

## **Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2017**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
Dr. Siegfried Mennemeyer

Im Anschluss an unseren Bericht für das erste Halbjahr 2017 setzen wir hiermit unsere Rechtsprechungsübersichten<sup>1</sup> 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 Geschäftsverteilung<sup>2</sup> 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.

### **1. Wohnraummiete**

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

---

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

<sup>2</sup> Der Geschäftsverteilungsplan 2017 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) veröffentlicht. Über die vorstehende Internetadresse stehen insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext zur Verfügung.

## 1.1 Mietrechtliche Nebenabreden

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

### a)

In einem Rechtsstreit ist der beklagte Mieter auf **Nutzungsentschädigung gemäß § 546 a Abs. 1 BGB** in Anspruch genommen worden, nachdem der Beklagte im Jahre 2010 aus der Wohnung ausgezogen war und sämtliche Schlüssel seiner damaligen Ehefrau, mit der er die Wohnung bis dahin gemeinsam bewohnt hatte und von der er sich in der Folgezeit scheiden ließ, überlassen hatte. Während der Beklagte bis Juni 2014 noch die monatliche Miete an die Klägerin bezahlt hatte, hat er das Mietverhältnis mit Schreiben vom 25. Mai 2014 ordentlich mit Wirkung zum 31. August 2014 gekündigt. Nachdem ihm die Klägerin mitgeteilt hatte, dass seine „alleinige Kündigung“ unwirksam sei, hat der Beklagte in der Folgezeit die anteilige Miete der „Fairness halber“ überwiesen und ab Januar 2015 sämtliche Zahlungen eingestellt. Die Revision des Beklagten war erfolgreich war, weil mit der vom Landgericht gegebenen Begründung weder ein Anspruch aus § 546 a BGB, noch aus Bereicherungsrecht (§§ 812 Abs. 1; 818 Abs. 2 BGB) bejaht werden kann.<sup>3</sup>

Das Berufungsgericht war zwar noch rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass das Mietverhältnis seitens des Beklagten als alleinigen Mieter durch dessen Kündigung wirksam beendet worden war. Verkannt hatte das Berufungsgericht jedoch, dass ein **Vorenthalten i.S.d. § 546 a Abs. 1**

<sup>3</sup> Urteil vom 12. Juli 2017 – [VIII ZR 214/16](#) – MDR 2017, 1177 ff. = NJW 2017, 2997 ff. = NZM, 2017, 630 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

**BGB** nicht bereits dann vorliegt, wenn der Beklagte die Wohnung **nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurückgegeben** hat, sondern es bedarf dafür **auch eines Rücknahmewillens des Vermieters**. An einem Rückerlangungswillen fehlt es jedoch, wenn der Vermieter vom Fortbestand des Mietverhältnisses ausgeht, weil er dann keine Räumung verlangen will. Hierfür ist es unerheblich, aus welchem Grund der Vermieter die Kündigung als unwirksam ansieht; ebenso wenig muss dafür – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – eine „kategorische“ Ablehnung vorliegen.

Es kommt es auch nicht darauf an, ob der Beklagte **aufgrund einer subjektiven Unmöglichkeit zur Rückgabe außer Stande war** und dieses Unvermögen selbst verursacht hat. Bei der **Willensrichtung des Vermieters** handelt es sich um ein **kumulativ erforderliches Merkmal**, das durch ein Unvermögen des Mieters nicht ersetzt werden kann. Ohne Bedeutung ist daher auch, ob der Beklagte Schritte unternommen hat, um seine frühere Ehefrau zum Auszug zu bewegen.

Auch aus **ungerechtfertigter Bereicherung kann kein Anspruch auf Nutzungsentschädigung** abgeleitet werden, wenngleich die §§ 812 Abs. 1; 818 Abs. 2 BGB nicht von § 546 a BGB oder den §§ 987 ff. BGB verdrängt werden. Eine Bereicherung des ehemaligen Mieters setzt allerdings voraus, dass **er die Wohnung genutzt und auf diese Weise einen Nutzungswert** gezogen hat. Entscheidend wird damit, ob der Beklagte tatsächlich Nutzungen gezogen und eine echte Vermögensmehrung erfahren hat. Nachdem der Beklagte die Wohnung seit dem Jahre 2010 selbst nicht mehr genutzt hatte, hätte folglich das Berufungsgericht Feststellungen dazu treffen müssen, ob der Beklagte **durch die Überlassung der Wohnung an seine geschiedene Ehefrau möglicherweise Einkünfte erzielt oder sich zu zahlende Unterhaltsleistungen erspart** hat. Der bloße mittelbare Besitz an der Wohnung reicht für einen Bereicherungsanspruch nicht aus.

**b)**

Die umstrittene Frage, ob die **kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB formularvertraglich auf 12 Monate verlängert** werden kann, hat den VIII. Zivilsenat im Berichtszeitraum ebenfalls befasst. Der Senat hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen, da die als allgemeine Geschäftsbedingung zu beurteilende Regelung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist und – im Einklang mit den Vorinstanzen – Schadensersatzansprüche der klagenden Vermieterin deshalb verjährt waren.<sup>4</sup>

Die Formularregelung im Mietvertrag weicht von § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB in zweifacher Hinsicht ab, indem sie die **Verjährungsfrist von 6 auf 12 Monate verlängerte und zudem den Beginn des Fristlaufs** dadurch veränderte, als sie nicht auf den Zeitpunkt des Rückerhalts der Mietsache abstellt, sondern **auf das Datum, an dem das Mietverhältnis endet**. Mit diesem Inhalt benachteiligt die Klausel die Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), weil der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne einen angemessenen Ausgleich zu gewähren.

Entscheidend ist dabei, ob die gesetzliche Regelung, von der die Formularbestimmung abweicht, **auf die Interessen beider Parteien berücksichtigenden Gerechtigkeitserwägungen beruht oder allein der Zweckmäßigkeit** dient. Die gesetzlichen Vorschriften über die Verjährung weisen aber einen hohen Gerechtigkeitsgehalt auf, da sie dem Rechtsfrieden und der Sicherheit des Rechtsverkehrs dienen. Von daher sind formularmäßige Verlängerungen der Verjährungsfrist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher nur dann gebilligt worden, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind und maßvoll erfolgen. Dabei spricht es für die

<sup>4</sup>

Urteil vom 08. November 2017 – [VIII ZR 13/17](#) – NJW 2017, 3707 ff. = NZM 2017, 841 ff. = WuM 2017, 703 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Ausgewogenheit der Regelung, wenn die Begünstigung des Verwenders durch Vorteile für den Vertragspartner ausgeglichen wird.

Soweit in der **Rechtsprechung der Instanzgerichte und der mietrechtlichen Literatur** daher die Auffassung vertreten wird, eine Verlängerung der Verjährungsfrist von 6 auf 12 Monate sei unbedenklich, wenn sie **auch für Ansprüche des Mieters auf Verwendungsersatz und die Wegnahme von Einrichtungsgegenstände gelte**, ist dem der Senat **nicht gefolgt**. In diesen Zusammenhang ist nämlich bereits kein sachlicher Grund ersichtlich, da der Vermieter innerhalb von 6 Monaten regelmäßig unschwer prüfen kann, ob ihm Ansprüche gegen den Mieter wegen Verschlechterung oder Veränderung der Mietsache zustehen. Umgekehrt hat der Mieter nach der Rückgabe der Mietsache keine Möglichkeit mehr, beweissichernde Maßnahmen zu ergreifen. Zudem muss er damit rechnen, dass die Mietsache zeitnah einem anderen Mieter überlassen wird. Ferner spricht der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck gegen die Zulässigkeit einer formularmäßigen Verlängerung der Verjährungsfrist, der mit der gesetzlichen Regelung eine möglichst schnelle Klärung etwaiger Ansprüche wegen des Zustands der Mietsache beabsichtigt. Angesichts dieser Zielsetzung verjähren deshalb konkurrierende, deliktische Ansprüche ebenfalls innerhalb der kurzen Verjährungsfrist. Die Verlängerung der Verjährungsfrist zugunsten des Mieters stellt dagegen keine hinreichende Kompensation dar, da Schadensersatzverfahren gegen Mieter eine wesentlich größere praktische Bedeutung genießen, als Streitigkeiten über die Wegnahme von Einrichtungen des Mieters. Auch die Veränderung des Beginns der Verjährungsfrist bewirkt nicht, dass die gegenläufigen Interessen ausgewogen würden. Dem Mieter ist bereits bei der Beendigung des Mietverhältnisses regelmäßig bekannt, welche Aufwendungen er während der Mietzeit getätigt hat. Umgekehrt kann der Vermieter ab Rückerhalt der Mietsache ohne weiteres eine Untersuchung vornehmen.

Unerheblich ist, dass es der Mieter in der Hand hat, zu welchem Zeitpunkt er die Mietsache zurückgibt. Wie der Senat bereits für die inhaltsgleiche

Vorläufervorschrift des § 585 Abs. 2 BGB a.F. entschieden hat, findet diese auch dann Anwendung, wenn das teilweise zerstörte Mietobjekt dem Vermieter zum Zwecke der Wiederherstellung überlassen wird. In dieser Situation dient eine rasche Klärung der Ersatzansprüche auch dazu, einer Verschiebung des Streits auf die Frage der Verwirkung vorzubeugen. Unschädlich ist es auch, dass im Extremfalle die Ansprüche des Vermieters bereits vor Rückerhalt verjährt sein können, denn es stellt keine Kompensation dar, wenn sich ein Mieter vertragswidrig verhalten müsste, um in den Genuss der Regelung zu kommen.

**c)**

In einem weiteren Rechtsstreit war **zwischen einem Mietvertrag, einem Leihvertrag oder einem schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis sui generis** zu unterscheiden. Konkret ging es um das Herausgabeverlangen und einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung des klagenden Zwangsverwalters hinsichtlich eines Reihenhauses, für das ein schriftlicher Nutzungsvertrag nicht vorlag. Die Beklagte hatte geltend gemacht, dass zwischen ihr bzw. ihrem früheren Ehemann und dem im Ausland befindlichen Eigentümer des Anwesens ein Mietverhältnis bestehe, da ihr früherer Ehemann die Anschaffungskosten für das Reihenhaus wirtschaftlich dadurch getragen habe, dass ihm entsprechende Provisionszahlungen „abgezogen“ worden seien. Im Gegenzug habe er auf Lebenszeit unentgeltlich in dem Haus leben dürfen. Ferner hätten die Beklagte und ihr damaliger Ehemann seit Nutzungsbeginn sämtliche Neben- und Reparaturkosten getragen. Der Ansicht des Landgerichts, das aufgrund der getragenen Neben- und Reparaturkosten von einem konkludent abgeschlossenen Mietvertrag ausgegangen war, ist der Senat nicht gefolgt.<sup>5</sup>

Zwar kann sich ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, den Gebrauch einer Sache gegen Entrichtung eines Entgelts zu gewähren, **rechtlich auch dann als Mietvertrag i.S.d. § 535 BGB darstellen**, wenn

---

<sup>5</sup> Urteil vom 20. September 2017 – [VIII ZR 279/16](#) – MDR 2018, 83 f. = NJW RR 2017, 1479 ff. = ZMR 2018, 21 ff.

das **vereinbarte Entgelt sehr niedrig** ist, denn die Miete braucht dem Mietwert der Sache nicht zu entsprechen. Den Abschluss eines solchen Mietvertrages konnte die Beklagte jedoch nicht schlüssig aufzeigen, denn deren vorinstanzlichen Ausführungen waren vage und widersprüchlich, indem die Beklagte vorgerichtlich den Abschluss eines Mietvertrages sogar in Abrede gestellt und stattdessen ein unentgeltliches lebenslanges Wohnrecht für sich reklamiert hatte. Auf der Grundlage dieses Vorbringens steht lediglich fest, dass die Beklagte seinerzeit das Reihenhaus zusammen mit ihrem Ehemann bezogen hatte und dort seither ohne Zahlung eines über die Neben- und gelegentlichen Reparaturkosten hinaus gehenden Geldbetrages wohnt.

Für die im Einzelfall schwierige Abgrenzung, ob ein Mietvertrag, ein Leihvertrag oder ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis sui generis vorliegt oder gar nur ein bloßes Gefälligkeitsgeschäft anzunehmen ist, kommt es auf den **Anlass und den Zweck der Überlassung sowie sonstige erkennbar zu Tage getretene Interessen** an. Dabei ist im Streitfall davon auszugehen, dass nach den objektiven Umständen und insbesondere der wirtschaftlichen Bedeutung der Überlassung von Wohnräumen zwar nicht bloß ein reines Gefälligkeitsverhältnis, sondern eine vertragliche Bindung gewollt war. Die Annahme eines Mietvertrages würde aber – woran es fehlt – erfordern, dass sich der Mieter zur Entrichtung von Miete für die Gebrauchsüberlassung verpflichtet. Dafür reicht es nicht aus, wenn die Pflicht zur Kostentragung erst nach der Überlassung entsteht. Den Angaben der Beklagten, die Anschaffungskosten seien mittels „abgezogener Provisionen“ ihres geschiedenen Ehemanns finanziert worden, lässt sich dies ebenso wenig entnehmen, wie deren Behauptung, „sämtliche“ Neben- und Reparaturkosten seien von Anfang an bezahlt worden. Bei Letzterem handelt es sich um einen **ambivalent zu beurteilenden Gesichtspunkt**, da auch bei einer Leihe der Entleiher gemäß §§ 598; 601 Abs. 1 BGB regelmäßig die Erhaltungskosten zu tragen hat. Hinsichtlich der Tragung der Betriebskosten kommt auch die Vereinbarung eines unentgeltlichen Wohnrechts in Betracht, da der

Wohnungsberechtigte die verbrauchsunabhängigen Kosten zu tragen hat. Nachdem auch die langjährige Überlassung keinen besonderen Umstand darstellt, kann dem kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden.

Damit konnte offenbleiben, ob ein Leihvertrag oder ein Nutzungsverhältnis eigener Art gewollt war, da solche Rechtsverhältnisse dem Zwangsverwalter nicht entgegengehalten werden können (§ 152 Abs. 2 ZVG). Der Senat hat deshalb überwiegend durchentschieden und die Entscheidung des Amtsgerichts wiederhergestellt, da die Beklagte kein Recht zum Besitz hat und auch eine Nutzungsentschädigung nach § 987 BGB schuldet. Allein hinsichtlich der vor Rechtshängigkeit geltend gemachten Zahlungsansprüche war die Sache nicht endentscheidungsreif, da es weitere Feststellungen dazu bedurfte, ob die Beklagte bösgläubig i.S.d. § 990 BGB war. In diesem Umfang ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen worden.

**d)**

Ein weiterer Rechtsstreit thematisiert die **Duldungspflichten i.S.v. § 555 b Nr. 4 und Nr. 5 BGB**. Die Klägerin beabsichtigte dabei umfangreiche bauliche Maßnahmen durchzuführen, wodurch sich die Kaltmiete von 463,62 € auf 2.149,99 € monatlich erhöhen sollte. Das Amtsgericht hatte die auf Duldung gerichtete Klage abgewiesen, weil von einer Verbesserung der Mieträume nicht mehr gesprochen werden könne, wenn etwas völlig Neues entstehe. Das Landgericht hatte zwar die Berufung der Klägerin zurückgewiesen, aber zur Begründung darauf abgestellt, dass bereits § 6 des Mietvertrages einer Duldungspflicht der Beklagten entgegenstehe. Der Senat hat die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin mit begründetem Beschluss zurückgewiesen.<sup>6</sup>

Der von der Nichtzulassungsbeschwerde geltend gemacht Zulassungsgrund der **rechtsgrundsätzlichen Bedeutung** in Bezug auf die **Ausle-**

---

<sup>6</sup> Beschluss vom 21. November 2017 – [VIII ZR 28/17](#) – Grundeigentum 2018, 49 f. = MDR 2018, 80 = WuM 2018, 28 ff.



**gung der in § 6 Abs. 2 des Mietvertrages enthaltenen Formularklausel** stellt sich nicht. Diese Frage kann sich nur in den 14 von der Klägerin betriebenen Verfahren stellen, während nicht ersichtlich ist, dass eine vergleichbare oder identische Klausel im Bereich Berlin auch von anderen Vertragspartnern verwendet würde. Zudem ist nicht belegt, dass die vorliegend gegebene Sachverhaltskonstellation sich in einer unbestimmten Vielzahl anderer Fälle wiederholen könnte.

Ungeachtet dessen ist die von der Beschwerde formulierte Rechtsfrage auch **nicht entscheidungserheblich**, da die vom Revisionsgericht voll überprüfbare Auslegung der in Rede stehenden Formularklausel zwar rechtsfehlerhaft war; die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich aber aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

Das Berufungsgericht ist unter **Anwendung der Unklarheitenregel (§ 305 c Abs. 2 BGB)** zu der Ansicht gelangt, dass Ausbesserungen oder bauliche Veränderungen nur dann statthaft seien, wenn sie den Mieter nur unwesentlich beeinträchtigten. Vom Zustimmungserfordernis seien deshalb nur solche Modernisierungsmaßnahmen ausgenommen, die mit unwesentlichen Beeinträchtigungen verbunden sind. Darüber hinaus hatte das Berufungsgericht angenommen, der Mietvertrag regle abschließend, dass eine Modernisierung ohne das Zustimmungserfordernis des Mieters nicht möglich sei. Diese Auffassung ist mit den **von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu vereinbaren**, da danach der Mieter alle zustimmungspflichtigen Modernisierungsmaßnahmen mit seiner Verweigerung verhindern könnte. Diese Deutung entspricht nicht **der Sichtweise von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der beiderseitigen Interessen** und würde von diesen auch nicht als ernsthafte Auslegungsmöglichkeit in Betracht gezogen. Auch im Wortlaut des Mietvertrages, der nur die zustimmungsfreien Fälle der baulichen Veränderung regelt, findet dies keine Stütze. Die gebotene objektive Auslegung belegt daher, dass die gesetzlichen Duldungspflich-

ten bei Modernisierungsmaßnahmen unberührt bleiben sollen, zumal § 6 Abs. 2 des Mietvertrags nur eine ausschnittsweise Regelung trifft.

Gleichwohl hatte das Berufungsgericht im Ergebnis richtig entschieden, denn – wie das Amtsgericht zutreffend erlangt hatte – besteht keine Duldungspflicht der Beklagten nach den maßgeblichen Vorschriften der §§ 555 a Abs. 1; 555 d Abs. 1 BGB. Soweit das Gesamtkonzept der Klägerin nach § 555 a Abs. 1 BGB zu **duldende Instandhaltungsmaßnahmen umfasst, kann dem nicht entnommen werden, dass deren Duldung unabhängig von den übrigen Gewerken**, die ersichtlich aufeinander abgestimmt sind, **beansprucht wird**. Im weitergehenden Umfang handelt es sich jedoch nicht um Modernisierungsmaßnahmen, für die nach § 555 d Abs. 1 BGB eine Duldungspflicht besteht. Der Senat hat bereits zur Vorgängervorschrift des § 559 Abs. BGB a.F. entschieden, dass eine **Modernisierungsmaßnahme nicht mehr vorliegt, wenn etwas Neues** entsteht. Die auf 9½ eng beschriebenen Seiten aufgeführten „Modernisierungsmaßnahmen“ sind im Streitfall jedoch so weitreichend, dass ihre Durchführung **den Charakter der Mietsache grundlegend verändern würde**.

Eine Veränderung des Grundrisses weiterer Räume, ein anderer Zuschnitt der Wohnräume und des Bades sowie die Anlegung einer Terrasse und der Abriss einer Veranda beinhalten solche weitreichenden Maßnahmen, so dass nach der Verkehrsanschauung nicht mehr von einer bloßen Verbesserung der Mietsache im Sinne einer nachhaltigen Erhöhung des Wohnwertes ausgegangen werden kann. Demgemäß fehlen auch für eine ausnahmsweise auf § 242 BGB beruhende Duldungspflicht jegliche Anhaltspunkte.

## 1.2. Mietmängel

Hierzu ist auf ein Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren hinzuweisen, in dem um **Minderungsansprüche der klagenden Mieterin aufgrund intensiver Lärmstörungen** – insbesondere wegen Kinderlärm aus der darüberliegenden Wohnung – gestritten wurde. Das Rechtsmittel der Klägerin hatte Erfolg, da das Landgericht Mietmängel unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG verneint hatte.<sup>7</sup>

Das Berufungsgericht hatte den **Kern des Vorbringens der Klägerin zur Art, Intensität, Häufigkeit und Dauer der geltend gemachten Lärmstörungen verkannt** und wesentliche Teile des Klagevorbringens unter grundlegender Missachtung bestehender Substantiierungsanforderungen übergangen.

In einem **Mehrfamilienhaus gelegentlich auftretende Lärmbeeinträchtigungen** sind zwar **grundsätzlich als sozialadäquat** hinzunehmen, wozu auch **üblicher Kinderlärm** zählt; dementsprechend sind auch erhöhte Geräuschemissionen hinzunehmen, die ihren Ursprung in einem altersgerechten, kindlichen Verhalten haben. Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung sind aber **in jedem Einzelfall die Art, Qualität, Dauer und Zeit der Geräusche, das Alter und der Gesundheitszustand des Kindes sowie die Vermeidbarkeit der Emission zu berücksichtigen**.

Soweit das Berufungsgericht gemeint hatte, die Geräusche und Erschütterungen hielten sich danach im zumutbaren Rahmen, hatte es das Vorbringen der Klägerin und deren Lärmprotokolle nur cursorisch ausgewertet.

<sup>7</sup>

Beschluss vom 22. August 2017 – [VIII ZR 226/16](#) – MDR 2017, 1175 f. = NZM 2017, 694 ff. = WuM 2017, 587 ff.

Danach kann keine Rede davon sein, dass die **protokollierten Geräuschemissionen noch Ausdruck des natürlichen Bewegungsdranges** von Kindern sind. Ebenso gehen die in auffälliger Häufigkeit dokumentierten **Auseinandersetzungen zwischen den Erziehungsberechtigten** der Kinder über im üblichen Rahmen liegende, erzieherische Einwirkungen hinaus. Weitergehend findet es im Prozessrecht keine Stütze mehr, dass das Berufungsgericht diejenigen **Störungszeiträume als unsubstantiiert** dargestellt hatte, hinsichtlich derer kein Lärmprotokoll vorgelegt wurde. Diesbezüglich war die Klägerin schon nicht gehalten, ein Lärmprotokoll zu erstellen, sondern es hätte die **grundsätzliche Beschreibung ausgereicht, um welche Art von Beeinträchtigung zu welchen Tageszeiten, über welchen Zeitraum und in welcher Frequenz** es geht.

Der Senat hat deshalb den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, um die angebotenen Zeugen zu vernehmen und ggf. die Klägerin persönlich anzuhören (§ 141 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ferner hat der Senat angemahnt, dass eventuell eine Inaugenscheinnahme hinsichtlich der Hellhörigkeit des Hauses und ggf. eine ergänzende Sachverständigenberatung erforderlich werden könnten.

### **1.3. Schönheitsreparaturen.**

Zu dieser Thematik sind – jedenfalls in Bezug auf preisfreien Wohnraum – im Berichtszeitraum keine begründeten Entscheidungen ergangen.

#### **1.4. Mieterhöhungen**

Hierzu ist im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – nur eine vereinzelte Entscheidung zu vermelden, die eine **Indexmiete** zum Gegenstand hatte. Im Erhöhungsschreiben ist dazu ausgeführt worden, dass der **maßgebliche Verbraucherindex von 94,2 Punkten auf 106,1 Punkte gestiegen** sei. Die Revision der Beklagten, die vorinstanzlich zur Rückzahlung der Kautionsurteil verurteilt worden waren, war erfolgreich.<sup>8</sup>

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bedarf es für ein wirksames Mieterhöhungsverlangen bei der Indexmiete nicht zusätzlich der Angabe, **welche prozentuale Veränderung sich aus dem im Erhöhungsschreiben mitgeteilten Indexdaten** ergibt. Insoweit ist der abschließende Wortlaut des § 557 b Abs. 3 BGB eindeutig und auch aus Sinn und Zweck der Regelung ergibt sich nicht, dass **der Vermieter dem Mieter einen (einfachen) Rechenschritt „vorzurechnen“** habe. Vielmehr hat der Gesetzgeber im Rahmen der Mietrechtsreform mangels Erforderlichkeit von einer Erweiterung der schon nach der Vorgängerregelung (§ 10 a Abs. 3 MHG) erforderlichen Angaben abgesehen. Auch dem durchschnittlichen Mieter ist unschwer erkennbar, dass sich eine Indexmiete im gleichen Verhältnis ändert wie der Index selbst. Dementsprechend ist das Mieterhöhungsverlangen der Beklagten in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden.

Die Beklagten haben auch nicht einen gesetzesfremden Preisindex zugrunde gelegt, da der in § 557 b Abs. 1 BGB genannte Preisindex lediglich vom statistischen Bundesamt seit Januar 2003 als „Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI)“ bezeichnet wird.

---

<sup>8</sup> Urteil vom 22. November 2017 – [VIII ZR 291/16](#) – MDR 2018, 138 = NJW 2018, 700 f. = NZM 2018, 82 f.

## 1.5. Kündigungen

Im Zusammenhang mit Kündigungen hatte der VIII. Zivilsenat folgende Rechtsfragen zu beantworten:

### a)

Ein Hinweisbeschluss gemäß § 552 a ZPO befasst sich mit einer Eigenbedarfskündigung, die damit begründet wurde, dass aus **beruflichen Gründen eine Zweitwohnung** benötigt werde. Der Senat hat eine Zulassungsrelevanz der Rechtssache verneint und sodann die Revision zurückgewiesen.<sup>9</sup>

Die vom Berufungsgericht für klärungsbedürftig erachtete Frage, wie das **Tatbestandsmerkmal „benötigen“ in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB in zeitlicher Hinsicht auszufüllen** sei, stellt sich nicht. Höchststrichterlich ist geklärt, dass eine Eigenbedarfskündigung **ernsthafte, vernünftige und nachvollziehbare Gründe des Vermieters** voraussetzt; diese Kriterien sind ebenfalls anzuwenden, wenn der Vermieter die vermietete Wohnung künftig als Zweitwohnung nutzen möchte. Der zeitliche Umfang der Nutzung einer Zweitwohnung erfordert demgegenüber eine **auf den Einzelfall bezogene tatrichterliche Würdigung**, die eine allgemeinverbindliche Aussage nicht zulässt. Aktuelle Entscheidungen von Berufungsgerichten, die dies möglicherweise gegenteilig beurteilt hätten, sind nicht ersichtlich.

Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg, da das Berufungsgericht die **Eigenbedarfskündigung rechtsfehlerfrei für begründet** erachtet hatte. Angesichts des detaillierten Vortrags der Klägerin ist nicht erkennbar, dass sie keine ernsthafte Absicht habe, sich regelmäßig und mehrfach aus beruflichen Gründen in Berlin aufzuhalten und sich – anders als

---

<sup>9</sup> Beschluss vom 22. August 2017 – [VIII ZR 19/17](#) – NJW-RR 2018, 138 f. = NZM 2017, 846 f. = WuM 2017, 721 f.

in der Vergangenheit – auch nicht mehr auf Hotelunterkünfte verweisen lassen will. Angesichts dessen ist nicht beabsichtigt, die Wohnung ausschließlich zu geschäftlichen Zwecken zu nutzen, da die Klägerin die Wohnung zu Wohnzwecken nutzen will. Soweit sich die Beklagte auf eine unzumutbare Härte (§ 574 Abs. 1 BGB) berufen hat, hat das Berufungsgericht deren Vorliegen rechtsfehlerfrei verneint. Allein die Behauptung, derzeit von Ersparnissen zu leben und erst nach deren Verbrauch einen Anspruch auf staatliche Transferleistung geltend machen zu können, lässt nicht erkennen, dass deshalb die Anmietung eines angemessenen Ersatzwohnraumes unmöglich wäre.

**b)**

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war nur mehr **eine Kostenentscheidung gemäß § 91 a ZPO** zu treffen, nachdem die beklagten Mieter die Wohnung – nach erklärter Eigenbedarfskündigung – freiwillig geräumt hatten und der Rechtsstreit drittinstanzlich übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist. Der Senat hat die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben.<sup>10</sup>

Im Rahmen der insoweit anzulegenden summarischen Prüfung ist davon auszugehen, dass die **Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin voraussichtlich erfolgreich gewesen wäre** und zur Aufhebung des Berufungsurteils sowie zur Zurückverweisung der Sache geführt hätte, denn die Entscheidung des Berufungsgerichts weicht in zulassungsrelevanter Weise von der Rechtsprechung des Senats ab. Danach endet die **Anbietpflicht des Vermieters jedenfalls mit Ablauf der Kündigungsfrist** und der damit eintretenden Beendigung des Mietverhältnisses. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Vermieter auch nicht aufgrund des Gebots der Rücksichtnahme dazu verpflichtet, die **eigene, bisher von ihm selbst bewohnte Wohnung anzubieten**, da diese denkbareweise erst frei wird, wenn der Vermieter in die gekündigte

---

<sup>10</sup> Beschluss vom 19. Juli 2017 – [VIII ZR 284/16](#) – NJW RR 2017, 1041 f. = NZM 2017, 763 = WuM 2017, 537 f.

Wohnung eingezogen ist. Die Auffassung der Vorinstanz, der Vermieter müsse sich auf einen „**fliegenden Wohnungswechsel**“ mit dem Mieter einlassen, beruht auf einer einseitigen und den Charakter von Rücksichtnahmepflichten verkennenden Bewertung. Insoweit müsste die Initiative diesbezüglich sogar eher vom Mieter ausgehen, da der Vermieter keine Wohnung anbieten muss, die bei der gebotenen objektiven Betrachtung nach Größe, Zuschnitt und Lage mit der bisherigen Wohnung nicht vergleichbar ist.

Der Senat hat die Kosten deshalb gegeneinander aufgehoben, da der weitere Prozess eine **Beweisaufnahme** über das Bestehen des **geltend gemachten Eigenbedarfs** notwendig gemacht hätte. Insoweit ist das Prozessrisiko aber für beide Parteien etwa gleich hoch einzuschätzen.

c)

In einem weiteren Verfahren hat der Senat seine **Rechtsprechung zu Schonfristzahlungen bestätigt** und der Räumungsklage stattgegeben. Der Senat hat daran festgehalten, dass nur ein **vollständiger Ausgleich der bestehenden Mietrückstände** eine außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsrückstandes beseitigen kann.<sup>11</sup>

Das Berufungsgericht hatte bereits übersehen, dass bei der Bemessung des Mietrückstandes nicht auf die **behauptete geminderte Miete**, sondern die **vertraglich vereinbarte Gesamtmiete** abzustellen ist. Allerdings hat sich dieser Fehler nicht entscheidend ausgewirkt, weil der Mietrückstand in jedem Fall die Gesamtmiete für einen Monat überstieg.

Zu Unrecht hatte das Landgericht angenommen, **eine teilweise Zahlung des Mieters sei als wirksame Schonfristzahlung** anzusehen. Der Rechtsstandpunkt des Senats, wonach nur eine vollständige Zahlung der Mietrückstände innerhalb der Schonfrist zur Unwirksamkeit der außeror-

---

<sup>11</sup> Urteil vom 27. September 2017 – [VIII ZR 193/16](#) – MDR 2017, 1352 f. = NJW 2018, 939 f. = NZM 2018, 28 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.



dentlichen Kündigung führt, wird in der Rechtsprechung der Berufungsggerichte und vom Schrifttum geteilt. Die vom Berufungsggericht vorgebrachten Argumente überzeugen nicht, da bereits der Wortlaut der §§ 543 Abs. 2 Satz 2, 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB eine vorherige Befriedigung des Vermieters fordert. Dies ist bei einer Teilzahlung nicht der Fall. Der Gesetzgeber ist im Rahmen der Mietrechtsreform davon ausgegangen, dass die Neuregelung des § 543 BGB im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage entspricht. Den §§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a), 569 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 BGB liegt die Wertung zugrunde, dass einem Vermieter der Fortbestand eines Mietverhältnisses unzumutbar ist, wenn der Mietrückstand für zwei Termine eine Monatsmiete übersteigt. Folglich kann dem Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nur im Falle eines vollständigen Ausgleichs zugemutet werden. Vor diesem Hintergrund verbietet sich auch eine reine, nur die Belange des Mieters in den Blick nehmende Betrachtung. Zudem darf dem vertragsuntreuen Mieter nicht die Möglichkeit eröffnet werden, durch wiederholte Teilzahlungen das Kündigungsrecht zu unterlaufen.

**d)**

Eingekleidet in die Bestimmung des § 719 Abs. 2 ZPO hatte der Senat ferner über ein Mietverhältnis zu befinden, in dem der Kläger eine Doppelhaushälfte (Haus Nummer 5) angemietet hatte, die er zusammen mit seiner Ehefrau bewohnte. Vermieter dieser Doppelhaushälfte war der Beklagte zu 1, der zusammen mit den Beklagten zu 4 und zu 5 Mitglied einer ungeteilten Erbengemeinschaft ist, der damals die angrenzende zweite Doppelhaushälfte (Haus Nummer 7) gehörte. Jene Doppelhaushälfte Nummer 7 hat die Erbengemeinschaft an die Beklagten zu 2 und zu 3 während des laufenden Mietverhältnisses veräußert. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass die Beklagten zu 4 und zu 5 als Mitglieder der Erbengemeinschaft ebenfalls Vermieter seien, während die Beklagten zu 2 und 3 als Erwerber in analoger Anwendung des § 566 in das Mietverhältnis eingetreten seien. In einem Vorprozess wegen der Beseitigung behaupteter Mängel ist dabei der Beklagte zu 1 zur Mängelbeseitigung

verurteilt worden, während die gegen die Beklagten zu 2 und zu 3 gerichtete Klage erfolglos blieb. Die gegen das damalige Berufungsurteil gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde war vor dem Senat erfolglos geblieben. Der Kläger hatte die Miete seit Oktober 2013 nicht mehr an den Beklagten zu 1 bezahlt, sondern beim Amtsgericht hinterlegt, weil Unsicherheit über die Person des Gläubigers bestünde. Der Beklagte zu 1 hat deshalb die fristlose Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs ausgesprochen.

Der Kläger hat die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis nicht durch die Kündigung vom 31. August 2015 beendet worden sei und diese Klage später auf die Beklagten zu 2 bis 5 erweitert. Der Beklagte zu 1 hat Widerklage auf Räumung und Herausgabe erhoben, der das Amtsgericht durch Teilurteil stattgegeben hatte, während das Landgericht die dagegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen hatte. Nach Beiziehung der vorinstanzlichen Gerichtsakten hat der Senat eine Verlängerung der zunächst verfügten Einstellung abgelehnt.<sup>12</sup>

Nach § 719 Abs. 2 ZPO kommt **im Stadium der Nichtzulassungsbeschwerde eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung dann nicht in Betracht, wenn das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg** hat.

So verhält es sich hier, denn selbst wenn das Amtsgericht zu Unrecht und entgegen § 301 ZPO durch Teilurteil entschieden hätte, liegt darin kein Revisionszulassungsgrund. Auch die tatrichterliche Beurteilung des Berufungsgerichts, wonach der Kläger die ausgesprochene Kündigung mangels Beifügung einer Originalvollmacht nicht nach § 174 BGB zurückweisen durfte, lässt keinen revisionsrechtlich erheblichen Rechtsfehler erkennen. Zu Recht war das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass **die Hinterlegung des Klägers keine schuldbefreiende Wirkung**

---

<sup>12</sup> Beschluss vom 04. Juli 2017 – [VIII ZR 127/17](#) – Grundeigentum 2017, 1019 f. = WuM 2017, 542 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

gehabt habe, da er aufgrund des Urteils im Vorprozess Kenntnis davon hatte, dass die Beklagten zu 2 und 3 nicht gemäß § 566 BGB in das Mietverhältnis eingetreten sind. Fehlerfrei war das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass selbst unter Berücksichtigung eines unterstellten Zurückbehaltungsrechtes sowie den behaupteten Minderungsansprüchen ein Mietrückstand von 30.825,00 € bestanden habe, der die fristlose Kündigung des Beklagten zu 1 rechtfertigte. Die vom Kläger erklärten Hilfsaufrechnungen hätten dagegen nicht zur Tilgung sämtlicher zum Gegenstand der fristlosen Kündigung gemachten Rückstände ausgereicht.

**e)**

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren hat der Senat dagegen zwei Entscheidungen gefällt.

**aa)**

Zuerst hatte der Senat ebenfalls über die **Einstellung der Zwangsvollstreckung** zu befinden, nachdem die Beklagten durch das Urteil des Amtsgerichts zur Räumung und darüber hinaus zur Zahlung rückständiger Miete und Nebenkosten verurteilt worden waren. Das Landgericht hatte die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und das Urteil des Amtsgerichts ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Beklagten sind unter dem Druck der drohenden Zwangsvollstreckung ausgezogen und haben die Entscheidung des Berufungsgerichts – mit Ausnahme der Entscheidung hinsichtlich der Nebenkostenforderung – mit der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffen. Der Einstellungsantrag war erfolglos.<sup>13</sup>

Der Senat hat den Antrag als unbegründet zurückgewiesen, da sich dieser **nach dem Auszug der Beklagten nur mehr gegen die Verurteilung zur Zahlung von Kosten bzw. deren Vollstreckung richten kann**. In dieser Hinsicht ist aber weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht worden, dass

---

<sup>13</sup> Beschluss vom 04. Juli 2017 – [VIII ZR 101/17](#) – Grundeigentum 2018, 52 = WuM 2017, 607.

den Beklagten durch die Vollstreckung der Geldforderung ein unersetzlicher Nachteil drohe, da nicht ersichtlich ist, dass die Gläubiger – etwa wegen Mittellosigkeit – nicht in der Lage sein würden, die beigetriebenen Geldbeträge zurückzuzahlen.

Darüber hinaus steht der **begehrten Einstellung der Zwangsvollstreckung entgegen**, dass das Berufungsgericht **keine Entscheidung über eine Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO getroffen hatte und der Schuldner daraufhin keinen Antrag auf Urteilsergänzung gestellt** hatte. Nachdem das Berufungsgericht die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit allein auf § 708 Nr. 10 ZPO gestützt hatte, wäre gemäß §§ 716; 321 ZPO ein Antrag auf Urteilergänzung zu stellen gewesen. Diese Möglichkeit besteht auch dann, wenn das Berufungsgericht – wie hier – durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden hat.

**bb)**

Erfolgreich war die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten dann aber in der Hauptsache, da der Beklagte zu 1 **ein selbständiges Beweisverfahren wegen behaupteter Mietmängel eingeleitet hatte**, in dem der mit der Begutachtung beauftragte Sachverständige indes keine (bauseitig bedingten) Mängel feststellen konnte. Der Beklagte zu 1 hatte deshalb die **Anhörung des Sachverständigen beantragt, zu der es dann aufgrund der zwischenzeitlichen Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens nicht mehr** gekommen ist. Das Amtsgericht hatte den Klageranträgen im Wesentlichen stattgegeben, wobei es sich auf das eingeholte Sachverständigengutachten gestützt und von einer Anhörung des Sachverständigen deshalb abgesehen hatte, weil der Antrag der Beklagten nicht unverzüglich i.S.d. § 411 ZPO gestellt worden sei und daher gemäß § 296 ZPO wegen Verspätung zurückzuweisen war. Dem war das Landgericht gefolgt, während der Senat der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 Abs. 7 ZPO stattgegeben hat, da die Vorgehensweise des Berufungsge-

richts den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzte.<sup>14</sup>

Zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs einer Partei gehört nach § 402 ZPO auch der Anspruch, **einen Sachverständigen zur Aufklärung zu befragen**. Dieses Antragsrecht besteht **unabhängig von der nach § 411 Abs. 3 ZPO bestehenden Möglichkeit**, das Erscheinen eines Sachverständigen im Termin von Amts wegen anzuordnen und wird nicht dann gegenstandslos, wenn das Gericht bereits – wie hier – das schriftliche Gutachten für überzeugend erachtet. Beschränkungen des Antrags können sich allenfalls aus dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs oder der Prozessverschleppung ergeben, wofür hier Anhaltspunkte fehlen. Dies gilt in gleicher Weise, wenn der Sachverständige das Gutachten in einem vorausgegangenem selbständigen Beweisverfahren erstattet hat.

Von daher kommt wegen **verspäteter Geltendmachung des Anhörungsverlangens eine Anwendung der Präklusionsvorschriften (§§ 531 Abs. 1; 296 ZPO) nicht in Betracht**, da – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – **der Antrag der Beklagten nicht erst im Termin zur Verhandlung vor dem Amtsgericht gestellt** worden war. Nach § 493 Abs. 1 ZPO wirkt die vorgezogene Beweisaufnahme zwischen den Beteiligten wie die im unmittelbaren Hauptsacheverfahren selbst durchgeführte Beweiserhebung, weshalb – mit Abgabe der Akten an das Prozessgericht – unerledigt gebliebene Beweisanträge unmittelbar anfallen und das Prozessgericht die Beweisaufnahme im vorgefundenen Stadium fortsetzen muss. Demgemäß war auch der Antrag des Beklagten zu 1 auf Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Anhörung bereits im Verfahren vor dem Amtsgericht gestellt worden, zumal der Beklagte zu 1 sich in seiner Klageerwiderung sogar auf diesen unerledigten Erläuterungsantrag bezogen hatte.

---

<sup>14</sup> Beschluss vom 14. November 2017 – [VIII ZR 101/17](#) – MDR 2018, 358 ff. = NJW 2018, 1171 ff. = NZM 2018, 167 ff.

Zu Unrecht hatte das Berufungsgericht auch von der **Einholung des beantragten Obergutachtens** abgesehen, da der Beklagte zu 1 diesen Antrag nicht hatte fallen lassen. Insoweit hatte das Berufungsgericht übersehen, dass ein **Verzicht im Allgemeinen nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht kommt**, wobei für prozessuales Vorbringen zudem etwaige Zweifel eine Aufklärung nach § 139 Abs. 1 ZPO gebieten. Eindeutige Anhaltspunkte für einen Verzicht hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht, denn selbst bei einer Ablehnung einer neuen Begutachtung nach § 412 Abs. 1 ZPO kann nicht ernstlich angenommen werden, der Beklagte hätte seine im selbstständigen Beweisverfahren unter Bezugnahme auf ein eingeholtes Privatgutachten substantiiert vorgetragene Einwendungen gegen das schriftliche Gutachten aufgegeben.

Entsprechendes gilt hinsichtlich des erst im Wege der Klageerweiterung in den Rechtsstreit einbezogenen Beklagten zu 2, da das Amtsgericht erst in der mündlichen Verhandlung durch die dort vorgenommene Thematisierung eine konkludent getroffene Verwertungsanordnung verfügt hatte und zudem eine Verwertung des im selbstständigen Beweisverfahren eingeholten schriftlichen Sachverständigengutachtens gemäß § 411 a Abs. 1 ZPO im Raum stand. Nachdem sich dieser zudem den Anträgen des Beklagten zu 1 zu seiner Rechtsverteidigung angeschlossen hatte, erstreckte sich diese Anschließung auch auf den Erläuterungsantrag des Beklagten zu 1.

Darüber hinaus hatte das Berufungsgericht den **Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs auch dadurch verletzt**, dass es **fehlerhaft die Präklusionsvorschriften nach §§ 531 Abs. 1; 296 Abs. 1, 2 ZPO** angewandt hatte. Nachdem das Amtsgericht keine Erklärungsfrist nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzt hatte, kam eine Zurückweisung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO von vornherein nicht in Betracht. Auch nach § 296 Abs. 2 hätte eine Zurückweisung nicht sanktioniert werden dürfen, da eine Antragsstellung erst in der mündlichen Verhandlung wegen Verletzung von Hinweispflichten des Amtsgerichts nach § 139 Abs. 1 ZPO

sich nicht als grob fahrlässig darstellt. Die Rüge der Gehörsverletzung ist den Beklagten auch nicht dadurch genommen worden, dass sie auf den erteilten Hinweisbeschluss ihre Rechtsauffassung nicht erneut erläutert haben. Das Berufungsgericht hatte in seinem Hinweisbeschluss nämlich ein bestimmtes Vorbringen der Berufungsführer nicht übergangen, sondern den bereits in der Berufungsschrift vorgetragene Rügen hinsichtlich der beantragten Gutachtenserläuterung die Gefolgschaft verweigert.

Der Senat hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht deshalb zurückverwiesen. Dabei hat er den Hinweis erteilt, dass ggf. auch der für die Vereinbarung eines Fensteraustauschs angetretene Zeugenbeweis im Falle einer festgestellten Mangelhaftigkeit zu erheben sei. Insoweit wäre das Amtsgericht möglicherweise gehalten gewesen, die Beklagten auf eine mangelnde Überzeugungskraft der von ihnen vorgelegten Schriftstücke gemäß § 139 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, um ihnen auf diese Weise Gelegenheit zu geben, noch weiteren Beweis anzutreten.

**f)**

In einem weiteren Streitfall war eine **Verwertungskündigung** verfahrensgegenständlich. Die Klägerin, die in den Mietvertrag durch Erwerb eingetreten war, war überdies Eigentümerin eines mit Gewerberäumen bebauten Nachbargrundstücks, das sie an eine „Schwestergesellschaft“ – die S GmbH & Co. KG – verpachtet hatte, die dort ein Modegeschäft betreibt. Die Kündigung ist darauf gestützt worden, dass ein Abriss des gesamten Gebäudes beabsichtigt sei, um auf dem Grundstück ein Objekt mit Gewerberäumen zu errichten, die der Erweiterung des Modegeschäfts dienen sollten. Die Vorinstanzen hatten der Räumungsklage stattgegeben, während der Senat die Berufungsentscheidung auf die der Revision der Beklagten aufgehoben hat.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Urteil vom 27. September 2017 – [VIII ZR 243/16](#) – MDR 2018, 82 f. = NJW RR 2018, 12 ff. = NZM 2017, 756 ff.

Zu Recht war das Berufungsgericht allerdings noch davon ausgegangen, dass der **geplante Abriss des Gebäudes, um ein Objekt mit Gewerberäumen zur Erweiterung des benachbarten Modegeschäfts** zu errichten und auf diese Weise höhere Pachtzinsen zu erzielen, eine **angemessene wirtschaftliche Verwertung darstellt, da sie von vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen** getragen wird. Eine Verwertung i.S.d. § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB liegt auch dann vor, wenn ein Gebäude zunächst abgerissen und dann durch einen Neubau ersetzt werden soll, der verpachtet werden soll. Entgegen der Auffassung der Revision handelt es sich dabei auch nicht um eine – unzulässige – Vorratskündigung, da – wie bereits zur Eigenbedarfskündigung entschieden wurde – eine Vorratskündigung dann nicht vorliegt, wenn sich der Nutzungswunsch soweit „verdichtet hat“, dass ein konkretes Interesse an einer alsbaldigen Eigennutzung besteht. Für eine Verwertungskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB gilt nichts anderes. Im Streitfall ist nicht zweifelhaft, dass die Klägerin über eine konkrete Umsetzungsabsicht verfügt, da bereits eine Abrissgenehmigung vorliegt und die laufende Vorbereitung der Bauantragsunterlagen angekündigt wurde.

Rechtsfehlerhaft war jedoch die These des Berufungsgerichts, der Klägerin **drohten beim Fortbestand des Mietverhältnisses erhebliche Nachteile**. Zwar ist eine Verwertungskündigung nicht auf die Fälle andernfalls drohenden Existenzverlusts beschränkt oder so restriktiv zu handhaben, dass eine Verwertung wirtschaftlich sinnlos erscheint. Erforderlich wird im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB aber eine **Abwägung zwischen dem grundsätzlichen Bestandsinteresse des Mieters und dem Verwertungsinteresses des Eigentümers**, die sich einer generalisierenden Betrachtung entzieht. Revisionsrechtlich kann daher nur geprüft werden, ob das Berufungsgericht die Wertungsgrenzen erkannt, die tatsächliche Wertungsgrundlage ausgeschöpft und die Denkgesetze sowie Erfahrungssätze beachtet hat. Diesen Anforderungen genügte die Sichtweise des Berufungsgerichts in mehrfacher Hinsicht nicht.



Allein die Behauptung der Klägerin in ihrem Kündigungsschreiben, **Pachteinnahmen sollten langfristig gesichert** werden und die **Erweiterung des Modegeschäfts sei eine „existentielle Frage“** hätte – woran es fehlt – die Feststellung tatsächlicher Umstände erfordert, die diese Beurteilung tragen. Die nur pauschale Betrachtungsweise der Vorinstanz läuft daraus hinaus, dass ein zur Kündigung berechtigender Nachteil schon dann vorliegt, wenn der Eigentümer einer vermieteten Wohnung mit dieser – im Interesse einer Gewinnoptimierung – nicht nach Belieben verfahren könnte. Mit § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB, der **konkrete wirtschaftliche Nachteile voraussetzt**, ist dies unvereinbar. Weiter hätte das Berufungsgericht auch die Belange der S GmbH & Co. KG nicht berücksichtigen dürfen, denn bei einer Verwertungskündigung kommt es allein **auf die Interessen des Vermieters** an. Hieran ändert sich auch nichts, wenn Gesellschaften persönlich und wirtschaftlich miteinander verflochten sind, da die konzernrechtlichen Wertungen der §§ 17 ff. AktG völlig andere Sachverhalte regeln. Darüber hinaus hatte sich die Klägerin in ihrem Kündigungsschreiben auf eine Steigerung ihrer Mieteinnahmen berufen. Bei der später geltend gemachten Sicherung der Existenzgrundlage der Schwestergesellschaft handelt es sich um einen anderen Kündigungsgrund.

Ebenso wenig kommt es auf die Notwendigkeit etwaiger Sanierungsmaßnahmen an, weil damit ein erheblicher Nachteil ebenfalls nicht schlüssig dargelegt wurde. Auch eine Kündigung aufgrund der Generalklausel des § 573 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, weil es dazu nach der neueren Rechtsprechung des Senats eines Anlasses bedarf, der ebenso schwer wiegt, wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe.

Der Senat hat den Rechtsstreit deshalb an das Berufungsgericht zurückverwiesen, weil sich das Berufungsgericht nicht mit weiteren, von der Klägerin geltend gemachten Kündigungsgründen befasst hatte.

## 1.6 Nebenkosten

Zu dieser Materie ist lediglich eine Entscheidung ergangen, in der die zugelassene Revision der Kläger bereits aus formellen Gründen erfolgreich war.<sup>16</sup>

Ein Berufungsurteil muss zwingend **den Anforderungen des § 540 Abs.1 ZPO entsprechen, um dem Revisionsgericht dessen inhaltliche Überprüfung zu ermöglichen**. Es ist auch nicht die Aufgabe des Bundesgerichtshofs, den maßgeblichen Sachverhalt selbst zu ermitteln. Aus dem Urteil müssen sich – soweit nicht auf die erstinstanzlichen Feststellungen Bezug genommen wird – daher die tatsächlichen Grundlagen ergeben. Ferner muss das Berufungsurteil erkennen lassen, von welchem Sach- und Streitstand es zweitinstanzlich ausgegangen ist, sowie welche Berufungsanträge die Parteien zumindest sinngemäß gestellt haben. Daran fehlte es, da auf das Ersturteil nicht Bezug genommen wurde. Der angefochtenen Entscheidung kann auch nur entnommen werden, dass um Nebenkosten gestritten wurde, während die jeweiligen Abrechnungen und deren Inhalte nicht erkenntlich sind. Weiter ergaben sich aus dem Urteil weder die Berufungsangriffe der Beklagten, noch die Erwiderung der Kläger.

Der Senat hat noch darauf hingewiesen, dass – nach Aktenlage – die erteilten Abrechnungen den **formellen Anforderungen des § 259 BGB** entsprechen, da es nach ständiger Rechtsprechung ausreicht, wenn der Mieter die **zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil gedanklich sowie rechnerisch nachvollziehen** kann. Die Einsichtnahme in Belege dient nur der Kontrolle, während die Anwendung eines fehlerhaften Verteilungsschlüssels die inhaltliche Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung betrifft.

---

<sup>16</sup> Urteil vom 19. Juli 2017 – [VIII ZR 3/17](#) – MDR 2017, 116 f. = NZM 2017, 732 ff. = WuM 2017, 529 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

## **1.7. Preisgebundener Wohnraum**

Der Senat hat hierzu im Berichtszeitraum eine Entscheidung verkündet, in der er seine Rechtsprechung bestätigt hat.<sup>17</sup>

Der Vermieter preisgebundenen Wohnraums ist gemäß **§ 10 Abs. 1 Satz 1 WoBindG** grundsätzlich berechtigt, die **Kostenmiete einseitig um den Zuschlag nach § 28 Abs. 4 Satz 2 II. BV zu erhöhen**, wenn sich die im **Mietvertrag enthaltene Formalklausel hinsichtlich der Abwälzung von Schönheitsreparaturen als unwirksam** erweist.

Daran ist auch **im Blick auf § 242 BGB festzuhalten, da der Vermieter nicht verpflichtet ist, dem Mieter vor dem Erhöhungsverlangen eine wirksame Abwälzungsklausel anzubieten**. Mit einer Abwälzungsklausel wird nicht die Absicht verfolgt, dem Mieter eine kostengünstigere Renovierung in Eigenregie zu ermöglichen. Auch aus § 241 Abs. 2 BGB kann keine Pflicht zur Vertragsänderung abgeleitet werden, zumal dem Vermieter nicht erkennbar ist, welchen Inhalt eine gerade noch wirksame Klausel haben müsste. Auch § 306 BGB lässt sich kein über die Unwirksamkeitsfolge hinausgehender Sanktionscharakter entnehmen. Darüber hinaus ist die Interessenlage bei preisgebundenem Wohnraum deshalb eine andere als bei preisfreien Wohnungen, als der Vermieter nur die Kostenmiete beanspruchen kann.

## **2. Gewerbliches Mietrecht**

Nach dem Geschäftsverteilungsplan fallen Rechtsfragen aus dem Bereich des gewerblichen Miet- und Pachtrechts in die Zuständigkeit des XII.

---

<sup>17</sup>

Urteil vom 20. September 2017 – [VIII ZR 250/16](#) – MDR 2017, 1293 f. = NZM 2017, 759 ff. = WuM 2017, 663 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. Dieser hat sich im Berichtszeitraum mit folgenden Rechtsfragen befasst.

**a)**

Ein Revisionsverfahren behandelt das **Vermieterpfandrecht an Fahrzeugen des insolventen Mieters**. Konkret hatte der Beklagte, der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Rollladen- und Markisen GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) ist und die ihr Betriebsgrundstück von der Klägerin gemietet hatte, verschiedene auf dem Betriebsgrundstück vorgefundene Gegenstände der Schuldnerin freihändig für 13.500,00 € zzgl. Umsatzsteuer verwertet. Dazu zählten auch zwei LKWs und ein Anhänger, für die der Beklagte insgesamt 6.500,00 € zzgl. Umsatzsteuer erlöste. Die Klägerin hat abgesonderte Befriedigung aufgrund des ihr zustehenden Vermieterpfandrechts geltend gemacht, worauf der Beklagte einen Teilbetrag von 4.582,00 € an die Klägerin auskehrte. Das Oberlandesgericht hatte der Klage in Höhe von insgesamt noch zu zahlenden 6.742,60 € stattgegeben. Auf die dagegen gerichtete Revision des Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof die Entscheidung des Oberlandesgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.<sup>18</sup>

Im rechtlichen Ansatz war das Oberlandesgericht zutreffend davon ausgegangen, dass in der Insolvenz des Mieters ein bestehendes Vermieterpfandrecht zur abgesonderten Befriedigung aus dem Pfandgegenstand berechtigt (§ 50 Abs. 1 InsO). Wenn der Insolvenzverwalter diese Gegenstände berechtigterweise aufgrund seines unmittelbaren Besitzes verwertet (§ 160 Abs. 1 InsO), hat er den Gläubiger – abzüglich der Feststellungs- und Verwertungskosten – aus dem Erlös zu befriedigen (§ 170 Abs. 1 InsO). Zieht der Insolvenzverwalter den Erlös zur Masse und erlischt dadurch das Absonderungsrecht, so tritt an dessen Stelle eine Masseschuld nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

---

<sup>18</sup> Urteil vom 06. Dezember 2017 – [XII ZR 95/16](#) – MDR 2018, 266 f. = NZI 2018, 174 ff. = WM 2018, 248 ff.

Zu Recht hatte das Oberlandesgericht auch angenommen, dass die Klägerin an den eingebrachten Sachen der Schuldnerin ein gesetzliches Pfandrecht nach § 562 Abs. 1 BGB erworben hatte. Hierzu zählen **grundsätzlich auch die regelmäßig auf dem Grundstück abgestellten Kraftfahrzeuge**, da eingebracht alle Sachen sind, die während der Mietzeit willentlich und wissentlich in die Mieträume oder auf das Mietgrundstück verbracht werden. Bei Gegenständen, die nur vorübergehend und in der Absicht alsbaldiger Wiederentfernung eingestellt werden, ist danach zu unterscheiden, ob der **vorübergehende Verbleib der bestimmungsgemäßen Nutzung der Mietsache entspricht**. Dies trifft auch auf die LKWs und den Anhänger zu, da diese nachts jeweils auf dem Betriebsgrundstück abgestellt worden waren.

Allerdings hatte das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen, wo sich **die Fahrzeuge und der Anhänger zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung befanden**. Insolvenzfest gesichert wären die Forderungen der Klägerin nur dann, wenn sich die Fahrzeuge zu diesem Zeitpunkt auf dem Betriebsgelände befunden hätten. Wären die Fahrzeuge dagegen erst nach der Insolvenzeröffnung auf das Betriebsgrundstück zurückgekehrt, **so wäre das Vermieterpfandrecht mit der Folge neu entstanden, dass nur Masseschulden des Mieters aus dem nach der Insolvenzeröffnung fortbestehenden Mietverhältnisses gesichert** worden wären.

Der Senat hat sich damit der überwiegend vertretenen Auffassung angeschlossen, dass eine **vorübergehende Entfernung von Sachen für ein Erlöschen des Vermieterpfandrechts ausreicht und dieses erst mit der Wiedereinbringung neu begründet wird**. Nach § 562 a Satz 1 BGB erlischt das Pfandrecht des Vermieters mit der Entfernung der Sache von dem Grundstück, der dem auch nicht widersprechen kann, wenn die Entfernung den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entspricht. Der Wortlaut des § 562 a BGB spricht insoweit ohne Einschränkung von einer

„Entfernung“; dem Begriff wohnt schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein Zeitmoment inne. Dem entspricht auch die Vorstellung des historischen Gesetzgebers, der das Widerspruchsrecht des Vermieters beschränken wollte, wenn eine nur vorübergehende Entfernung durch die gewöhnlichen Lebensverhältnisse geboten ist. Auch systematische Erwägungen sprechen nicht für eine einschränkende Auslegung, da es sich bei dem Vermieterpfandrecht um ein besitzloses Pfandrecht handelt, auf das § 856 Abs. 2 BGB keine Anwendung findet. Nicht übertragbar sind dagegen die Tatbestände des Hypothekenrechts, da § 1121 BGB die Entfernung mit einer Veräußerung verknüpft und § 1122 Abs. 1 BGB keine entsprechende Anwendung finden kann. Ferner spricht der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für eine räumliche Anknüpfung, weil sich handhabbare Kriterien für eine Unterscheidung nicht finden lassen. Ferner wäre es im Ergebnis nicht gerechtfertigt, wenn eine Ausfahrt zum Zwecke einer Reparatur unternommen würde, denn dann könnte sich das an den Besitz anknüpfende Werkunternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) nicht gegenüber dem besitzlosen Vermieterpfandrecht durchsetzen.

Dementsprechend war auch die Anschlussrevision der Klägerin begründet, weil eine Teilerfüllung etwaiger Ansprüche durch Verrechnung mit Gegenansprüchen aus ungerechtfertigter Geschäftsführung im Zusammenhang mit der vorgenommenen Endräumung mangels Aufrechnungserklärung nicht festgestellt werden kann.

Der Senat hat deshalb darauf hingewiesen, dass das Oberlandesgericht nunmehr dazu Feststellungen zu treffen haben wird, ob die zum Stichtag des 31. Juli 2013 bezifferten Forderungen aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens herrühren oder nach der Insolvenzeröffnung aufgrund einer Vertragserfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter entstanden sind. Hinsichtlich derjenigen Forderungen, die nicht zur Masseschuld zählen, wird sodann zu prüfen sein, ob und inwieweit sie aus den letzten 12 Monaten vor der Insolvenzeröffnung herrühren. Soweit für den danach

verbleibenden Teil an Forderungen eine Befriedung aus dem Vermieterpfandrecht grundsätzlich in Betracht kommt, weil sich die Fahrzeuge im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung tatsächlich auf dem Betriebsgrundstück befunden haben, wird sich das Oberlandesgericht auch mit der vom Beklagten erhobenen Einrede der Anfechtbarkeit auseinandersetzen haben (§§ 146 Abs. 2; 130 InsO). Hinsichtlich der Feststellungs- und Verwertungskosten wird dann ferner zu berücksichtigen sein, dass diese zunächst aus dem Übererlös zu Lasten der Masse zu entnehmen sind. Eine etwaige bestehende Übersicherung führt nämlich dazu, dass der Sicherungsgläubiger trotz Abzugs der Kostenbeiträge nach §§ 170; 171 InsO vom Verwertungserlös unter Umständen eine vollständige Befriedigung seiner gesicherten Forderung erhält.

**b)**

In einem weiteren Verfahren wurde um die **klauselmäßige Verlängerung eines Werbevertrags** gestritten. Die Klägerin vermietete Werbeflächen auf Kraftfahrzeugen, die sie an soziale Institutionen verleiht. Laut dem Formularvertrag hat die Werbemaßnahme eine Vertragslaufzeit von fünf Jahren, die sich um weitere fünf Jahre automatisch verlängert, wenn der Vertrag nicht sechs Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird. Ferner sieht die Klausel vor, dass die Werbelaufzeit mit der Auslieferung des Fahrzeugs an den Vertragspartner beginnt. Die Klägerin hatte mit ihrer vorinstanzlich erfolglosen Klage die Vergütung für die verlängerte Vertragslaufzeit geltend gemacht, da sich nach ihrer Ansicht der Vertrag um weitere fünf Jahre verlängert habe. Der Senat hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen.<sup>19</sup>

Rechtsfehlerfrei war das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die **Vertragsverlängerungsklausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB wegen mangelnder Transparenz** nicht standhält. In dieser Hinsicht ist bereits der **Vertragsbeginn nicht eindeutig** geregelt, da

---

<sup>19</sup> Urteil vom 25. Oktober 2017 – [XII ZR 1/17](#) – MDR 2018, 16 f. = NJW-RR 2018, 198 f. = NZM 2018, 125 f.

dieser mit der Auslieferung des Fahrzeugs „an den Vertragspartner“ beginnt. Vertragspartner des Werbevertrages sind jedoch die Parteien des Rechtsstreits, während das Fahrzeug vom Hersteller an die Klägerin ausgeliefert wurde. Das Pflegestift wird dagegen als „Institution“ bezeichnet und kann somit nicht „Vertragspartner“ sein. Damit bleibt unklar, ob es auf die Auslieferung des Fahrzeugs an die Klägerin oder auf die Übergabe des Fahrzeugs an die Institution ankommen soll. Angesichts dessen bleibt auch offen, wann der Vertrag in Lauf gesetzt wird, weshalb sich auch der **letztmögliche Kündigungszeitpunkt mit der Folge der Intransparenz nicht feststellen** lässt. Eine wirksame Vertragsverlängerungsklausel setzt jedoch voraus, dass für den Vertragspartner vorher die effektive Möglichkeit zur Kündigung besteht.

**c)**

Ein weiteres Revisionsurteil rankt sich um sogenannte **Schriftformheilklauseln** in einem Gewerbemietvertrag, aufgrund dessen die Beklagte von der Rechtsvorgängerin der Klägerin Ladenräume angemietet hatte. Der zweite Nachtrag zum Gewerberaummietvertrag enthält dabei – unter Aufrechterhaltung des Ausgangsmietvertrages und des ersten Nachtrages – eine Verlängerung der Mietzeit bis zum 31. Mai 2020. Nachdem die Klägerin in das Mietverhältnis eingetreten war, hat sie mit Schreiben vom 15. Januar 2011 eine Änderung der Wertsicherungsklausel dahingehend begehrt, dass bei Veränderung des Verbraucherpreisindex um 5% eine Änderung der Miete eintreten solle. Der Beklagte hatte auf dem Schreiben handschriftlich „6% einverstanden“ vermerkt und das Schreiben an die Klägerin zurückgesandt. Eine entsprechend erhöhte Miete hat der Beklagte später dann auch entrichtet. Die Revision der Klägerin war erfolglos.<sup>20</sup>

Zutreffend war das Oberlandesgericht davon ausgegangen, dass der Mietvertrag bei Eintritt der Klägerin in den Vertrag der Schriftform des

---

<sup>20</sup> Urteil vom 27. September 2017 – [XII ZR 114/16](#) – MDR 2017, 1351 f. = NJW 2017, 3772 ff. = NZM 2018, 38 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.



§ 550 BGB entsprach und somit eine feste Laufzeit bis zum 31. Mai 2020 aufwies, während **die vorgenommene Änderung der Wertsicherungsklausel schriftformwidrig** erfolgt ist. Dabei steht der Wahrung der Schriftform des § 550 BGB vorliegend nicht entgegen, dass im Ausgangsvertrag eine Verweisung auf die beiden Nachträge fehlte, da es nach der Rechtsprechung des Senats **keiner körperlichen Verbindung von Schriftstücken bedürfe, wenn sich wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst finden, sondern in Anlagen ausgelagert werden**. Die für die Einheitlichkeit der Urkunde erforderliche, aber auch ausreichende **gedankliche Verbindung kann in einer zweifelsfreien Bezugnahme** zum Ausdruck kommen. Im Falle von nachträglichen Vereinbarungen genügt es daher, wenn in einem Nachtrag deutlich auf den ursprünglichen Vertrag Bezug genommen wird und die geänderten Regelungen aufgeführt werden, sofern diese erkennen lassen, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des Ursprungsvertrages verbleibt. Diesen Anforderungen haben die beiden Nachträge genügt, wobei es auch nicht darauf ankommt, dass die Beklagte schriftlich die Betriebskostenposition „Müllkosten“ abgelehnt hatte, denn deren Vorbringen lässt sich bereits nicht die Behauptung einer mündlichen, den schriftlichen Vertrag abändernden Vereinbarung entnehmen.

Die Änderung hinsichtlich der Wertsicherungsklausel im Januar 2011 genügte dagegen den Anforderungen des § 550 BGB nicht, da sie eine vertragswesentliche Vereinbarung betraf und es an einer ausreichenden Bezugnahme auf den Ausgangsvertrag und den Nachträgen fehlte. Der Klägerin ist es jedoch nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf den Schriftformverstoß zu berufen.

Allerdings ergibt sich eine Treuwidrigkeit nicht bereits daraus, dass die Parteien eine sog. Schriftformheilungsklausel vereinbart hätten. Höchstrichterlich ist in diesem Zusammenhang lediglich geklärt, dass es mit § 550 BGB nicht zu vereinbaren ist, wenn ein Erwerber aufgrund einer Heilungsklausel verpflichtet wäre, von einer ordentlichen Kündigung

wegen eines nicht aus seiner Vertragszeit stammenden Formmangels Abstand zu nehmen. Im weitergehenden Umfang hat der Senat bislang noch nicht Stellung dazu genommen, inwieweit eine Schriftformheilungsklausel Rechtswirkungen mit Blick auf § 550 BGB erzeugt. Der Senat hat daher seine Rechtsprechung fortgeführt und entschieden, **dass Schriftformheilungsklauseln – unabhängig davon, ob sie individualvertraglich oder als allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden – unwirksam sind** und deshalb über § 242 BGB einer ordentlichen Kündigung aufgrund eines Schriftformverstoßes nicht entgegengehalten werden können. Bei § 550 BGB handelt es sich nach allgemeiner Auffassung um zwingendes Recht, das nicht nur einen späteren Erwerber schützen soll, sondern auch die Beweisbarkeit langfristiger Abreden zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien gewährleisten will. Hiermit sind Schriftformheilungsklauseln unvereinbar, da sie zur Folge hätten, dass die Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit gebunden wären, so dass die beabsichtigte Warnfunktion und der erstrebte Übereilungsschutz ausgehöhlt würden. Allerdings stellt § 550 BGB kein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB dar, denn dieser schränkt die grundsätzliche Formfreiheit von Rechtsgeschäften nur dahingehend ein, dass die erfassten Mietverträge bei Wahrung der Schriftform einer längerfristigen Bindung zugänglich sind.

Das Berufen der Klägerin auf den Schriftformverstoß stellte sich aber aus **anderen Gründen als treuwidrig dar, da die nachträglich getroffene Abrede für die Klägerin lediglich vorteilhaft** war. Gleichwohl wurde sie zum Anlass genommen, sich von einem zwischenzeitlich lästig gewordenen, langfristigen Mietvertrag zu lösen. Die neue Wertsicherungsklausel sollte zudem auf Drängen der Klägerin in den Vertrag einbezogen werden. Hierbei kann die Klägerin auch nicht mit dem Einwand gehört werden, auch die Beklagte werde begünstigt, da bereits die im ersten Nachtrag enthaltene, frühere Wertsicherungsklausel eine automatische Ersetzungsregel für den Fall der Umbasierung enthielt. Dass eine Preissteigerung innerhalb der Vertragslaufzeit auch nur annähernd eine Größenordnung

erreichen könnte, ab der eine Steigerung um 10 Indexpunkte eher eintritt, als eine 6%-ige Preissteigerung, liegt ebenso fern, wie ein Preisverfall um mindestens 6%. Im Einklang damit hat die Klägerin auch bereits wenige Monate nach der Vertragsänderung mit Erfolg eine höhere Miete verlangt. Dann widerspricht sich die Klägerin, wenn sie gleichwohl aufgrund eines Schriftformverstoßes das Mietverhältnis kündigt.

**d)**

Um eine **analoge Anwendung des § 566 BGB** geht es in einem Streitfall, in dem der Beklagte Gewerberäume von einer E Handelsgesellschaft angemietet hatte. Eigentümer des Grundstücks war jedoch eine E Grundstück GmbH, die sich in einer Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag bereit erklärte, ggf. in den Mietvertrag einzutreten. Die Klägerin hatte das Grundstück erworben und das Mietverhältnis ordentlich gekündigt. Deren Revision war ohne Erfolg, weil der Senat § 566 BGB analog angewendet hat.<sup>21</sup>

§ 566 BGB findet zwar nicht unmittelbar Anwendung, weil **der Vermieter und der Veräußerer nicht identisch** sind. Darüber hinaus fehlt es auch an der erforderlichen Identität von Vermieter und Eigentümer.

Diese Lücke kann aber – zumindest im Streitfall – über eine analoge Anwendung geschlossen werden, da § 566 BGB jedenfalls in Bezug auf die Veräußerungstatbestände einer Erweiterung zugänglich ist. Auch die Interessenlage ist vergleichbar, da dem Mieter dessen berechtigter Besitz erhalten werden soll. Dieser **Gesetzeszweck greift auch dann, wenn ein Nichteigentümer mit der Zustimmung des Eigentümers einen Mietvertrag im eigenen Namen schließt**. Für das Besitzrecht des Mieters spielt es keine Rolle, ob er das Anwesen vom Eigentümer oder einer anderen Person anmietet, während der Vermieter selbst regelmäßig kein Interesse am Fortbestand des Mietvertrages hat. Das Publizitätsinteresse

---

<sup>21</sup> Urteil vom 12. Juli 2017 – [XII ZR 26/16](#) – MDR 2017, 1234 f. = NZM 2017, 847 ff. = ZMR 2017, 968 ff.

des Erwerbers wird dadurch gewahrt, dass dem Mieter zuvor der Besitz eingeräumt wurde. Bezogen auf den Streitfall hatte sich das Berufungsgesicht rechtfehlerfrei von einer vergleichbaren Interessenlage überzeugt, da die Handels GmbH allein aus „strategischen Gründen“ und auf Weisung der Grundstücks GmbH gehandelt hatte. Wirtschaftlich betrachtet hatte die Grundstücks GmbH auch die Rolle des Vermieters eingenommen, zumal sie nach der Zusatzvereinbarung auch in das Mietverhältnis hätte eintreten können. Dem notariellen Kaufvertrag war eine Liste der bestehenden Mietverhältnisse beigefügt und die Veräußerin hatte dafür eine Garantie übernommen.

**e)**

In weiteren Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren war das Rechtsmittel aufgrund von Gehörsverletzungen des Beschwerdeführers jeweils erfolgreich.

**aa)**

Das erste Verfahren betrifft **Schadensersatzansprüche der Klägerin, die Räumlichkeiten zum Betrieb eines Varietétheaters angemietet** hatte. In dieses gewerbliche Mietverhältnis ist der Beklagte aufgrund Erwerbs von dessen Streithelferin eingetreten. Die Klägerin hatte Wasserschäden aufgrund eines Starkregens erlitten und deshalb den Beklagten sowie dessen Streithelferin zur Beseitigung bzw. zur Kostenübernahme aufgefordert und – nachdem diese untätig geblieben waren – die Miete einbehalten. Der Beklagte hatte daraufhin das Mietverhältnis fristlos wegen Zahlungsverzug gekündigt.

Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage zur Räumung und Herausgabe sowie zur Zahlung rückständiger Miete verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hatte das Oberlandesgericht zurückgewiesen, da sich die **Instandhaltungspflicht des Beklagten nicht auf Einbauten wie Theken, Podeste oder Wandverkleidungen erstrecke, die der Mieter selbst eingebracht**

**habe.** Ausweislich des Kaufvertrages mit der früheren Betreiberin des Theaters habe die Klägerin aber das gesamte „bewegliche und unbewegliche Inventar“ des Clubs erworben; ob auch ein Teilbetrag auf die Erneuerung des Fußbodens entfalle, für die der Beklagte verantwortlich sei, lasse sich der Berechnung der Klägerin nicht entnehmen. Dem ist der Senat nicht gefolgt.<sup>22</sup>

Die **Auslegung des Kaufvertrages mit der früheren Mieterin** beruht auf der Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots, die im Prozessrecht keine Stütze mehr findet und den Anspruch der Klägerin aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt. Das Berufungsgericht war in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, dass der im **Kaufvertrag enthaltene Begriff „unbewegliches Inventar“ eindeutig** sei. Damit wurde verkannt, dass der **übereinstimmende Parteiwille dem Wortlaut und jeder anderen Interpretation selbst dann vorgeht**, wenn er **im Inhalt der Erklärung keinen oder nur einen unvollkommenen Niederschlag gefunden** hat. Die Klägerin hatte zu einem entsprechenden, abweichenden Verständnis aber vorgetragen und durch Vernehmung eines Zeugen unter Beweis gestellt, dass mit dem „unbeweglichen Inventar“ lediglich die **Bar und die Theke des Lokals** gemeint gewesen seien. Diesem Beweisangebot hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen, da sich daraus wesentliche Erkenntnisse für die Auslegung des Kaufvertrages hätten ergeben können. Soweit sich das Berufungsgericht dagegen auf die Höhe des Kaufpreises und den Gegenstand des Kaufvertrages bezogen hatte, lag darin eine – unzulässig – vorweggenommene Beweiswürdigung, die zudem einer belastbaren tatsächlichen Grundlage entbehrt.

Der damit aufgezeigte Auslegungsfehler ist auch entscheidungserheblich, denn sofern der Neumieter die in die Mietsache eingebrachten Einrichtungen nicht im Wege einer Ablösevereinbarung übernommen hat, hängt es **von der Auslegung des Mietvertrages ab, ob die zurückgelassene**

---

<sup>22</sup> Beschluss vom 27. September 2017 – [XII ZR 54/16](#) – NJW RR 2018, 74 f. = NZM 2017, 812 f.

**Einrichtung als Bestandteil mitvermietet** wird. In diesem Fall würde sich die Verpflichtung des Vermieters auch auf diese Gegenstände beziehen, so dass ein Aufwendungsersatzanspruch (§ 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB) der Klägerin nicht ausgeschlossen werden kann. Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig, da der im Mietvertrag vorgesehene Aufrechnungsausschluss gemäß § 307 BGB unwirksam ist, da die Möglichkeit einer Aufrechnung mit einer unbestrittenen Forderung zusätzlich von der Anerkennung durch den Vermieter abhängig ist.

**bb)**

Ein weiterer **Räumungsrechtsstreit betrifft ein Gewerbegrundstück**, auf dem der Beklagte seit 1966 einen Abschleppdienst mit Werkstatt betreibt, ohne dass ein schriftlicher Vertrag geschlossen wurde. Eigentümerin dieses Grundstücks war die während des Rechtsstreits verstorbene Mutter der Klägerin zu 3 und des Beklagten, die zugleich Großmutter der Kläger zu 1 und 2 war. Die Kläger sind im August 2011 aufgrund einer Auflassungserklärung als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen worden, wobei **zwischen den Parteien streitig ist, ob die Erblasserin zum Zeitpunkt der Auflassung geschäftsfähig** war. Mit Schreiben vom 02. Januar 2012 hatten die Kläger das Mietverhältnis gekündigt.

Das Landgericht war davon ausgegangen, dass die Kläger aufgrund der Auflassung und der Eintragung ins Grundbuch Eigentümer des Grundstücks geworden seien und es diesbezüglich nicht auf die Frage der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin ankomme. Die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 zurückgewiesen. Auch in diesem Verfahren hat der Senat gemäß § 544 Abs. 7 ZPO entschieden.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Beschluss vom 23. August 2017 – [XII ZR 29/17](#) – nur bei juris.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Kläger seien nicht aufgrund des Erbfalls, sondern **aufgrund der Auflassung des Grundstücks gemäß § 566 BGB in das bestehende Mietverhältnis eingetreten**, nimmt entscheidungserhebliches tatsächliches Vorbringen nicht zur Kenntnis und verletzt den Beklagten in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das **Gericht auf den wesentlichen Kern des Vortrags einer Partei zu einer zentralen Frage des Verfahrens** nicht eingeht. So verhält es sich hier, da der Beklagte unter Antritt von Sachverständigenbeweis vorgetragen hatte, die Erblasserin sei zum Zeitpunkt der Auflassung im August 2011 nicht mehr geschäftsfähig gewesen. Diesen Beweis hätte somit bereits das Landgericht erheben müssen. Soweit das Landgericht dagegen im unstreitigen Teil des Tatbestandes festgestellt hatte, die Kläger seien durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks geworden, steht dies im offenen Widerspruch zu den Ausführungen in den Entscheidungsgründen, wonach es nicht auf die Geschäftsfähigkeit der Mutter des Beklagten ankommen solle. Indem sich das Oberlandesgericht mit diesem offensichtlichen Widerspruch nicht auseinander gesetzt hat, war das streitige Vorbringen der Parteien zur Geschäftsfähigkeit der Mutter nicht zur Kenntnis genommen worden.

f)

Letztendlich ist auch noch auf ein Urteil in einer **Landwirtschaftssache** hinzuweisen, in dem der Kläger ein **Vorpachtrecht** geltend machte. Der Kläger hatte mittels eines von ihm gestellten Vertragsmusters von der Beklagten verschiedene Grundstücke gepachtet, die die Beklagte später weiterverpachtete. § 11 des Vertrags bestimmt dabei:

„Dem Pächter wird ein Vorpachtsrecht für die in § 1 aufgeführten Pachtflächen eingeräumt.“

Die Revision der Beklagten führte zur Klageabweisung, da die Klausel gegen § 307 BGB verstößt.<sup>24</sup>

Die angefochtenen Entscheidung hält bereits deshalb einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, weil das Berufungsgericht **seiner Auslegung den falschen rechtlichen Maßstab** zugrunde gelegt hatte. Das Oberlandesgericht war von den Gesamtumständen des konkret geschlossenen Pachtvertrages ausgegangen und hatte damit verkannt, dass es **auf die typisierten Interessen des Verwenders und dessen Vertragspartner hätte abstellen** müssen.

Die vom Landwirtschaftssenat daher nachzuholende Prüfung ergab die Intransparenz der Klausel. Der Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen ist danach verpflichtet, den Regelungsbereich nicht nur **möglichst umfassend und klar zu umschreiben**, sondern muss **auch die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen** erkennen lassen.

Zwar bestehen von Rechts wegen keine Bedenken dagegen, dass der Vorpachtberechtigte sein Recht – entsprechend einem Vorkaufsrecht – durch einseitige bedingungsfeindliche Gestaltungserklärung ausüben kann. Die mangelnde Bestimmtheit ergibt sich jedoch daraus, dass die Regelung nicht erkennen lässt, **für wie viele Fälle und für welchen Zeitraum das Vorpachtrecht gelten** soll. Ein Rückgriff auf das schuldrechtliche Vorkaufsrecht scheidet insoweit daran, dass ein Vorkaufsrecht zwingend nur ein einziges Mal ausgeübt werden kann, während der Grundstückseigentümer wiederholt Pachtverträge abschließen kann. In zeitlicher Hinsicht kann der Eigentümer auch eine Selbstnutzung der Grundstücke vorziehen. Entscheidet er sich später wieder für eine Verpachtung, bleibt offen, ob das Vorpachtrecht noch besteht. Auch insoweit führt ein Rückgriff auf das Vorkaufsrecht nicht weiter.

---

<sup>24</sup> Urteil vom 24. November 2017 – [LwZR 5/16](#) – MDR 2018, 267 f. = NJW-RR 2018, 199 ff. = NZM 2018, 126 ff.



### 3. Wohnungseigentumsrecht

Rechtsprobleme aus dem Bereich des Wohnungseigentumsrechts sind dem V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zugewiesen.

#### a)

Gegenstand eines Revisionsverfahrens war eine Unterlassungsklage der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft gegen eines ihrer Mitglieder, das in seiner **Teileigentumseinheit eine Gaststätte** betrieb. Während das Landgericht noch von der Verwirkung des Unterlassungsanspruchs ausgegangen war, hat der Senat gegenteilig entschieden.<sup>25</sup>

Zutreffend war das Berufungsgericht allerdings noch von der **Prozessführungsbefugnis** der Klägerin ausgegangen, da mit einem **Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer eine gekorene Ausübungsbefugnis** des Verbandes gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG für den Unterlassungsanspruch der Sondereigentümer aus §§ 1004 Abs. 1 BGB; 15 Abs. 3 WEG begründet worden war. Rechtsfehlerfrei hatte das Berufungsgericht auch noch eine **zweckwidrige Nutzung der Teileigentumseinheit gemäß § 15 Abs. 3 WEG** bejaht, da die Teilungserklärung eine Nutzung als Laden, Büro und Praxis vorsah, während der Betrieb einer Gastronomie dieser Zweckbestimmung widerspricht.

Rechtsfehlerhaft hatte das Landgericht jedoch Verwirkung angenommen, da es dazu **eines Zeit- und eines Umstandsmoments** bedarf. Bereits die Annahme des Zeitmoments war dabei unzutreffend, da der Beklagte den **Geschäftsbetrieb um eine Außenterrasse erweitert hatte und damit eine eigenständige Störung** vorlag, die den **Unterlassungsanspruch neu auslöste**. Damit fehlte es zwangsläufig an der für das Zeitmoment erforderlichen, langjährigen Duldung. Darüber hinaus ist für die Beurtei-

---

<sup>25</sup> Urteil vom 15. Dezember 2017 – [V ZR 275/16](#) – nur bei juris; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

lung der Zeitspanne, die bis zum Eintritt der Verwirkung verstrichen sein muss, auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen, weshalb sich in diesem Zusammenhang eine schematische Betrachtungsweise verbietet.

Letztlich fehlt es auch an einem **schutzwürdigen Vertrauenstatbestand** (sog. Umstandsmoment), da dieser nicht durch bloßen Zeitablauf geschaffen werden kann. Diese Feststellung hatte das Berufungsgericht nicht treffen können, sondern **allein auf die bloße Untätigkeit der übrigen Wohnungseigentümer verwiesen**. Anhaltspunkte dafür, die übrigen Wohnungs- und Teileigentümer hätten zu erkennen gegeben, mit der zweckwidrigen Nutzung einverstanden zu sein, lässt der Streitfall nicht erkennen.

**b)**

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde um Schadensersatzansprüche gestritten, nachdem die **beklagte Hausverwalterin es versäumt hatte, offene Hausgeldforderungen in einem Zwangsversteigerungsverfahren anzumelden**. Die Revision der Klägerin – einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft – hatte Erfolg.<sup>26</sup>

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB nicht verneinen, da **nach § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG der Verwalter berechtigt und verpflichtet ist, Lasten- und Kostenbeiträge anzufordern. Hierzu zählt auch die Verpflichtung, bevorrechtigte Hausgeldansprüche anzumelden (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG)**, wenn ein Dritter die Zwangsversteigerung in das Wohnungseigentum des Schuldners betreibt. Dem Verwalter ist die Durchsetzung der Kostenbeiträge mit geringem Aufwand möglich, während sich auf diese Weise ein endgültiger Forderungsausfall vermeiden lässt. Die Anmeldung bevorrechtigter Ansprüche ist mit § 45 Abs. 3 ZVG bewusst einfach ausgestaltet worden und nicht

---

<sup>26</sup> Versäumnisurteil vom 08. Dezember 2017 – [V ZR 82/17](#) – WM 2018, 340 ff. = WuM 2018, 177 ff. = ZInsO 2018, 485 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

von einem Titel abhängig. Wirtschaftliche Risiken sind mit der Anmeldung nicht verbunden, während der Wohnungseigentümergeinschaft in der Regel eine effektive Rechtsdurchsetzung ermöglicht wird. Der Einberufung einer (außerordentlichen) Eigentümerversammlung bedarf es aus zeitlichen Gründen nicht, da nur bei rechtzeitiger Anmeldung gewährleistet ist, dass die bevorrechtigten Hausgeldansprüche bei der Erlösverteilung berücksichtigt werden (§ 114 Abs. 1 ZVG). **Anders wäre dies allerdings, wenn der Verwalter selbst ein Zwangsversteigerungsverfahren (§ 15 ZVG) einleiten oder einen Beitritt (§ 27 ZVG) erklären** wollte, weil damit Gerichtsgebühren entstehen und ggf. Sachverständigenkosten anfallen. In diesem Fall ist der Verwalter dazu verpflichtet, die Wohnungseigentümer über diese Möglichkeit zu informieren und eine Beschlussfassung über das weitere Vorgehen herbeizuführen. Damit hatte die Beklagte ihre Pflichten verletzt, da sie in der Eigentümerversammlung nur die Information erteilt hatte, eine rechtzeitige Anmeldung in dem laufenden Zwangsversteigerungsverfahren sei geboten, aber diese nicht selbst bewirkt hatte.

Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht auch insoweit, als es ein **fehlendes Verschulden der Beklagten** bejaht hatte. Im maßgeblichen Jahr 2008 war zwar umstritten, ob der noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragene Bauträger während der Entstehungsphase der Wohnungseigentümergeinschaft für das Hausgeld haftet. Allerdings wird allein dadurch die Vermutung, dass die Beklagte die Pflichtverletzung zu vertreten hat, nicht widerlegt. Nachdem wirtschaftlichen Nachteile mit der Anmeldung nicht verbunden sind und die Beklagte selbst davon ausgegangen war, dass eine Anmeldung in dem Zwangsversteigerungsverfahren erforderlich sei, hat sie daher schuldhaft gehandelt.

Der Senat hat ferner geprüft, ob sich die angefochtene Entscheidung nicht aus anderen Gründen als richtig erweist (§ 561 ZPO). Dies wäre dann der Fall, wenn der **Forderungsausfall nicht durch das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten verursacht worden** wäre, weil die **rechtzeitige**

**Anmeldung nicht zur Berücksichtigung des Hausgeldrückstands im geringsten Gebot geführt** hätte. Dies konnte der Senat nicht abschließend beurteilen.

Ein Vorrecht zu Gunsten der Wohnungseigentümer kam gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in der ab dem 01. Juli 2007 geltenden Fassung in Betracht, da die Zwangsversteigerung erst am 06. November 2007 angeordnet worden war (§ 62 Abs. 1 WEG). Nicht feststellbar ist, dass die Vollstreckung daran gescheitert wäre, dass der (weiterhin) eingetragene Eigentümer nicht Hausgeldschuldner ist. In diesem Zusammenhang kommt es nicht auf die hypothetische Betrachtung an, wie das Vollstreckungsgericht im Jahre 2008 angesichts der damals umstrittenen Rechtslage entschieden hätte, denn **im Falle eines Haftungsverfahrens hat das Regressgericht selbständig zu entscheiden, wie richtigerweise hätte verfahren werden müssen**. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ist nach der zwischenzeitlich ergangenen, höchstrichterlichen Rechtsprechung dahingehend auszulegen, dass **die Bauträgerin nicht mehr Hausgeldschuldnerin gewesen wäre, wenn der Erwerber die Rechtsstellung eines werdenden Wohnungseigentümers erlangt** hätte. Hierbei ist auch daran festzuhalten, dass § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft begründet, aufgrund dessen sie von dem eingetragenen Eigentümer Befriedigung aus dem Wohnungseigentum verlangen kann. Der Senat hat deshalb den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit weitere Feststellungen getroffen werden können.

**c)**

Die Frage, ob die beabsichtigte Nutzung einer **Teileigentumseinheit als Flüchtlings- oder Arbeiterheim Wohnzwecken** dient, hatte der Senat im Berichtszeitraum ebenfalls zu beantworten. Konkret beabsichtigte die Erwerberin der Teileigentumseinheit Nr. 1, die seit dem Jahre 2003 leer steht und in der früher ein Alten- und Pflegeheim betrieben wurde, diese als Unterkunft für Asylbewerber oder Flüchtlinge zu nutzen. Die im

Eigentum der Klägerin stehende Einheit Nr. 2 wird dagegen zum Betrieb einer Arztpraxis genutzt. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Abweisung der erhobenen Unterlassungsklage.<sup>27</sup>

Im Ausgangspunkt zutreffend war das Berufungsgericht noch davon ausgegangen, wonach die Formulierung in der Teilungserklärung, die Einheiten sollten „nicht zu Wohnzwecken dienen“, als **Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter gemäß § 15 Abs. 1 WEG** anzusehen ist. Dies entspricht zwar der gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 1 und Abs. 3 WEG; die gesetzliche Terminologie wird aber dazu verwendet, um den Zweck des Sondereigentums verbindlich festzulegen. Fehlerfrei war das Berufungsgericht auch noch davon ausgegangen, dass sich die mit Wohnungs- und Teileigentum verbundene Nutzungsbefugnis gegenseitig ausschließen; dies gilt auch hinsichtlich einer Einheit, die aufgrund ihrer Ausstattung sowohl als Wohn- als auch als Teileigentum begründet werden kann. Dies hat allerdings zur Folge, dass Grenzfälle entstehen können, in denen Wohnzwecke von den übrigen Zwecken unterschieden werden müssen. Etwaige Zweifelsfragen werden aber dadurch abgemildert, dass sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig darstellen kann, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr stört, als die vorgesehene Nutzung.

Nachdem der **Begriff des Bewohnens weit auszulegen** ist, wurde damit entscheidend, ob die Nutzung der verfahrensgegenständlichen Einheit als **Flüchtlingsheim** unter diesen Begriff fällt und damit von der Teilungserklärung nicht gedeckt ist. Zwar wird sich die **Nutzung als Heim regelmäßig nicht als Wohnen** darstellen. Noch nicht abschließend geklärt ist jedoch, **anhand welcher Kriterien sich das Vorliegen eines Heimes** bemisst. Der Senat hat entschieden, dass die **Abgrenzung aufgrund einer Gesamtschau verschiedener Kriterien** zu erfolgen hat.

---

<sup>27</sup> Urteil vom 27. Oktober 2017 – [V ZR 193/16](#) – MDR 2018, 80 ff. = NJW 2018, 41 ff. = NZM 2018, 19 ff.

Im Ausgangspunkt ist darauf abzustellen, dass ein Heim als Wohnform nicht dem klassischen Familienleben entspricht, wenngleich sich eine als Wohnnutzung anzusehende Wohngemeinschaft ebenfalls aus nicht familiär verbundenen oder wechselnden Personen zusammensetzt. Im Gegensatz dazu kennzeichnet sich eine **Heimnutzung aber dadurch, dass die Unterkunft in einer für eine Vielzahl von Menschen bestimmten Einrichtung erfolgt und damit die Errichtung einer Organisationsstruktur im Vordergrund steht.** Im Bereich der Altenpflege dient die Nutzung dann nicht mehr Wohnzwecken, wenn in erster Linie Pflege- und Betreuungsleistungen erbracht werden. Im Bereich der Jugendhilfe wird dagegen ein auf gewisse Dauer angelegtes, familienähnliches Zusammenwohnen von Kindern und Jugendlichen mit Betreuern im Vordergrund stehen, das einer Pflegefamilie angenähert ist. Bei der Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern geht es daher um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die gemeinschaftliche Unterbringung einer Vielzahl von Menschen auf engem Raum eine heimtypische Organisationsstruktur erforderlich macht.

Wohnzwecken ist die Struktur dann zuzuordnen, wenn einzelner Wohnungen von üblicher Größe und Beschaffenheit überlassen werden, da damit eine eigene Haushaltsführung ermöglicht wird. Anders verhält es sich dagegen bei Gemeinschaftsunterkünften, in denen Asylbewerber untergebracht werden (vgl. § 53 AsylG), da sie – im Unterschied zu einer privaten Unterkunft – auf eine Vielzahl von Asylbewerbern ausgerichtet sind. Die erforderliche bauliche Größe und Ausgestaltung der Einheit, die Anzahl und die häufige Fluktuation der Bewohner machen dann eine heimtypische Organisationsstruktur erforderlich. Da die Unterbringung regelmäßig auf besonders engem Raum in einem Zimmer erfolgt, ist dies typischerweise mit Beschränkungen verbunden. Hierbei kommt es auch nicht auf eine Vollbelegung an, denn entscheidend ist das zugrundeliegende Nutzungskonzept. Bei einem Arbeiterwohnheim ist dann von einer heimähnlichen Nutzung auszugehen, wenn die bauliche Gestaltung auf einen unüblich großen Personenkreis ausgelegt ist, das Nutzungskonzept

gemeinschaftliche Küchen und Sanitäranlagen sowie die Unterbringung in Mehrbettzimmern vorsieht. Bezogen darauf war die von der Beklagten beabsichtigte Nutzung nicht auf Wohnzwecke angelegt.

Der Senat hat ergänzend ferner geprüft, ob die in der Teilungserklärung enthaltene Bezeichnung „Altenpflegeheim“ einer Nutzung als Flüchtlingsheim entgegensteht und dies – im Ergebnis – verneint. Bei **der Auslegung einer Teilungserklärung** ist zu beachten, dass **sich eine auf bestimmte Zwecke beschränkte Nutzung aus der Gemeinschaftsordnung klar ergeben** muss. Die Bezeichnung als „Altenpflegeheim“ bzw. „Praxis“ dienten im Streitfall jedoch nur zur räumlichen Abgrenzung. Zudem wurde ein bereits bestehendes und in Betrieb genommenes Gebäude aufgeteilt, weshalb sich die Teilungserklärung so verstehen lässt, dass allein auf die zur Zeit der Aufteilung ausgeübte Nutzung Bezug genommen wurde. Damit lässt die Teilungserklärung nicht hinreichend erkennen, dass lediglich die Nutzung als „Altenpflegeheim“ geregelt werden sollte.

**d)**

Einen **Stimmrechtsausschluss** hatte ein Revisionsverfahren zum Gegenstand, in dem die Anlage aus vier Wohneinheiten bestand. Der **Kläger hatte die Wohnung Nr. 4 an eine Kommanditgesellschaft übertragen, in der er Kommanditist und Geschäftsführer ist**. Ferner ist der Kläger alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin der Gesellschaft. In einer Eigentümerversammlung ist die Gesellschaft vom Stimmrecht ausgeschlossen worden und wurden gegen die Stimme des Klägers Beschlüsse gefasst. Das Landgericht war davon ausgegangen, dass der Stimmrechtsausschluss wirksam war. Der Senat hat gegenteilig entschieden.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Urteil vom 14. Juli 2017 – [V ZR 290/16](#) – MDR 2017, 1176 = NZG 2017, 1181 ff. = NJW 2018, 552 ff.

Der Kläger kann **selbst den Stimmrechtsausschluss** geltend machen, da **jeder Wohnungseigentümer eine ordnungsgemäße Verwaltung verlangen und gerichtlich durchsetzen kann**. Damit kam es nicht darauf an, dass der Stimmrechtsausschluss allein die Gesellschaft betrifft. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der Gesellschaft auch ein Stimmrecht zu, da es auch **unter der Geltung des Kopfstimmrechts zu einer nachträglichen Vermehrung von Stimmrechten kommt, wenn ein Eigentümer mehrere Einheiten sukzessive veräußert**. Dies gilt auch dann, wenn im Hinblick auf das zusätzliche Stimmrecht eine Einheit an einen nahen Angehörigen veräußert wird. Gemäß § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG entsteht daher auch dann ein neues Stimmrecht, wenn es sich bei dem Erwerber um eine beherrschte juristische Person handelt.

Von der **Ausübung des Stimmrechts durfte die Gesellschaft** dann auch **nicht allgemein ausgeschlossen werden**, da das Stimmrecht zum **Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte** zählt und somit eine Einschränkung nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen statthaft ist. Dabei rechtfertigt die **konkrete Gefahr der Majorisierung durch einzelne Eigentümer** einen allgemeinen Stimmrechtsausschluss noch nicht, da die übrigen Wohnungseigentümer gegenüber einer Blockadeposition zuerst die ihnen eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten ergreifen müssen.

Ein Wohnungseigentümer, der seine Zahlungspflichten vernachlässigt, kann wegen § 25 Abs. 5 Alt. 2 WEG Beschlussfassungen, die auf die Einleitung gerichtlicher Maßnahmen abzielen, bereits nicht blockieren. Im weitergehenden Umfang wird der **Minderheitenschutz durch das Prinzip ordnungsgemäßer Verwaltung und dessen gerichtliche Kontrolle im Wege der Beschlussmängelklage** gewährleistet. In dieser Hinsicht können sich majorisierende Beschlüsse unter dem Blickwinkel der Willkür, des Rechtsmissbrauchs oder der unbilligen Benachteiligung Einzelner als unwirksam darstellen. Darüber hinaus wird der Minderhei-



tenschutz durch eine Beschlussersetzungsklage gewährleistet, bei der das Gericht eine Blockadehaltung einzelner Wohnungseigentümer zu berücksichtigen hat.

Im Streitfall kam ein Stimmrechtsausschluss dann auch nicht in Bezug auf die konkret gefassten Beschlüsse in Betracht, da sich die **Stimmabgabe der Gesellschaft nicht als rechtsmissbräuchlich** darstellte. Dabei hat der Senat seine Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch präzisiert. Danach muss die Art und Weise der Stimmrechtsausübung die übrigen Wohnungseigentümer so offenkundig und ohne jeden Zweifel in treuwidriger Weise benachteiligen, dass der Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens nicht abgewartet werden kann. Dies wird **in aller Regel nur bei positiven Stimmabgaben in Betracht kommen**. Bei der Abgabe von Nein-Stimmen, die die Ablehnung eines Beschlussantrages durch sog. Negativbeschluss zur Folge haben, führt dagegen selbst eine treuwidrige Blockade in der Regel nicht dazu, dass die Stimme des Blockierers außer Betracht bleibt.

e)

Die **Begründung einer Ausübungsbefugnis des Verbandes** war Gegenstand weiterer drittinstanzlicher Verfahren.

aa)

Im ersten Streitfall hatte einige Miteigentümer **eine Vereinbarung zur Änderung der Teilungserklärung notariell beurkunden** lassen, die der Kläger nicht bereit war, zu unterschreiben. Die Hausverwaltung ist deshalb durch Beschluss ermächtigt worden, die fehlende Zustimmung notfalls gerichtlich einzuholen. Das Landgericht hatte den Beschluss mangels Beschlusskompetenz für nichtig angesehen. Dem ist der Senat gefolgt.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Urteil vom 13. Oktober 2017 – [V ZR 305/16](#) – Grundeigentum 2018, 269 ff. = MDR 2018, 333 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Das Berufungsgericht hatte den Beschluss zutreffend dahingehend ausgelegt, dass damit eine **alleinige Ausübungsbefugnis des Verbandes für Individualansprüche der Wohnungseigentümer begründet** werden soll. Mit diesem Inhalt kann eine Ausübungsbefugnis jedoch nicht begründet werden, da es an einer **Beschlusskompetenz fehlt. § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG beschränkt sich auf die Rechte und Pflichten aus der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums.** Eine **Änderung der Grundlagenvereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG bezieht sich aber auf die inhaltliche Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses.** Dies betrifft zugleich den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte der Wohnungseigentümer, der einer Vergemeinschaftung von vornherein entzogen ist, da andernfalls **der individuelle Schutz des Einzelnen einer Disposition der Mehrheit zugänglich wäre.** Dies gilt auch dann, wenn sich nur ein einzelner Miteigentümer einer Änderungsvereinbarung widersetzt, da es den übrigen Miteigentümern auch in diesem Fall frei steht, ihren Änderungsanspruch aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG gerichtlich durchzusetzen.

**bb)**

In einem weiteren Rechtsstreit haben die klagenden Wohnungseigentümer **Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen einen Grundstücksnachbarn** wegen verschiedener, auf einer Zuwegung aufgestellter Gegenstände geltend gemacht. Die Revision der Kläger war erfolgreich.<sup>30</sup>

Zu Unrecht hatte das Berufungsgericht die **Aktivlegitimation der Kläger** verneint, da für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche aus dem Miteigentum am Grundstück nach § 1004 Abs. 1 BGB **keine geborene Ausübungsbefugnis des Verbandes** nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG besteht. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei dem **Anspruchsgegner um einen außerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft stehenden Dritten handelt.** Meinungsverschiedenheiten unter den Miteigentü-

---

<sup>30</sup> Urteil vom 13. Oktober 2017 – [V ZR 45/17](#) – MDR 2018, 204 = NJW-RR 2018, 333 ff. = WuM 2018, 56 ff.

mer über das rechtliche Vorgehen gegen den Störer rechtfertigen es nicht, die Ausübungsbefugnis dem Verband zuzuordnen. Diesem steht es frei, die Rechtsverfolgung – woran es hier fehlte – durch Beschluss („gekorene Ausübungsbefugnis“) an sich zu ziehen. Einer mehrfachen Rechtsverfolgung kann der Beklagte durch Streitverkündungen begegnen.

Der Senat hat abschließend entschieden, da die Auslegung ergibt, dass die dem Beklagten bewilligten Grunddienstbarkeiten ihm nur einen Zugangsweg eingeräumt haben. Ein Anspruch, Gegenstände auf der Zuwegung aufzustellen, ist damit nicht verbunden.

f)

Ein weiteres, drittinstanzliches Verfahren befasst sich mit den **Beschlüssen zweier Untergemeinschaften, die hinsichtlich der ihnen zugeordneten Häuser Sanierungsmaßnahmen** beschlossen hatten. Die Revision des Klägers, der der dritten Untergemeinschaft angehört, war ohne Erfolg.<sup>31</sup>

Die Revision war nur in Bezug auf die vom Landgericht bejahte Beschlusskompetenz zulässig, da es sich dabei um einen einzelnen Grund für einen Beschlussmangel handelt, auf den die Zulassung der Revision beschränkt werden kann.

Das Berufungsgericht war jedoch **rechtsfehlerfrei von der Beschlusskompetenz ausgegangen**. Die Klage war zwar zulässig, da sie nach § 46 Abs. 1 WEG auch dann gegen die übrigen Wohnungseigentümer zu erheben ist, wenn Beschlüsse einer Untergemeinschaft angefochten werden. Die angefochtenen Beschlüsse stellen sich aber nicht als nichtig dar, da die Gemeinschaftsordnung mit § 4 GO eine Regelung enthält, die den Anforderungen des § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG entspricht.

---

<sup>31</sup> Urteil vom 10. November 2017 – [V ZR 184/16](#) – Grundeigentum 2018, 265 f. = WuM 2018, 100 ff. = ZWE 2018, 124 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Die **Gemeinschaftsordnung muss danach Abweichungen von der gesetzlichen Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Kosten klar und eindeutig regeln**. Dem genügt § 4 GO, da er den jeweiligen Mitgliedern der Untergemeinschaften die Entscheidungsbefugnis einschließlich der Kostentragungspflicht hinsichtlich von Instandhaltungs- oder Sanierungsarbeiten zuwies. Dabei kann der Gemeinschaftsordnung auch nicht entnommen werden, dass die im Außenverhältnis bestehende und unabdingbare Haftung aller Miteigentümer beseitigt würde, da sich § 4 GO erkennbar auf das Innenverhältnis der jeweiligen Untergemeinschaft beschränkt. Mit diesem Inhalt ist die Regelung auch wirksam, da sich Schranken für die Gemeinschaftsordnung nur aus §§ 134; 138 BGB ergeben können. Ein Eingriff in elementare Mitgliedschaftsrechte lässt sich jedoch nicht feststellen, da die Beschlusskompetenz untrennbar mit der Kostentragungspflicht im Innenverhältnis verknüpft wurde.

**g)**

Ein weiteres Revisionsverfahren rankte sich um **eine aufgestellte und beschlossene Jahresabrechnung**. Das Landgericht hatte den Beschluss für unwirksam angesehen, weil der Verwalter den Miteigentümern keine Übersicht über **das Abrechnungsergebnis sämtlicher Wohnungen unter Einschluss der Außenstände** erteilt hatte. Der Senat ist dem nicht gefolgt und hat der Revision der Beklagten stattgegeben.<sup>32</sup>

Nach **§ 28 Abs. 3 WEG ist die geforderte Übersicht nicht notwendiger Bestandteil einer Jahresabrechnung, sondern eine freiwillige Leistung des Verwalters**, wenn er eine solche erstellt. Die Darstellung der Jahresabrechnung muss die Wohnungseigentümer in die Lage versetzen, die Vermögenslage der Eigentümergemeinschaft zu erfassen und auf Plausibilität zu überprüfen. Beitragsrückstände sind daher kein notwendiger Bestandteil der Jahresabrechnung, da sich diese **auf die entstandenen Kosten und die geleisteten Vorschüsse** beschränkt. Weitergehen-

---

<sup>32</sup> Urteil vom 27. Oktober 2017 – [V ZR 189/16](#) – Grundeigentum 2018, 335 ff. = NJW 2018, 942 ff. = WuM 2018, 110 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

de Informationen können daher nur als Indizien gegen die Schlüssigkeit der Abrechnung sprechen. Ein Vermögensstatus ist dagegen nicht Gegenstand der Abrechnung, da die laufende Kostendeckung über den Wirtschaftsplan erfolgt. Die Rechtsprechung hinsichtlich der in die Abrechnung einzustellenden Instandhaltungsrücklage ist auf Hausgeldzahlungen dagegen nicht übertragbar, da aus der Jahresabrechnung ohne weiteres erkennbar wird, ob die Hausgeldzahlungen die angefallenen Kosten decken.

Nach vorzugswürdiger Ansicht bedarf es auch keiner **Übersicht über die Abrechnungsergebnisse aller Wohnungen**, da der darin liegende Informationswert gering ist. Der Wohnungseigentümer kann bereits der ihn betreffenden Einzelabrechnung die Gesamtkosten und den Verteilungsschlüssel entnehmen. Damit kann er unterstellen, dass dieser Verteilungsschlüssel auch den anderen Einzelabrechnungen zugrunde liegt. Im weitergehenden Umfang kann der Anspruch auf Einsichtnahme geltend gemacht werden. Folglich ist auch unerheblich, dass der Verwalter die Vorlage einer Übersicht angekündigt hatte, denn für den Inhalt und die Richtigkeit der Jahresabrechnung ist allein § 28 Abs. 3 WEG und nicht das Einladungsschreiben zur Eigentümerversammlung maßgeblich.

#### 4.

#### **Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts**

Für diese Rechtsgebiete sind verschiedene Zivilsenate des Bundesgerichtshofs zuständig.

##### **a) Maklerrecht**

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf drei Entscheidungen des I. Zivilsenats hinzuweisen, in denen die **wettbewerbsrechtliche Verantwortung** von Maklern wegen **fehlender Angaben in Zeitungsanzeigen zum Energieverbrauch** zu klären war. Die Revisionen der beklagten Makler waren in zwei Fällen erfolglos, während der Senat in einem

Verfahren noch eine Beweisaufnahme dazu vermisst hat, ob ein Energieausweis gemäß § 16 a Energieeinsparverordnung (EnEV) zum Zeitpunkt der Schaltung der Anzeige vorlag.<sup>33</sup>

Der Unterlassungsanspruch ergibt sich zwar nicht aus § 3 a UWG (= § 4 Nr. 11 UWG a.F.) i.V.m. §16 a EnEV, da **Makler nicht Adressaten dieser Vorschrift** sind. Der Wortlaut des § 16 a EnEV ist insoweit eindeutig, als er sich nur **an Vermieter und Verkäufer** einer Immobilie wendet. Auch eine richtlinienkonforme Auslegung hilft daher nicht weiter, da der Gesetzgeber Makler bewusst nicht erfassen wollte, obwohl damit Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/13/EU nicht vollumfänglich umgesetzt wurde. Eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers kann aber im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung nicht korrigiert werden.

Allerdings liegt eine **Irreführung von Verbrauchern durch das Vorenthalten wesentlicher Informationen** gemäß § 5 a Abs. 2 UWG vor. Nach § 5 a Abs. 4 UWG zählen zu den wesentlichen Informationen auch solche, die dem Verbraucher aufgrund unionsrechtlicher Verordnungen oder nach **Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien** nicht vorenthalten werden dürfen. Die in § 16 a EnEV enthaltenen Pflichtangaben beruhen jedoch auf Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2010/13/EU und setzen diese um. Mithin muss auch ein Makler in Inseraten auf die Art des Energieausweises, den wesentlichen Energieträger, das Baujahr des Gebäudes, die Energieeffizienzklasse und den Endenergiebedarf hinweisen.

## **b) Nachbarrecht**

Das Nachbarrecht fällt in die Zuständigkeit des V. Zivilsenats, der folgende Problemstellung zu klären hatte.

---

<sup>33</sup> Urteile vom 05. Oktober 2017 – [I ZR 229/16](#) – nur bei juris; – [I ZR 232/16](#) – GRUR 2018, 438 ff. = WRP 2018, 420 ff. = WuM 2018, 169 ff.; – [I ZR 4/17](#) – nur bei juris.

aa)

Ein Verfahren betrifft einen Nachbarstreit, in dem der Kläger u.a. **Schadenersatz wegen abfallenden Laubes von grenzabstandverletzend gepflanzten Bäumen** begehrte. Die Revision des Klägers hatte insoweit Erfolg, als der Senat einen **nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB** bejaht hat.<sup>34</sup>

Die Revision war nur hinsichtlich der zuletzt geltend gemachten Klageanträge zu Ziff. 3 und Ziff. 4 zulässig, da die Auslegung der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils ergibt, dass nur insoweit das Berufungsgericht die Revision zulassen wollte. In diesem Umfang war die Revision auch begründet, da sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung der geltend gemachte Zahlungs- und der Feststellungsanspruch nicht verneinen lässt.

Wie der Senat bereits entschieden hat, kann ein Grundstücksnachbar analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch beanspruchen, wenn im Rahmen privatwirtschaftlicher Benutzung von einem Grundstück **rechtswidrige Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die der Eigentümer des betroffenen Grundstücks nicht dulden muss, aber aus besonderen Gründen nicht gemäß § 1004 Abs. 1 bzw. § 862 BGB unterbinden** kann. Zudem müssen Nachteile entstehen, die **das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteigen**.

Diese Voraussetzungen lagen im Streitfall vor, da der Kläger die Beseitigung oder das Zurückschneiden der Bäume wegen des Ablaufs der dafür im Landesnachbarrecht vorgesehenen Ausschlussfrist nicht mehr verlangen konnte, nachdem die **Fünf-Jahresfrist des § 15 SächsNRG a.F. nicht eingehalten** worden war. Anders als das Berufungsgericht gemeint hatte, lässt sich **dieser Vorschrift nicht entnehmen, dass damit auch**

---

<sup>34</sup> Urteil vom 27. Oktober 2017 – [V ZR 8/17](#) – Grundeigentum 2018, 321 ff. = NJW 2018, 1010 ff. = VersR 2018, 367 ff.

**Ausgleichsansprüche ausgeschlossen** seien. Dass der Kläger die Beseitigung oder den Rückschnitt der Bäume nach Ablauf der Ausschlussfrist nicht mehr verlangen, besagt nichts darüber, ob er auch Beeinträchtigungen entschädigungslos hinzunehmen hat, die über das zumutbare Abfallen von Laub hinausgehen. Es würde zu einem Wertungswiderspruch führen, wenn der Nachbar bei Bäumen, die den Grenzabstand verletzen, mit einem Ausgleichsanspruch ausgeschlossen wäre, während der Nachbar für Laub von Bäumen, die den Grenzabstand einhalten, ein Ausgleichentgelt verlangen könnte.

Als richtig erweist sich die Entscheidung des Berufungsgericht (§ 561 ZPO) allerdings, soweit sich der Kläger nur auf abfallendes Laub sowie abfallende Nadeln, Blüten und Zapfen als ähnliche Einwirkung i.S.d. § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB berufen kann. **Der Entzug von Luft und Licht durch Anpflanzungen auf dem Nachbargrundstück stellt sich als sog. negative Einwirkung** dar, die aufgrund des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses grundsätzlich hinzunehmen ist. Von daher können auch keine Mehraufwendungen für den Ankauf von Obst und Gemüse geltend gemacht werden.

Der Senat hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit weitere erforderliche Feststellungen getroffen werden. Hierbei hat der Senat darauf hingewiesen, dass der in Anspruch genommene Grundstückseigentümer für die **Eigentumsbeeinträchtigung durch Laubabwurf auch verantwortlich** sein muss. Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Bäume unter Verletzung der einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen über den Grenzabstand unterhalten werden. Dass wegen des Fristablaufs die Beseitigung der Bäume nicht mehr verlangt werden kann, hat nicht zur Folge, dass der Bewuchs nunmehr ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechen würde. Ebenso wird das Berufungsgericht Feststellungen dazu treffen müssen, ob es sich um eine wesentliche Beeinträchtigung i.S.d. § 906 Abs. 1 BGB handelt. Hierzu wird ggf. die Einholung eines Sachverständigengutachtens notwendig werden.



**bb)**

Ein weiteres Revisionsurteil hatte die **Beseitigungsklage hinsichtlich einer veränderten Grenzeinrichtung** zum Gegenstand. Die benachbarten Grundstücke werden durch einen Maschendrahtzaun mit einer Höhe von 0,65 m – 1,075 m getrennt, der in seinem Lauf die Grundstücksgrenze schneidet. Die Mieter des Grundstücks des Beklagten haben unmittelbar hinter dem Maschendrahtzaun – ohne Zustimmung der Kläger – einen zunächst 11 m langen, später auf 20 m verlängerten Holzgeflechtzaun mit einer Höhe von 1,80 m errichtet. Der Senat hat das der Klage stattgebende Urteil des Amtsgerichts wiederhergestellt.<sup>35</sup>

Zu Recht war das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass sich der auf der Grundstücksgrenze befindliche **Maschendrahtzaun als Einrichtung i.S.d. § 921 BGB** darstellt. Eine Grenzeinrichtung in diesem Sinne liegt dabei vor, wenn die Anlage – nicht notwendigerweise in der Mitte – von der Grenzlinie geschnitten wird und beiden Grundstücken nutzt, auf denen sie errichtet worden ist. Allerdings ist zusätzlich erforderlich, dass **beide Nachbarn der Errichtung als einer gemeinsamen Grenzanlage zustimmen**. Für das Einverständnis mit der Grenzeinrichtung spricht jedoch **eine Vermutung**, da die §§ 921; 922 BGB das Ziel verfolgen, Streit über Vorgänge in der Vergangenheit zu vermeiden. Seine Eigenschaft als Grenzeinrichtung hat der Maschendrahtzaun auch nicht aufgrund seines Zustandes verloren, da er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nur alterstypische Schäden aufweist.

Mithin hätte die Errichtung des Holzgeflechtzauns der Zustimmung des Klägers bedurft, da jeder Nachbar gemäß § 922 Satz 3 BGB **die Erhaltung der Grenzanlage auch in ihrer äußeren Beschaffenheit und in ihrem Erscheinungsbild verlangen** kann, ohne dass es auf etwaige optische/ästhetische Gesichtspunkte in diesem Zusammenhang ankommt.

---

<sup>35</sup> Urteil vom 20. Oktober 2017 – [V ZR 42/17](#) – Grundeigentum 2018, 390 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Der Bestandsschutz des § 922 Satz 3 BGB beschränkt sich nicht auf die Substanz der Grenzeinrichtung, sondern auch dessen Brauchbarkeit im bisherigen Umfang. Das Erscheinungsbild einer Grenzeinrichtung ist Bestandteil ihrer Zweckbestimmung, die von optischen Beeinträchtigungen nicht unterschieden werden kann.

Der Senat hat abschließend entschieden, da die Voraussetzungen eines Beseitigungsanspruchs nach §§ 922 Satz 3; 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB vorlagen. Der Holzgeflechtzaun stellt eine besonders markante Abgrenzung zum Grundstück der Kläger dar. Diese Beeinträchtigung musste sich der Beklagte als Störer zurechnen lassen, da er als Eigentümer für Störungshandlungen seiner Mieter verantwortlich ist und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht auf diese mit dem Ziel einer Beseitigung eingewirkt hatte.

### **c) Grundzüge des Immobilienrechts**

Auch hierfür ist der V. Zivilsenat zuständig, der sich mit folgenden Streitfällen konfrontiert sah:

#### **aa)**

Ein Revisionsverfahren betraf eine **Schadensersatzklage aufgrund des Scheiterns eines Grundstückskaufvertrages**. Die Verhandlungen zwischen dem Kläger und der mit der Vermittlung beauftragten Vertriebsfirma hinsichtlich einer Eigentumswohnung waren dabei bereits so weit gediehen, als dem Kläger bereits ein Kaufvertragsentwurf sowie die Teilungserklärung übersandt worden waren. Ferner war dem Kläger mitgeteilt worden, dass am 03. Oktober 2013 der Notartermin stattfinden solle. Kurz vor diesem Termin ist dem Kläger telefonisch mitgeteilt worden, dass die Beklagte nunmehr einen deutlich höheren Preis verlange. Der Kläger, der zwischenzeitlich einen Kredit über 300.000,00 € aufgenommen hatte, nahm daraufhin vom Vertragsschluss Abstand. Dessen Klage auf Erstattung von Finanzierungskosten war vorinstanzlich

ohne Erfolg. Der Senat hat die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers zurückgewiesen.<sup>36</sup>

Zwar kommen Schadensersatzansprüche wegen der **Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten** in Betracht, wenn ein **Vertragsschluss nach den Verhandlungen der Parteien als sicher anzunehmen ist und in dem dadurch begründeten Vertrauen Aufwendungen zur Vertragsdurchführung getätigt** werden. Regressansprüche können dabei entstehen, wenn eine Vertragspartei den Vertragsschluss später ohne triftigen Grund ablehnt.

Bei einem **Grundstückskaufvertrag** gelten jedoch **strengere Anforderungen** und es muss eine **besonders schwerwiegende, in der Regel vorsätzliche Treuepflichtverletzung** vorliegen. Dies beruht darauf, dass eine Regresspflicht dem Zweck der Formvorschrift des § 311 b BGB zuwiderliefe, weshalb es des **Vorspiegelns einer tatsächlich nicht vorhandenen Verkaufsbereitschaft oder eines inneren Abrückens von dieser Verkaufsbereitschaft bedarf**. Von diesen Grundsätzen war das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen und hatte den Kläger fehlerfrei für beweisfällig angesehen. Es reicht auch nicht aus, wenn der potenzielle Verkäufer dem Kaufinteressenten nicht offenbart, dass er sich eine Erhöhung des Kaufpreises vorbehält. Hieraus kann nämlich nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte von vornherein nicht zur Veräußerung der Immobilie bereit gewesen wäre.

Ebenso wenig liegt eine **besonders schwerwiegende Treuepflichtverletzung** darin, dass der Kläger **bereits einen Finanzierungsvertrag** abgeschlossen hatte. Andernfalls würde es dem Kaufinteressenten ermöglicht, durch eigene Dispositionen den Verkäufer mittelbar zum Abschluss des Grundstückskaufvertrages zu bewegen, obwohl ein formgültiger Vertrag i.S.d. § 311 b BGB noch nicht zustande gekommen

---

<sup>36</sup> Urteil vom 13. Oktober 2017 – [V ZR 11/17](#) – MDR 2018, 205 f. = WM 2018, 688 ff. = VersR 2018, 245 ff.

ist. Dies stellt auch keine unangemessene Benachteiligung des Kaufinteressenten dar, da Vermögensdispositionen in Erwartung eines Kaufabschlusses grundsätzlich auf eigenes Risiko erfolgen. Dem Kläger wäre es auch offen gestanden, zunächst lediglich eine Finanzierungszusage einzuholen oder den Darlehensvertrag unter einer auflösenden Bedingung abzuschließen.

**bb)**

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren ging es um die **Veräußerung eines denkmalgeschützten Miethauses, dessen zweite Dachgeschossebene nicht ausgebaut war**. Die Klägerin hatte das Objekt zum Preis von 2.475.000,00 € unter Ausschluss der Sachmängelhaftung erworben. In dem ihr vor Vertragsschluss überreichten Exposé heißt es dazu:

„Ein Dachgeschossausbau mit 300 m<sup>2</sup> Wohnfläche ist möglich, jedoch muss hierzu die Genehmigung und Zustimmung der Denkmalbehörde eingeholt werden.“

Dem Beklagten war allerdings von der Denkmalschutzbehörde bereits vorher mitgeteilt worden, dass der Dachgeschossausbau nicht genehmigungsfähig sei. Das Berufungsgericht hatte die Klage abgewiesen, da zwar der Beklagte dem Grunde nach wegen einer vorvertraglichen Pflichtverletzung haftbar sei. Der von der Klägerin geltend gemachte Minderwert von 300.000,00 € sei indes nicht schlüssig dargelegt worden. Diese Beurteilung hat der Senat missbilligt.<sup>37</sup>

Das Kammergericht hatte die Klägerin in ihrem **Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, da die Handhabung der Substantiierungsanforderungen offenkundig unrichtig** war. Da nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Vortrag schlüssig und ausreichend substantiiert ist, wenn die vorgetragenen Tatsachen in Verbindung

---

<sup>37</sup> Beschluss vom 12. Oktober 2017 – [V ZR 17/17](#) – Grundeigentum 2017, 1547 f.

mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht zu begründen, genügt es in Bezug auf den **geltend gemachten Verkehrswert, wenn die darlegungspflichtige Partei einen bestimmten Wert behauptet und diesen durch Sachverständigengutachten unter Beweis** stellt. Im Streitfall fehlten jegliche Anhaltspunkte dafür, dass der genannte Minderwert von 300.000,00 € als unbeachtliche Behauptung aufs Geratewohl aufgestellt wurde. Auch der Bezugspunkt der Schadensberechnung ist nicht fehlerhaft gewählt worden, da die Klägerin den Wert des Hauses von 2.167.500,00 € mit dem wertlosen, da nicht ausbaufähigen Dachgeschoss begründet hatte. Damit ist lediglich der rechtlichen Unsicherheit Rechnung getragen worden, ob ein Abschlag von rund 30% auf den Wert eines genehmigten Ausbaus in Betracht komme. Damit wurde schlüssig aufgezeigt, dass der Verkehrswert der rechtlich noch ungesicherten Ausbaumöglichkeit 300.000,00 € betragen habe. Ob diese Behauptung zutrifft oder ein höherer Abschlag angezeigt ist, hätte im Wege der Beweiserhebung geklärt werden müssen.

Aber auch dann, wenn man den Vortrag der Klägerin anders verstehen wollte, hätte deshalb die Klage nicht vollständig abgewiesen werden dürfen. Da es um die Bewertung einer rechtlichen Unsicherheit in Bezug auf Genehmigungsschwierigkeiten geht, wird der Wert des Dachgeschosses von der Schadensberechnung zumindest als „minus“ umfasst. Auch insoweit wäre es dann die Aufgabe des Gerichts gewesen, den maßgeblichen Vergleichswert mit sachverständiger Hilfe zu klären.

**cc)**

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde dagegen um **Schadensersatzansprüche wegen des Altlastenverdachts eines Grundstücks** gestritten. Der Kläger hatte von der Beklagten zu 1 ein mit einem Gewerbehauwerk bebautes Grundstück erworben; der Beklagte zu 3, von Beruf Bauingenieur und Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten zu 1, hatte die Grundstücke im Jahre 1989 von einem Hoch- und Tiefbauunternehmen erworben. Diesem war bekannt, dass auf den Grundstücken in

den **1960er bis 1980er Jahren eine Asphaltmischanlage für den regionalen Straßenbau sowie ein Klärschlammrückhaltebecken** betrieben worden waren. Die damalige Verkäuferin hatte im damaligen Vertrag versichert, dass Bodenverunreinigungen nicht bekannt seien. Die vom Senat zugelassene Revision des Klägers war erfolgreich.<sup>38</sup>

Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts kann ein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz aus § 437 Nr. 3; §§ 280; 281 BGB nicht verneint werden. Die **frühere Nutzung des streitgegenständlichen Grundstücks hat objektiv einen Altlastenverdacht begründet**, so dass ein Sachmangel vorlag. Bereits das **Bestehen eines Altlastenverdacht begründet aufgrund des Risikos der öffentlichrechtlichen Inanspruchnahme und der damit verbundenen Wertminderung das Fehlen der üblichen Beschaffenheit i.S.v. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB**. Dieser Verdacht muss dann auch nicht durch konkrete oder gewichtige Tatsachen untermauert werden oder naheliegend sein.

Von daher lässt sich auch **ein arglistiges Verschweigen** nicht verneinen, da es in Bezug auf den subjektiven Tatbestand der Arglist ausreicht, wenn **der Verkäufer einen Sachmangel mindestens für möglich hält**. Dafür genügt es, wenn die frühere Nutzung des Grundstücks bekannt ist und es der Verkäufer für möglich hielt, dass diese Nutzung einen Altlastenverdacht begründet. In dieser Hinsicht kann ein arglistiges Verhalten auch deshalb nicht verneint werden, weil die damalige Verkäuferin vertraglich versichert habe, dass keine Bodenverunreinigungen bekannt seien. Die vom Berufungsgericht angeführten Umstände lassen nicht den Schluss zu, dass ein begründeter Altlastenverdacht dadurch ausgeräumt wurde. Wenn der Verkäuferin keine Bodenverunreinigungen bekannt waren, besagt dies nicht, dass tatsächlich kein Altlastenverdacht bestand. Ebenso wenig hatte das Berufungsgericht belastbare Feststellungen dazu getrof-

---

<sup>38</sup> Urteil vom 21. Juli 2017 – [V ZR 250/15](#) – MDR 2018, 21 f = NJW 2018, 39 ff. = VersR 2018, 302 ff.

fen, dass der Beklagte zu 3 aufgrund der damaligen Gegebenheiten davon überzeugt war, dass kein Altlastenverdacht mehr bestand.

Der Senat hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit dieses neue Feststellungen treffen kann und dazu folgende Hinweise erteilt. Das Berufungsgericht wird Feststellungen zu der unter Sachverständigenbeweis gestellten Behauptung des Klägers zu treffen haben, die frühere Nutzung des streitgegenständlichen Grundstücks begründet typischerweise einen Altlastenverdacht. Ferner wird das Berufungsgericht neu zu beurteilen haben, ob die Voraussetzungen des subjektiven Tatbestands einer arglistigen Täuschung vorliegen. Ebenso wird das Berufungsgericht den Beklagten Gelegenheit dazu zu geben haben, im Rahmen ihrer **sekundären Darlegungslast zu etwaigen entlastenden Umständen ergänzend vorzutragen**. In dieser Hinsicht obliegt es dem Verkäufer, der von einer früheren gefahrenträchtigen Nutzung des Grundstücks Kenntnis und einen daraus resultierenden Altlastenverdacht für möglich gehalten hatte, ergänzend dazu vorzutragen haben, weshalb er davon ausgegangen sei, dieser Verdacht sei ausgeräumt worden.

Zur Schadenshöhe hat der Senat auf Folgendes hingewiesen:

Verlangt der Kläger den Ausgleich des merkantilen Minderwerts, erschöpft sich dieser nicht zwingend in dem Betrag, um den der Wert der Grundstücke wegen des bestehenden Altlastenverdachts gemindert ist. Beweist der Käufer, dass die Grundstücke tatsächlich kontaminiert sind, so ist auch der Ersatz der Mängelbeseitigungskosten in die Berechnung des Minderwerts einzustellen.

## 5.

### **Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht**

Zu dieser Materie, die primär in die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte fällt, sind – soweit ersichtlich – keine höchstrichterlichen Entscheidungen ergangen.

## 6.

### **Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts**

Um verfahrens- und vollstreckungsrechtliche Fragestellungen ranken sich folgende Judikate:

#### **a)**

In einem Rechtsstreit war die **Wirksamkeit des erlassenen Urteils** zu klären. Termin zur Verkündung einer Entscheidung war vom Berufungsgericht auf den 18. August 2016, 12:00 Uhr, bestimmt worden. Zu der anberaumten Zeit war der angekündigte Sitzungssaal jedoch verschlossen, so dass die Beklagten nicht in den Sitzungssaal gelangen konnten. Sie wurden jedoch noch am gleichen Tage vom Erfolg der Berufung des Klägers durch den Kammervorsitzenden informiert, der zudem erklärte, dass die Tür zum Sitzungssaal in der Annahme nicht geöffnet worden sei, es sei niemand gekommen. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten war ohne Erfolg, da **Verstöße gegen zwingende Formerfordernisse nur dann das Entstehen eines wirksamen Urteils verhindern, wenn elementare, zum Wesen der Verlautbarung gehörende Formerfordernisse nicht eingehalten werden.**<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Beschluss vom 05. Dezember 2017 – [VIII ZR 204/16](#) – Grundeigentum 2018, 191 = MDR 2018, 169 f. = NJW-RR 2018, 127 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.



Eine Zulassung der Revision ist unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht geboten, weil es an einem sog. **Schein- oder Nichturteil fehlt**. Zu den Mindestanforderungen eines Urteils gehört, dass die Verlautbarung vom Gericht beabsichtigt war oder von den Parteien derart verstanden werden durfte und die Parteien vom Erlass und Inhalt der Entscheidung förmlich unterrichtet werden. Diese Einschränkung beruht auf der Überlegung, dass aus Gründen der Rechtssicherheit **nicht jeder Verkündungsmangel zu einem bloßen Schein- oder Nichturteil führen könne**, da dessen Nichtexistenz – unabhängig von Rechtsmitteln – noch nach vielen Jahren geltend gemacht werden könnte.

Nach diesen Grundsätzen ist das Berufungsurteil (noch) ordnungsgemäß „verlautbart“ worden, denn das vom Vorsitzenden unterzeichnete Protokoll vom 18. August 2016 über die „Verkündung des anliegenden Urteils“ sowie das von allen Kammermitgliedern unterschriebene Urteil ist zeitnah zur Geschäftsstelle gelangt und den Parteien zugestellt worden. Nachdem die Beklagten zudem noch am Tag der Verkündung über den Prozessausgang informiert worden sind, steht nicht in Zweifel, dass die Verlautbarung des Urteils beabsichtigt war und die Parteien vom Erlass der Entscheidung auch förmlich unterrichtet wurden. Unerheblich ist, dass das Protokoll insoweit unrichtig ist, als nur der Vorsitzende, nicht aber die Beisitzer anwesend waren, denn die Verkündung hätte auch allein der Vorsitzende vornehmen können.

Von daher kann dahinstehen, ob das Protokoll vom 18. August 2016 insoweit unrichtig ist, als die Verkündung nicht im Sitzungssaal, sondern etwa im Dienstzimmer des Vorsitzenden stattgefunden habe. Allein die **dienstrichterliche Pflicht zur Verkündung des Urteils in öffentlicher Sitzung (§ 310 Abs. 1 ZPO; § 169 Satz 1 GVG)** begründet noch kein **Scheinurteil**. Dass das Berufungsurteil bei der Verkündung bereits vorlag, ist durch das Sitzungsprotokoll hinreichend bewiesen und wird auch von der Beschwerde nicht in Frage gestellt.

**b)**

Eine weitere Rechtssache betraf eine erstinstanzlich zur Räumung verurteilte Beklagte, **die zweitinstanzlich Prozesskostenhilfe beantragt** und dazu eine **bereits unterschriebene, aber als „Entwurf“ betitelte Berufungsbegründung vorgelegt** hatte. Nach der Gewährung von Prozesskostenhilfe ist deren Berufung als unzulässig verworfen worden, da – aus Sicht des Landgerichts – die Berufung nicht rechtzeitig begründet worden sei. Das Wiedereinsetzungsgesuch ist erfolglos geblieben, weil die Mittellosigkeit für die Fristversäumung nicht kausal war. Dieser Auffassung ist der Senat nicht gefolgt.<sup>40</sup>

Eine Partei, die zweitinstanzlich um Prozesskostenhilfe nachsucht, muss zwar alles unterlassen, was den Eindruck erwecken könnte, die eingereichte Berufungsbegründung solle **eine künftige Prozesshandlung nur ankündigen und sei insbesondere von der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abhängig**. Die Vorinstanz hatte jedoch die Berufungsbegründung fehlerhaft ausgelegt.

Eine **unterschriebene Berufungsbegründung ist regelmäßig als unbedingt gewolltes Rechtsmittel zu behandeln**, da der Berufungskläger bereits mit der Einlegung des Rechtsmittels das Kostenrisiko übernommen hatte. Die Bezeichnung als „Entwurf“ tritt in den Hintergrund, wenn – wie im Streitfall – der Begründungsschriftsatz den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO entspricht und kein Zweifel daran besteht, dass die Partei das Risiko der Fristversäumnis nicht tragen will. Der Begriff „Entwurf“ kann auch damit erklärt werden, dass die Berufungsanträge an eine nur teilweise Bewilligung von Prozesskostenhilfe angepasst werden sollen. Dass auch ein Wiedereinsetzungsantrag gestellt wurde, ist unbeachtlich, da dieses Gesuch erst nach Ablauf der Begründungsfrist gestellt wurde.

---

<sup>40</sup> Versäumnisurteil vom 25. Oktober 2017 – [VIII ZR 135/16](#) – nur bei juris.

c)

Ein WEG-Verfahren behandelt eine Berufungsschrift, in der die **Berufungskläger als „Wohnungseigentümergeinschaft A“** bezeichnet wurden. Das Berufungsgericht hatte die Berufung als unzulässig verworfen, weil in der Rechtsmittelschrift die Beklagten zu 1 bis 17 als Berufungskläger hätten benannt werden müssen. Diese Rechtsansicht hat der V. Zivilsenat missbilligt.<sup>41</sup>

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Berufungsschrift genüge nicht den Anforderungen des § 519 Abs. 2 ZPO ist mit dem **Anspruch der Beklagten auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG)** nicht zu vereinbaren. Danach ist es den Gerichten untersagt, bei der Auslegung und Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise zu erschweren. Aus einer Berufungsschrift muss sich zwar ergeben, wer bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist Rechtsmittelführer sein soll. Allerdings bedeutet dies nicht, dass dies die ausdrückliche Bezeichnung des Rechtsmittelklägers erfordern würde, sondern dessen **Bestimmung kann auch im Wege der Auslegung der Berufungsschrift und sonstiger Unterlagen** erzielt werden. Im Streitfall waren die Beklagten bereits im Rubrum des erstinstanzlichen Urteils als „Wohnungseigentümergeinschaft“ bezeichnet worden und als nicht parteifähige Personenvereinigung berechtigt, Rechtsmittel einzulegen, weil sie das Ersturteil beschwert hat.

Es kommt es auch nicht darauf an, ob es sich bei der **Falschbezeichnung um eine offenbare Unrichtigkeit i.S.d. § 319 Abs. 1 ZPO gehandelt** hat, da eine Berichtigung bisher nicht erfolgt ist und das Amtsgericht jedenfalls den Anschein erweckt hatte, die Wohnungseigentümergein-

---

<sup>41</sup> Urteil vom 21. Juli 2017 – [V ZR 72/16](#) – Grundeigentum 2017, 1481 ff. = NZM 2017, 853 ff. = WuM 2017, 736 ff.

schaft verurteilt zu haben. Der Zulässigkeit der Berufung steht auch nicht entgegen, dass die Prozessbevollmächtigten der Beklagten erst nach Ablauf der Berufungsfrist erklärt haben, wer Berufungskläger sein soll. Hierbei handelte es sich lediglich um eine Klarstellung, die auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgen kann.

**d)**

Der Dauerbrenner **des (nicht) rechtzeitig eingezahlten Gerichtskostenvorschusses in WEG-Sachen** hat den V. Zivilsenat ebenfalls beschäftigt. Die Revision der Kläger war erfolgreich.<sup>42</sup>

Die Kläger hatten die Klageerhebungsfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG eingehalten, da die Klage gemäß § 167 ZPO noch demnächst zugestellt worden war. Nach § 167 ZPO ist eine **Zustellungsverzögerung von 14 Tagen noch hinzunehmen**, wobei bei der Berechnung der Verzögerung auf die Zeitspanne abzustellen ist, um die sich der für die Zustellung ohnehin erforderliche Zeitraum durch die Nachlässigkeit des Klägers verlängert hat. Dabei bemisst sich die 14-tägige Frist ab dem Zeitpunkt des Ablaufs der Klageerhebungsfrist (hier: 26. März 2015), so dass keine den Klägern vorwerfbare Verzögerung vorlag.

Anders als der II. Zivilsenat meint, ist den **Klägern eine Einzahlungsfrist von einer Woche und nicht nur drei Tagen** zuzubilligen, da es nicht allein auf den reinen Überweisungszeitraum ankommen kann, sondern die Partei auch für eine Deckung auf dem Konto sorgen darf. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lag auch keine vorwerfbare Verzögerung der Prozessbevollmächtigten vor, wenngleich in Hessen die Gerichtskostenvorschussrechnung verfahrensfehlerfrei dieser übermittelt worden war. **Für die Prüfung der Vorschussrechnung und deren Weiterleitung an die Partei sind aber weitere drei Tage** zu veranschlagen. Damit hätte an sich die Einzahlung spätestens am 07. April und nicht

---

<sup>42</sup> Urteil vom 29. September 2017 – [V ZR 103/16](#) – AnwBl. 2018, 106 = MDR 2018, 177 f. = NZM 2018, 173 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

erst am 23. April 2015 erfolgen müssen. Allerdings sind die Osterfeiertage zu berücksichtigen, da von der Partei eine **Überweisung an Feiertagen** nicht verlangt werden kann. Damit hätte die Zahlung frühestens am 09. April erfolgen müssen, so dass die Frist von 14 Tagen (noch) gewahrt worden war.

e)

Über einen Vollstreckungsschutzantrag gegen die Räumung einer Rennbahn hatte der XII. Zivilsenat zu befinden. Der Antrag war ohne Erfolg.<sup>43</sup>

Das **Interesse des Gläubigers an Räumung hat grundsätzlich Vorrang**, weshalb dem Vollstreckungsschuldner nur in engen Ausnahmefällen geholfen werden kann. Allein der Umstand, dass **die Vollstreckung das Prozessergebnis vorwegnimmt, begründet jedoch keinen unersetzlichen Nachteil** i.S.d. § 719 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Für eine Fortführung des Rennbahnbetriebs hätte der Beklagte ohnehin nicht die finanziellen Mittel, während für die Klägerin erhebliche, finanzielle Forderungen auf dem Spiel stehen.

f)

Die **Zuständigkeit der Familiengerichte nach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG** war in einem Rechtsbeschwerdeverfahren zu klären. Das Landgericht war von der Zuständigkeit der Zivilabteilung des Amtsgerichts ausgegangen, da die Parteien um rückständige Mieten stritten. Der XII. Zivilsenat hat die Zuständigkeit des Familiengerichts bejaht.<sup>44</sup>

Mit § 266 FamFG hat der Gesetzgeber die **Zuständigkeit der Familiengerichte deutlich erweitert**, weshalb der Begriff des Zusammenhangs mit der Beendigung der ehelichen Gemeinschaft großzügig zu beurteilen ist. Für § 266 Abs. 1 FamFG reicht es daher aus, wenn **der Rechtsstreit**

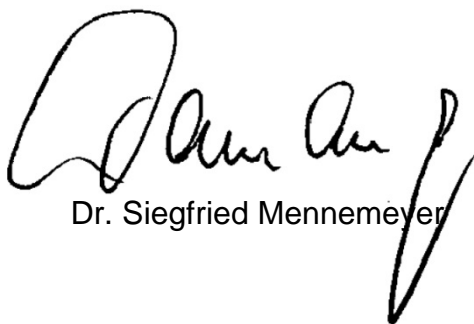
<sup>43</sup> Beschluss vom 20. September 2017 – [XII ZR 76/17](#) – NJW-RR 2017, 700 = NZM 2017, 1355.

<sup>44</sup> Beschluss vom 12. Juli 2017 – [XII ZB 40/17](#) – FamRZ 2017, 1599 ff. = MDR 2017, 1000 f. = NJW 2017, 2619 ff.

durch die bezeichneten familienrechtlichen Verhältnisse nicht unwesentlich geprägt wird. Auch ein Rechtsstreit zwischen den Schwiegereltern und dem Schwiegersohn kann danach § 266 Abs. 1 Nr. 3 FamFG unterfallen, da sich im Zusammenhang mit Trennungen oftmals wirtschaftliche Schwierigkeiten und Probleme bei der Aufbringung der Wohnkosten ergeben werden. Zudem greift bei der Zuweisung der Ehwohnung das Familienrecht ohnehin schon in das Mietrecht ein.

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung lag damit eine sonstige Familiensache vor, da der Mietvertrag aufgrund der Eheschließung vereinbart worden war. Die Forderung der Kläger beruht auf dem trennungsbedingten Auszug des Beklagten, dem die weitere Nutzung untersagt wurde. Dessen Einwand, die Klage sei eine „Retourkutsche“, haben die Kläger nicht widerlegt. Ferner ist die fortbestehende Mietzahlungspflicht im Verfahren auf Trennungsunterhalt berücksichtigt worden. Damit kann dahin stehen, ob auch ein zeitlicher Zusammenhang bestehen muss.

Karlsruhe, den 26. April 2018



Dr. Siegfried Mennemeyer