

## **Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2010**

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof  
Dr. Siegfried Mennemeyer, Karlsruhe

Im Anschluss an unseren Bericht für das 1. Halbjahr 2010 wollen wir unsere Rechtsprechungsübersichten<sup>1</sup> über Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus den Bereichen des Miet- und Wohnungseigentumsrechts sowie des Maklerrechts, des Nachbarrechts und des Immobilienrechts fortsetzen. Ferner stellen wir auch die Besonderheiten des Verfahrens- und Vollstreckungsrechts dar. Diese Materien sind im Rahmen der Geschäftsverteilung<sup>2</sup> verschiedenen Zivilsenaten des BGH zugewiesen, wobei sich die nachfolgende Gliederung an den in § 14 c FAO aufgeführten Schwerpunktbereichen orientiert, die für die Erlangung der Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht“ erforderlich sind.

### **1. Wohnraummiete**

Das Rechtsgebiet der Wohnraummiete fällt in die Zuständigkeit des VIII. Zivilsenats, der im Berichtszeitraum erneut zu einer Vielzahl von rechtlichen Fragestellungen Position bezogen hat.<sup>3</sup>

#### **1.1. Mietvertragliche Abreden**

In diesem Zusammenhang werden primär Fragen der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB aufgeworfen oder es gilt den Anwendungsbereich zwingender ge-

---

<sup>1</sup> Insbesondere zum Medizin-, Versicherungs-, Arbeits- und Verkehrsrecht; abrufbar unter [www.bgh-anwalt.de](http://www.bgh-anwalt.de) und dort unter „Newsletter“.

<sup>2</sup> Der Geschäftsverteilungsplan 2010 der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofs ist im Internet unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) veröffentlicht. Über die vorstehende Internetadresse stehen insbesondere auch alle nachfolgend behandelten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Volltext zur Verfügung.

<sup>3</sup> Siehe auch Herrlein, NJW 2011, 1189 ff.

setzlicher Vorschriften zu klären. Soweit Formulklauseln streitgegenständlich sind, steht die Anwendung der §§ 305 ff. BGB im Mittelpunkt.

**a)**

Die **rechtliche Einordnung** eines Vertragsverhältnisses war in einem Revisionsverfahren klärungsbedürftig, dem ein „Mietvertrag“ zwischen zwei **Erbbauberechtigten** hinsichtlich eines mit einem **Mehrfamilienhauses bebauten Grundstücks** zugrunde lag. Der Kläger hatte dabei seinem Bruder und dessen Ehefrau die „ideelle Hälfte des Erdgeschosses als Wohnung“ vermietet. Zur monatlichen Miete war ferner vereinbart:

*„Die Mieter zahlen das Doppelte des vereinbarten Mietzinses monatlich zur Zahlung der Verbindlichkeiten auf das Konto der Eigentümergemeinschaft ein. Diese Einzahlung wird wie die Miete und die Nebenkostenvorauszahlungen der anderen Mietparteien abgerechnet.“*

Während das Landgericht darin noch einen Vertrag eigener Art gesehen und den Beklagten deshalb keine Gegenrechte wegen Mietmängel eingeräumt hatte, hat der BGH gegenteilig entschieden und das Vertragsverhältnis als Mietvertrag eingeordnet.<sup>4</sup> Zur Begründung hat der VIII. Zivilsenat auf die ständige Rechtsprechung<sup>5</sup> verwiesen, wonach die **Gebrauchsüberlassung** eines **gemeinsamen Grundstück** an einen **Miteigentümer** regelmäßig als **Mietvertrag** anzusehen ist. Für die entgeltliche Überlassung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks bzw. einer Wohnung in dem darauf errichteten Mehrfamilienhaus kann daher nichts anderes gelten. An dieser Beurteilung ändert auch die Erhaltungspflicht des Erbbauberechtigten nichts, da die Regelung in § 20 des Mietvertrages lediglich vorsieht, dass der Mietzins zur Bildung einer Instandhaltungsrücklage dienen soll, wobei die monatlichen Mietzahlungen verrechnet werden sollen. Der VIII. Zivilsenat hat deshalb den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen, damit diese Feststellungen zu den geltend gemachten Gegenansprüchen treffen kann.

<sup>4</sup> Urteil vom 15. September 2010 – VIII ZR 16/10 – NJW-RR 2010, 1664 f. = NZM 2010, 898 = WuM 2010, 711 ff.

<sup>5</sup> Urteile vom 11. September 2000 – II ZR 324/98 – NJW-RR 2001, 369 f sowie vom 17. Dezember 1973 – II ZR 59/72 = NJW 1974, 365 f.

**b)**

Mit der Frage, ob der Mieter seine **Kautionsleistung** davon abhängig machen kann, dass ihm der Vermieter ein **Mietkautionskonto** benennt, war der VIII. Zivilsenat in einem weiteren Verfahren befasst.<sup>6</sup> Dazu sah der Mietvertrag folgende Regelung vor:

*„Der Mieter leistet bei Beginn des Mietverhältnisses dem Vermieter für die Erfüllung seiner Verpflichtung eine Barkaution in Höhe von 2.000,00 € auf ein Mietkautionskonto – Übergabe an den Vermieter beim Einzug. Der Vermieter hat diese Geldsumme getrennt von seinem Vermögen bei einem Kreditinstitut zu dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anzulegen...“*

Die Mieter hatten die Kautionsleistung trotz mehrfacher Aufforderung nicht geleistet, weil der Vermieter ihnen kein Mietkautionskonto genannt hatte. Der BGH hat diese Vorgehensweise gebilligt, weil der Mieter die **Benennung eines insolvenzfesten Kontos** verlangen kann. Nach Sinn und Zweck der Regelung des § 551 Abs. 3 BGB sollen Mieter davor geschützt werden, dass Gläubiger des Vermieters Zugriff auf die Kautionsleistung nehmen. Dieser Schutz besteht **von Anfang an**, weshalb sich eine Lücke ergeben würde, wenn der Vermieter bei Beginn des Mietverhältnisses eine Barzahlung verlangen könnte.

## **1.2. Mietmängel**

Rechtsfragen im Zusammenhang mit Mietmängeln gaben ebenfalls Anlass für mehrere, höchstrichterliche Entscheidungen:

**a)**

Eine Abgrenzung war in einer Streitsache zu treffen, der **ungenügender Schallschutz** zugrunde lag.<sup>7</sup> Die Mieter einer Wohnung, die im Jahre 2001 errichtet worden war, hatten den Mietzins gemindert, weil die **Trittschalldämmung** nur die Anforderung der **DIN 4109 (1989)** erfüllt.

<sup>6</sup> Urteil vom 13. Oktober 2010 – VIII ZR 98/10 – NJW 2011, 59 ff. = NZM 2011, 28 ff. = WM 2011, 181 ff.

<sup>7</sup> Urteil vom 07. Juli 2010 – VIII ZR 85/09 – NJW 2010, 3088 f. = NZM 2010, 618 f. = ZMR 2010, 942 f.

Das Landgericht hatte die Mietminderung für berechtigt angesehen und sich dafür auf Entscheidungen des VII. Zivilsenats<sup>8</sup> berufen, der Trittschallschutz, der nur die DIN 4109 erfüllt, als mangelhaft beurteilt. Der VIII. Zivilsenat hat dagegen einen Mietmangel verneint, weil sich die **Vorgaben des Werkvertragsrechts nicht auf die Wohnraummiete übertragen** lassen. Vielmehr kommt es auf die im Mietverhältnis getroffenen vertraglichen Vereinbarungen an. Wenn kein bestimmter Trittschallschutz vereinbart ist, schuldet der Vermieter eine Beschaffenheit, die den vereinbarten Nutzungszweck ermöglicht und die der Mieter nach der Art der Mietsache erwarten kann. Die Sollbeschaffenheit beurteilt sich insoweit anhand des üblichen Wohnstandards, wobei auf den Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes abzustellen ist. Hinsichtlich des Schallschutzes konnten die Mieter deshalb keine Bauausführung erwarten, die über die damals geltende DIN 4109 hinausgeht. Die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats ist nicht übertragbar, weil im Baurecht die **anerkannten Regeln der Technik** den Maßstab vorgeben. Im Mietrecht wird die vertraglich geschuldete Sollbeschaffenheit dagegen **nicht** durch die **Einhaltung bestimmter technischer Normen** definiert. Dafür spricht auch, dass der Vermieter – anders als ein Bauunternehmer – während der gesamten Mietzeit für Sachmängel einzustehen hat.

**b)**

Fortgeführt hat der VIII. Zivilsenat zudem seine Rechtsprechung zu **Wohnflächenunterschreitungen**. Während es als gesichert gilt, dass Wohnflächenunterschreitungen von **mehr als 10 %** einen **Mietmangel** darstellen, wobei auch eine relativierende „ca.-Angabe“ einer Mietzinsminderung nicht entgegensteht<sup>9</sup>, hat der VIII. Zivilsenat dies für einen Mietvertrag anders gesehen, der zu einer Flächenangabe von „ca. 54,78 qm“ in § 1 bestimmte:

*„...Diese Angabe dient wegen möglicher Messfehler nicht zur Festlegung des Mietgegenstandes. Der räumliche Umfang der gemieteten Sache ergibt sich vielmehr aus der Angabe der vermieteten Räume.“*

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Urteil vom 10. März 2010 – VIII ZR 144/09 – NJW 2010, 1745 ff. = NZM 2010, 313 f. = WuM 2010, 240 ff.

Aufgrund dieser Vertragsgestaltung hat der Senat eine **vertragliche Beschaffensvereinbarung** der Parteien hinsichtlich der Mietfläche verneint. Die Größenangabe war nicht verbindlich gewollt und der räumliche Umfang des Mietobjekts sollte allein durch die Angabe der vermieteten Räume bestimmt werden.

**c)**

Die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Mieter ein **Zurückbehaltungsrecht** ausüben kann, wenn der **Vermieter keine Kenntnis von dem Mietmangel** hat, stand im Zentrum eines weiteren Revisionsverfahrens.<sup>10</sup>

Die Mieter hatten für mehrere Monate die Miete nicht bezahlt, worauf der Vermieter die fristlose Kündigung aussprach. Die Mieter widersprachen der Kündigung wegen Schimmelpilzbefall mehrerer Zimmer. Während das Amtsgericht der Räumungsklage noch stattgegeben hatte, hatte das Landgericht die Klage abgewiesen, weil sich die Mieter nicht in Zahlungsverzug befunden hätten.

Der VIII. Zivilsenat hat gegenteilig entschieden und die Entscheidung des Amtsgerichts wiederhergestellt. Das **Zurückbehaltungsrecht** des Mieter nach § 320 BGB soll **Druck** auf den Vermieter **ausüben** und diesen zur **Erfüllung seiner Herstellungspflicht** veranlassen. Diese Funktion kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht erfüllen, solange der Vermieter **keine Kenntnis** von Mietmängeln hat. Daher besteht ein Zurückbehaltungsrecht an Mietzinsen erst, **nachdem** der Mieter **Mietmängeln angezeigt** hat.

**d)**

Ein fast schon als „Scheinproblem“ zu bezeichnender Sachverhalt war dagegen im Zusammenhang mit einer **Stromsperre** zu behandeln.<sup>11</sup> Die Stromsperre hatte der Mieter aufgrund **Zahlungsverzugs** gegenüber dem **Stromanbieter selbst verursacht**. Der BGH hat ein Minderungsrecht verneint, weil die Ursache für die Stromsperre nicht in der Sphäre des Vermieters lag, sondern auf einem Verhalten des Mieters gegenüber „seinem“ Stromanbieter beruhte.

---

<sup>10</sup> Urteil vom 03. November 2010 – VIII ZR 330/09 – MDR 2011, 92 f. = NJW-RR 2011, 447 f. = NZM 2011, 197 f.

<sup>11</sup> Urteil vom 15. Dezember 2010 – VIII ZR 113/10 – NJW-RR 2010, 515 = NZM 2011, 198.

### 1.3 Schönheitsreparaturen

Im Vergleich zu früheren Zeiträumen ist die Rechtsentwicklung insoweit ruhig verlaufen:

#### a)

Interpretationsschwierigkeiten des vorab befassten Landgerichts ist der VIII. Zivilsenat in einem Fall mit einem Hinweisbeschluss entgegen getreten.<sup>12</sup> Die Frage, ob ein Vermieter **Nutzungsentuschädigung** deshalb verlangen kann, weil der Mieter **geschuldete Schönheitsreparaturen** nicht ausgeführt hat, ist gemeinhin zu verneinen. Für ein **Vorenthalten** i.S. des § 546a BGB ist es nämlich ohne Bedeutung, in welchem Zustand sich die Mietsache bei der Rückgabe befindet. Demnach liegt selbst dann kein Vorenthalten vor, wenn die Mietwohnung verwahrlost ist. Im konkreten Fall scheiterte ein Anspruch aus §§ 280, 286, 546a Abs. 2 BGB mithin daran, dass das Landgericht die von ihm in Bezug genommene Entscheidung<sup>13</sup> fehlerhaft verstanden hatte. In der Bezugsentscheidung war nämlich nur ausgeführt worden, dass der Geschädigte für den entgangenen Mietzins Anknüpfungstatsachen vorzutragen hat, aus denen sich eine Wahrscheinlichkeit i.S. des § 252 Abs. 2 BGB ergibt.

#### b)

Ein weiterer Hinweisbeschluss zielte ebenfalls darauf ab, eine von einem Landgericht zugelassene Revision zurückweisen zu wollen.<sup>14</sup>

Das Landgericht hatte die Revision wegen der Frage zugelassen, ob der Vermieter preisgebundenen Wohnraums einen **Zuschlag zur Kostenmiete** verlangen kann, wenn der Mietvertrag eine unwirksame Klausel zur Abwälzung von Schönheitsreparaturen enthält. Dieses Problem hatte der VIII. Zivilsenat aber bereits mit Urteil vom 24. März 2010 geklärt und entschieden, dass dem Vermieter eine entsprechende

---

<sup>12</sup> Hinweisbeschluss vom 13. Juli 2010 – VIII ZR 326/09 – NJW-RR 2010, 1521 f. = NZM 2010, 815 f. = WuM 2010, 632 f.

<sup>13</sup> Urteil vom 25. Januar 2007 – IX ZR 216/05 – NJW 2007, 1596 f. = NZM 2007 329 f. = WuM 2007, 606 f.

<sup>14</sup> Hinweisbeschluss vom 31. August 2010 – VIII ZR 28/10 – NZM 2011, 31 f. = WuM 2010, 750 ff.

Befugnis zusteht.<sup>15</sup> Diese Überlegungen werden in dem Hinweisbeschluss gegenüber den Angriffen der Revision dahin präzisiert, dass diese Entscheidung auch **nicht** unter dem Gesichtspunkt des **Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion** korrekturbedürftig ist. Der Anspruch des Vermieters auf Erhebung eines Zuschlags zur Kostenmiete findet seine Grundlage in § 28 Abs. 4 der II. Berechnungsverordnung und beruht damit nicht auf der (unzulässigen) Umgestaltung einer unwirksamen Klausel, sondern **ergibt sich** unmittelbar **aus dispositivem Gesetzesrecht**.

#### 1.4. Mieterhöhungen

In diesem Zusammenhang waren erneut insbesondere formelle Anforderungen an Mieterhöhungsverlangen zu diskutieren.

##### a)

Zum einen war die Wirksamkeit eines **maschinell erstellten Mieterhöhungsverlangens**, welches **keine Unterschrift** trug, obwohl der Mietvertrag eine **Schriftformklausel** enthielt, zu beurteilen.<sup>16</sup> Während die Vorinstanzen das Schreiben als formell unwirksam angesehen hatten, hat der BGH die Erklärung als wirksam angesehen. § 558a Abs. 1 BGB sieht lediglich **Textform** vor und § 126b BGB schreibt keine eigenhändige Unterschrift vor. Die Schriftformklausel erfasst einseitige Mieterhöhungsverlangen des Vermieters dagegen nicht, weil derartige Erklärungen noch keine Vertragsänderung bewirken.

##### b)

Um die Ermittlung der **ortsüblichen Vergleichsmiete** ging es in einem weiteren Rechtsstreit.<sup>17</sup> Der Mieter einer in Hamburg gelegenen Wohnung hatte sich im Mietvertrag dazu verpflichtet, auf **eigene Kosten** eine **Sammelheizung** und ein **Bad** einzubauen. Der Hamburger Mietspiegel sieht für derartige Wohnungen in normaler Wohnlage mit Bad und Sammelheizung höhere örtliche Vergleichsmieten vor. Auf

---

<sup>15</sup> Urteil vom 24. März 2010 – VIII ZR 177/09 – NJW 2010, 1590 ff. = NZM 2010, 396 ff.

<sup>16</sup> Urteil vom 10. November 2010 – VIII ZR 300/09 – MDR 2011, 20 = NJW 2011, 295 f. = WuM 2011, 32.

<sup>17</sup> Urteil vom 07. Juli 2010 – VIII ZR 315/09 – NJW-RR 2010, 1384 f. = NZM 2010, 735 f. = WuM 2010, 569 f.

dieser Grundlage hatte der Vermieter eine Mieterhöhung von 450,28 € auf 539,95 € begehrt.

Nachdem die Mieterhöhungsklage vorinstanzlich erfolgreich war, hat der VIII. Zivilsenat gegenteilig entschieden. **Leistungen des Mieters**, die den **Wohnwert erhöhen**, dürfen bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht berücksichtigt werden. Vielmehr ist die Vergleichsmiete in solchen Fällen anhand des Wohnbestandes ohne Bad und Sammelheizung zu ermitteln. Anderes gilt zwar dann, wenn die Parteien eine abweichende Vereinbarung treffen oder der Vermieter die Kosten erstattet. Es reicht aber nicht aus, dass sich der Mieter vertraglich zur Erbringung entsprechender Leistungen verpflichtet, weil es sich dabei um einen **verlorenen Baukostenzuschuss** handelt. In diesem Zusammenhang ist auch nicht sachgerecht, zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Aufwendungen zu unterscheiden, da der Mieter nicht doppelt bezahlen soll. Ohne Bedeutung ist auch, ob sich die Investition des Mieters aufgrund der Dauer des Mietverhältnisses zwischenzeitlich amortisiert hat. Dieser Umstand würde nur einem Ersatzanspruch am Ende des Mietverhältnisses entgegen stehen. Während eines bestehenden Mietverhältnisses ist eine „Abwohnezeit“ dagegen unerheblich.

**c)**

In einem weiteren Verfahren hat der VIII. Zivilsenat den Hinweis erteilt,<sup>18</sup> dass er beabsichtigt, die vom Landgericht zugelassene Revision zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO nicht vorliegen.

Die wesentliche Rechtsfrage, ob Mieterhöhungsverlangen ein **Mietspiegel beizufügen** ist, war nämlich bereits höchstrichterlich geklärt. § 558a BGB verlangt die Beifügung des Mietspiegels **nicht, wenn** dieser beim örtlichen Mieterschutzverein oder der Vereinigung der Haus-, Wohnungs- und Grundstückseigentümer **allgemein zugänglich** ist. Die weiter von der Revision aufgeworfene Frage, ob dem Mieter die Kenntnisnahme auch dann zumutbar ist, wenn er wegen Krankheit oder Erkrankung keine der vorbenannten Vereinigungen aufsuchen kann, vermochte die die Zulas-

---

<sup>18</sup> Hinweisbeschluss vom 31. August 2010 – VIII ZR 231/09 = NZM 2011, 120 = WuM 2010, 653 = ZMR 2011, 107.



sung der Revision durch das Landgericht nicht zu rechtfertigen. Insoweit ist nämlich eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, die sich einer generellen Beantwortung durch das Revisionsgericht entzieht.

## **1.5** **Kündigungen**

Kündigungen von Wohnraummietverhältnissen spielen in der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats eine bedeutende Rolle:

### **a)**

Bestätigt<sup>19</sup> hat der VIII. Zivilsenat, dass einen Vermieter nach einer **Eigenbedarfskündigung** eine **Anbietpflicht** trifft, sofern vor Ablauf der Kündigungsfrist eine vergleichbare Wohnung im selben Haus frei wird.<sup>20</sup> Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, verletzt er das **Gebot zur Rücksichtnahme** mit der Folge, dass sich seine Kündigung als **rechtsmissbräuchlich** und unwirksam darstellen kann. Der VIII. Zivilsenat hat präzisiert, unter welchen Voraussetzungen der Vermieter seiner Anbietpflicht genügt. Insoweit sind dem Mieter die **wesentlichen Bedingungen** einer Anmietung mitzuteilen; dies schließt **Angaben zur Größe und Ausstattung** der Wohnung sowie die **Mietkonditionen** ein.

### **b)**

Befasst hat sich der BGH auch mit der **Erstattungsfähigkeit** von **Rechtsanwaltskosten** aufgrund eines **anwaltlichen Kündigungsschreibens**.<sup>21</sup> Der VIII. Zivilsenat hat die Erstattungsfähigkeit verneint, da es sich bei der Klägerin um einen **gewerblicher Großvermieter** handelte und der der fristlosen Kündigung zugrunde liegende Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfach gelagert war, da die Mieterin mit zwei Monatsmieten in Verzug geraten war. Von daher war die Mandatierung eines Rechtsanwalts daher **nicht erforderlich** und **zweckmäßig**, weil der Vermieter die Kündigung selbst aussprechen konnte. Dies gilt auch bei einem Großvermieter

---

<sup>19</sup> Grundlegend: Urteil vom 09. März 2003 – VIII ZR 276/02 – NJW 2003, 2604 f. = MDR 2003, 1105 f.

<sup>20</sup> Urteil vom 13. Oktober 2010 – VIII ZR 78/10 – NJW 2010, 3775 f. = NZM 2011, 30 f. = WuM 2010, 757 f.

<sup>21</sup> Urteil vom 06. Oktober 2010 – VIII ZR 271/09 – MDR 2011, 151 f. = NJW 2011, 296 = NZM 2011, 34 f.

auch dann, wenn der Vermieter keine eigene Rechtsabteilung unterhält, indes das kaufmännische Personal eines derartigen Großvermieters das Kündigungsschreiben selbst aufsetzen kann.

**c)**

Einem weiteren Revisionsverfahren lag eine „**kalte Wohnungsräumung**“ zugrunde. Der Mieter war für einige Monate mit unbekanntem Aufenthalt **ortsabwesend** und hatte für zwei Monate auch **keine Miete bezahlt**. Daraufhin kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis fristlos und drang in die Wohnung ein. Dabei entsorgte sie einen Teil der Wohnungseinrichtung, während sie den anderen Teil bei sich einlagerte. Der Mieter hatte den ihm entstandenen Schaden mit 62.000 € beziffert und war mit seiner Klage in den Tatsacheninstanzen unterlegen.

Der BGH<sup>22</sup> hat die Rechtsansicht des Landgerichts missbilligt. Das eigenmächtige, **nicht durch einen gerichtlichen Titel gedeckte** Ausräumen einer Wohnung stellt sich als **unerlaubte Selbsthilfe** (§ 229 BGB) des Vermieters dar. Dies gilt auch dann, wenn der Aufenthaltsort des Mieters unbekannt ist und dessen Besitzrecht aufgrund einer Kündigung entfallen ist. Aufgrund einer solchen „kalten“ Räumung“ ist der Vermieter nach § 231 BGB unabhängig von einem Verschulden schadensersatzpflichtig. Hinsichtlich der entsorgten Wohnungseinrichtung trifft den Vermieter eine **Obhutspflicht**, weshalb er ein **Bestandsverzeichnis** erstellen und den Wert der Gegenstände feststellen muss. Kommt der Vermieter dieser Verpflichtung nicht nach, trifft ihn die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich der **einzelnen Bestandteile** des Mobiliars und dessen Wert. Der BGH hat den Rechtsstreit deshalb an das Landgericht zurückverwiesen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden. Hierbei hat er zusätzlich darauf hingewiesen, dass jedenfalls der Versuch einer **Schätzung nach § 287 ZPO** unternommen werden muss und die dem Grunde nach berechtigte Klage deshalb nicht vorschnell abgewiesen werden darf.

---

<sup>22</sup> Urteil vom 14. Juli 2010 – VIII ZR 45/09 – MDR 2010, 1106 f. = NJW 2010, 3434 ff. = NZM 2010, 701 ff.

d)

In zwei praktisch bedeutsamen Urteilen hat sich der BGH ferner mit der **Berechnung der Zahlungsfrist für Mietzinsen** und der Bestimmung des § 556b BGB befasst.<sup>23</sup> Den Streitfällen lagen Zahlungen zugrunde, die erst am **5. Kalendertag** beim Vermieter eingingen, wobei es sich jeweils um einen **Dienstag** handelte. Den Mietern, die wegen unpünktlicher Zahlungen bereits früher abgemahnt worden waren, wurde deshalb gekündigt.

Der BGH hat entschieden, dass die Zahlungen fristgerecht waren, weil in die Fristberechnung der **Sonnabend nicht einzubeziehen** ist. Mit § 556b Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber eine bereits vor der Mietrechtsreform weit verbreitete Vertragspraxis übernommen. Die Karenzzeit von drei Werktagen soll sicher stellen, dass die Überweisung der Miete unter Berücksichtigung der **banküblichen Bearbeitungszeiten** erfolgt. Da die banküblichen Arbeitszeiten aber nur die Tage von Montag bis Freitag umfassen, ist der Sonnabend nicht als Werktag i. S. des § 556b Abs. 1 BGB anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn der Mietvertrag vor dem 01. September 2009 geschlossen worden ist. Diese Ansicht widerspricht auch nicht der Senatsentscheidung von 27. April 2005<sup>24</sup>, weil diesem Urteil die Regelung des § 573c BGB zugrunde lag. Für die Einhaltung der Kündigungsfrist gilt der Sonnabend deshalb als Werktag, weil an diesem Tag ein Kündigungsschreiben versandt oder zugestellt werden kann.

e)

Präzisiert hat der BGH ferner, unter welchen Voraussetzungen dem Vermieter ein **Sonderkündigungsrecht** nach § 573a Abs. 1 BGB zusteht.<sup>25</sup> Dem Streitfall lag ein Anwesen zugrunde, in dem die Mieter das Obergeschoss bewohnten. Im Kellergeschoss befand sich zum damaligen Zeitpunkt noch eine an Dritte vermietete Einliegerwohnung. Nachdem die Klägerin das Anwesen im Jahre 2006 erworben hatte, bezog sie zusammen mit ihren Ehemann die Erdgeschosswohnung. Da das Mietverhältnis über die Einliegerwohnung damals nicht mehr bestand, verwendet sie die Kellerräume als Besucher-, Bügel- und Arbeitszimmer.

<sup>23</sup> Urteile vom 13. Juli 2010 – VIII ZR 129/09 – MDR 2010, 1040 f. = NJW 2010, 2879 ff. = NZM 2010, 661 ff. sowie VIII ZR 291/09 NJW 2010, 2882 f. = NZM 2010, 664 f. = WuM 2010, 500 ff.

<sup>24</sup> Urteil vom 27. April 2005 – VIII ZR 206/04 – NJW 2005, 2154 ff. = NZM 2005, 532 ff.

<sup>25</sup> Urteil vom 17. November 2010 – VIII ZR 90/10 – NJW-RR 2011, 158 f. = NZM 2011, 71 = WuM 2011, 34 f.

Der BGH hat die vorinstanzliche Annahme, wonach ein Sonderkündigungsrecht nicht besteht, weil das Anwesen **über mehr als zwei Wohnungen** verfügt, bestätigt. Die Räumlichkeit im Keller wies ein 42 qm großes Wohn-/Schlafzimmer mit Küchenzeile und einem Tageslichtbad nebst Toilette auf. Nach der **Verkehrsanschauung** stellte sich die Räumlichkeit damit als **selbständige Wohnung** dar, da sie eine eigenständige Haushaltsführung ermöglichte. Der Umstand, dass die Klägerin die im Keller befindlichen Räume nachträglich in ihren Wohnbereich integrierte, hatte zu **keiner Änderung** des vorhandenen **Wohnungsbestandes** geführt. Damit fehlte es von Anfang an einem Sonderkündigungsrecht nach § 573a Abs. 1 BGB, so dass es auf die umstrittene Frage, ob hierfür der Beginn des Mietverhältnisses oder der Zeitpunkt der Kündigung maßgeblich sei, nicht mehr ankam.

f)

Ob eine Personenhandelsgesellschaft **Eigenbedarf** zugunsten eines ihrer **Gesellschafter** geltend machen kann, stand im Zentrum einer weiteren Entscheidung.<sup>26</sup> Die klagende **GmbH & Co KG** hatte ein Wohnraummietverhältnis zugunsten ihrer beiden **Kommanditisten** gekündigt.

Während der BGH schon entschieden hat, das sich eine GbR trotz ihrer zwischenzeitlich anerkannten Rechtsfähigkeit auf den Eigenbedarf eines ihrer Gesellschafter berufen kann<sup>27</sup>, hat der VIII. Zivilsenat ein Kündigungsrecht hier verneint. Den entscheidenden Unterschied sieht der BGH darin, dass eine **GbR personalistisch strukturiert** ist und es oft vom Zufall abhängt, ob sich die Gesellschafter als GbR oder als Grundstücksgemeinschaft konstituieren. Die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft erfordert dagegen einen **größeren Aufwand**, so dass dieser Zusammenschluss nicht mehr als zufällig angesehen werden kann.

---

<sup>26</sup> Urteil vom 15. Dezember 2010 – VIII ZR 210/10 – NJW 2011, 993 f. = NZM 2011, 276 f. = WuM 2011, 113 f.

<sup>27</sup> Urteil vom 27. Juni 2007 – VIII ZR 271/06 – NJW 2007, 2845 ff. = NZM 2007, 679 ff. = ZIP 2007, 1955 ff.

**g)**

Die Grenzen der revisionsrechtlichen Kontrollmöglichkeiten zeigt ein weiterer Hinweisbeschluss auf.<sup>28</sup>

Das Landgericht hatte die Revision zu der Frage zugelassen, ob es einem Mieter gemäß **§ 242 BGB verwehrt** ist, sich darauf zu berufen, dass die **Kündigung** nur ihm gegenüber als **dem in der Wohnung verbliebenen Mitmieter** erklärt worden war. Der andere Mitmieter, der bereits vor mehr als 10 Jahren eigenmächtig ausgezogen war, hatte keine Kündigung erhalten. Der VIII. Zivilsenat hat die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz Nr. 1 und Nr. 2 ZPO verneint, weil sich diese Frage einer höchstrichterlichen Klärung entzieht. Ob ein Verhalten als treuwidrig und rechtsmissbräuchlich zu beurteilen ist, hängt von dem **Umständen des Einzelfalles** ab und kann daher nicht allgemein beantwortet werden. Die Würdigung und Gewichtung der Einzelfallumstände ist dabei primäre Aufgabe des Tatrichters. Die Einschätzung des Landgerichts, wonach sich der Mieter auf eine rein formale Rechtsposition berufe und sich deshalb rechtsmissbräuchlich verhalten hatte, bewegte sich noch im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Beurteilung.

**h)**

Um die **ordentliche Kündigung** eines Vermieters, der auf den **Kosten einer vorrangegangenen Räumungsklage** „sitzen geblieben“ war, rankt sich eine weitere Entscheidung.<sup>29</sup>

Der Mieter hatte ein Wohnhaus von der Klägerin angemietet, wobei die Miete zwischenzeitlich von der ARGE Arbeit und Grundsicherung für den Landkreis L. (nachfolgend: ARGE) bezahlt worden war. Nachdem der Mieter in Zahlungsrückstand geriet, hatte die Klägerin das Mietverhältnis fristlos gekündigt und Räumungsklage erhoben. Der Rechtsstreit wurde übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem die ARGE die Mietrückstände binnen der Zwei-Monats-Frist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ausgeglichen hatte. Der **Mieter konnte** die ihm auferlegten **Prozesskosten** von

---

<sup>28</sup> Hinweisbeschluss vom 14. September 2010 – VIII ZR 83/10 – NZM 2010, 815 = WuM 2010, 680.

<sup>29</sup> Urteil vom 14. Juli 2010 – VIII ZR 267/09 – MDR 2010, 1105 f. = NJW 2010, 3020 ff. = ZMR 2011, 16 ff.

1.620,66 € nicht bezahlen, weshalb die Klägerin das Mietverhältnis fristgemäß kündigte und – erneut – Räumungsklage erhob.

Der VIII. Zivilsenat hält die Kündigung – im Ergebnis in Übereinstimmung mit dem Landgericht – für unwirksam. Ein berechtigtes Interesse i.S. des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB setzt eine nicht unerhebliche Verletzung einer aus dem Mietverhältnis resultierenden Haupt- oder Nebenpflicht voraus. Hier waren die nicht ausgeglichenen Prozesskosten durch einen Verzug mit der Mietzahlungspflicht veranlasst worden und standen damit mit dem Mietverhältnis in einem inneren Zusammenhang. Der **Wirksamkeit der Kündigung stand jedoch die in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB zum Ausdruck gekommene Wertung des Gesetzgebers entgegen**, der damit die Obdachlosigkeit finanziell schwacher Mieter vermeiden wollte. Mit dieser Intention wäre es nicht zu vereinbaren, wenn die außerordentliche Kündigung des Vermieters nachträglich unwirksam wird, aber dem Vermieter wegen auszugleichender Prozesskosten die Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung verbliebe.

#### 1.6. Nebenkosten

Auch im vorliegenden Berichtszeitraum waren erneut Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Nebenkosten zu klären.

##### a)

Ob ein **ungeeichter Wasserzähler** zu einem „**Verwertungsverbot**“ führt, war in einem Revisionsverfahren streitig.<sup>30</sup> Die klagenden Mieter hatten eine Überzahlung auf eine Betriebskostenabrechnung geltend gemacht, weil der Wasserzähler nicht geeicht war und deshalb die ermittelten Verbrauchswerte nicht hätten abgerechnet werden dürfen. Der VIII. Zivilsenat hat demgegenüber entschieden, dass es für die Betriebskostenabrechnung allein darauf ankommt, ob der **tatsächliche Verbrauch zutreffend ermittelt** wurde.<sup>31</sup> Während die Verwendung eines geeichten Erfassungsgeräts eine **Vermutung** für eine fehlerfreie Verbrauchserfassung aufstellt,

<sup>30</sup> vgl. § 25 Abs.1 Nr.1 a EichG.

<sup>31</sup> Urteil vom 17. November 2010 – VIII ZR 112/10 – NJW 2011, 598 = NZM 2011, 117 f. = WuM 2011, 21 ff.

komme einem ungeeichten Gerät diese Vermutung nicht zu. Dem Vermieter steht es jedoch frei, die Verbrauchswerte auf andere Weise zu belegen. Nachdem der Vermieter durch einen Prüfbescheid nachweisen konnte, dass das Messgerät die Toleranzgrenzen einhielt, hat der BGH die klagabweisende Entscheidung der Vorinstanz bestätigt.

**b)**

Weiter war der BGH erneut mit der Zulässigkeit von Betriebskostenabrechnungen unter **Bildung einer Abrechnungseinheit** befasst:

Der Vermieter hatte seiner Nebenkostenabrechnung die Gesamtkosten für **drei Gebäude** (A-Straße 57, 59, 61), die im Wesentlichen baugleiche Wohnungen aufwiesen, zugrundegelegt. Die Häuserzeile wurde dabei über eine gemeinsame Heizungsanlage versorgt. Verschiedene Gebühren wurden ebenfalls nur einheitlich erhoben. Der klagende Mieter, der eine Wohnung im Anwesen A-Straße 59 bewohnte, hatte die praktizierte Zusammenfassung jahrelang gebilligt und erstmals im Januar 2009 die Abrechnungen für die Jahre 2004 bis 2009 beanstandet. Die Revision des Klägers gegen die klagabweisende Entscheidung des Landgerichts ist ohne Erfolg geblieben.<sup>32</sup>

Der VIII. Zivilsenat sieht die Abrechnungen als **formell wirksam** an, da der verwendete Umlageschlüssel ohne weitere Erläuterungen nachvollziehbar war und die Zusammenfassung mehrerer Häuser zu einer Abrechnungseinheit nur die inhaltliche Richtigkeit der Rechnung betraf. Nach § 315 BGB ist der Vermieter von preisfreien Wohnraum berechtigt, mehrere Gebäude zu einer Wirtschaftseinheit zusammenzufassen, da im Streitfall keine abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen wurde. Dieses Befugnis bezieht sich nicht nur auf die Heizkosten, sondern erstreckt sich auf **alle abgerechneten Betriebskosten**. § 556 BGB beschränkt den Vermieter nämlich nicht darin, auf eine gebäudebezogene Abrechnung nur dann zu verzichten, wenn diese aus technischen Gründen nicht möglich ist.

---

<sup>32</sup> Urteil vom 20. Oktober 2010 – VIII ZR 73/10 – NJW 2011, 368 f. = NZM 2010, 895 ff. = WuM 2010, 742 ff.

c)

Entschieden wurde ferner, dass eine Betriebskostenabrechnung nach **Personenzahl** nicht deshalb unwirksam ist, weil die **Gesamtpersonenzahl** mit einem **Bruchteil** angegeben wird.<sup>33</sup>

Eine formell wirksame Nebenkostenabrechnung erfordert eine Zusammenstellung der Gesamtkosten und – soweit für das Verständnis erforderlich – die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilungsschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und den Abzug der Vorauszahlungen. Die Umlagemastab „Personen“ ist als Verteilerschlüssel allgemein verständlich und die Abrechnung nach Personen und Personenbruchteilen ist für den Mieter **gedanklich und rechnerisch nachvollziehbar**. Eine beizufügende Belegungsliste würde dagegen die Abrechnung überfrachten, wobei die Frage der zutreffenden Ermittlung der Gesamtpersonenzahl nicht die formelle, sondern die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung betrifft.

d)

Zu entscheiden war auch über die **formellen Anforderungen** an die Betriebskostenabrechnung in einem **Mischobjekt**.<sup>34</sup>

Anders als das Landgericht hat der VIII. Zivilsenat die insoweit aufgemachte Abrechnung als prüffähig angesehen, weil ein **Vorwegabzug für die gewerbliche Nutzung** nicht zu den Mindestanforderungen für die Abrechnung zählt. Ein zu Unrecht unterbliebener Vorwegabzug betrifft nur die materielle Richtigkeit. Betrifft ein Fehler nur einzelne Kostenpositionen bleibt die Abrechnung **im Übrigen** unberührt. Auch die Position „Grundsteuer“ hat der VIII. Zivilsenat als formell unbedenklich angesehen. Zwar muss dem Mieter nachvollziehbar sein, wie diese Kostenposition zwischen den gewerblichen Mieter einerseits und den Wohnraummieter andererseits aufgeteilt wird. Hierfür können jedoch auch Erläuterungen ausreichen, die der Vermieter dem Mieter **außerhalb der Abrechnung** erteilt hat. Nachdem den Mietern aus einem Vorprozess bekannt war, dass die Verteilung nach dem Flächenmaßstab durchge-

---

<sup>33</sup> Urteil vom 15. September 2010 – VIII ZR 181/09 – MDR 2010, 1374 = NJW 2010, 3570 f. = NZM 2010, 859 f.

<sup>34</sup> Urteil vom 11. August 2010 – VIII ZR 45/10 – MDR 2010, 1102 f. = NJW 2010, 3363 ff. = NZM 2010, 784 f.



führt wird, waren weitere Erklärungen entbehrlich. Dabei wird für das weitere Verfahren noch darauf hingewiesen, dass aus Billigkeitsgründen ein **Vorwegabzug** vorzunehmen ist, wenn die Gewerbenutzung zu einer **erheblichen Mehrbelastung** der Wohnungsmieter führt. Dafür trägt jedoch der Mieter die **Darlegungs- und Beweislast**.

**e)**

In einem Unterlassungsklageverfahren war über eine Formularklausel zu befinden, die die beklagte Wohnungsgenossenschaft in ihren vorformulierten Dauernutzungsverträgen verwendet hatte. Diese lautete wie folgt:

*„Frisch-/Kaltwasser wird, soweit der Verbrauch über Messeinrichtungen erfasst wird, nach dem Ergebnis der Messungen abgerechnet. Entsprechendes gilt für die Grundgebühr (sie wird im Verhältnis der je Wohnung erfassten Verbrauchswerte umgelegt).“*

Der VIII. Zivilsenat hat die Klausel als unwirksam angesehen, da sie die Mieter unangemessen benachteiligt.<sup>35</sup> Zwar gebietet § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB keine Abrechnung, bei der **Fixkosten verbrauchsunabhängig** ermittelt werden, sondern die Kosten der Wasserversorgung können aus Gründen der Praktikabilität einheitlich anhand des erfassten Wasserverbrauchs ermittelt werden. Allerdings sieht die Klausel ausnahmslos eine Umlegung der verbrauchsunabhängigen Grundgebühr nach dem erfassten Verbrauch vor und berücksichtigt damit nicht, dass der Vermieter **das Leerstandsrisiko** trägt. Da die Regelung selbst bei erheblichem Leerstand eine Umlegung der Grundgebühr ermöglichen würde, wird der Spielraum, den § 556a Abs. 1 BGB eröffnet, in unzulässiger Weise überschritten.

**f)**

Ein „**Aufrechnungsduell**“ zum Ende des Mietverhältnisses lag einem weiteren Revisionsurteil zugrunde.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Urteil vom 06. Oktober 2010 – VIII ZR 183/09 – NJW 2010, 3645 ff. = NZM 2010, 855 ff. = WuM 2010, 685 ff.

<sup>36</sup> Urteil vom 22. September 2010 – VIII ZR 285/09 – NJW 2011, 143 ff. = NZM 2010, 858 f.

Die beklagten Mieter hatten zuerst Minderungsansprüche wegen einer Wohnflächenunterschreitung geltend gemacht, die der anwaltlich vertretene Kläger indes hatte zurückweisen lassen. Nach Beendigung des Mietverhältnisses aufgrund einer fristlosen Kündigung des Klägers waren die Beklagten rechtskräftig zur Räumung verurteilt worden. Mit seiner Klage hatte der Kläger nunmehr Schadensersatz und Nutzungsentschädigung begehrt. Die Beklagten hatten sich auf Mietminderung berufen und u.a. mit Gegenforderungen aufgerechnet, während der Kläger seinerseits die Gegenaufrechnung erklärt hatte.

Der VIII. Zivilsenat hat aufrechenbare Ansprüche des Klägers aufgrund der entstandenen Anwaltskosten verneint, weil die Beklagten jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt hatten, indem sie Minderungsansprüche erhoben hatten. Ein **Mieter darf sich auch dann auf Minderung berufen**, wenn **ungewiss bleibt, ob tatsächlich ein Mietmangel vorliegt**. Zu Unrecht hatte das Berufungsgericht aber aufrechenbare Gegenansprüche aufgrund geleisteter **Betriebskostenvorauszahlungen** verneint, da der Kläger **nicht innerhalb der Jahresfrist** die Betriebskosten **abgerechnet** hatte. Die erst nachträglich erstellten und während des Prozesses vorgelegten Abrechnungen waren insoweit formell fehlerhaft, da sie einzelne Kostenpositionen ohne sachlichen Grund und damit unzulässig vermengten. Dieser Fehler führte jedoch nur dazu, dass diese Positionen entfielen, während die Abrechnung im Übrigen wirksam war. Auf dieser Grundlage hatte die von den Beklagten erklärte **Aufrechnung ihre Wirkung verloren**, weil der Rückzahlungsanspruch des Mieters nur vorläufiger Natur ist.

### **1.7. Preisgebundener Wohnraum**

Zu diesem Bereich ist im Berichtszeitraum – soweit ersichtlich – lediglich eine einzelne Entscheidung ergangen:

Für die bei Beginn des Mietverhältnisses preisgebundene Wohnung war eine **Teilklausivmiete** vereinbart worden, weshalb der beklagte Mieter Vorauszahlungen nur für Heizung und Warmwasserversorgung entrichtete. Mit Schreiben vom 11. Dezem-

ber 1986 stellte die Klägerin diese Berechnung auf eine Nettokaltmiete um, indem sie die in der **Grundmiete enthaltenen Betriebskosten herausrechnet** und künftig Vorauszahlungen erhob. Nach Wegfall der Preisbindung hatte die Klägerin nunmehr Klage auf Zustimmung zur Erhöhung der Nettokaltmiete erhoben. Der VIII. Zivilsenat hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen.<sup>37</sup>

Das Mieterhöhungsverlangen war formell wirksam, da es zu **keiner Änderung der Mietstruktur** führte. Die Klägerin war davon ausgegangen, dass die Umstellung der Mietstruktur im Jahre 1986 wirksam war und sich ihr Erhöhungsverlangen nur auf die Nettokaltmiete bezog. Die damalige Umstellung war auch wirksam, da die Erklärung der Klägerin den **formellen Anforderungen** nach **§ 10 Abs. 1 WoBindG** genügte. Insoweit handelte es sich zwar um eine Erklärung, die mit Hilfe automatischer Einrichtungen erklärt wurde. Diese muss aber nicht erkennen lassen, welche natürliche Person die Erklärung veranlasst hat. Dies ergibt eine an Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 Satz 5 WoBindG orientierte Auslegung, der durch den Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungsanlagen eine Arbeitersparnis beabsichtigt.

## 2.

### **Gewerberaummiete und Pachtrecht**

Rechtsfragen aus dem Bereich der Gewerberaummiete und des Pachtrechts fallen in die Zuständigkeit des XII. Zivilsenats:

#### **a)**

In einer Entscheidung stand eine Formulklausel zur Diskussion, die dem Vermieter von Gewerberaum das Recht einräumte, den **Mietvertrag jederzeit auf eine andere Person übertragen zu können**.

Der XII. Zivilsenat hat entschieden, dass eine entsprechende Vertragsgestaltung **nicht generell** zu einer **unangemessenen Benachteiligung** des Mieter führt.<sup>38</sup> Der BGH schließt sich dabei der herrschenden Auffassung an, nach der eine Inhaltskon-

<sup>37</sup> Urteil vom 07. Juli 2010 – VIII ZR 321/09 – MDR 2010, 1178 = NJW 2010, 2945 f. = NZM 2010, 734 f.

<sup>38</sup> Urteil vom 09. Juni 2010 – XII ZR 171/08 – NJW 2010, 3708 ff. = NZM 2010, 705 ff. = WM 2010, 1999 ff.

trolle anhand von § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB insoweit eine Prüfung der jeweils typischen Umstände des Einzelfalls verlangt. Zwar ist eine freie Übertragung der Rechte und Pflichten eines Vermieters mit § 415 BGB nicht zu vereinbaren; jedoch ist dass **Mietrecht für einen vom Willen des Mieters unabhängigen Wechsel des Vertragspartners aufgeschlossener**. Im Streitfall war damit eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei weder die Zuverlässigkeit, noch die Solvenz des Nachfolgeunternehmens gegen eine Vertragsübernahme sprachen. Ebenso fehlte es an einem besonderen Vertrauensverhältnis, weil das Mietverhältnis über das Ladenlokal schon bisher mit einer juristischen Person bestanden hatte und die vereinbarte Laufzeit von fünf Jahren nicht unüblich ist.

**b)**

Die **Schadensersatzklage einer Arbeitnehmerin**, die in den angemieteten Geschäftsräumen ihres Arbeitgebers von einem aus dem Rahmen fallenden **Fensterflügel verletzt** worden war, war Gegenstand einer weiteren Entscheidung.<sup>39</sup>

Entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts hat der XII. Zivilsenat eine Schadensersatzpflicht der beklagten Vermieterin nach § 538 Abs.1 Alt. 1 BGB a.F. (nunmehr § 536a Abs. 1 Alt. 1 BGB) bejaht. Bei dem Fenster der im Jahre 1990 errichteten Mieträume lag ein **Konstruktionsfehler** vor, aufgrund dessen der Beschlagbolzen des Fensterflügels nicht hinreichend gesichert war. Mit der Folge einer Garantiehaftung war die Mietsache damit **von Anfang an fehlerhaft**, so dass es nicht darauf ankam, dass sich der Schadensfall erst 1996 und damit wesentlich später ereignet hatte. Die Klägerin war als Arbeitnehmerin in den **Schutzbereich des Mietvertrages** ihres Arbeitgebers einbezogen. Der Anspruch war auch nicht aufgrund der Regelung in § 6 des Formularmietvertrages ausgeschlossen, da die Klausel i.S. des § 3 AGBG a.F. (nunmehr: § 305c BGB) **überraschend** war. Zwar ist ein Ausschluss der Haftung aus § 538 Abs. 1 Alt. 1 BGB a.F. als solcher noch nicht ungewöhnlich; im Streitfall war die Garantiehaftung aber **im Kontext einer Klausel** abbedungen worden, die mit „**§ 6 Aufrechung, Zurückbehaltungsrecht**“ überschrieben war. Innerhalb dieses Regelungszusammenhanges ist es ungewöhnlich und für den Mieter überraschend,

---

<sup>39</sup> Urteil vom 21. Juli 2010 – XII ZR 189/08 – MDR 2010, 1103 f. = NJW 2010, 3152 ff. = NZM 2010, 668 ff.

wenn ein Vermieter in eine solche Klausel die Haftung nach § 538 BGB a.F. einbezieht und diese beschränken will. Damit konnte der Senat offen lassen, ob die Klausel auch gegen das formularrechtliche Transparenzverbot verstieß.

**c)**

Um die **Mietminderung** wegen **sommerlich überhöhter Temperaturen** in einer Kinderarztpraxis rankt sich ein weiteres Urteil.<sup>40</sup> Der XII. Zivilsenat hat die Revision des beklagten Arztes zurückgewiesen, da zwar **im Sommer** die Praxisräume **mangelhaft** waren; **streitgegenständlich** war indes nur einbehaltener Mietzins für die Monate **September bis Oktober 2008**. Da in diesen Monaten keine überhöhten Temperaturen herrschten, waren die Mieträume uneingeschränkt nutzbar. **Im Falle periodisch auftretender Mietmängel ist der Mieter nur während dieser Zeiträume zur Minderung berechtigt**. Insoweit kann der Mieter allenfalls dazu berechtigt sein, die Miete vorläufig einzubehalten, wenn er im Laufe des Monats mit dem Auftreten von Mängeln rechnet. Steht jedoch später fest, dass Mängel ausgeblieben sind, kann der Vermieter den Mietzins nachfordern. Bestätigt hat der BGH ferner, dass die Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts auf unstreitige und rechtskräftig festgestellte Forderungen in einem Formularvertrag wirksam ist, so dass sich der Beklagte auch nicht auf § 320 BGB berufen konnte.

**d)**

Um **fristlose Kündigungen** sowie **Anfechtungserklärungen wegen arglistiger Täuschung** ging es in weiteren Revisionsurteilen:

**aa)**

Im Mittelpunkt zweier Parallelentscheidungen stand die Anmietung von Ladenlokalen, in denen die Mieterin beabsichtigte, ausschließlich Waren der Marke „**Thor Steinar**“ anzubieten.<sup>41</sup> Diesen Waren wird ein Bezug zur rechtsradikalen Szene nachgesagt.

---

<sup>40</sup> Urteil vom 15. Dezember 2010 – XII ZR 132/09 – MDR 2011, 149 f. = NJW 2011, 514 f. = NZM 2011, 153 f.

<sup>41</sup> Urteile vom 11. August 2010 – XII ZR 192/08 – NJW 2010, 3362 f. = NZM 2010, 786 ff. sowie XII ZR 123/09 = NZM 2010, 788.

Der BGH hat die Urteile der Oberlandesgerichte, die den Räumungsklagen jeweils stattgegeben hatten, bestätigt. Die den Räumungsklagen zugrundeliegenden Anfechtungen waren wirksam, da die Mieterin verpflichtet war, **vor Vertragsschluss** über den beabsichtigten Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ **aufzuklären**. Die Veräußerung von Waren, die mit einer rechtsradikalen Gesinnung im Zusammenhang stehen, gefährdet die wirtschaftlichen Interessen des Vermieters, da er gleichsam als „Unterstützer“ erscheint. Ferner kann sich das Ladenlokal zum Anziehungspunkt für rechtsradikale Käuferschichten entwickeln, wodurch andere Mieter Umsatzeinbussen erleiden. Insoweit sei der Vermieter auch aufgrund seiner Eigenverantwortung nicht verpflichtet, vorab Information einzuholen. Der Verkauf solcher Waren ist so **ungewöhnlich**, dass der Vermieter damit nicht rechnen muss.

**bb)**

In einer weiteren Entscheidung hatte die klagende Mieterin, die Gewerberäume zum Betrieb eines „**Wellness- und Seminarhauses**“ angemietet hatte, die fristlose Kündigung erklärt. Zur Begründung hatte sich die Klägerin auf **geschäftsschädigende Äußerung** der beklagten Vermieterin berufen, die ihr u.a. den Betrieb eines „verdeckten Puffs“ vorgeworfen hatte. Der BGH hat das Urteil des Oberlandesgerichts, dass die Berufung der Klägerin zurückgewiesen hatte, aufgehoben, weil es sich mit dem Klagevorbringen nicht hinreichend beschäftigt hatte.<sup>42</sup>

Nach § 543 Abs. 1 BGB ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, die zwar primär Aufgabe des Tatrichters ist. Die von der Klägerin erhobenen Vorwürfe ließen jedoch auf eine **nachhaltige Zerrüttung** des Vertrauensverhältnisses schließen und waren geeignet, das Ansehen der Klägerin in der Öffentlichkeit herabzusetzen. Diese Umstände können eine fristlose Kündigung begründen, während das Oberlandesgericht sich mit dem Prozessstoff nur unzureichend befasst und gehörswidrig entschieden hatte. Im Falle einer **Zerrüttungskündigung** bedarf es auch **keiner vorherigen Abmahnung** i.S. des § 543 Abs. 3 BGB, da das Vertrauensverhältnis nicht wieder hergestellt werden kann.

---

<sup>42</sup> Urteil vom 15. September 2010 – XII ZR 188/08 – MDR 2010, 1305 f. = NJW-RR 2011, 89 f. = NZM 2010, 901 f.

e)

Die **Kündigung** von Gewerberaummietverträgen **durch die Miterben einer Nießbraucherin** stand im Mittelpunkt eines weiteren Verfahrens.<sup>43</sup> Die Mutter der Beklagten hatte das Eigentum an einer Immobilie, in der die Kläger ein Café sowie einen Snack-Imbiss betreiben, im Jahr 1968 auf die Beklagten und einen weiteren Sohn übertragen, während sie sich den lebenslangen Nießbrauch einräumen ließ. Im Januar 1991 schloss die Nießbraucherin mit den Klägern unbefristete Mietverträge, in denen ein ordentliches Kündigungsrecht des Vermieters ausgeschlossen wurde, solange in den Mieträumen ein Cafe, eine Konditorei oder eine Gaststätte betrieben wurde. Erben der im Jahre 2004 verstorbenen Nießbraucherin waren die Beklagten und ein weiteren Sohn. Die Beklagten zu 1 und 2, die über 9/16 der Mieteigentumsanteile verfügten, beschlossen im Umlaufverfahren die Mietverträge zu kündigen; der Beklagte zu 3 stimmte einer Kündigung dagegen nicht zu. Dennoch sprachen die Beklagte zu 1 und 2 die Kündigung im Namen der Eigentümergemeinschaft aus.

Der XII. Zivilsenat hat eine **Kündigungsbefugnis** der Beklagten **nach § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB** bejaht, da die Beklagten mit dem Tod der Nießbraucherin in das Mietverhältnis eingetreten sind und § 1056 Abs. 2 BGB dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit eröffnet, sich von einem aufgedrängten Mietvertrag zu lösen. Zwar ist § 1056 Abs. 2 BGB einschränkend auszulegen und dann nicht anwendbar, wenn der Grundstückseigentümer Alleinerbe des Nießbrauchers ist, weil er als Erbe für die Erfüllung des Mietvertrages haftet. Diese Ausnahme war aber auf den vorliegenden Fall, in dem zwischen dem Grundstückseigentümer und den Erben des Nießbrauchers **keine Personenidentität** bestand, nicht übertragbar. Die Beklagten zu 1 und 2 hatten den Beklagten zu 3 auch wirksam bei der Erklärung der Kündigung vertreten, da nach § 745 Abs.1 BGB dafür deren **Stimmenmehrheit** ausreichte und sich die Kündigung als Maßnahme einer **ordnungsgemäßen Verwaltung** darstellte.

f)

Auch zu **Nebenkosten** in gewerblichen Mietverhältnissen sind drittinstanzliche Entscheidungen zu vermelden:

---

<sup>43</sup> Urteil vom 20. Oktober 2010 – XII ZR 25/09 – MDR 2010, 1442 ff. = NJW 2011, 61 ff. = NZM 2011, 73 ff.

**aa)**

Bestätigt<sup>44</sup> wurde zum einen, dass die Bestimmung des **§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht analogiefähig** ist, so dass der Vermieter von Gewerberaum auch nach Ablauf der Abrechnungsfrist nicht mit Nachforderungen ausgeschlossen ist.<sup>45</sup> Demgegenüber kann die **Abrechnungsfrist** an § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB bemessen werden, weshalb vor Ablauf der Jahresfrist das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment nicht vorliegt.

**bb)**

Der XII. Zivilsenat hat zum anderen entschieden, dass auch die Kosten für eine **Terrorversicherung** als Nebenkosten im Rahmen eines Gewerberaummietvertrages **umlagefähig** sein können.<sup>46</sup> Im Streitfall hatte die beklagte Stadt großflächige Büroräume in einem Gebäudekomplex angemietet, der sich in der Nähe des Statistischen Bundesamtes, Einrichtungen des Landes Hessen sowie eines Fußballstadions befindet. Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 gewährte der Gebäudeversicherer der Vermieterin keinen entsprechenden Versicherungsschutz mehr. Die Vermieterin hat deshalb mit der E-Versicherungs-AG, die damals als einzige Anbieterin noch Versicherungsschutz gewährte, eine Terror-Versicherung abgeschlossen und der Beklagten dafür anteilige Nebenkosten in Höhe von 76.293,69 € in Rechnung gestellt.

Der BGH hat dieses Vorgehen gebilligt, da eine Terrorversicherung als Gebäudeversicherung zu den umlagefähigen Kosten einer Sachversicherung zählt. Der Vermieter von Gewerberaum unterliegt nach § 242 BGB zwar dem **Gebot der Wirtschaftlichkeit**, wobei er indes nicht stets die kostengünstige Lösung wählen muss. Ein vernünftiger Gebäudeeigentümer wird eine Terrorversicherung abschließen, wenn **konkrete Umstände** für die **Gefahr eines Gebäudeschadens** aufgrund eines terroristischen Angriffs vorliegen. Angesichts der Lage und der Art des Gebäudes, seiner Frequenzierung sowie des Wertes lag dieses Gefährdungspotential hier vor.

---

<sup>44</sup> So bereits Urteil vom 27. Januar 2010 – NJW 2010, 1065 ff. = NZM 2010, 240 ff.

<sup>45</sup> Urteil vom 17. November 2011 – XII ZR 124/09 – MDR 2011, 19 f. = NJW 2011, 445 f. = NZM 2011, 121 f.

<sup>46</sup> Urteil vom 13. Oktober 2010 – XII ZR 129/09 – NJW 2010, 3647 ff. = NZM 2011, 864 ff. = VersR 2011, 273 f.



### 3. Wohnungseigentumsrecht

Für Fragen aus dem Bereich des Wohnungseigentumsrechts ist primär der V. Zivilsenat zuständig. Zuweilen stellen sich entsprechende Rechtsprobleme auch inzident in Bauprozessen, die in die Zuständigkeit des VII. Zivilsenats fallen.

#### a)

Erneut befassen musste sich der V. Zivilsenat mit der **Vermietung von Eigentumswohnungen an Feriengäste oder Saisonarbeiter**.<sup>47</sup> Nachdem er bereits entschieden hatte, dass die Eigentümergemeinschaft eine entsprechende Nutzung nicht untersagen kann<sup>48</sup>, ging es in der Beschlussanfechtungsklage um die mehrheitlich beschlossene Erhebung einer **Kostenpauschale von 50,- €** für befristete Nutzungsüberlassungen. Diese Pauschale sollte der Instandhaltungsrücklage zugeführt werden.

Der BGH hat diesen Beschluss missbilligt, da zwar § 21 Abs. 7 WEG die Einführung einer **maßvollen Umzugskostenpauschale** gestattet. Allerdings muss eine entsprechende Regelung auch den **Grundsätzen** einer **ordnungsgemäßen Verwaltung** entsprechen und darf nicht zu einer **Ungleichbehandlung** der Wohnungseigentümer führen. Diesen Anforderungen entsprach der Mehrheitsbeschluss nicht, weil er Umzüge aufgrund unbefristeter Nutzungsverhältnisse und insbesondere Umzüge vom Eigentümer nicht erfasste, obwohl auch diese das Gemeinschaftseigentum belasten können.

#### b)

In einem weiteren Revisionsverfahren wurde darüber gestritten, ob durch **Mehrheitsbeschluss** von dem in der **Teilungserklärung bestimmten Umlageschlüssel** abgewichen werden kann. Der V. Zivilsenat hat die Entscheidung des Landgerichts,

---

<sup>47</sup> Urteil vom 01. Oktober 2010 – V ZR 220/09 – MDR 2011, 20 f. = NJW 2010, 3508 f. = WuM 2010, 716 ff.

<sup>48</sup> Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 72/09 – MDR 2010, 499 = NZM 2010, 283; ebenso Urteil vom 12. November 2010 – V ZR 78/10 – ZMR 2011, 396 f.

welches die angefochtenen Beschlüsse für ungültig erklärt hatte, bestätigt.<sup>49</sup> Zwar sieht § 16 Abs. 3 WEG nunmehr vor, dass die Wohnungseigentümer bei Betriebs- und Verwaltungskosten den durch Vereinbarung festgelegten Umlageschlüssel durch einen Mehrheitsbeschluss abändern können. Dies gilt auch für **rückwirkende Beschlüsse**, da sich eine solche Beschränkung dem novellierten WEG nicht entnehmen lässt. Allerdings entspricht eine solche Regelung nicht dem **Gebot ordnungsgemäßer Verwaltung**, da der Wohnungseigentümer regelmäßig darauf vertrauen darf, dass die bis zu einer Änderung des Verteilungsschlüssels angefallenen Kosten nach dem bisherigen Schlüssel umgelegt werden. Unwirksam ist dann auch der Beschluss bezüglich des Wirtschaftsplans 2007. Die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels zur Ansammlung einer Gebäudezuführungsrücklage scheiterte bereits daran, dass es sich dabei nicht um einen Einzelfall i.S. des § 16 Abs. 4 WEG handelte und damit die Beschlusskompetenz fehlte. Im Hinblick auf § 16 Abs. 3 WEG war die maßgebliche Abänderung **nicht transparent** gestaltet worden.

**c)**

Ein Mehrheitsbeschluss über einen **geänderten Verteilungsschlüssel** für **Heizkosten** war Gegenstand eines weiteren Verfahrens. Nachdem ursprünglich die Heizkosten zu 100% nach Verbrauch verteilt werden sollten, hatte die Eigentümersammlung beschlossen, künftig zu 70% nach Verbrauch und zu 30% nach Wohnfläche abzurechnen. Der BGH hat die Revision gegen die Entscheidung des Landgerichts, das den Beschluss für wirksam erachtet hatte, zurückgewiesen.<sup>50</sup>

Die **Beschlusskompetenz** folgt aus § 16 Abs. 3 WEG, wonach die Wohnungseigentümer den **Verteilungsschlüssel** abweichend von § 16 Abs. 2 WEG und sonstigen Vereinbarungen regeln können. Entgegenstehende Bestimmung in der Gemeinschaftsordnung sind selbst dann unwirksam, wenn sie bei Inkrafttreten des § 16 WEG am 01. Juli 2007 bereits bestanden haben. Ohne Bedeutung ist, ob die Wohnungseigentümer eine Bestimmung i.S. des § 10 HeizkostenVO getroffen hatten. Ebenso wenig scheitert der Beschluss an § 6 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 HeizkostenVO a.F.,

<sup>49</sup> Urteil vom 09. Juli 2010 – V ZR 202/09 – NJW 2010, 2654 f. = NZM 2010, 622 f. = WuM 2010, 524 f.

<sup>50</sup> Urteil vom 16. Juli 2010 – V ZR 221/09 – NJW 2010, 3298 f. = NZM 2010, 707 f. = WuM 2010, 591 f.

da es um künftige Abrechnungszeiträume geht. Der Beschluss entspricht auch dem **Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung**, da ein verbrauchsabhängig abzurechnender Kostenanteil von mehr als 70 % Zweifel im Hinblick auf die Verteilungsgerechtigkeit erweckt.

d)

Um eine Wohnungseigentümerin, die wegen **rückständiger Hausgeldzahlungen** von der **Versammlung ausgeschlossen** worden war und der zudem das **Stimmrecht entzogen** wurde, ging es in einem weiteren Rechtsstreit.<sup>51</sup>

Der V. Zivilsenat ist der Entscheidung des Landgerichts, das die Beschlüsse überwiegend für ungültig erklärt hatte, beigetreten. Die Regelung in § 10 Nr. 4 der **Teilungserklärung**, die der Versammlung eine entsprechende Befugnis einräumt, ist **unwirksam**, weil sie den Wohnungseigentümer im **Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte** beschneidet. Ein Eingriff in Teilnahmerechte ist nur statthaft, wenn auf andere Weise die geordnete Durchführung der Versammlung nicht gewährleistet ist. Der rechtsfehlerhafte Ausschluss schlägt auch auf die Beschlussfassung durch. Zwar kommt eine Ungültigerklärung nicht in Betracht, wenn sich der Beschlussmangel nicht auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt hat. Dies gilt jedoch **nicht bei schwerwiegenden Eingriffen** in elementare Mitgliedschaftsrechte.

e)

Eine **Konkurrenz** zwischen den **Befugnissen einzelner Wohnungseigentümer** und der **Eigentümergeinschaft**, die gemeinschaftsbezogene Gewährleistungsrechte durch Mehrheitsbeschluss an sich gezogen hatte, war in einem Verfahren vor dem VII. Zivilsenat abzuhandeln.<sup>52</sup>

Im Streitfall hatten die **klagenden Wohnungseigentümer** die beklagte Bauträgerin im Wege des großen Schadensersatzes auf **Rückabwicklung ihrer Erwerbsverträge** in Anspruch genommen. Daneben hatte bereits die **Verwalterin** mit der Beklagten **Verhandlungen geführt**; diese führten dazu, dass ein gemeinsam bestellter Sach-

<sup>51</sup> Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10 – NJW 2011, 679 ff = NZM 2011, 247 ff.

<sup>52</sup> Urteil vom 19. August 2010 – VII ZR 113/09 – BauR 2010, 763 ff. = NJW 2010, 3089 ff. = NZBau 2010, 691 ff.

verständiger ein Gutachten erstellte, in dem verschiedene Dach- und Loggienmängel festgestellt wurden. Im Anschluss daran schlossen sich bis Ende 2007 weitere Verhandlungen an. Die Kläger ihrerseits hatten die Beklagte bereits im Jahre 2006 auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens zur Mängelbeseitigung aufgefordert und unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung u.a. Schadensersatz angekündigt. Der BGH hat die Entscheidung des Kammergerichts, das der Klage überwiegend statt gegeben hatte, bestätigt. Eine **wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung** lag vor, weil das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden war. Das Kammergericht hatte auch angesichts der gegenteiligen Auffassung des Landgerichts seine Hinweispflicht nicht verletzt, weil die Auslegung der jeweiligen Aufforderungsschreiben zentraler Streitpunkt des Berufungsverfahrens war. Unschädlich war ferner, dass der Eigentümergemeinschaft zwischenzeitlich die Befugnis zur Geltendmachung gemeinschaftsbezogener Baumängel übertragen worden war. Entgegen vereinzelt Auffassungen in der Literatur führt der **Mehrheitsbeschluss nicht** dazu, dass dem einzelnen Erwerber **Gewährleistungsansprüche generell entzogen** werden, sondern der Einzelne darf seine individuellen Ansprüche nur insoweit nicht geltend machen, als er gemeinschaftsbezogene Interessen der Wohnungseigentümer beeinträchtigt. Soweit die Eigentümergemeinschaft ebenfalls Mängelbeseitigung verlangt und noch keine weiteren Maßnahmen beschlossen hatte, bestand kein Interessenkonflikt mit dem Bemühen des Einzelnen, der lediglich die Voraussetzungen für den großen Schadensersatzanspruch schaffen wollte. Der von der Beklagten erhobene **Einwand der Verjährung** war ebenfalls unbegründet, da die Verwalterin Verhandlungen über die Beseitigung der Baumängel geführt hatte und damit die **Verjährung gehemmt** war; dadurch waren auch die Ansprüche der einzelnen Wohnungseigentümer auf Mängelbeseitigung gehemmt. Nach Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung war dieser Anspruch zwar erloschen und an dessen Stelle der Anspruch auf großen Schadensersatz getreten. Dessen Verjährung hatten nunmehr die Kläger mit ihrer Klage erneut gehemmt.

#### 4.

### Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Diese Rechtsgebiete berühren die Zuständigkeit verschiedener Zivilsenate. Während das Maklerrecht in die Zuständigkeit des III. Zivilsenats fällt, werden Fragen des Nachbarrechts und das Immobilienrecht vom V. Zivilsenat geklärt.

#### a) Maklerrecht

Um die Zulässigkeit einer formularmäßigen „Reservierungsgebühr“ von 1.500 €, die ein Kaufinteressent u.a. dafür versprochen hatte, dass die Auftragnehmerin das Objekt nicht mehr anbieten wollte, rankt sich eine Entscheidung des III. Zivilsenats.<sup>53</sup>

Der III. Zivilsenat sieht die Klausel **nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB für unwirksam** an, da die Hauptleistung der Beklagten in einer „Vermittlungs-Dienstleistung“ bestand, so dass sich die „Reservierungsvereinbarung“ als kontrollfähige Nebenabrede und nicht als (kontrollfreie) Preisabsprache i.S. des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB darstellte. Die Klausel benachteiligte die Kunden unangemessen, da sich die Beklagte letztlich eine erfolgsunabhängige Vergütung sicherte, während der Kunde keine nennenswerten Vorteile erzielte. Ein Verzicht auf „Reservierungsleistungen“ verhindert nicht, dass der Verkaufsinteressent das Objekt gleichwohl an Dritte veräußert oder seine Verkaufsabsicht aufgibt. Der Kunde hat die Gebühr sofort bei Unterzeichnung des Auftrags und damit auch dann zu bezahlen hat, wenn die Beklagte oder die mit ihr verflochtene Verkaufsinteressentin für das Scheitern des Kaufs verantwortlich sind.

#### b) Nachbarschaftsrecht

##### aa)

In einer Grundsatzentscheidung<sup>54</sup> hat der V. Zivilsenat entschieden, dass **bergbaubedingte Erderschütterungen** keine **Schmerzensgeldansprüche** begründen. Die Klägerin bewohnte im Saarland ein Eigenheim, das durch bergbaubedingte Erschütterungen beeinträchtigt worden war. Mit ihrer Behauptung, dass sie aufgrund dieser Immissionen zwischenzeitliche Phobien und psychosomatische Beschwerden entwi-

<sup>53</sup> Urteil vom 23. September 2009 – III ZR 21/10 – MDR 2010, 1371 f. = NJW 2010, 3568 f. = NZM 2010, 871 ff.

<sup>54</sup> Urteil vom 23. Juli 2010 – V ZR 142/09 – NJW 2010, 3160 f. = NZM 2010, 756 ff. = WuM 2010, 580 ff.

ckelt hatte, hatte die Klägerin ein Schmerzensgeld von 4.000 € begehrt. Der V. Zivilsenat hat die klageabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen bestätigt, da ein bergrechtlicher Anspruch nach § 114 BBergG nicht bestand. Soweit ein verschuldensunabhängiger Anspruch **analog § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB** zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Bergbauberechtigten in Betracht kommt, gewährt dieser nur einen **Ausgleichsanspruch**. Schmerzensgeld stellt sich indes als Schadensersatz dar, der auf den Ausgleich immaterieller Schäden gerichtet ist und damit nicht Gegenstand eines nachbarrechtlichen Ausgleichs sein kann.

**bb)**

In drei Parallelverfahren war ferner zu klären, ob die Stiftung Preußische Schlösser und Gärten die **ungenehmigte Herstellung und Verwertung von Foto- und Film-aufnahmen** der von ihr verwalteten **Gebäude und Gartenanlagen zu gewerblichen Zwecken** untersagen darf.<sup>55</sup> Bei den Beklagten handelte es sich um eine Fotoagentur, die eigene und fremde Fotos vermarktete bzw. einen Händler, der eine DVD über Potsdam vertrieb. Die Beklagte des dritten Verfahrens war eine Internetanbieterin, die selbst keine Fotos hergestellt hatte, sondern ihre Internetplattform Fotografen zum entgeltlichen Herunterladen von Fotoaufnahmen zur Verfügung stellte. Während das Oberlandesgericht die Klagen noch abgewiesen hatte, hat der V. Zivilsenat in einem Verfahren der Unterlassungsklage stattgegeben<sup>56</sup> und den Rechtsstreit in dem zweiten Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen.<sup>57</sup> Im letzteren Verfahren hat der V. Zivilsenat die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis bestätigt.<sup>58</sup>

In seinen Entscheidungen hat sich der V. Zivilsenat der Rechtsprechung des I. Zivilsenats<sup>59</sup> angeschlossen, nach der das **ungenehmigte Fotografieren eine Eigentumsverletzung** darstellt, sofern die Aufnahmen **nicht** von einer allgemein zugängli-

---

<sup>55</sup> Urteile vom 17. Dezember 2010 – V ZR 44/10, V ZR 45/10 sowie V ZR 46/10.

<sup>56</sup> Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 46/10 – ZUM 2011, 333 ff.

<sup>57</sup> Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 45/10 – NJW 2011, 749 ff. = GRUR 2011, 323 ff. = WM 2011, 711 ff.

<sup>58</sup> Urteile vom 17. Dezember 2010 – V ZR 44/10 – NJW 2011, 753 ff. = GRUR 2011, 321 ff. = WM 2011, 718 ff.

<sup>59</sup> Urteil vom 09. März 1989 – I ZR 54/87 – GRUR 1990, 390 ff = NJW 1989, 2251 ff. = ZUM 1989, 516 ff. „Friesenhaus“ sowie Urteil vom 20. September 1974 – I ZR 99/73 – NJW 1975, 778 f. = WM 1975, 414 f. „Schloss Tegel“.

chen Stelle und somit **von außerhalb** des Grundstücks gefertigt werden. Es steht nämlich im Belieben des Grundeigentümers, das Betreten seines Grundstücks auch nur eingeschränkt zu gestatten und sich damit die Befugnis für Fotoaufnahmen vorzubehalten. Die Klägerin war als eine dem öffentlichen Recht unterliegende Stiftung auch nicht verpflichtet, die gewerbliche Verwertung von Fotografien ihrer Schlösser und Gartenanlagen unentgeltlich hinzunehmen, da sich weder dem Staatsvertrag zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg noch der Satzung der Klägerin ein Anspruch der Beklagten entnehmen ließ. Die Gartenanlagen und Schlösser sollten danach lediglich als Kulturgut erhalten werden und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Die **Herstellung von Bildaufnahmen** zu gewerblichen Zwecken **überschreitet diese Nutzung**. Der V. Zivilsenat hat deshalb in einem Verfahren den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen, da noch Feststellungen dazu zu treffen waren, ob die Klägerin Eigentümerin ist. Diese Tatsache war in dem anderen Verfahren unstrittig und dieses daher entscheidungsreif. Im letzteren Verfahren war das klagabweisende Berufungsurteil zu bestätigen, da die Beklagte keine eigenen Bilder hergestellt hatte, sondern über ihre Internetplattform lediglich Dritten eine Veröffentlichung der Bilder ermöglichte. Sie konnte somit nicht als Störer angesehen werden, weil ihr das Einstellen ungenehmigter Aufnahmen nicht erkennbar war.

### **c) Immobilienrecht**

In einer weiteren Grundsatzentscheidung hat der V. Zivilsenat ausgesprochen, dass der **schenkweise Erwerb einer Eigentumswohnung nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** ist und der Minderjährige deshalb der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB bedarf.<sup>60</sup> Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Bestehen eines Verwaltervertrages oder eines Mietvertrages über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.

Nachdem der V. Zivilsenat bisher nur entschieden hatte, dass der Erwerb einer Eigentumswohnung jedenfalls dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wenn die **Gemeinschaftsordnung nicht unerhebliche Verschärfungen** zu Lasten des Min-

---

<sup>60</sup> Beschluss vom 30. September 2010 – V ZB 206/10 – FamRZ 2010, 2065 ff. = NJW 2010, 3643 f. = WM 2010, 2326 ff.

derjährigen enthält<sup>61</sup>, hat er mit diesem Beschluss seine Rechtsprechung fortentwickelt. Seine Auffassung begründet der Senat damit, dass der Minderjährige durch den Erwerb der Eigentumswohnung Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft wird, wodurch er **kraft Gesetzes nicht unerheblichen, persönlichen Verpflichtungen** ausgesetzt ist. Nach § 16 Abs. 2 WEG wäre der Minderjährige nicht nur verpflichtet, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen, sondern auch die anteiligen Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung zu tragen. Diese Kosten können in Abhängigkeit von Alter und Zustand des Gebäudes ein erhebliches Ausmaß annehmen. Ferner musste sich der Minderjährige durch Sonderumlagen an Wohngeldausfällen beteiligen. Hinzu kommt, dass der Minderjährige nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG den Gläubigern der Wohnungseigentümer kraft Gesetzes haftet. In diesem Umfang erfasst diese Haftung auch dessen übriges Vermögen. Dieser Nachteil entfällt auch nicht dadurch, dass sich der Schenker hier einen lebenslangen Nießbrauch vorbehalten hatte, da die damit verbundene Kostentragungspflicht keine Wirkung im Außenverhältnis zu den Gläubigern entfaltet.

## 5.

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

Im Berichtszeitraum sind – soweit ersichtlich – zu dieser Thematik keine Entscheidungen ergangen, da für diesen Sachbereich primär die Sozial- oder die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Etwaige Entscheidungen im Zusammenhang mit Mietanpassungen bei preisgebundenem Wohnraum wurden bereits oben unter Ziffer 1.7. dargestellt.

## 6.

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

Für den Berichtszeitraum ist hingegen von verfahrens- und vollstreckungsrechtliche Problemstellungen zu berichten, die den BGH beschäftigt haben.

---

<sup>61</sup> Beschluss vom 09. Juli 1980 – V ZB 16/79 – BGHZ 78, 28 ff. = NJW 1981, 109 ff = WM 1980, 1193 f.



a)

Welche inhaltlichen Anforderungen die **Bestimmtheit** eines **Mahnbescheids** i.S. des **§ 690 Abs. 1 Nr. 3 ZPO** mit der Folge einer **Hemmung der Verjährung** erfordert, hat der VIII. Zivilsenat in einer Entscheidung präzisiert. Die klagende Rechtsnachfolgerin des Vermieters hatte die ehemalige Mieterin nach deren Auszug auf Schadensersatz wegen Beschädigung der Mietsache in Anspruch genommen. Deren Prozessbevollmächtigte hatte die Mieterin mit Schreiben vom **02. August 2006** zur Zahlung von 4.300 € aufgefordert. Im sodann erlassenen Mahnbescheid vom 15. August 2006 war die Hauptforderung wie folgt bezeichnet worden:

*„Schadensersatz aus Unfall/Vorfall gemäß Schreiben vom  
28.06.2006: 4.300 Euro“*

Mit einem weiteren Mahnbescheid wurden dann Sachverständigenkosten vom 938,44 € beansprucht. Nachdem die Beklagte Widerspruch eingelegt hatte, hatte das Landgericht der Klage nur hinsichtlich der Sachverständigenkosten stattgegeben und im Übrigen die Einrede der Verjährung für durchgreifend erachtet.

Der BGH hat gegenteilig entschieden.<sup>62</sup> Zwar ist die Art und der Umfang der für die **Individualisierung** erforderlichen Angaben von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Insoweit ist es jedoch ausreichend, wenn der geltend gemachte **Anspruch erkennbar** ist, wobei auch auf Rechnungen und sonstige Unterlagen **Bezug genommen** werden kann. Sind dem Antragsgegner diese Schriftstücke bekannt, müssen sie dem Mahnantrag nicht erneut beigelegt werden. Dementsprechend war die Angabe im Mahnbescheid hier ausreichend konkret, da der Beklagten die **versehentliche Falschbezeichnung** „28.06.2006“ **erkennbar** war. Insoweit genügte auch das anwaltliche Aufforderungsschreiben dem Bestimmtheitsgebot. Soweit das Landgericht gemeint hatte, die darin erklärte Verrechnung des Kautionsguthabens lasse nicht erkennen, gegen welche Schadensersatzforderung sie sich richte, war dies deshalb unschädlich, weil mehrere Einzelforderungen nach §§ 396 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 366 Abs. 2 BGB verhältnismäßig getilgt werden müssen.

---

<sup>62</sup> Versäumnisurteil vom 14. Juli 2010 – VIII ZR 229/09 – MDR 2010, 1097 f. = NJW-RR 2010, 1455 f. = WuM 2010, 583 ff.

**b)**

In einem weiteren Revisionsverfahren hatte das Landgericht die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob ein Vermieter eine auf eine **nachträglich erteilte Betriebskostenabrechnung** gestützte **Vollstreckungsabwehrklage** erheben müsse, wenn er mangels erteilter Abrechnung zuvor zur Rückzahlung verurteilt worden war. Der BGH hat einen Zulassungsgrund nicht erkennen können, weil diese Rechtsfrage nicht umstritten ist.<sup>63</sup>

Die **Vollstreckungsabwehrklage** stellt zweifelsfrei den **zulässigen Rechtsbehelf** dar, da in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass eine Rückzahlungsklage des Mieters hinsichtlich seiner Vorauszahlungen nur „zur Zeit begründet“ ist, weil der Vermieter die Nebenkostenabrechnung noch nachträglich erstellen kann. Da die Betriebskostenabrechnung nur einen reinen **Rechenvorgang** i.S. des § 259 BGB darstellt, handelt es sich auch nicht um ein Gestaltungsrecht, welches nach **§ 767 Abs. 2 ZPO präkludiert** sein kann. Dass der Schuldner die materiellen Voraussetzungen für eine Einwendung schaffen kann, genügt demgegenüber nicht.

**c)**

Der BGH war im Berichtszeitraum zudem mit mehreren Verfahrensfragen konfrontiert, die sich im Zusammenhang mit Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsverfahren ergaben:

**aa)**

Mit dem Schicksal einer **Mietkaution** in der **Zwangsversteigerung** befasst sich ein Urteil des VIII. Zivilsenats.<sup>64</sup> Die klagende Mieterin hatte das Eigentum an der Wohnung durch Zuschlag in der **Zwangsversteigerung erworben** und beehrte vom Zwangsverwalter die Rückzahlung der Mietkaution, die der Vollstreckungsschuldner dem Zwangsverwalter allerdings nicht ausgehändigt hatte. Die Revision der Klägerin gegen die klagabweisende Entscheidung des Landgerichts wurde zurückgewiesen.

---

<sup>63</sup> Beschluss vom 10. August 2010 – VIII ZR 319/09 – NJW-RR 2010, 1598 = NZM 2010, 783 = ZMR 2011, 25 f.

<sup>64</sup> Urteil vom 09. Juni 2010 – VIII ZR 189/09 – NJW-RR 2010, 1237 f. = NZM 2010, 698 f. = WuM 2010, 518 ff.

Einführend hat der VIII. Zivilsenat zuerst klargestellt, dass die **Klage** wegen **fehlen-der passiver Prozessführungsbefugnis** des Beklagten bereits **unzulässig** war. Die auf § 152 Abs. 2 ZVG beruhende Prozessführungsbefugnis des Beklagten war nämlich durch die **Aufhebung der Zwangsverwaltung** und vor Rechtshängigkeit der Streitsache **erloschen**. Nach Aufhebung der Zwangsverwaltung richtete sich der Anspruch des Mieters entweder gegen den vormaligen Vollstreckungsschuldner oder – im Falle eines Eigentümerwechsel im Rahmen der Zwangsversteigerung – gegen den Erwerber, der als neuer Eigentümer in das noch nicht beendete Mietverhältnis eingetreten war. Die Klage war auch nicht unter dem Gesichtspunkt zulässig und begründet, dass der Beklagte der Klägerin **persönlich** nach **§ 154 ZVG zum Schadensersatz** verpflichtet war. Insoweit war ein Verstoß des Beklagten gegen § 155 ZVG nicht feststellbar, weil ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Auszahlung der Mietkaution nicht entstanden war. Bis zum Zuschlag bestand nämlich das Mietverhältnis fort, so dass ein Mietkautionsrückzahlungsanspruch nicht entstehen konnte. Mit dem Zuschlag war das **Mietverhältnis** dagegen aufgrund **Konfusion** erloschen.

**bb)**

Die grundsätzliche Frage nach dem **Umfang der Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters** für Altverbindlichkeiten ist im Berichtszeitraum ebenfalls beantwortet worden.<sup>65</sup>

Der Zwangsverwalter hatte im September 2007 Klage wegen rückständiger Mietzinsen für die Monate Mai bis Dezember 2006 erhoben. Der Kläger war dabei bereits im Jahre 2004 zum Zwangsverwalter bestellt worden; das Verfahren war dann im Januar 2007 aufgehoben worden, nachdem in dem gleichzeitig durchgeführten Zwangsversteigerungsverfahren der Zuschlag erteilt worden war. Der XII. Zivilsenat hat eine **Fortwirkung der Prozessführungsbefugnis** des Klägers **bejaht**, da die **Zwangsverwaltung nicht wegen einer Antragsrücknahme** oder der **vollständigen Befriedigung des Gläubigers** aufgehoben wurde.<sup>66</sup> Der Senat stützt sich dabei auf die Überlegung, dass dem **Ersteher** die **Nutzungen** aus dem Grundstück **erst nach**

---

<sup>65</sup> Urteil vom 11. August 2010 – XII ZR 181/08 – MDR 2010, 1149 f. = NJW 2010, 3033 ff. = WM 2010, 1903 ff.

<sup>66</sup> vgl. § 56 Satz 2 ZVG.

**dem Zuschlag** zustehen, weshalb die Nutzungen aus der Zeit vor dem Zuschlag Teil der Zwangsverwaltungsmasse bleiben. Die **Befugnis** aus § 152 Abs. 1 ZVG wäre demnach **unvollständig**, wenn der Zwangsverwalter Forderungen aus der Zeit vor dem Zuschlag nicht mehr gerichtlich geltend machen könnte. Zudem werden die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung als unabhängige Verfahren betrieben, so dass der Zwangsverwalter den Zeitpunkt des Zuschlags nicht beeinflussen kann. Besteht danach die Beschlagnahme der „Altforderungen“ fort, kann deren Realisierung auch nicht dem Vollstreckungsschuldner oder dem Vollstreckungsgläubiger übertragen werden. Gründe der Rechtssicherheit bedingen gleichfalls kein generelles Erlöschen der Prozessführungsbefugnis, da ein rechtlich anerkanntes Bedürfnis für ein weiteres Tätigwerden des Zwangsverwalters besteht. Diese Befugnis muss dann auch **davon unabhängig** sein, ob das Vollstreckungsgericht eine **gesonderte Ermächtigung** nach § 12 Abs. 2 ZwVwV erteilt.

**cc)**

Entschieden wurde zudem, dass **Ausgleichszahlungen des Mieters**, zu denen sich dieser in einem **Mietaufhebungsvertrag** verpflichtet hatte, im Falle einer späteren Zwangsverwaltung **nicht der Beschlagnahme** unterliegen<sup>67</sup>.

Die Vollstreckungsschuldnerin hatte im Januar 2003 Gewerberäume zum Betrieb eines Restaurants vermietet. Nachdem der Mieter den Betrieb des Restaurants im Sommer 2004 eingestellt hatte, wurde das bis zum 31. März 2013 befristete Mietverhältnis einvernehmlich aufgehoben. Der Mieter verpflichtete sich, der Vollstreckungsschuldnerin die Differenz zwischen der vereinbarten Nettomiete und der Nettomiete eines neuen Mieters zu erstatten. In der Folgezeit konnten die Räumlichkeiten nur zu einem geringeren Mietzins vermietet werden. Die Vollstreckungsschuldnerin veräußerte ihre Forderung im Dezember 2005 an die Kläger und trat sie ab. Mit Beschluss vom 20. Juni 2006 hatte das Amtsgericht die Zwangsverwaltung über das Grundstück angeordnet und die Beklagte zur Zwangsverwalterin bestellt. Diese hatte Klage gegen den ehemaligen Mieter auf Zahlung der Ausgleichssumme erhoben, worauf dieser einen die Klagsumme übersteigenden Betrag hinterlegte. Im vorliegenden

---

<sup>67</sup> Urteil vom 08. Dezember 2010 – XII ZR 86/09 – NJW-RR 2011, 372 ff. = NZM 2011, 201 f. = ZMR 2011, 368 f.

Verfahren haben die Kläger die beklagte Zwangsverwalterin auf Freigabe des Betrages in Anspruch genommen.

Der XII. Zivilsenat hat auf die Revision der Kläger deren Klage stattgegeben, da sie die Mietausfallforderung wirksam erworben hatten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgericht scheiterte die Abtretung nicht an §§ 146 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG i.V.m. **§§ 1123 Abs. 1, 1124 Abs. 2 BGB**, da sich der Anspruch auf die Mietdifferenz **nicht als Mietforderung** i.S. des § 1123 BGB darstellte. Aus der getroffenen Vereinbarung ergab sich, dass die Parteien das Mietverhältnis insgesamt abwickeln und den ursprünglichen Mietvertrag nicht neu regeln wollten. Damit handelte es sich bei der Zahlungspflicht um eine Schadensersatzforderung hinsichtlich des erwarteten Mietausfalles. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz konnte die Beschlagnahme auch **nicht** durch eine **entsprechende Anwendung** dieser Vorschriften auf die Mietausgleichsforderung ausgeweitet werden. Die Zwangsverwaltung verfolgte den Zweck, die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers aus den Nutzungen des Grundstücks zu erreichen. Eine Mietausfallforderung ist jedoch mit Nutzungsersatzansprüchen nicht vergleichbar.

**dd)**

Erneut<sup>68</sup> befassen musste sich der BGH auch mit der **Rangklassenzuordnung** nach **§ 10 Abs. 1 ZVG.**<sup>69</sup>

Die beteiligte Wohnungseigentümergeinschaft hatte titulierte, rückständige Hausgeldforderungen gegen die Schuldnerin aus dem Jahre 2006 geltend gemacht. Ihr Antrag auf Zwangsversteigerung war am 18. Dezember 2008 gestellt worden; das Verfahren wurde daraufhin am 05. Januar 2009 angeordnet.

Der BGH hat es gebilligt, dass das Vollstreckungsgericht die Forderung nur der Rangklasse 5 und nicht der Rangklasse 2 zugeordnet hatte, weil die rückständigen Beiträge nicht **aus den letzten zwei Kalenderjahren** stammten. Insoweit war auch **keine Rückwirkung** nach § 167 ZPO auf den Zeitpunkt der Antragstellung möglich,

<sup>68</sup> vgl. Beschluss vom 04. Februar 2010 – V ZB 129/09 – juris, Rn 8 f.

<sup>69</sup> Beschluss vom 22. Juli 2010 – V ZB 178/09 – NJW 2011, 528 f. = NZM 2010, 904 f. = WM 2010, 2121 f.

da die Beschlagnahme nicht den Lauf einer Frist hemmt, sondern der zeitlichen Zäsur für die Zuordnung einer bevorrechtigten Rangklasse dient. Eine **entsprechende Anwendung** des § 167 ZPO scheiterte daran, dass der Gesetzgeber mit § 22 Abs. 1 Satz 2 ZVG die Möglichkeit einer Rückwirkung des Anordnungsbeschlusses geschaffen hat und deshalb eine im Wege der Analogie zu schließende Regelungslücke fehlt.

**d)**

In einer WEG-Sache lag dem Revisionsverfahren erneut eine Beschlussanfechtungsklage zugrunde, in der die **Beklagten** entgegen § 46 Abs. 1 WEG **fehlerhaft bezeichnet** waren. Der Senat hat seine frühere Rechtsprechung<sup>70</sup> bestätigt, dass die fehlende Angabe der übrigen Wohnungseigentümer durch eine **Prozesserklärung in der mündlichen Verhandlung nachgeholt** werden kann. Darin liegt ein ohne weiteres zulässiger, privilegierter Parteiwechsel.<sup>71</sup>

**e)**

**Kostenentscheidungen** in **WEG-Verfahren** waren gleichfalls Gegenstand von zwei höchstrichterlichen Entscheidungen:

**aa)**

Über den **Kostenerstattungsanspruch** der teilweise obsiegenden **Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft**, die sich vorinstanzlich von **unterschiedlichen Anwälten** hatten vertreten lassen, wurde in einem Rechtsbeschwerdeverfahren gestritten.<sup>72</sup>

Der Kläger zu 1 hatte dabei die Rechtsanwälte S und Koll. mit der Erhebung einer Anfechtungsklage beauftragt, während die Kläger zu 2 bis 6 von Rechtsanwalt N. vertreten wurden, der mit gleichlautenden Klageschriften dieselben Beschlüsse anfocht und zudem die Abberufung der Verwalterin beantragte. Das Amtsgericht hatte

---

<sup>70</sup> Urteil vom 05. März 2010 – V ZR 62/09 – MDR 2010, 737 f. = NJW 2010, 2132 f = ZMR 2010, 547 f.

<sup>71</sup> Urteil vom 17. September 2010 – V ZR 5/10 – MDR 2010, 1341 = NJW 2010, 3376 f. = NZM 2010, 788 f.

<sup>72</sup> Beschluss vom 08. Juli 2010 – V ZB 153/09 – MDR 2010, 1286 = NJW-RR 2011, 230 f. = NZM 2010, 789 ff.

die Verfahren verbunden und den Anfechtungsanträgen stattgegeben, die weitergehende Klage der Kläger zu 2 bis 6 abgewiesen und der Verwalterin die Kosten auferlegt. Im Kostenfestsetzungsverfahren hatte der Kläger zu 1 beantragt, die ihm zu erstattenden Kosten mit 1.069,93 € zuzüglich verauslagter Gerichtskosten in Höhe von 588,- € festzusetzen. Die Kläger zu 2 bis 6 hatten beantragt, ihre Kosten mit jeweils 1.093,73 € zuzüglich jeweils 588 € vorgelegter Gerichtskosten festzusetzen. Das Amtsgericht hatte dem Antrag des Klägers zu 1 stattgegeben. Zu Gunsten der Kläger zu 2 bis 6 wurden insgesamt 1.787,74 € außergerichtliche Kosten sowie 2.960 € (588 € x 5) vorgelegte Gerichtskosten festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde, mit der die Verwalterin den Erstattungsanspruch auf insgesamt 2.529,24 € reduzieren wollte, hatte nur insoweit Erfolg, als die den Kläger zu 2 bis 6 zu erstattenden Kosten auf 2.375,74 € ermäßigt wurden. Einen Verstoß gegen die Verpflichtung, **die Prozesskosten niedrig zu halten**, verneint der V. Zivilsenat weitgehend, weil sich die Kläger nicht darauf verweisen lassen müssen, dass die Klage eines anderen Eigentümers auch zu ihren Gunsten Rechtskraft bewirkt. Insofern ist jeder Eigentümer berechtigt, eine eigene Anfechtungsklage zu erheben. Die Kläger waren auch nicht verpflichtet, sich auf **einen Rechtsanwalt zu einigen**, der alle Anfechtungskläger vertreten sollte. Dies ergibt sich aus dem Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und dessen Rechtsanwalt. Die Schadensminderungspflicht war lediglich dadurch verletzt worden, dass die Kläger zu 2 bis 6 jeweils **isolierte Klagen** erhoben hatten. Erstattungsfähig waren demnach insoweit nur eine Verfahrensgebühr des Rechtsanwalts, eine Mehrvertretungsgebühr und die bei Erhebung einer einheitlichen Klage für alle von demselben Rechtsanwalt vertretenen Kläger vorzuschießenden Gerichtskosten. **§ 50 WEG** führte dabei nicht zu einer **weiteren Begrenzung** der Kostenerstattungspflicht. Dessen Ziel besteht vornehmlich darin, die Verpflichtung zur Kostenerstattung dann zu verringern, wenn sich die beklagten Wohnungseigentümer bei gleichem Prozessziel von unterschiedlichen Rechtsanwälten vertreten lassen. Die umstrittene Frage, ob § 50 WEG auch für den **umgekehrten Fall** Anwendung findet, konnte offen bleiben. An der erforderlichen Mehrheit von Klägern fehlte es nämlich, solange die anhängig gemachten Verfahren nicht gemäß § 47 WEG verbunden werden. Diese Verbindung wirkt nur in die Zukunft

und nicht rückwirkend. Die Verbindung nötigt auch keinen Kläger das bestehende Mandatsverhältnis zu seinem Rechtsanwalt zu beenden.

**bb)**

Ebenfalls um **Kostenerstattungsansprüche** ging es in einem weiteren Rechtsbeschwerdeverfahren.<sup>73</sup>

Die Kläger hatten vier Beschlüsse der Eigentümerversammlung angefochten. Das Amtsgericht hatte drei Beschlüsse für unwirksam erklärt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Ausgehend von einem Streitwert von 4.000 € für die drei ungültig erklärten Beschlüsse und 4.000 € für den vierten Beschluss hatte das Amtsgericht die Kosten des Rechtsstreits zur Hälfte den Klägern und im Übrigen – unter Hinweis auf § 49 Abs. 2 WEG – dem beigeladenen Verwalter auferlegt. Die sofortige Beschwerde, mit der die Kläger erreichen wollten, dass dem Verwalter nach § 49 Abs. 2 WEG die gesamten Kosten auferlegt werden, hatte das Landgericht als unzulässig verworfen.

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen, weil die **Kostenentscheidung** eines Urteils nach § 99 Abs. 1 ZPO **nicht isoliert anfechtbar** ist. Entgegen der Ansicht des Landgericht wäre die sofortige Beschwerde allerdings statthaft gewesen, wenn die Kostenentscheidung eine **eigenständige** und von der Entscheidung in der Hauptsache unabhängige **Beschwer** enthalten hätte. Eine solche Beschwer begründete die Kostenentscheidung jedoch nicht. Sieht das Gericht in einer Wohnungseigentumssache davon ab, die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 49 Abs. 2 WEG ganz oder teilweise dem Verwalter aufzuerlegen, entsteht der Partei, die diese Kosten nach den prozessualen Vorschriften (§§ 91 ff. ZPO) zu tragen hat, kein darüber hinausreichender Nachteil. Insbesondere wird ihr ein etwaiger materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch gegen den Verwalter nicht aberkannt.

**f)**

**Zuständigkeitsfragen** betrafen zwei Verfahren, in denen die angerufenen Landgerichte Berufungen wegen mangelnder **örtlicher Zuständigkeit** als unzulässig ver-

---

<sup>73</sup> Beschluss vom 18. August 2010 – V ZB 164/09 – MDR 2010, 1209 = NZM 2010, 748 f. = WuM 2010, 643 f.



worfen hatten. Die dagegen gerichteten Rechtsbeschwerden waren erfolglos und wurden vom V. Zivilsenat als unzulässig verworfen, weil die Voraussetzungen des § 547 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt waren.<sup>74</sup>

In beiden Fällen hat der V. Zivilsenat die Streitverfahren als WEG-Sachen angesehen. Die **Beeinträchtigung des Sondernutzungsrecht** eines Wohnungseigentümer durch einen anderen Wohnungseigentümer zählt zu den Streitigkeit i.S. des § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG a.F., woran auch § 43 WEG n.F. nichts geändert hat. Die Klage gegen eine **ehemalige Verwalterin** wegen behaupteter **fehlerhafter Dachsanierung** stellte sich als Streitigkeit i.S. des § 43 Nr. 3 WEG bzw. § 43 Abs.1 Nr.2 WEG a.F. dar. Die örtliche Zuständigkeit des Berufungsgerichts ergab sich damit jeweils aus § 72 Abs. 2 GVG, weshalb die Berufungen bei den falschen Landgerichten eingelegt worden waren. Eine **fristwahrende Verweisung** an das zuständige Landgericht **analog § 281 ZPO** scheiterte daran, dass das Vorliegen von WEG-Sachen zweifelsfrei war. Dementsprechend fehlte es auch an den für ein Rechtsbeschwerdeverfahren erforderlichen Voraussetzungen des § 547 Abs. 2 ZPO.

Karlsruhe, 14. Juni 2011



(Dr. Siegfried Mennemeyer)

---

<sup>74</sup> Beschluss vom 09. Dezember 2010 – V ZB 190/10 – NJW-RR 2011, 589 f. = WuM 2011, 185 f. sowie Beschluss vom 08. Juli 2010 – V ZB 220/09 – NJW 2011, 384 f. = NZM 2010, 822 f. = WuM 2010, 762 f.