

Miet- und WEG-rechtliche Rechtsprechung des BGH im 2. Halbjahr 2012

von Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof
Dr. Siegfried Mennemeyer

Nach unserem Bericht für das 1. Halbjahr 2012 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

Bezüglich dieser Materie ist einleitend zuerst auf das am 01. Mai 2013 in Kraft getretene „Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln“³ hinzuweisen, das mit praktisch bedeutsamen Änderungen aufwartet und hier nur cursorisch dargestellt werden kann.⁴

¹ Insbesondere zum Medizin-, Versicherungs-, Arbeits- und Verkehrsrecht; abrufbar unter www.bgh-anwalt.de und dort unter Newsletter.

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

³ BGBl. I 2013, 434.

⁴ Vgl. dazu z.B. Flatow, NJW 2013, 1185 ff., Börstinghaus, NZM 2013, 449 ff., Hinz, NZM 2013, 209 ff.

Einen Schwerpunkt der Reform bildet bereits nach seiner Bezeichnung die Energieeinsparung. Die Duldungspflichten des Mieters hinsichtlich von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen wurden daher in den §§ 555 a - f BGB neu geregelt, während § 554 BGB gestrichen wurde. Flankierend dazu bestimmt § 536 Abs. 1a BGB neuerdings, dass der Mieter bei energetischen Modernisierungsmaßnahmen für die Dauer von drei Monaten nicht zur Mietminderung berechtigt ist. Die Mieterhöhung bei Modernisierung regelt die neu gefassete Bestimmung des § 559 BGB. Die Umstellung der Heizungsversorgung auf Fremdbezug (sog. Wärmecontracting) wird zukünftig von § 556c BGB erfasst. Geändert wurden ferner § 558 Abs. 2 und Abs. 3 BGB. Danach ist die energetische Ausstattung neuerdings ein Kriterium bei der Wohnwertermittlung; wie bisher bleibt es für Mieterhöhungen bei der Kappungsgrenze von 20%, die in Ballungsgebieten aber durch Rechtsverordnung zeitlich befristet auf 15% gesenkt werden kann. Die Kündigung wegen rückständiger Kautionszahlungen regelt künftig § 569 Abs. 2a BGB. In Bezug auf Wohnungsumwandlungen schützt § 577a Abs. 1a BGB insoweit erweitert vor Eigenbedarfskündigungen, als die Sperrfrist nunmehr auch dann zur Anwendung gelangt, wenn Anwesen an Personengesellschaften veräußert werden. Bislang bestand insoweit eine Schutzlücke, als Erwerbengesellschaften zugunsten eines ihrer Gesellschafter Eigenbedarf anmelden konnten (sog. „Münchener Modell“).

Die Bekämpfung des „Mietnomadentums“ bildet dagegen das Anliegen des zivilprozessualen Reformpakets. Neben dem allgemeinen Beschleunigungsgebot in Räumungssachen (§ 272 Abs. 4 ZPO n.F.) ermöglicht die Neuregelung des § 282a ZPO den Erlass von Sicherungsanordnungen während eines anhängigen Räumungsprozesses. § 885a ZPO verleiht dem „Berliner Modell“, mit dem der Gerichtsvollzieher den Hausrat aus Kostengründen in der zu räumenden Wohnung belässt, eine gesetzliche Grundlage. Schließlich kann künftig die Räumung von Wohnraum auch durch einstweilige Verfügung angeordnet werden, sofern der Beklagte einer Sicherungsanordnung i.S. des § 283a ZPO n. F. keine Folge leistet (§ 940a Abs. 3 ZPO n.F.) oder der Mieter den erwirkten Räumungstitel dadurch unterläuft, indem er den Besitz nachträglich einem Dritten überlässt (§ 940a Abs. 2 ZPO n.F.). Im Übrigen setzt eine einstweilige Verfügung dagegen unerlaubte Eigenmacht oder eine konkrete Gefahr für Leib und

Leben voraus (§ 940 Abs. 1 ZPO n.F.). In diesem Fall ist dann auch keine Anhörung des Gegners erforderlich (§ 940 Abs. 4 ZPO n.F.).

Mit diesen Neuregelungen, die sicherlich „Zündstoff“ enthalten, hat sich der für den Bereich der Wohnraummiete zuständige VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs naturgemäß noch nicht befassen können. Allerdings hat auch das „alte“ Recht im Berichtszeitraum eine Vielzahl rechtlicher Fragestellungen aufgeworfen.⁵

1.1

Mietrechtliche Nebenabreden

In diesem Kontext geht es entweder um Fragen der Vertragsauslegung i.S. der §§ 133, 157 BGB oder die Kontrolle von Formulklauseln anhand der §§ 305 ff. BGB bzw. die Interpretation zwingender gesetzlicher Vorschriften:

a)

Einem Revisionsverfahren lag die Klage von Mietern zugrunde, die nach der Beendigung des Mietverhältnisses die **Rückzahlungen ihrer Kautions** begehrten. Hiergegen hatte der beklagte Vermieter die **Aufrechnung mit einer abgetretenen Forderungen eines anderen Vermieters aus einem früheren Mietverhältnis** erklärt. Der VIII. Zivilsenat hat – ebenso wie die Vorinstanzen – die Aufrechnung als unzulässig angesehen und die Revision des Beklagten zurückgewiesen.⁶

Nach teilweise vertretener Ansicht ist dem Vermieter die Aufrechnung mit nicht konnexen Gegenforderungen eröffnet, sofern das Mietverhältnis beendet ist und dem Vermieter daraus keine Ansprüche mehr gebühren. Dieser Ansicht ist der Bundesgerichtshof jedoch nicht gefolgt, weil in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass eine Aufrechnung aufgrund einer **konkludenten Vereinbarung**

⁵ Siehe dazu auch Börstinghaus, NZM 2013, 329 ff.

⁶ Urteil vom 11. Juli 2012 – [VIII ZR 36/12](#) – MDR 2012, 954 f. = NJW 2012, 3300 f. = NZM 2012, 678 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

oder nach dem **Gebot von Treu und Glauben ausgeschlossen** ist, wenn die Aufrechnung mit der Eigenart des Schuldverhältnisses oder dem Sinn und Zweck der geschuldeten Leistung nicht zu vereinbaren ist. Hierzu zählt auch die Aufrechnung mit inkonnexen Gegenforderungen im Rahmen eines Treuhandverhältnisses. Dieses Aufrechnungsverbot findet auch auf eine Mietkaution Anwendung, da diese lediglich Forderungen aus dem konkreten Mietverhältnis sichert. Die damit verbundene Zweckbindung endet jedoch erst mit der Rückgewähr der Kaution an den Mieter und nicht bereits mit der Beendigung des Mietvertrages.

b)

In zwei weiteren Rechtsstreitigkeiten stand erneut der Vergleichsmaßstab zur Diskussion, der bei der **Duldungspflicht des Mieters für Modernisierungsmaßnahmen** anzulegen ist. Der Bundesgerichtshof hat – in Übereinstimmung mit einer früheren Entscheidung⁷ – den Mietern zugebilligt, dass sie sich auf eine **besondere Härte** berufen können, da der Ausnahmetatbestand des § 554 Abs. 2 Satz 4 BGB vorliegend nicht einschlägig ist.⁸

Der **allgemein übliche Zustand** beurteilt sich nicht nach den Umständen zum Zeitpunkt der Anmietung, wenn der Mieter die **Verbesserung bereits selbst und rechtmäßig** herbeigeführt hatte. Auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Modernisierungsverlangens kommt es nicht an, weil die Regelung des § 554 Abs. 2 Satz 4 BGB nur verhindern soll, dass die Erreichung eines allgemein üblichen Standards wegen persönlicher Härtefallgründe unterbleibt. Ist dieser Standard durch berechtigte Investitionen des Mieters bereits erreicht, muss der Mieter kein weiteres Zurücktreten seiner Interessen mehr hinnehmen.

⁷ Urteil vom 20. Juni 2012 – [VIII ZR 110/11](#) – MDR 2012, 896 f. = NJW 2012, 2954 f. = WuM 2012, 448 ff.

⁸ Urteile vom 10. Oktober 2012 – [VIII ZR 25/12](#) – NJW-RR 2012, 1480 = NZM 2013, 141 f. = ZMR 2013, 106 f. sowie – [VIII ZR 56/12](#) – MietPrax-AK § 554 BGB Nr. 10 = WuM 2012, 678 f. = ZMR 2013, 180.

c)

In einem Hinweisbeschluss nach § 552a ZPO, der zur Zurückweisung der Revision führte, war der Senat mit dem **formularmäßigen Verbot der Haustierhaltung** befasst. Diese Klausel lautete wie folgt:

"Der Mieter darf Haustiere mit Ausnahme von Kleintieren (Ziervögel etc.) nur mit Zustimmung des Vermieters halten. Die Zustimmung ist zu versagen bzw. kann widerrufen werden, wenn durch die Tiere andere Hausbewohner oder Nachbarn belästigt werden oder eine Beeinträchtigung der Mieter oder des Grundstücks zu befürchten ist. Im Übrigen liegt es im freien Ermessen des Vermieters."

Der Senat hat eine Zulassungsrelevanz der Rechtssache gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO verneint, weil die vorgenannte Klausel ein **allgemeines Verbot der Tierhaltung mit Zustimmungsvorbehalt** vorsieht und mit diesem Inhalt nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.⁹ Im Rahmen der gebotenen Auslegung unterscheidet sich die Klausel nicht von einer Formularbestimmung, die der Senat bereits in einem früheren Verfahren als unwirksam beurteilt hatte.¹⁰

Zwar sind die Sätze 1 und 2 der Klausel als solche nicht zu beanstanden, da die Erteilung der Zustimmung in diesem Zusammenhang von **legitimen und sachlich nachprüfbaren Kriterien** abhängig ist. Allerdings hatte sich der Vermieter mit Satz 3 ein **freies Ermessen** einräumen lassen, das diese Regelungen überlagert. Nach dem Grundsatz der **mieterfeindlichsten Auslegung** ist der Vermieter danach auch dann zur Verweigerung der Zustimmung berechtigt, wenn keine Versagungsgründe i.S. der Sätze 1 und 2 vorliegen. Damit liegt ein **schrankenloser Erlaubnisvorbehalt** vor, der wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion die Unwirksamkeit der Klausel insgesamt bewirkt.

d)

Eine **Abgrenzung** zwischen einer **Vertragsänderung** und einer **Schuldumschaffung (Novation)** war in einem weiteren Revisionsverfahren zu ziehen.

⁹ Beschluss vom 25. September 2012 – [VIII ZR 329/11](#) – NJW-RR 2013, 584 f. = NZM 2013, 380 = WuM 2013, 220 f.

¹⁰ Urteil vom 14. November 2007 – [VIII ZR 340/06](#) – MDR 2008, 134 f. = NJW 2008, 218 ff. = NZM 2008, 78 ff.

Die Beklagten waren Mieter einer Wohnung, deren Modernisierung die Rechtsvorgängerin der Klägerin beabsichtigte und für die bis dahin eine Kaltmiete von 1,58 €/qm vereinbart war. Da im Rahmen der Sanierung auch der Zuschnitt der Wohnung geändert werden sollte, erklärten sich die Beklagten bereit, eine kleinere Wohnung zu beziehen, die ebenfalls im Eigentum der Rechtsvorgängerin der Klägerin stand. Nachdem die Klägerin dieses Ausweichquartier erworben hatte, forderte sie die Beklagten vergeblich zum Abschluss eines neuen Mietvertrages auf der Grundlage einer Kaltmiete von 5,60 €/qm auf. Der VIII. Zivilsenat hat die auf Zahlung der Mietzinsdifferenz gerichtete Klage abgewiesen.¹¹

Das Landgericht hatte **anerkannte Auslegungsregeln** missachtet und zudem die **Darlegungs- sowie die Beweislast** verkannt. Ob lediglich eine Vertragsänderung, die sich auch auf den Mietgegenstand beziehen kann, oder eine Schuldumschaffung beabsichtigt war, ist im **Wege der Auslegung** nach den §§ 133, 157 BGB zu bestimmen und somit an sich nur eingeschränkt revisibel. Im Streitfall hatte das Landgericht jedoch übersehen, dass bei der Annahme einer Schuldumschaffung Vorsicht geboten ist und von einer **Novation nur ausnahmsweise** ausgegangen werden kann.¹² Im Zweifel ist daher lediglich von einer Vertragsänderung auszugehen, weshalb die Darlegungs- und Beweislast für Umstände, die im Rahmen der §§ 133, 157 BGB auf eine Novation schließen lassen, bei der Klägerin liegt. Entsprechende tragfähige Umstände konnte das Berufungsgericht jedoch nicht feststellen, so dass die Klägerin beweisfällig geblieben war.

1.2 Mietmängel

In diesem Kontext ist auf folgende Revisionsurteile hinzuweisen:

¹¹ Urteil vom 21. November 2012 – [VIII ZR 50/12](#) – Grundeigentum 2013, 113 ff. = Miet-Prax-AK § 535 BGB Nr. 51 = WuM 2013, 165 ff.

¹² So z.B. Senatsbeschluss vom 22. Juni 2010 – [VIII ZR 192/09](#) – WuM 2010, 565 ff.

a)

In einem Streitfall hatten die Mieter die Miete gemindert, da aufgrund von **Straßenbauarbeiten** der Verkehr **in ihre Wohngegend umgeleitet** wurde, wodurch es zu erhöhten **Lärmbelästigungen** gekommen war. Der Bundesgerichtshof hat das Vorliegen eines Mietmangels verneint.¹³

Für eine **stillschweigende Beschaffenheitsvereinbarung** i.S. des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB reicht es nicht aus, dass der Mieter bei Vertragsschluss nur einseitig die relativ geringe Belastung mit Verkehrslärm als vorteilhaft wahrnimmt. Erforderlich ist zusätzlich, dass der Vermieter diese Vorstellung als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Zustand der Wohnung **erkennt** und darauf in irgendeiner Form **zustimmend reagiert**. Da vorliegend eine entsprechende stillschweigende Vereinbarung nicht festgestellt werden konnte, beurteilt sich die Frage nach dem Vorliegen eines Sachmangels nach der **Verkehrsanschauung**. Insoweit waren aber zu überhöhten Lärmbelästigungen, die über den **Werten im Berliner Mietspiegel** lagen, nicht vorgetragen worden. Soweit das Landgericht meinte, dass aufgrund der Dauer der Beeinträchtigungen ab dem siebten Monat eine Minderung berechtigt sei, ist der Bundesgerichtshof dieser Auffassung nicht gefolgt. Wenn sich die Lärmbelästigung allgemein in den für Innenstadtlagen üblichen Grenzen hält, kann ein zur Minderung berechtigender Mangel auch nicht aufgrund der Dauer der Beeinträchtigung entstehen.

b)

Fragen der **Darlegungs- und Beweislast** im Hinblick auf die **Anzeigepflicht des Mieters** nach § 536c Abs. 2 BGB behandelt dagegen folgendes Revisionsurteil.¹⁴

In diesem Streitfall hatten die beklagten Mieter im Juni sowie September 2008 unstreitig Risse an den Bodenfliesen der im Jahre 2001 errichteten Wohnung gerügt. Im Anschluss daran hatten sie die Miete ab Oktober 2008 um 20% ge-

¹³ Urteil vom 19. Dezember 2012 – [VIII ZR 152/12](#) – MDR 2013, 262 f. = NJW 2013, 680 f. = NZM 2013, 184 f.

¹⁴ Urteil vom 05. Dezember 2012 – [VIII ZR 74/12](#) – MDR 2013, 327 = NJW 2013, 1299 ff. = NZM 2013, 309 ff.

mindert und ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet. In diesem Verfahren hatte der beauftragte Sachverständige die gerügten Mängel bestätigt und als deren Ursache einen mangelhaften Einbau des Fliesenbelags festgestellt. Zwischen den Parteien war streitig, ob die Beklagten schon zu einem früheren Zeitpunkt die Mietmängel gerügt hatten. Der VIII. Zivilsenat hat die Entscheidung des Landgerichts, das die auf Zahlung der einbehaltenen Minderungsbeiträge gerichtete Klage abgewiesen hatte, bestätigt, da das Berufungsgericht ein rechtmisbräuchliches Verhalten der Beklagten hinsichtlich deren Berufung auf Mietminderung zutreffend verneint hat.

Im Ausgangspunkt verhindert ein dem Vermieter gebührender Schadensersatzanspruch nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB zwar eine Mietminderung, da der Mieter – entgegen § 242 BGB – etwas fordert, was er umgehend zurück zu gewähren hat („dolo aquit, qui petit, quod statim redditurus est“). Ein Schadensersatzanspruch der Kläger scheidet jedoch daran, dass sie die **Behauptung der Beklagten**, wonach bereits vor Ablauf der werkvertraglichen Gewährleistungspflicht die Mietmängel gerügt worden seien, **nicht widerlegen** konnten.

Bereits mit Urteil vom 17. Dezember 1986¹⁵ war vom VIII. Zivilsenat zu § 545 Abs. 2 BGB a.F. entschieden worden, dass der **Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für den Ausschluss eines Minderungsrechts** sowie die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs trägt. Im Anschluss an eine Entscheidung des für die Gewerberaummieta zuständigen XII. Zivilsenats¹⁶, der sich mit vorgenannter Entscheidung des VIII. Zivilsenats nicht auseinandergesetzt hatte, wird in Rechtsprechung und Literatur aber überwiegend angenommen, dass im Rahmen eines vom Vermieter begehrten Schadensersatzanspruchs der Mieter darlegungs- und beweispflichtig für die Rechtzeitigkeit seiner Anzeigepflicht sei. Diese Auffassung hat der VIII. Zivilsenat abgelehnt und an seiner früheren Rechtsprechung festgehalten.

¹⁵ Urteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85 – MDR 1097, 575 f. = NJW 1987, 1072 ff.

¹⁶ Urteil vom 14. November 2001 – [XII ZR 142/99](#) – NJW-RR 2002, 515 f. = NZM 2002, 217 f.

Bereits nach **allgemein anerkannten Beweislastgrundsätzen** hat der Anspruchsteller die **rechtsbegründenden Tatsachen** darzulegen und zu beweisen, weshalb er auch die Beweislast für eine Pflichtverletzung seines Vertragspartners trägt. Diese Grundsätze beanspruchen auch im Rahmen des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB Geltung. Eine gegenteilige Sichtweise kann auch weder aus § 130 BGB, noch aus § 377 HGB abgeleitet werden, da diese Bestimmungen abweichende Zielsetzungen verfolgen. An dieser Betrachtung ändert sich nichts dadurch, dass die Regelung des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB vorliegend nur mittelbar über § 242 BGB bedeutsam wird. Dem Umstand, dass den Klägern der Beweis einer negativen Tatsache abverlangt wird, ist durch eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu begegnen. Den damit verbundenen Anforderungen sind die Beklagten vorliegend aber gerecht geworden.

1.3

Schönheitsreparaturen

Zu dieser Thematik sind im Berichtszeitraum folgende Entscheidungen ergangen:

a)

In einem Verfahren hatte das Landgericht die Revision wegen einer Formulklausel zugelassen, in der der Vermieter sich die **Zustimmung zu einer geänderten Ausführungsart vorbehalten** hat, sofern der Mieter erheblich von der ursprünglichen Ausführungsart abweichen wollte. Der Bundesgerichtshof hat in einem Hinweisbeschluss, auf welchen hin die Revision zurückgenommen wurde, die Zurückweisung der Revision angekündigt, da die maßgeblichen Rechtsfragen bereits geklärt sind.¹⁷

Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass eine Formulklausel, die dem Mieter **während der Mietzeit eine bestimmte Gestaltung der Schönheitsreparaturen** vorgibt, unwirksam ist, sofern diesem Begehren nicht berechtigte

¹⁷ Beschluss vom 11. September 2012 – [VIII ZR 237/11](#) – Grundeigentum 2013, 54 = WuM 2012, 662 = ZMR 2013, 108.

Interessen des Vermieters gegenüberstehen. Gemessen daran fehlt es vorliegend an einem höchstrichterlichen Klärungsbedarf. Die Revision hatte auch keine Aussicht auf Erfolg, weil das Berufungsgericht die Klausel zu Recht als unwirksam angesehen hat. Nach der Rechtsprechung des Senats ist es unzulässig, dass sich der Vermieter die Zustimmung zu einer geänderten Ausführungsart vorbehält.¹⁸ Nichts anderes gilt, wenn sich dieses Zustimmungserfordernis nur auf **erhebliche Abweichungen** bezieht, weil davon – bei der gebotenen mieterfeindlichen Auslegung – auch die Farbwahl der Wände erfasst wird. Für **Farbwahlklauseln während der Mietzeit** existiert aber kein anerkanntes Interesse des Vermieters.

b)

Ein weiterer Hinweisbeschluss gemäß § 552a ZPO befasst sich dagegen mit einer salvatorischen Formularklausel, mit der dem Mieter die **Pflicht zur Parkettversiegelung „soweit gesetzlich zulässig“** auferlegt wurde.¹⁹

Der Senat hat auch in diesem Zusammenhang die Zulassungsrelevanz verneint, weil auch für den Bereich der Wohnraummiete anerkannt ist, dass der Zusatz „soweit gesetzlich zulässig“ die Unwirksamkeitsfolge nicht beseitigen kann. Entsprechende **salvatorische Zusätze** sind ihrerseits wegen der **unzureichenden Verständlichkeit** (sog. Transparenzgebot) bereits unwirksam. Ohne Bedeutung ist, dass sich dieser (unzulässige) Zusatz allein in der gesondert formulierten Parkettversiegelungsklausel findet. Mit der Aufspaltung in verschiedene Regelungen kann der Verwender die generelle Unwirksamkeitsfolge nicht beseitigen.²⁰

¹⁸ So bereits Senat, Urteil vom 28. März 2007 – [VIII ZR 199/06](#) – NJW 2007, 1743 f. = NZM 2007, 398 f.

¹⁹ Beschluss vom 20. November 2012 – [VIII ZR 137/12](#) = Grundeigentum 2013, 612 f. = WuM 2013, 293 ff. – Revision zurückgewiesen durch Beschluss vom 05. März 2013.

1.4.

Mieterhöhungen

Zu dieser Thematik ist im Berichtszeitraum lediglich eine einzelne Entscheidung ergangen.

Die Klägerin hatte die Erhöhung der Grundmiete mit Schreiben vom Dezember 2009 von 291,43 € auf 349,71 € unter Nennung von vier Vergleichswohnungen begehrt. Dieses Begehren entspricht einer Mieterhöhung von 4,19 € je qm auf 5,02 € pro qm. In ihrem Schreiben hatte die Klägerin auch auf den Berliner Mietspiegel verwiesen. Die auf Zustimmung gerichtete Klage hatte vorinstanzlich nur in Höhe von insgesamt 7,15 € Erfolg. Der Senat hat die Entscheidung des Landgerichts, das sich auf den Berliner Mietspiegel 2009 gestützt hatte, obwohl die Klägerin dessen Verwertbarkeit bestritten hatte, missbilligt.²¹

Der Tatrichter ist im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung zwar nicht auf die **Begründungsmittel** beschränkt, die der **Vermieter in seinem Erhöhungsverlangen anführt** und kann sich somit auch auf einen ordnungsgemäßen Mietspiegel beziehen. Voraussetzung für die Berücksichtigung eines **qualifizierten Mietspiegels** ist jedoch, dass dieser die Merkmale des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt und damit – was im Rahmen eines Zivilprozesses inzident zu prüfen ist – nach **anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen** erstellt wurde. Die damit erforderliche Beweisaufnahme birgt zwar die Gefahr, dass ein Sachverständigengutachten erforderlich wird, wodurch die in § 558d Abs. 3 BGB normierte Vermutung ihre verfahrensvereinfachende Wirkung verliert. Diese Auswirkungen sind jedoch als unvermeidlich hinzunehmen und zivilprozessual einzudämmen. Eine Partei, die einen Mietspiegel bestreitet, hat dies in substantiierter Form zu tun und muss sich mit dem Inhalt des Mietspiegels bzw. dessen Entstehung auseinandersetzen. Diesen Anforderungen genügte das Vorbringen der Klägerin, weshalb das Landgericht den Berliner Mietspiegel 2009 nicht ohne

²⁰ So bereits Senat, Urteil vom 13. Januar 2010 – [VIII ZR 48/09](#) – MDR 2010, 312 f. = NJW 2010, 674 f. = NZM 2010, 157 f.

²¹ Urteil vom 21. November 2012 – [VIII ZR 46/12](#) – MDR 2013, 210 f. = NJW 2013, 775 ff. = NZM 2013, 138 ff.

ergänzende Sachaufklärung hätte heranziehen dürfen. Sofern sich – wie im Streitfall – der **Mieter** auf die **Vermutungswirkung** des § 558d Abs. 3 BGB beruft, trifft ihn dann die **Beweislast** für die Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB.

1.5 Kündigungen

Rechtsfragen, die im Zusammenhang mit Kündigungen stehen, spielen in der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats dagegen eine bedeutende Rolle.

a)

In einer Grundsatzentscheidung hat sich der Bundesgerichtshof mit der umstrittenen Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen ein **Zahlungsverzug**, der **unterhalb der Wertgrenze des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB** liegt, eine **ordentliche Kündigung** rechtfertigen kann und welche Bedeutung insoweit der Bestimmung des **§ 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB** zukommt.²²

Im konkreten Streitfall verlangte die klagende Vermieterin ab März 2008 monatlich eine Grundmiete von 252,81 € sowie einen Heizkostenvorschuss von 70 €. Dem Beklagten waren zu diesem Zeitpunkt vom Jobcenter monatliche Leistungen von 302,81 € für Heizung und Unterkunft monatlich bewilligt worden, wobei das Jobcenter einen Betrag von 252,81 € der Klägerin unmittelbar überwies. Der Restbetrag ist auf ein vom Kläger benanntes Konto überwiesen worden. Der Beklagte leitete von März 2008 bis April 2009 keine Vorauszahlungen. Gestützt auf Rückstände in Höhe von 980 € (= 14 x 70 €) erklärte die Klägerin deshalb am 05. Oktober 2009 die ordentliche Kündigung und machte nachfolgend diese Zahlungsansprüche gerichtlich geltend. Dieser Klage hatte das Amtsgericht mit Urteil vom 12. November 2009 stattgegeben und das Landgericht die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Seiner Zahlungspflicht war der Beklagte am 30. Juli 2010 nachgekommen. Nachdem der Beklagte auch die

²² Urteil vom 10. Oktober 2012 – [VIII ZR 107/12](#) – BGHZ 195, 64 ff. = MDR 2013, 24 f. = NJW 2013, 159 ff. = NZM 2013, 20 ff.

laufende Miete für November 2010 nicht gezahlt hatte, erklärte die Klägerin am 12. November erneut die ordentliche Kündigung. Das Landgericht hatte gemeint, dass jedenfalls die weitere Kündigung vom 12. November 2010 das Mietverhältnis beendet habe und daher offen gelassen, ob die erste ordentliche Kündigung an § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB scheitern konnte. Der Bundesgerichtshof hat zwar die Revision des Beklagten zurückgewiesen, aber eine konträre Begründung gewählt.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die ordentliche Kündigung vom 12. November 2010 unwirksam, da der Mietrückstand für den Monat November lediglich eine **unerhebliche Pflichtverletzung** darstellt. Nach der überwiegend vertretenen Auffassung wird insoweit ein **Zahlungsrückstand mit einer Monatsmiete und eine Verzugsdauer von mindestens einem Monat** erforderlich. Dieser Auffassung hat sich der Senat angeschlossen, da sich anhand dieser Kriterien der unbestimmte Begriff der Erheblichkeit verlässlich bestimmen lässt und somit Rechtsklarheit herrscht. Auf den Streitfall übertragen lag deshalb nur eine unerhebliche Pflichtverletzung vor, da der Verzugszeitraum für die Novembermiete lediglich neun Tage betragen hatte. Der Gegenansicht, die sich auch für die ordentliche Kündigung an § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB orientiert, hat der Senat dagegen eine Absage erteilt, weil der Gesetzgeber für die jeweiligen Kündigungsmöglichkeiten unterschiedliche Voraussetzungen vorgegeben hat. Die für eine fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen können daher nicht auf die ordentliche Kündigung übertragen werden.

Die angefochtene Entscheidung erwies sich aber aus anderen Gründen als richtig, weil die ordentliche Kündigung vom 05. Oktober 2009 wirksam war. Der Beklagte hatte zumindest fahrlässig gehandelt und Anhaltspunkte für einen unverschuldeten Rechtsirrtum waren nicht ersichtlich. Auch **§ 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB** stand der ordentlichen Kündigung nicht entgegen, da diese Bestimmung auf die ordentliche Kündigung **nicht übertragbar** ist. Zur Schonfristzahlung nach § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ist bereits entschieden worden, dass diese Bestimmung nur Geltung für die fristlose Kündigung hat und eine analoge Anwen-

dung ausscheidet.²³ Für die vergleichbare Regelung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB gilt nichts anderes, zumal zwischenzeitlich auch entschieden wurde, dass die Geltendmachung erhöhter Betriebskostenvorauszahlungen keine vorherige Klage des Vermieters erfordert.²⁴ Auch die nachträgliche Zahlung lässt die Pflichtverletzung des Mieters dann nicht in einem milderem Licht erscheinen, weil sich der Beklagte neun Monate Zeit genommen hatte.

b)

Die **Eigenbedarfskündigung** eines Vermieters, die damit begründet worden war, dass die **Wohnung als Büro für die Ehefrau** benötigt werde, die ihre Anwaltskanzlei nach Berlin verlegen wollte, stand im Zentrum einer weiteren Revisionsentscheidung.²⁵

Der Senat hat – anders als die Vorinstanzen – ein berechtigtes Interesse an der Kündigung nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB bejaht. Zwar muss insoweit das **berechtigte Interesse des Vermieters** mindestens so schwer wiegen wie die in **§ 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründe**. Aufgrund des verfassungsrechtlichen Schutzes, den die Berufsfreiheit genießt, können aber keine geringeren Anforderungen als bei einer Eigenbedarfskündigung i.S. des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB aufgestellt werden. Hierfür ist es ohne Bedeutung, ob der Vermieter die Wohnung für sich oder seine Gattin benötigt. Im Streitfall kam ferner hinzu, dass sich die vermietete Wohnung und die Privatwohnung des Vermieters in demselben Haus befinden.

c)

In einem weiteren Revisionsverfahren hatte vorprozessual Streit darüber bestanden, ob die in der Wohnung unstreitig vorhandene Schimmel- und Kondenswasserbildung auf **Baumängel oder mangelndes Lüftungsverhalten** der Mieter zurückzuführen war. Nachdem die Mieter die Miete ab März 2009 um 20 % gemindert hatten, hatten die Klägerinnen die aufgelaufenen Mietzinsrück-

²³ Senat, Urteil vom 16. Februar 2005 – [VIII ZR 6/04](#) – MDR 2005, 680 f. = NZM 2005, 334 f. = WuM 2005, 250 ff.

²⁴ Siehe unten Fn. 29.

²⁵ Urteil vom 26. September 2012 – [VIII ZR 330/11](#) – MDR 2013, 25 f. = NJW 2013, 225 f. = NZM 2013, 22 f.

stände klagweise geltend gemacht und klageerweiternd Räumung begehrt. Das Amtsgericht hatte ein Sachverständigengutachten zu den behaupteten Mängeln eingeholt und auf dieser Grundlage sodann der Klage vollumfänglich stattgegeben. In der Berufungsinstanz haben die Beklagten ihre Mietzahlungen wieder in voller Höhe aufgenommen und die Rückstände ausgeglichen, worauf der Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt wurde. Die Räumungsklage hatte das Landgericht abgewiesen, weil hinsichtlich des **Verschuldensmaßstabs des § 276 BGB** aufgrund der **sachlich gerechtfertigten Mietungsverschiedenheiten** ein großzügigerer Maßstab anzulegen sei.

Der VIII. Zivilsenat ist dieser Sichtweise nicht gefolgt und hat auf die Revision der Klägerinnen die Entscheidung des Amtsgerichts wiederhergestellt.²⁶ Die Beklagten hatten sich zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB mit **mehr als zwei Monatsmieten in Verzug** befunden, da – jedenfalls zuletzt – nicht mehr streitig war, dass sie zur Minderung nicht berechtigt waren. Entgegen der Ansicht des Landgerichts hatten die Beklagten den **Verzug auch zu vertreten**, da – entgegen teilweise vertretener Ansicht²⁷ – bereits geklärt ist²⁸, dass auch im Bereich der Wohnraummiete **kein milderer Sorgfaltsmaßstab** gilt und an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen sind. Dies gilt auch dann, wenn der **Irrtum des Mieters** im Bereich des **Tatsächlichen** angesiedelt ist. Die Ansicht des Berufungsgerichts hätte zu einer Beschränkung der Einstandspflicht auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit geführt, worin eine unzulässige Privilegierung des Mieters gelegen hätte. Von einem unzulässigen Druck, der den Mieter zu einem Verzicht auf seine Rechte aus § 536 BGB veranlassen könnte, konnte gleichfalls keine Rede sein, weil die Zahlung unter Vorbehalt hätte erfolgen können. Sollten die Beklagten dagegen von ihrem Prozessbevollmächtigten fehlerhaft beraten worden sein, müssten sie sich dessen Verschulden nach § 278 BGB zurechnen lassen.

²⁶ Urteil vom 11. Juli 2012 – [VIII ZR 138/11](#) – MDR 2012, 1084 f. = NJW 2012, 2882 f. = NZM 2012, 637 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

²⁷ z.B. Schmitt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Auflage, § 543, Rn. 103.

²⁸ Urteil vom 25. Oktober 2006 – [VIII ZR 102/06](#) = MDR 2007, 454 f. = NJW 2007, 428 ff. = NZM 2007, 35 ff.

d)

Einem anderen Revisionsverfahren lag dagegen eine fristlose Kündigung zugrunde, bei der sich der vom Vermieter errechnete **Rückstand** auch **aus einseitig erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen** zusammensetzte. Hinsichtlich des drittinstanzlich allein noch anhängigen Räumungsanspruchs hat der Senat die Revision der Mieterin zurückgewiesen.²⁹

In Rechtsprechung und Literatur ist zwar umstritten, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB beizumessen ist. Während teilweise vertreten wird, dass der Vermieter erst dann fristlos kündigen könne, wenn der Mieter **rechtskräftig zur Zahlung der erhöhten Betriebskosten** oder -vorauszahlungen verurteilt ist³⁰, sieht die Gegenansicht darin **keine zusätzliche Kündigungsvoraussetzung**, sondern macht allein den Lauf der Sperrfrist davon abhängig. Der Senat hat sich aufgrund des Wortlauts des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB sowie dessen Entstehungsgeschichte der letztgenannten Auffassung angeschlossen.

Der Gesetzgeber hat mit dieser Regelung lediglich die Bestimmung des § 9 Abs.2 MHG in das BGB transformiert. § 9 Abs. 2 MHG gewährte jedoch nur Schutz für solche Erhöhungsbeträge, die während eines anhängigen Klageverfahrens aufgelaufen sind und erstreckte sich nicht auf Zahlungsansprüche, die bereits vorher entstanden waren. Auch die Interessen des Mieters gebieten keine erweiternde Auslegung, die zudem bereits am Ausnahmecharakter der Vorschrift scheitert. Der Mieter wird hinreichend dadurch geschützt, dass im Kündigungsprozess inzident zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 560 Abs. 4 BGB erfüllt sind. Da nach neuerer Rechtsprechung³¹ eine Anpassung der Vorauszahlungen nur auf der Grundlage einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung statthaft ist und der Mieter Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nehmen kann, ist das drohende Prozessrisiko unschwer zu beurteilen.

²⁹ Urteil vom 18. Juli 2012 – [VIII ZR 1/11](#) – MDR 2012, 1083 f. = NJW 2012, 3089 f. = NZM 2012, 676 f.

³⁰ z. B. Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 11. Auflage, § 569, Rn. 70.

1.6

Nebenkosten

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

a)

In einem Revisionsverfahren war die Frage nach der **Verjährung des Nachforderungsanspruchs des Vermieters** streitig. Konkret hatte die klagende Vermieterin für die Jahre 2002 bis 2006 Nebenkostenabrechnungen erteilt. Da das zuständige Finanzamt aber noch nicht über die Neufestsetzungen der Grunderwerbsteuer entschieden hatte, wurde diese Kostenposition auf der Grundlage des alten Steuerbescheides und nur vorläufig unter dem **Vorbehalt der Nachberechnung** ermittelt. Am 3. Dezember 2007 setzte das Finanzamt die Grunderwerbsteuer rückwirkend für die Jahre ab 2002 neu und erhöht fest. Die am 30. Januar 2008 erstellte Nachberechnung ergab hinsichtlich der Grundsteuer für die Jahre 2002 - 2006 eine Nachforderung von 1095,55 €. Der beklagten Mieterin ist der Mahnbescheid bezüglich dieser Forderung dann im August 2010 zugestellt worden. Der VIII. Zivilsenat hat in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen eine Verjährung des Nachforderungsanspruchs verneint.³²

Nach Maßgabe des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB wird die Verjährungsfrist nicht bereits mit der Erteilung der ersten Abrechnungen in Lauf gesetzt, sondern erst dann, wenn der Vermieter von den die **Nachforderung begründenden Umständen Kenntnis erlangt**. Dies war hier aber erst der Fall, nachdem das Finanzamt den Änderungsbescheid erlassen hatte. Damit kann offen bleiben, ob der Nachforderungsanspruch im Hinblick auf § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB überhaupt erst am 30. Januar 2008 entstanden war. Dieser Beurteilung stand dann auch nicht die Bestimmung des § 566 Abs. 3 Satz 3 BGB entgegen, da daraus nicht

³¹ Urteile vom 15. Mai 2012 – [VIII ZR 245/11](#) – juris, Rn. 16 sowie – VIII ZR 246/11 – MDR 2012, 752 f. = NJW 2012, 2186 f. = NZM 2012, 455 f.; an diesen Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³² Urteil vom 12. Dezember 2012 – [VIII ZR 264/12](#) – NZM 2013, 84; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

abgeleitet werden kann, die Verjährungsfrist sei bereits durch die Erstabrechnung in Lauf gesetzt worden. Diese Regelung soll den Vermieter über den Ausschluss von Nachforderungen zwar zu einer fristgerechten Abrechnung anhalten; hierauf beschränkt sich aber deren Anwendungsbereich. Sofern der Vermieter – wie hier – schuldlos an einer rechtzeitigen Abrechnung gehindert ist, kommt diese Bestimmung ohnehin nicht zum Tragen. Ebenso wenig muss der Vermieter die Abrechnung insgesamt zurückstellen.

b)

Die **fiktive Abrechnung von Nebenkosten** war dagegen Gegenstand eines weiteren Streitfalls, in dem der Vermieter für die Positionen „Gartenpflege“ und „Hausmeister“ nicht die ihm durch eigenes Personal entstandenen Kosten angesetzt hatte, sondern die fiktiven **Kosten eines Drittunternehmens**.

Der Bundesgerichtshof hat die Revision des beklagten Mieters zurückgewiesen, da die erteilte Abrechnung mit **§ 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV** im Einklang steht.³³ Diese Regelung erlaubt fiktive Abrechnungen (ohne die Umsatzsteuer), um **dem Vermieter die Umlage von Kosten zu erleichtern**. Dafür ist es unerheblich, ob es sich um einen privaten Vermieter oder um einen institutionellen Eigentümer handelt. In der Sache besteht kein Unterschied, ob der Vermieter selbst Hand anlegt oder die Leistungen durch Arbeitnehmer erbringen lässt. Zudem vermeidet diese Regelung Streitigkeiten darüber, ob und inwieweit vom Vermieter eingesetzte Arbeitnehmer tatsächlich mit umlagefähigen Aufgaben betraut waren. Die Klägerin hatte die fiktiven Drittkosten auch hinreichend dargelegt, da sie ein detailliertes Leistungsverzeichnis über die anfallenden Arbeiten und ein darauf beruhendes Angebot eines Unternehmens vorgelegt hatte.

c)

Eine Abgrenzungsfrage wirft dagegen ein weiteres Judikat auf, in dem die klagenden Mieter **nach der Beendigung des Mietverhältnisses** im Jahre 2009 **Mietvorauszahlungen** für die Jahre 2002 bis 2004 **zurückgefordert** hatten. Nachdem der Beklagte in der Berufungsinstanz entsprechende Nebenkosten-

³³ Urteil vom 14. November 2012 – [VIII ZR 41/12](#) – MDR 2013, 81 = NJW 2013, 456 = NZM 2013, 120 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

abrechnungen – die jeweils mit einem Saldo zu Lasten der Kläger endeten – vorgelegt hatte, haben die Kläger den Rechtsstreit einseitig für erledigt erklärt. Während das Landgericht noch die Erledigung festgestellt hatte, hat der Bundesgerichtshof gegenteilig entscheiden, weil die Klage von Anfang an un begründet war.³⁴

Nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats, von der das Landgericht ausgegangen war, kann der Mieter nach beendetem Mietverhältnis zwar **Vorauszahlungen**, die der Vermieter nicht fristgemäß abgerechnet hat, **unmittelbar und ohne den Umweg über eine Stufenklage** zurückfordern. Diese Ansicht beruht auf einer ergänzenden Vertragsauslegung und der Überlegung, dass der Vermieter die Fälligkeit eines etwaigen Erstattungsanspruchs nicht beliebig hinauszögern oder unterlaufen dürfe.³⁵ Besteht das Mietverhältnis dagegen fort, ist der Mieter durch sein **Zurückbehaltungsrecht** hinsichtlich der laufenden Vorauszahlungen ausreichend geschützt, so dass es an einer ausfüllungsbedürftigen Vertragslücke mangelt.³⁶ Entsprechendes gilt, wenn das Mietverhältnis noch zu Zeitpunkten bestand, zu denen der **Abrechnungszeitraum längst abgelaufen** war. Damit wird zugleich Druck auf den Vermieter für die zurückliegenden Zeiträume ausgeübt. Dies gilt erst Recht, wenn die Abrechnungsansprüche bereits verjährt sind.

d)

Im Zusammenhang mit einem Formularvertrag, in dem den Mietern die anteiligen Kosten für die **jährliche Wartung einer Gastherme** auferlegt wurden, hat der Senat seine Rechtsprechung geändert.³⁷

Die Kosten stellen umlagefähige Betriebskosten i.S. der §§ 2 Abs.1 Nr. 4a, 4b BetrKV i.V.m. § 7 Abs. 2 HeizkostenVO dar. Unschädlich ist, dass die Formulklausel keine finanzielle Obergrenze aufweist, da der Mieter diese Kosten in

³⁴ Urteil vom 26. September 2012 – [VIII ZR 315/11](#) – MDR 2012, 1334 = NJW 2012, 3508 f. = NZM 2012, 832; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

³⁵ Senatsurteil vom 09. März 2005 – [VIII ZR 57/04](#) – NJW 2005, 1499 ff. = NZM 2005, 373 ff.

³⁶ Senatsurteil vom 29. März 2006 – [VIII ZR 191/05](#) – NJW 2006, 2552 f. = NZM 2006, 533 f.

der tatsächlich entstandenen Höhe zu tragen hat und der Vermieter lediglich an das Wirtschaftlichkeitsgebot gebunden ist. An seiner abweichenden Rechtsprechung aus dem Jahre 1991³⁸ hält der VIII. Zivilsenat nicht mehr fest.

1.7.

Preisgebundener Wohnraum

In diesem Kontext ist lediglich folgende Entscheidung vorzustellen:

Erneut zu befinden war über einen **Zuschlag des Vermieters** nach § 28 Abs. 4 II. BV wegen der **unwirksamen Abwälzung von Schönheitsreparaturen**. Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Berufungsgerichts, welches der Klage überwiegend stattgegeben hatte, weitgehend gebilligt.³⁹

In Übereinstimmung mit einer früheren Grundsatzentscheidung⁴⁰ ist der Vermieter preisgebundenen Wohnraums berechtigt, die Kosten von Schönheitsreparaturen auf den Mieter im Wege eines Zuschlags umzulegen, wenn die geplante Abwälzung der Schönheitsreparaturen fehlgeschlagen ist. Hierfür ist es auch ohne Bedeutung, ob der Mieter eine Anfangsrenovierung durchgeführt hat, weil der Zuschlag künftige Renovierungskosten abgilt. Der Vermieter kann diesen Zuschlag auch rückwirkend beanspruchen, da insoweit § 4 Abs. 8 Satz 2 NMV 1970 zumindest analoge Anwendung findet. Beanstandet hat der Bundesgerichtshof dagegen, dass das Landgericht unter Überspannung der Darlegungslast dem Beklagten auch Minderungsansprüche vorenthalten hatte. Insoweit hatte die Revision des Beklagten Erfolg und hat der Senat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

³⁷ Urteil vom 07. November 2012 – [VIII ZR 119/12](#) – MDR 2012, 143 f. = NJW 2013, 597 f. = NZM 2013, 84.

³⁸ BGH, Urteil vom 15. Mai 1991 – VIII ZR 38/90 – MDR 1991, 628 f. = NJW 1991, 1750 ff.

³⁹ Urteil vom 12. Dezember 2012 – [VIII ZR 181/12](#) – NJW-RR 2013, 585 f. = NZM 2013, 312 f. = WuM 2013, 174 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 24. März 2010 – [VIII ZR 177/09](#) – BGHZ 185, 114 ff. = NJW 2010, 1590 ff. = NZM 2010, 396 ff.

2.

Gewerberaummiete und Pachtrecht

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

a)

In einem Revisionsverfahren stand eine **Mietflächenunterschreitung** zur Diskussion. Die klagenden Mieter hatten ein Ladenlokal sowie Kellerräume angemietet, die als Lager dienten. Die tatsächliche Nutzfläche der Kellerräume betrug nur ca. 58 qm, anstelle der vertraglich vorgesehenen Fläche von ca. 110 qm. Die Überlegung des Kammergerichts, welches die Minderungsquote anhand der gesamten Mietfläche von 197 qm ermittelt hatte, hat der Senat missbilligt.⁴¹

Das Berufungsgericht war zwar zutreffend davon ausgegangen, dass ein **einheitliches Mietverhältnis** begründet wurde und angesichts dessen auch ein Mietmangel vorlag, weil bereits mit der Kellerfläche eine **Flächenunterschreitung um mehr als 10%** gegeben war. Insoweit fanden die für die Wohnraummiete entwickelten Grundsätze, wonach Flächendifferenzen jenseits der 10%-Marke einen Sachmangel darstellen, entsprechende Anwendung.

Allerdings kann deshalb nicht auch die **Minderungsquote einheitlich** und unabhängig davon ermittelt werden, ob **Haupt- oder Nebenräume** betroffen sind. Dieser Gesichtspunkt spielt in der Wohnraummiete deshalb keine Rolle, weil Kellerräume nicht zur Wohnfläche zählen. Vorliegend sind die Kellerräume aber nur als Lager verwendet worden; die mit der geringeren Flächenzahl verbundene Gebrauchsbeeinträchtigung stellt sich daher als weniger gravierend dar, als wenn die Gasträume betroffen wären. Die Minderungsquote muss somit neu ermittelt werden.

⁴¹ Urteil vom 18. Juli 2012 – [XII ZR 97/09](#) – MDR 2012, 1152 f. = NJW 2012, 3173 ff. = NZM 2012, 726 f.

b)

In einem weiteren Verfahren wurde dagegen um die Frage gestritten, welcher „**Mietermix**“ in einem Gewerbeobjekt statthaft ist. Die beklagten Mieter hatten Praxisräume zum Betrieb einer rehabilitativen medizinischen Massagepraxis angemietet und die Miete vollständig einbehalten, nachdem die Vermieterin weitere Räumlichkeiten an ein anderes Massageinstitut vermietet hatte. Bei diesem Institut soll es sich nach der Behauptung der Beklagten um einen getarnten Bordellbetrieb handeln. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsgericht, welches die Klage trotz vorangegangener Zurückverweisung erneut abgewiesen hatte, erheblich getadelt.⁴²

Das Berufungsgericht hatte gehörswidrig entschieden, weil es sich nicht mit dem Sachvortrag der Klägerin befasst und die erforderlichen Beweise zu den in der Konkurrenzpraxis angebotenen Diensten erhoben hatte. Mit dem beweisbewehrten Vorbringen, dass in dem vermeintlichen Bordell tantrisch-bioenergetische Massagen ohne sexuellen Hintergrund angeboten würden, der Inhaber über ein entsprechende Ausbildung verfüge und auch eine behördliche Erlaubnis vorliege, hatte das Berufungsgericht übergegangen.

Weitergehend hatte das Landgericht auch den Rechtsbegriff des Sachmangels verkannt, weil ein Mieter mangels einer vertraglichen Abrede **keinen Anspruch** auf ein **bestimmtes „Millieuniveau“** hat. Allein die abstrakte Gefahr, dass ein bestimmter „Mietermix“ zu Geschäftseinbußen führen kann, rechtfertigt nicht die Annahme eines Mietmangels i.S. des § 536 Abs. 1 BGB. Zu einer konkreten Beeinträchtigung des Mietgebrauchs der Beklagten hatte das Landgericht jedoch keine Feststellungen getroffen.

c)

In einem weiteren Revisionsverfahren war die grundsätzliche Frage zu klären, ob die Verletzung einer **Konkurrenzschutzklausel einen Mietmangel** darstellt. Konkret waren an den Kläger Praxisräume zum Betrieb einer orthopädischen Facharztklinik vermietet worden; der Kläger sollte auch berechtigt sein, ambu-

⁴² Urteil vom 26. September 2012 – [XII ZR 122/11](#) – NJW-RR 2012, 1480 ff. = NZM 2013, 27 ff. = WuM 2012, 671 ff.

lante Operationen durchzuführen. Für diese Tätigkeit war dem Kläger im Mietvertrag Konkurrenzschutz eingeräumt worden. Nachfolgend wurden weitere Räumlichkeiten an eine Gemeinschaftspraxis für Chirurgie/Unfallchirurgie vermietet. Diese bezeichnet sich als Schwerpunktpaxis für Arthroskopie und Gelenkchirurgie und führt auch operative sowie nichtoperative Behandlungen an den Stütz- und Bewegungsorganen durch. Das Oberlandesgericht hatte zwar Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche bejaht, aber eine Minderung wegen eines Sachmangels abgelehnt. Der Bundesgerichtshof hat abweichend entschieden.⁴³

Im Ausgangspunkt hatte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei eine Verletzung der in § 9 des Mietvertrages enthaltenen Konkurrenzschutzabrede angenommen. Das **tatrichterliche Auslegungsergebnis**, wonach die von der Gemeinschaftspraxis angebotenen Behandlungen von Erkrankungen der Stütz- und Bewegungsorgane eine Konkurrenzsituation begründen, stellt sich als **vertretbare Wertung** dar, die keine revisionsrechtlich erheblichen Auslegungsfehler erkennen lässt.

Allerdings liegt in der **vertragswidrigen Konkurrenz ein Sachmangel**. Nach ständiger Rechtsprechung kann auch eine Störung, die außerhalb der Mietsache liegt, einen Sachmangel darstellen, sofern sie die Gebrauchstauglichkeit unmittelbar negativ beeinflusst. Da dafür die vertraglichen Vereinbarungen entscheidend sind, liegt die erforderliche Unmittelbarkeit vor. Für diese Sichtweise spricht bereits, dass die Gewährung von Konkurrenzschutz der Gewerberaummiete vertragsimmanent ist. Ein Arzt als Erstmietler kann angesichts der Bedeutung des Umfelds für seine Praxis davon ausgehen, dass ihm unliebsame Konkurrenz erspart wird. Im Falle einer vertraglichen Konkurrenzschutzklausel kann daher nichts anderes gelten, weil die Parteien den geschuldeten Gebrauch ausdrücklich vereinbart und konkretisiert haben.

⁴³ Urteil vom 10. Oktober 2012 – [XII ZR 117/10](#) – BGHZ 195, 50 ff. = MDR 2012, 1396 ff. = NJW 2013, 44 ff. = NZM 2013, 52 ff.

d)

Ebenfalls um eine Arztpraxis rankt sich eine weitere Entscheidung, in der die klagenden Ärzte die **fristlose Kündigung** erklärt hatten, nachdem der beklagte Vermieter sie über geplante **grundlegende Sanierungs- und Umbauarbeiten** informiert hatte. Das Berufungsgericht hatte der Schadensersatzklage, mit der u.a. Umzugskosten begehrt wurden, dem Grunde nach stattgegeben. Der Bundesgerichtshof hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen.⁴⁴

Das Oberlandesgericht hatte rechtsfehlerfrei eine Einstandspflicht des Beklagten gemäß § 536a Abs. 1 BGB angenommen, da die Kläger **nicht zur Duldung** der Bauarbeiten nach §§ 578, 554 Abs. 2 BGB verpflichtet, sondern ihrerseits zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB berechtigt waren. Die Umbauarbeiten hätten eine umfassende Neugestaltung des Anwesens ergeben und neun Monate in Anspruch genommen. Während dieser Zeit wären die **Praxisräume** aufgrund der zu erwartenden Lärm- und Staubbelastungen **praktisch unbenutzbar** gewesen. Die damit verbundene Existenzbedrohung mussten die Kläger selbst angesichts des schützenswerten Interesses des Beklagten an einer Wertsteigerung der Immobilie nicht hinnehmen. Die Kläger waren auch zur fristlosen Kündigung berechtigt, weil sie den Beginn der Arbeiten nicht abwarten mussten und der Beklagte auch zu keinem Aufschub der Baumaßnahmen bereit war. Angesichts dessen war auch eine vorherige Abmahnung entbehrlich.

e)

Die **Auslegung einer Wertsicherungsklausel**, in der Mietpreisanpassungen an eine prozentuale Veränderung des „Lebenshaltungskostenindex eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes der mittleren Einkommensgruppe in der Bundesrepublik Deutschland“ gekoppelt waren, stand im Zentrum einer weiteren Entscheidung. Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Berufungsgerichts, welches nach dem Wegfall des Lebenshaltungskostenindex das Miet-

⁴⁴ Urteil vom 31. Oktober 2012 – [XII ZR 126/11](#) – MDR 2013, 82 f. = NJW 2013, 223 ff. = NZM 2013, 122 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

erhöhungsverlangen der Klägerin anhand des Verbraucherpreisindex geprüft hatte, gebilligt.⁴⁵

Die Vorinstanz war mit Recht davon ausgegangen, dass mit der fehlenden Fortschreibung des Lebenshaltungskostenindex durch das statistische Bundesamt eine Vertragslücke entstanden war, die im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** zu schließen war. Im Rahmen dieser Auslegung entsprach es dann auch den Interessen der Vertragsparteien künftige Mietzinsanpassungen auf der Grundlage des allgemeinen **Verbraucherpreisindex** zu ermitteln.⁴⁶

Insoweit kann auch ein teilweiser Rückgriff auf den Lebenshaltungskostenindex nicht in Betracht. Zwar ist der Lebenshaltungskostenindex erst im Jahre 2003 eingestellt worden, während die Klägerin hier auf den Verbraucherpreisindex mit dem Basisjahr 2000 abgestellt hatte. Allerdings war bereits in der Vergangenheit der Lebenshaltungskostenindex nicht konsequent fortgeschrieben worden, sondern in das Wägungsschema ist auch ein geändertes Verbraucherverhalten eingeflossen. Angesichts dessen war der Basiswert für das Jahr 1980 schon 1995 überholt, so dass die Parteien redlicherweise bereits für das Jahr 2000 auf den Verbraucherpreisindex abgehoben hätten, wenn ihnen die statistische Unzuverlässigkeit des Lebenshaltungskostenindex bekannt gewesen wäre.

f)

Erneut beschäftigen musste sich der XII. Zivilsenat auch mit Rechtsfragen im Zusammenhang mit Betriebskosten:

aa)

In einem Grundsatzurteil war die Frage zu klären, ob **Betriebskostenguthaben gesetzlich zu verzinsen** sind. In diesem Streitfall hatte der beklagte Vermieter die Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2002 bis 2007 nicht binnen 12 Monaten erstellt, sondern sich bis August 2009 Zeit gelassen. Das erhebliche

⁴⁵ Urteil vom 07. November 2012 – [XII ZR 41/11](#) – MDR 2013, 82 = NZM 2013, 148 ff. = WuM 2013, 32 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁴⁶ Senatsurteil vom 04. März 2009 – [XII ZR 141/07](#) – NJW-RR 2009, 880 ff. = NZM 2009, 398 ff. = ZMR 2009, 591 ff.

Guthaben hatte der Vermieter dann nur unverzinst erstattet. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass ein Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen auch nicht in entsprechender Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB besteht.⁴⁷

Eine unmittelbare Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB scheidet bereits daran, dass bis zur Erteilung der Abrechnungen noch kein Zahlungsanspruch und damit **keine Geldschuld** vorliegt. Während des bestehenden Mietverhältnisses hätte der Kläger nur von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen können.⁴⁸ Auch eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht. Zwar soll diese Regelung auch verhindern, dass ein Schuldner aus seiner Leistungsunwilligkeit Vorteile zieht. Die Beschränkung auf eine Geldschuld beruht jedoch darauf, dass dem Schuldner seine Leistungspflicht erkennbar ist. Ob ein Anspruch auf ein Betriebskostenguthaben besteht, kann jedoch erst beurteilt werden, wenn die Abrechnung erstellt wurde und die Vorauszahlungen die tatsächlichen Kosten überstiegen haben. Insoweit ist der Mieter auch nicht schutzwürdig, da er von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen kann. Die einbehaltenen Vorauszahlungen werden etwaige Guthaben jedoch regelmäßig übersteigen. Zudem steht es dem Mieter frei, den Vermieter zu mahnen und seinen Schaden konkret oder abstrakt zu berechnen.

bb)

Erneut verfahrensgegenständlich war auch eine Formularklausel, mit der dem Mieter eines Ladenlokals Betriebskosten auferlegt wurden. Der Senat hat die Klausel hinsichtlich einzelner Rechnungspositionen als unwirksam beurteilt.⁴⁹

Die Umlagefähigkeit der **Kosten für „Versicherungen“** scheidet an § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und der fehlenden Transparenz dieses (unklaren) Begriffs, da nicht erkennbar wird, welche Versicherungskosten damit erfasst werden sollen.

⁴⁷ Urteil vom 05. Dezember 2012 – [XII ZR 44/11](#) – BGHZ 196, 1 ff. = MDR 2013, 267 ff. = NJW 2013, 859 ff. = NZM 2013, 188 ff.

⁴⁸ Siehe dazu oben Fn. 34.

⁴⁹ Urteil vom 26. September 2012 – [XII ZR 112/10](#) – MDR 2012, 1456 ff. = NJW 2013, 41 ff. = NZM 2013, 85 ff.

Gleichsam unklar und intransparent ist die Kostenumlage hinsichtlich des „**Centermanagers**“.⁵⁰

Unwirksam ist auch die formularmäßige Überbürdung der Kosten für den „**Hausmeister**“ sowie hinsichtlich der „**Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen**“. Mit diesen Kosten werden auch Aufwendungen erfasst, die für die Instandsetzung von Gemeinschaftsflächen anfallen und daher nach dem Leitbild des § 535 Abs. 1 BGB vom Vermieter zu tragen sind. Ohne eine Begrenzung der Kostentragungspflicht liegt daher eine unangemessene Benachteiligung vor. Nicht zu beanstanden ist somit allein die Umlage der Kosten für die „**Verwaltung**“, da es unschädlich ist, dass diesem Begriff das „Centermanagement“ zur Seite gestellt wurde.⁵¹

Zu Unrecht hatte das Berufungsgericht aber der Klägerin **Verzugszinsen** hinsichtlich der Nebenkostenvorauszahlungen abgesprochen. Zwar geht der Anspruch des Vermieters auf Vorauszahlungen mit Abrechnungsreife und damit spätestens mit Ablauf einer angemessenen Abrechnungsfrist unter. Bis zu diesem Zeitpunkt **entstandene Verzugszinsen** bleiben dem Vermieter jedoch erhalten.

g)

Der u.a. für das Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat war dagegen mit einem Sachverhalt befasst, in dem der Schuldner vor der Insolvenzeröffnung eine Werkhalle untervermietet und absprachewidrig die **vereinnahmte Barkaution nicht** auf ein **Sonderkonto** eingezahlt hatte. Gegenüber dem Mietzinsanspruch des klagenden Insolvenzverwalters hatte der Beklagte die Aufrechnung erklärt und ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Der Senat hat die Entscheidung des Amtsgerichts, welches der Klage uneingeschränkt stattgegeben hatte, wiederhergestellt.⁵²

⁵⁰ So bereits Senat, Urteil vom 03. August 2011 – [XII ZR 205/09](#) – MDR 2011, 1090 f. = NJW 2012, 54 ff. = NZM 2012, 24 ff.

⁵¹ Vgl. Urteil vom 09. Dezember 2009 – [XII ZR 109/08](#) – BGHZ 183, 299 ff. = NJW 2010, 671 ff. = NZM 2010, 123 ff.

Die Gegenrechte des Mieters können in der Insolvenz nur nach Maßgabe der §§ 38, 87 InsO als **einfache Insolvenzforderungen** verfolgt werden. Ein insoweit auf § 273 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht des Mieters ist in der Insolvenz des Vermieters jedoch wirkungslos, weil damit kein Absonderungsrecht i.S. des § 51 Nr. 1 und Nr. 2 InsO verbunden ist. Der Anspruch auf vertragsgemäße Anlage der Kautions stellt daher auch dann lediglich eine einfache Insolvenzforderung dar, wenn das Mietverhältnis fortbesteht. Die Rechtsprechung, die den Zwangsverwalter zur Rückzahlung der Kautions oder deren sicheren Anlage verpflichtet, beruht auf § 152 Abs. 2 ZVG und ist auf die Insolvenz nicht übertragbar. Eine Aufrechnung scheidet nach § 95 InsO daran, dass der Rückzahlungsanspruch noch nicht fällig ist.

h)

Letztendlich hat der XII. Zivilsenat in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren die Entscheidung des Oberlandesgerichtes wegen einer **Gehörsverletzung** i.S. des Art. 103. Abs. 1 GG gemäß § 544 Abs. 7 ZPO teilweise aufgehoben.⁵³

Die Aufrechnung der beklagten Beschwerdeführerin mit Schadensersatzansprüchen hätte das Berufungsgericht nicht zurückweisen dürfen, sondern das **beantragte Sachverständigengutachten** einholen müssen. Die behauptete und durch ein Privatgutachten belegte Beschädigung der mietereigenen Telefonanlage aufgrund einer durch Bauarbeiten verursachten Störung der Stromversorgung stellt sich keineswegs als spekulativ dar. Die Beauftragung eines Sachverständigen ist auch keineswegs **offensichtlich sinnlos**, da die erforderlichen Anknüpfungstatsachen aufgrund des Privatgutachtens und von Zeugenaussagen ermittelt werden können. Bei dieser Sachlage darf von der Erhebung des angebotenen Beweises nicht abgesehen werden. Dieser Verfahrensfehler ist auch entscheidungserheblich, da die Schadensursache aus dem Herrschafts- und Einflussbereich der Vermieterin stammt. Die Klägerin trifft damit die Beweislast dafür, dass das von ihr beauftragte Bauunternehmen kein Verschulden trifft.

⁵² Urteil vom 13. Dezember 2012 – [IX ZR 9/12](#) – MDR 2013, 265 f. = NZM 2013, 145 ff. = ZIP 2013, 179 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵³ Beschluss vom 01. August 2012 – [XII ZR 87/11](#) – GuT 2012, 383 f. = MietPrax-AK § 536a BGB Nr. 9.

3.

Wohnungseigentumsrecht

Nach dem Geschäftsverteilungsplan werden Rechtsfragen aus dem Bereich des Wohnungseigentumsrechts vom V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs beantwortet.

a)

Eine vielfach beachtete Entscheidung betrifft eine Eigentumswohnung, in der eine **Tagesmutter** entgeltlich **Kleinkinder betreute**.⁵⁴

Der V. Zivilsenat konnte keine kinderfreundliche Entscheidung treffen, da bereits die Teilungserklärung vorsieht, dass die Ausübung eines Gewerbes oder eines Berufs in der Wohnung nur mit Zustimmung des Verwalters erlaubt ist und die Verwalterin diese Zustimmung verweigert hatte. In einer Eigentümerversammlung ist die für eine Genehmigung erforderliche Mehrheit dagegen nicht erreicht worden. Angesichts dessen hatte das Berufungsgericht – jedenfalls gegenwärtig – einen auf §§ 15 Abs. 3, 14 Nr. 2 WEG beruhenden Unterlassungsanspruch rechtsfehlerfrei bejaht, da sich die entgeltliche Betreuung von Kleinkindern als **genehmigungspflichtige, gewerbliche Tätigkeit** i.S. der Teilungsordnung darstellt. Insoweit hilft auch § 24 SGB VIII der beklagten Miteigentümerin nicht, weil diese Regelung nicht in das WEG übergreift.

Allerdings hat der Senat der Beklagten eine „goldene Brücke“ gebaut. Der Beschluss, mit dem die Eigentümerversammlung die Genehmigung versagt hatte, ist zwar in Bestandskraft erwachsen. Aber der Beklagten, die sich bisher nicht um eine Zustimmung bemüht hatte, ist es unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB eröffnet, erneut um eine Genehmigung nachzusuchen, da insoweit lediglich ein Negativattest vorliegt. Über diesen Antrag wird unter Berücksichtigung der in **§ 22 Abs. 1a BImSchG niedergelegten Wertungen** und der Möglichkeit

⁵⁴ Urteil vom 13. Juli 2012 – [V ZR 204/11](#) – MDR 2012, 1399 f. = NJW-RR 2012, 1292 f. = NZM 2012, 687 f.

von in der Teilungserklärung vorgesehenen Auflagen dann neu zu entscheiden sein.

b)

In einem weiteren Verfahren wurde um den **Widerruf der Stimmabgabe in einer Eigentümerversammlung** gestritten. Zwei Wohnungseigentümer hatten in ihren Stimmzetteln zuerst mit „Nein“ gestimmt, aber es sich zu einem ungeklärten Zeitpunkt dann anders überlegt und die Stimmzettel neu ausgefüllt. Auf der Grundlage der geänderten Stimmen ist dann das Beschlussergebnis verkündet worden. Der Senat hat die Beschlussfassung moniert.⁵⁵

Die in einer Eigentümerversammlung abgegebene Stimme wird zwar **entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB** wirksam, wenn sie der Versammlungsleiter zur Ermittlung des Abstimmungsergebnisses zur Kenntnis nimmt. Nach dem Zugang der Stimme beim Versammlungsleiter kommt ein Widerruf i.S. des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB aber nicht mehr in Betracht. Anders als das Berufungsgericht meint, geben die §§ 929, 873 Abs. 2 BGB insoweit nichts her. Da auch Verträge nicht frei widerruflich sind, wirkt eine auf den Zeitpunkt der Beschlussverkündung bezogene Verlagerung der Bindungswirkung systemfremd. Auch praktische Gesichtspunkte sprechen gegen eine Widerruflichkeit, da andernfalls die Beschlussfassung unter dem Damoklesschwert des Stimmungswandels stünde.

c)

In einem weiteren Rechtsstreit war dagegen die Bedeutung eines **Einladungsmangels** zu klären. Der auf rückständiges Wohngeld in Anspruch genommene Beklagte war zur Eigentümerversammlung nicht eingeladen worden, weil die Verwalterin irrtümlich angenommen hatte, der Beklagte müsse als Ga-

⁵⁵ Urteil vom 13. Juli 2012 – [V ZR 254/11](#) – MDR 2012, 1218 = NJW 2012, 3372 f. = NZM 2012, 811 f.

rageneigentümer nicht geladen werden. Der V. Zivilsenat hat bestätigt⁵⁶, dass ein Einladungsmangel grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit führt.⁵⁷

Der Auffassung des Bundesgerichtshofs haben sich Rechtsprechung und Literatur überwiegend angeschlossen, so dass daran festzuhalten ist. Ein Ausnahmefall, in dem etwa deshalb von der Nichtigkeit des Beschlusses auszugehen sei, weil der Ladungsmangel bewusst oder böswillig herbeigeführt wurde, liegt dem Streitfall nicht zugrunde.

d)

Eine **Schadensersatzklage** wegen **verzögerter Beschlussumsetzung** betrifft dagegen folgende Entscheidung, in der in die Wohnung der klagenden Eigentümer Wasser wegen Hausschwammbefalls des Deckengebälks und des Mauerwerks eingedrungen war. Die beklagte Eigentümergemeinschaft beschloss daher zuerst die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens und – nachdem dieses den erforderlichen Sanierungsaufwand mit 31.000 € beziffert hatte – eine Teilsanierung. Diese Arbeiten lehnte der beauftragte Handwerker wegen Undurchführbarkeit jedoch ab, so dass letztendlich – mit erheblicher Verspätung – die Vollsanierung beschlossen wurde. Der V. Zivilsenat hat lediglich festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Instandsetzung in Verzug befindet und im Übrigen die klagweisende Entscheidung des Landgerichts bestätigt.⁵⁸

Den bezifferten begehrten Schäden aufgrund von Umzugs- und Mietkosten nach §§ 280 Abs. 1, 286 BGB steht entgegen, dass die Beklagte **nicht zu einer umgehenden Umsetzung** des gerichtlichen Sachverständigengutachtens verpflichtet war, sondern dieses zuerst prüfen durfte. Für den danach liegenden Zeitraum und den Versuch einer Teilsanierung scheidet die Klage an der Untätigkeit der Kläger, die den entsprechenden Beschluss nicht angefochten hatten. Da der Verwalter diesen Beschluss zu akzeptieren hatte, war eine Reparatur

⁵⁶ Senat, Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99 – BGHZ 142, 290 ff. = NJW 1999, 3713 ff. = NZM 1999, 1101 ff.

⁵⁷ Urteil vom 20. Juli 2012 – [V ZR 235/11](#) – MDR 2012, 1275 =NJW 2012, 3571 f. = NZM 2012, 678; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

ausgeschlossen. Ein denkbarer Anspruch aus § 14 Nr. 4 WEG ist dagegen nicht geltend gemacht worden.

Teilweise begründet ist somit der Klageanspruch nur hinsichtlich des Feststellungsantrags. Es kann offen bleiben, ob der einzelne Wohnungseigentümer den Verband generell wegen eines schuldhaften und an sich nach §§ 31, 89 BGB zurechenbaren Verhaltens des Verwalters in Anspruch nehmen kann. Eine entsprechende Verpflichtung des Verbandes besteht jedenfalls dann, wenn dieser es versäumt, den Verwalter zur umgehenden Umsetzung eines Beschlusses anzuhalten, der die Beseitigung von Schäden am Gemeinschaftseigentum und die Unbenutzbarkeit von Sondereigentum zum Gegenstand hat.

e)

In einer Grundsatzentscheidung hatte sich der V. Zivilsenat mit der **Beschlusskompetenz der Eigentümerversammlung** hinsichtlich von **Kreditaufnahmen** zu befassen. Der Senat hat die klagabweisenden Entscheidungen der Vordergerichte bestätigt.⁵⁹

Der gefasste Beschluss ist bestandskräftig, da keine Nichtigkeitsgründe vorliegen. Der V. Zivilsenat hatte bereits vor der mit § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG erfolgten Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft ausgesprochen, dass diese berechtigterweise darüber zu entscheiden hat, wie der erforderliche Finanzbedarf gedeckt werden soll.⁶⁰ Diese **Rechtslage** hat sich **durch die Reform des WEG nicht geändert**, da der Gesetzgeber gerade eine Stärkung der Selbstverwaltungsbefugnis der Eigentümergemeinschaft beabsichtigt hat. Auf die weitergehende und umstrittene Detailfrage, welchen Anforderungen der beabsichtigte Kredit angesichts des Gebots einer ordnungsgemäßen Verwaltung konkret zu genügen hat, kommt es nicht an, weil damit nur eine Anfechtbarkeit des Beschlusses verbunden wäre. Auch unter **verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten** bestehen keine Bedenken, da gefasste Beschlüsse

⁵⁸ Urteil vom 13. Juli 2012 – [V ZR 94/11](#) – MDR 2012, 1276 f. = NJW 2012, 2955 ff. = NZM 2012, 685 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁵⁹ Urteil vom 28. September 2012 – [V ZR 251/11](#) – BGHZ 195, 22 f. = MDR 2012, 1398 f. = NJW 2012, 3719 ff. = NZM 2012, 835 ff.

im Wege der Anfechtungsklage überprüft werden können und dem Schutz von Grundrechten des einzelnen Wohnungseigentümers damit hinreichend Rechnung getragen wird. Anders wäre dies nur dann, wenn in dem Beschluss zugleich eine mit § 10 Abs. 8 WEG unvereinbare gesamtschuldnerische Haftung geschaffen würde. Dafür fehlen hier jedoch Anhaltspunkte.

Auch der Beschluss, mit dem der Antrag des Klägers, ihn wegen ausreichender Eigenmittel von der Finanzierung auszunehmen, zurückgewiesen wurde, ist fehlerfrei zustande gekommen. Diesbezüglich war der vorangegangene Beschluss hinsichtlich der Fremdfinanzierung bereits in Bestandskraft erwachsen, weshalb der Kläger keinen Anspruch auf Nichtausführung hat. Schwerwiegende und nachträglich entstandene Gründe, die gemäß § 242 BGB eine Durchbrechung der Bestandskraft erlauben würden, sind vorliegend nicht ersichtlich.

f)

Eine weitere Grundsatzentscheidung betrifft einen Beschluss, mit dem die Eigentümerversammlung den Austausch sanierungsbedürftiger, hölzerner Balkonbrüstungen gegen eine Konstruktion aus Glas und Stahl „**im Wege der modernisierenden Instandsetzung**“ beschlossen hatte. Die Kläger haben diesen Beschluss angefochten, weil die beabsichtigte Baumaßnahme mit höheren Kosten verbunden ist. Anders als das Berufungsgericht, welches eine Zustimmung für entbehrlich gehalten hatte, hat der Bundesgerichtshof die Zustimmungsbedürftigkeit gemäß §§ 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG bejaht.⁶¹

Das Berufungsgericht hat den Rechtsbegriff des Nachteils i.S. des § 22 Abs. 1 WEG verkannt, weil eine auch **rein optische Veränderung** regelmäßig zu einer **nicht ganz unerheblichen Benachteiligung** führt. Diese Sichtweise folgt dabei im Umkehrschluss auch aus der mit § 22 Abs. 2 WEG erweiterten Beschlusskompetenz, die für Modernisierungsmaßnahmen eine qualifizierte Mehrheit vorsieht. Der Gesetzgeber ist bei der Einführung des § 22 Abs. 2

⁶⁰ Senat, Beschluss vom 21. April 1988 – V ZB 10/87 – BGHZ 104, 197 ff. = NJW 1988, 1910 f. = WM 1988, 869 ff.

⁶¹ Urteil vom 14. Dezember 2012 – [V ZR 224/11](#) – BGHZ 196, 45 ff. = MDR 2013, 263 ff. = NJW 2013, 1439 ff. = NZM 2013, 185 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

WEG davon ausgegangen, dass nicht unerhebliche optische Veränderungen einen allstimmigen Beschluss erfordern.

Der V. Zivilsenat hat deshalb das Verfahren an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit weitere Feststellungen getroffen werden und der Vorinstanz gleichzeitig eine „Segelanweisung“ mit auf den Weg gegeben. Die Sanierungsarbeiten könnten sowohl § 22 Abs. 3 i.V.m. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG als auch § 22 Abs. 2 WEG unterfallen. Als **modernisierende Instandsetzung** wäre die Maßnahme dann anzusehen, wenn sie eine **technisch bessere** oder **wirtschaftlich sinnvollere** Lösung bereithält. Dazu bedarf es einer Kosten-Nutzen-Analyse und der Feststellung, dass sich der Mehraufwand binnen 10 Jahren amortisiert. Nach Maßgabe des § 22 Abs. 2 WEG kommt es dagegen darauf an, ob die Maßnahme aus Sicht eines verständigen Wohnungseigentümers den Gebrauchswert des Wohnungseigentums voraussichtlich erhöhen wird; auch insoweit kann es an einer sinnvollen Neuerung fehlen, wenn die entstehenden Mehrkosten außer Verhältnis zu dem erzielbaren Vorteil stehen. Dies gilt auch dann, wenn mit der baulichen Maßnahme eine optische Veränderung einhergeht.

g)

In einem weiteren Revisionsverfahren war dagegen die **Teilungserklärung auszulegen**. Die insoweit entscheidende Regelung lautete wie folgt:

„Einrichtungen, Anlagen und Gebäudeteile, die nach der Beschaffenheit oder dem Zweck des Bauwerks oder gemäß dieser Teilungserklärung zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind (z.B. Balkone, Terrassen, Veranden, Einstellplätze), sind von ihm auf seine Kosten instandzusetzen und instandzuhalten.“

Gleichwohl hatte die Eigentümerversammlung davon abweichende Beschlüsse gefasst. Der V. Zivilsenat hat die Beschlüsse als unwirksam beurteilt, da sie dem Gebot ordnungsgemäßer Verwaltung widersprechen.⁶²

⁶² Urteil vom 16. November 2012 – [V ZR 9/12](#) – MDR 2013, 57 f. = NJW 2013, 681 f. = NZM 2013, 88 f.

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Teilungserklärung nach dem klaren Wortlaut und ihrem eindeutigen Sinn eine Übertragung der Kostenlast auf diejenigen Wohnungseigentümer vorsieht, deren Wohnung mit einem Balkon ausgestattet sei. Dies ergibt sich bereits aus dem sprachlichen Bezug, wonach Balkone zum „ausschließlichen Gebrauch“ bestimmt sein müssen. Nach Sinn und Zweck kann auch keine Differenzierung danach vorgenommen werden, ob die Balkone im Sonder- oder Gemeinschaftseigentum stehen. Hieran knüpft die Teilungserklärung nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht an.

h)

In einem weiteren Verfahren wurde darum gestritten, ob die die **Dachgeschoßwohnung** des Klägers **versorgende Wasserleitung**, die an der gemeinschaftlichen Dachabseite angebracht war, zum **Sondereigentum** rechnet. Das Berufungsgericht hatte angenommen, dass die Versorgungsleitung zum gemeinschaftlichen Eigentum zählt. Die zugelassene Revision der Beklagten war erfolglos.⁶³

Die Regelung in der Teilungserklärung, nach der die Wasserleitung ab dem Anschluss an die gemeinsame Steigleitung zum Sondereigentum zählen sollte, ist insoweit unergiebig. Da Versorgungsleitungen **wesentliche Bestandteile des Gebäudes** darstellen, kann daran **kein Sondereigentum** begründet werden. Entscheidend ist allein § 5 Abs. 1 bis Abs. 3 WEG, weshalb die Teilungserklärung die Grenze zwischen dem gemeinschaftlichen Eigentum und dem Sondereigentum nur zu Gunsten, aber nicht zu Ungunsten des gemeinschaftlichen Eigentums verschieben kann. Die umstrittene Frage, ob Versorgungsleitungen auch dann zum Gemeinschaftseigentum zählen, wenn sie nur im Bereich des Gemeinschaftseigentums montiert sind, aber allein einer einzelnen Wohnung dienen, bedarf keiner Entscheidung. Die Zugehörigkeit der Wasserleitung zum Gemeinschaftseigentum folgt hier aus § 5 Abs. 2 WEG. Danach sind Teile des Versorgungsnetzes erst ab der Stelle sondereigentumsfähig, an der sie sich durch eine im Sondereigentum befindliche Absperrvorrichtung trennen lassen.

⁶³ Urteil vom 26. Oktober 2012 – [V ZR 57/12](#) – MDR 2013, 244 ff. = NJW 2013, 1154 ff. = NZM 2013, 272 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

i)

Ein weiteres Revisionsurteil befasst sich mit der **Anmietung eines Tiefgaragenstellplatzes**, den die Klägerin ohne Genehmigung **untervermietet** hatte. Da sich die Klägerin weigerte, das Untermietverhältnis zu beenden, kündigte die anwaltlich vertretene Verwalterin das Mietverhältnis fristlos sowie hilfsweise fristgemäß. Dem Kündigungsschreiben war eine von der Verwalterin erteilte Vollmacht sowie eine weitere Vollmachtsurkunde beigelegt, die ein Mitglied des Verwaltungsrates unterzeichnet hatte. Die Klägerin hatte zuerst die Vollmacht nicht bestritten, sondern die Legitimation der Verwalterin erst „nach gewährter Fristverlängerung“ in Abrede gestellt. Mit den angefochtenen Mehrheitsbeschlüssen hat die Eigentümerversammlung dann die Kündigung genehmigt und die Verwalterin zur Erhebung einer Räumungsklage ermächtigt. Der Senat hat der Revision der Klägerin nur deshalb stattgegeben, weil das Berufungsgericht erhebliches Vorbringen übersehen hatte.⁶⁴

Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen sind durchgreifende Anfechtungsgründe nicht gegeben. Aus der **Sicht des verständigen Wohnungseigentümers** sind die angefochtenen Beschlüsse auf die Beendigung des Mietverhältnisses gerichtet und dienen nicht der Genehmigung der Kündigung. Ein solches Vorgehen entspricht **ordnungsgemäßer Verwaltung**, da die Untervermietung rechtswidrig war. Den Wohnungseigentümern kann es nicht zugemutet werden, angesichts juristischer Detailfragen von Maßnahmen abzusehen, die auf eine Beendigung des Mietverhältnisses abzielen. Eine ordnungsgemäße Verwaltung ist auch nicht deshalb zu verneinen, weil das mit der Beschlussfassung verfolgte **Ziel unerreichbar** wäre. Dies wäre nur dann der Fall, wenn ein Scheitern aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ohne weiteres erkennbar wäre. Daran fehlt es hier, weil bisher ungeklärt ist, ob und mit welchen Folgen eine vollmachtlose Kündigung nach § 180 Satz 2 BGB genehmigungsfähig ist.

Erfolg hatte die Revision daher nur deshalb, weil die Klägerin vorgebracht hatte, ein weiterer Wohnungseigentümer habe ebenfalls untervermietet, wobei dieses

⁶⁴ Urteil vom 30. November 2012 – [V ZR 234/11](#) – MDR 2013, 209 f. = NJW-RR 2013, 335 ff. = NZM 2013, 195 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

Verhalten nicht beanstandet wurde. Dieses Vorbringen, welches auf eine sachlich unbegründete Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hindeutet, hatte das Landgericht übersehen, so dass es noch weiterer Feststellungen bedarf.

j)

In einem weiteren Revisionsurteil⁶⁵ wurden dagegen lediglich bekannte Grundsätze bestätigt.⁶⁶ Bezeichnet der planende Architekt eine Teileigentums-einheit im Aufteilungsplan als „Laden“, steht dies einer Nutzung als Speiselokal nicht entgegen, da der Aufteilungsplan nach § 7 Abs. 4 WEG lediglich der räumlichen Abgrenzung dient. Eine Beschränkung oder Erweiterung der Nutzungsrechte kann aus einem Teilungsplan daher nicht abgeleitet werden.

4.

Maklerrecht, Nachbarrecht und Grundzüge des Immobilienrechts

Diese Rechtsgebiete fallen in die Zuständigkeit unterschiedlicher Zivilsenate des Bundesgerichtshofs.

a) Maklerrecht

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

aa)

In einem Streitfall ist der Beklagte aus abgetretenem Recht auf Zahlung restlicher Provision für die **Vermittlung einer fondsgebundenen Lebens- und Rentenversicherung** in Anspruch genommen worden. Da es sich bei der vermittelten Versicherung um eine Nettopolice handelte, hatte der Beklagte eine „**Vermittlungsgebührenvereinbarung**“ unterzeichnet, nach der die Vermittlungsprovision in 60 Monatsraten zu je 108,64 € entrichtet werden sollte. Nach-

⁶⁵ Urteil vom 16. November 2012 – [V ZR 246/11](#) – GuT 2012, 488 f. = NZM 2013, 153 = WuM 2013, 58 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁶⁶ Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – [V ZR 40/09](#) – MDR 2010, 434 f. = NJW-RR 2010, 667 f. = NZM 2010, 407 f.

dem der Beklagte den Versicherungsvertrag gekündigt hatte, hat er auch die Ratenzahlungen eingestellt. Der Bundesgerichtshof hat die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts, welches der Klage stattgegeben hatte, zurückgewiesen.⁶⁷

Die getroffene **Provisionsvereinbarung** begegnet weder im Hinblick auf **§ 134 BGB**, noch unter dem Blickwinkel der **§§ 305c, 307 BGB** Bedenken. Die durch eine Perforationsnaht unterbrochene Verbindung zwischen dem Versicherungsvertrag und der Provisionsabrede führt auch nicht nach § 655b BGB zur Nichtigkeit, weil diese Bestimmung auf Versicherungsverträge nicht – auch nicht analog – anwendbar ist. Der Provisionsanspruch ist auch nicht nach § 654 BGB **verwirkt**, weil es dazu einer subjektiv **schwerwiegenden Treuepflichtverletzung** bedarf, die den Makler als „unwürdig“ erscheinen lässt. Bezogen auf das zu vermittelnde Versicherungsvertragsverhältnis ist jedoch eine Verletzung von Betreuungs- oder Beratungspflichten nicht ersichtlich. Die Wirksamkeit des erklärten Widerrufs nach § 355 BGB a.F. scheidet zwar nicht an einer fehlenden Einhaltung der Widerrufsfrist, da diese mangels fehlerfreier Widerrufsbelehrung nicht in Lauf gesetzt wurde. Der Widerruf ist jedoch nur gegenüber der Klägerin und nicht – wie geboten – gegenüber der Maklerin als Zedentin erklärt worden.

bb)

Ein weiterer vom III. Zivilsenat entschiedener Streitfall, dem gleichfalls die Vermittlung eines Nettopolicenvertrages zugrunde lag, befasst sich dagegen mit der **Höhe des Wertersatzes** nach wirksam erfolgtem Widerruf der Provisionsvereinbarung. Der Senat hat den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen.⁶⁸

Der von der Beklagten erklärte Widerruf ist zwar wirksam, aber das Berufungsgericht hatte den Wertersatz fehlerhaft ermittelt. Zwar kann nach Maßgabe des § 346 Abs. 2 BGB a.F. nicht die noch offene Restprovision verlangt werden. Der Ersatzanspruch orientiert sich aber an dem **objektiven Wert der Maklerleis-**

⁶⁷ Urteil vom 18. Oktober 2012 – [III ZR 106/11](#) – NJW 2012, 3718 f. = NZM 2013, 40.

⁶⁸ Urteil vom 19. Juli 2012 – [III ZR 252/11](#) – MDR 2012, 1078 ff. = NJW 2012, 3428 ff. = VersR 2012, 1310 ff.

tung und nicht an dem konkret-individuellen Wert des Erlangten für den Schuldner. Hierbei kommt es auf die vom Versicherungsnehmer erklärte Kündigung nicht an, da sich der Wert der Maklerleistung bereits durch das Zustandekommen des Versicherungsvertrages realisiert hat. Zu den objektiv zu bestimmenden Wertverhältnissen hatte das Oberlandesgericht jedoch keine Feststellungen getroffen.

b) Nachbarrecht

Rechtsfragen aus dem Bereich des Nachbarrechts werden dagegen vom V. Zivilsenat beantwortet, der sich im Berichtszeitraum einmal mehr mit Besitzstörungen aufgrund unberechtigten Parkens konfrontiert sah.

aa)

In der ersten Entscheidung zu diesem Thema hatte der Kläger Abschleppkosten in Höhe von 261,21 € an die Beklagte gezahlt, die vom Grundstückseigentümer mit der Parküberwachung beauftragt war und der die Ersatzansprüche abgetreten worden waren. Der Kläger, der die Kosten für überhöht hielt, hat die Beklagte vorinstanzlich erfolgreich auf Rückzahlung von 130,31 € in Anspruch genommen. Der V. Zivilsenat hat die Klage dagegen abgewiesen, weil allein der **gestörte Grundstückeigentümer passivlegitimiert** ist.⁶⁹

Nach gefestigter Rechtsprechung hat die **bereicherungsrechtliche Rückabwicklung** in sog. **Abtretungsfällen** zwischen dem Schuldner und dem Zedenten (Abtretender) einerseits und dem Zedenten sowie dem Zessionar (Abtretungsempfänger) andererseits zu erfolgen. Ein direkter Ausgleich zwischen dem Schuldner und dem Zessionar würde zu einer unbilligen Verlagerung des Insolvenzrisikos hinsichtlich des Zedenten führen. Hiervon abzugehen besteht auch im vorliegenden Streitfall kein Anlass, weil sich der Grundstücksbesitzer etwaige überhöhte Kosten des von ihm beauftragten Abschleppunternehmens zu rechnen lassen muss. Dieser muss auch damit rechnen, dass das Fahrzeug – branchenüblich – nur gegen „Vorkasse“ herausgegeben wird. Auf die zwischen

⁶⁹ Urteil vom 06. Juli 2012 – [V ZR 268/11](#) – DAR 2012, 571 f. = MDR 2012, 1225 f. = NJW 2012, 3373 f.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

den Parteien umstrittene Frage nach der Angemessenheit der Kosten kommt es daher nicht mehr an.

bb)

Die zweite Entscheidung befasst sich dagegen mit der **Passivlegitimation des Fahrzeughalters**, der behauptet hatte, seinen PKW **verliehen** zu haben.

Der V. Zivilsenat hat die Entscheidung des Landgerichts, welches den Beklagten zur Unterlassung und zum Ersatz der Kosten für die Halterermittlung verurteilt hatte, bestätigt und dem Kläger auf die Anschlussrevision auch vorgerichtliche Anwaltskosten zugesprochen.⁷⁰

Der Unterlassungsanspruch folgt aus § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB, da unberechtigtes Parken auf einem Privatgrundstück zumindest eine Besitzstörung darstellt. Dafür ist der Beklagte als **Zustandsstörer** verantwortlich, weil er es bei wertender Betrachtung in der Hand hat, die Quelle der Störung zu beseitigen. Als Halter des Fahrzeugs hätte er – nach entsprechender Information – den PKW wegfahren können. Indem er das Fahrzeug freiwillig einem Dritten überlassen hatte, traf ihn auch das Risiko eines nicht allgemeinen Verhaltensregeln entsprechenden Nutzerverhaltens. Falschparken stellt sich auch nicht als ungewöhnliches Verhalten dar, mit dem der Beklagte nicht zu rechnen brauchte. Als Zustandsstörer haftete der Beklagte auch auf Unterlassung und nicht nur auf Beseitigung, weil die Besitzstörung mittelbar auf seinen Willen zurückgeht. Gemessen daran lag auch eine Wiederholungsgefahr vor, weil der Beklagte nur eine einfache, aber keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hatte.

Die Anschlussrevision war nach Maßgabe des § 670 BGB begründet, da der Kläger die Beauftragung eines Rechtsanwalts für erforderlich halten durfte. Eine einfache Rechtsfrage lag bereits deshalb nicht vor, weil das Landgericht die Revision zugelassen hatte. Die Tatsache, dass die Klägerin bereits in der Vergangenheit wiederholt mit Falschparkern zu „kämpfen“ hatte, lies nicht auf eine Kenntnis der richtigen Vorgehensweise schließen.

⁷⁰ Urteil vom 21. September 2012 – [V ZR 230/11](#) – DAR 2013, 141 ff. = NJW 2012, 3781 f. = NZM 2013, 44 ff.

cc)

Ein Verfahren hatte einen „Überbaufall“ zum Gegenstand, bei welchem die Eltern der Parteien einen Öltank, der der Beheizung des Wohnhauses diente, in das Erdreich des Grundstücks eingebracht hatten. Aufgrund einer Grundstücksteilung befanden sich dann aber Wohnhaus und Öltank, der bis ins Jahre 2010 benutzt wurde, auf unterschiedlichen Grundstücken. Der V. Zivilsenat hat einen Beseitigungsanspruch bejaht.⁷¹

Die Beklagten waren als Eigentümer des Wohnhauses Zustandsstörer, weil sie nach jahrelanger Verwendung den Öltank auf dem Grundstück des Klägers zurückgelassen hatten. Bis zu dessen Stilllegung war der Öltank **wesentlicher Bestandteil des Hausgrundstücks**, da er der Beheizung des Anwesens diente. Diese Eigenschaft war auch nicht aufgrund der Grundstücksteilung verloren gegangen, da sich ein wesentlicher Bestandteil nicht innerhalb des Gebäudes befinden muss. Eine Duldungspflicht des Klägers war spätestens mit der Stilllegung des Tanks entfallen, da § 912 Abs. 1 BGB zu keinem Zeitpunkt anwendbar war. Eine vorübergehende Duldungspflicht folgte jedoch aus dem Übergabevertrag des Klägers mit seiner Mutter, der eine stillschweigende Verpflichtung zur Bestellung einer Dienstbarkeit enthält. Diese Verpflichtung war mit der Stilllegung des Tanks indes erloschen.

c) Grundzüge des Immobilienrechts

Auch für das Immobilienrecht ist der V. Zivilsenat zuständig, der sich im Berichtszeitraum mit folgenden Rechtsfragen zu befassen hatte:

aa)

In einem Verfahren wurde um Schadensersatz aufgrund der **Nichterfüllung einer privatschriftlichen Rückkaufverpflichtung** hinsichtlich einer Eigentumswohnung gestritten. Der Erstverkäufer war dabei seiner vermeintlichen Verpflichtung dadurch nachgekommen, dass er die Wohnung durch eine Bau-trägergesellschaft erwerben ließ; nachfolgend hatte die Gesellschaft aber den

⁷¹ Urteil vom 19. Oktober 2012 – [V ZR 263/11](#) – MDR 2013, 329 f. = NJW-RR 2013, 652 ff. = ZNotP 2013, 67 ff.; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

berechtigten Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Der V. Zivilsenat hat die Klage als unbegründet abgewiesen.⁷²

Die Rückkaufverpflichtung war **mangels notarieller Beurkundung unwirksam**, da der Formmangel – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht nach § 313 Satz 2 BGB a.F. dadurch geheilt worden ist, dass die Bauträgergesellschaft die Wohnung (zuerst) wirksam erworben hatte. Das Zustandekommen eines wirksamen Zweitvertrages ist für das **rechtliche Schicksal der Rückkaufverpflichtung** ohne Bedeutung. Die vom Landgericht getroffene Annahme eines „Erfüllungszusammenhanges“ ist dagegen widersprüchlich, weil eine unterstellte Heilung der Formunwirksamkeit nicht zu einer Schadensersatzverpflichtung aus § 326 BGB a.F. führen kann. Darüber hinaus hätte nach der Rückkaufverpflichtung der Beklagte die Wohnung erwerben sollen. Der Erwerb durch einen Dritten hätte nur dann zu einem Erfüllungszusammenhang geführt, wenn die Bauträgergesellschaft von Anfang an als Rückerwerber vereinbart gewesen wäre.

bb)

In einem weiteren Streitfall hatten die Beklagten im Jahre 1991 eine noch zu errichtende Eigentumswohnung von einer Gesellschaft erworben, der aufgrund eines **Geschäftsbesorgungsvertrages** weitreichende Befugnisse und Vollmachten – auch unter Befreiung von § 181 BGB – im Zusammenhang mit weiteren erforderlichen Geschäften verliehen worden waren. Über die erforderliche **Erlaubnis nach dem RBerG** verfügte die Verkäuferin jedoch nicht. Den notariellen Kaufvertrag selbst hatte eine Rechtsanwältin abgeschlossen, die sowohl für die Beklagten als auch die Verkäuferin auftrat. Nachdem über das Vermögen der Verkäuferin das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, hatte der Insolvenzverwalter die Beklagten unter Hinweis auf die mit der Missachtung des Art. 1 § 1 RBerG verbundene schwebende Unwirksamkeit zur Genehmigung aufgefordert. Da die Beklagten untätig blieben, wurden sie nachfolgend zur Abgabe der für eine Grundbuchberichtigung erforderlichen Erklärungen aufgefordert. Darauf haben die Beklagten im Dezember 2009 vorsorglich den Kaufver-

⁷² Urteil vom 13. Juli 2012 – [V ZR 176/11](#) – MDR 2012, 1222 f. = NJW 2012, 3171 ff. = WM 2013, 389 f.

trag sowie die Auflassung genehmigt. Der Senat hat die auf § 894 BGB gestützte Klage – ebenso wie die Vorinstanzen – als unbegründet beurteilt, da die Beklagten die von der Verkäuferin für sie abgegebene Auflassungserklärung wirksam genehmigt haben.⁷³

Der Geschäftsbesorgungsvertrag hatte die Auftragnehmerin umfassend zum Abschluss aller Verträge ermächtigt, die im Zusammenhang mit dem steuerbegünstigten Erwerb einer Eigentumswohnung stehen. Die aus **Art. 1 § 1 RBerG i.V.m. § 134 BGB** damit folgende **Nichtigkeit** erstreckt sich auch auf die erteilten Vollmachten. Soweit das Berufungsgericht dagegen erwogen hatte, dass die Vollmachten nach § 139 BGB wirksam sind, ist diese Überlegung mit dem Schutzgedanken des RBerG, welches einen umfassenden Schutz des Anlegers forderte, nicht zu vereinbaren. Da in diesem Zusammenhang auch keine Rechtsscheinsgrundsätze anwendbar sind, konnte die Genehmigung auch noch im Dezember 2009 erteilt werden.

Die Wirksamkeit der Genehmigung scheitert auch nicht daran, dass diese als verweigert gilt (§ 177 Abs. 2 Satz 2 BGB) oder der Insolvenzverwalter den Vertrag widerrufen haben könnte (§ 178 BGB). Diesen Einwänden steht entgegen, dass dem Insolvenzverwalter das **Berufen auf die Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts vorliegend **nach § 242 BGB versperrt** ist. Die Treuwidrigkeit folgt hier zwar noch nicht daraus, dass sich die Insolvenzschuldnerin bewusst unwirksame Vollmachten hätte versprechen lassen, weil im Jahre 1991 noch nicht absehbar war, dass die Rechtsprechung entsprechende Vertragskonstruktionen als mit Art. 1 § 1 RBerG unvereinbar ansehen würde. Dem Gebot von Treu und Glauben widerspricht jedoch der Umstand, dass der Vertrag vollzogen und lange Zeit als wirksam behandelt worden ist. Der Schutzzweck des RBerG wird nicht berührt, da die Beklagten als die dadurch Geschützten am Vertrag festhalten wollen. Das Interesse des Klägers an der Sicherung der Masse ist dagegen unerheblich, weil ein Insolvenzverwalter nicht besser als der Schuldner stehen kann. War es der Insolvenzschuldnerin aber verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der Vollmacht zu berufen, ist diese gleichsam als von Anfang an wirksam zu

⁷³ Urteil vom 20. Juli 2012 – [V ZR 217/11](#) – MDR 2012, 1220 ff. = NJW 2012, 3424 ff. = WM 2013, 1473 ff.

behandeln. Von daher kann dann auch **§ 177 Abs. 2 BGB keine Anwendung** finden.

cc)

Gleichfalls vertretungsrechtliche Probleme wirft ein Streitfall auf, in dem eine Projektgesellschaft ein größeres Grundstück aufschiebend bedingt erworben hatte. Bei der Beurkundung des Kaufvertrages war für die Projektgesellschaft dabei ein **Vertreter ohne Vertretungsmacht** tätig geworden. Der Verkäufer hatte die Beklagte als Komplementärin der Projektgesellschaft auf Erstattung der entstandenen Notarkosten in Anspruch genommen, nachdem die **Genehmigung des Kaufvertrages verweigert** worden war. Das Oberlandesgericht hatte die Berufung der Beklagten, mit der diese ihre erstinstanzliche Verurteilung zur Hälfte hingenommen hatte, zurückgewiesen. Dieser Beurteilung ist der Senat nicht gefolgt.⁷⁴

Die vom Berufungsgericht angenommene Verletzung **vorvertraglicher Schutzpflichten**, weil die Beklagte die Genehmigung des Vertrages ohne triftigen Grund verweigert habe, ist nicht damit zu vereinbaren, dass bei einem **Grundstückskaufvertrag** insoweit **strengere Anforderungen** gelten. Das Fehlen eines triftigen Grundes vermag in diesem Zusammenhang noch keine Schadensersatzpflicht zu begründen, weil damit ein indirekter Abschlusszwang geschaffen und der mit der Formvorschrift des § 311b BGB bezweckte Schutz der Entscheidungsfreiheit umgangen würde. Erforderlich wird daher eine besonders **schwerwiegende**, in der Regel vorsätzliche **Treupflichtverletzung**, wofür hier Anhaltspunkte fehlen. Diese Beschränkung gilt auch dann, wenn ein vollmachtloser Vertreter gehandelt hat und die erforderliche Genehmigung verweigert wird.

Der Senat hat dem Berufungsgericht für das weitere Verfahren noch folgende Hinweise erteilt. Allein das Tätigwerden eines vollmachtlosen Vertreters beinhaltet noch keine besonders schwere Treupflichtverletzung, weil sich der Kläger darauf eingelassen hatte. Anders wäre dies nur dann, wenn die Käuferin

⁷⁴ Urteil vom 09. November 2012 – [V ZR 182/11](#) – MDR 2013, 271 f. = NJW 2013, 928 ff. = ZNotP 2013, 65 f.

dem Kläger die nicht vorhandene Bereitschaft vorgespiegelt hätte, den Vertrag genehmigen zu wollen. Dabei wird es auch darauf ankommen, ob der beurkundete Vertrag gegenüber dem erstellten Entwurf wesentliche Änderungen enthielt. Darüber hinaus ist auch zu beachten, dass der Kaufvertrag aufschiebend bedingt war und daher eine Schadensersatzpflicht nur in Betracht kommt, wenn die Bedingung eingetreten wäre. Weiter wird zu prüfen sein, ob sich der Anspruch des Klägers nicht aus § 448 Abs. 2 BGB ergeben kann. Zwar setzt diese Regelung voraus, dass der Vertrag wirksam wird. Den Parteien steht es aber frei, eine davon abweichende Vereinbarung zu treffen.

dd)

In einem weiteren Streitfall hatten die Kläger eine Eigentumswohnung in einer Wohnanlage erworben, die sich auf einem **Altlastengrundstück** befindet. Die zuständige Behörde hatte den beklagten Verkäufern jedoch mitgeteilt, dass kein Verdacht auf schädliche Bodenveränderungen besteht; das Grundstück werde jedoch von **cyanidhaltigem Wasser** durchströmt, weshalb bei etwaigen Bauarbeiten gefördertertes Grundwasser zu reinigen sei. Die Kläger hatten den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt, da sie nur unzureichend über die Altlasten aufgeklärt worden seien. Der Bundesgerichtshof hat den Rechtsstreit an das Berufungsgesicht, welches Gewährleistungsansprüche verneint hatte, zurückverwiesen.⁷⁵

Die **Belastung des Grundwassers mit Schadstoffen** stellt einen **Sachmangel** i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB dar, da es insoweit nicht auf die Eigentumsverhältnisse ankommt und die einen Mangel auslösende Beschaffenheit bereits in der **Nachbarschaft zu einem kontaminierten Grundstück** liegt, das Schadstoffe emittiert. Seit dem 01. Januar 2002 sind aufgrund des modifizierten Schuldrechts auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu den Eigenschaften einer Sache zu zählen, die die Beziehung der Sache zu ihrer Umwelt betreffen. Aufgrund dieser Fernwirkung kommt es nicht darauf an, ob das Grundstück selbst kontaminiert ist. Unerheblich ist, dass die Kaufsache zum Wohnen geeignet ist, weil es jedenfalls an der üblichen Beschaffenheit fehlt.

⁷⁵ Urteil vom 30. November 2012 – [V ZR 25/12](#) – MDR 2013, 270 f. = NJW-RR 2013, 1671 ff. = ZNotP 2013, 62 ff.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt auch der **vertraglich vereinbarte Gewährleistungsausschluss** nicht zum Tragen, weil dem Streitfall nicht nur ein abstrakter Altlastverdacht, sondern aufgrund der **konkreten Grundwasserbelastung** ein begründeter Verdacht zugrunde lag. Die Beklagten hatten insoweit auch arglistig gehandelt, da es ohne Bedeutung ist, ob sie die Kontamination rechtlich zutreffend gewürdigt hatten. Zudem war im notariellen Kaufvertrag auf das Schreiben der Umweltbehörde nur auszugsweise verwiesen worden.

5.

Miet- und wohnungseigentumsrechtliche Bezüge zum öffentlichen Recht

Zu dieser Thematik, die primär in die Zuständigkeit der Sozial- oder Verwaltungsgerichte fällt, sind keine Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ergangen. Rechtsfragen im Zusammenhang mit preisgebundenem Wohnraum wurden bereits oben unter Ziffer 1.7 vorgestellt. Auf die Frage nach einer inzidenten Überprüfung von qualifizierten Mietspiegeln durch die Zivilgerichte wurde unter Ziffer 1.4 eingegangen.

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 lösen:

a)

In einem Verfahren hatte die klagende Vermieterin im **Urkundenprozess** rückständigen Mietzins begehrt, weil die beklagten Mieter den Mietzins wegen Schimmelbefalls gemindert hatten. Nachdem das Amtsgericht die Klage als im Urkundenprozess unzulässig abgewiesen hatte, hatte die Klägerin in der **Beru-**

fungsinanz erfolglos ein Sachverständigengutachten aus einem selbständigen Beweisverfahren vorgelegt und die **Abstandnahme vom Urkundenprozess** erklärt. Der VIII. Zivilsenat hat – im Anschluss an eine frühere Grundsatzentscheidung des XII. Zivilsenats⁷⁶ – die die Berufung zurückweisende Entscheidung des Landgerichts aufgehoben.⁷⁷

Auch nach dem Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes beurteilt sich die **zweitinstanzlich erklärte Abstandnahme vom Urkundenprozess** nach den Grundsätzen, die für eine **Klageänderung** gelten und ist somit zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder Sachdienlichkeit vorliegt. Dies hatte das Berufungsgericht zwar nicht verkannt, aber die weiteren Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO verfahrensfehlerhaft verneint und seine Annahme der **fehlenden Sachdienlichkeit** auf einer revisionsrechtlich angreifbaren Grundlage gebildet. Dessen These, wonach die vorgetragene Ursache für die Schimmelbildung **neuer Tatsachenstoff** sei, verkennt, dass sich die Beklagten bereits erstinstanzlich dazu eingelassen hatten. Von daher handelt es sich nicht um neuen Prozessstoff, da es nicht darauf ankommt, dass das Amtsgericht – von seinem Standpunkt aus konsequent – dieses Vorbringen für unerheblich gehalten hatte.⁷⁸ Dieser i.S. des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO erhebliche Vortrag war damit auch in die Berufungsinstanz gelangt und wegen des Wegfalls der §§ 592, 595 ZPO **nunmehr entscheidungserheblich** geworden. Allein das Erfordernis einer Beweisaufnahme rechtfertigt dagegen noch nicht die Verneinung der Sachdienlichkeit gemäß § 533 Nr. 2 ZPO.

b)

Die **Prozessführungsbefugnis des Veräußerers** hinsichtlich eines Kautionsanspruches stand im Fokus einer weiteren Entscheidung. In diesem Streitfall hatte der beklagte Mieter zuerst Bundesschatzbriefe als Mietsicherheit verpfändet. Später hatten die Kläger die Sicherheit wegen der anstehenden Fälligkeit der Schatzbriefe frei gegeben, während der Beklagte keine Ersatzsicherheit

⁷⁶ Urteil vom 13. April 2011 – [XII ZR 110/09](#) – BGHZ 189, 182 ff. = MDR 2011, 936 ff. = NJW 2011, 2796 ff.

⁷⁷ Urteil vom 04. Juli 2012 – [VIII ZR 109/11](#) – MDR 2012, 986 f. = NJW 2012, 2662 f. = NZM 2012, 559 ff.

stellte. Im notariellen Kaufvertrag zwischen den Klägern und dem Erwerber war die Einrichtung eines gemeinsamen Sperrkontos hinsichtlich der Mietsicherheiten vereinbart worden. Für noch offene Mietsicherheiten sollten die Kläger einen bestimmten Betrag in bar einzahlen. Der XII. Zivilsenat hat die Prozessführungsbefugnis bejaht.⁷⁹

Anders als das Berufungsgericht meint, folgte die für eine **gewillkürte Prozessstandschaft** erforderliche **Ermächtigung** der Kläger nicht bereits aus den Vereinbarungen im notariellen Kaufvertrag. Nach dessen Inhalt sollte der Erwerber noch offene Kautionsansprüche gerade selbst einziehen. Die Ermächtigung folgte jedoch aus der von der Hausverwaltung erklärten Zustimmung. Das notwendige **schutzwürdige Interesse** der Kläger an einer eigenen Rechtsverfolgung ergab sich aus der dem Erwerber geleisteten Sicherheit für die vom Beklagten geschuldete Kautionsleistung. Mit diesem Inhalt scheiterte eine Rückabtretung auch nicht an § 399 BGB, weil die Abtretung des Anspruchs an Dritte nicht dem Zweck des Abtretungsverbots zuwiderlief.

In der Sache ist die Klage dann auch begründet, weil der Erwerber gemäß §§ 566, 578 BGB einen Anspruch auf (neuerliche) Kautionsleistung hat. Eine Kautionsverpflichtung beinhaltet eine mietrechtliche Leistungspflicht, auf die § 566 BGB Anwendung findet. Unerheblich ist, dass der Anspruch bereits vor dem Eigentumsübergang fällig war, weil die Kläger mit der erklärten Pfandfreigabe keinen Verzicht erklärt haben. Da die Kläger unstreitig auch keine Ansprüche gegen den Beklagten mehr haben, kann offen bleiben, in welcher Höhe der Kautionsanspruch übergegangen ist.

c)

Spezifische Fragen des **Verfahrensrechts in WEG-Sachen** betreffen folgende Judikate:

⁷⁸ Vgl. dazu auch Beschluss vom 20. November 2012 – [VIII ZR 157/12](#) – juris, Rn. 11; an diesem Verfahren war unsere Kanzlei beteiligt.

⁷⁹ Urteil vom 25. Juli 2012 – [XII ZR 22/11](#) – MDR 2012, 1082 f. = NJW 2012, 3032 ff. = NZM 2012, 681 ff.

aa)

In einer Grundsatzentscheidung waren die grundbuchrechtlichen Folgen zu klären, die die **Beendigung der Verwalterstellung** für die **vorher erteilte Zustimmung** zu einer Veräußerung hat. Im Streitfall hatte der beauftragte Notar Anfang April 2011 die Umschreibung einer Eigentumswohnung beantragt und angesichts der im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Veräußerungsbeschränkung „Zustimmung durch Verwalter“ eine beglaubigte Erklärung der Verwalterin vom 15. Dezember 2010 vorgelegt. Allerdings war die Verwalterin nur bis zum 31. Dezember 2010 bestellt worden. Der Senat hat auf die Rechtsbeschwerde der Antragsteller das Grundbuchamt angewiesen, die Umschreibung vorzunehmen.⁸⁰

Zwar darf eine Umschreibung nicht erfolgen, solange eine gemäß § 12 Abs. 1 WEG zulässige Verfügungsbeschränkung nicht in der Form des § 26 GBO nachgewiesen ist. Hierzu zählt auch der Nachweis der Verwaltereigenschaft nach § 26 Abs. 3 WEG. Angesicht des zwischenzeitlichen Erlöschens der Verwalterbestellung ist insoweit jedoch der **Zeitpunkt der Zustimmungserklärung** entscheidend, während es auf den in § 878 BGB genannten Zeitpunkt nicht ankommt. Die (einmal erklärte) Zustimmung des Verwalters tritt an die Stelle der an sich zur Entscheidung berufenen Wohnungseigentümer, die sich vor dem Eintritt unerwünschter Personen schützen wollen. Die Entscheidung des Verwalters hat somit Beschlussfunktion. Ein entsprechender zustimmender Beschluss der Wohnungseigentümer hätte nach § 10 Abs. 4 WEG auch für das Grundbuchamt bindende Wirkung.

bb)

Die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage stand dagegen in einem weiteren Verfahren zur Diskussion, in dem die Kläger beantragt hatten, der Verwaltung eine **aktuelle Liste der Wohnungseigentümer gemäß § 142 ZPO** aufzugeben. Dem war die Verwaltung jedoch nicht nachgekommen. Der Senat hat die Klage

⁸⁰ Beschluss vom 11. Oktober 2012 – [V ZB 2/12](#) – BGHZ 195, 120 ff. = MDR 2013, 22 ff. = NJW 2013, 299 f. = NZM 2013, 34 ff.

als zulässig angesehen, da sie den **inhaltlichen Anforderungen des § 44 Abs. 1 WEG** genügt.⁸¹

Zwar ist der Kläger verpflichtet, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eine aktuelle Liste mit den Namen und den ladungsfähigen Anschriften der übrigen Wohnungseigentümer vorzulegen. Insoweit ist jedoch **§ 142 Abs. 1 ZPO analog anwendbar**, so dass das Gericht auf Anregung tätig werden und der Verwaltung die Vorlage der Liste unter Fristsetzung aufgegeben muss. Die Vorlage ist der Verwaltung zumutbar, da sie nach § 48 Abs. 1 Satz 2 WEG ohnehin regelmäßig am Verfahren beteiligt ist und dem einzelnen Wohnungseigentümer auskunftspflichtig ist. Es besteht auch kein Ermessenspielraum des Gerichts hinsichtlich der Anordnung, die mittels der Androhung eines Ordnungsmittels (§ 390 ZPO) durchgesetzt werden kann.

cc)

Auslegungsfragen wirft dagegen folgender Streitfall auf, in dem das Landgericht die Anfechtungsfrist nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG nicht als gewahrt angesehen hatte. Der Bundesgerichtshof hat gegenteilig entschieden.⁸²

Die **Beschlussanfechtungsklage**, mit der nur das betroffene Grundstück nach Grundbucheintrag und unter Angabe der Postanschrift bezeichnet worden war, lies im Rahmen der **gebotenen Auslegung** hinreichend erkennen, dass die **Klage gegen die übrigen Wohnungseigentümer** erhoben werden sollte. Da in diesem Zusammenhang keine anderen Gegner in Betracht kamen, war die Klage hinreichend bestimmt und genügte den Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 1 WEG. Die nachträgliche Einreichung der **Eigentümerliste** war für die **Fristwahrung** nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG dagegen ohne Bedeutung.

⁸¹ Urteil vom 14. Dezember 2012 – [V ZR 162/11](#) – MDR 2013, 325 f. = NJW 2013, 1003 f. = ZMR 2013, 291 f.

⁸² Urteil vom 14. Dezember 2012 – [V ZR 102/12](#) – MDR 2013, 325 = NJW-RR 2013, 458 f. = NZM 2013, 237 f.

dd)

Parallel anhängig gemachte Beschlussmängelklagen verschiedener Wohnungseigentümer betrifft dagegen folgender Streitfall, in dem die Eigentümersversammlung es mehrheitlich abgelehnt hatte, die mit dem Austausch von Fenstern verbundenen Kosten den jeweils betroffenen Sondereigentümern aufzuerlegen. In einem Parallelverfahren anderer Wohnungseigentümer war die Klage rechtskräftig abgewiesen worden. Die Revision der hiesigen Kläger im vorliegenden Rechtsstreit war nur teilweise erfolgreich.⁸³

Hinsichtlich des Antrags den Beschluss für nichtig bzw. ungültig zu erklären, hat das Berufungsgericht die **Klage** zu Recht als **unzulässig** abgewiesen, weil einem Sachurteil die **Rechtskraft der Parallelentscheidung** entgegensteht. Insoweit ist es unerheblich, dass der Kläger des hiesigen Verfahrens in der Parallelsache Beklagter war. Auch die Unterlassung der **zwingend gebotenen Verbindung** der Verfahren rechtfertigt keine Durchbrechung der Rechtskraft, da die Bindung des Klägers an das Ergebnis des Parallelverfahrens im Interesse der Rechtssicherheit jedenfalls dann hinzunehmen ist, wenn – wie hier – eine Sachprüfung stattgefunden hat. Insoweit war der Kläger auch nicht schutzlos, weil er selbst die Verbindung der Verfahren hätte anregen bzw. – zu diesem Zweck – auch in die Berufung hätte gehen können.

Nicht in Rechtskraft erwachsen ist dagegen der in dem Parallelverfahren ergangene Ausspruch zu dem Negativbeschluss, der den Kläger vorliegend nicht an der Geltendmachung einer Zustimmung zu der begehrten positiven Beschlussfassung hindert. Darüber muss das Berufungsgericht daher erneut befinden.

ee)

Die Problematik einer **Teilanfechtung von Eigentümerbeschlüssen** behandelt ein weiteres Urteil, in dem sich der Kläger gegen die auf ihn entfallende

⁸³ Urteil vom 26. Oktober 2012 – [V ZR 7/12](#) – MDR 2013, 145 f. = NJW 2013, 65f. = NZM 2013, 89 ff.

Umlage von Sanierungskosten gewehrt hatte. Anders als das Landgericht hat der Bundesgerichtshof die Anfechtungsklage als zulässig erachtet.⁸⁴

Nach dem Wortlaut des Klageantrags hatte sich der Kläger zwar lediglich insofern gegen den Umlagebeschluss gewandt, als dieser Kosten in Höhe von 37.000 € vorsieht. Mit diesem Inhalt war der Klageantrag aber unzulässig, weil er sich nicht auf einen **abtrennbaren Teil des Beschlusses** erstreckte, da die Sonderumlage weit höhere Kosten vorsah. Eine auf einen Kostenanteil beschränkte Anfechtung würde daher den Beschluss im Übrigen bestehen lassen und das Finanzierungskonzept insgesamt verändern. Gemessen daran schied eine **isolierte Anfechtung** aus.

Die Klage war jedoch dahingehend auszulegen, dass der Beschluss insgesamt angefochten war und sich die materiellen Einwände allein auf die Höhe der Umlage bezog. Dies gebietet der anerkannte Grundsatz, wonach **Prozesshandlungen** in einem **vernünftigen** und wohlverstandenen **Sinn auszulegen** sind, da die Klage andererseits von Anfang an aussichtslos wäre. Dem steht auch nicht die Bestimmung des § 308 Abs. 1 ZPO entgegen, da die Auslegung gerade der Erforschung des wirklichen Willens dient.

ff)

In einem weiteren Verfahren war über die **Klagebefugnis eines Bucheigentümers** zu befinden, der Anfechtungsklage erhoben hatte. Der Senat hat die Klage als unzulässig abgewiesen.⁸⁵

Nach § 46 Abs. 1 WEG kann eine Anfechtungsklage nur von dem **wahren Wohnungseigentümer** erhoben werden, weshalb eine reine Buchberechtigung nicht ausreicht. Der auf §§ 891 ff. BGB beruhende öffentliche Glaube des Grundbuchs hilft deshalb nicht weiter, weil ein Bucheigentümer weder nach § 16 Abs. 2 WEG für die Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums aufkommen muss noch Mitwirkungsrechte besitzt. Das Stimm- und Anfecht-

⁸⁴ Urteil vom 19. Oktober 2012 – [V ZR 233/11](#) – Grundeigentum 2013, 63 ff. = MDR 2013, 83 = ZMR 2013, 212 f.

⁸⁵ Urteil vom 20. Juli 2012 – [V ZR 241/11](#) – MDR 2012, 1151 f. = NJW 2012, 3232 ff. = NZM 2012, 768 ff.

tungsrecht muss aber mit der Verpflichtung zur Kosten- und Lastentragung korrespondieren.

Der Kläger hatte das Wohnungseigentum war auch nicht wirksam erworben, weil die nach der Teilungserklärung erforderliche Zustimmung des Verwalters fehlte. Zum Verwalter waren mehrere Personen bestellt worden, weshalb die Bestellung nichtig war. Die Veräußerung war auch nicht durch eine nachträgliche Zustimmung wirksam geworden, weil die übrigen Wohnungseigentümer diese verweigert hatten. Diesbezüglich ist es auch ohne Bedeutung, ob die Zustimmung zu Recht verweigert wurde. Das Fehlen eines wichtigen Grundes für die Verweigerung führte nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses und ist aufgrund dessen Bestandskraft daher bindend.

gg)

Die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage, die lediglich gegen die **Mitglieder einer Untergemeinschaft** gerichtet war, hat der Senat in einer weiteren Entscheidung ebenfalls verneint.⁸⁶

Auch im Falle einer Untergemeinschaft ist die Klage nach § 46 Abs. 1 WEG gegen **alle anderen Wohnungseigentümer** zu richten, da diese **notwendige Streitgenossen** (§ 62 ZPO) sind. Im Streitfall kam auch keine Aufhebung und Zurückverweisung an das Landgericht in Betracht, um dem Kläger die Beseitigung des Zulässigkeitsmangels zu ermöglichen. Eine entsprechende Verfahrensgestaltung ist nur veranlasst, wenn die Klage auch in der Sache Aussicht auf Erfolg hat. Daran fehlte es hier.

d)

Im Berichtszeitraum waren erneut auch Rechtsprobleme zu lösen, die sich im Rahmen von **Zwangsversteigerungs-** bzw. **Zwangsverwaltungsverfahren** stellten.

⁸⁶ Urteil vom 20. Juli 2012 – [V ZR 231/11](#) – NJW-RR 2012, 1291 f. = NZM 2012, 766 f. = WuM 2012, 575 f.

aa)

Einmal mehr ging es um die **Einstellung** der **Zwangsversteigerung** aufgrund von **Suizidgefahr**. Der Senat hat den angefochtenen Zuschlagsbeschluss aufgehoben, da mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung die Anwendung des § 765a ZPO nicht abgelehnt werden kann.⁸⁷

Das Beschwerdegericht hatte zwar nicht verkannt, dass selbst eine erst durch den Zuschlagsbeschluss verstärkte Selbsttötungsabsicht eine Einstellung des Verfahrens gebieten kann und deshalb – wie geboten – ein fachärztliches Gutachten eingeholt. Dessen Annahme, eine Schutzbedürftigkeit der Schuldnerin fehle, weil sie „ihre Krankheit hinnehme“, war jedoch mit der **Ausstrahlungswirkung des Art. 2 Abs. 2 GG** nicht zu vereinbaren. Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit sind nicht davon abhängig, auf welchen **Ursachen die Therapieunwilligkeit** des Schuldners beruht, zumal im Streitfall eine krankheitsbedingte Passivität nicht ausgeschlossen werden kann. Der generalisierende Hinweis auf die Interessen der Gläubiger lies zudem die erforderliche Einzelfallbeurteilung vermissen, wie auch die Verhältnismäßigkeit der Mittel nicht geprüft wurde.

bb)

In einem weiteren Rechtsbeschwerdeverfahren war die grundlegende Frage zu klären, unter welchen Voraussetzungen eine **Genossenschaft als Rechtsnachfolger** die Zwangsvollstreckung betreiben darf. Die die Zwangsversteigerung betreibende Beteiligte war durch die Verschmelzung zweier Volksbanken entstanden und die Vollstreckungsklausel in den notariellen Grundschuldbestellungsurkunden auf sie umgeschrieben sowie diese den Schuldnern zugestellt worden. Nicht zugestellt wurde dagegen ein **aktueller Auszug** aus dem **Genossenschaftsregister**. Der Senat hat die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung verneint.⁸⁸

⁸⁷ Beschluss vom 06. Dezember 2012 – [V ZB 80/12](#) – NJW-RR 2013, 628 f.
= NZM 2013, 162 f.

⁸⁸ Beschluss vom 08. November 2012 – [V ZB 124/12](#) = BGHZ 195, 292 ff. = MDR 2013, 173 = NZG 2013, 33 f. = WM 2013, 43 ff.

Die Zustellung nach § 750 Abs. 2 ZPO soll dem **Schuldner die Überprüfung** ermöglichen, ob nach Maßgabe des § 750 Abs. 1 ZPO die **Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung** erfüllt sind. Aus dem Inhalt der Vollstreckungsklausel ergab sich vorliegend jedoch nicht, ob dem beurkundenden Notar die Rechtsnachfolge offenkundig war oder diese durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wurde. Damit hat es auch der Zustellung eines beglaubigten Auszugs aus dem Genossenschaftsregister bedurft, um den Schuldner über die Grundlagen sowie die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu unterrichten.

Karlsruhe, 26. August 2013



(Dr. Siegfried Mennemeyer)