

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**8-10/13**

**13. Jahrgang**  
**Beilage 70a zu Heft 70**  
**Erscheinungsort Bonn**



## **GuT-W**

Gewerbemiete und Teileigentum – Wohnraum professionell

Beilage zu Gewerbemiete und Teileigentum (GuT)

Heft 4 · Oktober 2013  
GuT-W 2013, S. 87–132

Prewest

# Inhalt

## Beiträge

Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung und Leitsätze  
**Urteil in Sachen „Braunkohlentagebau Garzweiler“:  
Rechtsschutz Enteignungs- und  
Umsiedlungsbetroffener gestärkt** 89

## Mietrecht

Wohnraummiete; bauliche Veränderungen an älterem Gebäude;  
Mangel; Trittschall- und Luftschall-Schutz; Anforderungen  
infolge Eingriffs-Intensitäten in die Gebäudesubstanz;  
Dezibel-Abweichungen von DIN-Normen (BGH Leits. u. a.) 92

Wohnraummiete; Wohnungsrückgabe bei Mietende;  
ausgefallener farblicher Zustand nach Übernahme in  
neutraler Dekoration; Wiedervermietbarkeit;  
Rücksichtnahme-Pflicht (BGH) 93

Wohnraummiete; Einfamilienhaus; vereinbarte Nutzung zu  
Wohnzwecken; freiberufliche Nutzung des Wohnraums;  
Geschäftsadresse als gewerbliche Nutzung des Wohnraums;  
Gestattungsanspruch des Mieters (BGH) 94

Wohnraummiete; Verjährung; Veränderungen und  
Verschlechterungen der Mietwohnung; Kenntnis von der  
Besitzaufgabe des Mieters; unmittelbare Sachherrschaft  
des Vermieters (BGH) 95

Wohnraummiete; Betriebskostenabrechnung; Voraussetzung der  
Wirksamkeit; Mehrhausanlage der Wirtschaftseinheit (BGH) 97

Wohnraummiete; Heizkostenabrechnung des Vermieters;  
Contracting; Vorlage von Rechnungen der Vorlieferanten  
(BGH) 98

Wohnraummiete; Mieterhöhungsverlangen zu einem späteren  
als dem gesetzlich frühest bestimmten Erhöhungszeitpunkt;  
Sonderkündigungsrecht des Mieters in angepasster Frist  
(BGH) 99

Qualifizierter Mietspiegel; Beweiskraftwirkung; Berliner  
Mietspiegel 2009; öffentliche Urkunde; anerkannte  
wissenschaftliche Grundsätze (BGH) 101

Wohnraummiete; Befristetes Mietverhältnis mit  
Verlängerungsoption; Kündigung des Vermieters;  
Auslegung der Befristung; Vertragslücke; beiderseitiger  
Kündigungsverzicht; Wille der Parteien (BGH) 102

Wohnraummiete; Ehemwohnung; zeitweise Belassung an den  
nicht mitmietenden Ehegatten; endgültige Nutzungs-  
überlassung; Gebrauchsüberlassung an Dritte (BGH) 104

Ehemwohnung; Energiebelieferung; Mitverpflichtung eines  
Ehegatten im Rahmen des Bedarfsdeckungsgeschäfts;  
keine Enthftung bei Trennung oder Auszug eines Ehegatten;  
Prozesskostenhilfe PKH für zugelassene Revision (BGH) 105

Kurzfassungen / Leitsätze Wohnraummiete etc. 106

## Wohnungseigentum

Wohnungseigentum; Rauchwarnmelder im Gemeinschafts-  
eigentum; Eigentümerbeschluss zum Einbau infolge  
Landesrechts Hamburg (BGH) 108

Verwaltung der Wohnungseigentümer; Veräußerung von  
Teilen des gemeinschaftlichen Grundstücks;  
Mitwirkungsanspruch nur aus der Treuepflicht (BGH) 110

Grenzeinrichtung; gemeinsame Giebelwand; Kommunmauer;  
halbscheidige Giebelmauer; Wiederherstellung der  
Wärmedämmung nach Abriss des angebauten Hauses;  
Aktivlegitimation der Wohnungseigentümergeinschaft (BGH) 112

Selbständiges Beweisverfahren; Bauteilöffnung der  
Eigentumswohnung des nichtbeteiligten Dritten und von  
Räumen, Flächen und Bauteilen im Gemeinschaftseigentum;  
Wohnungsbegriff des Grundgesetzes (BGH) 113

Herausgabeanspruch des Erstehers gegen den im Grundstück  
wohnenden Schuldner; Zwangsvollstreckung (BGH) 114

Kurzfassungen / Leitsätze Wohnungseigentum etc. 116

## Steuern und Abgaben

Einkommensteuer; Werbungskosten; häusliches Arbeitszimmer;  
Universitätsprofessor; grundsätzliche Bedeutung einer  
Rechtsfrage (BFH) 118

Einkommensteuer; Vermietung und Verpachtung V+V;  
Wohnraum-Mietvertrag zwischen Eltern und Kind;  
Fremdvergleich; Vorbehaltsklausel zur Mieterhöhung (BFH) 118

Einkommensteuer; V+V Vermietung und Verpachtung;  
befristeter Mietvertrag; Einkünfteerzielung bei  
Mietvertragsübernahme; Einkünfteerzielungsabsicht des  
Rechtsvorgängers (BFH) 119

Kurzfassungen / Leitsätze / Meldungen Steuern etc. 121

## Weitere Rechtsprechung

Einbauküche; Vorauszahlung bei Anlieferung; unwirksame  
Allgemeine Geschäftsbedingung AGB des Lieferanten  
(BGH Leits. u. a.) 123

Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis; Mitbeheizen der  
veräußerten Doppelhaushälfte aus der Heizungsanlage des  
Veräußerers im Stammhaus; Kündigung der Versorgungs-  
vereinbarung (BGH) 123

Architektenhaftung; Planungsfehler; Schallschutz der  
Trennwände der Reihenhaushaus-Wohnanlage; Mitverschulden  
des Bauträgers (BGH) 125

Architektenvertrag; Einplanung des Kostenrahmens des  
Bauherrn des Wohnhauses (BGH Leits. u. a.) 128

Öltank außerhalb des Gebäudes als wesentlicher Bestandteil  
des Wohnhauses (BGH KL) 128

## Magazin

Ankaufsrecht des Landes an begrünten privaten Innenhöfen  
im früheren Ostteil von Berlin; Neue Vorschriften zum  
Schutz vor elektromagnetischen Feldern; Smart Metering  
Konzept passiert EU-Notifizierungsverfahren 129

**Impressum** 132



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

*Bundesverfassungsgericht*

*Pressemitteilung Nr. 76/2013 und Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 17. Dezember 2013 – 1BvR 3139/08, 1BvR 3386/08*

## Urteil in Sachen „Braunkohlentagebau Garzweiler“: Rechtsschutz Enteignungs- und Umsiedlungsbetroffener gestärkt

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat den Rechtsschutz gegen Großvorhaben gestärkt, die mit Umsiedlungen und Enteignungen verbunden sind. Bereits bei der Vorhabenzulassung ist eine Gesamtabwägung aller öffentlichen und privaten Belange erforderlich, die für und gegen das Vorhaben sprechen. Diese Gesamtabwägung ist Aufgabe der Fachbehörden und vorrangig von den Fachgerichten zu überprüfen; das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich auf eine Kontrolle unter verfassungsrechtlichen Aspekten. Rechtsschutz muss den Betroffenen bereits gegen die Vorhabenzulassung gewährt werden. Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans für den Tagebau Garzweiler genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen, nicht aber die darauf aufbauende konkrete Enteignung eines Naturschutzverbandes. Insoweit verbleibt es jedoch bei einer Feststellung der Grundrechtsverletzung, da die Klage auch bei Zurückverweisung an die Fachgerichte keinen weitergehenden Erfolg haben könnte.

### *Sachverhalt und Verfahrensgang:*

1. Dem Braunkohlentagebau Garzweiler in Nordrhein-Westfalen liegen Braunkohlenpläne aus dem Jahr 1984 und aus den Jahren 1994/1995 zugrunde. Mit Bescheid vom 22. Dezember 1997 ließ das Bergamt Düren den „Rahmenbetriebsplan für den Tagebau Garzweiler I/II“ zu.

2. Der Beschwerdeführer des Verfahrens 1 BvR 3139/08 ist Eigentümer eines im Abbaugbiet liegenden Grundstücks im Ortsteil Immerath der Stadt Erkelenz, das mit einem selbst genutzten Wohnhaus bebaut ist. Mit seiner Verfassungsbeschwerde greift er den Zulassungsbescheid des Bergamts Düren sowie die ihn bestätigenden behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen an.

3. Der Beschwerdeführer des Verfahrens 1 BvR 3386/08 ist ein in Nordrhein-Westfalen anerkannter Naturschutzverband. Er erwarb im Jahr 1998 das Eigentum an einem Grundstück, das für das Abbauvorhaben in Anspruch genommen werden sollte. Mit Beschluss vom 9. Juni 2005 entzog die Bezirksregierung Arnsberg ihm das Eigentum an dem Grundstück und übertrug es auf die Vorhabenträgerin. Mit seiner Verfassungsbeschwerde greift der Beschwerdeführer diesen Grundabtretungsbeschluss und die ihn bestätigenden Gerichtsentscheidungen an.

### *Wesentliche Erwägungen des Senats:*

1. Die Verfassungsbeschwerde im Verfahren 1 BvR 3386/08 ist, soweit zulässig, auch begründet. Der Beschwerdeführer, der durch die angegriffene Grundabtretung enteignet wird, ist in seinen Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 und Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verletzt.

a) Nach Art. 14 Abs. 3 GG kann eine Enteignung nur durch ein hinreichend gewichtiges Gemeinwohlziel gerechtfertigt werden, dessen Bestimmung dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten ist. Hierbei steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, der einer eingeschränkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Das Gesetz muss hinreichend bestimmt regeln, zu welchem Zweck, unter welchen Voraussetzungen und für welche Vorhaben enteignet werden darf. Bei Enteignungen zugunsten Privater, die nur mittelbar dem Gemeinwohl dienen, sind insoweit erhöhte Anforderungen zu stellen.

Die Enteignung ist nur zulässig, wenn sie zur Erreichung des Gemeinwohlziels erforderlich ist. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen der Erforderlichkeit der einzelnen Enteignungsmaßnahme und der Gemeinwohlerfordlichkeit dieses Vorhabens selbst. Ein Vorhaben ist erforderlich im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG, wenn es zum Wohl der Allgemeinheit vernünftigerweise geboten ist, indem es einen substantiellen Beitrag zur Erreichung des Gemeinwohlziels leistet. Die Enteignung selbst ist jedoch nur dann erforderlich, wenn das enteignete Gut unverzichtbar für die Verwirklichung des Vorhabens ist.

Der Garantie effektiven Rechtsschutzes gegen Verletzungen der Eigentumsgarantie wird nur genügt, wenn Rechtsschutz gegen einen Eigentumsentzug so rechtzeitig eröffnet wird, dass im Hinblick auf Vorfestlegungen oder auf den tatsächlichen Vollzug des Vorhabens eine grundsätzlich ergebnisoffene Überprüfung aller Enteignungsvoraussetzungen realistisch erwartet werden kann.

b) § 79 Abs. 1 des Bundesberggesetzes (BBergG) steht bei verfassungskonformer Auslegung der dortigen Gemeinwohlklausel in Einklang mit Art. 14 Abs. 3 GG. Der Wortlaut legt zwar das Verständnis nahe, dass eine Grundabtretung generell zulässig ist, wenn sie „dem Wohle der Allgemeinheit dient“, und dass die mit „insbesondere“ angeschlossenen Enteignungs-

zwecke lediglich als Beispiele gelten sollen. In dieser weiten Deutung wäre die Bestimmung mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Die Aufzählung der Enteignungszwecke kann jedoch auch abschließend verstanden werden. Bei derartiger verfassungskonformer Auslegung steht § 79 Abs. 1 BBergG in Einklang mit Art. 14 Abs. 3 GG, soweit er die „Versorgung des Marktes mit Rohstoffen“ als Gemeinwohlziel benennt.

c) Teilweise unzulänglich sind die Enteignungsregelungen des Bundesberggesetzes im Hinblick auf die gebotene Gesamtabwägung und den erforderlichen effektiven Rechtsschutz.

Die Regelungen des Bundesberggesetzes schreiben eine Gesamtabwägung bei der Entscheidung über die Zulassung des Rahmenbetriebsplans nicht ausdrücklich vor. Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings inzwischen mit Urteil vom 29. Juni 2006 (BVerwGE 126, 205), das im Ausgangsverfahren zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 3139/08 ergangen ist, auf diese Unzulänglichkeiten der Zulassungsbestimmungen für Bergbaubetriebe reagiert und über § 48 Abs. 2 BBergG auch eine Abwägung der Interessen der betroffenen Grundeigentümer mit den berechtigten Belangen des Bergbaus gefordert. Dieses Verständnis des einfachen Rechts gibt Raum für die von Verfassung wegen gebotene Gesamtabwägung bei der Zulassung eines Rahmenbetriebsplans.

Zudem regelt das Gesetz nicht eindeutig, ob die Gesamtabwägung jedenfalls im Rahmen der jeweiligen Grundabtretung geboten ist. Die Gesamtabwägung im Verfahren über den Rahmenbetriebsplan macht die Gesamtabwägung im Grundabtretungsbeschluss, selbst wenn sie sich inhaltlich weitgehend entsprechen, nicht entbehrlich, da insoweit keine förmliche Bindungswirkung, insbesondere keine enteignungsrechtliche Vorwirkung, des Rahmenbetriebsplans im Verhältnis zur Grundabtretung vorgesehen ist. Es entspricht allerdings seit langem gefestigter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, dass zur Gewinnung eines Bodenschatzes eine Enteignung im Einzelfall nur aufgrund einer Gesamtabwägung zulässig ist; damit wird die Rechtslage hinreichend präzisiert.

d) Die angegriffenen Behörden- und Gerichtsentscheidungen verletzen den Beschwerdeführer in seinen Rechten aus Art. 14 Abs. 1 und 3 GG, weil sie die erforderliche Gesamtabwägung in Bezug auf den Tagebau Garzweiler nicht vorgenommen haben und auf einer Auslegung des Bundesberggesetzes beruhen, die seinerzeit ein strukturelles Rechtsschutzdefizit aufwies. Die Gesamtabwägung kann bei der als gebundene Entscheidung ergehenden Grundabtretung zwar grundsätzlich auch noch im Gerichtsverfahren nachgeholt werden. Das Oberverwaltungsgericht verweist jedoch im angegriffenen Urteil zu zahlreichen Feststellungen und Tatsachenwürdigungen ohne eigene Sachprüfung auf die – nach seiner Auffassung – bindenden Erkenntnisse aus seinem Urteil auf die vorangegangene Klage des Beschwerdeführers gegen den Rahmenbetriebsplan. In diesem früheren Urteil hatte das Oberverwaltungsgericht jedoch – übereinstimmend mit der damaligen bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung – den Standpunkt vertreten, dass die Rahmenbetriebsplanzulassung die Rechte von Drittbetroffenen nicht verletzen könne. Erst im Grundabtretungsverfahren komme es zu einem Eingriff in das Eigentumsrecht. Damit wird dem Beschwerdeführer eine hinreichende gerichtliche Überprüfung der angegriffenen Grundabtretung versagt.

e) Trotz des Erfolges der Verfassungsbeschwerde verbleibt es bei der bloßen Feststellung der Verfassungsverstöße. Die Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen erübrigt sich, da eine erneute Sachentscheidung dem Beschwerdeführer keinen über die Feststellung hinausgehenden Vorteil verschaffen könnte. Das Grundstück ist mittlerweile durch den Tagebau in Anspruch genommen und eine Rückgabe an ihn wäre faktisch ohne Wert. Zudem ist sicher absehbar, dass die Fachgerichte bei einer erneuten Sachentscheidung zu dem Ergebnis gelangen würden, dass der Tagebau Garzweiler zur Sicherung der Energieversorgung als vernünftigerweise geboten angesehen wer-

den durfte und dass auch die Gesamtabwägung zu dem Tagebau bei nachvollziehender Prüfung durch die Gerichte Bestand haben würde (vgl. hierzu nachfolgend unter 2.).

2. Die Verfassungsbeschwerde im Verfahren 1 BvR 3139/08 ist zulässig, aber nicht begründet.

a) Die angegriffene Zulassung des Rahmenbetriebsplans für den Tagebau Garzweiler greift nicht in das Grundrecht des Beschwerdeführers auf Freizügigkeit (Art. 11 GG) ein.

Art. 11 GG schützt auch das Verbleiben an dem in Freizügigkeit gewählten Ort und damit grundsätzlich auch vor erzwungenen Umsiedlungen. Er berechtigt allerdings nicht dazu, an Orten im Bundesgebiet Aufenthalt zu nehmen und zu verbleiben, an denen Regelungen zur Bodenordnung oder Bodennutzung einem Daueraufenthalt entgegenstehen. Solche Regelungen berühren jedenfalls dann nicht den Schutzbereich von Art. 11 Abs. 1 GG, wenn sie allgemein gelten und nicht gezielt die Freizügigkeit bestimmter Personen oder Personengruppen treffen sollen. Ein eigenständiges Recht auf Heimat gewährleistet Art. 11 Abs. 1 GG hingegen nicht. Hierdurch entsteht keine Schutzlücke. Die besonderen Belastungen der Betroffenen, die mit dem Verlust der sozialen und räumlich-städtebaulichen Beziehungen einhergehen, finden Berücksichtigung im Rahmen des Grundrechtsschutzes aus Art. 14 Abs. 1 und 3 GG, sofern es sich um Eigentumseingriffe handelt, ansonsten über Art. 2 Abs. 1 GG.

b) Der Eingriff in das Eigentum (Art. 14 GG) des Beschwerdeführers durch die Zulassung des Rahmenbetriebsplans ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

aa) Art. 14 GG schützt den konkreten Bestand des Wohneigentums. Zu dem Bestand gehören auch dessen gewachsene Bezüge in sozialer und städtebaulicher Hinsicht. Dieser Schutz gilt ebenso für Eigentumswohnungen und für das Besitzrecht der Mieter von Wohnräumen.

bb) Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans entzieht dem Beschwerdeführer zwar nicht das Eigentum an seinem Grundstück, greift aber dennoch darin ein. Sie enthält zu seinen Lasten die Feststellung, dass das Tagebauvorhaben grundsätzlich zulassungsfähig ist. Die Zulassung des Rahmenbetriebsplans greift auch deshalb in das Grundeigentum des Beschwerdeführers ein, weil spätestens mit dieser Entscheidung in den vom Tagebau betroffenen Gemeinden ein Abwanderungsprozess angestoßen wird, der das soziale und städtebauliche Umfeld zunehmend massiv verändert. Schließlich hat die Zulassungsentcheidung auch rechtliche Vorwirkung im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschwerdeführers gegen eine spätere Grundabtretung. Jedenfalls für Grundstücke inmitten des Abbaugebiets steht die spätere Inanspruchnahme mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans dem Grunde nach fest. Mit zunehmender Verwirklichung des Tagebauvorhabens verringern sich die tatsächlichen Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs gegen die Grundabtretung, soweit der Eigentümer sich auf die Rechtswidrigkeit des Vorhabens stützt.

cc) (1) Aufgrund dieser Vorwirkungen ist der Eigentumseingriff, der mit der Zulassung des Rahmenbetriebsplans verbunden ist, nur gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen einer Enteignung jedenfalls dem Grunde nach erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn das mit dem Tagebauvorhaben verfolgte Gemeinwohlziel sich aus einer hinreichend präzisen, gesetzlichen Gemeinwohlbestimmung ableiten lässt, das Vorhaben zur Erreichung des Gemeinwohlziels vernünftigerweise geboten ist, der Entscheidungsfindungsprozess verfassungsrechtliche Mindestanforderungen einhält und die Zulassung vertretbar auf der Grundlage einer umfassenden Gesamtabwägung erfolgt.

(2) Mit dem Abbau von Braunkohle wird ein gesetzlich hinreichend bestimmtes und ausreichend tragfähiges Gemeinwohlziel umgesetzt. Es ist zuallererst eine energiepolitische Entscheidung des Bundes und der Länder, mit welchen Energieträgern und in welcher Kombination der verfügbaren Energieträger sie eine zuverlässige Energieversorgung sicherstellen wollen. Hierbei steht ihnen ein weiterer Gestaltungs- und Einschät-

zungsspielraum zur Verfügung. Das Grundgesetz bietet keinen Maßstab für die zu einem bestimmten Zeitpunkt allein verfassungsgemäße oder auch nur verfassungsrechtlich vorzugswürdige Energiepolitik des Bundes oder eines Landes. Vom Bundesverfassungsgericht können energiepolitische Grundentscheidungen daher nur darauf überprüft werden, ob sie offensichtlich und eindeutig unvereinbar sind mit verfassungsrechtlichen Wertungen, wie sie insbesondere in den Grundrechten oder den Staatszielbestimmungen, hier namentlich dem Umweltschutz (Art. 20a GG), zum Ausdruck kommen.

Das Verfassungsbeschwerdeverfahren hat nicht ergeben, dass die energiepolitische Grundentscheidung des Landes Nordrhein-Westfalen für die mittelfristige Fortführung der Braunkohलगewinnung – auch soweit sie die konkrete Entscheidung für den Tagebau Garzweiler betrifft – verfassungsrechtlich zu beanstanden ist. Die Landesregierung führt für ihr Konzept, das die jederzeitige Verfügbarkeit eines traditionellen Rohstoffs für einen sicheren Energiemix in den Vordergrund stellt, gewichtige Gemeinwohlgründe an. Ihre Bewertung der gravierenden Belastungen für Mensch und Umwelt, die mit dem Abbau und der Verstromung von Braunkohle verbunden sind, ist jedenfalls nicht offensichtlich fehlerhaft. Ob es sich bei dem Konzept um das energiepolitisch, ökonomisch und ökologisch sinnvollste Energieversorgungskonzept handelt, ist hingegen nicht vom Bundesverfassungsgericht zu entscheiden.

(3) Der Braunkohlentagebau Garzweiler ist erforderlich für das Erreichen des Gemeinwohlziels, durch die Gewinnung und Verstromung von Braunkohle einen wesentlichen Beitrag zum angestrebten Energiemix für das Land Nordrhein-Westfalen zu leisten. Es genügt, dass die Braunkohलगewinnung aus diesem Tagebau einen substantiellen Beitrag zur Erreichung dieses Gemeinwohlziels leistet.

(4) Die gesetzlichen Regelungen für die Zulassung eines Braunkohlentagebauvorhabens weisen Defizite auf. Nicht hinreichend klar geregelt ist zum einen das Verhältnis zwischen der Braunkohlenplanung nach dem nordrhein-westfälischen Landesplanungsrecht und der Zulassung des Rahmenbetriebsplans nach dem Bundesberggesetz sowie zum anderen das Erfordernis einer einheitlichen Gesamtabwägung. Gleichwohl genügen die Regelungen in der vom Bundesverwaltungsgericht gefundenen Deutung noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine transparente und klare Ausgestaltung des Verfahrens und des materiellen Entscheidungsfindungsprozesses sowie an eindeutige Verantwortungszuweisungen.

Die tatsächlichen Verfahrensschritte, die zur Zulassung des Rahmenbetriebsplans für den Braunkohlentagebau Garzweiler geführt haben, stehen nicht in Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen.

Die erforderliche Gesamtabwägung wurde im Fall des Braunkohlentagebaus Garzweiler in verfassungsrechtlich letztlich nicht zu beanstandender Weise vorgenommen. Das Bundesverfassungsgericht ist bei der Kontrolle der fachgerichtlichen und fachbehördlichen Entscheidungen darauf beschränkt zu überprüfen, ob ihnen bei der Tatsachenermittlung verfassungsrechtlich erhebliche Fehler unterlaufen sind oder ob sie bei der Gesamtabwägung die Bedeutung der betroffenen Grundrechte – insbesondere des Art. 14 Abs. 1 GG – oder sonstiger grundgesetzlicher Wertungen grundsätzlich verkannt haben.

Ausgehend von den erwarteten Braunkohlemengen im geplanten Abbauzeitraum 2001 bis 2045 hat das Oberverwaltungsgericht prognostiziert, dass das Abbauvorhaben einen nicht unerheblichen Beitrag zur Stromerzeugung leisten wird. Es hat das Abbauvorhaben sodann im Hinblick auf die Leitentscheidungen der Landesregierung Nordrhein-Westfalen aus den Jahren 1987 und 1991 gewürdigt, auf seine Vereinbarkeit mit der Klimaschutzpolitik Deutschlands und der Europäischen Union sowie mit der Staatszielbestimmung Umweltschutz in Art. 20a GG hinterfragt und für insgesamt hinreichend gewichtig gehalten.

Die Interessen der Eigentums- und Umsiedlungsbetroffenen fügen sich in der Summe zu einem besonders gewichtigen Gemeinwohlbelang zusammen, der dem Tagebau entgegensteht. Zwar sind durchaus Zweifel angebracht, ob das Oberverwaltungsgericht diesen zentralen Belang mit dem ihm zukommenden Gewicht in die Gesamtabwägung eingestellt hat. Sie erweisen sich jedoch letztlich als nicht durchschlagend. Denn es steht außer Zweifel, dass dem Oberverwaltungsgericht die Dimension der Umsiedlungsfrage nach der Zahl der Betroffenen und den mit der Umsiedlung verbundenen spezifischen Belastungen bekannt und bewusst war. Die große Zahl der rund 7.000 Umsiedlungsbetroffenen war von Beginn der Planung als ein zentrales Problem dieses Projekts diskutiert worden. Dementsprechend hat sich die Braunkohlenplanung zum Tagebau Garzweiler, die auch Grundlage der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts war, intensiv und eingehend mit der Erhebung der Umsiedlungsbelastungen und der Minimierung der Umsiedlungsfolgen befasst.

### Leitsätze

1. Nach Art. 14 Abs. 3 GG kann eine Enteignung nur durch ein hinreichend gewichtiges Gemeinwohlziel gerechtfertigt werden, dessen Bestimmung dem parlamentarischen Gesetzgeber aufgegeben ist.

Das Gesetz muss hinreichend bestimmt regeln, zu welchem Zweck, unter welchen Voraussetzungen und für welche Vorhaben enteignet werden darf. Allein die Ermächtigung zur Enteignung für „ein dem Wohl der Allgemeinheit dienendes Vorhaben“ genügt dem nicht.

2. Dient eine Enteignung einem Vorhaben, das ein Gemeinwohlziel im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG fördern soll, muss das enteignete Gut unverzichtbar für die Verwirklichung dieses Vorhabens sein.

Das Vorhaben ist erforderlich im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG, wenn es zum Wohl der Allgemeinheit vernünftigerweise geboten ist, indem es einen substantiellen Beitrag zur Erreichung des Gemeinwohlziels leistet.

3. Eine Enteignung erfordert eine Gesamtabwägung zwischen den für das konkrete Vorhaben sprechenden Gemeinwohlbelangen einerseits und den durch seine Verwirklichung beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen andererseits.

4. Der Garantie effektiven Rechtsschutzes gegen Verletzungen der Eigentumsgarantie wird nur genügt, wenn Rechtsschutz gegen einen Eigentumsentzug so rechtzeitig eröffnet wird, dass im Hinblick auf Vorfestlegungen oder den tatsächlichen Vollzug des die Enteignung erfordernden Vorhabens eine grundsätzlich ergebnisoffene Überprüfung aller Enteignungsvoraussetzungen realistisch erwartet werden kann.

5. Das Grundrecht auf Freizügigkeit berechtigt nicht dazu, an Orten im Bundesgebiet Aufenthalt zu nehmen und zu verbleiben, an denen Regelungen zur Bodenordnung oder Bodennutzung einem Daueraufenthalt entgegenstehen, sofern sie allgemein gelten und nicht gezielt die Freizügigkeit bestimmter Personen oder Personengruppen einschränken sollen.

6. Art. 14 GG schützt den Bestand des konkreten (Wohn-)Eigentums auch in dessen gewachsenen Bezügen in sozialer Hinsicht, soweit sie an örtlich verfestigten Eigentumspositionen anknüpfen.

Art. 14 GG vermittelt den von großflächigen Umsiedlungsmaßnahmen in ihrem Eigentum Betroffenen einen Anspruch darauf, dass bei der Gesamtabwägung das konkrete Ausmaß der Umsiedlungen und die mit ihnen für die verschiedenen Betroffenen verbundenen Belastungen berücksichtigt werden.

# Mietrecht

## §§ 536, 812 BGB

### Wohnraummiete;

**bauliche Veränderungen an älterem Gebäude; Mangel; Trittschall- und Luftschall-Schutz; Anforderungen infolge Eingriffs-Intensitäten in die Gebäudesubstanz; Dezibel-Abweichungen von DIN-Normen**

a) Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Mangels der Mietsache ist, wenn Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, jedenfalls die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen (Bestätigung von BGH, Urteile vom 6. Oktober 2004 VIII – ZR 355/03, NJW 2005, 218 [= WuM 2004, 715] unter II 1; vom 17. Juni 2009 – VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441 [= WuM 2009, 457] Rn. 9 f.; vom 7. Juli 2010 – VIII ZR 85/09, NJW 2010, 3088 [= WuM 2010, 482] Rn. 12 f.; vom 1. Juni 2012 – V ZR 195/11, NJW 2012, 2725 [= GuF 2012, 292] Rn. 10).

b) Nimmt der Vermieter bauliche Veränderungen an einem älteren Gebäude vor, so kann der Mieter, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, nur dann erwarten, dass der Tritt- und Luftschallschutz anschließend den höheren Anforderungen der zur Zeit der baulichen Veränderungen geltenden DIN-Normen genügt, wenn die Maßnahmen von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes vergleichbar sind (Bestätigung der Senatsurteile vom 6. Oktober 2004 – VIII ZR 355/03, aaO; vom 17. Juni 2009 – VIII ZR 131/08, aaO Rn. 12).

c) Zu der Frage, ob eine erhebliche Minderung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch vorliegt, wenn der Tritt- oder Luftschallschutz einer Mietwohnung die Mindestwerte der anzuwendenden DIN-Normen um nicht mehr als ein Dezibel unterschreitet.

(BGH, Urteil vom 5. 6. 2013 – VIII ZR 287/12)

**Hinweise der Redaktion:** Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 97/2013 vom 5. 6. 2013:

»Tritt- und Luftschallschutz bei Estricharbeiten des Vermieters

Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage befasst, welcher Maßstab anzulegen ist, um zu beurteilen, ob eine Mietwohnung in schallschutztechnischer Hinsicht einen Mangel aufweist.

Der Kläger ist seit dem Jahr 1985 Mieter einer Wohnung der Beklagten in Mannheim. Das Gebäude, in dem sich die Wohnung befindet und das im Eigentum der Beklagten steht, war während des Zweiten Weltkriegs beschädigt und im Jahr 1952 wieder aufgebaut worden.

Im Jahr 2003 ließ die Beklagte in der über der Wohnung des Klägers gelegenen Dachgeschosswohnung Bauarbeiten durchführen, wodurch nunmehr zwei Wohnungen entstanden. Auf einer Fläche von 21 m<sup>2</sup> wurde der Estrich entfernt und erneuert. Auf zwei anderen Flächen (von 96 m<sup>2</sup> und von 59 m<sup>2</sup>) wurde der Estrich lediglich abgeschliffen und verspachtelt, um die Verlegung eines neuen Bodenbelags zu ermöglichen.

Der Kläger beanstandete im Jahr 2007 neben anderen Mängeln eine unzureichende Schallisolierung seiner Wohnung zu den Dachgeschosswohnungen und zahlte in der Folge die Miete mit einem Minderungsvorbehalt von insoweit 20%. Er ist der Ansicht, dass die Schallisolierung weder dem im Jahr 1952 noch dem im Jahr 2003 geltenden Stand der Technik entspreche.

Der Kläger hat die Beklagte – wegen des nicht ausreichenden Schallschutzes – auf Rückzahlung von 20% der von ihm für den Zeitraum von September 2007 bis April 2009 gezahlten Bruttomiete in Anspruch genommen. Das Amtsgericht Mannheim hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht Mannheim hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten hatte Erfolg (Urteil vom 5. Juni 2013 – VIII ZR 287/12). Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat seine Rechtsprechung fortgeführt, wonach – bei Fehlen einer vertraglichen Abrede – eine Mietwohnung in einem älteren Gebäude in schallschutztechnischer Hinsicht keinen Mangel aufweist, sofern der Tritt- und der Luftschallschutz den zur Zeit der Errichtung des Gebäudes geltenden DIN-Normen entsprechen. Der Umstand, dass die Beklagte den Estrich abgeschliffen und verspachtelt und ihn auf 12% der Gesamtfläche entfernt und erneuert hat, rechtfertigt es nicht, auf die zur Zeit der Durchführung dieser Arbeiten geltenden DIN-Normen abzustellen. Denn diese Maßnahme ist von der Intensität des Eingriffs in die Gebäudesubstanz her mit einem Neubau oder einer grundlegenden Veränderung des Gebäudes nicht vergleichbar. Der Mieter kann daher nicht erwarten, dass die Maßnahme so ausgeführt wird, dass der Schallschutz anschließend den höheren Anforderungen der zur Zeit der Durchführung der Arbeiten geltenden DIN-Normen genügt.

Der Tritt- und der Luftschallschutz der Wohnung sind daher als ausreichend und damit als vertragsgemäß zu bewerten.«

**Weiterer Hinw. d. Red. zu c) des Leitsatzes:** Hierzu heißt es in den Gründen unter II. 2.:

»25 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig (§ 561 ZPO). Unter Heranziehung der zum Zeitpunkt des Wiederaufbaus des Hauses im Jahre 1952 geltenden technischen Normen ist der Tritt- und Luftschallschutz der Wohnung des Klägers zu den Dachgeschosswohnungen als (noch) ausreichend und damit als vertragsgemäß zu bewerten.

26 Allerdings hat das Berufungsgericht festgestellt, nach dem Sachverständigengutachten sei davon auszugehen, dass zwar die zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes beziehungsweise des Wiederaufbaus im Jahre 1952 geltenden technischen Mindestanforderungen an den Trittschallschutz eingehalten, jedoch diejenigen für den Luftschallschutz um ein Dezibel verfehlt würden. Hieraus folgt jedoch noch nicht, dass die Wohnung des Klägers – wie für eine Mietminderung erforderlich – insoweit einen Mangel aufweist, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder zumindest (erheblich) mindert. Denn die festgestellte Unterschreitung der DIN 4109, Ausgabe 1944, betrifft nur einen Teilbereich des Schallschutzes, nämlich den Luftschallschutz, und unterschreitet zudem die für diesen geltenden technischen Anforderungen lediglich um ein Dezibel. Eine so geringfügige Unterschreitung des Schallschutzgrenzwertes stellt, wie die Revision mit Recht geltend macht, noch keine rechtlich beachtliche, erhebliche Beeinträchtigung des Mietgebrauchs dar. Nach der – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung einhellig vertretenen Auffassung kommt einer Überschreitung eines Schallschutzgrenzwertes um ein Dezibel im Regelfall schon deshalb keine entscheidende Bedeutung zu, weil nach allgemeinen Erkenntnissen der Akustik eine Änderung des Schallpegels in dieser Größenordnung für das menschliche Ohr kaum wahrnehmbar ist (BGH, Urteil vom 1. Juni 2012 – V ZR 195/11, aaO Rn. 12; LG Berlin, WuM 2007, 384; BVerwG, NVwZ 1997, 394, 395 mwN; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. Februar 2013 – 2 B 1353/12.NE, juris Rn. 30; HessVGH, ESVGH 62, 43, 51 f.; OVG Hamburg, Beschluss vom 16. Februar 2011 – 2 Bf 178/09.Z, juris Rn. 9; OVG Lüneburg, Urteil vom 1. Juni 2010 – 12 LB 32/07, juris

Rn. 43; vgl. auch Nr. 3.2.1 Abs. 3 Satz 1 der Sechsten Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz <Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm – TA Lärm> vom 26. August 1998, GMBL 1998, 503).«

**Beachte:** Nach der Zusammenfassung der sog. Sengpiel Dezibel-Tabelle ergibt sich die doppelte (Schall-)Intensität bei einer (Schallintensitäts-)Pegelerhöhung von 3 dB. Der doppelte Schalldruck ergibt sich bei einer (Schalldruck-)Pegelerhöhung von 6 dB. Die doppelte Lautstärkeempfindung ergibt sich bei einer (Lautstärke-)Pegelerhöhung von etwa 10 dB.

**§§ 535, 241, 280 BGB**  
**Wohnraummiete; Wohnungsrückgabe bei Mietende;**  
**ausgefallener farblicher Zustand nach Übernahme**  
**in neutraler Dekoration;**  
**Wiedervermietbarkeit; Rücksichtnahme-Pflicht**

**Der Mieter ist gemäß §§ 535, 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine in neutraler Dekoration übernommene Wohnung bei Mietende in einem ausgefallenen farblichen Zustand zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird.**

(BGH, Urteil vom 6. 11. 2013 – VIII ZR 416/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten waren von Anfang 2007 bis Juli 2009 Mieter einer Doppelhaushälfte der Klägerin in B. Sie hatten das Objekt in weißer Farbe frisch renoviert übernommen, strichen danach einzelne Wände des Mietobjekts in kräftigen Farben (rot, gelb, blau) an und gaben es in diesem Zustand bei Mietende zurück. Die Klägerin ließ im August 2009 die farbig gestalteten Wände zunächst mit Haftgrund und dann alle Wand- und Deckenflächen zweimal mit Wandfarbe überstreichen. Sie wendete hierfür einen Betrag von 3648,82 € auf.

2 Soweit hier noch von Interesse, hat die Klägerin – unter teilweiser Verrechnung mit der von den Beklagten geleisteten Kautionszahlung von 1836,46 € nebst Zinsen begehrt; die Beklagten haben widerklagend die Rückzahlung der zu Beginn des Mietverhältnisses geleisteten Kautionszahlung verlangt.

3 Das Amtsgericht Friedberg (Hessen) hat Klage und Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht Gießen das erstinstanzliche Urteil dahin abgeändert, dass die Beklagten – soweit hier noch von Interesse – an die Klägerin 874,30 € nebst Zinsen zu zahlen haben; die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung der Beklagten hat es zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Beklagten hinsichtlich der Klage die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung und verfolgen im Übrigen ihren Widerklageantrag weiter.

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 gegen die Beklagten ein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 874,30 € aus § 280 Abs. 1, § 546 BGB zu.

7 Unabhängig davon, ob der Mieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet sei, stelle es eine Vertragsverletzung dar, wenn der Mieter das Mietobjekt in einem farblichen Zustand zurückgebe, welcher die Grenzen des normalen Geschmacks überschreite. Dies sei vorliegend der Fall. Die Beklagten hätten einzelne Wände des Mietobjekts in kräftigen Farben gestrichen, was eine Neuvermietung in diesem Zustand praktisch unmöglich gemacht habe. Auch der Nachmieter, der Zeuge D., habe die farbigen Wände nicht behalten wollen.

8 Entgegen der Auffassung der Beklagten sei eine Vertragspflichtverletzung auch dann gegeben, wenn sich der ausgefallene farbliche Zustand durch Schönheitsreparaturen im Sinne des § 28 Abs. 4 Satz 3 der Zweiten Berechnungsverordnung (mithin auch durch Neutapezieren) beseitigen lasse und keine darüber hinausgehenden Instandsetzungsarbeiten erforderlich

seien. Vorliegend müsse die Vertragsverletzung schon darin gesehen werden, dass die Rückgabe in dem farblich auffälligen, veränderten Zustand erfolgt sei, welcher die Grenzen des normalen Geschmacks überschreite.

9 Durch die Vertragspflichtverletzung der Beklagten sei der Klägerin unter Berücksichtigung eines Abzugs neu für alt ein Schaden in Höhe von 2676,66 € entstanden. Zwar habe die Klägerin als Vermieterin bei Beendigung des Mietverhältnisses mangels wirksamer Vereinbarung der Parteien keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Renovierung des Hauses oder auf Zahlung eines anteiligen Betrages hierfür gehabt. Jedoch stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass die Beseitigung der farblichen Gestaltung einen zusätzlichen Aufwand (Vorstreichen mit Haftgrund, zweimaliges Streichen) erfordert habe. Dennoch sei der Schaden der Klägerin nicht in voller Höhe, sondern nur in Höhe von 2676,66 € entstanden. Denn von dem Schaden in Höhe der Malerkosten von 3648,82 € sei ein Abzug neu für alt vorzunehmen, weil die Klägerin durch die Zahlung des Schadensersatzes im Ergebnis eine vollständig renovierte Wohnung zurückerhalte, obwohl sie keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Durchführung der Schönheitsreparaturen oder auf Zahlung eines anteiligen Betrages hierfür gehabt habe und sie deshalb ohne die farbliche Verunstaltung der Beklagten ein unrenoviertes Haus mit normalen Gebrauchsspuren nach einer Nutzungsdauer von rund 2 1/2 Jahren zurückerhalten hätte.

10 Unter Verrechnung mit der Kautionszahlung ergebe sich zugunsten der Klägerin ein Betrag von 874,30 €. Insofern sei die Klage begründet, während die Widerklage unbegründet sei.

11 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

12 Die Beklagten sind wegen der Rückgabe des – mit neutral (hier: weiß) gestrichenen Wänden übernommenen – Mietobjekts in einem ausgefallenen farblichen Zustand, der eine Neuvermietung der Wohnung praktisch unmöglich machte, weil er für viele Mieter nicht akzeptabel ist, gegenüber der Klägerin schadensersatzpflichtig. Das vertragswidrige Verhalten (§§ 535, 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 242 BGB) der Beklagten bei Beendigung des Mietverhältnisses besteht darin, dass sie die Pflicht, auf das berechtigte Interesse der Klägerin an einer baldigen Weitervermietung der zurückgegebenen Doppelhaushälfte in der gebotenen Weise Rücksicht zu nehmen, verletzt haben. Zu Recht hat das Berufungsgericht daher einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten auf Ersatz der anteiligen Renovierungskosten in Höhe von 2676,66 € bejaht und die Beklagten unter Berücksichtigung des ihnen zustehenden Mietkautionsrückzahlungsanspruchs zur Zahlung von 874,30 € verurteilt.

13 1. Eine ungewöhnliche Farbwahl bei der Dekoration einzelner Räume führt nach allgemeiner Meinung (vgl. Senatsurteil vom 18. Juni 2008 – VIII ZR 224/07, NJW 2008, 2499 [= WuM 2008, 472] Rn. 18 mwN; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 535 Rn. 109a) zu einer vom Vermieter nicht hinzunehmenden Verschlechterung der zurückgegebenen Mieträume, wenn eine Weitervermietung der Wohnung in diesem Zustand praktisch unmöglich ist. So hat auch der Senat bereits ausgesprochen, dass dem Vermieter vor dem Hintergrund einer beabsichtigten Weitervermietung ein Interesse daran, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, nicht abzuspochen ist und der Mieter nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB gehalten ist, eine von ihm angebrachte ungewöhnliche Dekoration bei Rückgabe der Wohnung wieder zu beseitigen (Senatsurteile vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 48/09, NJW 2010, 674 [= WuM 2010, 85] Rn. 16; vom 22. Oktober 2008 – VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62 [= WuM 2008, 722] Rn. 17; vom 18. Juni 2008 – VIII ZR 224/07, aaO).

14 2. Der Mieter ist gemäß § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er eine in neutraler Dekoration übernommene Wohnung mit einem farbigen Anstrich zurückgibt.

15 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung ergibt sich dies allerdings nicht aus § 546 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift enthält keine Regelung darüber, in welchem Zustand die Wohnung zurückzugeben ist, da der Zustand der Wohnung für die Rückgabe selbst ohne Bedeutung ist. Nach der vom Gesetz getroffenen Regelung kann der Vermieter wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache zwar Schadensersatz verlangen, nicht aber die Rücknahme der Mietsache ablehnen (Senatsurteil vom 10. Januar 1983 – VIII ZR 304/81, BGHZ 86, 204, 209 f. zur Vorgängerregelung in § 556 BGB; Staudinger/Rolfs, BGB, Neubearb. 2011, § 546 Rn. 19).

16 b) Im Ansatzpunkt ähnlich wie das Berufungsgericht, sieht Langenberg (Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 4. Aufl., 1. Teil, E, V 373) die Rückgabe eines Mietobjekts in einem Zustand, der beim Vermieter zusätzliche Kosten für die dekorative Herrichtung auslöst, als Vertragsverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB an. Diese bestehe nicht darin, dass der Mieter die Schönheitsreparaturen während der Mietzeit nach seinen sehr singulären Vorstellungen durchführe, sondern in der Rückgabe in einem Zustand, der es nicht ermögliche, allein mit den üblichen Vorarbeiten die Dekoration zu erneuern. In diesem Fall versuche der Mieter, die zusätzlichen Kosten, die aus der Selbstverwirklichung durch Farbwahl und sonstige Gestaltung stammten, auf den Vertragspartner abzuwälzen (Langenberg, aaO). Dagegen wird eingewandt (Eisenschmid, WuM 2010, 459, 466 f.), dass das, was während der Mietzeit erlaubt sei, bei Ende des Mietverhältnisses nicht zu einer Vertragsverletzung werden könne.

17 c) Zutreffend ist insoweit zwar, dass der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache dann nicht nach § 538 BGB zu vertreten hat, wenn sie durch einen vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden (Senatsurteil vom 5. März 2008 – VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 [= WuM 2008, 213] Rn. 21), und dass die farbliche Gestaltung der Mieträume während der Dauer des Mietverhältnisses dem Mieter überlassen ist, somit zum vertragsgemäßen Gebrauch einer angemieteten Wohnung gehört (Senatsurteile vom 21. September 2011 – VIII ZR 47/11, WuM 2011, 618 Rn. 8; vom 18. Juni 2008 – VIII ZR 224/07, aaO Rn. 17).

18 Der Mieter verletzt jedoch seine Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2, § 242 BGB, wenn er die in neutraler Dekoration übernommene Wohnung bei Mietende in einem Zustand zurückgibt, der von vielen Mietinteressenten nicht akzeptiert wird. Der Schadenersatzanspruch des Vermieters beruht in diesem Fall auf §§ 535, 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 242 BGB. Der Schaden des Vermieters besteht darin, dass er die für breite Mieterkreise nicht akzeptable Art der Dekoration beseitigen muss.

19 Vermieter und Mieter müssen bei der Gebrauchsüberlassung beziehungsweise Nutzung der Wohnung auf die Interessen des jeweils anderen Vertragspartners Rücksicht nehmen (§ 241 Abs. 2, § 242 BGB). So hat der Mieter das berechnete Interesse, die Wohnung während der Mietzeit nach seinem persönlichen Geschmack zu dekorieren, während das berechnete Interesse des Vermieters dahin geht, die Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses in einem Dekorationszustand zurückzuerhalten, der dem Geschmack eines größeren Interessentenkreises entspricht und somit einer baldigen Weitervermietung nicht entgegensteht (Senatsurteil vom 22. Februar 2012 – VIII ZR 205/11, NJW 2012, 1280 [= GuF 2012, 34 = WuM 2012, 194] Rn. 12; Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2010 – VIII ZR 198/10, WuM 2011, 96 Rn. 3, sowie VIII ZR 218/10, WuM 2011, 212 Rn. 3).

20 d) Entgegen der Auffassung der Revision (ebenso Eisenschmid, aaO) folgt aus der Entscheidung des Senats zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung im Falle des Rauchens (Senatsurteil vom 5. März 2008 – VIII ZR 37/07, NJW 2008, 1439 [= WuM 2008, 213]) nichts anderes. Denn diese Entscheidung betraf die Frage, wann beim Rauchen die Grenzen

des vertragsgemäßen Gebrauchs überschritten sind; dort hat der Senat entschieden, dass Rauchen nicht mehr als vertragsgemäßer Gebrauch der Mietsache anzusehen ist („exzessives Rauchen“), wenn die damit verbundenen negativen Auswirkungen auf die Mietsache Schäden verursachen, die über die Abnutzung der Dekoration hinausgehen und sich dementsprechend nicht mehr durch bloße Ausführung von Schönheitsreparaturen beseitigen lassen (Senatsurteil vom 5. März 2008 – VIII ZR 37/07, aaO Rn. 23). Darum geht es hier indes nicht.

21 Exzessives Rauchen führt zu einer übermäßigen Abnutzung der Mieträume, die Beseitigungsmaßnahmen erfordert, die über normale Schönheitsreparaturen hinausgehen. Um Abnutzung der Mieträume geht es bei deren farblicher Gestaltung in ungewöhnlichen Farben jedoch nicht. Maßnahmen zu deren Beseitigung sind deshalb im Rechtssinne auch keine Schönheitsreparaturen. Das zeigt schon die schlichte Überlegung, dass das berechnete Interesse des Vermieters, die Wohnung am Ende des Mietverhältnisses mit einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Mietinteressenten akzeptiert wird, auch dann ohne Einschränkung zu bejahen ist, wenn der Mieter die Wohnung vor der Rückgabe in ungewöhnlichen Farben frisch renoviert hat.

22 3. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen zur Schadenshöhe werden von der Revision nicht beanstandet und begegnen auch im Übrigen keinen Bedenken. Zutreffend berücksichtigt das Berufungsgericht, dass die Beklagten nicht für Abnutzungserscheinungen, die auf einem vertragsgemäßen Mietgebrauch beruhen, aufzukommen haben, sondern nur die darüber hinausgehenden Mehrkosten unter Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“ ersetzen müssen (vgl. Senatsurteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 48/09, aaO Rn. 16).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 541, 573 BGB; § 719 ZPO**  
**Wohnraummiete; Einfamilienhaus; vereinbarte Nutzung zu Wohnzwecken; freiberufliche Nutzung des Wohnraums; Geschäftsadresse als gewerbliche Nutzung des Wohnraums; Gestattungsanspruch des Mieters**

**a) Bei geschäftlichen Aktivitäten freiberuflicher oder gewerblicher Art, die nach außen in Erscheinung treten, liegt eine Nutzung vor, die der Vermieter einer Wohnung ohne entsprechende Vereinbarung grundsätzlich nicht dulden muss.**

**b) Ein – auf Treu und Glauben gestützter – Anspruch des Mieters auf Gestattung gewerblicher Aktivitäten in der ausschließlich zu Wohnzwecken angemieteten Wohnung kommt nach der Rechtsprechung des Senats nur ausnahmsweise in Betracht.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 31. 7. 2013 – VIII ZR 149/13)

**Beschlußsatz:** Der Antrag des Beklagten, die Zwangsvollstreckung aus dem Beschluss des Landgerichts Hanau vom 22. Mai 2013 in Verbindung mit dem Urteil des Amtsgerichts Hanau vom 18. Januar 2013 vorläufig einzustellen, wird zurückgewiesen.

1 **Aus den Gründen:** Der Antrag ist unbegründet. Einer Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO steht entgegen, dass die weitere Rechtsverteidigung des Beklagten keine Aussicht auf Erfolg hat. Denn die Vorinstanzen haben die ordentliche Kündigung des Klägers zu Recht für begründet erachtet und deshalb auf Räumung des vom Beklagten gemieteten Einfamilienhauses erkannt.

2 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Beklagte Inhaber eines Gewerbebetriebs, der einen Hausmeisterservice, die De- und Remontage von Aufzugsanlagen und Schwertransporte innerhalb von Gebäuden, Montage von Auf-



zugsanlagen und Bau von Montagerüstung zum Gegenstand hat. Als Betriebsstätte hat der Beklagte gegenüber dem Gewerbeamt seit mehreren Jahren seine Wohnadresse angegeben; unter dieser „Geschäftsadresse“ tritt er auch gegenüber Kunden auf. Der Kläger mahnte den Beklagten wegen unerlaubter gewerblicher Nutzung des zu Wohnzwecken vermieteten Einfamilienhauses vergeblich ab.

3 Die Auffassung der Vorinstanzen, dass im Verhalten des Beklagten eine nach dem Mietvertrag nicht erlaubte und deshalb vertragswidrige gewerbliche Nutzung liegt, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteile vom 14. Juli 2009 – VIII ZR 165/08, NJW 2009, 3157 [= WuM 2009, 517] Rn. 13 ff. sowie vom 10. April 2013 – VIII ZR 213/12, NJW 2013, 1806 [= GuFW 2013, 53] Rn. 14). Auch die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass die Vertragsverletzung im vorliegenden Fall ein die ordentliche Kündigung rechtfertigendes Gewicht hat, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

4 Der Beklagte hat sich allerdings darauf berufen, dass von seinem Betrieb bisher keine konkreten Störungen ausgegangen seien, weil er in dem vom Kläger gemieteten Einfamilienhaus in der Vergangenheit keine geschäftlichen Besuche von Mitarbeitern oder Kunden empfangen habe. Außerdem stelle er die für seinen Betrieb benötigten Fahrzeuge nicht auf dem Wohngrundstück oder auf der Straße in der Nähe des Grundstücks ab, sondern ausschließlich auf einem dafür gesondert angemieteten Platz. Darauf kommt es indessen nicht an. Bei geschäftlichen Aktivitäten freiberuflicher oder gewerblicher Art, die nach außen in Erscheinung treten, liegt eine Nutzung vor, die der Vermieter einer Wohnung ohne entsprechende Vereinbarung grundsätzlich nicht dulden muss (Senatsurteil vom 14. Juli 2009 – VIII ZR 165/08, aaO Rn. 15).

5 Entgegen der Auffassung des Beklagten ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen Anspruch auf Gestattung der gewerblichen Tätigkeit verneint hat. Ein – auf Treu und Glauben gestützter – Anspruch des Mieters auf Gestattung gewerblicher Aktivitäten in der ausschließlich zu Wohnzwecken angemieteten Wohnung kommt nach der Rechtsprechung des Senats nur ausnahmsweise in Betracht (vgl. Senatsurteil vom 14. Juli 2009 – VIII ZR 165/08, aaO). Einen solchen Ausnahmefall hat das Berufungsgericht hier angesichts von Art und Zuschnitt des vom Beklagten geführten Gewerbebetriebs rechtsfehlerfrei verneint.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Vgl. krit. Anm. Eisenschmid in jurisPR-MietR 21/2013 Anm. 1 zur gewerblichen Nutzung in dem entschiedenen Sachverhalt, insbesondere aber auch perspektivisch zur freiberuflichen Tätigkeit in der Mietwohnung.

**§ 548 BGB**  
**Wohnraummiete; Verjährung;**  
**Veränderungen und Verschlechterungen**  
**der Mietwohnung; Kenntnis**  
**von der Besitzaufgabe des Mieters;**  
**unmittelbare Sachherrschaft des Vermieters**

**Für die Frage der Verjährung von Ersatzansprüchen des Vermieters setzt die Rückerlangung der Mietsache außer der Übertragung des Besitzes an der Wohnung vom Mieter an den Vermieter die Kenntnis des Vermieters von der Besitzaufgabe voraus.**

(BGH, Urteil vom 23. 10. 2013 – VIII ZR 402/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger nehmen die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz aus einem zum 31. Dezember 2009 beendeten Wohnraummietverhältnis in Anspruch.

2 Mit jeweils am 30. Juni 2010 beim Mahngericht eingegangenen Mahnbescheidsanträgen haben die Kläger gegen die Beklagten das Mahnverfahren eingeleitet, das nachfolgend oh-

ne vorwerfbare Verzögerungen in das streitige Verfahren überleitet worden ist. Soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, erheben die Beklagten die Einrede der Verjährung. Sie meinen, eventuelle Ansprüche der Kläger seien verjährt, weil sie – unstreitig – nach ihrem Auszug aus der Wohnung die Wohnungsschlüssel am 20. Dezember 2009 an die im gleichen Haus wohnende Hauswirtsfrau, die Zeugin V., übergaben.

3 Das Amtsgericht Berlin-Pankow/Weißensee hat der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 1563,46 € stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Berlin die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

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

6 Den Klägern stehe der erstinstanzlich zugesprochene Zahlungsanspruch infolge des Durchgreifens der erhobenen Verjährungseinrede nicht zu. Gemäß § 548 Abs. 1 BGB verjährt Ansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhalte.

7 Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugin V. sei davon auszugehen, dass eine Rückgabe der Wohnung durch die Beklagten vorliegend am 20. Dezember 2009, jedenfalls aber noch vor dem 30. Dezember 2009 anzunehmen sei, so dass zum Zeitpunkt der Einreichung der Mahnbescheidsanträge am 30. Juni 2010 etwaige Schadensersatzansprüche der Kläger bereits verjährt gewesen seien.

8 Die Zeugin V. habe glaubhaft bekundet, dass sie nach vorheriger Absprache mit der Hausverwaltung berechtigt sei, Schlüssel von den Mietern entgegenzunehmen, jedoch nicht, die Abnahme selbst zu machen. Es könne offen bleiben, ob die Zeugin V. konkret zur Entgegennahme der Wohnungsschlüssel bevollmächtigt gewesen sei. Denn eine Rückgabe im Sinne von § 548 BGB liege schon dann vor, wenn der Mieter die Sache einem Besitzdiener des Vermieters zurückgebe. Die Zeugin V. sei als Besitzdienerin der Beklagten anzusehen, weil es zu ihrem Tätigkeitsbereich gehört habe, Wohnungsbesichtigungen mit Interessenten durchzuführen und nach Rücksprache mit der Hausverwaltung zum Teil auch Schlüssel zurückzunehmen.

9 Selbst wenn man für die Rückgabe der Wohnung im Sinne des § 548 BGB nicht bereits die willentliche Entgegennahme der Schlüssel durch den Besitzdiener ausreichen lassen wolle, müssten sich der Vermieter oder die zuständige Hausverwaltung spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem üblicherweise davon auszugehen sei, dass ein (nicht vertretungsbefugter) Angestellter im Geschäftsbetrieb erlangte Informationen an sie weitergebe, diese Kenntnis analog § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Von einem Hauswart könne nach Treu und Glauben erwartet werden, dass dieser den Vermieter bzw. die Hausverwaltung von allen wesentlichen Vorkommnissen, die sich in seinem Bereich zutragen, unverzüglich unterrichte.

10 Auch unter Berücksichtigung der anstehenden Feiertage sei zu erwarten gewesen, dass die Hauswartin, welche im Hinblick auf die Wohnung selber keinerlei Prüfungs- oder Überlegungsaufgaben zu vollziehen gehabt habe, die Information, dass die Beklagten die Sachherrschaft an der Wohnung durch Rückgabe der Schlüssel an sie am 20. Dezember 2009 aufgegeben hätten, jedenfalls noch vor dem 30. Dezember 2009 an den Vermieter oder die Hausverwaltung weitergeben werde.

11 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Kläger auf Zahlung von Schadensersatz gemäß §§ 280, 281 BGB gegen die Beklagten nicht verneint werden. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, die Schadensersatzforderung der Kläger zum

Zeitpunkt des Eingangs der Mahnbescheidsanträge bei Gericht am 30. Juni 2010 als gemäß § 548 Abs. 1 BGB verjährt anzusehen.

12 1. Nach § 548 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB beginnt die sechsmonatige Verjährungsfrist für die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in dem Zeitpunkt, in dem er die Mietsache zurückerhält. Die Beendigung des Mietvertrags – hier zum 31. Dezember 2009 – ist (vom Berufungsgericht zutreffend gesehen) nicht Voraussetzung für den Beginn der kurzen Verjährung (Senatsurteile vom 12. Oktober 2011 – VIII ZR 8/11, NJW 2012, 144 [= WuM 2012, 95] Rn. 14 mwN; vom 15. März 2006 – VIII ZR 123/05, NJW 2006, 1588 [= WuM 2006, 319 = GuT 2006, 142 KL] unter II 2 a). Andererseits ist der Vermieter nicht dazu verpflichtet, die Mietsache jederzeit – sozusagen „auf Zuruf“ – zurückzunehmen, etwa wenn der Mieter kurzfristig auszieht und den Schlüssel zur Wohnung an den Vermieter zurückgeben will (Senatsurteil vom 12. Oktober 2011 – VIII ZR 8/11, aaO Rn. 19).

13 a) Zweck des § 548 BGB ist es, zeitnah zur Rückgabe der Mietsache eine möglichst schnelle Klarstellung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache zu erreichen (Senatsurteile vom 29. Juni 2011 – VIII ZR 349/10, NJW 2011, 2717 [= GuT 2011, 172] Rn. 12; vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 195/10, NJW 2011, 1866 [= WuM 2011, 363] Rn. 12). Das bedeutet zum einen, dass der Vermieter in die Lage versetzt werden muss, sich durch Ausübung der unmittelbaren Sachherrschaft ungestört ein umfassendes Bild von den Mängeln, Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache zu machen (Senatsurteil vom 12. Oktober 2011 – VIII ZR 8/11, aaO Rn. 14 mwN). Zum anderen ist es erforderlich, dass der Mieter den Besitz vollständig und eindeutig aufgibt, wobei der Vermieter hiervon Kenntnis erlangen muss (BGH, Urteile vom 23. Mai 2006 – VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399 [= WuM 2006, 437 = GuT 2006, 265 KL] unter II 2 e aa; vom 19. November 2003 – XII ZR 68/00, NJW 2004, 774 [= GuT 2004, 13] unter II 3 a – noch zu der Vorgängervorschrift § 558 Satz 2 BGB aF). Ohne Kenntnis von der Besitzaufgabe des Mieters an der Wohnung, etwa durch Rückgabe der Wohnungsschlüssel an den Vermieter oder seinen Bevollmächtigten, ist der Vermieter grundsätzlich nicht in der Lage, den Zustand der Wohnung zu prüfen. Die Rückerlangung der Mietsache im Sinne von § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB setzt mithin außer der Übertragung des Besitzes an der Wohnung vom Mieter an den Vermieter die Kenntnis des Vermieters von der Besitzaufgabe voraus (vgl. OLG München, ZMR 2010, 285, 286).

14 b) Letzteres ist nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts indes nicht der Fall.

15 aa) Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass in der Rückgabe der Wohnungsschlüssel von den Beklagten an die Hauswartin am 20. Dezember 2009 die erforderliche vollständige und unzweideutige Besitzaufgabe der Beklagten als Mieter liegt. Auch begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Zeugin V. als Besitzdienerin der Vermieter gemäß § 855 BGB anzusehen ist, keinen rechtlichen Bedenken. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war die Zeugin V. beauftragt, Wohnungsbesichtigungen durchzuführen und nach Rücksprache mit der Hausverwaltung zum Teil auch Schlüssel zurückzunehmen. Soweit die Zeugin V. also im Besitz von Schlüsseln war, sei es auch, um Besichtigungen durchzuführen und gegebenenfalls für den Notfall Zutritt zu den Wohnungen nehmen zu können, übte sie als Hauswartin die Sachherrschaft über die Wohnungen im Rahmen ihres weisungsgebundenen Angestelltenverhältnisses mit Wissen und Willen der Vermieter als Besitzdienerin für die Vermieter aus (§ 855 BGB). Dies allein reicht jedoch für die Rück-

gabe der Wohnung im Sinne von § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht aus.

16 Die Kläger als Vermieter sind damit – anders als das Berufungsgericht offenbar meint – noch nicht in die Lage versetzt worden, sich durch die nunmehr erlangte unmittelbare Sachherrschaft – vermittelt durch die Zeugin V. als Besitzdienerin – ein Bild vom Zustand der Wohnung machen zu können. Denn sie selbst hatten keine Kenntnis von der Wohnungsrückgabe, während die Zeugin V., die die Kenntnis hatte, nicht bevollmächtigt war, Wohnungsabnahmen durchzuführen. Gleiches gilt für die Kenntnis der von den Klägern bevollmächtigten Hausverwaltung. Feststellungen dazu, wann die Kläger oder die sie vertretende Hausverwaltung tatsächlich Kenntnis von der Schlüsselrückgabe an die Zeugin V. erhalten haben, hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – jedoch nicht getroffen.

17 bb) Entgegen der Hilfsrüge des Berufungsgerichts muss sich ein Vermieter oder die zuständige Hausverwaltung auch nicht die Kenntnis von der Schlüsselübergabe an den Hauswart spätestens ab dem Zeitpunkt analog § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, zu dem üblicherweise davon auszugehen ist, dass diese im Geschäftsbetrieb vom Hauswart erlangte Information an den Vermieter oder die Hausverwaltung weitergegeben wird. Für eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB zur Kenntniserlangung durch einen Besitzdiener ist kein Raum. Dies setzt voraus, dass die Zeugin V. als „Wissensvertreterin“ der Vermieter eingesetzt ist (zu den Voraussetzungen vgl. Senatsurteil vom 20. Oktober 2004 – VIII ZR 36/03, NJW 2005, 365 unter II 3 mwN [= GuT 2005, 66 KL]). Dies ist nicht ohne weiteres der Fall.

18 Die Frage, ob ein Hauswart oder ein Hausmeister eine zum Empfang der Schlüssel berechtigte Person ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere kommt es auf die konkrete Ausgestaltung seiner Tätigkeit an, also ob er allgemein oder für den konkreten Fall vom Vermieter (oder der von ihm bevollmächtigten Hausverwaltung) mit der Rücknahme der Wohnung beauftragt ist (Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 11. Aufl., § 546 BGB Rn. 62). Die Kenntnis des Hauswarts von der Rückgabe der Wohnungsschlüssel ist dem Vermieter oder der ihn vertretenden Hausverwaltung nur dann zuzurechnen, wenn der Hauswart konkret damit beauftragt ist, die Wohnungsschlüssel zum Zweck der Übergabe der Wohnung entgegenzunehmen. Ansonsten erhält der Vermieter durch die Schlüsselrückgabe an den Hauswart zwar die Sachherrschaft über die Wohnung zurück, er ist jedoch mangels Kenntnis davon nicht in der Lage, sich daraufhin ein umfassendes Bild vom Zustand der Wohnung zu machen.

19 2. Daraus folgt, dass sich die Kläger die Kenntnis der Zeugin V. von der Schlüsselrückgabe zu der Wohnung am 20. Dezember 2009 oder in den Tagen danach nur dann zurechnen lassen müssen, wenn die Beklagten mit Einwilligung der hier die Kläger vertretenden Hausverwaltung die Wohnungsschlüssel an die Zeugin V. herausgeben sollten oder durften.

20 Das Berufungsgericht lässt jedoch dahinstehen, ob die Zeugin V., was von den Klägern bestritten ist, im vorliegenden Fall zur Rücknahme der Wohnungsschlüssel bevollmächtigt war, und meint, eine weitere Beweisaufnahme hierzu sei nicht erforderlich. Hieraus ist ersichtlich, dass dem Berufungsgericht die durchgeführte Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugin V. selbst nicht ausreichte, davon überzeugt zu sein, dass eine Bevollmächtigung der Zeugin V. zur Rücknahme der Wohnungsschlüssel im konkreten Fall vorlag.

21 III. Hiernach 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 es zur Frage der Verjährung und gegebenenfalls zu Grund und Höhe des geltend gemachten Anspruchs die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 556, 259 BGB**  
**Wohnraummiete; Betriebskostenabrechnung;**  
**Voraussetzung der Wirksamkeit;**  
**Mehrhausanlage der Wirtschaftseinheit**

**Zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Betriebskostenabrechnung im Wohnraummietrecht.**

(BGH, Urteil vom 9. 10. 2013 – VIII ZR 22/13)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht einen Nachzahlungsbetrag in Höhe von 736,59 € nebst Zinsen aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2007 geltend.

2 Die Beklagte ist Mieterin einer Wohnung in Berlin, die die Klägerin im Jahre 2007 von der Voreigentümerin kaufte. Die Klägerin wurde im Jahr 2008 als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen. Mit Abtretungsvereinbarung vom 4. Dezember 2009 trat die Voreigentümerin der Klägerin sämtliche Ansprüche aus dem Mietverhältnis ab.

3 Die Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2007 wurde von der Hausverwaltung erstellt und mit Schreiben vom 15. Dezember 2008 im Namen und in Vollmacht der Eigentümerin unter namentlicher Bezeichnung der Klägerin gegenüber der Beklagten geltend gemacht. Die Beklagte widersprach der Abrechnung.

4 Das Amtsgericht Berlin-Tempelhof-Kreuzberg hat die Klage auf Zahlung von 736,59 € nebst Zinsen abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht [LG Berlin] zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

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

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

7 Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Zahlung der für das Jahr 2007 verlangten Betriebskostennachforderung. Zwar sei die Abtretung der Ansprüche der früheren Vermieterin an die Klägerin wirksam vereinbart worden. Sie gehe aber ins Leere, weil der Zedent mangels einer formell wirksamen Abrechnung kein Anspruch gegenüber der Beklagten auf Zahlung des Nachforderungsbetrags zugestanden habe.

8 Die Abrechnung sei in den Positionen Hauswart, Schornsteinfeger sowie Wasser und Abwasser formell nicht ordnungsgemäß, weil sie die für die jeweiligen Wirtschaftseinheiten angefallenen Gesamtkosten nicht ausweise. Bei den genannten Kostenarten seien in der Abrechnung vorweg Abzüge vorgenommen worden, die sich aus der Abrechnung nicht ergäben. So habe die Vermieterseite für den Hauswart eine größere Wirtschaftseinheit gebildet und für diese auch höhere Kosten gehabt. In der Abrechnung seien jedoch nur diejenigen Kostenanteile eingestellt worden, die sich rechnerisch nach dem Flächenanteil des Grundstücks an der Gesamtfläche ergäben, ohne dass sich dies der Abrechnung entnehmen lasse. Gleiches gelte für die Schornsteinfegerkosten. Hier habe die Beklagte erwidert, dass sich für sie (nur) Gesamtkosten von 7900,24 € anhand von Belegen ergeben würden. In der Abrechnung fänden sich Gesamtkosten aber nur in Höhe von 995,45 €. Auch bei den Wasser- und Entwässerungskosten habe die Klägerin 5% vorweg abgezogen, ohne dass dies der Abrechnung zu entnehmen sei, und damit die Gesamtkosten nicht mitgeteilt. Dass mit dem Abzug der Gartenwasserverbrauch habe berücksichtigt werden sollen, ändere daran nichts.

9 Ob der früheren Vermieterin auch deshalb kein Anspruch auf die Betriebskostennachforderung zustehe, weil die Abrechnung für das Jahr 2007 nicht für sie, sondern für die Erwerberin, die jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht Eigentümerin gewesen sei, erteilt worden sei, oder ob sich aus den Umständen ergebe, dass die Abrechnung in jedem Falle die Abrech-

nungspflicht des Vermieters habe erfüllen sollen, könne dahinstehen.

10 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte gemäß § 556 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, § 259 BGB auf Zahlung restlicher Betriebskosten für das Jahr 2007 nicht verneint werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Abrechnung für die Kostenpositionen Hauswart, Schornsteinfeger sowie Wasser und Abwasser nicht wegen formeller Mängel unwirksam.

11 1. Die Klägerin ist entgegen der Auffassung der Revisionsröwiderung aktivlegitimiert, auch wenn nach einem Eigentumswechsel nicht der Erwerber, sondern der Veräußerer gegenüber dem Mieter hinsichtlich der zu dem Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum abgelaufenen Abrechnungsperiode zu der Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zu der Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt ist (Senatsurteil vom 3. Dezember 2003 – VIII ZR 168/03, NZM 2004, 188 [= WuM 2004, 94] unter II 2 und Leitsatz [= GuT 2004, 102]). Das Berufungsgericht hat diese Frage dahinstehen lassen. Wie jedoch auch schon in seinen Ausführungen anklingt, ergab sich hier bereits aus dem Anschreiben vom 15. Dezember 2008 zu der Betriebskostenabrechnung und den Begleitumständen, dass die von der Hausverwaltung erstellte Abrechnung in jedem Fall die Abrechnungspflicht des Vermieters erfüllen sollte. Aus der Formulierung „Wir haben Ihnen im Namen und in Vollmacht der Eigentümerin des o.g. Objekts, ... die Kosten für den Abrechnungszeitpunkt vom ... bis ... zusammengestellt“ war für die Beklagte als Adressatin des Schreibens klar erkennbar, dass die Abrechnung für die Vermieterin des in der Abrechnung bezeichneten Objekts erteilt werden sollte. Die genaue Kenntnis der Person der Vermieterin (Klägerin oder Voreigentümerin) war für die Beklagte hingegen nicht von entscheidendem Interesse, zumal hier eine Hausverwaltung mit der Nebenkostenabrechnung beauftragt war. Die dem Schreiben vom 15. Dezember 2008 beizulegende Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, da insoweit keine weiteren Feststellungen zu treffen sind.

12 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2007 nicht aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen unwirksam.

13 Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Nachzahlungsanspruch eines Vermieters aus einer Betriebskostenabrechnung voraussetzt, dass dem Mieter innerhalb der einjährigen Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB eine formell ordnungsgemäße Abrechnung zugegangen ist. Formell ordnungsgemäß ist eine Betriebskostenabrechnung nach der Rechtsprechung des Senats, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Ob die Betriebskostenabrechnung die Voraussetzungen erfüllt, die an ihre Wirksamkeit zu stellen sind, richtet sich danach, ob der Mieter in der Lage ist, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und anhand des ihm mitgeteilten Verteilerschlüssels den auf ihn entfallenden Anteil an diesen Kosten rechnerisch nachzuprüfen (st. Rspr., z. B. Senatsurteil vom 23. Juni 2010 – VIII ZR 227/09, WuM 2010, 493 Rn. 11 mwN). Hiernach sind bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben in die Abrechnung aufzunehmen: Eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und – soweit erforderlich – Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug seiner Vorauszahlungen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Abrechnung der Klägerin bezüglich der Positionen Wasser, Schornsteinfeger und Hauswart nicht deshalb aus formellen Gründen unwirksam, weil die Gesamtkosten nicht hinreichend ausgewiesen wären.

14 a) Noch zutreffend geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass nach der Rechtsprechung des Senats die Gesamtko-

sten einer Abrechnungsposition – aus formellen Gründen – auch dann vollständig anzugeben sind, wenn einzelne Kostenanteile nicht umlagefähig sind. Danach genügt es nicht, nur die – um die nicht umlagefähigen Anteile – schon bereinigten Kosten anzugeben. Entsprechendes gilt, wenn der Vermieter Kosten, die sich auf eine größere Wirtschaftseinheit als die der Abrechnung zugrunde gelegte Einheit beziehen, in einem internen Rechenschritt auf die einzelne Wirtschaftseinheit umrechnet und in der Abrechnung lediglich die auf diese Weise bereinigten Kosten mitteilt. Dem Mieter muss ersichtlich sein, ob und in welcher Höhe nicht umlagefähige Kosten vorab abgesetzt worden sind, denn auch dies hat Einfluss auf die dem Mieter angelasteten Kosten (Senatsurteile vom 7. Dezember 2011 – VIII ZR 118/11, aaO Rn. 22 f.; vom 31. Oktober 2007 – VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 [= WuM 2007, 700] Rn. 24; vom 28. Mai 2008 – VIII ZR 261/07, NJW 2008, 2260 [= WuM 2008, 407 = GuT 2008, 371 KL] Rn. 12; vom 14. Februar 2007 – VIII ZR 1/06, NJW 2007, 1059 [= WuM 2007, 196 = GuT 2007, 153 KL] Rn. 10).

15 b) Allerdings führt die vorgenannte Rechtsprechung des Senats dazu, dass eine für sich genommen nachvollziehbare (und den Mindestanforderungen genügende) Abrechnung, die Angaben zu den Gesamtkosten der Abrechnungseinheit, dem Verteilerschlüssel und dem Anteil des Mieters enthält, im Nachhinein als aus formellen Gründen unwirksam behandelt wird, wenn durch Einsichtnahme in die Belege offenbar wird, dass der Vermieter Vorwegabzüge oder andere Rechenschritte vorgenommen hat, die aus der Abrechnung nicht ersichtlich oder darin nicht ausreichend erläutert sind. In der Literatur wird zudem kritisiert, dass ein Vermieter, der eine erforderliche Bereinigung um nicht umlagefähige Kosten vornimmt, mit einer Nachforderung ausgeschlossen ist, wenn der Vorwegabzug aus der Abrechnung selbst nicht ersichtlich und deshalb aus formellen Gründen unwirksam ist, während dem Vermieter, der einen gebotenen Vorwegabzug unterlässt, eine spätere Korrektur seiner Abrechnung nicht verwehrt ist (vgl. insoweit Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Auflage, H Rn. 140).

16 Ob dieser Kritik Rechnung zu tragen ist, bedarf hier indes keiner Entscheidung. Denn die hier streitigen Abrechnungspositionen genügen – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – den Anforderungen der Senatsrechtsprechung.

17 aa) Hinsichtlich der Hauswartkosten weist die Revision zutreffend darauf hin, dass vermierterseits zwar dasselbe Hauswartunternehmen für mehrere Wohnblocks beschäftigt worden ist, dieses jedoch für jeden Block gesondert abgerechnet hat. So ergibt sich bereits aus der von der Klägerin vorgelegten Rechnung der H. AG vom 8. Januar 2007 betreffend die Hauswartkosten für das Jahr 2007, dass für die von der Beklagten bewohnte Wohneinheit ein eigenständiger Rechnungsbetrag von 5835,28 € erhoben wird. Wenn bereits das Hauswartunternehmen – wie hier – eine gesonderte Rechnung für jede Wohneinheit erstellt, braucht der Vermieter selbstverständlich nur den sich daraus ergebenden Betrag anzugeben und nicht, welche Gesamtkosten auf die gesamte Wirtschaftseinheit entfallen. Es liegt dann schon keine Umrechnung durch den Vermieter vor, wenn er den seitens des jeweiligen Leistungserbringers für die der Abrechnung zugrunde liegende Wohneinheit ermittelten Rechnungsbetrag lediglich weitergibt. In der Streitgegenständlichen Betriebskostenabrechnung wird der vorgenannte Rechnungsbetrag daher ordnungsgemäß für die von der Beklagten bewohnte Einheit eingestellt.

18 bb) Ähnlich verhält es sich bei der Position der Schornsteinfegerkosten. Auch insoweit trägt die Begründung des Berufungsgerichts nicht. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang schon nicht geltend gemacht – worauf die Revision zutreffend hinweist –, dass Kosten, die sich auf eine größere Wirtschaftseinheit als die Wohneinheit der Beklagten beziehen, von der Vermieterin in einem internen Rechenschritt auf die von der Beklagten bewohnte Wirtschaftseinheit umgerechnet worden seien. Gerügt wird insoweit nur, dass sich aus den bei der

Belegeinsicht vorgelegten Rechnungen lediglich ein niedrigerer Betrag ergeben habe als für diese Position bezogen auf sämtliche Gebäude der Wirtschaftseinheit. Dies wäre jedoch ein materieller Mangel der Abrechnung, dem das Berufungsgericht gegebenenfalls nachzugehen hätte.

19 cc) Bezüglich der Position Wasser ist in der Abrechnung ein Gesamtkostenbetrag in Höhe von 3322,88 € und als zu verteilende Kosten ein Betrag in Höhe von 3156,74 € ausgewiesen. Entsprechendes gilt für die Entwässerungskosten, wo als Gesamtkosten 3608,74 € angegeben werden und die zu verteilenden Kosten 3428,30 € betragen. Dass von den Gesamtkosten ein Abzug von jeweils 5% gemacht wird und die zu verteilenden Kosten geringer als die Gesamtkosten sind, geht somit aus der Abrechnung selbst hervor. Also steht auch hier kein interner Rechenschritt, der zur (formellen) Unwirksamkeit der Abrechnung führen könnte, in Rede. Im Gegenteil: Der Mieter wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht die Gesamtkosten, sondern lediglich ein geringerer Betrag verteilt wird.

20 III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, weil der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zur Höhe des geltend gemachten Anspruchs der Klägerin getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 259, 556 BGB  
Wohnraummiete;  
Heizkostenabrechnung des Vermieters;  
Contracting;  
Vorlage von Rechnungen der Vorlieferanten**

**Der Vermieter, der einen Wärmelieferungsvertrag mit einem Contractor abgeschlossen hat, ist dem Mieter gegenüber nicht zur Vorlage der dem Contractor von dessen Vorlieferanten ausgestellten Rechnung verpflichtet (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 22. November 2011 – VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 [= GuT 2012, 136]).**

(BGH, Urteil vom 3. 7. 2013 – VIII ZR 322/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger mieteten mit schriftlichem Vertrag vom 16. Mai 1980 von der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine in B. gelegene Wohnung. Die Beheizung und Warmwasserversorgung erfolgt vereinbarungsgemäß durch Fernwärme. Hierfür schaltete die Beklagte einen Wärmecontractor ein, der die benötigte Fernwärme seinerseits von dem städtischen Versorger als Vorlieferanten bezieht. Zwischen den Parteien ist ein Wärmecontracting nicht vereinbart.

2 Die Kläger verlangen zur Überprüfung ihrer Heizkostenabrechnung für den Zeitraum vom 1. Juli 2009 bis 30. Juni 2010 die Vorlage der von dem Versorger an den Wärmecontractor gerichteten Rechnung für die gelieferte Fernwärme. Die Beklagte übersandte stattdessen die Abrechnung des Wärmecontractors vom 4. November 2010 und legte dar, welche Kosten dieser Rechnung Zusatzkosten des Wärmecontracting darstellen.

3 Das Amtsgericht Braunschweig hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Braunschweig die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

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

6 Die Kläger hätten gegenüber der Beklagten als ihrer Vermieterin keinen Anspruch auf Vorlage der dem Wärmecontractor seitens des Vorlieferanten ausgestellten Rechnung. Zwar

dürften die Kläger aufgrund des Mietvertrags unstreitig nicht mit Kosten belastet werden, die nur durch das Wärmecontracting entstünden, weil ihr Mietvertrag diese Form der Wärmeenergieversorgung nicht vorsehe. Die Beklagte habe diese Kosten aber aus der Heizkostenabrechnung unstreitig nachvollziehbar herausrechnen lassen. Zur Überprüfung dieser Abrechnung könnten die Kläger die Vorlage der von der Beklagten verwendeten Unterlagen verlangen, insbesondere die ihr seitens des Wärmecontractors ausgestellte Rechnung. Diese Rechnung liege auch vor. Die von dem Vorlieferanten ausgestellte Rechnung an den Wärmecontractor könnten die Kläger dagegen nicht einsehen, weil die Informationspflicht der Beklagten als Vermieterin dadurch überspannt würde.

7 Ein Vermieter sei nicht verpflichtet, darzulegen und zu belegen, wie die Preise der von ihm bezogenen Verbrauchsgüter, insbesondere der Heizenergie, im vorgelagerten Handel zustande gekommen seien. Dazu sei er auch regelmäßig nicht in der Lage, weil der Lieferant nicht verpflichtet sei, ihm als Endbezieher seine Kalkulation offen zu legen. Entsprechend verhalte es sich beim Bezug der Heizenergie von einem zwischengeschalteten Wärmecontracting-Unternehmen. Dass die Kläger die durch das Wärmecontracting zusätzlich entstehenden Kosten nicht schuldeten, mache im Ergebnis keinen Unterschied. Zwar sei die Beklagte zur Erläuterung der Abrechnung auf Verlangen verpflichtet darzulegen, dass und wie sie die zusätzlichen Kosten aus der ihr ausgestellten Rechnung herausgerechnet habe. Sie sei aber nicht verpflichtet, die dem Wärmecontracting-Unternehmen ausgestellte Rechnung vergleichsweise gegenüberzustellen. Es genüge, dass sie wie hier unstreitig geschehen darlege, welche Kosten aus der ihr gestellten Rechnung Zusatzkosten darstellten.

8 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Zu Recht hat das Berufungsgericht den Klägern einen Anspruch gegen die Beklagte auf Vorlage der Rechnung des Vorlieferanten für die Heizperiode 2009/2010 versagt.

9 1. Zu der jährlichen, den Grundsätzen des § 259 BGB entsprechenden Abrechnung über die vorausgezählten Betriebskosten, zu der der Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB verpflichtet ist, gehört auch, dass der Vermieter dem Mieter die Überprüfung der Abrechnung ermöglicht. Hiervon umfasst ist die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen, darunter auch Verträge des Vermieters mit Dritten, soweit deren Heranziehung zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung und zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen gegen die Nebenkostenabrechnung gemäß § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB erforderlich ist (Senatsbeschluss vom 22. November 2011 – VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 [= GuT 2012, 136] Rn. 2; Senatsurteil vom 8. März 2006 – VIII ZR 78/05, NJW 2006, 1419 [= WuM 2006, 200] Rn. 21). Wie der Senat bereits entschieden hat, ist dies insbesondere bei einem Wärmelieferungsvertrag der Fall (Senatsbeschluss vom 22. November 2011 – VIII ZR 38/11, aaO Rn. 2; Senatsurteil vom 6. Dezember 1978 – VIII ZR 273/77, NJW 1979, 1304 [= WuM 1979, 175] unter II 2 c); in diesen besteht ein Einsichtsrecht des Mieters.

10 Der Vermieter, der einen Wärmelieferungsvertrag mit einem Contractor abgeschlossen hat, ist aber nicht zur Vorlage der dem Contractor von dessen Vorlieferanten ausgestellten Rechnung verpflichtet. In den Fällen der Versorgung des Mieters mit Heizenergie durch einen Wärmecontractor gilt nichts anderes als bei dem unmittelbaren Energiebezug durch den Vermieter ohne Einschaltung eines Contracting-Unternehmens. Auch in diesen Fällen haben die Mieter einer Wohnung gegen den Vermieter keinen Anspruch auf Auskunft darüber, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen beispielsweise der Heizöllieferant das Heizöl seinerseits von seinem Vorlieferanten bezieht. Ebenso wenig steht den Klägern als Mietern ein Anspruch auf Auskunft über Vereinbarungen zu, die der Wärmecontractor mit seinen Vorlieferanten geschlossen hat.

11 Unbenommen bleibt den Klägern das Einsichtsrecht in den von der Beklagten mit dem Wärmecontractor abgeschlos-

senen Wärmelieferungsvertrag zur Nachprüfung der Heizkostenabrechnung. Will der Mieter die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots aus § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB prüfen, kann er die ihm in Rechnung gestellten Kosten mit den Preisen anderer Wärmelieferanten vergleichen.

12 2. Zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung ist die Rechnung des Fernwärmeverorgers an den Wärmecontractor auch nicht aus anderen Gründen erforderlich. Die Beklagte hat die im vorliegenden Fall nicht umlagefähigen Kosten des Wärmecontractings nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts aus der seitens des Wärmecontractors vorgelegten Heizkostenabrechnung „unstreitig nachvollziehbar herausrechnen lassen“. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zusatzkosten des Wärmecontracting damit zutreffend ermittelt worden sind. Hätten die Kläger dies bestreiten wollen, folgte daraus kein Anspruch auf Vorlage der dem Wärmecontractor von seinem Vorlieferanten gestellten Rechnung. Vielmehr hätte die Beklagte die Richtigkeit der Abrechnung zu beweisen gehabt. Welchen Beweis ein Vermieter dafür antritt, ist ihm überlassen.

13 Dass die Abrechnung des Wärmecontractors im Übrigen nicht den gesetzlichen Anforderungen an die Verteilung der Kosten der Versorgung mit Wärme und Warmwasser gemäß §§ 7, 8 HeizkostenVO entspräche, wird weder von der Revision geltend gemacht noch bestehen dafür anderweitige Anhaltspunkte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

#### §§ 558b, 561 BGB

##### Wohnraummiete;

**Mieterhöhungsverlangen zu einem späteren als dem gesetzlich frühest bestimmten Erhöhungszeitpunkt; Sonderkündigungsrecht des Mieters in angepasster Frist**

a) Der Vermieter ist nicht gehindert, eine Mieterhöhung erst mit Wirkung zu einem späteren als dem in § 558b Abs. 1 BGB bestimmten Zeitraum geltend zu machen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 8. Juni 2011 – VIII ZR 204/10, NJW-RR 2011, 1382 [= WuM 2011, 423] Rn. 11).

b) Geht dem Mieter ein Mieterhöhungsverlangen zu, in dem der Vermieter einen späteren als den sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebenden Wirksamkeitszeitpunkt benennt, kann sich der Mieter bis unmittelbar vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Mieterhöhung vom Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Ende des übernächsten Monats lösen mit der sich anschließenden Rechtsfolge, dass dem Mieter bis zum Ende des Mietverhältnisses die Nutzungsmöglichkeit der Wohnung gegen Zahlung der nicht erhöhten Miete verbleibt (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB).

(BGH, Urteil vom 25. 9. 2013 – VIII ZR 280/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung in Berlin. Mit Schreiben vom 7. Januar 2011 wurden sie seitens des Vermieters aufgefordert, der Erhöhung der bisherigen Nettokaltmiete (1363,92 €) um 272,78 € auf 1636,70 € mit Wirkung zum 1. August 2011 zuzustimmen. Die Beklagten stimmten nicht zu.

2 Mit der Klage nimmt der Kläger die Beklagten auf Zustimmung zur begehrten Mieterhöhung in Anspruch. Das Amtsgericht Berlin-Charlottenburg hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht Berlin hat ihr auf die Berufung des Klägers stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

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

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

5 Das Mieterhöhungsverlangen des Klägers entspreche den formellen Anforderungen und sei auch materiell berechtigt. Insbesondere stehe der Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens nicht entgegen, dass die Erhöhung erst zu einem späteren Zeitpunkt (1. August 2011) begehrt worden sei, als er sich bei Anwendung des § 558b Abs. 1 BGB ergebe (1. April 2011). Der Bundesgerichtshof habe in seiner Entscheidung vom 8. Juni 2011 (VIII ZR 204/10 [= WuM 2011, 423]) ausgeführt, dass sich der Wirksamkeitszeitpunkt aus der gesetzlichen Regelung ergebe, wenn die Parteien nicht ausdrücklich eine spätere Geltung vereinbarten. Diese Formulierung lasse erkennen, dass auch ein späterer als der sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebende Zeitpunkt von den Parteien wirksam vereinbart werden könne.

6 Die Benennung eines späteren Zeitpunkts benachteilige den Mieter auch nicht (§ 558b Abs. 4 BGB), denn die Mieterhöhung trete dann nur später ein als in § 558b Abs. 1 BGB bestimmt.

7 Ein Verstoß gegen § 561 BGB liege ebenfalls nicht vor. Zwar würde die den Beklagten zustehende Frist zur Ausübung des ihnen zustehenden Sonderkündigungsrechts nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB erst am 31. Juli 2011 enden, wenn ihnen das Mieterhöhungsverlangen, § 558b Abs. 1 BGB folgend, erst im Mai 2011 zugegangen wäre, während die Frist im Streitfall mit Ablauf des 31. März 2011 ende, da das Mieterhöhungsverlangen bereits im Januar 2011 zugegangen sei. Darin liege jedoch kein Nachteil, denn den Beklagten habe auch im Streitfall die volle Frist zur Ausübung ihres Kündigungsrechts zur Verfügung gestanden, so dass sie sich – ohne dass sie die verlangte Mieterhöhung getroffen hätte – von dem Mietverhältnis hätten lösen können.

8 Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass im Streitfall eine Mieterhöhungsmöglichkeit vor dem 1. August 2011 wegen Berücksichtigung der Kappungsgrenze nicht bestanden habe. Die Kappungsgrenze stelle keine Wartefrist für Mieterhöhungsverlangen dar, sondern solle den Anstieg der Mieten begrenzen. Sie könne daher nicht als Begründung dafür herangezogen werden, dass der Vermieter mit der Mieterhöhungserklärung bis zum Eintritt der Mieterhöhungsvoraussetzungen warten müsse und ein früheres Verlangen deshalb unwirksam sei.

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

10 Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Zustimmung zu der begehrten Mieterhöhung zum 1. August 2011 bejaht.

11 1. Nach den insoweit von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts liegen die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Mieterhöhung um 272,78 € zum 1. August 2011 vor. Dagegen ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

12 2. Das Berufungsgericht hat auch zutreffend angenommen, dass der Vermieter nach der Rechtsprechung des Senats nicht gehindert ist, eine Mieterhöhung erst mit Wirkung zu einem späteren als dem in § 558b BGB bestimmten Zeitpunkt geltend zu machen (Senatsurteil vom 8. Juni 2011 – VIII ZR 204/10, NJW-RR 2011, 1382 [= WuM 2011, 423] Rn. 11). Ein derartiger Fall liegt hier vor, denn bei einer § 558b Abs. 1 BGB folgenden Mieterhöhung hätten die Beklagten bei Zustimmung die erhöhte Miete grundsätzlich mit Beginn des dritten Kalendermonats nach Zugang des Erhöhungsverlangens (Januar 2011), mithin ab 1. April 2011 und nicht erst ab 1. August 2011 geschuldet. Die Revision ist jedoch der Auffassung, das Mieterhöhungsverlangen des Klägers sei im Streitfall deshalb unwirksam, weil ein Anspruch auf Zahlung der erhöhten Miete nicht schon zum 1. April 2011, sondern erst zum 1. August 2011 bestehe.

13 a) Die Revision meint, die Nennung eines späteren als des sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebenden Wirksamkeitszeitpunkts sei nur in den Fällen zulässig, in denen dem Vermieter auch bereits zu dem sich aus § 558b Abs. 1 BGB ergebenden

früheren Zeitpunkt ein Anspruch auf die erhöhte Miete zustehe. Nur dann wirke sich die Nennung eines späteren Wirksamkeitszeitpunkts ausschließlich zugunsten des Mieters aus. Anders sei dies zu beurteilen, wenn dem Vermieter erst ab dem von ihm genannten späteren Zeitpunkt ein Anspruch auf die erhöhte Miete zustehe. In einem derartigen Fall sei das verfrühte Erhöhungsverlangen unwirksam, da es die Rechte des Mieters aus § 561 Abs. 1 BGB unzulässig beschränke.

14 So verhalte es sich im Streitfall. Dem Kläger habe erst ab 1. August ein Anspruch auf die erhöhte Miete zugestanden. Durch den bereits im Januar 2011 erfolgten Zugang des Erhöhungsverlangens zum 1. August 2011 hätte es den Beklagten – wenn sie denn der Mieterhöhung hätten entgegen wollen – nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB oblegen, das Mietverhältnis bis spätestens 31. März 2011 zum 31. Mai 2011 zu kündigen; wäre das Mieterhöhungsverlangen hingegen erst im Mai 2011 zugegangen, hätten die Beklagten das Mietverhältnis spätestens am 31. Juli 2011 erst zum 30. September 2011 kündigen müssen. Rechtsfolge einer zum 30. September 2011 ausgesprochenen Kündigung wäre es aber gewesen, dass die Beklagten die Wohnung bis zu diesem Zeitpunkt gegen Zahlung der nicht erhöhten Miete hätten nutzen können (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Möglichkeit sei den Beklagten durch den verfrühten Zugang des Erhöhungsverlangens genommen worden.

15 b) Diese Auffassung der Revision trifft indes bei der gebotenen, sich an dem Zweck der Vorschrift orientierenden Auslegung des § 561 Abs. 1 BGB nicht zu.

16 aa) Nach § 558b Abs. 1 BGB schuldet der Mieter, soweit er der Erhöhung zustimmt, die erhöhte Miete mit Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens. Macht der Vermieter eine Mieterhöhung nach § 558 BGB oder § 559 BGB geltend, so kann der Mieter bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang der Erklärung des Vermieters das Mietverhältnis außerordentlich zum Ablauf des übernächsten Monats kündigen (§ 561 Abs. 1 Satz 1 BGB). Kündigt der Mieter, so tritt die Mieterhöhung nicht ein (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB).

17 bb) § 558b Abs. 1 BGB und § 561 Abs. 1 BGB sind aufeinander abgestimmte Regelungen, deren Verständnis sich nur aus einer Zusammenschau erschließt. Erreicht den Mieter das Verlangen des Vermieters, einer Mieterhöhung zuzustimmen, stehen ihm grundsätzlich zwei Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung: Er kann der Mieterhöhung nach § 558b Abs. 1 BGB zustimmen beziehungsweise sich auf Zustimmung verklagen lassen (§ 558b Abs. 2 BGB), oder er kann das Mietverhältnis nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB kündigen, wenn er der Mieterhöhung (sicher) entgegen will. Der Zeitpunkt, zu dem die Mieterhöhung – von deren materiell-rechtlicher Wirksamkeit das Gesetz ausgeht – gemäß § 558b Abs. 1 BGB nach Zustimmung des Mieters wirksam wird („... zu Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens.“), folgt unmittelbar auf den Zeitpunkt, zu dem der Mieter nach § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB spätestens kündigen muss, wenn er der Mieterhöhung entgegen will („... bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang der Erklärung des Vermieters...“). Zweck des § 561 Abs. 1 Satz 1 BGB ist es mithin, dem Mieter bis unmittelbar vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Mieterhöhung (hier 31. Juli 2011) die Möglichkeit offen zu lassen, sich vom Mietverhältnis durch außerordentliche Kündigung zum Ende des übernächsten Monats (hier 30. September 2011) zu lösen mit der sich anschließenden Rechtsfolge, dass dem Mieter noch weitere zwei Monate die Nutzungsmöglichkeit der Wohnung gegen Zahlung der nicht erhöhten Miete verbleibt (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision wird der Mieter durch ein verfrühtes Mieterhöhungsverlangen somit nicht benachteiligt.

18 cc) Im Streitfall wurde von den Beklagten die Zustimmung zu einer Mieterhöhung zum 1. August 2011 erbeten. Hierfür wäre es ausreichend gewesen, wenn das Mieterhöhungsverlangen den Beklagten (erst) im Mai 2011 zugegangen wäre. Bei einem

Zugang im Mai 2011 hätte es den Beklagten offen gestanden, das Mietverhältnis bis spätestens 31. Juli 2011 zum 30. September 2011 zu kündigen. Nach dem oben dargestellten Norminhalt des § 561 Abs. 1 BGB hätten die Beklagten das Mietverhältnis auch in dieser Weise wirksam kündigen können. Da eine Kündigung nicht erfolgt ist, sondern das Mietverhältnis fortbesteht, schulden die Beklagten die erhöhte Miete ab 1. August 2011.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 558d BGB**  
**Qualifizierter Mietspiegel; Beweiskraftwirkung;**  
**Berliner Mietspiegel 2009; öffentliche Urkunde;**  
**anerkannte wissenschaftliche Grundsätze**

**Zu den Anforderungen an das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels (Bestätigung des Senatsurteils vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 [= GuF-W 2012, 18]).**

(BGH, Urteil vom 6. 11. 2013 – VIII ZR 346/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte ist Mieterin einer Dreizimmer-Wohnung der Klägerin in Berlin. Die Nettokaltmiete belief sich seit (mindestens) Mai 2006 auf 413,17 €. Mit Schreiben vom 28. Januar 2010 forderte die Klägerin die Beklagte unter Benennung von sechs Vergleichswohnungen auf, der Erhöhung der Nettokaltmiete ab dem 1. April 2010 um 52,26 € auf 465,43 € zuzustimmen. Dies entspricht einer Erhöhung der Nettokaltmiete von 4,34 € je qm auf 4,89 € je qm. Das Schreiben enthielt auch Angaben für die Wohnung nach dem Berliner Mietspiegel 2009. Die Beklagte stimmte der Mieterhöhung nicht zu.

2 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zustimmung zur Mieterhöhung entsprechend ihrem Erhöhungsverlangen vom 28. Januar 2010 in Anspruch. Die Klage ist in den Vorinstanzen [AG Berlin-Mitte; LG Berlin] ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zustimmungsbegehren weiter.

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

4 I. Das Berufungsgericht 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 die Beklagte auf Zustimmung zu einer Erhöhung der Nettokaltmiete zu. (wird ausgeführt)

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 noch angenommen, dass die Klägerin ihr Mieterhöhungsverlangen ordnungsgemäß nach § 558a BGB begründet hat. [...]

12 2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur materiellen Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens sind hingegen von Rechtsfehlern beeinflusst. Der Senat hat – nach Erlass des Berufungsurteils – im Urteil vom 21. November 2012 (VIII ZR 46/12, NJW 2013, 775 ff. [= GuF-W 2012, 18]) in einer vergleichbaren Sachverhaltsgestaltung grundlegend zu der Frage Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen ein qualifizierter Mietspiegel gegeben ist, der die Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB auslöst. Gemessen an diesen Maßstäben hätte das Berufungsgericht auch im Streitfall die ortsübliche Vergleichsmiete nicht allein unter Verweis auf die in § 558d Abs. 3 BGB einem qualifizierten Mietspiegel zugeschriebene Vermutung feststellen dürfen.

17 [...] c) bb) Im Falle eines substantiierten Bestreitens der Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB ist über deren Vorliegen – soweit diese nicht offenkundig sind – nach allgemein gültigen Regeln Beweis zu erheben.

18 (1) Anders als die Revisionserwiderung meint, kann hierbei nicht schon unter Hinweis auf die Beweiskraftwirkung des § 418 Abs. 1 ZPO von einer (weiteren) Prüfung der Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB abgesehen werden. Die Revisionserwiderung macht insoweit geltend, der Berliner Mietspiegel 2009 erbringe als „verkörperte Gedankenerklärung in Form einer statistischen Datenauswertung und Interpretation“, die die Stadt Berlin als Ausstellerin erkennen lasse, gemäß § 418 Abs. 1 ZPO vollen Beweis dafür, dass es sich um einen qualifizierten Mietspiegel handle.

19 Es ist bereits fraglich, ob der Berliner Mietspiegel 2009 eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 418 Abs. 1 ZPO darstellt. Dies kann letztlich offen bleiben. Denn die Stadt Berlin hat die im Mietspiegel enthaltenen Daten weder erhoben noch ausgewertet, sondern lediglich die darin getroffenen Aussagen als zutreffend anerkannt (Amtsblatt für Berlin 2009, S. 1409). Die Beweiskraftwirkung des § 418 Abs. 1 ZPO reicht aber nur so weit, wie gewährleistet ist, dass die zur Beurkundung berufene Amtsperson die Tatsachen selbst verwirklicht oder aufgrund eigener Wahrnehmungen zuverlässig festgestellt hat (BVerfG, NJW-RR 1992, 1084, 1085; BGH, Beschluss vom 6. Mai 2004 – IX ZB 43/03, NJW 2004, 2386 unter II 2 b). Eine eventuelle Beweiskraft des Berliner Mietspiegels 2009 könnte sich damit nur auf den Umstand erstrecken, dass die Stadt Berlin ihn als einen nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellten Mietspiegel akzeptiert hat. Dass der Mietspiegel tatsächlich unter Beachtung allgemein anerkannter wissenschaftlicher Methoden erstellt worden ist, wäre dagegen von einer möglichen Beweiskraftwirkung des § 418 Abs. 1 ZPO nicht umfasst.

20 (2) Wird das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels, also dessen Ausrichtung an anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen, substantiiert bestritten, muss das Gericht daher – 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 Sachverständigengutachten klären lassen (vgl. Senatsurteil vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, aaO [= GuF-W 2012, 18] Rn. 19 mwN).

21 Es wird aber durchaus auch Fälle geben, in denen eine ausreichende Klärung aufgrund ergiebiger Erläuterungen im Mietspiegel und ergänzend eingeholter amtlicher Auskünfte, durch Anhörung sachverständiger Zeugen (§ 414 ZPO) – etwa von Experten, die an der Erstellung des Mietspiegels maßgeblich beteiligt waren – oder kraft eigener Sachkunde des Gerichts erreicht werden kann (Senatsurteil vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, aaO Rn. 19, 24).

22 Ob im Bestreitensfall ein Sachverständigengutachten 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 (Senatsurteil vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, aaO Rn. 19). In den Fällen, in denen für eine ausreichende Klärung der Streitfragen die Einschaltung eines Sachverständigen unumgänglich ist, wird unter Umständen die Möglichkeit bestehen, auf bereits existierende Gutachten zurückzugreifen. Ein in einem anderen Verfahren über die Frage der Ein-

haltung anerkannter wissenschaftlicher Methoden erhobenes Gutachten kann gegebenenfalls entweder nach § 411a ZPO als Sachverständigenbeweis oder nach §§ 415 ff. ZPO als Urkundenbeweis verwertet werden (Senatsurteil vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, aaO Rn. 25).

23 cc) Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen hätte das Berufungsgericht im Streitfall die ortsübliche Vergleichsmiete nicht allein unter Heranziehung der in § 558d Abs. 3 BGB einem qualifizierten Mietspiegel zugeschriebenen Vermutungswirkung feststellen dürfen, sondern hätte dem Einwand der Klägerin nachgehen müssen, der Mietspiegel 2009 der Stadt Berlin sei nicht nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden. Dieses Bestreiten war – unabhängig von der Frage, ob der vom Berufungsgericht herangezogene 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 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 Münchener Mietspiegel vorgesehene Kategorie „beste Wohnlage“ gar nicht vorgesehen sei. Hierbei hat sie insbesondere die Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in die Kategorie „einfache Wohnlage“ bemängelt und dazu vorgetragen, 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 gezahlte Mieten erzielt würden. Dies werde exemplarisch dadurch belegt, dass von 42 Wohnungen im Bestand der Klägerin (T.straße ... und ...) nur vier innerhalb der im einschlägigen Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne lägen. Dass für Wohnungen in der T.straße das gleiche Mietniveau gelten solle wie für Wohnungen in den Randgebieten Berlins – etwa dem Märkischen Viertel, MahrzahnWaltersdorf oder Neukölln –, die ebenfalls der einfachen Wohnlage zugeordnet würden, sei auch deswegen lebensfremd, weil in diesen Stadtteilen andere Mieter- und Infrastrukturen sowie eine gänzliche andere Bauweise (keine Altbauten) vorhanden seien und auch ansonsten andere Verhältnisse herrschten. 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 hätte widerlegen können, ist weder dem Berufungsurteil zu entnehmen noch sonst ersichtlich. Das Berufungsgericht hätte daher den Berliner Mietspiegel 2009 nicht ohne Durchführung einer Beweisaufnahme als qualifizierten Mietspiegel im Sinne des § 558d BGB bewerten dürfen.

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

25 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 von der Beklagten in Abrede gestellte Behauptung, die begehrte Miete von 4,89 € pro Quadratmeter sei ortsüblich, keinen Beweis angeboten. Sie hat sich insofern lediglich auf die bereits im Erhöhungsverlangen genannten sechs Vergleichswohnungen bezogen. Abgesehen davon, dass die Beklagte die Vergleichbarkeit der benannten Wohnungen bestritten hat, stellen sechs Wohnungen im Regelfall eine zu geringe Datengrundlage dar, um im Prozess die ortsübliche Vergleichs-

miete zu beweisen (vgl. Senatsurteil vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, aaO Rn. 28 <zu vier Vergleichswohnungen> mwN); dies gilt insbesondere, wenn man bedenkt, dass sie alle aus dem Bestand der Klägerin stammen (vgl. Senatsurteil vom 3. Juli 2013 – VIII ZR 354/12, NJW 2013, 2963 [zur Veröffentlichung in GuF-W Heft 5 vorgesehen, Red.]).

26 b) Allerdings hat dieser Gesichtspunkt im bisherigen Prozessverlauf keine Rolle gespielt, weswegen – falls das Berufungsgericht im weiteren Verfahren diesen Weg wählen wollte – der Klägerin gegebenenfalls Gelegenheit zu geben wäre, einen entsprechenden Beweisantritt nachzuholen (vgl. Senatsurteil vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, aaO Rn. 28). Bei der Würdigung eines zur Ortsüblichkeit der verlangten Miete eingeholten Sachverständigengutachtens wird der Tatrichter aber 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; Senatsurteil vom 21. November 2012 – VIII ZR 46/12, aaO Rn. 29).

27 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

**§ 575 BGB**  
**Wohnraummiete;**  
**Befristetes Mietverhältnis mit Verlängerungsoption;**  
**Kündigung des Vermieters; Auslegung der Befristung;**  
**Vertragslücke; beiderseitiger Kündigungsverzicht;**  
**Wille der Parteien**

**Zur ergänzenden Vertragsauslegung im Falle der Unwirksamkeit einer Befristung des Mietvertrags.**

(BGH, Urteil vom 10. 7. 2013 – VIII ZR 388/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte mietete von der Klägerin ab 1. November 2004 eine Wohnung. Zur Mietzeit enthält der Vertrag folgende individualvertraglich vereinbarte Bestimmung:

„Das Mietverhältnis ist auf Verlangen des Mieters auf bestimmte Zeit abgeschlossen. Es beginnt am 1. 11. 2004 und endet am 31. 10. 2011, wenn es nicht verlängert wird mit 2×3-jähriger Verlängerungsoption.“

2 Mit Schreiben vom 28. Februar 2011 kündigte die Klägerin das Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs zum 31. August 2011, ferner im Laufe des Rechtsstreits mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 fristlos.

3 Das Amtsgericht Waldshut-Tiengen hat der Räumungsklage stattgegeben. Das Landgericht Waldshut-Tiengen hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

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

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

6 Der Beklagte sei zur Räumung der von der Klägerin angemieteten Wohnung verpflichtet, weil die mit Schreiben vom 28. Februar 2011 erklärte Eigenbedarfskündigung das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis zum 31. August 2011 beendet habe.

7 Die im Mietvertrag vorgesehene Befristung des Mietverhältnisses stehe der Kündigung nicht entgegen. Denn die Befristung



sei wegen Verstoßes gegen § 575 BGB unwirksam, so dass die Parteien einen unbefristeten und somit ordentlich kündbaren Mietvertrag abgeschlossen hätten. Dass die Befristung auf Wunsch des Beklagten in den Vertrag aufgenommen worden sei und die Bestimmung des § 575 BGB dem Schutz des Mieters diene, ändere an dieser Rechtslage nichts.

8 Die Befristung könne angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht dahin ausgelegt werden, dass ein beiderseitiger Kündigungsausschluss vereinbart sei, zumal eine derart lange Bindungsdauer – unter der Berücksichtigung der zweimaligen Option 13 Jahre – auch bei der hier vorliegenden Individualvereinbarung mit der Konzeption des Gesetzes nicht vereinbar sei.

9 Es verstoße auch nicht gegen Treu und Glauben, wenn sich die Klägerin auf die Unwirksamkeit der Befristung berufe. Zwar sei nicht zu verkennen, dass § 575 BGB dem Mieterschutz diene und der Verstoß gegen diese Norm dazu führe, dass das Mietverhältnis gegen den Willen des Mieters beendet werde. Gleichwohl sei der Klägerin die Berufung auf § 575 BGB nicht versagt, denn anderenfalls wäre durch die unwirksame Befristung nur die Kündigung des Vermieters ausgeschlossen, was nicht dem Willen der Vertragsparteien bei Abschluss des Mietvertrags entspreche. Dass der von der Klägerin geltend gemachte Eigenbedarf nicht bestehe, habe der Beklagte in der Berufungsinstanz nicht vorgebracht. Auf die Wirksamkeit der weiteren, kurz vor der Berufungsverhandlung erklärten fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs komme es deshalb nicht an.

10 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Räumung der dem Beklagten vermieteten Wohnung nicht bejaht werden. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass durch die Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung des Mietvertrages eine ausfüllungsbedürftige Lücke im Vertrag entstanden ist. Diese Lücke ist durch eine ergänzende Vertragsauslegung dahin zu schließen, dass anstelle der unwirksamen Befristung für deren Dauer ein beiderseitiger Kündungsverzicht tritt. Die während der Dauer dieses Kündigungsausschlusses ausgesprochene Kündigung der Klägerin ist daher unwirksam.

11 1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die im Mietvertrag vorgesehene Befristung unwirksam ist. Denn die Befristung eines Mietvertrags über Wohnraum ist gemäß § 575 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zulässig, wenn der Vermieter die Räume nach Ablauf der Mietzeit als Wohnraum für sich oder seine Familien- oder Haushaltsangehörigen nutzen will oder die Absicht hat, die Räume zu besetzen oder so wesentlich zu verändern oder instand zu setzen, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, so dass die Befristung unwirksam ist. Gemäß § 575 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt der Vertrag deshalb als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

12 2. Infolge der Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung ist eine planwidrige Vertragslücke entstanden, die im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist.

13 a) Die Parteien haben mit der Befristung des Vertrages eine beiderseitige langfristige Bindung bezweckt. Dies ergibt sich daraus, dass die Befristung auf Wunsch des Beklagten aufgenommen worden ist, der sich durch eine feste Vertragslaufzeit mit Verlängerungsoption eine lange Mietzeit sichern wollte und deshalb in Kauf genommen hat, dass er während der festen Vertragslaufzeit auch selbst nicht ordentlich kündigen kann. Mit diesem Wunsch des Beklagten nach einer beiderseitigen Bindung für die Dauer von sieben Jahren (mit einer zweimaligen Verlängerungsmöglichkeit um jeweils drei Jahre) hat sich die Klägerin durch die Aufnahme der Befristung in den Mietvertrag einverstanden erklärt. Sie hat damit gleichfalls eine langfristige Bindung beider Seiten gewollt.

14 b) Durch die Unwirksamkeit der vereinbarten Befristung ist im vertraglichen Regelungsgefüge eine Lücke eingetreten, weil die bezweckte langfristige Bindung beider Parteien entfallen ist.

Das dispositive Recht, nach dem das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt (§ 575 Abs. 1 Satz 2 BGB) und somit innerhalb der Fristen des § 573c BGB ordentlich gekündigt werden kann, wird dem Willen der Parteien nicht ge-

15 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung enthält § 575 Abs. 1 Satz 2 BGB keine abschließende, eine ergänzende Vertragsauslegung verbietende gesetzliche Regelung der Folgen einer unwirksamen Befristung. Denn mit der Neuregelung des Zeitmietvertrages verfolgte der Gesetzgeber nicht das Ziel, die Möglichkeit einer langfristigen Bindung der Mietparteien an den Vertrag zu beschränken. Es ging vielmehr darum, dass durch die Beschränkung der Befristungsgründe ein Missbrauch zur Umgehung der dem Mieterschutz dienenden Kündigungs- und Mieterhöhungsvorschriften ausgeschlossen werden sollte. Langfristige Bindungen der Vertragsparteien, zum Beispiel durch einen Kündigungsausschluss, sollten hingegen weiterhin möglich sein (BT-Drucks. 14/4553, S. 69; Senatsurteil vom 22. Dezember 2003 – VIII ZR 81/03, NJW 2004, 1448 [= WuM 2004, 157] unter II 2).

16 c) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine planwidrige Regelungslücke unter Berücksichtigung dessen zu schließen, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der vereinbarten Vertragsbestimmung bekannt gewesen wäre (Senatsurteile vom 12. Juli 1989 – VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115 unter III 1 c, sowie vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rn. 24). Danach ist die Lücke hier dahin zu schließen, dass an die Stelle der unwirksamen Befristung ein beiderseitiger Kündungsverzicht in der Weise tritt, dass eine Kündigung frühestens zum Ablauf der vereinbarten Mietzeit (beziehungsweise bei Ausübung der Option zum Ablauf des entsprechenden zusätzlichen Zeitraums) möglich ist. Auf diese Weise wird das von beiden Parteien erstrebte Ziel der langfristigen Bindung erreicht.

17 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann ein Kündigungsausschluss im Wege der Individualvereinbarung auch für einen Zeitraum vereinbart werden, der über die bei einer allgemeinen Geschäftsbedingung höchstens zulässige Frist von vier Jahren deutlich hinausgeht (vgl. Senatsurteil vom 22. Dezember 2003 – VIII ZR 81/03, aaO sowie vom 13. Oktober 2010 – VIII ZR 98/10, NJW 2011, 59 [= WuM 2010, 752] Rn. 25). Insofern gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch eine langfristige Bindung – wie hier der Klägerin von bis zu 13 Jahren bei Ausübung der Optionen durch den Beklagten – ermöglicht, soweit nicht – wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen – die Grenze des § 138 BGB überschritten ist. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist das Eigentumsgrundrecht des Vermieters nicht tangiert, wenn er sich mit einer Individualvereinbarung auf eine Bindung von bis zu 13 Jahren einlässt, die nur unter den Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung vorzeitig beendet werden kann.

18 III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts insoweit, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist, keinen Bestand haben; es ist daher insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen zu der weiteren (fristlosen) Kündigung der Klägerin getroffen hat. Der Rechtsstreit ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**www.gut-netzwerk.de**

Fachleute im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum.

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuF-Netzwerk!

**§§ 1568a, 540, 553 BGB**

**Wohnraummiete; Ehwohnung;  
zeitweise Belassung an den nicht mitmietenden Ehegatten;  
endgültige Nutzungsüberlassung;  
Gebrauchsüberlassung an Dritte**

**a) Ein Ehegatte, der nicht Partei des Mietvertrages ist, ist nicht Dritter i.S.d. §§ 540, 553 BGB, solange es sich bei der von ihm bewohnten Wohnung um eine Ehwohnung handelt.**

**b) Eine Wohnung verliert ihre Eigenschaft als Ehwohnung nicht schon dadurch, dass der (mietende) Ehegatte die Wohnung dem anderen – ggf. auch für einen längeren Zeitraum – belassen hat bzw. diese nur noch sporadisch nutzt, sondern erst mit der endgültigen Nutzungsüberlassung.**

(BGH, Urteil vom 12. 6. 2013 – XII ZR 143/11)

**1 Zum Sachverhalt:** Die Parteien haben über die Räumung und Herausgabe einer Mietwohnung gestritten.

2 Im Jahr 1999 mieteten die Beklagten zu 1 und 2 eine Wohnung. Nachdem der Beklagte zu 1 aus der Wohnung ausgezogen war, zog der Beklagte zu 3 dort ein. Der Bitte der Beklagten, den Beklagten zu 1 durch den Beklagten zu 3 als Mieter auszutauschen, kam die damalige Vermieterin nicht nach. Im Jahr 2001 heirateten die Beklagten zu 2 und 3. Im Jahr 2006 zog die Beklagte zu 2 aus der Wohnung aus und beantragte die Scheidung. Nachdem die Klägerin, als neue Vermieterin die Beklagten zu 1 und zu 2 im März 2010 wegen unerlaubter Untervermietung abgemahnt hatte, teilte der Beklagte zu 3 unter Beifügung der Heiratsurkunde mit, dass er mit der Beklagten zu 2 verheiratet sei und den Mietvertrag übernehmen wolle. Dies lehnte die Klägerin ab. Sie kündigte das Mietverhältnis mit anwaltlichem Schreiben vom 12. Mai 2010 wegen unbefugter Gebrauchsüberlassung an einen Dritten.

3 Nachdem die Beklagten zu 2 und 3 im Scheidungstermin vom 27. Mai 2010, in dem das Scheidungsurteil rechtskräftig geworden ist, eine Alleinnutzung der Wohnung durch den Beklagten zu 3 vereinbart und dies der Klägerin mitgeteilt hatten, hat diese am 3. Juni 2010 Klage gegen die Beklagten auf Räumung und Herausgabe der Wohnung sowie auf Zahlung vorgegerichtlicher Anwaltskosten eingereicht und erneut die Kündigung ausgesprochen. Die Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der vom Landgericht Hamburg zugelassenen Revision. Die zunächst auch gegen den Beklagten zu 1 gerichtete Revision hat die Klägerin zurückgenommen. Nachdem der Beklagte zu 3 während des Revisionsverfahrens aus der streitbefangenen Wohnung ausgezogen war, haben die – im Rechtsstreit verbliebenen – Parteien diesen hinsichtlich des Räumungs- und Herausgabeanspruches übereinstimmend für erledigt erklärt.

**4 Aus den Gründen:** Die Revision, mit der die Klägerin noch die Zahlung vorgegerichtlicher Anwaltskosten begehrt, ist unbegründet.

5 I. Die Klägerin hat gegen die Beklagten zu 2 und 3 keinen Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten vorgegerichtlichen Anwaltskosten, da es nach den von den Instanzgerichten getroffenen Feststellungen bereits an einer Pflichtverletzung i.S.v. § 280 BGB fehlt (zu den Voraussetzungen des materiell-

rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs vgl. BGH Beschluss vom 25. September 2007 – VI ZB 22/07 – NJW-RR 2008, 374 Rn. 6).

6 1. Seitens der Beklagten zu 2, die neben dem Beklagten zu 1 ursprünglich Mieterin der Wohnung war, fehlt es an einer vertragswidrigen Überlassung der Wohnung an einen Dritten i.S.v. §§ 540, 553 BGB und damit an einem Kündigungsgrund nach §§ 569, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

7 a) Dritter im Sinne des § 540 BGB ist grundsätzlich jede Person, die nicht Partei des Mietvertrages ist. Hiervon ausgenommen ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehungen (BGHZ 157, 1, 5 = FamRZ 2004, 91, 92 [= WuM 2003, 688]). Kein Dritter im Sinne des § 540 BGB ist namentlich der Ehegatte des Mieters (vgl. Palandt/Weidenkaff BGB § 540 Rn. 5; NK-BGB/Klein-Blenkers 2. Aufl. § 540 Rn. 5; NK-BGB/Hinz 2. Aufl. § 553 Rn. 10; Blank in Schmidt-Futterer MietR 11. Aufl. § 540 Rn. 24). Das gilt entgegen der Auffassung der Revision grundsätzlich auch, wenn der Ehegatte, der allein Mietvertragspartei ist, anlässlich der Trennung der Ehegatten aus der Wohnung auszieht und sie dem anderen Ehegatten, der nicht Mietvertragspartei ist, (zunächst) allein überlässt. Maßgeblich ist insoweit allein die Frage, ob es sich nach wie vor um eine Ehwohnung handelt. Solange dies der Fall ist, ist der in der Wohnung verbliebene Ehegatte kein Dritter im Sinne der §§ 540, 553 BGB.

8 Die Qualifizierung als Ehwohnung hängt nicht davon ab, dass noch beide Ehegatten in der Wohnung leben bzw. der in der Wohnung verbliebene Ehegatte auch Mietvertragspartei ist. Die Wohnung verliert ihre Eigenschaft als Ehwohnung deshalb nicht schon dadurch, dass der (mietende) Ehegatte die Wohnung dem anderen ggf. auch für einen längeren Zeitraum überlassen hat bzw. diese nur noch sporadisch nutzt (so aber Blank in Schmidt-Futterer MietR 11. Aufl. § 540 BGB Rn. 26). Erst wenn der Ehegatte, der die Wohnung verlassen hat, diese endgültig aufgibt, verliert sie ihren Charakter als Ehwohnung (Johannsen/Henrich/Götz Familienrecht 5. Aufl. § 1361 b BGB Rn. 11 mwN). Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob die Überlassung an den anderen Ehegatten noch den aktuellen Erfordernissen in der Trennungssituation geschuldet ist oder ob ihr schon eine endgültige Nutzungsüberlassung zugrunde liegt.

9 Eine andere Sichtweise würde – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – die vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit der Wohnungszuweisung (nach § 1361 b BGB während des Getrenntlebens und nach § 1568 a BGB für die Zeit nach Rechtskraft der Scheidung) unterlaufen. Denn oftmals hat einer der Ehegatten vor einer gerichtlichen Zuweisung die Ehwohnung bereits verlassen. Wäre dieser zufällig der alleinige Mieter, könnte der Vermieter das Mietverhältnis wegen vertragswidriger Überlassung an einen Dritten noch vor einer Entscheidung über eine Zuweisung der Wohnung kündigen; eine Wohnungszuweisung wäre dann nicht mehr möglich.

10 b) Gemessen hieran ist die angefochtene Entscheidung des Landgerichts, die eine vertragswidrige Überlassung der Wohnung an einen Dritten verneint hat, nicht zu beanstanden.

11 Das Landgericht hat im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens nach Durchführung der Beweisaufnahme festgestellt, dass die Beklagte zu 2 die Wohnung endgültig erst im Frühjahr 2010 aufgegeben und dem Beklagten zu 3 zur Nutzung überlassen hat. Bis zur endgültigen Einigung der Eheleute darüber war den – revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden – Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge das Scheidungsverfahren der Beklagten zu 2 und 3 von zahlreichen Auseinandersetzungen geprägt, die auch die frühere gemeinsame Ehwohnung zum Gegenstand hatten. Vor allem habe die Beklagte zu 2 mit der gemeinsamen Tochter deshalb in die streitbefangene Wohnung zurückkehren wollen, weil diese größer gewesen sei als die von ihr seinerzeit bewohnte Wohnung. Danach ist das vom Berufungsgericht gefundene Ergebnis, dass

**GuF-W**

Die Fachzeitschrift für  
Unternehmen und Fachleute  
im  
Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum  
Anfragen: info@prewest.de

die Weiternutzung der Wohnung durch den Ehepartner, der nicht Mieter sei, in der Trennungsphase keine Verletzung der mietvertraglichen Pflichten darstellt, von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

12 Ebenso wenig vermag die mit der Klageschrift vom 3. Juni 2010 erneut – also nach Rechtskraft der Scheidung und Vereinbarung der endgültigen Überlassung der Wohnung an den Beklagten zu 3 – ausgesprochene Kündigung den geltend gemachten Räumungs- und Herausgabeanspruch zu rechtfertigen. Zwar hat die Wohnung mit der Vereinbarung der Eheleute vom 27. Mai 2010 ihren Charakter als Ehwohnung verloren, weil sie nunmehr endgültig dem Beklagten zu 3 überlassen worden ist. Dies bewirkt gleichwohl keine vertragswidrige Überlassung der Wohnung an einen Dritten. Denn mit der Mitteilung an die Klägerin, dass die Wohnung an den Beklagten zu 3 überlassen worden ist, ist dieser gemäß § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB anstelle der Beklagten zu 2 in den Mietvertrag eingetreten.

13 Dem Vertragseintritt nach § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB steht die bereits vor Scheidung der Ehe ausgesprochene Kündigung durch die Klägerin vom 12. Mai 2010 nicht entgegen, da diese wie oben erörtert unwirksam ist.

14 Schließlich begegnet die Regelung des § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB entgegen der Auffassung der Revision keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zu Recht weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 12. Mai 2006 (FamRZ 2006, 1596) nicht maßgeblich darauf abgestellt hat, dass die Zuweisung der Ehwohnung auf Grundlage richterlicher Rechtsgestaltung erfolgt ist. Vielmehr hat es ausgeführt, dass einem Vermieter mit der Regelung der Wohnungszuweisung nichts Unzumutbares abverlangt werde, da ihm kein außenstehender Dritter als Vertragspartner aufgezwungen werde, sondern der Ehegatte des bisherigen Vertragspartners, der schon zuvor die Wohnung benutzt genutzt habe (vgl. BVerfG FamRZ 2006, 1596, 1597). Zudem wird der Vermieter durch das Sonderkündigungsrecht des § 1568 a Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 563 Abs. 4 BGB geschützt, wonach er das Mietverhältnis innerhalb eines Monats nach Kenntniserlangung des Mieterwechsels außerordentlich kündigen kann, wenn in der Person des Eingetretenen ein wichtiger Grund vorliegt.

15 Die Frage, ob etwas anderes zu gelten hat, wenn der andere Ehegatte nicht allein, sondern mit einem Dritten zusammen die Wohnung angemietet hatte, kann hier unbeantwortet bleiben. Denn nach den – bezogen auf den Beklagten zu 1 mit der Revisionsrücknahme – in Rechtskraft erwachsenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist dieser wirksam aus dem Mietverhältnis ausgeschieden.

16 2. Damit fehlt es auch hinsichtlich des Beklagten zu 3 an einer Pflichtverletzung. Bis zur Rechtskraft der Scheidung und der Übermittlung der Vereinbarung über die weitere Wohnungsnutzung war der Beklagte zu 3 als Ehegatte berechtigt, die Wohnung zu nutzen; demgemäß war er nach § 986 Abs. 1 BGB der Klägerin gegenüber zum Besitz berechtigt. Für den sich daran anschließenden Zeitraum kann sich der Beklagte zu 3 gemäß § 1568 a Abs. 3 Nr. 1 BGB auf seine Rechtsstellung als Mieter berufen (§ 535 Abs. 1 BGB).

17 II. Soweit die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, sind die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 a ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen der Klägerin aufzuerlegen. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, fehlt es an einer vertragswidrigen Überlassung der Wohnung an einen Dritten i. S. v. §§ 540, 553 BGB und damit an einem Kündigungsgrund nach §§ 569, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Demgemäß hatte die Klägerin bis zur Erledigung des Rechtsstreits weder gegen die Beklagte zu 2 noch gegen den Beklagten zu 3 einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der streitbefangenen Mietwohnung.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 1357 BGB; §§ 114, 543 ZPO**  
**Ehwohnung; Energielieferung; Mitverpflichtung eines Ehegatten im Rahmen des Bedarfsdeckungsgeschäfts; keine Enthaltung bei Trennung oder Auszug eines Ehegatten;**  
**Prozesskostenhilfe PKH für zugelassene Revision**

**a) Die im Rahmen eines Bedarfsdeckungsgeschäftes nach § 1357 Abs. 1 BGB wirksam begründete Mitverpflichtung eines Ehegatten aus einem von dem anderen Ehegatten vor der Trennung abgeschlossenen Energielieferungsvertrag für die Ehwohnung endet nicht ohne weiteres schon mit der Trennung oder mit dem Auszug des mitverpflichteten Ehegatten aus der Ehwohnung; dies gilt auch für die nach Trennung oder Auszug verbrauchte Energie.**

**b) Wird die Revision durch das Berufungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen und ergeben sich tatsächlich keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen, die einer Klärung durch höchstrichterliche Entscheidung bedürfen, kommt es für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe allein auf die Erfolgsaussichten in der Sache an.**

(BGH, Beschluss vom 24. 4. 2013 – XII ZR 159/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin schloss am 8. Oktober 2008 mit dem Ehemann der Beklagten einen Vertrag über die Lieferung von Strom an die in der damaligen Ehwohnung in E. gelegene Entnahmestelle. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand eine Lebensgemeinschaft zwischen der Beklagten und ihrem Ehemann. Die Beklagte und ihr Ehemann trennten sich im November 2009, und zwar zunächst innerhalb der Wohnung. Am 25. Mai 2010 zog die Beklagte aus der vormaligen Ehwohnung aus.

2 Die Klägerin kündigte den Stromlieferungsvertrag am 14. September 2010 wegen Zahlungsrückstands und stellte anschließend eine Rechnung über ihre bis zur Kündigung erbrachten Stromlieferungen. Die Parteien streiten – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – noch darüber, ob die Beklagte auch für den Teil der im Übrigen unstreitigen Rechnung der Klägerin in Höhe von 397,60 € haftet, der den Zeitraum nach ihrem Auszug aus der vormaligen Ehwohnung am 25. Mai 2010 bis zur Vertragsbeendigung am 14. September 2010 erfasst. Das Amtsgericht Schwelm hat die Klage insoweit abgewiesen; auf die Berufung der Klägerin wurde die Beklagte durch das Landgericht Hagen zur Zahlung dieses weiteren Betrages von 397,60 € nebst Zinsen verurteilt. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer zugelassenen Revision.

3 **Aus den Gründen:** II. Die für die Durchführung des Revisionsverfahrens beantragte Prozesskostenhilfe ist nicht zu bewilligen, weil die Rechtsverfolgung der Beklagten keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (§ 114 ZPO).

4 1. Unbeschadet der für den Senat bindenden Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht stellen sich im vorliegenden Fall keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Grundsätzliche Bedeutung hat eine Sache, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann (BGHZ 151, 221, 223 = NJW 2002, 3029; BGHZ 154, 288, 291 = NJW 2003, 1943). Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage insbesondere dann, wenn sie vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden worden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird, oder wenn dazu in der Literatur unterschiedliche Meinungen vertreten werden (vgl. BGH Beschluss vom 8. Februar 2010 – II ZR 54/09 – NJW-RR 2010, 1047 [= WuM 2010, 369] Rn. 3). So liegt der Fall hier nicht.

5 a) Es wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen, dass der Abschluss eines Stromlieferungsvertrages durch

den Ehemann der Beklagten ein Bedarfsdeckungsgeschäft im Sinne des § 1357 Abs. 1 BGB darstellt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte der Klägerin bis zum Ende des Abrechnungszeitraumes am 14. September 2010 die Trennung von ihrem Ehemann bzw. ihren Auszug aus der Ehemohnung nicht mitgeteilt. Auch haben weder die Beklagte noch ihr Ehemann bis zu diesem Zeitpunkt eine Kündigung des Stromlieferungsvertrages erklärt.

6 b) Entscheidungserheblich könnte daher allenfalls die Rechtsfrage sein, ob die nach § 1357 Abs. 1 BGB wirksam begründete Mitverpflichtung eines Ehegatten aus einem von dem anderen Ehegatten vor der Trennung abgeschlossenen Energie-lieferungsvertrag für die Ehemohnung ohne weiteres bereits mit der Trennung oder mit dem Auszug aus der Ehemohnung endet. Dies wird in der Rechtsprechung (vgl. LG Koblenz RdE 1988, 215 f.; LG Oldenburg FamRZ 2006, 703; AG Wuppertal ZMR 1980, 239, 240; AG Bad Oeynhausen RdE 1984, 28, 29; AG Erlangen RdE 1986, 50, 51; AG Beckum FamRZ 1988, 501 f.; AG Neuruppin FamRZ 2009, 1221, 1222) und in der Literatur (vgl. Palandt/Brudermüller BGB 72. Aufl. § 1357 Rn. 9; MünchKommBGB/Roth 6. Aufl. § 1357 Rn. 49; Staudinger/Voppel BGB <Bearbeitungsstand: April 2007> § 1357 Rn. 103; Eckbrecht in Scholz/Kleffmann/Motzer <Bearbeitungsstand: Mai 2012> Teil A Rn. 56; Soergel/Lange BGB 12. Aufl. § 1357 Rn. 18; Gernhuber/Coester-Waltjen Familienrecht 6. Aufl. § 19 Rn. 71; Hahn in BeckOK BGB <Stand: 1. Februar 2013> § 1357 Rn. 44; Grüne RdE 1986, 42, 45; Schütte/Horstkotte in Hempel/Franke Recht der Energie- und Wasserversorgung <Bearbeitungsstand: Juni 2011> § 32 AVBWasserV Rn. 68 mit zahlreichen weiteren Nachweisen) einhellig und zutreffend verneint:

7 aa) Eine solche Enthaltung des mitverpflichteten Ehegatten lässt sich insbesondere nicht aus § 1357 Abs. 3 BGB herleiten. Unmittelbar ist diese Vorschrift hier nicht anwendbar, weil sie für den Fall des Getrenntlebens nur die Wirkungen des § 1357 Abs. 1 BGB und damit die Mithaftung des nicht vertrags-schließenden Ehegatten bei Abschluss eines neuen Bedarfs-deckungsgeschäftes in der Trennungszeit ausschließt. So liegt der Fall hier nicht, weil es sich bei einem Versorgungsvertrag über die Lieferung von Strom um einen Bezugsvertrag (Dauer-lieferungsvertrag) und damit um ein echtes Dauerschuldverhältnis handelt (Palandt/Grüneberg BGB 72. Aufl. vor § 311 Rn. 28, 30) und es für die Begründung der hieraus resultierenden Forderungen auf den Abschluss des Dauerschuldvertrages und nicht auf die daraus hervorgehenden Einzelverbindlichkeiten ankommt (BGH Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 283/03 – NJW 2006, 765 [= GuT 2006, 76] mit weiteren Nachweisen). Eine Regelung zur Enthaltung eines Ehegatten von einer während bestehender ehelicher Lebensgemeinschaft wirksam begründeten Mitverpflichtung lässt sich § 1357 Abs. 3 BGB dagegen nicht entnehmen.

8 bb) Auch eine entsprechende Anwendung von § 1357 Abs. 3 BGB auf die Enthaltung des getrennt lebenden Ehegatten in den Fällen eines Dauerschuldverhältnisses kommt nicht in Betracht. Es fehlt bereits an einer Regelungslücke in Bezug auf den Fortbestand der Mithaftung des zwischenzeitlich getrennt lebenden Ehegatten für die nach der Trennung aus einem Dauerschuldverhältnis hervorgehenden Einzelverbindlichkeiten. Mit Recht weist die Revisionsrweiterung darauf hin, dass sich ein gleichgelagertes Problem bei allen Bedarfsdeckungsgeschäften stellt, bei denen zwischen Vertragsschluss und Leistungserbringung der Fall des Getrenntlebens eintritt. Wenn es insoweit an einer speziellen gesetzlichen Regelung fehlt, lässt dies darauf schließen, dass der Gesetzgeber eine automatische, nur an den Tatbestand des Getrenntlebens anknüpfende Enthaltung des zuvor wirksam mitverpflichteten Ehegatten nicht gewollt hat.

9 2. Ergeben sich somit keine entscheidungserheblichen Rechtsfragen, die einer Klärung durch höchstrichterliche Entscheidung und einer Erörterung in der mündlichen Verhandlung bedürften, kommt es für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe allein auf die Erfolgsaussichten in der Sache an (BGH Beschluss vom 25. Juni 2003 – IV ZR 366/02 – juris Rn. 7; vgl.

auch Senatsbeschluss vom 6. November 2002 – XII ZR 259/01 – FamRZ 2003, 521 f.). Diese bestehen nicht, weil das Berufungsurteil in der Sache richtig sein dürfte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

<b>Kurzfassungen/Leitsätze (KL)</b>
<b>Mietrecht etc.</b>

**§ 6 VVG a.F.; AVB Wohngebäudeversicherung; Nr. 13, 14, 17 VGB 98 – Wohngebäudeversicherung; Frostbruch; Leitungswasseraustritt; Ablehnung der Leistung nach Obliegenheitsverletzung; Wiedereintreten in Verhandlungen zur Schadensregulierung**

1. Mit der Erklärung des Versicherers, die Leistung abzulehnen, endet die Sanktion der Leistungsfreiheit wegen schuldhaft begangener Auskunfts- und Aufklärungsobliegenheitsverletzungen.

2. Will der Versicherer nach einer Leistungsablehnung wieder in die Sachprüfung eintreten und dafür den Schutz vertraglich vereinbarter Obliegenheiten erneut in Anspruch nehmen, muss er dies gegenüber dem Versicherungsnehmer zweifelsfrei klarstellen.

3. Die in Nr. 17 VGB 98 geregelte Verwirkung des Leistungsanspruchs infolge einer vom Versicherungsnehmer versuchten oder vollendeten arglistigen Täuschung des Versicherers greift nicht ein bei Angaben des Versicherungsnehmers, die dieser erst nach einer Leistungsablehnung des Versicherers in einem Wiederaufnahmeantrag macht (Fortführung des Senatsurteils vom 7. Juni 1989 – IVa ZR 101/88, BGHZ 107, 368, 370 f. m.w.N.).

(BGH, Urteil vom 13. 3. 2013 – IV ZR 110/11)

**AVB Wohngebäudeversicherung; § 6 VGB 2003 – Wohngebäudeversicherung; Leitungswasserschaden; Umbauarbeiten; mehr als unerhebliche Eingriffe in die Gebäudesubstanz**

Ein Umbau im Sinne des Leistungsausschlusses nach § 6 Nr. 3a VGB 2003 setzt im Gegensatz zu bloßen Renovierungsarbeiten eine Umgestaltung des versicherten Gebäudes voraus, die so weit in die Substanz eingreift, dass das Gebäude insgesamt für seine ursprüngliche Bestimmung nicht mehr nutzbar erscheint.

(BGH, Beschluss vom 11. 9. 2013 – IV ZR 259/12)

**§§ 535, 542, 564 a.F., 580a BGB; § 552a ZPO – Wohnraummiete neben Garagenmiete oder Stellplatzmiete; Kündigung der Garagenmiete**

Nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 12. Oktober 2011 VIII ZR 251/10, NJW 2012, 224 [= GuT 2011, 394] Rn. 13) spricht bei einem schriftlichen Wohnungsmietvertrag und einem separat abgeschlossenen Mietvertrag über eine Garage – dasselbe hat für einen Stellplatz zu gelten – eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbstständigkeit der beiden Vereinbarungen. Es bedarf dann der Widerlegung der Vermutung durch besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen. Das Berufungsgericht hat weiter gesehen, dass ein solcher Wille in der Regel anzunehmen ist, wenn sich Grundstück und Garage oder Stellplatz auf demselben Grundstück befinden.

Die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, dass die in § 2 des Mietvertrags über die Garage enthaltenen, von den Bestimmungen des Wohnraummietvertrags abweichenden Bestimmungen über die Vertragslaufzeit und die Kündigung auf

den Willen der Parteien schließen ließen, zwei separate und somit auch gesondert kündbare Verträge abzuschließen, liegt ausgesprochen nahe. Die Revision zeigt einen Rechtsfehler nicht auf, sondern setzt lediglich ihre eigene abweichende Würdigung an die Stelle der Würdigung des Berufungsgerichts; dies ist revisionsrechtlich unbeachtlich. Entgegen der Auffassung der Revision ist es aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht es für unerheblich gehalten hat, ob der Beklagten bei der Anmietung der Wohnung im Jahr 1991 vom damaligen Eigentümer zugesagt wurde, dass sie bei Freiwerden einer Garage diese zur Wohnung hinzumieten könne. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der weiteren Behauptung der Beklagten, dass diese Zusage beim Verkauf des Objektes an den Kläger „weitergegeben“ worden sei. Denn hieraus ergibt sich nicht der Schluss, dass die Parteien im Jahr 1993 ungeachtet der besonderen Bedingungen über die Vertragslaufzeit und die Kündigung des Garagenmietvertrages einen einheitlichen Mietvertrag über Garage und Wohnung schließen wollten.

(BGH, Beschluss vom 8. 10. 2013 – VIII ZR 254/13)

**Hinw. d. Red.:** Vgl. BGH GuF-W 2013, 63 und BGH, Beschluss vom 3. 9. 2013 – VIII ZR 165/13; vgl. auch BGH GuF-W 2013, 72 KL mit Anm. d. Red.

### § 558a BGB; § 552a ZPO – Zustimmungsverlangen zur Mieterhöhung; Anwendung der Grundsätze im Einzelfall; grundsätzliche Bedeutung im Revisionsrecht

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts [LG Itzehoe] besteht kein Grund für die Zulassung der Revision. Das Berufungsgericht hat einen grundsätzlichen Klärungsbedarf hinsichtlich der Frage bejaht, „wann eine intransparente Kopplung eines Mieterhöhungsverlangens mit einem anderweitigen Angebot auf Vertragsänderung vorliegt“. Diese Frage rechtfertigt die Zulassung der Revision indes schon deshalb nicht, weil sie sich im vorliegenden Fall nicht stellt. Denn das Mieterhöhungsverlangen der Klägerin ist – wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat – nicht an ein anderweitiges Angebot auf Vertragsänderung gekoppelt und deshalb wirksam. Im Übrigen sind die an ein Mieterhöhungsverlangen nach § 558a BGB zu stellenden Anforderungen durch die Rechtsprechung des Senats ohnehin geklärt, u. a. durch das – vom Berufungsgericht auch zitierte – Senatsurteil vom 7. Juli 2010 (VIII ZR 321/09, NJW 2010, 2945 [= WuM 2010, 502] Rn. 8 ff.). Dass die insoweit vom Senat entwickelten Grundsätze vom jeweils zur Entscheidung berufenen Gericht auf den jeweiligen Einzelfall anzuwenden sind, verleiht dem Einzelfall keine die Zulassung der Revision rechtfertigende grundsätzliche Bedeutung.

2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung zu Recht als zulässig erachtet und deshalb die Berufung der Beklagten gegen das Zwischenurteil des Amtsgerichts [Pinningberg] vom 23. November 2011 zutreffend zurückgewiesen.

3. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass die Klägerin mit ihrem Mieterhöhungsverlangen lediglich eine Erhöhung der Nettomiete erstrebt (und nicht zusätzlich eine Vertragsänderung hinsichtlich der Nebenkostenbeträge), weist keinen Rechtsfehler auf. Dass die Klägerin in ihrem als Mieterhöhungsverlangen nach § 558 BGB bezeichneten Schreiben ausschließlich eine Zustimmung zur Erhöhung der Nettomiete um 40 € monatlich begehrt, liegt auf der Hand. Wie bereits das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat, sind die Angaben über die Vorauszahlungen nur informatorisch aufgenommen.

4. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

(BGH, Beschluss vom 18. 6. 2013 – VIII ZR 2/13)

**Hinw. d. Gerichts:** Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

### § 566 BGB; § 286 ZPO – Herausgabeanspruch des Erstehers der Wohnung; Beweis des Besitzrechts des Wohnungsinhabers aus Mietvertrag oder vertraglichem Nutzungsverhältnis

Zu den Anforderungen an den Nachweis eines behaupteten, für den Ersteigerer einer Wohnung nachteiligen Mietvertrages, der diesem von einem nahen Angehörigen des ehemaligen Eigentümers entgegengehalten wird.

(BGH, Urteil vom 18. 9. 2013 – VIII ZR 297/12)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 151/2013 vom 18. 9. 2013:

»Zur Beweiswürdigung zum Abschluss eines für den Erwerber in der Zwangsversteigerung nachteiligen Mietvertrages unter nahen Angehörigen

Der Bundesgerichtshof hat sich heute in einer Entscheidung mit den Anforderungen an den Nachweis eines behaupteten Mietvertrages befasst, der dem Ersteigerer einer Wohnung von einem Angehörigen des ehemaligen Eigentümers entgegen gehalten wird.

Die Kläger haben im Dezember 2009 eine Wohnung in Garmisch-Partenkirchen in der Zwangsversteigerung erworben und verlangen von der Beklagten Herausgabe sowie Zahlung von Nutzungsentschädigung. Die Beklagte behauptet, sie habe im Jahre 2003 mit ihrem Vater und ihrem Bruder als den damaligen Eigentümern der Wohnung einen Mietvertrag abgeschlossen, mit dem ihr gegen Übernahme der Betriebskosten und einer eventuellen Pflege des Vaters ein lebenslanges Nutzungsrecht eingeräumt worden sei. Zum Beleg hat sie im Prozess eine Kopie des angeblichen Mietvertrages vorgelegt.

Mit Schreiben vom 14. Januar 2010 forderten die Kläger die Beklagte auf, ab 19. Dezember 2009 eine monatliche Nutzungsentschädigung in Höhe von 864 € sowie Vorauszahlungen auf die Betriebskosten in Höhe von 136 € monatlich zu zahlen. Bis Juni 2010 leistete die Beklagte keinerlei Zahlungen. Die Kläger kündigten das von ihnen als Scheingeschäft angesehene Mietverhältnis vorsorglich wegen Zahlungsverzugs fristlos. Die Beklagte glied in der Folgezeit lediglich die bis Ende Juni 2011 geforderten Betriebskosten aus.

Die Kläger haben Räumung der Wohnung sowie Zahlung von Nutzungsentschädigung in Höhe von 17.477 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten begehrt. Das Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen hat die Klage nach Einholung eines Schriftsachverständigengutachtens abgewiesen. Das Landgericht München II hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Zwar habe sich das Amtsgericht nicht mit der Behauptung der Kläger auseinandergesetzt, die vorgelegte Urkunde sei lediglich „nachgeschoben“ und erst nach dem Tod des Vaters erstellt. Auch sei es auffällig, dass die Beklagte trotz der Aufforderung durch die Kläger nicht habe erklären können, wann, wo und unter welchen Umständen die Kopie des Nutzungsvertrages erstellt worden sei. Letztlich komme es darauf aber nicht an, weil der als Zeuge vernommene Bruder der Beklagten jedenfalls einen mündlichen Vertragsschluss bestätigt habe. Da die Kläger mit dem Erwerb der Wohnung in diesen Vertrag eingetreten seien, schulde die Beklagte abgesehen von der Übernahme der Betriebskosten keine Nutzungsentschädigung.

Die vom Bundesgerichtshof zugelassene Revision der Kläger hatte Erfolg. Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts zu dem Zustandekommen und dem Inhalt eines mündlichen Mietvertrages von Rechtsfehlern beeinflusst sind, weil es die Widersprüche zwischen den Angaben des Zeugen und den aus der Vertragskopie ersichtlichen Bestimmungen des Mietvertrages außer Acht gelassen hat. Zudem hätte sich das Berufungsgericht auch bei der Frage, ob ein mündlicher Vertrag abgeschlossen wurde, mit dem Vorbringen der Kläger auseinandersetzen müssen, der

Mietvertrag sei von der Beklagten nur fingiert worden, um sich oder der Familie den Besitz der Wohnung ungeachtet der Zwangsversteigerung weiter zu erhalten.

Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil daher aufgehoben und den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Berufungsgerichts zurückverwiesen (Urteil vom 18. 9. 2013 – VIII ZR 297/12).«

### **§§ 766, 885 ZPO – Wohnraummiete; Räumungszwangsvollstreckung; Wohnraum-Erstreckung auf das Nachbarhaus**

a) Ein Vollstreckungstitel, durch den der Schuldner zur Räumung eines Hauses verurteilt worden ist, bei dem ein Raum aufgrund eines Durchbruchs einen Teil des Nachbarhauses mitumfasst, ist nicht unbestimmt, wenn der Gerichtsvollzieher mit allgemein zugänglichen Hilfsmitteln (etwa Bauplänen) und unter Heranziehung von sachkundigen Hilfspersonen klären kann, was zu dem zu räumenden Haus gehört.

b) Der Schuldner kann im Verfahren der Vollstreckungserinerung nach § 766 ZPO nicht den Einwand erheben, ein Titel zur Räumung eines Hauses sei eine Verurteilung zu einer nach Art. 13 GG unzulässigen Teilräumung der Wohnung.

(BGH, Beschluss vom 11. 4. 2013 – I ZB 61/12)

### **§§ 712, 719, 716, 321 ZPO – Vollstreckungsschutzantrag; Bescheidung im Wege der Urteilsergänzung**

1 Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem – wie hier – für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil nach § 719

Abs. 2 ZPO kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Betracht, wenn der Schuldner es im Berufungsverfahren versäumt hat, einen Vollstreckungsschutzantrag (§ 712 ZPO) zu stellen oder bei einem Übergehen eines derartigen Antrags durch das Berufungsgericht Urteilsergänzung gemäß §§ 716, 321 ZPO zu beantragen (BGH, Beschlüsse vom 30. Juni 2008 – VIII ZR 98/08, WuM 2008, 613; vom 24. November 1999 – XII ZR 69/99, NZM 2000, 382).

2 So ist es hier. Zwar hatten die Beklagten bereits in der Berufungsbegründung beantragt, die Schutzanordnungen aus § 712 ZPO zu treffen, und diesen Antrag auch in der Berufungsverhandlung gestellt (Protokoll der Berufungsverhandlung vom 5. Dezember 2012, S. 2). Allerdings hat das Berufungsgericht hierüber nicht entschieden. Eine Urteilsergänzung gemäß §§ 716, 321 ZPO haben die Beklagten beim Berufungsgericht nicht beantragt.

(BGH, Beschluss vom 16. 7. 2013 – VIII ZR 34/13)

### **§ 155 ZVG; § 9 ZwVwV – Zwangsverwalter; Gläubigerschutz; Einnahmenverwendung für Ausgaben der Verwaltung; Auskehrung von Überschüssen**

Die Pflicht des Zwangsverwalters, von den Einnahmen die Liquidität zurückzubehalten, die für Ausgaben der Verwaltung vorgehalten werden muss, und nur Verpflichtungen einzugehen, die unter Berücksichtigung solcher Rückstellungen aus den bereits vorhandenen Mitteln erfüllt werden können, schützt die Verfahrensgläubiger nur vor einer nicht ranggerechten Verteilung von Zwangsverwaltungsmasse.

(BGH, Urteil vom 18. 4. 2013 – IX ZR 109/12)

## Wohnungseigentum

### **§§ 5, 10 WEG; § 45 HBauO Wohnungseigentum; Rauchwarnmelder im Gemeinschaftseigentum; Eigentümerbeschluss zum Einbau infolge Landesrechts Hamburg**

**Die Wohnungseigentümer können den Einbau von Rauchwarnmeldern in Wohnungen jedenfalls dann beschließen, wenn das Landesrecht eine entsprechende eigentumsbezogene Pflicht vorsieht.**

**Rauchwarnmelder, die aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümer angebracht worden sind, stehen nicht im Sondereigentum.**

(BGH, Urteil vom 8. 2. 2013 – V ZR 238/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft in Hamburg. Im Hinblick auf die nach § 45 Abs. 6 Hamburgische Bauordnung bestehende Pflicht zur Nachrüstung vorhandener Wohnungen mit Rauchwarnmeldern beschlossen die Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung vom 20. April 2010 den Kauf von Rauchwarnmeldern zur Installation in den Wohnungen sowie den Abschluss eines Wartungsvertrages. Der Erwerb sollte aus der Instandhaltungsrücklage finanziert und die jährlichen Wartungskosten auf die Eigentumseinheiten verteilt werden. Das Amtsgericht Hamburg-Wandsbek hat soweit hier von Interesse auf Antrag des Klägers die Nichtigkeit des Beschlusses festgestellt. Das Landgericht Hamburg hat das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision will der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung er-

reichen. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

2 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Beschluss nicht wegen fehlender Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft nichtig. Zwar könne die Frage der Beschlusskompetenz nicht über die sachenrechtliche Zuordnung gelöst werden, da Rauchwarnmelder als bloßes Zubehör im Sinne des § 97 BGB nicht sondereigentumsfähig im Sinne des § 5 Abs. 1 WEG seien und daher auch § 5 Abs. 2 WEG nicht eingreife. Die Beschlusskompetenz ergebe sich jedoch aus § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG. Bei dem Einbau von Rauchwarnmeldern handle es sich um eine gemeinschaftsbezogene Pflicht, da Adressat der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zu deren Einbau die Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit seien. Jedenfalls aber handle es sich um eine sonstige Pflicht, die von den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich erfüllt werden könne. Ein unzulässiger Eingriff in das Sondereigentum liege nicht vor, da es im Wohnungseigentumsrecht nicht ungewöhnlich sei, dass sich Gemeinschaftseigentum im Bereich des Sondereigentums befinde. Hinzu komme, dass die Feuerversicherung einheitlich für das Gesamtgebäude abgeschlossen werde. Da es zu den Obliegenheiten des Versicherungsnehmers gehöre, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften über den Brandschutz einzuhalten, entspreche es grundsätzlich ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft den Einbau und die Wartung der Rauchwarnmelder durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehe. Ob der Beschluss im konkreten Fall ordnungsmäßiger Verwaltung entspreche, sei nicht zu prüfen, da der Kläger die Anfechtungsfrist nach § 46 Abs. 1 WEG nicht eingehalten habe.

## 3 II. Die Revision ist unbegründet.

4 1. Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass der Beschluss über die nachträgliche Ausstattung der Wohnungen mit Rauchwarnmeldern von der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer gedeckt und daher nicht nichtig ist. Die Frage, ob den Wohnungseigentümern die Kompetenz zusteht, die Nachrüstung der Wohnungen mit Rauchwarnmeldern zu beschließen, ist allerdings umstritten.

5 a) Die überwiegende Ansicht bejaht eine Beschlusskompetenz jedenfalls dann, wenn eine öffentlich-rechtliche Einbaupflicht besteht. Die Begründungen, die vielfach an die eigentumsrechtliche Zuordnung der Rauchwarnmelder anknüpfen, sind unterschiedlich. Teilweise wird die Beschlusskompetenz aus § 21 Abs. 3 WEG i.V.m. § 5 Abs. 2 WEG hergeleitet, da Rauchwarnmelder der Sicherheit des Gebäudes dienen und sie daher zwingend zum Gemeinschaftseigentum zu rechnen seien (AG Ahrensburg, ZMR 2009, 78, 79 f.; AG Rendsburg, ZMR 2009, 239, 240; AG Kiel, ZMR 2011, 842, 843; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 65a; Hogenschurz in Jenßen, WEG, 3. Aufl., § 22 Rn. 102a; Riecke, ZMR 2009, 80; Schmidt/Breiholdt/Riecke, ZMR 2008, 341, 344; vgl. auch OLG Frankfurt, ZMR 2009, 864, 865 für Brandmelder). Teilweise wird zur Begründung der Beschlusskompetenz § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG herangezogen, da es sich bei der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zum Einbau von Rauchwarnmeldern um eine von der Wohnungseigentümergeinschaft wahrzunehmende gemeinschaftsbezogene Pflicht der Wohnungseigentümer handle (LG Hamburg, ZMR 2011, 387, 388 f.; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 10 Rn. 259; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 43, vgl. auch Schneider, ZMR 2010, 822, 826; Schmidt/Breiholdt/Riecke, ZMR 2008, 341, 342 f.) oder jedenfalls um eine Pflicht, deren Wahrnehmung auf die Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden könne (Briesemeister, AnwZert MietR 15/2011 Anm. 1; Schultz, ZWE 2011, 21, 24; ZWE 2012, 57, 58).

6 b) Nach anderer Auffassung ist ein Beschluss über die Installation von Rauchwarnmeldern in den Wohnungen mangels Beschlusskompetenz nichtig (AG Hamburg-Wandsbek, ZMR 2010, 809; Abramenko, ZWE 2013, 117, 119 ff.; ebenso Greupner, ZMR 2012, 497, 511, der allerdings eine Übertragung der Einbauverpflichtung auf die Gemeinschaft durch Rechtsgeschäft für möglich hält).

7 c) Die überwiegende Ansicht trifft zu. Die Wohnungseigentümer können den Einbau von Rauchwarnmeldern in Wohnungen jedenfalls dann beschließen, wenn das Landesrecht eine entsprechende eigentumsbezogene Pflicht vorsieht.

8 aa) Das gilt unabhängig davon, ob sich die öffentlich-rechtliche Pflicht an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Verband, an die Mitglieder der Gemeinschaft als Mitberechtigten an dem bebauten Grundstück oder an den einzelnen Wohnungseigentümer richtet. Es bedarf daher keiner Entscheidung, wer von ihnen Adressat der für den hier zu beurteilenden Sachverhalt maßgeblichen Vorschrift des § 45 Abs. 6 der Hamburgischen Bauordnung ist, nach der in Wohnungen Schlafräume, Kinderzimmer und Flure, über die Rettungswege von Aufenthaltsräumen führen, jeweils mindestens einen Rauchwarnmelder haben müssen (Satz 1), und die ferner anordnet, dass vorhandene Wohnungen bis zum 31. Dezember 2010 mit Rauchwarnmeldern auszurüsten sind (Satz 3).

9 (1) Verpflichtet das Landesrecht die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband zum Einbau von Rauchmeldern, folgt die Beschlusskompetenz aus § 10 Abs. 6 Satz 2 WEG.

10 (2) Richtet sich die Pflicht an die Gesamtheit der Wohnungseigentümer als Grundstückseigentümer (vgl. Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 43), ist der Verband gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG, nach der die Gemeinschaft die gemeinschaftsbezogenen Pflichten der Wohnungseigentümer wahrnimmt, ohne weiteres befugt, diese Pflicht zu erfüllen. Diese sogenannte geborene Wahrnehmungsberechtigung des Verbandes ist gegeben, wenn eine Verpflichtung, die im

Außenverhältnis alle Wohnungseigentümer gleichermaßen trifft, nach der Interessenlage ein gemeinschaftliches Vorgehen erfordert (vgl. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 125/10, NJW 2011, 1351 [= GuT 2010, 462] Rn. 9). Das ist beispielsweise bei der Wahrnehmung von Verkehrssicherungspflichten der Fall (Senat, Urteil vom 9. März 2012 – V ZR 161/11, NJW 2012, 1724, 1725 [= GuT 2012, 305 = WuM 2012, 398 = ZMR 2012, 646] Rn. 12). So liegt es aber auch, wenn die Wohnungseigentümer aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften als Bruchteilseigentümer verpflichtet sind, das Grundstück oder das darauf befindliche Gebäude in einer bestimmten Weise auszustatten, sofern es dabei – was bei dem Einbau von Rauchwarnmeldern nicht der Fall ist (dazu näher unter II. 1.c bb) – nicht zu einem unzulässigen Eingriff in das Sonder Eigentum kommt.

11 (3) Ist Adressat der Einbauverpflichtung der einzelnen Wohnungseigentümer, besteht eine geborene Wahrnehmungskompetenz der Gemeinschaft allerdings nur, wenn die Verpflichtung sämtliche Mitglieder betrifft (vgl. allgemein Kümmel in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl., § 10 Rn. 85; Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 10 Rn. 258). Da die Bauordnungen nur die Ausstattung von Wohnungen, nicht aber auch von anderweit genutzten Räumen mit Rauchwarnmeldern vorschreiben, fehlt es an dieser Voraussetzung, sobald eine Anlage auch Teileigentumseinheiten umfasst (vgl. Schultz, ZWE 2012, 57, 58; Abramenko, ZWE 2013, 117, 120).

12 Die Wohnungseigentümer sind in diesem Fall aber berechtigt, von ihrem Zugriffsermessens Gebrauch zu machen, das ihnen nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG zusteht (sog. gekorene Ausübungs- bzw. Wahrnehmungsbefugnis; vgl. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 125/10, NJW 2011, 1351 [= GuT 2010, 462] Rn. 9 sowie Klein in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 10 Rn. 257). Denn diese setzt nicht zwingend das Bestehen gleichgerichteter Pflichten sämtlicher Mitglieder der Gemeinschaft voraus (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 80/09, NJW 2010, 933 [= WuM 2010, 172] Rn. 8 für Ansprüche der Wohnungseigentümer; ebenso Schultz, ZWE 2012, 57, 58).

13 Die für das Bestehen der gekorenen Wahrnehmungsbefugnis notwendige weitere Voraussetzung, dass die Pflichtenerfüllung durch den Verband förderlich ist (vgl. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 125/10, aaO), ist bei dem Einbau von Rauchwarnmeldern in Wohnungen gegeben. Rauchwarnmelder bezwecken – im Gegensatz zu Brandmeldern – zwar nicht unmittelbar den Schutz des Gebäudes, sondern in erster Linie den Schutz der Bewohner vor toxischen Gasen; diese sollen durch den im Fall einer Raucherentwicklung ausgelösten akustischen Alarm zum Verlassen der Wohnung angehalten werden (vgl. Schultz, ZWE 2011, 21, 22 f.). Sie dienen aber nicht nur dem Schutz des jeweiligen Sondereigentümers, sondern aller Bewohner und Besucher der Wohnanlage (so zutreffend Schmidt/Breiholdt/Riecke, ZMR 2008, 341, 343; aA Schultz, ZWE 2012, 57). Wohnungsbrände stellen stets eine Bedrohung für das gesamte Gebäude und damit für Leib und Leben aller Wohnungseigentümer bzw. ihrer Mieter und Gäste dar. Der rechtzeitige Alarm eines in einer Wohnung angebrachten Rauchwarnmelders soll und kann auch sie vor Rauchvergiftungen bewahren. Regelmäßig ist nämlich zu erwarten, dass Personen, die durch den Alarm eines in ihrer Wohnung angebrachten Rauchwarnmelders auf einen Brand aufmerksam geworden sind und deshalb ihre Wohnung verlassen, unverzüglich die Feuerwehr rufen und zudem vor deren Eintreffen versuchen werden, die übrigen Bewohner von außen, etwa durch Klingeln oder Rufen, zum Verlassen des Gebäudes zu bewegen. Zugleich wird durch die rasche Entdeckung eines Wohnungsbrandes das Gemeinschaftseigentum ebenfalls geschützt, mag dies auch eher als Reflex der Einbauverpflichtung anzusehen sein. Der Gemeinschaftsbezug der Verpflichtung zum Einbau von Rauchwarnmeldern in Wohnungen zeigt sich zudem darin, dass die Wohnungseigentümergeinschaft bei einem Verstoß einzelner Wohnungseigentümer gegen ihre Einbauverpflichtung im

Schadensfall Gefahr läuft, dass die Leistungen aus der Feuerversicherung für das Gebäude gekürzt werden (vgl. Bielefeld, DWE, 2011, 53, 55).

14 bb) Die sachenrechtliche Einordnung von Rauchwarnmeldern hindert die Annahme einer Beschlusskompetenz nicht. Zwar besteht für Maßnahmen am Sondereigentum generell keine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer; dies gilt auch dann, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften die Maßnahmen erfordern (vgl. Hogenschurz in Jennißen, WEG, 3. Aufl., § 22 Rn. 102a; Abramenko, ZWE 2013, 117, 119). Werden in Umsetzung eines Mehrheitsbeschlusses Rauchwarnmelder in Wohnungen angebracht, kommt es jedoch nicht zu einem Eingriff in das Sondereigentum.

15 (1) Rauchwarnmelder, die aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümer angebracht worden sind, stehen nicht im Sondereigentum. Offen bleiben kann, ob es sich bei ihnen um wesentliche Bestandteile des Gebäudes oder um Zubehör handelt (dazu, dass sie keine „einfachen“ Bestandteile sind, Schneider, ZMR 2010, 822, 824 f.).

16 (a) Sind Rauchwarnmelder als wesentliche Bestandteile im Sinne von § 94 Abs. 2 BGB anzusehen, folgt bereits aus der Vorschrift des § 5 Abs. 2 WEG, dass sie nicht im Sondereigentum stehen können. Danach sind Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, nicht Gegenstand des Sondereigentums, selbst wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden. Zu solchen Teilen zählen Rauchwarnmelder jedenfalls dann, wenn sie gesetzlich vorgeschrieben sind (ebenso Hogenschurz in Jennißen, WEG, 3. Aufl., § 22 Rn. 102a; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 65a; a.A. Armbrüster in Bärmann, WEG, 12. Aufl., § 5 Rn. 34 aE). Der Sicherheit des Gebäudes dienen nämlich nicht nur Vorrichtungen, die es selbst vor Schaden bewahren, sondern vor allem auch Bestandteile, die Leib und Leben im Gebäude befindlicher Personen schützen, wie etwa eine Rettungstreppe oder -leiter (vgl. Grziwotz in Jennißen, WEG, 3. Aufl., § 5 Rn. 25). Da in einer Wohnung angebrachte Rauchwarnmelder zudem alle Bewohner des Gebäudes vor den Folgen giftiger Gase zu schützen vermögen (siehe oben II. 1. c. aa (3)) und damit die Sicherheit des gesamten Gebäudes erhöhen, kann ihnen die Zuordnung zum Gemeinschaftseigentum auch nicht unter Hinweis darauf abgesprochen werden, dass keine Pflicht bestehe, Rauchwarnmelder im Bereich des Gemeinschaftseigentums anzubringen (so aber Greupner, ZMR 2012, 497, 502).

17 (b) Handelt es sich bei Rauchwarnmeldern hingegen schon nicht um wesentliche Bestandteile, sondern um Zubehör (so Schneider, ZMR 2010, 822, 825; Abramenko, ZWE 2013, 117, 118; wohl auch Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl., § 5 Rn. 47), stehen diese regelmäßig im Eigentum dessen, der die Anschaffung und Installation veranlasst hat (vgl. näher Schneider, aaO, S. 826). Bei einem auf einem Beschluss der Eigentümer beruhenden Einbau ist dies im Zweifel die Gemeinschaft als Verband. Rauchwarnmelder, die ein Wohnungseigentümer in seinen Räumen bereits selbst angebracht hat, stehen bei einer Einordnung als Zubehör zwar in dessen Eigentum. Die Wohnungseigentümer sind hierdurch aber nicht gehindert, den Einbau von (neuen) Rauchwarnmeldern zu beschließen. Inwieweit sie bei der Beschlussfassung darauf Rücksicht nehmen müssen, dass einzelne Eigentümer ihrer Einbaupflicht bereits nachgekommen sind, ist eine Frage der ordnungsgemäßen Verwaltung (vgl. AG Rendsburg, ZMR 2009, 239), nicht aber der Beschlusskompetenz.

18 (2) Der Einbau von Rauchwarnmelder ist mit keinem unzulässigen Eingriff in das Sondereigentum verbunden. Befestigt werden sie an den nach § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum stehenden Zimmerdecken. Dass Zutritt zur Wohnung gewährt werden muss und dass durch den Einbau Sondereigentum (z. B. eine Tapete) berührt sein kann, hat der Wohnungseigentümer hinzunehmen; ein hierdurch entstehender Schaden ist ihm zu ersetzen (vgl. § 14 Nr. 4 WEG).

19 cc) Die Beschlusskompetenz umfasst auch Entscheidungen über eine regelmäßige Kontrolle und Wartung der Rauchwarnmelder. Für den hier zu beurteilenden Sachverhalt folgt das unmittelbar aus der Vorschrift des § 45 Abs. 6 Satz 2 der Hamburgischen Bauordnung, nach der Rauchwarnmelder so betrieben werden müssen, dass Brandrauch frühzeitig erkannt und gemeldet wird.

20 2. Ob der von dem Kläger angefochtene Beschluss ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, bedarf keiner Entscheidung, weil mangels rechtzeitiger Anfechtung des Beschlusses nur Nichtigkeitsgründe zu prüfen sind. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Klage nicht innerhalb der materiellen Ausschlussfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 WEG erhoben worden sei, da der Kläger nicht rechtzeitig auf eine baldige Zustellung der Klage hingewirkt habe, begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 – IV ZR 23/05, BGHZ 168, 306, 311 Rn. 18 [= GuT 2006, 267 KL]). Insofern erhebt die Revision auch keine Einwendungen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 745 BGB; § 21 WEG**  
**Verwaltung der Wohnungseigentümer; Veräußerung von**  
**Teilen des gemeinschaftlichen Grundstücks;**  
**Mitwirkungsanspruch nur aus der Treuepflicht**

**a) Stimmen einzelne Wohnungseigentümer einer Veräußerung von Teilen des gemeinschaftlichen Grundstücks nicht zu, können sie nicht durch einen Mehrheitsbeschluss dazu verpflichtet werden; weil die Veräußerung die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft betrifft, stellt sie keine Verwaltung im Sinne von § 21 Abs. 3 WEG dar und kann auch nicht Gegenstand einer Vereinbarung sein.**

**b) Ein Mitwirkungsanspruch kann nicht auf § 745 Abs. 2 BGB gestützt werden, weil diese Vorschrift durch das Wohnungseigentumsgesetz verdrängt wird; er kann sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen aus der Treuepflicht der Wohnungseigentümer ergeben.**

(BGH, Urteil vom 12. 4. 2013 – V ZR 103/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergeinschaft, deren Mitglied die Beklagte ist. Das im Mit Eigentum der Wohnungseigentümer stehende Grundstück ist ca. 5500 qm groß. Der Grundstücksnachbar errichtete Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts eine Mauer zur Abgrenzung der beiden Grundstücke; ein Teilstück der Mauer setzte er versehentlich auf das Grundstück der Wohnungseigentümer. Nachdem dieser Umstand bekannt geworden war, beschlossen die Wohnungseigentümer am 2. Juli 2003 mehrheitlich, die durch die Mauer abgetrennte gemeinschaftliche Teilfläche von ca. 7 qm für 5000 € an den Grundstücksnachbarn zu verkaufen.

2 Am 29. April 2005 schlossen der Grundstücksnachbar und die Verwalterin als Vertreterin der Wohnungseigentümergeinschaft einen notariellen Grundstückskaufvertrag über die Teilfläche zum Preis von 5000 €, in dem auf die erforderliche Genehmigung des Vertrags durch alle Wohnungs- und Teileigentümer hingewiesen wurde. Mit Ausnahme der Beklagten genehmigten alle Eigentümer den Verkauf. Die Beklagte befürchtete, dass der Verkauf es dem Nachbarn erleichtern könnte, den bislang unverstellten Blick aus ihrer Wohnung auf die benachbarte „Villa W.“ zu verbauen. Am 27. Mai 2009 beschlossen die Wohnungseigentümer, den Verkauf zu vollziehen und – sofern der Mehrheitsbeschluss für die Vollziehung im Grundbuch nicht ausreiche – die nicht zustimmenden Wohnungseigentümer gegebenenfalls gerichtlich in Anspruch zu nehmen. Das Grundbuchamt lehnte die Umschreibung ab.

3 Die Klage, mit der die Klägerin die Beklagte zu der Erteilung der Genehmigung zu dem Kaufvertrag vom 29. April 2005 verurteilen lassen will, hat vor dem Amtsgericht Bayreuth Erfolg gehabt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landge-



richt Bamberg das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, will die Klägerin die Zurückweisung der Berufung erreichen.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht sieht den Beschluss vom 2. Juli 2003 als nichtig an. Es fehle an der erforderlichen Beschlusskompetenz. Die Veräußerung von Grundstücksflächen, die im Miteigentum stehen, diene nicht der Verwaltung des verbleibenden Eigentums und stelle aus diesem Grund schon begrifflich keine Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums dar. Jedenfalls handele es sich nicht um eine Maßnahme laufender Verwaltung; erforderlich sei ein einstimmiger Beschluss. Der Anspruch könne auch nicht auf § 745 Abs. 2 BGB gestützt werden, weil diese Norm durch die Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes verdrängt werde. Soweit ein Anspruch aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Miteigentümer hergeleitet werden könne, sei bereits die Aktivlegitimation der Klägerin fraglich. Jedenfalls könne die Zustimmung zu der Veräußerung nur dann verlangt werden, wenn andernfalls ein nicht unerheblicher Nachteil für die Gemeinschaft drohe; dafür gebe es keine Anhaltspunkte.

5 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

6 1. Allerdings sind die Zweifel des Berufungsgerichts an der Prozessführungsbefugnis der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft unbegründet. Diese ist auch insoweit gegeben, als sich die Klägerin auf Mitwirkungsansprüche stützt, die den Wohnungseigentümern als Individualansprüche gegen die Beklagte zustehen. Denn durch den Beschluss vom 27. Mai 2009, der vorsieht, dass der Verkauf vollzogen werden soll und nicht zustimmende Miteigentümer gegebenenfalls gerichtlich in Anspruch genommen werden sollen, sind solche etwaigen Ansprüche dem Verband zur Ausübung übertragen worden; weil der erforderliche Gemeinschaftsbezug besteht, ist die Klägerin gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 2 WEG prozessführungsbefugt (vgl. Senat, Urteil vom 18. Juni 2010 – V ZR 193/09, NJW 2010, 2801 [= WuM 2010, 526 = ZMR 2010, 777] Rn. 7; Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 80/09, NJW 2010, 933 [= WuM 2010, 172] Rn. 7). Das gilt nach § 140 BGB selbst dann, wenn der genannte Beschluss im Übrigen wegen fehlender Beschlusskompetenz nichtig sein sollte (Senat, Urteil vom 18. Juni 2010 – V ZR 193/09, aaO).

7 2. Der notarielle Vertrag vom 29. April 2005 sieht vor, dass er erst dann wirksam wird, wenn alle Miteigentümer ihre Genehmigung erteilt haben. Entscheidend ist daher, ob die übrigen Miteigentümer von der Beklagten die Erteilung der Genehmigung verlangen können; dies verneint das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei.

8 a) Aus den Beschlüssen vom 2. Juli 2003 und vom 27. Mai 2009 lässt sich ein solcher Anspruch nicht herleiten. Wenn die Beschlüsse wie das Berufungsgericht meint so auszulegen sind, dass die Beklagte zu der Erteilung der Zustimmung verpflichtet werden sollte, sind sie in Ermangelung einer Beschlusskompetenz nichtig. Denn eine Veräußerung von Teilen des gemeinschaftlichen Grundstücks betrifft die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft und stellt schon aus diesem Grund entgegen der Auffassung der Revision keine Verwaltung im Sinne von § 21 Abs. 3 WEG dar (Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 20 Rn. 6 a.E.; Palandt/Bassenge, BGB, 72. Aufl., § 20 WEG Rn. 3; Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl., § 21 Rn. 5; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., Einl. F Rn. 60; aA Staudinger/Bub, BGB <2005>, § 20 WEG Rn. 7). Folglich besteht auch für die schuldrechtliche Verpflichtung zu einer solchen Veräußerung keine Beschlusskompetenz.

9 b) Aus dem gleichen Grund kann der Anspruch nicht auf § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG gestützt werden. Nach dieser Bestimmung kann jeder Wohnungseigentümer eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung verlangen. Das Begehren der Woh-

nungseigentümer ist indes nicht auf die Mitwirkung an einer Vereinbarung gerichtet. Mit einer Vereinbarung wird das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer inhaltlich ausgestaltet. Eine vertragliche Regelung der sachenrechtlichen Zuordnung ist davon zu unterscheiden (vgl. § 5 Abs. 3, 4 WEG; näher Senat, Urteil vom 4. April 2003 – V ZR 322/02, NJW 2003, 2165, 2166 [= GuT 2003, 150 = WuM 2003, 473 = ZMR 2003, 748]). Sie kann nicht Gegenstand einer Vereinbarung sein (vgl. Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 [= GuT 2012, 287] Rn. 8; Urteil vom 4. April 2003 – V ZR 322/02, aaO; vgl. auch BT-Drucks. 16/887, S. 19), und zwar auch dann nicht, wenn die Vereinbarung nur eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Mitwirkung an der Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft begründet (Senat, Urteil vom 4. April 2003 – V ZR 322/02, aaO). Eine Veräußerung, wie sie hier beabsichtigt ist, betrifft nicht das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, sondern die Eigentumsverhältnisse und damit die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft. Einzelne Wohnungseigentümer können danach im Innenverhältnis eine Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen nicht im Wege einer wohnungseigentumsrechtlichen Vereinbarung erzwingen (§ 10 Abs. 2 Satz 3 WEG); dies gilt erst recht für die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten, das auf eine Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen gerichtet ist.

10 c) Weil das Wohnungseigentumsgesetz danach ein abschließendes Regelungskonzept enthält, kann der Anspruch wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat auch nicht auf § 745 Abs. 2 BGB gestützt werden. Während § 747 Satz 2 WEG, wonach eine Verfügung über das gemeinschaftliche Grundstück nur gemeinschaftlich erfolgen kann, auch im Verhältnis zwischen Wohnungseigentümern gilt, wird § 745 BGB durch das Wohnungseigentumsgesetz verdrängt (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG; Riecke/Schmidt/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 10 Rn. 49 f.; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 21 Rn. 23). Schon aus diesem Grund beruft sich die Revision ohne Erfolg auf die zu § 745 Abs. 1 und 2 BGB ergangene Rechtsprechung, wonach einzelne Bruchteilseigentümer unter bestimmten Voraussetzungen an einer gemäß § 747 Satz 2 BGB erforderlichen gemeinschaftlichen Verfügung über den einzelnen Gegenstand mitwirken müssen (BGH, Urteil vom 4. Mai 1987 – II ZR 211/86, BGHZ 101, 24 ff.; Urteil vom 16. November 1998 – II ZR 68/98, BGHZ 140, 63, 68 f. [= NJW 1999, 781]; zu § 2038 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 745 Abs. 2 BGB vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2005 – IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181, 184 ff. [= NJW 2006, 439]; Urteil vom 11. November 2009 – XII ZR 210/05, BGHZ 183, 131, 136 ff. [= GuT 2010, 32]).

11 d) Nach alledem kann sich der Anspruch auf Mitwirkung allein aus der Treupflicht der Beklagten ergeben, die im Verhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern besteht.

12 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kann in besonders gelagerten Ausnahmefällen aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Verpflichtung der Miteigentümer zur Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft bestehen. Dies setzt allerdings voraus, dass außergewöhnliche Umstände vorliegen, die die Verweigerung der Zustimmung als grob unbillig und damit als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben erscheinen lassen (eingehend Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 [= GuT 2012, 287] Rn. 11 f.).

13 bb) Diese Voraussetzungen verneint das Berufungsgericht im Ergebnis rechtsfehlerfrei; es ist zwar von einem anderen Prüfungsmaßstab ausgegangen, weil es schon einen „nicht unerheblichen Nachteil“ für die übrigen Wohnungseigentümer als ausreichend angesehen hat, hat aber sogar diese geringeren Anforderungen als nicht erfüllt angesehen. Außergewöhnliche Gründe, die einen Mitwirkungsanspruch begründen könnten, sind nicht schon dann anzunehmen, wenn eine Handlungsalternative sinnvoller als andere erscheint. Hier stehen den Wohnungseigentümern verschiedene Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Ohne den Verkauf entgeht ihnen zwar eine Einnah-

me von 5000 €; dafür bleibt ihnen aber das Eigentum an der Teilfläche erhalten. Die Klägerin steht zu Unrecht auf dem Standpunkt, dass die Teilfläche für ihre Mitglieder aufgrund der Errichtung der Mauer nutzlos geworden ist. Scheitert die Veräußerung, haben die Wohnungseigentümer nämlich auf Dauer die Möglichkeit, im Verhältnis zu dem Nachbarn von ihren Rechten als Eigentümer Gebrauch zu machen. So können sie bei einer späteren Entfernung der Mauer auf der Einhaltung der Grundstücksgrenzen bestehen; auch können sie unabhängig von nachbarrechtlichen Vorschriften eine Erhöhung der Mauer verhindern. Zudem besteht der Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB unabhängig von der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs gemäß § 1004 BGB und unterliegt gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht der Verjährung; selbst wenn der Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB verjährt sein sollte, dürften die Wohnungseigentümer das Teilstück der Mauer selbst beseitigen (näher Senat, Urteil vom 28. Januar 2011 – V ZR 141/10, NJW 2011, 1068 Rn. 9; Urteil vom 28. Januar 2011 – V ZR 147/10, NJW 2011, 1069 Rn. 18). Sprechen danach schon keine außergewöhnlichen Umstände für das Begehren der übrigen Wohnungseigentümer, kommt es nicht darauf an, ob die Befürchtungen der Beklagten hinsichtlich einer möglichen Bebauung des Nachbargrundstücks sachlich begründet sind oder nicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 921, 922 BGB**

**Grenzeinrichtung; gemeinsame Giebelwand; Kommunmauer; halbscheidige Giebelmauer; Wiederherstellung der Wärmedämmung nach Abriss des angebauten Hauses; Aktivlegitimation der Wohnungseigentümergeinschaft**

**Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist aktivlegitimiert, von dem Nachbarn nach Abriss seines an die Kommunmauer angebauten Hauses die Wiederherstellung einer Wärmedämmung auf der halbscheidigen Giebelmauer des Gebäudes der Wohnungseigentumsanlage einzuklagen.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Urteil vom 27. 7. 2012 – V ZR 2/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Eigentümer nebeneinander liegender Grundstücke, welche mit aneinandergrenzenden Gebäuden mit einer gemeinsamen Giebelwand bebaut waren. Die Beklagte ließ ihr Gebäude abreißen. Hierdurch wurde die Giebelwand des Hauses der Klägerin freigelegt. Bereits vorher hatte die Beklagte angeboten, die Kosten für das Aufbringen eines zweilagigen Außenputzes an dem Giebel zu übernehmen. Dies lehnte die Klägerin ab, weil sie zusätzlich die Anbringung einer Wärmedämmung für erforderlich hielt. Während des Rechtsstreits ließ sie die Wärmedämmung und den Außenputz herstellen sowie Risse im Putz und im Boden des Treppenhauses sanieren.

2 Die Klägerin hat die Erstattung der dafür aufgewandten Kosten, von Gutachterkosten und von Rechtsanwaltskosten verlangt. Das Landgericht Chemnitz hat die Beklagte zur Erstattung von Kosten für den Außenputz, für die Rissanierung, von Gutachterkosten und von Rechtsanwaltskosten verurteilt. Das Oberlandesgericht Dresden hat die Verurteilung auf die Kosten der Wärmedämmung sowie auf höhere Gutachter- und Rechtsanwaltskosten erweitert. Mit der von ihm zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, will die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen, soweit die Verurteilung über die Verpflichtung zur Erstattung der Kosten für die Rissanierung hinausgeht.

3 **Aus den Gründen:** I. Ausgehend von der Annahme, dass es sich bei der Giebelwand um eine gemeinsame Wand im Sinne von § 921 BGB handelt, weil die Grenze zwischen den Grundstücken der Parteien in der Mitte der Wand verläuft, kann die

Klägerin nach Ansicht des Berufungsgerichts verlangen, dass ihr Recht auf ungehinderte Benutzung der Wand unangetastet bleibt. Weil das abgerissene Gebäude der Beklagten für das Haus der Klägerin auch eine wärmeisolierende Funktion gehabt habe, schulde die Beklagte die nach dem Stand der Technik erforderliche Anbringung einer Wärmedämmung. Die dafür von ihr aufgewendeten Kosten habe die Klägerin – ebenso wie die Kosten für den Außenputz, welche die Beklagte ebenfalls erstatten müsse, weil die Klägerin deren Angebot auf Anbringung des Putzes wegen des Anspruchs auf vorherige Anbringung der Wärmedämmung nicht habe annehmen müssen – nachvollziehbar belegt.

4 II. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

5 1. Die Klägerin kann von der Beklagten die Erstattung der Kosten für die Herstellung der Wärmedämmung und des Außenputzes nach §§ 683, 670 BGB oder nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 818 Abs. 2 BGB verlangen.

6 a) Im Ergebnis zutreffend bejaht das Berufungsgericht die Aktivlegitimation der Klägerin. Sie folgt aus der Regelung in § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 oder 3 WEG.

7 b) Zu Recht und von der Beklagten unbeanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, dass es sich bei der Giebelwand um eine gemeinschaftliche Grenzeinrichtung im Sinne von § 921 BGB handelt. Denn die Grundstücksgrenze verläuft in der Mitte der Wand; diese steht jeweils zur Hälfte auf den Grundstücken der Parteien, und von dem Grundstück der Beklagten aus wurde an sie angebaut. Es handelt sich deshalb um eine Nachbarwand, die auch als halbscheidige Giebelmauer oder Kommunmauer bezeichnet wird, welche dazu bestimmt ist, von jedem der beiden Nachbarn in Richtung auf sein eigenes Grundstück benutzt zu werden; das hierdurch begründete Rechtsverhältnis der Nachbarn ist durch die §§ 921, 922 BGB sowie – gegebenenfalls – durch landesrechtliche Vorschriften besonders geregelt (Senat, Urteil vom 18. Februar 2011 – V ZR 137/10, NJW-RR 2011, 515, 516 Rn. 8).

8 c) Mit dem Abriss des Hauses der Beklagten ist die Giebelwand freigelegt und dadurch ungeschützt der Witterung ausgesetzt worden. Sie hat auch die wärmeisolierende Funktion des abgerissenen Gebäudes für das Haus der Klägerin verloren. Ein solcher wovon mangels anderen Vortrags und anderer Anhaltspunkte auszugehen ist ohne Zustimmung der Klägerin vorgenommener Eingriff verstößt gegen § 922 Satz 3 BGB. Diese Vorschrift schützt nicht nur die Substanz einer Grenzeinrichtung; sie will auch die Aufhebung oder Minderung des Bestimmungszwecks der Einrichtung und deren Brauchbarkeit in dem bisherigen Umfang für diesen Zweck zum Nachteil des Nachbarn verhindern. Dem widerspricht es, wenn der Abriss des Nachbarhauses die Bestands- und Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Giebelmauer derart beeinträchtigt, dass der andere Nachbar gezwungen wird, sich durch bauliche Maßnahmen erst wieder die Nutzungsmöglichkeit zu verschaffen, die ihm die Mauer bisher bot (Senat, Urteil vom 28. November 1980 – V ZR 148/79, BGHZ 78, 379, 398 f.; Urteil vom 21. April 1989 – V ZR 248/87, NJW 1989, 2541).

9 d) Anders als die Beklagte meint, kommt es somit nicht darauf an, dass die Giebelwand als solche erhalten geblieben ist; entscheidend ist vielmehr, dass ihr durch den Abriss des angebauten Hauses der bisherige Schutz gegen Witterungseinflüsse genommen wurde und sie folglich in dem freigelegten Zustand für die Klägerin nicht mehr ausreichend als Hausabschlusswand nutzbar war (vgl. Senat, Urteil vom 28. November 1980 – V ZR 148/79, BGHZ 78, 397, 399).

10 e) Die Vorschrift des § 922 Satz 3 BGB beschränkt allerdings nicht das Recht des Grundstückseigentümers, sein Haus abzureißen. Er muss jedoch diejenigen Maßnahmen treffen, die zur Verhinderung oder Beseitigung der Auswirkungen des Abrisses auf das Nutzungsinteresse des Nachbarn geboten sind (Senat, Urteil vom 28. November 1980 – V ZR 148/79, aaO; Urteil vom 21. April 1989 V ZR 248/87, aaO). Bei den dafür nöti-

gen Aufwendungen handelt es sich nicht etwa um Unterhaltungskosten im Sinne von § 922 Satz 2 BGB, die unter der Voraussetzung fortbestehenden Miteigentums an der Wand von beiden Nachbarn gleichmäßig zu tragen wären (Senat, Urteil vom 28. November 1980 – V ZR 148/79, aaO). Die Beklagte war deshalb verpflichtet, außer für das Aufbringen des Außenputzes auch für das Anbringen der – notwendigen, was die Beklagte nicht in Abrede stellt – Wärmedämmung Sorge zu tragen. Weil sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, kann die Klägerin die Erstattung der dafür angefallenen Kosten verlangen (§§ 683, 670 BGB oder §§ 812, 818 Abs. 2 BGB).

11 f) Dem kann die Beklagte die „Entstehungsgeschichte“ der Giebelwand nicht mit Erfolg entgegenhalten. Zwar wurde nach sachverständiger Auskunft zunächst das auf dem Grundstück der Klägerin stehende Gebäude mit der mittig auf der Grundstücksgrenze stehenden Giebelwand errichtet; das nunmehr abgerissene Haus auf dem Grundstück der Beklagten wurde später angebaut. Aber die Errichtung des Gebäudes mit der halbscheidigen Giebelwand erfolgte „entsprechend den damaligen Festlegungen“. Daraus folgt, dass von vornherein ein Anbau des Nachbarhauses und somit die Funktion der Wand als Nachbarwand vorgesehen war. Dies schließt es aus, die von dem Senat entwickelten Grundsätze zu dem nachträglichen Anbau an eine vollständig auf dem Nachbargrundstück stehende Grenz wand (siehe dazu Urteil vom 18. Februar 2011 – V ZR 137/10, NJW-RR 2011, 515 f. Rn. 6; Urteil vom 16. April 2010 – V ZR 171/09, NJW 2010, 1808 Rn. 8) auf den hier vorliegenden Fall zu übertragen.

12 g) Schließlich macht die Beklagte ebenfalls erfolglos geltend, dass die Wärmedämmung ausschließlich der Klägerin einen Vorteil bringe und diese daraus den alleinigen Nutzen ziehe, so dass sie die gesamten Herstellungskosten tragen müsse. Zwar hat der Senat in diesem Sinn den Fall entschieden, dass der Teilhaber einer Giebelwand, an die (noch) nicht (vollständig) angebaut ist, die Kosten für das Anbringen einer Wärmedämmung auf dem freien Teil der Wand allein tragen muss (Urteil vom 11. April 2008 – V ZR 158/07, NJW 2008, 2032, 2033 [= WuM 2008, 360] Rn. 17). Aber hier liegt es anders. An die Giebelwand war von dem Grundstück der Beklagten aus vollständig angebaut worden. Der Anbau hatte für das Gebäude der Klägerin eine wärmeisolierende Funktion. Diese hat die Beklagte mit dem Abriss ihres Hauses beseitigt. Deshalb ist sie zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands auf ihre Kosten verpflichtet.

13 2. Wegen der unberechtigten Weigerung der Beklagten, die Wärmedämmung anzubringen, hat sie der Klägerin auch die vorgerichtlichen Sachverständigen- und Rechtsanwaltskosten in der von dem Berufungsgericht ausgeteilten, von der Beklagten nicht angegriffenen Höhe zu erstatten (§ 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 13 GG; §§ 144, 492 ZPO  
Selbständiges Beweisverfahren;  
Bauteilöffnung der Eigentumswohnung des  
nichtbeteiligten Dritten und von Räumen, Flächen  
und Bauteilen im Gemeinschaftseigentum;  
Wohnungsbegriff des Grundgesetzes**

**a) Ein Gericht kann einem am selbständigen Beweisverfahren nicht beteiligten Dritten nicht aufgeben, eine Bauteilöffnung in seiner Wohnung zum Zwecke der Beweissicherung zu dulden.**

**b) Zur Wohnung in diesem Sinne gehören auch eine im Gemeinschaftseigentum stehende Außentreppe, ein Fahrradkeller und eine Tiefgarage.**

(BGH, Beschluss vom 16. 5. 2013 – VII ZB 61/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Antragsteller sind Miteigentümer des Objekts B-Str. 32/35 in D. Das Objekt wurde durch die Antragsgegnerin zu 1 errichtet. Der Antragsgegner zu 2 war der planende und bauleitende Architekt.

2 Die Antragsteller betreiben gegen die Antragsgegner ein selbständiges Beweisverfahren. Gegenstand des Verfahrens ist die Feststellung von Mängeln der im Gemeinschaftseigentum stehenden Bausubstanz. Der vom Gericht beauftragte Sachverständige teilte mit, für eine umfassende sachverständige Feststellung seien Bauteilöffnungen am Gemeinschaftseigentum notwendig.

3 Mit Zwischenurteil vom 19. Juli 2012 hat das Landgericht Landshut „sämtlichen Eigentümern bzw. der Eigentümergemeinschaft B.-Str. 32/35 in D.“ die Duldung von fachmännisch durchgeführten Bauteilöffnungen an der Außentreppe, dem Flachdachanschluss einer Wohnung, im Eingangselement, der Decke des Fahrradkellers und der Tiefgaragendecke angeordnet. Die von einer am Beweisverfahren nicht beteiligten Wohnungseigentümerin, der Rechtsbeschwerdegegnerin zu 3, und der Wohnungseigentümergeinschaft, der Rechtsbeschwerdegegnerin zu 4, eingelegte Beschwerde gegen das Zwischenurteil hatte Erfolg. Das Beschwerdegericht [OLG München] hat auf die Beschwerde der Rechtsbeschwerdegegner das Zwischenurteil aufgehoben und den Antrag auf Duldung der Bauteilöffnung abgelehnt. Dagegen wenden sich die Antragsteller mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

4 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

5 1. Das Beschwerdegericht führt aus, die sofortige Beschwerde der weiteren Beteiligten sei nach §§ 144, 387 ZPO statthaft und begründet, da die Voraussetzungen des § 144 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 ZPO für ihre Verpflichtung zur Duldung von Bauteilöffnungen nicht gegeben seien. § 144 Abs. 1 Satz 3 ZPO nehme ausdrücklich die Wohnung von einer Duldung sachverständiger Begutachtung aus. Zur Wohnung in diesem Sinne gehörten Nebenräume wie Garagen und das Treppenhaus. Die Duldungsanordnung verstoße auch gegen Art. 14 GG. Niemand und schon gar kein Dritter müsse Maßnahmen dulden, die sein Eigentum beschädigten.

6 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

7 a) Nach § 144 Abs. 1 Satz 3 ZPO kann die Duldung einer Sachverständigenbegutachtung angeordnet werden, sofern nicht eine Wohnung betroffen ist. Mit dieser Regelung hat sich der Gesetzgeber an dem Wohnungsbegriff des Art. 13 GG orientiert (BT-Drucks. 14/4722, S. 79 zu Nr. 22; BGH, Urteil vom 17. Juli 2009 – V ZR 95/08, NZBau 2009, 653 [= WuM 2009, 538 = NZM 2009, 679]; Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 144 Rn. 25; MünchKommZPO/Wagner, 4. Aufl., § 144 Rn. 25; Smid in Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 144 Rn. 16; Prütting in Prütting/Gehrlein, ZPO, 4. Aufl., § 144 Rn. 5; Musielak/Stadler, ZPO, 10. Aufl., § 144 Rn. 10). Im Sinne von Art. 13 GG ist der Wohnungsbegriff umfassend zu verstehen. Schutzgut des Art. 13 GG ist die gesamte räumliche Sphäre, in der sich das Privatleben entfaltet. Wohnung ist danach der zu Aufenthalts- oder Arbeitszwecken bestimmte und benutzte Raum einschließlich der Nebenräume und des angrenzenden umschlossenen freien Geländes. Dazu gehören Keller, Speicher, Treppen, Garagen, nicht allgemein zugängliche Geschäfts- und Büroräume und ähnliche Räume sowie umzäunte oder in anderer Weise der öffentlichen Zugänglichkeit entzogene Bereiche wie Gärten oder Vorgärten. Entscheidend ist, ob der jeweilige Raum oder die jeweilige Fläche für private Zwecke gewidmet und der Öffentlichkeit nicht frei zugänglich ist (vgl. BVerfGE 32, 54, 72; 89, 1, 12 [= WuM 1993, 377]; 97, 228, 265; BGH, Beschluss vom 14. März 1997 – 1 BGs 65/97, NJW 1997, 2189; Papier in Maunz/Dürig, GG, 66. Ergänzungslieferung, Art. 13 Rn. 10, 11; Herdegen in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 71. Lieferung, Art. 13 Rn. 26; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl., Art.

13 Rn. 4, 5). Träger des Grundrechts aus Art. 13 GG sind neben natürlichen Personen auch juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen des Privatrechts (BVerfGE 42, 212, 219; 44, 353, 371; 76, 83, 88; BGH, Beschluss vom 14. März 1997, aaO; Papier in Maunz/Dürig, aaO, Art. 13 Rn. 17), und damit auch die Rechtsbeschwerdegegnerin zu 4 im Rahmen der Verwaltung des Gemeinschaftseigentums (§ 10 Abs. 6 WEG).

8 b) Auf dieser Grundlage ist das Gemeinschaftseigentum (§ 1 Abs. 5 WEG) betreffend die Rechtsbeschwerdegegnerin zu 4 im Umfang der begehrten Bauteilöffnungen an der Außentreppe, dem Flachdachanschluss einer Wohnung, im Eingangselement, der Decke des Fahrradkellers und der Tiefgaragendecke einer Duldungsanordnung nach § 144 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1 ZPO entzogen (vgl. auch Koenen, Sachverständigenbeisitz im Bauprozess, Rn. 532; Fuchs, Der Bausachverständige 3/2011, 70; a.A. offenbar Keldungs, Jahrbuch Baurecht 2009, S. 217, 222 f.). Es kommt nicht darauf an, ob der Sachverständige ausschließlich von außen Bauteilöffnungen vornehmen muss, da der Außenbereich ebenso wie der Innenbereich über Art. 13 GG geschützt wird. Soweit die Rechtsbeschwerde die Auffassung vertritt, aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 109, 279, 313) ergebe sich, Fahrradkeller, Tiefgaragen und Gemeinschaftsräume unterlägen nicht dem Schutzbereich des Art. 13 GG, ist das unzutreffend. Gegenstand dieser Entscheidung war ein Eingriff in den „absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung“ durch akustische Überwachungsmaßnahmen. In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht die „Privatwohnung als letztes Refugium zur Wahrung der Menschenwürde“ angesehen (BVerfGE 109, 279, 314). Die Frage, ob Fahrradkeller, Tiefgaragen und Gemeinschaftsräume vom Schutzbereich von Art. 13 GG umfasst sind, stellte sich nicht.

9 3. Nach allem kann dahinstehen, ob und inwieweit § 144 ZPO über § 492 Abs. 1 ZPO Anwendung findet (vgl. KG, Beschluss vom 10. April 2013 9 W 94/12, juris) und gegebenenfalls eine Grundlage für substantielle Eingriffe in das Eigentum Dritter bildet (vgl. Entwurf der Bundesregierung vom 24. November 2000 zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drucks. 14/4722, S. 79 zu Nr. 22).

10 Des Weiteren kann dahingestellt bleiben, ob ein solcher Beschluss gegen den Willen eines Wohnungseigentümers ergehen kann, ohne dass darüber die Wohnungseigentümergeinschaft befunden hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 93 ZVG; § 885 ZPO**  
**Herausgabenspruch des Erstehers gegen den**  
**im Grundstück wohnenden Schuldner;**  
**Zwangsvollstreckung**

**Der Ersteher kann den Herausgabenspruch aus dem Zuschlagsbeschluss gegen den im Grundstück wohnenden Schuldner nicht isoliert zwangsvollstrecken, sondern muss ihn aus Gründen des Schuldnerschutzes mit dem Räumungsanspruch verbinden.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BGH, Beschluss vom 2. 10. 2012 – I ZB 78/11)

8 **Aus den Gründen:** III. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch sonst zulässig (§ 575 ZPO). In der Sache hat sie keinen Erfolg. Für die von der Gläubigerin begehrte Herausgabevollstreckung fehlt es zwar nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis. Ist Vollstreckungstitel ein Zuschlagsbeschluss nach § 93 ZVG, gibt es aber keine gesetzliche Grundlage für eine Besitzeinweisung des Gläubigers ohne Räumung.

9 1. Der Gläubigerin kann das Rechtsschutzbedürfnis für die von ihr begehrte Herausgabevollstreckung nicht abgesprochen werden.

10 a) Der Gläubiger hat ein berechtigtes Interesse daran, die Zwangsvollstreckung möglichst kostengünstig durchzuführen. Dazu zählt auch sein Interesse, hohe Kostenvorschüsse zu vermeiden, deren Erstattung durch den Schuldner oder die Verwertung bei der Räumung vorgefundener Gegenstände (§ 885 Abs. 4 ZPO) zweifelhaft ist. Die Beschränkung des Vollstreckungsantrags auf eine Herausgabe des Grundstücks ohne Räumung ist grundsätzlich ein geeignetes Mittel, den Vorschuss für die Räumungskosten erheblich zu verringern (vgl. Schuschke, NZM 2011, 685).

11 Das Rechtsschutzbedürfnis der Gläubigerin wird entgegen der Auffassung des Landgerichts [Koblenz] auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass sie das Grundstück nicht selbst nutzen kann, solange es nicht geräumt ist. Vielmehr wäre es nach einer Herausgabevollstreckung Recht und Pflicht des Gläubigers, zunächst eine angemessene Zeit abzuwarten, ob der Schuldner nicht nach Verlust des Besitzes am Grundstück jedenfalls seine dort zurückgelassene Habe zurückerhalten möchte. Der Gläubiger könnte sich auch dafür entscheiden, die vorgefundenen Sachen an geeigneter Stelle des Anwesens oder an einem anderen Ort zur Abholung bereitzustellen und dann mit der Nutzung eines Teils oder des gesamten Anwesens beginnen. Danach lässt sich das Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers für eine Herausgabevollstreckung nicht mit der Erwägung verneinen, er könne das nicht geräumte Anwesen nicht nutzen.

12 b) Soweit das Landgericht meint, es bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis für die Besitzeinweisung einzelner Besitzer bei gleichzeitigem Belassen anderer Besitzer im Anwesen, verfehlt diese Erwägung das Rechtsschutzbegehren der Gläubigerin. Unter den gegebenen Umständen konnte der behauptete Besitz der Frau H. das Rechtsschutzinteresse der Gläubigerin für ihren Vollstreckungsantrag nicht bereits im Vorfeld der Vollstreckung entfallen lassen.

13 Die Gläubigerin hat beantragt, eine Herausgabevollstreckung gegen die Schuldner zu 1 bis 6 durchzuführen. Sie hat dabei klargestellt, dass sich der Zwangsvollstreckungsauftrag ausdrücklich nicht gegen Frau H. richte. Die Gläubigerin hat aber stets deren Mitbesitz an dem Anwesen bestritten. Auch das Landgericht hat angenommen, der Akte sei nicht zu entnehmen, ob Frau H. überhaupt Besitz an der Wohnung habe oder vielmehr an einem anderen Ort wohne; zudem könne auch der angebliche Mietvertrag möglicherweise schon als derart offensichtlich rechtsmissbräuchlich angesehen werden, dass er kein Recht zum Besitz vermitteln könne.

14 Wie sich aus dem vom Landgericht in Bezug genommenen Akteninhalt ergibt, besteht an der vollstreckungsrechtlichen Unbeachtlichkeit des Mietvertrags mit Frau H. auch kein Zweifel. Dieser Mietvertrag soll am 30. Mai 2009 und damit knapp vor dem Zuschlagsbeschluss vom 16. Juni 2009 abgeschlossen worden sein, also jedenfalls erst nach Zustellung der Anordnung der Zwangsversteigerung an die Schuldner zu 1 und 2 und der dadurch bewirkten Beschlagnahme des Grundstücks (vgl. § 20 Abs. 1, § 22 Abs. 1 ZVG). Nach § 24 ZVG verblieb den Schuldnern zu 1 und 2 Verwaltung und Benutzung des Grundstücks nach Beschlagnahme nur noch innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft. Dazu gehört nicht der Abschluss eines Mietvertrags ohne Vereinbarung eines Mietzinses. Es kommt hinzu, dass es sich bei Frau H. nach dem Vortrag des von ihr beauftragten Anwalts um die Mutter des Schuldners zu 1 handelt, so dass die Annahme einer Verschleierung der Besitzverhältnisse durch den Schuldner zur Vereitelung der Zwangsvollstreckung besonders naheliegt. Anhaltspunkte, durch die sich die Einräumung des Besitzes oder Mitbesitzes an Frau H. nach Außen dokumentierte, fehlten daher.

15 Der behauptete Besitz der Frau H. ließ unter diesen Umständen das Rechtsschutzinteresse der Gläubigerin für ihren allein gegen die Schuldner zu 1 bis 6 gerichteten Vollstreckungsantrag unberührt. Vielmehr hatte der Gerichtsvollzieher die tatsächlichen Besitzverhältnisse an dem Anwesen im Rahmen der Räumung zu prüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März

2008 – I ZB 56/07, NJW 2008, 1959 [= WuM 2008, 364] Rn. 16). Nur dann, wenn sich klar und eindeutig ein Besitz der Frau H. ergeben sollte, kam in Betracht, die Räumung zu unterlassen, weil sich der Titel nicht auf alle Besitzer erstreckte (vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – I ZB 39/08, NJW 2008, 3287 [= GuF 2008, 367] Rn. 9 ff.). Dabei wäre im vorliegenden Fall vor einer Einstellung der Zwangsvollstreckung aber noch zu prüfen gewesen, ob die Räumung nicht hätte fortgesetzt werden können, wenn Frau H. entsprechend dem Angebot der Gläubigerin neue Schlüssel für das Anwesen erhalten hätte (vgl. dazu unten III 2 e).

16 Da völlig offen war, ob es neben den Schuldnern eine Besitzerin gab, die nach der Vollstreckung auf dem Anwesen verbleiben könnte, fehlt auch die Grundlage für die Erwägung des Landgerichts, die verbleibende Besitzerin könne den Schuldnern sofort wieder Zutritt zur Wohnung gewähren. Zudem macht sich der Schuldner gemäß § 123 StGB strafbar, wenn er nach der Besitzausweisung erneut in die Wohnung einzieht. Die bloße Möglichkeit, dass sich der Schuldner nach erfolgter Vollstreckung in unzulässiger und gegebenenfalls strafbarer Weise erneut den Besitz verschaffen könnte, lässt das Rechtsschutzbedürfnis für den Vollstreckungsauftrag nicht entfallen.

17 2. Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig, weil eine auf § 93 Abs. 1 ZVG gestützte Räumung nicht auf die Herausgabe des Grundstücks beschränkt werden kann. Für eine Besitzeinweisung ohne Räumung fehlt im Fall des § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG die gesetzliche Grundlage.

18 a) Der Gläubiger kann zwar die Zwangsvollstreckung nach § 885 ZPO auf die Herausgabe der Wohnung beschränken, wenn er an sämtlichen in den Räumen befindlichen Gegenständen ein Vermieterpfandrecht geltend macht (BGH, Beschluss vom 17. November 2005 – I ZB 45/05, NJW 2006, 848 [= WuM 2006, 50 = ZMR 2006, 199 = GuF 2006, 89 KL] Rn. 13 ff.; Beschluss vom 10. Oktober 2006 – I ZB 135/05, NJW 2006, 3273 [= WuM 2006, 580] Rn. 9 ff.; Beschluss vom 16. Juli 2009 – I ZB 80/05, NJW-RR 2009, 1384 [= WuM 2010, 98] Rn. 8 ff.). Das Vermieterpfandrecht hat Vorrang vor der in § 885 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 ZPO bestimmten Entfernung der beweglichen Sachen, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind. Schutzwürdige Belange des Vollstreckungsschuldners werden dadurch nicht in einem Ausmaß betroffen, dass von einer auf die Herausgabe begrenzten Zwangsvollstreckung abzusehen ist (BGH, NJW 2006, 848 Rn. 13, 15; NJW 2006, 3273 Rn. 10, 12; NJW-RR 2009, 1384 Rn. 9, 10 [= jew. WuM aaO]).

19 b) Diese Rechtsprechung ist aber nicht auf die Vollstreckung eines Zuschlagsbeschlusses nach § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG übertragbar. Anders als in den Fällen des Vermieterpfandrechts kann sich der Gläubiger bei einer auf § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG gestützten Vollstreckung auf kein Recht zur Inbesitznahme hinsichtlich der in der Wohnung befindlichen Sachen berufen. Damit fehlt es an einem vorrangigen Recht des Gläubigers, das der nach § 885 Abs. 2 und 4 ZPO gerade auch im Interesse des Schuldners vorgesehenen Entfernung der Sachen entgegensteht. Gemäß § 885 Abs. 4 ZPO hat der Schuldner nach der Räumung zwei Monate Zeit, die geräumten Sachen beim Gerichtsvollzieher abzufordern. Der Gesetzgeber hielt es auch aus sozialpolitischen Gründen für geboten, dem Schuldner innerhalb der Zweimonatsfrist die Möglichkeit zu geben, unpfändbare und nicht verwertbare Sachen ohne weiteres jederzeit zurückzuerhalten (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf des Bundesrates für die Zweite Zwangsvollstreckungsnovelle, BT-Drucks. 13/341, S. 39). Der Schuldner muss sich dabei nicht mit dem Gläubiger auseinandersetzen und steht auch nicht vor der Schwierigkeit, gegebenenfalls nachzuweisen, welche Sachen sich zum Zeitpunkt der Räumung in der Wohnung befunden haben (vgl. Flatow, NJW 2006, 3274). Denn nachdem der Gläubiger Besitz an dem Grundstück ergriffen hat, können dort befindliche, dem Schuldner gehörende Gegenstände jederzeit mit solchen des Gläubigers vermischt werden. Diese Regelung des Schuldnerschutzes darf, sofern der Gläubiger kein vorrangiges

Recht an den auf dem Grundstück befindlichen Gegenständen geltend machen kann, nicht durch Zulassung einer Herausgabevollstreckung außer Kraft gesetzt werden.

20 c) Dieser Beurteilung steht der Beschluss des IXa-Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. Februar 2003 (IXa ZB 10/03, DGVZ 2003, 88 [= ZMR 2004, 734] Rn. 7 ff.) nicht entgegen. Danach wird die Verurteilung zur Rückgabe eines an den Schuldner vermieteten Alten- und Pflegeheimes dadurch vollstreckt, dass der Schuldner gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 ZPO aus dem Besitz zu setzen und der Gläubiger in den Besitz einzuweisen ist; bewegliche Sachen, die dem Schuldner gehören, aber von ihm nicht freiwillig entfernt werden, hat der Gerichtsvollzieher gemäß § 885 Abs. 2 ZPO wegzuschaffen. In jenem Fall wollte der Gläubiger zudem an Gegenständen, die sich in dem herauszugebenden Objekt befanden, ein Vermieterpfandrecht geltend machen, so dass er seinen Vollstreckungsauftrag dahin beschränken konnte, diese Gegenstände nicht zu entfernen. Der Gläubiger erlangte aber auch in dem vom IXa-Zivilsenat entschiedenen Fall keinen Besitz an Sachen, zu deren Inbesitznahme er nicht berechtigt war. Denn er hatte sich ausdrücklich mit dem Verbleib der Heimbewohner in der Einrichtung einverstanden erklärt. Diese behielten daher den Alleinbesitz an den ihnen gehörenden Sachen. Der (fortbestehende) Besitz der Heimbewohner ergab sich auch aus der bestimmungsgemäßen Nutzung des Räumungsobjekts als Alten- und Pflegeheim.

21 d) Die Zulässigkeit einer isolierten Herausgabevollstreckung lässt sich im Fall des § 93 Abs. 1 Satz 1 ZVG auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, sie stelle gegenüber der auch die Räumung umfassenden Vollstreckung nach § 885 ZPO lediglich ein Minus dar (so aber Schuschke, NZM 2011, 685, 686, 688). Zwar mag das aus Sicht des Gläubigers so erscheinen. Für den Schuldner wirkt sich die isolierte Herausgabevollstreckung jedoch als stärkerer Eingriff aus, weil sie ihm die Möglichkeit nimmt, gemäß § 885 Abs. 4 ZPO noch binnen einer Frist von zwei Monaten nach der Räumung jederzeit seine Sachen bei einer öffentlichen Stelle abzufordern. Selbst wenn der Schuldner gegen den unberechtigt besitzenden Gläubiger einen schnellen Titel im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erwirken könnte, stellt dies für ihn doch den ungleich mühsameren Weg gegenüber der Abforderung nach § 885 Abs. 4 ZPO dar.

22 e) Die Vollstreckungsmöglichkeiten der Gläubigerin werden auch nicht in unangemessener Weise beschränkt, wenn ihr – anders als Vermietern – keine isolierte Herausgabevollstreckung möglich ist. Die Gläubigerin kann auf eine Räumungsvollstreckung gegen die Schuldner verwiesen werden. Den Räumungsauftrag hat der Gerichtsvollzieher grundsätzlich durchzuführen.

23 Im Streitfall wird der Vollstreckungsauftrag nicht im Hinblick auf den angeblichen Mietvertrag mit Frau H. zurückgewiesen werden können. Ob davon unabhängig ein tatsächlicher Besitz der Frau H. an dem Grundstück besteht, ist zweifelhaft und vom Gerichtsvollzieher vor Ort zu überprüfen. Auch wenn dies der Fall sein sollte, könnte unter den vorliegenden Umständen indes die Räumungsvollstreckung gegen die Schuldner durchgeführt werden. Denn die Gläubigerin hat angeboten, den eventuellen Besitz der Frau H. nicht zu beeinträchtigen, indem dieser unverzüglich Schlüssel für die nach Räumung ausgetauschten Schlösser des Anwesens übergeben würden.

24 Unerheblich ist, dass hinsichtlich des Schuldners zu 6 keine Vollstreckungsklausel erteilt worden ist. Dieser zur Zeit der Klauselerteilung noch minderjährige Schuldner ist inzwischen volljährig geworden. Minderjährige haben keinen Besitz an der mit den Eltern gemeinsam genutzten Wohnung. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn sie nach Eintritt der Volljährigkeit dort weiter wohnen bleiben (BGH, NJW 2008, 1959 [= WuM 2008, 364 = ZMR 2008, 695] Rn. 20 f.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)**

**Wohnungseigentum etc.**

**§ 794 ZPO – Erwerb der Eigentumswohnung;  
Unterwerfung des Erwerbers der sofortigen  
Zwangsvollstreckung aus dem notariellen  
Kaufvertrag**

Eine Klausel in einer notariellen Urkunde, mit der sich der Erwerber einer Eigentumswohnung „wegen etwaiger Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldsummen“ der Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde unterwirft, genügt nicht den Anforderungen des Konkretisierungsgebots.

(BGH, Beschluss vom 5. 9. 2012 – VII ZB 55/11)

**§§ 434, 444 BGB – Mangel des veräußerten  
Wohnungseigentums; fehlende Baugenehmigung;  
sanierte Dachgeschosswohnung;  
Arglist-Voraussetzung im Eventualvorsatz**

1. Eine fehlende Baugenehmigung stellt regelmäßig einen Sachmangel des veräußerten Wohnungseigentums dar; die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit haben die Zivilgerichte in eigener Verantwortung – ohne Bindung an einen erst nach Gefahrübergang ergangenen baubehördlichen Bescheid – zu beantworten.

2. Arglist setzt zumindest Eventualvorsatz voraus; dem steht es nicht gleich, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen von Tatsachen hätte aufdrängen müssen, die einen Mangel des Kaufobjekts begründen.

(BGH, Urteil vom 12. 4. 2013 – V ZR 266/11)

**§ 204 BGB – Wohnungseigentümergeinschaft;  
Mängelbeseitigungsansprüche gegen den Bauträger;  
Verjährung; selbständiges Beweisverfahren**

Zur Hemmung der Verjährung durch einen Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens, der von einer Wohnungseigentümergeinschaft unter Nennung der Namen aller Eigentümer, vertreten durch den Verwalter, im Jahre 2007 eingeleitet worden ist.

(BGH, Versäumnisurteil vom 20. 6. 2013 – VII ZR 71/11)

**§§ 633, 634, 280 BGB – Prüfungsumfang des Instal-  
lateurs; Entwässerungsanlage; Wassereinbruch in  
die Souterrain-Eigentumswohnung; Rückstauventil**

Ein Installateur, der den Auftrag hat, eine Hausleitung an eine Grundleitung mit Rückstausicherung anzuschließen, muss prüfen, ob die von ihm ausgewählte Grundleitung eine solche Sicherung hat.

(BGH, Urteil vom 30. 6. 2011 – VII ZR 109/10)

**§ 5 WEG – Gemeinschaftseigentum;  
Wohnungseingangstüren**

Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer.

(BGH, Urteil vom 25. 10. 2013 – V ZR 212/12)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BGH Pressemitteilung Nr. 177/2013 vom 25. 10. 2013:

»Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer

Der unter anderem für das Wohnungseigentumsrecht zuständige V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat heute entschieden, dass Wohnungseingangstüren nicht im Sondereigentum des jeweiligen Wohnungseigentümers stehen, sondern

zwingend Teil des gemeinschaftlichen Eigentums der Wohnungseigentümer sind. Das gilt selbst dann, wenn die Teilungserklärung die Tür dem Sondereigentum zuordnet.

In dem zugrunde liegenden Fall erfolgt der Zutritt zu den einzelnen Wohnungen der Wohnungseigentumsanlage über Laubengänge, die von dem Treppenhaus aus zugänglich sind. In einer Eigentümerversammlung beschlossen die Wohnungseigentümer mehrheitlich, dass die an den Laubengängen gelegenen Wohnungseingangstüren der einzelnen Einheiten auf bestimmte Weise zu gestalten seien. Festgelegt wurde unter anderem, dass sie aus Holz in der Farbe „mahagonihell“ gefertigt sein und einen Glasscheibeneinsatz genau festgelegter Größe in „drahtornamentweiß“ enthalten müssten.

Die Klägerin hält diesen Beschluss für nichtig. Sie meint, die Wohnungseingangstür gehöre zu ihrem Sondereigentum. Jedenfalls dürfe sie über die farbliche Gestaltung der Innenseite ihrer Tür selbst entscheiden.

Das Amtsgericht Lüdenscheid (Urteil vom 19. 1. 2012 – 97a C 33/11) hat antragsgemäß die Nichtigkeit des Beschlusses festgestellt. Das Landgericht Dortmund (Urteil vom 20. 7. 2012 – 17 S 55/12) hat das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Der unter anderem für das Wohnungseigentumsrecht zuständige V. Zivilsenat hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen (Urteil vom 25. 10. 2013 – V ZR 212/12). Er hat zur Begründung ausgeführt, dass Wohnungseingangstüren räumlich und funktional in einem Zusammenhang sowohl mit dem Sondereigentum als auch dem Gemeinschaftseigentum stehen, weil sie der räumlichen Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum dienen. Erst durch ihre Einfügung wird die Abgeschlossenheit der dem Sondereigentum zugewiesenen Räume hergestellt, die vorliegen soll, damit Sondereigentum entstehen kann (§ 3 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG). Weil sie damit räumlich und funktional (auch) zu dem Gemeinschaftseigentum gehören, steht die gesamte Tür als einheitliche Sache im gemeinschaftlichen Eigentum. Mit der Frage, ob die Klägerin die Innenseite der Tür farblich anders gestalten darf, befasst sich der Beschluss nicht; hierüber hatte der Senat deshalb nicht zu befinden.«

**§§ 14, 21, 23 WEG; § 280 BGB – Schadensersatz-  
anspruch des Wohnungseigentümers; unterlassene  
Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums;  
Sanierungspflichten der Wohnungseigentü-  
mergeinschaft; Hausschwamm;  
Kosten angemieteter Ersatzwohnung**

a) Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verzögerter Beschlussfassung über notwendige Instandsetzungsmaßnahmen nach § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB scheidet aus, wenn der betroffene Wohnungseigentümer vorher gefasste Beschlüsse über die Zurückstellung der Instandsetzung nicht angefochten hat.

b) Die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband ist jedenfalls dann dem einzelnen Wohnungseigentümer gegenüber verpflichtet, die unverzügliche Umsetzung eines Beschlusses zur Sanierung des Gemeinschaftseigentums gegenüber dem Verwalter durchzusetzen, wenn der Beschluss den Zweck hat, einen Schaden am Gemeinschaftseigentum zu beseitigen, der das Sondereigentum des Wohnungseigentümers unbenutzbar macht.

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2012 – V ZR 94/11)

**§ 21 WEG – ordnungsgemäße Verwaltung der  
Wohnungseigentümer; Sanierung nach Stand der  
Technik; DIN-gerechte Mängelbeseitigung;  
Hausschwamm; Pilzbefall; neue baubiologische  
Erkenntnisse über Holzschädlinge**

Den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG) genügt jedenfalls bei Vorliegen gravierender Mängel der Bausubstanz nur eine den allgemein anerkannten Stand

der Technik sowie die Regeln der Baukunst beachtende Sanierung; da DIN-Normen die Vermutung in sich tragen, dass sie den Stand der allgemein anerkannten Regeln der Technik wiedergeben, sind solche Sanierungen grundsätzlich DIN-gerecht auszuführen.

(BGH, Urteil vom 24. 5. 2013 – V ZR 182/12)

**§§ 21, 22 WEG – Wohnungseigentumsanlage; Videokamera-Überwachung des Eingangsbereichs; Datenschutz; Abwehr von Straftaten; eindeutige Festlegung der Überwachungszwecke im Wohnungseigentümerbeschluss der ordnungsgemäßen Verwaltungsmaßnahme**

Der Eingangsbereich einer Wohnungseigentumsanlage kann mit einer Videokamera überwacht werden, wenn ein berechtigtes Überwachungsinteresse der Gemeinschaft das Interesse des einzelnen Wohnungseigentümers und von Dritten, deren Verhalten mitüberwacht wird, überwiegt und wenn die Ausgestaltung der Überwachung unter Berücksichtigung von § 6b BDSG inhaltlich und formell dem Schutzbedürfnis des Einzelnen ausreichend Rechnung trägt.

(BGH, Urteil vom 24. 5. 2013 – V ZR 220/12)

**§§ 27, 24 WEG – Vertretungsmacht des WEG-Verwalters im Außenverhältnis; Passivprozess; Obliegenheit der Wohnungseigentümer zur Mitteilung der ladungsfähigen Anschrift**

Nach Erhebung einer Beschlussanfechtungsklage (§ 43 Nr. 4 WEG) kann der Verwalter die beklagten Wohnungseigentümer aufgrund der gesetzlichen Vertretungsmacht gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG im Außenverhältnis umfassend vertreten und einen Rechtsanwalt beauftragen.

Teilt ein Wohnungseigentümer seine ladungsfähige Anschrift nicht oder falsch mit und misslingt seine Ladung zu der Eigentümerversammlung aus diesem Grund ohne Verschulden der Verwaltung, muss er sich die unterbliebene Ladung als Folge seiner Obliegenheitsverletzung zurechnen lassen; in der Versammlung gefasste Beschlüsse können dann nicht wegen der unterbliebenen Ladung angefochten werden.

(BGH, Urteil vom 5. 7. 2013 – V ZR 241/12)

**§ 28 WEG – Gesamtwirtschaftsplan; Einnahmendarstellung ohne Offenlegung von Einzelwirtschaftsplänen**

In dem Gesamtwirtschaftsplan müssen die (künftigen) Hausgeldvorschüsse der Wohnungseigentümer nicht ausdrücklich als Einnahmen aufgeführt werden.

(BGH, Urteil vom 7. 6. 2013 – V ZR 211/12)

**§ 28 WEG – Jahresabrechnung; reine Einnahmen- und Ausgabenrechnung; Angaben zu eingegangenen Wohngeldzahlungen**

Die Gesamtabrechnung kann eine nähere Aufschlüsselung der in dem Abrechnungszeitraum eingegangenen Hausgeldzahlungen im Hinblick auf die Abrechnungszeiträume enthalten, für die sie geschuldet waren; weil die Jahresabrechnung eine reine Einnahmen- und Ausgabenrechnung darstellt, sind solche Angaben aber nicht zwingend erforderlich.

(BGH, Urteil vom 11. 10. 2013 – V ZR 271/12)

**§ 43 WEG – erfolglose Entziehungsklage in kleiner 2er-Wohnungseigentümergeinschaft; Umlage der Verfahrenskosten in Streitigkeit zwischen Wohnungseigentümern**

Ein zwischen den Mitgliedern einer aus zwei Wohnungseigentümern bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft

geführter Rechtsstreit darüber, ob die Kosten einer erfolglos betriebenen Entziehungsklage (§ 18 Abs. 1 Satz 2 WEG) zu den Verwaltungskosten zählen, ist als Streitigkeit nach § 43 Nr. 1 WEG zu qualifizieren.

(BGH, Beschluss vom 10. 10. 2013 – V ZR 281/12)

**§ 511 ZPO; § 46 WEG – Negativbeschluss der Wohnungseigentümerversammlung über Aufwendungsansprüche eines Wohnungseigentümers; Beschwer der Beklagten in der Anfechtungsklage**

Wird ein Mehrheitsbeschluss für ungültig erklärt, der Zahlungsansprüche eines Wohnungseigentümers gegen die Wohnungseigentümergeinschaft verneint, ist der Nennbetrag dieser Ansprüche maßgeblich für die Beschwer der übrigen Wohnungseigentümer.

(BGH, Beschluss vom 19. 6. 2013 – V ZB 182/12)

**§§ 1990, 1967 BGB; § 16 WEG; § 780 ZPO – Erbenhaftung; neue Wohngeldschulden für die Eigentumswohnung nach dem Erbfall; Eigenverbindlichkeit**

Nach dem Erbfall fällig werdende oder durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft begründete Wohngeldschulden sind (jedenfalls auch) Eigenverbindlichkeiten des Erben, wenn ihm das Halten der Wohnung als ein Handeln bei der Verwaltung des Nachlasses zugerechnet werden kann.

Hiervon ist in der Regel spätestens dann auszugehen, wenn er die Erbschaft angenommen hat oder die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist und ihm faktisch die Möglichkeit zusteht, die Wohnung zu nutzen.

(BGH, Urteil vom 5. 7. 2013 – V ZR 81/12)

**§ 10 ZVG – Erwerberhaftung für Wohngeldrückstände; Vorrecht der Wohnungseigentümergeinschaft; Zwangsversteigerung**

Das in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthaltene Vorrecht begründet kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft.

(BGH, Urteil vom 13. 9. 2013 – V ZR 209/12)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 148/2013 vom 13. 9. 2013:

»Erwerber von Wohnungseigentum haften nicht für Hausgeldrückstände des Voreigentümers

Der Bundesgerichtshof hat heute entschieden, dass das Vorrecht der Wohnungseigentümergeinschaft für Hausgeldrückstände in der Zwangsversteigerung (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) nicht dazu führt, dass ein Erwerber von Wohnungseigentum für die Hausgeldschulden des Voreigentümers haftet (Urteil vom 13. September 2013 – V ZR 209/12).

In dem zugrunde liegenden Verfahren war der Sohn des Beklagten Eigentümer einer Wohnung, die zu der Anlage der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft gehört. Im April 2010 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt hatte er – soweit von Interesse – Hausgelder für die Jahre 2009 und 2010 sowie die Nachzahlung aus der Jahresabrechnung für 2009 in Höhe von insgesamt rund 1100 € nicht beglichen. Die Klägerin meldete die Forderungen in dem Insolvenzverfahren zur Tabelle an. Mit notariellem Vertrag vom 9. Juni 2010 erwarb der Beklagte die Wohnung von dem Insolvenzverwalter und wurde kurz darauf in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist der Auffassung, nunmehr hafte der Beklagte mit dem Wohnungseigentum für die Hausgeldrückstände des Voreigentümers. Ihre Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum wegen der offenen Forderungen ist in den Vorinstanzen (AG Kaiserslautern; LG Landau) erfolglos geblieben.

Der unter anderem für das Wohnungseigentumsrecht zuständige V. Zivilsenat hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen. Er hat entgegen einer in Rechtsprechung und Rechtsliteratur verbreiteten Auffassung entschieden, dass die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG kein dingliches Recht der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft begründet. Der zum 1. Juli 2007 neu gefasste § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthält lediglich eine Privilegierung der dort aufgeführten schuldrechtlichen Ansprüche sowohl im Zwangsversteigerungs- als auch im Insolvenzverfahren. Der Gesetzgeber wollte zwar eine begrenzte bevorrechtigte Beteiligung der Wohnungseigentümergeinschaft an dem Veräußerungserlös in der Zwangsversteigerung erreichen, die sich gemäß § 49 InsO auch in der Insolvenz des säumigen Wohnungseigentümers auswirkt; er wollte aber keine sachenrechtlich bislang unbekannte private Last einführen. Ein neues dingliches Recht kann nicht im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschaffen werden, weil eine solche Entscheidung dem Gesetzgeber vorbehalten wäre. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann daher nicht in das Wohnungseigentum des Beklagten vollstrecken.«

**§§ 149, 150 ZVG; §§ 100, 148 InsO; § 5 ZwVwZ – Wohnrecht beim Zusammentreffen von Zwangsverwaltung und Insolvenzverfahren; selbst genutztes Wohnungseigentum**

a) Vollstreckt ein absonderungsberechtigter Gläubiger im Wege der Zwangsverwaltung nach Titelumschreibung gegen den Insolvenzverwalter in weiterhin selbstgenutztes Wohneigentum eines Insolvenzschuldners, kann der Besitzergreifung des Zwangsverwalters das Recht des Schuldners entgegengehalten werden, ihm die für seinen Hausstand unentbehrlichen Räume unentgeltlich zu belassen.

b) Ist der weitere Gebrauch des selbst genutzten Wohneigentums dem Insolvenzschuldner von der Gläubigerversammlung oder dem Insolvenzverwalter nicht gestattet worden, obliegt allein dem Insolvenzverwalter, die Inbesitznahme des Wohneigentums für die Insolvenzmasse gegenüber dem Insolvenzschuldner durchzusetzen. Der Insolvenzverwalter als Verfahrensschuldner hat dann dem Zwangsverwalter auf Verlangen den Besitz an dem Wohneigentum zu verschaffen.

(BGH, Urteil vom 25. 4. 2013 – IX ZR 30/11)

## Steuern und Abgaben

**§ 4 EStG; § 115 FGO  
Einkommensteuer; Werbungskosten;  
häusliches Arbeitszimmer; Universitätsprofessor;  
grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage**

**Das häusliche Arbeitszimmer eines Universitätsprofessors ist nicht der Mittelpunkt seiner beruflichen Tätigkeit. (nichtamtlicher Leitsatz)**

(BFH, Beschluss vom 14. 12. 2012 – VI B 134/12)

**Aus den Gründen:** 1. Eine Revisionszulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung kommt im Streitfall nicht in Betracht. Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung i.S. des § 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO, wenn die für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Rechtsfrage das Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt.

Die Rechtsfrage muss klärungsbedürftig und in dem angestrebten Revisionsverfahren klärungsfähig sein (ständige Rechtsprechung, vgl. Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 27. Mai 2009 – VI B 123/08, BFH/NV 2009, 1434, m.w.N.). An der Klärungsbedürftigkeit fehlt es, wenn die Rechtsfrage bereits durch die Rechtsprechung des BFH hinreichend geklärt ist und keine neuen Gesichtspunkte erkennbar sind, die eine erneute Prüfung und Entscheidung dieser Frage durch den BFH erforderlich machen (Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 115 Rz 28, m.w.N.). So liegt der Fall hier. Zutreffend hat das Finanzgericht dazu auf die jüngste Rechtsprechung des erkennenden Senats zum Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit bei einem Hochschullehrer Bezug genommen und die dort entwickelten Rechtsgrundsätze angewandt (BFH-Urteil vom 27. Oktober 2011 – VI R 71/10, BFHE 235, 448, BStBl II 2012, 234). Danach richtet sich der Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit grundsätzlich nach dem inhaltlich qualitativen Schwerpunkt. Maßgebend ist danach, ob – unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung – das qualitativ für eine bestimmte steuerbare Tätigkeit Typische im häuslichen Arbeitszimmer ausgeübt wird. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze hat der erkennende Senat entschieden, dass bei einem Hochschullehrer das häusliche Arbeitszimmer nicht der Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit ist, weil das Wesensmäßige der Hochschullehrertätigkeit, nämlich die Lehre, in der Universität stattfinden muss. In den Fällen, in denen die das Berufsbild prägende Tätig-

keit außerhalb des häuslichen Arbeitszimmers stattfindet – wie dies etwa auch bei einem Lehrer oder Richter der Fall ist (BFH-Beschluss vom 17. Dezember 2008 – VI B 43/08, BFH/NV 2009, 585; Senatsurteil vom 8. Dezember 2011 – VI R 13/11, BFHE 236, 92, BStBl II 2012, 236) –, bewirkt selbst eine zeitlich weit überwiegende Nutzung des häuslichen Arbeitszimmers keine Verlagerung des Mittelpunkts.

Wenn der Kläger und Beschwerdeführer vorbringt, dass er sich nicht in seinem Arbeitszimmer in der Universität, sondern in seinem häuslichen Arbeitszimmer die entsprechende Bibliothek eingerichtet habe und dort die Literatur vorhalte, die er für seine Forschungsarbeiten und zur Vorbereitung seiner Lehrtätigkeit benötige, lässt dies die vorgenannten Grundsätze unberührt und erfordert insbesondere keine weitere Entscheidung des BFH. Denn auch dann gilt, dass unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung der Universitätsprofessor den qualitativen Schwerpunkt seiner Tätigkeit an der Universität hat.

2. Die Revision war auch nicht zur Fortbildung des Rechts (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alternative 1 FGO) zuzulassen. Denn der Zulassungsgrund der Rechtsfortbildung als Spezialfall der Grundsatzrevision erfordert ebenfalls die Darlegung einer klärbaren und klärungsbedürftigen Rechtsfrage (BFH-Beschluss vom 1. März 2007 – VI B 92/06, BFH/NV 2007, 1172). Da die im Streitfall aufgeworfenen Fragen – wie oben ausgeführt – bereits hinreichend geklärt sind, kommt eine Revisionszulassung zur Fortbildung des Rechts vorliegend nicht in Betracht.

**§ 21 EStG  
Einkommensteuer; Vermietung und Verpachtung V+V;  
Wohnraum-Mietvertrag zwischen Eltern und Kind;  
Fremdvergleich; Vorbehaltsklausel zur Mieterhöhung**

**Mietverträge zwischen nahen Angehörigen können der Besteuerung nur zu Grunde gelegt werden, wenn sie steuerrechtlich anzuerkennen sind. Das ist der Fall, wenn die Vereinbarungen bürgerlich-rechtlich wirksam sind und sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung dem zwischen Fremden Üblichen entsprechen.**

**(nichtamtlicher Leitsatz)**

(BFH, Urteil vom 1. 8. 2012 – IX R 18/11)



**Zum Sachverhalt:** Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute, die im Streitjahr (2006) zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Im Oktober 2000 hatten sie eine 1981 fertig gestellte, im Nachbargebäude ihres eigenen Wohnhauses belegene 51,23 qm große Eigentumswohnung erworben, die sie seit 1. April 2001 an ihren Sohn vermieteten. In § 3 Nr. 1 des handschriftlich ausgefüllten Formularmietvertrages vom 1. März 2001 wurde die monatliche (Kalt-)Miete auf 251,03 DM (128,34 EUR) beziffert und mit handschriftlichem Zusatz „(vorbehaltlich der Anerkennung durchs Finanzamt)“ versehen.

Das Mietverhältnis endete mit dem 31. Oktober des Streitjahres. Nach anschließender umfassender Sanierung (mit Kosten in Höhe von 11.525 EUR) vermieteten die Kläger die Wohnung ab 1. Februar 2007 an ihre Tochter, unter Verwendung des gleichen Formularmietvertrages mit dem gleichen handschriftlichen Zusatz.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger für die vermietete Wohnung einen Verlust aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 16.768 EUR geltend, den der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) wegen fehlender Überschusserzielungsabsicht nicht berücksichtigte.

Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Das Finanzgericht (FG) schloss sich in seinem Urteil der Ansicht des FA an, wonach das Mietverhältnis mit dem Sohn einem Fremdvergleich nicht standhalte und daher steuerlich nicht anzuerkennen sei. Aufgrund des Klammerzusatzes sei die Miethöhe nicht klar und eindeutig bestimmt; der Mieter könnte jederzeit und betragsmäßig nicht vorher bezifferbar mit einem Mieterhöhungsverlangen konfrontiert werden. Auf eine derartige Regelung würde sich ein fremder Mieter nicht einlassen. Die Unabwägbarkeit hinsichtlich einer vertraglichen Hauptpflicht sei ein schwerwiegender Mangel, der auch im Hinblick darauf, dass sich der Mietvertrag im Übrigen als beanstandungsfrei erweise und unstreitig auch tatsächlich durchgeführt worden sei, nicht als nur geringfügige Abweichung vom Üblichen angesehen werden könne.

Mit ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung materiellen Rechts (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes). Der handschriftliche Zusatz im Mietvertrag stelle angesichts der (steuer)rechtlichen Unerfahrenheit der Kläger lediglich eine geringfügige Abweichung vom Üblichen dar. Aus der tatsächlichen Durchführung der zivilrechtlich wirksamen Verträge, bei der von der streitigen Klausel gar kein Gebrauch gemacht wurde, könne auf eine klare und eindeutige Regelung der Miethöhe geschlossen werden. Dies habe das FG bei der Gesamtwürdigung der Umstände nicht berücksichtigt.

**Aus den Gründen:** II. Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

1. Mietverträge zwischen nahen Angehörigen können der Besteuerung nur zu Grunde gelegt werden, wenn sie steuerrechtlich anzuerkennen sind. Das ist der Fall, wenn die Vereinbarungen bürgerlich-rechtlich wirksam sind und sowohl die Gestaltung als auch die Durchführung dem zwischen Fremden Üblichen entsprechen (sog. Fremdvergleich, vgl. Urteile des Bundesfinanzhofs vom 31. Juli 2007 – IX R 8/07, BFH/NV 2008, 350, unter II. 1.; vom 23. April 2009 – IV R 24/08, BFH/NV 2009, 1427, unter II. 3. a). Dazu müssen jedenfalls die Hauptpflichten eines Mietvertrages wie die Überlassung der Mietsache zum Gebrauch sowie die Entrichtung der vereinbarten Miete (§ 535 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) klar und eindeutig vereinbart und entsprechend durchgeführt worden sein (vgl. BFH-Urteile vom 20. Oktober 1997 – IX R 38/97, BFHE 184, 463, BStBl II 1998, 106, unter 2.; vom 17. Dezember 2003 – IX R 9/01, BFH/NV 2004, 1274, unter II. 1. a bb, m.w.N.).

Maßgebend ist die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten, wobei nicht jede Abweichung vom Üblichen der Anerkennung eines Mietvertrages zwischen Angehörigen entgegensteht (vgl. BFH-Urteile in BFHE 184, 463, BStBl II 1998, 106, un-

ter 2.; vom 24. August 2006 – IX R 40/05, BFH/NV 2006, 2236, unter II. 2.). Die Durchführung des Fremdvergleichs obliegt dem FG als Tatsacheninstanz. Die revisionsrechtliche Überprüfung durch den BFH beschränkt sich darauf, ob das FG bei seiner Gesamtwürdigung von zutreffenden Kriterien ausgegangen ist und alle maßgeblichen Beweisanzeichen in seine Würdigung einbezogen hat, diese Würdigung jedenfalls möglich ist und dabei nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt (vgl. BFH-Urteile vom 27. Juli 2004 – IX R 73/01, BFH/NV 2005, 192, zu II. 4.; vom 24. August 2004 – IX R 28/03, BFH/NV 2005, 50, unter II. 3.b).

2. Danach hat das FG den Mietvertrag zwischen den Klägern und ihrem Sohn im Ergebnis zu Recht nicht der Besteuerung zu Grunde gelegt.

Auf eine solche „der Anerkennung durchs Finanzamt“ vorbehaltene Festlegung der Miete als vertraglicher Hauptpflicht würde sich ein fremder Mieter nicht einlassen. Das FG hat diese Klausel als einen so „schwerwiegenden Mangel“ beurteilt, der auch unter Berücksichtigung des ansonsten beanstandungsfreien Vertrages und dessen tatsächlicher Durchführung als erhebliche Abweichung vom Fremd-Üblichen angesehen werden könne. Eine solche die Mieterhöhung betreffende Vorbehaltsklausel kann – da zivilrechtlich zumindest zweifelhaft (zur Mieterhöhung vgl. § 10 Abs. 1, § 17 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe bzw. § 557 Abs. 1 BGB: „während des Mietverhältnisses“) – allenfalls im Verhältnis zwischen Angehörigen Bedeutung erlangen und ggf. umgesetzt werden. Sie ist daher Ausdruck eines den Gleichklang wirtschaftlicher Interessen indizierenden Näheverhältnisses (vgl. BFH-Beschluss vom 10. Februar 2010 – IX B 163/09, BFH/NV 2010, 887, unter 1.) und dokumentiert die private Veranlassung der gewählten Vertragsgestaltung. Daher ist die Würdigung des FG im Ergebnis möglich und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die erst nach dem Streitjahr vorgenommene Änderung des Mietvertrages kann den bereits verwirklichten Sachverhalt nicht mit steuerrechtlicher (Rück-)Wirkung gestalten (vgl. § 38 der Abgabenordnung).

### § 21 EStG; § 566 BGB

**Einkommensteuer; V+V Vermietung und Verpachtung; befristeter Mietvertrag; Einkünfteerzielung bei Mietvertragsübernahme; Einkünfteerzielungsabsicht des Rechtsvorgängers**

**Tritt der Erwerber eines Mietobjekts in einen bestehenden Mietvertrag ein, so wird seine Einkünfteerzielungsabsicht auf der Grundlage der Auslegung dieses Mietvertrags durch den Umgang des Erwerbers mit ihm, insbesondere auch mit einer noch laufenden Befristung und/oder Eigenbedarfsklausel, indiziert.**

(BFH, Urteil vom 22. 1. 2013 – IX R 13/12)

**Zum Sachverhalt:** Streitig ist, ob der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt) es zu Recht wegen fehlender Einkünfteerzielungsabsicht abgelehnt hat, von den Klägern und Revisionsklägern (Kläger) geltend gemachte Verluste aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) für die Streitjahre 2006 und 2007 anzusetzen.

Die Kläger – zur Einkommensteuer zusammenveranlagte Ehegatten – erzielten in den Streitjahren Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit. Sie hatten im April 2006 von der Großmutter der Klägerin zu gleichen Bruchteilen für einen Kaufpreis von 375.000 EUR das Eigentum an einem mit einer Doppelhaushälfte bebauten Grundstück erworben. Dabei wurde ein durch Mietvertrag vom Juli 2004 zwischen der Großmutter (als Vermieterin) und den Eheleuten E (als Mieter) begründetes Mietverhältnis, das am 1. September 2004 begonnen hatte und am 31. August 2009 enden sollte, übernommen. Als Begründung für diese Befristung sah der Mietvertrag den vorformulierten, von den Vertragsparteien durch Ankreuzen zum Re-

gelungsinhalt gemachten Text vor, dass der Vermieter die Räume nach Ablauf der Mietzeit als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötige. Konkretisiert war diese Vertragsklausel durch folgenden handschriftlichen Zusatz: „Das Mietverhältnis wird auf 5 Jahre beschränkt, weil nach Ablauf dieser Zeit eine der beiden Töchter oder eines der Enkelkinder das Haus in Eigenbedarf für sich und seine Familie nutzen wird. Anderweitiger Ersatzwohnraum steht für die Person nicht zur Verfügung, so dass diese nach Ablauf der Mietzeit zwingend auf die Nutzung des Mietobjekts angewiesen sein wird.“

Die Kläger zogen schon im Oktober 2008 von ihrer bisherigen Mietwohnung in ihre von den Mietern zu diesem Zeitpunkt bereits geräumte Doppelhaushälfte um.

In den Einkommensteuererklärungen für 2006 und 2007 (Streitjahre) machten die Kläger aus der Vermietung des Grundstücks einen Verlust für 2006 in Höhe von 25.565 EUR (12.250 EUR Einnahmen, 37.815 EUR Werbungskosten) und für 2007 in Höhe von 3039 EUR (23.850 EUR Einnahmen, 26.889 EUR Werbungskosten) geltend.

Unter weitgehender Zugrundelegung der Angaben in den Steuererklärungen setzte das FA die Einkommensteuer auf 17.826 EUR (2006) und auf 27.842 EUR (2007) fest. Dabei ließ es in beiden Jahren die geltend gemachten Verluste aus der Grundstücksvermietung außer Acht; denn nach dem Inhalt des Mietvertrags bestehe keine langfristige Vermietungsabsicht, sondern es sei ab 2009 die Eigennutzung der Immobilie geplant gewesen.

Im Verlaufe des Verfahrens über die hiergegen eingelegten Einsprüche erließ das FA für beide Streitjahre geänderte Bescheide, mit denen es – wegen hier nicht mehr relevanter anderer Streitpunkte – die Einkommensteuer für 2006 auf 17.267 EUR und für 2007 auf 26.708 EUR verminderte.

Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

Das Finanzgericht (FG) entschied: Im Streitfall habe sich der Senat nicht die erforderliche Überzeugung davon verschaffen können, dass die Kläger in den Streitjahren (noch) die Absicht hatten, auf Dauer Einkünfte aus der Vermietung des Objekts zu erzielen. Dabei komme bereits der unstreitigen Tatsache, dass der zugrunde liegende Mietvertrag nicht nur zeitlich befristet gewesen sei, sondern dass er eine Selbstnutzungs-klausel zugunsten der Klägerin enthalten habe, eine erhebliche Indizwirkung zu. Diese werde entgegen der Ansicht der Kläger auch nicht dadurch entkräftet, dass sie als Käufer des Objekts den von der Voreigentümerin abgeschlossenen Mietvertrag lediglich übernommen hätten. Denn die Kläger hätten nach ihrem Eintritt in das laufende Mietverhältnis in keiner Weise zu erkennen gegeben, dass ihnen daran gelegen gewesen sei, die Immobilie über das Ende der befristeten Mietzeit hinaus dauerhaft zu vermieten, zumal die damaligen Mieter schon in den Monaten Juni und Juli 2006 mit ihren Mietzinszahlungen in Verzug geraten seien.

Zudem seien die Kläger kurz nach Beendigung der Streitjahre und noch vor Ablauf der Mietzeit – im Oktober 2008 – tatsächlich selbst in das Objekt eingezogen und hätten sich damit genau so verhalten, wie es die Selbstnutzungs-klausel vorgehen habe.

Hiergegen richtet sich die Revision der Kläger, mit der diese die Verletzung materiellen Rechts rügen. Das FG unterstelle zu Unrecht eine konkret zugunsten der Kläger ausgestaltete Selbstnutzungs-klausel. Das FG setze sich nicht mit der entscheidenden Frage auseinander, ob § 566 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) dazu führe, dass demjenigen, der in einen zeitlich befristeten und mit einer Selbstnutzungs-klausel versehenen Mietvertrag eintrete, generell die Überschusserzielungsabsicht und damit die Anerkennung der Verluste aus Vermietung verwehrt bleibe. Das würde indes zu einer Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen Fällen führen, in denen ein Käufer (glücklicherweise) in einen unbefristeten Mietvertrag eintrete. In vielen Fällen möge eine Heilung der zeitlichen Befristung, die in

Kombination mit einer Selbstnutzungs-klausel zur Aberkennung der Überschusserzielungsabsicht führe, zudem möglich sein, indem der ursprüngliche Mietvertrag verlängert oder die Vermietungsabsicht durch die Vermietung an einen neuen Mieter bestätigt werde. Die Besonderheit der vorliegenden Fallgestaltung bestehe jedoch darin, dass die Mieter die Mietzahlung eingestellt hätten und die Vermieter zunächst eine Räumungsklage anstrengen mussten, um überhaupt die Voraussetzung dafür schaffen zu können, dass das Objekt weitervermietet werden konnte. Diesen Umstand habe der Senat nicht berücksichtigt. Zudem sei schlüssig vorgetragen worden, dass aufgrund der ausgebliebenen Mietzahlungen und der geringen Liquidität der Kläger diese genötigt gewesen seien, in das Objekt selbst einzuziehen. Der Entschluss zur Selbstnutzung, soweit der schlüssige Klägervortrag, sei folglich erst zu einem späteren Zeitpunkt entstanden und habe zu Beginn der Vermietung vorgelegen.

Die Kläger beantragen, das Urteil des FG aufzuheben und die Einkommensteuerbescheide 2006 und 2007 dahingehend zu ändern, dass die geltend gemachten Verluste der Kläger aus Vermietung berücksichtigt werden.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen. Ob im Einzelfall Indizien gegen eine auf Dauer angelegte Vermietungstätigkeit sprächen, sei eine Frage der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung, die dem FG obliege. Die Gesamtwürdigung des FG sei möglich und zutreffend.

Gemäß § 566 BGB entstehe mit Eigentumsübergang ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, und zwar mit demselben Inhalt, den es zuvor mit dem Veräußerer gehabt habe. Damit sei es für die Beurteilung der fehlenden Einkünfteerzielungsabsicht unerheblich, dass die Kläger auf die inhaltliche Gestaltung des Mietvertrags keinen Einfluss gehabt hätten. Zudem sei den Klägern das bestehende Mietverhältnis bei Kauf bekannt gewesen und von ihnen im notariellen Kaufvertrag vom April 2006 sogar ausdrücklich übernommen worden.

**Aus den Gründen:** II. Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Im Ergebnis zutreffend hat das FG die Einkünfteerzielungsabsicht der Kläger verneint und ihre Verluste nicht im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt.

1. a) Nach dem Regelungszweck des § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ist nur bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit grundsätzlich und typisierend – wenn also keine besonderen Umstände dagegen sprechen – davon auszugehen, dass der Steuerpflichtige beabsichtigt, letztlich einen Einnahmenüberschuss zu erwirtschaften, auch wenn sich über längere Zeiträume Werbungskostenüberschüsse ergeben (ständige Rechtsprechung, z. B. Urteile des Bundesfinanzhofs vom 10. Mai 2007 – IX R 7/07, BFHE 218, 160, BStBl II 2007, 873, und vom 19. April 2005 – IX R 15/04, BFHE 210, 24, BStBl II 2005, 754, m.w.N. insbesondere zu Ausnahmefällen). Von einer auf Dauer ausgerichteten Vermietung ist nur auszugehen, wenn sie nach den bei ihrem Beginn ersichtlichen Umständen keiner Befristung unterliegt (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH-Urteile vom 9. Juli 2002 – IX R 57/00, BFHE 199, 422, BStBl II 2003, 695, und vom 29. März 2007 – IX R 7/06, BFH/NV 2007, 1847; vom 20. Januar 2009 – IX R 49/07, BFH/NV 2009, 757). Zwar folgt aus einem auf eine bestimmte Zeit eingegangenen Mietvertrag allein noch nicht eine (steuerrechtlich bedeutsame) Befristung der Vermietungstätigkeit (BFH-Urteil vom 14. Dezember 2004 – IX R 1/04, BFHE 208, 235, BStBl II 2005, 211). So kann eine Vermietungstätigkeit auch dann auf Dauer angelegt sein, wenn der ursprüngliche Vertrag – konkludent – verlängert werden soll. Es müssen aber stets Umstände hinzutreten, die zusammen mit dem Abschluss des Vertrags auf eine bestimmte Zeit den Schluss rechtfertigen, der Vermieter habe seine Tätigkeit auf Dauer ausgerichtet (BFH-Urteil in BFH/NV 2007, 1847). Deshalb hat der BFH als Indiz gegen die Absicht einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit nicht allein auf die Befristung des Vertrags abgestellt,

sondern entscheidend auf den Umstand, dass bereits im Mietvertrag die Befristung mit einer ausdrücklich erklärten Selbstnutzungsabsicht (BFH-Urteil in BFHE 199, 422, BStBl II 2003, 695) oder Verkaufsabsicht (BFH-Urteil vom 4. Dezember 2001 – IX R 70/98, BFH/NV 2002, 635) verknüpft wird. Für eine auf Dauer angelegte Vermietungstätigkeit spricht vor allem, dass sich der Steuerpflichtige tatsächlich so verhält und seine Wohnung nach Ablauf der ausbedungenen Mietzeit wiederum vermietet oder den befristeten Vertrag verlängert (vgl. zur Berücksichtigung späterer Umstände BFH-Urteil vom 28. Juni 2002 – IX R 68/99, BFHE 199, 380, BStBl II 2002, 699).

b) Ein gegen den Entschluss, auf Dauer zu vermieten, sprechendes Indiz liegt aber vor, wenn der Steuerpflichtige ein bebautes Grundstück innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs – von in der Regel bis zu fünf Jahren – seit der Anschaffung oder Herstellung wieder veräußert (BFH-Urteile vom 9. Juli 2002 – IX R 47/99, BFHE 199, 417, BStBl II 2003, 580; vom 18. Januar 2006 – IX R 18/04, BFH/NV 2006, 1078). Einer derartigen Veräußerung ist eine von Beginn an beabsichtigte Eigennutzung im Anschluss an eine kurzfristige Vermietung gleichzustellen (Mellinghoff in Kirchhof, EStG, 11. Aufl., § 21 Rz 14). Eine im Hinblick auf eine, von vornherein geplante und durchgeführte Eigennutzung nur kurzfristige Fremdvermietung, während derer lediglich Werbungskostenüberschüsse erzielt werden, spricht gegen eine auf Dauer angelegte Vermietungstätigkeit mit Einkünfteerzielungsabsicht (BFH-Urteile in BFHE 199, 422, BStBl II 2003, 695, und in BFH/NV 2007, 1847).

c) Ob ein Gesamtüberschuss zu erzielen ist, ergibt sich aus einer den Zeitraum der tatsächlichen Vermögensnutzung umfassenden Totalüberschussprognose (BFH-Urteil vom 6. November 2001 – IX R 97/00, BFHE 197, 151, BStBl II 2002, 726, unter II. 2.). Die objektive Beweislast (Feststellungslast) für das Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht trägt im Zweifel der Steuerpflichtige. Er kann das gegen die Einkünfteerzielungsabsicht sprechende Beweisanzeichen erschüttern, indem er Umstände darlegt und nachweist, die dafür sprechen, dass er den Entschluss zur Veräußerung erst nachträglich gefasst hat. Ob im Einzelfall Indizien gegen die Einkünfteerzielungsabsicht sprechen, ist eine Frage der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung, die dem FG obliegt. Das FG hat alle feststehenden Indizien in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen (§ 96 Abs. 1 Satz 1 FGO); diese ist nach § 118 Abs. 2 FGO für das Revisionsgericht bindend, wenn sie verfahrensrechtlich einwandfrei zustande gekommen ist und nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt. Die Gesamtwürdigung durch das FG hat schon dann revisionsrechtlich Bestand, wenn sie zwar nicht zwingend, aber möglich ist (BFH-Urteil in BFHE 199, 422, BStBl II 2003, 695, m.w.N.).

d) Maßgeblich ist die Einkünfteerzielungsabsicht des jeweiligen Steuerpflichtigen, der den Handlungstatbestand der Vermietung i.S. von § 21 EStG verwirklicht. Für eine Zurechnung der Einkünfteerzielungsabsicht seines Rechtsvorgängers, von dem er das Vermietungsobjekt entgeltlich erworben hat, fehlt jegliche Rechtsgrundlage. Aus § 566 BGB folgt lediglich, dass der Erwerber in das Mietverhältnis des Veräußerers eintritt. Die Einkünfteerzielungsabsicht ist aber für den Erwerber mit diesem Eintritt zu prüfen, freilich unter Berücksichtigung seiner gesetzlichen Übernahme des Mietvertrags. Grundlage der Schlussfolgerungen, die sich aus diesem Mietvertrag für die Einkünfteerzielungsabsicht des Erwerbers ergeben, ist seine Auslegung. Enthält der Mietvertrag Regelungen, die speziell auf die Person des Veräußerers bezogen sind, sind diese regelmäßig nicht auf den Erwerber zu übertragen. Indizien für oder gegen die Einkünfteerzielungsabsicht des Erwerbers ergeben sich aus seinem Verhalten im Umgang mit dem übernommenen Mietvertrag.

2. Nach diesen Grundsätzen ist die Gesamtwürdigung des FG zur Einkünfteerzielungsabsicht der Kläger möglich (§ 118 Abs. 2 FGO) und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die Kläger haben mit Eigentumserwerb ein auf fünf Jahre befristetes Mietverhältnis übernommen, das ab ihrem Erwerb

(April 2006) noch bis August 2009 dauern sollte. Sie haben also ihre Vermietungstätigkeit mit einem (noch) drei Jahre und vier Monate dauernden Mietverhältnis begonnen. Dies konnte das FG ohne Bedenken als nicht auf Dauer angelegt werten; dies wurde durch das Fehlen etwaiger weitergehender Vermietungsbemühungen und durch den kurzfristigen und vorzeitigen Einzug der Kläger im Oktober 2008 bestätigt.

Die Eigenbedarfsklausel wurde zwar mit der Großmutter als Veräußerin vereinbart; sie bezieht sich aber ausdrücklich auf deren „Töchter oder eines der Enkelkinder“. Es ist daher naheliegend und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das FG den übernommenen Mietvertrag dahin auslegt, dass die Klausel auch in der Person der Klägerin von Bedeutung ist, weil es sich bei ihr um eine der Begünstigten der Klausel (Enkelkind) handelt. Bestätigt wird dies wiederum durch die kurzfristige Eigennutzung.

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung u. a. in BStBl II 2013, 533.

<b>Kurzfassungen/Leitsätze Meldungen</b>
<b>Steuern etc.</b>

### **§ 635 a.F. BGB – Steuernachbelastungen aus V+V im großen Schadensersatz bei Rückabwicklung eines Immobilienerwerbs wegen Mängeln; Eigentumswohnung als vom Erwerber vermietetes Objekt**

a) Werden bei der Rückabwicklung eines Immobilienerwerbs im Wege des großen Schadensersatzes die Anschaffungskosten dadurch zurückgewährt, dass der Erwerber von seiner Darlehensverbindlichkeit gegenüber der finanzierenden Bank befreit wird, und haben sich die Anschaffungskosten als Absetzung für Abnutzung steuerrechtlich ausgewirkt, fließen dem Erwerber als Werbungskosten geltend gemachte Aufwendungen zu, die als Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung zu versteuern sind.

b) Diese Steuerverbindlichkeit ist bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs zu berücksichtigen, soweit der Erwerber sich die erzielten Steuervorteile anrechnen lässt (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. Juni 2008 – VII ZR 215/06, BauR 2008, 1450 = ZfBR 2008, 669).

(BGH, Versäumnis- und Endurteil vom 26. 1. 2012 – VII ZR 154/10)

### **BFH-Pressemitteilung Nr. 9 vom 13. 2. 2013**

#### **Stellplatz- und Garagenkosten im Rahmen der doppelten Haushaltsführung**

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 13. November 2012 – VI R 50/11 entschieden, dass Aufwendungen für einen separat angemieteten PKW-Stellplatz im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung als Werbungskosten zu berücksichtigen sein können.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 des Einkommensteuergesetzes (EStG) sind notwendige Mehraufwendungen, die einem Arbeitnehmer wegen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung entstehen, Werbungskosten. Eine doppelte Haushaltsführung liegt nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 2 EStG vor, wenn der Arbeitnehmer außerhalb des Ortes, in dem er einen eigenen Hausstand unterhält, beschäftigt ist und auch am Beschäftigungsort wohnt.

Im Streitfall machte der Kläger, ein Arbeitnehmer, vergeblich in seiner Einkommensteuererklärung im Rahmen der doppelten Haushaltsführung Kosten für eine Unterkunft sowie für einen gesondert angemieteten PKW-Stellplatz am Arbeitsort geltend. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg.

Auf die Revision des Klägers hat der BFH nun die Vorentscheidung aufgehoben und die Sache an das Finanzgericht (FG) zurückverwiesen. Denn im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung seien nicht nur Aufwendungen für wöchentliche Familienheimfahrten, (zeitlich befristete) Verpflegungsmehraufwendungen und (begrenzt auf den durchschnittlichen Mietzins einer 60-qm-Wohnung) die Kosten der Unterkunft am Beschäftigungsort, sondern auch sonstige notwendige Mehraufwendungen zu berücksichtigen. Hierzu könnten auch Kosten für einen Stellplatz oder eine Garage zählen, wenn die Anmietung, beispielsweise zum Schutz des Fahrzeugs oder aufgrund der angespannten Parkplatzsituation am Beschäftigungsort, notwendig ist. Das hat das FG nun im zweiten Rechtsgang zu prüfen.

#### **BFH-Pressemitteilung Nr. 23 vom 24. 4. 2013**

##### **Doppelte Haushaltsführung – „eigener Hausstand“ bei gemeinsamer Haushaltsführung von Eltern und erwachsenen, wirtschaftlich eigenständigen Kindern**

Erwachsene, berufstätige Kinder, die zusammen mit ihren Eltern oder einem Elternteil in einem gemeinsamen Haushalt wohnen, können Aufwendungen für eine doppelte Haushaltsführung als Werbungskosten geltend machen, wenn ihnen die Zweitwohnung am Beschäftigungsort lediglich als Schlafstätte dient. Dies hat der Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 16. Januar 2013 – VI R 46/12 entschieden.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 des Einkommensteuergesetzes (EStG) sind notwendige Mehraufwendungen, die einem Arbeitnehmer wegen einer aus beruflichem Anlass begründeten doppelten Haushaltsführung entstehen, Werbungskosten. Eine doppelte Haushaltsführung liegt nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 2 EStG vor, wenn der Arbeitnehmer außerhalb des Ortes, in dem er einen eigenen Hausstand unterhält, beschäftigt ist und auch am Beschäftigungsort wohnt. Keinen eigenen Hausstand unterhält nach der bisherigen Rechtsprechung z. B., wer in den Haushalt der Eltern eingegliedert ist, ohne die Haushaltsführung wesentlich mitzubestimmen. Das gilt insbesondere für junge Arbeitnehmer, die nach Beendigung ihrer Ausbildung, wenn auch gegen Kostenbeteiligung, weiterhin im Haushalt der Eltern ein Zimmer bewohnen.

Im Streitfall machte der Kläger, ein 43 Jahre alter promovierter Diplomchemiker, vergeblich die Kosten für eine Unterkunft am Beschäftigungsort geltend. Dort hatte er seinen Zweitwohnsitz begründet. Seinen Hauptwohnsitz behielt er im Einfamilienhaus seiner im Streitjahr 71 Jahre alten Mutter bei. In diesem nutze er nach seinem Vortrag ein Schlaf- und Arbeitszimmer sowie ein Badezimmer allein. Die Küche, das Ess- und Wohnzimmer wurden von ihm und seiner Mutter gemeinsam genutzt. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg.

Auf die Revision des Klägers hat der BFH nun die Vorentscheidung aufgehoben und die Sache an das Finanzgericht (FG) zurückverwiesen. Anders als bei jungen Arbeitnehmern ist bei einem erwachsenen und wirtschaftlich eigenständigen Kind grundsätzlich davon auszugehen, dass es die gemeinsame Haushaltsführung mit den Eltern oder einem Elternteil wesentlich mitbestimmt. Es kann deshalb im elterlichen Haushalt auch einen „eigenen Hausstand“ unterhalten und eine steuerliche doppelte Haushaltsführung begründen. Das FG muss nun noch feststellen, ob das der Fall war.

#### **BFH-Pressemitteilung Nr. 7 vom 5. 2. 2013**

##### **Einkünfterzielungsabsicht bei langjährigem Leerstand von Wohnungen**

In seinem Urteil vom 11. Dezember 2012 – IX R 14/12 hat der Bundesfinanzhof (BFH) die Grundsätze präzisiert, unter welchen Voraussetzungen Aufwendungen für langjährig leer-

stehende Wohnimmobilien als vorab entstandene Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar sind.

In dem Verfahren ging es um zwei Wohnobjekte in einem vom Kläger (teilweise) selbst bewohnten, 1983 bezugsfertig gewordenen Haus: Eine Wohnung im ersten Obergeschoss war bis August 1997 vermietet; seitdem steht sie leer. Der Kläger schaltete etwa vier Mal im Jahr Chiffreanzeigen in einer überregionalen Zeitung, in denen er die Wohnung möbliert zur Anmietung anbot. Die Miethöhe errechnete er aus dem jeweils aktuellen Mietspiegel. Nach Angaben des Klägers hätten sich bis heute – keine „geeigneten erscheinenden Mieter“ gemeldet. Ein im Dachgeschoss des Hauses liegendes Zimmer mit Bad war zu keinem Zeitpunkt vermietet. Nach Angaben des Klägers sei eine Vermietung auch nicht (mehr) beabsichtigt; in früheren Jahren habe er aber gelegentlich (erfolglos) Aushänge in der Nachbarschaft angebracht, mit denen das Zimmer zur Anmietung angeboten wurde. Wegen des Leerstands machte der Kläger in seinen Einkommensteuererklärungen Werbungskostenüberschüsse aus Vermietung und Verpachtung geltend, die weder das Finanzamt noch das Finanzgericht unter Hinweis auf eine fehlende Vermietungsabsicht des Klägers berücksichtigten. Der BFH wies die Revision des Klägers als unbegründet zurück.

Der IX. Senat ging davon aus, dass der Kläger keine ernsthaften und nachhaltigen Vermietungsbemühungen entfaltet habe. Zwar stehe es dem Steuerpflichtigen frei, die im Einzelfall geeignete Art und Weise der Platzierung eines von ihm angebotenen Mietobjekts am Wohnungsmarkt und ihrer Bewerbung selbst zu bestimmen. Eine Berücksichtigung der für das Dachgeschosszimmer entstandenen Aufwendungen komme aber schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger dieses Objekt gar nicht habe vermieten wollen. Aber auch die für die Wohnung im ersten Obergeschoss angefallenen Kosten könnten nicht abgezogen werden. Denn die geschalteten Zeitungsanzeigen seien erkennbar nicht erfolgreich gewesen; daher hätte der Kläger sein Verhalten anpassen und sowohl geeignete Wege der Vermarktung suchen als auch seine Vermietungsbemühungen intensivieren müssen. Zudem sei es dem Kläger zuzumuten gewesen, Zugeständnisse (etwa bei der Miethöhe oder im Hinblick auf die für ihn als Mieter akzeptablen Personen) zu machen. Da der Kläger dies nicht getan habe, sei davon auszugehen, dass er den Entschluss zur Einkünfterzielung aufgegeben habe.

Die Gründe der Leitentscheidung vom 11. Dezember 2012 – IX R 14/12 geben auch Hinweise, wie andere Leerstandssituationen – etwa im Falle regelmäßiger, aber aus anderen Gründen vorübergehend erfolgloser oder nur verhaltener Vermietungsaktivitäten des Steuerpflichtigen – zu beurteilen sind. Daneben nimmt der Senat auch zu der Frage Stellung, wie mit dem langjährigen Leerstand in Gebieten mit einem strukturellen Überangebot von Immobilien zu verfahren ist. Denn der langjährige Leerstand von Wohnungen ist ein allgemeines Problem, zu dem beim BFH noch eine Reihe von Verfahren anhängig sind (s. etwa Aktenzeichen IX R 68/10: Reaktion auf „Mietgesuche“ als ernsthafte Vermietungsbemühung? IX R 39-41/11: Keine Nachweise über Art, Umfang und Intensität von Vermietungsbemühungen in der Leerstandszeit; IX R 9/12: „Punktueller Vermietungsbestrebungen“ bei gleichzeitiger Verkaufsabsicht; IX R 19/11: Leerstand bei Untervermietung; IX R 7/10: Leerstand bei Zwischenvermietung).

Die Entscheidung ist auf der Internetseite des BFH veröffentlicht.

Siehe auch: Urteil des IX. Senats vom 11. 12. 2012 – IX R 14/12 –, Urteil des IX. Senats vom 22. 1. 2013 – IX R 19/11 –, Urteil des IX. Senats vom 19. 2. 2013 – IX R 7/10 –, Urteil des IX. Senats vom 11. 12. 2012 – IX R 9/12 –, Urteil des IX. Senats vom 11. 12. 2012 – IX R 68/10 –.

# Weitere Rechtsprechung

## §§ 305, 307 BGB

### Einbauküche; Vorauszahlung bei Anlieferung; unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung AGB des Lieferanten

a) Eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten einer von ihm einzubauenden Küche

„Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen.“

ist unwirksam.

b) Eine Allgemeine Geschäftsbedingung verliert ihren Charakter als nach §§ 305 ff. BGB der Inhaltskontrolle unterliegender Klausel nicht allein dadurch, dass sie von den Parteien nachträglich geändert wird. Vielmehr muss die nachträgliche Änderung in einer Weise erfolgen, die es rechtfertigt, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzestremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat.

(BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 – VII ZR 162/12)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 37/2013 vom 8. 3. 2013:

»Unwirksame Vorauszahlungsvereinbarungen bei einem Vertrag über Lieferung und Einbau einer Küche

Der unter anderem für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Lieferanten einer von diesem einzubauenden Küche

„Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen.“

unwirksam ist. Eine nachträgliche Vereinbarung, mit der der Lieferant dem Besteller das Recht einräumt, einen Teilbetrag bis zum mangelfreien Einbau der Küche zurückzubehalten, ändert an der Unwirksamkeit der Klausel grundsätzlich nichts. Die Klausel verliert ihren Charakter als nach §§ 305 ff. BGB der Inhaltskontrolle unterliegender Allgemeiner Geschäftsbedingung nicht allein dadurch, dass sie von den Parteien nachträglich geändert wird. Vielmehr muss die nachträgliche Änderung in einer Weise erfolgen, die es rechtfertigt, sie wie eine von vornherein getroffene Individualvereinbarung zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzestremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat.

Die Klägerin beauftragte die Beklagte mit der Planung, der Herstellung und dem Einbau einer Küche in ihrem Wohnhaus zu einem Preis von 23.800 €. Dem Vertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zugrunde, die die Klägerin verpflichteten, vor oder bei Lieferung die gesamte Vergütung zu bezahlen. Nach Vertragsschluss und vor Lieferung vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin abweichend von den Bedingungen nur 21.300 € im Voraus zu zahlen hatte und 2500 € bis zum mangelfreien Einbau der Küche zurückbehalten durfte. Den Einbau der Küche führte die Beklagte nicht fachgerecht aus, weshalb die Klägerin 5500 € zurückbehält. Die Beklagte vertrat unter Bezugnahme auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Auffassung, zu einer Mängelbeseitigung nur verpflichtet zu sein, wenn die Vergütung bis auf die vereinbarten 2500 € vorab gezahlt wird. Wegen der Weigerung, die Mängel zu beseitigen, verlangt die Klägerin von der Be-

klagten Schadensersatz, der auf Rückabwicklung des Vertrages und Erstattung von Mehrkosten gerichtet ist. Die Beklagte verlangt widerklagend die noch ausstehende Vergütung.

Die Klage hat in den Vorinstanzen [LG Konstanz; OLG Karlsruhe] überwiegend Erfolg gehabt; die Widerklage haben die Vorinstanzen abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung des Berufungsgerichts bestätigt (Urteil vom 7. 3. 2013 – VII ZR 162/12).

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vereinbarte Verpflichtung, die gesamte Vergütung im Voraus zu zahlen, mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht zu vereinbaren und deshalb unwirksam ist. Die Klausel verpflichtet die Kunden der Beklagten vor dem Einbau der Küche die volle Vergütung zu bezahlen. Sie verlieren auf diese Weise jedes Druckmittel, falls der Einbau mangelhaft ist. Die nachträgliche Vereinbarung ändert an dieser Bewertung nichts, da die Beklagte den Kerngehalt ihrer unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung – die Verpflichtung zur Vorleistung – nicht zur Disposition gestellt und der Klägerin insoweit keine Gestaltungsfreiheit gewährt hat. Das Einräumen eines Zurückbehaltungsrechts von lediglich ca. 10% der Vergütung berücksichtigt nicht hinreichend die berechtigten Interessen der Klägerin. Die Beklagte durfte deshalb die Mängelbeseitigung nicht von weiteren Vorleistungen abhängig machen. Sie haftet daher auf Schadensersatz.«

## §§ 242, 903 BGB

### Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis; Mitbeheizen der veräußerten Doppelhaushälfte aus der Heizungsanlage des Veräußerers im Stammhaus; Kündigung der Versorgungsvereinbarung

**Der Grundstückseigentümer ist nach den Grundsätzen über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis auch zu einem positiven Tun – hier: Mitbeheizen der benachbarten Doppelhaushälfte – nur verpflichtet, wenn dies für einen billigen Interessenausgleich zwingend geboten ist (Bestätigung der ständigen Rechtsprechung, vgl. Senat, Urteil vom 29. Juni 2012 – V ZR 97/11, NJW-RR 2012, 1160 [= NZM 2012, 735]).**

(BGH, Urteil vom 8. 2. 2013 – V ZR 56/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte errichtete auf seinem Grundstück ein Doppelhaus, das nur über eine Heizungsanlage verfügt, die in der einen Doppelhaushälfte untergebracht ist und die andere mit Heizwärme und Warmwasser mitversorgt. Die mit der mitversorgten Doppelhaushälfte bebaute Teilfläche verkaufte er 1995 an ein Ehepaar. Der Kaufvertrag enthielt einen Hinweis auf das Fehlen einer eigenen Heizungsanlage und die Vereinbarung, dass der Beklagte die verkaufte Doppelhaushälfte gegen Erstattung der Verbrauchskosten und der Hälfte der Kosten für Instandhaltung, Wartung und Erneuerung mit Heizwärme und Warmwasser versorgt und für die Funktionsfähigkeit der Heizung Sorge trägt. Diese Vereinbarung sollte auch den Rechtsnachfolger des Verkäufers binden. 2001 verkauften die Erwerber ihre Doppelhaushälfte an den Kläger. Dieser Kaufvertrag enthält zu der Beheizung keine Regelung. Der Beklagte versorgte die Hälfte des Klägers zunächst weiter mit Heizwärme und Warmwasser. Mit Schreiben vom 8. Februar 2010 kündigte er die Vereinbarung und teilte mit, die Kappung der Leitungen solle im Zusammenhang mit einer Veränderung der Heizungsanlage erfolgen und werde rechtzeitig vorher angekündigt.

2 Der Kläger verlangt von dem Beklagten in erster Linie, seine Doppelhaushälfte gegen Abrechnung der anteiligen Kosten

weiterhin mit Heizwärme und Warmwasser mitzuversorgen, hilfsweise, ihm Zutritt zu dem Heizungsraum in dessen Doppelhaushälfte zu gewähren, damit er die witterungsbedingte Beheizung von dort selbst sicherstellen könne. Das Landgericht Lüneburg hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht Celle hat den Beklagten nach dem Hauptantrag verurteilt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts erreichen. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

**3 Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht leitet die Verpflichtung des Beklagten, den Kläger weiterhin mit Heizwärme zu versorgen, aus den Grundsätzen des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses ab. Die Beheizbarkeit und die Warmwasserversorgung eines Haushalts seien grundlegende und existenznotwendige Versorgungsgüter. Sie ließen sich zwar baulich auch auf anderem Wege erreichen. Hier aber sei die gemeinsame Versorgung von Anfang an so vorgesehen und sowohl bei den Ersterwerbenden während ihrer gesamten Besitzzeit als auch in den ersten sechs Jahren bei dem Kläger so gehandhabt worden. Aus der hieraus entstandenen gesetzlichen Sonderrechtsbeziehung könne sich der Beklagte allenfalls dann einseitig lösen, wenn dafür so gewichtige Gründe vorlägen, dass der dem Kläger zu gewährende Bestandsschutz zurückzustehen habe. Daran fehle es.

4 II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Der Kläger kann von dem Beklagten weder die mit dem Hauptantrag angestrebte (dauernde) Versorgung seiner Doppelhaushälfte mit Heizwärme und Warmwasser noch die mit dem Hilfsantrag geltend gemachte (dauernde) Duldung der Selbstbeheizung seiner Doppelhaushälfte unter Verwendung der Heizungsanlage und der Vorräte des Beklagten verlangen.

5 1. Die mit dem Hauptantrag geltend gemachte Versorgungsverpflichtung des Beklagten lässt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ableiten.

6 a) Nach der Rechtsprechung des Senats begründet der Gedanke von Treu und Glauben im Rahmen eines nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses in der Regel keine selbständigen Ansprüche, sondern wirkt sich hauptsächlich als bloße Schranke der Rechtsausübung aus (etwa Senat, Urteile vom 21. Oktober 1983 – V ZR 166/82, BGHZ 88, 344, 351 und vom 7. Juli 1995 – V ZR 213/94, NJW 1995, 2633, 2634 f.). Diese Schranke kann den Grundstückseigentümer zwingen, eine bestimmte eigene Nutzung seines Grundstücks zu unterlassen oder eine bestimmte Nutzung seines Grundstücks durch den Nachbarn zu dulden. Die Pflicht zur Rücksichtnahme muss sich zwar darauf nicht beschränken; sie kann den Grundstückseigentümer im Einzelfall auch zu positivem Handeln verpflichten (Senat, Urteile vom 29. April 1977 – V ZR 71/75, BGHZ 68, 350, 354 und vom 22. Februar 1991 – V ZR 308/89, BGHZ 113, 384, 389). Solche Ansprüche gegen den Grundstückseigentümer ergeben sich aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis aber in jedem Fall nur, wenn dies – über die gesetzlichen Regelungen hinausgehend – für einen billigen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwingend geboten erscheint (etwa Senat, Urteile vom 16. Februar 2001 – V ZR 422/99, NJW-RR 2001, 1208, 1209, vom 31. Januar 2003 – V ZR 143/02, NJW 2003, 1392 und vom 29. Juni 2012 – V ZR 97/11, NJW-RR 2012, 1160, 1162 Rn. 20; vgl. auch BVerfG, BVerfGK 11, 420, 433).

7 b) Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben.

8 aa) Ob sie im Einzelfall vorliegt, ist eine Frage tatrichterlicher Würdigung, die im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar ist. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist in diesem Rahmen aber zu beanstanden, weil es lediglich allgemeine Billigkeitserwägungen angestellt und den anzulegenden Prüfungsmaßstab verkannt hat. Die erforderliche Würdigung kann der Senat selbst nachholen, weil der Sachverhalt feststeht und weitere Erkenntnisse nicht zu erwarten sind.

9 bb) Danach fehlt es an zwingenden Gründen, die es geböten, den Beklagten auf unbestimmte Dauer zu verpflichten, die Doppelhaushälfte des Klägers mitzubehetzen.

10 (1) Es fehlt schon an einem schützenswerten Vertrauen des Klägers auf den unbefristeten Fortbestand der Versorgung. Seine Doppelhaushälfte ist zwar ohne eigene Heizungsanlage errichtet worden. Die Rechtsvorgänger des Klägers und dieser selbst haben die Doppelhaushälfte aber in Kenntnis dieses Umstands erworben. Beide haben es auch nicht für erforderlich gehalten, den Anschluss der Heizung und Warmwasserversorgung ihrer Doppelhaushälfte an die Heizungsanlage des Beklagten dinglich zu sichern. Die Rechtsvorgänger des Klägers haben sich mit einer schuldrechtlichen Regelung begnügt, die nur eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Beklagten, nicht aber eine Rechtsnachfolge auf ihrer Seite regelt und keinerlei Bestimmungen über eine mögliche Kündigung enthält. Sie haben damit in Kauf genommen, dass diese Form der Versorgung enden könnte und sie gezwungen sein könnten, ihre Doppelhaushälfte mit einer eigenen Heizungsanlage zu versehen. Das gilt umso mehr für den Kläger selbst, der sich mit der stillschweigenden Fortsetzung der Versorgung durch den Beklagten begnügt hat.

11 (2) Der Kläger ist ferner nicht darauf angewiesen, dass seine Doppelhaushälfte an die Heizungsanlage des Beklagten angeschlossen bleibt und so mitversorgt wird. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kann der Kläger seine Doppelhaushälfte mit einer eigenen Heizungsanlage versehen. Es mag zwar sein, dass der Einbau einer solchen Heizung, wie der Kläger behauptet, unverhältnismäßigen Aufwand verursacht, wenn er dazu ein neues Rohrleitungssystem einbauen lassen müsste und die vorhandenen Leitungen zur Versorgung seiner Doppelhaushälfte auf dem Grundstück des Beklagten nicht benutzen dürfte. Dieser Umstand könnte aber allenfalls dazu führen, dass der Beklagte dem Kläger die Nutzung dieser Leitungen für den Einbau einer neuen Heizung in seiner Doppelhaushälfte gestatten müsste. Eine Rechtfertigung dafür, es dem Beklagten zuzumuten, auf unbestimmte Zeit und ohne Entgelt eine Heizungsanlage mit entsprechenden Vorräten vorzuhalten und zu betreiben, die zur Versorgung beider Doppelhaushälften ausreicht, ergibt sich hieraus nicht.

12 c) Aus den vorgenannten Gründen ist der Beklagte aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis auch nicht verpflichtet, wie mit dem Hilfsantrag geltend gemacht, die Selbstbeheizung von dessen Doppelhaushälfte durch den Kläger unter Benutzung seiner Heizungsanlage und seiner Vorräte zu dulden.

13 2. Das Berufungsurteil erweist sich entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

14 a) Die Vorschrift des § 1004 Abs. 1 BGB kommt weder als Grundlage einer Versorgungsverpflichtung noch einer Duldungspflicht des Beklagten in Betracht. Die Norm setzt eine Beeinträchtigung des Eigentums des Klägers in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes voraus. Hierunter ist jeder dem Inhalt des Eigentums (§ 903 BGB) widersprechende Zustand zu verstehen (Senat, Urteile vom 19. Dezember 1975 – V ZR 38/74, BGHZ 66, 37, 39, vom 19. September 2003 – V ZR 319/01, BGHZ 156, 172, 175 [= NZM 2004, 75 = GuT 2003, 241 PM] und vom 1. Juli 2011 – V ZR 154/10, NJW-RR 2011, 1476, 1477 [= WuM 2011, 522 = NZM 2011, 632 = ZMR 2012, 310] Rn. 14). Um die Abwehr eines solchen Zustands geht es hier aber nicht. Der Kläger wendet sich mit seinen Anträgen nicht gegen eine Beeinträchtigung in seinen Rechten als Eigentümer durch den Beklagten. Dieser soll ihm durch die weitere Versorgung mit Heizwärme und Warmwasser oder die Duldung einer entsprechenden Selbstversorgung unter Benutzung der Heizungsanlage vielmehr Nutzungsmöglichkeiten erhalten, die sein Grundstück ohne diese Leistungen des Beklagten mangels einer eigenen Heizungsanlage nicht hätte. Das ist keine Abwehr einer Eigentumsbeeinträchtigung.

15 b) Beides – Mitbeheizung wie Duldung der Heizungsnutzung – kann der Kläger von dem Beklagten auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer gemeinschaftlichen Berechtigung an der Heizung auf Grund von § 743 Abs. 2 und § 745 Abs. 2 BGB verlangen. Anders als der Kläger meint, steht die Heizungsanlage in der Doppelhaushälfte des Beklagten nicht im Miteigentum der Parteien, mit der Folge, dass diese sie bis zu einer Auflösung der Gemeinschaft nach § 749 BGB gemeinschaftlich nutzen dürften, sondern im Alleineigentum des Beklagten. Dafür muss nicht entschieden werden, ob eine Heizungsanlage überhaupt wesentlicher Bestandteil zweier verschiedener Gebäude sein kann. Eine Heizungsanlage ist zwar auch dann Bestandteil des Gebäudes, dessen Beheizung sie dient, wenn sie sich auf einem anderen Grundstück befindet als demjenigen, dem das Gebäude zugeordnet ist (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2012 – V ZR 263/11, juris Rn.11 bis 13 [=MietRB 2013, 122 =Rpflerger 2013, 227 =GuFW 2013, 128 KL]). Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Heizungsanlage zur Errichtung des Gebäudes oder bei der Erneuerung oder dem Austausch der Heizungsanlage in das Gebäude eingefügt worden ist (Senat, Urteile vom 13. März 1970 – V ZR 71/67, BGHZ 53, 324, 326 und vom 19. Oktober 2012 – V ZR 263/11 aaO Rn. 11). Daran fehlt es hier. Die Doppelhaushälfte des Klägers sollte nach dem Kauf- und Bauvertrag des Beklagten mit den Rechtsvorgängern des Klägers abweichend von dem üblichen Standard ohne eine eigene Heizungsanlage errichtet und an ihrer Stelle ein Anschluss an die Heizungsanlage in der Doppelhaushälfte des Beklagten vorgesehen werden. Das hat zur Folge, dass die Heizungsanlage nur zur Errichtung der Doppelhaushälfte des Beklagten eingefügt worden ist und allein deren Bestandteil geworden ist.

16 c) Der ansonsten noch in Betracht kommende Anspruch aus einem Versorgungsvertrag gemäß § 311 Abs. 1 BGB scheidet, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, an der wirklichen Kündigung durch den Beklagten.

17 aa) Die Parteien haben allerdings stillschweigend eine Versorgungsvereinbarung geschlossen, indem sie die bisherige Form der Versorgung des Grundstücks des Klägers mit Heizung und Warmwasser tatsächlich fortsetzten. Diese Versorgungsvereinbarung war in Rechtsanalogie zu § 604 Abs. 3 und § 671 Abs. 1 BGB jederzeit kündbar. Der Beklagte sollte für die Mitversorgung der Doppelhaushälfte des Klägers kein Entgelt erhalten. Nach der aus den genannten Vorschriften zu entnehmenden Wertung des Gesetzgebers entspricht dem Fehlen eines Entgelts das Recht, das Vertragsverhältnis jederzeit zu beenden.

18 bb) Anhaltspunkte dafür, dass dieses Recht stillschweigend eingeschränkt oder ausgeschlossen worden ist, sind nicht ersichtlich. Schon die ausdrückliche Vereinbarung des Beklagten mit den Rechtsvorgängern des Klägers enthielt keine entsprechende ausdrückliche Regelung. Ob sich dieser Vereinbarung eine stillschweigende Einschränkung des Kündigungsrechts mit Rücksicht darauf entnehmen lässt, dass der Vertrag mit Rechtsnachfolgern des Beklagten fortgesetzt werden und damit auf Dauer angelegt sein sollte, muss hier nicht entschieden werden. Veranlassung, sich auf eine Einschränkung des Kündigungsrechts einzulassen, hatte der Beklagte allenfalls gegenüber den Rechtsvorgängern des Klägers. Diesen hatte er die Doppelhaushälfte ohne eine eigene Heizung verkauft, was ihn bewegen haben mag, sich stärker zu binden. Ein vergleichbares Motiv hat der Beklagte gegenüber dem Kläger jedenfalls nicht. Das Vorhandensein der Anlage legte es zwar nahe, es vorläufig bei der bisherigen Praxis zu belassen. Ebenso nahe lag es aber, sich die Möglichkeit zu erhalten, sich jederzeit von der Vereinbarung zu lösen. Die unentgeltliche Mitversorgung der anderen Doppelhaushälfte ließ sich auf Dauer sinnvoll nur fortführen, wenn der Kläger und der Beklagte ähnlich gut miteinander auskamen wie der Beklagte mit den Rechtsvorgängern des Klägers. Das konnten weder der Beklagte noch der Kläger überblicken. Sie durften die Vereinbarung deshalb beide jederzeit kündigen.

19 cc) Kündigen durfte der Beklagte in analoger Anwendung von § 671 Abs. 2 Satz 1 BGB jedoch nur in der Art, dass der Kläger für eine alternative Art der Versorgung seiner Doppelhaushälfte mit Heizwärme und Warmwasser Sorge tragen konnte. Diesen Anforderungen genügte die Kündigung, weil der Beklagte darin das Kappen der Leitungen für den Fall der Veränderung der Heizung angekündigt und eine rechtzeitige Unterrichtung des Klägers in Aussicht gestellt hat. Der Kläger wird deshalb – und muss aber auch – bei dem anstehenden Vollzug der Kündigung der Mitversorgung seiner Doppelhaushälfte ausreichend Zeit erhalten, diese mit einer eigenen Heizungsanlage auszustatten, bevor die Versorgung durch den Beklagten tatsächlich beendet wird.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Zur Wasserversorgung des Grundstücks vgl. BGH GuF 2012, 390 KL = NZM 2013, 246.

**§§ 635 a. F., 254 BGB**  
**Architektenhaftung; Planungsfehler; Schallschutz der Trennwände der Reihenhäuser-Wohnanlage; Mitverschulden des Bauträgers**

**a) Die Planung eines Architekten für einen Bauträger ist ungeachtet der mit diesem getroffenen Vereinbarung, Trennwände einschalig zu planen, mangelhaft, wenn sie den von den Vertragsparteien vorausgesetzten Zweck nicht erfüllt, eine mangelfreie Veräußerung des so errichteten Bauwerks an die Erwerber zu ermöglichen, weil diesen eine zweischalige Ausführung der Trennwände geschuldet wird.**

**b) Den Bauträger trifft ein erhebliches Mitverschulden an dem durch Inanspruchnahme der Erwerber wegen unzureichenden Schallschutzes entstandenen Schaden, wenn er blind auf die rechtliche Annahme des Architekten vertraut hat, Reihenhäuser müssten keine doppelschalige Ausführung haben, wenn sie als „senkrecht geteilte Wohneinheiten“ verkauft würden.**

(BGH, Urteil vom 20. 12. 2012 – VII ZR 209/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Bauträgerin, macht gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche aus einem Architektenvertrag geltend.

2 Die Klägerin errichtete 2001 in K. ihrem äußeren Erscheinungsbild nach zwei Reihenhäuserzeilen mit jeweils fünf Reihenhäusern und einer zwischen den Gebäudezeilen liegenden Tiefgarage. Mit der Planung und Bauüberwachung hatte sie den Beklagten mündlich beauftragt. Dieser plante die Objekte mit einschaligen Trennwänden, die Tiefgarage ohne zweiten Rettungsweg und die Tiefgaragenzufahrt mit einer zu steilen Neigung.

3 Die Klägerin veräußerte die Wohneinheiten als „Reihenhäuser in Form von Wohnungseigentum“. In drei Rechtsstreitigkeiten gegen die Erwerber konnte sie den von ihr beanspruchten restlichen Erwerbspreis im Hinblick auf Mängel des Schallschutzes und der Tiefgarage nicht realisieren. Die insoweit angeblich entstandenen Kosten und Auslagen in Höhe von 23.110,40 € verlangte sie von dem Beklagten ersetzt. In zwei weiteren Verfahren verlangten die Erwerber die Feststellung, dass die restlichen Vergütungspflichten aus den Bauträgerverträgen infolge Minderung erfüllt seien und die Klägerin zur teilweisen Rückzahlung des Erwerbspreises verpflichtet sei.

4 Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 23.110,40 € nebst Zinsen zu verurteilen, ihn weiter zu verurteilen, sie von allen Ansprüchen freizustellen, die in den zwei weiteren Verfahren gegen sie erhoben wurden, sowie festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr jeglichen Schaden zu ersetzen, der daraus entstanden ist, dass er die zehn Reihenhäuser nicht mit zweischaligen Trennwänden ge-

plant bzw. hat ausführen lassen, die Tiefgaragenzufahrt der WEG-Anlage zu steil angelegt hat sowie den zweiten Fluchtweg weder geplant noch hat ausführen lassen.

5 Das Landgericht Karlsruhe hat der Feststellungsklage betreffend den zweiten Rettungsweg stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt und zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 23.110,40 € nebst Zinsen zu zahlen und festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeglichen Schaden daraus zu ersetzen, dass er die Reihenhäuser nicht mit zweischaligen Trennwänden geplant hat bzw. hat ausführen lassen.

6 Das Berufungsgericht [OLG Karlsruhe] hat den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 19.220,61 € nebst Zinsen zu zahlen und dem Feststellungsantrag entsprochen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

7 **Aus den Gründen:** Die Revision hat teilweise Erfolg. Die Klägerin kann von dem Beklagten lediglich ein Drittel des Schadens ersetzt verlangen, der darauf beruht, dass der Beklagte die zehn Reihenhäuser nicht mit zweischaligen Trennwänden geplant hat und hat ausführen lassen.

8 Auf das Schuldverhältnis sind die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge geltenden Rechtsvorschriften anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

9 I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Planung des Beklagten sei objektiv mangelhaft, da er für die zu errichtenden Reihenhäuser lediglich einschalige Haustrennwände mit einem entsprechend zu geringen Schallschutzmaß vorgesehen habe. Zum Zeitpunkt der Planung im Jahre 2000 seien Einfamilien-Reihenhäuser nach den anerkannten Regeln der Technik bereits mit zweischaligen Haustrennwänden auszuführen gewesen. Ein dementsprechendes Schallschutzniveau von mindestens 62 dB habe der Beklagte nach dem Inhalt des Architektenvertrags vorsehen müssen. Der Beklagte, der keine Wohnungen in Mehrfamilienhäusern habe planen sollen, habe das Konzept von „senkrecht geteilten Wohneinheiten“ entwickelt, womit die zweischalige Ausführung der Haustrennwände aufgegeben und Einbußen beim Schallschutz hingenommen worden seien. Tatsächlich seien aber weiterhin Reihenhäuser zu planen gewesen. Insoweit komme es nicht darauf an, ob es sich dinglich-rechtlich um Reihenhäuser auf eigenem Grundstück oder um Wohnungseigentum auf ungeteiltem Grund handele. Maßgeblich sei das bautechnische Erscheinungsbild des Objekts. Der Beklagte habe daher ein Schallschutzniveau vorzusehen gehabt, wie es zum Zeitpunkt der Planung für Reihenhäuser den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen habe.

10 Für die damit objektiv mangelhafte Planung mit einem abgesetzten Schallschutzniveau müsste der Beklagte nur dann nicht haften, wenn die Klägerin das Risiko der nicht funktionstauglichen Planung vertraglich übernommen hätte. Allein aus der Vereinbarung, die Häuser mit einschaligen Haustrennwänden und einem Schallschutzniveau wie beim Geschosswohnungsbau zu planen, ergebe sich nicht, dass die Parteien sich einig gewesen seien, dass eine nicht funktionstaugliche und damit mangelhafte Planung habe erstellt werden sollen. Denn sowohl die Klägerin als auch der Beklagte seien ersichtlich davon ausgegangen, dass es zulässig sei, Reihenhäuser mit einem Schallschutzstandard wie im Geschosswohnungsbau zu planen, wenn diese lediglich nach dem Wohnungseigentumsgesetz geteilt und damit rechtlich als Wohnungseigentum anzusehen seien. Eine vertragliche Vereinbarung, dass der Beklagte eine mangelhafte Planung liefern dürfe, wäre nur dann anzunehmen, wenn die Klägerin über den Mangel der Planung vollständig aufgeklärt worden wäre und sich dann mit der Absenkung des Schallschutzstandards einverstanden gezeigt hätte. Das sei nicht der Fall gewesen. Der Beklagte habe die Klägerin zwar darauf hingewiesen, dass bei der gewählten Ausführungsart mit ein-

schaligen Haustrennwänden und durchgehenden Geschosssdecken der übliche Schallschutzstandard für Reihenhäuser nicht erreicht werden würde. Er habe aber nicht deutlich gemacht, dass die Planung damit objektiv mangelhaft sein würde, da tatsächlich Reihenhäuser und keine Geschosswohnungen errichtet werden sollten. Den Gesellschaftern der Klägerin sei lediglich klar gewesen, dass sie Pläne erhielten, die beim Schallschutz dem Standard im Geschosswohnungsbau entsprechen würden. Dass ihnen damit auch klar gewesen sei, dass sie Häuser mit einer mangelhaften Schalldämmung erhalten würden, die nur mit einer konkreten Vereinbarung zur Abweichung des Schallschutzstandards vom Stand der Technik erfolgreich an die Erwerber vertrieben werden könnten und sie dieses Risiko damit selbst tragen wollten, stehe nicht fest.

11 Ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB müsse sich die Klägerin nicht anrechnen lassen. Allein eine allenfalls fahrlässige Verwertung der fehlerhaften Planung des Beklagten durch die Klägerin, ohne sich über die Risiken für die Vertriebsmöglichkeiten hinsichtlich des Schallschutzstandards zu vergewissern, könne ein Mitverschulden im Bereich der Aufklärungspflichten des Architekten nicht begründen.

12 II. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

13 1. Die Erwerber haben die Klägerin in Anspruch genommen, weil die von ihnen erworbenen Objekte lediglich durch eine einschalige Wand von den benachbarten Objekten getrennt und der erforderliche Schallschutz nicht eingehalten worden war. Für den der Klägerin aus dieser Inanspruchnahme entstandenen Schaden haftet der Beklagte dem Grunde nach gemäß § 633 Abs. 1, § 635 BGB, weil er die Objekte mit unzureichendem Schallschutz geplant hat.

14 a) Die Planung eines Architekten ist mangelhaft, wenn sie nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Der vertraglich geschuldete Erfolg bestimmt sich nicht allein nach der zu seiner Erreichung vereinbarten Leistung oder Ausführungsart, sondern auch danach, welche Funktion das Werk nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit liegt deshalb auch dann vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck des Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt. Das gilt unabhängig davon, ob die Parteien eine bestimmte Leistung, wie z. B. ein bestimmtes Planungsdetail, vereinbart haben (BGH, Urteil vom 29. September 2011 – VII ZR 87/11, BauR 2012, 115, 117 = NZBau 2011, 746 m.w.N.)

15 b) Nach diesen Grundsätzen ist die Planung des Beklagten mangelhaft.

16 aa) Das folgt allerdings entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht daraus, dass die Planung „objektiv“ mangelhaft ist. Maßgebend ist der subjektive Mangelbegriff, so dass auf die von den Parteien vereinbarte Beschaffenheit abzustellen ist. Diese ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln.

17 bb) Die vom Berufungsgericht unterlassene Auslegung des Vertrages hinsichtlich der vereinbarten Beschaffenheit, insbesondere hinsichtlich der nach dem Vertrag vorausgesetzten oder vereinbarten Funktion der Planung kann der Senat selbst nachholen, weil weitere Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind.

18 Danach war der Beklagte zunächst beauftragt, für die Klägerin zwei Reihenhäuserzeilen mit jeweils fünf Reihenhäusern zu planen. Diese Planung diene nicht nur der Bebauung des Grundstücks mit diesen Reihenhäusern. Dem Beklagten war bekannt, dass die Klägerin als Bauträgerin die von ihr errichteten Reihenhäuser veräußern wollte. Die Planung verfolgte auch den Zweck, die Veräußerung als Reihenhäuser zu ermöglichen und eine Inanspruchnahme der Klägerin wegen Planungsfehlern zu vermeiden. Maßgeblich ist insoweit die Übereinstimmung der Planung mit der von den Parteien entwickelten Vorstellung von dem an die zukünftigen Erwerber zu veräußernden Objekt. Ein-



seitige Vorstellungen der Klägerin, mit welchen Qualitätsstandards sie die Reihenhäuser vermarkten wollte, bleiben unberücksichtigt.

19 Der Beklagte hat sodann zur Kostenersparnis für die Klägerin das Konzept von „senkrecht geteilten Wohneinheiten“ entwickelt, das eine lediglich einschalige Ausführung der Trennwände auf der Grundlage vorsah, dass Reihenhäuser mit einem Schallschutzstandard wie im Geschosswohnungsbau geplant und veräußert werden können, wenn diese nach dem Wohnungseigentumsgesetz geteilt werden und damit rechtlich als Wohnungseigentum anzusehen sind. Die Klägerin hat diesem Konzept in Kenntnis des Umstandes zugestimmt, dass Reihenhäuser nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik eine doppelschalige Ausführung der Trennwände erfordern.

20 Es kann dahinstehen, ob die Abrede, Reihenhäuser zu planen, dadurch geändert worden ist, dass die Parteien auf Vorschlag des Beklagten übereingekommen sind, die Wohnobjekte mit einschaligen Trennwänden auszuführen. Denn diese Vereinbarung ändert jedenfalls nichts an der Zweckbestimmung der von dem Beklagten geschuldeten Planung. Es ging nach wie vor darum, eine Planung zu erstellen, mit der die Klägerin die Objekte auf der Grundlage der gemeinsamen Vorstellung der Parteien ohne Mängelrügen der Erwerber vermarkten konnte.

21 cc) Diese Zweckbestimmung hat die Planung des Beklagten verfehlt, so dass sie mangelhaft ist.

22 (1) Dabei ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass beide Parteien annahmen, es sei zulässig, die Objekte mit einem Schallschutzstandard wie „Geschosswohnungen, die nach dem Wohnungseigentumsgesetz geteilt worden sind“, zu planen. Auch die dermaßen veräußerten Objekte – die Klägerin hat sie abweichend davon als „Reihenhäuser in Form von Wohnungseigentum“ angeboten – hätten einen mangelhaften Schallschutz aufgewiesen. Denn die Erwerber hätten die Objekte zu Recht als solche eingeordnet, die in der konstruktiven Ausführung denjenigen von Reihenhäusern entsprachen, weil die übereinander liegenden Geschosse zusammen angeboten waren (senkrecht geteilte Wohneinheiten) und jede dermaßen gebildete Einheit einen separaten Eingang hatte, so dass sie nach ihrem äußeren Erscheinungsbild Reihenhäusern entsprachen. Allein die davon abweichende und nicht aus sich heraus verständliche Benennung als „Geschosswohnungen, die nach dem Wohnungseigentumsgesetz geteilt worden sind“, hätte nichts daran geändert, dass nach dem objektiven Inhalt der Verträge zwischen der Klägerin und den Erwerbern Einheiten verkauft werden sollten, die in der Konstruktion und Ausführung insbesondere den Schallschutz betreffend Reihenhäusern entsprachen.

23 (2) Die Erwerber können gegen die Klägerin Mängelansprüche wegen des planungsbedingt mangelhaften Schallschutzes geltend machen. Nach den unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind Reihenhäuser nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik mit zweischaligen Trennwänden auszuführen und es ist der dadurch erreichbare Luftschallschutz von mindestens 62 dB geschuldet (vgl. auch BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – VII ZR 45/06, BGHZ 172, 346, 351 f., 355 f. [= WuM 2007, 640 = NZM 2007, 651 = GuF 2007, 382 KL]). Die Klägerin schuldet den Erwerbern die Einhaltung dieser Anforderungen nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als vom Unternehmer grundsätzlich einzuhaltender Mindeststandard gelten (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 – VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16, 19 [= NJW 1998, 2814]). Sie hat mit den Erwerbern nicht dadurch eine von diesem Mindeststandard abweichende Vereinbarung getroffen, dass sie in der Baubeschreibung angegeben hat, die Haustrennwände würden aus „Kalksandstein d=30 cm einschalig“ ausgeführt werden. Daraus erschloss sich für die Erwerber nicht, dass die ihnen verkauften Reihenhäuser nicht diejenigen Qualitäts- und Komfortstandards aufwiesen, die auch vergleichbare andere, zeitgleich fertiggestellte Reihenhäuser er-

füllten. Für eine abweichende Vereinbarung reicht der Hinweis auf die einschalige Haustrennwand in der Baubeschreibung nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juni 2009 – VII ZR 54/07, BGHZ 181, 225, 230 [= WuM 2009, 418]). Ein Erwerber kann daraus mangels Fachkunde nicht ersehen, dass wegen dieser Bauausführung ein den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechender Schallschutz nicht erreicht wird.

24 (3) Die Planung des Beklagten sieht lediglich eine einschalige Ausführung vor, die den von der Klägerin mindestens geschuldeten Schallschutzwert von 62 dB in der Ausführung nicht erreicht. Der Beklagte hat diesen Mangel seiner Planung auch zu vertreten. Seine Planung beruht auf dem Irrtum, den Erwerbern werde kein Standard von Reihenhäusern geschuldet, wenn die geplanten Objekte ihrem äußeren Erscheinungsbild Reihenhäusern entsprechen, jedoch als „Geschosswohnungen, die nach Wohnungseigentumsgesetz geteilt worden sind“, veräußert werden. Dieser Irrtum ist vermeidbar, denn dem Beklagten hätte es ohne Weiteres einleuchten müssen, dass es für im Baugewerbe nicht erfahrene Erwerber keine Rolle spielt, welche rechtliche Konstruktion gebildet wird, um Objekte zu erwerben, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild als Reihenhäuser einzuordnen sind.

25 2. Eine Haftung des Beklagten scheidet nicht deshalb aus, weil die Klägerin das sich aus dem verminderten Schallschutz ergebende Risiko durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung übernommen hätte. Allerdings können die Parteien rechtsgeschäftlich vereinbaren, dass der Auftraggeber das Risiko übernimmt, die Planung werde die an sich vorausgesetzte Funktion und ihren eigentlichen Zweck nicht erfüllen. Da ein Architektenvertrag einem dynamischen Anpassungsprozess unterliegt, kann eine vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber auch nach Vertragsschluss im Rahmen der Abstimmung über das geplante Bauvorhaben erfolgen. Voraussetzung für eine derartige vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber ist, dass dieser die Bedeutung und Tragweite des Risikos erkannt hat, welches durch die Abänderung der Planung entsteht (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – VII ZR 8/10, BauR 2011, 869 Rn. 22 = NZBau 2011, 360 [= NZM 2011, 320]; Urteil vom 9. Mai 1996 VII ZR 181/93, BauR 1996, 732, 734).

26 Zutreffend hat das Berufungsgericht entschieden, dass eine Risikoübernahme nicht vorliegt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind sowohl der Beklagte als auch die Klägerin davon ausgegangen, dass die von dem Beklagten vorgeschlagene Lösung nicht zu Problemen mit den Erwerbern führt. Den Gesellschaftern der Klägerin war zwar bekannt, dass Reihenhäuser mit Trennwänden in zweischaliger Ausführung zu errichten waren, sollten sie den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Sie unterlagen aber dem vom Beklagten genährten Irrtum, die Erwerber könnten keinen höheren Schallschutz als für Geschosswohnungen verlangen, wenn die Objekte als „Geschosswohnungen“ verkauft würden. Die Klägerin hat deshalb nicht das Risiko übernehmen wollen, das in dieser Fehleinschätzung lag. Vielmehr ging sie erkennbar davon aus, dass die rechtliche Konstruktion nicht nachteilig für sie sein werde. Andere Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

27 3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber ein Mitverschulden der Klägerin an dem ihr infolge der fehlerhaften Planung durch Inanspruchnahme der Erwerber entstandenen Schaden verneint. Die Klägerin hatte, wie bereits ausgeführt, mit dem Beklagten die Vereinbarung getroffen, dass die Wohneinheiten als „senkrecht geteilte Wohnungen“ geplant werden sollten. Dabei ist sie, ebenso wie der Beklagte, davon ausgegangen, dermaßen verkaufte Objekte genügen den Anforderungen an den Schallschutz, wenn dieser dem Schallschutz im Geschosswohnungsbau entsprach und die Trennung der Wohneinheiten einschalig erfolgte. Diese Einschätzung beruhte auf der fehlerhaften rechtlichen Bewertung des Inhalts der mit den Erwerbern geschlossenen Verträge. Diese Bewertung ist außerordentlich fern liegend. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die im Baugewerbe erfahrene Klägerin ernsthaft der Meinung sein

konnte, ein nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik für Reihenhäuser geschuldeter Schallschutz sei nicht erforderlich, wenn sie die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild errichteten Reihenhäuser als Geschosswohnungen in vertikaler Aufteilung oder, wie es dann tatsächlich geschehen ist, als „Reihenhäuser in Form von Wohnungseigentum“ veräußert. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass ein Auftraggeber nicht blind auf eine rechtliche Annahme eines planenden Architekten vertrauen darf (BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – VII ZR 8/10, BauR 2011, 869 Rn. 44 f. = NZBau 2011, 360). Der Auftraggeber darf nicht die Augen davor verschließen, dass diese Annahme allem Anschein nach unzutreffend ist, und darf nicht ohne Weiteres auf der Grundlage einer infolge dieser unzutreffenden Annahme fehlerhaften Planung das Bauwerk errichten lassen. Vielmehr ist er im eigenen Interesse gehalten, eine erkennbar zweifelhafte Rechtsauffassung des Architekten zu überprüfen und falls notwendig dazu Rechtsrat einzuholen. Das gilt auch, soweit ein Bauträger aufgrund seiner Sachkunde erkennen muss, dass die rechtliche Annahme letztlich dazu führen könnte, Erwerber in ihrer berechtigten Erwartungshaltung zu enttäuschen.

28 Gemäß § 254 Abs. 1 BGB sind die Verursachungs- und Verschuldensbeiträge der Klägerin und des Beklagten gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung kann der Senat selbst vornehmen, weil weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind. Dabei ist davon auszugehen, dass der Beklagte mit seinem unzutreffenden Hinweis, es könnten statt Reihenhäuser „senkrecht geteilte Wohneinheiten“ geplant und ausgeführt werden, die auch nur den Schallschutz von Wohnungen erfordern würden und deshalb mit einschaligen Trennwänden geplant und ausgeführt werden könnten, den „Grundstein“ für den unzureichenden Schallschutz der Reihenhäuser gelegt hat. Auf der anderen Seite fällt ganz erheblich ins Gewicht, dass die Klägerin jegliche naheliegende Überlegung zu diesem Vorschlag unterlassen und dann sogar die Wohneinheiten später als Reihenhäuser vermarktet hat, obwohl ihr bewusst war, dass diese Wohneinheiten den für Reihenhäuser üblichen Schallschutz nicht besitzen. Bei Berücksichtigung dieser Umstände erscheint es gerechtfertigt, den Beklagten zu einem Drittel und die Klägerin zu zwei Dritteln für den aus der mangelhaften Planung erwachsenen und noch erwachsenden Schaden haften zu lassen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 633 BGB a. F.

#### Architektenvertrag; Einplanung des Kostenrahmens des Bauherrn des Wohnhauses

**a) Der Architekt verletzt regelmäßig seine Vertragspflichten, wenn er ohne verlässliche Kenntnis von den wirtschaftlichen Möglichkeiten des privaten Auftraggebers die Planung eines Wohnhauses vornimmt.**

**b) Die vom Auftraggeber im Rahmen der Grundlagenermittlung dem Architekten gegenüber zum Ausdruck gebrachten Kostenvorstellungen sind in dem Sinne verbindlich, dass sie vorbehaltlich einer Änderung den Planungsrahmen bestimmen und jedenfalls dann regelmäßig zum Vertragsinhalt werden, wenn der Architekt ihnen nicht widerspricht.**

**c) Diese Kostenvorstellungen sind auch dann beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme, mit denen ein Kostenrahmen abgesteckt wird.**

(BGH, Urteil vom 21. 3. 2013 – VII ZR 230/11)

**Hinw. d. Red.:** Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 51/2013 vom 21. 3. 2013:

»Bundesgerichtshof präzisiert Pflichten des Architekten

Der unter anderem für das Architektenrecht zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat heute über die Pflichten eines Architekten im Hinblick auf die Ermittlung und Berücksichtigung der Kosten eines von ihm zu planenden Bauwerks entschieden (Urteil vom 21. 3. 2013 – VII ZR 230/11).

Der Beklagte beauftragte 1998 einen Architekten mit der Genehmigungsplanung für ein Wohnhaus. Die vom Architekten vorgelegte Planung wurde nicht realisiert. Nach der Behauptung des Beklagten war sie für ihn unbrauchbar, weil sie mit Baukosten von über 1,5 Mio. DM weit über dem vorgegebenen Kostenrahmen von 800.000 DM gelegen habe. Der Architekt stellte dem Beklagten die erbrachten Planungsleistungen in Rechnung und erhob gegen ihn schließlich Klage auf Zahlung des Honorars.

Die Klage hat in den Vorinstanzen überwiegend Erfolg gehabt. Das Berufungsgericht hat den Einwand des Beklagten, die Planung sei für ihn unbrauchbar gewesen, nicht gelten lassen. Eine vom Architekten bei seiner Planung einzuhaltende Bausummenobergrenze von 800.000 DM sei nicht vereinbart worden.

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, der Architekt sei grundsätzlich verpflichtet, bereits im Rahmen der sogenannten Grundlagenermittlung mit dem Auftraggeber den wirtschaftlichen Rahmen für ein Bauvorhaben abzustecken und dessen Kostenvorstellungen zu berücksichtigen. Diese dem Architekten gegenüber zum Ausdruck gebrachten Kostenvorstellungen seien in dem Sinne verbindlich, dass sie – vorbehaltlich einer nachträglichen Änderung – den Planungsrahmen bestimmen und jedenfalls dann regelmäßig zum Vertragsinhalt werden, wenn der Architekt ihnen nicht widerspricht. Solche Kostenvorstellungen sind nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs auch dann beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme, mit denen ein Kostenrahmen abgesteckt wird. Etwaige Zweifel über den Umfang des Kostenrahmens muss der Architekt aufklären, was auch durch die von der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure erfassten Kostenermittlungen für den Auftraggeber geschehen kann. Überschreitet der Architekt den vorgegebenen Kostenrahmen und ist die Planung deshalb unbrauchbar, so kann der Anspruch auf Honorar entfallen. Der Bundesgerichtshof hat die Nichtbeachtung dieser Grundsätze durch das Berufungsgericht beanstandet und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.«

### §§ 94, 912 BGB – Öltank außerhalb des Gebäudes als wesentlicher Bestandteil des Wohnhauses

a) Ein Öltank ist auch dann wesentlicher Bestandteil eines Wohnhauses, dessen Beheizung er dient, wenn er nicht in das Gebäude, sondern in das Erdreich eingebracht worden ist.

b) Auf einen solchen Tank finden die Regelungen der §§ 912 ff. BGB über den Überbau weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung.

(BGH, Urteil vom 19. 10. 2012 – V ZR 263/11)

**Hinw. d. Red.:** Vgl. BGH – V ZR 56/12 – GuF-W 2013, 123 Rn. 15 (in diesem Heft).

# Magazin

**BGH-Pressmitteilung Nr. 124/2013 vom 16. 7. 2013**

## **Ankaufsrecht des Landes an begrünten privaten Innenhöfen im früheren Ostteil von Berlin – Bundesgerichtshof klärt die Ankaufsbedingungen**

Den Beklagten gehört ein älteres Miethaus mit einem Innenhof im Bezirk Pankow von Berlin. Der Innenhof war ursprünglich vollständig von dem Miethaus der Beklagten und den angrenzenden Miethäusern anderer Eigentümer umgeben. Im Jahr 1982 wurde im Rahmen einer damals so genannten Volkswirtschaftlichen Masseninitiative (VMI) eine Reihe von privaten Innenhöfen unter Mitwirkung von Bürgern begrünt und verschönert, darunter, unter zwischen den Parteien im Einzelnen streitigen Umständen, auch eine Teilfläche des Innenhofs auf dem Grundstück der Beklagten, der bepflanzt und mit Wegen, Beeten, einem Spielplatz und einer Hirschskulptur versehen wurde, weshalb er seitdem Hirschhof heißt. Er war längere Zeit für die Öffentlichkeit zugänglich. Das Land Berlin versuchte zunächst mit den Beklagten und den anderen Eigentümern zu einer Einigung über die Nutzung des Hirschhofs zu gelangen, brach die Verhandlung dann aber ab und beantragte ein notarielles Vermittlungsverfahren nach dem Verkehrsflächenbereinigungsgesetz, das am Widerstand der Beklagten scheiterte. Es beantragt jetzt, seine Berechtigung festzustellen, den Beklagten den begrünten Teil des Innenhofs zu dem in dem Verkehrsflächenbereinigungsgesetz für Verkehrsflächen vorgeschriebenen Preis – das sind höchstens 15 €/m<sup>2</sup> – abzukaufen. Zu Verkehrsflächen gehören nach dem Gesetz auch öffentliche Grünanlagen. Das Landgericht Berlin (37 O 302/10) hat die Klage abgewiesen. Das Kammergericht (7 U 145/11) hat ihr stattgeben.

Das Verkehrsflächenbereinigungsgesetz gibt öffentlichen Nutzern privater Grundstücke einen gesetzlichen Anspruch auf Verkauf von vor der Wiedervereinigung in Anspruch genommenen Flächen zu einem festgelegten Preis. Der Preis beträgt bei Flächen, auf denen sich Straßen, Wege, Plätze, Eisenbahnlinien oder auch Parks und Grünanlagen befinden, ein Fünftel des Verkehrswerts, höchstens – je nach Gemeindegröße – zwischen 5 €/m<sup>2</sup> und 15 €/m<sup>2</sup>, in Berlin also höchstens 15 €/m<sup>2</sup>. Diese Regelung war notwendig geworden, weil in der DDR auch bei der Errichtung von Verkehrsanlagen, Verwaltungsgebäuden, See- und Verkehrsflughäfen, Parks und anderen öffentlichen Einrichtungen die rechtlichen Verhältnisse oft nicht beachtet und solche Einrichtungen auch auf privaten Grundstücken errichtet wurden, ohne mit den Eigentümern die erforderlichen rechtlichen Regelungen zu treffen. Solange die DDR bestand, blieb das folgenlos, weil der Eigentümer keine Aussicht gehabt hätte, den Staat auf Herausgabe seines Grundstücks zu verklagen. Nach der Wiedervereinigung mussten auch diese Nutzungsverhältnisse neu geordnet werden. Dem dient das Verkehrsflächenbereinigungsgesetz.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsurteil wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben (V ZR 85/12 – Urteil vom 12. Juli 2013). Das Berufungsgericht hatte es versäumt, die von dem Land für seine Behauptung, der Hirschhof sei von jeher der Öffentlichkeit zugänglich gewesen, benannten Zeugen zu vernehmen.

Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Für die neue Verhandlung hat der Senat zu den nachfolgenden, für den Ausgang des Rechtsstreits wesentlichen Rechtsfragen folgenden Hinweise gegeben:

1. Ist die Begrünung des Hirschhofs eine tatsächliche Inanspruchnahme für die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe (§ 1 Abs. 1 Satz 1 VerkFlBerG)?

Die Schaffung von Grünanlagen dient der Daseinsvorsorge und damit einer Verwaltungsaufgabe. Ein privater Innenhof ist

aber normalerweise der Öffentlichkeit nicht frei zugänglich und bleibt ein befriedetes privates Besitztum, auch wenn man ihn durch die offene Haustür oder eine Toreinfahrt betreten könnte. Anders kann es sein, wenn in einem Innenhof eine auch für die Öffentlichkeit zugängliche „Stadtoase“ geschaffen und diese durch den Staat der Öffentlichkeit geöffnet wird.

2. Besteht der Ankaufsanspruch des Staats nur, wenn die öffentliche Nutzung überwiegt?

Auch wenn ein begrünter Innenhof der Öffentlichkeit zugänglich ist, bleibt er jedenfalls auch ein privater Innenhof, den die Bewohner der angrenzenden Miethäuser privat nutzen. Das Verkehrsflächenbereinigungsgesetz regelt eine solche Mischnutzung bei Gebäuden und bestimmt (§ 1 Abs. 1 Satz 5 VerkFlBerG), dass in diesem Fall ein Ankaufsrecht des Staats nur bestehen soll, wenn die öffentliche Nutzung überwiegt. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass diese Regelung auch für andere Formen einer gemischten staatlichen und privaten Nutzung gilt, zum Beispiel für die vorliegende Nutzung eines Innenhofs.

3. Gilt der Ankaufspreis von bis zu 15 €/m<sup>2</sup> auch für eine Innenhofbegrünung?

Der genannte niedrige Preis gilt für Verkehrsflächen. Zu diesen gehören neben den Straßen, Wegen und Plätzen auch öffentliche Parks und Grünanlagen. Eine Grünanlage liegt aber nicht schon vor, wenn eine Fläche überhaupt begrünt ist, sondern nur, wenn die Nutzung gärtnerisch gestalteter Natur zur Erholung der Anlage ihr Gepräge gibt. Für die so genannten „Plansche“ in der Nähe des ehemaligen Berliner Nordbahnhof hat der Bundesgerichtshof das verneint (Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 122/05, NJW-RR 2006, 805), weil sie ein begrünter Kinderspielplatz ist. Im vorliegenden Fall wird festzustellen sein, ob der Hirschhof nur ein begrünter Innenhof oder eine Grünanlage in einem Innenhof ist.

Maßgeblich ist bei der Beantwortung aller drei Fragen der Zustand am 3. Oktober 1990, der auch heute noch vorhanden sein muss.

Die zitierten Vorschriften des Verkehrsflächenbereinigungsgesetzes lauten:

### § 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet belegene Grundstücke privater Eigentümer, sofern sie frühestens seit dem 9. Mai 1945 und vor dem 3. Oktober 1990 für die Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe tatsächlich in Anspruch genommen wurden, einer Verwaltungsaufgabe noch dienen und

1. Verkehrsflächen im Sinne dieses Gesetzes sind oder

2. vor dem 3. Oktober 1990 für die Erfüllung einer sonstigen Verwaltungsaufgabe mit einem Gebäude oder einer sonstigen baulichen Anlage bebaut worden sind.

... (Satz 5:) Dient das Gebäude oder die bauliche Anlage auch anderen als öffentlichen Zwecken, findet dieses Gesetz nur im Fall überwiegender öffentlicher Nutzung Anwendung.

### § 2 Begriffsbestimmungen

... (2) Verkehrsflächen im Sinne dieses Gesetzes sind

1.-4. ....

5. öffentliche Parkflächen und Grünanlagen.

**BMU-Pressmitteilung vom 21. 8. 2013**

## **Neue Vorschriften zum Schutz vor elektromagnetischen Feldern in Kraft**

Die neuen Vorschriften über elektromagnetische Felder und das telekommunikationsrechtliche Nachweisverfahren treten

am morgigen Donnerstag, 22. August 2013, in Kraft. Die von der Bundesregierung mit Zustimmung von Bundestag und Bundesrat beschlossene Änderungsverordnung umfasst insbesondere auch Regelungen zum vorsorgenden Gesundheitsschutz.

Zweck der Verordnung ist der Schutz und die Vorsorge vor möglichen Gesundheitsrisiken durch elektrische, magnetische und elektromagnetische Felder. Die neugefassten Vorschriften enthalten zum Beispiel Grenzwerte für die von Mobilfunkmasten verursachten elektromagnetischen Felder. Umfasst sind aber auch Anwendungsbereiche elektrischer Energie, die mit niederfrequenten elektrischen und magnetischen Feldern verbunden sind, wie z. B. die Stromübertragung.

Die novellierte Verordnung über elektromagnetische Felder und das telekommunikationsrechtliche Nachweisverfahren („26. BImSchV“ und „BEMFV“) passt die Vorschriften dem heutigen technischen und wissenschaftlichen Stand an. So sieht die Verordnung jetzt auch Regelungen für Hochspannungsgleichstromübertragungsanlagen (HGÜ-Anlagen) vor – eine neue Technik, die beim Stromnetzausbau eingesetzt werden wird, aber bislang ungeregelt war.

Die Neuregelungen umfassen insbesondere auch Regelungen zum vorsorgenden Gesundheitsschutz. Neue Stromtrassen dürfen künftig Wohngebäude nicht mehr überspannen. Ebenso sind beim Ausbau der Stromnetze elektrische und magnetische Felder möglichst zu minimieren. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung werden nicht nur gewerblich betriebene Funkanlagen, sondern auch private und hoheitlich betriebene Anlagen erfasst.

**Hinw. d. Red.:** BMU = Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit.

Die „Bekanntmachung der Neufassung der Verordnung über elektromagnetische Felder“ vom 14. August 2013 ist in BGBII Nr. 50 Seiten 3266-3272 am 21. 8. 2013 veröffentlicht worden.

### **BMWi-Pressemitteilung vom 7. 10. 2013**

#### **Deutsches Smart Metering Konzept passiert EU-Notifizierungsverfahren**

Der Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), Stefan Kapferer, erklärt zum Abschluss des europäischen Notifizierungsverfahren zum Entwurf der Messsystemverordnung:

„Der Entwurf schafft die technische und organisatorische Basis für den Einsatz von intelligenten Messsystemen für Strom und Gas.

<http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Netzausbau/intelligente-netze-und-intelligente-zaehler.html>

Diese sogenannten Smart Meter zeigen nicht nur an, wie viel Strom verbraucht wird, sondern geben Auskunft über die Nutzungszeit und ermöglichen die mithilfe eines Schutzprofils geschützte, sichere Kommunikation von Energieverbräuchen. So kann der Energieeinsatz effizienter und die Verbrauchstransparenz vergrößert werden.

<http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/energieeffizienz-und-energiesparen.html>

Unser Entwurf regelt detaillierte technische Mindestanforderungen an Smart Meter und gewährleistet mit den in Bezug genommenen Schutzprofilen ein hohes Maß an Datenschutz und Datensicherheit. Darüber hinaus werden Vorgaben der Energieeffizienzrichtlinie umgesetzt, die dazu dienen, den Energieverbrauch transparenter zu machen. Wir begrüßen, dass die EU-Kommission nun den Weg für unser nationales Rechtsetzungsverfahren frei gemacht hat.“

Die im Entwurf der Messsystemverordnung in Bezug genommenen Schutzprofile und Technischen Richtlinien wurden im Auftrag des BMWi vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) gemeinsam mit Branchenvertretern unter enger Einbindung des Bundesbeauftragten für den Daten-

schutz und die Informationsfreiheit, der Bundesnetzagentur und der Physikalisch-Technischen-Bundesanstalt erarbeitet.

Der Entwurf ist Teil eines Verordnungspaketes zu intelligenten Netzen, das zügig auf den Weg gebracht werden soll. Es wird unter anderem Regelungen zur Datenkommunikation, Datenschutzfragen, Organisation und Finanzierung der Einführung von Smart Metern sowie zu Anreizen zur Verbrauchsflexibilisierungen enthalten.

**Hinw. d. Red.:** Vgl. zu „Smart Grids“ in GuF-W 2013, 34 f.; zu „Smart Metering“ vgl. in GuF-W 2013, 35.

Pressemitteilung Kuselit Verlag Dezember 2013

### **NEU: Rezensionen in Kuselit-Online**

Die Rechtsbibliographie Kuselit-Online bietet ab sofort ca. 500 Original-Buch-Rezensionen im Volltext als Leseempfehlungen für Wissenschaft und Praxis.

Bislang wurden die Besprechungen in einer separaten Rezensionen-Datenbank und der monatlich kostenlosen ZID-Übersicht veröffentlicht. Eine intelligente Verknüpfung der Datenbanken konnte durch die Firma jurmatix (www.jurmatix.de) realisiert werden und bietet nun den Nutzern von Kuselit-Online auch einen bequemen Zugriff auf die Volltexte der Rezensionen innerhalb der Datenbank-Recherche in Kuselit-Online.

Die Besprechungen sind unter der Zeitschriftenabkürzung „KUS-R“ (Kuselit Online Rezensionen) über den Zeitraum 2004 bis 2013 abrufbar. Die Jahresangabe orientiert sich an dem Erscheinungsjahr des besprochenen Werks.

Interessierte Rezensenten finden Hinweise auf Neuerscheinungen in dem monatlich kostenlos erscheinenden Kuselit-ZID (Zeitschriften-Inhalts-Dienst) oder können sich auch mit eigenen Rezensionsvorschlägen direkt an Kuselit wenden.

Verlage, die das Rezensionprojekt unterstützen möchten, sind dazu eingeladen, Informationen über Neuerscheinungen und Rezensionangebote an Kuselit weiterzugeben.

Kuselit-Online dokumentiert über 1000 Periodika und hält einen Fundus von 3,5 Mio. zitierfähigen Fundstellen zur Recherche bereit. 750 aktuell ausgewertete juristische, steuer- und wirtschaftsrechtliche Fachzeitschriften inklusive Neben- und Randgebiete bilden das Fundament der verlagsübergreifenden Datenbank. Aber auch Festschriften, Sammelwerke, Monographien, Kommentare und Loseblattwerke finden Berücksichtigung.

Als Ergänzung zur Datenbank gibt der wöchentliche ZeitschriftenInhaltsDienst (Kuselit-ZID) einen Überblick über die aktuelle Fachpresse und optimiert den Zeitschriftenumlauf.

Die kostenlose ZID Monatsübersicht bietet einen Gesamtüberblick der im vergangenen Monat ausgewerteten Fachzeitschriften, inklusive Hinweise auf Neuerscheinungen, Veranstaltungen und insbesondere Veröffentlichungen von Rezensionen.

Kontakt: Kuselit Verlag GmbH, Etschberg  
<http://www.kuselit.de> – [verlag@kuselit.de](mailto:verlag@kuselit.de)



# Deutscher Mietgerichtstag 2014

Kongresszentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

## Rechtsfolgen des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013

### Freitag, den 4. April 2014

- 9.30 Begrüßung  
9.45 **Einfluss der Finanzkrise auf Wohnungsbau und Mietmarkt**  
Festvortrag von Prof. Dr. Rudolf Hickel, Universität Bremen  
10.45 Kaffeepause  
11.15 **Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete**  
Referenten: RiAG Dr. Ulf Börstinghaus, Gelsenkirchen, und Dr. Michael Clar, Hamburg  
anschließend Diskussion  
13.00 gemeinsames Mittagessen  
14.30 **Arbeitskreise**  
**1. Gebrauchsrechte des Mieters – Tierhaltung und Rauchen (AGB, Selbstauskunft)**  
Einführung von Ri. Dr. Christopher Wietz, Düsseldorf; Leitung: RiBGH Dr. Karin Milger, Karlsruhe  
**2. Altersgerechter Umbau als Modernisierungsmaßnahme**  
Einführung von RA Dr. Hans-Reinhold Horst, Solingen; Leitung: RAin Henrike Butenberg, München  
**3. Umstellung auf Contracting und Fernwärme**  
Einführung von RiBGH a.D. Dr. Dietrich Beyer, Karlsruhe; Leitung: RA Frank Georg Pfeifer, Düsseldorf  
**4. Sicherungsanordnung**  
Einführung von RiAG Jost Emmerich, München; Leitung: VorsRiLG Elmar Streyl, Krefeld  
16.00 Kaffeepause  
16.30 **Arbeitskreise**  
**5. Grenzen des Schriftformerfordernisses im Gewerbemietrecht**  
Einführung von RiBGH Hartmut Guhling, Karlsruhe; Leitung: RAuN Dr. Walter Fallak, Wiesbaden  
**6. Kautions bei Eigentümerwechsel, Zwangsverwaltung und Insolvenz**  
Einführung von Prof. Dr. Florian Jacoby, Bielefeld; Leitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen  
**7. Vermieterpflichten bei Mieterstreitigkeiten**  
Einführung von VizPräsAG Dr. Beate Flatow, Kiel; Leitung: VorsRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg, Hamburg  
**8. Die Eigenbedarfskündigung - Konkretisierung des Tatbestands und Grenzen der Auslegung –**  
Einführung von Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier; Leitung: Ass. iur. Jutta Hartmann, Berlin  
19.00 gemeinsames Abendessen

### Samstag, den 5. April 2014

- 9.00 **Kurzberichte aus den Arbeitskreisen zur Mietrechtsänderung**  
9.30 **Wohnraummietrecht als Verbraucherrecht**  
Referent: Prof. Dr. Beate Gsell, München  
10.30 Kaffeepause  
11.00 **Modernisierungsvereinbarung – Vertragsfreiheit und halbzwingende Normen**  
Referent: RA Dr. Marc Dickersbach, Köln  
11.45 **Pflichten des Vermieters bei unwirksamen Preisanpassungsklauseln in Versorgungsverträgen**  
Referent: VorsRiLG Dr. Werner Hinz, Itzehoe  
anschließend Diskussion

### nicht-öffentlicher Teil

ca. 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

**Tagungsbeitrag:** 220,- € für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstages e.V. inkl. Getränke und Mittag- und Abendessen bei Erteilung einer SEPA Einzugsermächtigung bis 20.1.2014; anderenfalls 250,- €. Für Nichtmitglieder 320,- €.

**Anmeldung:** Online unter [www.mietgerichtstag.de](http://www.mietgerichtstag.de) oder schriftlich an Deutscher Mietgerichtstag e.V., Postfach 02 10 41, 10121 Berlin; Fax 030/22323-46. Anmeldung von Nichtmitgliedern erst ab 1.3.2014.

**Hotel:** Im Parkhotel, Strobelallee 41, 44139 Dortmund, steht ein Zimmerkontingent zum Abruf bereit. Stichwort „Mietgerichtstag“. Telefon 02 31 / 12 04-230, Fax 02 31 / 12 04-555.

„Gewerbemiete und Teileigentum“ (GüT)

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“ (GüT) werden nur im Rahmen  
eines Abonnements ohne Aufpreis ausgeliefert. Im Einzelbezug der GüT sind  
Beilagen nicht enthalten.

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

