

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**10-12/12**

**12. Jahrgang**

**Beilage 66a zu Heft 66**

**Okt./Nov./Dez. 2012**

**Erscheinungsort Bonn**



## **GuT-W**

Gewerbemiete und Teileigentum – Wohnraum professionell

Beilage zu Gewerbemiete und Teileigentum (GuT)

Heft 1 · Dezember 2012

GuT-W 2012, S. 1–46

Prewest

# Inhalt

## Beiträge

Ulrich von Schoenebeck,  
**Mietrechtsänderungsgesetz 2013 – Teil 1 –**

## Mietrecht

Wohnraummiete; fortbestehendes Mietverhältnis bei Umzug in eine Ersatzwohnung des Vermieters wegen Modernisierung der Mietwohnung; Novation; Mieterhöhung (BGH)

Wohnraummiete; Mangel; Verkehrslärmbelastung aufgrund von Straßenbaumaßnahmen in Innenstadtlage; Mietminderung; sog. Umweltfehler; Beschaffenheitsvereinbarung (BGH)

Wohnraummiete; (Folge)Schaden des Vermieters infolge Verletzung der Mängelanzeigespflicht; Darlegungslast und Beweislast (BGH)

Wohnraummiete; Zahlungsverzug nach Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen; fristlose Kündigung ohne gesonderte Zahlungsklage (BGH)

Wohnraummiete; Duldung vermietenseitiger Modernisierungsmaßnahme; allgemein üblicher Wohnungszustand nach Modernisierung; Härtefallprüfung hinsichtlich zu erwartender Mieterhöhung unter Zugrundelegung des gegenwärtigen Wohnungszustands; Duldung der Maßnahme zur Energieeinsparung; Prüfung persönlicher Härten (BGH)

Wohnraummiete; nicht erteilte Betriebskostenabrechnungen bei Beendigung des Mietverhältnisses; Rückforderungen der Betriebskostenvorauszahlungen (BGH)

Wohnraummiete; Betriebskosten; Abrechnung nach fiktiven Kosten eines Drittunternehmens (BGH)

Wohnraummiete; Mieterhöhung; Darlegungs- und Beweislast für qualifizierten Mietspiegel; Mietspiegel Berlin 2009 (BGH)

Wohnraummiete; Zahlungsverzug; ordentliche Kündigung wegen nicht unerheblicher Pflichtverletzung; Mietrückstand aus erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen (BGH)

Wohnraummiete; Kündigung; berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietvertrags; Nutzung der Mietwohnung ausschließlich zu beruflichen Zwecken; im Haus wohnender Vermieter; Interessenabwägung nach der Sozialklausel (BGH)

Vermietung der Wohnung des im Pflegeheim lebenden Wohnungsberechtigten; Bereicherungsanspruch gegen den vermietenden Gebäudeeigentümer; Abgrenzung Wohnungsrecht von Nießbrauch (BGH)

### Verfahren

– Betreuungssache; Anhörung bzw. Begutachtung des Betroffenen gegen seinen Willen in seiner Wohnung (BGH)

– Wohnraummiete; Revision gegen für vorläufig vollstreckbar erklärtes Räumungsurteil; einstweilige Einstellung der Räumungszwangsvollstreckung (BGH)

## Wohnungseigentum

Wohnungseigentumsanlage; Kostenlast der Instandsetzung und Instandhaltung von Balkonen; Regelung in der Teilungserklärung (BGH) 28

Einräumen des Sondernutzungsrechts durch teilenden Eigentümer bei Verkauf von Wohnungseigentumseinheiten; Verwendung und Zuteilung von Außenstellplätzen, Terrassenflächen und Gartenflächen (BGH) 29

Wohnungseigentum; Schwammsanierung; Kreditaufnahme; Beschlusskompetenzen; Durchführung bestandskräftig beschlossener Maßnahme (BGH) 31

Wohnungseigentumsanlage; Fällen von Bäumen aufgrund bestandskräftigen Beschlusses der Wohnungseigentümer; Schadensersatzbegehren eines Wohnungseigentümers; fehlerhafte Revisionszulassung durch ein Berufungsgericht oder Beschwerdegericht (BGH) 33

Wohnungseigentümergeinschaft; Jahresabrechnung (BGH) 34

### Verfahren

– Wohnungseigentumssache; Schwammsanierung; Beschränkung der Anfechtungsklage; Reduzierung der Sonderumlage; Teilanfechtung des Umlagebeschlusses (BGH) 34

– Wohnungseigentümerbeschluss; Anfechtungsklage; Zulassung der Berufung; Streitwert; Beschwer; Rechtsbeschwerde (BGH) 36

Kurzfassungen / Leitsätze Wohnungseigentum etc. 36

## Weitere Rechtsprechung

Einkommensteuer des Wohnraummieters; Steuerermäßigung; Aufwendungen für Handwerkerleistungen; Mietzins-Zahlung von Pauschalen für Schönheitsreparaturen; Handwerkerleistungen in Wohnungseigentümergeinschaften (BFH) 37

Zwangsvollstreckung; Pfändung; Anspruch auf Lohnzahlung; Erteilung der Lohnabrechnung als mitgepfändetes Nebenrecht; Prüfungsumfang des Vollstreckungsgerichts (BGH) 38

Zwangsvollstreckung; Pfändbarkeit laufender Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach SGB II; ALG II; Arbeitslosengeld II; Pfändungsfreigrenzen; Sozialhilfe; Wohngeld; Forderung aus unerlaubter Handlung (BGH) 39

Prospekthaftung für außerbörslich gehandelte Wertpapiere; Inhaberschuldverschreibungen einer mittlerweile insolventen Aktiengesellschaft; Wohnungsbau Leipzig-West AG, WBL; unerfahrene Anleger (BGH Leits. u. a.) 42

## Magazin

Privatisierung von Wohnimmobilien in den Neuen Bundesländern 43

**Impressum** 46

Ulrich von Schoenebeck M.A., Bonn

Redaktion Gewerbemiete und Teileigentum – Wohnraum professionell

## Mietrechtsänderungsgesetz 2013

– Teil 1 –

Die ersten dicken Fachbücher mit Kommentaren und Anmerkungen zu dem neuen, verabschiedeten Gesetz, das als ‚Mietrechtsänderungsgesetz 2013‘ griffig benannt werden könnte, sind bereits angekündigt, stehen im Terminplan und sind bereits so gut wie gedruckt.

Mit „Gewerbemiete und Teileigentum – Wohnraum professionell“, kurz: GuT-W, begleiten wir die Entwicklung, die das neue Gesetz nehmen wird, seine Auswirkungen auf die verfolgten Zwecke und angestrebten Ziele, lesen die Spuren, die es hinterlassen wird.

Wir beginnen heute Dank des späten Redaktionsschlusses dieser Erstaussgabe der GuT-W mit der Dokumentation einiger Stimmen, die sich zur Verabschiedung des Gesetzes im Bundesrat am 1. Februar 2013 Gehör verschaffen konnten.

**Bundesministerium der Justiz  
Pressemitteilung vom 1. 2. 2013**

### Mietrechtsänderungsgesetz passiert den Bundesrat

Zu dem heute vom Bundesrat verabschiedeten Mietrechtsänderungsgesetz erklärt Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger:

Der Weg ist frei für Verbesserungen für Vermieter und Mieter, die durch das Mietrechtsänderungsgesetz geschaffen werden. Die Neuregelungen im Mietrecht schaffen Anreize für den Vermieter zur energetischen Sanierung, sie entlasten Mieter bei den Energiekosten, stärken die Position des Mieters bei der Umwandlung von Miete in Eigentum und schaffen Abhilfe gegen das sogenannte Mietnomadentum.

Forderungen nach massiven Eingriffen in das Mietpreisrecht haben im Bundesrat zu Recht keine Mehrheit gefunden. Private Vermieter stellen mehr als 60 Prozent der angebotenen Mietwohnungen zur Verfügung. Sie sind damit die größte Anbietergruppe auf dem deutschen Wohnungsmarkt. Damit es auch in Zukunft Anreize für private Vermieter gibt, in neue Mietwohnungen zu investieren, muss ausufernden Reglementierungen der Mietpreise ein Riegel vorgeschoben werden.

Die energetische Wohnraumsanierung ist ein zentrales Element der Energiewende und eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Vierzig Prozent des Energieverbrauchs in Deutschland entfallen auf Gebäude, ein erheblicher Teil auf Mietwohnungen. Die Neuregelungen verteilen die Lasten einer energetischen Modernisierung ausgewogen auf Vermieter und Mieter. Nach einer energetischen Modernisierung, z. B. der Dämmung der Gebäudehülle, profitieren die Mieter insbesondere von geringeren Nebenkosten und höherem Wohnkomfort. Um Anreize für die hierfür erforderlichen Investitionen gerade bei der Vielzahl kleiner Privatvermieter zu schaffen, kann der möglicherweise wegen der Baumaßnahmen bestehende Mietminderungsanspruch bei energetischen Sanierungen künftig erst nach drei Monaten geltend gemacht werden. Der Vermieter kann wie bisher jährlich maximal 11 Prozent der Kosten für die Modernisierungen auf die Miete umlegen.

Auf eine gesetzliche Grundlage wird auch das Contracting gestellt. In Zukunft kann der Vermieter die Beheizung von der Eigenversorgung auf eine gewerbliche Wärmelieferung umstellen, wenn dies für den Mieter kostenneutral ist und ein Effizienzgewinn erzielt wird. Bleibt das Contracting für den Mieter kostenfrei, können die Wärmelieferkosten als Betriebskosten umgelegt werden. Einzelheiten werden in einer Verordnung geregelt, die die Bundesregierung gesondert erlassen wird.

Gerade für private Kleinvermieter ist das neue Instrumentarium gegen „Mietnomaden“ wichtig, denn sie sind am stärksten von Mietbetrügern betroffen. Die Gerichte müssen künftig Räumungssachen vorrangig bearbeiten. Der Mieter kann außerdem vom Gericht verpflichtet werden, eine Sicherheit für die Nutzungsentgelte zu stellen, die während langwieriger Räumungsprozesse auflaufen. Befolgt er diese Anordnung nicht, kann die Wohnung im Eilverfahren geräumt werden. Außerdem kann künftig nach dem Modell der „Berliner Räumung“ der Gerichtsvollzieher beauftragt werden, lediglich den gekündigten Mieter aus dem Besitz der Wohnung zu setzen, ohne gleichzeitig die Einrichtung der Wohnung wegschaffen und einlagern zu müssen. Das „Berliner Modell“ spart Zeit und Geld.

Im Interesse der Mieter werden außerdem Schutzlücken bei der Umwandlung von Wohnraum in Eigentumswohnungen geschlossen. Die Umgehung des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung in Eigentumswohnungen nach dem „Münchener Modell“ wird künftig verhindert.

**Zum Hintergrund**

Der Entwurf betrifft folgende Regelungskomplexe: Die energetische Modernisierung von Wohnraum, die Förderung des Contracting, die Bekämpfung des Mietnomadentums und den Kündigungsschutz bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen. Zudem werden die Länder ermächtigt, den Anstieg von Bestandsmieten auf lokalen Teilmärkten mit knappem Angebot abzdämpfen.

### Im Einzelnen

**1. Energetische Modernisierung**

Das Mietrecht muss dafür sorgen, dass Nutzen und Lasten einer energetischen Modernisierung ausgewogen zwischen Vermieter und Mieter verteilt werden.

– Die Vorschriften über die Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen (bisher: § 554 BGB) werden reformiert. Größeres Gewicht erhält der neu geschaffene Tatbestand der „energetischen Modernisierung“. Er umfasst

Maßnahmen, die zur Einsparung von Endenergie in Bezug auf die Mietsache beitragen, etwa die Dämmung der Gebäudehülle oder den Einsatz von Solartechnik für die Warmwasserbereitung. Das schafft Rechtssicherheit für den investitionswilligen Vermieter. Rein klimaschützende Maßnahmen oder Maßnahmen wie die Installation einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach, deren Strom der Vermieter in das öffentliche Stromnetz einspeist, muss der Mieter zwar dulden. Sie berechtigen aber nicht zur Mieterhöhung.

- Energetische Modernisierungen sollen für eine begrenzte Zeit von drei Monaten nicht mehr zu einer Mietminderung (§ 536 BGB) führen. Ist etwa eine Dämmung der Außenfassade mit Baulärm verbunden, ist für die Dauer von drei Monaten die Mietminderung wegen dieser Beeinträchtigung ausgeschlossen. Ab dem vierten Monat kann eine Mietminderung wie bisher geltend gemacht werden, sofern die Baumaßnahme bis dahin nicht abgeschlossen und die Nutzung der Wohnung weiter beeinträchtigt ist. Der vorübergehende Minderungsausschluss gilt nur für energetische Modernisierungen. Bei anderen Modernisierungen (z. B. Modernisierung eines Bades) bleibt es beim unbeschränkten Minderungsrecht. Unberührt bleibt natürlich auch das Recht des Mieters zur Mietminderung, wenn die Wohnung wegen der Baumaßnahmen nicht mehr benutzbar ist.
- Das geltende Recht, dass die Kosten von Modernisierungsmaßnahmen mit jährlich maximal elf Prozent auf die Miete umgelegt werden können, wird nicht verändert (§ 559 BGB). Die Umlagemöglichkeit wird auch für die energetische Modernisierung nicht erhöht. Kosten für Erhaltungsaufwendungen, die mit Modernisierungen verbunden sind, berechtigen nicht zur Mieterhöhung. Dieser Abzugsposten wird im Mieterinteresse künftig ausdrücklich geregelt; diese Klarstellung fehlte im Gesetz bislang.
- Bisher konnte sich der Beginn von Modernisierungsmaßnahmen verzögern, wenn der Mieter vorträgt, dass die gesetzlich vorgesehene Umlage von Modernisierungskosten eine für ihn unzumutbare wirtschaftliche Härte sei. Diese Härtefallprüfung wird in das spätere Mieterhöhungsverfahren verlagert, damit die Modernisierung zunächst ohne Verzögerungen realisiert werden kann. Berufte sich also ein Mieter darauf, dass er nach seinem Einkommen eine spätere Modernisierungsumlage wirtschaftlich nicht verkraften kann, so kann der Vermieter die geplante Maßnahme dennoch durchführen, darf die Miete jedoch nicht erhöhen, sofern sein Einwand berechtigt ist. Das schafft Planungssicherheit in der Bauphase. Der Härteeinwand ist künftig schriftlich und fristgebunden vorzubringen; der Vermieter soll den Mieter in der Ankündigung aber auf Form und Frist hinweisen. Der Härtegrund der fehlenden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird im Mieterhöhungsverfahren nach Abschluss der Maßnahmen geprüft, auch der Abwägungsmaßstab wird nicht verschärft. Der Mieter behält also seinen umfassenden Schutz vor Mieterhöhungen, die er finanziell nicht tragen kann. Er muss also, wenn der Härtegrund gegeben ist, trotz zu duldender Modernisierung später eine mögliche erhöhte Miete nicht zahlen.
- Die formalen Anforderungen an die Begründungspflichten des Vermieters bei Modernisierungen werden gesenkt, um überzogene Anforderungen zu vermeiden. Der Vermieter kann sich etwa auf anerkannte Pauschalwerte berufen, um die Wärmeleitfähigkeit alter Fenster zu beschreiben, die ausgetauscht werden sollen. Die Rechtsprechung verlangt hier bisher teilweise kostspielige Sachverständigengutachten.
- In den Vorschriften über die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 BGB) wird gesetzlich klargestellt, dass die energetische Ausstattung und Beschaffenheit bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu berücksichtigen sind. Energetische Kriterien sollen so künftig auch verstärkt in Mietspiegeln abgebildet werden.

## II. Contracting

Mit der Umstellung auf Contracting (gewerbliche Wärme- lieferung durch ein spezialisiertes Unternehmen) kann Energie gespart oder effizienter genutzt werden. Vermieter, die bisher in Eigenregie für die Wärmeversorgung ihrer Häuser gesorgt haben, können einen Beitrag zu Klimaschutz und Ressourcenschonung leisten, wenn sie einen gewerblichen Wärmelieferanten beauftragen, der in der Regel in eine neue, sparsamere Heizungsanlage investiert. Die Umlage der Contractingkosten auf den Mieter anstelle der bisherigen Heizkosten, und damit ein Umstellungsanspruch des Vermieters, wird gesetzlich geregelt. Wenn Vermieter von der Wärmeversorgung in Eigenregie auf Wärmelieferung durch einen gewerblichen Anbieter umstellen, können sie die Kosten dieser Wärmelieferung künftig unter folgenden Voraussetzungen als Betriebskosten auf den Mieter umlegen: In der Regel muss der Contractor eine neue Anlage errichten oder die Wärme aus einem Wärmenetz liefern, z. B. als Fernwärme oder aus einem Blockheizkraftwerk. Bei Bestandsanlagen, die noch effizient weiter betrieben werden können, kann er sich auch auf die verbesserte Betriebsführung beschränken. In jedem Fall muss die Umstellung für den Mieter kostenneutral sein. Außerdem muss die Umstellung rechtzeitig zuvor angekündigt werden, damit der betroffene Mieter prüfen kann, ob die Voraussetzungen für eine spätere Umlage der Wärmelieferkosten als Betriebskosten tatsächlich vorliegen.

## III. Wirkungsvolles Vorgehen gegen das sogenannte Mietnomadentum

Gegen das sogenannte Mietnomadentum kann durch neue Verfahrensregeln verbessert vorgegangen werden:

- Räumungssachen sind künftig vorrangig von den Gerichten zu bearbeiten: Denn der Vermieter oder Verpächter kann auch bei wirksamer Kündigung des Vertrags seine Leistung – nämlich die Besitzüberlassung – nicht eigenmächtig zurückhalten. Hier ist eine besonders schnelle Durchführung des Verfahrens erforderlich, um nach Möglichkeit zu vermeiden, dass sich die Klagforderung monatlich um das auflaufende Nutzungsentgelt erhöht, falls der Mieter oder Pächter nicht zahlt. Deshalb sind Räumungsprozesse schneller als andere Zivilprozesse durchzuführen: Sie sind vorrangig zu terminieren; die Fristen zur Stellungnahme für die Parteien sind auf das unbedingt Notwendige zu reduzieren.
- Mit einer neuen Sicherungsanordnung kann der Mieter in Verfahren wegen Geldforderungen vom Gericht verpflichtet werden, für das während eines Gerichtsverfahrens Monat für Monat auflaufende Nutzungsentgelt eine Sicherheit (z. B. Bürgschaft, Hinterlegung von Geld) zu leisten. Damit soll verhindert werden, dass der Vermieter durch das Gerichtsverfahren einen wirtschaftlichen Schaden erleidet, weil der Mieter am Ende des Prozesses nicht mehr in der Lage ist, die während des Prozesses aufgelaufenen Mietschulden zu bezahlen. Befolgt der Mieter bei einer Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs eine vom Gericht erlassene Sicherungsanordnung nicht, kann der Vermieter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes schneller als bislang ein Räumungsurteil erwirken.
- Die in der Praxis entwickelte „Berliner Räumung“ erleichtert die Vollstreckung von Räumungsurteilen. Sie wird auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Hat ein Vermieter vor Gericht ein Räumungsurteil erstritten, soll der Gerichtsvollzieher die Wohnung räumen können, ohne gleichzeitig die – oft kostenaufwendige – Wegschaffung und Einlagerung der Gegenstände in der Wohnung durchzuführen. Die Räumung kann also darauf beschränkt werden, den Schuldner aus dem Besitz der Wohnung zu setzen. Auf diese Weise fällt kein Kostenvorschuss für Abtransport und Einlagerung der in der Wohnung verbleibenden Gegenstände an. Die Haftung des Vermieters für die vom Schuldner zurückgelassenen Gegenstände wird auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt.
- Wenn der Gerichtsvollzieher an der Wohnungstür klingelt, um ein Räumungsurteil zu vollstrecken, öffnet manchmal ein

Unbekannter die Tür und behauptet, Untermieter zu sein. Da der Vermieter von der Untermiete nichts wusste, kann die Wohnung zunächst nicht geräumt werden, weil das Räumungsurteil nur gegen die Personen wirkt, die im Urteil benannt sind. Ein neuer Anspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren gibt dem Vermieter die Möglichkeit, in dieser Situation schnell einen weiteren Räumungstitel auch gegen den unberechtigten Untermieter zu bekommen.

#### IV. Unterbindung des „Münchener Modells“ bei der Umwandlung von Mietshäusern in Eigentumswohnungen

Der bewährte Mieterschutz bei der Umwandlung von Mietshäusern darf nicht durch das sogenannte Münchener Modell umgangen werden. § 577a BGB sieht derzeit einen Schutz vor Eigenbedarfskündigungen für drei Jahre vor, wenn Mietshäuser in Wohneigentum umgewandelt und die Wohnungen sodann veräußert werden. Die Landesregierungen können diese Frist für gefährdete Gebiete (Ballungsräume) bis auf zehn Jahre verlängern. Das „Münchener Modell“ ist dadurch geprägt, dass eine Personengesellschaft (z. B. eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts) ein Mietshaus von vornherein mit dem Ziel erwirbt, ihren Mitgliedern die Nutzung der Wohnungen zu ermöglichen und die Wohnungen in Eigentumswohnungen umzuwandeln. Noch vor der Umwandlung kündigt die Gesellschaft einem oder mehreren Mietern wegen Eigenbedarfs einzelner Gesellschafter. Auf diese Weise wird der in § 577a BGB verankerte Schutz vor Eigenbedarfskündigungen nach Umwandlung in Wohneigentum umgangen. Diese Schutzlücke wird jetzt geschlossen.

#### V. Absenkung der Kappungsgrenze für Erhöhungen von Bestandsmieten bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete

Darüber hinaus wird in § 558 Absatz 3 BGB eine Regelung eingefügt, wonach die Bundesländer für Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten per Rechtsverordnung die Kappungsgrenze für Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete von 20 Prozent auf 15 Prozent absenken und so flexibel auf Mietsteigerungen besonders in Ballungsräumen reagieren können.

#### Inkrafttreten

Nach der heute erfolgten Verabschiedung des Gesetzes im Bundesrat muss es nun noch ausgefertigt und verkündet werden. Die Änderungen werden voraussichtlich – je nach Verkündungstermin im Bundesgesetzblatt – Anfang April oder Anfang Mai 2013 in Kraft treten. Die Regelung zum Contracting werden zwei Monate danach wirksam. Die Gesetzesmaterialien sind über die Bundestag-Drucksachen 17/10485 (Regierungsentwurf) und 17/11894 (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses) verfügbar.

### bethge | immobilienanwälte, Hannover

#### Die wichtigsten Änderungen

Aus Sicht der in Hannover beheimateten bethge | immobilienanwälte, die gemeinsam mit dem Immobilienverband Deutschland IVD Gesetzentwürfe erarbeitet und formuliert und in die Diskussionen eingebracht hatten (Gesetzentwurf zur Beseitigung mietrechtlicher Hemmnisse beim Klimaschutz [http://bethgeundpartner.de/fileadmin/bethge-data/Aktuell/Eckpunktepapier\\_IVD\\_0\\_.pdf](http://bethgeundpartner.de/fileadmin/bethge-data/Aktuell/Eckpunktepapier_IVD_0_.pdf) und Gesetzentwurf zur beschleunigten Räumung von Mietwohnungen [http://bethgeundpartner.de/fileadmin/bethge-data/Aktuell/Gesetzesvorschlag\\_IVD.pdf](http://bethgeundpartner.de/fileadmin/bethge-data/Aktuell/Gesetzesvorschlag_IVD.pdf)) stellen sich die wichtigsten Änderungen des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 folgendermaßen dar:

#### Mieterhöhung

Die Mieterhöhungsmöglichkeit nach § 558 BGB auf das ortsübliche Niveau bleibt. Allerdings nur um 20 % innerhalb von 3 Jahren. Bundesländer sollen im Wege der Rechtsverordnung für Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten bestimmen dürfen, dass die Kappungsgrenze bei der Anpassung an die ortsübliche Vergleichsmiete 15 Prozent beträgt.

Die energetische Ausstattung und Beschaffenheit ist bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu berücksichtigen.

#### Modernisierung

Erhaltungsaufwendungen, die mit der Modernisierung verbunden sind, berechtigen den Vermieter nicht zur Mieterhöhung, was jetzt erstmals gesetzlich geregelt ist.

Der Tatbestand der „energetischen Modernisierung“ wird neu in das Gesetz eingeführt.

Energetische Modernisierungen sollen für eine begrenzte Zeit von drei Monaten nicht mehr zu einer Mietminderung (§ 536 BGB) führen.

In der Modernisierungsankündigung soll künftig der Hinweis enthalten sein, dass der Mieter gegen die Modernisierungsarbeiten Härtegründe vorbringen kann. Der Härtegrund wird aber erst im späteren Mieterhöhungsverfahren berücksichtigt.

Die formalen Anforderungen an die Begründungspflichten des Vermieters bei Modernisierungen werden gesenkt.

#### Kündigung

Bei Verzug mit der Kautions kann der Vermieter fristlos kündigen, wenn der Mieter auch mit 2 Monatsmieten in Verzug ist.

#### Contracting

Die Umlage der Contractingkosten auf den Mieter anstelle der bisherigen Heizkosten, und damit ein Umstellungsanspruch des Vermieters, ist jetzt gesetzlich geregelt.

#### Mietnomadentum

Räumungssachen sind künftig vorrangig von den Gerichten zu bearbeiten.

Durch Sicherungsanordnung kann der Mieter in Verfahren wegen Geldforderungen vom Gericht verpflichtet werden, für das während eines Gerichtsverfahrens Monat für Monat auflaufende Nutzungsentgelt eine Sicherheit zu leisten.

Die „Berliner Räumung“ wird auf eine gesetzliche Grundlage gestellt.

Im einstweiligen Verfügungsverfahren kann der Vermieter schnell einen weiteren Räumungstitel auch gegen den unberechtigten Untermieter bekommen.

Der Mieterschutz bei der Umwandlung von Mietshäusern darf nicht durch das sogenannte Münchener Modell umgangen werden.

### DMB Deutscher Mieterbund e.V., Berlin Pressemeldung vom 1. 2. 2013

#### Mietrechtsänderungsgesetz beschlossen – Bundesrat stoppt Verschlechterungen nicht Keine Mehrheit für Begrenzung der Wiedervermietungsflächen oder andere Verbesserungen

„Das ist ein schlechter Tag für Mieter. Der Bundesrat hat das Mietrechtsänderungsgesetz nicht gestoppt. Er hat den Vermittlungsausschuss nicht angerufen und die Änderungsvorschläge des eigenen Rechtsausschusses nicht beschlossen. Damit werden jetzt endgültig zahlreiche Mietrechtsverschlechterungen Gesetz. Mögliche Verbesserungen dagegen, wie zum Beispiel die Begrenzung der Neuvertragsmieten, sind bis auf weiteres vom Tisch“, kommentierte der Präsident des Deutschen Mieterbundes (DMB), Dr. Franz-Georg Rips, den Schlusspunkt unter eine mehr als drei Jahre kontrovers geführte Auseinandersetzung über das Mietrecht. „Statt die tatsächlich existierenden Probleme am Wohnungsmarkt anzupacken, beispielsweise drastisch steigende Mieten bei Wiedervermietungen oder nach energetischen Modernisierungen, werden durch das Mietrechtsänderungsgesetz Mieterrechte abgebaut und gestrichen. Enttäuschend, dass sich die CDU-geführten Länder und damit auch die großen Koalitionen nicht gegen Mietrechtsver-

schlechterungen und weitere Mietpreissteigerungen gestemmt haben, dass Länder wie Bayern eigenen starken Worten keine Taten haben folgen lassen.“

Das nach Vorgaben der Bundesregierung vom Deutschen Bundestag mit den Stimmen von CDU/CSU und FDP im Dezember beschlossene Mietrechtsänderungsgesetz wird in Kraft treten. Die Empfehlungen des Rechtsausschusses des Bundesrates, den Vermittlungsausschuss anzurufen, bzw. zahlreiche Änderungsvorschläge werden nicht beraten. Hierfür wären 35 Länderstimmen im Bundesrat notwendig gewesen. Die SPD- bzw. Grüne-geführten Landesregierungen kommen aber nur auf 30 Stimmen.

Mit dem Mietrechtsänderungsgesetz wird unter anderem das Mietminderungsrecht bei energetischen Baumaßnahmen für drei Monate abgeschafft. Die zu erwartende Mieterhöhung kann nicht mehr vor Beginn der Modernisierungsarbeiten als Härtegrund eingewandt werden. Ein neuer Kündigungstatbestand wird eingeführt, wenn der Mieter die Mietkaution nicht zahlt. Und Wohnungsräumungen aufgrund einer einstweiligen Verfügung werden zulässig.

Rips: „Diese Mietrechtsänderungen sind absolut überflüssig. Mieterrechte werden abgebaut, ohne dass es hierfür eine nachvollziehbare Begründung gibt. Die Bundesregierung bzw. CDU/CSU und FDP brechen mit langjährigen und bewährten mietrechtlichen Grundsätzen. Statt sich den tatsächlich existierenden Problemen auf dem Wohnungsmarkt zu widmen, streichen sie Mieterrechte zusammen.“

Mit der jetzt auch beschlossenen Senkung der Kappungsgrenze von 20 auf 15 Prozent innerhalb von drei Jahren in von den Ländern ausgewiesenen Gebieten mit erhöhtem Wohnungsbedarf wird nach Ansicht des Deutschen Mieterbundes dem Problem der drastisch steigenden Mieten in Großstädten, Ballungsgebieten und Universitätsstädten nicht wirksam begegnet. „Die Kappungsgrenze gilt nur in bestehenden Mietverhältnissen und betrifft Fälle, in denen die aktuelle Miete deutlich unter der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt“, erklärte der Mieterbund-Präsident. „Wir brauchen vor allem eine Begrenzung der Wiedervermietungsrenten. Nach einem Mieterwechsel müssen Mieter, die einen neuen Mietvertrag abschließen, häufig 20, 30 oder sogar 40 Prozent mehr zahlen als ihre Nachbarn im gleichen Haus. Das ist unerträglich, hier besteht Handlungsbedarf“, erklärte Rips.

Die Diskussion um die Begrenzung der Wiedervermietungsrenten und eine Reihe von weiteren Mietrechtsverbesserungen scheiterte jetzt daran, dass eine Mehrheit der Länderstimmen nicht für das Vermittlungsverfahren und damit nicht für die entsprechenden Änderungsanträge votierte.

---

**Zentralverband der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer e.V., Haus & Grund, Berlin  
Pressemitteilung vom 1. 2. 2013**

**Mietrechtsreform passiert Bundesrat  
Wohnungspolitische Vernunft setzt sich durch**

„Nach dem heutigen Votum des Bundesrates können die notwendigen Mietrechtsänderungen nun endlich bald in Kraft treten. Damit hat sich doch noch die wohnungspolitische Vernunft durchgesetzt“, kommentierte Haus & Grund-Präsident Rolf Kornemann heute in Berlin die Entscheidung der Länderkammer. Er begrüßte, dass die rot-grün regierten Ländern mit ihren Änderungsvorschlägen letztlich gescheitert seien.

Die von SPD und Bündnis90/Die Grünen regierten Länder wollten über den Bundesrat erreichen, dass sich die jährliche Miete nach Modernisierungen nicht mehr um elf, sondern nur noch um neun Prozent der Modernisierungskosten erhöhen darf. Zudem wollten sie die Mietpreissteigerungen im Zuge von Neuvermietungen auf zehn Prozent der ortsüblichen Vergleichsmiete begrenzen. Schließlich hatten sie vorgeschlagen, den neuen dreimonatigen Ausschluss der Mietminderung bei energetischen

Modernisierungen aus dem Mietrechtsänderungsgesetz wieder zu streichen. Kornemann: „Das wären samt und sonders Instrumente, die Investitionen in den Wohnungsmarkt, insbesondere auch in die energetische Modernisierung der Wohngebäude, verhindern. Die von der SPD und den Grünen beklagte angespannte Wohnungsmarktlage in einigen Großstadtquartieren verschärfte sich damit weiter. Den Mietern hätte Rot-Grün mit solchen Vorschlägen einen Bärendienst erwiesen.“

---

**BFW Bundesverband Freier Wohnungsunternehmen,  
Berlin  
Pressemitteilung vom 1. 2. 2013**

**Bundesrat stimmt Mietrechtsänderungsgesetz zu  
BID: ein wichtiger Baustein zur Energiewende**

Heute beriet der Bundesrat über den Entwurf zum Mietrechtsänderungsgesetz, den der Bundestag im Dezember 2012 beschlossen hatte. Er stimmte dem Gesetzentwurf zu. Damit kann die Mietrechtsänderung in Kraft treten. Die BID begrüßt dies ausdrücklich, ist doch eine Anpassung des Mietrechts an die Herausforderungen bei der energetischen Gebäudesanierung ein unerlässlicher Baustein für die Umsetzung der Energiewende.

„Das Mietrechtsänderungsgesetz geht in die richtige Richtung. Die Energiewende kann nur gelingen, wenn die Vereinbarkeit von Klimaschutz und Mietrecht gesetzlich neu geregelt werden. Die Entscheidung des Bundesrates schafft endlich die notwendigen klaren gesetzlichen Bestimmungen, die einen interessengerechten Ausgleich zwischen den aktuellen gesellschaftlichen Herausforderungen sowie dem Vertragsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter schaffen,“ erklärte Walter Rasch, Vorsitzender der Bundesarbeitsgemeinschaft Immobilienwirtschaft Deutschland (BID) und Präsident des Bundesverband Freier Immobilien und Wohnungsunternehmen (BFW).

Insbesondere die Duldungspflicht von energetischen Modernisierungsmaßnahmen durch Mieter, der dreimonatige Minderungs Ausschluss während der Modernisierungsmaßnahme sowie die vereinfachte Durchsetzung von Mieterhöhungen nach energetischer Sanierung trügen dazu bei, dass die Modernisierungskosten in moderatem Verhältnis von Mietern und Vermietern gleichermaßen getragen würden.

Als einen großen Erfolg werte die BID, dass der Vorschlag, den Anstieg der Neuvertragsmieten auf maximal 10 Prozent über der ortsüblichen Vergleichsmiete zu begrenzen, mit der vom Bundesrat getroffenen Entscheidung nunmehr vom Tisch sei. Dies wäre auch für Mieter enorm nachteilig, da notwendige Investitionen in den Neubau und in den Bestand nicht mehr hätten geleistet werden können.

Als bedenklich wertet die BID die nunmehr eingeführte Senkung der Kappungsgrenze auf 15 Prozent innerhalb von drei Jahren in Ballungsregionen. „Niedrigere Kappungsgrenzen werden zur Folge haben, dass Vermieter weniger im Bestand investieren, was letztlich auch zum Nachteil der Mieter ist. Die bisherige Kappungsgrenze in Höhe von 20 Prozent in drei Jahren ist angemessen. Zudem gibt es Regelungen, die bereits heute richtigerweise darauf abzielen, unverhältnismäßig hohe Mieten zu vermeiden. Wollen wir die Bewältigung des Klimawandels in der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft langfristig auf sichere Füße stellen, brauchen wir ein Mietrecht, das die Wirtschaftlichkeit nicht außer Acht lässt“, fordert Rasch.

Die BID Bundesarbeitsgemeinschaft Immobilienwirtschaft Deutschland ist ein Zusammenschluss aus den Verbänden BFW, BVI, DDIV, GdW, IVD, vdp, VGF und ZIA. Mit der BID sind die wichtigsten Verbände der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft unter ein Dach getreten, um mit gebündelten Kräften gemeinsame inhaltliche Positionen effektiver in der Öffentlichkeit zu vertreten. Mit der BID steht der Politik und anderen Wirtschaftszweigen sowie weiteren Verbänden ein unterstützender und durchsetzungsfähiger immobilienwirtschaftlicher Partner zur Seite.

# Mietrecht

## §§ 535, 558 BGB

**Wohnraummiete; fortbestehendes Mietverhältnis bei Umzug in eine Ersatzwohnung des Vermieters wegen Modernisierung der Mietwohnung; Novation; Mieterhöhung**

**Vereinbaren Vermieter und Mieter die Räumung der Wohnung und den vorübergehenden Bezug einer Ersatzwohnung, damit die gemietete Wohnung modernisiert und verändert werden kann, und dass der Mieter im Anschluss eine bestimmte andere Wohnung des Vermieters beziehen wird, wird im Einzelfall ein fortbestehendes Mietverhältnis angenommen werden können (Festhaltung an Beschluss vom 22. 6. 2010 – VIII ZR 192/09 – WuM 2010, 565).**

**Begehrt der Vermieter für die Überlassung der Ersatzwohnung eine höhere Miete, ist er für die darinliegende ihm günstige Behauptung, dass die Parteien einen neuen Mietvertrag geschlossen hätten, darlegungs- und beweispflichtig.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Teilversäumnis- und Schlussurteil vom 21. 11. 2012 – VIII ZR 50/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin begehrt von den Beklagten die Zahlung von Miete und Betriebskosten. Die Beklagten waren seit dem Jahr 1991 Mieter einer Wohnung in M., F. Straße 40. Die Monatsmiete betrug 180,53 € (= 1,58 € pro Quadratmeter) nebst 97,50 € Nebenkostenvorauszahlung (= 0,85 € pro Quadratmeter). Nachdem die Voreigentümerin das Haus an die h GmbH & Co. KG (im Folgenden: Rechtsvorgängerin der Klägerin) veräußert hatte, kündigte diese den Beklagten im Jahre 2006 umfassende Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen an. Im Rahmen dieser Maßnahmen sollte der Zuschnitt der Wohnungen des Hauses F. Straße 40 grundlegend verändert und die Wohnung der Beklagten nahezu halbiert werden.

2 Am 15. November 2006 führte der damalige Bevollmächtigte der Beklagten ein Telefongespräch mit dem Geschäftsführer der Rechtsvorgängerin der Klägerin, dem Zeugen Dr. H. Darin bat letzterer um den Auszug der Beklagten, damit die Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt werden könnten. Er bot den Beklagten als Ausweichquartier eine ebenfalls der Rechtsvorgängerin der Klägerin gehörende – deutlich kleinere – Wohnung in der H. Straße in M. an. Der weitere Inhalt dieses Gesprächs und weiterer unter Beteiligung der Beklagten und des Zeugen Dr. H. geführter Gespräche ist streitig.

3 Am 13. Dezember 2006 zogen die Beklagten in die Wohnung in der H. Straße. Nach dem Erwerb dieser Wohnung forderte die Klägerin die Beklagten mehrfach auf, einen schriftlichen Mietvertrag für die Wohnung in der H. Straße mit einer Grundmiete von 442,80 € (= 5,60 € pro Quadratmeter) und einer Betriebskostenvorauszahlung von 158,14 € zu unterschreiben, was die Beklagten jedoch ablehnten.

4 Im Jahre 2008 erhoben die Beklagten gegen die Rechtsvorgängerin der Klägerin Klage auf Ersatz der ihnen infolge des Umzugs entstandenen Aufwendungen. Diese Klage hatte in zweiter Instanz vor dem auch mit dem vorliegenden Rechtsstreit befassten Berufungsgericht im Wesentlichen Erfolg. Das Berufungsgericht [LG Magdeburg] war in seinem Urteil vom 8. Juli 2009 (2 S 91/09) zu der Beurteilung gelangt, das Mietverhältnis sei durch den Auszug der Beklagten aus ihrer ursprünglichen Wohnung nicht beendet worden. Vielmehr sei der Mietvertrag im Rahmen der oben erwähnten, vom Landgericht damals als unstreitig angesehenen Vereinbarung mit dem Geschäftsführer der Rechtsvorgängerin der Klägerin dahingehend modifiziert worden, dass sich der Mietgebrauch künftig vorläufig an der Wohnung in der H. Straße und ab Herbst 2007 dau-

erhaft an einer ebenfalls der Rechtsvorgängerin der Klägerin gehörenden Wohnung in der G. Straße fortsetzen solle. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Rechtsvorgängerin der Klägerin ist nach einem Hinweisbeschluss des erkennenden Senats gemäß § 552a ZPO (Senatsbeschluss vom 22. Juni 2010 – VIII ZR 192/09, WuM 2010, 565) zurückgenommen worden.

5 Für die Wohnung in der H. Straße zahlten die Beklagten ab ihrem Einzug bis einschließlich April 2008 unter Zugrundelegung des für ihre alte Wohnung vertraglich geschuldeten Quadratmeterpreises insgesamt 1999,04 € auf die Grundmiete und 1549,78 € auf die Betriebskosten. Ende des Jahres 2008 zogen die Beklagten aus der Wohnung aus.

6 Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin für den Zeitraum von März 2007 bis April 2008 die Zahlung der Differenz zwischen der von den Beklagten gezahlten Miete und einer – die ortsübliche Miete nicht überschreitenden – monatlichen Grundmiete von 5,40 € pro Quadratmeter sowie die Zahlung des Betriebskostensaldos aus den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 und 2008 geltend. Insgesamt begehrt sie die Zahlung von 5170,28 € nebst Zinsen.

7 Das Amtsgericht Magdeburg hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht [LG Magdeburg] zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

8 **Aus den Gründen:** Die Revision hat teilweise Erfolg. Über das Rechtsmittel ist, soweit die Revision Erfolg hat, antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis der Klägerin, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.).

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Mit dem Amtsgericht sei davon auszugehen, dass von den Parteien ein neuer Mietvertrag über die Wohnung in der H. Straße geschlossen worden sei. Zwar gebe es keinen schriftlichen Mietvertrag, weil die Beklagten sich geweigert hätten, einen solchen zu unterzeichnen. Es sei jedoch konkludent ein Vertrag dadurch geschlossen worden, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin den Beklagten die Wohnung überlassen habe und diese in die Wohnung eingezogen seien. Soweit die Beklagten behauptet hätten, der ursprünglich bestehende Mietvertrag habe hinsichtlich der Quadratmetermiete weiterhin Geltung haben sollen, sei das Amtsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagten für diese ihnen günstige Behauptung die Darlegungs- und Beweislast trügen. Ziehe jemand aus seiner Wohnung aus und in eine andere Wohnung ein, so spreche zunächst einmal nichts dafür, dass der ursprüngliche Mietvertrag über eine gänzlich andere Wohnung mit einer anderen Größe in einem anderen Haus für die neue Wohnung Geltung behalten solle. Ob eine Änderungsvereinbarung oder eine Novation vorliege, sei im Wege der Auslegung zu ermitteln, wobei die Umstände des Einzelfalls Berücksichtigung finden müssten. Hier seien zunächst die Umstände des Auszugs der Beklagten aus der Wohnung in der F. Straße 40 zu beachten. In Anbetracht der unstreitigen Tatsachen, dass das Haus seit Jahren überwiegend leer gestanden habe und umfangreiche Sanierungs- und Modernisierungsarbeiten hätten durchgeführt werden sollen, denen sich die Beklagten selbst innerhalb ihrer Wohnung gemäß § 554 BGB nicht vollständig hätten widersetzen können, sei es nicht ausgeschlossen, dass sie lieber ausgezogen und einen neuen Mietvertrag für eine andere Wohnung eingegangen seien, als auf der Baustelle zu bleiben. Dies gelte umso mehr, als nach den ge-

planten Sanierungen voraussichtlich mit einer nicht unerheblichen Mieterhöhung zu rechnen und die Vorteile eines Verbleibs in der alten Wohnung daher gering bis überhaupt nicht vorhanden gewesen seien.

11 Die Behauptung der Beklagten, die Wohnung in der H. Straße habe nur eine Übergangslösung sein sollen, sei vor dem Hintergrund, dass sie bis zu ihrem Auszug und Umzug in ein anderes Bundesland in der Wohnung geblieben seien, obwohl ihnen nach ihrer eigenen Behauptung ein Umzug in die G. Straße für Herbst 2007 zugesagt worden und die Wohnung in der H. Straße für sie viel zu klein gewesen sei, nicht plausibel.

12 Die von den Beklagten behauptete Vereinbarung, wonach der Mietvertrag der Wohnung in der F. Straße für die Wohnung in der H. Straße weiter gelten sollen, hätten sie nicht beweisen können.

13 Das im Vorprozess ergangene Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 8. Juli 2009 führe zu keiner anderen Beurteilung. Soweit dort ausgeführt werde, der ursprüngliche Mietvertrag habe seine Fortsetzung gefunden, sei diese Feststellung eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses nicht in Rechtskraft erwachsen.

14 Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte sei davon auszugehen, dass ein neuer Mietvertrag über die Wohnung in der H. Straße geschlossen worden sei. Mangels der Vereinbarung eines Mietzinses sei die ortsübliche Miete geschuldet.

15 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin für die Zeit nach dem Umzug der Beklagten in das Ausweichquartier keine höhere Miete zu, weil das Mietverhältnis der Parteien unter Auswechslung des Mietobjekts für die neue Wohnung fortgesetzt worden und nicht zu beanstanden ist, dass die Beklagten die Miete (nur) auf der Grundlage der bisherigen Quadratmetermiete weiterzahlten. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteien hätten konkludent einen neuen Mietvertrag (Novation) geschlossen, aufgrund dessen die Beklagten mangels Vereinbarung eines konkreten Betrages die ortsübliche Vergleichsmiete zu zahlen hätten, beruht auf einer Verkennung der Darlegungs- und Beweislast. Auch ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung der Umstände des Streitfalls nicht frei von Rechtsfehlern.

16 1. Allerdings ist das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision mit Recht davon ausgegangen, dass der von ihm getroffenen Feststellung des (konkludenten) Abschlusses eines neuen Mietvertrags nicht die materielle Rechtskraftwirkung des im Vorprozess ergangenen Urteils des Landgerichts Magdeburg entgegensteht.

17 In Rechtskraft erwächst gemäß § 322 Abs. 1 ZPO nur die im Urteil ausgesprochene Rechtsfolge, nicht hingegen die Feststellung zugrunde liegender präjudizieller Rechtsverhältnisse und sonstiger Vorfragen, aus denen der Richter den Schluss auf das Bestehen oder Nichtbestehen der von der Klagepartei beanspruchten Rechtsfolge zieht (st. Rspr.; siehe etwa Senatsurteile vom 8. Februar 1965 – VIII ZR 121/63, BGHZ 43, 144, 145; vom 16. November 2005 – VIII ZR 218/04, NJW-RR 2006, 229 [= WuM 2005, 786 und 2006, 102 = ZMR 2006, 192] Rn. 23; BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 – III ZR 107/10, WM 2011, 1524 Rn. 38; jeweils mwN; Musielak/Musielak, ZPO, 9. Aufl., § 322 Rn. 17; Zöllner/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., vor § 322 Rn. 34 und 36). Für den im Vorprozess zuerkannten Aufwendungsersatzanspruch der Beklagten stellte die Frage der Änderung oder Novation des Mietvertrags nur eine Vorfrage dar, deren Beurteilung für die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachte Miet- und Betriebskostenforderung der Klägerin keine Rechtskraftwirkung entfaltet.

18 2. Im Ausgangspunkt ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass bei der Beurteilung, ob im Zusammenhang mit dem Auszug der Beklagten aus ihrer ursprünglichen Wohnung und dem Einzug in die Wohnung in der H. Straße lediglich eine Vertragsänderung in Gestalt eines Austauschs des Mietobjekts oder der Abschluss eines neuen Miet-

vertrags erfolgt ist, durch Auslegung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln ist, was die Parteien gewollt haben.

19 Hierbei hat das Berufungsgericht jedoch die vom Bundesgerichtshof entwickelten, in dem im Vorverfahren ergangenen Hinweisbeschluss des Senats vom 22. Juni 2010 (VIII ZR 192/09, aaO Rn. 12) aufgezeigten Maßstäbe zur Abgrenzung zwischen einer Vertragsänderung und einer Schuldumschaffung (Novation) nicht berücksichtigt und insbesondere verkannt, dass die Klägerin, die eine höhere Miete begehrt, für die ihr günstige Behauptung, dass die Parteien anlässlich des Umzugs der Beklagten nicht nur einen Austausch des Mietobjekts vereinbart, sondern darüber hinaus einen neuen Mietvertrag geschlossen haben, nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast trägt.

20 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Abgrenzung zwischen einer Vertragsänderung – die auch die Hauptleistungspflichten, zum Beispiel in Form eines Austauschs des Mietobjekts betreffen kann (BGH, Urteil vom 26. Februar 1992 – XII ZR 129/90, NJW 1992, 2283 [= WuM 1992, 316 = ZMR 1992, 292] unter II 3; Senatsbeschluss vom 22. Juni 2010 – VIII ZR 192/09, aaO; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Auflage, § 311 Rn. 3) – und einer Novation durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien im Einzelfall gewollt haben (Senatsbeschluss vom 22. Juni 2010 – VIII ZR 192/09, aaO; BGH, Urteile vom 5. Oktober 2010 – VI ZR 159/09, BGHZ 187, 156 Rn. 21; vom 26. Oktober 2010 – XI ZR 367/07, NJW-RR 2011, 403 Rn. 28; jeweils mwN). Diese Auslegung obliegt zwar grundsätzlich dem Tatrichter und kann deshalb in der Revisionsinstanz nur beschränkt überprüft werden (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2010 – XI ZR 367/07, aaO). Bei der Auslegung ist jedoch die anerkannte Auslegungsregel zu beachten, dass bei der Feststellung des Willens der Parteien, das alte Schuldverhältnis aufzuheben und durch ein neu begründetes Rechtsverhältnis zu ersetzen, große Vorsicht geboten ist und von einer Novation nur ausnahmsweise ausgegangen werden darf, sofern die Parteien einen solchen Willen unzweifelhaft zum Ausdruck bringen (BGH, Urteile vom 14. November 1985 – III ZR 80/84, NJW 1986, 1490, unter I 3 a; vom 26. Oktober 2010 – XI ZR 367/07, aaO; vom 5. Oktober 2010 – VI ZR 159/09, aaO; Senatsbeschluss vom 22. Juni 2010 – VIII ZR 192/09, aaO; jeweils mwN). Im Zweifel ist daher nur von einer Vertragsänderung auszugehen (BGH, Urteile vom 14. November 1985 – III ZR 80/84, aaO; vom 26. Oktober 2010 – XI ZR 367/07, aaO; Senatsbeschluss vom 22. Juni 2010 – VIII ZR 192/09, aaO; jeweils mwN; Palandt/Grüneberg, aaO, Rn. 8).

21 b) Das Berufungsgericht hat daher zu Unrecht angenommen, dass die Beklagten den Fortbestand des bisherigen Mietvertrags darzulegen und zu beweisen hatten. Im Gegenteil traf die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Parteien mit dem Umzug der Beklagten einen neuen, vom bisherigen Mietverhältnis unabhängigen Mietvertrag schließen wollten und deshalb anzunehmen war, dass der Wille der Parteien – mangels Bezifferung der im neuen Mietverhältnis zu zahlenden Miete – dahin ging, dass die Beklagten nunmehr die für die neue Wohnung ortsübliche Miete zu zahlen hatten (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 1994 – X ZR 30/93, NJW 1995, 49 unter I b bb b1; Zöllner/Greger, aaO, vor § 284 Rn. 19; jeweils zur Vertragsänderung).

22 c) Umstände, die auf einen derartigen Willen beider Parteien zum Abschluss eines neuen Mietvertrags schließen ließen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

23 aa) Die Einschätzung, es sei mit Rücksicht auf den langfristigen Leerstand und die beabsichtigten umfangreichen Sanierungsarbeiten nicht ausgeschlossen, dass die Beklagten es vorgezogen hätten, einen neuen Mietvertrag abzuschließen, statt auf einer Baustelle zu wohnen, erlaubt keinen Rückschluss auf eine tatsächlich vereinbarte Novation.

24 bb) Auch soweit das Berufungsgericht meint, bei einem Auszug des Mieters aus seiner Wohnung und dem Einzug in ei-



ne andere Wohnung spreche zunächst einmal nichts dafür, dass der ursprüngliche Mietvertrag für die neue Wohnung Geltung behalten solle, lässt sich hieraus im Streitfall nichts für die Annahme einer Novation herleiten. Denn das Berufungsgericht hat insoweit nicht berücksichtigt, dass die Beklagten in eine Ersatzwohnung desselben Vermieters umgezogen sind.

25 cc) Zudem lag der Auszug der Beklagten, wie den Feststellungen zu entnehmen ist, vorrangig im Interesse der Rechtsvorgängerin der Klägerin, die anderenfalls die beabsichtigte umfassende Modernisierung jedenfalls nicht zeitnah hätte durchführen können. Deshalb liegt die Annahme fern, die Beklagten seien bereit gewesen, zur freiwilligen Ermöglichung dieser Modernisierung nicht nur in eine erheblich kleinere Ersatzwohnung umzuziehen, sondern hierfür auch noch einen neuen Mietvertrag abzuschließen und eine deutlich höhere Miete zu zahlen.

26 3. Soweit das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung des Betriebskostensaldos für die Abrechnungszeiträume 2007 und 2008 in Höhe von 1285,63 € nebst Zinsen bejaht hat, greift die Revisionsbegründung das Berufungsurteil nicht an. Hinsichtlich dieses abgrenzbaren Streitgegenstands ist die Revision daher unzulässig.

27 III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts, soweit der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung einer höheren Miete zugesprochen worden ist, keinen Bestand haben; es ist daher insoweit und im Kostenpunkt aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es keiner weiteren Feststellungen bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da der Klägerin – auch durch die Aussage des Geschäftsführers ihrer Rechtsvorgängerin, der sich keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Vereinbarung einer höheren Miete entnehmen lassen – der ihr obliegende Beweis einer Novation nicht gelungen ist, steht ihr der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer höheren Miete nicht zu. Auf die Berufung der Beklagten ist daher das Urteil des Amtsgericht insoweit abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit die Beklagten zur Zahlung von mehr als 1285,63 € nebst Zinsen verurteilt worden sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Ann. d. Red.:** Vgl. LG Köln WuM 1995, 155: Schadensersatzanspruch des Mieters wegen Nichterfüllung bei Umsetzung für die Dauer der Wohnungs- und Gebäudesanierung.

### §§ 535, 536 BGB

**Wohnraummiete; Mangel; Verkehrslärmbelastung aufgrund von Straßenbaumaßnahmen in Innenstadtlage; Mietminderung; sog. Umweltfehler; Beschaffenheitsvereinbarung**

**a) Zu den Voraussetzungen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf die Mietsache (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. September 2009 – VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 [= WuM 2009, 659]).**

**b) Fehlt es an einer Beschaffenheitsvereinbarung, bestimmt sich der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand der Mietsache nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben.**

**c) Eine vorübergehende erhöhte Verkehrslärmbelastung aufgrund von Straßenbauarbeiten stellt unabhängig von ihrer zeitlichen Dauer jedenfalls dann, wenn sie sich innerhalb der in Innenstadtlagen üblichen Grenzen hält, keinen zur Minderung berechtigenden Mangel der vermieteten Wohnung dar.**

(BGH, Urteil vom 19. 12. 2012 – VIII ZR 152/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind seit dem Jahr 2004 Mieter einer Wohnung der Klägerin in Berlin. Das Mietshaus befindet sich in der S., die zu Mietbeginn keine unmittelbare Verbindung mit der davor liegenden P. S. hatte. Von Juni 2009

bis November 2010 wurde der stadteinwärts fahrende Verkehr, den bis dahin die P. S. aufgenommen hatte, über die S. geleitet, die zu diesem Zweck als Einbahnstraße und mit einem direkten Zugang zur P. S. ausgestattet wurde. Der Grund für die geänderte Verkehrsführung lag in (vorübergehenden) umfangreichen Straßenbauarbeiten auf der gesamten Länge der P. S. Die Beklagten minderten wegen der gestiegenen Lärmbelastung die Miete ab Oktober 2009.

2 Mit ihrer Klage nimmt die Klägerin die Beklagten auf Zahlung rückständiger Miete von Oktober 2009 bis November 2010 in Höhe von insgesamt 1386,19 € nebst Zinsen in Anspruch. Das Amtsgericht Berlin-Pankow/Weißensee hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Berlin das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und die Verurteilung der Beklagten – unter Klageabweisung im Übrigen – auf 553,22 € nebst Zinsen ermäßigt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

4 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

5 Die von den Beklagten zu zahlende Miete sei ab 1. Dezember 2009 gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB um 10% gemindert, weil die Lärmbelastung durch die umgeleiteten Verkehrsströme erheblich über dem bei Vertragsschluss stillschweigend vereinbarten Zustand liege. Für die Monate Oktober und November 2009 stehe den Beklagten dagegen kein Recht auf Minderung zu.

6 Zwar sei es anerkannt, dass Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs durch Baulärm, auch von Straßenbaustellen, zu einer Mietminderung führen könnten. Die Kammer halte es jedoch in Anlehnung an vorangegangene Instanzrechtsprechung (AG Fürth, WuM 2007, 317; AG Frankfurt/Oder, ZMR 2003, 268) für angemessen, mittelbare Beeinträchtigungen durch hoheitliche Straßenbaumaßnahmen – wie hier die erhöhte Lärmbelastung aufgrund der temporären Umleitung von Verkehrsströmen – grundsätzlich als das allgemeine Lebensrisiko eines jeden Bürgers einzuordnen, dessen Folgen ihn nicht zur Minderung der Miete berechtigten. Dies finde jedoch dort seine Grenze, wo die Beeinträchtigungen den zeitlichen Umfang dessen überschritten, womit ein Mieter als allgemeines Lebensrisiko rechnen müsse. Diese Grenze sei bei straßenbaubedingten Lärmbelastungen nach Ablauf von sechs Monaten ab Beginn der erhöhten Lärmbelastung zu ziehen.

7 II. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Den Beklagten steht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinsichtlich des gesamten streitgegenständlichen Zeitraums kein Recht auf Minderung der vereinbarten Miete zu.

8 1. Gemäß § 536 Abs. 1 BGB ist die vereinbarte Miete kraft Gesetzes gemindert, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder (erheblich) mindert, oder ein solcher Mangel während der Mietzeit entsteht. Ein derartiger Mangel ist dann gegeben, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Der vertraglich geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien (Senatsurteile vom 23. September 2009 – VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 [= WuM 2009, 659] Rn. 11; vom 17. Juni 2009 – VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2442 [= WuM 2009, 457 = ZMR 2009, 836] Rn. 9; vom 6. Oktober 2004 – VIII ZR 355/03, NJW 2005, 218 [= WuM 2004, 715 = ZMR 2005, 108] unter II 1), die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können (Senatsurteil vom 23. September 2009 – VIII ZR 300/08, aaO Rn. 14; Senatsbeschluss vom 2. November 2006 – VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774 [= NZM 2006, 11] Rn. 2). Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung können dabei auch Umstände sein, die von außen auf die

Mietsache unmittelbar einwirken (sog. Umweltfehler; vgl. zu diesem Begriff: MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 536 Rn. 14 f.; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 3. Aufl., § 536 Rn. 29a; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 536 Rn. 26 ff.; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 536 Rn. 8 ff.), wie etwa Immissionen, denen die Mietsache ausgesetzt ist (vgl. Senatsurteil vom 23. September 2009 – VIII ZR 300/08, aaO Rn. 12 ff.; BGH, Urteil vom 21. September 2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, 899 [= GuT 2006, 19] Rn. 19). Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt (vgl. Senatsurteil vom 23. September 2009 – VIII ZR 300/08, aaO; BGH, Urteil vom 10. Mai 2006 – XII ZR 23/04, NZM 2006, 582 [= GuT 2006, 327] Rn. 10).

9 2. Ausgehend von diesen rechtlichen Vorgaben begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts, die gegenüber dem Zustand bei Vertragsschluss in der Wohnung vernehmbare erhöhte Lärmbelastung stelle jedenfalls ab dem siebten Monat seit dem Entstehen der erhöhten Lärmwerte einen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache dar, durchgreifenden Bedenken.

10 a) Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die vom Berufungsgericht nicht näher begründete Annahme, die Parteien hätten bei Abschluss des Mietvertrages hinsichtlich zukünftiger, von Dritten verursachter Lärmbelästigungen den zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Zustand für die gesamte Dauer des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Mietvertrags als unverändert bestehend bleibend „stillschweigend vereinbart“. Auch eine konkludente Vereinbarung setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Für die Annahme einer solchen Willensübereinstimmung bezüglich eines sogenannten Umweltfehlers reicht es jedoch nicht aus, dass der Mieter bei Vertragsschluss einen von außen auf die Mietsache einwirkenden Umstand – wie hier den in der Wohnung zu vernehmenden Straßenlärm – in einer für ihn vorteilhaften Weise wahrnimmt (etwa: „ruhige Lage“) und er sich (möglicherweise auch) wegen dieses Umstands dafür entscheidet, die Wohnung anzumieten. Zur konkludent geschlossenen Beschaffenheitsvereinbarung wird dieser Umstand vielmehr nur, wenn der Vermieter aus dem Verhalten des Mieters nach dem objektiv zu bestimmenden Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) erkennen musste, dass der Mieter die Fortdauer dieses bei Vertragsschluss bestehenden Umstands über die unbestimmte Dauer des Mietverhältnisses hinweg als maßgebliches Kriterium für den vertragsgemäßen Gebrauch der Wohnung ansieht, und der Vermieter dem zustimmt. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Mieters genügt für die Annahme einer diesbezüglichen Willensübereinstimmung selbst dann nicht, wenn sie dem Vermieter bekannt ist. Erforderlich ist jedenfalls, dass der Vermieter darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert (vgl. Senatsurteil vom 23. September 2009 – VIII ZR 300/08, aaO Rn. 14). Die Voraussetzungen, unter denen hiernach eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung angenommen werden kann, ergeben sich weder aus den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen noch aus den sonstigen Umständen.

11 b) Auch die Bestimmung des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) führt nicht dazu, dass in der durch die straßenbaubedingte Umleitung des Verkehrs verursachten erhöhten Lärmbelastung ein Mangel zu sehen wäre, der die Beklagten in dem streitgegenständlichen Zeitraum zur Minderung berechtigt.

12 Nach den tatsächlichen Feststellungen des Amtsgerichts, auf die das Berufungsgericht in seinem Urteil Bezug nimmt, stellen die von den Beklagten vortragenen (gegenüber den Verhältnissen bei Vertragsschluss erhöhten) Lärmwerte, ausgehend von der im Berliner Mietspiegel 2009 aufgestellten Grenze der Verkehrslärmbelastung, keine hohe Belastung dar. Unter

Berücksichtigung dessen, dass sich die vermietete Wohnung in der Berliner Innenstadt befindet, mithin in einer Lage, bei der jederzeit mit Straßenbauarbeiten größeren Umfangs und längerer Dauer zu rechnen ist, haben die Beklagten diese (erhöhte) Lärmbelastung redlicherweise hinzunehmen. Davon ist im Ansatz auch das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Für seine Annahme, die vereinbarte Miete sei ab dem siebten Monat nach Eintreten der erhöhten Lärmbelastung gemindert, ist ein sachlicher Grund nicht erkennbar. Denn eine vorübergehende erhöhte Lärmbelastung stellt unabhängig von ihrer zeitlichen Dauer jedenfalls dann, wenn sie sich – wie hier – innerhalb der in Berliner Innenstadtlagen üblichen Grenzen hält, keinen zur Minderung berechtigenden Mangel dar.

13 III. Nach alledem kann das Berufungsurteil, soweit die Klage abgewiesen worden ist, keinen Bestand haben; es ist daher insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere tatrichterliche Feststellungen nicht zu treffen sind und der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur Wiederherstellung des die Klage im vollen Umfang zusprechenden amtsgerichtlichen Urteils durch Zurückweisung der Berufung.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 536c BGB

#### **Wohnraummierte; (Folge)Schaden des Vermieters infolge Verletzung der Mängelanzeigepflicht; Darlegungslast und Beweislast**

**Im Rahmen eines Schadensersatzanspruches nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für die Verletzung der den Mieter treffenden Anzeigepflicht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85, NJW 1987, 1072 [= WuM 1987, 215]; Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 14. November 2001 – XII ZR 142/99, NJW-RR 2002, 515).**

(BGH, Urteil vom 5. 12. 2012 – VIII ZR 74/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind seit 2003 Mieter einer im Jahr 2001 errichteten Wohnung der Kläger in N.-V. Die vereinbarte Nettomiete beläuft sich auf 625 € monatlich. In der Mietwohnung traten Risse an den Bodenfliesen auf. Dies rügten die Beklagten mit Schreiben vom 9. Juni 2008 und vom 15. September 2008. Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, ob die Beklagten die Fliesenrisse schon zu einem früheren Zeitpunkt beanstandet hatten. Mit Anwaltsschreiben vom 10. Oktober 2008 wiesen die Beklagten erneut auf Schäden an den Bodenfliesen hin und kündigten für den Fall einer ausbleibenden Mängelbeseitigung die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens an. Entsprechend dieser Ankündigung minderten sie ab Oktober 2008 die Kaltmiete um 125 € monatlich (= 20%) und leiteten ein selbständiges Beweisverfahren ein. Das dort erhobene Sachverständigengutachten bestätigte das Vorhandensein von Fliesenrissen und führte deren Auftreten auf einen mangelhaften Einbau des Fliesenbelags zurück.

2 Die Kläger nehmen die Beklagten auf Zahlung der von den Beklagten in den Zeiträumen von Oktober 2008 bis Mai 2009 und von September 2009 bis Juli 2010 (insgesamt 19 Monate) einbehaltenen Minderungsbeträge nebst Zinsen in Anspruch. Aus Versehen haben sie in den Tatsacheninstanzen bei der Hauptforderung allerdings nur den auf 17 Monate entfallenden Restbetrag (= 2125 €) geltend gemacht. Dies haben sie in der Revisionsinstanz korrigiert und die Klage um 250 € auf 2375 € erweitert.

3 Das Amtsgericht Moers hat der Klage – in Höhe des dort geltend gemachten Betrags – stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Kleve das Urteil der Vorinstanz aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr – nun um 250 € erweitertes – Zahlungsbegehren weiter.

#### 4 Aus den Gründen: Die Revision hat keinen Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

6 Ein Anspruch der Kläger auf Zahlung der im streitgegenständlichen Zeitraum einbehaltenen Miete bestehe nicht, weil die Beklagten die Miete gemäß § 536 BGB wirksam um 125 € monatlich gemindert hätten. Die Risse in den Bodenfliesen stellten einen Mangel der Mietsache dar, der – was zwischen den Parteien nicht streitig sei – grundsätzlich zu einer Minderung der Miete in Höhe des eingeklagten Betrags geführt habe.

7 Den Beklagten sei die Berufung auf die eingetretene Minderung auch nicht gemäß § 242 BGB verwehrt. Das Amtsgericht habe zwar zutreffend ausgeführt, dass die Berufung des Mieters auf eine Minderung eine unzulässige Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB darstelle, wenn und soweit dem Vermieter wegen einer verspäteten Mängelanzeige gemäß § 536c BGB ein Schadensersatzanspruch gegen den Mieter zustehe. Denn in diesem Fall verlange der Mieter etwas, was er dem Vermieter sogleich wieder zurückgewähren müsse (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85 [= WuM 1987, 215]). Ein Schadensersatzanspruch der Kläger wegen verspäteter oder unterlassener Mängelanzeige der Beklagten sei jedoch entgegen der Auffassung des Amtsgerichts nicht gegeben.

8 Zwar sei die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche der Kläger gegen die Bauhandwerker mit Ablauf des 31. Dezember 2006 und damit vor den im Jahr 2008 erfolgten schriftlichen Mängelanzeigen abgelaufen gewesen. Das Amtsgericht habe aber zu Unrecht den beklagten Mietern die Beweislast für eine rechtzeitige Mängelanzeige nach § 536c Abs. 2 BGB aufgebürdet. In Rechtsprechung und Literatur sei umstritten, wer die Beweislast für die Mängelanzeige im Rahmen der Ansprüche nach § 536c Abs. 2 BGB trage.

9 Im Schrifttum werde wohl überwiegend dem Mieter die Beweislast für die Erfüllung der Anzeigepflicht auferlegt, zum Teil werde aber auch die Auffassung vertreten, dass der Vermieter die Verletzung der Anzeigepflicht beweisen müsse. Auch in der Rechtsprechung werde diese Frage uneinheitlich beantwortet. In einem Versäumnisurteil vom 14. November 2001 (XII ZR 142/99), das sich mit der Frage befasst habe, ob dem Mieter entsprechend § 545 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB (heute § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB) eine Mietminderung wegen unterbliebener Anzeige einer gravierenden Störung des Mietverhältnisses verwehrt sei, habe der Bundesgerichtshof dem Mieter die Beweislast für die Erfüllung der Anzeigepflicht aufgebürdet. Andererseits habe der Bundesgerichtshof bereits mit Urteil vom 17. Dezember 1986 (VIII ZR 279/85) in einem Fall, in dem sich – vergleichbar der vorliegenden Fallgestaltung – die Frage gestellt habe, ob dem Leasingnehmer gemäß § 242 BGB die Berufung auf die Minderung der Leasingraten wegen eines vom Leasinggeber im Hinblick auf eine unterlassene Mängelanzeige geltend gemachten Schadens verwehrt sei, dem Leasinggeber die Beweislast für die Voraussetzungen des § 545 Abs. 2 BGB aF (heute § 536c Abs. 2 BGB) auferlegt.

10 Nach Auffassung des Berufungsgerichts sei die Frage der Beweislast differenziert zu betrachten, je nachdem, welche der in § 536c Abs. 2 BGB angeordneten Rechtsfolgen betroffen seien. So sei zwar der wohl überwiegenden Auffassung, die die Beweislast für die Durchführung und Rechtzeitigkeit einer Mängelanzeige dem Mieter zuweise, zu folgen, wenn es um Fälle nach § 536 Abs. 2 Satz 2 BGB (gemeint ist § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB), also um die Rechte des Mieters – insbesondere um den Ausschluss der Minderung nach § 536 BGB oder von Schadensersatzansprüchen nach § 536a BGB – gehe. Denn die Regelung des § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB sei Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, wonach die Geltendmachung von über eine Nacherfüllung hinausgehenden Gewährleistungsansprüchen voraussetze, dass dem Vertragspartner Gelegenheit zur

Nacherfüllung gegeben worden sei. Dies rechtfertige es, die Beweislast dem Mieter zuzuweisen, wenn dieser einen Minderungsanspruch geltend mache.

11 Dagegen betreffe § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des Vermieters gegen den Mieter wegen Verletzung der Anzeigepflicht. Nach allgemeinen Grundsätzen trage die Beweislast für die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs derjenige, der diesen Anspruch geltend mache. Dies sei im Rahmen des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB der Vermieter. Es bestünden keine Gründe, von diesem allgemeinen Grundsatz abzuweichen. Ein Bedürfnis hierfür ergebe sich insbesondere nicht aus dem Umstand, dass das Unterlassen der Mängelanzeige eine sogenannte negative Tatsache darstelle. Dies sei kein ungewöhnlicher Vorgang, wie insbesondere die Beweislastverteilung bei der Verletzung von Aufklärungspflichten und daraus abgeleiteten Schadensersatzansprüchen zeige. Schwierigkeiten bei der Beweisführung hinsichtlich negativer Tatsachen könne dadurch begegnet werden, dass der Anspruchsgegner – im Falle des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB also der Mieter – eine sekundäre Darlegungslast trage, wonach er die Handlung, deren Unterlassen vom Anspruchsteller behauptet werde – im Falle des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB also die Erfüllung der Anzeigepflicht –, qualifiziert darzutun müsse. Der Vermieter könne dann das Unterbleiben der Mängelanzeige dadurch nachweisen, dass er dieses Mietervorbringen widerlege.

12 Bei Zugrundelegung dieser Darlegungs- und Beweislastverteilung sei im Streitfall nicht festzustellen, dass die Fliesenschäden von den Beklagten nicht bereits in den Jahren 2005 und 2006 angezeigt worden seien. Die Beklagten hätten – insbesondere im Schriftsatz vom 22. Oktober 2010 – qualifiziert dargelegt, wann und auf welche Weise sie die Mängel in den Jahren 2005 und 2006 angezeigt hätten. Auch wenn sie die behaupteten Anzeigen und die nach ihrer Darstellung erfolgten Besichtigungen durch den Kläger zu 2 nicht auf den Tag genau, sondern nur nach Monaten oder Monatshälften bezeichnet hätten, sei ihr Vorbringen hinreichend konkret, weil angesichts des Zeitablaufs zwischen den Jahren 2005/2006 und den schriftlichen Mängelanzeigen im Jahr 2008 nachvollziehbar sei, dass die Beklagten das genaue Datum der Anzeigen und Besichtigungen nicht mehr angeben könnten.

13 Die Kläger hätten den ihnen obliegenden Nachweis, dass eine rechtzeitige Mängelanzeige unterblieben sei, nicht geführt. Nach der vom Amtsgericht durchgeführten Beweisaufnahme stehe nicht fest, dass in den Jahren 2005 und 2006 keine Mängelanzeigen der Beklagten erfolgt seien. Die Aussagen der gehörten Zeugen seien insoweit unergiebig. Auf den Hinweis des Berufungsgerichts über die von der Auffassung des Amtsgerichts abweichende Beurteilung der Beweislastverteilung hätten die Kläger keine weiteren Umstände dargetan, die auf die Unrichtigkeit des Beklagtenvorbringens schließen ließen. Sie hätten lediglich ihre Vernehmung als Partei beantragt. Die hierfür nach §§ 447, 448 ZPO erforderlichen Voraussetzungen hätten jedoch nicht vorgelegen. Insbesondere sei die Unrichtigkeit der Behauptungen der Beklagten nicht aufgrund der protokollierten Zeugenaussagen im Sinne des § 448 ZPO „anbewiesen“.

14 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand; die Revision ist daher zurückzuweisen. Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Anspruch der Kläger nach § 535 BGB auf Zahlung restlicher Miete in Höhe von 2125 € (nebst Zinsen) mit der Begründung verneint, die vertraglich vereinbarte Miete sei für den in Frage stehenden Zeitraum wegen Mängeln an den Bodenfliesen der angemieteten Wohnung um 125 € monatlich gemindert (§ 536 BGB). Aus den gleichen Gründen steht den Klägern kein Anspruch auf Zahlung des – im Revisionsverfahren im Wege einer Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässigerweise geltend gemachten (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juni 1998 – IX ZR 311/95, NJW 1998, 2969 unter B II 1 mwN) – weiteren Betrags in Höhe von 250 € (nebst Zinsen) zu.

15 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die bauseitigen Mängel an den Fußbodenfliesen eine Minderung in Höhe der von den Beklagten einbehaltenen Beträge rechtfertigen (§ 536 BGB). Dies zieht auch die Revision nicht in Zweifel. Die Mietminderung ist auch nicht im Hinblick auf § 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB ausgeschlossen, denn die Beklagten haben die aufgetretenen Fliesenrisse unstrittig spätestens mit Schreiben vom 9. Juni 2008 und vom 15. September 2008 und damit vor Geltendmachung der Minderung angezeigt.

16 2. Frei von Rechtsfehlern ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, den Beklagten sei die Berufung auf die eingetretene Mietminderung nicht wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) verwehrt.

17 a) Zwar ist ein Mieter nach höchstrichterlicher Rechtsprechung im Hinblick auf das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert, sich auf eine eingetretene Mietminderung zu berufen, wenn und soweit dem Vermieter ein Schadensersatzanspruch gemäß § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB wegen Verletzung der den Mieter treffenden Pflicht zur (rechtzeitigen) Anzeige von Mängeln der Mietsache (§ 536c Abs. 1 BGB) zusteht (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85, NJW 1987, 1072 [= WuM 1987, 215] unter III 1 <zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung in § 545 Abs. 2 BGB aF>). In diesem Fall kann sich ein Mieter auf eine kraft Gesetzes eingetretene Mietminderung nicht berufen, weil es – nach einem allgemein gebilligten Rechtsgrundsatz – einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) darstellt, wenn ein Gläubiger etwas fordert, was er sofort wieder zurück zu gewähren hat (Senatsurteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85, aaO).

18 b) Ein Schadensersatzanspruch der Kläger nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB scheidet jedoch daran, dass sie den Beklagten keine Verletzung der Anzeigepflicht nachweisen konnten. Sie haben die Behauptung der Beklagten nicht widerlegt, diese hätten die aufgetretenen Mängel bereits in den Jahren 2005 und 2006 – also rechtzeitig vor Ablauf der werkvertraglichen Gewährleistungsfrist – angezeigt. Dies geht zu ihren Lasten. Denn im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB tragen – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – die Kläger als Vermieter die Beweislast für das Unterbleiben einer (rechtzeitigen) Mängelanzeige. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

19 aa) Welche Partei die Erfüllung oder Verletzung der in § 536c Abs. 1 BGB dem Mieter auferlegten Anzeigepflicht zu beweisen hat, wird von der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt.

20 (1) Der Senat hat sich bereits in einer dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbaren Fallgestaltung mit der Frage befasst, welche Partei die (primäre) Darlegungslast und die Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 545 Abs. 2 BGB aF (heute § 536c Abs. 2 BGB), also sowohl für den Ausschluss der dort aufgeführten Mieterrechte als auch für einen Schadensersatz des Vermieters, zu tragen hat (Senatsurteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85, aaO unter III 2 b). Dabei hat er ohne Einschränkung den Vermieter/Leasinggeber für verpflichtet gehalten, (sämtliche) Voraussetzungen des § 545 Abs. 2 BGB aF (heute § 536c Abs. 2 BGB) darzulegen und nachzuweisen. Dies hat er aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 545 Abs. 2 BGB aF (heute § 536c Abs. 2 BGB) abgeleitet, der ein an sich bestehendes Minderungsrecht des Mieters voraussetzt und dem Vermieter einen dagegen gerichteten Einwand aufgrund nachträglich eingetretener Umstände gewährt (Senatsurteil vom 17. Dezember 1986 – VIII ZR 279/85, aaO).

21 Anders als die Revision meint, hat der Senat damit auch ausgesprochen, dass der Vermieter/Leasinggeber im Rahmen beider Varianten des § 545 Abs. 2 BGB aF (heute § 536c Abs. 2 BGB) die primäre Darlegungslast und die Beweislast für die Nichterfüllung der Anzeigepflicht trägt. Die vom Senat beantwortete Beweislastfrage ist allerdings nicht entscheidungser-

heblich geworden, weil schon – im Rahmen des § 545 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB aF – eine durch die verspätete Mängelanzeige verursachte Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung und – im Rahmen des § 545 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB aF – der Umfang des durch die Anzeigepflichtverletzung eingetretenen Schadens nicht hinreichend dargelegt worden waren. Dies ändert aber nichts daran, dass der Senat auch grundlegende Aussagen zur Beweislastverteilung bei § 545 Abs. 2 BGB aF (heute § 536c Abs. 2 BGB) getroffen hat.

22 (2) Demgegenüber hat der für das Gewerberaummietrecht zuständige XII. Zivilsenat in seiner Entscheidung vom 14. November 2001 (XII ZR 142/99, NJW-RR 2002, 515 unter II 2) im Zusammenhang mit der Erörterung eines möglichen Ausschlusses der Gewährleistungsrechte des Mieters entsprechend § 545 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB aF ausgeführt, der Mieter trage die Beweislast dafür, dass er seiner Anzeigepflicht nachgekommen sei. Auf welche Erwägungen diese Erkenntnis gestützt wird, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Dieses geht nicht auf die gegenteilige Auffassung im Senatsurteil vom 17. Dezember 1986 (VIII ZR 279/85, aaO) ein, sondern verweist nur auf den Meinungsstand im Schrifttum.

23 (3) Die hierdurch eingetretene Rechtsunsicherheit hat zu einer uneinheitlichen Betrachtungsweise in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum geführt.

24 Während das Oberlandesgericht Brandenburg – dem Urteil des XII. Zivilsenats vom 14. November 2001 (XII ZR 142/99, aaO) folgend – dem Mieter im Rahmen des Ausschlussstatbestands des § 536c Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BGB die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung seiner Anzeigepflicht aufbürdet (Urteil vom 14. November 2007 – 3 U 27/07, juris Rn. 22), hält das Oberlandesgericht Düsseldorf im Einklang mit der Senatsentscheidung vom 17. Dezember 1986 (VIII ZR 279/85, aaO) bei beiden Tatbeständen des § 545 Abs. 2 BGB aF (heute § 536c Abs. 2 BGB) den Vermieter für sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen, also auch für die Verletzung der Anzeigepflicht, für darlegungs- und beweisbelastet (ZMR 2003, 21, 22).

25 Auch im Schrifttum wird die Frage der Beweislastverteilung unterschiedlich beurteilt. Im Hinblick auf die – nur den Ausschlussstatbestand des § 545 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB aF betreffende – Entscheidung des XII. Zivilsenats (vom 14. November 2001 – XII ZR 142/99, aaO) hat sich überwiegend die – häufig nicht näher begründete – Auffassung durchgesetzt, dass der Mieter auch beim Schadensersatzanspruch nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB die Beweislast für die Erfüllung seiner Anzeigepflicht trage (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 10. Aufl., § 536c BGB Rn. 41; Klein-Blenkers in Dauner-Lieb/Langen, BGB, 2. Aufl., § 536c Rn. 7; Nies in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast – Bürgerliches Gesetzbuch – Schuldrecht Besonderer Teil I, 3. Aufl., § 536c Rn. 1; Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl., § 536c BGB Rn. 32; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 536c Rn. 11; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 656; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 536c Rn. 15; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 536c Rn. 9; Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 3. Aufl., § 536c Rn. 15; Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rn. III. A 978; Jauernig/Teichmann, BGB, 14. Aufl., § 536c Rn. 4; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 536c Rn. 9; Feldhahn in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 536c Rn. 4; diff. MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 536c Rn. 14). Soweit für diese Rechtsansicht eine Begründung gegeben wird, wird sie entweder auf die Erwägung, es gälten dieselben Grundsätze wie beim Zugang von Willenserklärungen (Blank/Börstinghaus, aaO Rn. 12) oder darauf gestützt, der Mieter habe als Schuldner der Anzeigepflicht deren Erfüllung darzulegen und zu beweisen (Wolf/Eckert/Ball, aaO). Die Gegenmeinung zählt dagegen die Verletzung der Anzeigepflicht zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB und hält daher den Vermieter darlegungs- und beweisbelastet dafür,

dass der Mieter aufgetretene Mängel verspätet oder gar nicht angezeigt hat (Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 536c Rn. 25).

26 bb) Der Senat hält daran fest, dass der Vermieter im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB die Darlegungs- und Beweislast für die Verletzung der Anzeigepflicht nach § 536c Abs. 1 BGB trägt.

27 (1) Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, welcher Partei im Rahmen des Ausschlussstatbestands des § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB die Beweislast für die (Nicht-)Erfüllung der Anzeigepflicht aufzuerlegen ist. Jedenfalls bei dem vorliegend allein zu beurteilenden Schadensersatzanspruch nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB – zu dem sich der XII. Zivilsenat nicht geäußert hat – ist die Beweislast für die Verletzung der Anzeigepflicht dem Vermieter zuzuweisen.

28 Dies ergibt sich schon aus der allgemein anerkannten Grundregel der Beweislastverteilung, wonach der Anspruchsteller auf der ersten Ebene die rechtsbegründenden Tatsachen und der Anspruchsgegner auf einer zweiten Ebene die rechtsvernichtenden, rechtshindernden oder rechtshemmenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat (vgl. BGH, Urteile vom 14. Januar 1991 – II ZR 190/89, BGHZ 113, 222, 224 f.; vom 13. November 1998 – V ZR 386/97, NJW 1999, 352 unter II 3 b aa). Wer Ersatz eines auf eine Pflichtverletzung des Vertragspartners zurückgeführten Schadens verlangt, hat demnach darzutun und nachzuweisen, dass der andere Vertragsteil eine ihn treffende Pflicht verletzt und hierdurch einen kausalen Schaden verursacht hat. Dies gilt auch dann, wenn negative Umstände anspruchsbegründend sind (vgl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2002 – X ZR 132/01, ZEV 2003, 207 unter I 1 b), also – wie etwa die Fälle der Verletzung einer Aufklärungspflicht des Verkäufers oder der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht zeigen (vgl. BGH, Urteile vom 30. März 2012 – V ZR 86/11, GE 2012, 749; vom 13. Juni 2008 – V ZR 114/07, NJW 2008, 2852 Rn. 16; Beschluss vom 26. Februar 2009 – III ZR 225/08, NJW 2009, 3302 [= WuM 2009, 241] Rn. 4 f.) – auch dann, wenn die Pflichtverletzung in einem Unterlassen besteht.

29 (2) Entgegen der Auffassung der Revision ist im Rahmen des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB keine andere Sichtweise geboten.

30 (a) Die Revision will in Durchbrechung des allgemein gültigen Grundprinzips der Beweislastverteilung die Erfüllung der Anzeigepflicht zu den rechtsausschließenden Tatsachen zählen. Damit nimmt sie eine systemwidrige Einordnung vor, die sich mit den tatbestandlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB nicht vereinbaren lässt. Die Revision verkennt hierbei, dass das Entstehen des Mangels und die Kenntnis (oder grob fahrlässige Unkenntnis) des Mieters hiervon allein noch keinen Schadensersatzanspruch des Vermieters, sondern nur die Anzeigepflicht des Mieters (§ 536c Abs. 1 BGB) auslösen (vgl. Senatsurteil vom 4. April 1977 – VIII ZR 143/75, BGHZ 68, 281, 284 f. [= WuM 1978, 88 = ZMR 1978, 50]), deren Verletzung („Unterlässt der Mieter die Anzeige“) dann zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB zählt.

31 (b) Gegenteiliges lässt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht daraus entnehmen, dass derjenige, der sich auf den – für das Wirksamwerden einer Willenserklärung erforderlichen – Zugang (§ 130 BGB) beruft, hierfür die Beweislast trägt. Soweit die Revision diese Beweislastverteilung auch auf den Tatbestand des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB übertragen will, verkennt sie, dass es hierbei nicht um die Wirksamkeit einer Willenserklärung oder einer geschäftsähnlichen Handlung geht, sondern um einen Schadensersatzanspruch des Vermieters, der durch die Verletzung der Anzeigepflicht des Mieters ausgelöst wird. Wie bereits oben ausgeführt, ist bei einem Schadensersatzanspruch nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB die Anzeigepflichtverletzung rechtsbegründend. Der Mieter, der die Erfüllung dieser Verpflichtung behauptet, bestreitet nur das Vorliegen einer anspruchsbegründenden Tatsache.

32 (c) Der von der Revision weiter geltend gemachte Umstand, dass die Beweislast für den Zugang einer Mängelanzeige nach § 377 Abs. 1, 2 HGB dem Käufer aufgebürdet wird (Senatsurteile vom 30. Januar 1985 – VIII ZR 238/83, BGHZ 93, 338, 347 mwN; vom 13. Mai 1987 – VIII ZR 137/86, BGHZ 101, 49, 54 f.), rechtfertigt es ebenfalls nicht, im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB dem Mieter die Beweislast für die Erfüllung der Anzeigepflicht zuzuweisen.

33 Die für den Handelskauf geltende Vorschrift des § 377 HGB und die mietrechtliche Bestimmung des § 536c Abs. 2 BGB (früher § 545 Abs. 2 BGB aF) verfolgen nicht die gleichen rechtspolitischen Ziele und sind deshalb im Einzelnen ganz unterschiedlich ausgestaltet (Senatsurteil vom 4. April 1977 – VIII ZR 143/75, aaO S. 286 [= WuM 1978, 88]). Zwar besteht insoweit eine gewisse Parallelität, als beide Vorschriften (auch) einer sachgerechten Risikoverteilung zwischen den Vertragspartnern dienen. Die Bestimmung des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB und die Vorschrift des § 377 Abs. 1, 2 HGB unterscheiden sich aber sowohl in ihrer tatbestandlichen Anknüpfung als auch in ihrem Normzweck. Die in § 536c BGB (früher § 545 BGB aF) dem Mieter auferlegte Mängelanzeigepflicht ist eine konkrete Ausgestaltung der Obhutspflicht des Mieters (Senatsurteil vom 4. April 1977 – VIII ZR 143/75, aaO), während § 377 HGB nur eine Obliegenheit des Käufers begründet (Senatsurteile vom 4. April 1977 – VIII ZR 143/75, aaO; vom 13. Mai 1987 – VIII ZR 137/86, aaO S. 53). Die Bestimmung des § 536c BGB verfolgt in erster Linie den Zweck, die dem Mieter vom Vermieter übergebene Sache vor Schäden zu bewahren (Senatsurteil vom 4. April 1977 – VIII ZR 143/75, aaO). Dagegen sind für die Obliegenheit des Käufers zur unverzüglichen Mängelanzeige (§ 377 HGB) nicht nur die Belange des Verkäufers, sondern auch das allgemeine Interesse des Handelsverkehrs an einer raschen und endgültigen Abwicklung von Rechtsgeschäften von maßgeblicher Bedeutung (vgl. Senatsurteile vom 4. April 1977 – VIII ZR 143/75, aaO mwN; vom 13. Mai 1987 – VIII ZR 137/86, aaO). Demzufolge unterscheiden sich die beiden Vorschriften auch in ihren Rechtsfolgen. Die Verletzung der in § 377 HGB geregelten Obliegenheit des Käufers löst lediglich die Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 HGB aus, während die Verletzung der Anzeigepflicht des Mieters nicht nur etwaige Minderungs- und Schadensersatzansprüche des Mieters (§§ 536, 536a BGB) entfallen lässt (§ 536c Abs. 2 Satz 2 BGB), sondern auch einen Schadensersatzanspruch des Vermieters begründen kann (§ 536c Abs. 2 Satz 1 BGB).

34 (d) Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, jedenfalls in den Fällen, in denen – wie hier – ein aus § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB resultierender Schadensersatzanspruch gemäß § 242 BGB einer Mietminderung entgegen gesetzt werde, müsse die Beweislast für die Erfüllung der Anzeigepflicht beim Mieter liegen. Denn dann bestehe kein entscheidender Unterschied zu dem Ausschluss der Minderung nach § 536c Abs. 2 Satz 2 BGB, bei dem nach überwiegender und zutreffender Auffassung den Mieter die Beweislast für die Erfüllung der Anzeigepflicht treffe.

35 Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Zwar machen die Kläger – aus dem Blickwinkel des § 242 BGB betrachtet – nicht einen anspruchsbegründenden, sondern vielmehr einen rechtshindernden Umstand geltend (vgl. BGH, Urteil vom 13. November 1998 – V ZR 386/97, aaO unter II 3 b bb (2)). Für diesen sind sie jedoch nach allgemeinen Regeln – als Gegner des Minderungsrechts – ebenfalls beweisbelastet. An der Beweislastverteilung ändert sich also nichts, wenn man den Angriff der Kläger gegen die Mietminderung nicht allein aus Sicht des § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB, sondern zusätzlich aus der Perspektive des § 242 BGB beurteilt.

36 cc) Da die Beweislast für die Verletzung der Anzeigepflicht (§ 536c Abs. 1 BGB), also einer negativen Tatsache, bei den Klägern als Vermieter liegt, trifft die Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen eine sekundäre Darlegungslast, um den Klägern die Beweisführung nicht unnötig zu erschweren. Dies bedeu-

tet, dass die Kläger nur solche Mängelanzeigen ausräumen müssen, die von den Beklagten in zeitlicher, inhaltlicher Weise und räumlicher Hinsicht spezifiziert worden sind (vgl. BGH, Urteile vom 12. November 2010 – V ZR 181/09, BGHZ 188, 43 [= NZM 2011, 493] Rn. 12 mwN; vom 30. März 2012 – V ZR 86/11, aaO). Unsubstantiierte Behauptungen zur Erfüllung der Anzeigepflicht brauchen die Kläger dagegen nicht zu widerlegen. Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen.

37 Entgegen der Auffassung der Revision haben die Beklagten hinsichtlich der behaupteten Mängelanzeigen in den Jahren 2005 und 2006 ihrer sekundären Darlegungslast genügt. Die Revision sieht die Angaben der Beklagten als unzureichend an, weil diese in ihrem Schriftsatz vom 22. Oktober 2010 keine Ausführungen zum Zeitpunkt und Ort des dort beschriebenen ersten Gesprächs zwischen der Beklagten zu 1, dem Zeugen H. und dem Kläger zu 2 gemacht hätten. Es trifft aber nicht zu, dass keine nähere zeitliche Einordnung dieses Gesprächs erfolgt wäre. Die Beklagten haben behauptet, im Oktober 2005 hätten sich sowohl in der Wohnung der Beklagten als auch in der Wohnung des Zeugen H. Risse im Fliesenbodenbelag gezeigt. Daraufhin hätten der Zeuge H. und die Beklagte zu 1 den Kläger zu 2 auf die Mängel angesprochen. Dieser habe die in der Wohnung der Beklagten aufgetretenen Risse dann erstmals in der zweiten Oktoberhälfte 2005 in Augenschein genommen. Damit sind die Zeitpunkte, zu denen im Jahr 2005 Mängelrügen erfolgt sein sollen (Gespräch; Augenscheinstermin), ausreichend konkretisiert worden. Auch die Angaben zum Ort des Geschehens sind ausreichend. Es blieb zwar zunächst offen, an welchem Ort das dem Augenscheinstermin vorangegangene Gespräch stattgefunden haben soll. Dies ist jedoch unschädlich. Zum einen ist die fehlende Ortsangabe in der Berufungsschrift – aufgrund der von den Beklagten aufgegriffenen Angaben des Zeugen H. – näher konkretisiert worden; das Gespräch soll „bei den Mülltonnen“ stattgefunden haben. Zum anderen ist der Ort, an dem das Gespräch stattgefunden haben soll, für die erforderliche Substantiierung vorliegend nicht von ausschlaggebender Bedeutung, weil das von den Klägern zu widerlegende Geschehen durch konkrete Angaben zu Inhalt und Zeitpunkt des Gesprächs und den daran beteiligten Personen ausreichend eingegrenzt worden ist.

38 Auch soweit die Beklagten in erster Instanz vorgetragen haben, dass im September 2006 – dieses Mal auf der Straße vor dem Anwesen, in dem sich die Wohnung der Beklagten befindet – zwischen der Beklagten zu 1, dem Zeugen H. und dem Kläger zu 2 erneut ein Gespräch über die sich vertiefenden Fliesenrisse geführt worden sei, haben die Beklagten ihrer sekundären Darlegungslast genügt. Anders als die Revision meint, haben die Beklagten diesen Vortrag im Berufungsverfahren aufrechterhalten, wie sich aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag in der Berufungsbegründung ergibt.

39 dd) Den sonach von den Klägern zu führenden Beweis einer verspäteten Anzeige der aufgetretenen Fliesenrisse haben die Kläger nicht erbracht. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht sei gehalten gewesen, zusätzlich zu den gehörten Zeugen auch eine Parteivernehmung der Kläger nach § 448 ZPO vorzunehmen. Die Entscheidung über die Vernehmung einer Partei nach § 448 ZPO steht im Ermessen des Tatrichters und ist im Revisionsverfahren nur darauf nachprüfbar, ob die rechtlichen Voraussetzungen verkannt worden sind oder das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt worden ist (Senatsurteil vom 5. Juli 1989 – VIII ZR 334/88, NJW 1989, 3222 [= ZMR 1990, 211] unter I 1 a mwN). Solche Rechtsfehler sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist es aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht im Hinblick auf den Normzweck des § 448 ZPO und die Subsidiarität dieses Beweismittels (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 448 Rn. 2, 3 ff.) eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Darstellung der Kläger („einiger Beweis“ erbracht; vgl. Senatsurteil vom 5. Juli 1989 – VIII ZR 334/88, aaO) verlangt

hat. Dass das Berufungsgericht dabei allein auf das Ergebnis der Beweisaufnahme abgestellt und den Prozessstoff im Übrigen unberücksichtigt gelassen habe, trifft – wie die Wortwahl des Berufungsgerichts („insbesondere“) zeigt – nicht zu.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 91a ZPO; §§ 560, 543, 569 BGB**  
**Wohnraummiete; Zahlungsverzug nach Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen; fristlose Kündigung ohne gesonderte Zahlungsklage**

**Ein dem Umfang nach infolge einer Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung die fristlose Kündigung des Wohnraummietvertrags rechtfertigender Zahlungsverzug erfordert keine Zurückstellung der Räumungsklage entsprechend der gesetzlich angeordneten Schonfrist, die nach rechtskräftiger Verurteilung eines Mieters zur Zahlung einer erhöhten Miete infolge Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung zu wahren ist.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 16. 10. 2012 – VIII ZR 360/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte war Mieter einer Wohnung der Klägerin in B. S. Neben der Kaltmiete von 166 € monatlich war ein Nebenkostenvorschuss vereinbart, der sich bis August 2009 auf monatlich 89 € zuzüglich 45 € für Heizung und Warmwasser belief, so dass monatlich insgesamt 300 € zu zahlen waren und vom Beklagten die gesamte Mietzeit über auch bezahlt wurden. Ab September 2009 erhöhte die Klägerin aufgrund einer zuvor erteilten und mit einer Nebenkostennachzahlung endenden Jahresabrechnung für 2008 den zu zahlenden Heizkostenvorschuss um 20 € monatlich. Ferner erhöhte sie für die Zeit ab Oktober 2010 die Nebenkostenvorauszahlungen um weitere 5 €. Der Beklagte hielt die Erhöhungen für unberechtigt und zahlte sie trotz Abmahnung nicht.

2 Am 6. Oktober 2010 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis fristlos, nachdem der Beklagte die Miete für Oktober 2010 bis zu diesem Tage nicht gezahlt hatte. Hierbei stützte sie sich neben dem Rückstand mit der Miete für Oktober, die erst am Folgetag bei der Klägerin einging, unter anderem auf die seit September 2009 nicht gezahlten Erhöhungsbeträge der Heizkostenvorauszahlungen. Das Amtsgericht Herzberg am Harz hat der in der Hauptsache auf Räumung der Wohnung gerichteten Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht [LG Göttingen] hat die Klage auch unter Berücksichtigung einer während des Berufungsverfahrens ausgesprochenen weiteren Kündigung abgewiesen. Im Revisionsverfahren haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, nachdem der Beklagte inzwischen das Mietverhältnis seinerseits gekündigt und die Mietwohnung geräumt hatte.

3 **Aus den Gründen:** II. Nachdem die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist nur noch über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden (§ 91a Abs. 1 ZPO). Danach sind die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben. Zwar wäre das Urteil des Berufungsgerichts auf die zulässige Revision der Klägerin voraussichtlich aufgehoben worden. Ob die Klägerin bei streitiger Fortsetzung des Rechtsstreits mit ihrem Räumungsbegehren (§ 546 Abs. 1 BGB) aber auch in einem wiedereröffneten Berufungsverfahren obsiegt hätte, ist offen.

4 1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Beklagte seit September 2009 zur Zahlung der erhöhten Nebenkostenvorauszahlungen verpflichtet gewesen sei. Es hat die dadurch bedingten Zahlungsrückstände aber gleichwohl bei der Berechnung des für eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB erforderlichen Rückstands außer Be-

tracht gelassen. Denn es hat § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB für anwendbar erachtet und gemeint, dass ein Vermieter bei einer einseitigen Betriebskostenerhöhung, die der Mieter für unberechtigt halte, auf die Nichtzahlung der Erhöhungsbeträge eine Kündigung erst dann stützen könne, wenn er den Mieter erfolgreich auf Zahlung verklagt und dieser binnen zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung nicht gezahlt habe. Dem hätte nicht gefolgt werden können.

5 Der Senat hat die Anwendbarkeit des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf eine Fallgestaltung, die – wie hier – dadurch gekennzeichnet ist, dass bei Kündigungsausspruch eine Zahlungsklage nicht erhoben war, mittlerweile in seinem Urteil vom 18. Juli 2012 (VIII ZR 1/11, WuM 2012, 497 [=GuT 2012, 361] Rn. 18 ff.) verneint, weil bei einer Erhöhung von Betriebskostenvorauszahlungen (§ 560 Abs. 4 BGB) die Schutzwirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB sich nur auf die während eines Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge, nicht jedoch auf diejenigen aus der Zeit vor Erhebung einer Zahlungsklage erstreckt und deshalb auch nicht für Kündigungen einschlägig ist, die ohne vorausgegangene Zahlungsklage ausgesprochen werden. Danach hätte sich der Beklagte im Falle einer wirksamen Erhöhung der Nebenkostenvorauszahlungen bei Ausspruch der Kündigung vom 6. Oktober 2010 neben der gesamten Miete für Oktober 2010 auch mit dem Erhöhungsbetrag für den Vormonat in Verzug befunden, so dass der in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB für eine erfolgreiche Kündigung aus wichtigem Grund erforderliche Betrag von mehr als einer Monatsmiete zu diesem Zeitpunkt überschritten gewesen wäre.

6 2. Gleichwohl wäre der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif gewesen. Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils ebenfalls entschieden hat (zuletzt Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 1/11, aaO Rn. 21 mwN), setzt eine Kündigung aus wichtigem Grund, die darauf gestützt ist, dass der Mieter erhöhte Nebenkostenvorauszahlungen nicht geleistet hat, die Feststellung voraus, dass die zugrunde liegende Anpassung der Vorauszahlungen (§ 560 Abs. 4 BGB) auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht hat. Insoweit ist das Berufungsgericht zwar der Entscheidung des Amtsgerichts beigetreten, das keinen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Erhöhung der Nebenkosten gehabt und keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der vorgenommenen Erhöhungen gesehen hat. Dabei hat das Berufungsgericht jedoch übersehen, dass der Beklagte – worauf auch die Revisionserwiderung hinweist – jedenfalls im Berufungsrechtszug die Rechtmäßigkeit der den Erhöhungen zu Grunde liegenden Betriebskostenabrechnungen unter Hinweis auf vorprozessual erhobene Beanstandungen bestritten hatte. Das Berufungsgericht hätte deshalb – was dem Senat verschlossen gewesen wäre (vgl. BGH, Urteile vom 22. Mai 2012 – II ZR 233/10, WM 2012, 1620 Rn. 25; vom 22. Februar 2006 – IV ZR 56/05, BGHZ 166, 227 Rn. 12) – im wiedereröffneten Berufungsrechtszug die Berücksichtigungsfähigkeit des übergangenen Vorbringens am Maßstab des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO prüfen und sich bejahendenfalls sachlich mit den dann möglicherweise noch näher aufzuklärenden Beanstandungen des Beklagten auseinandersetzen müssen. Welchen Ausgang dies genommen hätte, lässt sich nicht absehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

### § 554 BGB

**Wohnraummiete; Duldung vermierterseitiger Modernisierungsmaßnahme; allgemein üblicher Wohnungszustand nach Modernisierung; Härtefallprüfung hinsichtlich zu erwartender Mieterhöhung unter Zugrundelegung des gegenwärtigen Wohnungszustands; Duldung der Maßnahme zur Energieeinsparung; Prüfung persönlicher Härten**

a) Ob die vom Vermieter beabsichtigte Modernisierungsmaßnahme, die die Wohnung in einen allgemein üblichen Zustand versetzt, wegen der zu erwartenden Mieterhöhung als Härte anzusehen ist, beurteilt sich grundsätzlich nach dem gegenwärtigen Zustand der Wohnung einschließlich der vom Mieter vorgenommenen Verbesserungsmaßnahmen; unberücksichtigt bleiben lediglich etwaige vom (gegenwärtigen) Mieter vertragswidrig vorgenommene bauliche Veränderungen.

b) Bewirkt die Modernisierung keine danach zu dulden- de Wohnwertverbesserung (hier: Ersatz vom Mieter installierter, vorhandener Gasetagenheizung durch Anschluss an im Gebäude installierter Gaszentralheizung), bleibt ein Anschluss der Wohnung an die Zentralheizung als zu dulden- de Maßnahme der Energieeinsparung auf das Bedeuten einer persönlichen Härte zu prüfen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 10. 10. 2012 – VIII ZR 25/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte mietete im Jahr 1989 vom Rechtsvorgänger des Klägers eine Wohnung in Berlin Mitte an, die damals mit einem Einzelofen und einem G.-Heizgerät ausgestattet war. Im Jahr 1991 baute sie im Einverständnis mit dem damaligen Vermieter auf eigene Kosten eine Gasetagenheizung ein.

2 Mit Schreiben vom 17. November 2009 erbat der Kläger von der Beklagten vergeblich die Duldung des Anschlusses ihrer Wohnung an die im Gebäude inzwischen vorhandene Zentralheizung. Das Amtsgericht Berlin-Mitte hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht Berlin hat das Urteil des Amtsgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

4 I. Das Berufungsgericht (LG Berlin, GE 2012, 270 [= ZMR 2012, 704]) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

5 Der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch darauf, den Anschluss ihrer Wohnung an die Zentralheizung zu dulden. Es handele sich dabei um eine Modernisierung im Sinne des § 554 Abs. 2 BGB, weil die Wohnung der Beklagten seitens des Vermieters nur mit Einzelöfen ausgestattet sei. Der Umstand, dass die Beklagte die Wohnung aufgrund einer entsprechenden Modernisierungsvereinbarung mit dem Rechtsvorgänger des Klägers mit einer Gasetagenheizung ausgestattet habe, bleibe außer Betracht, weil vom Mieter geschaffene Modernisierungen im Rahmen des § 554 Abs. 2 BGB nicht berücksichtigt werden dürften; anderenfalls hätte es der Mieter in der Hand, eine Modernisierung des Vermieters durch eigene Investitionen zu blockieren.

6 Die Beklagte könne auch nicht geltend machen, dass die Modernisierung für sie mit Rücksicht auf die zu erwartende Mieterhöhung eine unzumutbare Härte darstelle, denn die Wohnung werde durch den Anschluss an die Zentralheizung lediglich in einen allgemein üblichen Zustand versetzt (§ 554 Abs. 2 Satz 4 BGB). Ausgangspunkt für die Beurteilung sei auch hier der für die Bemessung der Miete maßgebliche Zustand, mithin der vom Vermieter zur Verfügung gestellte Zustand mit Einzelöfen.

7 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte, den Anschluss ihrer Wohnung an die Zentralheizung zu dulden, nicht bejaht werden.

8 Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, kommt es für die Beurteilung der Frage, ob vom Vermieter geplante bauliche Maßnahmen als Verbesserung der Mietsache im Sinne des § 554 Abs. 2 BGB anzusehen sind, auf den gegenwärtigen Zustand der Mietsache einschließlich der vom Mieter rechtmäßig vorgenommenen Verbesserungen an; lediglich vom Mieter vertragswidrig vorgenommene Veränderungen bleiben außer Betracht (Senatsurteil vom 20. Juni 2012 – VIII ZR 110/11, WuM 2012, 448 [= GuT 2012, 246 = ZMR 2013, 22 = NZM 2012, 679] Rn. 13).

9 Dieser Maßstab gilt auch für die Beurteilung der Frage, ob eine Härtefallprüfung nach § 554 Abs. 2 Satz 4 BGB unterbleibt, weil die Mietsache durch die vom Vermieter beabsichtigte Maßnahme lediglich in einen Zustand versetzt wird, wie er allgemein üblich ist; auch insoweit ist der gegenwärtige Zustand einschließlich vom Mieter rechtmäßig vorgenommener Veränderungen zugrunde zu legen.

10 Die in § 554 Abs. 2 Satz 4 BGB vorgesehene Ausnahme von der Härtefallprüfung soll im Interesse der Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse verhindern, dass eine Modernisierung, mit der lediglich ein allgemein üblicher Standard erreicht wird, im Hinblick auf persönliche Härtegründe des Mieters unterbleibt. Diese Zielsetzung verbietet es, einen vom Mieter rechtmäßig geschaffenen Zustand, der diesem Standard bereits entspricht, außer Acht zu lassen. Ein Ausschluss der Härtefallprüfung nach § 554 Abs. 2 BGB kann deshalb nicht damit begründet werden, dass die früher vorhandenen Einzelöfen dem heutigen allgemein üblichen Zustand nicht entsprechen. Gegenüber der bereits vorhandenen Gasetagenheizung stellt die inzwischen eingebaute Zentralheizung keine Wohnwertverbesserung dar, denn in der Regel ist eine Gasetagenheizung, deren Einstellung der Mieter allein regeln kann, zumindest ebenso komfortabel wie eine Zentralheizung. Es kann daher nicht angenommen werden, dass erst mit dem Anschluss der Wohnung der Beklagten an die Zentralheizung ein allgemein üblicher Wohnstandard erreicht würde.

11 III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 2 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht – vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen Rechtsauffassung folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob der Anschluss der Wohnung der Beklagten an die Zentralheizung zu einer Einsparung von Energie führt und ob in ihrer Person ein Härtegrund im Sinne des § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB vorliegt. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Ebenso grds. BGH, Versäumnisurteil vom 10. 10. 2012 – VIII ZR 56/12 – in einem Parallelverfahren.

**§ 556 BGB**  
**Wohnraummiete;**  
**nicht erteilte Betriebskostenabrechnungen**  
**bei Beendigung des Mietverhältnisses;**  
**Rückforderungen der Betriebskostenvorauszahlungen**

**Dem Mieter kann bei Beendigung des Mietverhältnisses im Wege ergänzender Vertragsauslegung ein Anspruch auf Rückzahlung von Betriebskostenvorauszahlungen nur insoweit zugestanden werden, als er während der Dauer des Mietverhältnisses nicht die Möglichkeit hatte, den Abrechnungsanspruch durch Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts an den laufenden Vorauszahlungen durch-**

**zusetzen (im Anschluss an Senatsurteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 Rn. 12 ff. [= WuM 2006, 383 = ZMR 2006, 672 = NZM 2006, 533]).**

(BGH, Urteil vom 26. 9. 2012 – VIII ZR 315/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger nehmen ihren ehemaligen Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses im Laufe des Jahres 2009 auf Rückzahlung von Betriebskostenvorauszahlungen in Anspruch.

2 Das Amtsgericht Lemgo hat der auf Zahlung von 3320 € nebst Zinsen gerichteten Klage in Höhe eines Teilbetrages von 200,47 € Euro nebst Zinsen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Die Kläger haben das Urteil des Amtsgerichts mit der Berufung angefochten, soweit ihnen ein Anspruch auf Rückzahlung von 1880 € nebst Zinsen (Rückforderung der für die Jahre 2002 bis 2004 geleisteten Vorauszahlungen) aberkannt wurde. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte die – jeweils mit einem Saldo zu Lasten der Kläger endenden – Nebenkostenabrechnungen für diese Zeiträume erteilt. Der daraufhin von den Klägern erklärten Erledigung des Rechtsstreits hat sich der Beklagte nicht angeschlossen. Das Landgericht Detmold hat die Erledigung des Rechtsstreits festgestellt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

4 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

5 Hinsichtlich der in der Berufungsinstanz noch anhängigen Forderung der Kläger auf Rückzahlung der Betriebskostenvorauszahlungen für die Jahre 2002 bis 2004 sei durch die Erteilung der Nebenkostenabrechnung während des Berufungsverfahrens die Erledigung der Hauptsache eingetreten, denn bis zu diesem Zeitpunkt sei die Klage zulässig und begründet gewesen.

6 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei dem Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses im Wege ergänzender Vertragsauslegung ein (vorläufiger) Anspruch auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen zuzubilligen, soweit der Vermieter keine Abrechnungen erteilt habe. Dies sei für die in der Berufungsinstanz noch im Streit befindlichen Vorauszahlungen bis zur nachträglichen Erteilung der Abrechnungen der Fall gewesen. Dem stehe nicht entgegen, dass der Anspruch der Kläger auf Erteilung der Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2002 bis 2004 bereits verjährt gewesen sei. Denn der von den Klägern verfolgte Anspruch auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen sei erst im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses im Jahre 2009 entstanden, so dass die Verjährung erst mit Ablauf des Jahres 2009 begonnen habe und noch nicht abgelaufen sei. Dies ergebe sich daraus, dass der Mieter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs während des laufenden Mietverhältnisses nicht berechtigt sei, geleistete Vorauszahlungen mit Rücksicht auf die ausstehende Abrechnung zurückzuverlangen, sondern er seinen Abrechnungsanspruch lediglich im Wege des Zurückbehaltungsrechts an den laufenden Betriebskostenvorauszahlungen geltend machen könne.

7 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Klage auf Rückzahlung der Nebenkostenvorauszahlungen für die Jahre 2002 bis 2004 war von vornherein unbegründet. Denn dem Mieter kann bei Beendigung des Mietverhältnisses im Wege ergänzender Vertragsauslegung ein Anspruch auf Rückzahlung von Betriebskostenvorauszahlungen nur insoweit zugestanden werden, als er während der Dauer des Mietverhältnisses nicht die Möglichkeit hatte, den Abrechnungsanspruch durch Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts an den laufenden Vorauszahlungen durchzusetzen. Diese Möglichkeit stand den Klägern bezüglich der in der Revisionsinstanz noch im Streit befindlichen Abrechnungen für die Jahre 2002 bis 2004 zur Verfügung, weil das Mietverhält-



nis erst im Jahr 2009 endete; dass die Kläger hiervon keinen Gebrauch gemacht, sondern den Abrechnungsanspruch haben verjähren lassen, rechtfertigt keine ergänzende Vertragsauslegung zu ihren Gunsten.

8 1. Nach der Rechtsprechung des Senats, von der auch das Berufungsgericht im Ansatzpunkt zutreffend ausgeht, kann der Mieter bei beendetem Mietverhältnis die Vorauszahlungen, über die der Vermieter nicht fristgemäß abgerechnet hat, ohne den zeitraubenden Umweg über eine (Stufen-)Klage auf Erteilung der Abrechnung sogleich zurückverlangen. Diese ergänzende Vertragsauslegung beruht auf der Überlegung, dass der Vermieter sonst in der Lage wäre, die Fälligkeit eines Erstattungsanspruchs des Mieters nach Belieben hinauszuzögern, so dass die Abrechnungsfrist (§ 556 Abs. 3 Satz 2 BGB) ohne praktische Bedeutung bliebe (Senatsurteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 57/04, NJW 2005, 1499 [= WuM 2005, 337] unter II 3 c).

9 Hingegen besteht bei Fortdauer des Mietverhältnisses kein Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung, denn der Mieter ist durch ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Vorauszahlungen hinreichend geschützt, wenn der Vermieter die abgelaufene Periode nicht fristgerecht abrechnet. Ein Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der für die nicht fristgemäß abgerechneten Betriebskosten geleisteten Vorauszahlungen kommt in diesem Fall mangels Bestehens einer ausfüllungsbedürftigen Vertragslücke nicht in Betracht (Senatsurteil vom 29. März 2006 – VIII ZR 191/05, NJW 2006, 2552 [= WuM 2006, 383] Rn. 12 ff.).

10 Das Gleiche gilt bei einem beendetem Mietverhältnis für die Abrechnungsperioden, für die die Abrechnungsfrist noch während des Mietverhältnisses abgelaufen war. Insoweit ist der Mieter nicht schutzbedürftig, denn er hatte während des Mietverhältnisses die Möglichkeit, die laufenden Vorauszahlungen einzubehalten und so auf den Vermieter Druck zur Erteilung der geschuldeten Abrechnung auszuüben. Erst recht kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht, wenn – wie hier – der Abrechnungsanspruch des Mieters im Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses bereits verjährt ist.

11 III. Nach den vorstehenden Ausführungen kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Satz 1 ZPO). Da es keiner weiteren Feststellungen bedarf, entscheidet der Senat in der Sache selbst (§ 563 Abs. 3 ZPO); dies führt zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 1 BetrKV

#### Wohnraummiete; Betriebskosten; Abrechnung nach fiktiven Kosten eines Drittunternehmens

**Zur Abrechnung der mit eigenen Arbeitskräften erbrachten Gartenpflege- und Hausmeisterdienste nach fiktiven Kosten eines Drittunternehmens.**

(BGH, Urteil vom 14. 11. 2012 – VIII ZR 41/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist Mieter einer Wohnung der Klägerin in K. Die Parteien streiten über die Abrechnung der Betriebskosten für das Jahr 2008. Die von der Klägerin für diesen Zeitraum unter dem 12. November 2009 erteilte Abrechnung endet mit einer Nachforderung in Höhe von 175,38 €, auf die der Beklagte 100 € gezahlt hat.

2 Die Parteien streiten über die Positionen „Gartenpflege“ und „Hausmeister“; insoweit sind in der Abrechnung nicht die der Klägerin durch den Einsatz eigenen Personals tatsächlich entstandenen Kosten eingesetzt, sondern fiktive Kosten eines Drittunternehmens, nämlich die Nettopreise, die die Firma T. der Klägerin aufgrund eines Leistungsverzeichnisses über die im Abrechnungsobjekt anfallenden Hausmeister- und Gartenpflegearbeiten angeboten hatte.

3 Das Amtsgericht Köln hat die auf Zahlung von 75,38 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das Landgericht Köln hat das erstinstanzliche Urteil geändert und der Klage stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision hat keinen Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der Klägerin stehe die von ihr geltend gemachte Betriebskostennachforderung in Höhe von 75,38 € für das Abrechnungsjahr 2008 zu.

7 Zwar könne der Vermieter grundsätzlich nur die ihm tatsächlich entstandenen Kosten ansetzen. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV sei es ihm aber gestattet, eigene Sach- und Arbeitsleistungen mit dem Betrag zu berechnen, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmens, angesetzt werden könnte; lediglich die Umsatzsteuer des Dritten habe außer Betracht zu bleiben. Der Gesetzgeber habe dem Vermieter insoweit im Interesse einer praktikablen Abrechnung die Möglichkeit eingeräumt, sich statt einer substantiierten Darlegung eigener Kosten auf ein vergleichbares Angebot eines Dritten zu beziehen. Bei größeren Mietobjekten werde das vom Vermieter beschäftigte technische Personal nämlich regelmäßig auch im Rahmen der nicht umlagefähigen Bereiche Verwaltung und Instandsetzung tätig; die mit der Abgrenzung der umlagefähigen und nicht umlagefähigen Kostenanteile verbundenen Schwierigkeiten würden durch die Möglichkeit der Abrechnung fiktiver Kosten von Fremdunternehmen vermieden.

8 Die Klägerin habe Leistungsverzeichnisse, aus denen die für das Abrechnungsobjekt anfallenden Tätigkeiten im Einzelnen ersichtlich seien, sowie das darauf beruhende Angebot der Firma T. über monatlich 1130 € für die Hausmeisterkosten und über monatlich 789 € für die Gartenpflege vorgelegt; dies genüge zur schlüssigen Darlegung der betreffenden Betriebskosten.

9 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

10 Der Klägerin stehe die geltend gemachte Betriebskostennachforderung zu. Wie auch die Revision nicht in Abrede stellt, durfte die Klägerin die von ihr durch eigenes Personal erbrachten Hausmeisterdienste und Gartenpflegearbeiten gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV nach den fiktiven Kosten (ohne Umsatzsteuer) abrechnen, die bei Erbringung der Leistungen durch einen Dritten (ein Unternehmen) entstanden wären. Diese gesetzliche Regelung dient, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, der Vereinfachung der Abrechnung für den Vermieter. Sie steht nicht nur dem privaten Vermieter zur Verfügung, der seine eigene Arbeitskraft einsetzt; vielmehr können auch institutionelle Eigentümer, die diese Leistungen durch ihre Arbeitnehmer oder durch unselbständige Einheiten erbringen, nach den Kosten abrechnen, die bei Beauftragung eines Dritten (Unternehmen) entstanden wären (vgl. BR-Drucks. 568/03, S. 28). Durch diese Abrechnung nach fiktiven Kosten eines Fremdunternehmens können Streitigkeiten der Mietparteien darüber vermieden werden, inwieweit vom Vermieter eingesetzte eigene Arbeitskräfte mit umlagefähigen und nicht umlagefähigen Aufgaben betraut waren und wie diese Kosten voneinander abzugrenzen sind.

11 Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin die der Abrechnung zugrunde gelegten fiktiven Kosten schlüssig dargetan hat, indem sie ein von ihr erstelltes – detailliertes – Leistungsverzeichnis über die anfallenden Gartenpflege- und Hausmeisterarbeiten (u. a. Größe der Rasenfläche, Mähturnus) sowie das hierzu von der Firma T. abgegebene Angebot vorgelegt und vorgetragen hat, es habe sich um das günstigste von mehreren erhaltenen Angeboten gehandelt. Entgegen der Auffassung der Revision ist es unschädlich, dass

die Firma T. in ihrem Angebot nicht aufgeschlüsselt hat, mit welchem Zeitaufwand und welchem Stundenlohn sie ihr Angebot kalkuliert hat.

12 Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht nicht die Darlegungs- und Beweislast verkannt, sondern – zutreffend – angenommen, dass die Klägerin die fiktiven Unternehmerkosten für die im Abrechnungsobjekt anfallenden Hausmeister- und Gartenpflegekosten ausreichend dargelegt und der Beklagte sie nicht bestritten habe. Soweit die Revision geltend macht, dass mit den fiktiven Kosten eines Dritten, die der Vermieter nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV für die mit eigenen Kräften erbrachten umlagefähigen Leistungen ansetzen darf, nicht beliebige, von einem Drittunternehmer nur gefälligkeitshalber bescheinigte Kosten gemeint sind, sondern lediglich „realistische“ Kosten, trifft das zwar zu; übergangenen Sachvortrag des Beklagten in den Tatsacheninstanzen hierzu zeigt die Revision jedoch nicht auf.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Ein Kurzbeitrag zu diesem Urteil in GuT-W Heft 2 ist vorgesehen.

### § 558d BGB

#### Wohnraummiete; Mieterhöhung; Darlegungs- und Beweislast für qualifizierten Mietspiegel; Mietspiegel Berlin 2009

**a) Auf die Prüfung, ob ein Mietspiegel die Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt, kann im Bestreitensfall nicht schon deswegen verzichtet werden, weil der Mietspiegel von seinem Ersteller als qualifizierter Mietspiegel bezeichnet oder von der Gemeinde und/oder von den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter als solcher anerkannt und veröffentlicht worden ist.**

**b) Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels trägt diejenige Partei, die sich die Vermutung des § 558d Abs. 3 BGB zu Nutze machen will.**

(BGH, Urteil vom 21. 11. 2012 – VIII ZR 46/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist Mieter einer Wohnung der Klägerin in Berlin-Mitte. Die Grundmiete belief sich seit Juli 2003 auf 291,43 €. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 forderte die Klägerin den Beklagten unter Benennung von vier Vergleichswohnungen auf, der Erhöhung der Nettokaltmiete ab dem 1. März 2010 um 58,28 € auf 349,71 € zuzustimmen. Dies entspricht einer Erhöhung der Grundmiete von 4,19 € je qm auf 5,02 € je qm. Das Schreiben enthielt auch Angaben für die Wohnung nach dem Berliner Mietspiegel 2009. Der Beklagte stimmte der Mieterhöhung nicht zu.

2 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zustimmung zur Mieterhöhung entsprechend ihrem Mieterhöhungsverlangen vom 21. Dezember 2009 in Anspruch. Das Amtsgericht Berlin-Mitte hat den Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, der Erhöhung der Nettokaltmiete ab dem 1. März 2010 um 7,15 € auf 298,58 € monatlich zuzustimmen. Das Landgericht Berlin hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zustimmungsbegehren im Umfang der Klageabweisung weiter.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

4 I. Das Berufungsgericht (LG Berlin, GE 2012, 271) hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

5 Das Erhöhungsverlangen der Klägerin sei zwar formell wirksam. Der Klägerin stehe aber nach §§ 558 ff. BGB kein Anspruch gegen den Beklagten auf Zustimmung zu einer Erhöhung der Nettokaltmiete über den vom Amtsgericht zugesprochenen Betrag hinaus zu.

6 Da der Beklagte die Höhe der von der Klägerin geltend gemachten ortsüblichen Vergleichsmiete bestritten habe, müsse die Berufungskammer die ortsübliche Vergleichsmiete ermitteln. Hierbei sei sie nicht an das vom Vermieter in seinem Erhöhungsverlangen verwendete Begründungsmittel gebunden. Die Kammer dürfe vielmehr – trotz des Widerspruchs der Klägerin – den Berliner Mietspiegel 2009 verwenden, bei dem es sich um einen qualifizierten Mietspiegel im Sinne des § 558d BGB handele. Aufgrund der in § 558d Abs. 3 BGB enthaltenen Vermutung sei davon auszugehen, dass die innerhalb der maßgeblichen Spanne liegenden Mietspiegelwerte die ortsübliche Miete für die Wohnungen des jeweiligen Mietspiegelfeldes darstellten. Diese Vermutungswirkung könne nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden. Erforderlich hierfür sei ein substantieller Angriff gegen die Erstellung des Mietspiegels nach den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen.

7 Einen solchen Angriff habe die Klägerin nicht geführt. Ihre Rüge, die Einteilung der Wohnlagen im Berliner Mietspiegel sei unzureichend, weil dieser im Gegensatz zu anderen Großstädten nicht zusätzlich die Kategorie „beste Wohnlage“ vorsehe, begründe nicht die Annahme, die Eingruppierung sei fehlerhaft erfolgt. Die Klägerin habe bereits nicht dargelegt, inwiefern der repräsentative Charakter der Einordnung in Wohnlagen allein deshalb nicht gewahrt sein solle, weil in verschiedenen Mietspiegeln unterschiedliche Einordnungen existierten. Fehlerhaft wäre die im Berliner Mietspiegel vorgenommene Einteilung nur dann, wenn es lediglich eine einzige statistisch zutreffende Einteilung der Wohnlagen für alle Städte gäbe oder gerade in Berlin die vermisste Kategorie „beste Wohnlage“ erforderlich wäre. Dafür wiederum bedürfte es eines Abgleichs der in der Kategorie „gute Wohnlage“ erfassten Wohnungen in Berlin, der zu dem Ergebnis führen müsste, dass sich in diesem Bestand eine statistisch relevante Menge von Wohnungen befände, die sich in ihrem Marktpreis nicht nur unerheblich von den übrigen Wohnungen in guter Wohnlage unterschieden. Dies sei ausweislich der im GEWOS-Endbericht über die Grundlagendaten für den empirischen Mietspiegel 2009 enthaltenen Angaben nicht der Fall. Der Anteil der Wohnungen in guter Wohnlage, für die eine Nettokaltmiete ab 8,50 € pro Quadratmeter erzielt werde, liege unter 1% und sei daher zu vernachlässigen. Eine – wie die Klägerin meine – „willkürliche Einteilung“ in Wohnlagen weise der Berliner Mietspiegel 2009 damit nicht auf.

8 Dass die Klägerin ihr Erhöhungsverlangen zulässigerweise auf die für die von ihr benannten Vergleichswohnungen gezahlten Mieten gestützt habe, hindere das Gericht nicht daran, auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu verzichten und stattdessen die ortsübliche Vergleichsmiete unter Verwendung eines qualifizierten Mietspiegels zu bestimmen. Die Verwendung eines qualifizierten Mietspiegels nebst Schätzung der Spanneneinordnung durch das Gericht gemäß § 287 ZPO garantiere im Interesse beider Parteien eine rasche Entscheidung und vermeide den Anfall von Gutachterkosten, die im Falle eines Teilunterliegens den Mieterhöhungsbetrag erheblich schmälern oder sogar aufzehren könnten.

9 In Anwendung des Berliner Mietspiegels 2009 sowie der dort vorgesehenen Orientierungshilfen ergebe sich vorliegend eine ortsübliche Nettokaltmiete von 4,29 € pro qm, insgesamt also 298,58 €.

10 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin nach §§ 558 ff. BGB auf Zustimmung zu der von ihr verlangten Mieterhöhung nicht verneint werden.

11 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass die Klägerin ihr Mieterhöhungsverlangen ordnungsgemäß nach § 558a BGB begründet hat. Die Klägerin hat sich zur Begründung der beabsichtigten Mieterhöhung auf die Benennung von vier Vergleichswohnungen gestützt (§ 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB; vgl. auch Senatsurteil vom 28. März 2012 –

VIII ZR 79/11, NJW-RR 2012, 710 [= GuT 2012, 138 = WuM 2012, 283 = ZMR 2012, 609] Rn. 10.f.) und – seine Eignung als qualifizierter Mietspiegel unterstellend – zusätzlich die im Berliner Mietspiegel 2009 vorgesehenen Angaben zur Wohnung mitgeteilt (§ 558a Abs. 3 BGB).

12 2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur materiellen Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens sind hingegen von Rechtsfehlern beeinflusst.

13 a) Ist ein formell wirksames Mieterhöhungsverlangen gegeben, so ist vom Tatrichter materiell-rechtlich zu überprüfen, ob die konkret vom Vermieter verlangte Mieterhöhung nach § 558 BGB tatsächlich berechtigt ist, insbesondere ob die neue Miete innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt (Senatsurteil vom 20. April 2005 – VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074 [= WuM 2005, 394 = ZMR 2005, 771] unter II 2). Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind (§ 558 Abs. 2 BGB). Nach diesen gesetzlichen Vorgaben ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll (BVerfGE 53, 352, 358 [= WuM 1980, 123]). Die ortsübliche Vergleichsmiete darf im Prozess daher nur auf der Grundlage von Erkenntnisquellen bestimmt werden, die die tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer für die freie tatrichterliche Überzeugungsbildung (§ 286 ZPO) hinreichenden Weise ermittelt haben (Senatsurteil vom 16. Juni 2010 – VIII ZR 99/09, NZM 2010, 665 [= WuM 2010, 505 = ZMR 2010, 846] Rn. 9; vgl. BVerfGE 37, 132, 143 [= WuM 1974, 169]).

14 b) Wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, ist der Tatrichter im Rahmen seiner freien Überzeugungsbildung nicht auf das im Erhöhungsverlangen des Vermieters genannte Begründungsmittel im Sinne des § 558a Abs. 2 BGB beschränkt. Existiert ein ordnungsgemäßer Mietspiegel, der Angaben für die in Rede stehende Wohnung enthält, so darf dieser vom Tatrichter berücksichtigt werden.

15 aa) Dies folgt für einen Mietspiegel, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt worden ist (§ 558d Abs. 1 BGB; qualifizierter Mietspiegel), bereits aus der in § 558d Abs. 3 BGB vorgesehenen Vermutungswirkung. Der Gesetzgeber misst einem solchen Mietspiegel eine besondere Gewähr für die Richtigkeit und Aktualität der in ihm enthaltenen Daten und breite Akzeptanz zu (BT-Drucks. 14/4553, S. 57). Aus diesen Gründen wird von Gesetzes wegen (§ 292 ZPO) vermutet, dass die in einem qualifizierten, die zeitlichen Vorgaben des § 558d Abs. 2 BGB einhaltenden Mietspiegel bezeichneten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben. Diese Vermutungswirkung kann aber in der Praxis nur zum Tragen kommen, wenn der Tatrichter den qualifizierten Mietspiegel auch in dem Fall berücksichtigen darf, dass der Vermieter sein Erhöhungsverlangen anderweitig begründet hat. Dass die Wahl eines anderen Begründungsmittels den Tatrichter nicht daran hindert, die ortsübliche Vergleichsmiete unter Verwendung eines qualifizierten Mietspiegels zu bestimmen, ergibt sich schließlich auch daraus, dass der Gesetzgeber dem Vermieter zwingend aufgibt, in seinem Erhöhungsverlangen auch dann die nach dem qualifizierten Mietspiegel maßgeblichen Angaben zur Wohnung mitzuteilen, wenn er die Mieterhöhung auf eine andere Grundlage stützt (§ 558a Abs. 3 BGB).

16 bb) Aber auch ein Mietspiegel im Sinne des § 558c Abs. 1 BGB, der die Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB nicht erfüllt (einfacher Mietspiegel), darf in die Überzeugungsbildung des Tatrichters einfließen. Ihm kommt zwar nicht die in § 558d Abs. 3 BGB dem qualifizierten Mietspiegel vorbehaltene Vermutungswirkung zu. Er stellt jedoch ein Indiz dafür dar, dass

die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben (Senatsurteil vom 16. Juni 2010 – VIII ZR 99/09, aaO Rn. 12). Wie weit diese Indizwirkung reicht, hängt von den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls, insbesondere der Qualität des Mietspiegels ab (Senatsurteil vom 16. Juni 2010 – VIII ZR 99/09, aaO Rn. 12 f.; vgl. auch Stempel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV/216).

17 c) Voraussetzung für die Berücksichtigung des Mietspiegels als Indiz oder als Vermutung im Rahmen der Überzeugungsbildung des Tatrichters ist jedoch, dass der Mietspiegel die Tatbestandsmerkmale des § 558c Abs. 1 BGB beziehungsweise des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt. Die Revisionserweiterung verkürzt die Tatbestandsvoraussetzungen des § 558d Abs. 3 BGB, wenn sie für das Eingreifen der dort geregelten Vermutungswirkung allein ausreichen lassen will, dass „die Vorschrift des Abs. 2 eingehalten“, also der Mietspiegel im Abstand von zwei Jahren der Marktentwicklung angepasst oder nach vier Jahren neu erstellt worden ist (vgl. § 558d Abs. 2 BGB). Sie lässt außer Betracht, dass § 558d Abs. 3 BGB ausdrücklich an die „im qualifizierten Mietspiegel genannten Entgelte“ anknüpft, in § 558d Abs. 2 BGB ebenfalls von einem qualifizierten Mietspiegel die Rede ist und sich damit beide Absätze auf die in § 558d Abs. 1 BGB enthaltene Legaldefinition des qualifizierten Mietspiegels beziehen.

18 Da an einen qualifizierten Mietspiegel bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind (Hinweispflicht im Rahmen des Mieterhöhungsverlangens nach § 558a Abs. 3 BGB, Vermutungswirkung nach § 558d Abs. 3 BGB), muss die Frage, ob es sich um einen – ordnungsgemäß erstellten und anerkannten – qualifizierten Mietspiegel handelt, für die betroffenen Parteien auch überprüfbar sein (vgl. BT-Drucks. 14/4553, aaO zum Merkmal der Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Methoden). Diese Überprüfung erfolgt nicht im Verwaltungsprozess (BVerwG, NJW 1996, 2046 ff. <für einen einfachen Mietspiegel>; OVG Münster, NZM 2006, 906 <für einen qualifizierten Mietspiegel> [= WuM 2006, 623]), sondern inzident im Rahmen eines Zivilprozesses über die Berechtigung einer Mieterhöhung (vgl. LG Bochum, DWW 2007, 298; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 10. Aufl., § 558d BGB Rn. 106; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 558d Rn. 2).

19 aa) Auf die Prüfung, ob ein Mietspiegel die Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt, kann im Bestreitensfall nicht schon deswegen verzichtet werden, weil der Mietspiegel von seinem Ersteller als qualifizierter Mietspiegel bezeichnet oder von der Gemeinde und/oder von den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter als solcher anerkannt und veröffentlicht worden ist. Denn diese Umstände beweisen noch nicht, dass die Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB auch tatsächlich erfüllt sind, insbesondere der Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist (vgl. Kinne in Beierlein u. a., Der Mietprozess, 2006, Kap. 4 Rn. 41; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 558d Rn. 20; Langenberg, WuM 2001, 523, 525). Das Gericht muss vielmehr – gegebenenfalls unter Einholung amtlicher Auskünfte gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 2 oder § 358a Nr. 2 ZPO – über das Vorliegen der in § 558d Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen Beweis erheben. Die Einhaltung/Nichteinhaltung anerkannter wissenschaftlicher Grundsätze wird sich, sofern sie sich nicht bereits – etwa aufgrund der im Mietspiegel oder den hierzu veröffentlichten Erläuterungen enthaltenen (aussagekräftigen) Angaben zum Verfahren der Datengewinnung und -auswertung sowie zu den einzelnen Bewertungsschritten – als offenkundig darstellt oder vom Gericht in eigener Sachkunde beurteilt werden kann, häufig nur durch ein Sachverständigen Gutachten klären lassen (vgl. Staudinger/Emmerich, aaO Rn. 15, 18; Börstinghaus, NZM 2000, 1087, 1092; Mersson, ZMR 2002, 806, 809). Es wird aber durchaus auch Fälle geben, in denen eine ausreichende Klärung durch die Anhörung von sachverständigen Zeugen (§ 414 ZPO) – etwa von Experten, die an der Erstellung des Mietspiegels maßgeblich beteiligt waren – herbeigeführt werden kann. Ob im Bestreitensfall ein Sachverständigen Gutachten erforderlich

ist, hängt vorrangig von der Art der gegen den Mietspiegel vorgebrachten Einwendungen, der Aussagekraft der vorhandenen und zugänglichen Dokumentation der Datenerhebung und Datenauswertung, dem Inhalt der Erläuterungen zu der im Mietspiegel angewandten Methodik und der eigenen Sachkunde des Gerichts ab.

20 (1) Die Notwendigkeit, bei Bestreiten des Vorliegens eines qualifizierten Mietspiegels hierüber Beweis zu erheben, birgt allerdings die Gefahr in sich, dass die in § 558d Abs. 3 BGB vorgesehene Vermutung ihre verfahrensvereinfachende Funktion (vgl. hierzu Senatsurteil vom 20. April 2005 – VIII ZR 110/04, aaO unter II 2 c cc) im Ergebnis weitgehend einbüßt. Denn die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde, ist in aller Regel kosten- und zeitaufwändig.

21 (2) Diese Auswirkungen sind jedoch als unvermeidbar hinzunehmen, denn das Gesetz knüpft die – verfahrensleichternde – Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB nur an einen Mietspiegel, der den Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB unstreitig, offenkundig (§ 291 ZPO) oder nachweislich genügt (Staudinger/Emmerich, aaO Rn. 15). Sie lassen sich zudem durch eine sachgerechte Anwendung zivilprozessualer Grundsätze auf ein für die beteiligten Parteien vertretbares Maß verringern.

22 (a) Von der Partei, die das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels in Abrede stellt, ist zunächst zu verlangen, dass sie im Rahmen des Möglichen substantiierte Angriffe gegen den Mietspiegel vorbringt, sofern die Erstellung des Mietspiegels in allgemein zugänglichen Quellen dokumentiert ist (vgl. Staudinger/Emmerich, aaO Rn. 15, 19; großzügiger dagegen Schmidt-Futterer/Börstinghaus, aaO Rn. 99).

23 Der Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes ist bei Einführung des qualifizierten Mietspiegels davon ausgegangen, dass dessen Erstellung dokumentiert wird (BT-Drucks. 14/4553, S. 57). Auch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen hat im Rahmen seiner – in den Gesetzesmaterialien in Bezug genommenen – „Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln“ aus dem Jahr 2002 ausgeführt, dass ein qualifizierter Mietspiegel „zwingend zu dokumentieren“ ist, „um die Ergebnisse nachvollziehen und überprüfen zu können“. Hierzu sollen „insbesondere die angewandten Methoden ausführlich und möglichst verständlich“ dargestellt werden (S. 33; vgl. auch S. 34). Geschieht dies – wie die „Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln“ ebenfalls voraussetzen (S. 34) – in allgemein zugänglicher Form, lassen sich manche Fragestellungen (wie beispielsweise die der einer Wohnlageneinordnung zugrunde gelegten Kriterien) ohne weiteres klären. Informationen, die sich aus einer derartigen Dokumentation ergeben, kann die Partei, die den qualifizierten Mietspiegel nicht anerkennen will, nicht mehr mit Nichtwissen bestreiten. Sie muss sich vielmehr mit dem Inhalt der Dokumentation substantiiert auseinandersetzen, soweit dies ohne Fachkenntnisse – etwa auf dem Gebiet der Statistik – möglich ist.

24 (b) Liegt ein substantiiertes Bestreiten vor, wird sich in manchen Fällen die richterliche Überzeugung über die Einhaltung/Nichteinhaltung wissenschaftlich anerkannter Grundsätze bei der Erstellung des Mietspiegels auf einfachere Weise als durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gewinnen lassen, etwa aufgrund ergiebiger Erläuterungen im Mietspiegel und ergänzend eingeholter amtlicher Auskünfte, durch Anhörung sachverständiger Zeugen oder kraft ausreichender eigener Sachkunde des Gerichts.

25 (c) Schließlich kann auch in den Fällen, in denen für eine ausreichende Klärung der Streitfragen ein Sachverständigengutachten unverzichtbar ist, unter Umständen die Möglichkeit bestehen, auf bereits existierende Gutachten zurückzugreifen. Ein in einem anderen Verfahren über die Frage der Einhaltung anerkannter wissenschaftlicher Methoden erhobenes Gutachten

kann gegebenenfalls entweder nach § 411a ZPO als Sachverständigenbeweis oder nach §§ 415 ff. ZPO als Urkundenbeweis verwertet werden.

26 bb) Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen hätte das Berufungsgericht im Streitfall die ortsübliche Vergleichsmiete nicht allein unter Verweis auf die in § 558d Abs. 3 BGB einem qualifizierten Mietspiegel zugeschriebene Vermutung feststellen dürfen. Denn die Klägerin hat bestritten, dass der Mietspiegel 2009 der Stadt Berlin nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde. Dieses Bestreiten war – unabhängig von der Frage, ob der vom Berufungsgericht herangezogene GEWOS-Endbericht über die Grundlagendaten für den Mietspiegel 2009 nicht, so die Rüge der Revision, allgemein zugänglich ist – auch hinreichend substantiiert. Die Klägerin hat moniert, die Einordnung der Wohngebiete im Berliner Mietspiegel 2009 beruhe – anders als etwa beim Münchner Mietspiegel – nicht auf überprüfbar anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erhebungen, sondern auf einer willkürlichen und realitätsfremden, nicht am tatsächlichen Mietniveau orientierten Einteilung einzelner Straßen und Gebiete in die drei Wohnlagen „einfach“, „mittel“ und „gut“, wobei die im Münchner Mietspiegel vorgesehene Kategorie „beste Wohnlage“ gar nicht vorgesehen sei. Hierbei hat sie insbesondere die im Straßenverzeichnis zum Mietspiegel 2009 vorgenommene Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in die Kategorie „einfache Wohnlage“ bemängelt und dazu vorgebracht, die Wohnung liege in einem – vor allem wegen seiner Infrastruktur – besonders beliebten Innenstadtbereich (Berlin-Mitte), in dem deutlich über dem einschlägigen Höchstwert des Berliner Mietspiegels 2009 liegende Mieten erzielt würden. Dies werde exemplarisch dadurch belegt, dass von 30 Wohnungen im Bestand der Klägerin nur drei innerhalb der im einschlägigen Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne lägen. Die Klägerin hat damit die Richtigkeit und Repräsentativität des dem Mietspiegel zugrunde gelegten Datenmaterials substantiiert in Frage gestellt. Mit diesen Einwänden hat sich das Berufungsgericht in seinen Urteilsgründen nicht hinreichend befasst. Es ist lediglich auf die Rüge der Klägerin eingegangen, der Berliner Mietspiegel 2009 sehe nicht die Kategorie „beste Wohnlage“ vor. Dass das Berufungsgericht sämtliche Einwendungen der Klägerin aus eigener Sachkunde und ausschließlich unter Verwertung ordnungsgemäß in den Prozess eingeführter Unterlagen hat widerlegen können, ist weder dem Berufungsurteil zu entnehmen noch sonst ersichtlich. Das Berufungsgericht hätte daher den Berliner Mietspiegel 2009 nicht ohne Klärung der strittigen Punkte als qualifizierten Mietspiegel im Sinne des § 558d BGB bewerten dürfen.

27 3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

28 a) Zwar hätte das Erhöhungsbegehren der Klägerin nach ihrem bisherigen Vortrag auch dann keinen Erfolg gehabt, wenn das Berufungsgericht nicht oder jedenfalls nicht unter Heranziehung der Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB auf den Berliner Mietspiegel 2009 zurückgegriffen hätte. Denn die Klägerin hat für ihre vom Beklagten in Abrede gestellte Behauptung, die begehrte Miete von 5,02 € pro Quadratmeter sei ortsüblich, keinen Beweis angeboten. Sie hat sich insofern lediglich auf die bereits im Erhöhungsverlangen genannten vier Vergleichswohnungen bezogen. Abgesehen davon, dass der Beklagte die Vergleichbarkeit der benannten Wohnungen bestritten hat, stellen vier Wohnungen im Regelfall eine zu geringe Datengrundlage dar, um im Prozess die ortsübliche Vergleichsmiete zu beweisen (vgl. LG Düsseldorf, WuM 1990, 393; LG Berlin, GE 2004, 482; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, aaO, § 558a BGB Rn. 149; „Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln“ des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, S. 15). Allerdings ist die Klägerin – wie die Revision auch rügt – auf diesen Umstand entgegen § 139 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO bislang nicht hingewiesen worden (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 1986 – III ZR 121/85, NJW 1987, 591 unter III 2; OLG Köln, NJW 1995, 2116; Musielak/Stad-

ler, ZPO, 9. Aufl., § 139 Rn. 14). Ihr darf daher nicht die Gelegenheit abgeschnitten werden, einen entsprechenden Beweis- antritt nachzuholen.

29 b) Bei der Würdigung eines zur Ortsüblichkeit der verlangten Miete eingeholten Sachverständigengutachtens wird der Tatrichter zu berücksichtigen haben, dass in den Fällen, in denen ein qualifizierter Mietspiegel für das betroffene Wohngebiet vorliegt, diesem eine besondere Gewähr für die Richtigkeit und Aktualität der in ihm enthaltenen Daten zukommt (vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 57). Sofern der Mieter diese gesteigerte Richtigkeitsgewähr für sich in Anspruch nehmen und sich die Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB zu Nutze machen will, muss er entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts (vgl. auch schon LG Berlin, GE 2004, 1296) darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass der verwendete Mietspiegel die Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB erfüllt und es sich somit um einen qualifizierten Mietspiegel handelt (Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 558d Rn. 6; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, aaO § 558d BGB Rn. 95 ff.; Staudinger/Emmerich, aaO Rn. 20 f.; MünchKomm BGB/Artz, 6. Aufl., § 558d Rn. 7; Soergel/Heintzmann, aaO Rn. 4; Bamberger/Roth/Schüller, BGB, 3. Aufl., § 558d Rn. 20 f.; Erman/Dickersbach, BGB, 13. Aufl., § 558d Rn. 6; NK-BGB/Scheff, 2. Aufl., § 558d Rn. 9; Kinne, aaO; Börstinghaus, NZM 2002, 273, 276 f.; Rips, WuM 2002, 415, 419; Langenberg, aaO; Mersson, aaO; Kniep/Gratzel, WuM 2008, 645, 646).

30 III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die Parteien ihren Vortrag ergänzen können und das Berufungsgericht die danach gegebenenfalls erforderlichen Feststellungen treffen kann (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Zu BGH NJW 2005, 2074 = WuM 2005, 394 (s. Rn. 13) vgl. Anm. Thomma in WuM 2005, 394.

### §§ 573, 569 BGB

**Wohnraummiete; Zahlungsverzug;  
ordentliche Kündigung wegen nicht unerheblicher  
Pflichtverletzung; Mietrückstand aus erhöhten  
Betriebskostenvorauszahlungen**

**Eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs ist auch unterhalb der für die fristlose Kündigung geltenden Grenze des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB möglich. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters liegt jedoch nicht vor, wenn der Mietrückstand eine Monatsmiete nicht übersteigt und die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt.**

**§ 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB findet keine entsprechende Anwendung auf die ordentliche Kündigung.**

(BGH, Urteil vom 10. 10. 2012 – VIII ZR 107/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist seit 1972 Mieter einer Wohnung in Berlin. Die Klägerin, eine aus zwei Gesellschaftern bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ist durch Eigentumserwerb im Jahr 2003 in die Vermieterstellung eingetreten.

2 Gemäß § 4 des Mietvertrags ist die Miete monatlich im Voraus, spätestens am dritten Werktag, zu entrichten. Nach § 5 des Mietvertrags kann der Mieter gegenüber Mietforderungen mit Gegenforderungen nur aufrechnen, wenn er seine Absicht dem Vermieter mindestens eine Woche vor Fälligkeit angekündigt hat.

3 Nach dem Anschluss der ursprünglich nur mit Einzelöfen ausgestatteten Wohnung des Beklagten an die Fernwärmeversorgung verlangte die Klägerin ab März 2008 neben der Grundmiete (252,81 €) monatliche Heizkostenvorschüsse in Höhe von 70 €. Dem Beklagten waren zu diesem Zeitpunkt vom Job-

center monatliche Leistungen von 302,81 € für Heizung und Unterkunft bewilligt, wovon das Jobcenter 252,81 € direkt an die Klägerin und 50 € monatlich auf ein vom Beklagten benanntes Konto überwies.

4 Der Beklagte zahlte die von der Klägerin ab März 2008 verlangten Vorschüsse zunächst nicht. Mit anwaltlichem Schreiben vom 6. Mai 2009 teilte er mit, er sei davon ausgegangen, dass das Jobcenter monatliche Vorschüsse von 50 € an die Klägerin gezahlt habe, und kündigte Zahlungen in dieser Höhe für die Zukunft an; für Mai und Juni 2009 zahlte er am 1. Juli 2009 100 € und danach monatlich 50 €.

5 Mit Anwaltsschreiben vom 5. Oktober 2009 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis fristgemäß zum 31. Juli 2010, weil der Beklagte die Heizkostenvorauszahlungen von März 2008 bis April 2009 ( $14 \times 70 \text{ €} = 980 \text{ €}$ ) nicht gezahlt hatte. Die rückständigen Vorschüsse für diesen Zeitraum waren Gegenstand eines Zahlungsverfahrens, in dem der Beklagte mit Urteil des Amtsgerichts vom 12. November 2009 antragsgemäß verurteilt wurde. Der Beklagte leistete die ausstehenden Zahlungen am 30. Juli 2010. Das Urteil des Amtsgerichts wurde durch Zurückweisung der Berufung am 15. November 2010 rechtskräftig.

6 Mit Schreiben vom 12. November 2010 kündigte die Klägerin erneut fristgemäß, weil der Beklagte zu diesem Zeitpunkt die Miete für den laufenden Monat noch nicht gezahlt hatte.

7 Das Amtsgericht Berlin-Tempelhof-Kreuzberg hat der Räumungsklage stattgegeben, das Landgericht Berlin hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

8 **Aus den Gründen:** Die Revision hat keinen Erfolg.

9 I. Das Berufungsgericht (LG Berlin, GE 2012, 548) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

10 Die Kündigung vom 5. Oktober 2009 scheitere zwar nicht daran, dass sie nicht von der Klägerin, sondern von deren Gesellschaftern persönlich erklärt worden sei. Ungeachtet der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei es den Gesellschaftern unbenommen, persönlich die Kündigung des Mietverhältnisses zu erklären.

11 Der Beklagte könne gegen die Kündigung auch nicht mit Erfolg einwenden, dass ihn kein Verschulden an den Zahlungsrückständen treffe. Der Beklagte habe selbst eingeräumt, dass das Jobcenter an ihn 50 € monatlich für Heizkosten überwiesen habe, was ihm jedenfalls im Juni 2009 durch einen entsprechenden Ausdruck der Zahlungen des Jobcenters klar gewesen sein müsse. Allerdings könne die Kündigung unwirksam sein, wenn die Vorschrift des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf die ordentliche Kündigung anzuwenden sei. Dies könne indes dahinstehen, weil jedenfalls die weitere Kündigung vom 12. November 2010 das Mietverhältnis beendet habe. Der Beklagte sei im Zeitpunkt dieser weiteren Kündigung mit der vollen Novembermiete in Rückstand gewesen. Dies rechtfertige eine ordentliche Kündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, denn es handele sich angesichts der Höhe des Rückstands um eine erhebliche Pflichtverletzung. Der Rückstand mit einer Monatsmiete genüge für die ordentliche Kündigung. Auf die in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB genannte Grenze könne für die ordentliche Kündigung nicht abgestellt werden, denn sonst liefe diese bei Verletzung der Hauptleistungspflicht leer.

12 II. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung lediglich im Ergebnis stand. Die Kündigung vom 12. November 2010 ist unwirksam, weil Zahlungsrückstände des Mieters die ordentliche Kündigung nicht rechtfertigen, wenn sie – wie hier – den Betrag einer Monatsmiete nicht übersteigen und im Zeitpunkt der Kündigung weniger als einen Monat andauert haben. Gleichwohl hat das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen, denn das Mietverhältnis der Parteien ist bereits durch die Kündigung vom 5. Oktober 2009 beendet worden.

13 1. Die Kündigung der Klägerin vom 12. November 2010 ist unwirksam, weil die Pflichtverletzung des Beklagten, auf die sie gestützt ist – die Nichtzahlung der neun Tage zuvor fälligen Miete – keine „nicht unerhebliche Pflichtverletzung“ im Sinne des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellt.

14 a) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Miete für den Monat November 2010 gemäß § 4 des Mietvertrags am 3. November 2010 fällig wurde. Zwar wurde der Mietvertrag noch unter Geltung von § 551 BGB aF abgeschlossen, wonach die Miete jeweils am Monatsende zu zahlen war. Eine Formalklausel, die hiervon abweichend eine Zahlung jeweils bis zum dritten Werktag eines Monats im Voraus verlangt, ist nach der Rechtsprechung des Senats gleichwohl wirksam (Senatsbeschluss vom 26. Oktober 1994 – VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245, 249 f. [= RE WuM 1995, 28 = ZMR 1995, 60]). Entgegen der Ansicht der Revision gilt dies auch dann, wenn die Fälligkeitsklausel – wie hier – mit einer sogenannten Ankündigungsklausel kombiniert ist (Senatsurteil vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 191/10, NJW 2011, 2201 [= WuM 2011, 418 = ZMR 2011, 708 = NZM 2011, 579] Rn. 15; Senatsbeschluss vom 7. September 2011 – VIII ZR 345/10, WuM 2011, 676 Rn. 3).

15 b) In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur ist streitig, wie hoch ein vom Mieter verschuldeter Zahlungsrückstand sein und wie lange er andauert haben muss, um die ordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

16 aa) Nach einer teilweise vertretenen Auffassung soll den in § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB für die fristlose Kündigung festgelegten Voraussetzungen eine allgemeingültige Bedeutung zukommen. Deshalb setze auch eine auf Zahlungsverzug gestützte ordentliche Kündigung voraus, dass sich der Mieter mit einem Betrag in Höhe von zwei vollen Monatsmieten oder für zwei aufeinanderfolgende Monate mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete in Verzug befinde (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Auflage, § 573 BGB Rn. 27; MünchKommBGB/Häublein, 6. Aufl., § 573 Rn. 59).

17 bb) Nach der Gegenauffassung kommt auch bei einem Zahlungsverzug unterhalb der Schwelle des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine ordentliche Kündigung in Betracht. Dabei werden an die Höhe des Rückstands und die Dauer des Verzugs unterschiedliche Anforderungen gestellt. Teilweise soll jeder Zahlungsverzug zur Kündigung berechtigen, soweit es sich nicht um einen solchen handle, der auch bei jedem gutwilligen Vertragspartner einmal auftreten könne und nur zu einer kurzfristigen Störung des Vertragsverhältnisses führe (Schmid, DWW 1982, 77, 84); auch Rückstände unterhalb einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer unterhalb eines Monats werden gelegentlich als ausreichend angesehen (Grapentin in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Rn. IV 64).

18 Überwiegend wird jedoch eine erhebliche Pflichtverletzung erst bei einem Rückstand von einer Monatsmiete und einer Verzugsdauer von mindestens einem Monat angenommen (LG Wiesbaden NZM 2003, 713: rückständige titulierte Monatsmiete; Staudinger/Rolls, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rn. 47; Bamberger/Roth/Hannapel, BGB, 3. Aufl., § 573 Rn. 28; Schmid/Gahn, Miete, 2006, § 573 Rn. 22; Erman/Lützenkirchen, BGB, 13. Aufl., § 573 Rn. 24; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 573 Rn. 16: mindestens ein halber Monat Verzugsdauer).

19 cc) Der Auffassung, dass auch unterhalb der in § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB festgelegten Grenzen eine ordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs möglich ist, gebührt der Vorzug. Die fristlose Kündigung setzt voraus, dass dem Vermieter unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Fortsetzung des Vertrags nicht bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist zugemutet werden kann. Demgegenüber knüpft die ordentliche Kündigung an eine nicht unerhebliche Vertragsverletzung des Mieters an, die dem Vermieter die Lösung vom Vertrag nur unter Beachtung

gesetzlicher oder vereinbarter Kündigungsfristen erlaubt. Angesichts dieser unterschiedlichen Anforderungen an die fristlose und die ordentliche Kündigung besteht kein Grund, die vom Gesetzgeber für die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs festgelegten Grenzen auf die ordentliche Kündigung zu übertragen.

20 Hiervon geht auch das Berufungsgericht im Ansatzpunkt zutreffend aus. Allerdings muss bei der Bewertung einer Pflichtverletzung als „nicht unerheblich“ die Dauer und die Höhe des Zahlungsverzugs berücksichtigt werden. Nicht jeder geringfügige oder nur kurzfristige Zahlungsverzug rechtfertigt die Annahme einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung. In Anlehnung an die überwiegend vertretenen Auffassungen erscheint dem Senat die Erheblichkeitsgrenze nicht überschritten, wenn der Rückstand eines Monatsmiete nicht übersteigt und zudem die Verzugsdauer weniger als einen Monat beträgt. Hier befand sich der Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung vom 12. November 2010 mit der Miete für November neun Tage in Verzug, so dass die Grenze zur „nicht unerheblichen“ Pflichtverletzung noch nicht überschritten war.

21 2. Das Urteil des Berufungsgerichts erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig, denn das Mietverhältnis der Parteien ist bereits durch die Kündigung der Klägerin vom 5. Oktober 2009 beendet worden.

22 a) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Kündigung vom 5. Oktober 2009 nicht deswegen unwirksam, weil sie nicht im Namen der Vermieterin erklärt worden wäre. Auf die – nach Ansicht der Revision zu verneinende – Frage, ob die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein von der Gesellschaft eingegangenes Mietverhältnis persönlich kündigen können, kommt es nicht an, weil die anwaltliche Kündigung vom 5. Oktober 2009 im Namen der Gesellschaft ausgesprochen worden ist. Denn der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat darin auf eine von beiden Gesellschaftern erteilte Vollmacht und das mit dem Beklagten bestehende Mietverhältnis Bezug genommen. Hieraus ergibt sich hinreichend, dass die Kündigung im Namen der Gesellschaft als Vermieterin erfolgte.

23 b) Die Klägerin hat ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses (§ 573 Abs. 1 BGB), weil der Beklagte seine Pflichten aus dem Mietvertrag schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB), indem er in der Zeit von März 2008 bis April 2009 keine Zahlungen auf die in Höhe von 70 € monatlich geschuldeten Heizkostenvorauszahlungen leistete.

24 Dass er diese Pflichtverletzung mangels Verschulden nicht zu vertreten hätte (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), lässt sich dem Vorbringen des Beklagten entgegen der Auffassung der Revision nicht entnehmen. Zu Recht hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass eine unverschuldete wirtschaftliche Notlage, die den Beklagten an der Zahlung der Vorschüsse gehindert hätte, schon deshalb nicht vorlag, weil er im fraglichen Zeitraum monatlich 50 € für Heizkostenvorauszahlungen vom Jobcenter erhielt. Dass er diese Beträge „versehentlich“ zur Tilgung anderer Verbindlichkeiten verwendete, ändert nichts daran, dass dem Beklagten zumindest Fahrlässigkeit zur Last fiel. Selbst wenn nur monatliche Vorauszahlungen von 50 € berücksichtigt würden, wäre in dem Zeitraum von März 2008 bis April 2009 ein erheblicher, zwei Monatsmieten übersteigender und vom Beklagten auch zu vertretender Rückstand aufgelaufen.

25 Soweit der Beklagte geltend macht, er sei irrig davon ausgegangen, dass er die Vorauszahlungen nicht leisten müsse, könnte ihn dies nur unter den Voraussetzungen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums entlasten (vgl. Senatsurteile vom 25. Oktober 2006 – VIII ZR 102/06, NZM 2007, 35 [= GuT 2007, 36 KL = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103] Rn. 25, 27 sowie vom 11. Juli 2012 – VIII ZR 138/11, WuM 2012, 499 [= GuT 2012, 359 = NZM 2012, 637] Rn. 19). Für das Vorliegen eines unvermeidbaren Rechtsirrtums bestehen nach dem Sachvortrag des Beklagten jedoch keine Anhaltspunkte. Der Umstand, dass

der Beklagte nach eigenen Angaben davon ausging, dass die Zahlungen in Höhe von monatlich 50 € für ihn vom Jobcenter erbracht worden seien, und er Zahlungen in dieser Höhe ab Mai 2009 tatsächlich auch leistete, spricht im Gegenteil dafür, dass er sich darüber im Klaren war, nach dem Anschluss seiner Wohnung an die Fernwärmeversorgung Heizkostenvorauszahlungen entrichten zu müssen. Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt der Umstand, dass dem Beklagten im Zahlungsprozess in der ersten Instanz Prozesskostenhilfe bewilligt worden war, keine andere Beurteilung.

26 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revision steht der Kündigung vom 5. Oktober 2009 auch nicht die „Sperrwirkung“ des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB entgegen. Diese Vorschrift bestimmt für die fristlose Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB, dass im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung des Mieters zur Zahlung einer erhöhten Miete nach §§ 558 bis 560 BGB das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung gekündigt werden kann, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind.

27 Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf die ordentliche Kündigung kommt nicht in Betracht. Es besteht schon keine Regelungslücke, die eine solche analoge Anwendung rechtfertigen könnte.

28 aa) Wie der Senat für den ähnlich gelagerten Fall der in § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB geregelten Schonfristzahlung ausgeführt hat (Senatsurteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 [= WuM 2005, 250 = ZMR 2005, 356] unter II 2 a, c), sprechen bereits die unterschiedlichen Kündigungsvoraussetzungen für die außerordentliche fristlose Kündigung in § 543 BGB und für die ordentliche Kündigung in § 573 BGB dagegen, dass der Gesetzgeber die in § 569 Abs. 3 BGB enthaltenen Schutzvorschriften nur versehentlich auf die außerordentliche Kündigung beschränkt haben könnte. Der Zweck der Schutzvorschriften besteht darin, in bestimmten Konstellationen eine Obdachlosigkeit des Mieters infolge einer fristlosen Kündigung zu vermeiden; eine solche Gefahr der Obdachlosigkeit besteht angesichts der bei der ordentlichen Kündigung einzuhaltenden Kündigungsfrist nicht oder jedenfalls nicht in gleichem Maße (Senatsurteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04, aaO unter II 2 d aa). Im Übrigen kann von einem gesetzgeberischen Versehen, die Schutzvorschriften des § 569 Abs. 3 BGB entgegen der eigentlichen Intention nicht auch auf die ordentliche Kündigung bezogen zu haben, auch deshalb nicht (mehr) ausgegangen werden, weil der Gesetzgeber im Mietrechtsreformgesetz vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1149) zwar die Schonfrist bei der fristlosen Kündigung auf zwei Monate verlängert, gleichwohl aber bei dieser Gelegenheit für die ordentliche Kündigung keine anderweitige Regelung getroffen hat, obwohl die obergerichtliche Rechtsprechung schon in den 1990er Jahren eine analoge Anwendung der Regelung über die Schonfristzahlung auf die ordentliche Kündigung verneint hat (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04, aaO unter II 2 b).

29 bb) Auch bei der Regelung des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB handelt es sich um eine Regelung mit Ausnahmecharakter. Nach der Rechtsprechung des Senats kommt deshalb – mangels Bestehen einer Regelungslücke – eine analoge Anwendung weder für den preisgebundenen Wohnraum (Senatsurteil vom 9. Mai 2012 – VIII ZR 327/11, NJW 2012, 2279 [= GuT 2012, 253 = WuM 2012, 440] Rn. 16) noch für den Fall in Betracht, dass der Vermieter wegen Mietrückständen, die aus erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen (§ 560 Abs. 4 BGB) resultieren, nach § 543 Abs. 3 Nr. 3 Buchst. b BGB kündigt, ohne zuvor auf Zahlung der Rückstände zu klagen (Senatsurteil vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 1/11, WuM 2012, 497 [= GuT 2012, 361] Rn. 21). Für die ordentliche Kündigung gilt nichts anderes; auch insoweit ist für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB kein Raum.

30 d) Entgegen der Auffassung der Revision führt die vom Beklagten am 30. Juli 2010 nachträglich geleistete Zahlung ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

31 Allerdings hat der Senat im Zusammenhang mit der Bedeutung der Schonfristzahlung für eine ordentliche Kündigung ausgeführt, die innerhalb der Frist des § 569 BGB erfolgte nachträgliche Zahlung könne die Pflichtverletzung des Mieters in einem milderen Licht erscheinen lassen und unter diesem Gesichtspunkt von Bedeutung sein (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04, aaO unter II 2 d cc). Ob dies – wie es im damaligen Senatsurteil möglicherweise anklingt – im Rahmen der Wirksamkeit der Kündigung oder – was aus systematischen Gründen näher liegen dürfte – im Rahmen von § 242 BGB zu prüfen ist, weil sich die Berufung auf eine wirksam ausgesprochene Kündigung aufgrund nachträglich eingetretener Umstände im Einzelfall als rechtsmissbräuchlich darstellen kann (vgl. hierzu Senatsurteil vom 13. Oktober 2010 – VIII ZR 78/10, NJW 2010, 3775 [= WuM 2010, 757] Rn. 14, zur Anbietspflicht), bedarf hier keiner Entscheidung. Denn die im Juli 2010 und somit fast neun Monate nach der Kündigung erfolgte Zahlung lässt die schuldhaftige Pflichtverletzung des Beklagten, der in der Zeit vom März 2008 bis April 2009 Rückstände in Höhe von mehr als zwei Monatsmieten hat auflaufen lassen, auch nachträglich nicht in einem milderen Licht erscheinen. Die nachträgliche Zahlung steht daher dem Räumungsbegehren der Klägerin weder unter dem Gesichtspunkt der Wirksamkeit der Kündigung noch mit Rücksicht auf Treu und Glauben entgegen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Der Beschluss des Revisionsgerichts vom 18. 7. 2012 – VIII ZR 107/12 – zur (abgelehnten) einstweiligen Einstellung der Räumungszwangsvollstreckung in diesem Revisionsverfahren ist in GuT-W 2012, 28 (in diesem Heft) veröffentlicht.

### § 573 BGB

**Wohnraummiete; Kündigung; berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietvertrags; Nutzung der Mietwohnung ausschließlich zu beruflichen Zwecken; im Haus wohnender Vermieter; Interessenabwägung nach der Sozialklausel**

**Auch wenn der Vermieter, der eine andere Wohnung in demselben Haus bewohnt, die vermietete Wohnung nicht nur überwiegend, sondern ausschließlich für seine berufliche Tätigkeit nutzen will, ist das hierdurch begründete Interesse gemäß § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB an der Beendigung des Mietverhältnisses den in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten gesetzlichen Kündigungsgründen gleichwertig (Fortführung von BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2005 – VIII ZR 127/05, NZM 2005, 943 [= GuT 2006, 38 KL = WuM 2005, 779]).**

(BGH, Versäumnisurteil vom 26. 9. 2012 – VIII ZR 330/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind seit dem Jahr 2002 Mieter der streitgegenständlichen Wohnung in B. Der Kläger trat durch Erwerb des Hausgrundstücks in den Mietvertrag ein.

2 Mit Schreiben vom 2. November 2009 kündigte der Kläger das Mietverhältnis zum 30. April 2010 wegen Eigenbedarfs für seine Ehefrau, die beabsichtige, ihre Anwaltskanzlei nach B. in die Wohnung der Beklagten zu verlegen. Die Beklagten widersprachen der Kündigung und machen Härtegründe geltend.

3 Das Amtsgericht Berlin-Charlottenburg hat die Räumungsklage des Klägers abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Landgericht Berlin zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

#### 4 Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg.

5 Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagten in der mündlichen Revisionsverhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten waren. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis der Beklagten, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f.).

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Kläger habe gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Räumung der von ihnen innegehaltenen Wohnung aus § 546 Abs. 1 BGB. Das Mietverhältnis der Parteien sei durch die Kündigung vom 2. November 2009 nicht beendet worden. Die Voraussetzungen von § 573 Abs. 2 Nr. 2, § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB seien nicht gegeben.

8 Der Anwendungsbereich des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB sei schon deshalb nicht eröffnet, weil der vom Kläger geltend gemachte Bedarf nicht auf die wenigstens teilweise Nutzung der Wohnung zu Wohnzwecken, sondern auf die ausschließliche Nutzung zu beruflichen Zwecken gerichtet sei. Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift komme mangels Regelungslücke nicht in Betracht.

9 Zwar könne sich die Wirksamkeit einer Kündigung des Vermieters wegen der beabsichtigten Nutzung der Wohnung zu beruflichen Zwecken naher Angehöriger aus § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB ergeben. Die Kündigung habe hier jedoch keinen Erfolg, weil der Kläger ein das Bestandsinteresse der Beklagten als Mieter überwiegend berechtigtes Interesse des Klägers an der Beendigung des Mietverhältnisses nicht hinreichend dargelegt habe.

10 Zugunsten des Klägers könne als zutreffend unterstellt werden, dass der (Haupt-)Wohnsitz des Klägers und seiner Ehefrau nach B. (in das streitgegenständliche Haus) verlegt werde und seine Ehefrau beabsichtige, ihre Anwaltstätigkeit in B. auszuüben. Diese Gründe seien auch durchaus nachvollziehbar und vernünftig. Gleichwohl ergebe sich daraus kein Nutzungsinteresse von so hinreichendem Gewicht, dass es geeignet sei, den Beklagten gegenüber den Verlust der Wohnung und damit des Lebensmittelpunkts einer dreiköpfigen Familie zu rechtfertigen.

11 II. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Wirksamkeit der Kündigung vom 2. November 2009 nicht verneint werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB an der Beendigung des Mietverhältnisses über die von den Beklagten gemietete Wohnung dargelegt.

12 1. Die Beantwortung der Frage, ob ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben ist, erfordert eine umfassende Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Sie obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie auf einer rechtsfehlerfrei gewonnenen Tatsachengrundlage beruht, alle maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt worden sind und der Tatrichter den zutreffenden rechtlichen Maßstab angewandt hat (Senatsurteile vom 9. Mai 2012 – VIII ZR 238/11, WuM 2012, 388 [= GuT 2012, 261 = ZMR 2012, 691 = NZM 2012, 501] Rn. 10; vom 23. Mai 2007 – VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460 [= GuT 2007, 315 KL = WuM 2007, 457] Rn. 11 und VIII ZR 113/06, WuM 2007, 459 [= ZMR 2007, 767] Rn. 11). Der Prüfung anhand dieses Maßstabs halten die Ausführungen des Berufungsgerichts indes nicht stand.

13 Ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses setzt zum einen voraus, dass der Vermieter vernünftige Gründe für die Inanspruchnahme der Wohnung hat, die den Nutzungswunsch nachvollziehbar erscheinen lassen (vgl. Senatsurteil vom 23. Mai 2007 – VIII ZR 122/06, aaO Rn. 12). Zum anderen ist zu beachten, dass der Kündi-

gungstatbestand des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB den in § 573 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsgründen gleichgewichtig ist, da sonst der Schutzzweck des Gesetzes vereitelt würde (vgl. BVerfGE 84, 366, 371 f. zu § 564a BGB aF [= WuM 1991, 661]; Senatsurteil vom 9. Mai 2012 – VIII ZR 238/11, aaO Rn. 13 mwN; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 573 Rn. 176). Für die Frage, ob ein Interesse als berechtigt nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB anzusehen ist, kommt es daher auch darauf an, ob es ebenso schwer wiegt wie die in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten Kündigungsgründe (Senatsurteil vom 9. Mai 2012 – VIII ZR 238/11, aaO).

14 2. Beides ist hier der Fall. Nach dem vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Vortrag des Klägers, den das Revisionsgericht seiner Beurteilung zugrunde zu legen hat, beabsichtigt der Kläger, der mit seiner Ehefrau eine andere Wohnung desselben Hauses bewohnt, die von den Beklagten innegehaltene Wohnung seiner Ehefrau zur Ausübung ihrer Tätigkeit als Rechtsanwältin zu überlassen. Wie das Berufungsgericht insoweit zutreffend beurteilt hat, ist dieser Nutzungswunsch nachvollziehbar und vernünftig. Das vom Kläger geltend gemachte Interesse ist auch den in § 573 Abs. 2 BGB beispielhaft aufgeführten gesetzlichen Kündigungsgründen gleichwertig.

15 a) Zwar wird in Rechtsprechung und Schrifttum teilweise die Ansicht vertreten, dass ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Kündigung nicht vorliege, wenn die zu kündigende Wohnung ausschließlich zu geschäftlichen Zwecken genutzt werden solle (AG Hamburg, WuM 2007, 710; Staudinger/Rolfs, aaO Rn. 95; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 573 BGB Rn. 54). Aus dem Umkehrschluss aus § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wonach der Vermieter die Räume „als Wohnung benötigen“ müsse, folge, dass der Gesetzgeber einen derartigen Bedarf des Vermieters ausschließlich zu geschäftlichen Zwecken gerade nicht anerkennen wolle. Dies könne nicht durch einen Rückgriff auf den Auffangtatbestand des § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB umgangen werden.

16 b) Dem ist jedoch nicht zu folgen. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist, wenn der Vermieter die vermietete Wohnung überwiegend für eigene gewerbliche Zwecke und nur teilweise für eigene Wohnzwecke nutzen will, das hierdurch begründete Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses nach § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Grund der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht geringer zu bewerten als der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB gesetzlich geregelte Eigenbedarf des Vermieters zu Wohnzwecken (Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2005 – VIII ZR 127/05, NZM 2005, 943 [= GuT 2006, 38 KL = WuM 2005, 779]).

17 An dieser Wertung ändert sich nichts dadurch, dass der Vermieter die vermietete Wohnung ausschließlich für seine berufliche Tätigkeit oder – wie hier – für die berufliche Tätigkeit eines Familienangehörigen nutzen will. Denn auch insofern ist ein dem Kündigungsgrund des Eigenbedarfs gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB „artverwandtes“ Interesse vorhanden (vgl. Senatsurteil vom 9. Mai 2012 – VIII ZR 238/11, aaO Rn. 14). Dies gilt umso mehr, wenn sich – wie hier nach dem Vortrag des Klägers zu unterstellen ist – die selbst genutzte Wohnung des Vermieters und die an die Mieter vermietete Wohnung in demselben Haus befinden. Die Entscheidung des Vermieters, ob die berufliche Tätigkeit innerhalb seiner Wohnung oder in einer von seiner Wohnung getrennten, in demselben Haus gelegenen anderen Wohnung ausgeübt werden soll, ist zu respektieren, sofern der Nutzungswunsch nachvollziehbar und vernünftig begründet ist.

18 III. Hiernach kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 2 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht zu den für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung maßgeblichen Umständen keine Feststellungen getroffen hat. Zudem hat das Berufungsgericht verkannt, dass die Interessen des Mieters nicht im Rahmen der Wirksamkeit der Kündigung gegen die Interessen des Vermieters abzuwägen



sind; vielmehr sind die Belange des Mieters, wenn ein Erlangungsinteresse des Vermieters besteht, im Rahmen der Prüfung des Widerspruchs des Mieters gegen die Kündigung zu berücksichtigen (§§ 574, 574a BGB – sogenannte Sozialklausel). Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### §§ 812, 1093 BGB

**Vermietung der Wohnung des im Pflegeheim lebenden Wohnungsberechtigten; Bereicherungsanspruch gegen den vermietenden Gebäudeeigentümer; Abgrenzung Wohnungsrecht von Nießbrauch**

**Besteht keine vertragliche Bindung zwischen dem Eigentümer und dem Wohnungsberechtigten, der einer außerhäuslichen Pflege bedarf, so wird der Eigentümer, der die Wohnung eigenmächtig vermietet, durch die Einnahme der Mietzinsen nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten bereichert.**

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2012 – V ZR 206/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte und ihr im Jahr 2007 verstorbener Ehemann lebten seit 1992 bei der kinderlosen Klägerin und renovierten deren Haus nebst Gehöft und Ställen. Die damals 73 Jahre alte Klägerin setzte den Ehemann der Beklagten im Jahr 1995 zum Alleinerben ein und übertrug ihm ihr Hausgrundstück gegen Einräumung eines Wohnungsrechts an den Räumen im Erdgeschoss, Zahlung einer monatlichen Rente und Übernahme von Pflege- und Unterstützungspflichten. Das Wohnungsrecht und eine Reallast wurden in das Grundbuch eingetragen. Der Ehemann der Beklagten übertrug das Grundstück im Jahr 2002 unentgeltlich an die Beklagte.

2 Im Jahr 2005 wurde die Beklagte zur Betreuerin der Klägerin bestellt; seit 2006 lebt die Klägerin in einem Pflegeheim. Sie ist derzeit in Pflegestufe III eingestuft. Die Beklagte hat die von dem Wohnungsrecht umfassten Räume seit Februar 2008 zu einem Mietzins von 250 € monatlich an Dritte vermietet. Sie wurde daraufhin als Betreuerin entlassen. Die Klägerin, die über monatliche Renten- und Pachteinkünfte sowie Sparguthaben verfügt, muss neben ihren laufenden Einkünften auch ihr Vermögen zur Deckung der Pflegekosten einsetzen. Ihre Klage, die auf Auskehrung der von Februar 2008 bis März 2010 von der Beklagten vereinnahmten Mieten in Höhe von 6500 € sowie Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten gerichtet ist, ist vor dem Landgericht Erfurt ohne Erfolg geblieben. Das Oberlandesgericht Jena hat das Urteil teilweise geändert und der Klage in Höhe von 3250 € stattgegeben. Während die Beklagte mit der Revision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen will, verfolgt die Klägerin mit der Anschlussrevision ihre zuletzt gestellten Anträge weiter; beide Parteien beantragen jeweils die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, das Wohnungsrecht sei nicht erloschen, obwohl die Klägerin es gesundheitsbedingt nicht mehr ausüben könne. Weder die Beklagte noch die Klägerin seien ohne Zustimmung des jeweils anderen berechtigt, die Räume zu vermieten. Eine ergänzende Auslegung des Bestellungsvertrags scheidet aus, weil die Beklagte an diesem Vertrag nicht beteiligt gewesen sei. Die Klägerin könne aber gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB die Auskehrung der hälftigen Mieten verlangen. Hätte die Beklagte vor der Vermietung die erforderliche Zustimmung der Klägerin – bzw. eines Ergänzungsbetreuers – eingeholt, wäre eine Vereinbarung getroffen worden, die entweder eine gemeinsame Vermietung oder eine Vermietung durch die Klägerin vorgesehen hätte; im Zweifel wäre – wie sich aus § 430 BGB analog oder aber aus § 242 BGB ergebe – eine hälftige Teilung der Erlöse vereinbart

worden. Infolgedessen habe die Beklagte die hälftigen Mieten auf Kosten der Klägerin erlangt. Es reiche aus, wenn der Bereicherungsschuldner etwas erlangt habe, wofür er bei redlichem Vorgehen hätte zahlen müssen. Die Zustimmung zu der Vermietung hätte die Beklagte nur gegen eine Beteiligung an den Mieterlösen „erkaufen“ können.

### II. Revision

4 Die Revision hat Erfolg.

5 1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass ein auf Auskehrung der Mieten gerichteter Zahlungsanspruch nicht schon deshalb ausscheidet, weil das Wohnungsrecht erloschen ist. Es besteht fort, obwohl die Klägerin es wegen ihres Gesundheitszustands nicht mehr ausüben kann. Zwar erlischt eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dann, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil bietet. Für ein Wohnungsrecht hat der Senat dies aber auch dann verneint, wenn der Berechtigte an der Ausübung aus subjektiven Gründen dauerhaft gehindert ist. Dabei hat er sich auf die Erwägung gestützt, der Wohnungsberechtigte könne die Räume mit Gestattung des Eigentümers vermieten (§ 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB; Senat, Urteil vom 19. Januar 2007 – V ZR 163/06, NJW 2007, 1884 [= WuM 2007, 139] Rn. 13 mwN; Krüger, ZNotP 2010, 2, 4).

6 Ohne Erfolg wendet die Revision ein, dass diese Voraussetzung hier nicht vorliege, weil die Beklagte die Räume selbst vermietet und damit zum Ausdruck gebracht habe, dass sie eine Vermietung durch die Klägerin nicht gestatten werde. Das Erlöschen eines auf Lebenszeit eingeräumten Wohnungsrechts kommt vor dem Tod des Berechtigten nur ausnahmsweise in Betracht. Ein dauerhafter Wegfall des Interesses ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Berechtigte die Wohnung selbst nicht nutzen kann und der Eigentümer die Vermietung nicht gestattet. Insoweit kommt es auf die abstrakte Möglichkeit der Gestattung an (Auktor, MittBayNot 2008, 14 f.; Mayer, DNotZ 2008, 672, 674 f.). Das ergibt sich schon daraus, dass die Versagung der Gestattung den Rechtsnachfolger des Eigentümers nicht bindet und deshalb die wirtschaftliche Nutzung nicht – wie es erforderlich wäre – dauerhaft und zweifelsfrei ausschließt (vgl. LG Heidelberg, NotBZ 2010, 155 ff.).

7 2. Richtig ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass sich der geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht aus dem Bestellungsvertrag herleiten lässt, weil die Beklagte nicht Vertragspartei war. Aus diesem Grund scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung von vornherein aus; das gilt auch für die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, die ohnehin regelmäßig daran scheitert, dass die Notwendigkeit einer außerhäuslichen Pflege kein unvorhersehbarer Umstand ist (Senat, Versäumnisurteil vom 9. Januar 2009 – V ZR 168/07, NJW 2009, 1348 [= WuM 2009, 184 = ZMR 2009, 434] Rn. 11; Krüger, ZNotP 2010, 2, 4).

8 3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann der Anspruch auch nicht auf § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützt werden.

9 a) Der Bereicherungsschuldner erlangt nur dann im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB etwas auf Kosten des Bereicherungsgläubigers, wenn er in eine Rechtsposition eingegriffen hat, die nach der Rechtsordnung dem Gläubiger zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 9. März 1989 – I ZR 189/86, BGHZ 107, 117, 120 f.). Insoweit ist es nicht – wie das Berufungsgericht meint – entscheidend, ob der Bereicherungsschuldner bei redlichem Vorgehen etwas für die erlangte Position hätte zahlen müssen (so OLG Karlsruhe, NJW-RR 2000, 1005, 1006; MünchKomm-BGB/Schwab, 5. Aufl., § 812 Rn. 250). Vielmehr kommt es darauf an, ob der Bereicherungsgläubiger nur die Unterlassung der unerlaubten Nutzung des Rechtsguts verlangen kann oder ob er darüber hinaus selbst berechtigt wäre, die Nutzungen zu ziehen. Aus diesem Grund wird ein Anspruch des Eigentümers auf Auskehrung der vereinnahmten Mieten bei einer unberechtigten Vermietung der dem Wohnungsrecht unter-

liegenden Räume durch den Wohnungsberechtigten verneint (Senat, Urteil vom 2. Juni 1972 – V ZR 154/70, BGHZ 59, 51, 57 f.; OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 467, 468 [= ZMR 1994, 159 und 507]; Auktor, MittBayNot 2008, 14, 16 mwN). Dem entspricht es, dass der Bundesgerichtshof dem Vermieter in ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Auskehrung des durch eine unberechtigte Untervermietung erzielten Mietzinses versagt, weil der Vermieter zwar Unterlassung verlangen, selbst aber keine Untervermietung vornehmen könne (vgl. nur BGH, Urteile vom 13. Dezember 1995 – XII ZR 194/93, BGHZ 131, 297, 304 ff. [= WuM 1996, 216 = ZMR 1996, 189] mwN; vom 12. August 2009 – XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522 [= GuT 2009, 306 = ZMR 2010, 21] Rn. 30).

10 b) Danach scheitern auch Ansprüche des Wohnungsberechtigten gegen den – wie hier – eigenmächtig vermietenden Eigentümer (so auch Herrler, DNotZ 2009, 408, 418 f.; Lemke/Böttcher, Immobilienrecht, § 1093 BGB Rn. 24; aA Kollhossler, BB 1973, 820, 821). Die Beklagte hat zwar den mittelbaren Besitz an der Wohnung, nicht aber die vereinnahmten Mieten auf Kosten der Klägerin erlangt.

11 aa) Die Mietzinsen werden nicht – wie die Anschlussrevision meint – allein deshalb auf Kosten der Klägerin erlangt, weil die Beklagte sich den Nutzungswert der Räume angeeignet hat. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann die rechtliche Zuweisung der Mieten auch nicht durch eine fiktive Vermietungsvereinbarung geändert werden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Nutzungen der Klägerin deshalb zugewiesen waren, weil sie ihrerseits einen Anspruch gegen die Beklagte auf Gestattung der Vermietung gehabt hätte (vgl. Brückner, NJW 2008, 1111, 1114).

12 bb) Daran fehlt es.

13 (1) Das Wohnungsrecht berechtigt gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zu einer eingeschränkten, nämlich der persönlichen Nutzung der umfassten Räume durch den Wohnungsberechtigten unter Ausschluss des Eigentümers. Gestattet ist lediglich die Aufnahme der Familie des Wohnungsberechtigten und der „zur standesgemäßen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen“ (§ 1093 Abs. 2 BGB). Es umfasst nicht das Recht zu einer Überlassung der Räume an Dritte. Darin unterscheidet es sich von einem Nießbrauch, der ein umfassendes Nutzungsrecht gewährt (§ 1030 Abs. 1, § 1059 Satz 2 BGB).

14 (2) Weil sich die Parteien mit der Bestellung des Wohnungsrechts bewusst auf ein höchstpersönliches Nutzungsrecht beschränkt haben, führt auch die ergänzende Auslegung des Bestellungsvertrags im Regelfall nicht zu einer Pflicht des Eigentümers, die Vermietung durch den Wohnungsberechtigten zu gestatten (Senat, Versäumnisurteil vom 9. Januar 2009 – V ZR 168/07, NJW 2009, 1348 [= WuM et al. aaO] Rn. 18 ff.; Krüger, ZNotP 2010, 2, 4); dies scheidet hier ohnehin aus, weil die Beklagte nicht Vertragspartei war.

15 (3) Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision kann eine Pflicht der Beklagten, eine Vermietung durch die Klägerin zu gestatten, auch nicht aus § 242 BGB hergeleitet werden. Zwar steht die Ausübung der Rechte des Eigentümers ebenso wie die Ausübung des dinglichen Rechts unter dem das gesamte Zivilrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben. Es fehlt aber schon an besonderen Umständen, die die Versagung der Gestattung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen ließen. Dass die Beklagte ihrerseits eine Vermietung vorgenommen hat, reicht für sich genommen nicht aus. Zudem verfügt die Klägerin den Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge über Einkommen und Vermögen, aus dem die Pflegekosten gedeckt werden können. Unabhängig davon kann der Grundsatz von Treu und Glauben nur die Rechtsausübung im Einzelfall beeinflussen, nicht aber die Befugnisse des Berechtigten über den Inhalt des dinglichen Rechts hinaus ausdehnen. Billigte man dem mit dem Eigentümer schuldrechtlich nicht verbundenen Wohnungsberechtigten einen Anspruch auf Gestattung der Vermietung zu, würde das dingliche Wohnungsrecht

in unzulässiger Weise um Elemente eines Nießbrauchs an der Wohnung erweitert (vgl. Senat, Versäumnisurteil vom 9. Januar 2009 – V ZR 168/07, aaO, Rn. 20).

16 4. Andere Rechtsgrundlagen für den geltend gemachten Anspruch auf Auskehrung der Mieten gibt es nicht. Aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 687 Abs. 2, § 681 Satz 2, § 667 BGB folgt er nicht, weil die Vermietung kein Geschäft der Klägerin war. Auf § 816 Abs. 2 BGB kann er nicht gestützt werden, weil die Beklagte keine Verfügung über das Wohnungsrecht vorgenommen hat; einer entsprechenden Anwendung der Norm steht entgegen, dass der Eigentümer den Mietzins nicht anstelle des Wohnungsberechtigten vereinnahmt. Schließlich scheidet Ansprüche gemäß § 990 i. V. m. § 987, § 99 Abs. 3 BGB schon deshalb aus, weil es an einer Vindikationslage zwischen Eigentümer und Wohnungsberechtigtem fehlt.

17 5. Scheidet – wie hier – eine ergänzende Vertragsauslegung aus und fehlt es an späteren Absprachen über die Nutzung der Wohnung, hat ein subjektives Ausübungshindernis allerdings zur Folge, dass die Wohnung weder von dem Wohnungsberechtigten noch von dem Eigentümer genutzt werden kann (vgl. Senat, Versäumnisurteil vom 9. Januar 2009 – V ZR 168/07, aaO, Rn. 13; Brückner, NJW 2008, 1111, 1112). Dieses Ergebnis mag wirtschaftlich unbefriedigend erscheinen. Es ist aber Folge der Bestellung eines auf die persönliche Ausübung beschränkten lebenslänglichen Wohnungsrechts. Bei dieser Sachlage kann das Betreuungsgericht im Einzelfall sogar eine Aufgabe des Wohnungsrechts durch den Betreuer genehmigen (BGH, Beschluss vom 25. Januar 2012 – XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956 f. [= GuT 2012, 154]; Zimmer, NJW 2012, 1919 ff.).

#### Anschlussrevision

18 Die Anschlussrevision hat keinen Erfolg, weil kein Anspruch auf Auskehrung der Mieten besteht. Damit scheidet auch der Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten aus.

19 III. Das Urteil kann danach keinen Bestand haben. Weil die Sache zur Entscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist das Berufungsgericht aufzuheben und die Berufung insgesamt zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

#### §§ 68, 278, 280, 283 FamFG

#### Betreuungssache; Anhörung bzw. Begutachtung des Betroffenen gegen seinen Willen in seiner Wohnung

**a) In einem Betreuungsverfahren darf der Betroffene gegen seinen Willen in seiner Wohnung weder angehört noch begutachtet werden.**

**b) Wirkt der Betroffene an einer erforderlichen Anhörung bzw. Begutachtung nicht mit, so kann das Gericht seine Vorführung anordnen.**

(BGH, Beschluss vom 17. 10. 2012 – XII ZB 181/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Betroffene wendet sich gegen seine Betreuung.

2 Das Amtsgericht Duisburg-Hamborn hat die Betreuung angeordnet und den weiteren Beteiligten für die Aufgabenkreise Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitsfürsorge, Wohnungsangelegenheiten, Vermögensangelegenheiten, Behördenangelegenheiten sowie Empfang und Öffnung der Post zum Betreuer des Betroffenen bestellt. Die Beschwerde des Betroffenen hat das Landgericht Duisburg zurückgewiesen. Hiergegen wendet er sich mit seiner Rechtsbeschwerde.

3 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

4 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass der angefochtene Beschluss des Amtsgerichts im Ergebnis nicht zu beanstanden sei. Es sei davon auszugehen, dass der volljährige Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit seine Angelegenheiten nicht besorgen könne. Nach den Ausführungen des Sachverständigen leide der Betroffene unter einer psychotischen Störung (wahrscheinlich im Sinne einer Schizophrenie mit ausgeprägtem Wahnerleben). Aufgrund dieser Erkrankung könne der Betroffene keine seiner Angelegenheiten, die von ihm eine rechtsverbindliche Äußerung erfordern, selbst interessengerecht besorgen.

5 Auch § 1896 Abs. 1 a BGB stehe der Bestellung des Betreuers nicht entgegen. Nach den Ausführungen des Sachverständigen sei davon auszugehen, dass der Betroffene hinsichtlich der Frage der Betreuerbestellung keinen freien Willen bilden könne.

6 Die in der Beschwerdeschrift gerügten Begleitumstände der erstinstanzlich erfolgten Anhörung und Untersuchung des Betroffenen, die die Kammer zunächst veranlasst hätten, ein weiteres Sachverständigengutachten einzuholen, rechtfertigten auch kein anderes Ergebnis. Denn zu einer neuen Begutachtung habe es der Betroffene nach Mitteilung des gerichtlich beauftragten Sachverständigen nicht kommen lassen. Von einer Vorführung zur Untersuchung sei abzusehen gewesen, da eine solche mit Begleitumständen einhergehen würde, die mit denen vergleichbar seien, die bereits zur Gutachterstellung vom 19. Oktober 2011 geführt hätten. Zu dem eingeholten Gutachten habe der Betroffene inzwischen auch Stellung nehmen können. Konkrete Anhaltspunkte, die gegen die Richtigkeit der Ausführungen des Sachverständigen sprächen, seien jedoch nicht aufgezeigt worden. Die angeführten Fehler des Gutachtens hätten evident keine Auswirkung auf die Beantwortung der Beweisfrage. Auch hätten dem Sachverständigen die anlässlich des Anhörungstermins gewonnenen Erkenntnisse für eine Gutachterstellung genügt. Das Gespräch mit dem Betroffenen sei dem Sachverständigen insbesondere nicht etwa als zu kurz erschienen. Von einer Anhörung des Betroffenen habe die Kammer gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG abgesehen. Das Amtsgericht habe den Betroffenen angehört; von einer erneuten Anhörung des Betroffenen seien wegen seiner Verweigerungshaltung keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten.

7 2. Dies hält hinsichtlich der von der Rechtsbeschwerde erhobenen Verfahrensrügen rechtlicher Überprüfung nicht stand.

8 a) Das Landgericht hätte von einer Anhörung des Betroffenen nicht absehen dürfen.

9 aa) Gemäß § 278 Abs. 1 Satz 1 FamFG hat das Gericht den Betroffenen vor der Bestellung eines Betreuers persönlich anzuhören. Es hat sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen. Diesen persönlichen Eindruck soll sich das Gericht in dessen üblicher Umgebung verschaffen, wenn es der Betroffene verlangt oder wenn es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht widerspricht (§ 278 Abs. 1 Satz 2 und 3 FamFG).

10 Nach § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG kann das Beschwerdegericht zwar von einer Anhörung absehen, wenn diese bereits im ersten Rechtszug vorgenommen wurde und von einer erneuten Vornahme keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Im Beschwerdeverfahren kann allerdings nicht von einer Wiederholung solcher Verfahrenshandlungen abgesehen werden, bei denen das Gericht des ersten Rechtszuges zwingende Verfahrensvorschriften verletzt hat. In diesem Fall muss das Beschwerdegericht den betreffenden Teil des Verfahrens nachholen (Senatsbeschlüsse vom 15. Februar 2012 – XII ZB 389/11 – FamRZ 2012, 619 Rn. 18 und vom 9. November 2011 – XII ZB 286/11 – FamRZ 2012, 104 Rn. 24).

11 bb) Die vom Amtsgericht durchgeführte Anhörung war verfahrensfehlerhaft, weshalb das Beschwerdegericht die Anhörung des Betroffenen hätte wiederholen müssen.

12 Wie den Gerichtsakten zu entnehmen ist, hat das Amtsgericht die Anhörung des Betroffenen in dessen Wohnung durch-

geführt, ohne ihn vorher von diesem Termin zu benachrichtigen. Der Betroffene war nicht dazu bereit, den Richter und den zu diesem Termin geladenen Sachverständigen in seine Wohnung zu lassen. Erst nachdem der Richter den Schlüsseldienst und die Polizei herbeigeht hatte, öffnete der Betroffene die Tür. Das Amtsgericht hat mit dieser Vorgehensweise den deutlichen Widerspruch des Betroffenen übergangen und – ohne Rechtsgrundlage – die Anhörung (und Begutachtung) des Betroffenen in dessen Wohnung in verfahrenswidriger Weise durchgesetzt.

13 An der Rechtswidrigkeit dieser Verfahrensweise hätte sich auch dann nichts geändert, wenn sich der Betroffene (zuvor) einer richterlichen Anhörung entzogen hätte. Für solche Fälle sieht § 278 Abs. 5 FamFG vielmehr die Vorführung des Betroffenen vor.

14 Im Übrigen erscheint es wegen der ausnahmeähnlichen Situation, in der sich der Betroffene befand, zweifelhaft, ob der Anhörungstermin überhaupt geeignet war, dem Gericht einen zutreffenden Eindruck von ihm zu vermitteln.

15 Da sonach die Anhörung durch das Amtsgericht fehlerhaft erfolgt war, hätte das Landgericht den Betroffenen erneut, notfalls nach Anordnung der Vorführung gemäß § 278 Abs. 5 i. V. m. § 68 Abs. 3 Satz 1 FamFG, anhören müssen.

16 b) Ferner ist die Einholung des Sachverständigengutachtens – wie von der Rechtsbeschwerde ebenfalls zutreffend gerügt – verfahrensfehlerhaft erfolgt.

17 aa) Im Verfahren zur Bestellung eines Betreuers hat gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 FamFG eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung eines Gutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme stattzufinden.

18 Ebenso wenig, wie der Betroffene gegen seinen Willen in seiner Wohnung angehört werden darf, darf der Sachverständige den Betroffenen gegen dessen Willen in dessen Wohnung untersuchen. Hierfür gibt es keine Rechtsgrundlage. Wirkt der Betroffene an einer Begutachtung nicht mit, so kann das Gericht gemäß § 283 Abs. 1 und Abs. 3 FamFG (nur) seine Vorführung anordnen und gegebenenfalls die Befugnis aussprechen, die Wohnung des Betroffenen zu betreten. Letztere Maßnahme dient freilich allein dem Ziel, die Person des Betroffenen aufzufinden, um ihn der Untersuchung zuzuführen (Schulte-Bunert/Weinreich/Eilers FamFG 3. Aufl. § 283 Rn. 15).

19 Unbeschadet der Frage, ob das Amtsgericht eine solche Anordnung – konkludent – erlassen hat, wäre diese jedenfalls rechtswidrig. Denn sie hätte ersichtlich allein dem von § 283 Abs. 3 FamFG nicht umfassten Zweck gedient, die Untersuchung des Betroffenen in seiner Wohnung zu ermöglichen, nicht aber seiner Verbringung in die Räumlichkeiten des Sachverständigen.

20 Hier kommt ebenfalls hinzu, dass die bereits oben dargestellte Ausnahmesituation einer fachgerechten Begutachtung entgegengestanden haben dürfte. So erklärt sich auch, dass der Sachverständige laut seines Gutachtens darauf verzichtet hat, dem Betroffenen „gezielte Fragen zu seiner Lebensgeschichte“ zu stellen, „da die Umstände, die die Begutachtung ermöglicht hatten, die Bereitschaft des Betroffenen, bereitwillig über sich zu berichten, nicht vergrößerten.“

21 bb) Ersichtlich wegen seiner Bedenken gegen das amtsgerichtliche Verfahren hat das Beschwerdegericht eine weitere Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen angeordnet. Zutreffend weist die Rechtsbeschwerde darauf hin, dass das Landgericht von diesem – rechtlich gebotenen – Entschluss nicht abrücken durfte, weil sich der Betroffene laut Mitteilung des neuen Sachverständigen nicht ohne weiteres begutachten lassen wollte. Insofern hätte das Landgericht eine Vorführung des Betroffenen nach § 283 FamFG erwägen müssen.

22 3. Die angegriffene Entscheidung beruht auf den festgestellten Verfahrensfehlern. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das

Beschwerdegericht zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn der Betroffene ordnungsgemäß angehört und begutachtet worden wäre.

23 4. Gemäß § 74 Abs. 5 FamFG ist der angefochtene Beschluss aufzuheben. Da die Sache wegen der noch ausstehenden Ermittlungen nicht zur Entscheidung reif ist, ist sie zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 707, 711, 712, 719, 721 ZPO  
Wohnraummiete;  
Revision gegen für vorläufig vollstreckbar erklärtes  
Räumungsurteil; einstweilige Einstellung der  
Räumungsvollstreckung**

**Versäumt der Räumungsschuldner im Berufungsverfahren, einen Vollstreckungsschutzantrag zu stellen, ohne dass ihm dies aus besonderen Gründen unmöglich gewesen ist, ordnet das Revisionsgericht auf den Antrag die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht an.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 18. 7. 2012 – VIII ZR 107/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist vom Amtsgericht Berlin-Tempelhof-Kreuzberg zur Räumung und Herausgabe der von ihm gemieteten Wohnung der Klägerin verurteilt worden. Das Landgericht Berlin hat seine Berufung zurückgewiesen und ihm eine Räumungsfrist bis zum 31. Juli 2012 gewährt. Es hat die Revision zugelassen. Der Beklagte hat Revision eingelegt und die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt.

2 **Aus den Gründen:** II. Der Einstellungsantrag des Beklagten ist nicht begründet.

3 1. Wird gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil Revision eingelegt, so ordnet das Revisionsgericht auf Antrag an, dass die Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt wird, wenn die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht (§ 719 Abs. 2 ZPO).

4 2. Der Beklagte hat die Voraussetzungen des § 719 Abs. 2 ZPO nicht dargetan.

5 a) Nicht unersetzlich sind Nachteile, die der Schuldner selbst vermeiden kann. Deswegen kann er sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich

nur dann darauf berufen, die Zwangsvollstreckung bringe ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil, wenn er in der Berufungsinstanz einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO gestellt hat. Hat der Schuldner dies versäumt, kommt eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn es dem Schuldner im Berufungsverfahren aus besonderen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar war, einen Vollstreckungsschutzantrag zu stellen (Senatsbeschlüsse vom 19. August 2003 – VIII ZR 188/03, WuM 2003, 637 unter II; vom 9. August 2004 – VIII ZR 178/04, WuM 2004, 553 unter II 1 mwN).

6 b) Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz keinen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO gestellt. In dem während des Berufungsverfahrens gestellten Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 1, § 707 ZPO, dem das Berufungsgericht mit Beschluss vom 4. April 2011 stattgegeben hat, kann schon wegen der unterschiedlichen Zielrichtung ein Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO nicht gesehen werden (Senatsbeschluss vom 9. August 2004 – VIII ZR 178/04, aaO). Auch in dem Schreiben vom 16. Februar 2012 kann ein solcher Antrag nicht gesehen werden. Dabei handelt es sich allenfalls um die Beantragung einer Räumungsfrist nach § 721 ZPO.

7 c) Es war dem Beklagten auch nicht aus besonderen Gründen unmöglich, im Berufungsverfahren einen Vollstreckungsschutzantrag zu stellen. Dafür, dass dem Beklagten die Stellung eines solchen Antrags nicht möglich oder nicht zumutbar war, ist weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die von dem Beklagten geltend gemachte schwere Erkrankung ist bereits bei der in dem Berufungsurteil gewährten Räumungsfrist berücksichtigt worden.

8 d) Dass das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit die Abwendungsbefugnis nach § 711 ZPO auch hinsichtlich des Räumungsanspruchs hätte einräumen müssen, ist unbeachtlich. Ein Vollstreckungsschutzantrag des Beklagten nach § 712 ZPO wäre auch dann nicht entbehrlich gewesen, weil die Abwendungsbefugnis des Schuldners nach § 711 ZPO entfällt, wenn der Gläubiger seinerseits vor der Vollstreckung Sicherheit leistet (Senatsbeschlüsse vom 19. August 2003 – VIII ZR 188/03, aaO; vom 9. August 2004 – VIII ZR 178/04, aaO unter II 2 b).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Das Revisionsurteil vom 10. 10. 2012 – VIII ZR 107/12 – in diesem Rechtsstreit ist in GuT-W 2012, 21 (in diesem Heft) veröffentlicht.

## Wohnungseigentum

**§§ 5, 10 WEG  
Wohnungseigentumsanlage; Kostenlast der  
Instandsetzung und Instandhaltung von Balkonen;  
Regelung in der Teilungserklärung**

**Eine in der Teilungserklärung getroffene Regelung, wonach Balkone, die zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind, auf dessen Kosten instandzusetzen und instandzuhalten sind, ist nicht einschränkend dahin auszulegen, dass hiervon Kosten ausgenommen sind, die die im Gemeinschaftseigentum stehenden Balkonteile betreffen.**

(BGH, Urteil vom 16. 11. 2012 – V ZR 9/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden die im Rubrum näher bezeichnete Wohnungseigentümergeinschaft. Einige der Ei-

gentumswohnungen verfügen über Balkone. In der Teilungserklärung heißt es in § 5. 2.:

„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.“

2 Auf der Eigentümerversammlung vom 10. März 2010 beschlossen die Wohnungseigentümer zu dem Tagesordnungspunkt (TOP) 4, dass „die Kosten der Rechnung der Fa. M. vom 23. November 2009“ anteilmäßig auf sämtliche Eigentümer umgelegt, und zu TOP 8, dass die (anstehenden) Kosten für die Sanierung der Balkone der Beklagten zu 1 und 2 von der Gemeinschaft übernommen werden. Die Rechnung der Fa. M. be-

trifft eine sog. Ursachenanalyse, in der von einer schadhafte Balkon- und Fugenabdichtung sowie von einem größtenteils losen und starke Rissbildungen aufweisenden Fliesenbelag die Rede ist.

3 Die gegen die Beschlüsse zu TOP 4 und 8 erhobene Anfechtungsklage ist in beiden Vorinstanzen [AG Idar-Oberstein; LG Koblenz] erfolgreich gewesen. Mit der zugelassenen Revision möchte der Beklagte zu 1 die Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die gefassten Beschlüsse entsprächen nicht ordnungsgemäßer Verwaltung, weil sie gegen § 5.2. der Teilungserklärung verstießen. Die Regelung sei nächstliegend dahin auszulegen, dass Eigentümer von Wohnungen, die mit einem Balkon ausgestattet seien, für sämtliche diesbezüglich entstehenden Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten aufkommen müssten. Der Wortlaut enthalte keine Einschränkung und biete keine Anhaltspunkte für eine irgendwie geartete – im Übrigen auch nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten führende – Unterscheidung. Damit seien die Kosten für die Isolierung und die Abdichtungsanschlüsse von den betroffenen Wohnungseigentümern zu tragen. Sie dürften nicht auf sämtliche Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft umgelegt werden.

5 II. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

6 1. Das Berufungsgericht beanstandet die angefochtenen Beschlüsse zu Recht. Diese verstoßen gegen § 5.2. der Teilungserklärung.

7 a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass bei der Auslegung einer Teilungserklärung maßgebend auf den Wortlaut und den Sinn abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegend ergibt; Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. nur Senat, Beschluss vom 7. Oktober 2004 – V ZB 22/04, NJW 2004, 3413 [= WuM 2004, 681 und 2005, 45 = ZMR 2004, 834] mwN; ebenso für Beschlüsse Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 291 f. [= WuM 1998, 738 = ZMR 1999, 41 = NZM 1998, 955]; vgl. auch Urteil vom 18. Juni 2010 – V ZR 193/09, NJW 2010, 2801 [= WuM 2010, 526 = ZMR 2010, 777] Rn. 1).

8 b) Die auf dieser Grundlage vorgenommene, ausführlich und überzeugend begründete Auslegung macht sich der Senat zu Eigen. Insbesondere hebt das Berufungsgericht zu Recht hervor, dass die Überbürdung der gesamten Kostenlast schon nach der sprachlichen Fassung von § 5.2. der Teilungserklärung daran anknüpft, dass der Balkon zum „ausschließlichen Gebrauch“ durch den jeweiligen Wohnungseigentümer bestimmt ist, die übrigen Wohnungseigentümer mithin von der Nutzung ausgeschlossen sind.

9 Entgegen der Auffassung der Revision, die sich auf zu „vergleichbaren Fällen“ ergangene Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 515 f. [= WuM 1998, 380 KL = ZMR 1998, 304], OLG Schleswig, ZMR 2006, 963 f.) beruft, ist der Teilungserklärung auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck, wie er sich bei nächstliegendem Verständnis einem unbefangenen Betrachter erschließt, keine Einschränkung zu entnehmen. Danach ist nicht ersichtlich, dass die das Gemeinschaftseigentum betreffenden Sanierungskosten nicht von dem jeweiligen Wohnungseigentümer getragen werden sollen (gegen eine solche Einschränkung auch BayObLG, ZMR 1999, 56, 58 f. [= WuM 1999, 57 = NZM 1999, 264]; OLG Braunschweig, ZMR 2006, 395, 396). Es ist zwar richtig, dass den Eintritt von Feuchtigkeit verhindernde Maßnahmen auch der Erhaltung des gesamten Gebäudes zugutekommen (können). Nur knüpft die Regelung hieran nicht an. In Übereinstimmung mit dem klaren und eindeutigen Wortlaut, dem insbesondere keine Differen-

zierung zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum zu entnehmen ist, besteht der Sinn der Regelung vielmehr darin, dass die übrigen – von der Nutzung der Balkone ausgeschlossenen – Wohnungseigentümer deshalb von der Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung aller Balkonteile befreit sein sollten, weil diese Lasten bei einer Bauweise ohne Balkone nicht angefallen wären. Eine solche Regelung zu treffen, liegt im privatautonomen Gestaltungsspielraum der Wohnungseigentümer bzw. des teilenden Eigentümers. Das Wohnungseigentumsrecht lässt den Wohnungseigentümern weitgehend freie Hand, wie sie ihr Verhältnis untereinander ordnen wollen (Senat, Urteil vom 13. Oktober 2006 – V ZR 289/05, WM 2006, 2374, 2376 [= WuM 2006, 704 = ZMR 2007, 470 = NZM 2007, 90] mwN).

10 2. Ob der in dem Verstoß gegen § 5.2 der Teilungserklärung liegende Rechtsfehler nur zur Anfechtbarkeit der Beschlüsse führt oder zu deren Nichtigkeit wegen fehlender Beschlusskompetenz zur erstmaligen Begründung einer Kostenlast der Gemeinschaft (vgl. Senat, Urteil vom 1. Juni 2012 – V ZR 225/11, NJW 2012, 2578, 2579 [= GuT 2012, 294 = WuM 2012, 466 = ZMR 2012, 709]), bedarf hier keiner Klärung, weil der Rechtsfehler innerhalb der Ausschlussfristen nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG geltend gemacht worden ist (dazu und zur Frage der Tenorierung Senat, Urteil vom 2. Oktober 2009 – V ZR 235/08, BGHZ 182, 307, 314 ff. [= WuM 2009, 686 = ZMR 2010, 126 = NZM 2009, 864]; vgl. auch Urteil vom 20. Mai 2011 – V ZR 175/10, NJW-RR 2011, 1232).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 13, 14, 15, 22 WEG; § 1004 BGB  
Einräumen des Sondernutzungsrechts durch  
teilenden Eigentümer bei Verkauf von  
Wohnungseigentumseinheiten;  
Verwendung und Zuteilung von Außenstellplätzen,  
Terrassenflächen und Gartenflächen**

**Der teilende Eigentümer kann sich in der Teilungserklärung ermächtigen lassen, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 22. 6. 2012 – V ZR 73/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Da sich die teilende Eigentümerin die Möglichkeit erhalten wollte, über die Verwendung und Zuteilung der zunächst als Außenstellplätze bezeichneten Flächen je nach Bedarf und Interesse zu entscheiden, wurden in die Teilungserklärung verschiedene Regelungen über die Ausgestaltung und Zuweisung von Sondernutzungsrechten aufgenommen. Insbesondere behielt sich die teilende Eigentümerin vor, durch Nachtragsurkunde dem jeweiligen Eigentümer einer Sondereigentumseinheit das Sondernutzungsrecht an den in einer Anlage zur Teilungserklärung bestimmten Außenstellplätzen einzuräumen; bis dahin waren die Sondereigentümer – mit Ausnahme der teilenden Eigentümerin – von Gebrauch und Nutzen dieser Flächen ausgeschlossen. Darüber hinaus sollte die teilende Eigentümerin ermächtigt und bevollmächtigt sein, die Ausgestaltung der noch nicht verkauften Einheiten sowie auch die Teilungserklärung zu ändern.

2 Der Beklagte erwarb seine Eigentumswohnung (Einheit Nr. 17) aufgrund des mit der teilenden Eigentümerin am 16. Januar 2009 geschlossenen notariellen Kaufvertrags. Unter Änderung der Teilungserklärung wurden u. a. zugeteilt die Fläche Nr. 13 zur Nutzung als Stellplatz und die Flächen Nr. 11 und 12 als Garten- und Terrassenfläche mit den Befugnissen, diese durch eine Hecke in Pflanzkästen aus Holz abzugrenzen. Der Beklagte errichtete auf den gesamten von den genannten Sondernutzungsrechten umfassten Flächen eine Holzterrasse und grenzte diese durch einen Zaun und Begrenzungssteine mit Be-

pflanzungen ab. Das hält der Kläger für rechtswidrig und verlangt Beseitigung der Terrassenanlage und Wiederherstellung des vorherigen Zustands.

3 In den Tatsacheninstanzen [AG Brühl; LG Köln] ist seine Klage ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt er seinen Klageantrag weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, die Nutzung des Beklagten halte sich im Rahmen des wirksam begründeten Sondernutzungsrechts. Die Verkäuferin habe die Teilungserklärung im notariellen Kaufvertrag geändert. Die in der Teilungserklärung der teilenden Eigentümerin erteilte Vollmacht sei wirksam. Nach dem klaren Wortlaut erfasse sie Änderungen „ohne jede Einschränkung“ und sei daher hinreichend bestimmt. Einer Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer habe es nicht bedurft, weil diese aufgrund der im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung von der Mitwirkung bei der Einräumung und Veränderung von Sondernutzungsrechten bereits ausgeschlossen gewesen seien. Da sich die Gestaltung der Beklagten innerhalb des von der geänderten Teilungserklärung vorgegebenen Rahmens halte, sei auch eine Zustimmung unter dem Blickwinkel einer baulichen Veränderung entbehrlich gewesen.

5 II. Die Revision hat nur teilweise Erfolg.

6 1. Das Berufungsgericht hat Ansprüche des Klägers nach § 1004 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3, § 22 Abs. 1 WEG jedenfalls im Ergebnis zu Recht verneint, soweit dem Beklagten Flächen zur Terrassen- und Gartennutzung zugewiesen worden sind.

7 a) Die Terrasse mit der vorgenommenen Gestaltung hält sich innerhalb des von der geänderten Teilungserklärung gesteckten Rahmens. Zwar bedürfen bauliche Veränderungen nach § 22 Abs. 1 WEG grundsätzlich der Zustimmung aller Wohnungseigentümer. Der Senat hat jedoch bereits entschieden, dass eine solche Zustimmung bereits in der Zuweisung des Sondernutzungsrechts enthalten ist, soweit bauliche Veränderungen Eingang in die Beschreibung des Sondernutzungsrechts gefunden haben oder wenn sie nach dem Inhalt des jeweiligen Sondernutzungsrechts üblicherweise vorgenommen werden und der Wohnungseigentumsanlage dadurch kein anderes Gepräge verleihen (Urteil vom 2. Dezember 2011 – V ZR 74/11, NJW 2012, 676 [= GuT 2012, 173 KL] mwN). So verhält es sich hier.

8 aa) Die Gestaltung und Nutzung der dem Sondereigentum des Beklagten zur Sondernutzung als Terrasse und Garten zugewiesenen Flächen ist schon aufgrund der ursprünglichen Fassung der Teilungserklärung, die durch die Änderung der Teilungserklärung lediglich konkretisiert worden ist, nicht zu beanstanden. Auch das hat der Senat bereits mit Urteil vom 2. Dezember 2011 (aaO), dem insoweit eine zumindest vergleichbare – dieselbe Eigentumsanlage betreffende – Fallgestaltung zugrunde liegt, im Einzelnen ausgeführt. Insbesondere hat er hervorgehoben, dass die in Rede stehenden und damals noch als Außenstellplätze bezeichneten Flächen unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer allein der Verkäuferin als teiler Eigentümerin zugewiesen worden sind und die Verkäuferin bei nächstliegender Auslegung der Teilungserklärung nicht darauf beschränkt war, die Flächen Erwerbenden von Wohnungseigentum nur zur Nutzung als Außenstellplätze zuzuweisen (aaO S. 677).

9 bb) Allerdings muss eine dahin gehende Ermächtigung – soll sie im Wege der Grundbucheintragung nach § 10 Abs. 3 WEG verdinglicht werden – dem sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen (Senat, Urteil vom 2. Dezember 2011, aaO; Urteil vom 20. Januar 2012 – V ZR

125/11, zur Veröffentlichung vorgesehen [= GuT 2012, 167 = ZMR 2012, 651 = NZM 2012, 464]). Das ist hier jedoch der Fall, weil sich die Abänderungsbefugnis auf in einer Anlage gekennzeichnete Flächen bezieht und die Befugnisse klar umrissen sind.

10 cc) Dass die Ermächtigung einer Inhaltskontrolle standhält und sich die Zuteilung des Sondernutzungsrechts mit dem hier in Rede stehenden Inhalt innerhalb des der teilenden Eigentümerin nach § 315 BGB zustehenden Gestaltungsmeresses hält, hat der Senat ebenfalls schon ausgesprochen. Auch insoweit wird auf das Senatsurteil vom 2. Dezember 2011 (aaO) Bezug genommen.

11 dd) Soweit der Kläger in tatsächlicher Hinsicht darauf verweist, er habe mit Nichtwissen bestritten, dass die nach der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen notwendige Zahl von Stellplätzen auch nach der vorgenommenen Änderung noch eingehalten werde, führt dies nicht zu einer anderen rechtlichen Bewertung. Denn für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nach § 1004 BGB trägt der Kläger die Darlegungslast (Senat, Urteil vom 2. Dezember 2011, aaO).

12 ee) Dass sich der Beklagte nicht an die gestalterischen Vorgaben des zugewiesenen Sondernutzungsrechts gehalten hat, führt nicht zu einer zumindest teilweise rechtswidrigen Nutzung. Allerdings sieht die Nutzungszuweisung durch die teilende Eigentümerin als Begrenzung der Terrassenfläche eine Hecke in Pflanzkästen aus Holz vor, während der Beklagte u. a. einen Stahlgitterzaun und Begrenzungssteine verwendet hat. Die Beseitigung einer solchen baulichen Änderung kann der Kläger indes nur dann verlangen, wenn sie ihn über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt (§ 22 Abs. 1 WEG). Eine solche Beeinträchtigung haben die Tatgerichte – der Sache nach – rechtsfehlerfrei verneint.

13 b) Eine wirksame Zuweisung des Sondernutzungsrechts scheidet nicht daran, dass das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob dingliche Gläubiger der Zuweisung zugestimmt haben. Da der Kläger auf kein diesbezügliches Parteivorbringen verweist, kommt es nicht mehr darauf an, dass eine Zustimmung nach § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG schon deshalb entbehrlich sein dürfte, weil durch den Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer bereits die negative Komponente des Sondernutzungsrechts dinglicher Inhalt der Wohnungs- und Teileigentumsrechte geworden ist und daher die Rechtsstellung dinglicher Gläubiger durch die nachfolgende Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an Erwerber unter Konkretisierung oder Änderung des Nutzungszwecks zumindest im Regelfall keine Verschlechterung mehr erfahren dürfte (Senat, Urteil vom 2. Dezember 2011 – V ZR 74/11, NJW 2012, 676, 677; vgl. auch BayObLG, NJW 2005, 444, 445 [= ZMR 2005, 300]; KG, ZMR 2007, 384, 387 [= GuT 2007, 45 KL = WuM 2007, 41 KL]; Riecke/Schmid/Schneider, aaO, § 5 Rn. 100 mwN).

14 2. Vor diesem Hintergrund scheidet auch ein Anspruch auf die Wiederherstellung eines ca. 1 m breiten plattierten Ganges zwischen der Fensterfront der Einheit und den Einstellplätzen aus.

15 3. Begründet ist die Klage dagegen, soweit der Beklagte die ihm nur als Außenstellplatz zugewiesene Fläche ebenfalls mit einer Holzterrasse versehen hat. Da diese bauliche Veränderung weder von der Beschreibung des zugewiesenen Sondernutzungsrechts (Nutzung als Stellplatz) gedeckt ist noch nach dessen Inhalt üblicherweise vorgenommen wird, wäre nach § 22 Abs. 1 WEG die Zustimmung auch des Klägers notwendig gewesen, weil dieser über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus in seinen Rechten beeinträchtigt wird. Dass Garten- und Terrassennutzungen üblicherweise mit einer stärkeren Belastung einhergehen als dies bei der typischen Nutzung einer Fläche als Stellplatz der Fall ist (zum besonderen Störungspotential von Holzterrassen vgl. auch Senat, Urteil vom 14. Oktober 2011 – V ZR 56/11, NZM 2012, 27, 28 [= GuT 2011, 318 = WuM 2012, 52 = ZMR 2012, 209]), liegt auf der Hand.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

## §§ 21, 23 WEG; §§ 242 BGB

**Wohnungseigentum; Schwammsanierung;  
Kreditaufnahme; Beschlusskompetenzen;  
Durchführung bestandskräftig beschlossener Maßnahme**

a) Es liegt in der Kompetenz der Wohnungseigentümer, die Aufnahme eines Kredites zur Deckung des Finanzbedarfs der Wohnungseigentümergeinschaft zu beschließen.

b) Dagegen fehlt es jedenfalls seit der vom Gesetzgeber nachvollzogenen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 6 Satz 1 WEG) an der Kompetenz, den Wohnungseigentümern eine gesamtschuldnerische Haftung durch Mehrheitsbeschluss aufzubürden.

c) Ein Wohnungseigentümer hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass die Ausführung eines bestandskräftigen Beschlusses unterbleibt; etwas anders gilt nur dann, wenn schwerwiegende Gründe – etwa bei einer erheblichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse – die Durchführung der bestandskräftig beschlossenen Maßnahme als treuwidrig (§ 242 BGB) erscheinen lassen.

(BGH, Urteil vom 28. 9. 2012 – V ZR 251/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden die Wohnungseigentümergeinschaft. Auf der Eigentümerversammlung vom 29. April 2009 wurde zu dem Tagesordnungspunkt (TOP) 2 mit 14 von 17 Stimmen die Gesamtsanierung der Wohnanlage mit einem Aufwand von insgesamt 550.000 € sowie dessen Finanzierung „über staatliche Zuschüsse und zinsbegünstigte KfW-Darlehen“ mit einer Zinsbindung von 10 Jahren und einer Laufzeit von 20 Jahren beschlossen. Die Finanzierungskosten sollten regelmäßig in den Wirtschaftsplan eingestellt und in monatlichen Teilbeträgen von den Wohnungseigentümern „gemäß den vorliegenden Einzelauswertungen“ getragen werden. Der Beschluss wurde nicht angefochten.

2 Auf einer weiteren Versammlung wurde am 6. November 2009 zu TOP 3 mehrheitlich die Zurückweisung des Antrags des Klägers beschlossen, diesen von jeglicher Haftung aus der Finanzierung freizustellen. Den Antrag hatte der Kläger damit begründet, dass er seinen Anteil aus eigenen Mitteln aufbringen und deshalb an der beschlossenen Finanzierung nicht teilnehmen wolle.

3 Die am 30. November 2009 eingereichte Klage, mit der der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses vom 29. April 2009 zu TOP 2 und die Ungültigkeitserklärung des Beschlusses vom 6. November 2009 zu TOP 3 beantragt hat, ist in beiden Vorinstanzen [AG Ettlingen; LG Karlsruhe] erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, dass der die Finanzierung betreffende Beschluss wirksam sei. Nichtigkeitsgründe lägen nicht vor. Die Entscheidung über eine Kreditaufnahme falle in die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer. Ob die Finanzierung ordnungsgemäßer Verwaltung entspreche, sei nicht mehr zu prüfen, nachdem der Kläger den Beschluss zu TOP 2 nicht innerhalb der Ausschlussfrist des § 46 Abs. 1 WEG angefochten habe. Entgegen der herrschenden Meinung könne davon abgesehen auch die Aufnahme eines langfristigen und höheren Kredites ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen. Der Beschluss zu TOP 3 sei nicht zu beanstanden. Dem Kläger stehe kein Anspruch auf Haftungsfreistellung zu. Bei Abwägung der widerstreitenden Belange überwiegen die Interessen der Gemeinschaft an einer Haftung auch des Klägers.

5 II. Der Revision bleibt der Erfolg versagt.

6 1. Der Beschluss vom 29. April 2009 zu TOP 2 ist bestandskräftig. Nichtigkeitsgründe liegen nicht vor. Zutreffend bejaht das Berufungsgericht insbesondere die Beschlusskompetenz für eine Kreditaufnahme.

7 a) Die Befugnis der Wohnungseigentümer, den Finanzbedarf der Wohnungseigentümergeinschaft auch durch die Aufnahme von Darlehen zu decken, ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Wohnungseigentumsgesetz, wird von diesem jedoch vorausgesetzt. Über die Deckung des Finanzbedarfs des nunmehr rechtsfähigen Verbandes (§ 10 Abs. 6 Satz 1 WEG) durch Beschluss zu befinden, ist Sache der Wohnungseigentümer. Dass hierzu auch die Entscheidung darüber gehört, ob der Bedarf durch einen Rückgriff auf vorhandene Rücklagen, durch die Erhebung von Sonderumlagen oder durch die Aufnahme von Darlehen gedeckt werden soll, hat der Senat bereits für die Rechtslage vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft entschieden (Beschluss vom 21. April 1988 – V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 202 [= WuM 1989, 95]). Für die Rechtslage nach der Reform des Wohnungseigentumsgesetzes gilt nichts anderes (vgl. Senat, Urteil vom 18. Februar 2011 – V ZR 197/10, NJW-RR 2011, 1093 [= WuM 2011, 311] Rn. 19; LG Bielefeld, NJW-RR 2012, 143; Abramenko, ZMR 2011, 897; Elzer, NZM 2009, 57, 59 u. 61; wohl auch BayObLG, NJW-RR 2006, 20, 23; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 27 Rn. 215; unklar Jennißen in Jennißen, WEG, 3. Auflage, § 10 Rn. 93a). Zunächst bietet das Gesetz mit der Regelung des § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG – danach ist der Verwalter berechtigt und verpflichtet, Tilgungsbeträge anzufordern, in Empfang zu nehmen und abzuführen, soweit es sich um gemeinschaftliche Angelegenheiten der Wohnungseigentümer handelt – zumindest einen Anhalt dafür, dass eine Beschlusskompetenz für die Deckung des Finanzbedarfs auch durch eine Kreditaufnahme besteht (Elzer, aaO, S. 59 aaO; vgl. auch LG Bielefeld, NJW-RR 2012, 143 unter Bezugnahme auf § 27 Abs. 2 Nr. 1 WEG a.F.). Vor allem aber bestand ein Kernanliegen der Reform gerade darin, die Verwaltung des Gemeinschaftseigentums durch Stärkung der Beschlusskompetenz zu erleichtern (BT-Drucks 16/887, S. 1, 10 f.).

8 Im Detail heftig umstritten ist allerdings die hiervon zu trennende Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Aufnahme eines Kredites, bei dem es nicht nur um die Deckung eines kurzfristigen Finanzbedarfes in überschaubarer Höhe geht, den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht (vgl. dazu und zum Streitstand BayObLG, NJW-RR 2006, 20, 23; LG Bielefeld, NJW-RR 2012, 143 ff.; Merle in Bärmann, aaO, § 27 Rn. 215; Abramenko, aaO, S. 897 f.; Elzer, aaO, S. 57, 61 f.; jeweils mwN). Nur kommt es darauf vorliegend nicht an, weil ein Beschluss zur Aufnahme eines nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechenden Kredits nach der Systematik des Wohnungseigentumsgesetzes nur auf fristgerecht erhobene Anfechtungsklage hin (§ 46 Abs. 1 Satz 2 WEG) zu beanstanden ist (vgl. nur Elzer, NZM 2009, 57, 61). Daran fehlt es hier. Der Finanzierungsbeschluss ist in Bestandskraft erwachsen.

9 b) Soweit die Revision auf Grundrechte des Klägers verweist, führt dies weder zu einer Einschränkung der Beschlusskompetenz im Wege der verfassungskonformen Auslegung noch wird dadurch die Wirksamkeit des Beschlusses unter dem Blickwinkel der Regelungen nach §§ 134, 138 BGB in Frage gestellt.

10 aa) Allerdings ist es richtig, dass bei der Auslegung und Anwendung des sog. einfachen Rechts der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte der Wohnungseigentümer – insbesondere aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 14 GG – Rechnung zu tragen ist. Das daraus auch in vermögensrechtlicher Hinsicht fließende Selbstbestimmungsrecht jedes Wohnungseigentümers ändert jedoch nichts daran, dass es mit Rücksicht auf die besonders engen nachbarschaftlichen Verhältnisse innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft in erhöhtem Maße einer gemeinschaftsverträglichen Ausbalancierung der widerstreitenden Belange durch Herstellung praktischer Konkordanz bedarf (zumindest im Ergebnis ebenso Hogenschurz in Jennißen, aaO, § 13 Rn. 2 u. § 14 Rn. 1; Timme/Dötsch, aaO, § 14 Rn. 1 f.; § 14

Rn. 7 ff. u. 31 f.; vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 220 f. [= WuM 2009, 757] u. Abramenko, ZMR 2011, 897 f., der für eine starke Gewichtung der Interessen finanzschwacher Wohnungseigentümer eintritt). Es steht jedoch im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, ob er der Wirkkraft der Grundrechte über die zivilrechtlichen Generalklauseln oder über andere Regelungen Geltung verschafft.

11 bb) Den zuletzt genannten Weg hat der Gesetzgeber hier in verfassungskonformer Weise beschritten. Er hat den Wohnungseigentümern die Kompetenz zugewiesen, die Aufnahme von Krediten durch die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband zu beschließen, und die Frage der Rechtmäßigkeit von Finanzierungen dem Kriterium der ordnungsgemäßen Verwaltung mit der Folge einer Überprüfungsmöglichkeit im Rahmen einer Anfechtungsklage zugewiesen. Bei der Frage, ob eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, ist zu berücksichtigen, dass die Wohnungseigentümer aufgrund ihres Selbstorganisationsrechts in der Regel – und so auch hier – einen Ermessensspielraum haben, bei dessen Ausgestaltung alle relevanten Umstände abzuwägen sind (Timme/Elzer, WEG, § 21 Rn. 164 f.; Merle in Bärmann, aaO, § 21 Rn. 28; jeweils mwN; vgl. auch Senat, Beschluss vom 25. September 2003 – V ZB 21/03, BGHZ 156, 192, 203 [= GuT 2004, 34 KL = WuM 2003, 712 = ZMR 2003, 937 = NZM 2003, 952]). Hierzu gehören insbesondere auch grundrechtsrelevante Positionen und Interessen.

12 Dass ein Wohnungseigentümer insoweit effektiven Rechtsschutz grundsätzlich nur innerhalb der Ausschlussfristen nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG erreichen kann, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Die den zeitnahen Eintritt der Bestandskraft anfechtbarer Beschlüsse sichernde Regelung ist Ausdruck des legitimen gesetzgeberischen Anliegens, über die Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu gewährleisten, dass für die Wohnungseigentümer und für den zur Ausführung von Beschlüssen berufenen Verwalter zumindest im Hinblick auf Anfechtungsgründe alsbald Klarheit darüber hergestellt wird, ob, in welchem Umfang und aufgrund welcher tatsächlichen Grundlage gefasste Beschlüsse einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden (vgl. Senat, Urteil vom 16. Januar 2009 – V ZR 74/08, BGHZ 179, 230, 237 [= WuM 2009, 190 = ZMR 2009, 296 = NZM 2009, 199] Rn. 20; Urteil vom 2. Oktober 2009 – V ZR 235/08, BGHZ 182, 307, 312 [= WuM 2009, 686 = ZMR 2010, 126 = NZM 2009, 864] Rn. 14).

13 c) Soweit der Kläger schließlich der Sache nach argumentiert, es fehle jedenfalls an der Kompetenz, die Übernahme einer gesamtschuldnerischen Haftung durch die Wohnungseigentümer mehrheitlich zu beschließen, ist das im rechtlichen Ausgangspunkt zwar richtig. Spätestens seit der vom Gesetzgeber nachvollzogenen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft als Verband (§ 10 Abs. 6 Satz 1 WEG), die ganz entscheidend mit der Ausschaltung einer gesamtschuldnerischen Haftung begründet worden ist (Senat, Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 163 u. 172 ff. [= GuT 2005, 229 KL = WuM 2005, 530 = ZMR 2005, 547 = NZM 2005, 543]), fehlt es an einer dahingehenden Kompetenz (Heinemann in Jennißen, aaO, § 21 Rn. 106 mwN; der Sache nach ebenso Jennißen in Jennißen, aaO, § 10 Rn. 93a; vgl. auch Klein in Bärmann, aaO, § 10 Rn. 304 i.V.m. Rn. 74: „zwingendes Recht“). Eine gesamtschuldnerische Haftung kommt nur noch in Betracht, wenn sich die einzelnen Wohnungseigentümer selbst neben dem Verband klar und eindeutig auch persönlich verpflichten (Senat, aaO, 172 f.; Klein in Bärmann, aaO, § 10 Rn. 304; Elzer, NZM 2009, 57, 59 mit Fn. 30). Dass der Gesetzgeber diese Sichtweise übernommen hat, wird dadurch bestätigt, dass er mit der Regelung des § 10 Abs. 8 WEG

ausdrücklich und mit Bedacht nur eine anteilmäßige (teilschuldnerische) persönliche Außenhaftung der Wohnungseigentümer angeordnet hat (vgl. BT-Drucks. 16/887, insbesondere S. 65 f.).

14 Der Kläger übersieht indessen, dass seine Argumentation zur gesamtschuldnerischen Haftung in dem Beschluss vom 29. April 2009 zu TOP 2 keine Grundlage findet. Maßgebend für die Auslegung von Beschlüssen der Wohnungseigentümer sind Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegend ergibt; Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (grundlegend Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 291 f. [= WuM 1998, 738]; vgl. auch Urteil vom 18. Juni 2010 – V ZR 193/09, NJW 2010, 2801 [= WuM 2010, 526] Rn. 1). Der Beschluss enthält jedoch nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer begründet werden sollte. Er ist daher nächstliegend dahin auszulegen, dass vollen Umfangs lediglich der rechtsfähige Verband und die einzelnen Wohnungseigentümer nur entsprechend ihren Anteilen für die Darlehensverbindlichkeiten einstehen sollen (§ 10 Abs. 8 WEG).

15 2. Jedenfalls im Ergebnis zu Recht erachtet das Berufungsgericht auch die gegen den Beschluss vom 6. November 2009 zu TOP 3 gerichtete Anfechtungsklage für unbegründet.

16 a) Der den Antrag des Klägers zurückweisende Beschluss entspricht ordnungsgemäßer Verwaltung. Die Wohnungseigentümer haben sich bei nächstliegender Auslegung des bestandskräftigen Finanzierungsbeschlusses vom 29. April 2009 für eine Kreditaufnahme ohne Haftungsfreistellung einzelner Wohnungseigentümer im Innenverhältnis entschieden; sie haben eine solche Freistellung auch nicht einer gesonderten Beschlussfassung vorbehalten. Ob eine derartige schematische Regelung unter Einbeziehung auch derjenigen Wohnungseigentümer, die über ausreichende Liquidität verfügen und diese zur Abwendung einer Kreditfinanzierung einsetzen wollen, ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, ist streitig (bejahend etwa Abramenko, ZMR 2011, 897 f.; verneinend Jennißen in Jennißen, aaO, § 16 Rn. 10a mwN auch zum Streitstand), braucht hier aber nicht entschieden zu werden. Denn ein Wohnungseigentümer hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass die Ausführung eines bestandskräftigen Beschlusses unterbleibt, weil die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums vorrangig den Beschlüssen der Wohnungseigentümer entsprechen muss (§ 21 Abs. 4 WEG); ein bestandskräftiger Beschluss schließt zumindest den Einwand aus, die Beschlussfassung habe nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprochen (Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 202/10, NJW 2011, 2660, 2661 [= WuM 2011, 440] Rn. 16; Urteil vom 3. Februar 2012 – V ZR 83/11, WuM 2012, 399, 400).

17 b) Etwas anders gilt allerdings dann, wenn schwerwiegende Gründe – etwa bei einer erheblichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse – die Durchführung der bestandskräftig beschlossenen Maßnahme als treuwidrig (§ 242 BGB) erscheinen lassen (zum Ganzen Merle in Bärmann, aaO, § 21 Rn. 54 mwN; vgl. auch Senat, Urteil vom 3. Februar 2012, aaO). Das ist hier jedoch nicht ersichtlich. Dass in fehlerhafter Umsetzung des Finanzierungsbeschlusses über die anteilige Haftung nach § 10 Abs. 8 WEG hinaus ein die gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer vorsehender Darlehensvertrag abgeschlossen worden wäre, ist nicht festgestellt; auch die Revision verweist auf kein dahingehendes tatsächliches Vorbringen. Im Übrigen wäre ein solcher Darlehensvertrag zumindest insoweit schwebend unwirksam gewesen (§ 177 Abs. 1 BGB i.V.m. § 139 BGB), so dass es in der Macht jedes Wohnungseigentümers gestanden hätte, zumindest die eigene gesamtschuldnerische Haftung durch Verweigerung der Genehmigung abzuwenden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe



**§§ 280, 278 BGB; § 27 WEG; § 543 ZPO  
Wohnungseigentumsanlage; Fällen von Bäumen aufgrund  
bestandskräftigen Beschlusses der Wohnungseigentümer;  
Schadensersatzbegehren eines Wohnungseigentümers;  
fehlerhafte Revisionszulassung durch ein  
Berufungsgericht oder Beschwerdegericht**

**Lässt der Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft aufgrund bestandskräftigen Beschlusses der Wohnungseigentümer auf dem Grundstück der Wohnanlage unter Beachtung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen Bäume fällen, kann ein einzelner Wohnungseigentümer daraus regelmäßig weder den Verwalter noch die Wohnungseigentümergeinschaft auf Ersatz eines Schadens in Anspruch nehmen.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 3. 2. 2012 – V ZR 83/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Mitglied der beklagten Wohnungseigentümergeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 17. März 2005 beschlossen die Wohnungseigentümer, die beiden im Hof stehenden Pappeln fällen zu lassen. Der Beschluss ist bestandskräftig. Die Verwalterin holte die Erlaubnis der Stadt ein und ließ die Bäume im Dezember 2005 fällen. Nachdem das beauftragte Unternehmen mit der Entfernung der Bäume begonnen hatte, forderte der Kläger die Verwalterin erfolglos zur Unterbrechung der Arbeiten auf, weil er die Bäume für gesund hielt. Mit der Klage begehrt er nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens die Feststellung, dass die Beklagte ihm den Ersatz des entstandenen Schadens schuldet. Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen [AG Köln; LG Köln] erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter.

2 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht lässt offen, ob das erforderliche Feststellungsinteresse besteht, weil die Klage jedenfalls unbegründet sei. Die Wohnungseigentümergeinschaft hafte nicht für eine schuldhaft Pflichtverletzung der Verwalterin. Diese werde nicht als ihre Erfüllungsgehilfin tätig, sondern nehme eigene Aufgaben wahr.

3 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

4 1. Die Revision ist zulässig. Sie ist allerdings nur wegen der Bindung des Revisionsgerichts an die Zulassung (§ 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO) als statthaft zu behandeln; die Entscheidung des Berufungsgerichts lässt – nicht zum ersten Mal (siehe z. B. Senatsurteil vom 21. Oktober 2011 – V ZR 265/10, WuM 2012, 48 [= NZM 2012, 239] Rn. 4) – die an Allgemeinbelange gebundene Beschränkung des Zugangs zur Revision durch die in § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO bestimmten Zulassungsgründe außer Acht.

5 a) Der in dem angefochtenen Urteil genannte Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) liegt offensichtlich nicht vor. Für das Berufungsgericht kommt eine Zulassung der Revision aus diesem Zulassungsgrund nur in den Fällen der Divergenz in Betracht, wenn also seine Entscheidung von derjenigen eines höher- oder gleichrangigen Gerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht (vgl. Senat, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 292 ff.). Dazu ist in dem angefochtenen Urteil nichts ausgeführt und auch nicht ansatzweise etwas erkennbar. Soweit dieser Zulassungsgrund auch andere Fallgruppen erfasst, nämlich verallgemeinerungsfähige Rechtsfehler, Verstöße gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) und Verletzungen von Verfahrensgrundrechten (insbesondere Art. 103 Abs. 1 GG), vermag dies zwar auf eine Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) die Zulassung einer Revision durch den Bundesgerichtshof, aber nicht die Zulassung eines Rechtsmittels durch ein Berufs- oder Beschwerdegericht zu begründen. Solche Fehler, die das Vertrauen in die Recht-

sprechung zu schädigen geeignet sind (vgl. Senat aaO., 295), hat nämlich jedes Gericht tunlichst zu vermeiden und nicht nur (vorsorglich) deren Behebung (mit der Zulassung eines Rechtsmittels) durch den Bundesgerichtshof zu ermöglichen (Senat, Beschluss vom 17. August 2011 – V ZB 128/11, NJW-RR 2011, 1459 [= WuM 2011, 571] Rn. 8 ff. zu § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

6 b) Ebenso wenig ist der Zulassungsgrund der Fortbildung des Rechts ersichtlich (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO). Er setzt voraus, dass der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Ein solcher Anlass besteht für die Entwicklung höchstgerichtlicher Leitsätze nur dann, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (vgl. Senat, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 292). Dies ist nicht der Fall, wie bereits der Umstand belegt, dass das Berufungsgericht selbst der Meinung war, sich mit seiner Sachentscheidung der „ganz herrschenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung“ anzuschließen.

7 2. Die Revision ist in der Sache unbegründet. Das Berufungsgericht lässt offen, ob der Feststellungsklage das Rechtsschutzbedürfnis deshalb fehlt, weil eine bezifferte Leistungsklage möglich ist. Hiergegen bestehen dann keine Bedenken, wenn der sowohl für die Feststellungs- als auch für die Leistungsklage maßgebliche Anspruchsgrund zu verneinen und demnach auch die Leistungsklage unbegründet wäre (Senat, Urteil vom 10. Juli 1987 – V ZR 285/85, NJW 1987, 2808, 2809; Musielak/Foerste, ZPO, 8. Aufl., vor § 253 Rn. 12). So ist es hier. Die Klage ist sowohl als Feststellungs- als auch als Leistungsklage unbegründet.

8 a) Das Berufungsgericht hat Schadensersatzansprüche des Klägers, soweit er sie nicht auf ein eigenes Verschulden der Beklagten, sondern auf eine behauptete Pflichtverletzung des Verwalters im Zusammenhang mit der Entfernung der Bäume stützt, im Ergebnis ohne Rechtsfehler verneint. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verwalter im Verhältnis der Wohnungseigentümergeinschaft zu dem einzelnen Wohnungseigentümer Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB ist. Ansprüche des Klägers gemäß § 280 Abs. 1, § 278 BGB scheidet nämlich schon deshalb aus, weil eine schadensursächliche Pflichtverletzung des Verwalters auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts nicht ersichtlich ist. Die Entfernung der Bäume beruhte auf einem bestandskräftigen Beschluss der Wohnungseigentümer, der lediglich die vorherige Erlaubnis der Stadt zur Voraussetzung machte. Anlass für die Maßnahme war ausweislich der Beschlussvorlage für einen der Bäume die schon seit längerer Zeit bestehende Fällgenehmigung der Stadt, hinsichtlich des zweiten Baumes eine Empfehlung der Entfernung wegen einer nur noch für wenige Jahre bestehenden Standfestigkeit. Über diese eher vagen Beweggründe hinaus enthielt der Beschluss keine weiteren Einschränkungen etwa dahingehend, dass seiner Umsetzung noch eine weitere Überprüfung der Standfestigkeit vorangehen solle. Die Verwalterin war gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG verpflichtet, den Beschluss zu vollziehen, indem sie die Erlaubnis der Stadt einholte und die Entfernung der Bäume in Auftrag gab. Durch die von dem Kläger begehrte Weisung an den beauftragten Unternehmer, die Arbeiten zu einem Zeitpunkt abzubrechen, als nur noch die Stämme standen, hätte sie sich schadensersatzpflichtig machen können. Soweit der Kläger darüber hinaus behauptet hat, die Verwalterin habe der Stadt den Beginn der Baumarbeiten nicht angezeigt, wäre ein solcher Verstoß gegen die öffentlich-rechtliche Anzeigepflicht nicht ursächlich für die Entfernung der Bäume, nachdem die Erlaubnis als solche bereits erteilt worden war. Die Anzeigepflicht bezieht sich allein auf den Zeitpunkt der Arbeiten.

9 b) Ebenso wenig haftet die Beklagte für eine eigene Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Soweit die Revision meint, ein auf den Zustand der Bäume bezogenes Wissen des Verwalters sei der Beklagten gemäß § 166 Abs. 1 BGB zurechenbar,

übersieht sie, dass der bestandskräftige Beschluss die Entfernung der Bäume nur an die Voraussetzung einer Erlaubnis der Stadt knüpfte. Der Einwand, die Beschlussfassung habe nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprochen, ist aufgrund der Bestandskraft ausgeschlossen (vgl. Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 202/10, NJW 2011, 2660 [= WuM 2011, 440 = ZMR 2011, 732] Rn. 16). Selbst wenn ein bestandskräftiger Beschluss anfechtbar gewesen sein sollte, kann ein einzelner Wohnungseigentümer nicht gemäß § 21 Abs. 4 WEG verlangen, dass seine Umsetzung unterbleibt. Allenfalls bei einer schwerwiegenden nachträglichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse könnte ein solcher Anspruch in Betracht kommen (Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 21 Rn. 54). Dafür ist angesichts der beschlossenen Voraussetzungen für die Maßnahme nichts ersichtlich.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### **§ 28 WEG; §§ 511, 522, 574 ZPO Wohnungseigentümergeinschaft; Jahresabrechnung**

**Die Jahresabrechnung soll die Wohnungseigentümer in die Lage versetzen, die Vermögenslage der Wohnungseigentümergeinschaft zu erfassen und zu überprüfen. Sie hat keine weitergehenden ideellen Zwecke.**

**Die Beschwer des Anfechtungsklägers bestimmt sich bei erfolgter Anfechtung des Genehmigungsbeschlusses allein nach seinem persönlichen wirtschaftlichen Interesse, das auch nicht dem Streitwert des Anfechtungsklageverfahrens entspricht.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 15. 5. 2012 – V ZB 282/11)

1 **Aus den Gründen:** Das Amtsgericht [Düsseldorf] hat die Anfechtungsklage der Kläger gegen den Beschluss der aus den Parteien bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft über eine Jahresabrechnung abgewiesen. Das Landgericht [Düsseldorf] hat die Berufung der Kläger als unzulässig verworfen, weil die Berufungssumme von 600 € nicht erreicht sei. Die Beschwer der Kläger betrage 113,59 €. Dagegen wenden sich die Kläger mit der Rechtsbeschwerde.

6 III. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

7 1. Sollten gegen die Darstellung einzelner Positionen in der Jahresabrechnung Einwände erhoben werden, die nicht zu einer Verminderung der persönlichen Belastung der Kläger führen, wäre Folgendes zu berücksichtigen: Die Beschwer des Anfechtungsklägers durch die Abweisung der Anfechtungsklage gegen einen Beschluss der Wohnungseigentümer muss nicht immer nach seinen persönlichen wirtschaftlichen Interessen zu bemessen sein. Das gilt etwa für die Anfechtung des Beschlusses über die Entlastung des Verwalters, gegen den keine Ansprüche erhoben werden sollen (Senat, Beschluss vom 31. März 2011 – V ZB 236/10, NJW-RR 2011, 1026, 1027 [= WuM 2011, 390 = ZMR 2011, 654] Rn. 12). Auf die Anfechtung der Jahresrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG lässt sich diese Überlegung nicht übertragen. Die Jahresrechnung hat Einnahmen und Ausgaben und die Höhe gebildeter Rücklagen der Gemeinschaft auszuweisen (Senat, Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127 f. [= GuT 2010, 131 KL = WuM 2010, 178 = ZMR 2010, 300] Rn. 10). Sie soll die Wohnungseigentümer in die Lage versetzen, die Vermögenslage der Wohnungseigentümergeinschaft zu erfassen und daraufhin zu überprüfen, was mit den eingezahlten Mitteln geschehen ist, insbesondere ob sie entsprechend den Vorgaben namentlich des Wirtschaftsplans eingesetzt worden sind (Senat, Urteil vom 4. März 2011 – V ZR 156/10, NJW 2011, 1346, 1347 [= WuM 2011, 313 = ZMR 2011, 573] Rn. 6). Sie ist nicht zuletzt die Grundlage für die Festlegung der endgültigen Höhe der Beiträge (KG, OLGZ 1994, 141, 145 [= WuM 1993, 756 = ZMR 1994, 29]; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 28 Rn. 56 aE). Darüber

hinausgehende ideelle Zwecke hat die Jahresabrechnung nicht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Abrechnung, wie die Kläger formuliert haben, den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen müsse. Richtig ist zwar, dass die Jahresabrechnung nicht nur inhaltlich richtig, sondern auch für einen Wohnungseigentümer ohne Hinzuziehung fachlicher Unterstützung verständlich, geordnet und übersichtlich sein muss (Senat, Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127 f. [= GuT et al. aaO] Rn. 10). Damit soll aber nur erreicht werden, dass die Jahresabrechnung die ihr zugeordnete Kontrollfunktion erfüllt. Deshalb bestimmt sich die Beschwer des Anfechtungsklägers durch die erfolglose Anfechtung des Beschlusses über die Genehmigung der Jahresabrechnung allein nach seinem persönlichen wirtschaftlichen Interesse.

8 2. Dieses persönliche wirtschaftliche Interesse entspricht auch bei einer einschränkungslosen Anfechtung des Beschlusses über die Jahresrechnung nicht dem Streitwert des Anfechtungsklageverfahrens, der sich gemäß § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG nach dem Gesamtinteresse beider Parteien und alle Beigeladenen bestimmt. Maßgeblich ist vielmehr der Anteil des Klägers an dem Gesamtergebnis. Geht es dem Kläger nur um einen bestimmten Aspekt der Jahresabrechnung, kann es sachgerecht sein, auf diesen abzustellen (Suilmann in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 49a GKG Rn. 16 aE für die Anfechtung eines Wirtschaftsplans). Das wäre etwa der Fall, wenn der Kläger geltend macht, der Rücklage fehlten Beträge, sei es, weil sie nicht eingezogen, sei es, weil sie falsch zugeordnet worden sind. Maßgeblich wäre auch dann nicht der Gesamtfehlbetrag, sondern nur der Anteil des Klägers an diesem Fehlbetrag.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### **§ 46 WEG Wohnungseigentumssache; Schwammsanierung; Beschränkung der Anfechtungsklage; Reduzierung der Sonderumlage; Teilanfechtung des Umlagebeschlusses**

**Die Anfechtungsklage kann auf einen abtrennbaren Teil des Beschlusses beschränkt werden. An der Abtrennbarkeit fehlt es jedoch grundsätzlich, wenn eine Sonderumlage um einen bestimmten Betrag reduziert werden soll.**

**Eine in unzulässiger Weise beschränkte Anfechtungsklage ist im Zweifel als Anfechtung des ganzen Beschlusses auszulegen.**

(BGH, Urteil vom 19. 10. 2012 – V ZR 233/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 15. November 2007 beschlossen die Wohnungseigentümer, in den Wohnungen eine Schwammsanierung durchzuführen sowie in den Erdgeschosswohnungen 002 und 003 eine neue Stahlbetonsohle einzuziehen und sie gegen Feuchtigkeit zu isolieren. Die geschätzten Kosten von 120.000 € bis 160.000 € sollten nach Aufforderung durch die Verwalterin nach dem Verteilungsschlüssel beglichen werden. In der Folgezeit forderte die Verwalterin für die Schwammsanierung die ratenweise Zahlung von insgesamt 50.000 € an, wobei der letzte Teilbetrag von 20.000 € zum 15. Mai 2008 zu zahlen war. Die beiden Raten von jeweils 80.000 € für die Erdgeschosssanierung waren zum 15. Mai und 15. Juni 2008 zur Zahlung fällig.

2 Nachdem Bedenken aufgekommen waren, ob der Beschluss vom November 2007 hinreichend bestimmt war, fassten die Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung vom 31. März 2009 folgenden Beschluss:

Die von der Versammlung angeforderten Umlagen zum 15. 5. 2008 über 100.000 € und zum 15. 6. 2008 über weitere 80.000 € werden ausdrücklich genehmigt. Von dieser Umlage dienen restliche 20.000 € zur Schwammsanierung und 160.000 € für die Sanierungen der Erdgeschosswohnungen 002 und 003. Die Umlagen sind, soweit sie noch nicht ent-

richtet wurden – zu zahlen bis zum 15.4.2009. Die Ausrechnung der Umlagen ist beigelegt, sie richtet sich nach den Miteigentumsanteilen.

3 Das Amtsgericht Hamburg hat die Klage abgewiesen, mit der die Klägerin – soweit hier von Interesse – beantragt hat, den Umlagebeschluss vom 31. März 2009 hinsichtlich der Kosten der Schwammsanierung in Höhe von 20.000 € und hinsichtlich der Kosten der Sanierung der Erdgeschosswohnungen 002 und 003 in Höhe von weiteren 37.000 € für unwirksam zu erklären. Die dagegen gerichtete Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts [LG Hamburg] ist die Klage mangels berechtigten Interesses unzulässig, da das Klagebegehren auf eine nicht herstellbare Rechtsfolge gerichtet sei. Zwar könne ein Beschluss auch teilweise angefochten werden, wenn sich die Anfechtung auf einen abtrennbaren Teil des Beschlusses beziehe. Daran fehle es hier jedoch. Die Gemeinschaft habe den einheitlichen Beschluss gefasst, einen insgesamt bestehenden Kapitalbedarf von 180.000 € durch die Erhebung einer Sonderumlage zu decken. Die nachfolgende Verteilung des Betrages auf die Kosten der Schwammsanierung und die Kosten der Sanierung der Erdgeschosswohnungen diene lediglich dazu, die angedachten Verwendungszwecke für die Sonderumlage zu bezeichnen, nicht aber dazu, den Beschluss in zwei Teile aufzuspalten. Einzelne Teilbeträge oder Rechnungsposten einer beschlossenen Sonderumlage könnten aber nicht zum Gegenstand einer Anfechtungsklage gemacht werden, vielmehr müsse sich die Anfechtung auf den gesamten Beschluss erstrecken. Da die Klägerin die Anfechtung, wie sich aus dem nach Wortlaut und Zweck eindeutigen Inhalt ihres Klageantrags ergebe, auf einen Teil des Beschlusses beschränkt habe, könne ihr gemäß § 308 Abs. 1 ZPO nicht mehr zugesprochen werden, als sie beantragt habe. Im Übrigen habe das Amtsgericht aus zutreffenden Erwägungen die Klage als unbegründet abgewiesen.

5 II. Die Revision ist begründet. Zu Unrecht erachtet das Berufungsgericht die Anfechtungsklage wegen unzulässiger Teilanfechtung des Beschlusses für unzulässig.

6 1. Die Klägerin hat den Sonderumlagebeschluss insgesamt angefochten. Ihre Anfechtungsklage richtet sich sowohl gegen den auf die Schwammsanierung der Wohnungen als auch gegen den auf die Sanierung der beiden Erdgeschosswohnungen entfallenden Umlagebetrag. Daher kann die von dem Berufungsgericht erörterte Frage dahinstehen, ob die Anfechtungsklage allein auf den die Schwammsanierung betreffenden Teil des Beschlusses hätte beschränkt werden können.

7 2. Der Annahme einer unbeschränkten Anfechtung steht nicht entgegen, dass nach dem Wortlaut des Klageantrags der Umlagebeschluss hinsichtlich der Kosten der Sanierung der Erdgeschosswohnung lediglich „in Höhe von 37.000 €“ für unwirksam erklärt werden soll.

8 a) Der Wortlaut des Klagebegehrens legt zwar eine auf die Höhe der beschlossenen Umlage beschränkte Anfechtung nahe. Eine derartige Beschränkung wäre aber unzulässig.

9 Allerdings kann die Anfechtung auf einen abtrennbaren Teil des Beschlusses beschränkt werden. Bei der Anfechtung etwa einer Abrechnung ist eine Beschränkung rechtlich möglich, wenn es sich um einen rechnerisch selbständigen und abgrenzbaren Teil der Abrechnung handelt (Senat, Beschluss vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127 [= GuT 2010, 131 KL = WuM 2010, 178 = ZMR 2010, 300] Rn. 6; Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 1/06, BGHZ 171, 335 [= GuT 2007, 164 KL = WuM 2007, 290 = ZMR 2007, 623 = NZM 2007, 358] Rn. 12; BayObLG, NJW-RR 2001, 10 [= WuM 2001, 206]; Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 43 Rn. 135; MünchKomm-BGB/Engelhardt, 5. Aufl., § 46 WEG Rn. 6). An der erforderlichen Abtrennbarkeit des angefochtenen Beschlussesge-

genstandes fehlt es jedoch grundsätzlich, wenn sich die Anfechtungsklage allein gegen die Höhe einer Umlage richtet. Könnte eine Sonderumlage für unwirksam erklärt werden, soweit sie einen bestimmten Betrag übersteigt, würde sich der übrig bleibende Teil des Beschlusses inhaltlich von dem in der Versammlung gefassten Beschluss unterscheiden, da durch eine Reduzierung des Umlagebetrages das Finanzierungskonzept verändert worden wäre. Das Gericht ist im Beschlussanfechtungsverfahren aber nicht befugt, die im Beschluss getroffene Regelung inhaltlich zu ändern, oder durch geeignet erscheinende andere Maßnahmen zu ergänzen oder zu ersetzen. Vielmehr hat es sich auf die Ungültigerklärung des angefochtenen Beschlusses zu beschränken (vgl. Senat, Beschluss vom 10. September 1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 299 [= WuM 1998, 738]; BayObLG, NJW-RR 2001, 10; OLG Köln, NZM 2000, 191 f.; Staudinger/Wenzel, BGB <2005>, § 43 WEG Rn. 45; Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 46 Rn. 71). Daher darf es eine beschlossene Sonderumlage grundsätzlich nicht um einen bestimmten Betrag reduzieren (Abramenko, ZWE 2012, 54; aA Briesemeister ZWE 2012, 51).

10 b) Ist die Anfechtung nach dem Wortlaut des Klageantrags auf einen nicht abtrennbaren Teil des Beschlusses beschränkt worden, führt dies aber nicht zwangsläufig zur Unzulässigkeit der Klage.

11 aa) Eine in unzulässiger Weise beschränkte Anfechtungsklage ist im Zweifel grundsätzlich als Anfechtung des ganzen Beschlusses auszulegen (BayObLG, NJW-RR 2001, 10; MünchKomm-BGB/Engelhardt, 5. Aufl. 2009, § 46 WEG Rn. 6). Würde man die Partei am buchstäblichen Sinn ihrer Wortwahl festhalten und dementsprechend den Klageantrag dahingehend auslegen, dass nur eine Teilanfechtung gewollt ist, verstünde man das Begehren in einem Sinne, in dem es von vornherein keinen Erfolg haben kann. Das verstößt gegen den Auslegungsgrundsatz, wonach eine Partei mit ihrer Prozesshandlung im Zweifel das Erreichen will, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und ihrer recht verstandenen Interessenlage entspricht (BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – XI ZB 15/09, NJW-RR 2010, 275 Rn. 9 mwN). Dementsprechend liegt auch hier eine Auslegung dahin nahe, dass die Klägerin den Beschluss zwar insgesamt anfechten, ihre materiell-rechtlichen Einwendungen aber auf die Höhe der beschlossenen Sonderumlage beschränken wollte und dass sie mit der ausdrücklichen Hervorhebung des in Streit stehenden Betrages von 37.000 € lediglich ihr Interesse im Sinne des § 49a Abs. 1 GKG verdeutlichen wollte.

12 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht die Vorschrift des § 308 Abs. 1 ZPO einer solchen Auslegung nicht entgegen. Richtig ist zwar, dass das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Hieraus folgt aber nicht, dass ein Klageantrag nicht ausgelegt werden dürfte; die Auslegung dient gerade der Feststellung des Beantragten. Kommt eine Auslegung des Klageantrags abweichend von dessen Wortlaut in Betracht, ist das Gericht allerdings nicht nur zu einem Hinweis verpflichtet (§ 139 Abs. 1 ZPO); zur Vermeidung einer Verletzung von § 308 Abs. 1 ZPO muss es sich vielmehr vergewissern, dass seine Auslegung des Klageantrags dem Willen des Klägers entspricht (vgl. Musielak, ZPO, 9. Aufl., § 308 Rn. 3; Wieczorek/Schütze/Rensen, ZPO, 3. Aufl., § 308 Rn. 22). Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass das Gericht durch eine vom Parteiwillen nicht mehr gedeckte Auslegung des Klageantrags die Grenzen des § 308 ZPO überschreitet.

13 An der notwendigen Aufklärung des von der Klägerin Gewollten fehlt es hier. Nach dem Protokoll der mündlichen Verhandlung hat das Berufungsgericht die Klägerin lediglich darauf hingewiesen, dass es dazu neige, mangels Teilbarkeit des Beschlussesgegenstandes von einer unzulässigen Klage auszugehen. Es hat ihr hingegen nicht die Möglichkeit eingeräumt, ihren Klageantrag und das mit ihm verfolgte Begehren zu erläutern. Dieses Versäumnis ist jedoch dadurch behoben worden, dass die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klar-

gestellt hat, ihr Antrag sei dahingehend zu verstehen, dass sie den Beschluss insgesamt anfechten wolle und lediglich ihre Einwendungen auf die Höhe der beschlossenen Umlage beschränkt habe. Demgemäß ist von einer unbeschränkten Anfechtung auszugehen.

14 III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es über die Begründetheit der zulässigen Klage befinden kann. Der Senat kann mangels der erforderlichen Feststellungen nicht gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Die vom Berufungsgericht hilfsweise gemachten Ausführungen zur Begründetheit der Klage gelten als nicht geschrieben und sind vom Revisionsgericht nicht zu beachten (Senat, Urteil vom 3. Juli 2009 – V ZR 58/08, RNotZ 2010, 133; Urteil vom 25. November 1966 – V ZR 30/64, BGHZ 46, 281, 284 f.)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 511, 422, 574 ZPO; Art. 103 GG; §§ 21, 22 WEG  
Wohnungseigentümerbeschluss;  
Anfechtungsklage; Zulassung der Berufung;  
Streitwert; Beschwer; Rechtsbeschwerde**

**Die unterschiedliche Bewertung der Berufungsbeschwer in der Anfechtungsklage gegen einen Wohnungseigentümerbeschluss (hier: Bepflanzung in einem Vorgartenbereich der Mehrhausanlage) darf nicht zu Lasten der Partei gehen.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 1. 3. 2012 – V ZB 189/11)

**Beschlußsatz:** Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss der 1. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund vom 25. Juli 2011 wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens beträgt 300 €.

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die Anlage besteht aus Reihen-, Mehr- und Einfamilienhäusern. In der Eigentümerversammlung vom 19. April 2010 beschlossen die Eigentümer mit Zustimmung der Kläger u. a., dass im Vorgartenbereich eines der Mehrfamilienhäuser die vorhandene Gartenbepflanzung entfernt und ein Steingarten mit neuer Bepflanzung angelegt werden dürfe. Der Beschluss sieht vor, dass der Gemeinschaft durch die Umgestaltung des Gartens keine Kosten entstehen. Das Amtsgericht Gelsenkirchen-Buer hat, soweit von Interesse, die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage der Kläger abgewiesen. Den Streitwert hat es auf 1000 € festgesetzt. Das Landgericht Dortmund, das die Beschwer der Kläger mit 300 € bewertet hat, hat die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Kläger. Sie sind der Meinung, das Berufungsgericht hätte die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache sowie zur Fortbildung des Rechts und Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nachträglich zulassen müssen.

2 **Aus den Gründen:** II. 1. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. Vm. § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig. Hat das erstinstanzliche Gericht, wie hier, keine Veranlassung gesehen, die Berufung nach § 511 Abs. 4 Satz 1 ZPO zuzulassen, weil es den Streitwert auf über 600 € festgesetzt hat, und hält das Berufungsgericht diesen Wert für nicht erreicht, muss es die Entscheidung darüber nachholen, ob die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung erfüllt sind. Denn die unterschiedliche Bewertung der Beschwer darf nicht zu Lasten der Partei gehen (vgl. nur Senat, Beschluss vom 19. Mai 2011 – V ZB 250/10, ZMR 2011, 782 [= WuM 2011, 432] mwN). Diese Rechtsprechung ist dem Berufungsgericht offenbar nicht

bekannt. Daher erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

3 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Der Senat kann die Erheblichkeit der fehlenden Zulassungsentscheidung durch die Instanzgerichte im Rechtsbeschwerdeverfahren selbst prüfen (BGH, Beschluss vom 21. April 2010 – XII ZB 128/09, NJW-RR 2010, 934 Rn. 21). Diese Prüfung ergibt, dass eine Zulassung der Berufung nicht in Betracht gekommen wäre.

4 a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kommt unter dem Gesichtspunkt der Divergenz eine Zulassung der Berufung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 511 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Alt. 3 ZPO) nicht in Betracht. Die Ansicht des Amtsgerichts, dass ein Wohnungseigentümer, der einem Beschluss zugestimmt hat, eines besonderen Grundes für die Anfechtung bedürfe, ist für die Entscheidung nicht tragend geworden (vgl. Senat, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 292 f.; MünchKomm-ZPO/Wenzel, 3. Aufl., § 543 Rn. 15). Es stützt seine Entscheidung allein darauf, dass der Beschluss ordnungsgemäßer Verwaltung entspreche („Insgesamt ist der Beschluss mithin, unabhängig davon, dass die Kläger zunächst zugestimmt haben, auch ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechend gültig.“).

5 b) Auch unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Anspruchs der Kläger auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist die Berufung nicht zuzulassen.

6 Ob ein Verstoß des Erstgerichts gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs überhaupt einen Zulassungsgrund im Sinne des § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO darstellt, kann dahinstehen. Denn das Amtsgericht hat das rechtliche Gehör der Kläger nicht verletzt.

7 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Es ist dabei nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt besondere Umstände voraus, die zweifelsfrei darauf schließen lassen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (Senat, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 300). Solche Umstände sind hier weder dargetan noch ersichtlich.

8 Dass das Amtsgericht den Vortrag der Kläger nicht zur Kenntnis genommen hat, wonach die Gartenfläche unter Beseitigung der vorhandenen Sträucher in einen nicht näher bezeichneten Steingarten umgestaltet werden soll, ist fernliegend. Dies ist Gegenstand des angefochtenen Beschlusses. Soweit die Kläger Ausführungen des Amtsgerichts zu ihrem Vorbringen vermissen, dass durch Beschluss einzelnen Eigentümern nicht Kosten auferlegt werden können, lag eine Erörterung dieser Frage schon deswegen nicht nahe, weil ein solcher Beschluss nicht gefasst worden war.

9 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)**

**Wohnungseigentum etc.**

**§§ 511, 522, 574 ZPO; § 21 WEG – Wohnungseigentümerbeschluss; Anfechtungsklage; Zulassung der Berufung; Beschwer; Rechtsbeschwerde**

12 III. 2. c) aa) Das Berufungsgericht ist gesetzlich verpflichtet, die Entscheidung über die Zulassung der Berufung nachzuholen, wenn das erstinstanzliche Gericht keine Veranlassung gesehen hat, die Berufung nach § 511 Abs. 4 ZPO zuzulassen, weil es von einer über 600 € hinausgehenden Beschwer ausgegangen ist, und das Berufungsgericht diesen Wert

für nicht erreicht hält (BGH, Urteil vom 14. November 2007 – VIII ZR 340/06, NJW 2008, 218, 219 [= WuM 2008, 23 = ZMR 2008, 111 – Tierhaltung in der Mietwohnung] Rn. 12; Senat, Beschluss vom 6. Oktober 2011 – V ZB 72/11, NJW-RR 2012, 82, 83 [= WuM 2011, 698] Rn. 6). Die Prüfung war hier angezeigt, weil das Amtsgericht nach seiner Streitwertfestsetzung davon ausgegangen ist, dass die drei ursprünglichen Kläger die Berufungsbeschwer erreichen. Die unterbliebene Entscheidung über die Zulassung der Berufung ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nachzuholen, wenn die getroffenen Feststellungen – wie hier – eine solche Entscheidung erlauben (Senat, Beschluss vom 19. Mai 2011 – V ZB 250/10, WuM 2011, 432, 433). Sie ergibt, dass ein Zulassungsgrund nicht vorliegt. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Berufungsgerichts ist auch weder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung noch zur Fortbildung des Rechts erforderlich.

<sup>13</sup> bb) Auf die von dem Kläger zu 1 als klärungsbedürftig angesehene Frage, ob die Eigentümergemeinschaft die Be-

schlusskompetenz dafür habe, darüber zu befinden, ob sich die einzelnen Eigentümer in einem Beschlussanfechtungsverfahren auf eigene Kosten anwaltlich vertreten lassen, kommt es nicht an. Die Klage ist unzulässig, weil ein Rechtsschutzinteresse hier ausnahmsweise nicht besteht. Der Beschluss ist vollzogen, weil der zu beauftragende Rechtsanwalt am folgenden Tag die Verteidigungsbereitschaft der übrigen Wohnungseigentümer angezeigt hat. Der Vollzug eines Beschlusses führt zwar normalerweise nicht zum Fortfall des Rechtsschutzinteresses an einer Beschlussanfechtungsklage. Anders ist es aber dann, wenn im Einzelfall ein Erfolg der Klage den Wohnungseigentümern oder der Gemeinschaft keinen Nutzen mehr bringen kann und Auswirkungen der Beschlussanfechtung auf Folgeprozesse der Wohnungseigentümer untereinander, gegen den Verwalter oder gegen Dritte sicher auszuschließen sind (Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 202/10, NJW 2011, 2660, 2661 [= WuM 2011, 440 = ZMR 2011, 732] Rn. 16). So ist es hier. [...]

(BGH, Beschluss vom 10. 5. 2012 – V ZB 242/11)

## Weitere Rechtsprechung

### § 35a EStG; § 535 BGB Einkommensteuer des Wohnraummietlers; Steuerermäßigung; Aufwendungen für Handwerkerleistungen; Mietzins-Zahlung von Pauschalen für Schönheitsreparaturen; Handwerker- leistungen in Wohnungseigentümergeinschaften

**Leistet der Mieter einer Dienstwohnung (hier: Pastorendienstwohnung) an den Vermieter (hier: Kreiskirchenamt) pauschale Zahlungen für die Durchführung von Schönheitsreparaturen, so handelt es sich hierbei nicht um Aufwendungen für Handwerkerleistungen i.S. des § 35a Abs. 2 EStG, wenn die Zahlungen unabhängig davon erfolgen, ob und ggf. in welcher Höhe der Vermieter tatsächlich Reparaturen an der Wohnung des Mieters in Auftrag gibt.**

(BFH, Urteil vom 5. 7. 2012 – VI R 18/10)

**Zum Sachverhalt:** Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute und wurden im Streitjahr 2007 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Sie wohnen in der Pastorendienstwohnung des Klägers zur Miete. Vom Gehalt des Klägers zog das Kreiskirchenamt neben der Dienstwohnungsvergütung und den Mietnebenkosten monatlich eine Pauschale für Schönheitsreparaturen in Höhe von 77,96 EUR ab. Der Zuschlag für Schönheitsreparaturen wurde auf der Grundlage der Wohnfläche der Dienstwohnung mit 155,91 qm × 0,50 EUR errechnet. Nach den landeskirchenrechtlichen Bestimmungen werden die Schönheitsreparaturen von der Kirchengemeinde durchgeführt und aus einem zentralen Fonds, in den die Pauschalen der Mieter fließen, finanziert.

Im Streitjahr wurden an der Wohnung des Klägers verschiedene Renovierungsarbeiten ausgeführt. Die Rechnungen sind an das Pfarramt R. bzw. die Kirchengemeinde R. adressiert und sind mit einem Eingangsstempel des Landeskirchlichen Amtes für Bau- und Kunstpflege bzw. des Pfarrkreisamtes U. versehen. Bezahlt wurden die Rechnungen durch Überweisung an die Handwerker aus dem zentralen Fonds für Schönheitsreparaturen.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger die Beträge als Aufwendungen für Handwerkerleistungen i.S. des § 35a des Einkommensteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (EStG) geltend. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt -FA-) gewährte die Steuerermäßigung nicht. Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen erhobenen Klage teilweise statt und erkannte eine Steuer-

ermäßigung nach § 35a EStG aus einer Bemessungsgrundlage von 721,84 EUR an. Das Urteil des Niedersächsischen FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2010, 1218 veröffentlicht.

Das FA beantragt, das Urteil des Niedersächsischen FG vom 23. Februar aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

**Aus den Gründen:** II. Die Revision des FA ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung). Aufwendungen des Klägers für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen i.S. des § 35a Abs. 2 EStG liegen nicht vor.

1. Nach § 35a Abs. 2 Satz 2 EStG ermäßigt sich die tarifliche Einkommensteuer, vermindert um die sonstigen Steuerermäßigungen, für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, die in einem in der Europäischen Union oder dem Europäischen Wirtschaftsraum liegenden Haushalt des Steuerpflichtigen erbracht werden, mit Ausnahme der nach dem CO<sub>2</sub>-Gebäudesanierungsprogramm der KfW-Förderbank geförderten Maßnahmen auf Antrag um 20% der Aufwendungen des Steuerpflichtigen, höchstens um 600 EUR.

2. Die Pauschalen für Schönheitsreparaturen stellen keine Aufwendungen für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen i.S. des § 35a Abs. 2 EStG dar.

a) Mit der monatlichen Zahlung eines bestimmten Betrags, der von der tatsächlichen Vornahme von Schönheitsreparaturen unabhängig war, kam der Kläger einer sich aus dem Mietverhältnis für ihn ergebenden Pflicht nach. Der Vermieter seinerseits erfüllte mit dem ihm von den Mietern zur Verfügung gestellten Gesamtbetrag der Mittel für Schönheitsreparaturen seine Verpflichtung, für die Ausführung der Schönheitsreparaturen an den Dienstwohnungen zu sorgen und diese in einem vertragsgerechten Zustand zu erhalten. Der Kläger erbrachte damit seine Aufwendungen nicht aufgrund der Inanspruchnahme einer konkreten Handwerkerleistung. Der Betrag, der für Schönheitsreparaturen zu leisten war, war vielmehr dem Grunde und der Höhe nach unabhängig davon, ob im Streitjahr oder überhaupt für die Wohnung des Klägers Schönheitsreparaturen anfielen. Dementsprechend kann auch der im Streitjahr gezahlte Betrag nicht als Zahlung für eine konkrete Handwerkerleistung angesehen werden.

b) Die vorliegende Fallgestaltung kann nicht mit Zahlungen von Mietern an Vermieter gleichgestellt werden, die der Vermieter in der Jahresabrechnung abrechnet (vgl. Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen -BMF- IV C 4-S 2296-b/07/0003, 2010/0014334 vom 15. Februar 2010, BStBl I 2010, 140 Rdnr. 24). Die begünstigten Fälle setzen eine Nebenkostenabrechnung voraus, die Beträge umfasst, die für konkrete haushaltsnahe Beschäftigungsverhältnisse, Dienstleistungen oder für handwerkliche Tätigkeiten geschuldet und abgerechnet werden. Hieran fehlt es im Streitfall. Nach den Feststellungen des FG werden die Pauschalen für Schönheitsreparaturen weder gesonderten Konten der Mieter gutgeschrieben noch hierüber die im Einzelnen angefallenen Kosten für Schönheitsreparaturen abgerechnet.

c) Die Gegebenheiten im Streitfall unterscheiden sich auch von Wohnungseigentümergeinschaften (vgl. Rdnr. 23 des BMF-Schreibens in BStBl I 2010, 140) wesentlich. Im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung des Wohnungseigentums (vgl. § 10 Abs. 6 des Wohnungseigentumsgesetzes -WEG-) kann die Wohnungseigentümergeinschaft mit Wirkung für und gegen alle Gemeinschaftler Handwerkerleistungen in Auftrag geben. Werden die Rechnungen hierfür aus dem Gemeinschaftsvermögen (§ 10 Abs. 7 WEG) beglichen, entstehen dem einzelnen Wohnungseigentümer Aufwendungen für die Inanspruchnahme von Handwerkerleistungen. Im Streitfall hingegen nimmt nicht der Kläger als Mieter eine Handwerkerleistung in Anspruch, die von einem den Mietern gemeinschaftlich zuzurechnenden Konto beglichen wird. Vielmehr erfüllt der Vermieter eine ihm aufgrund des Mietverhältnisses obliegende Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen, indem er Handwerkerleistungen in Anspruch nimmt und diese aus in sein Vermögen übergegangenen Mitteln bezahlt.

d) Auf die in Rdnr. 41 des BMF-Schreibens in BStBl I 2010, 140 enthaltene Verwaltungsanweisung betreffend Dienst- und Werkwohnungen können sich die Kläger zur Begründung eines Anspruchs auf Gewährung einer Steuerermäßigung nach § 35a EStG nicht berufen. Danach gewährt die Verwaltung unter bestimmten weiteren Voraussetzungen eine Steuerermäßigung nach § 35a EStG, wenn der Arbeitgeber die Aufwendungen für haushaltsnahe Dienstleistungen oder Handwerkerleistungen trägt und der Arbeitnehmer den Betrag der Aufwendungen als Sachbezug versteuert hat. In diesem Fall geht die Finanzverwaltung davon aus, dass es sich um Aufwendungen des Arbeitnehmers handelt. Im Streitfall hat der Arbeitgeber jedoch nicht Aufwendungen getragen, die nach den vertraglichen Gestaltungen vom Mieter/Arbeitnehmer zu tragen waren. Vielmehr hat der Arbeitgeber seine eigene Pflicht aus dem Mietvertrag erfüllt, für einen vertragsgerechten Zustand der Wohnung zu sorgen und die Schönheitsreparaturen zu tragen. Dementsprechend hat der Kläger weder den Betrag der Handwerkerrechnungen noch die gezahlte Pauschale als Sachbezug versteuert. Vielmehr wurde die Pauschale lediglich von seinem Gehalt abgezogen.

**§§ 829, 836, 840 ZPO; § 401 BGB**  
**Zwangsvollstreckung; Pfändung; Anspruch auf Lohnzahlung; Erteilung der Lohnabrechnung als mitgepfändetes Nebenrecht;**  
**Prüfungsumfang des Vollstreckungsgerichts**

a) Bei der Pfändung eines Anspruchs auf Lohnzahlung stellt der Anspruch auf Erteilung einer Lohnabrechnung einen unselbständigen Nebenanspruch dar, wenn es der Abrechnung bedarf, um den Anspruch auf Lohnzahlung geltend machen zu können. Wenn nicht ausgeschlossen ist, dass dem Schuldner gegen den Drittschuldner derartige Ansprüche auf Lohnabrechnung zustehen, werden diese angeblichen Ansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner (Arbeitgeber) bei einer Lohnpfändung mitgepfändet.

**b) In derartigen Fällen der Mitpfändung kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers die Mitpfändung im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (klarstellend) aussprechen.**

(BGH, Beschluss vom 19.12.2012 – VII ZB 50/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Gläubiger betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung wegen einer titulierten Geldforderung in Höhe von 2400 DM nebst Zinsen und Kosten.

2 Das Amtsgericht Freiberg – Vollstreckungsgericht – hat auf Antrag des Gläubigers einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erlassen. Dieser bezieht sich auf angebliche Forderungen des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf rückständige, gegenwärtige und künftige Lohnzahlungen, Prämien, Weihnachts- und Urlaubsgeld, Abfindungen, Betriebsrenten, soweit nach §§ 850 ff. ZPO pfändbar, sowie vom Arbeitgeber durchgeführten Lohnsteuerjahresausgleich. Das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – hat in diesem Beschluss des Weiteren angeordnet, dass der Schuldner im Rahmen seiner Herausgabeverpflichtung nach § 836 Abs. 3 ZPO für die Dauer der Pfändung die Lohn- und Gehaltsabrechnungen an den Gläubiger herauszugeben hat. Dem weitergehenden Antrag des Gläubigers auf Pfändung der angeblichen Forderungen des Schuldners gegen die Drittschuldnerin „auf monatliche Übersendung der Lohnabrechnungen (Fax genügt)“ hat das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – nicht entsprochen.

3 Die gegen die teilweise Antragszurückweisung gerichtete sofortige Beschwerde des Gläubigers ist vor dem Beschwerdegericht [LG Chemnitz] ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Gläubiger den genannten Antrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

5 1. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, der Anspruch des Schuldners gegen den Drittschuldner auf Aushändigung der Lohnabrechnung sei von der Pfändung nicht umfasst, so dass der Gläubiger nicht berechtigt sei, diesen Anspruch gegen den Drittschuldner geltend zu machen. Eine Rechtsgrundlage für das Begehren des Gläubigers sei nicht ersichtlich. Die Verpflichtungen des Schuldners und des Drittschuldners aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses seien in § 836 ZPO und § 840 ZPO abschließend geregelt. Nach § 836 Abs. 3 Satz 1 ZPO sei der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft und die über die Forderung vorhandenen Urkunden, also auch die Lohnbescheinigungen, herauszugeben. Welche Erklärungen der Drittschuldner abzugeben habe, sei in § 840 Abs. 1 ZPO geregelt. Aus der Regelung ergebe sich nicht, dass der Drittschuldner auf Verlangen verpflichtet sei, die über die Forderung vorhandenen Urkunden, also auch Lohnbescheinigungen an den Gläubiger herauszugeben.

6 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

7 a) Die angeblichen Forderungen des Schuldners gegen die Drittschuldnerin auf monatliche Übersendung der Lohnabrechnungen sind zusammen mit den angeblichen Forderungen auf Lohnzahlung als Nebenrechte mitgepfändet.

8 aa) Die mit einer Pfändung verbundene Beschlagnahme erstreckt sich ohne Weiteres auf alle Nebenrechte, die im Falle einer Abtretung nach § 412, § 401 BGB mit auf den neuen Gläubiger übergehen; einer gesonderten Neben- oder Hilfspfändung bedarf es dazu nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2012 – VII ZB 117/09, NJW-RR 2012, 434 Rn. 12; Beschluss vom 18. Juli 2003 – IXa ZB 148/03, NJW-RR 2003, 1555, 1556). Neben den in § 401 BGB ausdrücklich genannten Rechten wird diese Vorschrift unter anderem auf solche Hilfsrechte entsprechend angewandt, die zur Geltendmachung oder Durchsetzung einer Forderung erforderlich sind (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Februar 2012 – VII ZB 117/09, NJW-RR 2012, 434 Rn. 14).

m.w.N.). Solche Nebenrechte sind insbesondere Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung, die darauf abzielen, Gegenstand und Betrag des Hauptanspruchs zu ermitteln (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 2003 – IXa ZB 148/03, NJW-RR 2003, 1555, 1556; Urteil vom 8. November 2005 – XI ZR 90/05, BGHZ 165, 53, 57).

9 bb) Bei der Lohnpfändung stellt der Anspruch auf Erteilung einer Lohnabrechnung einen solchen unselbständigen Nebenanspruch dar, wenn es der Abrechnung bedarf, um den Anspruch auf Lohnzahlung geltend machen zu können. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dem Schuldner gegen die Drittschuldnerin derartige Ansprüche auf Lohnabrechnung zustehen. Nach allgemeinen Grundsätzen kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Auskunft über die Grundlagen seines Vergütungsanspruchs verlangen, wenn der Arbeitnehmer hierüber unverschuldet keine Kenntnis hat (vgl. BAGE 119, 62 Rn. 15 m.w.N.). Das schließt den Anspruch auf eine Abrechnung mit ein, wenn es der Abrechnung bedarf, um den Anspruch auf die Zahlung konkret verfolgen zu können (vgl. BAGE 119, 62 Rn. 15). Ob derartige Ansprüche des Schuldners auf Lohnabrechnung gegen die Drittschuldnerin tatsächlich gegeben sind, ist im vorliegenden Verfahren unerheblich. Denn das Vollstreckungsgericht prüft grundsätzlich nicht, ob eine zu pfändende Forderung besteht (vgl. BGH, Beschluss vom 22. August 2012 – VII ZB 2/11, NZI 2012, 809 Rn. 23; Beschluss vom 19. März 2004 – IXa ZB 229/03, NJW 2004, 2096, 2097 m.w.N.). Bezüglich einer Mitpfändung gilt Entsprechendes. Eine Pfändung muss immer dann erfolgen, wenn dem Schuldner die Forderung nach irgendeiner vertretbaren Rechtsansicht zustehen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2007 – VII ZB 38/07, NJW-RR 2008, 733 Rn. 9 m.w.N.). Ein Pfändungsantrag darf nur ausnahmsweise abgelehnt werden, wenn dem Schuldner der Anspruch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen offenbar nicht zustehen kann oder ersichtlich unpfändbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2007 – VII ZB 38/07, NJW-RR 2008, 733 Rn. 9 m.w.N.). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Insbesondere steht nicht fest, dass die Erfüllung der genannten Ansprüche auf Lohnabrechnung gegenüber dem Gläubiger unzulässiger Weise in ein Recht des Schuldners auf Geheimhaltung oder informationelle Selbstbestimmung eingreifen würde, weil in den Abrechnungen schuldnerbezogene Daten enthalten sind, die sich nicht nur auf das pfändbare Arbeitseinkommen beziehen (a.M. Hess. LAG, Urteil vom 24. Januar 2002 5 Sa 1213/01, juris Rn. 28 ff.; Reiter, FA 2007, 258, 259 f.). Das Interesse des Schuldners, die in Lohnabrechnungen enthaltenen, sein Arbeitsverhältnis betreffenden persönlichen Daten gegenüber Dritten nicht zu offenbaren, überwiegt grundsätzlich nicht das Vollstreckungsinteresse des Gläubigers (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Juni 2006 – VII ZB 142/05, NJW-RR 2006, 1576 Rn. 14). Der Schuldner hat im vorliegenden Verfahren im Übrigen keinen Vortrag gehalten, aus dem sich Hinweise auf ein derartiges Geheimhaltungsinteresse ergeben.

10 cc) Die Vorschrift des § 840 ZPO, die eine Auskunftsbefreiung des Drittschuldners begründet (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2006 – IX ZR 189/04, NJW-RR 2006, 1566 Rn. 10 m.w.N.), steht der vorstehend erörterten Mitpfändung nicht entgegen. § 840 ZPO lässt materiellrechtliche Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche, die den Drittschuldner treffen und von der Pfändung der Forderung gemäß § 401 BGB miterfasst werden, unberührt (vgl. Lüke in Wiczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl., § 840 Rn. 2; Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 840 Rn. 2).

11 b) Das Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers für den begehrten Ausspruch bezüglich der Pfändung der angeblichen Forderungen auf monatliche Übersendung der Lohnabrechnungen ist gegeben.

12 aa) In Fällen der Mitpfändung von Nebenrechten wie im Streitfall kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers in dem das Hauptrecht pfändenden Beschluss die Mitpfändung (klarstellend) aussprechen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 2003 – IXa ZB 148/03, NJW-RR 2003, 1555, 1556;

Beschluss vom 9. Februar 2012 – VII ZB 117/09, NJW-RR 2012, 434 Rn. 11; LG Bochum, JurBüro 2000, 437 m.w.N.; Stöber, Forderungspfändung, 15. Aufl., Rn. 1742; Scherer, Rpfleger 1995, 446, 450; a.M. OLG Zweibrücken, JurBüro 1995, 660, 662). Ein solcher klarstellender Ausspruch erleichtert dem Gläubiger den Nachweis der Mitpfändung (vgl. OLG Hamm, DGVZ 1994, 188, 189; LG Koblenz, JurBüro 1996, 663, 664; Behr, JurBüro 1995, 626, 628).

13 bb) Das Rechtsschutzbedürfnis für den genannten klarstellenden Ausspruch entfällt nicht wegen der im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss enthaltenen, bestandskräftig gewordenen Anordnung, dass der Schuldner für die Dauer der Pfändung die Lohnabrechnungen an den Gläubiger herauszugeben hat (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 28. Juni 2006 – VII ZB 142/05, NJW-RR 2006, 1576 Rn. 8). § 836 Abs. 3 Satz 3 ZPO ermöglicht eine Zwangsvollstreckung in diese Urkunden nur, sofern sie sich – schon oder noch – im Besitz des Schuldners befinden (vgl. BGH, Beschluss vom 25. März 2010 – VII ZB 11/08, JurBüro 2010, 440 Rn. 20).

14 3. Da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, hat der Senat gemäß § 577 Abs. 5 ZPO in der Sache abschließend zu entscheiden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 850c ZPO; § 54 SGB I; §§ 19, 22 SGB II  
Zwangsvollstreckung; Pfändbarkeit laufender  
Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts  
nach SGB II; ALG II; Arbeitslosengeld II;  
Pfändungsfreigrenzen; Sozialhilfe; Wohngeld;  
Forderung aus unerlaubter Handlung**

**Ansprüche auf laufende Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (Arbeitslosengeld II) sind gemäß § 54 Abs. 4 SGB I wie Arbeitseinkommen nach Maßgabe der Vorschriften in §§ 850c ff. ZPO pfändbar (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 25. November 2010 – VII ZB 111/09, NJW-RR 2011, 706).**

(BGH, Beschluss vom 25.10.2012 – VII ZB 31/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der für die Auszahlung von Arbeitslosengeld II zuständige Drittschuldner wendet sich mit der Rechtsbeschwerde dagegen, dass die Gläubigerin Ansprüche des Schuldners auf Arbeitslosengeld II hat pfänden lassen.

2 Die Gläubigerin erwirkte wegen einer titulierten Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung von 1063,70 € nebst Zinsen und Zustellkosten einen Beschluss, mit dem vermeintliche Ansprüche des Schuldners „auf Zahlungen und Leistungen jeglicher Art des gesamten gegenwärtigen und künftigen Einkommens“, insbesondere Arbeitslosengeld I, Arbeitslosengeld II, Fortbildungs- und Umschuldungshilfen sowie Existenzgründerzuschüsse gegen den Drittschuldner gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurden. Der dem Schuldner monatlich pfandfrei zu belassende Betrag ist im Beschluss mit 764 € angegeben. Der Schuldner steht bei dem Drittschuldner in Leistungsbezug.

3 Das Amtsgericht Kassel – Vollstreckungsgericht – hat die vom Drittschuldner gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss eingelegte Erinnerung nach Nichtabhilfe durch die Rechtspflegerin zurückgewiesen. Die hiergegen vom Drittschuldner unmittelbar beim Beschwerdegericht eingelegte sofortige Beschwerde hat das Beschwerdegericht ohne vorherige Abhilfeentscheidung des Amtsgerichts als unbegründet zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht [LG Kassel] zugelassenen Rechtsbeschwerde betreibt der Drittschuldner die Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses weiter.

4 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Das Beschwerdegericht ist der Auffassung, die gepfändeten Ansprüche seien im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinreichend bestimmt bezeichnet. Soweit dort Ansprüche auf solche Leistungen aufgeführt seien, für deren Erbringung der Drittschuldner nicht zuständig sei, gehe der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ins Leere, ohne dass seine Rechtmäßigkeit im Übrigen hierdurch berührt sei. Das Beschwerdegericht meint weiter, die Ansprüche des Schuldners nach § 19 Abs. 1 SGB II auf Arbeitslosengeld II seien laufende Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und deshalb gemäß § 54 Abs. 4 Satz 1 SGB I wie Arbeitseinkommen pfändbar.

6 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

7 a) Ohne Erfolg macht der Drittschuldner unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 12. Dezember 2007 VII ZB 38/07, NJW-RR 2008, 733) geltend, der angefochtene Pfändungs- und Überweisungsbeschluss sei schon deshalb aufzuheben, weil die gepfändeten Ansprüche auf „Arbeitslosengeld I“ nach keiner vertretbaren Rechtsansicht gegenüber dem Drittschuldner bestehen könnten. Ansprüche auf Arbeitslosengeld I – gemeint sei offenkundig Arbeitslosengeld (Alg) nach § 117 SGB III – bestünden allenfalls gegen die Agentur für Arbeit, in keinem Fall jedoch gegen den Drittschuldner oder ein anderes Jobcenter.

8 Allerdings hat der Senat in der zitierten Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Pfändung einer angeblichen Forderung ausnahmsweise wegen fehlender Passivlegitimation des Drittschuldners abgelehnt werden darf, wenn sie dem Schuldner gegenüber diesem Drittschuldner nach keiner vertretbaren Rechtsansicht zustehen kann. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die Gläubigerin hat Ansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner „auf Zahlungen und Leistungen jeglicher Art des gesamten gegenwärtigen und künftigen Einkommens“, insbesondere auch „Arbeitslosengeld II“, pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Es steht nicht in Streit, dass der Schuldner derartige Leistungen vom Drittschuldner bezieht. Allein der Umstand, dass unter den zur Präzisierung der gepfändeten Forderungen erkennbar beispielhaft bezeichneten Leistungen auch Arbeitslosengeld I aufgeführt ist, für dessen Gewährung der Drittschuldner nicht zuständig ist, führt nach den vom Bundesgerichtshof hierfür entwickelten, strengen Kriterien nicht dazu, dass das Vollstreckungsgericht die beantragte Pfändung mit der Begründung hätte ablehnen dürfen, dem Schuldner stehe die gepfändete Forderung aus keinem vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu. Soweit der Drittschuldner die im Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aufgeführten Leistungen nicht erbringt, geht die Pfändung, worauf das Beschwerdegericht zu Recht hingewiesen hat, ins Leere.

9 b) In der Sache wendet sich die Rechtsbeschwerde ausschließlich gegen die Pfändung von unstreitig bestehenden Ansprüchen des Schuldners gegen den Drittschuldner auf Arbeitslosengeld II. Diese Ansprüche sind entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht unpfändbar.

10 Der Bundesgerichtshof hat, wie auch die Rechtsbeschwerde erkennt, bereits entschieden, dass Ansprüche auf laufende Geldleistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch gemäß § 54 Abs. 4 SGB I wie Arbeitseinkommen gepfändet werden können (BGH, Beschluss vom 25. November 2010 – VII ZB 111/09, NJW-RR 2011, 706 Rn. 7; Beschluss vom 5. April 2005 – VII ZB 20/05, NJW-RR 2005, 1010). Die Rechtsbeschwerde bringt nichts vor, was zu einer anderen Beurteilung der aufgeworfenen Rechtsfrage führen könnte.

11 aa) Das Beschwerdegericht geht – insoweit von der Rechtsbeschwerde nicht beanstandet – davon aus, dass der Schuldner vom Drittschuldner laufende Geldleistungen zur Sicherung seines Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch bezieht. Solche Ansprüche können gemäß § 54 Abs. 4 SGB I wie Arbeitseinkommen gepfändet werden, soweit sie nicht gemäß § 54 Abs. 3 SGB I unpfändbar sind oder den sich aus § 54 Abs. 5 SGB I ergebenden Pfändungsbeschrän-

kungen unterliegen. Keiner dieser Ausnahmetatbestände betrifft die hier in Rede stehenden Ansprüche auf laufende Geldleistungen nach § 19 Abs. 1 SGB II.

12 bb) Der Drittschuldner meint allerdings, die Bezüge des Schuldners müssten, insbesondere soweit sie dazu bestimmt seien, Bedarfe für Unterkunft und Heizung zu decken (§ 22 SGB II), durch eine entsprechende Anwendung des § 54 Abs. 3 Nr. 2a SGB I dem Pfändungszugriff seiner Gläubiger entzogen werden, weil andernfalls die zweckentsprechende Verwendung der Leistungen zur Sicherung des Wohnbedarfs des Schuldners nicht hinreichend sichergestellt sei. Insoweit dürfe nichts anderes gelten als für Ansprüche auf Wohngeld, die der Gesetzgeber durch Einführung der Vorschrift in § 54 Abs. 3 Nr. 2a SGB I von der Pfändung ausgenommen habe, um die Bezahlung der Miete und damit ein angemessenes und familiengerechtes Wohnen (vgl. § 1 Abs. 1 WoGG) zu sichern. Damit dringt der Drittschuldner nicht durch.

13 (1) Der Schuldner erhält kein Wohngeld im Sinne des § 1 Abs. 1 WoGG. Eine entsprechende Anwendung der durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I 2003, 2954 ff.) neu eingefügten Regelung in § 54 Abs. 3 Nr. 2a SGB I auf die ihm stattdessen gemäß § 19 Abs. 1, § 22 SGB II zur Deckung seines Wohnbedarfs gewährten Leistungen kommt nicht in Betracht. Das Gesetz enthält an dieser Stelle entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde keine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke. Vielmehr ergibt sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/1516, S. 68), dass der Gesetzgeber die pfändungsrechtlich unterschiedliche Behandlung von Wohngeld und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach § 19 Abs. 1 Satz 3, § 22 SGB II gesehen und bewusst hingenommen hat.

14 In der Gesetzesbegründung ist ausgeführt, dass Wohngeld nach dem bis zur Gesetzesänderung geltenden Recht nicht zu den in § 54 Abs. 3 SGB I genannten unpfändbaren Sozialleistungen gehörte und daher nach Absatz 4 der Vorschrift wie Arbeitseinkommen nach den §§ 850 ff. ZPO pfändbar war. Zwar bleibe der Wohngeldempfänger regelmäßig ohnehin innerhalb der durch § 850c Abs. 1 und 2 vorgegebenen Pfändungsfreigrenzen. Es sei jedoch nicht ausgeschlossen gewesen, dass Gläubiger, die mit dem Wohnraum des Wohngeldempfängers in keinem unmittelbaren Zusammenhang standen, auf das Wohngeld im Rahmen einer Pfändung zugreifen konnten. Weil dadurch der Zweck des Wohngeldes – die wirtschaftliche Sicherung angemessenen und familiengerechten Wohnens – zumindest teilweise habe vereitelt werden können, solle klarstellend geregelt werden, dass Wohngeld grundsätzlich unpfändbar sei. Hierfür spreche im Übrigen auch die Gleichartigkeit hinsichtlich der wesentlichen Zielrichtung/Vergleichbarkeit mit den in § 54 Abs. 3 Nr. 1 und 2 SGB I genannten Leistungen (Erziehungsgeld und Mutterschaftsgeld).

15 Dem kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber durch die Einführung der Vorschrift in § 54 Abs. 3 Nr. 2a SGB I nur Ansprüche auf Wohngeld der Pfändung grundsätzlich und ungeachtet des durch die Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO ohnehin bestehenden Pfändungsschutzes hat entziehen wollen.

16 (2) Für eine Erstreckung dieser Regelung auf Leistungen im Rahmen der Arbeitslosenhilfe II, insbesondere auf solche zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung, besteht kein zwingender sachlicher Grund. Sie ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde insbesondere nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten.

17 (a) Arbeitslosengeld II erhält der erwerbsfähige Leistungsberechtigte zur Sicherung seines Lebensunterhalts, soweit die nach § 19 Abs. 1 Satz 3 SGB II hierfür maßgeblichen Bedarfe (§§ 20 ff. SGB II) nicht durch sein zu berücksichtigendes Einkommen und Vermögen gedeckt sind, § 19 Abs. 3 SGB II. Die Verwendung der danach zu gewährenden laufenden Geldleistungen steht zu seiner freien Disposition (BGH, Beschluss vom 25. November 2010 – VII ZB 111/09, NJW-RR 2011, 706 Rn. 19 – unter Hinweis auf BT-Drucks. 15/1516, S. 46, 55 f.).



Das gilt unbeschadet der durch § 22 Abs. 7 SGB II eröffneten Möglichkeit, Direktzahlungen an den Vermieter oder sonstigen Empfangsberechtigten vorzunehmen, grundsätzlich auch für Leistungen zur Deckung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung nach § 22 SGB II. Diese Leistungen ergänzen den gemäß §§ 20, 21 SGB II nach Maßgabe der Vorschriften des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und der Regelsatzverordnung pauschalierten Regelbedarf (vgl. BT-Drucks. 15/1516, S. 56) um die tatsächlich in angemessener Höhe anfallenden Kosten für die Erhaltung und Beheizung der Unterkunft und fließen in die Berechnung der dem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen zur Sicherung seines Lebensunterhalts als Arbeitslosengeld II zu zahlenden Beträge ein (Lauterbach in: Gagel, SGB II/SGB III, 46. Ergänzungslieferung 2012, § 22 Rn. 1; Breitreuz in: BeckOK SGB II, § 22 Rn. 2; Lang/Link in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl., § 22 Rn. 5). Sie ersetzen auf diese Weise ebenso wie die Regelleistungen nach §§ 20, 21 SGB II fehlendes Arbeitseinkommen (vgl.: Pflüger in: jurisPK-SGB I, 2. Aufl. 2011, § 54 Rn. 73).

18 Die darin liegende Zweckbestimmung der als Arbeitslosengeld II zu gewährenden Leistungen unterscheidet sich von derjenigen, die der Gesetzgeber Wohngeldzahlungen bemisst. Sie ist auch hinsichtlich der nach § 22 SGB II zu ermittelnden Bedarfe für Unterkunft und Heizung nicht in gleicher Weise wie beim Wohngeld von der Vorstellung geprägt, dass der Hilfebedürftige die Bezüge tatsächlich in der gewährten Höhe für die wirtschaftliche Sicherung angemessenen und familiengerechten Wohnens verwendet, sondern orientiert sich an einer die individuellen Wohnbedürfnisse des Hilfebedürftigen berücksichtigenden Berechnung des für die Bemessung von Arbeitslosengeld II maßgeblichen Bedarfs. Eine Zweckbindung, die es zwingend erforderlich machen könnte, Leistungen nach § 22 SGB II den in § 54 Abs. 3 SGB I genannten gleichzustellen und dem Pfändungszugriff des Gläubigers gegen den im Wortlaut des § 54 Abs. 3 und 4 SGB I manifestierten Willen des Gesetzgebers grundsätzlich zu entziehen, besteht nach alledem nicht. Das gilt erst recht für die gemäß § 20 SGB II pauschalierten Leistungen zu Sicherung des Regelbedarfs.

19 (b) Die Belange des Schuldners erfordern es nicht, seine Ansprüche auf laufende Geldleistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch der Pfändung generell zu entziehen. Weil solche Ansprüche gemäß § 54 Abs. 4 SGB I wie Arbeitseinkommen gepfändet werden dürfen, unterliegen sie den Bestimmungen der §§ 850 ff. ZPO (BGH, Beschluss vom 5. April 2005 – VII ZB 20/05, NJW-RR 2005, 1010; Beschluss vom 12. Dezember 2003 – IXa ZB 207/03, Rpfleger 2004, 232; Beschluss vom 10. Oktober 2003 – IXa ZB 180/03, Rpfleger 2004, 111). Sie sind, vorbehaltlich der Sonderregelungen in §§ 850d und 850f ZPO, nur in dem durch § 850c ZPO zugelassenen Umfang pfändbar. Die danach zu berücksichtigenden Pfändungsfreigrenzen liegen, wie auch der Gesetzgeber hervorhebt (BT-Drucks. 15/1516, S. 68), deutlich über den Beträgen, die der erwerbsfähige Schuldner regelmäßig als Arbeitslosengeld II erhält. Vor diesem Hintergrund unterliegen seine sozialhilferechtlichen Bezüge zur Sicherung seines Lebensunterhalts in aller Regel selbst dann nicht der Pfändung, wenn der ihm gemäß § 22 SGB II nach tatsächlich angemessenen Kosten zuzubilligende Bedarf für Unterkunft und Heizung im Einzelfall höher sein sollte, als der in die Pauschbeträge nach § 850c ZPO hierfür eingerechnete Betrag. Für die Berechnung der pfändungsfreien Beträge bestimmt § 850e Abs. 2a ZPO, dass der pfandfreie Grundbetrag bei der gebotenen Zusammenrechnung laufender Geldleistungen nach dem Sozialgesetzbuch mit etwaigem Arbeitseinkommen des Schuldners in erster Linie den laufenden Geldleistungen nach dem Sozialgesetzbuch zu entnehmen ist. Dadurch ist gewährleistet, dass dem Schuldner, der beispielsweise nur Leistungen nach § 22 SGB II zur Deckung seiner Bedarfe für Unterkunft und Heizung erhält, diese laufenden Geldleistungen nicht durch Pfändung entzogen werden.

20 Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass der sozialhilfebedürftige Schuldner in besonders gelagerten Einzelfällen Geld-

leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch erhält, deren Betrag über den nach § 850c ZPO zu berücksichtigenden Pfändungsfreigrenzen liegt. Ergibt sich diese Konstellation allerdings nur deshalb, weil solche Leistungen für mehrere Monate in einem Zahlbetrag zusammengefasst werden, sind die Einzelbeträge ebenso wie bei den vergleichbaren Fällen der Nachzahlung rückständiger Lohnbeträge für die Berechnung des pfandfreien Betrages dem Leistungszeitraum zuzurechnen, für den sie gezahlt werden (vgl.: Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 850c Rn. 3).

21 (c) Für die verbleibenden Fälle, in denen der Schuldner laufende Geldleistungen nach § 19 Abs. 1 SGB II in einer die Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO übersteigenden Höhe erhält, besteht entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kein verfassungsrechtliches Gebot, diese überschießenden Beträge über den Regelungsbereich des § 54 Abs. 3 SGB I hinaus dem Pfändungszugriff des Gläubigers zu entziehen.

22 Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, jedem ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern. Dieses umfasst sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit, als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen (BGH, Beschluss vom 25. November 2010 – VII ZB 111/09, NJW-RR 2011, 706 Rn. 14 – unter Hinweis auf: BVerfG, NJW 2010, 505 Rn. 133 ff. [= GuT 2010, 18–22 L PM]; Beschluss vom 13. November 2011 – VII ZB 7/11, nach juris).

23 Es unterliegt keinem Zweifel und wird auch von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestellt, dass die Pfändungsvorschriften in § 850c ZPO diesem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums in angemessener Weise Rechnung tragen. Gleiches gilt im Ergebnis für die Fälle, in denen die Vollstreckung wegen Unterhaltsforderungen (§ 850d ZPO) oder wegen einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung (§ 850f ZPO) betrieben wird. Hierzu hat der Senat darauf hingewiesen, dass dem Schuldner für seinen notwendigen Unterhalt mindestens soviel pfandfrei zu belassen ist, wie er zur Deckung seines notwendigen Lebensunterhalts nach Maßgabe der Bestimmungen des 3. und 11. Kapitels des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch benötigt (BGH, Beschluss vom 25. November 2010 – VII ZB 111/09, NJW-RR 2011, 706 Rn. 9; Beschluss vom 12. Dezember 2007 – VII ZB 38/07, NJW-RR 2008, 733 Rn. 13; Urteil vom 23. Februar 2005 – XII ZR 114/03, BGHZ 162, 234 Rn. 26). Danach sind ihm jedenfalls die Regelsätze nach § 28 SGB XII zu belassen (BGH, Beschluss vom 25. November 2010 – VII ZB 111/09, NJW-RR 2011, 706 Rn. 9), darüber hinaus Leistungen nach § 35 SGB XII, die er zur Deckung seiner Bedarfe für die Erhaltung einer angemessenen Unterkunft und Heizung erhält.

24 Diese für die Pfändung von Arbeitseinkommen maßgeblichen Grundsätze gewährleisten die verfassungsrechtlich gebotene Sicherung des Existenzminimums in gleicher Weise für die nach § 54 Abs. 4 SGB I zulässige Pfändung von Ansprüchen des erwerbsfähigen Schuldners auf Leistungen zur Sicherung seines Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch. Sie beanspruchen ohne Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2011 – VII ZB 7/11, Rn. 12, nach juris) Geltung unabhängig von der Art des Einkommens oder des Leistungsbezugs und erfordern über die zugunsten des Schuldners in § 54 Abs. 3 und Abs. 5 SGB I angeordneten Pfändungsverbote bzw. Pfändungsbeschränkungen hinaus keine Korrektur der Pfändungsvorschrift in § 54 Abs. 4 SGB I.

25 (d) Die Ansprüche des Schuldners auf Arbeitslosengeld II sind nicht entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB XII unpfändbar. Die Vorschrift betrifft Ansprüche auf Leistungen der So-

zialhilfe, die nach dem Dritten Kapitel des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch erbracht werden. Um solche Leistungen geht es hier nicht. Eine entsprechende Anwendung des § 17 Abs. 1 Satz 2 SGB XII auf Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch kommt in Ermangelung einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke nicht in Betracht. Sie ist insbesondere nicht deshalb geboten, weil, worauf die Rechtsbeschwerde allerdings mit Recht hinweist, die gemäß § 20 SGB II anzuerkennenden Regelbedarfe den Regelsätzen des § 28 SGB XII entsprechen und nach den dort niedergelegten Grundsätzen ermittelt werden. Ebenso wenig von Belang ist in diesem Zusammenhang, ob beide Leistungsarten „Sozialhilfe“ im Sinne des § 9 SGB I sind. Aus alledem lässt sich nicht ableiten, dass Ansprüche auf Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch in gleicher Weise unpfändbar sein müssen wie diejenigen auf Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch. Der Bezug von Arbeitslosengeld II gemäß § 19 Abs. 1 SGB II ist erwerbsfähigen Leistungsberechtigten vorbehalten. Er schließt gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 SGB II Leistungen nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch aus, die nur solche Leistungsberechtigte erhalten, die nicht erwerbsfähig sind. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden und es bedarf auch aus dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots in Art. 3 Abs. 1 GG keiner Korrektur, dass der Gesetzgeber in Ansehung der durch das Kriterium der Erwerbsfähigkeit bedingten Trennung beider Leistungssysteme nur die Pfändung der Ansprüche erwerbsfähiger Leistungsberechtigter nach Maßgabe der für Arbeitseinkommen geltenden Vollstreckungsvorschriften zulässt.

26 (e) Ohne Erfolg rügt der Drittschuldner, das Interesse eines Gläubigers an der Pfändung vermeintlicher Ansprüche auf Sozialleistungen sei nicht schützenswert, weil die Pfändung in aller Regel an den Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO scheitere und ihre Zulassung nur unnötigen Verwaltungsaufwand und Kosten produziere. Dieser Einwand, der in der Sache rechtspolitisch ist, mag in zukünftigen Gesetzgebungsverfahren eine Rolle spielen. Er rechtfertigt es jedoch nicht, diese Regelung derzeit nicht anzuwenden. Gleiches gilt für den Einwand, dass die unnütze Pfändung einem Gläubiger den ansonsten nicht möglichen Zugriff auf die Sozialdaten des Schuldners ermögliche.

27 c) Die angefochtene Entscheidung ist schließlich nicht deshalb aufzuheben, weil das Beschwerdegericht dem Amtsgericht keine Gelegenheit zu Abhilfe gegeben hat.

28 § 572 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, der Beschwerde abhelfen muss, wenn er sie für begründet erachtet. Die hier unterbliebene Durchführung des Abhilfeverfahrens ist indes keine Verfahrensvoraussetzung für das Beschwerdeverfahren (OLG Stuttgart, MDR 2003, 110). Wird die Beschwerde, wie gemäß § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO zulässig, beim Beschwerdegericht eingelegt, so kann dieses nach zutreffender Auffassung jedenfalls dann davon absehen, eine Abhilfeentscheidung des Erstgerichts einzuholen, wenn es die erstinstanzliche Entscheidung für rechtmäßig hält und nach den Umständen berechtigter Anlass für die Annahme besteht, dass das Abhilfeverfahren zu keinem anderen Ergebnis führen würde, eine Abhilfe also nicht zu erwarten ist (OLG Frankfurt, MDR 2002, 1391; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 572 Rn. 4 m.w.N.; aA: Schneider, MDR 2003, 253). Das ist aus den vom Beschwerdegericht zutreffend angeführten Gründen hier der Fall.

**Hinw. d. Red.:** Vgl. ebenso BGH, Beschl. v. 25.10.2012 – VII ZB 47/11 („titulierte Forderung“ von 541,09 EUR) und Beschl. v. 25.10.2012 – VIII ZB 74/11 („titulierte Forderung“ von 2331,69 EUR).

**§ 13 VerkProspG; §§ 2, 5 VerkProspV a.F.;  
§ 44 BörsG a.F.**

**Prospekthaftung für außerbörslich gehandelte Wertpapiere; Inhaberschuldverschreibungen einer mittlerweile insolventen Aktiengesellschaft; Wohnungsbau Leipzig-West AG, WBL; unerfahrene Anleger**

a) Wendet sich der Emittent von Wertpapieren ausdrücklich auch an das unkundige und börsenerfahrene Publikum, so bestimmt sich der Empfängerhorizont für Prospekterklärungen nach den Fähigkeiten und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen (Klein-)Anlegers, der sich allein anhand der Prospektangaben über die Kapitalanlage informiert und über keinerlei Spezialkenntnisse verfügt.

b) In diesem Fall gehört zu den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, die für die Beurteilung der angebotenen Wertpapiere notwendig und daher richtig und vollständig in einem Wertpapier-Verkaufsprospekt darzustellen sind, auch die Möglichkeit der Erteilung nachteiliger Weisungen durch eine beherrschende Konzernmuttergesellschaft an eine beherrschte Konzerntochtergesellschaft und die damit verbundene – erhöhte – Gefahr für die Rückzahlung der an die Konzerntochtergesellschaft gezahlten Anlegergelder.

c) Als Verantwortliche, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht (Prospektveranlasser), werden die Personen erfasst, die ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Emission der Wertpapiere haben und darauf hinwirken, dass ein unrichtiger oder unvollständiger Prospekt veröffentlicht wird. Durch diese Regelung soll eine Lücke bei den Haftungsverpflichtungen geschlossen werden; insbesondere sollen auch Konzernmuttergesellschaften in die Haftung einbezogen werden, wenn eine Konzerntochtergesellschaft Wertpapiere emittiert.

(BGH, Urteil vom 18.9.2012 – XI ZR 344/11)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BGH-Pressesmitteilung Nr. 151/2012 vom 18.9.2012:

»Bundesgerichtshof zur Haftung für fehlerhaften Prospekt aus § 13 VerkProspG aF

Der u. a. für die spezialgesetzliche Prospekthaftung zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Urteil vom heutigen Tage grundlegend zu den Voraussetzungen einer Haftung nach der seit dem 1. Januar 1991 in § 13 VerkProspG\* und seit dem 1. Juni 2012 inhaltsgleich in § 22 des Wertpapierprospektgesetzes (WpPG) kodifizierten Prospekthaftung für außerbörslich gehandelte Wertpapiere Stellung genommen (Urteil vom 18.9.2012 – XI ZR 344/11).

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall begehrt der Kläger Rückabwicklung des Erwerbs von Inhaberschuldverschreibungen einer mittlerweile insolventen Aktiengesellschaft.

Die Wohnungsbau Leipzig-West AG (nachfolgend: WBL) legte in den Jahren 1999 bis 2006 insgesamt 25 Inhaberschuldverschreibungen ohne Börsenzulassung mit einem rechnerischen Gesamtvolumen von 565 Mio. € auf. Dazu gehörte auch die mit dem Prospekt „Ausgewogene Konditionen“ beworbene und vom Kläger im April 2005 in Höhe von 5000 € gezeichnete Anleihe. Der Beklagte war unter der Firma J.S. Immobilienbeteiligungen e.K. zu 73% Mehrheitsaktionär der WBL und auf Grundlage eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages herrschender Unternehmer. Auf Grund von Einzelweisungen des Beklagten erfolgten hohe Zahlungen von der WBL an ihn. Mit seiner Klage begehrt der Kläger im Wesentlichen Rückzahlung des Anlagebetrages nebst Zinsen.

Das Landgericht Frankfurt am Main hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hatte Erfolg. Der Bundesgerichtshof hat das der Klage stattgebende Urteil

[www.gmbbl.de](http://www.gmbbl.de)

**Gemeinsames Beiblatt (GmBBI)**

des Berufungsgerichts [OLG Frankfurt am Main] bestätigt und die dagegen gerichtete Revision des Beklagten zurückgewiesen.

Der Prospekt „Ausgewogene Konditionen“ ist unvollständig im Sinne von § 13 Abs. 1 VerkProspG aF, weil aus ihm nicht ersichtlich ist, dass der Beklagte als Begünstigter des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages dem Vorstand der WBL nachteilige Weisungen erteilen konnte, die nur dem Beklagten oder anderen Konzerngesellschaften dienen. Zu den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen, die für die Beurteilung der angebotenen Wertpapiere notwendig und daher richtig und vollständig in einem Wertpapier-Verkaufsprospekt darzustellen sind, gehört auch die Möglichkeit der Erteilung derartiger nachteiliger Weisungen durch eine beherrschende Konzernmuttergesellschaft an eine beherrschte Konzerntochtergesellschaft und die damit verbundene – erhöhte – Gefahr für die Rückzahlung der an die Konzerntochtergesellschaft gezahlten Anlegergelder. Wendet sich der Emittent – wie hier – ausdrücklich auch an das unkundige und börsenerfahrene Publikum, so bestimmt sich der Empfängerhorizont für Prospekt-erklärungen nach den Fähigkeiten und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen (Klein-)Anlegers, der sich allein anhand der Prospektangaben über die Kapitalanlage informiert und über keinerlei Spezialkenntnisse verfügt. Nach diesen Maßstäben war selbst bei sorgfältiger und eingehender Lektüre des Prospekts nicht zu erkennen, dass der Beklagte aufgrund seines Weisungsrechts der WBL unabhängig von deren Ertragslage zu seinem Vorteil und zu ihrem Nachteil Kapital entziehen konnte.

Der Beklagte ist für den fehlerhaften Prospekt auch verantwortlich. Prospektveranstalter gem. § 44 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BörsG\*\* in der vom 1. Juli 2002 bis zum 31. Oktober 2007 geltenden Fassung (aF) sind Personen, die ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Emission der Wertpapiere haben und darauf hinwirken, dass ein unrichtiger oder unvollständiger Prospekt veröffentlicht wird. Durch diese Regelung soll eine Lücke bei den Haftungsverpflichteten geschlossen werden und sollen insbesondere auch Konzernmuttergesellschaften in die Haftung einbezogen werden, wenn eine Konzerntochtergesellschaft

Wertpapiere emittiert. Der Beklagte hatte als Mehrheitsgesellschafter der WBL und unmittelbar Begünstigter des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages einerseits ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse an der Einwerbung weiterer Anlegergelder durch die Ausgabe der Inhaberschuldverschreibungen und andererseits nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts durch Erteilung von Weisungen zu Zahlungsflüssen tatsächlich in das Geschäft der Emittentin eingegriffen. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht aus diesen Umständen geschlussfolgert, dass der Beklagte einen beherrschenden Einfluss auf die streitgegenständliche Emission ausübte und Kenntnis vom Inverkehrbringen des Prospekts hatte.

In den Instanzen sind zahlreiche gleich gelagerte Fälle anhängig, für die die heutige Entscheidung richtungsweisend ist.

\* § 13 VerkProspG (Haftung bei fehlerhaftem Prospekt) (in der vom 1. Juli 2002 bis zum 30. Juni 2005 geltenden Fassung)

(1) Sind für die Beurteilung der Wertpapiere wesentliche Angaben in einem Verkaufsprospekt unrichtig oder unvollständig, so sind die Vorschriften der §§ 44\*\* bis 47 des Börsengesetzes mit folgender Maßgabe entsprechend anzuwenden: ...

\*\* § 44 BörsG (Unrichtiger Börsenprospekt) (in der vom 1. Juli 2002 bis zum 31. Oktober 2007 geltenden Fassung)

(1) <sup>1</sup>Der Erwerber von Wertpapieren, die auf Grund eines Prospekts zum Börsenhandel zugelassen sind, in dem für die Beurteilung der Wertpapiere wesentliche Angaben unrichtig oder unvollständig sind, kann

1. von denjenigen, die für den Prospekt die Verantwortung übernommen haben und

2. von denjenigen, von denen der Erlass des Prospekts ausgeht, als Gesamtschuldner die Übernahme der Wertpapiere gegen Erstattung des Erwerbspreises, soweit dieser den ersten Ausgabepreis der Wertpapiere nicht überschreitet, und der mit dem Erwerb verbundenen üblichen Kosten verlangen, ...«

**Hinw. d. Red.:** Zur Privatisierung von Wohnimmobilien in den Neuen Bundesländern vgl. auch die Zusammenstellung in GuT-W 2012, 43 (in diesem Heft).

## Magazin

### Privatisierung von Wohnimmobilien

#### Privatisierung von Wohnimmobilien in den Neuen Bundesländern

heute: [www.tlg.de](http://www.tlg.de)

TLG WOHNEN GmbH, Hausvogteiplatz 12, 10117 Berlin  
Geschäftsführung: Claudia Hoyer, Rolf Elgeti

#### Willkommen bei der TLG WOHNEN

Die TLG WOHNEN GmbH verwaltet und vermietet rund 11.500 Wohnungen an zahlreichen Standorten in Ostdeutschland. Der Schwerpunkt unserer Aktivitäten liegt in Dresden u. a. mit der Max-Klinger-Siedlung, in Rostock z. B. mit der Wohnanlage am Patriotischen Weg oder in Stralsund. Darüber hinaus sind wir im Berliner Umland z. B. mit dem Wohnpark Waldschänke in Stahnsdorf, in der Lausitz mit den beiden denkmalgeschützten Gartenstädten Lauta und Brieske sowie in Merseburg mit größeren Wohnanlagen präsent. Unser Bestand umfasst ein breites Spektrum an Wohnungen vom Reihenhaushaus mit Garten über innerstädtische Wohnanlagen mit historischem Flair bis hin zur Neubauwohnung.

#### Vor Ort präsent

Gemeinsam sind unseren Wohnungen der gute Zustand, die moderne Ausstattung, die gute Lage und das attraktive Wohnumfeld. Wir wollen, dass unsere Mieter sich bei uns wohlfühlen und gerne bei uns wohnen. Daher liegt uns die serviceorientierte Betreuung der Mieter besonders am Herzen.

Unsere flächendeckend vorhandenen Servicebüros sichern den Mietern die Nähe und den persönlichen Kontakt. Wir legen Wert auf eine funktionierende Infrastruktur mit vielfältigen Einkaufs-, Arbeits- und Freizeitangeboten. Engagierte Objektmanager und Hausmeister sorgen für eine fachkundige Betreuung sowie die Wartung und Pflege der Wohnanlagen.

#### Privatisierung der TLG WOHNEN

Ende November 2012 hat die TAG Immobilien AG die Geschäftsanteile an der TLG WOHNEN erworben. Mit dem Erwerb der TLG WOHNEN übernimmt die TAG Immobilien AG umfangreiche Schutzvorschriften für die derzeitigen Mieterinnen und Mieter der Wohnungsbestände der TLG WOHNEN. Im Folgenden werden die wesentlichen Regelungen zusammengefasst:

## Sozialcharta

### Privatisierung der TLG WOHNEN:

#### Sozialcharta für die Mieter

#### Wesentliche Schutzvorschriften

##### Kündigungsschutz \*

Alle Mieterinnen und Mieter der betroffenen Wohnungsbestände sind vor Kündigungen wegen Eigenbedarfs oder der sog. Verhinderung der angemessenen Verwertung für den Zeitraum von fünf Jahren geschützt.

Mieterinnen und Mieter, die über 60 Jahre alt oder schwerbehindert sind, sind auf Lebenszeit vor einer ordentlichen Kündigung des Mietvertrags geschützt. Ebenso geschützt sind auch in der Wohnung lebende Angehörige, wenn Sie nach dem Tod des Mieters das Mietverhältnis fortsetzen.

##### Verbot von Luxussanierungen \*

Mieterhöhungen wegen Luxusmodernisierungen sind ausgeschlossen, sofern nicht die Mieterin bzw. der Mieter der Luxussanierung zugestimmt hat.

##### Vorrang der Mieterprivatisierung \*

Im Falle einer Aufteilung in Wohneigentum hat eine Mieterprivatisierung, d.h. ein Verkauf an die Mieterin bzw. den Mieter oder einen von ihr/ihm benannten Angehörigen, Vorrang vor einem Verkauf an Nichtmieter.

##### Beratung beim örtlichen Mieterverein zur Sozialcharta

Wenn Mieterinnen und Mieter eine Beratung im Zusammenhang mit der Sozialcharta wünschen, übernimmt die TAG Immobilien AG – zeitlich befristet bis zum 31. Dezember 2014 – den ersten Mitgliedsbeitrag für den örtlichen Mieterverein.

##### Beibehaltung des bisherigen Instandhaltungs- und Investitionsniveaus

Die TAG Immobilien AG hat sich verpflichtet, das derzeitige Instandhaltungs- und Investitionsniveau der TLG WOHNEN beizubehalten.

##### Weitergabe der Sozialcharta

Bei einem Weiterverkauf von vermieteten Wohnungen verpflichtet sich die TAG Immobilien AG, die Fortgeltung der Sozialcharta mit dem Erwerber zu vereinbaren. Die Bundesregierung hat zudem sichergestellt, dass die Sozialcharta auch dann weiter gilt, wenn sich der Gesellschafterkreis der TAG Immobilien AG oder die Kontrolle über das Unternehmen ändern sollte.

##### Erwerb eines eigenen Rechts der Mieterinnen und Mieter

Die mit „\*“ markierten Regelungen werden Bestandteil der Mietverträge der Mieterinnen und Mieter. Damit erlangen die Mieter ein eigenes, einklagbares Recht gegenüber ihrem Vermieter. Alle mieterschützenden Regelungen der Sozialcharta gelten auch dann weiter, wenn eine betroffene Mieterin oder ein Mieter in eine andere Wohnung bei der TLG WOHNEN umzieht.

#### Überwachung der Sozialcharta

Der Bundesregierung ist es wichtiges Anliegen, dass die Sozialcharta eingehalten und den Mieterinnen und Mietern, sollte es dennoch zu Verstößen kommen, zügig und unbürokratisch geholfen wird.

##### Einrichtung einer Ombudsstelle

Die Bundesregierung wird daher eine von der TAG Immobilien AG unabhängige Ombudsstelle beauftragen, an die sich die Mieterinnen und Mieter im Falle von Verstößen gegen die Sozialcharta wenden können. Um die Unabhängigkeit der Ombudsstelle sicherzustellen, trägt die Bundesregierung die Kosten.

##### Vertragsstrafen

Bei Verstößen gegen die Sozialcharta muss die TAG Immobilien AG der Bundesrepublik hohe Vertragsstrafen zahlen, wenn sie den Verstoß nicht zeitnah und unbürokratisch beseitigt sowie den Mietern den entstandenen Schaden ersetzt.

#### Individuelle Information der Mieterinnen und Mieter

Alle betroffenen Mieterinnen und Mieter der TLG WOHNEN werden zu Beginn des neuen Jahres von ihrem Vermieter angeschrieben und eingehend über die Sozialcharta und die sich hieraus ergebenden Rechte sowie deren Verankerung im geltenden Mietvertrag informiert.

#### Fazit

Damit genießen die Mieterinnen und Mieter der TLG WOHNEN einen deutlich höheren als den gesetzlichen Mieterschutz, der für die meisten Mieterinnen und Mieter in Deutschland gilt.

#### SPD-Bundestagsfraktion – Pressemitteilung

##### Bund setzt mit Verkauf der TLG-Wohnungen falsches Signal

Zur heutigen Bundestagsdebatte über den Verkauf der über 11.000 bundeseigenen ostdeutschen TLG-Wohnungen an den Hamburger Immobilienkonzern TAG erklärt der zuständige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Hans-Joachim Hacker:

Mit dem Verkauf der bundeseigenen TLG-Wohnungen setzt der Bund in Zeiten von Wohnungsknappheit und explodierenden Mieten das völlig falsche Signal. Statt Verantwortung für seine Mieter zu zeigen, verkauft sie der Bund an einen börsennotierten Konzern. Statt staatliche Verantwortung für den kritischen Wohnungsmarkt zu zeigen, privatisiert der Bund große Wohnungsbestände. Statt mietpreisdämpfend zu wirken, bereitet der Bund Luxussanierungen und Mietsteigerungen den Weg. Die schwarz-gelbe Mehrheit hatte schon im Sommer im Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung den SPD-Antrag auf Stopp des Privatisierungsverfahrens abgelehnt. Die heutige Ansetzung der Debatte über den Antrag nach dem Vollzug des Verkaufs spricht die gleiche Sprache: Der Bundesregierung geht es nicht um Mieterinteressen und wohnungspolitische Verantwortung, sie will schlicht und einfach Kasse machen.

Wenig hilfreich war auch der heute mitberatene Schaufenantrag der Linkspartei, die den Verfahrensstopp forderten, obwohl sie sich selber am Bieterverfahren beteiligt hatte. Mit Populismus ist den Mietern nicht gedient.

Die SPD hatte dem Bund vorgeschlagen, mit Ländern und Kommunen über kommunale oder genossenschaftliche Lösungen für die TLG-Wohnungen zu verhandeln. Wenn der Bund sich schon nicht seiner Verantwortung für den Wohnungsmarkt stellen will, sollte er sie wenigstens an diejenigen abgeben, die sich ernsthaft darum bemühen.

#### DMB-Pressemeldung vom 19.11.2012

##### Bund verkauft 11.000 TLG-Wohnungen an Immobilien AG Deutscher Mieterbund kritisiert Wohnungsverkäufe als falsch

„Der Verkauf der 11.000 bundeseigenen TLG-Wohnungen an die TAG Immobilien AG ist falsch. Angesichts der aktuellen Mietpreisentwicklung muss die Bundesregierung alles unternehmen, um preiswerte Wohnungsbestände zu sichern. Sie macht das Gegenteil. Mit dem Verkauf an die TAG Immobilien AG sind Preissteigerungen für die betroffenen 11.000 Mieterhaushalte vorprogrammiert. Mit ihrer Verkaufsentscheidung hat die Bundesregierung soziale Aspekte ausgeblendet“, kritisierte der Direktor des Deutschen Mieterbundes (DMB), Lukas Siebenkotten, die heute bekannt gewordene Verkaufsentscheidung der Bundesregierung.

Aus Sicht des Deutschen Mieterbundes dürfen Wohnungen der öffentlichen Hand nicht an Finanzinvestoren verkauft und nicht zu reinen Renditeobjekten gemacht werden. In den letzten Jahren sind über eine Million Wohnungen an Finanzinvestoren, so genannte Heuschrecken, verkauft worden. Konse-

quenzen waren vielerorts der Verlust preiswerten Wohnraums, Mieterhöhungen, drastisch reduzierte Investitionen in die Wohnungsbestände, Weiterverkäufe und Umwandlungen in Eigentumswohnungen. Gleichzeitig verlor die öffentliche Hand Einfluss auf örtliche Wohnungsmärkte, hatte keinen Zugriff auf preiswerte und bezahlbare Wohnungen und fiel als Partner für Stadtbau- und Stadtentwicklungsmaßnahmen aus. Statt hier ein positives Beispiel zu geben, setzt der Bund die Reihe dieser schlechten Beispiele fort.

Statt ernsthaft zu prüfen, ob die Wohnungen nicht an die Länder, die Kommunen oder Mietergenossenschaften hätten verkauft werden können, wird jetzt an die TAG Immobilien Hamburg AG verkauft. Was Mietern jetzt blühen kann, hat TAG-Immobilien-Chef Rolf Elgeti vor wenigen Wochen in einem Interview angedeutet: Wohnen sei in Deutschland zu billig. Die Mieten seien sowohl im Vergleich zu den Baukosten als auch im Vergleich zu den Einkommen zu niedrig.

### **TAG Immobilien AG, Hamburg**

#### **Pressemitteilung vom 29. 11. 2012**

Die TAG Immobilien AG hat von der Bundesrepublik Deutschland die Geschäftsanteile an der TLG Wohnen GmbH erworben. Der beurkundete Kaufvertrag sieht einen Gesamtkaufpreis in Höhe von EUR 471 Mio. vor, der die Übernahme von Verbindlichkeiten in Höhe von rd. EUR 256 Mio. einschließt. Die TAG hatte am 19. November 2012 in dem von der Bundesrepublik Deutschland ausgerichteten Bieterverfahren zur Privatisierung der TLG Wohnen GmbH, einem der Nachfolgeunternehmen der ehemaligen Treuhand, den Zuschlag erhalten. Mit dem Vollzug des Vertrages wird in den kommenden Wochen gerechnet.

[www.tag-ag.com](http://www.tag-ag.com)

#### **Immobilien in urbanen Wachstumsmärkten**

Die TAG fungiert als Holding eines diversifizierten Immobilienkonzerns, dessen Aktivitäten sowohl den Wohn- und Gewerbeimmobilienbereich umfassen. Der Fokus der Gesellschaft liegt auf dem deutschen Immobilienmarkt, insbesondere auf Regionen wie Hamburg, Berlin, München, Thüringen/Sachsen, Salzgitter und Nordrhein-Westfalen. Die TAG ist ein Bestandshalter und realisiert Wertsteigerungspotenziale innerhalb des Portfolios durch aktives Asset Management sowie strategische Zukäufe attraktiver Objekte. Der TAG-Konzern hat Niederlassungen in Hamburg, Berlin, Leipzig, Düsseldorf und Salzgitter und beschäftigt insgesamt 485 Mitarbeiter (Stand 30. September 2012). Die TAG ist ein börsennotiertes Unternehmen und seit September 2012 im MDAX notiert.

Die Aktienanzahl beträgt seit Ende Dezember 2012 rund 130,8 Mio. Stück. Der Free Float liegt bei 98%. Nationale und internationale Investoren mit überwiegend langfristig orientierter Anlagestrategie bilden die Hauptaktionäre der TAG.

#### **Fokus Bestandshaltung und aktives Asset Management**

Nach Akquisition der TLG Wohnen im Januar 2013 beträgt das Immobilienvolumen der TAG insgesamt über EUR 3600 Mio. Die TAG ist mit einer Eigenkapitalquote von 25% sowie überwiegend langfristigen Finanzierungen solide aufgestellt.

#### **<http://www.finanzen.net/nachricht/aktien/TAG-sieht-nach-Kauf-von-TLG-Wohnungen-keine-starken-Mieterhoehungen-2151687>**

Der Hamburger TAG-Konzern (TAG Immobilien) rechnet nach dem Kauf von zehntausenden Wohnungen in Ostdeutschland von der Treuhand-Nachfolgerin TLG nicht mit starken Mieterhöhungen. Die Mieten seien bereits auf einem „vergleichsweise hohen Niveau“, sagte TAG-Immobilien-Chef Rolf Elgeti am Montag in einer Telefonkonferenz. Mieterhöhungen dürften deshalb die Ausnahme bleiben. Auch mögliche Steigerungen dürften „begrenzt“ sein. Erhöhungen um fünf oder mehr Prozent bezeichnete er als „unrealistisch“.

#### **Vorstand der TAG Immobilien AG:**

- Rolf Elgeti ist seit dem 1. Juli 2009 Vorstandsvorsitzender der TAG Immobilien AG.
- Claudia Hoyer erweitert seit dem 1. Juli 2012 den Vorstand der TAG auf operativer Ebene.
- Georg Griesemann ist seit Juni 2012 Finanzvorstand der TAG Immobilien AG.
- Dr. Harboe Vaagt ist seit dem 1. April 2011 zum Vorstand der TAG Immobilien AG bestellt worden.

**Hinw. d. Red.:** Zur Privatisierung von Alteigentum in den neuen Bundesländern s. den Beitrag von K. E. Heinz in GuT 2012, Heft 66.

Ich biete von Privat zum Kauf an:  
BIGBW 6/1952-1985, VB 300 EUR  
Das Grundeigentum 1961–1997, VB 320 EUR  
Abholung (Düsseldorf)  
Tel.: 0151 14 12 92 00.

„Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT)

Herausgeber und Redaktion (verantwortlich): Ulrich von Schoenebeck M. A.,  
Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn.

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,  
Wolkenburgweg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn.  
Telefon 0228 / 47 63 78, Telefax 0228 / 47 09 54,  
<http://www.prewest.de>, [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung,  
Neusser Straße 6, 41542 Dormagen. <http://www.kluth-dtp.de>

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH,  
Kaarster Straße 153, 41462 Neuss. <http://www.koch-druckerei.de>

Beilagen zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) werden nur im Rahmen  
eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GuT sind  
Beilagen nicht enthalten.

Einzelstücke dieser Beilage 66a können zum Preis von 20,00 EUR inkl. 7% MwSt  
zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
bezogen werden.

