

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 1. Halbjahr 2012

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

In Anschluss an unseren Bericht für das 2. Halbjahr 2011 setzen wir hiermit unsere Rechtsprechungsübersichten¹ über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Bereichen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Maklerrechts, des Nachbarrechts und des Immobilienrechts unter Einschluss der spezifischen Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts fort. Diese Materien sind im Rahmen der Geschäftsverteilung² verschiedenen Zivilsenaten des BGH zugewiesen. Die nachfolgende 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

Für die Rechtsmaterie der Wohnraummiete ist der VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zuständig, der sich im Berichtszeitraum erneut mit einer Vielzahl von rechtlichen Fragestellungen konfrontiert sah.³

¹ Insbesondere zum Medizin-, Versicherungs-, Arbeits- und Verkehrsrecht; abrufbar unserer Website unter dem Menüpunkt „[Newsletter](#)“.

² Der Geschäftsverteilungsplan der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs für das Jahr 2012 ist [hier](#) im Internet abrufbar. Alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs können [hier](#) auf dessen Internetseiten kostenfrei im Volltext abgerufen werden. Zur Vereinfachung für Sie haben wir ab sofort in den Fußnoten sämtliche Aktenzeichen mit der Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs verlinkt.

³ Siehe dazu auch Herrlein, NJW 2012, 2927 ff.

1.1 Mietrechtliche Nebenabreden

In diesem Kontext werden entweder Fragen der Vertragsauslegung i.S. der §§ 133, 157 BGB aufgeworfen oder es geht um die Klärung zwingender gesetzlicher Vorschriften:

a)

Einem Revisionsverfahren lag die Frage zugrunde, welcher **Maßstab bei der Duldungspflicht** des Mieters hinsichtlich der Vornahme **von Modernisierungsmaßnahmen** nach § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB anzulegen ist. Im konkreten Streitfall beabsichtigte der Vermieter die Wohnung der beklagten Mieter an die im Haus vorhandene Gaszentralheizung anzuschließen, obwohl die Wohnung bereits über eine Gasetagenheizung verfügte. Diese Heizung hatte die Vermieterin eingebaut und die Beklagten hatten dafür eine Ablösesumme gezahlt. Zuvor war die Beheizung der Wohnung über Kohleöfen erfolgt.

Anders als das Landgericht hat der BGH⁴ eine Duldungspflicht verneint, da sich der maßgebliche **Vergleichsmaßstab** bezüglich einer Modernisierungsmaßnahme **am gegenwärtigen Zustand der Wohnung** bemisst. Soweit in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der Literatur⁵ überwiegend die Ansicht vertreten wird, dass hierfür auf den **ursprünglichen Zustand** der Wohnung abzustellen sei, weil nachträgliche Maßnahmen des Mieters außer Betracht bleiben müssten, ist der Senat dieser Ansicht jedenfalls für den vorliegenden Sachverhalt nicht gefolgt. Der mit § 554 BGB verfolgte Zweck besteht darin, den **Wohnwert und die Vermietungsaussichten zu erhöhen**. Die Intention des Gesetzgebers verbietet es deshalb, auf fiktive Zustände unter Außerachtlassung genehmigter Mieterinvestitionen abzustellen. Die **Dispositionsbefugnis des Vermieters** wird nicht tangiert, da er die Zustimmung zu baulichen Maßnahmen verweigern kann. Etwaige Aufwendungen des Mieters können dann auch **nicht erst im Rahmen der Härtefallklausel** nach § 554 Abs. 2 Satz

⁴ Urteil vom 20. Juni 2012 – [VIII ZR 110/11](#) – MDR 2012, 896 f. = NJW 2012, 2954 f. = WuM 2012, 448 ff.

⁵ z.B. jurisPK-BGB/Heilmann, 5. Auflage, § 554, Rn. 9.

2 BGB berücksichtigt werden, weil vorrangig geklärt werden muss, ob überhaupt eine Modernisierung vorliegt.

b)

In einem Hinweisbeschluss nach § 552 a ZPO hat der Senat die Zulassungsentscheidung eines Berufungsgerichts im Zusammenhang mit Fragen zu § 550 BGB beanstandet.⁶

Die von der Vorinstanz als klärungsbedürftig angesehene Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen die **Schriftform** des § 126 BGB bei der vereinbarten **Fortgeltung eines schriftlichen Mietvertrages unter Auswechslung des Mietgegenstandes** gewahrt werde, stellte sich nämlich nicht. Etwaige **Kündigungsausschlüsse** begründen die Formbedürftigkeit einer mietvertraglichen Vereinbarung ebenso, wie die **Auswechslung des Vertragsgegenstandes**. Insoweit ist nämlich anerkannt, dass sich die Schriftform des § 550 BGB auf alle **wesentlichen Vertragsbedingungen** erstreckt; damit müssen sich der Mietgegenstand, der Mietzins, sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses aus der Urkunde ergeben. Diese Anforderungen gelten dann auch bei **Vertragsänderungen**, wie etwa der nachträglichen Auswechslung eines Mieters.

c)

In einem weiteren Hinweisbeschluss, der zur Zurücknahme der Revision führte, hat der VIII. Zivilsenat das Vorliegen von Zulassungsgründen ebenfalls verneint.⁷

Der Anspruch des Mieters auf **Erteilung einer Untermieterlaubnis** nach § 553 BGB ist **personenbezogen** und beschränkt sich auf einen **namentlich bezeichneten Dritten**. Selbst im Falle einer kategorischen Verweigerungshaltung des Vermieters besteht daher kein Anspruch auf eine generelle Untermieterlaubnis.

⁶ Beschluss vom 24. Januar 2012 – [VIII ZR 235/11](#) – Grundeigentum 2012, 686 f. = NJW-RR 2012, 909 f. = NZM 2012, 502 f.

⁷ Beschluss vom 21. Februar 2012 – [VIII ZR 290/11](#) – Grundeigentum 2012, 825 f. = WuM 2012, 229.

d)

Um die **Teilunwirksamkeit** einer **Staffelmietvereinbarung**, in der für die ersten 10 Jahre feste Mietzinsbeträge vereinbart worden waren, während sich nach diesem Zeitraum die Miete um jeweils 3% jährlich erhöhen sollte, rankt sich eine weitere Entscheidung.⁸

Der VIII. Zivilsenat hat die Vereinbarung für die verfahrensgegenständlichen Zeiträume als wirksam angesehen, da sie für die **Anfangsjahre bezifferte Geldbeträge** auswies und damit § 557 a Abs. 1 BGB nicht widersprach. Die unwirksame Angabe „**3% jährlich**“ für die **Folgejahre** ist nach **§ 139 BGB** unschädlich. In der Sache besteht kein Unterschied zu Staffelmietvereinbarungen, die im Geltungsbereich des § 10 Abs. 2 Satz 2 MHG den zulässigen Bindungszeitraum von 10 Jahren überschreiten. Zu dieser Bestimmung ist bereits entschieden worden, dass entsprechende Staffelmietvereinbarungen für die ersten 10 Jahre wirksam sind.⁹ Auch der konkrete Streitfall wies keine Anhaltspunkte dafür auf, dass die Parteien – bei Kenntnis der Rechtslage – auf eine Staffelmiete verzichtet und eine andere Vereinbarung getroffen hätten. Ob es sich bei der Abrede um eine Formularklausel handelte, konnten offen bleiben, da die §§ 305 ff. BGB den beklagten Mietern wegen § 307 Abs. 3 BGB nicht helfen.

e)

Die **Anforderungen an die Darlegungslast für den Entschädigungsanspruch** des Mieters wegen **getätigter Investitionen** lagen einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren zugrunde, das zu einer Aufhebung nach § 544 Abs. 7 ZPO führte.¹⁰

Der VIII. Zivilsenat hat die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt, wonach **Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs schlüssig** ist, wenn die Partei **Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem**

⁸ Urteil vom 15. Februar 2012 – [VIII ZR 197/11](#) – MDR 2012, 511 f. = NJW 2012, 1502 ff. = NZM 2012, 416 f.

⁹ Vgl. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2008 – [VIII ZR 23/09](#) – MDR 2009, 253 f. = NJW-RR 2009, 306 f. = NZM 2009, 154 sowie Beschluss vom 07. Juli 2009 – [VIII ZR 140/08](#) – Grundeigentum 2009, 1616 = WuM 2009, 587.

¹⁰ Beschluss vom 28. Februar 2012 – [VIII ZR 124/11](#) – Grundeigentum 2012, 544 f. = WuM 2012, 311 f.

Rechtssatz geeignet sind, das geltende gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist in die Beweisaufnahme einzutreten und sind die beweiserheblichen Streitpunkte zu klären. Für den Umfang der Darlegungslast ist der **Grad der Wahrscheinlichkeit** einer Sachverhaltsdarstellung **ohne Bedeutung** und – entgegen der Ansicht des Landgerichts – unerheblich, ob Zweifel am Sachvortrag der Klägerin bestehen, wonach die Investitionen mit Mitteln des Mieters getätigt wurden. Die darin liegende eklatante Überdehnung der Darlegungslast führte wegen des Schutzes des Verfahrensgrundrechts der Beschwerdeführerin aus Art. 103 Abs. 1 GG zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

f)

Die **zulassungs- und revisionsrechtlichen** Grenzen für Fragen der **Vertragsauslegung** veranschaulicht dagegen ein weiterer Hinweisbeschluss, mit dem der VIII. Zivilsenat die Zurückweisung der zugelassenen Revision ankündigte.¹¹

Ob der Abschluss eines **Mietvertrages mit einem Nachmieter** zu einer **stillschweigenden Vertragsaufhebung** führt, hat weder rechtsgrundsätzliche Bedeutung noch liegt darin eine die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefährdende Obersatzabweichung. Soweit in der Rechtsprechung der Instanzgerichte dazu unterschiedliche Ansichten vertreten werden, handelt es sich dabei um von den konkreten Umständen des Einzelfalls bestimmte Entscheidungen, die keinen abstrakten divergierenden Rechtssatz aufstellen. Auch in der Sache selbst war die mit der Revision angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden, da sich das vom Berufungsgericht erzielte Auslegungsergebnis im Rahmen des dem Tatrichter mit §§ 133, 157 BGB eröffneten Wertungsspielraums hielt.

¹¹ Beschluss vom 21. Februar 2012 – [VIII ZR 117/11](#) – NJW-RR 2012, 648 = NZM 2012, 341 = WuM 2012, 371.

g)

Fragen der Vertragsauslegung thematisiert auch ein Beschluss des V. Zivilsenats, der nach § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Berufungsgericht führte.¹²

In diesem Streitfall war dem Beklagten vertraglich ein Gebäude als Atelier und Wohnung sowie das umliegende Gelände, darunter das Flurstück 667, als „Gartenausstellungsgelände“ überlassen worden. Nachdem das Flurstück 667 an die Klägerin veräußert worden war, hatten die Parteien im vorliegenden Räumungs- und Herausgabeprozess darum gestritten, ob über **Haus und Grund** ein **einheitliches Mietverhältnis** vorliegt oder das **Flurstück 667** „isoliert“ und **leihweise überlassen** worden war.

Der V. Zivilsenat hat die Auffassung des Berufungsgerichts, welches – anders als das Landgericht – von einem Leihvertrag hinsichtlich des Geländes ausgegangen war, als **gehörswidrig** beanstandet. Der Beklagte hatte vorinstanzlich vorgetragen, dass ihm die Voreigentümerin das Gelände deshalb zusammen mit dem Gebäude überlassen hatte, um den verwilderten Zustand zu beseitigen und die Fläche zu kultivieren. Nachdem das Landgericht diesbezüglich noch zu einem **anderen Auslegungsergebnis** gelangt war, hätte das Berufungsgericht dieses in der zweiten Instanz nicht mehr wiederholte Vorbringen nur dann unberücksichtigt lassen dürfen, wenn es zuvor einen **rechtlichen Hinweis** (§ 139 Abs. 2 ZPO) erteilt hätte. Dieser Vortrag ist für die Auslegung des Vertragsverhältnisses auch relevant, da angesichts der im Vertragstext niedergelegten Vereinbarungen die Annahme möglich ist, wonach das Gelände mitvermietet wurde. Diese Frage ist auch **entscheidungserheblich**, weil im Falle eines einheitlichen Mietverhältnisses der Klägerin eine auf das Flurstück 667 bezogene (Teil-) Kündigung verwehrt war. Insoweit ist nämlich durch die auf dieses Flurstück beschränkte Veräußerung das bestehende Mietverhältnis nicht aufgespalten worden, sondern die Befugnis zur Kündigung steht sämtlichen Bruchteilseigentümern nur gemeinschaftlich zu.

1.2 Mietmängel

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf zwei Revisionsverfahren hinzuweisen, in denen der VIII. Zivilsenat die Entscheidungen der jeweiligen Landgerichte wegen **überzogener Anforderungen an die Darlegungslast** aufgehoben hat.

a)

In einem Streitfall hatten die Mieter die Miete um 20% gemindert, da die Vermieterin einige Wohnungen des Mehrfamilienhauses an **Touristen vermietet** hatte, wodurch es zu **Belästigungen durch Lärm und Schmutz** gekommen war. Während das Amtsgericht die Räumungsklage noch abgewiesen und der Widerklage, mit der die Mieter die Rückzahlung der unter Vorbehalt geleisteten Miete begehrt hatten, stattgegeben hatte, hatte das Landgericht der Berufung der Klägerin stattgegeben. Der Bundesgerichtshof hat die Revision der beklagten Mieter für begründet erachtet, da das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast unvertretbar überspannt hatte.¹³

Zwar stellt nicht bereits die Vermietung an Feriengäste eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs dar, da **gelegentliche Störungen als sozialadäquat** hinzunehmen sind. Die von den Beklagten geschilderten Beeinträchtigungen gehen aber deutlich über das unter Dauermietern hinzunehmende Belästigungsniveau hinaus. Da die Minderung nach § 536 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes eintritt, ist der Mieter nicht verpflichtet, das **Maß der Beeinträchtigung** anzugeben. Bei wiederkehrenden Störungen muss der Mieter auch **kein Protokoll** erstellen, sondern es genügt eine Beschreibung, die die Art der Beeinträchtigungen (Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen) wiedergibt und ungefähre Angaben zu Häufigkeit, Zeitdauer und Tageszeit enthält. Da der vorinstanzliche Vortrag der Beklagten diesen Anforderungen genügt, ist der Rechtsstreit an das Landgericht zurückverwiesen worden.

¹² Beschluss vom 26. April 2012 – [V ZR 276/11](#) – WuM 2012, 314 = ZMR 2012, 692 f.

¹³ Urteil vom 29. Februar 2012 – [VIII ZR 155/11](#) – NJW 2012, 1647 f. = NZM 2012, 381 f. = WuM 2012, 269 ff.,

b)

Auf dieser Rechtsprechungslinie liegt auch eine weitere Entscheidung des VIII. Zivilsenats, in der der Mieter **Hundegebell aus einer Nachbarwohnung** bemängelt hatte.¹⁴ Auch insoweit war die Revision des Mieters letztlich erfolgreich, weil das Berufungsgericht die Darlegungslast überdehnt hatte. Diesbezüglich musste der Mieter, der bereits in der Vergangenheit ein ihm günstiges Urteil wegen des Hundegebells erstritten hatte, nicht etwa ein „Bellprotokoll“ anfertigen, um seine Behauptung, die Lärmbelästigung bestehe unvermindert fort, weiter zu untermauern.

c)

Die Voraussetzungen einer **konkludenten Sollbeschaffenheitsvereinbarung** im Hinblick auf die **zukünftige Bautätigkeit auf einem Nachbargrundstück** bilden den Gegenstand eines weiteren Hinweisbeschlusses des VIII. Zivilsenats, der zur Rücknahme der Revision führte.¹⁵

Der Senat hat eine Zulassungsrelevanz dieser Rechtsfrage verneint, weil die Annahme einer **konkludenten Sollbeschaffenheitsvereinbarung** bezüglich zukünftiger Bautätigkeiten eine vom **Tatrichter zu beantwortende Frage** ist. Deren Klärung ist konkret von den Umständen des Einzelfalles abhängig und entzieht sich somit einer allgemein gültigen Lösung. Im Ergebnis konnte auch offen bleiben, ob – im Anschluss an eine verbreitete Instanzrechtsprechung – der Mieter das Risiko künftiger Bautätigkeiten stillschweigend durch den Vertragsschluss übernommen hatte, da jedenfalls die Hilfsbegründung, wonach der unterstellte Mangel unerheblich sei (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB), die angefochtene Entscheidung trug. Die auf sachverständiger Beratung beruhende tatrichterliche Würdigung, wonach sich der von Pumpen ausgehende Lärm tagsüber im Rahmen erlaubter Richtwerte hielt und nächtliche Belästigungen in den Herbst- und Wintermonaten durch das Schließen der Fenster unschwer und zumutbar vermieden werden konnten, war revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

¹⁴ Urteil vom 20. Juni 2012 – [VIII ZR 268/11](#) – Grundeigentum 2012, 1032 f. = MDR 2012, 988 = NJW-RR 2012, 977 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁵ Beschluss vom 21. Februar 2012 – [VIII ZR 22/11](#) – NJW-RR 2012, 908 f. = NZM 2012, 456 = WuM 2012, 271 f.

1.3

Schönheitsreparaturen

Zu dieser Problematik sind im Berichtszeitraum lediglich Entscheidungen er-
gangen, die bereits bekannte Rechtsprechungsgrundsätze bestätigt haben.

a)

Bekräftigt¹⁶ hat der BGH zum einen, dass **Bereicherungsansprüche des Mie-
ters**, die auf einer **unwirksamen Schönheitsreparaturenklausel** beruhen, der
kurzen **Verjährungsfrist des § 548 Abs. 2 BGB** unterliegen.¹⁷ Dies gilt – ent-
gegen der Ansicht des Berufungsgerichts – auch dann, wenn der Mieter einen
Abgeltungsbetrag an den Vermieter gezahlt hat. In der Sache besteht nämlich
kein Unterschied zu der Konstellation, dass der Mieter die Arbeiten selbst aus-
führt oder auf seine Kosten einen Handwerker beauftragt.

b)

Dieselbe Frage ist – trotz des missverständlichen Orientierungssatzes – Ge-
genstand eines weiteren Hinweisbeschlusses nach § 552 a ZPO, der zur Rück-
nahme der Revision führte.¹⁸

Das Landgericht hatte es noch als **rechtsgrundsätzlich** angesehen, ob Rück-
forderungsansprüche des Mieters in der kurzen Frist des § 548 BGB verjähren
und deshalb die Revision zugelassen. Der Senat hat dagegen die **Entschei-
dungserheblichkeit** dieser Rechtsfrage verneint, weil auch die regelmäßige
Verjährungsfrist von drei Jahren nicht gewahrt wurde. Hinsichtlich der für den
Beginn der Verjährungsfrist **erforderlichen Kenntnis des Mieters** ist auf das
Jahr 2004 abzustellen, weil der Senat in diesem Jahr entschieden hatte, dass
eine Formulklausel, die einen „**starren**“ **Fristenplan** enthält, mit wesentli-
chen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren und da-

¹⁶ so bereits Urteil vom 04. Mai 2011 – [VIII ZR 195/10](#) – NJW 2011, 1866 f. = NZM 2011, 452 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

¹⁷ Urteil vom 20. Juni 2012 – [VIII ZR 12/12](#) – MDR 2012, 956 = NZM 2012, 557 f. = WuM 2012, 445 ff.

mit insgesamt unwirksam ist.¹⁹ Damit war die Rechtslage auch hinsichtlich der begehrten Bereicherungsansprüche nicht mehr unklar und eine **Klageerhebung ab diesem Zeitpunkt zumutbar**, zumal sich der Kläger anwaltlich hätte beraten lassen können.

c)

Um die **Auslegung einer Schönheitsreparaturenklausele** geht es in einem weiteren Hinweisbeschluss, der ebenfalls zur Revisionsrücknahme führte.²⁰

Der Senat hat Zulassungsgründe verneint, weil geklärt ist, dass eine Formularklausele, die **Schönheitsreparaturen** nur „regelmäßig“ innerhalb bestimmter Fristen vorschreibt, **keinen „starren“ Fristenplan** aufstellt. Mit dieser Formulierung wird dem durchschnittlichen, verständigen Mieter erkennbar, dass Schönheitsreparaturen in Abhängigkeit vom jeweiligen Erhaltungszustand der Wohnung fällig werden und der Mieter nicht an Zeitvorgaben gebunden ist.²¹ Auch inhaltlich begegnete die Formularklausele keinen Bedenken, weil sie hinreichend erkennen ließ, dass der Mieter nur einen **Innenanstrich der Wohnungstüren** schuldete. Auf die weitergehende und vom Berufungsgericht bejahte Frage, ob sich die Klausele teilweise aufrechterhalten lässt, kam es trotz des an sich bestehenden Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion nicht mehr an.

d)

Erneut befassen musste sich der Senat auch mit einer **Farbwahlklausele**, die dem Mieter die Verwendung weißer Farbe vorgab.²²

¹⁸ Beschluss vom 31. Januar 2012 – [VIII ZR 141/11](#) – NJW 2012, 1572 f. = NZM 2012, 380 f. = WuM 2012, 374 f.

¹⁹ Urteil vom 23. Juni 2004 – [VIII ZR 361/03](#) – MDR 2004, 1290 f. = NJW 2004, 2586 f. = NZM 2004, 653 f.

²⁰ Beschluss vom 20. März 2012 – [VIII ZR 192/11](#) – NJW-RR 2012, 527 f. = NZM 2012, 527 ff. = WuM 2012, 312 f.

²¹ so bereits Urteil vom 26. September 2007 – [VIII ZR 143/06](#) – MDR 2008, 75 f. = NJW 2007, 3632 ff. = NZM 2007, 879 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Der BGH hat seine ständige Rechtsprechung bestätigt.²³ Danach sind Farbwahlklauseln nur dann zulässig, wenn sie sich auf den **Zeitpunkt der Rückgabe beschränken** und dem Mieter noch **einen gewissen Spielraum** belassen. Erstreckt sich die Formulklausel dagegen auf die Dauer des Mietverhältnisses, schränkt sie den Mieter in seinem Gestaltungsspielraum unnötig ein. Damit ist die Klausel insgesamt unwirksam und liegt eine unangemessene Benachteiligung auch dann vor, wenn der Mieter die Schönheitsreparaturen tatsächlich erst aus Anlass seines Auszugs vornimmt.

1.4. Mieterhöhungen

Um Rechtsfragen aus diesem Bereich ranken sich die folgenden Entscheidungen.

a)

In einem Rechtsstreit hatte sich der Vermieter in seinem Mieterhöhungsverlangen vorsorglich auf **sieben Vergleichswohnungen** bezogen. Dieser Übereifer erwies sich als wenig geschickt, da sechs Wohnungen über der beanspruchten Mieterhöhung lagen, während die siebte Wohnung eine geringere Miete aufwies.²⁴

Der VIII. Zivilsenat hat das Erhöhungsverlangen gleichwohl als **formell wirksam** angesehen. Nach § 558 a Abs. 2 Nr. 4 BGB ist der Nachweis von drei Vergleichswohnungen ausreichend und daher **ein Übermaß unschädlich**. Werden weitere Wohnungen angegeben, deren Miete unterhalb der verlangten Miete liegt, kann dies allenfalls **Zweifel an der Ortsüblichkeit** begründen. Die Frage nach der Ortsüblichkeit betrifft aber allein die **materielle Begründetheit** des

²² Urteil vom 22. Februar 2012 – [VIII ZR 205/11](#) – MDR 2012, 454 f. = NJW 2012, 338 f. = NZM 2012, 338 f.

²³ Urteile vom 18. Juni 2008 – [VIII ZR 224/07](#) sowie vom 22. Oktober 2008 – VIII ZR 283/07 – NJW 2009, 62.

²⁴ Urteil vom 28. März 2012 – [VIII ZR 79/11](#) – MDR 2012, 631 f. = NJW-RR 2012, 710 = NZM 2012, 415 f.

Erhöhungsverlangens und berührt die formelle Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens nicht.

b)

In einem Hinweisbeschluss nach § 552 a ZPO hat der VIII. Zivilsenat der Frage, ab **welchem Zeitpunkt umlagefähige Kosten für Modernisierungsmaßnahmen entstehen**, die Zulassungsrelevanz abgesprochen.²⁵

Umlagefähige Kosten i.S. des § 559 a Abs. 1 BGB entstehen dem Vermieter in Form einer fälligen Verbindlichkeit bereits **mit der Ausstellung der Rechnung** durch den Bauunternehmer. Auf die Bezahlung der Rechnung (Mittelabfluss) kommt es dagegen nicht an. Die ganz herrschende Auffassung sieht die Vorlage der Rechnungen als ausreichend für den Nachweis der entstandenen Kosten an; eine vereinzelt gebliebene abweichende Mindermeinung vermag der Rechtssache noch keine Grundsatzbedeutung zu verleihen.

c)

Mit den **formellen Anforderungen** an ein Mieterhöhungsverlangen, nachdem der Vermieter **öffentliche Fördermittel für Modernisierungsmaßnahmen** erhalten hatte, befassen sich weitere Revisionsurteile. Im konkreten Streitfall hatte die Vermieterin mit dem Land Berlin im Jahre 1993 einen Fördervertrag geschlossen; die vorgesehenen Baumaßnahmen waren im Jahre 1995 abgeschlossen worden. Im Oktober 2009 hatte die Vermieterin auf der Grundlage des Berliner Mietspiegels eine Erhöhung der Nettokaltmiete verlangt, ohne in ihrem Schreiben auf die Fördermittel einzugehen. Anders als das Landgericht, welches einen Verstoß gegen §§ 558 a Abs. 1, 558 Abs. 5 BGB bejahte hatte, hat der BGH das Mieterhöhungsverlangen als wirksam angesehen.²⁶

Zwar gebietet das **Informationsinteresse des Mieters** die Angabe öffentlicher Fördermittel in einem Mieterhöhungsverlangen, wenn diese Mittel zur Woh-

²⁵ Beschluss vom 20. März 2012 – [VIII ZR 294/11](#) – Grundeigentum 2012, 682 = WuM 2012, 285.

²⁶ Urteile vom 13. Juni 2012 – [VIII ZR 310/11](#) – Grundeigentum 2012, 1029 ff. = GuT 2012, 250 ff. = MDR 2012, 956 f sowie – [VIII ZR 311/11](#) – veröffentlicht bei juris.

nungsmodernisierung verwendet wurden.²⁷ Das Informationsinteresse dient jedoch keinem Selbstzweck, weshalb entsprechende **Angaben entbehrlich** sind, wenn die erhaltenen **Drittmittel** bei der **Ermittlung der neuen** (erhöhten) **Miete nicht anzurechnen** sind. Der Regelung des § 558 Abs. 5 BGB, welche eine Anrechnung in Höhe von 11% jährlich vorsieht, ist zu entnehmen, dass – unter Berücksichtigung einer angemessenen Verzinsung – öffentliche Fördermittel **12 Jahren** nach Herstellung einer mittleren Bezugsfertigkeit **aufgezehrt** sind und damit die **Anrechnungspflicht entfällt**. Da im konkreten Streitfall auch der Fördervertrag keine längere Bindungsfrist enthielt und die Baumaßnahmen bereits 14 Jahre zurück lagen, entsprach das Mieterhöhungsverlangen den Maßgaben des § 558 Abs. 5 BGB.

1.5 Kündigungen

Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kündigungen spielen in der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats weiterhin eine wichtige Rolle.

a)

In einem Verfahren war klärungsbedürftig, unter welchen Voraussetzungen ein **Studentenwohnheim** i.S. des § 549 Abs. 3 BGB vorliegt und somit der **soziale Kündigungsschutz** gemäß § 573 BGB nicht anwendbar ist.

In diesem Streitfall verfügte das Anwesen des Klägers über 67 Zimmer, von denen mindestens vier Zimmer nicht an Studenten vermietet waren. Die Baugenehmigung war 1972 für ein Studentenwohnheim erteilt worden, wobei 63 Zimmer durch Landesmittel gefördert wurden. Die Preisbindung war zwischenzeitlich weggefallen. Die Zimmer waren jeweils 12 qm groß, wobei Küche, Sanitäranlagen und Waschräume als Gemeinschaftsräume ausgeführt waren. Der Kläger schloss regelmäßig auf ein Jahr befristete Mietverträge, die sich jeweils um ein Semester verlängerte, sofern nicht drei Monate vor Semesterende eine Kündigung erfolgte. Viele Mieter wohnten nur ein bis zwei Semester in dem

²⁷ so bereits Urteil vom 19. Januar 2011 – [VIII ZR 87/10](#) – NJW-RR 2011, 446 f. = NZM

Anwesen; andere Mieter – wie der Beklagte – blieben auch viele Jahre. Der VIII. Zivilsenat hat die Ansicht des Landgerichts, welches **nicht von einem Studentenwohnheim** ausgegangen war und deshalb die Kündigung des Vermieters für unwirksam gehalten hatte, bestätigt.²⁸

Entscheidend für das Vorliegen eines Studentenwohnheims ist, dass **möglichst vielen Studenten das Wohnen ermöglicht** wird und alle Bewerber gleich behandelt werden. Diese Zielsetzung muss sich in einem entsprechenden **Belegungskonzept** niederschlagen. Erforderlich ist danach eine **effektive Rotation der Mieter** anhand von abstrakt-generellen Kriterien. Diesem Erfordernis wurden die vom Kläger verwendeten Mietverträge nicht gerecht, da sie eine **Verlängerungsoption** für ein weiteres Semester enthielten. Auf ein etwaiges geringeres Mietniveau konnten wegen der Unbestimmtheit dieses Abgrenzungskriteriums dagegen nicht abgestellt werden.

b)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde darum gestritten, ob sich auch eine **juristische Person des öffentlichen Rechts** auf den **Nutzungsbedarf** einer ihr „**nahestehenden**“ **juristischen Person zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben** berufen kann. In diesem Streitfall hatte der als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierte Evangelische Kirchenkreis Düsseldorf die Kündigung einer Mietwohnung ausgesprochen, um der Diakonie Düsseldorf e.V. den Betrieb einer Beratungsstelle zu ermöglichen. Der VIII. Zivilsenat hat – in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen – ein **berechtigtes Interesse** i.S. des § 573 Abs. 1 BGB bejaht.²⁹

Die Kündigungsbefugnis nach § 573 Abs. 1 BGB und die Frage nach einem berechtigten Interesse hat primär der Tatrichter anhand einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu prüfen. In dieser Hinsicht ist davon auszugehen, dass mit der **Generalklausel des § 573 Abs. 1 BGB keine**

2011, 309 ff. = ZMR 2011, 449 f.

²⁸ Urteil vom 13. Juni 2012 – [VIII ZR 92/11](#) – MDR 2012, 897 f. = NJW 2012, 2881 f. = WuM 2012, 447 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁹ Urteil vom 09. Mai 2012 – [VIII ZR 238/11](#) – MDR 2012, 754 f. = NJW 2012, 2342 f. = NZM 2012, 501 f.

strengeren Anforderungen für Kündigungen normiert werden, wie dies **im Rahmen des § 573 Abs. 2 BGB** vorgesehen ist. Damit kommt es auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht darauf an, ob mit der Kündigung Drittinteressen verfolgt werden, zu deren Erfüllung der Kündigende rechtlich verpflichtet ist. Gemessen daran lag ein berechtigtes Interesse vor. Die Kündigung diene nicht nur der Verwirklichung fremder Interessen, sondern gleichzeitig der Durchsetzung eigener Interessen der Klägerin. Die Diakonie Düsseldorf e.V. gehört ebenso wie die Klägerin dem Gesamtkomplex der Evangelischen Kirche im Rheinland an und leistete diakonische Dienste durch die Unterhaltung von Beratungsstellen. Sie stand somit der **Klägerin als juristische Person nahe**, weil deren Tätigkeit auch der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Klägerin dient.

c)

In einem anderen Revisionsverfahren hatte die Mieterin mit den Vermietern vereinbart, umfangreiche **Sanierungsarbeiten auf eigene Kosten** vorzunehmen. Für diese Arbeiten war der beklagten Mieterin im Gegenzug das Recht eingeräumt worden, das Anwesen bis zum Jahre 2023 **kostenfrei bewohnen** zu dürfen. Ausweislich eines gemeinsam erstellten Abnahmeprotokolls hatten die Vermieter der Mieterin bestätigt, Leistungen für über 325.000 € erbracht zu haben. Nachfolgend war das Anwesen unter Zwangsverwaltung gestellt worden. Der BGH hat das Urteil des Landgerichts, das der Räumungsklage des klagenden Zwangsverwalters stattgegeben hatte, auf die Revision der Mieterin aufgehoben.³⁰

Abwohnbare Baukostenzuschüsse stellen **keine** nach §§ 1124 Abs. 2 BGB, 146 Abs. 1 ZVG **unwirksame Vorausverfügung über die Mietforderungen** dar, da diese Investitionen zu einer Erhöhung des Grundstückwertes führen und die Wertsteigerung auch dem Grundpfandgläubiger zugutekommt. Voraussetzung für die Berücksichtigungsfähigkeit eines abwohnbaren Baukostenzuschusses ist jedoch, dass die Leistungen des Mieters **mit Rücksicht auf das Mietverhältnis** erfolgen und **zum Auf- oder Ausbau des Mietgrundstücks**

³⁰ Urteil vom 15. Februar 2012 – [VIII ZR 166/10](#) – MDR 2012, 393 f. = NJW-RR 2012, 525 ff. = NZM 2012, 301 ff.

verwendet werden. Des Weiteren müssen die erbrachten Leistungen **bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise aus dem Vermögen des Mieters** stammen. Letztgenannte Voraussetzung hatte das Berufungsgericht verkannt, da hierbei sämtliche Leistungen zu berücksichtigen sind, die zu einer Werterhöhung des Grundstücks führen. Diesbezüglich hatte die Vorinstanz das Vorbringen der Beklagten nicht ausreichend gewürdigt, da es angesichts des **erreichten Gesamtergebnisses** nicht darauf ankommt, in welchem Umfang **ein Sparvermögen** verwendet wurde. Ebenso ist es unerheblich, wenn **Arbeits- und Sachleistungen aus dem Freundes- oder dem Familienkreis** stammen. Die Vorzugsstellung des Mieters ist nämlich nicht davon abhängig, wie er sich die benötigten und eingesetzten Mittel verschafft. Der VIII. Zivilsenat hat den Rechtsstreit deshalb zurückverwiesen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden.

d)

Erneut zu befinden war über die **Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten**, die einem Unternehmen für den **Ausspruch von Kündigungen oder Mahnungen** entstanden waren.³¹ Im konkreten Streitfall handelte es sich um eine Versicherungsgesellschaft in den Niederlanden, die in Deutschland über 142 Wohnungen in einem Wohnkomplex verfügt.

Der VIII. Zivilsenat hat – im Anschluss an eine frühere Entscheidung³² – bestätigt, dass eine Vermieterin über **ausreichendes kaufmännisches Personal** für diese einfach zu handhabenden Sachverhalte verfügen muss. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts ist dafür **nicht erforderlich**. Bei Routinefällen spielt es auch keine Rolle, ob der Vermieter seinen Sitz im Ausland hat.

³¹ Hinweisbeschluss vom 31. Januar 2012 – [VIII ZR 277/11](#) – AGS 2012, 360 f. = Grund-eigentum 2012, 682 f. = WuM 2012, 262 f.

³² Urteil vom 06. Oktober 2010 – [VIII ZR 271/09](#) – MDR 2011, 151 f. = NJW 2011, 296 = NZM 2011, 34 f.

e)

Ein weiterer Hinweisbeschluss betraf dagegen die Frage, in welchem zeitlichen Rahmen der Mieter, der einen **Vorschuss für die Beseitigung von Mietmängeln** erhalten hat, diesen „**aufzubreuchen**“ hat.³³

Hinsichtlich der vom klagenden Vermieter begehrten Mietzinsrückstände hat der BGH die **zugelassene Revision** bereits deshalb als **unzulässig** angesehen, weil die Auslegung der Urteilsgründe – was ausreichend ist – ergibt, dass die Revision **nur eingeschränkt** und hinsichtlich des weiter beantragten Räumungsanspruchs **zugelassen** wurde. Insoweit hatte der Kläger aber vorinstanzlich obsiegt. Der Revision des Beklagten fehlte deshalb die Zulassungsrelevanz. Wenn ein Mieter, der im Baubereich tätig ist, Vorschusszahlungen in Höhe von 135.000 € nicht in angemessener Zeit für Mängelbeseitigungsarbeiten verwendet, kann dieses Verhalten eine fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Sowohl die abstrakte Frage nach dem **angemessenen Zeitraum** für die Vornahme der Sanierungsarbeiten als auch die Annahme einer Pflichtverletzung entziehen sich angesichts des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums einer revisionsrechtlichen Klärung.

1.6 Nebenkosten

Auch Rechtsfragen, die Nebenkosten betreffen, waren wiederholt höchstrichterlich zu klären:

a)

Unter **Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung**³⁴ hat der Senat die Anforderungen für die **Anpassung von Vorauszahlungen** in zwei Urteilen verschärft. Während der BGH bisher davon ausgegangen war, dass nach § 560 Abs. 4 BGB für eine Erhöhung der Vorauszahlungen eine formell korrekte Abrechnung

³³ Beschluss vom 17. Januar 2012 – [VIII ZR 63/11](#) – GuT 2012, 127 f. = ZMR 2012, 610.

³⁴ z.B. Urteil vom 16. Juni 2010 – [VIII ZR 258/09](#) – NZM 2010, 736.

ausreicht, hat er nunmehr entschieden, dass die Abrechnung **auch keine inhaltlichen Fehler** enthalten darf.³⁵

An seiner früheren Rechtsprechung hält der Senat deshalb nicht mehr fest, weil sie den mit der **Anpassung verfolgten Zweck nicht ausreichend berücksichtigt**. Die Anpassung für die kommende Abrechnungsperiode soll auf der Grundlage der erteilten Abrechnung **möglichst realistisch** erfolgen. Fehlerhafte Abrechnungen würden dem Vermieter aber Vorauszahlungen ermöglichen, die ihm bei korrekter Abrechnung nicht zustehen. Ferner ist der Vermieter zu **korrekten Abrechnungen verpflichtet** und darf **aus Pflichtverletzungen keine Vorteile** ziehen. Dies galt besonders in den vorliegenden Streitfällen, in denen die kumulierten Rückstände kündigungsrelevante Höhen erreicht hatten.

b)

Ein Hinweisbeschluss gemäß § 552 a ZPO befasste sich mit der **Verwirkung von Nachforderungsansprüchen** des Vermieters.³⁶

Zulassungsgründe lagen dem Streitfall allerdings deshalb nicht zugrunde, weil die Annahme einer **Verwirkung primär Aufgabe des Tatrichters** ist und als eine von den Umständen des Einzelfalls abhängige Beurteilung keine Grundsatzbedeutung entfalten kann. In der Sache selbst beansprucht das **Rechtsinstitut der Verwirkung** auch trotz der im Jahre 2001 mit § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB eingeführten und zu Lasten des Vermieters gehenden Zwölfmonatsfrist **weiterhin Geltung**, da die gegenteilige Rechtsansicht in den Gesetzesmaterialien keine Stütze findet. Diesbezüglich besteht aufgrund der geänderten Rechtslage nur ein verringerter Anwendungsbereich. Gleichwohl kann in der Sache eine Verwirkung jedenfalls dann vorliegen, wenn der Vermieter **über mehrere Jahre hinweg auf stets gleichlautende Beanstandungen des Mieters nicht reagiert** und keine gerichtlichen Maßnahmen einleitet, sondern den **Nachforderungsanspruch jeweils verjähren** lässt. Aus diesem Verhalten er-

³⁵ Urteile vom 15. Mai 2012 – [VIII ZR 246/11](#) – MDR 2012, 752 f. = NJW 2012, 2186 f. = NZM 2012, 455 f. sowie – [VIII ZR 245/11](#) – zit. nach juris, an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁶ Beschluss vom 21. Februar 2012 – [VIII ZR 146/11](#) – Grundeigentum 2012, 823 f. = WuM 2012, 317 f. = ZMR 2012, 616 f.

wächst dem Mieter ein geschütztes Vertrauen dahingehend, dass auch in den Folgejahren entstehende Nachforderungsansprüche nicht gerichtlich erfolgt werden sollen.

c)

Ein weiterer Hinweisbeschluss betrifft die **Abgrenzung zwischen formellen und materiellen Fehlern** einer **Nebenkostenabrechnung**.³⁷

Die vom Berufungsgericht als grundsätzlich angesehene Frage, ob der Mieter auch die Umlage von **Betriebskosten** beanstanden muss, für die es an einer **Umlagevereinbarung fehlt**, ist höchstrichterlich bereits dahingehend geklärt, als es sich dabei lediglich um einen **materiellen Fehler** der Abrechnung handelt. Dieses Manko löst somit die Rügepflicht nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB aus, da der Mieter anhand des Mietvertrages ohne weiteres die Umlagefähigkeit beurteilen kann.³⁸ Im Übrigen war der Vermieter bereits nach § 14 MHG berechtigt, Betriebskosten durch einseitige Erklärung auf den Mieter umzulegen. Hierfür reicht es aus, wenn Abrechnungen erteilt und Vorauszahlungen erhoben werden.

d)

Die **Abrechnung von Heizkosten** nach dem **Abflussprinzip** stand im Fokus zweier weiterer Entscheidungen.

aa)

Der VIII. Zivilsenat³⁹ hat die Heizkostenabrechnung eines Vermieters als **inhaltlich fehlerhaft** beanstandet, da Heizkosten entsprechend dem Leistungsprinzip anhand des **tatsächlichen Brennstoffverbrauchs** und **nicht nach den geleisteten Zahlungen** des Vermieters zu ermitteln sind. Soweit das Abflussprinzip hinsichtlich „kalter“ verbrauchsabhängiger Nebenkosten bisher gebilligt worden

³⁷ Beschluss vom 31. Januar 2012 – [VIII ZR 335/10](#) – Grundeigentum 2012, 543 = GuT 2012, 37 f.

³⁸ z. B. Urteil vom 18. Mai 2011 – [VIII ZR 240/10](#) – MDR 2011, 1097 = NJW 2011, 2786 f. = NZM 2011, 627 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁹ Urteil vom 01. Februar 2012 – [VIII ZR 156/11](#) – MDR 2012, 336 = NJW 2012, 1141 f. = NZM 2012, 230 f.

ist⁴⁰, konnte diese Judikatur wegen § 7 Abs. 2 HeizkostenV nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. Diesbezüglich kann die Fehlerhaftigkeit der Abrechnung dann auch nicht über § 12 Abs. 1 HeizkostenV ausgeglichen werden.

bb)

Diesen Standpunkt hat der VIII. Zivilsenat in einer nachfolgenden Entscheidung bestätigt.⁴¹ Ergänzend hat er noch darauf hingewiesen, dass wegen § 2 HeizkostenV das Abflussprinzip **auch nicht stillschweigend vereinbart** werden kann.

e)

Eine Bestätigung bekannter Rechtsprechungsgrundsätze beinhaltet weiter der folgende Hinweisbeschluss.⁴²

Es begegnet keinen formellen Bedenken, wenn die **Kosten für Wasser, Abwasser und Niederschlagswasser zusammengefasst** und einheitlich nach dem Maßstab der Wohnfläche abgerechnet werden, obwohl die vertraglichen Vereinbarungen eine verbrauchsabhängige Umlage vorsehen. Insoweit ist es nämlich ohne Einfluss auf die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung, ob die jeweiligen Kostenpositionen in den richtigen Abrechnungskreis aufgenommen werden.⁴³ Die vertragswidrige Abrechnung anhand der Wohnfläche, die auf einer **unterlassenen Verbrauchserfassung** beruht, berechtigt allerdings zu einem Abschlag von 15% analog § 12 HeizkostenV.

⁴⁰ Urteile vom 20. Februar 2008 – [VIII ZR 27/07](#) – MDR 2008, 737 f. = NJW 2008, 1801 ff. sowie [VIII ZR 49/07](#) – MDR 2008, 556 f. = NJW 2008, 1300 ff.

⁴¹ Beschluss vom 14. Februar 2012 – [VIII ZR 260/11](#) – GuT 2012, 164 = Grundeigentum 2012, 823.

⁴² Beschluss vom 13. März 2012 – [VIII ZR 218/11](#) – Grundeigentum 2012, 827 = WuM 2012, 316 f. = ZMR 2012, 615 f.

⁴³ vgl. Urteile vom 26. Oktober 2011 – [VIII ZR 268/10](#) – MDR 2012, 82 = NJW 2012, 603 = NZM 2012, 153 f. sowie [VIII ZR 270/10](#) – ZMR 2012, 345 = WuM 2012, 98, an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

f)

Dieser Rechtsprechungslinie entsprechen auch zwei weitere Hinweisbeschlüsse vom gleichen Tag.⁴⁴

Danach ist die **Bildung einer Wirtschaftseinheit** ohne weiteres zulässig, wenn diese durch eine gemeinsame Heizungsanlage, die mehrere Gebäude versorgt, veranlasst ist.⁴⁵ Die formelle Wirksamkeit der Abrechnung wird von der fehlenden Angabe der Hausnummern der Gebäude nicht berührt. Hinsichtlich der Kosten für Kalt- und Abwasser ist ein **Wechsel des Abrechnungskreises** auch inhaltlich nicht zu beanstanden, wenn im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot die Zahl der Ablesetermine reduziert werden kann.

g)

Eine Nebenkostenabrechnung bei einer **Mehrheit von Gebäuden** behandelt ein weiterer Hinweisbeschluss, der zur Zurückweisung der vom Landgericht zugelassenen Revision führte.⁴⁶

Der VIII. Zivilsenat hat zuerst seine ständige Rechtsprechung zu den allgemeinen **formellen Voraussetzungen für Nebenkostenabrechnungen** bekräftigt. Erforderlich ist nach § 259 BGB lediglich eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe des zugrunde gelegten Verteilungsmaßstabs, die Berechnung des Mieteranteils und der Abzug geleisteter Vorauszahlungen. Die Information, aus welchen Gebäuden sich die zugrunde gelegte Abrechnungseinheit zusammensetzt, zählt daher nicht zu diesen Mindestanforderungen. In materiel-ler Hinsicht bedarf es dann auch keines **Vorwegabzugs für Gewerbeeinheiten**, wenn sich die damit verbundenen (höheren) Kosten (hier: Wasserverbrauch) aufgrund einer konkreten Verbrauchserfassung nicht auswirken.

⁴⁴ Beschlüsse vom 13. März 2012 – [VIII ZR 291/11](#) – GuT 2012, 164 = Grundeigentum 2012, 824 f. sowie – [VIII ZR 329/10](#) – GuT 2012, 163.

⁴⁵ vgl. Urteil vom 20. Oktober 2010 – [VIII ZR 73/10](#) – NJW 2011, 368 f. = NZM 2010, 895 ff. = WuM 2010, 742 ff.

h)

In der bereits vorgestellten Entscheidung, in der sich der VIII. Zivilsenat mit einer Staffelmietvereinbarung befasst hat⁴⁷, wurde zudem um die Wirksamkeit der Nebenkostenabrechnung gestritten.

In diesem Zusammenhang hat der BGH bestätigt, dass der **fehlende Abzug von geleisteten Vorauszahlungen** die formelle Wirksamkeit der Abrechnung nicht berührt.⁴⁸ Auch in diesem Fall kann der Mieter anhand der Abrechnung die einzelnen Rechenschritte ohne weiteres erkennen. Es wäre daher reine Förmerei, wenn der Vermieter die Vorauszahlungen ausdrücklich mit „Null“ ansetzen müsste.

1.7. Preisgebundener Wohnraum

In diesem Kontext ist auf die folgende Entscheidung hinzuweisen:

In einem Revisionsverfahren wurde um die Frage gestritten, ob die Bestimmung des **§ 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf preisgebundenen Wohnraum entsprechende Anwendung** findet. Konkret hatte die klagende Wohnungsbaugenossenschaft die Vorauszahlungen für Nebenkosten sowie die Grundnutzungsgebühr erhöht, während der Mieter in den Folgemonaten lediglich die ursprünglichen Beträge zahlte. Wegen der errechneten Zahlungsrückstände hatte die Vermieterin deshalb mehrfach fristlose Kündigungen ausgesprochen. Während die Räumungsklage in den Vorinstanzen erfolglos war, hat der Bundesgerichtshof gegenteilig entschieden, weil **§ 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB nicht analog anwendbar** ist.⁴⁹

⁴⁶ Beschluss vom 14. Februar 2012 – [VIII ZR 207/11](#) – GuT 2012, 258 f. = Grundeigentum 2012, 954 = WuM 2012, 405.

⁴⁷ Siehe oben, Fn. 8

⁴⁸ aaO, juris, Rn. 25.

⁴⁹ Urteil vom 09. Mai 2012 – [VIII ZR 327/11](#) – MDR 2012, 753 f. = NJW 2012, 2270 ff. = NZM 2012, 529 f.

Die Entstehungsgeschichte belegt, dass es an der für eine Analogie erforderlichen **Regelungslücke fehlt**. Der Gesetzgeber wollte mit § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB lediglich § 9 Abs. 2 MHG in das BGB überführen. Diese Bestimmung hatte aber preisgebundenen Wohnraum **ausdrücklich** von ihrem Anwendungsbereich **ausgenommen**, weil der Mieter gegen Mieterhöhung bereits anderweitig hinreichend geschützt war. Diese Rechtslage hat mit § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB keine Änderung erfahren, weil es an Anhaltspunkten für einen Willen des Gesetzgebers fehlt, den Anwendungsbereich zu erweitern.

2. **Gewerberaummiete und Pachtrecht**

Rechtsfragen aus diesem Bereich fallen geschäftsplanmäßig in die Zuständigkeit des XII. Zivilsenat.

a)

In einem Revisionsverfahren stand die **Reichweite einer Konkurrenzschutzklausel** im Streit, die ein Hörgeräteakustiker zugunsten der angemieteten Gewerberäume in einem Ärztehaus vereinbart hatte. Zum Zeitpunkt des Vertragschlusses wurde in dem Anwesen bereits eine HNO-Praxis betrieben. Die Streithelferin war nachfolgend dazu übergegangen, im „verkürzten Versorgungsweg“ ihrerseits Hörgeräte an Patienten abzugeben. Der XII. Zivilsenat hat die Ansicht des Berufungsgerichts, dass im **Wege der ergänzenden Vertragsauslegung** eine vertragswidrige Konkurrenztaetigkeit bejaht hatte, missbilligt und die klagabweisende Entscheidung des Landgerichts wiederhergestellt.⁵⁰

Die Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung unterliegen zwar nur einer **eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle**. Die tatrichterliche

⁵⁰ Urteil vom 11. Januar 2012 – [XII ZR 40/10](#) – MDR 2012, 271 ff. = NJW 2012, 844 ff. = NZM 2012, 196 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Würdigung hatte im konkreten Streitfall diese Grenzen jedoch überschritten, weil für eine **ergänzende Vertragsauslegung** nur dann ein Anwendungsbereich besteht, wenn ein Vertrag **von Anfang an lückenhaft** ist. Allein der Umstand, dass erst nachträglich und mit Wirkung zum 1. Januar 1989 durch das Gesundheitsreform-Gesetz vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477) mittels § 126 Abs. 5 SGB V ein verkürzter Versorgungsweg eingeführt wurde, reicht dafür nicht aus. Dem Kläger hätte bekannt sein müssen, dass ein im Anwesen bereits praktizierender Arzt seine Angebotspalette erweitern wird, sobald sich die gesetzliche Möglichkeit bot. Der Wortlaut der Konkurrenzschutzklausel, der sich auf ein „weiteres Optiker- und Hörgerätegeschäft“ beschränkte, vermittelte dann gleichfalls keine Grundlage für ein ergänztes Auslegungsergebnis.

b)

In einem weiteren Verfahren ging es um die **Einstandspflicht des Erstehers** von Gewerbemietraum für die **geleistete Kauti**on, nachdem der insolvente Vermieter die Sicherheitsleistung **nicht getrennt von seinem Vermögen** angelegt hatte.⁵¹

Der XII. Zivilsenat hat die Haftung des Erstehers für die Rückzahlung der Kauti-
on bejaht, da dieser mit dem Zuschlag gemäß § 57 ZVG, §§ 578 Abs. 1, 566 a
BGB in die Rechtstellung des ursprünglichen Vermieters eintritt. Die **Pflicht zur
Rückzahlung** der Kauti-
on ist damit **kraft Gesetzes auf den Erwerber** überge-
gangen. In Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung⁵² übernimmt der
Erwerber damit auch das **Insolvenzrisiko des früheren Vermieters**. Die un-
geschmälerte Rückzahlungspflicht besteht folglich auch dann, wenn der ur-
sprüngliche Vermieter die Mietsicherheit nicht insolvenzfest angelegt hatte.

Während das Landgericht noch eine teleologische Reduktion bejaht hatte, weil
der Mieter vor dem Zuschlag nicht geschützt war, hat der XII. Zivilsenat auf-
grund der seit dem Jahre 2001 geänderten Rechtslage einen abweichenden
Lösungsweg beschritten. § 566 a BGB ist allerdings ohne Übergangsvorschrift

⁵¹ Urteil vom 07. März 2012 – [XII ZR 13/10](#) – NJW 2012, 1353 f. = NZI 2012, 383 f. = ZMR 2012, 535 f.

⁵² z.B. MünchKommBGB/Häublein, 5. Auflage, § 566a, Rn. 13; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Auflage, § 551, Rn. 111.

in Kraft getreten, weshalb der VIII. Zivilsenat aufgrund des verfassungsrechtlichen „echten“ Rückwirkungsverbots noch § 572 BGB a.F. anwendet, sofern der Erwerbsvorgang vor dem 01. September 2001 stattgefunden hat.⁵³ In der Sache besteht aber kein Unterschied, ob die Kautions vor diesem Stichtag „nur“ nicht krisenfest angelegt oder schlicht vom Verkäufer einbehalten wird.

c)

Die Wirksamkeit einer **Formularklausel**, mit der sich der **Vermieter ein Leistungsbestimmungsrecht** dahingehend einräumen ließ, dass er bei einer Änderung der ortsüblichen oder angemessenen Miete den **zusätzlich oder weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festsetzen** darf, stand dagegen im Zentrum einer weiteren Entscheidung. Die Klausel hatte dabei folgenden Wortlaut:

„Die WSV prüft nach Ablauf von jeweils drei Jahren, erstmals zum 1. Januar 1999, ob das Nutzungsentgelt noch ortsüblich oder sonst angemessen ist. Bei einer Änderung setzt sie den zusätzlich oder den weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) fest und teilt dem Nutzer die Höhe des künftig zu zahlenden Nutzungsentgelts mit.“

Anders als die Vorinstanzen hat der XII. Zivilsenat die Wirksamkeit der Klausel bejaht.⁵⁴ Die Klausel ist zwar kontrollfähig, da ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nicht nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB privilegiert ist. Die Klausel genügt jedoch dem **formularrechtlichen Transparenzgebot** nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, da es dazu im Falle einer Mietanpassungsklausel lediglich einer verständlichen Formulierung bedarf, die den **Anlass der Mietänderung, die Bezugsgröße und den Umfang der Mietanpassung** umschreibt. Diesen Anforderungen wird die gewählte Formulierung gerecht, da sich der Begriff der ortsüblichen Miete ohne weiteres anhand von § 546 b BGB bestimmen lässt. Auch die Bezugsgröße wird durch den Verweis auf § 315 BGB und den Maßstab der Billigkeit hinreichend deutlich definiert. Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

⁵³ Urteil vom 09. März 2005 – [VIII ZR 381/03](#) – NJW-RR 2005, 962 ff. = ZMR 2005, 686 ff.

⁵⁴ Urteil vom 09. Mai 2012 – [XII ZR 79/10](#) – MDR 2012, 831 ff. = NJW 2012, 2178 ff. = NZM 2012, 457 ff. sowie Urteil vom 27. Juni 2012 – [XII ZR 93/10](#) – zit. nach juris.

ist die Klausel gleichfalls nicht zu beanstanden, da der Mieter durch § 315 Abs. 3 BGB hinreichend vor unbilligen oder verzögerten Leistungsbestimmungen geschützt ist.

d)

In einem weiteren Revisionsverfahren standen die Anforderungen für die **wirksame Umlegung von Betriebskosten** im Streit. Die maßgebliche Bestimmung in dem Mietvertrag lautete dabei wie folgt:

"3.1 Die Miete beträgt monatlich *DM 580,77*

...

3.2 Nebenkosten

Heizkosten zur Zeit *DM ./.*

Betriebskostenvorschuss zur Zeit *DM 232,50*

Zur Zeit geltende monatliche Gesamtmiete *DM 813,42*

3.3.

Außerdem hat der Mieter nachfolgende Nebenkosten, soweit nicht bereits in 3.1 und 3.2 enthalten, in der zulässigen Höhe anteilig im Verhältnis der Wohnfläche zu tragen ..."

Der XII. Zivilsenat hat die Entscheidung des Landgerichts, welches die Klage als unbegründet angesehen hatte, bestätigt, weil der Mietvertrag keine wirksame Rechtsgrundlage für Betriebskostennachforderungen enthält.⁵⁵

Eine **Vereinbarung über die Umlage von Betriebskosten** muss **eindeutig und klar** zu erkennen geben, dass der Mieter neben der Grundmiete ganz oder anteilig auch Betriebskosten tragen soll. In einem formularmäßigen Wohnraummietvertrag reicht dafür zwar der Verweis auf die Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung aus. Selbst diesen Anforderungen genügt die verein-

⁵⁵ Urteil vom 02. Mai 2012 – [XII ZR 88/10](#) – MDR 2012, 833 f. = NJW-RR 2012, 1034 ff. = WuM 2012, 453 ff.

barte Gestaltung jedoch nicht, da hinsichtlich der Heizkosten keine Eintragung vorgenommen wurde und im Übrigen lediglich von einem „Betriebskostenvorschuss“ die Rede ist. Weiter wurden nur monatliche Abschlagszahlungen vereinbart. Der vorliegenden Abrede kann wegen **mangelnder Bestimmtheit** daher auch **nicht im Wege der Auslegung eine Umlagevereinbarung** entnommen werden. Einer Bezugnahme der Anlage 3 zu § 27 der II. Berechnungsverordnung steht entgegen, dass für die Heizkosten kein Betrag angegeben wurde. Diese sollten nach dem Wortlaut daher nicht umgelegt werden, obwohl sie „Kostentreiber“ sind. Damit kann auch der Vereinbarung von Abschlagszahlungen keine Bedeutung beigemessen werden, da unklar bleibt, wie sich diese zusammensetzen. Nach alledem ist die getroffene Vereinbarung inhaltlich nicht hinreichend bestimmt.

e)

Erneut beschäftigen musste sich der XII. Zivilsenat mit der **Auslegung** eines **Mietvertrages** über eine **Parzelle in einer Wochenend- und Ferienhausanlage**, mit der er sich bereits in einem früheren Verfahren konfrontiert sah.⁵⁶

In Übereinstimmung mit seiner vorangegangenen Entscheidung hat der BGH bestätigt, dass die klagende Vermieterin nach § 566 BGB in das zwischen dem vorherigen Alleineigentümer und den Mietern bestehende Mietverhältnis eingetreten ist. Eine **interessengerechten Auslegung** ergibt, dass der Mietvertrag ursprünglich mit dem Alleineigentümer und nicht mit einer Grundstücks-GbR, an der der Alteigentümer gleichfalls beteiligt war, zustande gekommen war. Bei dieser Sachlage kann die umstrittene Frage, ob bei fehlender Identität von Vermieter und Veräußerer § 566 BGB analog anwendbar ist, offen bleiben. Allerdings hat die auf Zahlungsverzug gestützte fristlose Kündigung der Erwerberrin das Mietverhältnis beendet, da es in der **Darlegungslast des Mieters** steht, ob er ohne Verschulden an der Entrichtung der Miete gehindert war. Diesbezüglich kann ein Verschulden des Mieters zwar aufgrund eines schuldlosen Irrtums über das Bestehen oder den Umfang seiner Zahlungspflicht ausgeschlossen sein. An einen **unverschuldeten Rechtsirrtum** sind indes hohe Anforderungen zu stellen, da der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen muss, gege-

benenfalls erforderlichen Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig zu beachten hat. Diesen Maßgaben sind die beklagten Mieter im konkreten Streitfall nicht gerecht geworden.

3. Wohnungseigentumsrecht

Nach dem Geschäftsverteilungsplan sind Rechtsfragen aus dem Bereich des Wohnungseigentumsrechts vom V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs zugewiesen.

a)

Die nachfolgende Entscheidung befasst sich mit **mangelndem Trittschallschutz**.⁵⁷ Während der für das Baurecht zuständige VII. Zivilsenat in der Unterschreitung der dafür maßgeblichen **DIN 4109** regelmäßig einen Baumangel sieht⁵⁸, lehnt der VIII. Zivilsenat für das Recht der Wohnraummiete eine an der DIN 4109 orientierte Betrachtungsweise ab⁵⁹. Der V. Zivilsenat geht in Bezug auf § 14 Nr. 1 WEG dagegen einen vermittelnden Weg.⁶⁰

Angesichts der danach bestehenden Rücksichtnahmepflicht des Miteigentümers ist auf die Nachteile abzustellen, die – auch bei Schallimmissionen – über das für ein geordnetes Zusammenleben erforderliche Maß hinausgehen. Die damit anzustellende Würdigung ist zwar **primär Aufgabe des Tatrichters**. Dieser hat sich im Rahmen seiner Abwägung jedoch maßgeblich an den **Vorgaben der DIN 4109 in der Fassung** zu orientieren, die **zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes** galt. Es reicht für eine konkrete und objektive Beeinträchtigung indes nicht aus, dass im Streitfall hinsichtlich des Wohnzimmers der

⁵⁶ Urteil vom 11. April 2012 – [XII ZR 48/10](#) – GuT 2012, 238 ff. = WuM 2012, 323 ff.

⁵⁷ Urteil vom 01. Juni 2012 – [V ZR 195/11](#) – MDR 2012, 898 f. = NJW 2012, 2725 f. = WuM 2012, 464 f.

⁵⁸ Urteile vom 04. Juni 2009 – [VII ZR 54/07](#) – BGHZ 181, 225 ff. = NJW 2009, 2439 ff. = NZBau 2009, 648 ff. sowie vom 14. Juni 2007 – [VII ZR 45/06](#) – BGHZ 172, 346 ff. = NJW 2007, 2983 ff. = NZBau 2007, 547 ff.

⁵⁹ Urteil vom 07. Juli 2010 – [VIII ZR 85/09](#) – NJW 2010, 3088 f. = NZM 2010, 618 f. = ZMR 2010, 942 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁰ Urteil vom 01. Juni 2012 – [V ZR 195/11](#) – MDR 2012, 898 f. = NJW 2012, 2725 f. = NZM 2012, 611 ff.

Grenzwert für die Luftschallübertragung um 1 dB überschritten wurde, da diese Änderung des Schallpegels nicht wahrgenommen wird. Auch die Entfernung des bisher verlegten Teppichbodens rechtfertigt keinen Anspruch auf (erhöhten) Schallschutz, da die Ausstattung der Wohnung dem Eigentümer frei steht. Daher ist es auch unerheblich, ob der Belag bereits vor längerer Zeit verlegt worden war.

b)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde um die Verpflichtung zur **Zahlung rückständiger Beiträge** gestritten. Hinsichtlich dieser Kosten hatte die Eigentümerversammlung beschlossen, die **Rückstände in die Abrechnung für das Folgejahr** einzustellen. Anders als die Vorinstanz hat der BGH diesen Beschluss nicht nur als anfechtbar, sondern als nichtig angesehen.⁶¹

Beitragsrückstände sind kein **zulässiger Bestandteil einer Jahresabrechnung** i.S. des § 28 Abs. 3 WEG, da sich diese auf die Kosten des laufenden Wirtschaftsjahres unter Berücksichtigung geleisteter Vorschüsse beschränkt. Mit dieser Maßgabe konnte auch der Beschluss der Wohnungseigentümer keine Zahlungspflicht begründen, da es hierfür an der **Beschlusskompetenz** fehlt. Diese Kompetenzüberschreitung führt zur Nichtigkeit des Mehrheitsbeschlusses, da dieser eine dem Gesetz fremde Haftung des Erwerbers für Verbindlichkeiten des Voreigentümers erzeugt.

c)

In einem anderen Streitfall hatte die Teilungserklärung vorgesehen, dass der **jeweilige Eigentümer** des Dachgeschosses von einer **Kostenpflicht ausgenommen** ist, solange diese Teileigentumseinheit nicht zu Wohnraum ausgebaut wird. Zu einem Ausbau war es in der Folgezeit auch nicht gekommen. Gleichwohl hatte die Eigentümerversammlung später eine beschränkte Kostenbeteiligung beschlossen und der damalige Eigentümer das Wohngeld bezahlt. Dieser Beschluss war dann gegenüber der neuen Miteigentümerin mittels eines weiteren Beschlusses modifiziert und vorübergehend suspendiert worden. Der

⁶¹ Urteil vom 09. März 2012 – [V ZR 147/11](#) – Grundeigentum 2012, 697 f. = MDR 2012, 632 f. = WuM 2012, 400 ff. = ZWE 2012, 260 ff.

Senat hat die angefochtenen Beschlüsse – in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen – als nichtig beurteilt.⁶²

Die erhobene Klage war zulässig, da Anhaltspunkte für eine Verwirkung fehlten und die erklärte Zustimmung der Erwerberin im Falle eines nichtigen Beschlusses auch das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen ließ. In der Sache selbst litten die gefassten Beschlüsse daran, dass § 16 Abs. 3 WEG diesbezüglich **keine Beschlusskompetenz** vermittelte. Diese Bestimmung eröffnet nur die Möglichkeit im Rahmen einer bereits bestehenden Kostenpflicht einen **anderen Verteilungsmaßstab** zu wählen. Der Wortlaut und die Gesetzesmaterialien belegen, dass hieraus nicht auch die Befugnis folgt, eine vereinbarte Kostenbefreiung abzuändern oder aufzuheben. Das Vorliegen einer absoluten Beschlussunzuständigkeit führte dann zur Nichtigkeit.

d)

In einem weiteren Rechtsstreit hatten die Kläger **Anfechtungsklage** gegen die beschlossene **Jahresabrechnung** für das Wirtschaftsjahr 2008 sowie den beschlossenen **Wirtschaftsplan** für das Jahr 2009 erhoben, da die **Verwalterkosten fehlerhaft umgelegt** worden waren. Anders als das Landgericht hat der V. Zivilsenat die Anfechtungsklage **nicht insgesamt für begründet** erachtet.⁶³

Zwar war das Berufungsgericht noch zutreffend davon ausgegangen, dass ihm kein gerichtliches Gestaltungsermessen gebührt und hatte die Frage nach der Gesamtnirksamkeit mit Recht **anhand der Bestimmung des § 139 BGB** beurteilt. Diese Vorschrift war anwendbar, da der angefochtene Beschluss nicht nur interne Wirkung hatte, sondern rechtliche Pflichten oder Befugnisse begründete.

Die Anwendung des § 139 BGB begegnete im Streitfall jedoch deshalb revisionsrechtlich durchgreifenden Bedenken, weil die **Annahme einer Gesamtnichtigkeit** dem **hypothetischen oder tatsächlichen Parteiwillen** entsprechen

⁶² Urteil vom 01. Juni 2012 – [V ZR 225/11](#) – MDR 2012, 899 f. = NJW 2012, 2578 f. = ZWE 2012, 363 ff.

⁶³ Versäumnisurteil vom 11. Mai 2012 – [V ZR 193/11](#) – MDR 2012, 957 f. = NJW 2012, 2648 ff. = NZM 2012, 566 ff.

muss. Gemessen daran, wird es regelmäßig dem Willen der Beteiligten entsprechen, ein überwiegend wirksames Rechtsgeschäft aufrecht zu erhalten. Nachdem sich die fehlerhafte Verteilung der Verwalterkosten lediglich auf eine **einzelne Kostenposition** bezog, die als solche weder die Jahresabrechnung, noch den Wirtschaftsplan unverständlich machte, kommt somit eine Gesamtnichtigkeit nur in Betracht, wenn besondere Umstände vorliegen.

e)

Die Zulässigkeit der **Abrechnung von Heizkosten** nach dem **Abflussprinzip** war auch für das Wohnungseigentumsrecht zu klären.⁶⁴ Der V. Zivilsenat hat sich der Judikatur des VIII. Zivilsenats angeschlossen und die beschlossenen Abrechnungen überwiegend missbilligt.⁶⁵

Entgegen einer verbreiteten Ansicht findet die **Heizkostenverordnung** nach Maßgabe des § 3 Satz 1 HeizkostenV **unmittelbare Anwendung**. Den Wohnungseigentümern steht nur die Entscheidung darüber zu, wie die vorgeschriebene verbrauchsabhängige Abrechnung vorzunehmen ist. Nur in diesem Umfang eröffnet die HeizkostenV nämlich einen durch Beschlussfassung oder Vereinbarung zu füllenden Gestaltungsspielraum. Vor diesem Hintergrund waren die erteilten **Einzelabrechnungen** mit § 6 Abs. 1 HeizkostenV nicht zu vereinbaren, da danach eine **verbrauchsabhängige Abrechnung** vorzunehmen ist.

Anderes ergibt sich dagegen im Hinblick auf die beschlossene **Gesamtabrechnung**, da insoweit nach § 28 Abs. 3 WEG das **Einnahmen-Ausgaben-Prinzip** uneingeschränkt gilt. Insoweit muss somit die HeizkostenV zurücktreten, da die erforderliche Kontrolle des Verwalters nur erreicht werden kann, wenn alle tatsächlichen Ausgaben und Einnahmen in die Gesamtabrechnung aufgenommen werden. Der Umstand, dass sich die Einzelabrechnung nicht aus der Gesamtabrechnung ableiten lässt und sich Differenzen ergeben können, erfordert dann lediglich eine nachvollziehbare und verständliche Erläuterung des Unterschiedsbetrags.

⁶⁴ Zur Wohnraummiete siehe oben Fn. 39.

⁶⁵ Urteil vom 17. Februar 2012 – [V ZR 251/10](#) – MDR 2012, 510 f. = NJW 2012, 1434 f. = NZM 2012, 344 ff.

f)

Die Frage nach der **Verjährung von Ansprüchen auf Zahlung von Wohngeldvorschüsse** stand im Zentrum einer weiteren Entscheidung, der eine im November 2009 zugestellte Klage zugrunde lag, mit der u.a. Wohngeldansprüche für das Jahr 2005 aufgrund einer im Jahr 2006 beschlossenen Jahresabrechnung begehrt wurden. Der V. Zivilsenat hat diese Ansprüche für verjährt angesehen.⁶⁶

Der Anspruch auf Wohngeldvorschüsse entsteht nach § 28 Abs. 2 WEG zu dem Zeitpunkt, zu dem diese Zahlungen **auf Abruf des Verwalters zu leisten** sind; folglich wird die dreijährige **Verjährungsfrist zum Schluss des Jahres in Lauf** gesetzt, in dem die Vorschüsse **fällig** werden (§ 199 Abs. 1 BGB). Entgegen einer vielfach vertretenen Auffassung⁶⁷ führt ein danach gefasster Beschluss der Wohnungseigentümer hinsichtlich der Jahresabrechnung **zu keinem Neubeginn der Verjährung**. Dieser Beschluss wirkt sich nicht anspruchsbegründend auf die bereits im Wirtschaftsplan enthaltenen Vorschüsse aus, sondern seine konstitutive Wirkung beschränkt sich auf eine etwaige **Abrechnungsspitze**. Eine Verdoppelung des Rechtsgrundes kann dem geltenden Recht nicht entnommen werden, weil § 28 Abs. 2 WEG die Vorstellung zugrunde liegt, dass die Kosten und Lasten von Wohnungseigentum primär aus den Vorschüssen bestritten werden. Ein Interesse der Gemeinschaft daran, Außenstände in ihrer Gesamtheit auf eine neue Grundlage zu stellen, ist auch nicht schutzwürdig. Insoweit ist es dem Verwalter nämlich zumutbar, Vorschüsse einzufordern, Rückstände binnen eines Jahres zusammenzufassen und die Verjährungsfrist zu überwachen.

g)

Der **Schadensersatzanspruch** eines einzelnen Wohnungseigentümers wegen des von der beklagten Eigentümergemeinschaft beschlossenen **Fällens zweier**

⁶⁶ Urteil vom 01. Juni 2012 – [V ZR 171/11](#) – MDR 2012, 1023 = NJW 2012, 2797 f. = WuM 2012, 524 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁷ Vgl. z.B. Bärmann/Pick, WEG, 19. Auflage, § 28, Rn. 50.

Bäume betraf eine andere Revisionsentscheidung, in dem die klagabweisenden Urteile der Tatsachengerichte bestätigt wurde.⁶⁸

Der V. Zivilsenat hat eingangs allerdings die für ihn bindende Zulassungsentscheidung moniert, weil sich das Landgericht mit den Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur unzureichend befasst hatte und selbst davon ausgegangen war, dass seine Entscheidung mit der „ganz herrschenden Auffassung“ im Einklang steht. In der Sache selbst war das Rechtsmittel deshalb ohne Erfolg, weil der Verwalter, der das Fällen der Bäume veranlasst hatte, den **bestandskräftig gewordenen Beschluss** umzusetzen hatte (§ 27 Abs. 1 WEG) und auf dieser Grundlage **keine schuldhaft**e und zurechenbare **Pflichtverletzung** ersichtlich ist. Eine eigene Pflichtverletzung der Beklagten scheiterte daran, dass mit der Bestandskraft des Eigentümerbeschlusses ein einzelner Wohnungseigentümer dessen Vollzug nicht mehr unterbinden konnte.

h)

Die Anforderungen, die ein **Verwalter** für seine **Bestellung** zu erfüllen hat, waren Gegenstand eines weiteren Revisionsverfahrens, in dem der V. Zivilsenat den Verwalter für nicht ausreichend qualifiziert erachtet hat.⁶⁹

Den Wohnungseigentümern steht bei der Entscheidung über die Bestellung des Verwalters zwar ebenso ein **Beurteilungsspielraum** zu, wie bei dessen Abberufung. Im konkreten Streitfall war dieser sich an § 26 Abs. 1 Satz 3 WEG zu bemessende Beurteilungsspielraum indes überschritten worden. Entscheidend ist nämlich, ob der Verwalter über ausreichende finanzielle Mittel zur Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebs verfügt und Sicherheiten für einen Haftungsfall stellen kann. Dagegen spricht noch nicht, dass der Verwalter als **haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft** i. S. des § 5a GmbHG tätig ist. Eine haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft kann vielmehr zum Verwalter bestellt werden, weil diese Rechtsform noch nichts über die finanzielle Leistungsfähigkeit aussagt. Allerdings haben sich die Wohnungseigentümer vor der

⁶⁸ Urteil vom 03. Februar 2012 – [V ZR 83/11](#) – Grundeigentum 2012, 621 ff. = WuM 2012, 399 f. = ZWE 2012, 218 f.

⁶⁹ Urteil vom 22. Juni 2012 – [V ZR 190/11](#) – MDR 2012, 955 f. = NJW 2012, 3175 ff. = NZM 2012, 654 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Bestellung tragfähig davon zu überzeugen, dass der Verwalter über eine **ausreichende Bonität** verfügt. Diesen Maßgaben waren die Wohnungseigentümer hier nicht gerecht geworden, da bei objektiver Betrachtung Zweifel an der Bonität bestanden und gleichwohl keine Nachweise eingeholt wurden.

i)

In einem weiteren Revisionsurteil, in dem um die Haftung nach § 16 Abs. 2 WEG gestritten wurde, hat der BGH seine Rechtsprechung zur **werdenden Wohnungseigentümergeinschaft** präzisiert.⁷⁰ In diesem Verfahren hatte die beklagte Miteigentümerin eine Wohnanlage in Wohnungseigentum aufgeteilt und die verfahrensgegenständliche Wohnung an eine Erwerberin veräußert. Gleichwohl ist die Beklagte weiterhin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der V. Zivilsenat⁷¹ hat – in Übereinstimmung mit dem Landgericht – eine Haftung der Beklagten verneint, da die Erwerberin sich als werdende Wohnungseigentümerin darstellt und die Kostenpflicht aus § 16 Abs. 2 WEG allein diese trifft.

In der **Entstehungsphase einer Wohnungseigentümergeinschaft** kann im Innenverhältnis zwischen dem teilenden Eigentümer und den Ersterwerbern das Wohnungseigentumsgesetz **vorverlagert Anwendung** finden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Erwerber aufgrund einer **verfestigten Rechtsposition** ein berechtigtes Interesse an der Erlangung von Verwaltungsrechten erlangt hat. Dies ist dann der Fall, wenn – wie hier – ein wirksamer Erwerbsvertrag geschlossen wurde, eine Auflassungsvormerkung eingetragen und der Besitz an der Wohnung übergeben wurde. In der Rechtsprechung ist bisher allerdings offen geblieben, ob und wie lange ein Ersterwerber als werdender Wohnungseigentümer anzusehen ist. Diese Frage ist nun dahingehend beantwortet worden, dass es in **zeitlicher Hinsicht nicht** darauf ankommt, ob dem Ersterwerber der **Besitz vor der Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft** verschafft wurde. Diese Sichtweise ist aufgrund der gebotenen Gleichbehandlung der Ersterwerber geboten, die ein berechtigtes Interesse daran haben,

⁷⁰ Vgl. dazu z.B. Senat, Beschluss vom 05. Juni 2008 – [V ZB 85/07](#) – BGHZ 177, 53 ff. = NJW 2008, 2639 ff. = ZMR 2008, 805 ff.

⁷¹ Urteil vom 11. Mai 2012 – [V ZR 196/11](#) – MDR 2012, 958 f. = NJW 2012, 2650 ff. = NZM 2012, 643 ff., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

frühzeitig ein Mitspracherecht zu erlangen. Die unterschiedliche Behandlung von Erst- und Zweiterwerbern ist sachlich berechtigt, weil sich die Interessenlagen grundlegend unterscheiden.

Folglich war die Haftung der Beklagten entfallen, da – entgegen verbreiteter Ansicht – **kein Gesamtschuldverhältnis** mit der Erwerberin besteht. Ein Wegfall von Vollstreckungsmöglichkeiten stand nicht zu befürchten, da die Anerkennung der werdenden Eigentümergemeinschaft die sachenrechtliche Zuordnung nicht verschiebt und eine Vollstreckung in das Wohnungseigentum ohnehin aussichtslos erscheint. Entscheidend ist jedoch, dass das Stimm- und Anfechtungsrecht mit der Verpflichtung zur Kosten- und Lastentragung korrespondieren muss.

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

Diese Rechtsgebiete fallen in die Zuständigkeit unterschiedlicher Zivilsenate des BGH.

a) Maklerrecht

Für dieses Rechtsgebiet ist der III. Zivilsenat des BGH zuständig, von dem es im Berichtszeitraum folgende Entscheidungen zu vermelden gibt:⁷²

aa)

In einem Revisionsurteil waren die Voraussetzungen zu präzisieren, die an das Zustandekommen eines **konkludent geschlossenen Maklervertrages** zu stellen sind.⁷³

Die klagende Immobilienmaklerin hatte über das **Internetportal „Immobilien Scout24“** eine Anzeige für ein Baugrundstück unter der **Angabe der Grundstücksgröße und mit dem Hinweis „Provision 7,14%“** geschaltet. Nachdem

⁷² Siehe dazu auch Fischer, NJW 2012, 3283 ff.

⁷³ Urteil vom 03. Mai 2012 – [III ZR 62/11](#) – MDR 2012, 829 = NJW 2012, 2268 ff. = VersR 2012, 903 ff.

der zuletzt am Verfahren noch beteiligte Beklagte zu 2 sein Interesse telefonisch mitgeteilt hatte, unterzeichnete er anlässlich eines vereinbarten Besichtigungstermins ein als „**Objektnachweis und Maklervertrag mit Kaufinteressenten**“ überschriebenes Formular, welches ihm eine Mitarbeiterin der Klägerin vorgelegt hatte. Gegenüber dem Provisionsverlangen der Klägerin hatte sich der Beklagte zu 2 damit verteidigt, dass ihm vorgespiegelt worden sei, dass seine Unterschriftsleistung lediglich dem Nachweis des Objekts, aber nicht dem Abschluss eines Maklervertrages dienen sollte.

Der III. Zivilsenat hat die klagabweisende Entscheidung des Berufungsgerichts missbilligt. Zwar gelten für einen **konkludent abgeschlossenen Maklervertrag strenge Anforderungen**, da ein Interessent, der sich an einen Makler aufgrund dessen werbenden Angebots wendet, grundsätzlich davon ausgehen darf, dass die Provision allein vom Verkäufer getragen wird. Nichts anderes gilt auch bei Internetanzeigen, sofern der Makler nicht **eindeutig auf die Provisionspflicht** hinweist. Diesen Anforderungen entspricht jedoch die streitgegenständliche Internetannonce, da diese aufgrund ihrer **Gestaltung unmissverständlich** erkennen lässt, dass die Klägerin auch und gerade mit demjenigen Interessenten in vertragliche Beziehungen treten wollte, der sich mit Kaufabsicht an sie wendet. Die telefonische Bezugnahme der Interessenten auf die Anzeige hatte dann das Nachweis- bzw. das Vermittlungsverhältnis begründet.

bb)

Um den Entfall des Provisionsanspruchs aufgrund einer „**unechten Verflechtung**“ rankt sich ein Streitfall, in dem die klagende Handelsmaklerin eine fondsgebundene Lebens- und Rentenversicherung vermittelt hatte und wegen der sie deshalb eine in Raten zahlbare Vermittlungsgebühr begehrte. Zwischen der Konzernmutter der Lebensversicherung und der Klägerin bestand indes ein **Kooperationsvertrag**, der die Klägerin dazu berechtigte, die Formularanträge der Versicherung zu verwenden und einzureichen. Die von der Versicherung ausgestellten **Versicherungspolice**n sowie die angebotenen **Anlagestrate-**

gien wurden zudem **nach der Klägerin benannt**. Der III. Zivilsenat hat die klagabweisende Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt.⁷⁴

Einem Makler steht kein Vergütungsanspruch zu, wenn er mit der Person oder Gesellschaft, die den Hauptvertrag geschlossen hat, dergestalt **institutionell verflochten** ist, dass zu befürchten ist, der Makler werde sich im Falle eines Streits auf die Seite des Vertragsgegners stellen. Für die **Gefahr einer Interessenkollision** reicht es zwar noch nicht aus, dass der Makler Formulare des Versicherers verwendet und einreicht. Hierauf beschränkte sich aber der Inhalt der Kooperationsvereinbarung nicht, sondern mit der namentlichen Bezeichnung der Anlageprodukte nach der Klägerin wurden auch deren **wirtschaftliche Interessen an der Vermarktung** dieser Verträge in den Vordergrund gerückt. Bei dieser Sachlage konnte nicht davon ausgegangen werden, dass ein Makler auch ein Interesse an der Vermittlung von Alternativangeboten hat und die Interessen seiner Auftraggeber ausreichend beachtete.

cc)

Ein anderer Streitfall betrifft den **Widerruf eines Vertragsschlusses** über die Vermittlung einer fondsgebundenen Lebens- und Rentenversicherung. In dem Vertrag hatte der Handelsmakler dem beklagten Verbraucher den **ratenweisen Ausgleich** der Vermittlungsgebühr gestattet. Der III. Zivilsenat hat den Widerruf der Vermittlungsgebührenvereinbarung für wirksam erachtet.⁷⁵

Die Teilzahlungsvereinbarung war nach §§ 499 Abs. 1, 355 Abs. 1 BGB a.F. widerruflich. Der Widerruf war auch fristgemäß ausgeübt worden, da die in der Vertragsurkunde enthaltene **Belehrung**, wonach die Frist für den Widerruf „**frühestens mit Erhalt dieser Belehrung beginnt**“ § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. nicht genügte. Die Verwendung des Wortes „frühestens“ lässt für den Verbraucher nicht erkennen, wann die Frist beginnt, da dies auch „früher oder später“ der Fall sein kann. Auf § 14 Abs. 1 und Abs. 3 BGB-InfoV konnte sich die Klägerin nicht berufen, weil die damit verbundene Schutzwirkung dem Un-

⁷⁴ Urteil vom 01. März 2012 – [III ZR 213/11](#) – MDR 2012, 449 f. = NJW 2012, 1504 ff. = VersR 2012, 619 ff.

⁷⁵ Urteil vom 01. März 2012 – [III ZR 83/11](#) – NZG 2012, 427 ff. = BB 2012, 1185 f.

ternehmen nur dann eröffnet ist, wenn das Muster der Anlage 2 **inhaltlich und äußerlich nicht verändert** wird. Im Streitfall wurde jedoch lediglich über Rückgabepflichten und etwaige Nutzungersatzansprüche aufgeklärt. Damit war die Musterbelehrung inhaltlich verändert worden, da die Hinweise hinsichtlich der Widerrufsfolgen nicht vollständig übernommen wurden. Diesbezüglich sahen die Gestaltungshinweise in der Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV nämlich nicht vor, dass der Hinweis auf die Möglichkeit des Wertersatzes bei bestimmten Vertragsarten entfallen kann, zumal auch im Maklerrecht ein Anspruch auf Wertersatz nicht ausgeschlossen ist.

b) Nachbarrecht

Rechtsfragen aus dem Bereich des Nachbarrechts werden vom V. Zivilsenat beantwortet.

aa)

In einem Revisionsverfahren stand der Dauerbrenner des **nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruchs** analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zur Diskussion. In diesem Verfahren war **mehreren Bruchteilseigentümern ein Hausgrundstück** jeweils dergestalt zur Nutzung zugewiesen worden, als **jeder der Miteigentümer eine einzelne Wohnung nutzen** durfte. Die Kläger als Nutzer der Erdgeschoßwohnung hatten den Beklagten auf Schadensersatz wegen eines Wasserschadens in Anspruch genommen, nachdem es in der vom Beklagten und seiner Ehefrau genutzten Dachgeschoßwohnung zu einem Defekt am Durchlauferhitzer gekommen war. Während das Oberlandesgericht die Klage für begründet erachtet hatte, hat der V. Zivilsenat der Revision des Beklagten überwiegend stattgegeben und nur hinsichtlich dessen Verurteilung zur Auskunft das Rechtsmittel als unzulässig verworfen.⁷⁶

Der vom Berufungsgericht analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zuerkannte Anspruch scheidet zwar nicht bereits an § 308 ZPO und dem Umstand, dass die Klage nicht ausdrücklich auf diese Vorschrift gestützt worden war. Mit verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen besteht insoweit zwar eine An-

⁷⁶ Versäumnisurteil vom 10. Februar 2012 – [V ZR 137/11](#) – MDR 2012, 580 f. = NJW 2012, 2343 ff. = NZM 2012, 542 f.

spruchskonkurrenz; der klagebegründende Sachvortrag ergab jedoch, dass vom Kläger auch diese Anspruchsgrundlage zum Gegenstand seines Rechtsschutzbegehrens erhoben worden war. Allerdings war **§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB** – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – im Streitfall **nicht anwendbar**, da diese Vorschrift in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich eine Störung verlangt, die von einem anderen Grundstück herrührt. Soweit entsprechende Eingriffe nicht von außen erfolgen, kommt eine **analoge Anwendung** dieses Rechtsinstituts nur bei **struktureller Vergleichbarkeit** und **nicht anders zu befriedigender Schutzbedürftigkeit** in Betracht. Im Verhältnis von Bruchteilseigentümern zueinander fehlt es an dieser Vergleichbarkeit. Die Vereinbarung einer Nutzungsregelung lässt zwar darauf schließen, dass die Bruchteilseigentümer die zugewiesene Wohnung als eigene ansehen. Diese Sichtweise ändert jedoch nichts an der bestehenden **rein schuldrechtlichen Beziehung** und der Stellung als gemeinschaftliche Eigentümer. Damit besteht Identität auf der Ebene des Störers und des Gestörten, weshalb ein Konflikt im Innenverhältnis vorliegt; dieser kann einem grenzüberschreitenden Eingriff nicht gleichgestellt werden.

bb)

Ein weiteres Verfahren befasst sich mit dem geplanten Abriss einer im Eigentum des Beklagten stehenden **Stützmauer**, dem die angrenzende Klägerin durch eine Unterlassungsklage begegnen wollte. Der Beklagte hatte dagegen widerklagend primär die Feststellung begehrt, zu dieser Maßnahme berechtigt zu sein. Der BGH hat das die Entscheidung des Landgerichts bestätigende Berufungsurteil aufgehoben, weil ein Teilurteil nicht ergehen durfte und dem Berufungsgericht materiell-rechtlich eine „Segelanweisung“ mit auf den Weg geben.⁷⁷

Der Erlass eines auf die Klage bezogenen Teilurteils war nach § 301 ZPO unzulässig, weil im Hinblick auf die Widerklage die **Gefahr widersprüchlicher Entscheidung** bestand und sich diese Gefahr auch durch eine andere Beurteilung im Instanzenzug verwirklichen kann. In der Sache selbst konnte sich eine

⁷⁷ Urteil vom 29. Juni 2012 – [V ZR 97/11](#) – MDR 2012, 1027 f. = NJW-RR 2012, 1160 ff. = NZM 2012, 735 f., an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

denkbare Duldungspflicht des Beklagten allein aus § 909 BGB ergeben. Dafür war indes die bisher fehlende Feststellung erforderlich, dass der Beklagte sein Grundstück vertieft hatte. Die Entfernung einer Stützmauer beschränkte sich auf ein oberirdisches **Gebäudeteil** und stand einer **Senkung des Bodenniveaus** mangels einer Regelungslücke **nicht gleich**. Das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis als Auffangtatbestand wurde von der rein faktischen Stützungsfunktion der Mauer nicht berührt.

c) Grundzüge des Immobilienrechts

Auch mit dem Immobilienrecht ist der V. Zivilsenat betraut, der sich im Berichtszeitraum mit folgenden Rechtsfragen zu befassen hatte:

aa)

In einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren, welches mit einer Aufhebung nach § 544 Abs. 7 ZPO endete, hatten die Kläger den von ihnen bezahlten Kaufpreis für ein zweistöckiges Einfamilienhaus um 65.000 € gemindert, da das Objekt – entgegen den Angaben des von den Verkäufern beauftragten Maklers – nur über eine Wohnfläche von 131,21 qm anstelle von 160 qm verfügen soll. Der BGH hat die die Berufung der Kläger zurückweisende Entscheidung des Oberlandesgerichts als gehörswidrig beanstandet.⁷⁸

Die Annahme des Berufungsgerichts, wonach das Klagevorbringen nicht erkennen lasse, wie Makler die Wohnfläche von Einfamilienhäusern berechnen würden, beruht auf einer unzulässigen, mit **Art. 103 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Beweisantizipation**. Wenn – was auch die Vorinstanz nicht verkennt – die Angaben des Maklers im Exposé eine **vertragliche Erklärung** darstellen, die sich der Veräußerer zurechnen lassen muss, sind die Angaben zur Wohnfläche gemäß §§ 133, 157 BGB auslegungsbedürftig. Mangels der Vereinbarung eines konkreten Berechnungsmaßstabes muss der Begriff der **Wohnfläche** dann **unter Berücksichtigung der Verkehrssitte** geklärt werden. Das Bestehen einer Verkehrssitte ist aber keine Rechts-, sondern eine **Tatfrage**, die durch die beantragte Einholung einer amtlichen Auskunft der Architek-

⁷⁸ Beschluss vom 19. Januar 2012 – [V ZR 141/11](#) – GuT 2012, 156 f. = Grundeigentum 2012, 402 f. = WuM 2012, 164 f.

tenkammer hätte geklärt werden müssen. Auf dieser Grundlage ist eine erhebliche und nicht nur für die Wertbildung vernachlässigbare Wohnflächenabweichung möglich, so dass das Berufungsgericht den angebotenen Beweis hätte erheben müssen. Hierbei durfte das Oberlandesgericht seine gegenteilige Rechtsauffassung nicht auf das eingeholte Sachverständigengutachten stützen, da die Ausführungen des Gutachters zur Relevanz des Sachwertverfahrens widersprüchlich waren und nach § 412 Abs. 1 ZPO eine ergänzende Begutachtung erfordert hätten.

bb)

Fragen nach der **Wirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses** wegen **erkennbarer Feuchtigkeitsschäden** eines im Jahre 1936 errichteten Wohnhauses wegen fehlender Abdichtung gegen aufsteigende Nässe behandelt die folgende Entscheidung.⁷⁹

Der V. Zivilsenat hat zuerst das Vorliegen eines **Sachmangels** bejaht, da es auf den bei Altbauten üblichen Standard nicht ankommt, wenn die Parteien eine abweichende Vereinbarung getroffen haben oder stillschweigend eine andere Verwendung vorausgesetzt wurde. Im Streitfall war jedoch die übereinstimmend gewollte Vorstellung vorhanden, dass die **Kellerräume auch zu Wohnzwecken** geeignet sein sollten, die durch die vorhandene Feuchtigkeit verhindert wurde. Diesbezüglich besteht allerdings eine **Aufklärungspflicht** des Veräußerers, wenn die Mangelercheinungen dem Käufer erkennbar sind, aber deren Spuren keinen tragfähigen Rückschluss auf dessen Art und Umfang gestatten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt jedoch keine **Arglist** des Verkäufers vor, wenn sich dieser selbst über die Mangelursache im Unklaren ist und deren nähere Aufklärung nicht betrieben hat. In diesem Fall erfolgen dann auch keine Angabe „ins Blaue hinein“, wenn der Veräußerer selbst nur Mutmaßungen über die Schadensursache anstellen kann und er mit der Unrichtigkeit seiner Behauptung nicht rechnet.

⁷⁹ Urteil vom 16. März 2012 – [V ZR 18/11](#) – MDR 2012, 638 = NJW-RR 2012, 1078 ff. = NZM 2012, 469 ff.

cc)

Eine vielbeachtete Entscheidung⁸⁰ setzt sich mit dem **Hausrecht eines Hoteliers** auseinander. In dem vom Beklagten betriebenen Wellnesshotel hatte die Ehefrau eines hochrangigen NPD-Funktionärs für sich und ihren Gatten einen Aufenthalt gebucht. Diese Buchung wurde zuerst bestätigt. Nachträglich wurde dem Kläger jedoch ein **Hausverbot** erteilt, weil dessen politische Vorstellungen nicht mit dem Ziel des Hotels, eine entspannte Atmosphäre zu bieten, zu vereinbaren wären.

Die Revision des Klägers hatte nur insoweit Erfolg, als der Kläger die Aufhebung des Hausverbots für den gebuchten Zeitraum begehrte. Das Hausrecht ist Ausfluss der **grundrechtlichen Eigentumsgarantie** (Art. 14 GG) sowie der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten **Privatautonomie** des Grundbesitzers/-eigentümers, das es ihm ermöglicht, nach § 903 BGB frei darüber zu entscheiden, wem Zutritt gewährt werden soll. Diese Befugnis tritt jedoch dann zurück, wenn sich der Eigentümer **vertraglich zur Gestattung** des Zutritts verpflichtet hat. Davon hätte sich der Beklagte nur durch eine Kündigung aus wichtigem Grund lösen können, wofür jedoch deshalb Anhaltspunkte fehlen, weil der Kläger schon in der Vergangenheit Gast des Hotels war und dabei keine Störungen aufgetreten waren.

Hinsichtlich der Aufhebung des **Hausverbots für die Zukunft** war die Klage jedoch unbegründet, da insoweit das Hausrecht und die Privatautonomie des Beklagten keine Durchbrechung erfahren. Eine allgemeine Verkehrseröffnung liegt im Falle des Betriebs eines Hotels mit Wellnesscharakter nicht vor, weil nur ein eingeschränkter Besucherkreis angesprochen wird. Hinsichtlich §§ 19 Abs. 1, 21 AGG ist bereits fraglich, ob der Aufenthalt in einem Wellnesshotel den Tatbestand dieser Normen erfüllt. Jedenfalls erstreckt sich das Diskriminierungsverbot nicht auf die **Benachteiligung wegen politischer Überzeugungen**. Auch Art. 3 Abs. 3 GG half dem Kläger nicht, da er nur in seiner Freizeit-

⁸⁰ Urteil vom 09. März 2012 – [V ZR 115/11](#) – JZ 2012, 686 ff. = MDR 2012, 570 f. = NZM 2012, 397 ff.

gestaltung beeinträchtigt wird und das schriftlich erteilte Hausverbot nicht öffentlich gemacht wurde.

5.

Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht

Diese Thematik fällt primär in die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte. Rechtsfragen im Zusammenhang mit preisgebundenem Wohnraum wurden oben unter Ziffer 1.7 vorgestellt.

6.

Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts

Rechtsprobleme im Zusammenhang mit verfahrens- oder vollstreckungsrechtlichen Fragen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts waren vom Bundesgerichtshof in folgender Hinsicht zu klären:

a)

Um den **Umfang der gerichtlichen Prüfung** im Falle einer **erfolgreichen Anhörungsrüge** rankt sich eine bereits vorgestellte Entscheidung des VIII. Zivilsenats.⁸¹ Der Mieter hatte seine Anhörungsrüge erfolgreich auf einzelne, zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzpositionen gestützt. Das Landgericht hatte im Fortsetzungsverfahren dagegen sämtliche wechselseitigen Ansprüche berücksichtigt und auf dieser Grundlage einen kündigungsrelevanten Mietrückstand von mehr als zwei Monatsmieten ermittelt.

Der VIII. Zivilsenat⁸² hat zwar die Ansicht des Landgerichts, wonach es nicht nur auf die zu Recht als übergegangen beanstandeten Rechnungspositionen ankomme, gebilligt. **Nach erfolgreicher Anhörungsrüge** wird das Verfahren gemäß § 321a Abs. 5 ZPO nur in den **Zustand vor der Ausgangsentscheidung**

⁸¹ Siehe dazu oben Fn. 14.

⁸² Urteil vom 20. Juni 2012 – [VIII ZR 268/11](#) – Grundeigentum 2012, 1032 f. = MDR 2012, 988 = NJW-RR 2012, 977 f.

zurückversetzt. Da die Anhörungsrüge kein Rechtsmittel ist, greift auch das **Verbot der reformatio in peius nicht**, mit der Folge dass das Gericht sodann in seiner Entscheidung frei ist. Gleichwohl hatte die Revision des Mieters im Ergebnis Erfolg, weil das Berufungsgericht die Darlegungslast hinsichtlich des beanstandeten Hundegebells überdehnt hatte.

b)

Einen zivilprozessualen Klassiker behandelt ein Beschluss des XII. Zivilsenats, der wegen eines **Gehörsverstoßes nach Art. 103 Abs. 1 GG** zur Aufhebung und Zurückverweisung nach § 544 Abs. 7 ZPO führte.⁸³ Nach gefestigter Rechtsprechung steht es nach § 398 Abs. 1 ZPO zwar im Ermessen der Zweitinstanz, ob es erstinstanzlich vernommene Zeugen erneut vernehmen will. Dieses Ermessen erstarkt indes zu einer Rechtspflicht, wenn ein Berufungsgericht **protokollierte Aussagen abweichend vom Eingangsgericht** verstehen will. Darin liegt zugleich eine zulassungsrelevante Gehörsverletzung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO.

c)

Diese Grundsätze spielten auch in einem weiteren Verfahren eine Rolle, in dem die beklagten Mieter die **Aufrechnung wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs** geltend gemacht hatten. Anders als das Amtsgericht, welches der Klage statt gegeben hatte, war das Landgericht zu der Ansicht gelangt, dass nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und der Beweisaufnahme der behauptete Eigenbedarf nie bestanden habe oder doch zumindest vor Ablauf der Kündigungsfrist entfallen sei. Diese **Beweiswürdigung** hat der BGH teilweise beanstandet.⁸⁴

Gemäß § 286 ZPO durfte das Landgericht zwar von einer **Beweisvereitelung** des Klägers ausgehen, da die **ohne triftigen Grund erfolgte Weigerung** der nicht beweisbelasteten Partei, **einen nur ihr bekannten Zeugen zu benennen**, den Tatrichter zu dieser Beurteilung berechtigt. Die Person des vom Kläger ver-

⁸³ Beschluss vom 21. März 2012 – [XII ZR 18/11](#) – MDR 2012, 601 f. = NJW-RR 2012, 704 = ZfSch 2012, 449 f.

⁸⁴ Versäumnisurteil vom 13. Juni 2012 – [VIII ZR 356/11](#) – zit. nach juris.

schwiegene(n) Lebensgefährten seiner Nichte war auch entscheidend für dessen Vorbringen. Danach sollte der Eigenbedarf erst nach dem Auszug der Beklagten weggefallen sein, weil die Beziehung zwischen der Nichte als neuer Mieterin und deren Partner erst anlässlich der anstehenden Renovierungsarbeiten zerbrochen sein sollte. Allerdings durfte das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen M **nicht ohne erneute Vernehmung** als widersprüchlich beurteilen, weil das Amtsgericht diesen Zeugen noch als glaubwürdig angesehen hatte.

d)

Die Grenzen der **Rechtskraft eines Urteils**, mit dem eine **Räumungsklage wegen einer Eigenbedarfskündigung** abgewiesen wurde, behandelt ein Hinweisbeschluss des VIII. Zivilsenats.⁸⁵

Der Senat hat die Zulässigkeit der neuerlichen Räumungsklage aufgrund einer wiederholten Eigenbedarfskündigung bejaht, da es insoweit unschädlich ist, wenn die Kündigung bereits vor dem letzten Termin zur mündlichen Verhandlung im Vorprozess ausgesprochen wurde, da das Mietverhältnis aufgrund der geltenden (verlängerten) Kündigungsfristen erst nach diesem Zeitpunkt beendet wurde.

e)

Erneut waren auch Rechtsprobleme zu lösen, die im Rahmen von **Zwangsversteigerungs-** bzw. **Zwangsverwaltungsverfahren** aufgeworfen wurden.

aa)

Der VII. Zivilsenat, der auch für Rechtsbeschwerdeverfahren zuständig ist, die allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen betreffen, hatte in zwei Verfahren zu klären, ob der **Ersther** eines Grundstücks nach **§ 727 Abs. 1 ZPO eine vollstreckbare Ausfertigung des Räumungstitels** verlangen kann, den der **Zwangsverwalter** in der vorangegangenen und zwischenzeitlich aufgehobenen Zwangsverwaltung gegen einen Mieter erwirkt hatte.⁸⁶

⁸⁵ Beschluss vom 17. Januar 2012 – [VIII ZR 171/11](#) – Grundeigentum 2012, 479 = WuM 2012, 152.

⁸⁶ Beschlüsse vom 14. Juni 2012 – [VII ZB 47/10](#) – Grundeigentum 2012, 1033 ff. = WM 2012, 1439 ff. sowie – [VII ZB 48/10](#) – MDR 2012, 997 f. = WuM 2012, 457 ff.

Der Senat verneint diese Möglichkeit, weil der **Ersteher** jedenfalls dann **nicht Rechtsnachfolger des Zwangsverwalters** wird, wenn die Zwangsverwaltung schon vorher beendet worden ist. Nach § 152 Abs. 1 ZVG leitet der Zwangsverwalter nämlich seine Rechtsstellung vom Eigentümer des beschlagnahmten Grundstück ab. Der Ersteher erwirbt das Eigentum mit dem Zuschlag nach § 90 Abs. 1 ZVG dagegen originär und nicht abgeleitet vom Schuldner, da das Eigentum kraft eines konstitutiven Hoheitsaktes in seiner Person neu entsteht. Auch aus § 57 ZVG i.V.m. § 566 BGB ergibt sich keine andere Bewertung, weil es auch dem Zwangsverwalter – nach Aufhebung der Zwangsverwaltung – untersagt ist, die Räumung zu betreiben. Letztlich besteht auch kein praktisches Bedürfnis für die Anwendung des § 727 Abs. 1 ZPO, weil der Ersteher die Räumung nach § 93 Abs. 1 ZVG veranlassen kann.

bb)

Ein weiteres Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem V. Zivilsenat betraf dagegen die **Höhe der zu beanspruchenden Vergütung**, nachdem der Zwangsverwalter – ein Rechtsanwalt – gegen die säumige Mieterin ein Mahnverfahren eingeleitet hatte. Die Mieterin hatte daraufhin die offene Miete unmittelbar an die betreibende Gläubigerin überwiesen. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde des Zwangsverwalter, mit der dieser eine Vergütung in Höhe von 4.840,50 € anstelle der ihm vom Amtsgericht zuerkannten 809,20 € begehrt hatte, zurückgewiesen.⁸⁷

Das Beschwerdegericht hatte die Vergütung zu Recht nach § 18 Abs. 1 Satz 2 ZwVwVO bemessen, da die **Regelvergütung** nach § 18 Abs. 1 Satz 1 ZwVwVO nur verlangt werden kann, wenn **Mietzinszahlungen tatsächlich an den Zwangsverwalter** geleistet werden. Insoweit hat der Verordnungsgeber die Bemessungsgrundlage bewusst an den tatsächlich eingezogenen Mietzinsen ausgerichtet, um auch im Interesse der Gläubiger einen Anreiz für die Beibehaltung von Außenständen zu schaffen. Reine Vorbereitungshandlungen oder Zahlungen an den Schuldner bzw. einen Gläubiger kommen jedoch der Masse

⁸⁷ Beschluss vom 26. April 2012 – [V ZB 155/11](#) – MDR 2012, 938 f. = NJW-RR 2012, 979 f. = ZInsO 2012, 1198 f.

nicht zugute. Im Ergebnis kommt auch **keine weitere Gebühr nach § 17 Abs. 3 ZwVwVO** in Betracht. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts können in einem Festsetzungsverfahren nach § 22 ZwVwVO zwar auch **Rechtsanwaltsgebühren** zuerkannt werden. Im Streitfall hätte ein nicht als Anwalt zugelassener Verwalter aber keinen Rechtsanwalt mit der Einleitung eines Mahnverfahrens beauftragt, da es dafür keiner besonderen Rechtskenntnisse bedarf.

cc)

Die Regelung des **§ 74 b ZVG**, die in Abweichung in § 74 a ZVG bereits im ersten Versteigerungstermin Meistgebote unterhalb der 7/10-Marke ermöglicht, steht im Mittelpunkt einer in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Grundsatzentscheidung.

Im Grundbuch waren zugunsten der die Zwangsversteigerungen betreibenden Gläubiger (Beteiligte zu 1 und 3) gleichrangige Grundschulden im Wert von nominal 342 Mio. € eingetragen; dem standen ein festgesetzter Verkehrswert von 13,7 Mio. € gegenüber. Der Wert der nach den Versteigerungsbedingungen bestehenbleibenden Rechte belief sich auf 51.250 €. Die Beteiligte zu 3 war mit einem Gebot von ca. 6,8 Mio. € im Versteigerungstermin Meistbietende geblieben. Die auf Zuschlagsversagung gerichtete Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 war ohne Erfolg, weil deren auf § 74 a ZVG gestützter Versagungsantrag an § 74 b ZVG scheitert⁸⁸.

Der BGH hat die Voraussetzungen des Befreiungstatbestandes nach § 74 b ZVG bejaht, da diese Bestimmung auch im **Verhältnis zwischen gleichrangigen Gläubigern** zur Anwendung gelangt. Unter Hinzurechnung des Ausfallbetrages der Beteiligten zu 3 ergibt sich zudem ein Wert, der die 7/10-Grenze erreicht. Der Senat folgt insoweit der überwiegend vertretenen Ansicht, die die maßgebliche Wertgrenze anhand der **Differenz zwischen dem Nominalwert der Grundschuld** und dem auf den Meistbietenden entfallenden **Anteil am bereinigten Erlös** errechnet. Der Wortlaut der Vorschrift gibt für eine einschränkende Auslegung keine Handhabe. Die Gesetzesbegründung ist im Hin-

⁸⁸ Beschluss vom 02. Februar 2012 – [V ZB 159/11](#) – BGHZ 192, 279 ff. = MDR 2012, 870 f. = WM 2012, 811 f.

blick auf gleichrangige Gläubiger unergiebig. Sinnvoller Weise kann § 74 b ZVG aber nur für diese Sachverhaltsgestaltung eine Bedeutung erlangen. Die Bestimmung dient auch nicht ausschließlich dem Schutz des nicht mitbietenden Gläubigers, sondern wahrt auch Belange des Schuldners. Der Meistbietende muss sich dagegen materiell-rechtlich so behandeln lassen, als hätte er ein Gebot abgegeben, dass die 7/10-Grenze erreicht.

f)

Speziell **insolvenzrechtliche Fragestellungen** im Zusammenhang mit Mietverhältnissen behandelt eine Entscheidung des IX. Zivilsenats, in dessen Zuständigkeiten auch das Insolvenzrecht fällt.

In diesem Verfahren war über das **Vermögen des Mieters** das vereinfachte **Insolvenzverfahren** eröffnet worden und der **Beklagte zum Treuhänder** bestellt worden. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2008 teilte der Beklagte der Hausverwaltung mit, dass nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **Mietzinsansprüche nicht gegen die Masse** geltend gemacht werden können. Zwischenzeitlich waren aber die Kläger bereits als neue Eigentümer der Mietwohnung in das Grundbuch eingetragen worden. Diese erwirkten sodann gegen den Schuldner und dessen Ehefrau einen auf Räumung und Herausgabe der Wohnung sowie auf Zahlung rückständiger Miete für die Monate Januar bis Juli 2009 gerichteten Titel. Erst nach Erlass dieses Urteils informierte der Beklagte auch die Kläger über das laufende Insolvenzverfahren und die bestehende Massearmut. Während die Vordergerichte die auf Mietzinszahlung für die Monate Januar bis Oktober 2009 gerichtete Klage noch für begründet erachtet hatten, hat der BGH weit überwiegend gegenteilig geurteilt.⁸⁹

Zwar handelt es sich bei den in Rede stehenden Mietzinsansprüchen auch im vereinfachten Insolvenzverfahren um **Masseverbindlichkeiten i.S. der §§ 108 Abs. 1, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO**. Entgegen der Auffassung der Vordergerichte hat aber bereits die **Erklärung** des Beklagten **gegenüber der Hausverwaltung** zu einer **Enthftung nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO** geführt. Mit dieser Regelung

⁸⁹ Urteil vom 23. Februar 2012 – [IX ZR 29/11](#) – NJW 2012, 1881 ff. = NZI 2012, 406 ff. = ZInsO 2012, 733 ff.

hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, die Masse von Mietzinsverbindlichkeiten unter Fortbestand des Mietverhältnisses zu befreien. Diese Regelung gilt – entgegen einer Mindermeinung – auch im Bereich der Wohnraummiete. Unschädlich ist, dass die Erklärung des Beklagten nicht gegenüber den Klägern als neuen Vermietern abgegeben wurde, da insoweit **§§ 407 Abs. 1, 412 BGB entsprechend anwendbar** sind. Im Hinblick darauf, dass § 566 BGB keinen gesetzlichen Forderungsübergang vorsieht, liegt eine planwidrige Regelungslücke vor. Diese ist durch eine **analoge Anwendung** des § 412 BGB zu schließen.

Karlsruhe, 16. Januar 2012



(Dr. Siegfried Mennemeyer)