Gehweges gestürzt und hatte sich eine Frakturverletzung am rechten Knöchel zugezogen. Die beklagte Eigentümerin hatte keine Schneeräumarbeiten vorgenommen, da die Räum- und Streupflicht für den Gehweg deren Streithelferin – der Stadt München – obliegt. Diese hatte am Unfalltag den Gehweg bereits mehrfach geräumt und gestreut, wobei der Gehweg aber nicht auf der gesamten Breite und

auch nicht bis zur Schwelle des unmittelbar angrenzenden Anwesens geräumt worden war. Die Revision des Klägers war ohne Erfolg, da aus Sicht des VIII. Zivilsenats ein Vermieter oder Grundstückseigentümer, dem die Gemeinde nicht die allgemeine Räum- und Streupflicht übertragen hat, regelmäßig nicht dazu verpflichtet ist, über die Grundstücksgrenze hinaus Teile des öffentlichen Gehwegs zu räumen oder zu streuen.⁴

Der Kläger ist zwar als damaliger Lebensgefährte in den **Schutzbereich des zwischen der Beklagten und seiner heutigen Ehefrau bestehenden Mietvertrages einbezogen**, so dass neben deliktischen Ansprüchen grundsätzlich auch vertragliche Schadensersatzansprüche (§ 280 Abs. 1, § 535 Abs. 1 BGB) in Betracht kommen. Allerdings scheidet die Klage daran, dass der Beklagten **keine Pflichtverletzung zur Last fällt**.

Aufgrund des Mietvertrages ist der Vermieter zwar verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache und damit auch den Zugang zur Mietsache zu gewähren. Diese Erhaltungspflicht erstreckt sich auch auf nicht ausdrücklich mitvermietete Zugänge und Treppen, weshalb der Vermieter verpflichtet ist, die **auf dem Grundstück der vermieteten Wohnung befindlichen Wege in den Wintermonaten zu räumen und zu streuen**. Unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht obliegt dem Eigentümer eines Grundstücks eine identische Pflicht.

Diese Verpflichtung beschränkt sich aber auf das Grundstück und **erfasst nicht auch den öffentlichen Gehweg, wenn – wie im Streitfall – die Räum- und Streupflicht dafür nicht auf den Eigentümer übertragen** wurde. Endet die Verkehrssicherungspflicht an der Grundstücksgrenze, so gilt nichts anderes, wenn die verkehrssicherungspflichtige Gemeinde den öffentlichen Gehweg nicht vollständig geräumt hat. Zu Recht hatte das Berufungsgericht daher eine „ergänzende“ Räumspflicht der Beklagten für das „Anschlussstück“ des Gehweges verneint.

⁴ Urteil vom 21. Februar 2018 – [VIII ZR 255/16](#) – MDR 2018, 669 f. = NJW-RR 2018, 726 ff. = NZM 2018, 509 ff.

Ungeachtet dessen kann sich der **Winterdienst auf öffentlichen Gehwegen** nicht uneingeschränkt danach richten, **jedwede Gefahr für Fußgänger** auszuschließen. Bei winterlichen Witterungsverhältnissen ist der Fußgänger verpflichtet, sich sorgfältiger als sonst zu verhalten. Bezüglich des erforderlichen Umfangs des Winterdienstes ist auch die Art und die Wichtigkeit des Verkehrsweges; die Gefährlichkeit und Stärke des Verkehrs sowie der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit für den Sicherungspflichtigen zu berücksichtigen. Daher ist es grundsätzlich ausreichend, wenn ein Streifen in einer Breite von 1-1,20 m geräumt wird, während es einem Fußgänger zumutbar ist, eine kurze Distanz auf einem nicht geräumten Teil des Gehwegs zurückzulegen.

c)

Um **Werkwohnungen** rankt sich ein Fall, in dem die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1 in den 1960er und 1970er Jahren in großem Umfang Wohnungen in Frankfurt am Main angemietet hatte, um diese ihren Arbeitnehmern zur Verfügung zu stellen. Die **Konditionen des Haupt- und des Untermietvertrages waren dabei jeweils identisch und entsprachen den marktüblichen Bedingungen**. Der Kläger, der die streitgegenständliche Wohnung erworben hatte, kündigte gegenüber der Beklagten zu 1 den Hauptmietvertrag und forderte die Beklagten zu 2 und zu 3 als Untermieter zur Räumung und Herausgabe auf. Die Beklagten haben widerklagend die Feststellung begehrt, dass der Kläger anstelle der Beklagten zu 1 als Vermieter in die Rechte und Pflichten des Mietvertrages eingetreten ist.

Die Klage war – anders als die Widerklage – vorinstanzlich erfolglos, da das Berufungsgericht davon ausgegangen war, dass § 565 BGB jedenfalls analog anwendbar sei. Der Bundesgerichtshof hat die Revision des Klägers zurückgewiesen, wobei er allerdings von der **direkten Anwendbarkeit des § 565 Abs. 1 BGB** ausgegangen ist.⁵

⁵ Urteil vom 17. Januar 2018 – [VIII ZR 241/16](#) – MDR 2018, 398 ff. = NJW RR 2018, 459 ff. = NZM 2018, 281 ff.

Zwar setzt eine **gewerbliche Weitervermietung** gemäß § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB an sich eine **geschäftsmäßige, auf Dauer gerichtete, mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübte Vermietungstätigkeit** voraus. Allerdings reicht es ebenfalls aus, wenn der **Zwischenmieter im eigenen wirtschaftlichen Interesse handelt**. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn Wohnungen für Arbeitnehmer ohne die Absicht der Gewinnerzielung angemietet werden. In diesem Fall will der Arbeitgeber nämlich **Arbeitnehmer an sich binden und sich Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Unternehmen verschaffen**, die ihren Arbeitnehmern keine Werkwohnungen anbieten. Dies gilt umso mehr, wenn die Wohnung in einem Ballungsgebiet liegt, wo Wohnraum nicht ohne weiteres zu tragbaren Bedingungen zu finden ist. Damit stehen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund und nicht etwa gemeinnützige, karitative oder ähnliche soziale Zwecke, die eine Anwendung des § 565 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht rechtfertigen würden.

Mit diesem Inhalt begegnet § 565 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB auch **keinen verfassungsrechtlichen Bedenken**, da die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht in Frage gestellt wird, wenn nicht die höchstmögliche Rendite oder die volle Marktmiete erzielt werden kann. Im Übrigen liegt die Einschaltung eines Zwischenmieters bei einem Gebäudekomplex mit mehreren Wohnungen regelmäßig im Interesse des Eigentümers, der dadurch etwa seine Steuerlast oder seinen Verwaltungsaufwand reduziert. Damit erweist sich auch die Feststellungswiderklage der Beklagten als begründet.

d)

Ein weiterer Streitfall hat eine **Mietzahlung** zum Gegenstand, die das **klagende Jobcenter nach Beendigung des Mietverhältnisses** geleistet hatte. Die Klägerin hatte bisher auf Antrag der Mieter (§ 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II) die Miete direkt an die beklagten Vermieter gezahlt. Für August 2014 ist versehentlich noch eine Zahlung angewiesen worden, obwohl die Mieter bereits zuvor einen neuen Mietvertrag vorgelegt hatten. Der

Bundesgerichtshof hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen, da ein Direktanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB besteht.⁶

Rechtsfehlerfrei hatte das Landgericht eine **vorrangige Leistungskondition verneint**, da es sich bei objektiver Betrachtung und aus der Sicht des Zuwendungsempfängers um eine **Leistung der Mieter handelt, gegenüber denen der Kläger in seiner Eigenschaft als Sozialleistungsträger nach § 22 SGB II** tätig wurde. Eine Direktzahlung nach § 22 Abs. 7 SGB II wirkt als Anspruchserfüllung gegenüber dem sozialleistungsberechtigten Mieter, da sich der Charakter als Geldleistung für den Hilfeberechtigten nicht ändert. Der Sozialleistungsträger begründet auch keine Rechte oder Pflichten des Vermieters, sondern der Mieter erfährt lediglich eine „reflexartige“ Begünstigung. Der Leistungsträger ist auch nicht etwa Erfüllungsgehilfe des leistungsberechtigten Mieters, da er im Rahmen seiner hoheitlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge tätig wird. Damit fehlt es auch an einer Leistung auf eine fremde Schuld, da der Kläger lediglich seiner sozialrechtlichen Verpflichtung nachgekommen ist.

Von daher kann der Kläger nach den für die sog. **Anweisungsfälle entwickelten Grundsätzen die Rückzahlung des verfahrensgegenständlichen Betrages unter dem Gesichtspunkt der Nichtleistungskondition** (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) unmittelbar verlangen. Die Mieter haben gegenüber dem Kläger ihre Anweisung, die Unterstützungsleistung direkt an die Beklagte zu zahlen, konkludent durch die Vorlage eines neuen Mietvertrages widerrufen. Dann hat aber eine wirksame Anweisung gänzlich gefehlt, so dass dem Angewiesenen ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger gebührt.

e)

Ein weiteres Revisionsurteil rankt sich um den **Abschluss eines Wohnraummietvertrages zwischen den Mitgliedern einer Eigentümergemein-**

⁶ Urteil vom 31. Januar 2018 – [VIII ZR 39/17](#) – MDR 2018, 395 ff. = NJW 2018, 1079 ff. = NZM 2018, 195 ff.

schaft. Die Klägerin und ihre Schwester sind Ende des Jahres 2006 im Grundbuch zu je 1/6 als Miteigentümer eines Hausgrundstückes eingetragen worden. Sämtliche damaligen Miteigentümer, handelnd unter der Bezeichnung „Grundstücksgemeinschaft F“, haben dann am 03. Mai 2009 mit der Klägerin und ihrem Ehemann, dem Kläger zu 2, eine als „Wohnungs-Einheitsmietvertrag“ überschriebene Vereinbarung geschlossen, nach deren Inhalt die Kläger die in der ersten Etage und im Dachgeschoss gelegene Sechszimmerwohnung mieteten. Ferner ist den Klägern das alleinige Nutzungsrecht am hinteren Gartenteil eingeräumt worden. Nach dem Tod eines weiteren Miteigentümers hat die Beklagte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einen Miteigentumsanteil von 1/3 erworben. Nachdem ihre Bemühungen, die übrigen Miteigentumsanteile zu erwerben, gescheitert waren, hat die Beklagte die Auffassung vertreten, der Mietvertrag sei mangels Eintragung im Grundbuch gemäß § 1010 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Kläger haben die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis fortbesteht, während die Beklagte widerklagend die Feststellung beehrte, dass die Kläger nicht zur Nutzung des hinter dem Haus gelegenen Gartens berechtigt seien. Die Revision der Kläger hatte Erfolg, da das Landgericht zu Unrecht von einer gemeinschaftsrechtlichen Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 745 BGB ausgegangen war.⁷

Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht noch von der **Zulässigkeit der Klage** ausgegangen, weil die Kläger ein rechtliches Interesse an der zu treffenden Feststellung haben, nachdem die Beklagte das Bestehen eines Mietverhältnisses in Abrede gestellt hatte. Die Kläger mussten ihre Feststellungsklage auch nicht **gegen sämtliche Mitglieder der Miteigentümergeinschaft richten**, da allein die Beklagte das bestehende Mietverhältnis bestritten hatte.

⁷

Urteil vom 25. April 2018 – [VIII ZR 176/17](#) – MDR 2018, 1052 f. = NJW 2018, 2472 ff. = NZM 2018, 558 ff.

Zu Unrecht hatte das Berufungsgericht jedoch das **Zustandekommen eines Mietverhältnisses zwischen den Klägern und den Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft verneint**. Auf Vermieter- und Mieterseite sind unterschiedliche Personen beteiligt, denn Vermieter sind die Klägerin zu 1, die Beklagte sowie der Rechtsnachfolger der Schwester. Soweit das Landgericht angenommen hatte, entsprechend dem Senatsurteil vom 27. April 2016⁸ liege eine Konfusion vor, da auf Mieter- und Vermieterseite nur eine Person beteiligt sei, beruht dies auf einem Fehlverständnis. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass **eine Miteigentümergeinschaft ihr Grundstück oder darauf befindliche gemeinschaftliche Räume einem ihrer Mitglieder durch vertragliche Vereinbarung zur alleinigen Nutzung überlassen** kann. Hierbei handelt es sich regelmäßig um ein Mietverhältnis, was das Landgericht im Rahmen seiner Auslegung verkannt hatte.

Wird einem Miteigentümer vertraglich eine Nutzungsmöglichkeit eingeräumt, die im Umfang über seinen Miteigentumsanteil hinausgeht, so spricht bereits dies für den Abschluss eines Mietvertrages. **Entscheidend ist jedoch, dass die Überlassung einer Wohnung gegen Entgelt erfolgt**, wobei das vereinbarte Entgelt auch niedrig sein kann. Selbst wenn die Miteigentümer insoweit auch eine gemeinschaftliche Regelung i.S.d. § 745 BGB angestrebt haben sollten, ändert dies nichts am Vorliegen eines Mietvertrages. Die Überschrift des Vertrages und die Verwendung eines gängigen Vertragsformulars verdeutlichen den Willen zum Abschluss eines Wohnraummietvertrages ebenso wie der auf die Vermietung der Wohnung gerichtete Inhalt des Vertrages sowie die darin zum Ausdruck gebrachte Interessenlage, den Klägern den Schutz des Wohnraummieters zukommen zu lassen. Zudem ist der Kläger zu 2 als weiterer Mieter in den Vertrag einbezogen worden, obwohl er nicht an der Miteigentümergeinschaft beteiligt ist.

⁸ – [VIII ZR 323/14](#) – wir haben berichtet.

Folglich sind die Beklagten gemäß **§ 566 Abs. 1 BGB in das bestehende Mietverhältnis eingetreten**, da diese Vorschrift auch dann zur Anwendung gelangt, wenn **ein Miteigentumsanteil veräußert** wird. Dem steht auch § 1010 Abs. 1 BGB nicht entgegen, da diese Bestimmung den Erwerber des Miteigentumsanteils nur vor ihm unbekanntem Vereinbarungen oder Ansprüchen schützen soll. § 566 Abs. 1 BGB knüpft aber nicht an ein Publizitätserfordernis an, weil es dem Erwerber obliegt, sich über das Bestehen eines Mietvertrages zu informieren. Ein sachlicher Grund dafür, den Erwerber eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Wohnraum stärker zu schützen, als denjenigen, der vermieteten Wohnraum insgesamt erwirbt, lässt sich nicht finden. Angesichts dessen war auch die Widerklage unbegründet, da die Kläger aufgrund des Mietvertrages zur alleinigen Nutzung des hinteren Gartens berechtigt sind.

1.2. Mietmängel

Zu dieser Thematik ist im Berichtszeitraum nur eine begründete Entscheidung nach § 544 Abs. 7 ZPO ergangen.

Die Beklagten hatten **gravierende Mietmängel** (Unbewohnbarkeit des Erdgeschosses in Folge massiver Durchfeuchtungen der Außenwände und großflächiger Schimmelbildung, stark sanierungsbedürftiger Zustand des Daches mit der Folge von Wassereintritten bei starken Niederschlägen im Obergeschoss sowie verzogenen Fenster und Türen) des gemieteten Einfamilienhauses geltend gemacht und deshalb die Miete i.H.v. rund 2/3 der Bruttomiete gemindert. Wegen dieser Rückstände hatte die Klägerin das Mietverhältnis fristlos sowie hilfsweise ordentlich gekündigt. Das Landgericht hatte die gegen die Verurteilung zur Räumung und Herausgabe der Wohnung gerichtete Berufung zurückgewiesen, da selbst bei Wahrunterstellung der von den Beklagten behaupteten Mängel allenfalls eine Mietminderung i.H.v. 40% berechtigt sei und damit allemal

ein für eine außerordentliche Kündigung ausreichender Zahlungsrückstand vorliege. Diese Rechtsansicht hat der Bundesgerichtshof durchgreifend gerügt.⁹

Die **Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebotes, die im Prozessrecht keine Stütze findet, verletzt Art. 103 Abs. 1 GG**. Dies gilt auch dann, wenn angebotener Beweis deshalb nicht erhoben wird, weil das Gericht die **Grundsätze der Wahrunterstellung missachtet** und die **Behauptung der Partei nicht so übernommen hat, wie sie von der Partei aufgestellt** wurde. So verhält es sich im Streitfall.

Das Berufungsgericht hatte sich nur **pauschal mit dem Sachvortrag der Beklagten befasst und ist nicht auf die besondere Intensität der Mängel** eingegangen. Diese begründen erhebliche Gesundheitsgefahren und führen zu einer weitgehenden Gebrauchsuntauglichkeit der Erdgeschosswohnung, so dass die geltend gemachte Minderung nicht von der Hand zu weisen ist. Das Berufungsgericht hatte folglich die Behauptung der Beklagten nur vordergründig als wahr unterstellt, aber nicht ansatzweise so übernommen, wie sie aufgestellt wurde.

In dieser Hinsicht **fehlte es den erhobenen Mangelrügen auch nicht an der gebotenen Substantiierung**. Bei der Minderung, die nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, genügt der Mieter seiner Darlegungslast schon mit der Bezeichnung des konkreten Sachmangels. Das **Maß der Gebrauchsbeeinträchtigung** muss der Mieter dagegen ebenso wenig aufzeigen, wie er **bei mehreren Mängeln eine Aufgliederung des Minderungsbetrages** vornehmen muss. Diesen Anforderungen ist der Sachvortrag der Beklagten mehr als gerecht geworden. Auch eine Präklusion gemäß § 296 Abs. 1 ZPO kommt nicht in Betracht, da bereits die Klageerwiderung hinreichend substantiiert war und sich späteres Vorbringen nur als weitere Ergänzung oder Konkretisierung darstellte.

⁹

Beschluss vom 10. April 2018 – [VIII ZR 223/17](#) – NJW-RR 2018, 647 ff. = NZM 2018, 442 ff. = WuM 2018, 367 ff.

1.3. Schönheitsreparaturen

Zu dieser Thematik sind im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – keine begründeten Entscheidungen ergangen.

1.4. Mieterhöhungen

Hierzu ist auf ein Rechtsbeschwerdeverfahren hinzuweisen, in dem eine Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO verfahrensgegenständlich war.

Die Klägerin hatte ein **schriftliches Mieterhöhungsverlangen formuliert, das die Beklagte nicht unterzeichnen wollte**; gleichwohl hat sie **in der Folgezeit die erhöhte Miete überwiesen**. Nachdem Klage beim Amtsgericht eingereicht worden war, hat die Beklagte die vorbereitete Zustimmungserklärung unterschrieben, worauf der Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist. Die Vorinstanzen hatten der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Der Bundesgerichtshof hat die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde zurückgewiesen.¹⁰

Die Rechtsbeschwerde war zulässig, da das Landgericht sie ausdrücklich zugelassen hatte und der Senat an diese Zulassungsentscheidung gebunden war (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO). Allerdings hätte die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen werden dürfen, da es nicht **Zweck eines Kostenverfahrens ist, Streitfragen des materiellen Rechts zu klären**.

¹⁰

Beschluss vom 30. Januar 2018 – [VIII ZB 74/16](#) – NJW-RR 2018, 524 f. = NZM 2018, 279 ff. = ZMR 2018, 564 f.

Der Klägerin sind jedoch rechtsfehlerfrei die Verfahrenskosten auferlegt worden, da die Beklagte **bereits vor der Klageeinreichung konkludent dem Mieterhöhungsverlangen zugestimmt** hatte. Für die Zustimmung zu einer Mieterhöhung (§ 558 b Abs. 1 BGB) gelten die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen und Verträge, weshalb diese Erklärung auch konkludent abgegeben werden kann. § 558 b BGB schreibt auch keine bestimmte Form für die Zustimmungserklärung vor, weshalb die Beklagte bereits mit der **dreimaligen vorbehaltlosen Zahlung** der erhöhten Miete eine entsprechende Erklärung abgegeben hatte, während die Klägerin **keinen Anspruch auf die Abgabe einer schriftlichen Erklärung** besitzt. Ein solcher Anspruch lässt sich auch nicht der im Mietvertrag enthaltenen Schriftformklausel entnehmen, da diese nur deklaratorischer Natur ist und somit nicht Gültigkeitsvoraussetzung für die Mieterhöhung war.

1.5 Kündigungen

Von dieser praktisch bedeutsamen Materie handeln folgende Judikate:

a)

Der Kläger war nach dem Tod seiner Lebensgefährtin in den bestehenden Mietvertrag eingetreten; die Tochter der Verstorbenen hatte die Wohnung dagegen verlassen. Der beklagte Vermieter hatte das **Mietverhältnis gemäß § 563 Abs. 4 BGB außerordentlich gekündigt**, da sich der in Ausbildung befindliche Kläger die monatlichen Mietzahlungen nicht würde leisten können. Der Kläger hat deshalb die **Zustimmung zur Untervermietung verlangt**, um einen in seinem Unternehmen tätigen Arbeitskollegen aufnehmen zu können. Die Vorinstanzen hatten die Klage auf Zustimmung zur Untervermietung abgewiesen und der Widerklage, mit der

der Beklagte Räumung und Herausgabe begehrte, stattgegeben. Die Revision des Klägers war erfolgreich.¹¹

Der Kläger ist nach den getroffenen Feststellungen zwar gemäß § 563 Abs. 2 Satz 3 BGB in das bestehende Mietverhältnis eingetreten. Mit der gegebenen Begründung kann jedoch **nicht von einer wirksamen Kündigung nach § 563 Abs. 4 BGB** ausgegangen werden.

Das Berufungsgericht hatte bereits nicht bedacht, dass zum Todeszeitpunkt der ursprünglichen Mieterin noch deren Tochter in der Wohnung lebte, die dann neben dem Kläger als gleichrangig Berechtigte in den Mietvertrag eingetreten wäre (§ 563 Abs. 2 Satz 1 BGB). Damit hätte das Berufungsgericht Feststellungen dazu treffen müssen, ob und wann die Tochter anlässlich ihres Auszuges eine Erklärung gemäß § 563 Abs. 3 BGB abgegeben hatte; ebenso hätte festgestellt werden müssen, ob die Tochter bei Fristbeginn volljährig war (§ 563 Abs. 3 Satz 2 BGB). Ohne diese Aufklärung kann **nicht von der Wirksamkeit der Kündigung ausgegangen werden, weil diese gegenüber allen Vertragspartnern** hätte erklärt werden müssen. Davon ist auch im Falle des **§ 563 Abs. 4 BGB keine Ausnahme** zu machen, da der Gesetzgeber zwar jedem Eintretenden ein gesondertes Ablehnungsrecht zugebilligt hat; dem Vermieter ist aber nicht zugleich die Möglichkeit eröffnet worden, bei einer eintretenden Mietermehrheit nur gegenüber bestimmten Personen die Kündigung auszusprechen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts berechtigt eine „**gefährdet erscheinende Zahlungsfähigkeit**“ auch **nicht zur Kündigung aus wichtigem Grund i.S.d. § 563 Abs. 4 BGB**.

Eine **objektiv feststehende finanzielle Leistungsunfähigkeit** des Mieters kann zwar einen wichtigen Grund i.S.d. § 563 Abs. 4 BGB darstel-

¹¹ Urteil vom 31. Januar 2018 – [VIII ZR 105/17](#) – MDR 2018, 397 f. = NJW 2018, 2937 ff. = NZM 2018, 325 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

len, da der Gesetzgeber das Interesse des Vermieters, sich in diesem Fall von einem Eintretenden zu lösen, grundsätzlich als schutzwürdig ansieht. Allerdings ist in den Blick zu nehmen, dass der Zahlungsverzug des Mieters in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a) und b) BGB eine gesetzliche Regelung erfahren hat und eine unzureichende finanzielle Leistungsfähigkeit noch nicht zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses führt.

Das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 563 Abs. 4 BGB ergänzt nur die sonstigen, ebenfalls an die fehlende Leistungsfähigkeit des Mieters anknüpfenden Kündigungstatbestände; daraus folgt, dass hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit nur solche Sachverhalte erfasst werden, bei denen nicht bereits aufgrund anderer Kündigungstatbestände die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar ist. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich ebenfalls nicht, dass der Gesetzgeber mit § 563 Abs. 4 BGB auf eine Prüfung der Unzumutbarkeit verzichten wollte. Dann müssen **weitere tatsächliche Umstände dargetan und im Bestreitensfall nachgewiesen werden**, aus denen sich ergibt, dass **der Vermieter nicht abwarten muss, bis sich der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a) und b) BGB verwirklicht** hat. Hierfür sind letztlich die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles maßgebend.

Soweit im Schrifttum und in der Rechtsprechung abweichende Auffassungen vertreten werden, hat dem der Senat eine Absage erteilt. Eine zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung **drohende Leistungsunfähigkeit kann nur in besonderen Ausnahmefällen eine Unzumutbarkeit** begründen. Anders als bei einer feststehenden Zahlungsunfähigkeit ist eine Prognose aufzustellen, die naturgemäß mit Unwägbarkeiten behaftet ist. Bei einer Fehleinschätzung läuft der Mieter Gefahr, sein von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Besitzrecht zu verlieren. Erforderlich werden daher **konkrete Anhaltspunkte, die den zuverlässigen Schluss gestatten, künftige Mietzahlungen werden alsbald ausbleiben.**

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Kündigung nur binnen der Monatsfrist des § 563 Abs. 4 BGB ausgesprochen werden kann, da der Gesetzgeber mit der zeitlichen Beschränkung keine Aussage zu den Kündigungsvoraussetzungen getroffen hat. Die Monatsfrist dient lediglich dazu, Verhandlungen mit dem Eingetretenen zu führen und ggf. einen neuen Mietvertrag abzuschließen.

Darüber hinaus hatte das Berufungsgericht seine Entscheidung auch **auf eine unzureichende Tatsachengrundlage gestützt und vom Kläger vorgetragene Umstände rechtsfehlerhaft für unerheblich** gehalten. Das Landgericht hatte zusätzlich verlangt, dass die Leistungsfähigkeit für die Dauer des Mietverhältnisses sicher gestellt sein müsse. Hierin liegt eine Überspannung, da ein Vermieter auch bei einem solventen Mieter nicht vom uneingeschränkten Fortbestand der Leistungsfähigkeit ausgehen kann. Daher hätte das Berufungsgericht auch Feststellungen zur Höhe der Ausbildungsvergütung des Klägers und seiner sonstigen Einkünfte treffen müssen. Unbeachtet gelassen hatte das Landgericht zudem, dass der Kläger in der Vergangenheit und für die Dauer von zwei Jahren die Miete vollständig bezahlt hatte. Ferner hätte das Berufungsgericht die Angaben des Klägers zu seinem vorhandenen Restvermögen und dessen Berechtigung zum Bezug von Arbeitslosengeld II berücksichtigen müssen. Erheblich ist auch, dass der Kläger nach dem Auszug der Tochter einen Untermieter aufnehmen wollte.

Mangels getroffener Feststellungen kann dann auch ein Anspruch des Klägers auf **Gestattung der Untervermietung** nicht verneint werden.

Als berechtigtes Interesse des Mieters kann bereits **der Wunsch, nach dem Auszug eines bisherigen Wohnungsgenossen nicht alleine leben** zu wollen, tragfähig sein. Ebenfalls stellt es sich als berechtigtes Interesse dar, dass der Kläger **die von ihm allein zu tragenden Mietaufwendungen reduzieren** will. Das vom Kläger geltend gemachte

Interesse ist auch erst nach Abschluss des Mietvertrages entstanden, da der nach § 563 Abs. 1 und Abs. 2 BGB Eintretende in vollem Umfang die Rechtsstellung des ursprünglichen Mieters annimmt und maßgeblicher Zeitpunkt damit der Vertragsschluss ist. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Tochter der verstorbenen Lebensgefährtin noch Mieterin ist, da diese aus der Wohnung ausgezogen ist und der Kläger aus diesem Grund einen Dritten aufnehmen will.

b)

Ein weiteres Revisionsurteil befasst sich mit der **Kündigungsbeschränkung des § 577 a Abs. 1 i.V.m. Abs. 1a Satz 1 BGB**.

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in das seit dem Jahre 1981 bestehende Mietverhältnis mit dem Beklagten zu 1 im Januar 2015 als Eigentümerin und Vermieterin eingetreten war, hatte eine Eigenbedarfskündigung ausgesprochen. Die Kündigung ist darauf gestützt worden, dass sich einer ihrer Gesellschafter von seiner Ehefrau getrennt habe und als erfolgreicher Immobilienunternehmer repräsentative Räumlichkeiten in ansprechender Wohnlage benötige. Diesen Anforderungen würden weitere leerstehende Wohnungen in den zahlreichen Liegenschaften, an denen der Gesellschafter ebenfalls beteiligt sei, nicht genügen. Die Vorinstanzen haben die auf Räumung und Herausgabe gerichtete Klage an der Kündigungssperrfrist des § 577 a Abs. 1a BGB scheitern lassen. Dem ist der Bundesgerichtshof gefolgt.¹²

Die Klägerin wäre als teilrechtsfähige (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zwar berechtigt, **in entsprechender Anwendung des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB Eigenbedarf eines oder mehrerer ihrer Gesellschafter geltend** zu machen. Allerdings ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Kündigung, die knapp vier Monate nach der Veräußerung des Anwesens erklärt worden war,

¹² Urteil vom 21. März 2018 – [VIII ZR 104/17](#) – MDR 2018, 584 f. = NJW 2018, 2187 ff. = NZM 2018, 388 ff.

verfrüht war und an § 577 a Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 BGB scheitert. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift **setzt nicht voraus, dass die Klägerin auch die Absicht hatte, den vermieteten Wohnraum in Wohnungseigentum umzuwandeln**, sondern für diese Kündigungssperrfrist reicht die Veräußerung an eine Personengesellschaft aus.

§ 577 a Abs. 1 BGB dient dem Schutz des Mieters bei der Umwandlung der Mietwohnung in eine Eigentumswohnung. Der mit dem Mietrechtsänderungsgesetz vom 13. März 2013 neu eingefügte § 577 a Abs. 1a BGB soll **Umgehungen des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen** – insbesondere **nach dem sog. „Münchener Modell“** – verhindern. Dabei verzichtet eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder eine Miteigentümergeinschaft nach dem Erwerb des Grundstückes zunächst auf die Begründung von Wohnungseigentum und kündigt stattdessen wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter oder eines Miteigentümers. Hierin liegt eine Umgehung, da diese Sachverhalte von § 577 a Abs. 1, Abs. 2 BGB weder unmittelbar noch analog erfasst werden.

Diese Auffassung wird auch im Schrifttum einhellig vertreten und findet in den Gesetzesmaterialien hinreichend Ausdruck. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass das **Verdrängungsrisiko für den Mieter durch die Veräußerung an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in gleicher Weise wie bei einer unmittelbaren Umwandlung in Wohnungseigentum erhöht** wird. Sinn und Zweck der eingefügten Neuregelung beschränken sich nicht darauf, nur dem „Münchener Modell“ entgegenzuwirken, sondern es sollte auch anderen Umgehungstatbeständen vorgebeugt werden. Dabei hat der Gesetzgeber dem Umstand entscheidende Bedeutung beigemessen, dass der vermietete Wohnraum an eine Personengesellschaft oder an mehrere Erwerber veräußert wird.

Für diese Sichtweise spricht auch die **Gesetzessystematik**, da die ebenfalls neue Vorschrift des § 577 a Abs. 2a BGB die Kündigungssperrfrist bereits mit der Veräußerung oder Belastung gemäß § 577 a Abs. 1a

BGB in Lauf setzt. Dieser Regelung hätte es nicht bedurft, wenn die Kündigungsbeschränkung nach § 577 a Abs. 1a Satz 1 BGB zusätzlich von den Voraussetzungen des § 577 a Abs. 1 BGB abhängig wäre.

§ 577 a Abs. 1a Satz 1 BGB verstößt auch weder gegen Art. 3 Abs. 1, Art. 14 GG noch den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Bestimmung erweist sich als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, da wegen des sozialen Bezugs das Besitzrecht des Mieters ebenfalls von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt wird und dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt. Der Gesetzgeber hat mit der Vorschrift das legitime Regelungsziel verfolgt, Umgehungen entgegenzuwirken und das Recht einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, Eigenbedarf zu Gunsten eines Gesellschafters geltend zu machen, nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Die Beschränkung des Kündigungsrechts auf einen Zeitraum von drei Jahren stellt sich dann als das weniger einschneidende Mittel dar.

Dieser Interessenausgleich verstößt auch nicht gegen das **Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, da die Situation eine andere ist, als wenn eine Einzelperson die Mietwohnung erwirbt.** Im Falle des Erwerbs durch eine Personengesellschaft erhöht sich in einem Anwesen mit mehreren vermieteten Wohnungen für jeden einzelnen Mieter das Verdrängungsrisiko. Auch unter dem Gesichtspunkt, dass im Falle des Erwerbs einer Großfamilie der Kündigungsdruck steigt, ergibt sich kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber besitzt einen weiten Einschätzungs-, Wertungs-, und Gestaltungsspielraum, der nicht verletzt ist, wenn der privilegierte Personenkreis der Familien- und Haushaltsangehörigen nur im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB berücksichtigt wird. Den Gesetzesmaterialien kann auch nicht entnommen werden, der Gesetzgeber habe unzulässigen Milieuschutz betrieben und alleine der Verdrängung von Mietern aus attraktiven Altbau-Wohnanlagen entgegenwirken wollen.

c)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war ein **unbefristeter Kündigungsausschluss** verfahrensgegenständlich.

Für den Vertragsschluss wurde ein Formular verwendet, welches der Beklagte zu 2 von der Haus und Grund GmbH erworben und zu den Vertragsverhandlungen mitgebracht hatte. Das Formular sieht dabei unter § 2 einen Kündigungsverzicht vor, wobei es in der Überschrift wie folgt heißt:

„Kündigungsverzicht (maximal vier Jahre)“

Das Kästchen „Kündigungsverzicht“ ist zwar handschriftlich angekreuzt worden, aber in der Formulklausel eine Verzichtsdauer nicht genannt worden, sondern die Passagen „maximal vier Jahre“ sowie „maximal vier Jahre ab Vertragsschluss“ sind gestrichen worden. Ferner haben die damaligen Parteien eine Zusatzvereinbarung getroffen, nach der die Beklagten selbst für den Heizöleinkauf, die Heizungswartung, die Emissionsmessung und den Schornsteinfeger verantwortlich sein sollten und die Hälfte der darauf entfallenen Kosten zu tragen hatten.

Das Landgericht hatte angenommen, dass ein nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksamer, formularmäßiger Kündigungsausschluss vorliege und auch im Falle einer individualvertraglichen Vereinbarung ein unbefristeter Kündigungsausschluss bedenklich sei. Diese Auffassung hat der Senat beanstandet und die angefochtene Entscheidung nach § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben.¹³

Das Berufungsgericht hatte **entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beklagten unberücksichtigt** gelassen und sie auf diese Weise in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Beklagten haben sich in der

¹³ Beschluss vom 08. Mai 2018 – [VIII ZR 200/17](#) – MDR 2018, 855 f. = NJW-RR 2018, 843 f. = NZM 2018, 556 ff.

Tatsacheninstanz wiederholt darauf berufen, dass die Verwendung des vom Beklagten zu 2 **mitgebrachten Vertragsformulars auf dem ausdrücklichen Wunsch der Rechtsvorgängerin des Klägers** beruht habe, die auf der Verwendung eines Formulars von „Haus und Grund“ bestand. Ferner haben die Beklagten **zum Gang der Vertragsverhandlungen vorgetragen und ein intensives Aushandeln** verschiedener Vertragsbedingungen geschildert, da sie – vor dem Hintergrund erheblicher Investitionen in das Mietobjekt – ein langfristiges Mietverhältnis angestrebt und eine Vermieterkündigung wegen Eigenbedarfs sowie nach § 573 a BGB ausschließen wollten. Dafür seien sie bereit gewesen, der Vermieterin an anderer Stelle – etwa durch Übernahme der Heizölbeschaffung – entgegen zu kommen.

Das Berufungsgericht ist auf diesen **Sachvortrag der Beklagten nicht eingegangen, obwohl er erkennbar von zentraler Bedeutung** war. Wesentliches Kriterium allgemeiner Geschäftsbedingungen ist die **Einseitigkeit ihrer Auferlegung** sowie der Umstand, dass der andere Vertragspartei auf ihre **Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann**. Hatte nach dem Vortrag der Beklagten die Rechtsvorgängerin des Klägers auf der Verwendung des Vertragsformulars bestanden und der Beklagte zu 2 das Formular lediglich wunschgemäß besorgt, lag die Initiative auf der Vermieterseite.

Gehörswidrig hatte das Berufungsgericht auch den detaillierten Vortrag der Beklagten zum **Aushandeln der Vertragsbedingungen** unberücksichtigt gelassen. Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB können selbst vorformulierte Klauseln im Einzelfall Gegenstand und Ergebnis von Individualabreden sein. Nach dem Vortrag der Beklagten hätten sie aber individuell und inhaltlich losgelöst von dem Formularvertrag auf einem dauerhaften Kündigungsausschluss bestanden und seien deshalb der Vermieterin entgegengekommen. Damit ist im Streitfall das Vorliegen einer Individualvereinbarung nicht ausgeschlossen.

Entgegen den Bedenken der Vorinstanz wäre auch die **Wirksamkeit einer Individualvereinbarung** gegeben, da die **Vertragsfreiheit insoweit nur durch § 138 BGB begrenzt** wird. Dies würde indes das **Ausnutzen der Zwangslage einer Partei oder das Vorliegen sonstiger Umstände erfordern**, die der Vereinbarung das Gepräge eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts geben. Ob – wie teilweise angenommen wird – nach Ablauf von 30 Jahren entsprechend § 544 BGB eine Kündigung möglich ist, kann dahinstehen, da das Vertragsverhältnis erst einige Jahre bestand.

Für das weitere Verfahren hat der Senat noch darauf hingewiesen, dass dem **Kläger eine ordentliche Kündigung auch dann verwehrt wäre**, wenn der dauerhafte Ausschluss der ordentlichen Kündigung eine von der Vermieterin gestellte und **wegen unangemessener Benachteiligung der Beklagten unwirksame allgemeine Geschäftsbedingung darstellen** würde. Die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen soll nur den Vertragspartner des Verwenders schützen mit der Folge, dass **es dem Verwender nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen**. So könnte es sich im Streitfall verhalten, da die Beklagten deutlich gemacht haben, dass sie an dem beiderseits dauerhaften Kündigungsausschluss festhalten wollen.

d)

In einem weiteren Revisionsverfahren war der Beklagten, die ursprünglich selbst Eigentümerin des Anwesens war, ein **unentgeltliches, dingliches Wohnrecht an einer Dachgeschosswohnung** eingeräumt worden, nachdem sie die Liegenschaft an die Kläger verkauft hatte. Nachfolgend haben die Parteien einen Mietvertrag geschlossen, **in dem eine symbolische Miete von 1,00 € sowie Nebenkostenvorauszahlungen von 220,00 €** monatlich vereinbart wurden, während das dingliche Wohnrecht aufgehoben wurde. Nachdem Mietrückstände in Höhe von 663,00 € aufgelaufen waren, haben die Kläger das Mietverhältnis ordentlich und

außerordentlich gekündigt. Ferner haben die Kläger das Mietverhältnis aufgrund eines „Stromdiebstahls“ erneut gekündigt.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen, da die außerordentliche Kündigung wegen einer Übernahmeerklärung durch die Stadt F unwirksam war. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung fehle es an einer erheblichen Pflichtverletzung (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), da anstelle der symbolischen Nettomiete von einem adäquaten Nutzungswert i.H.v. 900,00 € auszugehen sei. Die weitere Kündigung wegen „Stromdiebstahls“ sei ebenfalls unwirksam. Der Senat hat mitgeteilt, dass er die zugelassene Revision der Kläger teilweise als unzulässig verwerfen und im Übrigen durch einstimmigen Beschluss nach § 552 a ZPO zurückweisen werde.¹⁴

Soweit sich die Kläger gegen die Unwirksamkeit der Kündigung wegen eines „Stromdiebstahls“ wenden, ist **die Revision unzulässig, weil die Auslegung der Entscheidungsgründe ergibt**, dass das Landgericht die Revision allein hinsichtlich der Kündigung wegen des Zahlungsrückstandes zulassen wollte.

Soweit die Revision zulässig ist, liegt ein Zulassungsgrund nicht vor, da es sich bei der Frage, ob ein Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht nur unerheblich verletzt hat (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), um **eine Einzelfallbeurteilung handelt, die dem Tatrichter obliegt und zu der sich keine allgemeine Aussage treffen** lässt. Dies gilt auch dann, wenn eine symbolische Miete vereinbart wird. Diesbezüglich hat die Revision auch keine Aussicht auf Erfolg, weil die ordentliche Kündigung bereits daran scheitert, dass im Mietvertrag das Kündigungsrecht des Vermieters für fünf Jahre ausgeschlossen war. Einwände dagegen, dass die außerordentliche Kündigung an der Kostenübernahmeerklärung scheitert, macht die Revision nicht geltend. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsge-

¹⁴ Beschluss vom 15. Mai 2018 – [VIII ZR 150/17](#) – Grundeigentum 2018, 873 f. = WuM 2018, 514 f. Auf den Hinweis ist die Revision zurückgenommen worden.

richts, wonach nur eine symbolische Miete vereinbart wurde, begegnet angesichts eines atypischen Mietverhältnisses und der Gesamtumstände auch keinen rechtlichen Bedenken.

1.6. Nebenkosten

Von dieser Materie handeln folgende Revisionsentscheidungen:

a)

In einem Verfahren wurde um **Betriebskostennachzahlungen** gestritten, wobei den beklagten Mietern **Heizkosten** für die Jahre 2013 und 2014 in **erheblicher Höhe von insgesamt 5.310,43 €** in Rechnung gestellt worden waren. Den erstellten Jahresabrechnungen liegen Verbrauchswerte zugrunde, die 42,8% bzw. 47% der jeweils im Heizkreis gemessenen Verbrauchseinheiten ausmachten und auffällig von der Wohnflächenverteilung abweichen. Die Beklagten haben die Abrechnungen angezweifelt und **Einsicht in die Abrechnungswerte der anderen in der Liegenschaft befindlichen Wohnungen begehrt**, die ihnen die Klägerin verweigerte. Das Landgericht hatte ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten verneint. Der VIII. Zivilsenat hat die Entscheidung durchgreifend bemängelt und die Klage als gegenwärtig unbegründet abgewiesen.¹⁵

Das Berufungsgericht hatte bereits im **Ansatz den Kern des Rechtsstreits verkannt**, da es vorliegend nicht darum geht, ob die Klägerin dem in § 565 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 BGB niedergelegten Wirtschaftlichkeitsgebot gerecht geworden war. Die Beklagten haben die abgerechneten Wärmemengen deshalb in Zweifel gezogen, weil diese entweder auf einer unzutreffenden Erfassung einzelner Wärmemengen oder auf einer fehlerhaften Verteilung der Gesamtwärmemenge beruhen könnten. Die

¹⁵ Urteil vom 07. Februar 2018 – [VIII ZR 189/17](#) – MDR 2018, 659 ff. = NJW 2018, 1599 ff. = NZM 2018, 458 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Darlegungs- und Beweislast für die inhaltliche Richtigkeit der erhobenen Forderung, mithin für die richtige Erfassung, Zusammenstellung und Verteilung der angefallenen Betriebskosten, **liegt jedoch bei der klagenden Vermieterin**. Damit durfte das Berufungsgericht den Beklagten nicht die Verpflichtung auferlegen, objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte – wie etwa vorhandene Leitungsverluste – dafür aufzuzeigen, dass die in Rechnung gestellten Verbrauchswerte unrichtig seien, sondern hätte stattdessen den von der Klägerin angetretenen Zeugen- und Sachverständigenbeweis erheben müssen.

Zu Unrecht hatte das Landgericht ferner den **Einwand der Beklagten, die Klägerin hätte ihnen Einsicht in die Ablesebelege der anderen Verbrauchseinheiten gewähren müssen**, für unerheblich gehalten. Eine Abrechnung nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB muss den allgemeinen Anforderungen des § 259 Abs. 1 BGB entsprechen und eine verständliche sowie geordnete Zusammenstellung hinsichtlich der getätigten Einnahmen und Ausgaben enthalten. Darüber hinaus bestimmt § 259 Abs. 1 BGB, dass der Vermieter Einsicht in die Abrechnungsunterlagen zu gewähren hat, sofern diese zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung erforderlich sind. Ein Mieter kann daher auch **Einsicht in die erhobenen Einzelverbrauchsdaten anderer Nutzer verlangen**. Die zusätzliche Darlegung eines besonderen Interesses an einer Belegeinsicht ist daher nicht erforderlich, sondern das allgemeine Interesse des Berechtigten, den Abrechnungspflichtigen zu kontrollieren, reicht völlig aus.

Mit der vom Landgericht gegebenen Begründung konnte ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten daher nicht verneint werden. Der Senat hat durchentschieden, da er seine Rechtsprechung dahingehend fortentwickelt hat, dass **im Zahlungsverlangen des Vermieters eine unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) liegt**. Es stellt sich als widersprüchlich dar, einen Schuldner, der eine Abrechnung erst noch überprüfen will, sogleich auf Zahlung in Anspruch zu nehmen. Sinn und Zweck der

Kontrolle einer Betriebskostenabrechnung bestehen gerade darin, dem Mieter die Abwehr einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme zu ermöglichen. Der Senat hat bereits im anderen Zusammenhang entschieden, dass es sich als unzulässige Rechtsausübung darstellt, wenn der erhobene Anspruch mit einer Rechnungslegung zusammenhängt, die der Gläubiger dem Schuldner verweigert. Vorliegend gilt nichts anderes.

b)

Ein weiterer Streitfall betrifft die **Umlagefähigkeit der Kosten einer Gebäudeversicherung**, die bedingungsgemäß auch das Risiko eines befristeten „Mietverlustes“ infolge des versicherten Gebäudeschadens einschließt. Während das Berufungsgericht noch davon ausgegangen war, dass der auf das Risiko des Mietausfalls entfallene Prämienanteil nicht umlagefähig sei und dieser von der Klägerin hätte dargelegt werden müssen, hat der VIII. Zivilsenat der Klage stattgegeben.¹⁶

Der Mietvertrag enthält eine wirksame Umlagevereinbarung. Es handelt sich um eine **unschädliche Falschbezeichnung**, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Anlage 3 zu § 27 der II. BV bereits außer Kraft getreten war und diese im Mietvertrag gleichwohl in Bezug genommen wurde. Die Klägerin war auch berechtigt, die umgelegten Kosten innerhalb der nur allgemein als „Versicherung“ bezeichneten Kostenposition abzurechnen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zählen die **Kosten der Gebäudeversicherung insgesamt zu den Betriebskosten i.S.d. § 2 Nr. 13 BetrKV**, da darunter alle Sach- (und Haftpflicht-)Versicherungen fallen, die dem Schutz des Gebäudes und seiner Bewohner dienen. Eine Gebäudeversicherung zählt jedoch insgesamt zu den Sachversicherungen, da bedingungsgemäßer Versicherungsfall ein Sachschaden des Gebäudes ist. Ein aufgrund eines versicherten Gebäudeschadens erlitte-

¹⁶ Urteil vom 06. Juni 2018 – [VIII ZR 38/17](#) – MDR 2018, 1051 f. = NZM 2018, 714 ff. = VersR 2018, 1011 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

ner Mietausfall stellt sich daher nicht als eigenständiger Versicherungsfall dar, sondern ist Bestandteil des Versicherungsfalles der Gebäudeversicherung.

Die Mitversicherung eines Mietausfalles aufgrund eines Gebäudeschadens ist auch **fester Bestandteil der marktüblichen Versicherungsbedingungen**. Dann fehlt ein Anhaltspunkt dafür, der Ordnungsgeber habe die bewährte Handhabung mit § 2 Nr. 13 BetrKV abweichend regeln wollen. Die Versicherung dient auch der **berechtigten Erwartung des Mieters**, seine Aufwendungen kämen ihm im Schadensfall zugute. Der Mieter erfährt eine ihn schützende Gegenleistung, wenn er leicht fahrlässig einen Schaden der Mietsache verursacht. In diesem Fall ist er nämlich weder dem Vermieter zum Schadensersatz verpflichtet, noch droht ihm nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein Rückgriff des Gebäudeversicherers (§ 86 Abs. 1 VVG). Dieser Regressverzicht erstreckt sich dann auch auf den durch die Gebäudeversicherung gedeckten Mietausfall.

c)

Ein weiteres Revisionsurteil hat dagegen eine **Rechtsprechungsänderung** zum Inhalt. Verfahrensgegenständlich war eine Heizkostenabrechnung, der die Klägerin die **tatsächlich ca. 4 m² größere Wohnfläche** zugrunde gelegt hatte. Die beklagten Mieter sind der Auffassung, die im **Mietvertrag vereinbarte geringere Wohnfläche** sei maßgeblich. Dem ist der Senat – ebenso wie die Vorinstanzen – nicht gefolgt.¹⁷

Nach der Senatsrechtsprechung stellt die in einem Wohnraumietvertrag enthaltene Wohnflächenangabe zwar eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung dar und liegt deshalb ein zur **Minderung berechtigender Mangel** vor, wenn die **tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10% unterschritten** wird. Dies bedeutet jedoch nicht, dass in jedem Fall von

¹⁷ Urteil vom 30. Mai 2018 – [VIII ZR 220/17](#) – MDR 2018, 984 ff. = NJW 2018, 2317 f. = NZM 2018, 761 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

den vertraglichen Vereinbarungen auszugehen ist. So hat der Senat¹⁸ bereits entschieden, dass bei einer **Mieterhöhung eine von den tatsächlichen Größenverhältnissen abweichende Beschaffenheitsvereinbarung keinen Einfluss** auf die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete gemäß § 558 Abs. 2 BGB hat.

Dies gilt – entgegen früherer Judikatur¹⁹ – **auch bei der Abrechnung von Betriebskosten, soweit sie sich nach der Wohnfläche** richtet. Eine angemessene und nach allen Seiten interessengerechte Verteilung der Betriebskosten erfordert, dass diese nach einem **objektiven Abrechnungsmaßstab** umgelegt werden, der für alle Nutzer gilt. Subjektive Vorstellungen einzelner Mietvertragsparteien von der Wohnungsgröße stellen sich als untauglicher Abrechnungsmaßstab dar. Werden Betriebskosten nach gesetzlichen Vorgaben (z.B. § 566 a Abs. 1 BGB; § 7 Abs. 1 HeizkostenV) ganz oder teilweise nach Wohnflächenanteilen umgelegt, geht es im Allgemeinen um den Anteil der tatsächlichen Wohnfläche an der vorhandenen Gesamtwohnfläche. Auch erwähnt die HeizkostenV mehrfach den Begriff der „anerkannten Regeln der Technik“, der ebenfalls ein objektives Kriterium für die Heizkostenverteilung andeutet.

2. Gewerberaummiete und Pachtrecht

Für diese Materie ist nach dem Geschäftsverteilungsplan der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zuständig.

a)

Auch für das gewerbliche Mietrecht war im Berichtszeitraum zu klären, ob der Vermieter **Schadensersatz für Schäden an der Sachsubstanz erst nach vorheriger Fristsetzung** beanspruchen kann. Der Senat hat sich

¹⁸ Urteil vom 18. November 2015 – [VIII ZR 266/14](#) – wir haben berichtet.

¹⁹ Urteil vom 31. Oktober 2007 – [VIII ZR 261/06](#) – NJW 2008, 142 ff.

der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats angeschlossen und diese Frage verneint.²⁰

b)

Ein weiteres Verfahren betrifft den Streit um **Schadensersatz bzw. Nutzungsentschädigung**, nachdem die klagende Vermieterin das bestehende und bis zum 30. Juni 2015 befristete Mietverhältnis mit Schreiben vom 28. Januar 2013 wegen Mietrückständen i.H.v. zwei Monatsmieten fristlos gekündigt hatte. Der Beklagte hatte zunächst nicht geräumt, sondern seinerseits mit Schreiben vom 22. Februar 2013 die Kündigung zum 31. Mai 2013 erklärt und hatte sodann spätestens zum 03. Juni 2013 das Mietobjekt geräumt. Die Klägerin konnte das Mietobjekt (erst) ab dem 15. März 2015 weitervermieten und begehrt im vorliegenden Rechtsstreit nunmehr – ausgehend von der vereinbarten Monatsmiete von 3.000,00 € zzgl. 570,00 € Umsatzsteuer – die Zahlung einer Nutzungsentschädigung bzw. eines Kündigungsfolgeschadens für den Zeitraum vom 01. Dezember 2013 bis zum 14. März 2015. Die vom Senat zugelassene Revision der Klägerin hatte überwiegend Erfolg.²¹

Im Ergebnis zu Recht hatte das Berufungsgericht allerdings **Ansprüche der Klägerin auf Mietzahlung gemäß § 535 Abs. 2 BGB sowie auf Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a Abs. 1 BGB vereint**. Zwar stößt es auf rechtliche Bedenken, dass das Oberlandesgericht von einer **stillschweigenden Fortsetzung des Mietgebrauchs gemäß § 545 BGB ausgegangen** war, denn ein die Verlängerung hindernder Widerspruch kann auch **konkludent und mit der Kündigung selbst erklärt** werden. Ob eine außerordentliche Kündigung des Vermieters diese Erklärung enthält, hängt maßgeblich von dem Gewicht der Kündigungsgründe und der Bedeutung ab, welche der Vermieter seiner Erklärung beigemessen hat. Wenngleich der Wille des Vermieters, die Vertragsfortsetzung

²⁰ Urteil vom 27. Juni 2018 – [XII ZR 79/17](#) – Grundeigentum 2018, 994 ff. = MDR 2018, 1050 f. = NZM 2018, 717 f.

²¹ Urteil vom 24. Januar 2018 – [XII ZR 120/16](#) – MDR 2018, 516 ff. = NJW RR 2018, 714 ff. = NZM 2018, 333 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

abzulehnen, eindeutig zum Ausdruck kommen muss, war die tatrichterliche Auslegung durch das Berufungsgericht fehlerhaft. Die Klägerin hatte im Kündigungsschreiben zur Räumung binnen zweier Tage aufgefordert und diese Forderung mit einer ausdrücklichen Fristsetzung verbunden. Gemäß §§ 133; 157 BGB konnte die Beklagte dies nur dahin verstehen, dass die Klägerin mit einer **Vertragsverlängerung auf unbestimmte Zeit nicht einverstanden war.**

Jedoch wäre auch ein befristet verlängertes Mietverhältnis bereits im Dezember 2013 beendet gewesen, wobei die ordentliche Kündigung des Beklagten – entgegen der Annahme des Berufungsgerichts – das Mietverhältnis erst zum 30. September 2013 beendet hätte. Im Streitfall findet nicht § 580 Abs. 1 Nr. 3 BGB, sondern § 580 a Abs. 2 BGB Anwendung, da es auch um Geschäftsräume handelt, wenn einem Geschäftsbetrieb dienende Lagerräume vermietet werden. Damit ist es unerheblich, ob die Fläche der Lageräume überwogen hat.

Zu Unrecht war das Berufungsgericht jedoch nicht der Frage nachgegangen, ob die Klägerin nicht **Ersatz eines Kündigungsfolgeschadens beanspruchen** kann, der im Streitfall mit 46.354,84 € nebst Zinsen zu beziffern wäre.

Der Mieter ist dem Vermieter gemäß §§ 280 Abs. 1; 314 Abs. 4; 249 Abs. 1; 252 BGB grundsätzlich schadensersatzpflichtig, wenn aufgrund einer **außerordentlichen Vermieterkündigung der bis zum Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer bestehende Mietanspruch erlischt.** Dies würde selbst dann gelten, wenn sich das Vertragsverhältnis gemäß § 545 Satz 1 BGB stillschweigend verlängert hätte, denn der Wegfall der langfristigen Vertragsbindung beruhte auf der Pflichtverletzung des Beklagten. Auch das mit einer stillschweigenden Vertragsverlängerung einhergehende ordentliche Kündigungsrecht ist dann auf das vertragswidrige Verhalten des Beklagten zurückzuführen. Damit liegt der Streitfall nicht anders, als wenn der Vermieter aufgrund einer vom Mieter zu

vertretenden vorzeitigen Vertragsbeendigung einen Vertrag mit einem Nachmieter schließt, der weniger oder – vertragswidrig – gar nichts zahlt.

Allerdings kann als **ersatzfähiger Mietausfallschaden** nur die **entgangene Nettomiete und nicht auch die Umsatzsteuer verlangt** werden, da es sich hierbei nicht um ein Entgelt i.S.d. § 1 Abs. 1 UStG handelt. Ebenso kann die Klägerin keine Verzugszinsen geltend machen, da für den Schadensersatzanspruch die Leistung nicht nach dem Kalender bestimmt ist und es sich auch um keine Entgeltforderung i.S.d. § 288 Abs. 2 BGB handelt.

Der Senat hat den Rechtsstreit zurückverwiesen, da er noch nicht entscheidungsreif war (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dabei wird das Oberlandesgericht auch eine etwaige Verletzung der **Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB) zu berücksichtigen** haben. Angesichts dessen, dass eine Weitervermietung erst nach mehr als 21 Monaten erfolgt ist, wird zu klären sein, welche Weitervermietungsbemühungen die Klägerin unternommen hat. Hierauf ist der darlegungspflichtige Beklagte auf der Grundlage der von den Tatsachengerichten bisher vertretenen Rechtsauffassung bislang nicht eingegangen; ein ausreichender Sachvortrag des Beklagten würde dann eine sekundäre Darlegungslast der Klägerin auslösen. Den Parteien muss deshalb gemäß § 139 Abs. 2 ZPO Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen gegeben werden.

c)

Das **Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB** stand in einem Verfahren auf dem Prüfstand, in dem der Kläger mit dem Grundstückseigentümer einen Grundstücks-Nutzungsvertrag zum Zweck der Errichtung und des Betriebs einer Photovoltaikanlage geschlossen hatte.

Dieser Vertrag ist dergestalt zustande gekommen, als **der schriftliche Vertragsentwurf des Klägers von seinem Vertragspartner unterschrieben und sodann dem Kläger per Telefax übermittelt wurde**. Der

Kläger unterschrieb dieses Telefax und faxte es zurück. Die im Original unterschriebenen Exemplare sind dabei bei den jeweiligen Unterzeichnern verblieben. Der Vertragspartner des Klägers hat den Vertrag in der Folgezeit außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin gekündigt und das Grundstück veräußert. Die Beklagte hat das verfahrensgegenständliche Grundstück dann von einem Zwischenerwerber erworben und dem Kläger den Zutritt verweigert. Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Feststellung, dass das Vertragsverhältnis fortbesteht und hat die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache.²²

Das Berufungsgericht ist zwar von einer in der obergerichtlichen Rechtsprechung verbreiteten Auffassung, wonach **vergleichbare Nutzungsverhältnisse als Pachtvertrag anzusehen** seien, **abgewichen**. Dessen Annahme, es handle sich um ein gewerbliches Mietverhältnis, ist aber im Streitfall nicht zu beanstanden. Bei der Überlassung eines Grundstücks zum Zweck der Errichtung und des Betriebs einer Photovoltaikanlage kommt die Annahme einer Rechtsfrucht (§ 99 Abs. 2 BGB) ebenso wenig in Betracht, wie ein Fall der mittelbaren Fruchtziehung (§ 99 Abs. 3 BGB). Auch § 99 Abs. 1 BGB ist nicht einschlägig, weil bei einer Photovoltaikanlage Elektrizität durch Sonneneinstrahlung gewonnen wird.

Diese Frage kann mangels Entscheidungserheblichkeit jedoch dahinstehen, da die Auffassung des Berufungsgerichts, die Schriftform des § 550 Satz 1 BGB sei nicht eingehalten worden, rechtsfehlerhaft war.

Allerdings sind die **materiell rechtlichen Anforderungen des § 126 Abs. 2 BGB vorliegend nicht erfüllt**, weil der Antrag und die Annahme nicht in der Form des § 126 BGB erklärt worden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugegangen sind. Das Übersenden von Telefaxkopien

²² Urteil vom 07. März 2018 – [XII ZR 129/16](#) – MDR 2018, 1053 f. = NJW 2018, 1540 ff. = NZM 2018, 394 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

reicht für die Schriftform des § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB ebenfalls nicht aus. Jedoch kann es nach der Rechtsprechung des Senats für § 550 Satz 1 BGB genügen, wenn **die äußere Form der bloßen Schriftlichkeit der Erklärungen eingehalten** wird.

Unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks und seiner Rechtsfolgen ist § 550 Satz 1 BGB dahingehend auszulegen, dass über die Einhaltung der äußeren Form hinaus **nicht auch das Zustandekommen des Vertrages durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen vorausgesetzt** wird. § 550 Satz 1 BGB dient in erster Linie dem Informationsbedürfnis des Erwerbers. Dafür reicht es aus, **wenn die Vertragsparteien gleichlautenden Vertragsurkunden unterzeichnen, ohne dass es zusätzlich auf den Zugang dieser Urkunden beim jeweiligen Vertragspartner ankommt**, denn den beabsichtigten Erwerberschutz gewährleisten auch zwei gleichlautenden Urkunden, die nur in der Summe die erforderlichen Unterschriften tragen. Nichts anderes ergibt sich, wenn man den Schutz der vertragsschließenden Parteien selbst in den Blick nimmt, denn auch im Falle eines Vertragsschlusses nach § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB können langfristige Abreden urkundlich nur durch die Vorlage aller gleichlautenden Vertragsurkunden belegt werden. In dieser Hinsicht hat der Urkundenaustausch dann keine Bedeutung.

d)

Ebenfalls die Bestimmung des **§ 550 Satz 1 BGB** betrifft eine Revisionsverfahren, in dem der Kläger den Beklagten Gewerberäume zur Nutzung als Büroräume vermietet hatte.

Der Formularvertrag enthielt dabei eine Indexklausel, nach der jede Partei eine Neufestsetzung der letztmalig geschuldeten Grundmiete verlangen kann, wenn sich der Verbraucherpreisindex um mehr als 4% erhöht oder erniedrigt hat. Ferner sah der Mietvertrag eine Schriftformheilungsklausel vor und untersagte den Mietern die Untervermietung ohne Erlaubnis des Vermieters, sofern die Untervermietung nicht in Widerspruch zur Nutzung

als Büro stand. Dem Verlangen des Klägers, ab 01. April 2013 die monatliche Grundmiete zu erhöhen, sind die Beklagten nachgekommen; allerdings sind sie in der Folgezeit in eine eigene Immobilie umgezogen und haben die Räume an einen Pflegedienst untervermietet. Dieser Untervermietung hat der Kläger die Zustimmung verweigert, worauf die Beklagten das Mietverhältnis fristlos kündigten. In einem vorangegangenen Rechtsstreit sind die Beklagten erfolgreich auf Zahlung der Miete bis Oktober 2014 in Anspruch genommen worden, weil deren fristlose Kündigung unwirksam war. Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger für die Monate November 2014 bis einschließlich Februar 2016 die Zahlung der Grund- bzw. der Bruttomieten verlangt. Das Berufungsgericht hatte auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und der Widerklage des Beklagten zu 1, mit der dieser die unter Vorbehalt gezahlten Mieten für die Monate März 2016 bis einschließlich September 2016 verlangt hatte, stattgegeben. Dieser Beurteilung ist der Senat gefolgt und hat die Revision des Klägers zurückgewiesen.²³

Zu Recht war das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass die zum 01. April 2013 **vorgenommene Mieterhöhung nicht dem Schriftformerfordernis des § 550 Satz 1 BGB genügt**, da dieses auch für **Vertragsänderungen** Geltung beansprucht, sofern es sich **nicht um eine unwesentliche Änderung** handelt. Eine **Erhöhung der Miete stellt aber per se einen wesentlichen Umstand** dar und löst den Formzwang des § 550 Satz 1 BGB aus. Dem steht auch nicht entgegen, dass bereits der ursprüngliche Mietvertrag eine Indexklausel enthielt, denn diese hat **nicht automatisch zur Mietanpassung geführt**, sondern setzt eine Einigung voraus. Nachdem die Beklagten ihre Zustimmung nur konkludent erklärt haben, indem sie die erbetene höhere Miete entrichtet haben, hat die Vertragsänderung § 550 Satz 1 BGB nicht genügt.

²³ Urteil vom 11. April 2018 – [XII ZR 43/17](#) – MDR 2018, 922 f. = NZM 2018, 515 ff. = ZMR 2018, 661 ff.

Den Beklagten ist es auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf den Schriftformverstoß zu berufen da – wie der Senat zwischenzeitlich entschieden hat ²⁴ – **Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam** sind.

Revisionsrechtlich ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Oberlandesgericht **die fristlose Kündigung der Beklagten gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet** hat. Eine Umdeutung ist zulässig und angebracht, wenn – wie hier – für den Kündigungsgegner erkennbar ist, dass der Kündigende das Vertragsverhältnis in jedem Fall zum nächstmöglichen Termin beenden will. Dementsprechend ist das bestehende Mietverhältnis innerhalb der gesetzlichen Frist des § 580 a Abs. 2 BGB mit Wirkung zum 30. September 2014 beendet worden, so dass ein Anspruch auf Mietzahlung nach diesem Zeitpunkt ausscheidet.

e)

Eine weitere Entscheidung betrifft den „Frankfurter Rennbahnfall“. Verkürzt dargestellt hatte die klagende Stadt an die F.H. GmbH ein Rennbahngelände vermietet, wobei der Mietvertrag u.a. die Verpflichtung enthielt, jährlich mindestens fünf Renntage zu veranstalten. Da die F.H. GmbH nicht über die dafür erforderliche Konzession verfügte, ist diese Verpflichtung auf den beklagten Verein mittels eines Geschäftsbesorgungsvertrages übertragen worden. Der Mietvertrag ist im August 2014 einvernehmlich aufgehoben worden, wobei die Klägerin zusätzlich sämtliche Geschäftsanteile des Zeugen H. an der F.H. GmbH erwarb, die anschließend den Geschäftsbesorgungsvertrag kündigte. Das Berufungsgericht hatte den **Aufhebungsvertrag als sittenwidrig** angesehen und dies auf die Widerklage auch festgestellt; dieser Beurteilung ist der XII. Zivilsenat nicht gefolgt.²⁵

²⁴ Urteil vom 27. September 2017 – [XII ZR 114/16](#) – wir haben berichtet.

²⁵ Urteil vom 18. April 2018 – [XII ZR 76/17](#) – MDR 2018, 856 f. = NJW-RR 2018, 906 ff. = NZM 2018, 601 ff.

Nach dem **Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien das Mietverhältnis jederzeit vorzeitig beenden**. Dies gilt auch dann, wenn einem Dritten die Mietsache zur Nutzung überlassen ist. Sittenwidrig wäre ein Mietaufhebungsvertrag nur dann, wenn weder **der Vermieter, noch der Mieter über einen vernünftigen Grund verfügen** und der Zweck des Aufhebungsvertrages allein darin besteht, dass der Eigentümer wieder den Alleinbesitz erlangt. Außerdem muss sich die **Rechtsstellung des Dritten tatsächlich verschlechtert haben**; daran fehlt es, wenn der Hauptmieter zeitnah kündigen kann. Angesicht dessen liegt keine Sittenwidrigkeit vor.

Die Klägerin und F.H. GmbH hatten **vernünftige Gründe für eine Vertragsaufhebung**, da der Rennbahnbetrieb in der Vergangenheit defizitär war und die Klägerin eine andere wirtschaftliche Nutzung anstreben durfte, während die F.H. GmbH weitreichende Instandhaltungspflichten übernommen hatte. Dass der Geschäftsbesorgungsvertrag ein **vorzeitiges Kündigungsrecht** enthielt, ist als tatrichterliches Auslegungsergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Auch die weiteren, vom Berufungsgericht bemühten Umstände begründen **nicht den Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens**. Anlass für den Abschluss des Mietvertrags war die Neuorganisation des Rennbahnbetriebs, weshalb bewusst eine Betreibergesellschaft eingeschaltet wurde. Der F.H. GmbH war es daher gestattet, das Gelände auch für weitere Zwecke zu nutzen, während dem Beklagten allein die Rennsportveranstaltungen übertragen wurden. Der Geschäftsbesorgungsvertrag wurde ebenfalls nicht in der Absicht geschlossen, die Existenz des Beklagten zu sichern, denn ein über die Renntage hinausgehendes Nutzungsrecht ist gerade nicht eingeräumt worden. Dass der Zeuge H zwischenzeitlich auch zum Präsidenten des Beklagten gewählt worden war, stellt jedenfalls keine gravierende Pflichtverletzung dar. Die aus dem Geschäftsanteilskaufvertrag folgende Zahlungspflicht enthält auch keine verdeckte Zuwendung an den Zeugen H., da auch getätigte Investitionen abgegolten

werden sollten, die der Zeuge persönlich finanziert hatte. Ferner hatte das Berufungsgericht den Wert der Geschäftsanteile nicht sachverständig ermittelt.

Damit war die Revision der Klägerin in Bezug auf § 546 Abs. 2 BGB begründet und die des Beklagten zurückzuweisen, wenngleich dessen Berufung nicht insoweit als unzulässig hätte verworfen werden dürfen, als auch die Feststellung der Nichtigkeit des Geschäftsanteilskaufvertrags begehrt wurde. In dieser Hinsicht war die Widerklage aber deshalb unzulässig, weil Gegenstand der Zwischenfeststellungsklage nicht das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses war.

3. Wohnungseigentumsrecht

Diese Materie fällt nach dem Geschäftsverteilungsplan in die Zuständigkeit des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs.

a)

Ein umfangreich begründetes Urteil behandelt die **Schadensersatzklage einer Wohnungseigentümerin aufgrund verzögerter Beschlussfassung.**

Wegen Feuchtigkeitsschäden in der Wohnung der Klägerin und des Verdachts des Fehlens einer funktionsfähigen Abdichtung gegen Feuchtigkeit aus dem Baugrund sollte auf der Eigentümerversammlung vom 25. November 2010 ein Beschluss über die Beauftragung eines Sachverständigen gefasst werden. Eine Beschlussfassung wurde jedoch abgelehnt, weshalb die Klägerin Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage erhob, sowie ein selbstständiges Beweisverfahren einleitete. Dieser Klage hatte das Landgericht mit Urteil vom 19. September 2013 stattgegeben, nachdem sich der Verdacht eines Baumangels im selbstständigen Beweisver-

fahren bestätigt hatte. Zwischenzeitlich war eine weitere Beschlussfassung mehrfach vertagt worden, während der Antrag der Klägerin, über weitere Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, nicht einmal in die Tagesordnung aufgenommen wurde. Erst am 12. Dezember 2013 ist dann beschlossen worden, die Sanierung in Auftrag zu geben. Die Klägerin hat die übrigen Wohnungseigentümer und – für den Zeitraum von Januar 2012 bis Februar 2014 – zusätzlich auch die Verwalterin auf Schadensersatz wegen entgangener Mieten in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Die Revision der Klägerin und die Anschlussrevision einiger Beklagter hatten teilweise – in Bezug auf die Schadenshöhe – Erfolg.²⁶

Hinsichtlich der Revision war das Landgericht fehlerfrei davon ausgegangen, dass der **Beschlussfassung vom 25. November 2010 ein pflichtwidriges Abstimmungsverhalten** zugrunde lag, da aufgrund der Rechtskraft des von der Klägerin erstrittenen Urteils feststeht, dass eine Handlungspflicht in Bezug auf die Sanierung des Gemeinschaftseigentums bestand, weil deren Unterlassung nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprach. Gleichzeitig steht aufgrund der ausgesprochenen Beschlussersetzung rechtskräftig fest, dass die Klägerin einen Anspruch auf Vornahme der Instandsetzung besitzt. Die Wohnungseigentümer, die gegen den Beschluss gestimmt oder sich ihrer Stimme enthalten haben, haben daher eine **Nebenpflicht aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis verletzt mit der Folge, dass sie gemäß § 280 Abs. 1 BGB einstandspflichtig sind.**

Allerdings war der Mietausfallschaden fehlerhaft bemessen worden, da das einzuholende Gutachten auch früher als vom Landgericht angenommen hätte vorliegen können. Nachdem das Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren am 07. Dezember 2011 vorlag, hätte dann die nötige Beschlussfassung erfolgen können und müssen. Für den Zeitpunkt

²⁶ Urteil vom 23. Februar 2018 – [V ZR 101/16](#) – MDR 2018, 859 f. = NJW 2018, 2550 ff. = NZM 2018, 615 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

danach wird weitergehender Schadensersatz auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Klägerin **den ersten Vertagungsbeschluss nicht angefochten** hatte. Soweit dies der Senat in der Vergangenheit abweichend beurteilt hat, ist **jedenfalls im Streitfall nicht daran festzuhalten**. Der Senat hat sich davon leiten lassen, dass der Verwalter sowie die Eigentümer auch an fehlerhafte Beschlüsse gebunden sind und diese umgesetzt werden müssen. Ist bereits zuvor eine Beschlussersetzungsklage anhängig, ist die Situation eine andere, weil den Wohnungseigentümern bekannt ist, dass die Sanierung durchgesetzt werden soll und der Vertagungsbeschluss auch ohne Einfluss auf die Beschlussersetzungsklage ist.

Hinsichtlich der weiteren Vertagung war das Landgericht jedoch fehlerfrei von einer nicht sachdienlichen Klageerweiterung ausgegangen, denn hierin würden neue Pflichtverletzungen liegen, die weiteres Vorbringen erfordert und den Prozessstoff ausgedehnt hätten.

Die Anschlussrevisionen hatten ebenfalls teilweise Erfolg.

Der Wohnungseigentümer S ist nicht bereits deshalb haftbar, weil er die Verwalterin nicht dazu gedrängt hatte, die Sanierung als Tagesordnungspunkt aufzunehmen. Hierüber entscheidet der Verwalter nach pflichtgemäßem Ermessen, während den **einzelnen Wohnungseigentümer keine Einwirkungspflicht trifft und er den Verwalter auch nicht zu überwachen** braucht. Insoweit kommt eine Haftung auch nicht aufgrund der **Tätigkeit als Beirat** in Betracht, denn § 29 Abs. 2 WEG sieht eine Überwachungspflicht oder eine Kontrollbefugnis nicht vor. Im weitergehenden Umfang war der ersatzfähige Schaden dann auch in diesem Zusammenhang nicht fehlerfrei ermittelt worden.

b)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde ebenfalls um die **Beschlussfassung hinsichtlich der Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden** gestritten.

Die Kläger sind Eigentümer dreier Teileigentumseinheiten, deren Wände Durchfeuchtungen aufweisen, weshalb die Wohnungseigentümergeinschaft bereits ein Gutachten eines Ingenieurbüros sowie eines Architekten eingeholt hatte. Nach diesen Gutachten liegen die Schadensursachen übereinstimmend in einer fehlenden außenseitigen Sockelabdichtung, einer fehlenden Horizontalsperre und im Mauerwerk eingelagerten Salzen. Der Antrag der Kläger, das Mauerwerk entsprechend den Empfehlungen der beiden Privatgutachter sanieren zu lassen, fand keine Mehrheit, sondern die Wohnungseigentümer haben beschlossen, ein weiteres Gutachten zu alternativen Sanierungsmöglichkeiten einzuholen. Die Revision der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Landgerichts war ohne Erfolg.²⁷

Der Klageantrag der Kläger hinsichtlich der Beschlussanträge zu TOP 2a und 2b ist entsprechend § 21 Abs. 8 WEG als **Antrag auf gerichtliche Beschlussersetzung auszulegen**, da diese Sichtweise nach dem Maßstab der Rechtsordnung vernünftig ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht. Mit diesem Inhalt waren die Klageanträge auch in der Sache begründet.

Der mit TOP 2 a begehrte Beschluss über die Sanierung der Feuchtigkeitsschäden findet seine Grundlage in § 21 Abs. 4 und Abs. 5 Nr. 2 WEG, da eine Entscheidung nur dann billigem Ermessen entspricht, wenn eine **sofortige Instandsetzung zwingend** erforderlich ist. Entscheidend hierfür sind die Vorgaben der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung, weil auch die erstmalige Herstellung als Instandhaltung und Instandset-

²⁷ Urteil vom 04. Mai 2018 – [V ZR 203/17](#) – MDR 2018, 921 f. = NZM 2018, 611 ff. = WuM 2018, 532 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

zung anzusehen ist. Angesichts dessen bestand ein Anspruch der Kläger auf sofortige Instandsetzung, da gravierende bauliche Mängel vorlagen, die die **zweckentsprechende Nutzung der Teileigentumseinheiten erheblich beeinträchtigen**. Die Außen- und Innenwände waren nach den getroffenen Feststellungen massiv durchfeuchtet. Die Nutzung als Büro oder Laden war mit erheblichen, nachteiligen Auswirkungen auf Wohnkomfort und Gesundheit verbunden, die auch in Teileigentumseinheiten nicht hingenommen werden müssen. Dem Sanierungsanspruch steht auch nicht entgegen, dass es sich um einen Altbau handelt, denn auch in **älteren oder einfachen Bauten sind bauliche Mängel nicht hinzunehmen, wenn sie eine zweckentsprechende Nutzung verhindern**. Eine Sanierung ist den Beklagten auch zumutbar, da nur der Anspruch auf erstmalige Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustandes durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begrenzt wird. Diese Beschränkung bezieht sich jedoch auf die erstmalige, eindeutige sachenrechtliche Abgrenzung des Sondereigentums. Vorliegend geht es jedoch nicht darum, Bauausführungen und Aufteilungsplan in Übereinstimmung zu bringen, sondern gravierende bauliche Mängel zu beseitigen. Damit verhält es sich nicht anders, als wenn das gemeinschaftliche Eigentum den bauordnungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt und aus diesem Grund einzelne Einheiten nicht bestimmungsgemäß genutzt werden können.

Das Berufungsgericht hatte auch dem weiteren, auf TOP 2 b bezogenen Antrag zu Recht stattgegeben. Die Frage, ob bereits bei der Ablehnung des Beschlussantrages eine Handlungspflicht der Wohnungseigentümer bestand, stellt sich in Bezug auf eine Beschlussersetzungsklage nicht, da **der dafür maßgebliche Zeitpunkt der der letzten mündlichen Verhandlung** ist. Das sachverständig beratene Berufungsgericht hatte auch verfahrensfehlerfrei festgestellt, dass allein durch die Herstellung einer Horizontalsperre das Mauerwerk abgedichtet werden kann.

Von daher war auch die Beschlussanfechtungsklage begründet, da den Wohnungseigentümern aus den eingeholten Privatgutachten bekannt war, welche Ursache die Durchfeuchtungen hatten und welche Sanierungsmöglichkeiten bestanden. Die Einholung eines weiteren Gutachtens zur **Abwehr der Sanierungswünsche hat daher dem Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung widersprochen**, da das Interesse, die gebotene Sanierung weiter zu verzögern, nicht schutzwürdig ist.

c)

In einem weiteren Verfahren hatte die Wohnungseigentümergeinschaft **Klage auf Veräußerung des Wohnungseigentums der Beklagten** erhoben, die auf die Behauptung schwerwiegender Pflichtverletzungen und einen Zahlungsrückstand aus der Jahresabrechnung 2014 und dem Wirtschaftsplan 2015 gestützt worden war. Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen, da es an der für eine Entziehung erforderlichen Abmahnung der Beklagten fehle. Diese Auffassung hat der Senat als gehörswidrig beanstandet.²⁸

Das Landgericht hatte gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen, weil es sich nicht mit dem Vorbringen der Klägerin in deren Berufungserwiderung befasst hatte. Danach hätten sich nach der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht weitere Vorfälle ereignet, in denen der Beklagte zu 1 den Hausmeister oder den Verwalter **massiv bedroht habe und tätlich geworden** sei. Hiermit hatte sich das Berufungsgericht nicht befasst, sondern allein auf den erstinstanzlichen Vortrag Bezug genommen.

Dieses Vorbringen ist entscheidungserheblich, da unter **diesen Voraussetzungen § 18 Abs. 1 WEG keine Abmahnung** voraussetzt. Eine Entziehungsklage stellt sich zwar als **letztes Mittel zur Wiederherstellung des Gemeinschaftsfriedens** dar und erfordert deshalb grundsätzlich eine vorherige Abmahnung. Ist allerdings **bereits ein gerichtliches**

²⁸ Beschluss vom 25. Januar 2018 – [V ZR 141/17](#) – MDR 2018, 585 f. = NJW-RR 2018, 649 f. = WuM 2018, 3208 f.

Verfahren auf Entziehung des Wohnungseigentums anhängig, ist dem beklagten Wohnungseigentümer bekannt, dass sein Verhalten nicht länger hingenommen wird. Setzt er sein Verhalten unbeeindruckt fort, bringt er damit zum Ausdruck, dass er sich nicht ändern wird und eine Abmahnung ist ausnahmsweise entbehrlich.

d)

Zu klären war ferner, wer zur **Erstellung der Jahresabrechnung** verpflichtet ist, **wenn die ursprüngliche Verwalterin aus ihrem Amt ausgeschieden** ist.

Die Beklagte war Verwalterin der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft und ist im Juni 2015 von der neuen Verwalterin zur Erstellung der Jahresabrechnung 2014 aufgefordert worden, was sie ablehnte. Die Klägerin ließ die Jahresabrechnung daher durch die neue Verwalterin aufstellen, die hierfür 804,14 € berechnete. Die Klage auf Erstattung dieses Betrags war vorinstanzlich erfolgreich. Der Senat hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen.²⁹

Die Beklagte war zur Erstellung der Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG verpflichtet, da revisionsrechtlich zu unterstellen war, dass in der Gemeinschaftsordnung kein vom Kalenderjahr abweichendes Wirtschaftsjahr vereinbart wurde. Der Anspruch der Wohnungseigentümer auf die Abrechnung für das Jahr 2014 ist daher spätestens am 01. Januar 2015 entstanden und diese Verpflichtung nicht dadurch erloschen, dass das Verwalteramt im Januar 2015 endete.

Die Pflicht zur Erstellung der Jahresabrechnung trifft gemäß § 28 Abs. 3 WEG **den Verwalter, der im Zeitpunkt der Entstehung der Abrechnungspflicht Amtsinhaber** ist. Scheidet der Verwalter im Laufe des Wirtschaftsjahres aus seinem Amt aus, schuldet er die Jahresabrechnung

²⁹ Urteil vom 16. Februar 2018 – [V ZR 89/17](#) – MDR 2018, 515 f. = NJW 2018, 1969 ff. = NZM 2018, 469 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

für das abgelaufene Wirtschaftsjahr **unabhängig davon, ob im Zeitpunkt seines Ausscheidens die Abrechnung bereits fällig** war. Die Fälligkeit sagt nichts darüber aus, wer die Leistung schuldet und ist als Kriterium praktisch unbrauchbar. Die Beendigung des Verwaltervertrages steht der Pflicht zur Erstellung der Jahresabrechnung nicht entgegen, da nachwirkende Vertragspflichten bestehen können. Dem ausgeschiedenen Verwalter ist die Erstellung der Jahresabrechnung auch möglich, da ihm gegenüber dem neuen Verwalter ein Einsichtsrecht zusteht. Die streitige Frage, ob die Abrechnungspflicht für das abgelaufene Wirtschaftsjahr am letzten Tag oder am ersten Tag des folgenden Wirtschaftsjahres entsteht, konnte offen bleiben, da die Beklagte erst Anfang des Jahres 2015 ausgeschieden ist.

e)

Ein weiterer Streitfall betrifft die **nachträgliche Anbringung von Schallschutzmaßnahmen** in einer Wohnanlage, die im Jahre 1990 errichtet worden war.

Der Beklagte, dessen Wohnung über der der Klägerin liegt, hatte im Jahre 2012 das Badezimmer modernisiert, wobei u.a. der Estrich entfernt und eine Fußbodenheizung eingebaut wurde. Die Klägerin hat geltend gemacht, dass sich dadurch der Schallschutz verschlechtert habe und der Beklagte ein Schallschutzniveau auf dem Stand des Jahres 2012, hilfsweise auf dem Stand des Jahres 1990 zu gewährleisten habe. Das Landgericht hatte nur dem dritten Hilfsantrag der Klägerin stattgegeben und den Beklagten dazu verurteilt, durch geeignete bauliche Maßnahmen eine Trittschalldämmung dergestalt zu schaffen, dass der Trittschall 46 dB nicht übersteigt. Die Revision der Klägerin, mit der sie ihre ersten beiden Hilfsanträge weiterverfolgt hat, war ohne Erfolg.³⁰

³⁰ Urteil vom 16. März 2018 – [V ZR 276/16](#) – MDR 2018, 657 f. = NJW 2018, 2123 ff. = NZM 2018, 626 ff.

Rechtlicher Maßstab hinsichtlich des Schallschutzes ist § 14 Abs. 1 WEG, da drittinstanzlich davon auszugehen ist, dass die Beklagten ohne Zustimmung der Klägerin das gemeinschaftliche Eigentum baulich verändert haben (§ 22 Abs. 1 WEG). Ob – wie überwiegend vertreten wird – zum Gemeinschaftseigentum auch der Estrich zählt, kann dahinstehen, da zu Gunsten der Klägerin zu unterstellen ist, dass der Estrich auch der Dämmung und Isolierung gedient hat und jedenfalls nach § 5 Abs. 1 WEG zum gemeinschaftlichen Eigentum zählt. Einen auf § 15 Abs. 3 WEG oder § 1004 Abs. 1 BGB beruhenden Unterlassungsanspruch hatte das Landgericht rechtsfehlerfrei verneint.

In der Senatsrechtsprechung ist geklärt, dass auf die zur Zeit der Errichtung des Gebäudes geltende Ausgabe der DIN 4109 abzustellen ist, sofern der vorhandene Bodenbelag ersetzt wird. Offen gelassen wurde bisher, ob dieser Maßstab auch gilt, wenn zugleich in den Estrich oder die Geschossdecke eingegriffen wird. Für das Mietrecht hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass bei der nachträglichen Aufstockung eines älteren Wohnhauses der Mieter einen Anspruch auf Trittschalldämmung entsprechend der in diesem Zeitpunkt geltenden DIN besitzt. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die **Intensität eines solchen Eingriffs mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes vergleichbar** ist. Hiervon ist auch im **Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander** auszugehen, weshalb zuerst der Frage nachzugehen ist, welche technischen Vorgaben heranzuziehen sind.

Allein daraus, dass bei Renovierungsarbeiten in das gemeinschaftliche Eigentum eingegriffen wird, kann nicht abgeleitet werden, dass die im Zeitpunkt der Maßnahme anerkannten Schallschutzwerte anzuwenden sind. Das mittels der im Gemeinschaftseigentum stehenden Bauteile erreichte Schallschutzniveau muss lediglich erhalten bleiben, während das Gesetz eine Verpflichtung zur „Ertüchtigung“ des Schallschutzes nicht vorsieht. Bei erheblichen Eingriffen in die Gebäudesubstanz besteht dagegen die berechnete Erwartung, dass bei dem Umbau die aktuellen

technischen Vorgaben beachtet werden. Eine Sanierungsmaßnahme, die lediglich der üblichen Instandsetzung oder Modernisierung des Sondereigentums dient, kann dieses Vertrauen nicht erzeugen. Um eine solche typische Sanierungsmaßnahme handelt es sich hier.

Damit war die Revision zurückzuweisen, da maßgeblicher Zeitpunkt der der Gebäudeerrichtung war, während die von der Klägerin weiter verfolgten Hilfsanträge auf dem technischen Stand des Jahres 2012 beruhten.

f)

Die umstrittene Frage, ob die **Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum eine vorherige Beschlussfassung erfordert**, war im Berichtszeitraum ebenfalls zu beantworten. Der Senat hat sich der Auffassung angeschlossen, dass es in diesem Zusammenhang **keiner Vorbefassung der Wohnungseigentümer** bedarf.³¹

Richtig ist zwar, dass einer auf Mitwirkung gerichteten **Leistungsklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt**, wenn sich der klagende Wohnungseigentümer nicht zuvor um eine Beschlussfassung der Versammlung bemüht hat. Dieses **Vorbefassungsgebot ist jedoch auf die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens nicht übertragbar**.

Der Begriff des **rechtlichen Interesses in § 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO** ist weit zu verstehen und nur in Fällen zu verneinen, in denen der behauptete Anspruch evident nicht bestehen kann. Der Anspruch eines Wohnungseigentümers aus § 21 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 Nr. 2 WEG setzt aber nicht stets voraus, dass sich der Wohnungseigentümer vor einer gerichtlichen Durchsetzung um eine Beschlussfassung der Versammlung bemüht. Dieses Erfordernis entfällt, wenn feststeht, dass der Antrag keine Mehrheit finden würde und die Beschlussfassung unnötige Förmerei wäre. Diese

³¹ Beschlüsse vom 14. März 2018 – [V ZB 131/17](#) – MDR 2018, 1113 f. = NJW 2018, 1749 ff. = NZM 2018, 399 ff. sowie – [V ZB 112/12](#) – sowie – [V ZB 187/17](#) – jeweils bei juris; an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Prüfung wäre aufwändig und würde zu erheblicher Unsicherheit führen, die das selbständige Beweisverfahren in seiner Funktion erheblich entwerten würde.

Auch **wohnungseigentumsrechtliche Erwägungen rechtfertigen diese Beschränkung nicht**, wenngleich auch vorbereitende Maßnahmen zur ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 WEG zählen. Ein Antrag auf gerichtliche Beweiserhebung erschöpft sich aber nicht darin, sondern dient der Vermeidung eines dem Antragsteller drohenden Beweismittelverlusts sowie der Vorbereitung einer gütlichen Einigung. Diese Zielsetzung lässt sich mit einem von der Wohnungseigentümergeinschaft eingeholten Privatgutachten nicht gleichermaßen erreichen, da damit ein gerichtliches Sachverständigengutachten nicht entbehrlich wird.

Mit einem selbständigen Beweisverfahren wird auch **nicht in die Entscheidungsbefugnis der Wohnungseigentümer eingegriffen**, da eine gerichtliche Entscheidung über das „Ob“ und das „Wie“ der Mängelbeseitigung nicht ergeht. Eine **Kostenbelastung der Wohnungseigentümer** ist gleichfalls nicht zu befürchten, da der Antragsteller Kostenschuldner gemäß § 22 Abs. 1 GKG ist und eine Kostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren nicht ergeht. Eine Kostentragung im späteren Hauptsacheverfahren kann dann durch eine rechtzeitige Umsetzung der Maßnahme vermieden werden. Umgekehrt wird ein materieller Erstattungsanspruch des Antragstellers regelmäßig eine vorherige Beschlussfassung voraussetzen. Sollten den Wohnungseigentümern gleichwohl Kosten entstehen, so können sie diese nach Maßgabe des § 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO erstattet verlangen.

g)

Ebenfalls um **Feuchtigkeitsschäden im Sondereigentum** der Klägerin ging es in einem weiteren Revisionsverfahren, in dem der Senat seine Rechtsprechung modifiziert hat.

Die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft hatte bereits Sanierungsarbeiten im Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums durchführen lassen, die jedoch erfolglos blieben. Nach einem in einem selbständigen Beweisverfahren eingeholten Sachverständigengutachten ist die Sanierung nicht fachgerecht durchgeführt worden, weshalb weitere Sanierungsmaßnahmen erforderlich wurden. Das Sondereigentum der Klägerin ist dann durch einen Brand in einer anderen Wohnung erneut beschädigt worden. Diese Schäden hat die Beklagte durch eine Firma B auf Kosten der Versicherung beseitigen lassen. Gleichwohl hat die Klägerin weiterhin Durchfeuchtungen festgestellt, worüber sie die Verwalterin am 12. August 2010 unterrichtete. Hiermit hat sich die Wohnungseigentümergeinschaft erst Ende 2012 in einer außerordentlichen Eigentümerversammlung befasst. Das Landgericht hatte der Schadensersatzklage teilweise stattgegeben. Die Revision der Beklagten hat zur Wiederherstellung der klagabweisenden Entscheidung des Amtsgerichts geführt.³²

Rechtsfehlerfrei war das Berufungsgericht noch von einer **Pflichtverletzung der Verwalterin** ausgegangen, da der gefasste Sanierungsbeschluss auch die Beauftragung der Firma B mit der Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden zum Inhalt hatte. Demgemäß wäre die Verwalterin nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG verpflichtet gewesen, die **Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft vollständig durchzuführen** und hatte dafür Sorge zu tragen, dass der erteilte Auftrag uneingeschränkt erledigt wurde.

Allerdings hat der Senat nunmehr entscheiden, dass **die Wohnungseigentümergeinschaft im Innenverhältnis zu einem geschädigten Wohnungseigentümer nicht für eine Pflichtverletzung des Verwalters haftet**. Diese Rechtsfrage ist bisher noch nicht abschließend geklärt worden, wengleich der Senat wiederholt ausgesprochen hat, dass der

³² Urteil vom 08. Juni 2018 – [V ZR 125/17](#) – MDR 2018, 1111 ff. = NZM 2018, 719 ff. = WuM 2018, 524 ff.

Verband sich analog § 31 BGB ein Fehlverhalten des Verwalters zurechnen lassen muss.

Der Senat hält daran nicht mehr fest, da die teilrechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft nur im Außenverhältnis durch den Verwalter vertreten wird. Im Innenverhältnis ist der Verband jedoch **nicht in die ordnungsgemäße Verwaltung des Gemeinschaftseigentumes eingebunden**, da diese nach § 20 Abs. 1 WEG den Wohnungseigentümern, dem Verwalter und ggf. einem Verwaltungsbeirat obliegt. Die Verpflichtung des Verwalters Beschlüsse der Wohnungseigentümer durchzuführen, trifft ihn im Innenverhältnis nicht als Organ oder als Vertreter des Verbandes, sondern stellt sich als originär eigene Pflicht dar. Aus der **körperschaftlichen Treuepflicht** lässt sich eine Verpflichtung des Verbandes zur Durchführung von Beschlüssen dann ebenfalls nicht herleiten.

Auch aus der **Gesetzgebungsgeschichte** lässt sich dann nicht ableiten, die teilrechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft sei in die ordnungsgemäße Verwaltung des Gemeinschaftseigentums eingebunden. Die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit sollte lediglich praktische Schwierigkeiten im Rechtsverkehr beseitigen. Dies betrifft jedoch nicht die Willensbildung der Wohnungseigentümer im Innenverhältnis. Mit § 10 Abs. 6 WEG hat der Gesetzgeber die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft deshalb nicht umfassend geregelt und das Pflichtengefüge im Innenverhältnis unverändert gelassen.

Praktikabilitätserwägungen rechtfertigen ebenfalls kein anderes Ergebnis, da die einzelnen Wohnungseigentümer nicht rechtlos gestellt werden. Jedenfalls dann, wenn der Verwalter seiner Verpflichtung nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG nicht nachkommt, kann jeder einzelne Wohnungseigentümer aufgrund eines Individualanspruches die Durchführung verlangen. Dies gebietet bereits das Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes, der andernfalls nicht gewährleistet wäre. Die ordnungsgemäße Verwaltung wird dadurch nicht behindert, denn der Verwalter kann eine

Weisung der Eigentümerversammlung einholen. Bei einer zusätzlichen Verpflichtung des Verbandes droht dann eine unübersichtliche Verteilung der Verantwortlichkeit, die dem betroffenen Wohnungseigentümer verschleiert, wann er (nur) den Verwalter oder (auch) den Verband in Anspruch nehmen kann. Dies würde zudem zu einer tiefgreifenden Umgestaltung der Haftungsverhältnisse führen, denn der Verband könnte sogar für eigenmächtige Handlungen des Verwalters haftbar gemacht werden. Dieser müsste dann Regress bei dem Verwalter nehmen, wodurch es zu einer Vermehrung von Rechtsstreitigkeiten ohne erkennbaren Nutzen kommt.

Von daher war auch die Anschlussrevision der Klägerin unbegründet, da sich die Beklagte das **Verhalten von Architekten, Bauleiter und Handwerker**, die mit der Durchführung einer beschlossenen Sanierung beauftragt waren, **nicht gemäß § 278 BGB** zurechnen lassen muss. Diese sind keine Erfüllungsgehilfen des Verbandes, da diesen keine Verpflichtung zur Durchführung einer beschlossenen Sanierung trifft.

h)

Ein weiteres Verfahren betrifft den Streit um die **Nutzung einer Teileigentumseinheit für Wohnzwecke**.

Die Teilungserklärung sieht vor, dass das aus sieben Einheiten bestehende Gebäude „der beruflichen und gewerblichen Nutzung“ dienen sollte. Ursprünglich wurden sechs Einheiten als Arztpraxen genutzt, während die siebte als Apotheke diente. Der Beklagte hatte seine Einheit umgebaut und als Wohnraum vermietet, nachdem seine Mieter das Mietverhältnis gekündigt und ihre Praxis in ein neues Ärztehaus verlegt hatten. Das Landgericht hatte der Klage auf Unterlassung der Nutzung zu Wohnzwecken stattgegeben. Dieser Beurteilung ist der Senat nur im Ergebnis gefolgt.³³

³³ Urteil vom 23. März 2018 – [V ZR 307/16](#) – MDR 2018, 923 f. = NZM 2018, 754 ff. = WuM 2018, 387 ff.

Zu Recht war das Berufungsgericht noch davon ausgegangen, dass dem Kläger ein Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 3 WEG zusteht, da nach den **Maßgaben der Teilungserklärung eine Nutzung zu Wohnzwecken unzulässig** ist. Eine zulässige Benutzung liegt auch nicht deshalb vor, weil sie bei typisierender Betrachtung nicht mehr stört als die vorgesehene Nutzung. Die Nutzung als Wohnung in einem ausschließlich beruflichen oder gewerblichen Zwecken dienenden Gebäude ist regelmäßig **schon deshalb störender, weil sie mit typischen Wohnemissionen und einem Gebrauch des Gemeinschaftseigentums zu anderen Zeiten – nämlich ganztätig und auch am Wochenende – einhergeht**. Soweit der Senat ausgesprochen hat, eine Heimnutzung sei in Teileigentumseinheiten im Grundsatz zulässig³⁴, ist diese Rechtsprechung auf den Streitfall nicht übertragbar, denn in dieser Entscheidung war gerade die Heimnutzung von der Wohnnutzung abzugrenzen.

Allerdings kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ein Anspruch des Beklagten auf Änderung der Gemeinschaftsordnung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 WEG nicht verneint werden. Das Landgericht war dem Sachvortrag des Beklagten, wonach er ein Jahr vergeblich nach einem gewerblichen Nachmieter gesucht habe, nicht nachgegangen. Der unter Sachverständigenbeweis gestellte Vortrag des Beklagten, die Einheit sei als Arztpraxis nicht mehr vermietbar, hätte ebenfalls beachtet werden müssen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass schwerwiegende Gründe für das Begehren des Beklagten streiten, hätte auch geklärt werden müssen, welche konkreten Interessen auf Seiten des Klägers gegen eine Anpassung der Gemeinschaftsordnung sprechen.

Allerdings stellt sich die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO), da ein **Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung nicht im Wege der Einrede geltend** gemacht werden kann. Berechtigte Anpassungsbegehren müssen in der Gemeinschaftsordnung umgesetzt werden, damit klar und eindeutig ist, welche

³⁴ Urteil vom 27. Oktober 2017 – [V ZR 193/16](#) – NJW 2018, 140 ff. wir haben berichtet.

Vereinbarungen im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander gelten. Mit Abweisung der Unterlassungsklage ist keine Änderung der Gemeinschaftsordnung verbunden und würde die Einrede auch nicht mit Rechtskraft festgestellt. Derjenige, der gegen den Willen der übrigen Wohnungseigentümer eine geänderte Nutzungsregelung anstrebt, muss zuerst Klage erheben und darf die neue Nutzung erst aufnehmen, wenn er ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat.

i)

Ein Streitfall, in dem um eine **geänderte Kostenverteilung** gestritten wurde, enthält lediglich die Bestätigung bekannter Rechtsprechungsgrundsätze.³⁵

Ist – wie im Streitfall – die Kostenverteilung in der Teilungsordnung geregelt, kommt eine **Änderung durch Mehrheitsbeschluss** nur in Betracht, wenn die Wohnungseigentümer hierfür die auf dem Gesetz oder einer Vereinbarung beruhende Kompetenz besitzen. **Eine solche Kompetenz eröffnet § 27 Abs. 3 WEG nicht**, da die Kosten der technischen Betreuung weder auf einer besonderen Nutzung des Gemeinschaftseigentums beruhen, noch einen besonderen Verwaltungsaufwand erfordern.

Auf § 16 Abs. 3 WEG kann eine Beschlusskompetenz nur gestützt werden, sofern sich aus Transparenzgründen hinreichend **aus dem Beschluss selbst ergibt, dass die Wohnungseigentümer das Bewusstsein hatten**, eine Änderung der bestehenden Kostenverteilung zu beschließen. Daran fehlte es.

j)

Ein weiteres Verfahren betrifft die **Voraussetzungen für die Aufhebung eines Sondernutzungsrechts**.

³⁵ Urteil vom 08. Juni 2018 – [V ZR 195/17](#) – DWW 2018, 306 ff. = NJW-RR 2018, 1162 ff. = WuM 2018, 657 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Die für die Wohnanlage erteilte Baugenehmigung sieht vor, dass die an der Straße gelegenen Stellplätze parallel zu errichten sind. Davon abweichend wurden die Stellplätze in einem rechten Winkel angelegt und vor der Wohnung der Beklagten eine abgezaunte Terrassen- und Gartenfläche angelegt, für die ein unentgeltliches Sondernutzungsrecht eingeräumt und in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Stadt hat eine nachträgliche Genehmigung der Bauausführung abgelehnt und besteht auf der Errichtung der Stellplätze parallel zum Gebäude, wofür auch die Sondernutzungsfläche der Beklagten benötigt würde. Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft verlangt daher von der Beklagten u.a. die Duldung der Errichtung zweier Stellplätze auf der Terrassenfläche. Die Revision der Beklagten war erfolgreich und hat zur Klageabweisung geführt.³⁶

Zu Unrecht war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein sondernutzungsberechtigter Wohnungseigentümer gemäß § 242 BGB zur Duldung des Mitgebrauchs seiner Sondernutzungsfläche verpflichtet ist. Wesensmerkmal von Sondernutzungsrechten ist, dass sie **dem begünstigten Wohnungseigentümer unter Ausschluss der Übrigen das Recht zur Nutzung** zuweisen. Die gesetzliche Befugnis jedes Wohnungseigentümers zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 13 Abs. 2 WEG wird damit eingeschränkt, so dass ein Mitgebrauch Sinn und Zweck eines Sondernutzungsrechts widerspricht.

Entgegen vereinzelter Auffassung kann jedenfalls seit dem Inkrafttreten der WEG-Novelle am 01. Juli 2007 **§ 242 BGB nichts Gegenteiliges bestimmen**. Der Gesetzgeber hat mit § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG diese Anliegen kodifiziert und sich bei der Ausweitung der Beschlusskompetenz in § 16 Abs. 3 und Abs. 4 WEG dafür entschieden, am bisherigen Verfahren festzuhalten. Dies bedeutet zugleich, dass die dauerhafte Änderung eines Sondernutzungsrechts nur im Wege der Anpassung oder Änderung

³⁶ Urteil vom 23. März 2018 – [V ZR 65/17](#) – MDR 2018, 857 ff. = NJW-RR 2018, 776 ff. = NZM 2018, 568 ff.

der Gemeinschaftsordnung herbeigeführt werden kann. Die mit der Einräumung eines Sondernutzungsrechts getroffene Grundlagenentscheidung kann daher nur durch Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG oder durch den teilenden Eigentümer nach § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 i.V.m. § 10 Abs. 2 WEG geändert werden.

Danach kann ein Anspruch auf ersatzlose Aufhebung eines Sondernutzungsrechts nur als **ultima ratio in Betracht** kommen. Die hierfür nötigen Voraussetzungen sind nicht festgestellt worden, da nicht erkennbar ist, weshalb die verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Stellplatzaufgabe nicht weiter verfolgt wurde. Ebenso ist ungeklärt, ob die Stellplätze nicht an anderer Stelle errichtet werden könnten. Diesbezüglich waren die Beklagten auch nicht darlegungsbelastet, da das Fehlen solcher Möglichkeiten Tatbestandsvoraussetzung für einen Aufhebungsanspruch ist. Auf § 745 Abs. 2 BGB kann nicht zurückgegriffen werden, da die Hürden des § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG bewusst höher angelegt wurden. Damit ergibt sich der geltend gemachte Duldungsanspruch auch nicht aus dem Ersterstellungsanspruch gemäß § 21 Abs. 4 i.V.m. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG, da sich die Ausführung des Gebäudes in einem teilungserklärungskonformen Zustand befindet, so dass es nicht um den Ersterstellungsanspruch geht.

Der Senat hat abschließend entschieden, weil der Klägerin nicht Gelegenheit zu weiterem Vorbringen gegeben werden muss. Der Anspruch aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG steht jedem einzelnen Wohnungseigentümer zu, den dieser selbst geltend machen muss und den die Gemeinschaft nicht nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG an sich ziehen kann.

4.

Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzügen des Immobilienrechts

Vorgenannte Rechtsgebiete fallen nach der Geschäftsverteilung in die Zuständigkeit verschiedener Zivilsenate des Bundesgerichtshofs.

a) Maklerrecht

Für Rechtsfragen auf dem Bereich des Maklerrechts ist der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zuständig.

aa)

In einem Revisionsverfahren ist ein Beschluss gemäß § 552 a Satz 1 ZPO ergangen, da die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision der beklagten Immobilienmaklerin nicht mehr vorlagen.³⁷ Eine klärungsbedürftigen Frage von rechtsgrundsätzlicher Bedeutung fehlt, da der Senat zwischenzeitlich entschieden hat³⁸, dass es **eine Irreführung von Verbrauchern gemäß § 5 a Abs. 2 UWG** darstellt, wenn ein Makler **die Pflichtangaben nach § 16 a der Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (EnEV) in Immobilienanzeigen nicht anführt**. Hiermit stimmt die Entscheidung des Berufungsgerichts auch überein.

bb)

In einem weiteren Revisionsverfahren haben die Kläger **die Rückzahlung ihrer geleisteten Maklercourtage begehrt, da aus ihrer Sicht eine personelle Verflechtung mit dem Makler** vorgelegen habe. Die Eigentümerin hatte die Wohnanlage durch die Projektmanagement S GmbH als Bauträgerin errichten lassen, die dann auch mit der Hausverwaltung beauftragt wurde. Die für die Bauausführung erforderlichen Architekten-

³⁷ Beschluss vom 01. Februar 2018 – [I ZR 87/17](#) – nur bei juris.

³⁸ Urteile vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 229/16](#) und – [I ZR 232/16](#) – sowie – [I ZR 4/17](#) –; wir haben berichtet.

leistungen hatte das Planungsbüro S GmbH erbracht. Die Eigentümerin hatte die Beklagte mit der Suche nach Mietern beauftragt, ohne dass dabei eine Provisionsvereinbarung getroffen worden war. Die Revision der Kläger gegen das klageabweisende Urteil des Berufungsgerichts war erfolglos.³⁹

Das Berufungsgericht war mit Recht davon ausgegangen, dass ein **Provisionsanspruch der Beklagten nicht an § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermittG)** scheiterte. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 WoVermittG verliert der Wohnungsvermittler den Provisionsanspruch zwar auch dann, wenn nicht er selbst, sondern sein Gehilfe die vermittelte Wohnung verwaltet. Dem steht der Fall gleich, dass der Wohnungsvermittler selbst oder ein Organ einer juristischen Person Gehilfe des Verwalters der vermittelten Wohnung ist. Der Wohnungsvermittler wird aber nur zugleich als Wohnungsverwalter tätig, wenn **sich seine Tätigkeit über einen längeren Zeitraum erstreckt und einen Umfang annimmt, der über eine maklertypische Serviceleistung oder eine gelegentliche Gefälligkeit hinausgeht**. Hierfür reicht es nicht aus, dass die Geschäftsführerin der Beklagten die Objektübergabe nebst Unterzeichnung des Übergabeprotokolls übernommen hatte.

Auch § 2 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 WoVermittG ist nicht einschlägig, weil hierfür der Wohnungsvermittler rechtlich oder wirtschaftlich am Verwalter oder Vermieter beteiligt sein müsste. Rechtlich beteiligt an einer juristischen Person ist allerdings nur, **wer aufgrund seiner mitgliedschaftlichen Rechtsstellung auf deren Willensbildung unmittelbar Einfluss** nehmen könne. Die Tätigkeit als Prokurist oder sonstiger Bevollmächtigter genügt hierfür nicht. Auch eine persönliche Verflechtung lag nicht vor, da allein die Tatsache, dass der Geschäftsführer der Beklagten mit der Geschäftsführerin der Verwalterin verheiratet ist, nur ausreichend wäre,

³⁹ Urteil vom 22. Februar 2018 – [I ZR 38/17](#) – VersR 2018, 933 f. = WM 2018, 1568 ff. = ZUM 2018, 521 ff.

wenn eine Interessenkollision hinzutritt. Hierfür bestanden im Streitfall keine Anhaltspunkte.

cc)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war das Rechtsmittel der eine Provision begehrenden Klägerin erfolgreich.

Die Klägerin betreibt ein Beratungsunternehmen, das Geschäftskontakte in der Energiewirtschaftsbranche vermittelt, während die Beklagte als Betreibergesellschaft Windenergieanlagen in Europa plant und errichtet. Die Beklagte erhielt Kontakt zum Vorstand der später insolvent gewordenen I AG, dem Zeugen Y. Am 03. Juni 2008 fand eine Besprechung zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Zeugen Y statt, in der der Beklagten die französischen Windparkprojekte der I AG sowie deren Tochtergesellschaft vorgestellt wurden. Dabei soll nach der Behauptung der Klägerin der Zeuge Y den Geschäftsführer der Beklagten darüber informiert haben, dass er in Folge der Insolvenz der I AG für die Klägerin tätig sei. Am 11./14. November 2008 schlossen die Parteien einen schriftlichen Maklervertrag. Ebenfalls im November 2008 erwarb die Beklagte ein französisches Windkraftprojekt; im Jahre 2010 erwarb die Beklagte vom Insolvenzverwalter sämtliche Anteile der Insolvenzschuldnerin am Tochterunternehmen, worauf die Klägerin Provisionsansprüche geltend machte. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hat wegen Gehörsverletzungen gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geführt.⁴⁰

Die Annahme des Berufungsgerichts, am 15. August 2008 könne zwischen den Parteien **kein mündlicher Maklervertrag geschlossen** worden sein, weil die Klägerin **erst nachträglich ins Handelsregister** eingetragen wurde, stellt eine **unzulässige Überraschungsentscheidung dar**. Die Problematik des Vorgründungsstadiums ist bis zum

⁴⁰ Beschluss vom 09. Mai 2018 – [I ZR 68/17](#) – nur bei juris.

Berufungsurteil weder von den Parteien angesprochen, noch erst- oder zweitinstanzlich thematisiert worden. Mithin hätte ein Hinweis gemäß § 139 Abs. 2 ZPO erteilt werden müssen, bevor mangelnder Sachvortrag hinsichtlich eines mündlichen Vertragsschlusses beanstandet wird.

Ebenso verletzt es Art. 103 Abs. 1 GG, dass das Berufungsgericht die angebotenen Zeugen nicht vernommen, sondern den Zeugen Y dem Lager der Insolvenzschuldnerin ohne weitere Begründung zugeordnet hatte. Insoweit hatte das Berufungsgericht auch die Darlegungslast hinsichtlich eines mündlichen Vertragsschlusses überspannt, da es hinreichend substantiiert war, die Parteien hätten sich bereits im August 2008 über eine entgeltliche Maklertätigkeit der Klägerin geeinigt.

Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO), da nach den **getroffenen Feststellungen nicht von einer auf einer Verflechtung beruhenden Interessenkollision ausgegangen werden kann**. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Hauptvertrag mit einer Person zustande kommt, mit der der Makler gesellschaftsrechtlich oder auf sonstige Weise verflochten ist, etwa weil er an der Vertragsgegnerin des vermittelten oder nachgewiesenen Geschäfts wesentlich beteiligt ist oder diese beherrscht. Daran fehlt es hinsichtlich des Zeugen Y, da dessen Vertretungsbefugnis durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits im Mai 2008 eingeschränkt war. Darüber hinaus ist der hier maßgebliche Hauptvertrag erst im Jahre 2010 abgeschlossen worden.

b) Nachbarrecht

Fragen aus dem Bereich des Nachbarrechts werden vom V. Zivilsenat beantwortet, der sich im Berichtszeitraum mit folgenden Problemstellungen konfrontiert sah.

aa)

In einem Streitfall ist die Beklagte zunächst auf die Beseitigung von baulich eingebrachten Rückverankerungen in Anspruch genommen worden; der Kläger hat **erstmalig in der Berufungsinstanz hilfsweise einen bezifferten nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch** geltend gemacht. Diesem Hilfsantrag hatte das Berufungsgericht stattgegeben. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten ist mit begründetem Beschluss zurückgewiesen worden.⁴¹

Das Berufungsgericht hat **mit Recht eine Verjährung des Anspruchs verneint**. Dafür ist nicht entscheidend, ob der Kläger bereits bei Beendigung des Bauvorhabens im Jahre 2012 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen hatte, denn nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 213 BGB wurde **die Verjährung bereits durch die Erhebung der auf Beseitigung gerichteten Klage** gehemmt.

Der **nachbarrechtliche Ausgleichsanspruch betrifft zwar einen anderen Streitgegenstand**, ist aber ein Anspruch, der „aus dem selben Grunde“ wie der mit dem **Hauptantrag begehrte Beseitigungsanspruch** geltend gemacht wird. Der Anspruch ist auch „an seiner Stelle“ gegeben, da er einen Ausgleich schaffen soll, wenn der Beseitigungsanspruch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr durchgesetzt werden kann. In Fallkonstellationen wie der vorliegenden beabsichtigt § 213 BGB gerade, dass sich der Gläubiger im Prozess nicht durch Hilfsanträge vor der Verjährung schützen muss.

bb)

Ein weiteres Verfahren behandelt ebenfalls **einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch**.

Die Klägerin beehrte aus übergegangenem Recht (§ 86 Abs. 1 VVG) von den noch am Revisionsverfahren beteiligten Beklagten zu 2 bis 4 Ersatz

⁴¹ Beschluss vom 15. März 2018 – [V ZR 48/17](#) – nur bei juris.

wegen Brandschäden. Deren Rechtsvorgänger hatten den Beklagten zu 1 mit Arbeiten am Flachdach ihres Hauses beauftragt, der mit Hilfe eines Brenners Heißklebearbeiten durchführte. Dabei entstand ein Glutnest, das zu einem Hausbrand führte. Durch den Brand und die Löscharbeiten wurde das bei der Klägerin versicherte Haus der Nachbarin erheblich beschädigt. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg.⁴²

Ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch ist dem Grunde nach gegeben, wenn ein Brand auf ein fremdes Grundstück übergreift, da der Nachbar die Gefahr in aller Regel nicht erkennen und die Einwirkungen auf sein Grundstück auch nicht rechtzeitig abwehren kann. Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, sind die **ehemaligen Hauseigentümer auch als Störer i.S.d. § 1004 Abs. 1 BGB anzusehen**. Ob eine wenigstens mittelbar auf dem Willen des Eigentümers oder Besitzers beruhende Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks vorliegt, kann nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall entschieden werden. Entscheidend ist dabei, ob es jeweils **Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen**. Dieses ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Art der Nutzung des Grundstücks, von dem die Einwirkung ausgeht, eine Sicherungspflicht ergibt. Hierbei geht es allerdings nicht um eine **Sorgfaltspflicht im schuldrechtlichen Sinne**, sondern es kommt darauf an, ob der Grundstückseigentümer bei wertender Betrachtung für den gefahrenträchtigen Zustands seines Grundstücks verantwortlich ist; er mithin zurechenbar den störenden Zustand herbeigeführt hat.

Gemessen daran sind die Beklagten entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB für die Brandschäden haftbar, da deren Rechtsvorgänger als Störer anzusehen sind. Dieser Verantwortung steht nicht entgegen, dass der Brand auf der Handlung eines Dritten beruhte, denn **mittelbarer Handlungsstörer ist auch derjenige, der die Beeinträchtigung durch einen**

⁴² Urteil vom 09. Februar 2018 – [V ZR 311/16](#) – MDR 2018, 467 ff. = NJW 2018, 1542 ff. = NZM 2018, 224 ff.

Anderen in adäquater Weise verursacht. Ohne Bedeutung ist, ob bei der Auswahl des Handwerkers Sorgfaltspflichten verletzt wurden, denn die Rechtsvorgänger der Beklagten waren diejenigen, die die Vornahme von Dacharbeiten veranlasst hatten. Daraus, dass nur eine eingeschränkte Verantwortlichkeit des Eigentümers für Handlungen seines Mieters besteht, ergibt sich nichts anders. Ein Handwerker ist nicht Nutzer des Grundstücks, da er nach den Weisungen des Grundstückseigentümers lediglich bestimmte Tätigkeiten ausführt.

Auch die **Subsidiarität des nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs** kommt nicht zum Tragen, wenngleich Schadensersatzansprüche gegenüber dem Handwerker aus unerlaubter Handlung bestehen. Das Bestehen einer Gesetzeslücke kann nämlich dann nicht vereint werden, wenn ein anderer Haftungstatbestand eingreift. Dies gilt umso mehr, wenn sich der Haftungstatbestand gegen eine dritte Person richtet.

cc)

In einem weiteren Rechtsstreit wurde um ein **Notleitungsrecht** gestritten, nachdem das angrenzende Grundstück der Kläger über keine direkte Verbindung zu einer öffentlichen Straße verfügt. Die Ver- und Entsorgungsleitungen zu dem Grundstück des Klägers verlaufen daher seit der Errichtung der Gebäude von der öffentlichen Straße durch den Keller des Wohnhauses der Beklagten. Die Revision der Beklagten gegen das auf Duldung gerichtete und klagestattgebende Berufungsurteil war ohne Erfolg.⁴³

Zu Recht war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass **§ 917 BGB analog anwendbar** ist, wenn – wie im Streitfall – das maßgebliche **Nachbarrecht des Landes** – hier: Schleswig-Holstein – **keine Regelung über private Notleitungsrechte enthält**. Auch in der Sache selbst kann ein Notleitungsrecht dazu berechtigen, Leitungen durch ein Gebäude zu

⁴³ Urteil vom 26. Januar 2018 – [V ZR 47/17](#) – Grundeigentum 2018, 758 f. = MDR 2018, 789 f. = NJW-RR 2018, 913 f.

führen; soweit der Senat dies für Wohngebäude bisher abweichend beurteilt hat, ist daran nicht mehr festzuhalten.

Der **Wortlaut des § 917 Abs. 1 BGB nimmt keine Beschränkung auf bestimmte Flächen eines Grundstücks** vor, so dass das gesamte Grundstück, gleich ob dieses bebaut ist oder nicht, in Anspruch genommen werden kann. Im unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift ist anerkannt, dass der Notweg nicht nur über den Grund und Boden selbst führen muss, sondern auch über diese oder unter dem Boden hergestellt werden kann. Da für das Notleitungsrecht nichts anderes gilt, kann die Leitung auch durch bestehende Gebäude geführt werden. Allerdings ist dabei der Verlauf zu wählen, der für den **Duldungspflichtigen die geringstmögliche Belastung** darstellt, denn die inhaltliche Beschränkung des Eigentumsrechts des Nachbarn kann nur soweit reichen, wie sie zur Behebung der Notlage des gefangenen Grundstücks erforderlich ist.

c) Grundzüge des Immobilienrechts

Nach dem Geschäftsverteilungsplan ist hierfür ebenfalls der V. Zivilsenat zuständig.

aa)

Ein Verfahren betrifft die **Leistungstreuepflicht des Veräußerers eines Grundstücks bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit**.

Die Beklagte hatte der Klägerin eine Teilfläche eines benachbarten Grundstücks veräußert, wobei sich die Beklagte verpflichtete, der Klägerin ein Geh-, Fahr- und Leitungsrecht an der ihr verbliebenen Teilfläche in Form einer Grunddienstbarkeit einzuräumen. Zu einer Eintragung der Grunddienstbarkeit ist es in der Folgezeit nicht gekommen. Die Beklagte hat das ihr verbliebene Grundstück ebenso weiter veräußert, wie die Klägerin das von der Beklagten erworbene Grundstück. Bei letzterem Verkauf ist dann festgestellt worden, dass die Grunddienstbarkeit bisher nicht eingetragen worden war. Die Klägerin hat von der Beklagten ver-

langt, eine Bewilligung durch deren Erwerberin herbeizuführen sowie hilfsweise, sie von Schadensersatzansprüchen ihrer Erwerberin freizustellen. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg.⁴⁴

Der Hauptantrag der Klägerin ist zulässig, da er den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügt. In einem **Antrag auf Vornahme von Handlungen, mit denen ein bestimmter Erfolg erreicht werden soll, muss nur der angestrebte Erfolg bezeichnet werden**, da die Auswahl zwischen verschiedenen, zur Herbeiführung des Erfolgs geeigneten Mitteln dem Schuldner verbleibt. Den Inhalt der beanspruchten Dienstbarkeit hatte die Klägerin durch die Bezugnahme auf den notariellen Kaufvertrag exakt bestimmt.

In der Sache ist der **Hauptantrag auch begründet, da – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – der Anspruch nicht am Unvermögen der Beklagten scheitert**. Die Beklagte ist auch weiterhin dazu verpflichtet, an der Entstehung der Grunddienstbarkeit mitzuwirken, da **jede Vertragspartei im Rahmen des Zumutbaren den ihr bekannten Interessen des Anderen Rechnung zu tragen** hat. Folglich sind die Vertragsparteien verpflichtet, an der Errichtung und Verwirklichung des Vertragszwecks mitzuwirken und müssen sich – soweit sich dies mit den eigenen Interessen vereinbaren lässt – gegenseitig unterstützen. Derjenige, der sich seinem Vertragspartner gegenüber zur Bestellung eines beschränkt dinglichen Rechts verpflichtet, hat bei späteren Verfügungen über das Grundstück – jedenfalls vor der Verjährung des Rechtsverschaffungsanspruchs – zu prüfen, ob die bewilligte Belastung in das Grundbuch eingetragen wurde. Fehlt es daran, muss **die Verfügung so gestaltet werden, dass die Eintragung des bewilligten Rechts möglich bleibt und nicht im Belieben eines Dritten steht**. Nachdem nunmehr die Bestellung der Grunddienstbarkeit von der Mitwirkungsbereitschaft der Erwerberin abhängig ist, ist die Beklagte nach § 249 Abs. 1 BGB dazu

⁴⁴ Urteil vom 19. Januar 2018 – [V ZR 273/16](#) – DNotZ 2018, 686 ff. = MDR 2018, 589 f. = ZNotP 2018, 99 ff.

verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn sie ihrer Leistungstreuepflicht nachgekommen wäre.

Diese Pflicht ist auch nicht nach § 275 Abs. 1 Fall 1 BGB entfallen, da ein Unvermögen des Schuldners nicht bereits durch die Veräußerung des Grundstücks eintritt. Dieses liegt erst vor, wenn der Schuldner **die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann**. Diesbezüglich hatte das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast verkannt, da zwar an sich die Weiterveräußerung die Unmöglichkeit indiziert. Diese Indizwirkung gilt indessen nicht für den Schuldner, der dem Leistungsanspruch den Einwand aus § 275 Abs. 1 BGB entgegenhält. Die maßgeblichen Umstände beruhen weitgehend auf den rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen zum Erwerber, zu denen der Schuldner ohne weiteres vortragen kann. Dass die Erwerberin zu einer Mitwirkung an der Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht mehr bereit sei, ergibt sich jedoch nicht aus deren Schreiben auf das Vertragsangebot. In dieser Hinsicht scheitert ein Anspruch auch nicht an einem Mitverschulden der Klägerin, denn im Falle einer Verurteilung der Beklagten zur Rechtsverschaffung beschränkt sich diese Haftung auf die anteiligen Kosten der Rechtsverschaffung.

Auch den Hilfsantrag auf Freistellung hatte das Berufungsgericht zu Unrecht abgewiesen. Dieser ist im Ergebnis zulässig, da er den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zwar nur entspricht, wenn die Klägerin ihre Schadensersatzverpflichtung gegenüber ihrer Erwerberin beziffert bezeichnet hätte. Der Antrag ist aber in einen **zulässigen Antrag auf Feststellung der Freistellungsverpflichtung der Beklagten umzudeuten**, da sich das Interesse der Klägerin an alsbaldiger Feststellung unmittelbar aus dem im Berufungsurteil niedergelegten Vortrag ergibt.

Die Voraussetzung für den hilfsweise geltend gemachten Freistellungsanspruch hatte die Klägerin auch schlüssig dargelegt, da **die Klägerin von**

der Beklagten Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 und Abs. 2, § 283 BGB verlangen kann, sofern die nachträgliche Bestellung der Dienstbarkeit nicht gelingt. Von der Verpflichtung zur Begründung des Rechts durch Eintragung in das Grundbuch würde die Beklagte gemäß § 275 Abs. 1 BGB frei, wenn deren Erwerberin ihre Mitwirkung endgültig verweigern würde. Die Klägerin hatte auch schlüssig einen Schaden dargestellt, da sie sich ihrer Erwerberin gegenüber zur „Nachlieferung“ der Grunddienstbarkeit verpflichtet hatte. Die Vorlage des Grundstückskaufvertrages war dazu nicht erforderlich, da der Beweisantritt der Klägerin durch die Benennung eines Zeugen zulässig und ausreichend war.

Eine Verpflichtung der Beklagten zur Freistellung entfällt auch nicht gemäß § 254 Abs. 1 BGB, denn ausgeschlossen ist ein Schadensersatzanspruch erst dann, wenn ein Verschulden des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Nach den getroffenen Feststellungen hat die Klägerin diese Sorgfalt nicht außer Acht gelassen, denn sie hatte die Verpflichtung zur Verschaffung der Dienstbarkeit gegenüber ihrer Käuferin erst übernommen, nachdem sich die Erwerberin des Nachbargrundstücks zur Einräumung der Dienstbarkeit bereit erklärt hatte.

bb)

Ein weiteres Revisionsurteil befasst sich mit **Gewährleistungsansprüchen einer Grundstückserwerberin**, die ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel erworben hatte. **Im Verkaufsexposé des Maklers ist dabei der Keller des Hauses als „trocken“** beschrieben worden. Die Klägerin hat geltend gemacht, über Feuchtigkeitserscheinungen im Keller arglistig getäuscht worden zu sein und hat deshalb die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangt. Die Revision hinsichtlich deren Hauptantrags hatte Erfolg.⁴⁵

⁴⁵ Urteil vom 19. Januar 2018 – [V ZR 256/16](#) – MDR 2018, 519 f. = NJW-RR 2018, 752 ff. = NZM 2018, 628 ff.

Zu Unrecht hatte das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verneint, wenngleich die Parteien **keine Beschaffenheitsvereinbarung** getroffen haben, denn dass **der Keller trocken sein sollte, hat in dem notariellen Kaufvertrag keinen Ausdruck gefunden**. Ebenfalls ist es nicht zu beanstanden, dass der Keller trotz der festgestellten Feuchtigkeit eine **Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BGB)**, denn der Keller ist nicht zu Wohnzwecken und zu einer Zeit errichtet worden, als Kellerabdichtungen noch nicht Stand der Technik waren.

Übersehen hatte das Berufungsgericht aber, dass gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zur Beschaffenheit auch die Eigenschaften gehören, die der **Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder seines Gehilfen erwarten darf**. Hierzu zählen auch Angaben in einem Exposé, ohne dass es einen Unterschied macht, ob der Verkäufer das Exposé selbst erstellt hat oder es von einem Makler stammt. Diese Beschaffenheit durfte die Klägerin damit erwarten, da es bei § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB unerheblich ist, ob die Angabe über den Zustand des Kellers Eingang in den notariellen Kaufvertrag gefunden hat.

Rechtsfehlerhaft hatte die Vorinstanz zudem eine **Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes aufgrund der Verletzung vorvertraglicher Pflichten** (§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2; § 311 Abs. 2 BGB) verneint. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatten die Beklagten die Klägerin über die tatsächliche Feuchtigkeitsbelastung im Keller arglistig getäuscht hatten. Bei der Verletzung von Aufklärungspflichten kann der Geschädigte jedoch grundsätzlich **Ersatz des Vertrauensschadens verlangen, so dass er so zu stellen ist, wie er bei Offenbarung der für seinen Vertragsschluss maßgeblichen Umstände stünde**. Damit ist der Geschädigte in erster Linie berechtigt, sich vom Vertrag zu lösen und den Ersatz seiner im Vertrauen auf den Vertragsschluss getätigten Aufwen-

dungen geltend zu machen. Allerdings kann der Geschädigte auch an dem für ihn ungünstigen Vertrag festhalten, so dass sich der zu ersetzende Vertrauensschaden auf die berechnete Erwartung reduziert, die durch den zustande gekommenen Vertrag nicht befriedigt werden kann. Das Recht, den Vertrag rückabzuwickeln, bleibt davon jedoch unberührt.

Der Senat hat abschließend entschieden und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, da er gemäß § 286 Abs. 1 ZPO an die tatrichterliche Feststellung, wonach die Klägerin arglistig getäuscht wurde, gebunden war und in diesem Fall auch kein Vorrang der kaufrechtlichen Regelungen besteht. Im Übrigen war der im Grundstückskaufvertrag enthaltene Haftungsausschluss für Sachmängel nach § 444 BGB unwirksam. Ein Vorrang der Nacherfüllung besteht nicht, da im Falle einer arglistigen Täuschung eine Nacherfüllung unzumutbar ist. Damit war das Berufungsurteil insgesamt aufzuheben, da es für den vorinstanzlich teilweise erfolgreichen Hilfsantrag nunmehr an einer verfahrensrechtlichen Grundlage fehlte.

cc)

Ebenfalls um **Feuchtigkeits- und Schimmelschäden** ging es in einem Rechtsstreit, in dem der Kläger ein Grundstück erworben hatte, das mit einem **etwa 300 Jahre alten Bauernhof** bebaut ist. Nach den in einem selbständigen Beweisverfahren getroffenen Feststellungen beruhen die **Feuchtigkeitsschäden im Erdgeschoss auf einer fehlenden bzw. nicht ausreichenden Horizontalsperre**. Die Revision des Klägers, mit der er Ersatz der Instandsetzungskosten verlangte, war erfolgreich.⁴⁶

Zu Gunsten der Revision war davon auszugehen, dass ein Sachmangel i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB vorlag, da sich die Gebäude nicht für die gewöhnliche oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen. Wenngleich der Kläger für ein arglistiges Verschweigen des Mangels

⁴⁶ Urteil vom 09. Februar 2018 – [V ZR 274/16](#) – MDR 2018, 663 f. = NJW 2018, 1954 = WM 2018, 1758 ff.

darlegungs- und beweispflichtig ist, hatte das Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO die Anforderungen an die Substantiierung des klägerischen Vortrags überspannt. Eine Partei darf grundsätzlich auch Tatsachen behaupten, über die sie keine genaue Kenntnis hat, die sie nach Lage der Dinge aber für wahrscheinlich hält. Die Grenze zur Unzulässigkeit ist erst erreicht, wenn das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte den Vorwurf begründet, eine Behauptung sei „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden. In dieser Hinsicht war der Vortrag des Klägers berücksichtigungsfähig, eine Reinigungskraft habe ihm berichtet, im Auftrag der Beklagten Schimmel beseitigt und den Beklagten von Feuchtigkeitsschäden berichtet zu haben, die bei der Besichtigung nicht mehr vorhanden waren. Ferner hatte der Kläger eine Skizze vorgelegt, aus der sich die feuchten bzw. durchnässten Stellen ergaben, so dass das Berufungsgericht nähere Einzelheiten über diese Behauptung im Zuge der Beweisaufnahme hätte klären müssen.

Für das weitere Verfahren hat der Senat folgende Hinweise erteilt:

Ein Sachmangel i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB kann nicht mit der Begründung verneint werden, der Kläger habe **im Hinblick auf das Alter der Gebäude eine wirksame Horizontalsperre nicht erwarten** können. Vorliegend geht es um Räumlichkeiten im Erdgeschoss von Wohngebäuden, so dass es nicht darauf ankommt, ob diese zu einer Zeit errichtet wurden, als Kellerabdichtungen noch nicht üblich waren. Ferner wird zu berücksichtigen sein, dass auch die **Angaben in einem Exposé zu den Sollbeschaffenheiten der Kaufsache gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zählen.** Wenn darin die Beklagten das Gebäude aber als „Luxusimmobilie“ bezeichnet haben, die „nach neuestem Stand renoviert worden“ ist, konnte der Kläger keine Feuchtigkeit erwarten und bedarf es auch keiner Erwähnung der Eigenschaft im notariellen Kaufvertrag.

Dann kann die Haftung der Beklagten auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die **vorhandenen Feuchtigkeiterscheinungen**

seien deutlich sichtbar gewesen. Ein Käufer kann zwar keine Aufklärung über Mängel erwarten, die er im eigenen Interesse selbst wahrnehmen kann. Nicht ohne weiteres erkennbar sind aber solche Mängel, die nur spurenweise zu erkennen sind und keinen tragfähigen Rückschluss auf Art und Umfang gestatten. Dann kommt eine Aufklärungspflicht jedenfalls insoweit in Betracht, als **den Beklagten die Feuchtigkeitsproblematik in größerem Umfang bekannt** gewesen sein sollte, als sie dem Kläger bei der Besichtigung erkennbar war. Sollte das Vorliegen eines Sachmangels nicht feststellbar sein, käme eine Haftung aus § 311 Abs. 2 Nr. 1; § 280 Abs. 1 BGB wegen des vorsätzlichen Verschweigens von Mängeln in Betracht. Bei einem dem Grunde nach bestehenden Schadensersatzanspruch kann bei einer Schadensberechnung nach den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten die Umsatzsteuer nicht verlangt werden. Diese kann erst geltend gemacht werden kann, wenn die Mängelbeseitigung tatsächlich durchgeführt wurde.

dd)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren, das gemäß § 544 Abs. 7 ZPO entschieden wurde, war das **Verhältnis eines schuldrechtlichen zu einem dinglichen Nutzungsrecht** zu klären. Die Beklagten hatten zuerst mit Vertrag vom 26. August 2009 ein Haus gemietet, an dem der Kläger zu 1 den Beklagten dann mit notarieller Vereinbarung vom 11. November 2010 ein lebenslanges Wohnrecht einräumte. Zu dessen Sicherung wurde eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen, wobei es in einem „Anex Nr. 1“ zu dem Mietvertrag heißt, die Dienstbarkeit werde als Gegenleistung für die Überlassung von Einbauten in dem Haus gewährt. Nach Kündigung des Mietvertrages haben die Kläger die Herausgabe des Grundstücks verlangt. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger hat der Senat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben.⁴⁷

⁴⁷ Beschluss vom 08. März 2018 – [V ZR 200/17](#) – nur bei juris.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, dem **Anspruch aus § 546 Abs. 1 BGB stehe der Einwand treuwidrigen Verhaltens entgegen, weil die Kläger das Grundstück auf Grund der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit den Beklagten sogleich wieder zurückgeben müssten**, beruhte auf Gehörsverletzungen. Das Landgericht hatte unter Beweis gestellten Vortrag übergegangen, wonach der Mietvertrag vom 26. August 2009 ohne den „Annex Nr. 1“ ausgefüllt und unterschrieben worden sei. Der Kläger zu 1 sei in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten, weshalb die Beklagten Ende September 2010 an ihn herangetreten seien, um das Mietverhältnis rechtlich abzusichern. Da es sich bei der Einräumung der Dienstbarkeit aber um eine anfechtbare Erklärung gehandelt habe, sei die Erklärung als „Annex Nr. 1“ verfasst und rückdatiert worden.

Dieser übergangene Vortrag war entscheidungserheblich, da er für die **Feststellung, auf welcher schuldrechtlichen Abrede die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit beruhte, wesentlich** ist. Die Parteien eines Mietvertrages können eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit als schuldrechtliches und ein dingliches Nutzungsrecht mit gleichen oder ähnlichen Inhalt **nebeneinander bestellen**. Eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit kann aber auch lediglich **als dingliche Sicherheit für das durch den Mietvertrag begründete schuldrechtliche Nutzungsrecht** vereinbart werden. Wann und in welchem Umfang ein Nutzungsberechtigter auf das ihm eingeräumte dingliche Nutzungsrecht zurückgreifen kann, ergibt sich in diesem Fall aus der Sicherheitsabrede, die zugleich der Rechtsgrund für die Bestellung der Dienstbarkeit ist. Das **Nebeneinander eines schuldrechtlichen und eines dinglichen Nutzungsrechts ist aber ein Ausnahmefall** und bedarf einer zweifelsfreien, in der Regel ausdrücklichen Abrede.

Für die **Feststellung eines solchen Ausnahmefalls** hätte das Berufungsgericht dann das unter Beweis gestellte Vorbringen der Kläger berücksichtigen müssen. Dabei kommt es nämlich nicht nur auf die Vereinbarung über die Bestellung des dinglichen Rechts vom 11. Novem-

ber 2010, sondern vor allem auf die schuldrechtliche Abrede an. Danach sollten sich die Beklagten nur gegenüber einem Dritten, der das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung oder eines Insolvenzverfahrens erwirbt, auf die Dienstbarkeit berufen können, während im Verhältnis der Parteien untereinander allein das Mietverhältnis maßgeblich sein sollte. Hierbei kommt es auch nicht auf die Aussage des beurkundenden Notars in einem Parallelverfahren an, weil der Notar nur an der Bestellung des dinglichen Wohnungsrechts nach § 1090 BGB mitgewirkt hatte, aber an der schuldrechtlichen Vereinbarung nicht beteiligt war.

ee)

Ein weiteres Revisionsverfahren betrifft den **Erwerb eines Grundstücks im Rahmen der Zwangsversteigerung**, auf dem eine **Zwangssicherungshypothek lastete**, die nach **zwischenzeitlicher Befriedigung der Hypothekengläubigerin** durch die vormalige Eigentümerin eingetragen blieb und durch den Zuschlag nicht erloschen war. Am 14. Mai 2017 wurde in das Grundbuch eingetragen, dass dieses Recht infolge Befriedigung durch die vormalige Eigentümerin auf diese als Grundschild übergegangen und von ihr an den Beklagten abgetreten worden sei. Gegenüber der Aufforderung des Beklagten, den Nominalbetrag der Grundschild zu bezahlen, hat der Kläger die Aufrechnung mit titulierten Forderungen einer F.H. GmbH gegen die Voreigentümerin erklärt. Die Vorinstanzen haben der Klage, mit der der Kläger den Beklagten auf Zustimmung zur Löschung der Grundschild in Anspruch genommen hat, stattgegeben, da § 1056 BGB nicht anwendbar sei, wenn der neue Gläubiger die Grundschild unentgeltlich erworben habe. Daher sei auch die Widerklage auf Duldung der Zwangsvollstreckung unbegründet. Der V. Zivilsenat hat gegenteilig entschieden.⁴⁸

Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt, wonach der Eigentümer eine Grundschild gemäß §§ 1192 Abs. 1; 1142 Abs. 2 BGB

⁴⁸ Urteil vom 23. Februar 2018 – [V ZR 302/16](#) – MDR 2017, 731 f. = NJW 2018, 2261 ff. = WM 2018, 636 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

durch Aufrechnung ablösen kann. Damit erwirbt der Eigentümer die Grundschuld entsprechend § 1143 BGB als Eigentümergrundschuld und kann von dem Buchberechtigten die Bewilligung der Löschung verlangen. Allerdings ist die Aufrechnung im Streitfall ausgeschlossen.

§ 1156 Satz 1 BGB findet auch bei unentgeltlicher Abtretung der Grundschuld Anwendung, da § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB keinen allgemeinen Rechtsgedanken enthält. Die Abtretung einer Grundschuld durch den Grundschuldgläubiger stellt auch keine Verfügung eines Nicht-Berechtigten dar, während § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB den Berechtigten davor schützen soll, einen Vermögensgegenstand durch die unentgeltliche Verfügung eines Nicht-Berechtigten zu verlieren. § 1156 Satz 1 BGB schützt durch den Ausschluss von § 406 BGB hingegen den Zessionar davor, dass er die Grundschuld aufgrund von Rechtsgeschäften des Schuldners mit dem Zedenten verliert. Damit wird der Vertrauensschutz für den Erwerber der Grundschuld höher bewertet, als der in den §§ 406 bis 408 BGB gewährleistete Vertrauensschutz des Schuldners. Durch die Abtretung erleidet der Schuldner (Grundstückseigentümer) auch keinen Rechtsnachteil, denn seine gegen den Grundschuldzedenten gerichtete Forderung und die Möglichkeit der Aufrechnung bleibt erhalten. Damit besteht kein Anlass, den gewährleisteten Vertrauensschutz für den Grundschuldzessionar und damit unmittelbar die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld einzuschränken.

Damit war auch der Widerklage stattzugeben, da der Beklagte als Grundschuldgläubiger die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verlangen kann (§§ 1191; 1192 Abs. 2; 1147 BGB). Die erfolgte Eintragung begründet nach § 891 Abs. 1 BGB die Vermutung, dass der Beklagte Gläubiger der Grundschuld geworden ist. Diese Vermutung hat der Kläger nicht durch den Beweis des Gegenteils widerlegt, da nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Abtretung der Grundschuld nicht nichtig war.

Zwar würde nach § 138 Abs. 2 BGB ein **wucherisches Rechtsgeschäft auch zur Nichtigkeit des abstrakten Erfüllungsgeschäfts** des Bewucherten führen. Anhaltspunkte für ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen jedoch im Streitfall nicht, da die Tätigkeit des Beklagten im Bereich der privaten Schuldnerberatung und der Geschäftsbesorgung sich nicht als wucherähnlich darstellt. Es ist bereits zweifelhaft, ob die marktübliche Vergütung des Beklagten überhaupt am RVG zu bemessen wäre, denn auch bei einem Rechtsanwalt rechtfertigt ein die gesetzlichen Gebühren mehrfach übersteigendes Pauschalhonorar nicht den Schluss auf ein auffälliges oder besonders grobes Missverhältnis. Dies wäre erst bei einer Überschreitung der gesetzlichen Gebühren um mehr als das fünffache gegeben. Vorliegend hat die Überschreitung jedoch nur etwa das 2,8-fache betragen.

ff)

In einem weiteren Streitfall ging es um eine **Mehrerlösklausel**, die die Beklagte in einem notariellen Grundstückskaufvertrag verwendet hatte. Konkret lautete die Klausel wie folgt:

„Sollte der Käufer das heutige gekaufte Grundstück in unbebautem Zustand innerhalb von fünf Jahren ab der heutigen Beurkundung weiter veräußern, wird er verpflichtet, den durch ihn erzielten Mehrerlös an die B. Stadt abzuführen, wobei jedoch die durch den Käufer getätigten Investitionen einschließlich gezahlter Zinsen in Abzug zu bringen sind.“

Die Klägerin hatte den geforderten Betrag zuerst unter Vorbehalt überwiesen. Deren Klage auf Rückzahlung des Mehrerlöses hatte das Landgericht abgewiesen; der Senat hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen.⁴⁹

Die Klausel ist an den §§ 305 ff. BGB zu messen, da die **für städtebauliche Verträge geltende Bestimmung des § 11 Abs. 2 BauGB vorlie-**

⁴⁹ Urteil vom 16. März 2018 – [V ZR 306/16](#) – MDR 2018, 1055 f. = NVwZ 2018, 1414 ff. = WM 2018, 1763 ff.

gend nicht anwendbar ist. Ein städtebaulicher Vertrag setzt voraus, dass die Gemeinde dem Käufer eines ihr gehörenden Grundstücks eine Bauverpflichtung nach den Vorgaben eines Bebauungsplanes auferlegt oder im Rahmen eines sog. Einheimischenmodells ortsansässigen Bürgern Bauflächen deutlich unter dem Verkehrswert veräußert. Hierfür reicht es nicht aus, wenn eine Gemeinde ein Baugrundstück in der Erwartung einer zeitnahen Bebauung verkauft.

Rechtsfehlerfrei war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Mehrerlösklausel einer AGB-rechtlichen Überprüfung standhält, weil sich die Klausel **nicht als intransparent** erweist. Der Begriff des „Mehrerlöses“ ist hinreichend klar und bezeichnet zutreffend die Differenz zwischen dem Erwerb- und dem Weiterverkaufspreis. Keinen Unklarheiten begegnet es dann auch, wenn der Erstkäufer bei einem Weiterverkauf geldwerte Zugeständnisse machen müsste, denn bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise würden sich dann auch die vom Zweitkäufer zu erbringende Gegenleistung und damit der abzuführende Mehrerlös verringern. Mit dem „heute gekauften Grundstück“ sind auch zweifelsfrei die von der Klägerin erworbenen Flurstücke gemeint. Damit würde auch bei einem nur teilweisen Weiterverkauf die Mehrerlösklausel zum Tragen kommen.

Die Mehrerlösklausel ist auch auf ihre **inhaltliche Angemessenheit zu überprüfen, da es sich um eine Preisnebenabrede** handelt. Als kontrollfreie Preishauptabrede wäre sie nur dann anzusehen, wenn ein bezifferter Kaufpreis als „vorläufiger Wertansatz“ vereinbart worden wäre und der endgültige Kaufpreis erst später festgelegt werden sollte. Daran fehlt es hier.

Mit der **Mehrerlösklausel ist keine unangemessene Benachteiligung** verbunden, da dazu der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchsetzen müsste. Damit wäre eine Mehrerlösklausel zu beanstanden,

wenn die Gemeinde ihr Vermögen mehren und dem Erwerber die Vorteile von Wertsteigerungen nehmen wollte, denn in diesem Fall steht es der Kommune frei, ein Erbbaurecht zu vergeben. Zulässig ist eine Mehrerlösklausel aber dann, wenn die Gemeinde ein anerkanntes Interesse verfolgt, indem sie kurzfristige Grundspekulationen zu verhindern versucht. Hiervon ist im Streitfall auszugehen, da das Grundstück in einem als Wohngebiet ausgewiesenen, innerstädtischen Gebiet gelegen ist. Zudem ist die Erlösabführungspflicht auf fünf Jahre befristet und der Käufer kann innerhalb dieses Zeitraumes eine Wertsteigerung dadurch realisieren, indem er das Grundstück zuvor bebaut. Der Nachteil durch eine Weiterveräußerung ohne Bebauung innerhalb von fünf Jahren ist dem Käufer damit zumutbar.

gg)

Abweichend wurde ein Streitfall entschieden, in dem die **Gemeinde das Grundstück zum Marktwert veräußert** hatte. Die Erwerber hatten sich dazu verpflichtet, innerhalb von acht Jahren nach Vertragsschluss ein bezugsfertiges Wohnhaus zu errichten, dieses ab Bezugsfertigkeit acht Jahre lang selbst zu bewohnen und während dieser Zeit nicht zu veräußern. Für einen Verstoß gegen die Selbstnutzungspflicht sollten die Erwerber eine Zahlung von 5,00 € pro m² leisten, während für den Fall der vorzeitigen Veräußerung eine Zahlung von 25,00 € pro m² fällig werden sollte. Die beklagte Gemeinde hatte den Kläger und seine frühere Ehefrau auf Zahlung von insgesamt 21.425,00 € in Anspruch genommen, nachdem deren Ehe geschieden worden war und sie das Grundstück veräußert hatten. Die Revision der Beklagten gegen das der Klage stattgebende Urteil des Oberlandesgerichts war ohne Erfolg.⁵⁰

Der Kläger kann die Rückzahlung des unter Vorbehalt geleisteten Betrages nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB verlangen, da die **vereinbarte Nachzahlungsverpflichtung gegen § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB verstößt**

⁵⁰ Urteil vom 20. April 2018 – [V ZR 169/17](#) – MDR 2018, 1115 f. = NJW 2018, 3012 ff. = WM 2018, 1766 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

und daher unwirksam ist. Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung **die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten Leistung steht** und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu **keiner unzumutbaren Belastung** für den Vertragspartner führt. Dem wird die verwendete Vertragsgestaltung nicht gerecht.

Für das sog. **Einheimischenmodell**, bei dem der Verkauf zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis erfolgt, ist eine **Nachforderung im Umfang des eingeräumten Preisvorteils grundsätzlich möglich**. Allerdings ist eine Nachzahlungsklausel, die neben der Kaufpreisverbilligung auch künftige Bodenwertsteigerungen einbezieht, nur angemessen, wenn sie die Möglichkeit **stagnierender oder sinkender Bodenpreise berücksichtigt** und die **Nachzahlung auf den tatsächlich eingetretenen Vorteil begrenzt**. Für den Fall eines nicht subventionierten Grundstückskaufvertrags ist eine Klausel dagegen unangemessen, wenn dem Käufer innerhalb von fünf Jahren ab Vertragsschluss die Verpflichtung zur Abführung des erzielten Mehrerlöses auferlegt wird.

Gemessen daran ist die verwendete Zuzahlungsklausel unangemessen, da sie sich **nicht mit dem Zweck der Verhinderung von Bodenspekulationen rechtfertigen** lässt. Das Ziel der Spekulationsbekämpfung kann dadurch erreicht werden, dass sich der Zuzahlungsbetrag nach der tatsächlichen Bodenwertsteigerung bemisst. Besteht die Pflicht zur Zahlung unabhängig davon, hat sie einen strafähnlichen Charakter und geht über das verfolgte Ziel hinaus. Das Interesse der Gemeinde an einer Selbstnutzung der Immobilie rechtfertigt die Klausel ebenfalls nicht, da es sich dabei lediglich um eine Obliegenheit des Käufers handelt. Will die Gemeinde langfristig Einfluss auf die Nutzerstruktur nehmen, kann sie dies durch die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts bewirken. Der Umstand, dass keine Zuzahlung im Falle der Veräußerung an nahe Angehörige zu leisten ist, ist eine Ausnahmeregelung, die nichts an der

Unangemessenheit der Regelung ändert. Der Vertrag enthält auch im Übrigen keine vorteilhafte Bestimmung, die die Unangemessenheit kompensieren könnte.

Die Nachzahlungsverpflichtung kann auch nicht mit dem Inhalt aufrechterhalten werden, dass **jedenfalls eine etwaige Bodenpreissteigerung abgeschöpft** werden dürfe. Entsprechend dem § 306 Abs. 3 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken setzt eine **ergänzende Vertragsauslegung** voraus, dass es für die Gemeinde unzumutbar wäre, an einem lückenhaften Vertrag festgehalten zu werden. Daran fehlt es, wenn die Gemeinde dem Käufer keine Subvention in Form eines Preisvorteils gewährt, weil nur in diesem Fall die Regelung über den Widerruf ein wesentliches Element des Vertragsgefüges bildet.

5. Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht

Im Berichtszeitraum ist eine Entscheidung des III. Zivilsenats hinsichtlich des **Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WBVG)** ergangen, in der die beklagte Betreiberin von Einrichtungen der stationären Pflege auf Unterlassung in Anspruch genommen wurde, weil sie sich in den abzuschließenden Pflegeverträgen formularmäßig eine Sicherheitsleistung gewähren lässt. Die Revision des klagenden Verbraucherschutzvereins war erfolglos.⁵¹

Das **Kautionsverbot des § 14 Abs. 4 Satz 1 WBVG** findet auf zugelassene Pflegeeinrichtungen, die **nach §§ 85, 91 Abs. 1 SGB XI keine Pflegesatzvereinbarung geschlossen** haben, **keine Anwendung**. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 4 Satz 1 WBVG, da der

⁵¹ Urteil vom 05. April 2018 – [III ZR 36/17](#) – MDR 2018, 654 f. = NJW 2018, 1808 ff. = NZM 2018, 677 f.

Heimbetreiber nach § 14 Abs. 1 WBVG grundsätzlich berechtigt ist, eine Sicherheit zu verlangen. Die Ausnahme des § 14 Abs. 4 Satz 1 WBVG beruht dann auf der Vorstellung, dass ein unmittelbar zahlender öffentlicher Kostenträger zur Verfügung steht und kein Bedarf für eine Sicherheit besteht. Damit knüpft § 14 Abs. 4 WBVG an das Sachleistungsprinzip an, wie es insbesondere in § 87 a Abs. 3 SGB XI niedergelegt ist. Leistungen bei stationärer Pflege (§ 43 SGB XI) sind jedoch Sachleistungen des Leistungsträgers, da sich die Pflegeversicherung Dritter als Leistungserbringer bedient und dazu Versorgungsverträge (§ 72 Abs. 1 SGB XI) mit den Heimträgern schließt. Im Gegenzug entsteht dann ein direkter Zahlungsanspruch gegen die Pflegekasse, wobei sich Art, Höhe und Laufzeit des Pflegesatzes aus der Pflegesatzvereinbarung (§ 85 SGB XI) ergeben. Für die Hilfe zur Pflege nach § 63 SGB XII gilt im Ergebnis nichts anderes. Dem verfahrensgegenständlichen Pflegevertrag liegt jedoch das Kostenerstattungsprinzip zugrunde, da die Beklagte auf eine Pflegesatzvereinbarung verzichtet hat und in diesem Fall § 91 Abs. 1 SGB XI das Sachleistungs- zugunsten des Kostenerstattungsprinzips durchbricht. In diesem Fall, in dem der Träger des Pflegeheims gegenüber dem Pflegebedürftigen abrechnet, besteht dann ein Sicherheitsbedürfnis, dem der Wortlaut des § 14 Abs. 4 WBVG Rechnung trägt.

Dieses Ergebnis ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte und der Vorläufervorschrift des § 14 Abs. 8 HeimG sowie aus dem Sinn und Zweck des § 14 Abs. 1 und Abs. 4 WBVG. Damit wird ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Unternehmers und denen des Verbrauchers verfolgt. Die Erstreckung des Verbots auf Pflegeeinrichtungen, die sich für das Kostenerstattungsverfahren nach § 91 Abs. 2 SGB XI entschieden haben, würde dem Sicherheitsinteresse des Unternehmers nicht gerecht. Umgekehrt würde der Abschluss von Pflegeverträgen mit Selbstzahlern sogar erschwert.

6.

Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts

Solche Problemstellungen behandeln folgende Entscheidungen.

a)

Der VIII. Zivilsenat hat bestätigt, dass die **einstweilige Einstellung der Vollstreckung eines Räumungstitels in der Revisionsinstanz nur in Ausnahmefällen** möglich ist.⁵²

Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein nicht zu ersetzender Nachteil i.S.d. § 719 Abs. 2 ZPO nur vor, wenn der **Schuldner in der Berufungsinstanz einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO** gestellt hat. Hat der Schuldner zweitinstanzlich einen entsprechenden Schutzantrag versäumt, kommt eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nur in Betracht, wenn es dem Schuldner im Berufungsverfahren aus besonderen Gründen nicht möglich oder nichtzumutbar war, einen Vollstreckungsschutzantrag zu stellen. Sollte es das Berufungsgericht dagegen rechtsfehlerhaft unterlassen haben, dem Beklagten gemäß § 711 ZPO eine Abwendungsbefugnis einzuräumen, hat der Schuldner in Bezug auf die Abwendungsbefugnis einen Antrag auf Urteilsergänzung gemäß §§ 716; 321 ZPO zu stellen. Eine Urteilsergänzung wäre nur dann – mangels Bestehen einer Entscheidungslücke – ausgeschlossen, wenn das Berufungsgericht die Anordnung einer Abwendungsbefugnis, etwa infolge einer fehlerhaften Anwendung des § 713 ZPO, bewusst unterlassen hätte. Hierfür haben im Streitfall keine Anhaltspunkte bestanden.

b)

In zwei weiteren Revisionsverfahren war über die **Zulässigkeit einer „Saldoklage“** zu befinden. Die Klägerin hatte Zahlungsansprüche geltend

⁵² Beschluss vom 27. Februar 2018 – [VIII ZR 39/18](#) – WuM 2018, 221 f.

gemacht, die sie jeweils auf eine „Mietrückstandsauflistung“ gestützt hatte. Hierbei handelte es sich um eine Tabelle, die verschiedene Forderungsarten (Bruttomiete, Rückläufergebühren, Mahngebühren sowie RA-Kosten) enthielt und in die erbrachte Zahlungen/Gutschriften eingestellt worden waren. Das Landgericht war davon ausgegangen, dass die „Saldoklagen“ jeweils mit § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unvereinbar und deshalb unzulässig seien. Dieser Auffassung ist der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nicht gefolgt.⁵³

Zutreffend ist allerdings, dass das Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO grundsätzlich die **Angabe erfordert, für welchen Anspruch welcher Teilbetrag gefordert** wird. Im Falle einer Klagehäufung kann jedoch auf die Bezifferung der nach Abzug geleisteter Zahlungen verbleibenden Einzelbeträge verzichtet werden, wenn diese Angabe nicht zur Abgrenzung des Streitgegenstandes erforderlich ist. Gemessen daran bedarf es keiner weiteren Aufschlüsselung, wenn ein einheitlicher Gesamtanspruch geltend gemacht wird, von dem nach dem Klagevortrag unter Berücksichtigung geleisteter Zahlungen noch ein Betrag in Höhe der Klageforderung offen ist. Allerdings hatte die Klägerin keinen solchen einheitlichen Gesamtanspruch geltend gemacht, denn deren Klageforderung umfasst neben der Nettomiete auch Nebenkostenvorauszahlungen und Gebühren für Lastschriftrückläufer sowie Mahnungen. Gleichwohl wird die Bestimmtheit der Klage nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass auf eine weitere Aufschlüsselung der Klageforderung verzichtet wurde.

Soweit das Landgericht gemeint hatte, wegen § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB könnte der Anspruch auf Nebenkostenvorauszahlungen entfallen sein und werde daher die **Darlegung erforderlich, ob Vorauszahlungen oder ein Nachzahlungssaldo begehrt** werden, hatte es die Anforderungen überspannt. Für die Individualisierung des Klagebegehrens muss nämlich

⁵³ Urteile vom 21. März 2018 – [VIII ZR 68/17](#) – NZM 2018, 444 ff. = WuM 2018, 373 ff sowie – [VIII ZR 84/17](#) – NZM 2018, 454 ff. = WuM 2018, 278 ff. = ZMR 2018, 575 ff. 2018.

der maßgebliche Sachverhalt nicht vollständig umschrieben oder der Klageanspruch bereits schlüssig dargelegt werden. Ein Kläger, der Ansprüche auf Nebenkostenvorauszahlungen geltend macht, macht eben diese und nicht etwa Nachzahlungen zum Gegenstand seiner Klage. Wird nach Eintritt der Abrechnungsreife die Klage nicht umgestellt, berührt dies – entgegen verbreiteter Auffassung – allein die Schlüssigkeit der Klage, so dass sie nicht als unzulässig, sondern als (ganz oder teilweise) unbegründet abzuweisen ist.

Auch das Fehlen von Angaben dazu, in welcher Höhe **erteilte Gutschriften und erfolgte Zahlungen auf die rückständigen Nettomieten angerechnet** wurden, steht der Bestimmtheit des Klagebegehrens nicht entgegen. Dieses Manko kann – was der uneingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt – durch die **Auslegung des Klagevorbringens und mittels eines Rückgriffs auf die Anrechnungsreihenfolge des § 366 Abs. 2 BGB beseitigt** werden. Soweit in Rechtsprechung und Literatur eine ausdrückliche Verrechnungserklärung gefordert wird, hat der Senat dieser Auffassung eine Absage erteilt.

Werden in der Klage die beanspruchten Einzelforderungen – wie hier – nach Inhalt und Höhe konkret bezeichnet, erfordern es die schützenswerten Interessen des Beklagten nicht, dass sich der Kläger ausdrücklich über die Anrechnung erfolgter Zahlungen erklärt. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Klage beurteilen sich nicht nur nach dem Inhalt des Klageantrags, da dieser unter Berücksichtigung der Klagebegründung auslegungsfähig ist. Hierbei ist im Zweifel das als gewollt anzusehen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der erklärenden Partei entspricht. Die gebotene Zuordnung kann daher auch stillschweigend und durch Rückgriff auf die §§ 366 Abs. 2; 367 Abs. 1 BGB erfolgen. Eine solche Vorgehensweise entspricht auch dem Interesse der Prozessparteien, denn dadurch werden Inhalt und Umfang der geltend gemachten Forderungen hinrei-

chend erkennbar, während der Beklagte entscheiden kann, ob und in welchem Umfang er sich verteidigen will.

Unerheblich ist, dass sich § 366 Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut auf Forderungen aus mehreren Schuldverhältnissen bezieht, denn hiermit ist das Schuldverhältnis im engeren Sinne, mithin die einzelne Forderung, gemeint, weshalb auch eine Mehrheit von Forderungen aus demselben Schuldverhältnis erfasst wird. Einer analogen Anwendung der § 366 Abs. 2 BGB bedarf es daher nur, soweit erfolgte Zahlungen des Schuldners nicht ausreichen, um die jeweilige monatliche Bruttomiete zu tilgen. Eine solche Analogie ist – entgegen Stimmen in der Literatur – aber statthaft und geboten. Entsprechendes gilt, wenn der Vermieter Gutschriften erteilt, da insoweit § 396 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB auf § 366 Abs. 2 BGB verweist. Aus Sicht des Senats gelten dann folgende Verrechnungskriterien:

Zuerst ist nach § 366 Abs. 2 BGB zu ermitteln, auf welchen Bestandteil der jeweiligen Bruttomiete die Zahlung oder Gutschrift anzurechnen ist. Hierbei handelt es sich um die **Nebenkostenvorauszahlungen**, weil diese nach Abrechnungsreife nicht mehr geltend gemacht werden können und daher weniger sicher sind. Werden **offene Bruttomieten aus mehreren Monaten** geltend gemacht, ist § 366 Abs. 2 BGB ein zweites Mal heranzuziehen und auf die **ältesten Rückstände** abzustellen.

Wie diese **beiden Verrechnungsweisen zu kombinieren** sind, hängt davon ab, ob der Kläger die Gutschriften oder Zahlungen zugeordnet hat. Erfolgt eine Zuordnung erfolgt die Verrechnung zuerst auf die für diesen Zeitraum geschuldete Nebenkostenvorauszahlung und dann auf die für diesen Monat geschuldete Nettokaltmiete. Übersteigt die Zahlung die geschuldete Bruttomiete, ist analog § 366 Abs. 2 BGB die älteste Nebenkostenvorauszahlung und sodann die älteste Nettomiete zu verrechnen. Nimmt der Kläger keine Zuordnung vor, ist nach § 366 Abs. 2 BGB die Verrechnung hinsichtlich der ältesten Nebenkostenvorauszahlungsforderung und so dann der ältesten Nettomietforderung vorzunehmen. Auf

dieser Grundlage war dem Klagebegehren die Tilgungsreihenfolge jeweils hinreichend zu entnehmen.

Allerdings hatte die Klägerin in einem Verfahren hinsichtlich der Verrechnung einer Zahlung von 400,00 € eine abweichende Erklärung abgegeben und damit den Streitgegenstand verändert. Dies hat jedoch nicht zur Unzulässigkeit der Klage geführt, da es sich dabei um eine nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Klageänderung handelt, die im Berufungsrechtzug auch nicht an § 533 ZPO zu bemessen ist. Eine teilweise Umstellung der erfolgten Zahlung stellt auch kein Angriffs- oder Verteidigungsmittel i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO dar, da es zum Angriff selbst gehört.

c)

In einem Rechtsbeschwerdeverfahren war zu klären, wie das **Interesse des klagenden Mieters auf Gestattung der Tierhaltung zu bewerten** ist. Das Landgericht hatte die Berufung als unzulässig verworfen, da der erforderliche Beschwerdewert von mehr als 600,00 € (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) nicht erreicht sei, während das Amtsgericht den Gebührenstreitwert noch auf 1.200,00 € festgesetzt hatte. Die Rechtsbeschwerde der Kläger war erfolgreich, da das Landgericht die Berufung zu Unrecht nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen hatte.⁵⁴

Die Rechtsbeschwerde hat allerdings nicht schon deshalb Erfolg, weil das Berufungsgericht **keine nachträgliche Entscheidung über die Zulassung der Berufung** getroffen hatte. Diese Entscheidung ist zwar nachzuholen, wenn das erstinstanzliche Gericht die Berufung nicht nach § 511 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 ZPO zugelassen hat, weil es von einer ausreichenden Beschwer der unterlegenen Partei ausgegangen war. Auf diesem Rechtsfehler beruhte der angefochtene Verwerfungsbeschluss jedoch nicht, da eine Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts nicht in Betracht kam. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Mieter

⁵⁴ Beschluss vom 30. Januar 2018 – [VIII ZB 57/16](#) – MDR 2018, 462 f. = NJW-RR 2018, 588 ff. = NZM 2018, 462 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Anspruch auf Zustimmung zur Haltung eines Hundes hat, besitzt keine rechtsgrundsätzliche Bedeutung; das Eingangsgericht war auch nicht von der Senatsrechtsprechung zur Wirksamkeit eines formularmäßigen Tierhaltungsverbots abgewichen.

Allerdings bedarf es **einer Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO), da der Beschwerdewert – entgegen der Annahme des Berufungsgerichts – die Wertgrenze von 600,00 € übersteigt.

Die gemäß §§ 2; 3 ZPO in **freiem Ermessen des Berufungsgerichts liegende Bestimmung des Beschwerdewerts** kann drittinstanzlich zwar nur darauf überprüft werden, ob wesentliche Umstände nicht berücksichtigt wurden, die Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wurde. So verhält es sich hier, weil das Landgericht wesentliche Umstände nicht in Betracht gezogen hatte.

Anhand welcher Kriterien das Interesse des Wohnraummieters an einer Tierhaltung zu bemessen ist, wird nicht einheitlich beurteilt. Vorzugswürdig erscheint die Auffassung, die **im Einzelfall auf die Bedeutung der Tierhaltung für die Lebensführung des Mieters** abstellt. Die Beschwer der unterlegenen Partei hängt zwar maßgeblich von ihrem wirtschaftlichen Interesse ab. Dies gilt auch hinsichtlich des Interesses des Mieters an der Nutzung der ihm überlassenen Wohnung. Dieses Interesse schließt jedoch **subjektive Gesichtspunkte ein, weil die Wohnung dem Mieter die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens** ermöglichen soll. Dieser Wert lässt sich dann nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall beurteilen, so dass sich ein Regelwert verbietet. Außer der Art und Anzahl der Tiere sind dann namentlich die persönlichen Verhältnisse des Mieters zu betrachten. Diesbezüglich hatte das Amtsgericht aber zu Recht berücksichtigt, dass die Kläger gesundheitliche Gründe für ihr weiteres Interesse an der Tierhaltung angeführt haben.

d)

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

aa)

Ein Verfahren betrifft eine Anfechtungsklage gegen mehrere Beschlüsse der übrigen Wohnungseigentümer. Das Landgericht hatte die Klage zweitinstanzlich als unzulässig abgewiesen, da die von der **Verwalterin zur Verfügung gestellte Eigentümerliste nicht dem aktuellen Stand** entsprochen hatte. Die Revision des Klägers hat zur Aufhebung und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits geführt.⁵⁵

Zutreffend ist allerdings die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Klage nicht den Anforderungen des § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG genüge und deshalb – auch derzeit noch – unzulässig ist. Der Senat hat daran festgehalten, dass **§ 44 Abs. 1 Satz 2 WEG eine Eigentümerliste voraussetzt, in der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung alle beklagten Miteigentümer namentlich bezeichnet** sind.

Zwar kann die fehlende Angabe der Namen und Anschriften nicht benannter Wohnungseigentümer im Berufungsrechtszug nachgeholt werden, ohne dass die Voraussetzungen des § 533 ZPO gegeben sein müssen, da die Nachreichung einer aktuellen Eigentümerliste keine Klageänderung in Form eines Parteiwechsels darstellt. Allerdings hatte im Streitfall auch die im Berufungsverfahren vorgelegte Eigentümerliste § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG nicht entsprochen. Verfahrensfehlerhaft war es jedoch, dass das Berufungsgericht die Verwalterin **nicht erneut zur Vorlage einer aktualisierten Eigentümerliste aufgefordert hatte** und diese Anordnung ggf. nicht mit Ordnungsmitteln durchgesetzt hatte.

⁵⁵ Urteil vom 04. Mai 2018 – [V ZR 266/16](#) – MDR 2018, 919 f. = NJW-RR 2018, 974 ff. = NZM 2018, 685 ff.

Unerheblich ist, dass die Einreichung der Eigentümerliste grundsätzlich Sache des Klägers ist, denn dies gilt nur, sofern der Kläger zur ordnungsgemäßen Klageerhebung auch in der Lage ist. Dass der Kläger über sonstige Erkenntnisquellen verfügt hat, die es ihm ermöglicht hätten, die Wohnungseigentümer korrekt zu bezeichnen, hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht. Damit genügt ein Kläger der prozessualen Obliegenheit, wenn er sich auf die Vorlage der Liste durch die Verwaltung bezieht oder beantragt, der Verwaltung die Vorlage einer Liste aufzugeben. Analog § 142 Abs. 1 ZPO hat das Gericht auf eine entsprechende Anregung des Klägers dann tätig zu werden, ohne dass ein Ermessenspielraum bestünde. Kommt der Verwalter der Anordnung nicht nach, ist er dazu mit Ordnungsmitteln anzuhalten (§ 142 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 390 ZPO analog).

Hierfür spricht auch ein praktisches Bedürfnis, denn andernfalls wäre der Kläger auf einen weiteren Rechtsstreit gegen den Verwalter zu verweisen. Das Gericht kann in aller Regel auch davon ausgehen, dass der Verwalter die Liste nach bestem Wissen und Gewissen erstellt hat und diese den Eigentümerbestand zutreffend ausweist. Anders liegt es jedoch dann, wenn – wie hier – der Verwalter selbst auf Fehler der vorgelegten Liste hinweist, aber diese nicht korrigiert.

bb)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war der **Streitwert für eine Klage auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums** zu bestimmen. Der V. Zivilsenat hat entschieden, dass der Streitwert in der Regel mit 20% des Verkaufspreises des Wohnungseigentums zu bemessen ist.⁵⁶

In wohnungseigentumsrechtlichen Verfahren ist der Streitwert auch dann nach § 49 a GKG zu ermitteln, wenn die beklagte Partei Rechtsmittelfüh-

⁵⁶ Beschluss vom 18. Januar 2018 – [V ZR 71/17](#) – MDR 2018, 558 f. = NJW-RR 2018, 775 f. = NZM 2018, 756 f.

rer ist. Durch die Verweigerung der Zustimmung wird die Veräußerung nicht allgemein verhindert, sondern der Nachteil des veräußerungswilligen Wohnungseigentümers liegt in der Verzögerung. Dieser Nachteil entspricht nicht dem Kaufpreis, sondern ist mit einem Bruchteil davon zu bewerten.

cc)

Die **prozessualen Wirkungen eines Gestaltungsurteils** behandelt eine weitere Revisionsentscheidung.

Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft hatte in einem Vorprozess gegen den Beklagten, in dessen Eigentum mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile steht, Anfechtungs- und Beschlussersetzungsklage erhoben, nachdem eine Beschlussfassung über die Sanierung schadhafter Kellertüren an dessen Gegenstimmen gescheitert war. Dieser Negativbeschluss ist durch Versäumnisurteil für ungültig erklärt worden und im Wege der Beschlussersetzung der Sanierungsbeschluss gefasst worden. Nachdem das Versäumnisurteil rechtskräftig geworden war, hatte die Verwalterin Angebote eingeholt und den Beklagten zur Zahlung des auf ihn entfallenden Anteils der Sonderumlage aufgefordert, die der Beklagte verweigerte. Während das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, hat der Senat gegenteilig entschieden.⁵⁷

Zu Recht hatte das Berufungsgericht dem Tenor des vorangegangenen Versäumnisurteils einen Beschluss über die Erhebung einer betragsmäßig noch zu bestimmenden Sonderumlage entnommen. Zu Unrecht war das Berufungsgericht jedoch der Auffassung, der durch das Versäumnisurteil ersetzte Beschluss sei nichtig, weil die jeweiligen Einzelbeträge nicht betragsmäßig bestimmbar festgelegt worden seien.

⁵⁷ Urteil vom 16. Februar 2018 – [V ZR 148/17](#) – MDR 2018, 786 f. = NJW-RR 2018, 522 ff. = NZM 2018, 401 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Es kann dahinstehen, ob unter dieser Prämisse ein in einer Eigentümersversammlung gefasster Beschluss stets nichtig wäre, weil ein **etwaiger Nichtigkeitsgrund aufgrund der Rechtskraft des Versäumnisurteils nicht mehr geltend** gemacht werden kann. Das Gericht entscheidet nach § 21 Abs. 8 WEG zwar anstelle der Wohnungseigentümer durch Gestaltungsurteil. Bei der Abfassung des Urteils sind aber die materiellen Vorgaben des WEG zu beachten, während vor einer Entscheidung durch (unechtes) Versäumnisurteil eine Schlüssigkeitsprüfung durchzuführen ist. Der **Rechtsschutz richtet sich daher allein nach den für Urteile geltenden Regelungen**. Beschlussersetzungen sind – anders als anfechtbare Beschlüsse – daher nicht schon mit der Beschlussfassung gültig, sondern erst mit Eintritt der Rechtskraft. In Rechtskraft erwächst aber auch die Feststellung, dass das Gestaltungsrecht des Klägers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestand und die Gestaltungswirkung zu Recht eingetreten ist. Sollte das Gericht etwaige materiell-rechtliche Nichtigkeitsgründe nicht beachtet haben, so können solche Fehler in einem Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden. Dies gilt – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes – auch bei einer Beschlussersetzung durch Versäumnisurteil, denn auch dieses ist der materiellen Rechtskraft fähig, während der Beklagte hätte Einspruch einlegen können.

Damit war der Rechtsstreit endentscheidungsreif, weil das Amtsgericht der Klage zu Recht stattgegeben hatte. Der Zahlungsanspruch folgte aus § 16 Abs. 2 WEG und der Bestimmung der Anspruchshöhe durch die Verwalterin, da diese die Vorgaben des Versäumnisurteils beachtet und die Höhe der Sonderumlage sowie den Anteil des Beklagten zutreffend ermittelt hatte.

dd)

Die **Zustellung einer Beschlussanfechtungsklage an den nicht mehr zustellungsbevollmächtigten Verwalter** behandelt ein weiterer Rechtsstreit. Konkret hatten die Kläger Klage gegen verschiedene Beschlüsse

der Eigentümerversammlung vom 26. November 2014 erhoben. Ihre am 23. Dezember 2014 eingereichte Klage ist gerichtet gegen die übrigen Wohnungseigentümer, „vertreten durch den zustellungsbevollmächtigten Verwalter, die Firma K GmbH“. Deren Verwalterstellung hat am 31. Dezember 2014 geendet, worauf die Verwalterin in der Eigentümerversammlung auch hingewiesen hatte. Das Amtsgericht hatte mit Verfügung vom 02. Januar 2015 den Gerichtskostenvorschuss angefordert, den die Kläger am 14. Januar 2015 einbezahlt haben. Am 23. Januar 2015 ist die Klagezustellung verfügt worden und die Klage der K GmbH am 30. Januar 2015 zugestellt worden. Die Klage war vorinstanzlich wegen Versäumung der Klagefrist ohne Erfolg. Die Revision der Kläger hat zur Aufhebung und Zurückverweisung geführt.⁵⁸

Zu Recht war das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Zustellung nicht mehr nach § 45 Abs. 1 WEG erfolgen konnte. Die Regelung des § 45 Abs. 1 WEG kann auch nicht entsprechend angewendet werden, wenn der ehemalige Verwalter nach Ablauf seiner Bestelungszeit gleichwohl noch tätig ist. Hierfür fehlt es an einer Regelungslücke, weil entweder die Wohnungseigentümer oder das angerufene Gericht einen Ersatzzustellungsvertreter zu bestellen haben (§ 45 Abs. 2 und Abs. 3 WEG). § 45 Abs. 2 WEG findet auch Anwendung, wenn der Verwalter abberufen wurde oder ein (bestellter) Verwalter schlicht nicht vorhanden ist. Der Gesetzgeber wollte mit § 45 WEG den Zustellungsaufwand für das Gericht gering halten. Dem widerspricht es, wenn stets an alle Wohnungseigentümer zugestellt werden müsste.

Allerdings kommt eine **Heilung des Zustellungsmangels nach § 189 Alt. 2 ZPO in Betracht**. Damit sind Fälle gemeint, in denen sich bereits aus dem Gesetz selbst ergibt, wem zugestellt werden kann. Da dies nach § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG die übrigen Wohnungseigentümer sind, ist eine Heilung grundsätzlich durch den Zugang des zuzustellenden Dokuments

⁵⁸ Urteil vom 20. April 2018 – [V ZR 202/16](#) – MDR 2018, 783 ff. = NJW RR 2018, 970 ff. = NZM 2018, 797 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

bei den beklagten Wohnungseigentümern möglich. Dem steht auch nicht entgegen, dass nach § 44 Abs. 1 WEG die beklagten Wohnungseigentümer in der Klageschrift nicht genannt werden müssen, denn hierbei handelt sich um eine Erleichterung zu Gunsten der Klagepartei. Auch § 45 Abs. 1 WEG schreibt die Zustellung an den Verwalter nicht zwingend vor.

Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, kann die **Heilung des Zustellungsmangels auch durch den Zugang einer Kopie der Klageschrift** erfolgt sein, da sich der Senat der Auffassung angeschlossen hat, dass auch der Zugang eines inhaltsgleichen Schriftstücks eine Heilung bewirken kann. Dieses Verständnis entspricht sowohl dem Regelungsziel von § 45 WEG als auch dem Sinn und Zweck des § 189 ZPO. Diese Heilungsmöglichkeit liefe faktisch leer, wenn der Zugang einer Ausfertigung oder Abschrift der Klageschrift erforderlich wäre. Mit dem neu gefassten § 45 Abs. 1 WEG sollte die Zustellung für das Gericht vereinfacht und die zu Lasten der Wohnungseigentümergeinschaft gehenden Kosten gering gehalten werden. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für den Begriff des Zustellungs- bzw. Ersatzzustellungsververtreters entschieden, weil bei diesem die Übergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift des Schriftstücks genügt. Der Verwalter verfügt daher bei einer Zustellung nach § 45 WEG regelmäßig ebenfalls nur über eine Ausfertigung und Abschrift der Klageschrift und ist damit nicht in der Lage, den beklagten Wohnungseigentümern jeweils Ausfertigungen oder Abschriften zur Verfügung zu stellen. Auf welche Weise der Verwalter seiner in § 27 Abs. 1 Nr. 7 WEG statuierten Unterrichtungspflicht genügt, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Damit steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Verwalters, welche Form der Unterrichtung er wählt.

Sinn und Zweck des § 189 ZPO besteht auch darin, förmliche Zustellungsvorschriften nicht zum Selbstzweck erstarren zu lassen, sondern die Zustellung ist auch dann als bewirkt anzusehen, wenn der Zustellungszweck anderweitig erreicht wird. Die beklagten Wohnungseigentümer wüssten allerdings auch durch den Zugang einer Kopie der Klageschrift,

dass eine Klage gegen sie anhängig ist. Damit hatten sie hinreichend Anlass tätig zu werden, wenn sie sich verteidigen wollten.

Der Senat hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen und dabei folgende Hinweise erteilt:

Das Berufungsgericht wird zuerst der Frage nachzugehen haben, ob die K GmbH aufgrund des Verwaltervertrages im Januar 2015 rechtsgeschäftlich bevollmächtigt war, Zustellungen entgegenzunehmen. Diese Feststellung ist erforderlich, da sich eine Zustellungsvollmacht nicht aus einer Duldungsvollmacht ergeben kann. Sollte die K GmbH nicht zur Entgegennahme von Zustellungen bevollmächtigt gewesen sein, wird es darauf ankommen, ob ggf. wann den Wohnungseigentümern bzw. deren Prozessbevollmächtigter Kopien der Klageschrift zugegangen sind. Dabei ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Kopien oder Faxkopien der Klageschrift noch „demnächst“ i.S.v. § 167 ZPO zugegangen sind. Hierbei sind Verzögerungen von 14 Tagen noch hinnehmbar; ferner ist zu berücksichtigen ist, dass der Klagepartei eine Erledigungsfrist für die Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses zuzugestehen ist. Dabei kommt eine Heilung des Zustellungsmangels nach § 189 ZPO auch durch den Zugang einer Kopie der Klageschrift bei der Prozessbevollmächtigten der Beklagten in Betracht. § 189 ZPO ist nämlich auch dann anzuwenden, wenn sich ein Rechtsanwalt erst später bestellt.

ee)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ist das Rechtsmittel der Kläger an der **mangelnden Beschwer gemäß § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO** gescheitert.⁵⁹

Der Wert des Interesses an der Feststellung, dass das **Abstimmungsprinzip in der Wohnungseigentümergeinschaft für die Zukunft wirksam geändert** wurde, kann wegen dessen Bedeutung für künftige

⁵⁹ Beschluss vom 22. März 2018 – [V ZR 207/17](#) – Grundeigentum 2018, 720 = WuM 2018, 319.

Eigentümerbeschlüsse nach der Minderung des Verkehrswertes der Wohneinheit oder anhand eines sonstigen wirtschaftlichen Nachteils bestimmt werden. An dieser notwendigen Darlegung fehlte es, da die Kläger lediglich auf die bestehenden Streitigkeiten innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft hinweisen.

ff)

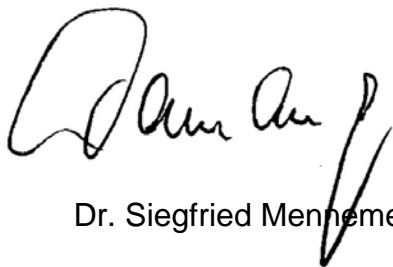
Schlussendlich hatte auch der V. Zivilsenat zur Beschwer des Berufungsklägers Stellung zu nehmen, da das Landgericht die Klage gegen den Beschluss, das Anwesen dunkelgrau zu streichen, mit weniger als 600,00 € bewertet hatte. Die Rechtsbeschwerde des Klägers war erfolgreich.⁶⁰

Die Glaubhaftmachung einer hinreichenden Beschwer in der Berufungsinstanz setzt keine Begründung wie im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren voraus. Der Tatrichter kann die Beschwer daher auch **auf Grund der Lebenserfahrung und seiner Sachkunde nach freiem Ermessen schätzen**, wobei er den Akteninhalt von Amts wegen auszuwerten hat. Dieses Ermessen hatte das Berufungsgericht nicht ausgeübt.

⁶⁰ Beschluss vom 21. Juni 2016 – [V ZB 254/17](#) – Grundeigentum 2018, 1005 ff = MDR 2018, 983 f.

Der Senat ist mangels hinreichender Feststellungen zu einer Nachholung der Wertbestimmung nicht in der Lage. Im Falle einer unliebsamen Farbwahl könnte auf die anteiligen Kosten für den Anstrich abgestellt werden; würde das Anwesen optisch erheblich verändert, wäre für den ideellen Anteil noch ein Betrag von weiteren 1.000,00 € hinzuzurechnen.

Karlsruhe, den 06. November 2018



Dr. Siegfried Mennemeyer