

tangases in einem geschlossenen Raum stelle in jedem Fall auch subjektiv ein nicht entschuldbares Verhalten und mithin eine grobe Fahrlässigkeit dar.

[25] Die Kl. hat sowohl in erster Instanz mit Schriftsatz vom 18. 5. 2012 als auch in der Berufungsbegründung beantragt, den Mieter zum Geschehen als Zeugen zu vernehmen. Zur Begründung des Antrags hat sie sich auf ein Schreiben des Rechtsanwalts des Mieters vom 23. 1. 2009 gestützt, in dem für den Mieter folgende Stellungnahme abgegeben worden war:

„Aus der Ermittlungsakte ergibt sich die Vermutung, dass im Zusammenhang mit dem Anbau/der Bearbeitung der Cannabispflanzen Butangas benutzt wurden sein soll. Ein Gutachten lässt den Schluss zu, dass möglicherweise ausströmendes Butangas die Explosion verursacht haben könnte.

Herr ... [der Mieter] schließt dies jedoch grundsätzlich aus. Es wurde lediglich eine leere Butangasflasche im Bereich des Bades gefunden. Diese Butangasflasche stammte von einem Biwak-Aufenthalt am Wochenende 17./18. 5. 2008 in der Sächsischen Schweiz. Er schließt grundsätzlich für Mai 2008 aus, dass Butangas in irgendeiner Form in der Wohnung verwandt wurde.

Er kann jedoch insofern nicht ausschließen, dass die vorgefundene Flasche nach dem Biwak-Aufenthalt noch teilweise gefüllt war. Er vermutet dies lediglich. Insofern kann grundsätzlich auch nicht ausgeschlossen werden, dass möglicherweise durch Umfallen oder aufgrund anderer Ursache es im Bereich des Bades zum Ausströmen von Butangas aus dieser Flasche kommen konnte. ...“

[26] b) Diesen Antrag, mit dem die Kl. zugleich konkludent in Abrede gestellt hat, dass der Mieter vor der Explosion mit der Butangasflasche hantiert und das Gas bewusst freigesetzt hat, durfte das Berufungsgericht nicht mit der Begründung ablehnen, die Angaben des Mieters stünden in einem so eklatanten Widerspruch zu den objektiven Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens, dass sie falsch sein müssten, der Sachverhalt sei durch das Ermittlungsverfahren hinreichend geklärt.

[27] aa) Nach ständiger Rechtsprechung genügt eine Partei ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen, kann der Vortrag weiterer Einzelheiten nicht verlangt werden. Das gilt insbesondere dann, wenn – wie hier der Gebäudeversicherer – die Partei selbst keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat. Genügt das Parteivorbringen den Anforderungen an die Substanziierung, so muss der Tatrichter in die Beweisaufnahme eintreten, um dort eventuell weitere Einzelheiten zu ermitteln (Senat vom 18. 4. 2012 – IV ZR 147/10 – VersR 2012, 1110 Tz. 17; vom 12. 10. 2011 – IV ZR 199/10 – VersR 2011, 1550 Tz. 55; vom 12. 9. 2012 – IV ZR 177/11 – NJW-RR 2013, 9 Tz. 12; vom 21. 9. 2011 – IV ZR 38/09 – VersR 2011, 1563 Tz. 14). Die Kl. hat soweit ihr möglich vorgetragen, wie es aus der Sicht des Mieters zu der Explosion gekommen sein soll. Dieser Vortrag war hinreichend substanziiert und einer Beweisaufnahme zugänglich.

[28] Unerheblich ist, ob und inwieweit die namens des Zeugen von seinem Rechtsanwalt abgegebene Darstellung glaubhaft ist. Denn dies ist vom Tatrichter erst nach Vernehmung des Zeugen in Verbindung mit den sonstigen Umständen und Indizien zu würdigen. Eine vorweggenommene Beweiswürdigung ist demgegenüber unzulässig.

[29] bb) § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StPO, der auch im Zivilprozess entsprechende Anwendung findet (Senat vom 12. 9. 2012 – IV ZR 177/11 – NJW-RR 2013, 9 Tz. 14; VersR 2011, 1563 Tz. 16; BGH vom 17. 2. 1970 – III ZR 139/67 – BGHZ 53, 245 [259 f.]; *Prütting* in Münch. Komm. zur ZPO 5. Aufl. § 284 Rn. 91; *Foerste* in Musielak/Voit, ZPO 13. Aufl. § 284 Rn. 21), erlaubt die Ablehnung eines Antrags auf Zeugenvernehmung nur für den Fall, dass die in

das Wissen des Zeugen gestellte Tatsache bereits erwiesen ist. Im Streitfall hat das Berufungsgericht hingegen aufgrund des Ergebnisses der polizeilichen Ermittlungen das Gegenteil der in das Wissen des Zeugen gestellten Tatsachen für erwiesen erachtet. In einem solchen Fall stellt es eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung dar, wenn der Tatrichter die Zeugenvernehmung mit Blick auf das Beweisergebnis im Übrigen ablehnt (Senat vom 12. 9. 2012 – IV ZR 177/11 – NJW-RR 2013, 9 Tz. 14; *Prütting* aaO Rn. 99).

[30] c) Der Senat kann nicht sicher ausschließen, dass die Vernehmung des Mieters zu Erkenntnissen geführt hätte, nach denen die Frage, ob er den Schaden grob fahrlässig herbeigeführt hat, anders als geschehen zu beantworten gewesen wäre.

Regressverzicht des Gebäudeversicherers bei einfach fahrlässig durch den Mieter verursachtem Wasserschaden (mit Anmerkung von Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther)

VVG § 86

*** 1. Aus einer ergänzenden Auslegung des vom Vermieter abgeschlossenen Gebäudeversicherungsvertrags ergibt sich ein konkludenter Regressverzicht des klagenden Versicherers für die Fälle, in denen der Mieter einen Leitungswasserschaden durch nur einfache Fahrlässigkeit verursacht hat (versicherungsrechtliche Lösung). ***

*** 2. Den Mieter trifft nur der Vorwurf einfacher Fahrlässigkeit, wenn nicht auszuschließen ist, dass ein Wasserschaden eingetreten ist, weil er das infolge von Verkalkung schwergängige Zulaufventil eines Kochendwassergeräts nicht vollständig zuge dreht hat. ***

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. 5. 2016 (I-24 U 164/15)

Anmerkung der Redaktion: Nach diesem Hinweisbeschluss hat die Kl. ihre Berufung zurückgenommen. – Vgl. zum Regressverzicht des Gebäudeversicherers gegenüber dem Mieter BGH VersR 2006, 1533 (IV. Zivilsenat) und VersR 2010, 536 (XII. Zivilsenat); beide mit Anm. von *Günther*.

Die Kl. ist Wohngebäudeversicherer der von dem Bekl. als Mieter bewohnten Dachgeschosswohnung. Die Kl. verlangte von dem Bekl. im Wege des Regresses Leistungen erstattet, die diese wegen eines Wasserschadens in dieser Wohnung erbracht hatte.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das LG hat mit richtiger Begründung eine Haftung des Bekl. für den Wasserschaden vom 19. 5. 2013 im Objekt H.-Straße 18 in D., der von der vom Bekl. als Mieter genutzten Dachgeschosswohnung im 4. Obergeschoss ausging, verneint. Der Senat schließt sich diesen Ausführungen an.

Das LG ist zutreffend und in Übereinstimmung mit den Parteien davon ausgegangen, dass eine Haftung des Bekl. für die aufgetretenen Wasserschäden nur im Fall eines vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Handelns gegeben ist (vgl. zu den Haftungsanforderungen bei einem Brandschaden BGH vom 13. 12. 1995 – VIII ZR 41/95 – VersR 1996, 320 = juris und vom 13. 9. 2006 – IV ZR 116/05 – VersR 2006, 1533 = juris Tz. 12 m. w. N.). Die Darlegungs- und Beweislast für ein dahin gehendes Verschulden trägt die Kl., auf die die vertraglichen (§§ 535 ff., 280 BGB) und gesetzlichen (§ 823 BGB) Schadensersatzansprüche des Vermieters gem. § 86 Abs. 1 VVG übergegangen sind bzw. im Fall weiterer Leistungen übergehen werden. Einer Inanspruchnahme

des Mieters steht nicht entgegen, wenn dieser – wie hier – haftpflichtversichert ist und Deckungsschutz auch für Haftpflichtansprüche wegen Schäden an gemieteten Sachen hat (vgl. BGH VersR 2006, 1533 = juris Tz. 13). Folglich verbleibt es dabei, dass die Kl. ein grob fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten des Bekl. nachweisen muss, was ihr jedoch nicht gelungen ist.

1. Die Beweiswürdigung durch das LG, die davon ausgeht, dass durch die Aussage des Zeugen S. (Vermieter des Bekl.) nicht bewiesen wurde, dass bei Übergabe der Mietsache an den Bekl. das Überlaufventil am „Kochendwassergerät“ vorhanden war, ist nicht zu beanstanden. Nur unter dieser Prämisse hätte man indes von einem grob fahrlässigen Verhalten des Bekl. ausgehen können, wenn nämlich während seiner Besitzzeit dieses zum Gerät gehörende und der Sicherheit dienende Teil verloren gegangen wäre, er es nicht ersetzt bzw. den Verlust dem Zeugen S. nicht angezeigt hätte. Hierauf hat das LG in seinem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 19. 8. 2014 zutreffend hingewiesen. Die Angaben des Zeugen S. waren jedoch für eine dahin gehende Feststellung nicht ergiebig und zur Überzeugungsbildung nicht geeignet, weshalb die Kl. den ihr obliegenden Beweis nicht zu führen vermochte. Der Zeuge hat zwar zunächst bekundet, er sei sich sicher, dass das Überlaufventil bei der Übergabe noch in dem „Kochendwassergerät“ installiert gewesen sei. Den weiteren Angaben des Zeugen musste jedoch entnommen werden, dass diese Annahme offenbar nicht einer sicheren Erinnerung entsprang, sondern er nur den Rückschluss daraus zog, dass der Bekl. – nach seinen Aussagen ein stets gewissenhafter Mieter – ihm abweichendes ansonsten mitgeteilt hätte. Des Weiteren hat er angegeben, dass er üblicherweise bei Übergaben nicht überprüfe, ob der Überlaufstab vorhanden sei. Ob an dem Übergabetag folglich eine Überprüfung vorgenommen wurde, ist deshalb eher unwahrscheinlich. Insgesamt bietet die Aussage des Zeugen jedenfalls keine tragfähige und zur Überzeugungsbildung geeignete Grundlage, dass sich bei der Wohnungsübergabe an den Bekl. das Überlaufventil tatsächlich am Gerät befand.

Soweit die Kl. beanstandet, der Bekl. habe den Zeugen S. schuldhaft über das Fehlen des Ventils nicht informiert, würde dies zunächst voraussetzen, dass dem Bekl. überhaupt bekannt war, dass ein solches Ventil zu dem Gerät gehört. Hierzu hat die Kl. nichts dargetan. Eine Warmwasserversorgung wie die hier in der Wohnung des Zeugen befindliche ist nicht in jeder Mietwohnung vorhanden, zudem dürfte es verschiedene Hersteller und deshalb auch unterschiedliche Modelle derartiger Geräte geben. Es kann also nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass einem Mieter die Funktionsweise und die notwendigen Bestandteile derartiger Geräte bekannt sind und ihm fehlende Teile deshalb ohne Weiteres auffallen.

2. Das LG hat als Schadensursache ein nicht vollständig zugedrehtes Zulaufventil erwogen und bei einem derartigen Sachverhalt eine nur leichte Fahrlässigkeit des Bekl. angenommen. Dies ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Es hat zuvor auf diese Möglichkeit in seinem Hinweis- und Beweisbeschluss vom 19. 8. 2014 im Rahmen seiner Begründung des Vergleichsvorschlags hingewiesen. Die Parteien wussten somit um diese Überlegungen, weshalb sie keine Überraschung darstellten. Soweit die Kl. meint, im Rahmen des im Zivilprozess herrschenden Verhandlungsgrundsatzes habe das LG keine dahin gehenden Überlegungen anstellen dürfen, ist dies unzutreffend. Das LG hat damit keinen Sachverhalt unterstellt, sondern eine auf Grundlage der Angaben des Zeugen H. basierende Möglichkeit erwogen, worauf der letztlich ungeklärt gebliebene Schadenseintritt zurückzuführen sein könnte. Derartige hypothetische Überlegungen sind im Rahmen der vom Gericht vorzunehmenden Sachverhaltsaufklärung geboten. Da der Bekl. – von der Kl. unwiderlegt – dargetan hat, er habe den Zulauf stets ordnungsgemäß zugedreht, liegt die Mög-

lichkeit, dass aufgrund der Verkalkung der Eindruck entstehen konnte, man habe das Ventil verschlossen, obwohl dies nicht vollständig der Fall gewesen war, nicht fern. Im Übrigen hat der Bekl. sich die Erwägungen des Einzelrichters zur möglichen Schadensursache jedenfalls in seiner Berufungserwiderung zu eigen gemacht. Sofern der Zeuge F. meint, eine Verkalkung führe nicht zu einer Undichtigkeit, so ist dies zwar nachvollziehbar, aber nicht generell zutreffend. Es ist bekannt, dass Verkalkungen zu einer Schwergängigkeit führen können und damit einhergehend auch ein „wasserdichter“ Verschluss nicht immer gewährleistet ist. Dies hängt sicherlich vom Einzelfall, aber auch vom Kraftaufwand ab, mit dem das Ventil dann verschlossen wird. Es kann nicht zulasten des Bekl. davon ausgegangen werden, dass ihm – der nach seinem nicht widerlegten Vorbringen das Gerät nur selten benutzt hat – eine Verkalkung aufgefallen wäre, ihm infolgedessen hätte klar sein müssen, dass ein Mangel vorliegt, der zu Fehlfunktionen führen kann. Selbst wenn also der Bekl. das Gerät benutzt und es aufgrund der verkalkungsbedingten Schwergängigkeit nicht vollständig verschlossen hätte, ließe sich daraus – entsprechend den Ausführungen des LG – kein über eine leichte Fahrlässigkeit hinausgehendes Verschulden ableiten.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der Schaden durch ein nicht vollständig zugedrehtes Ventil verursacht worden sein kann, war nicht geboten. Eine Rückrechnung, wie sie der Kl. vorschwebt, wäre nämlich nur möglich, wenn feststände, während welcher Zeitspanne Wasser aus dem Kochendwassergerät ausgetreten ist, von welcher Austrittsmenge pro Zeiteinheit bei nur teilweise verschlossenem Zulaufventil auszugehen ist und welche Wassermassen tatsächlich insgesamt bis zur Schadensentdeckung gegen 3.00 Uhr morgens abgeflossen sind. Zumindest zu dem letztgenannten Punkt fehlen aber belastbare Feststellungen. Darüber hinaus steht auch das mutmaßlich defekte Kochendwassergerät nach Austausch durch den Vormieter nicht mehr für eine Untersuchung zur Verfügung.

3. Insgesamt lässt sich jedenfalls nicht zulasten des Bekl. feststellen, dass er durch ein grob fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten zum Schadenseintritt beigetragen hat. Vielmehr ist die konkrete Schadensursache letztlich unklar geblieben, weshalb die Kl. ihre Ansprüche nicht mit Erfolg durchsetzen kann. ...

Anmerkung:

Die richterliche Würdigung, dass nur eine einfache und nicht eine grobe Fahrlässigkeit des Mieters vorliegt, trifft auf Basis des sich aus den Entscheidungsgründen ergebenden Sachverhalts sicherlich zu. Der Beschluss des OLG Düsseldorf bewegt sich auf scheinbar rechtlich ausgetretenen Pfaden. Gleichwohl bietet die Entscheidung Anlass, die Rechtsprechung zu Mietsachschäden in Form der sogenannten „versicherungsvertragsrechtlichen Lösung“ zu überdenken, auch aufgrund der Begründung in einer aktuellen Entscheidung des Haftungssenats des BGH.

1. Mit Urteil vom 13. 9. 2006¹ begründet der der *IV. Zivilsenat des BGH* (Versicherungssenat) näher seine „versicherungsvertragsrechtliche Lösung“, wonach sich nicht aus dem Miet-, sondern aus dem Gebäudeversicherungsvertrag eine stillschweigende Regressbegrenzung des Mieters auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz ergebe. Es bestehe

„für den Versicherer ein erkennbares Interesse des Vermieters darin, das in der Regel auf längere Zeit angelegte Vertragsverhältnis zu seinem Mieter so weit wie möglich unbelastet zu lassen“

und dies sei der entscheidende Gesichtspunkt für eine ergänzende Vertragsauslegung.

¹ BGH VersR 2006, 1530 mit Anm. von *Günther* VersR 2006, 1530 (1539).

Die Auffassung des BGH wurde nachfolgend deutlich kritisiert, insbesondere stelle der Ansatz einer ergänzenden Vertragsauslegung des Gebäudeversicherungsvertrags eine Fiktion dar².

II. Der VI. Zivilsenat des BGH (Haftungssenat) befasste sich mit Urteil vom 26. 4. 2016³ mit einer auf erste Sicht in tatsächlicher und rechtlicher Sicht anderen Fallkonstellation, nämlich mit der Frage einer Regressbeschränkung bei einer Gefälligkeitshaftung, wenn der Nachbar im Haus des Geschädigten nach dem Rechten sieht. Es besteht aber durchaus eine strukturelle Vergleichbarkeit mit der Argumentation des IV. Zivilsenats des BGH zu Mietsachschäden. Allein weil eine Haftpflichtversicherung bestehe, so der VI. Zivilsenat, scheidet eine Regressbeschränkung im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung aus, die

„nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden [kann]; denn sie stellt eine künstliche Rechtskonstruktion aufgrund einer Willensfunktion dar, da sie von einem Haftungsverzicht ausgeht, an den beim Abschluss der Abrede niemand gedacht hat“.

III. Beizupflichten ist der Kritik des VI. Zivilsenats des BGH an einer *ergänzenden Vertragsauslegung*, bei der es sich eher um eine „künstliche Rechtskonstruktion aufgrund einer Willensfiktion“ handelt.

1. Dies ist der Fall bei Annahme einer „ergänzenden Vertragsauslegung“ im *Versicherungsvertrag* zwischen dem Gebäudeeigentümer als VN und dem Gebäudeversicherer. Warum der Gebäudeversicherer im Rahmen seines Versicherungsvertrags mit dem Vermieter zugunsten eines Dritten in Form des Mieters auf etwaige künftig zustehende Regressansprüche des VN verzichten soll, obwohl es in dem Versicherungsvertrag hierfür keine Anhaltspunkte gibt, stellt eine solche *künstliche Rechtskonstruktion* dar. Es gibt im Gegenteil durchaus Konstellationen, bei denen einem Vermieter daran gelegen ist, dass der Mieter, der sein Haus, sei es einfach, sei es grob fahrlässig, im Extremfall in Schutt und Asche gelegt hat, in Regress genommen wird. Zudem ist es der Regelfall, dass bei größeren Schäden das Mietverhältnis alsbald nach dem Schadensfall einvernehmlich aufgehoben wird, z. B. weil der Mieter aufgrund längerer Wiederherstellungsarbeiten auf Dauer umzieht.

2. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist gleichwohl vorzunehmen, jedoch in dem Vertragsverhältnis, bei dem eine solche Auslegung keine Fiktion ist, sondern bei der es einen konkreten Anhaltspunkt in dem Vertrag gibt. Dies ist im *Mietvertrag* der Fall, wenn dort, wie es der Übung entspricht, die Wohngebäudeversicherungsprämie auf die Mieter umgelegt wird. Nur dann gibt es einen konkreten Ansatzpunkt, der Grundlage für eine ergänzende Vertragsauslegung sein kann. Daher ist eine Rückkehr zur sogenannten „mietvertragsrechtlichen Lösung“ vorzunehmen.

IV. In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall bestand eine Haftpflichtversicherung, die auch Deckung gewährt. Warum eine Klage gegen den Mieter erfolgte, wäre bei Eingreifen des *Teilungsabkommens* (TA) für Mietsachschäden nicht verständlich. Da der Schadensfall innerhalb des Anwendungsbereichs des Teilungsabkommens lag⁴ und das Teilungsabkommen die Fälle der einfachen und groben Fahrlässigkeit gleichermaßen erfasst, wäre eine Vermutung, dass der klagende Gebäudeversicherer oder der hinter dem Bkl. stehende Haftpflichtversicherer dem Teilungsabkommen nicht beigetreten war⁵.

V. Ist das Teilungsabkommen nicht anwendbar, steht dem Gebäudeversicherer bei einfacher Fahrlässigkeit ein unmittelbarer Anspruch gegenüber dem Haftpflichtversicherer nach den Grundsätzen der *analogen Anwendung der Doppelversicherung* gem. § 78 Abs. 2 VVG zu⁶.

1. Anders als bei dem unmittelbaren Regress gegen den Mieter bei grober Fahrlässigkeit gilt für den Ausgleichsanspruch des § 78 Abs. 2 VVG bei einfacher Fahrlässigkeit nicht die kurze Verjährungsfrist des § 548 BGB⁷, sondern die kenntnisabhängige *Regelverjährung* der §§ 195 ff. BGB⁸.

2. Sollte im vorliegenden Fall der Gebäudeversicherer unter Ablehnung der groben Fahrlässigkeit durch das OLG Düsseldorf nunmehr seine Ansprüche nach den Grundsätzen der analogen Doppelversicherung unmittelbar gegen dessen Haftpflichtversicherer geltend machen, stellt sich eine weitere Anschlussfrage: Könnte der Haftpflichtversicherer sich in einem Folgeprozess darauf stützen, dass, entgegen dem OLG Düsseldorf, der Schädiger sogar grob fahrlässig gehandelt hat? Zivilprozessual wäre ihm dieser Einwand nicht abgeschnitten, da der Kl. offenbar dem Haftpflichtversicherer nicht den Streit verkündet hat. Die Grenze wäre nur der § 138 Abs. 1 ZPO. Nach Auffassung des OLG München⁹ und des OLG Bamberg¹⁰ wäre die Klage des Gebäudeversicherers in diesem Fall abzuweisen. Dem scheint, ohne dies zu begründen, der IV. Zivilsenat des BGH zu folgen¹¹.

Diese Auffassung ist *abzulehnen*. Oftmals ist es unbekannt und/oder nicht beweisbar, zumal bei Prozessaufnahme, ob genügend Indizien für eine grobe Fahrlässigkeit oder eine einfache Fahrlässigkeit vorliegen. Insoweit müsste der Gebäudeversicherer geradezu zwingend eine Regressnahme zunächst innerhalb der kurzen Verjährungsfrist des § 548 BGB gegenüber den Mietern veranlassen, wenn es nicht gänzlich ausgeschlossen ist, dass sich künftig der Haftpflichtversicherer nach Ablauf dieser Verjährungsfrist auf eine grobe Fahrlässigkeit stützen wird. Dies hätte wiederum zur Folge, dass selbst bei den Konstellationen, bei denen ernsthaft die grobe Fahrlässigkeit nicht gegeben ist, gleichwohl aus Gründen der Vorsicht der Mieter innerhalb der kurzen Verjährungsfrist verklagt werden müsste. Als „milderes Mittel“ wäre eine Klage gegen den Haftpflichtversicherer, gleichfalls innerhalb der kurzen Verjährungsfrist unter Berufen auf eine einfache Fahrlässigkeit analog § 78 Abs. 2 VVG, möglich, wobei dem Mieter der Streit gem. § 72 ZPO zu verkünden wäre. Beide Konstellationen widersprechen nicht nur dem vom BGH betonten Vereinfachungsgesichtspunkt, sondern insbesondere auch der Grundannahme des IV. Zivilsenats des BGH, dass es im Rahmen der „ergänzenden Vertragsauslegung“ einen für den Gebäude-

2 Vgl. *Prölss r+s* 1997, 221; *Armbrüster NVersZ* 2001, 193; *VersR* 2010, 1016; *Breideneichen VersR* 2005, 500 (501); *Günther VersR* 2004, 593 (595); *VersR* 2010, 536; ders. in *Günther, Der Regress des Sachversicherers*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 6. Aufl. 2015 S. 183 ff.; vgl. auch *Staudinger/Kassing VersR* 2007, 10.

3 BGH *VersR* 2016, 1264 = *r+s* 2016, 424 mit Anm. von *Günther*.

4 Zwischen 2500 Euro und 100 000 Euro (§ 3 Nr. 1 Teilungsabkommen).

5 Was ungewöhnlich wäre, da fast alle Sach- und Haftpflichtversicherer dem Abkommen beigetreten sind.

6 Vgl. Grundsatzentscheidung BGH *VersR* 2006, 1530 mit Anm. von *Günther VersR* 2006, 1530 (1539).

7 BGH *VersR* 2006, 1530.

8 Gelegentlich gibt es Haftungsfallen; nach dem Teilungsabkommen ist die Verjährung nicht zu berechnen zum Ende des Kalenderjahres, wie es bei einem Anspruch aus § 78 Abs. 2 VVG analog der Fall wäre, sondern drei Jahre ab Schadenseintritt (vgl. Nr. 4 Teilungsabkommen), ausgestaltet als Ausschlussfrist, wobei allerdings eine Verlängerung der Ausschlussfrist von drei Jahren mit der fristgemäßen Anmeldung der Ansprüche dem Grunde nach eintritt (Nr 4 S. 2 Teilungsabkommen).

9 OLG München *VersR* 2009, 1112.

10 OLG Bamberg *VersR* 2010, 340.

11 BGH *VersR* 2017, 36 mit Anm. von *Günther FD-VersR* 2016, 384180.

versicherer angeblich so klar zutage tretenden Willen gibt, das Mietverhältnis möglichst unberührt von einer Regressnahme zu lassen. Mit der Ablehnung eines derartigen „Wahlrechts“ wird das Gegenteil eintreten, der Mieter immer in einen Rechtsstreit zumindest über eine Streitverkündung hineingezogen¹².

Der Verfasser, Prof. Dr. Dirk-Carsten Günther, ist Partner der Sozietät BLD Bach Langheid Dallmayr Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, Büro Köln, sowie Inhaber des Lehrstuhls für Sachversicherung an der TH Köln, Institut für Versicherungswesen, Fakultät für Wirtschafts- und Rechtswissenschaft.

¹² Zur Kritik vgl. ferner Günther aaO (Fn. 2) S. 213 f.

Vertriebsrecht

Immobilienmakler

Keine Pflicht des Vorkaufsberechtigten zur Zahlung einer im Kaufvertrag vereinbarten unüblich hohen Maklerprovision

BGB §§ 464 Abs. 2, 655

*** 1. Die Bestimmung des § 655 BGB ist nicht über ihren Wortlaut hinaus auf andere Arten von Maklerverträgen anzuwenden. ***

*** 2. Ist die Zahlung einer unüblich hohen Maklerprovision im Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer vereinbart und ist der Vorkaufsberechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts deshalb nicht verpflichtet, die Maklerprovision in der vereinbarten Höhe nach § 464 Abs. 2 BGB zu erstatten, besteht für den Vorkaufsberechtigten auch keine Verpflichtung, eine auf die übliche Höhe reduzierte Maklerprovision zu zahlen. ***

BGH, Urteil vom 12. 5. 2016 (I ZR 5/15, KG)

[1] Der Bekl. und sein Bruder beerbten ihre am 15. 2. 2011 verstorbene Mutter zu gleichen Teilen. Der Nachlass bestand im Wesentlichen aus dem Hausgrundstück F. in B. Der Bruder des Bekl. beauftragte die Kl. mit der Vermittlung eines Kaufinteressenten für seinen hälftigen Erbteil. Mit Erbteilskaufvertrag vom 3. 3. 2012 veräußerte er durch Vermittlung der Kl. seinen Anteil an dem Nachlass an S. (im Weiteren: Käufer) zum Preis von 260 000 Euro. Nach § 7 dieses Vertrags wurde der verkaufte Erbanteil dem Käufer mit sofortiger dinglicher Wirkung übertragen. In § 16 des Vertrags war ausgeführt, dass der Vertrag durch die Kl. zustande gekommen sei, dass der Käufer sich verpflichte, an die Kl. ein Maklerhonorar in Höhe von 29 750 Euro für Beratung, wirtschaftliche Aufbereitung und Verkauf zu zahlen, und dass dieses Honorar im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts ebenfalls verdient und vom Vorkaufsberechtigten zu zahlen sei.

[2] Der Bekl. übte mit Schreiben vom 11. 6. 2012 gegenüber seinem Bruder und dem Käufer sein gesetzliches Vorkaufsrecht aus. Die von der Kl. geforderte Maklerprovision in Höhe von 29 750 Euro bezahlte er nicht.

[3] Das LG hat die von der Kl. gegen den Bekl. erhobene Klage auf Zahlung von 29 750 Euro nebst Zinsen in Höhe von 18 564 Euro zuzüglich Zinsen als derzeit unbegründet und im Übrigen als unbegründet abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Kl. zurückgewiesen und die Klage auf die Berufung des Bekl. abgewiesen.

Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

[4–5] I. ...

[6] II. Das Berufungsgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht als insgesamt unbegründet angesehen. Zwar ist mit dem Zugang des Schreibens vom 11. 6. 2012 zwischen dem Bekl. und dem Käufer ein gesetzliches Schuldverhältnis zustande gekommen (dazu unten unter II 1). Die Pflicht zur Zahlung der Provision des vorkaufsberechtigten Bekl. war auch Bestandteil des zwischen dem Bruder des Bekl. und dem Käufer zustande gekommenen Kaufvertrags (dazu unten unter II 2). Der Kl. steht gegen den Bekl. aber deshalb kein Anspruch auf Maklerlohn gem. § 652 Abs. 1 S. 1 BGB zu, weil die in § 16 des Vertrags vom 3. 5. 2012 getroffene Provisionsvereinbarung unüblich hoch war und deshalb weder in der vereinbarten Höhe (dazu unten unter II 3) noch in einem auf das übliche Maß reduziertem Umfang gegenüber dem Bekl. wirkte (dazu unten unter II 4).

[7] 1. Im Hinblick auf die in § 7 des Kaufvertrags vom 3. 5. 2012 vereinbarte sofortige Übertragung des Erbteils hatte der Bekl. sein Vorkaufsrecht als Miterbe nach § 2035 Abs. 1 S. 1 BGB gegenüber dem Käufer auszuüben. Für die Ausübung dieses Vorkaufsrechts galt dasselbe wie für die Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Verkäufer gem. § 2034 BGB (vgl. BGH vom 14. 3. 1962 – V ZR 2/62 – WM 1962, 722 [723]; Löhnig in Staudinger, BGB 2016 § 2035 Rn. 2; Gergen in Münch. Komm. zum BGB 6. Aufl. § 2035 Rn. 2 b; Ann in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB 4. Aufl. § 2035 Rn. 5). Nach § 2036 S. 1 BGB wird der Käufer von der Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten mit der Übertragung des Anteils auf den Miterben frei. Die Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben wirkt nur obligatorisch. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts entstand zwischen dem Bekl. und dem Käufer ein gesetzliches Schuldverhältnis. Auf dieses sind grundsätzlich die §§ 463 bis 473 BGB anzuwenden, weil die §§ 2032 ff. BGB insoweit keine weiter gehenden Regelungen enthalten (Ann aaO § 2035 Rn. 5 i. V. m. § 2034 Rn. 14). Danach war der Käufer verpflichtet, den vom Bruder des Bekl. erhaltenen Erbanteil auf den Bekl. zu übertragen. Im Gegenzug hatte der Bekl. dem Käufer den für den Erbanteil bezahlten Kaufpreis und die durch den Kaufvertrag entstandenen Kosten sowie etwa durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstandene Kosten einschließlich der Kosten einer Rückübertragung zu erstatten (vgl. BGH vom 8. 5. 1952 – IV ZR 163/51 – BGHZ 6, 85 [88]; vom 21. 10. 1954 – IV ZR 128/54 – BGHZ 15, 102 [104]; BVerwGE 24, 87 [88 f.]; BFH DB 2014, 2389 Tz. 14; Löhnig aaO § 2035 Rn. 3 bis 3 d; Gergen aaO § 2035 Rn. 3 i. V. m. § 2034 Rn. 35 bis 39; Weidlich in Palandt, BGB 75. Aufl. § 2034 Rn. 9; Ann aaO § 2035 Rn. 5 i. V. m. § 2034 Rn. 14; M. Wolf in Soergel, BGB 13. Aufl. § 2035 Rn. 4).

[8] 2. Die Provisionszahlungspflicht des Vorkaufsberechtigten setzt nach § 464 Abs. 2 BGB voraus, dass sie Bestandteil des Hauptvertrags zwischen dem Verkäufer und dem Erstkäufer ist; der bloße Maklervertrag des Verkäufers oder des Erstkäufers mit dem Makler reicht nicht aus (vgl. BGH vom 14. 12. 1995 – III ZR 34/95 – BGHZ 131, 318 [321] = VersR 1996, 375; vom 11. 1. 2007 – III ZR 7/06 – VersR 2007, 392 = WM 2007, 696 Tz. 9; Arnold in Staudinger, BGB 2015 §§ 652, 653 Rn. 118). Diesem Erfordernis entspricht die in § 16 des Kaufvertrags vom 3. 5. 2012 getroffene Regelung.

[9] 3. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die in diesem Vertrag getroffene Regelung sich nicht im üblichen Rahmen gehalten hat und daher den Bekl. nicht verpflichtete.

[10] a) Nach der Rechtsprechung des BGH, die auch im Schrifttum Zustimmung gefunden hat, gehören Bestimmungen in Kaufverträgen über die Verteilung der Maklerkosten, die sich nicht im