11
12
November
Seiten 317–344
PVSt 62934

Der Miet-Rechts-Berater

Miete
Immobilienwirtschaft
Wohnungseigentum

Rechtsprechung

Wohnraummiete

- Schimmel: Baumangel und mangelnde Beheizung

Gewerberaummiete

- Mietminderung bei Flächenunterschreitung von Kellerräumen

Wohnungseigentum

- Verfahren: Nichtzulassungsbeschwerde bei Berufungsverwerfung
- Eigentümerversammlung: Widerruf der Stimme vor Beschlussverkündung

Sonstiges

- Wohnungsrecht: Auskehrung von Mietzins bei persönlicher Ausübungshinderung?

MietRB-Beratungspraxis

Mietvertrag

- Notarielle Beurkundungspflicht von Mietverträgen *Weiner*

Untervermietung

- Die Rechte und Pflichten des Hauptvermieters bei der Untervermietung an Dritte *Bittner*

Verwaltung des Wohnungseigentums

- WEG-Jahresabrechnung – Ende der bloßen Ergänzung bei Unvollständigkeit? *Schmid*

www.mietrb.de

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Heute schon Erfolg gehabt?

Nichts ist erfolgreicher als Erfolg. Das gilt für dieses Handbuch, das längst zum Standardwerk des Rechtsanwalts in Mietsachen geworden ist, wie für die wachsende Zahl seiner Benutzer, die damit ihre Mandate einfach besser und wirtschaftlicher bearbeiten.

Ein Buch von Praktikern für Praktiker, die trotz der ausufernden Kasuistik des Mietrechts in jedem Fall und jeder Situation bewusst die richtigen Entscheidungen treffen wollen. Sei es auf Vermieter- oder Mieterseite.

Das Werk behandelt das gesamte Mietrecht Schritt für Schritt aus der Perspektive des praktizierenden Anwalts – materielles Recht, Prozess, Gestaltung – und folgt dabei konsequent dem typischen Ablauf des Mandats: vom ersten Gespräch bis zur Gebührenabrechnung.

Lützenkirchen (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Mietrecht**
Herausgegeben von RA Dr. Klaus Lützenkirchen. Bearbeitet von 13 exzellenten Mietrechtspraktikern. 4. Auflage 2010, 2.864 Seiten Lexikonformat, gbd. 129,– €. ISBN 978-3-504-18065-2

Die Autoren beschränken sich keinesfalls darauf, Ihnen bloß die jeweilige Rechtslage nahe zu bringen, sondern geben Ihnen alles an die Hand, womit Sie die Interessen Ihrer Mandanten optimal durchsetzen können: Tipps zu Strategie und Taktik, Hinweise auf versteckte Haftungsfallen, Berechnungsbeispiele, Checklisten, Mustertexte, Prüfungsschemata, Rechtsprechungs-ABCs. Alles auf aktuellem Stand.

Allein 300 neue Entscheidungen des BGH sind seit dem Erscheinen der Vorauflage ergangen. Die müssen Sie kennen, um der Anwaltshaftung von vornherein aus dem Weg zu gehen.

Lützenkirchen (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Mietrecht. Für mehr Erfolg in Mietsachen. Leseprobe? **www.otto-schmidt.de**

---------- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-9 43** ----------

☒ Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Lützenkirchen (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Mietrecht** *4. Auflage, gbd. 129,– € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-18065-2*

Name | Straße | PLZ | Ort

Telefon | Fax | Datum | Unterschrift | 1/12

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

In diesem Heft

Kostenloser MietRB-Online-Volltextservice im Internet: www.mietrb.de (**Benutzername:** mietrb1201 **Passwort:** einzug12)

Rechtsprechung

Wohnraummiete

- Schimmel: Baumangel und mangelnde Beheizung
  LG Berlin, Urt. v. 4.5.2012 – 65 S 14/11 317

Gewerberaummiete

- Mietminderung bei Flächenunterschreitung von Kellerräumen
  BGH, Urt. v. 18.7.2012 – XII ZR 97/09 317
- Mietanpassungsklausel: Inhaltskontrolle bei Geschäftsraum
  BGH, Urt. v. 27.6.2012 – XII ZR 93/10 318
- Miete: Umsatzsteuerpflicht durch ergänzende Vertragsauslegung
  KG, Urt. v. 24.5.2012 – 8 U 160/11 319
- Verjährung: Nutzungsentschädigung gemäß § 548 Abs. 1 BGB?
  OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.3.2012 – I-24 U 200/11 320

Makler

- Provision: Kein Schadensersatz bei Nichtabschluss
  OLG Koblenz, Beschl. v. 11.7.2012 – 2 U 644/11 321
- Provision: Hinweis im Internet
  OLG Hamm, Urt. v. 21.6.2012 – I-18 U 17/12 322

Gebühren & Kosten

- Streitwert: Klage auf künftige Nutzungsentschädigung
  OLG Dresden, Beschl. v. 2.8.2012 – 5 W 745/12 322
- Streitwert: Negative Feststellungsklage nach Modernisierungsmieterhöhung
  KG, Beschl. v. 16.7.2012 – 8 W 36/12 323

Wohnungseigentum

- Jahresabrechnung: Erstellung für eine Untergemeinschaft
  BGH, Urt. v. 20.7.2012 – V ZR 231/11 324
- Verfahren: Nichtzulassungsbeschwerde bei Berufungsverwerfung
  BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – V ZR 255/11 325
- Eigentümerversammlung: Widerruf der Stimme vor Beschlussverkündung
  BGH, Urt. v. 13.7.2012 – V ZR 254/11 326
- Gemeinschaftseigentum: Kompetenz der Gemeinschaft
  OLG München, Urt. v. 3.7.2012 – 13 U 2506/11 Bau 326
- Gemeinschaft: Keine Abtretung von Mängelrechten gegen Bauträger
  OLG Stuttgart, Urt. v. 3.7.2012 – 10 U 33/12 327
- Keine Aufrechnung des Erwerbers mit Kostenvorschussanspruch
  OLG Stuttgart, Urt. v. 3.0.2012 – 10 U 33/12 328
- Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs
  OLG Stuttgart, Urt. v. 3.7.2012 – 10 U 33/12 329
- Veräußerungsbeschränkung in Mehrhausanlagen
  OLG Hamm, Beschl. v. 13.6.2012 – I-15 W 368/11 330
- Gebührenstreitwert: „Pauschallösung“ statt „Hamburger Formel“?
  OLG Stuttgart, Urt. v. 12.3.2012 – 5 W 32/11 330
- Gebrauch: Unzulässige gewerbliche Vermietung
  AG Köln, Urt. v. 31.7.2012 – 202 C 1/12 331

Energie

- Heizkosten: Erfassung bei Einrohrheizung
  AG Neuss, Urt. v. 14.6.2012 – 84 C 5219/11 332

Sonstiges

- Wohnungsrecht: Auskehrung von Mietzins bei persönlicher Ausübungshinderung?
  BGH, Urt. v. 13.7.2012 – V ZR 206/11 333
- Grundbuch: Geschäftswert für die Löschung einer Gesamtgrundschuld
  OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.2012 – I-10 W 43/12 334

MietRB-Beratungspraxis

Mietvertrag

RA Dr. Philipp Weiner, Köln

- **Notarielle Beurkundungspflicht von Mietverträgen** 335

Untervermietung

RA Mark Bittner

- **Die Rechte und Pflichten des Hauptvermieters bei der Untervermietung an Dritte** 339

Verwaltung des Wohnungseigentums

RiOLG, RiBayObLG a.D. Dr. Michael J. Schmid, München

WEG-Jahresabrechnung – Ende der bloßen Ergänzung bei Unvollständigkeit? 342

MietRB *informativ*

Aktuelles in Kürze V

shoppen gehen

Alle Neuerscheinungen und Neuauflagen werden portofrei geliefert, und vorab gibt's auch noch eine Leseprobe. In Ruhe aussuchen, bestellen und dann kommen lassen. Von **www.otto-schmidt.de**

Bearbeiter

Redaktion: RAin Elke Schlüter (verantwortl. Redakteurin, Rechtsprechung) · RAin Arabella Schreiber (verantwortl. Redakteurin, Aufsätze) · Erika Cieply (Redaktionsassistenz) · Birgit Schumann (Herstellung), Tel. 0221/9 37 38-501, Fax -951, E-Mail: mietrb@otto-schmidt.de

Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter: RiLG Dr. Dr. Andrik Abramenko, Idstein · Prof. Dr. Matthias Becker, Bad Münstereifel · RA Mark Bittner, Hamburg · RiLG Wolfgang Dötsch, Köln · RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin · RAuN FAMuWR Marcel J. Eupen, Berlin · Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen · RA Robert Harsch, Lörrach · Notar Dr. Jörn Heinemann, Neumarkt i.d. OPf. · RA FAMuWR Jochen Hoffmann, Köln · VorsRiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln · RAin FAin MuWR Dr. Ira Hörndler, Nürnberg · RA Dr. Hans Reinold Horst, Hannover/Solingen · Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar · RA FaMuWR Dr. Georg Jennißen, Köln · RA FAVerwR FAMuWR Walter Junker, Hamburg · RA FAArbR FAMuWR Wilfried J. Köhler, Köln · RA Dr. Egbert Kümmel, Berlin · RAin FAinMuWR Dr. Catharina Kunze, Berlin · RA Michael Kurek, Nürnberg · Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin · RA FAMuWR Dr. Klaus Lützenkirchen, Köln · RA Norbert Monschau, Erftstadt · RA Dr. Andreas Ott, Berlin · RA Frank-Georg Pfeifer, Düsseldorf · RA Dr. Holger Reichert, Mainz · RA Klaus Schach, Berlin · RA Matthias Scheff, Hamburg · RiOLG RiBayObLG a.D. Dr. Michael Schmid, München · RA Dr. Jan-Hendrik Schmidt, Hamburg · RA Norbert Schneider, Neunkirchen · RA FAMuWR Ralf Specht, Nürnberg · RAin FAinMuWR Susanne Tank, Hannover · RA René Zich, Görlitz

Jetzt abonnieren!

Der Miet-Rechts-Berater

Sie wollen regelmäßig vom Know-how des MietRB profitieren? Dann bestellen Sie jetzt Ihr Probe-Abo und Sie erhalten die nächsten **3 Hefte und 3 Monate Zugang zum Volltext-Archiv kostenlos!**

Weitere Infos und Bestellung unter Telefon 02 21/9 37 38-997 oder **www.mietrb.de**

Rechtsprechung

Wohnraummiete

Schimmel: Baumangel und mangelnde Beheizung

1. Ein durch einen Baumangel verursachter erheblicher Schimmelbefall berechtigt den Mieter zur Mietminderung. Da der Mieter diesen Schimmelschaden nicht verursacht hat, ist es unerheblich, ob er ihn durch die Art und Weise der Beheizung befördert, zumal eine geringe Beheizung an und für sich keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht darstellt.

2. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung, die den Vermieter gem. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB zur Kündigung berechtigt, kann vorliegen, wenn der Mieter eine titulierte Forderung für Betriebskostenrückstände nicht begleicht, obwohl er dazu Leistungen der Sozialbehörde erhalten hat, die er aber auf andere Weise verbrauchte, so dass dem Vermieter weitere Kosten für eine fruchtlose Zwangsvollstreckung angefallen sind.

LG Berlin, Urt. v. 4.5.2012 – 65 S 14/11
(AG Charlottenburg – 221 C 211/09)
BGB §§ 536 Abs. 1 S. 2, 573 Abs. 2 Nr. 1

Das Problem: Der vermietende Kläger erwirkte 2007 einen Titel über Betriebskostenrückstände. Die Beklagte erhielt Geld von der Sozialbehörde, das sie nicht weiterleitete, sondern anderweitig verbrauchte. Im Zeitraum Juli 2008 bis Juli 2009 trat in der Wohnung Schimmelbildung auf, die auf einem Baumangel beruht und durch das Heizungsverhalten der Mieterin befördert wurde. Der Kläger hat gekündigt und verlangt nunmehr Zahlung und Räumung.

Die Entscheidung des Gerichts: Zahlungsansprüche bestehen nicht, weil eine Mietminderung von 10 % aufgrund des Schimmelbefalls greift. Art und Weise der Beheizung durch die Beklagte haben diesen Schimmelschaden zwar befördert, nicht aber verursacht. Eine geringe Beheizung stellt an und für sich keine Verletzung einer vertraglichen Pflicht dar, wenn dieses zwischen den Parteien nicht ausdrücklich anders vereinbart worden ist. Das betroffene Zimmer nutzt die Beklagte als Schlafzimmer. Es ist sehr verbreitet, dass bei geringeren Temperaturen geschlafen wird.

Der Räumungsanspruch besteht indes: Das Mietverhältnis ist zwar nicht durch die fristlose, aber durch die hilfsweise fristgemäße Kündigung beendet worden. Die fristlose Kündigung vom 27.7.2009 hat das Mietverhältnis nicht beendet, weil kein Kündigungsgrund bestand. Ein ausreichender Zahlungsrückstand i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB fehlte, wegen des Zeitablaufs konnte nicht auf die 2007 titulierte Forderung zurückgegriffen werden. Aber die hilfsweise erklärte fristgemäße Kündigung wegen Zahlungsverzugs greift durch: Zwar kann nicht an einen marginalen Differenzbetrag aus der Mietminderung angeknüpft werden, da dieser Betrag innerhalb der Grenzen liegt, die ein Mieter im Allgemeinen auch bei rechtskundiger Beratung bei der Bemessung der angemessenen Mietminderung nicht vollständig sicher beurteilen kann. Die Kündigung stützt sich aber erfolgreich darauf, dass die Beklagte die 2007 titulierte Forderung nicht beglich, obwohl sie dazu Leistungen der Sozialbehörde erhalten hatte, die sie aber auf andere Weise verbrauchte, und dem Kläger weitere Kosten für eine fruchtlose Zwangsvollstreckung angefallen waren. Das stellt eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung dar, die eine Beendigung des Mietverhältnisses gem. § 573 Abs. 1 BGB rechtfertigt.

Konsequenzen für die Praxis: Die Beklagte hat letztlich Glück gehabt. Das Zusammenspiel von Baumangel und falschem Heizungs- und Lüftungsverhalten ist in der Praxis ein leidiges Thema, bei dem nicht selten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme beide Ursachen unglücklich ineinandergreifen. Dann können Minderungsmöglichkeiten ganz oder teilweise in Wegfall geraten.

Beraterhinweis: Die Kammer hat sich auch noch auf eine im Prozess hilfsweise erklärte neue fristlose Kündigung gestützt – die ein Anwalt immer im Blick haben muss - und hier auch einen Kündigungsgrund gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 b) BGB angenommen. Die dort enthaltene Zeitbestimmung „mehr als zwei Termine“ diene lediglich der Abgrenzung zu dem in Nr. 3 a) geregelten Tatbestand, weswegen es nicht erforderlich ist, dass der Verzug auch tatsächlich über einen Zeitraum von zwei Terminen hinweg andauert. ◁

RiLG Wolfgang Dötsch, Brühl

Gewerberaummiete

Mietminderung bei Flächenunterschreitung von Kellerräumen

Bei Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Fläche von Nebenräumen muss eine angemessene Mietminderung den geringeren Gebrauchswert dieser Räume in Rechnung stellen.

BGH, Urt. v. 18.7.2012 – XII ZR 97/09
(KG – 22 U 177/07)
BGB § 536

Das Problem: Die Parteien hatten 2003 ein Mietverhältnis über ein Ladenlokal (Imbiss) nebst Kellerräumen in Berlin geschlossen. Die Nettomiete betrug ursprünglich 5.840 € monatlich. Sie schlossen dann einen weiteren Mietvertrag über Lagerflächen im Hofgebäude und Freifläche. Der Mietvertrag über das Ladenlokal bezeichnete als Vertragsgegenstand einen Laden (ca. 87 qm) und einen „darunter liegender Keller/Lager (2 Räume, ca. 110 qm)“ und bestimmte weiter: „... die vermietete Fläche gilt als mit ca. 197 qm vereinbart“. Tatsächlich beträgt die Ladenfläche 85,68 qm und die Kellerfläche nur 53,93 qm. Im zweiten Mietvertrag wurde für 185 qm Lagerfläche eine Nettomiete von 400 € vereinbart. Der klagende Mieter verlangte wegen der zu geringen Fläche des zuerst gemieteten Objekts Rückzahlung von Mieten. Das Berufungsgericht bezifferte den Minderungsbetrag aufgrund der prozentualen Flächenabweichung mit insgesamt rund 29 %, da die Parteien nicht für unterschiedlich zu nutzende Mietflächen verschieden hohe Anteile des einheitlich auf die Gesamtfläche bezogenen Mietzinses vereinbart hatten.

Die Entscheidung des Gerichts: Die hiergegen gerichtete Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Die Kellerräume seien als Vertragsgegenstand aufgeführt. Die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Fläche sei ein Mangel i.S.v. § 536 BGB; der Mieter brauche nicht zusätzlich darzulegen, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert sei (für das Wohnungsmietrecht BGH v. 24.3.2004 – VIII ZR 295/03, MietRB 2004, 253 = MDR 2004, 933; für das Geschäftsraummietrecht BGH v. 4.5.2005 – XII ZR 254/01, MietRB 2005, 259 = MDR 2005, 975). Die Flächenangabe sei auch nicht lediglich Beschreibung des Mietobjekts, sondern vertraglich vereinbart. Die Angabe eines Circa-Maßes stehe bei Abweichung von mehr als 10 % einem zur Minderung berechtigenden Sachmangel nicht entgegen (BGH v. 10.3.2010 – VIII ZR 144/09, MietRB 2010, 158 = MDR 2010, 617). Dieses Urteil beziehe sich zwar auf die Wohnraummiete, bei der Kellerflächen nicht in die Wohnflächenberechnung einfließen; jedenfalls bei einer gravierenden Abweichung wie vorliegend könne im Rahmen der Geschäftsraummiete auch für Nebenräume aber nichts anderes gelten. Auf die Nutzungsabsicht und die konkrete Beeinträchtigung des Mieters komme es nicht an (BGH, Urt. v. 10.3.2010 – VIII ZR 144/09, MietRB 2010, 158 = MDR 2010, 617). Die Berechnung der Minderung durch das Berufungsgericht begegne aber durchgreifenden Bedenken. Nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB ist nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten, wobei sich die Angemessenheit nach der Schwere des Mangels und der dadurch bewirkten Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache richte. Die allein vom Anteil der Gesamtfläche ausgehende Berechnung des Berufungsgerichts lasse den generell geringeren Nutzungswert der Kellerräume außer Betracht. Zwar lege der BGH zum Wohnraummietrecht die prozentuale Flächenunterschreitung als Minderungsmaßstab zugrunde; die Gleichwertigkeit der Wohnflächen ergebe sich dort aber schon aus der Wohnflächenverordnung und der Mietermittlung im preisgebundenen Wohnraum. Hier beziehe sich aber die Flächenabweichung ganz überwiegend auf die Kellerräume. Deren Fläche könne allenfalls dann mit der Fläche des Ladenlokals und der Nebenräume gleichgesetzt werden, wenn ihre Nutzung mit dem hauptsächlichen vertraglichen Nutzungszweck gleichwertig wäre. Lagerflächen wiesen aber gegenüber Gastraum und Nebenräumen einen deutlich niedrigeren Gebrauchswert auf, wie auch aus dem zweiten Mietvertrag und der dortigen Miethöhe deutlich werde. Das Berufungsgericht müsse weitere Feststellungen zur Bemessung der Minderungsbeträge treffen.

Konsequenzen für die Praxis: Der XII. Senat folgt in diesem Punkt nicht schematisch der Rechtsprechung des VIII. Senats zur Wohnflächenabweichung, sondern arbeitet gut nachvollziehbar heraus, dass eine einheitliche Bewertung von gewerblich genutzten Flächen anders als bei Wohnflächen zur Berechnung der Minderung nicht angemessen sein muss, und grenzt damit zu den zitierten Entscheidungen des VIII. Senats ab.

Beraterhinweis: Leider ergibt das Urteil keine Anhaltspunkte dafür, wie im Einzelfall die Bewertung erfolgen kann, so dass ein erhebliches Streitpotential mit dem entsprechenden Kostenrisiko verbleibt. Das LG hatte erstinstanzlich den Minderungsbetrag „in Anlehnung an das Mietverhältnis 2“ ermittelt, der XII. Senat teilt aber nicht mit, wie es diesen berechnet hat und ob er diese Berechnung billigt. ◁

RAin FAinMuWR Dr. Catharina Kunze, AKD Dittert, Südhoff & Partner, Berlin

Mietanpassungsklausel: Inhaltskontrolle bei Geschäftsraum

Folgende formularvertragliche Miethöhe- bzw. Entgeltanpassungsklausel in einem Geschäftsraummiet- oder Nutzungsüberlassungsvertrag, der die Zurverfügungstellung einer gewerblichen Fläche gegen Zahlung eines jährlichen Entgelts regelt, ist rechtswirksam:
„Der Vermieter/Nutzungsüberlasser prüft nach Ablauf von jeweils drei Jahren, erstmals zum ..., ob das Nutzungsentgelt noch ortsüblich oder sonst angemessen ist. Bei einer Änderung setzt er den zusätzlich oder den weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) fest und teilt dem Nutzer die Höhe des künftig zu zahlenden Nutzungsentgelts mit.“

BGH, Urt. v. 27.6.2012 – XII ZR 93/10
(LG Potsdam – 11 S 146/09)
BGB §§ 305 Abs. 1 S. 1, 307, 309 Nr. 1, 310, 315, 546a Abs. 1

Das Problem: Die Parteien schlossen für die Zeit ab 1.1.1997 einen Nutzungsvertrag. Der Nutzer betreibt einen Jachthafen. Der Überlasser stellt hierzu eine Wasserfläche zur Verfügung. Das Nutzungsentgelt belief sich ursprünglich auf 3.783,56 €. Aufgrund der im Leitsatz erwähnten Vereinbarung zur Anpassung der Höhe des Entgelts erhöhte der Überlasser dieses ab 1.1.2001 auf

6.041,92 €. Ab 1.1.2005 wurden 7.855 € verlangt. Diese zweite Erhöhung wurde vom Nutzer nicht akzeptiert. AG und LG wiesen die Zahlungsklage wegen Klauselverstoßes gegen § 307 BGB ab. In der Revision wurde das Berufungsurteil aufgehoben.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH erklärte die Regelung für wirksam. Er verweist auf den gleichgelagerten Fall im Urteil vom 9.5.2012 (BGH v. 9.5.2012 – XII ZR 79/11, MietRB 2012, 192). Leistungsvorbehaltsklauseln, die in vorformulierten Vertragsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB enthalten sind, unterliegen der Überprüfung nach § 307 BGB (BGH v. 9.5.2012, a.a.O.; v. 24.3.2010 – VIII ZR 178/08, MDR 2010, 681). Eine Mietanpassungsklausel erfordere zur Einhaltung des Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) verständliche Formulierungen, insb. hinsichtlich des Anlasses der Mietänderung. Ferner müssen die Bezugsgrößen und der Umfang nachvollziehbar umschrieben sein.

Diese Voraussetzungen wurden bejaht: Eine Mietanpassung sei nach dem Regelungswortlaut gerechtfertigt, wenn zu den vereinbarten Zeitpunkten die Miete nicht mehr ortsüblich oder sonst angemessen sei. Für den Mieter sei dies verständlich: Der Begriff der ortsüblichen Miete orientiere sich an § 546a Abs. 1 BGB. Der weitere Begriff der „angemessenen Miete“ sei ebenso hinreichend transparent. Angemessen sei die orts- und marktübliche Miete für vergleichbare Objekte bei Neuabschlüssen (BGH v. 2.10.1991 – XII ZR 88/90, NJW-RR 1992, 517; v. 3.7.2002 – XII ZR 39/00, MDR 2002, 1362). Auch die Anpassungsvoraussetzung des „noch ortsüblichen oder sonst angemessenen“ Nutzungsentgelts sei für den Mieter nicht unklar. Letzterer Ausdruck bedeute, dass unabhängig von einer Änderung der ortsüblichen Miete das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht mehr gewahrt sei, etwa infolge allgemeiner Preisentwicklung. Der Maßstab für das neue Entgelt sei durch die Bezugnahme auf § 315 BGB und damit auch auf Billigkeitserfordernisse erkennbar Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht liege damit nicht vor. Auch eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sei nicht anzunehmen, da die Anpassung nur bei Vorliegen der vertraglichen Voraussetzungen möglich und zugunsten des Mieters auch eine Herabsetzung geregelt sei.

Konsequenzen für die Praxis: Das Preisklauselverbot nach § 1 Abs. 1 PreisklG findet auf Leistungsvorbehaltsklauseln, die einer Vertragspartei ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht unter den Voraussetzungen des § 315 BGB gewähren, zwar keine Anwendung. Denn sie lassen bezüglich des Ausmaßes der Änderung einen Ermessensspielraum, um die Feststellung der neuen Höhe unter Grundsätzen der Billigkeit zu ermöglichen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 PreisklG). Es empfiehlt sich deshalb, auf die (gesamte) Regelung des § 315 BGB in der Klausel Bezug zu nehmen. Zu beachten ist aber, dass formularvertragliche Leistungsbestimmungsklauseln der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen. Sie dürfen also den Mieter nicht unangemessen benachteiligen und sie müssen klar und verständlich sein. Wird wie vorliegend zum Anlasses einer Mietanpassung formuliert, dass das Entgelt zu einem bestimmten Zeitpunkt „nicht mehr ortsüblich oder sonst angemessen“ sein muss, ist eine noch genauere Bezeichnung nicht erforderlich, wie der BGH betont. Das Klarheitsgebot ist bei einer Inbezugnahme des § 315 BGB deshalb nicht verletzt, weil der Mieter erkennen kann, dass eine Änderung nur unter Beachtung der dortigen Voraussetzungen, insb. des Billigkeitserfordernisses, zulässig ist. Das Gebot der Billigkeit ist gewahrt, wenn das neue Entgelt innerhalb der Marktüblichkeit liegt und dem entspricht, was regelmäßig als Preis vergleichbarer Leistungen verlangt wird (BGH v. 2.10.1991 – XII ZR 88/90, a.a.O.).

Beraterhinweis: Bei einer Leistungsvorbehaltsklausel kommt es nicht zu einer automatischen Änderung der Miethöhe wie bei der Gleitklausel oder bei einer Staffelmiete. Die Miethöhe wird vielmehr neu festgesetzt, wozu ein bestimmter Spielraum gegeben sein muss (*Bartholomäi* in Lindner/Figura Kap. 10 Rz. 162).

Der Vermieter ist verpflichtet, die Leistungsbestimmung zu treffen, wenn der Mieter ein Interesse hieran hat, wie der BGH hervorhebt. Auf Abgabe der Erklärung kann der Vermieter nicht gerichtlich in Anspruch genommen werden. Der Mieter kann die Bestimmung jedoch nach § 315 Abs. 3 Satz 2, Halbs. 2 BGB durch Urteil treffen lassen. ◁

RA Robert Harsch, Lörrach

Miete: Umsatzsteuerpflicht durch ergänzende Vertragsauslegung

1. Sind die Umsätze eines Vermieters aus der Vermietung von Gewerberäumen nach § 4 Nr. 12 a) UStG von der Umsatzsteuer befreit und konnte der Vermieter auch nicht wirksam gem. § 9 Abs. 1 UStG auf diese Befreiung verzichten, dann geht eine im schriftlichen Mietvertrag getroffene Vereinbarung, wonach zu der Grundmiete und zu den Heiz- und Betriebskostenvorschüssen jeweils die gesetzliche Umsatzsteuer zu zahlen ist, ihrem Wortlaut nach ins Leere.

2. Eine im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke kommt in Betracht, wenn die Vertragsparteien die Höhe der Miete unter Berücksichtigung einer als möglich angesehenen Option des Vermieters zur Umsatzsteuer und der sich daraus ergebenden Steuervorteile ausgehandelt haben, so dass nicht lediglich ein einseitiger Kalkulationsirrtum des Vermieters vorliegt.

KG, Urt. v. 24.5.2012 – 8 U 160/11, nrkr.
(LG Berlin – 12 O 455/09)
BGB §§ 535, 157

Das Problem: Ein Gewerberaummietvertrag weist eine Zahlungspflicht des Mieters „zzgl. 16 % Umsatzsteuer“ aus. Die aus Nettomiete und Umsatzsteueranteil sich ergebende Gesamtmiete wird vom Mieter über mehrere Jahre vorbehaltslos ausgeglichen. Danach stellt sich heraus, dass es an der Unternehmereigenschaft des Mieters i.S.d. § 9 Abs. 1 UStG fehlt. Von daher scheidet auch ein

Verzicht des Vermieters auf Steuerbefreiungen gem. § 9 UStG aus. Der Mieter weigert sich nunmehr, die Umsatzsteueranteile zu zahlen, der Vermieter macht diese klageweise geltend. Umgekehrt begehrt der Mieter im Wege der Widerklage die in unverjährter Zeit gezahlten Umsatzsteueranteile aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Senat spricht dem Vermieter die rückständigen Mietanteile zu und weist die Widerklage ab. Es sei grundsätzlich zutreffend, dass die Umsätze des klagenden Vermieters aus der Vermietung der streitgegenständlichen Gewerberäume an den Mieter nach § 4 Nr. 12 a) UStG von der Umsatzsteuer befreit seien und der Vermieter auch nicht wirksam gem. § 9 Abs. 1 UStG auf diese Befreiung verzichten könne. Die vertragliche Regelung, wonach der Mieter die Miete „jeweils zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer“ zu zahlen habe, gehe somit ihrem Wortlaut nach ins Leere. Es stehe auch nicht Disposition der Vertragsparteien, nach dem Gesetz steuerfreie Umsätze durch Vereinbarung steuerpflichtig zu machen (BGH v. 28.7.2004 – XII ZR 292/02, MietRB 2004, 345 = MDR 2004, 1406 = NJW-RR 2004, 1452). Allerdings lägen hier die Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung gem. § 157 BGB vor. Eine solche komme nach der Rechtsprechung des BGH v. 21.1.2009 – XII ZR 79/07, MietRB 2009, 125 = MDR 2009, 440 = NZM 2009, 237 ff. in Betracht, wenn die Parteien die Höhe der Miete unter Berücksichtigung einer als möglich angesehenen Option des Klägers zur Umsatzsteuer und der sich daraus für ihn ergebenden Steuervorteile ausgehandelt haben, so dass nicht lediglich ein einseitiger Kalkulationsirrtum des Klägers vorliege, dessen Folgen er allein zu tragen habe. Diese Voraussetzungen habe der Vermieter im Zuge der durchgeführten Beweisaufnahme nachgewiesen. Durch die Zeugenaussagen stehe zur Überzeugung des Senats fest, dass die vereinbarte Gesamtmiete auch dann gezahlt werden sollte, wenn der Mieter wegen des Fehlens der Unternehmereigenschaft oder wegen fehlender Umsätze nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sei. Eine solche Vertragsauslegung sei auch unter Berücksichtigung des Umstands naheliegend, dass der Mieter die Gesamtmiete inkl. Umsatzsteuer über einen Zeitraum von mehreren Jahren vorbehaltslos an den Kläger gezahlt habe.

Konsequenzen für die Praxis: Die Umsatzsteuerpflichtigkeit der Vermietung setzt voraus, dass die Voraussetzungen des § 9 UStG vorliegen. Beide Vertragsparteien müssen danach „Unternehmer“ sein, ferner dürfen auf der Mietfläche nur Umsätze getätigt werden, die den Vorsteuerabzug nicht ausschließen. Der Mieter ist zur Zahlung der Umsatzsteuer nur bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung verpflichtet (OLG Düsseldorf v. 15.3.2011 – I-24 U 95/10, MietRB 2012, 2030). Ergeben sich jedoch aus den Vertragsverhandlungen der Parteien oder dem späteren Zahlungsverhalten des Mieters Anhaltspunkte dafür, dass die von den Parteien definierte „Gesamtmiete“ unabhängig von den steuerrechtlichen Gegebenheiten zu zahlen ist, kann eine ergänzende Vertragsauslegung dazu führen, dass der Mieter die vereinbarte Gesamtmiete als Nettomiete zu zahlen hat (BGH v. 21.1.2009, a.a.O.; OLG Düsseldorf v. 8.12.2005 – 10 U 146/01, ZMR 2006, 367).

Beraterhinweis: Bei der Vertragsgestaltung kann Vorsorge getroffen werden für den Fall, dass der Vermieter erst zu einem späteren Zeitpunkt zur Umsatzsteuerpflichtigkeit der Miete optiert. Entsprechende Klausel halten der Inhaltskontrolle stand (BGH v. 25.7.2001 – XII ZR 137/99, NZM 2001, 952). Zulässig dürfte umgekehrt auch eine Formularklausel sein, wonach die Parteien übereinstimmend von der Umsatzsteuerpflichtigkeit der Vermietung ausgehen und für den Fall des Nichtvorliegens dieser Voraussetzung die Gesamtmiete als Nettomiete festschreiben. ◁

RA/FAMuWR Michael Kurek, KKP Köning & Partner, Nürnberg

Die Nichtzulassungsbeschwerde wird unter dem Az. XII ZR 95/12 geführt.

Verjährung: Nutzungsentschädigung gemäß § 548 Abs. 1 BGB?

Erlangt der Vermieter freien Zutritt zur Mietsache und kann sie auf Veränderungen bzw. Verschlechterungen überprüfen, beginnt die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Schadensersatz gem. § 548 Abs. 1 BGB zu laufen.
Hiervon ausgenommen ist der Nutzungsentschädigungsanspruch bei Vorenthaltung der Mietsache.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.3.2012 – I-24 U 200/11
(LG Kleve – 3 O 155/08)
BGB §§ 535, 280, 546a, 548

Das Problem: Zwischen den Parteien bestand ein Mietverhältnis. Spätestens am 8.4.2008 wurde das Mietobjekt an den Vermieter zurückgegeben, da er an diesem Tag neben dem von ihm nachgemachten Schlüssel zwei weitere Schlüssel zu dem Mietobjekt durch die Mieterin erhielt. In dem Mietobjekt befand sich am 8.4.2008 noch das Inventar der Mieterin, ferner war das Mietobjekt unrenoviert. Aufgrund dessen machte der Vermieter dem Mieter gegenüber klageweise mit am 26.10.2008 zugestelltem Schriftsatz vom 17.10.2008 für den Zeitraum April bis Juni 2008 Nutzungsentschädigung sowie Schadensersatz für die Entrümpelung und die nicht durchgeführten Malerarbeiten geltend.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Vermieter dringt lediglich mit seinem Nutzungsentschädigungsanspruch gem. § 546a Abs. 1 BGB durch, nicht hingegen mit seinem Schadensersatzanspruch. Nutzungsentschädigung konnte der Vermieter geltend machen, da ihm das Mietobjekt nach dem 8.4.2008 vorenthalten wurde. Hierbei geht das OLG Düsseldorf davon aus, dass in dem Fall, in dem der Mieter eigene Einrichtungsgegenstände in einem nicht unerheblichen Umfang zurück lässt, er seine Räumungspflicht nicht erfüllt hat. Grundsätzlich kann der Vermieter zur ordnungsgemäßen Räumung des Mietobjekts verlangen, dass er dieses in einem zur anschließenden Nutzung geeigneten Zustand, mithin leer, zurück

erhält. Von einem Vorenthalten kann jedoch nicht die Rede sein, wenn der Mieter das Mietobjekt lediglich in einem veränderten bzw. verschlechterten Zustand zurückgibt. Der Anspruch auf Nutzungsentschädigung war bei Zustellung des Schriftsatzes am 26.10.2008 auch noch nicht verjährt, da es sich bei diesem Anspruch um einen vertraglichen Anspruch eigener Art handelt und er wie die Miete Entgeltcharakter hat. Folglich unterliegt er nicht der kurzen Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB. Der Schadensersatzanspruch hingegen schon. Hier beginnt die kurze Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB bereits zu laufen, wenn der Vermieter aufgrund eigener Sachherrschaft in die Lage versetzt wird, sich über den Zustand des Mietobjekts unbeeinträchtigt zu unterrichten und der Mieter den Besitz an ihr aufgibt. Dies war spätestens am 8.4.2008 mit Übergabe der Schlüssel der Fall, so dass die Schadenersatzansprüche am 26.10.2008 bereits verjährt waren.

Konsequenzen für die Praxis: Grundsätzlich hat der Vermieter zunächst zu prüfen, welche Art von Anspruch er dem Mieter gegenüber geltend machen kann und ob das Mietobjekt in einem solchen Zustand zurückgegeben wurde, dass eine Schlechterfüllung oder aber eine Nichterfüllung der Rückgabepflicht gegeben ist. Nur im letzten Fall kann der Vermieter Nutzungsentschädigung i.S.d. § 546a Abs. 1 BGB geltend machen.

Beraterhinweis: Aufgrund der kurzen Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 BGB sollte der Vermieter das Mietobjekt unmittelbar nach Rückgabe auf Veränderungen oder Verschlechterungen prüfen und seine Schadensersatzansprüche zeitnah dem Mieter gegenüber in verjährungsunterbrechender Art durch einen Mahnbescheid oder eine Klage geltend machen. Nur so kann er dem Risiko entgegen, seine Ansprüche wegen des Eintritts der Verjährung nicht mehr durchsetzen zu können. ◁

RAin FAinMuWR Sabine Loscha, Anwaltskanzlei Loscha, Düsseldorf

Makler

Provision: Kein Schadensersatz bei Nichtabschluss

Ein Primäranspruch auf Maklerprovision setzt das Zustandekommen des angestrebten Hauptvertrages voraus. Ist der Auftraggeber nicht bereit, seine Immobilie an einen vom Makler nachgewiesenen oder vermittelten Kaufinteressenten zu veräußern, so steht dem Makler auch dann kein Sekundäranspruch auf Schadensersatz in Höhe der entgangenen Provision zu, wenn er mit dem Kaufinteressenten eine Reservierungsvereinbarung geschlossen hat und der Interessent abschlussbereit ist.

OLG Koblenz, Beschl. v. 11.7.2012 – 2 U 644/11
(LG Mainz – 2 O 225/10)
BGB § 280 Abs. 1, § 652 Abs. 1

Das Problem: Der klagende Makler hatte für die beklagten Eigentümer eines Grundstücks Verkaufsbemühungen entfaltet, mehrere Besichtigungstermine mit Interessenten durchgeführt und schließlich eine abschlussbereite Kaufinteressentin gefunden. Mit dieser schloss der Makler eine Reservierungsvereinbarung und eine Vereinbarung über eine Maklerprovision i.H.v. 11.000 €. Die Eigentümer waren jedoch nicht bereit, den bereits vorbereiteten Kaufvertrag mit der vom Makler gestellten Interessentin zu unterzeichnen. Der Makler begehrt Schadensersatz für die entgangene Provision i.H.v. 11.000 €. Er trägt vor, es habe Abschlussreife hinsichtlich des Kaufvertrages vorgelegen und die Verkaufsabsicht der Beklagten habe sich darin bestätigt, dass sie die Immobilie an Dritte veräußert hätten. Gegen die erstinstanzliche Klageabweisung richtet sich die Berufung des Maklers.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Berufung wird nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, da sie offensichtlich ohne Erfolgsaussicht sei. Das Zustandekommen eines Maklervertrages sei streitig. In jedem Fall setze ein Provisionsanspruch des Immobilienmaklers nach § 652 Abs. 1 BGB voraus, dass infolge der Vermittlung des Geschäfts oder des Nachweises einer Gelegenheit zum Geschäftsabschluss der angestrebte Hauptvertrag – hier der Kaufvertrag – zustande gekommen ist. Das sei vorliegend nicht dargetan.

Für einen sekundären Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB fehle es an einer Pflichtverletzung der Beklagten, auch wenn dem Kläger aufgrund der Weigerung, den bereits vorbereiteten notariellen Kaufvertrag abzuschließen, der mit der Kaufinteressentin vereinbarte Maklerlohn entgangen ist. Unerheblich sei, dass der Kläger eine Reservierungsvereinbarung mit einer Interessentin geschlossen habe und diese zum Kauf bereit gewesen sei. Auf die Abschlussreife des Kaufvertrages komme es nicht an. Auch in einem solchen Fall blieben die Grundstückseigentümer weiter Herr des Geschäfts, sie seien auch bei Einschaltung eines Maklers nicht in ihrer Entschließungs- und Abschlussfreiheit beschränkt. Die Grundstückseigentümer treffe auch keine Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Umstand, dass der Makler seine Vergütung nur nach erfolgreichem Kaufvertragsabschluss infolge seiner Vermittlung oder seines Nachweises erhält.

Konsequenzen für die Praxis: Das Gericht hat in seiner Entscheidung die BGH-Rechtsprechung (BGH v. 18.4.1966 – VIII ZR 111/64, NJW 1966, 1404; v. 28.5.1969 – IV ZR 790/68, NJW 1969, 1627; v. 16.6.1977 – IV ZR 58/76, WM 1977, 1049) konsequent angewendet, wonach der Maklerkunde auch dann „Herr des Geschäfts“, also in seiner Abschlussdisposition frei bleibt, wenn ein von ihm beauftragter Makler einen kaufwilligen Interessenten nachweist bzw. vermittelt, und wonach auch die willkürliche Ablehnung des Geschäfts keine Treuepflichtverletzung darstellt, selbst wenn die Bedingungen des Geschäfts den Vorstellungen des Auftraggebers entsprechen oder diese sogar übertreffen.

Schadensersatz kann allenfalls verlangt werden, wenn der Auftraggeber den Makler nicht über die Aufgabe seiner Verkaufsabsicht oder über die Veräußerung an einen Dritten informiert und den Makler weiter tätig bleiben lässt – allerdings auch dann nicht in Höhe der entgangenen Provision.

Beraterhinweis: Eine erfolgsunabhängige Zahlungspflicht im Fall des Nichtabschlusses widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages gem. § 652 ff. BGB und kann nicht in Form von AGB vereinbart werden, sondern erfordert eine individuell ausgehandelte, inhaltlich klare Vereinbarung. Hierbei ist Vorsicht geboten: Wird durch die Vereinbarung mittelbar ein Abschlusszwang ausgeübt, was bei Vereinbarung einer Vertragsstrafe in Höhe der vollen Provision der Fall sein kann, unterliegt das Geschäft dem Beurkundungserfordernis des § 311b Abs. 1 BGB, was kaum praktikabel sein dürfte. Weniger problematisch ist hingegen die privatschriftliche Vereinbarung eines Aufwendungsersatzes nach § 652 Abs. 2 BGB. Soll dieser als Pauschbetrag vereinbart werden, ist ebenfalls eine Individualvereinbarung angeraten. ◁

RA FAMuWR Mathias Münch, AKD Dittert, Südhoff & Partner, Berlin

Provision: Hinweis im Internet

Ein Provisionshinweis im Internet richtet sich an den Interessenten, wenn sich nicht ausdrücklich Gegenteiliges aus dem Inserat ergibt.

OLG Hamm, Urt. v. 21.6.2012 – I-18 U 17/12
(LG Essen – 3 O 267/11)
BGB §§ 652, 812

Das Problem: Ein Makler inseriert bei „Immobilienscout“ mit der Angabe zur Wohnfläche, des Kaufpreises und dem Hinweis Provision 3,57 % inkl. gesetzlicher Mehrwertsteuer des Kaufpreises. Der Käufer nimmt hierauf Kontakt zum Makler auf und vereinbart einen Besichtigungstermin. Er unterzeichnet dann noch einen „Auftrag zur Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages“, im Rahmen dessen ebenfalls eine Provisionszahlung geregelt wird. Diese ist danach auch zahlbar, wenn der Käufer den Kaufvertrag nicht abschließt. Es kommt zu Kaufvertragsabschluss. Wegen der Ablehnung der Genehmigung eines Dachgeschossausbaus, ficht der Käufer den Vertrag an. Letztlich wird er jedoch in das Grundbuch eingetragen. Eine Provisionszahlung lehnt er jedoch ab, da er die Provision für verwirkt hält.

Die Entscheidung des Gerichts: Das Berufungsgericht hat der Klage des Maklers stattgegeben. Der „Auftrag zur Vorbereitung eines notariellen Kaufvertrages“ ist formunwirksam. Dies beeinträchtigt den bereits aufgrund des Internetinserats geschlossenen Maklervertrag jedoch nicht. Die Vereinbarungen sind unabhängig voneinander. Die Parteien haben auf Grundlage des Internetinserats bereits einen stillschweigenden Maklervertrag geschlossen. Der dortige Provisionshinweis ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung des OLG Hamm ausreichend. Das OLG Hamm beruft sich auf die aktuelle Entscheidung des BGH v. 3.5.2012 – III ZR 62/11, MietRB 2012, 231 = MDR 2012, 829, und erklärt, dass es an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr festhält. Der Provisionshinweis sei nicht als Hinweis auf eine vom Verkäufer zu zahlenden Innenprovision missverständlich. Insbesondere seien auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Hinweis sich nicht auf die vom Käufer zu zahlende Provision beziehe. Unerheblich sei die Anfechtung des Hauptvertrages. Dieser ist durch Zahlung des Kaufpreises bestätigt. Durch Eintragung des Käufers ins Grundbuch erfolgte die Bestätigung auch formwirksam gem. § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB.

Konsequenzen für die Praxis: Das OLG Hamm rückt von seiner bisherigen Rechtsprechung ab und senkt die Anforderungen an Provisionshinweise deutlich. Damit erfolgt eine Abkehr von den teilweise überzogenen Anforderungen an Provisionshinweise. Entscheidend ist, dass von der Offenbarung einer vom Verkäufer zu zahlenden Innenprovision erst auszugehen ist, wenn sich entsprechende Anhaltspunkte aus dem Inserat ergeben. In der nunmehr überholten Rechtsprechung wurde genau das Gegenteil unterstellt, nämlich dass der Kaufinteressent bei einem Inserat des Maklers grundsätzlich davon ausgehen kann, dass dieser bereits vom Verkäufer bezahlt werde und ein schlichter Provisionshinweis ohne Erläuterung nur den Hinweis auf die Innenprovision darstellt.

Beraterhinweis: Das Urteil zeigt deutlich, dass der Makler trotz einer unwirksamen Provisionsvereinbarung oft recht gute Chancen hat, einen Provisionsanspruch durchzusetzen. Der Fokus muss in diesen Fällen auf der umfangreichen Sachverhaltsaufklärung liegen. In der Praxis kommt der Erstkontakt zwischen Makler und Interessent häufig über derartige Internetinserate zustande. Für einen stillschweigenden Maklervertragsschluss reicht dies meist aus. Makler sind jedoch oft und nachvollziehbar daran interessiert, eine schriftliche Bestätigung zu erlangen. In ihr sehen sie dann die Anspruchsgrundlage. In den Beratungsgesprächen sollte daher unbedingt eine chronologische Aufarbeitung erfolgen. ◁

RA FAMuWR Broder Bösenberg, bethgeundpartner | immobilienanwälte, Hannover

Gebühren & Kosten

Streitwert: Klage auf künftige Nutzungsentschädigung

1. Der Gebührenstreitwert für eine Klage auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigungen bis zum – unbekannten – Zeitpunkt der Räumung richtet sich nicht nach § 9 ZPO, sondern nach § 3 ZPO (Anschluss OLG Stuttgart v. 17.1.2011 – 5 U 158/10, MietRB 2011, 112 = MDR 2011, 513).

2. Die Höhe des Streitwerts entspricht der geforderten Nutzungsentschädigung für die voraussichtliche Dauer vom Zeitpunkt der Einreichung der Klage bis zur tatsächlichen Räumung. Regelmäßig kann von einer Zeitspanne von einem Jahr ausgegangen werden.

OLG Dresden, Beschl. v. 2.8.2012 – 5 W 745/12
(LG Leipzig – 1 O 3946/11)
ZPO §§ 3, 4 Abs. 1, 9; GKG §§ 48, 66, 68

Das Problem: Das LG verurteilte die beklagte Mieterin zur Räumung und Herausgabe einer Gewerbemieteinheit und zur Zahlung rückständiger Miete sowie einer monatlichen Nutzungsausfallentschädigung bis zur Erfüllung der Räumungsverpflichtung. Das LG setzte den Streitwert für den Antrag auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigung mit dem 6-fachen Monatsbetrag an und führte zur Begründung aus, dass Räumungsbegehren erfahrungsgemäß eine Dauer von sechs Monaten hätten.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Beschwerde hatte Erfolg. Der Senat geht – wie das LG – davon aus, dass sich der Gebührenstreitwert für eine Klage auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigung bis zum – unbekannten – Zeitpunkt der Räumung nicht nach § 9 ZPO, sondern nach § 3 ZPO richtet (ebenso OLG Nürnberg v. 19.1.2006 – 2 W 94/06, MietRB 2006, 128 = NZM 2006, 540; OLG Düsseldorf v. 24.1.2006 – 24 W 65/05, ZMR 2006, 517; KG v. 20.12.2006 – 12 W 66/06, MietRB 2007, 117 = MDR 2007, 645 = NZM 2007, 600; OLG Stuttgart v. 17.1.2011 – 5 U 158/10, MietRB 2011, 112 = MDR 2011, 513; OLG Naumburg v. 19.5.2011 – 1 W 14/11, MietRB 2012, 71 mit Anm. *Monschau*). Die Höhe des Streitwerts sei gem. § 3 ZPO nach freiem Ermessen unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Sachgerecht sei danach der Ausgangspunkt des LG, wonach es auf die voraussichtliche Dauer vom Zeitpunkt der Einreichung der Klage bis zur tatsächlichen Räumung ankomme. Nicht gefolgt werden könne dem LG allerdings in der Annahme, diese Dauer sei regelmäßig mit sechs Monaten anzusetzen. Vielmehr sei eine solche Zeitspanne regelmäßig schon für die Dauer des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens bis zu einem vollstreckbaren Räumungstitel anzusetzen. Selbst im vorliegenden Verfahren habe es von der Klageerhebung bis zum unwiderruflichen Vergleich etwa sechs Monate gedauert. Sofern aber keine gütliche Einigung gelinge, seien im Erkenntnisverfahren nicht selten Beweisaufnahmen erforderlich, so dass die durchschnittliche Dauer für das Erkenntnisverfahren bis zum Räumungstitel auf mehr als sechs Monate zu schätzen sei. Rechne man noch die Durchsetzung der Räumung im Zwangsvollstreckungsverfahren hinzu, erscheine eine Zeitspanne von einem Jahr sachgerecht.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung liegt auf der Linie der herrschenden Meinung, die den Gebührenstreitwert nach Maßgabe des § 3 ZPO bemisst. Richtigerweise bezieht das OLG auch die Dauer des Erkenntnisverfahrens bei der Streitwertbemessung mit ein, weil auf die Lage bei Einreichung der Klage abzustellen ist. Zu Recht stellt der Senat nicht auf eine „durchschnittliche" Dauer des Erkenntnisverfahrens im jeweiligen Gerichtsbezirk ab, weil eine solche kaum feststellbar und ebenfalls einzelfallabhängig ist.

Beraterhinweis: Der Kläger ist gut beraten, bereits in der Klageschrift den seiner Auffassung nach zutreffenden Streitwert anzugeben und diesen sorgfältig durch Darlegung der maßgeblichen Einzelfallumstände zu begründen. Die Erfahrung zeigt, dass die Gerichte dann eher dazu neigen, sich dem Streitwertvorschlag des Klägers anzuschließen. ◁

RA FAMuWR Norbert Monschau, Anwaltkooperation Schneider & Monschau, Erftstadt/Neunkirchen

Streitwert: Negative Feststellungsklage nach Modernisierungsmieterhöhung

Der Gebührenstreitwert für den Klageantrag des Mieters auf Feststellung, dass sich die Nettokaltmiete durch die Modernisierungsmieterhöhungserklärungen des Vermieters nicht erhöht hat, bemisst sich gem. § 42 Abs. 5 Satz 1 GKG auf den zwölffachen Erhöhungsbetrag.

KG, Beschl. v. 16.7.2012 – 8 W 36/12
(LG Berlin – 65 T 34/12)
GKG § 41 Abs. 5 S. 2

Das Problem: Die beklagten Vermieter hatten gem. § 559 BGB erklärt, die Miete aufgrund zwischenzeitlich durchgeführter Modernisierungsmaßnahmen zu erhöhen. Daraufhin klagte die Mieterin auf Feststellung, dass sich die Miete durch die ausgesprochene Mieterhöhungserklärung nicht erhöht habe. Das AG hatte insoweit nach § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG den Jahreswert der streitigen Erhöhung angesetzt. Auf die Beschwerde hin hatte das LG die Streitwertfestsetzung abgeändert und gem. § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. § 9 ZPO den dreieinhalbfachen Jahresbetrag angesetzt. Die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde führte wieder zur Festsetzung auf den Jahreswert.

Die Entscheidung des Gerichts: Entgegen der Auffassung des LG bestimmt sich der Streitwert für eine negative Feststellungsklage dahingehend, dass durch eine Mieterhöhungserklärung nach § 559 BGB keine Erhöhung der Miete eingetreten sei, nach dem zwölffachen Erhöhungsbetrag. Dies ergebe sich aus § 42 Abs. 5 Satz 1 GKG. Nach dieser Vorschrift ist der Jahresbetrag der zusätzlich geforderten Miete bei Ansprüchen auf Erhöhung der Miete für Wohnraum für die Wertberechnung maßgebend. Diese Vorschrift gilt auch für eine negative Feststellungsklage, mit der festgestellt werden soll, dass eine Erhöhung nicht eingetreten ist. Sowohl die positive Feststellungsklage des Vermieters als auch die negative Feststellungsklage des Mieters werden von § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG erfasst. Soweit die gegenteilige Auffassung vertreten wird, weil es sich bei einer Klage des Vermieters auf Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung einer künftig erhöhten Miete nicht um eine Klage auf Mieterhöhung, sondern um eine Klage „aus" Mieterhöhung handele (so KG – 22. Senat – v. 16.7.2009 – 22 W 76/08, MietRB

2010, 168 = GE 2010, 546 = WuM 2010, 250 = AGS 2010, 302 = NJW-RR 2010, 371 = NZM 2010, 514) folgt der 8. Senat des KG dem nicht. Aus Sinn und Zweck und der Entstehungsgeschichte folge, dass § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG weit auszulegen sei und alle Fälle der Mieterhöhung erfasse. Es sei auch sinnwidrig bei Fragen der Mieterhöhung mit dem dreieinhalbfachen Jahreswert einen höheren Wert anzunehmen als bei einem Streit über den Bestand des Mietverhältnisses selbst. Ein zu hoher Wert würde auch dazu führen, den Mieter davon abzuhalten, seine Rechte geltend zu machen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung des KG ist unzutreffend. Es geht nicht um einen Anspruch auf Zustimmung zur Mieterhöhung, sondern um einen Zahlungsanspruch, da im Fall einer Erhöhung nach § 559 BGB die Erhöhung bereits durch die einseitige Erklärung des Vermieters eintritt. Dass § 41 GKG aber nicht für Zahlungsansprüche gilt, ist allgemeine Meinung und lässt sich im Übrigen unschwer aus dem Gesetzeswortlaut entnehmen.

Die Annahme des dreieinhalbfachen Jahreswertes ist auch sach- und systemgerecht. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten der Mieterhöhung, nämlich ein „einstufiges" und ein „zweistufiges" Modell. Bei dem „einstufigen Modell" erhöht sich die Miete automatisch, ohne dass es einer Zustimmung des Mieters bedarf. Solche Fälle kommen z.B. bei einer Index-Miete vor oder auch bei einer Mieterhöhung aufgrund Modernisierungsmaßnahmen nach § 559 BGB. Bei der Index-Miete tritt die Mieterhöhung bereits kraft Vertrages unmittelbar ein. Bei der Mietmodernisierung tritt die Erhöhung ein mit Ablauf der Fristen gem. § 559b Abs. 2 BGB nach Zugang der Erklärung. Bei dem zweistufigen Modell des § 558 BGB tritt die Mieterhöhung nur dann ein, wenn der Mieter innerhalb der Frist des § 558b Abs. 2 S. 1 BGB zustimmt. Erklärt der Mieter seine Zustimmung nicht bzw. nicht fristgerecht, muss innerhalb der Ausschlussfrist des § 558b Abs. 2 Satz 2 BGB Klage auf Erteilung der Zustimmung erhoben werden. Ist die Zustimmung dann über § 894 ZPO durchgesetzt, muss ggf. noch gesondert auf Zahlung geklagt werden. Wird zulässigerweise aufgrund einer Mieterhöhung nach §§ 557 ff. BGB auf Zahlung geklagt, so ist unstrittig, dass dann der dreieinhalbfache Jahreswert gilt. Weshalb eine Zahlungsklage aufgrund einer zugestimmten Mieterhöhung anders zu behandeln sein soll als aufgrund einer automatischen Mieterhöhung, ist aber nicht nachvollziehbar.

Beraterhinweis: Das KG geht davon aus, dass der Vermieter nach einer Mieterhöhung gem. § 559 BGB Klage auf Feststellung der Mieterhöhung erheben könne. Dies dürfte unzutreffend sein, da eine Feststellungsklage unzulässig ist, wenn eine Leistungsklage in Betracht kommt. Zahlt der Mieter die erhöhte Miete nicht, dann kann der Vermieter auf zukünftige Leistung nach § 259 ZPO klagen. Diese Leistungsklage dürfte vorrangig sein und eine entsprechende Feststellungsklage unzulässig machen.

Auch der Mieter sollte im Falle der Modernisierungsmieterhöhung nicht auf Feststellung klagen, dass sich die Miete nicht erhöht hat, sondern er sollte negative Feststellungsklage dahingehend erheben, dass er nicht verpflichtet ist, mehr als die bisherige Miete zu zahlen. ◁

RA Norbert Schneider, Anwaltkooperation Schneider & Monschau, Neunkirchen/Erftstadt

Wohnungseigentum

Jahresabrechnung: Erstellung für eine Untergemeinschaft

Eine Untergemeinschaft kann für einzelne Kostenpositionen der Jahresabrechnung Beschlusskompetenz besitzen.

BGH, Urt. v. 20.7.2012 – V ZR 231/11
(LG Hamburg – 318 S 77/10)
WEG § 28 Abs. 5

Das Problem: Die Wohnungseigentümereigentümergemeinschaft besteht aus drei Untergemeinschaften. Nach der Gemeinschaftsordnung sollen die Kosten und Lasten für die Untergemeinschaften getrennt ermittelt und getrennt abgerechnet werden. Für jede Untergemeinschaft hat der Verwalter hausbezogene Wirtschaftspläne und Jahresabrechnungen aufzustellen und den Untergemeinschaften zur Beschlussfassung vorzulegen. Den entsprechenden Beschluss über die Jahresabrechnung der Untergemeinschaft ficht der Kläger an und richtet die Klage nur gegen die Wohnungseigentümer, die der entsprechenden Untergemeinschaft angehören. Er versäumt dabei die Anfechtungsfrist, so dass wegen der eingetretenen Bestandskraft der Beschlüsse nur noch ihre Nichtigkeit zu prüfen war.

Die Entscheidung des Gerichts: Erneut weist der BGH darauf hin, dass die Beschlussanfechtungsklage gegen alle Wohnungseigentümer zu richten gewesen wäre. Er verweist insoweit auf seine Entscheidung vom 11.11.2011 – V ZR 45/11, MietRB 2012, 44 = NJW 2012, 1224). Deshalb sei die Klage bereits unzulässig gewesen.

Darüber hinaus sei allenfalls von einer Teilnichtigkeit des Beschlusses auszugehen. Die Wohnungseigentümer könnten zunächst wirksam durch entsprechende Regelung in der Gemeinschaftsordnung Teil-Jahresabrechnungen für die Untergemeinschaft vereinbaren. Voraussetzung wäre allerdings, dass in diesen Teil-Jahresabrechnungen auch nur Kostenpositionen zur Verteilung kämen, die ausschließlich dieses Gebäude beträfen. Nach Auffassung des BGH bleibe dies aber Theorie, da notwendigerweise jede Abrechnung auch Kosten der Gesamtgemeinschaft beinhaltet, so dass es keine Teilabrechnungen in der Praxis gäbe. Diese Gesamtabrechnung habe dann zur Konsequenz, dass die Wohnungseigentümer der Untergemeinschaft nur über die Kostenpositionen abstimmen dürften, die ausschließlich sie beträfen. Dies könne aber allenfalls zu einer Teilnichtigkeit des Beschlusses führen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung beleuchtet das Problem nur teilweise, weil es aufgrund der Konstellation der verspäteten Anfechtungsklage nicht mehr um die Rechtswidrigkeit der Beschlüsse ging. Bezogen auf die Nichtigkeit hatte der BGH nur noch die Frage der Beschlusskompetenz zu klären und nimmt hierbei nur eine Teilnichtigkeit an. Dies überzeugt kaum, da sich die Beschlussfassung über die Jahresabrechnung nicht in einzelne Bestandteile zerlegen lässt. Beschlüsse über Jahresabrechnungen eignen sich nicht für die Annahme von Teilnichtigkeit oder Teilrechtswidrigkeit. So differenziert der BGH in seiner Entscheidung auch nicht zwischen der Gesamt- und Einzelabrechnung. Die Eigentümergemeinschaft erfordert immer nur eine Gesamtabrechnung. Die Gesamtabrechnung betrifft das Vermögen der Eigentümergemeinschaft. Da die Untergemeinschaft nicht rechtsfähig ist, kann sie auch kein eigenes Vermögen haben, über das abzurechnen wäre. Somit betrifft zwangsläufig die Gesamtabrechnung immer die Gesamtgemeinschaft. Die hieraus abzuleitende Kostenverteilung ist ebenfalls für eine Beschlussfassung der einzelnen Häuser der Untergemeinschaften nicht geeignet. Wenn diese über einzelne Kostenpositionen abstimmen und insoweit die Jahresabrechnung teilweise bestandskräftig würde, bleibt dies ohne weitere Folgen, da das Abrechnungsergebnis nur insgesamt fällig werden kann.

Beraterhinweis: Wäre die Auffassung des BGH richtig und könnten die Wohnungseigentümer aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung über Teile der Einzelabrechnung selbständig beschließen, wäre zu fragen, wie mit der Jahresabrechnung umzugehen ist, wenn die Wohnungseigentümer einer Untergemeinschaft die sie betreffenden Kostenanteile ablehnen, d.h. negativ beschließen. Dann könnte die Gesamtgemeinschaft auch die Einzelabrechnungen nicht fällig stellen, weil einzelne Beträge hiervon durch die Verweigerungshaltung der Untergemeinschaft nicht fällig werden. Dieses Beispiel zeigt, dass die Lösung nur in einer Beschlusskompetenz der Gesamtgemeinschaft unter einheitlicher Abrechnung für diese zu sehen ist. ◁

RA Dr. Georg Jennißen, W.I.R Jennißen und Partner Rechtsanwälte, Köln

Verfahren: Nichtzulassungsbeschwerde bei Berufungsverwerfung

Verwirft das Berufungsgericht die Berufung als unzulässig, ist die Nichtzulassungsbeschwerde nicht gem. § 62 Abs. 2 WEG ausgeschlossen.

BGH, Beschl. v. 19.7.2012 – V ZR 255/11
(LG Dresden – 2 S 375/11)
WEG § 62 Abs. 2

Das Problem: Die Berufung geht innerhalb der Berufungsfrist nicht beim zentralen Berufungsgericht LG Dresden, sondern beim LG Leipzig ein. Auf einen gerichtlichen Hinweis wird nach Ablauf der Berufungsfrist beim LG Dresden Berufung eingelegt verbunden mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen eines Büroversehens. Gegen die Verwerfung der Berufung als unzulässig durch Urteil richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde.

Die Entscheidung des Gerichts: Im Ergebnis ohne Erfolg! Allerdings ist eine Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Verwerfung der Berufung als unzulässig durch Urteil oder Beschluss nicht durch die Regelung des § 62 Abs. 2 WEG ausgeschlossen. Für die Rechtsbeschwerde gegen die Verwerfung der Berufung durch Beschluss ergibt sich dies aus § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO. Bei der Verwerfung durch Urteil kann entsprechend der Regelung in § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO nichts anderes gelten. Dass eine vergleichbare Regelung in § 62 Abs. 2 WEG fehlt, lässt nicht den Schluss zu, nach dem Willen des Gesetzgebers sei in Wohnungseigentumssachen gegen ein die Berufung verwerfendes Berufungsurteil eine Nichtzulassungsbeschwerde nicht statthaft. Das Gesetz enthält insoweit eine planwidrige Regelungslücke; diese ist durch eine entsprechende Anwendung von § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO zu schließen, denn der diesen Vorschriften zugrunde liegende Gedanke der Gewährleistung einer einheitlichen Anfechtbarkeit der verwerfenden Entscheidungen des Berufungsgerichts gilt in gleicher Weise für Wohnungseigentumssachen.

Dem Erfolg der Nichtzulassungsbeschwerde steht hier aber entgegen, dass das LG die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zutreffend verneint hat.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung hat die zu begrüßende Folge, dass das Berufungsgericht nicht durch die Wahl der Entscheidungsform – Urteil anstelle Beschluss – die Überprüfung der Zulässigkeit einer Berufung durch den BGH verhindern kann. Der BGH prüft bei der Verwerfung der Berufung etwa, ob das Berufungsgericht die Beschwer fehlerhaft zu niedrig festsetzt hat (BGH v. 27.1.2011 – V ZB 255/10, MietRB 2011, 148 für Hausmeistervertrag; v. 20.1.2011 – V ZB 193/10, WuM 2011, 184; v. 10.5.2012 – V ZB 242/11, WuM 2012, 402 für Interessewegfall nach Vollziehung eines Eigentümerbeschlusses; BGH v. 15.5.2012 – V ZB 282/11, MietRB 2012, 265 = WuM 2012, 404 für Anfechtung Jahresabrechnung) oder auch die Anforderungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Berufungsfrist. Demgegenüber führt die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Berufungsgericht nicht zur Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde, sondern muss mit der Anhörungsrüge gem. § 321a ZPO bei dem Berufungsgericht geltend gemacht werden (BGH v. 1.8.2011 – V ZB 259/10, GE 2011, 1317).

Beraterhinweis: Zur umfangreichen Rechtsprechung betreffend die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vgl. *Greger* in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 233 ZPO Rz. 23 „Einzelfälle“, und die Übersichten bei *Bernau*, NJW 2012, 2004; *Born*, NJW 2011, 2022; *Schreiber*, Jura 2011, 611. ◁

VRiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln

Eigentümerversammlung: Widerruf der Stimme vor Beschlussverkündung

Die in der Eigentümerversammlung abgegebene Stimme kann nach ihrem Zugang bei dem Versammlungsleiter nicht mehr widerrufen werden.

BGH, Urt. v. 13.7.2012 – V ZR 254/11
(LG Koblenz – 2 S 40/11)
BGB §§ 130 Abs. 1 S. 2, 873, 929

Das Problem: In einer Eigentümerversammlung wird mit Stimmzetteln abgestimmt. Zwei Wohnungseigentümer, die auf ihren bereits abgegebenen Stimmzetteln zunächst „Nein“ angekreuzt haben, ändern dies zu einem strittigen Zeitpunkt unter Rückforderung ihres jeweiligen Stimmzettels in „Ja“ und „Enthaltung“. Unter Berücksichtigung der geänderten Stimmen verkündet die Versammlungsleiterin den Beschlussantrag als angenommen. Das AG gibt einer gegen den Beschluss gerichteten Anfechtungsklage statt, das LG weist sie ab. Nach Auffassung des LG kann eine Stimmabgabe bis zur Feststellung und Verkündung eines Beschlussergebnisses widerrufen werden. § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB sei auf die Stimmabgabe nicht anzuwenden. Die Vorschrift schütze das Vertrauen in den Bestand von zugegangenen Willenserklärungen. Ein solcher Schutz nicht notwendig, da der Beschluss erst mit der Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses zustande komme. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung. Die Stimmabgabe ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Versammlungsleiter. Auf sie sind die die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln anzuwenden (BGH v. 19.9.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63 [67] = MDR 2003, 80). Eine Stimme wird daher entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam, wenn der Versammlungsleiter sie zur Ermittlung des Abstimmungsergebnisses zur Kenntnis nimmt (BGH v. 25.1.1989 – IVb ZR 44/88, MDR 1989, 527 = NJW 1989, 1728 f.). Handelt es sich um Stimmzettel, liegt ein Zugang vor, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Versammlungsleiters als Empfänger gelangen (BGH v. 15.6.1998 – II ZR 40/97, MDR 1998, 1171 = NJW 1998, 3344). Nach ihrem Zugang kann eine Stimmabgabe nicht mehr widerrufen werden. Hierfür spricht § 130 Abs. 1 BGB, der auf die Stimmabgabe sinngemäß Anwendung findet. Soweit das LG darauf hinweist, dass Willenserklärungen im Rahmen der §§ 929, 873 Abs. 2 BGB mit Zugang noch keine Bindungswirkung entfalteten, ändert dies nichts. § 873 Abs. 2 BGB soll übereilte und leichtfertige Verfügungen verhindern (BGH v. 25.1.1967 – V ZR 172/65, BGHZ 46, 398f. = MDR 1967, 478). Gründe für eine Übertragung dieses Rechtsgedankens auf die Stimmabgabe in der Eigentümerversammlung sind nicht ersichtlich. Auch der Umstand, dass der Beschluss rechtswirksam erst mit der Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses zustande kommt, rechtfertigt nicht die freie Widerruflichkeit der Stimmabgabe. Dann müssten Vertragsangebote nach §§ 145 ff. BGB auch jederzeit widerruflich sein. Ließe man einen Widerruf der Stimmabgabe bis zur Verkündung des Beschlussergebnisses zu, könnte im Übrigen – insbesondere bei großen Eigentümergemeinschaften – die Feststellung eines Ergebnisses erschwert oder gar unmöglich gemacht werden.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung hat für die Eigentümerversammlung eine erhebliche Bedeutung. Sie beendet den Streit, bis zu welchem Zeitpunkt eine Stimmabgabe widerrufen werden kann. Nach auch bislang h.M. kam ein Widerruf der Stimme freilich nur bis zu ihrem Zugang beim Versammlungsleiter in Betracht (u.a. *Armbrüster*, ZWE 2000, 455 f.; *Merle* in Bärmann, WEG, 11. Aufl. 2010, § 23 Rz. 31; *Bub* in Staudinger, WEG, 2005, § 23 WEG Rz. 69). Nach a.A. war ein Widerruf indes bis zur Abgabe der letzten Stimme möglich, da bis dahin der Abstimmungsvorgang noch nicht beendet sei (*Grziwotz* in Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 23 BGB Rz. 2). Nach einer weiteren Meinung konnte – weil vorher kein Beschluss zustande kommt – eine Stimmabgabe sogar bis zur Feststellung und Verkündung des Beschlusses widerrufen werden (*Elzer* in Jennißen, WEG, 3. Aufl. 2012, Vor §§ 23 bis 25 Rz. 47). Diese abweichenden Ansichten sind für die Praxis jetzt belanglos.

Beraterhinweis: Ändert ein Wohnungseigentümer seine Ansicht nach Stimmabgabe, aber vor Beschlussverkündung, kann er den Versammlungsleiter bitten, neu abstimmen zu lassen. Haben die Wohnungseigentümer ein Interesse daran, dem Meinungswandel Rechnung zu tragen und/oder drohen ansonsten eine Anfechtung gem. § 46 WEG oder eine Irrtumsanfechtung nach §§ 119 ff. BGB, werden sie und der Versammlungsleiter der Bitte i.d.R. Rechnung tragen. Dann stellt sich das Problem eines Stimmen-Widerrufs nicht. Noch leichter als neu abzustimmen wäre es, bei der Auszählung einfach die geänderte Stimme zu berücksichtigen. Diesem, noch praktikableren Weg hat der BGH aber leider die Tür verschlossen. ◁

RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin

Gemeinschaftseigentum: Kompetenz der Gemeinschaft

1. Da grundsätzlich nicht nur das Sondereigentum, sondern auch das Gemeinschaftseigentum von jedem einzelnen Erwerber abgenommen werden muss, wirkt diese Abnahme nur für den jeweiligen einzelnen Erwerber und nicht für andere – etwa zeitlich nachfolgende – Käufer. Mängelansprüche sind somit erst dann verjährt, wenn für den letzten Erwerber („Nachzügler“) Verjährungseintritt erfolgt ist.
2. Will die Wohnungseigentümergemeinschaft an Stelle des einzelnen Erwerbers die diesem zustehenden Mängelbeseitigungsansprüche einklagen, so muss sie zunächst die Erwerberrechte durch Beschluss gem. § 10 Abs. 6 S. 3 WEG an sich ziehen und sodann – soweit sie den Verwalter mit deren gerichtlicher Durchsetzung betrauen will –

diesen mit einem weiteren Mehrheitsbeschluss ermächtigen.

3. Fehlt es an einem ausdrücklichen Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft über das Ansichziehen der entsprechenden Mängelansprüche, fehlt es der Wohnungseigentümergemeinschaft auch an der Aktivlegitimation für deren gerichtliche Geltendmachung.

OLG München, Urt. v. 3.7.2012 – 13 U 2506/11 Bau
(LG Traunstein – 3 O 680/10)
WEG § 10 Abs. 6 Satz 3

Das Problem: Die Wohnungseigentümergemeinschaft macht Ansprüche aus einer Ersatzvornahme hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums einer Wohnungseigentumsanlage gegen den Bauträger geltend. Sie hat dazu die Mängelgewährleistungsansprüche in einer Eigentümerversammlung nach ihrer Ansicht beschlussmäßig konkludent an sich gezogen und nach Ablauf einer Nachfrist die Durchführung der Ersatzvornahme beschlossen. Der Bauträger beantragt die Abweisung der Klage wegen Verjährung und fehlender Aktivlegitimation der Wohnungseigentümergemeinschaft. Das LG hat der Klage stattgegeben.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Berufung führt zur Abweisung der Klage. Grundsätzlich muss zwar auch das Gemeinschaftseigentum von jedem einzelnen Erwerber abgenommen werden. Erst mit der Abnahme durch den letzten Erwerber beginnt die Verjährung hinsichtlich der Rechte wegen Sachmängeln bezüglich des Gemeinschaftseigentums zu laufen. Will die Eigentümergemeinschaft an Stelle der Erwerber die Rechte wegen Sachmängeln des Gemeinschaftseigentums geltend machen, so muss sie diese Rechte durch Beschluss an sich ziehen (§ 10 Abs. 6 Satz 3 WEG) und sodann den Verwalter mit der gerichtlichen Durchsetzung durch weiteren Beschluss ermächtigen. Ein diesbezüglicher ausdrücklicher, aber auch ein konkludenter Beschluss fehlt im vorliegenden Fall. Damit besteht auch keine Aktivlegitimation der Wohnungseigentümergemeinschaft zur Geltendmachung der Mängelrechte am Gemeinschaftseigentum.

Konsequenzen für die Praxis: Die Selbstvornahme hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums unterliegt als Maßnahme der gemeinschaftlichen Verwaltung der Zuständigkeit der Gemeinschaft (s. nur Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. 2011, Rz. 928). Solange die Gemeinschaft nicht beschlossen hat, den Bauträger gemeinschaftlich auf Erstattung der Selbstvornahmekosten in Anspruch zu nehmen, ist jeder Erwerber berechtigt, die Ansprüche selbst im Wege der Klage zu verfolgen. Er muss jedoch Leistung an die Wohnungseigentümergemeinschaft verlangen. Zieht die Gemeinschaft die Befugnis zur Geltendmachung der Ansprüche durch Beschluss an sich, kann nur noch die Gemeinschaft den Anspruch verfolgen. Die Beschlussfassung muss zumindest stillschweigend zum Ausdruck bringen, dass die Gemeinschaft die Ansprüche der einzelnen Erwerber verfolgen will (Pause, BauR 2009, 425/430). Einen Beschluss, durch den die Gemeinschaft die Verfolgung der Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum regelt, ist dahin auszulegen, dass sie damit auf die individuellen Ansprüche der Erwerber zugreift, diese an sich zieht und als gesetzlicher Prozessstandschafter geltend machen will (BGH v. 26.4.2007 – VII ZR 210/05, MDR 2007, 1012 = NZBau 2007, 507). Allein die Beschlussfassung über die Ersatzvornahme ohne Ermächtigung des Verwalters zur Geltendmachung der Ansprüche lässt das OLG München dagegen nicht ausreichen. Auch wenn eine ausdrückliche Beschlussformulierung, nach der die Gemeinschaft die Ansprüche „an sich zieht" nicht erforderlich ist, ist sie nach der vorliegenden Entscheidung jedoch dringend zu empfehlen.

Beraterhinweis: Bauträger müssen sich nach dieser Entscheidung darauf einstellen, dass die Verjährungsfrist für Rechte bei Sachmängeln hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums erst mit dem letzten Erwerber zu laufen beginnt. Ob abweichende Gestaltungen, wie die Abnahme durch die Gemeinschaft oder die Anerkennung bereits früher erfolgter Abnahmen, die Verjährungsfrist für Sachmängel am Gemeinschaftseigentum „vorverlagert", ist danach höchst fraglich. Bei der Beschlussfassung über die Geltendmachung von Rechten wegen Sachmängeln am Gemeinschaftseigentum ist der Bauträger gem. § 25 Abs. 5 WEG ausgeschlossen. Dies soll auch für mit ihm wirtschaftlich oder verwandtschaftlich verbundene Wohnungseigentümer gelten (BayObLG v. 9.10.1997 – 2Z BR 84/97, NJW-RR 1998, 231). Da die rechtsfähige Wohnungseigentümergemeinschaft nach einer wirksamen Überleitung Kläger ist, muss sich der Bauträger lediglich als Wohnungseigentümer mittelbar an den Kosten der Durchsetzung der gegen ihn gerichteten Ansprüche beteiligen (BayObLG v. 11.4.2001 – 2Z BR 27/01, ZWE 2001, 490). ◁

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar in Regen und Zwiesel

Gemeinschaft: Keine Abtretung von Mängelrechten gegen Bauträger

Auch wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche der einzelnen Erwerber aus deren Kaufverträgen wirksam an sich gezogen hat, wird sie nicht Inhaberin dieser Rechte, so dass sie diese nicht an Dritte wie z.B. einzelne Erwerber abtreten kann. Ein dennoch gefasster Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft über die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen führt nicht zur Nichtigkeit der gesamten Beschlussfassung, wenn diese auch ohne Abtretung erfolgt wäre.

OLG Stuttgart, Urt. v. 3.7.2012 – 10 U 33/12
(LG Stuttgart – 12 O 433/08)
BGB § 139; WEG §§ 10 Abs. 6 S. 3, 21 Abs. 3

Das Problem: Die Wohnungseigentümer beschließen, dass die Mängelrechte der einzelnen Erwerber aus den zugrunde liegenden Bauträgerverträgen durch die Wohnungseigentümergemeinschaft ausgeübt werden sollen (Ermächtigungsbeschluss). In demselben Beschluss ist

weiter bestimmt, dass diese Rechte an einen einzelnen Erwerber abgetreten werden. Der Bauträger verlangt in einem Rechtsstreit gegen diesen Erwerber Zahlung der noch offenen Vergütung. Der Erwerber erklärt u.a. die Aufrechnung mit einem Kostenvorschussanspruch zur Durchführung der Selbstvornahme wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum und erhebt wegen des überschießenden Betrages Widerklage. Der Bauträger wendet ein, dass der Beschluss über die Abtretung unwirksam sei.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG führt aus, dass durch den Beschluss über das Ansichziehen der Mängelrechte an die WEG nur deren Ausübungsbefugnis begründet worden sei. Rechtsinhaber blieben aber weiterhin die einzelnen Erwerber von Wohnungseigentum aus den zugrunde liegenden Bauträgerverträgen. Der Beschluss über die Abtretung durch die WEG sei deshalb unwirksam. Gemäß § 139 BGB liege jedoch nur Teilnichtigkeit vor, weil davon auszugehen sei, dass ein Beschluss über das Ansichziehen der Mängelrechte an die WEG auch ohne die nachfolgende Abtretung an einzelnen Erwerber beschlossen worden wäre.

Konsequenzen für die Praxis: Bei Mängelrechten aus Bauträgerverträgen ist stets zwischen der Rechtsinhaberschaft und der Ausübungsbefugnis zu unterscheiden. Auch für Beschlüsse der Wohnungseigentümer gilt, dass eine Teilnichtigkeit des Beschlusses nur dann zur Nichtigkeit des gesamten Beschlusses führt, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Beschluss auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Vorliegend wird man mit dem OLG annehmen müssen, dass die Wohnungseigentümer eine Ausübungsbefugnis auch ohne Abtretung beschlossen hätten. Wegen dieses nichtigen Teils der Beschlussfassung kommt eine Umdeutung nach § 140 BGB in eine Ermächtigung des betreffenden Erwerbers zur Ausübung der Mängelrechte in Eigenregie in Betracht. Hierzu hat sich das OLG nicht verhalten.

Beraterhinweis: Es ist zu beachten, dass nichtige Beschlüsse per se unwirksam sind und nicht erst im Verfahren nach § 23 Abs. 4 WEG für ungültig erklärt werden müssen. Dies bedeutet, dass sich auch Dritte auf die Unwirksamkeit berufen können. In der Praxis ist zu empfehlen, wegen verschiedener Gegenstände jeweils separate Beschlüsse zu fassen, um das Risiko einer Gesamtnichtigkeit zu vermeiden. ◁

RA FAMuWR FABau-/ArchR Dr. Andreas Ott, Kanzlei Müller Radack, Berlin

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2012, 328 und 329 (nachstehend).

Keine Aufrechnung des Erwerbers mit Kostenvorschussanspruch

Zwischen einem Kaufpreisanspruch gegen einen Erwerber von Wohnungseigentum und einem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung am Gemeinschaftseigentum besteht mangels der für eine Aufrechnung erforderlichen Gegenseitigkeit keine Aufrechnungslage, weil zwar ein Erwerber von Wohnungseigentum einen Anspruch auf Vorschuss auf Mängelbeseitigungskosten im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum grundsätzlich selbständig geltend machen kann, aber grundsätzlich nur auf Zahlung an die Wohnungseigentümergemeinschaft.
Eine unwirksame Aufrechnungserklärung eines Erwerbers mit einem Anspruch auf Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung am Gemeinschaftseigentum gegen die Kaufpreisforderung ist als Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 320 BGB zu behandeln.

OLG Stuttgart, Urt. v. 3.0.2012 – 10 U 33/12
(LG Stuttgart – 12 O 433/08)
BGB §§ 634, 637, 387, 320; WEG § 21 Abs. 3

Das Problem: Der Bauträger klagt gegen einen Erwerber von Wohnungseigentum auf Zahlung der noch offenen Vergütung. Der Erwerber erklärt die Aufrechnung mit einem Kostenvorschussanspruch für die Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum und erhebt wegen des die Klageforderung übersteigenden Betrages Widerklage. Die Wohnungseigentümer haben zunächst beschlossen, dass die Mängelrechte von der Gemeinschaft ausgeübt werden sollen (Ermächtigungsbeschluss) und diese sodann an den betreffenden Erwerber abgetreten. In einer späteren Versammlung haben die Wohnungseigentümer einen weiteren Beschluss gefasst, wonach der Erwerber ermächtigt sei, die Mängelrechte gegenüber der Bauträgerin geltend zu machen und Kostenvorschuss an sich selbst zu verlangen.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG ist der Auffassung, dass die zunächst beschlossene Abtretung ins Leere gehe, weil die WEG nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG aufgrund der Beschlussfassung lediglich zur Ausübung befugt sei. Rechtsinhaber (und damit zur Abtretung berechtigt) seien aber weiterhin die jeweiligen Erwerber aus den zugrunde liegenden Bauträgerverträgen. Auch aufgrund der zweiten Beschlussfassung habe der Erwerber nicht die Aufrechnung erklären können. Zwar könne ein Erwerber von Wohnungseigentum einen Anspruch auf Vorschuss für Mangelbeseitigungskosten selbständig ausüben. Er könne jedoch in der Regel Zahlung des Vorschusses nur an die Wohnungseigentümergemeinschaft verlangen (BGHZ 172, 42, juris Rz. 18). Es fehle deshalb an der für eine Aufrechnung erforderlichen Gegenseitigkeit. Die Aufrechnungserklärung sei in ein Zurückbehaltungsrecht mit Druckzuschlag umzudeuten. Wegen des mit dieser Klage geltend gemachten überschießenden Betrages könne der betreffende Erwerber die Zahlung von Kostenvorschuss an sich verlangen, weil er insoweit durch Beschluss ermächtigt worden sei.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung des OLG ist nicht überzeugend, insofern dieses eine Aufrechnungslage verneint. Es ist zu berücksichtigen, dass jeder einzelne Erwerber aufgrund des zugrunde liegenden Bauträgervertrages Inhaber des Nacherfüllungsanspruchs ist und damit des daraus resultierenden Kostenvorschussanspruchs zur Durchführung der Selbstvornahme. Nach h.M. soll ein einzelner Erwerber die Zahlung des Kostenvorschusses grundsätzlich nicht an sich,

sondern nur an die Gemeinschaft verlangen können. Hintergrund hierfür ist eine vermeintliche Schutzbedürftigkeit des Bauträgers und die Wahrung der Interessen der Gemeinschaft im Hinblick auf eine gemeinschaftliche Mittelverwendung zur Fertigstellung in Eigenregie. Ein Erwerber ist danach zwar Anspruchsinhaber, aber grundsätzlich nicht empfangszuständig. Vorliegend wurde der betreffende Erwerber aber gerade durch den zweiten Beschluss ermächtigt, Zahlung des Kostenvorschusses an sich selbst zu verlangen. Damit wurde dessen Empfangszuständigkeit begründet. Die für eine Aufrechnung erforderliche Gegenseitigkeit (wechselseitige Identität des Gläubigers und Schuldners von Forderung und Gegenforderung) war damit gegeben.

Beraterhinweis: Das OLG führt zum Leistungsverweigerungsrecht aus, dass ein einzelner Erwerber dieses mit vollem Druckzuschlag (in der Regel das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten) ausüben könne, sofern kein anderer Erwerber das Zurückbehaltungsrecht geltend mache. Sofern ein anderer Erwerber ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht ausübe, sei die Druckfunktion erreicht, wenn jeder Erwerber nur anteilig einen geringeren Zuschlag geltend mache. Die Frage der Höhe des Zurückbehaltungsrechtes des einzelnen Erwerbers ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt. Gegen die Auffassung des OLG spricht, dass ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum jedem Erwerber aufgrund seines individuellen Bauträgervertrages zusteht und es um dessen individuelle Erfüllung geht. Unklar wäre ferner, welche Rechte den anderen Erwerbern in welchem Umfang zustehen, wenn ein Erwerber bereits ein Zurückbehaltungsrecht mit vollem Druckzuschlag ausgeübt hat und wie ein Erwerber an die entsprechenden Informationen gelangen soll. Unklar ist weiter, ob ein Zurückbehaltungsrecht mit Druckzuschlag ggf. wieder „auflebt“, wenn der Erwerber, der das Zurückbehaltungsrecht mit vollem Druckzuschlag zuerst ausgeübt hat, dieses nicht mehr geltend macht. Es sprechen deshalb die besseren Gründe dafür, dass jedem einzelnen Erwerber ein Zurückbehaltungsrecht auch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum mit vollem Druckzuschlag zusteht. Der Bauträger hat es in der Hand, durch eine ordnungsgemäße Mangelbeseitigung die zurückbehaltene Vergütung zu erlangen. ◁

RA FAMuWR FABau-/ArchR Dr. Andreas Ott, Berlin.

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2012, 327 (vorstehend) und MietRB 2012, 329 (nachstehend).

Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs

Nach neuem Recht erlischt der Nacherfüllungsanspruch und damit ein Vorschussanspruch für die Mängelbeseitigung nicht schon mit der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung oder dem Beschluss der Eigentümergemeinschaft, Schadensersatz zu verlangen, sondern erst mit der Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung gegenüber dem Unternehmer.

OLG Stuttgart, Urt. v. 3.7.2012 – 10 U 33/12
(LG Stuttgart – 12 O 433/08)
BGB §§ 634, 637, 281 Abs. 4

Das Problem: Nach Fristsetzung zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum verlangt ein einzelner Erwerber vom Bauträger Kostenvorschuss zur Durchführung der Selbstvornahme hilfsweise Schadensersatz. Die Wohnungseigentümer haben zuvor einen entsprechenden Ermächtigungsbeschluss gefasst. Der Bauträger ist der Auffassung, der Kostenvorschussanspruch sei erloschen.

Die Entscheidung des Gerichts: Nach alter Rechtslage vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes habe die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zu einem Erlöschen des vertraglichen Erfüllungsverhältnisses geführt und dieses in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt. Nach neuem Recht erlösche der Nacherfüllungsanspruch demgegenüber nicht mit der Fristsetzung, sondern erst mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung (§ 281 Abs. 4 BGB). Erforderlich sei eine entsprechende Erklärung. Durch die lediglich hilfsweise Geltendmachung von Schadenersatz bei vorrangigem Verlangen von Kostenvorschuss sei der Erfüllungsanspruch und darauf basierende Kostenvorschussanspruch zur Durchführung der Selbstvornahme nicht untergegangen.

Konsequenzen für die Praxis: Nur das unbedingte Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung führt nach § 281 Abs. 4 BGB zu einem Erlöschen des Nacherfüllungsanspruchs und damit zu einem Erlöschen des anstelle der Nacherfüllung getretenen Recht zur Selbstvornahme mit Kostenvorschuss oder Aufwendungsersatz. Noch im Prozess kann vom Hilfsantrag Abstand genommen und stattdessen etwa Nacherfüllung oder Minderung verlangt werden.

Beraterhinweis: Anders als der Schadensersatzanspruch setzt der Kostenvorschussanspruch kein Verschulden voraus. Zwar wird i.d.R. bei einer mangelhaften Werkleistung zumindest Fahrlässigkeit vorliegen. Es ist jedoch denkbar, dass in Ausnahmefällen ein Verschulden des Unternehmers trotz mangelhafter Werkleistung nicht vorliegt, etwa wenn dieser die anerkannten Regeln der Technik beachtet hat. Prozesstaktisch ist umgekehrt zu bedenken, dass bei einem Kostenvorschussanspruch die Selbstvornahme tatsächlich durchgeführt und hinterher über die entstandenen Kosten abzurechnen ist, wohingegen bei einem Schadensersatzanspruch der Gläubiger den Zahlbetrag frei verwenden und nicht für eine Mängelbeseitigung einsetzen muss. ◁

RA FAMuWR FABau-/ArchR Dr. Andreas Ott, Kanzlei Müller Radack, Berlin

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2012, 327 und MietRB 2012, 328 (vorstehend).

Veräußerungsbeschränkung in Mehrhausanlagen

Sowohl die Entscheidung über eine Veräußerungsbeschränkung als auch über deren Aufhebung gemäß § 12 Abs. 4 WEG stehen in Mehrhausanlagen nur der Gesamtgemeinschaft zu.

OLG Hamm, Beschl. v. 13.6.2012 – I-15 W 368/11
(AG Gütersloh – GT 26846-7)
WEG § 12 Abs. 1, 4

Das Problem: Der Beschwerdeführer begehrt seine Eintragung als Eigentümer. Nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage bedarf die Veräußerung der Zustimmung des Verwalters. Die Miteigentümer des Hauses B 14 erteilten am 18.11.2009 die Zustimmung zur Veräußerung und hoben den Zustimmungsvorbehalt gleichzeitig auf. Ferner legte der Erwerber einen privatschriftlichen Umlaufbeschluss über die Bestellung eines Verwalters vor, der der Veräußerung offenbar zugestimmt hatte. Dem Beschwerdeführer, der seine Eintragung in das Grundbuch begehrt, gab das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 13.7.2011 auf, die Zustimmung des Verwalters der Gemeinschaft und einen Nachweis seiner Bestellung in öffentlich beglaubigter Form oder in der Form des § 26 Abs. 3 WEG vorzulegen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Die Entscheidung des Gerichts: Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg. Der Veräußerungsvorbehalt ist trotz „Aufhebung“ durch die Erklärung vom 18.11.2009 wirksam. Eine solche Aufhebung durch Beschluss ist zwar nach § 12 Abs. 4 Satz 1 WEG grundsätzlich möglich. Es erscheint auch denkbar, einen Zustimmungsvorbehalt auf eine Untergemeinschaft zu beschränken und ihr die autonome Entscheidung über dessen Aufhebung vorzubehalten. Dies bedarf aber einer klaren Regelung in der Gemeinschaftsordnung, die sich einem unbefangenen Dritten schon aus deren Text erschließt. Anderenfalls verbleibt diese Kompetenz bei der Gesamtgemeinschaft. Denn auch bei der Bildung von Untergemeinschaften verbleiben der Gesamtgemeinschaft stets Restzuständigkeiten, die alle Miteigentümer betreffen, etwa hinsichtlich des Grundstücks. Zudem müssen sie auch haftungsrechtlich nach § 10 Abs. 8 WEG für Mitglieder von Untergemeinschaften einstehen. Deshalb kann die Entscheidung über die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung grundsätzlich nur von der Gesamtgemeinschaft getroffen werden. Aus denselben Gründen genügt auch die Zustimmungserklärung der Miteigentümer des Hauses B 14 nicht.

Auch der Umlaufbeschluss über die Bestellung des Verwalters genügt nicht. Denn im Grundbuchverfahren sind Umlaufbeschlüsse nur dann ein taugliches Beweismittel, wenn alle Unterschriften öffentlich beurkundet oder unterschriftsbeglaubigt sind. § 26 Abs. 3 WEG macht hiervon nur für Beschlüsse auf einer Eigentümerversammlung eine Ausnahme.

Konsequenzen für die Praxis: Sofern die Untergemeinschaft nicht eigenmächtig handelte, hätte sie ihr Ziel einfach durch einen Beschluss der (Gesamt)eigentümerversammlung erreichen können. Diese hätte nämlich die Veräußerungsbeschränkung alleine für Haus B 14 aufheben können. Wenn der Eigentümerversammlung aus § 12 Abs. 4 Satz 1 WEG die Befugnis zukommt, die Veräußerungsbeschränkung insgesamt aufzuheben, gilt dies erst recht für partielle Regelungen dieser Art. Erforderlich ist aber wiederum der Nachweis in der Form des § 26 Abs. 3 WEG (§ 12 Abs. 4 Satz 5 WEG).

Beraterhinweis: Sofern die Gemeinschaftsordnung, wie das OLG Hamm andeutet, Untergemeinschaften tatsächlich die Entscheidung über die Aufhebung von Veräußerungsbeschränkungen überlässt, muss eine Anfechtung dieses Beschlusses nach neuester Rechtsprechung des BGH gleichwohl gegen alle Wohnungseigentümer gerichtet werden (BGH v. 11.11.2011 – V ZR 45/11, MietRB 2012, 44 = MDR 2012, 81 f. = ZWE 2012, 88). ◁

RiLG Dr. jur. Dr. phil. Andrik Abramenko, Idstein

Gebührenstreitwert: „Pauschallösung“ statt „Hamburger Formel“?

1. Bei der Wertberechnung ist auf den Zeitpunkt der Klageschrift abzustellen, so dass – anders als im ZPO-Berufungsverfahren – eine Reduzierung des Umfangs einer Beschlussanfechtung zwischen Klagefrist und Klagebegründungsfrist als Teilrücknahme anzusehen ist, die u.U. Kostenfolgen auslöst.
2. Das Ermessen der Gerichte ist nicht von vornherein dahin reduziert, dass das „Interesse“ stets und ausschließlich nach der „Hamburger Formel“ ermittelt werden muss.

OLG Stuttgart, Urt. v. 12.3.2012 – 5 W 32/11
(LG Stuttgart – 19 T 12/11)
GKG § 49a

Das Problem: Gestritten wird über die Bemessung des Gebührenstreitwerts für eine Anfechtungsklage gegen Beschlüsse u.a. betreffend eine Jahresabrechnung.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Streitwert von Beschlussanfechtungsklagen ist dreistufig zu bestimmen, indem zunächst das (wirtschaftliche) Interesse der Parteien ermittelt, dieses in der zweiten Stufe wegen § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG halbiert und dieser Wert ggf. an die Unter- und Obergrenzen des § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG angepasst wird. Dabei ist – wie schon im alten Recht – das „Interesse“ nicht mit dem Nennbetrag des Beschlussgegenstands gleichzusetzen, sondern unter wirtschaftlicher Betrachtung zu bestimmen.

Maßgeblicher Zeitpunkt ist wegen § 40 GKG der Umfang der Beschlussanfechtung in der Klagschrift, so dass hier von einer Gesamtanfechtung der Jahresabrechnung auszugehen war. Die (erst) in der Klagbegründung vorgenommene Beschränkung vermag nichts zu ändern. Denn die zweimonatige Begründungsfrist aus § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG dient nicht dazu, den Umfang der Anfechtung zu klären, sondern nur die Begründungslast abzumildern.

Bei der Bestimmung des „Interesses“ steht dem Gericht ein pflichtgemäß auszuübendes Ermessen zu. Teil der Ermessensentscheidung ist die Wahl der Methode, nach der das wirtschaftliche Interesse bestimmt wird. Neigen süddeutsche Gerichte eher zur pauschalen Quote von 20 bis 25 % aus dem Nennbetrag des Anfechtungsgegenstands (etwa OLG Stuttgart v. 12.1.2012 – 13 W 38/11, MietRB 2012, 76 = ZMR 2012, 457), ermitteln norddeutsche Gerichte bei der Teilanfechtung das Interesse anhand der „Hamburger Formel“, nämlich aus dem Einzelinteresse der anfechtenden Partei zzgl. eines Bruchteils von 25 % des nach Abzug des Einzelinteresses verbleibenden Gesamtinteresses, was zu tendenziell höheren Werten führt (OLG Hamburg v. 17.6.2010 – 9 W 34/10, MietRB 2011, 215 = ZMR 2010, 943). Daneben wird vertreten, das Einzelinteresse im Hinblick auf das daneben bestehende Gesamtinteresse zu verfünffachen (OLG Saarbrücken v. 14.7.2009 – 5 W 109/09, NZM 2010, 408). Zwar weist die „Hamburger Formel“ den Vorzug auf, das Verhältnis von Einzel- und Gesamtinteresse im Streitwert mit abzubilden, während die „Pauschallösung“ auf die Größe des Miteigentumsanteils keine Rücksicht nimmt und daher Anfechtungsklagen von Eigentümern mit geringer Beteiligung gleichstellt mit Anfechtungsklagen eines Mehrheitseigentümers. Andererseits ist die Bemessung nach einer pauschalen Quote einfach, flexibel und praktikabel, weshalb im Rahmen der Ermessensausübung zulässigerweise auch darauf zurückgegriffen werden kann. Deshalb ist – je nach dem konkreten Fall – das Ermessen der Gerichte nicht von vornherein dahin reduziert, dass das „Interesse“ stets und ausschließlich nach der „Hamburger Formel“ ermittelt werden muss. Dies gilt umso mehr, als auch Varianten der genannten Ansätze zu einer korrekten Ermessensentscheidung führen können. So erscheint es in einer Fallgestaltung wie der vorliegenden, in der der Umfang der Jahresabrechnung der Eigentümergemeinschaft nicht im Streit ist, nicht zwingend, das Bestandsinteresse der Gemeinschaft mit 25 % zu bewerten. Vielmehr erscheint ein Ansatz mit 20 % ausreichend und angemessen, und zwar unabhängig davon, ob diese Quote aus dem Nennwert der gesamten Jahresabrechnung ermittelt wird („süddeutsche“ Methode) oder aus dem auf die nicht anfechtenden Eigentümer entfallenden Anteil („Hamburger Formel“) – was das Gericht an Musterberechnungen ausführt. Ob der Pauschalmethode der Vorzug gebührt gegenüber der „Hamburger Formel“, kann dann offen bleiben.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung mag mit der Betonung der rein einzelfallbezogenen Ermessensausübung zwar Recht haben (s. BeckOK-WEG/*Elzer*, Ed 13, § 43 Rz. 217 „Jahresabrechnung“ m.w.N. aus der Rspr.), doch trägt dies wenig zu Rechtsklarheit und –sicherheit bei. Leider ist nach dem Rechtsmittelsystem des GKG eine klärende Entscheidung durch den BGH nicht zu erwarten.

Beraterhinweis: Der Streitwert für die Anfechtung der Verwalterentlastung ist mit 1.000 € unbeanstandet geblieben, da BGH v. 31.3.2011 – V ZB 236/10, MietRB 2011, 179 = MDR 2011, 781 = NJW-RR 2011, 1026 dies als Auffangwert angesehen hat und keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass dieser vergleichsweise hohe Wert, der einem „Interesse“ (i.S.v. § 49a GKG) i.H.v. 2.000 € entspricht, zu hoch war. Das kann aber bei kleineren Wohnanlagen und entsprechendem Sachvortrag dazu auch einmal anders sein! ◁

RiLG Wolfgang Dötsch, Brühl

Gebrauch: Unzulässige gewerbliche Vermietung

Die Vermietung einer Wohnung an einen gewerblichen Alten-Pflegedienst zur Nutzung als Wohngemeinschaft für Intensivpflegepatienten stellt eine unzumutbare Beeinträchtigung der Miteigentümer dar. Die Versagung der nach der Gemeinschaftsordnung erforderlichen Zustimmung ist eine Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung.

AG Köln, Urt. v. 31.7.2012 – 202 C 1/12
WEG §§ 15 Abs. 1, Abs. 3, 21 Abs. 4

Das Problem: In der Teilungserklärung einer aus 9 Wohneinheiten bestehenden Eigentümergemeinschaft findet sich die Vereinbarung, dass die gewerbliche oder berufliche Nutzung der Wohnung zulässig ist, soweit sie auf die übrigen Miteigentümer nicht störend oder gar belästigend wirkt. Zur Vermietung der Wohnung ist die Zustimmung des Verwalters erforderlich. Der Kläger hat seine Wohnung an einen Pflegedienst vermietet, der die Wohnung an eine Alten-Wohngemeinschaft mit maximal 4 Personen untervermietet. Es handelt sich dabei um Personen, die der Intensivpflege bedürfen, insbesondere Beatmungs- und Wachkomapatienten, die 24-Stunden täglich ambulant versorgt werden müssen. Innerhalb eines Vierteljahres ist es zu allen Tageszeiten zu zahlreichen Lärmstörungen innerhalb und außerhalb des Hauses gekommen, z.B. durch die Anlieferung von Sauerstofffflaschen, die Belieferung der Wohnung mit Heil- und Pflegemitteln sowie durch Rettungseinsätze von Notärzten. In der Eigentümerversammlung wurde dem Kläger die Zustimmung zur Vermietung der Wohnung an den Pflegedienst versagt. Gegen die verweigerte Zustimmung richtet sich die Klage.

Die Entscheidung des Gerichts: Nach Auffassung des Gerichts entspricht der Versagungsbeschluss ordnungsmäßiger Verwaltung i.S.d. § 21 Abs. 4 WEG. Die Räume des Klägers sind nach ihrer Zweckbestimmung zur Nutzung als Wohnraum bestimmt. Die Nutzung als Intensiv-Pflegestation für bis zu 4 Intensivpatienten geht über eine reine Wohnnutzung hinaus, weil es sich um eine kleine Eigentümergemeinschaft handelt, die von allen anderen Eigentümern ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird. Die Patientenwohngemeinschaft führt zu größeren Beeinträchtigungen als eine reine Wohnnutzung, denn sie ist mit erheblicher Unruhe im Treppenhaus und im Hofbereich verbunden, insbesondere wegen der regelmäßigen Anlieferungen, Patiententransporte und Notarzteinsätze. Außerdem sei wegen des Versterbens der Bewohner mit einem häufigen Bewohnerwechsel zu rechnen. Im Ergebnis bewegt sich der Ver-

sagungsbeschluss noch im zulässigen Ermessensspielraum, der der Gemeinschaft bei der Entscheidung über die Zustimmung zusteht. Zwar müssten die Miteigentümer die Pflege eines Menschen in seinen eigenen vier Wänden bis zu dessen Lebensende als eine normale Wohnnutzung hinnehmen. Die Nutzung der Drei-Zimmer-Wohnung durch mehrere Intensivpatienten stellt sich hingegen eher als eine dem Betrieb einer Krankenstation vergleichbare Nutzung dar, die den anderen Miteigentümern in Hinblick auf die zahlreichen Störungen nicht zuzumuten ist.

Konsequenzen für die Praxis: Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Zwar ist die intensive Pflege von Schwerkranken im Rahmen einer häuslichen Atmosphäre ein billigenswertes Anliegen. Dennoch scheint eine „normale“ Eigentümergemeinschaft hierfür nicht den richtigen Ort darzustellen. Hierfür sind vielmehr die besonderen Formen des „Betreuten Wohnens“ oder eines Pflegeheims zu wählen.

Beraterhinweis: Die Entscheidung reiht sich ein in die vom BGH kürzlich entschiedene Frage, ob eine Tagesmutter Anspruch auf Nutzung einer Wohnung als Kindertagesstätte hat, BGH v. 13.7.2012 – V ZR 204/11, MietRB 2012, 297 = BeckRS 2012, 16126. Dort besteht allerdings die zusätzliche Problematik, dass nach § 22 Abs. 1a BImSchG Kinderlärm im Regelfall keine schädliche Umwelteinwirkung darstellt (siehe zur Problematik jüngst *Dötsch*, ZfIR 2012, 458 ff.). ◁

Notar Dr. Jörn Heinemann, Neumarkt i.d.OPf.

Energie

Heizkosten: Erfassung bei Einrohrheizung

Eine verbrauchsabhängige Heizkostenabrechnung, vor allem nach einem Verbrauchsanteil von 70 %, kommt nicht in Betracht, wenn lediglich zwischen 6,8 und 11 % der abgegebenen Wärme von den elektronischen Heizkostenverteilern erfasst werden können und die übrigen rund 90 % der verbrauchten Wärme über das nicht mit Erfassungseinrichtungen versehene Einrohrsystem verpuffen.

AG Neuss, Urt. v. 14.6.2012 – 84 C 5219/11
BGB § 242; HeizkostenV §§ 3, 7, 9a; WEG § 21 Abs. 4

Das Problem: Die Wohnungen des mittels Einrohrheizung wärmeversorgten Hauses sind mit elektronischen Heizkostenverteilern ausgestattet. Die klagenden Wohnungseigentümer greifen die Heizkostenabrechnung für 2010 an; sie monieren, zumal wegen eines Verbrauchsanteils von 70 % zu hohe Heizkosten. Unstreitig wurden 2009 und 2010 nur zwischen 6,8 % und 11 % der insgesamt verbrauchten Wärme von den elektronischen Heizkostenverteilern erfasst. Insoweit zahlen die Kl. gemeinsam mit nur drei weiteren Eigentümern (X, Y und Z) rund 44 % der gesamten Heizkosten, obgleich sie bei insgesamt 31 Wohnungen nur knapp 10 % der Wohnfläche nutzen.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Klage auf Ungültigerklärung der Jahresabrechnung 2010 hat Erfolg. Diese Abrechnung entspreche nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung, § 21 Abs. 4 WEG. Die darin enthaltene Heizkostenabrechnung sei mit Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht mehr vereinbar. Zwar entspreche eine Abrechnung nach Heizkostenverteiler auch bei Einrohrheizungen ordnungsgemäßer Verwaltung. Die Heizkosten dürften aber gem. § 9a HeizkostenV dann nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werden, wenn der anteilige Wärmeverbrauch aus zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden könne. Ein solcher zwingender Grund sei vorliegend gegeben, da die Heizkostenverteiler nur ganz geringe Anteile der im Gebäude tatsächlich abgegebenen Wärmemenge erfassten. Dies entspreche dann keiner gerechten Verteilung mehr (LG Mühlhausen v. 29.1.2009 – 1 S 182/08, ZMR 2010, 766; AG Brühl v. 26.4.2010 – 23 C 587/08; ZMR 2010, 883). Diese nur ganz geringfügig erfassten Verbrauchswerte führten zu einer erheblichen Verzerrung der Heizkostenabrechnung. Zudem sei der nicht erfasste Wärmeanteil entweder als Rohrwärme in sämtliche Nutzungseinheiten gelangt oder als Bereitstellungswärme ansonsten im Treppenhaus oder den Gemeinschaftsräumen „verpufft“. Aufgrund dieser massiven Verzerrung der Heizkostenabrechnung durch die Rohrwärmeabgabe hätte für die gesamte Liegenschaft nach § 9a Abs. 2 HeizkostenV die Verteilung der verbrauchsabhängig abzurechnenden Kosten (ergänze: wie im Regelfall üblich) nach Wohn- oder Nutzfläche erfolgen müssen; § 7 Abs. 1 Satz 2 HeizkostenV.

Konsequenzen für die Praxis: (a) Die Problematik der Einrohrheizungen ist keineswegs auf die Gebäude der ehemaligen DDR beschränkt. Es gibt in ganz Deutschland rund 1,5 Mio. Einrohrheizungen (GE 2011, 1176). Ähnlich wie das AG Neuss entschied auch das AG Gera (28.2.2012 – 7 C 1632/11, InfoM 2012, 232): Bei einer Einrohrheizung wurden nur ca. 8,5 % des Wärmeverbrauchs gerätemäßig erfasst. Es durfte von der bisherigen Verbrauchsabrechnung nach Geräteanzeige abgegangen und gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV nach den anerkannten Regeln der Technik abgerechnet werden, also nach der VDI-Richtlinie 2077.

(b) Neben die unregulierbare Wärmeabgabe durch die ständig vom Heizwasser durchflossenen Rohre tritt noch eine geringe Erwärmung des Heizkörpers durch interne Rezirkulation, und zwar auch dann, wenn die technisch einwandfreien Heizkörperventile zugedreht sind.

(c) Andererseits berechtigen die geschilderten Nachteile des Einrohrsystems nicht zur Mietminderung. So hat z.B. das LG Berlin (1.11.2011 – 63 S 341/11, WuM 2012, 264) erklärt: Die Erwärmung der Heizkörper einer Einrohrheizung trotz Einstellung der Heizkörperthermostate auf „0“ kann nicht als Indiz oder Beleg für einen Mietmangel dienen.

(d) Unrichtig ist die Aussage des AG Neuss, die nicht-erfasste Wärme würde verpuffen. Die Wärme mag zwar ungewollt abgegeben werden. Sie wird aber in der Liegenschaft verbraucht und muss daher bei der Umlage der Heizkosten berücksichtig werden. Das gilt auch für die angesprochene Erwärmung des Treppenhauses; wie sich an § 4 Abs. 3 Satz 1 HeizkostenV zeigt.

Beraterhinweis: Wird, wie vom AG Neuss festgehalten, in zulässiger Weise gem. § 9a HeizkostenV nach Fläche abgerechnet, so steht dem Mieter kein 15 %-Kürzungsrecht nach § 12 HeizkostenV zu, weil nicht entgegen, sondern in Übereinstimmung mit der HeizkostenV abgerechnet wird (BGH v. 16.11.2005 – VIII ZR 373/04, MietRB 2006, 89 = MDR 2006, 623).

Folgerichtig steht dem Mieter aber das Kürzungsrecht sehr wohl zu, wenn zwar bei einer Einrohrheizung nach Fläche abgerechnet wird, andererseits die Erfassung des Verbrauchs technisch möglich ist und die Kosten dafür nicht unverhältnismäßig hoch sind; wobei der Vermieter die Unmöglichkeit bzw. die Unverhältnismäßigkeit zu beweisen hat (AG Berlin-Wedding v. 23.5.2012 – 3 C 378/08, GE 2012, 1099). Denn wenn die Verbrauchserfassung bei zumutbaren Kosten technisch möglich ist, liegt kein zwingender Grund i.S.d. § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV vor; die Flächenabrechnung der Heizkosten erfolgt dann nicht im Rahmen, sondern entgegen der HeizkostenV. ◁

RA Frank-Georg Pfeifer, Düsseldorf

Sonstiges

Wohnungsrecht: Auskehrung von Mietzins bei persönlicher Ausübungshinderung?

Ist der Wohnungsberechtigte an der Ausübung des Wohnungsrechts, z.B. aufgrund von Pflegebedürftigkeit, persönlich gehindert, so kann er den vom Eigentümer durch eigenmächtige Vermietung erzielten Mietzins nicht von diesem herausverlangen.

BGH, Urt. v. 13.7.2012 – V ZR 206/11
(OLG Jena – 2 U 1074/10)
BGB §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, 1093

Das Problem: Die heute 90 Jahre alte und stationär pflegebedürftige Klägerin hatte im Jahr 1995 den Ehemann der Beklagten zum Alleinerben eingesetzt und ihm ihr Hausgrundstück gegen Einräumung eines Wohnungsrechts an den Räumen im Erdgeschoss, Zahlung einer monatlichen Rente und Übernahme von Pflege- und Unterstützungsleistungen übertragen. Wohnungsrecht und Reallast wurden im Grundbuch eingetragen. 2002 übertrug der Ehemann der Beklagten das Grundstück unentgeltlich an die Beklagte, welche 2005 zur Betreuerin der Klägerin bestellt wurde. 2006 zog die Klägerin in ein Pflegeheim, 2007 starb der Ehemann der Beklagten. Ab Februar 2008 vermietete die Beklagte die von dem Wohnungsrecht umfassten Räume für 250 € monatlich an Dritte und wurde hierauf als Betreuerin entlassen. Die Klägerin verlangt die Auskehrung der von der Beklagten vereinnahmten Mieten. Das LG wies eine entsprechende Zahlungsklage ab. Auf die Berufung der Klägerin gab das OLG dem Zahlungsanspruch teilweise statt, wogegen beide Parteien Revision einlegten.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH gab der Revision der Beklagten unter Zurückweisung der Anschlussrevision der Klägerin statt. Die Klägerin könne die Auskehrung des von der Beklagten vereinnahmten Mietzinses nicht verlangen. Zwar sei ihr Wohnungsrecht durch die persönliche Ausübungshinderung nicht erloschen. Das Wohnungsrecht des § 1093 BGB umfasse als höchstpersönliches Nutzungsrecht aber nicht das Recht zu einer Überlassung der Räume an Dritte. Insofern stelle die eigenmächtige Vermietung der vom grundsätzlich fortbestehenden Wohnungsrecht umfassten Räume auch keinen Eingriff der Beklagten in eine der Klägerin ausschließlich zustehende Rechtsposition dar, weshalb eine ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten bezüglich der vereinnahmten Mieten ausscheide. Da die Beklagte auch nicht an dem mit ihrem verstorbenen Ehemann geschlossenen Bestellungsvertrag beteiligt sei, komme es auf die Frage einer möglichen ergänzenden Auslegung dieses Vertrages nicht an. Schließlich könne die Klägerin auch keine Ansprüche aus § 242 BGB herleiten, da hiermit ansonsten eine unzulässige Erweiterung des dinglichen Wohnungsrechts um Elemente des Nießbrauchs verbunden wäre.

Konsequenzen für die Praxis: Die Bestellung eines Wohnungsrechts ist ganz offensichtlich nicht dazu geeignet, dem Berechtigten eine über die bloße Wohnungsnutzung gem. § 1093 BGB hinausgehende wirtschaftliche Position einzuräumen. Zwar erlischt das Wohnungsrecht nicht dadurch, dass der Berechtigte an seiner Ausübung gehindert ist. Jedoch kann der an der Ausübung gehinderte Wohnungsberechtigte hieraus keinen Nutzen ziehen, da er seinerseits nicht berechtigt ist, die Räume zu vermieten. Sieht der schuldrechtliche Bestellungsvertrag mit dem Eigentümer keine Kompensation für den Fall der Ausübungsverhinderung vor, so scheidet zumindest in den sehr praxisrelevanten „Pflegefällen“ auch eine Umwandlung des Wohnungsrechts in einen Zahlungsanspruch gem. § 313 BGB aus, da die Notwendigkeit einer außerhäuslichen Pflege bei Grundstücksübertragungen mit Pflege- und Rentenverpflichtungen kein unvorhersehbarer Umstand ist (BGH v. 9.1.2009 – V ZR 168/07, MietRB 2009, 175 = MDR 2009, 559 = NJW 2009, 1348). Soweit der BGH nun klargestellt hat, dass die eigenmächtige Vermietung durch den Eigentümer bei Ausübungshinderung des Wohnungsberechtigten und gleichwohl fortbestehendem Wohnungsrecht keinen Eingriff in eine dem Wohnungsberechtigten ausschließlich zugewiesenen Rechtsposition darstellt, besitzt das Wohnungsrecht bei Ausübungsverhinderung keinen eigenständigen kapitalisierbaren Wert mehr.

Beraterhinweis: Um das Versorgungsinteresse des Wohnungsberechtigten auch für den Fall der Ausübungshin-

derung stärker zu schützen, sollte auf der Ebene des schuldrechtlichen Bestellungsvertrages eine entsprechende Kompensation geschaffen werden, z.B. durch Gestattung der Vermietung durch den Wohnungsberechtigten. Hierbei muss aber beachtet werden, dass der Rechtsnachfolger des Eigentümers in der Regel nicht an den Bestellungsvertrag gebunden ist. Insofern sollte von Anfang an die Einräumung eines Nießbrauchsrechts erwogen werden, welches gem. § 1030 Abs. 2 BGB auf einzelne Nutzungen beschränkt werden kann, oder aber ein Rückfall des Grundstücks im Falle der Übertragung an Dritte. ◁

RA Mark Bittner, Hamburg

Grundbuch: Geschäftswert für die Löschung einer Gesamtgrundschuld

Der Geschäftswert für die Löschung einer Gesamtgrundschuld bestimmt sich auch dann nach ihrem Nennwert, wenn diese nach der Pfandentlassung weiterer Grundstücke nur noch auf dem letzten Grundstück lastet.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.2012 – I-10 W 43/12 (AG Düsseldorf – GH 9064-66)
KostO §§ 23 Abs. 2, 63 Abs. 2, 68

Das Problem: Ein Bauträger veräußerte sein Grundstück, das mit einer Gesamtgrundschuld belastet war. Die Gesamtgrundschuld lastete ursprünglich auf über 200 weiteren Grundstücken des Bauträgers. Die Gläubigerin hatte die Löschung der Grundschuld bewilligt; die übrigen Grundstücke waren bereits aus der Mithaft entlassen. Im Kaufvertrag wurde vereinbart, dass der Käufer die Belastung nicht übernimmt und der Verkäufer die Kosten ihrer Löschung trägt. Das Grundbuchamt machte die beantragte Löschung von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig (§ 8 Abs. 2 KostO). Die Kosten wurden mit einer ½-Gebühr aus dem Geschäftswert, dem Nennbetrag der Grundschuld in Höhe von 8.247.956,11 €, berechnet. Der Verkäufer legte hiergegen Beschwerde ein mit der Begründung, dass nach der Pfandentlassung der übrigen Grundstücke auf die Löschung anteilig nur ein Wert von 3.365 € zugrunde zu legen sei. Das Grundbuchamt half der Beschwerde nicht ab und legte sie dem OLG zur Entscheidung vor.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Beschwerde hat keinen Erfolg! Nach Ansicht des OLG Düsseldorf bestimmt sich der Geschäftswert für den Antrag auf Löschung der Grundschuld gem. § 23 Abs. 2 Hs. 1 KostO nach ihrem Nennbetrag. Der Geschäftswert bestimme sich auch dann nach dem Nennbetrag der Gesamtgrundschuld, wenn der letzte Erwerber eines belasteten Grundstücks die Löschung der Grundschuld beantragt, die nach vorheriger Entlassung der übrigen Grundstücke aus der Mithaft nur noch auf dem Grundstück des Erwerbers lastet und dessen Wert nennbetragsmäßig übersteigt. Das Gericht folgt damit nicht der vom OLG Karlsruhe v. 1.3.2012 – 11 Wx 35/11, MietRB 2012, 202, vertretenen Gegenansicht, die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eine Reduzierung der Gebührenlast für erforderlich hält und den Geschäftswert auf den Verkehrswert des letzten noch belasteten Objekt beschränkt (ebenso OLG Oldenburg v. 20.4.2010 – 12 W 32/10; BayObLG v. 23.7.1992 – 3Z BR 57/92, Rpfleger 1992, 540; OLG Köln v. 28.2.1997 – 2 Wx 11/96, Rpfleger 1997, 406; OLG Dresden v. 3.4.2006 – 3 W 0398/06, NotBZ 2006, 324). Die Gegenansicht widerspreche dem Wortlaut des § 23 Abs. 2 KostO, der lediglich für den Fall der Einbeziehung in die Mithaft und bei der Entlassung aus der Mithaft auf den geringeren Wert des Grundstücks, im Übrigen aber auf den Nennbetrag der Grundschuld abstelle. Das Gericht sieht sich bestätigt durch die Entscheidung des BVerfG v. 15.4.2012 – 1 BvR 1951/11, wonach eine abweichende Auslegung des § 23 Abs. 2 KostO für den Fall eines Antrag auf Löschung einer Globalgrundschuld durch den Erwerber des letzten, noch nicht aus der Mithaft entlassenen Grundstücks verfassungsrechtlich nicht geboten sei. Die Gebühren für die Eintragung und Löschung der Mithaft deckten den besonderen Prüfungsaufwand des Grundbuchamtes, insb. für die Prüfung der Löschungsbewilligung, der Mithaftentlassungserklärung und der erforderlichen Einwilligung des Eigentümers ab. Die Mithaftentlassungen der einzelnen Grundstücke oder Miteigentumsanteile könnten daher nicht als teilweise Löschung des Gesamtgrundpfandrechts angesehen werden.

Konsequenzen für die Praxis: „Den Letzten beißen die Hunde“, könnte man angesichts der Entscheidung meinen. Für die Löschung der Gesamtgrundschuld auf Antrag des letzten Erwerbers wird gem. § 68 Satz 1 Hs. 1 KostO eine ½-Gebühr erhoben, die sich nach dem Geschäftswert, d.h. gem. § 23 Abs. 2 Hs. 1 KostO nach dem Nennbetrag der Gesamtgrundschuld bestimmt. Für die vorangegangene Mithaftentlassung der übrigen Objekte wird nur die Hälfte der Gebühr erhoben, die für die Eintragung der Einbeziehung in die Mithaft anfiele, d.h. eine ¼-Gebühr aus dem Wert des jeweils belasteten Objekts (§§ 68 Satz 1 Hs. 2, 63 Abs. 1 u. 4, 23 Abs. 2 Hs. 2 KostO). In der Praxis bleibt der letzte Erwerber jedoch von der Kostenlast verschont, da in der Regel im Erwerbsvertrag vereinbart ist, dass der Verkäufer die Kosten der Löschung zu tragen hat. Es ist zu erwarten, dass Bauträger die Kosten für die Löschung von Gesamtgrundpfandrechten künftig von vornherein bei der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigen.

Beraterhinweis: Die zur Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke ergangene Entscheidung lässt sich auf die Belastung mehrerer Miteigentumsanteile, insb. mehrerer Wohnungseigentumsrechte mit einem Gesamtgrundpfandrecht übertragen. Angesichts der genannten Entscheidung des BVerfG dürfte sich die Ansicht des OLG Düsseldorf gegen die abweichende Ansicht des OLG Karlsruhe in der Praxis durchsetzen (so auch OLG Hamm v. 23.7.2007 – 15 W 169/06, Rpfleger 2007, 687; OLG Frankfurt v. 5.8.2003 – 20 W 106/03, NJW-RR 2004, 90). ◁

Prof. Dr. Matthias Becker, FHR NRW, Bad Münstereifel

MietRB-Beratungspraxis

Mietvertrag

Notarielle Beurkundungspflicht von Mietverträgen

*von RA Dr. Philipp Weiner, Köln**

In der mietrechtlichen Praxis kommt es nicht selten vor, dass ein Mietvertrag notariell beurkundet wird, wenn dieser ein Vorkaufs- und/oder ein Ankaufsrecht zugunsten des Mieters vorsieht. Vor diesem Hintergrund stellen sich hinsichtlich der gesetzlichen Schriftformanforderungen nach §§ 578 Abs. 1, 550 S. 1 die folgenden Fragen: Ist der Mietvertrag selbst beurkundungspflichtig? Ist jeder Nachtrag zum Mietvertrag ebenfalls notariell zu beurkunden? Kann durch die notarielle Beurkundung eines zeitlich nachfolgenden Nachtrages zum Mietvertrag die fehlende notarielle Beurkundung eines vorangegangenen Nachtrages zum Mietvertrag geheilt werden? Mit der Beantwortung dieser Fragen befasst sich der folgende Beitrag.

1. Beurkundungspflicht des Mietvertrages bei sog. zusammengesetzten Verträgen

Bei einem Mietvertrag in dem ein Vorkaufs- und/oder Ankaufsrechts zugunsten des Mieters vorgesehen ist, handelt es sich um einen zusammengesetzten Vertrag, da in einem solchen Mietvertrag Regelungen aus einem der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterfallenden Grundstücksvertrag (=Vorkaufs- und/oder Ankaufsrecht) und einem Vertrag, der dieser Formvorschrift grundsätzlich nicht unterfällt (=Mietvertrag) kombiniert werden.[1]

Grundsätzlich ist bei zusammengesetzten Verträgen, die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB zu erfüllen, wenn der Grundstücksvertrag (=Vorkaufs- und/oder Ankaufsrecht) mit dem übrigen Vertrag (=Mietvertrag) in rechtlichem Zusammenhang steht.[2] Darunter ist u.a. auch die (wechselseitige) Abhängigkeit der Verträge zu verstehen,[3] wobei „... bei einseitiger Abhängigkeit (...) für die Formbedürftigkeit der gesamten Verträge die Abhängigkeit des – formbedürftigen – Grundstücksvertrages von dem nicht formbedürftigen Vertrag entscheidend [ist], nicht umgekehrt.“.[4]

Beraterhinweis: Ein Mietvertrag in dem ein Vorkaufs- und/oder Ankaufsrechts zugunsten des Mieters vorgesehen ist, ist daher als zusammengesetzter Vertrag nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungspflichtig.[5] ◁

2. Beurkundungspflicht von Änderungen oder Ergänzungen zum Mietvertrag als zusammengesetzter Vertrag

Grundsätzlich sind Änderungen oder Ergänzungen zu einem, der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterfallenden Vertrag, beurkundungspflichtig und es ist insoweit gleichgültig, ob die jeweilige Änderung wesentlich oder unwesentlich ist;[6] dies gilt wohl auch bei wechselseitig abhängigen zusammengesetzten Verträgen.[7]

Dabei gibt es allerdings Tendenzen in der Literatur, die eine Beurkundungspflicht vollständig ausschließen wollen (s. Ziffer a)), so dass eine solche überhaupt nicht erfolgen müsste. Ebenso finden sich jedoch auch Tendenzen in der Literatur und Rechtsprechung, die nur eine Ausnahme von der grundsätzlichen Beurkundungspflicht zulassen wollen (s. Ziffer b)).

a) Ausschluss der Beurkundungspflicht

Fraglich ist, ob die Beurkundungspflicht von Änderungen oder Ergänzungen tatsächlich *generell* für zusammengesetzte Verträge gelten kann.

Ausgehend vom Schutzzweck des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB (Warn-, Beweis-, Beratungsfunktion und Gültigkeitsgewähr)[8] ist davon auszugehen, dass dieser dann nicht gefährdet und damit auch nicht zu erfüllen ist und eine Beurkundungspflicht entfallen kann, wenn es sich

- bei den jeweiligen Änderungen oder Ergänzungen gerade nicht um solche handelt, die den beurkundungspflichtigen – und damit eigentlich dem Schutz

---

* Der Autor ist Rechtsanwalt im Dezernat Immobilienwirtschaftsrecht der Rechtsanwaltskanzlei LLR Legerlotz Laschet Rechtsanwälte GbR, Köln.

1 Vgl. *Staudinger*, Kommentar zum BGB, Stand 2012, § 311b Rz. 172.

2 Vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 172.

3 Vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1 § 311b Rz. 173.

4 *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 174.

5 Vgl. *Lindner-Figura/Oprée/Stellmann*, Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2008, Kapitel 6, Rz. 130 und 135; *Schäfer/Steinkampf*, NZM 2005, 48 ff.; *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, S. 131 (für das Ankaufsrecht) und S. 468 (für das Vorkaufsrecht); *Palandt*, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 311b Rz. 11 und vor § 145 Rz. 23 (für das Ankaufsrecht); *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 24 (für das Vorkaufsrecht); BGH v. 7.11.1990 – XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205 f.; v. 25.1.2008 – V ZR 118/07, MDR 2008, 619 f. = NJW-RR 2008, 824 f. (für das Vorkaufsrecht); wohl auch RGZ 13, 29 (33 f.) (für das Vorkaufsrecht).

6 Vgl. *Palandt*, s. Fn. 5, § 311b Rz. 41 m.w.N..

7 Vgl. *Maier-Reimer*, NJW 2004, 3741 (3743); *Keim*, RNotZ 2005, 102 (106).

8 Vgl. *Palandt*, s. Fn. 5, § 311b Rz. 2.

des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterstehenden – Teil des zusammengesetzten Vertrages betreffen, sondern den Teil, der nicht der Beurkundungspflicht unterliegt und
- es sich so verhält, dass die jeweiligen Änderungen oder Ergänzungen des Teils des zusammengesetzten Vertrages, der nicht der Beurkundungspflicht unterliegt, auch keine rechtlichen und/oder tatsächlichen Auswirkungen auf den der Beurkundungspflicht unterliegenden Teil des zusammengesetzten Vertrages haben.

So plädiert auch die Literatur dafür, sich in bestimmten Konstellationen von der grundsätzlichen Beurkundungspflicht zu lösen.[9] Dazu wird etwa bezogen auf einen (wechselseitig abhängigen) Mietvertrag mit Ankaufsrecht vorgeschlagen, die Formfreiheit dadurch zu erreichen, dass die Einheit von Ankaufsrecht und Mietvertrag nachträglich gelöst wird oder die Änderung des Mietvertrages außerhalb der Einheit gesehen wird.[10]

Im Ergebnis würde nach dieser Auffassung „[d]ie nachträgliche privatschriftliche Änderung des Mietvertrages (...) keinen Einfluss auf den einmal formwirksam beurkundeten Grundstückskaufvertrag [haben].“.[11]

In diesem Zusammenhang wird weiter davon ausgegangen, dass sich in einem solchen Fall der Verknüpfungswille „... allein auf den einheitlichen Abschluss der zusammengesetzten Verträge beschränken [kann] (mit der Folge, dass die späteren Änderungen bei dem an sich [formgebundenen] Vertrag formfrei möglich sind) ...“.[12]

b) Ausnahme von der Beurkundungspflicht

Von einem möglichen Ausschluss der Beurkundungspflicht abgesehen, soll dann eine Ausnahme von der Beurkundungspflicht gelten und damit eine Ausnahme von der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB eingreifen, wenn die Veräußerungs- und Erwerbspflichten des Hauptvertrages weder unmittelbar noch mittelbar verschärft oder erweitert werden.[13]

In der Rechtsprechung wird dazu als Negativabgrenzung ausgeführt, dass § 311b Abs. 1 S. 1 BGB dann auf Änderungen oder Ergänzungen anzuwenden ist, wenn dadurch
- eine bereits formgültige Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird,[14]
- Pflichten des Verkäufers oder des Käufers geändert werden,[15]
- die Übereignungspflicht wesentlich erschwert wird[16] oder
- eine bereits formgültig begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird.[17]

Insgesamt sollen nach der Rechtsprechung sämtliche Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten das Rechtsgeschäft zusammensetzt, dem Formzwang nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterliegen.[18]

Werden die vorgenannten Punkte also nicht erfüllt, ist im Umkehrschluss mit der Rechtsprechung davon auszugehen, dass § 311b Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nicht auf andere Änderungen oder Ergänzungen anzuwenden ist.

Ein weiteres Argument gegen die Annahme der Beurkundungspflicht in einem solchen Fall ergibt sich daraus, dass die in der Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen, die davon ausgehen, dass bei bestimmten Änderungen oder Ergänzungen eine Beurkundungspflicht nicht besteht, sämtlich solche Änderungen oder Ergänzungen betreffen, die in tatsächlicher Hinsicht mit dem jeweiligen Grundstücksgeschäft in unmittelbarer Verbindung stehen, das jeweilige Grundstücksgeschäft mit diesen Änderungen oder Ergänzungen also „steht und fällt“.

Beispiele für eine unmittelbare Verbindung können sein:[19]
- Vereinbarung über die Herabsetzung des Kaufpreises,
- Hinausschieben des Zeitpunkts der Auflassung,
- Verlängerung der Ausübungsfrist eines Rücktrittsrechts,
- Vereinbarung einer Fristverlängerung eines Wiederkaufsrechts,
- Vereinbarung über die Abwicklung von Rechts- oder Sachmängeln,
- Verpflichtung des Veräußerers, bei Einholung einer zum Eigentumswechsel erforderlichen Genehmigung mitzuwirken,
- Verzicht auf Rücktrittsrecht.

Vor diesem Hintergrund ist nach dem Grundsatz *a maiore ad minus* davon auszugehen, dass erst recht keine Beurkundungspflicht angenommen werden kann, wenn schon die jeweiligen Änderungen oder Ergänzungen – also der Nachtrag zum Mietvertrag – das Grundstücksgeschäft überhaupt nicht betreffen.[20] Dafür spricht auch, dass jedenfalls Änderungen zur Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten formfrei zulässig sind.[21]

Sind solche Änderungen formfrei zulässig, müssten *erst recht* solche Änderungen formfrei zulässig sein, die noch nicht einmal Abwicklungsschwierigkeiten beheben wol-

9 Vgl. *Maier-Reimer*, NJW 2004, 3741 (3743).
10 Vgl. *Maier-Reimer*, NJW 2004, 3741 (3743).
11 Vgl. *Maier-Reimer*, NJW 2004, 3741 (3743).
12 *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 176.
13 Vgl. *Palandt*, s. Fn. 5, § 311b Rz. 42 m.w.N., einziger dazu in der Rechtsprechung entschiedener Fall ist nach *Palandt* die Fristverlängerung eines vertraglichen Rücktrittsrechts; *Erman*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 311b Rz. 58; *Soergel*, Kommentar zum BGB, Band 2 Schuldrecht I (§§ 241-432), Stand: Juli 1990, § 313 a.F., Rz. 81. Diese Auffassung wird in der juristische Fachliteratur durchaus sehr kritisch gesehen, vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 198 f.
14 Vgl. BGH v. 27.10.1972 – V ZR 37/71, MDR 1973, 208 = NJW 1973, 37.
15 Vgl. BGH, Urt. v. 1.2.1966 – V ZR 120/63, MDR 1966, 488 f. = BB 1966, 266.
16 Vgl. BGH BeckRS 1954, 31391308 = DNotZ 1954, 667.
17 Vgl. BGH, Urt. v. 5.4.2011 – VII ZR 119/99, MDR 2011, 800 = juris.
18 Vgl. BGH v. 22.10.1971 – V ZR 133/70, MDR 1972, 130 = DNotZ 1971, 722; Urt. v. 9.11.1979 – V ZR 38/78, juris = DNotZ 1980, 222.
19 Vereinfacht nach *Soergel*, s. Fn. 13, § 313 a.F., Rz. 84; s. auch die Beispiele bei *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 203.
20 So ist wohl auch *Maier-Reimer*, NJW 2004, 3741 (3743) zu verstehen, wenn auch mit der Folge, dass wie dort vorgeschlagen, eine Beurkundungspflicht schon per se nicht bestehen soll.
21 Vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 201.

len, sondern nicht mit dem grundsätzlich formpflichtigen Grundstücksgeschäft in Zusammenhang stehen.

Weiter spricht dafür auch, dass selbst bei solchen Änderungen, die tatsächlich das formbedürftige Grundstücksgeschäft betreffen, in der Rechtsprechung keine einheitliche Auffassung für die Beurteilung der Beurkundungspflicht besteht, da es z.B. nach einer gerichtlichen Entscheidung bei der Fortsetzung eines Pachtvertrages zur Aufrechterhaltung eines notariell beurkundeten Ankaufsrechts keiner erneuten notariellen Beurkundung in Form des § 313 BGB a.F. bedarf.[22]

Vor diesem Hintergrund kann es als durchaus fraglich angesehen werden, ob eine Beurkundung in einem solchen Fall tatsächlich erforderlich ist, so dass sich die Frage stellt, ob eine Ausnahme von der Beurkundungspflicht eingreifen kann, oder nicht vielmehr schon über den Ausschluss der Beurkundungspflicht nachzudenken ist.

In der juristischen Fachliteratur wird allerdings die Auffassung vertreten, dass es sich bei Änderungen, die nach § 139 BGB analog von dem geschlossenen Vertrag abtrennbar sind, um solche Änderungen handelt, die formfrei zulässig sein sollen.[23] Danach ist also von einer grundsätzlichen Beurkundungspflicht der Änderung auszugehen, die allerdings eine Ausnahme erfahren kann.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass soweit Regelungen eines Nachtrages zum Mietvertrag weder das Vorkaufs- noch das Ankaufsrecht betreffen und somit weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Verschärfung oder Erweiterung des Vorkaufs- und/oder des Ankaufsrecht geschieht, eine Beurkundungspflicht hinsichtlich eines Nachtrages zum Mietvertrag nicht besteht.

Somit ist – auch aufgrund der weiteren, neben der Rechtsprechung aufgeführten Argumente – anzunehmen, dass bei einem solchen Nachtrag zum Mietvertrag zumindest eine Ausnahme von der Beurkundungspflicht eingreift.

Es sprechen wie aufgezeigt sogar gute Argumente dafür, diese Beurkundungspflicht zu verneinen. Allerdings ist zu beachten, dass nicht mit letzter Sicherheit vorhergesagt werden kann, wie die eventuell streitige Entscheidung eines Gerichts ausfallen würde.

Da im Ergebnis nicht jeder Zweifel hinsichtlich einer möglicherweise doch zu bejahenden Beurkundungspflicht ausgeschlossen werden kann, müsste in jedem individuellen Fall – insbesondere vor dem Hintergrund des wirtschaftlichen Wertes und der damit einhergehenden strategischen Bedeutung des Mietvertrages (z.B. Ankermieter in einem Einkaufszentrum) – allerdings, um vollkommen sicher zu gehen, eine notarielle Beurkundung erfolgen.

3. Auswirkung einer Beurkundungspflicht eines Nachtrages zum Mietvertrag auf die Nicht-Beurkundung eines zeitlich vorangegangenen Nachtrages zum Mietvertrag

Insoweit ist fraglich, wie sich die Beurkundung eines Nachtrages zum Mietvertrag auf die Nicht-Beurkundung eines zeitlich vorangegangenen Nachtrages zum Mietvertrag auswirken würde.

a) Gesamtnichtigkeit des Vertrages

Grundsätzlich ist Rechtsfolge der Nicht-Beurkundung eines Vertrages trotz Beurkundungspflicht die Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 125 BGB.[24]

Allerdings wird in der Literatur auch die Auffassung vertreten, dass „[e]in wegen Formmangels nichtiger Änderungsvertrag an dem rechtlich wirksamen Bestand des formgemäßen *ursprünglichen* Vertrages nichts ändern [können soll].“.[25]

Im Ergebnis ist es wohl so, dass die Nichtigkeit des ganzen Vertrages im Fall einer nicht beurkundeten Vereinbarung (eines dann unvollständigen Vertrages) davon abhängt, ob die Parteien davon Kenntnis hatten oder nicht, dass ein Teil der Vereinbarung mangels Beurkundung nach § 125 BGB formnichtig ist. Sollten die Parteien keine Kenntnis davon haben, bestimmt sich die Wirksamkeit des übrigen Vertrages nach § 139 BGB.[26]

b) Teilnichtigkeit des Vertrages

Der Mietvertrag könnte vor dem Hintegrund der Ausführungen unter Ziffer a also weiter wirksam sein, wenn nur der zeitlich vorangegangene Nachtrag zum Mietvertrag teilnichtig nach § 139 Halbs. 2 BGB wäre.

Insoweit könnten allerdings mietvertragliche Regelungen – wonach die Parteien vereinbart haben, dass Änderung oder Ergänzungen des Mietvertrages gegebenenfalls der notariellen Beurkundung bedürfen – dafür sprechen, dass die Parteien auch hinsichtlich eines Nachtrages zum Mietvertrag Kenntnis von der Formnichtigkeit nach § 125 BGB hatten und somit eine Anwendung von § 139 BGB ausscheiden könnte.[27]

Allerdings ist dabei zu bedenken, dass aufgrund einer solchen Klausel keine *konkrete* Kenntnis der Parteien hinsichtlich einer Beurkundungspflicht eines Nachtrages zum Mietvertrag bejaht werden kann, sondern – wenn überhaupt – allein eine *abstrakte* Kenntnis der Parteien von einer möglicherweise in Zukunft vorzunehmenden notariellen Beurkundung, so dass sich aus einer solchen Regelung des Mietvertrages wohl keine der Anwendung von § 139 Halbs. 2 BGB entgegenstehende Kenntnis der Parteien ergibt.

Weiter liegt dann auch die erforderliche Teilbarkeit des Vertrages vor, da es sich bei einem solchen Nachtrag zum Mietvertrag, der sich allein mit dem Mietvertrag selbst befasst, nur um einen Teil des Mietvertrages handelt.[28]

Außerdem kann eine in einem Nachtrag zum Mietvertrag vereinbarte salvatorische Klausel zugunsten der Parteien als Indiz für ihren Willen zu betrachten sein, in einem solchen Fall bloß eine Teilnichtigkeit i.S.d. § 139 Halbs. 2 BGB herbeizuführen. Es ist allerdings zu beach-

22 Vgl. OGH DNotZ 1951, 124 und *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 202.
23 Vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 199.
24 Vgl. etwa für einen Mietvertrag mit einem Vorkaufsrecht OLG Düsseldorf v. 25.3.2003 – I-24 U 100/01, WuM 2005, 194.
25 Vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 205 m.w.N..
26 Vgl. dazu insgesamt *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 235 f.
27 Vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 237.
28 Vgl. *Palandt*, s. Fn. 5, § 139 Rz. 11.

ten, dass trotz der Vereinbarung einer salvatorischen Klausel der gesamte Vertrag nichtig sein kann, wenn es dabei um allgemeine (unwirksame) Geschäftsbedingungen handeln sollte.[29]

Schließlich bleibt fraglich, ob auch i.S.d. § 139 Halbs. 2 BGB anzunehmen ist, dass der Wille der Parteien dahingehen würde, dass der Mietvertrag von ihnen auch ohne seinen zeitlich vorangegangenen Nachtrag abgeschlossen worden wäre.

Insoweit stellt sich die Frage, ob die Parteien den Mietvertrag tatsächlich ohne die Regelungen des zeitlich vorangegangenen Nachtrages zum Mietvertrag abgeschlossen hätten. Hier wird es auf den jeweiligen Einzelfall und die in dem jeweils zeitlich vorangehenden Nachtrag niedergelegten Regelungen und deren Bedeutung für den Mietvertrag ankommen. Sobald eine Hauptpflicht aus dem Mietvertrag nach § 535 Abs. 2 BGB betroffen ist, wird wohl davon auszugehen sein, dass die Parteien den Mietvertrag wohl nicht ohne die Regelungen des zeitlich vorangegangenen Nachtrages zum Mietvertrag abgeschlossen hätten.

Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass es nach dem Parteiwillen gerade auch auf den zeitlich vorangegangenen Nachtrag zum Mietvertrag so ankommen sollte, dass eine bloße Teilnichtigkeit nach § 139 Halbs. 2 BGB nicht in Betracht kommt.

c) Möglicher Aussschluss des Berufens auf die Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages wegen § 242 BGB

Sollte der Mietvertrag daher im Zweifel tatsächlich wegen der Nicht-Beurkundung des zeitlich vorangegangenen Nachtrages zum Mietvertrag insgesamt nach §§ 139 Halbs. 1 und 125 BGB nichtig sein, wird im Einzelfall je nach den individuellen Umständen jedoch davon auszugehen sein, dass sich z.B. der jeweilige Mieter wegen § 242 BGB nicht auf die Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages berufen dürfte, da dies nach den Gesamtumständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre.[30]

Dabei kann z.B. beachtlich sein, dass die Parteien den Mietvertrag für einen langen Zeitraum (z.B. 20 Jahre) als wirksam behandelt haben[31] oder dem jeweiligen Mieter bekannt ist, dass der Vermieter mit der Miete u.a. Kreditverbindlichkeiten tilgt.[32] Auch können wirtschaftliche Interessen des Mieters – wie z.B. die alleinige Nutzung einer Mietsache mit einer Vielzahl von Angestellten und damit ein großes (wirtschaftliches) Interesse an einer auch zukünftigen Nutzung eines Standort dafür sprechen, dass eine Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages nach § 242 BGB ausscheidet. Weiter kann auch das eigene Interesse des Mieters an einem Erwerb des Grundstücks auf dem sich die Mietsache befindet, gegen die Bejahung einer Gesamtnichtigkeit des Mietvertrages wegen der Regelung des § 242 BGB sprechen.[33]

Der Mieter würde daher durch das Berufen auf die Nichtigkeit des Mietvertrages eine schwere Treuepflichtverletzung begehen.[34] Insoweit soll es einer Partei gerade versagt sein, „... sich unter Berufung auf eine formale Rechtsposition einer rechtsgeschäftlichen Bindung zu entziehen, die sie nunmehr aus von den Formzwecken völlig unabhängigen Motiven – etwa weil sie an der vertraglichen Leistung aus Gründen, die mit Warnung oder Belehrung nichts zu tun haben, das Interesse verloren hat oder weil sie inzwischen mit dem Vertragspartner zerstritten ist ...“.[35]

In der Literatur wird darüber hinaus auch das individuelle Gewicht des Formverstoßes als Indikator für eine besonders schwere Treuepflichtverletzung herangezogen; insoweit wird u.a. der Abschluss eines Mietvertrages und das damit verbundene Übersehen der Beurkundung einer dort enthaltenen Regelung als Beispiel für ein geringes Gewicht des Formverstoßes herangezogen.[36]

Vor diesem Hintergrund müsste *a maiore ad minus* hinsichtlich eines Nachtrages zum Mietvertrag erst recht davon ausgegangen werden, dass der Formverstoß wegen der Nicht-Beurkundung dieses Nachtrages besonders gering wiegt, wenn dort überhaupt keine die Grundstücksgeschäfte (Vor- und/oder Ankaufsrecht) betreffenden Regelungen getroffen werden.

Es kann indes nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht der skizzierten Argumentation nicht folgen würde. Sollte der Mieter aber tatsächlich versuchen, den Mietvertrag wegen der Formnichtigkeit einfach „aus heiterem Himmel“ zu kündigen, ist mit den Argumenten der Rechtsprechung und Literatur durchaus davon auszugehen, dass ihm dies unter Berufung auf § 242 BGB verwehrt wäre.

Beraterhinweis: Sollte im Ergebnis aber ein Gericht die Auffassung vertreten, dass § 242 BGB in einem solchen Fall nicht zugunsten des jeweiligen Vermieters eingreifen sollte, ließe sich wohl auch nicht damit argumentieren, dass die Parteien dann konkludent durch das faktische Weiterleben des formnichtigen Mietvertrages einen mündlichen Mietvertrag abgeschlossen haben, der seinerseits nicht der Schriftformanforderung nach §§ 578 Abs. 1, 550 S. 1 BGB genügen würde, da die Annahme eines konkludenten Mietvertrages gerade dazu führen würde, dass zwischen den Parteien Leistungspflichten bestehen würden, was aber nicht mit dem Schutzzweck des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB zu vereinbaren wäre. ◁

4. Fazit

Im Ergebnis ist es in der mietrechtlichen Praxis so, dass Mietverträge mit bestimmten Mietern nur dann erfolgreich zum Abschluss gebracht werden können, wenn einem solchen Mieter ein Vorkaufs- und/oder Ankaufsrecht eingeräumt wird.

Dies bedeutet – wie aufgezeigt – indes jedoch nicht, dass tatsächlich jeder Nachtrag zu dem dann der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterliegenden Mietvertrag tatsächlich ebenfalls notariell zu beurkunden wäre.

---

29 Vgl. *Staudinger*, s. Fn. 1, § 311b Rz. 236 m.w.N.
30 Vgl. MünchKomm/BGB, 6. Aufl. 2012, § 311b Rz. 72.
31 Vgl. OLG Saarbrücken, Urt. v. 22.3.2007 – 8 U 602/06-160, juris.
32 Vgl. OLG Saarbrücken, s. Fn. 32.
33 Vgl. OLG Saarbrücken, s. Fn. 32.
34 Vgl. OLG Saarbrücken, s. Fn. 32.
35 *Armbrüster*, NJW 2007, 3317 (3319).
36 Vgl. *Armbrüster*, NJW 2007, 3317 (3319).

Es bleibt letztlich abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung insoweit fortentwickeln wird und ob diese gegebenenfalls die diesbezüglichen Anregungen der Literatur berücksichtigen wird.

Untervermietung

Die Rechte und Pflichten des Hauptvermieters bei der Untervermietung an Dritte

*von RA Mark Bittner**

Vielen Vermietern ist schon der Gedanke daran, dass die Mietsache in die Hände eines Dritten gelangen könnte, ein Graus. Andererseits steht fest, dass die Untervermietung der Mietsache an Dritte zwar nicht die Regel ist, aber durchaus zum mietrechtlichen Alltag gehört, sei es weil der Mieter aus rein tatsächlichen Zwängen heraus die Mietsache ganz oder teilweise untervermietet oder weil der Vermieter dem Mieter die Untervermietung aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus von Anfang an gestattet. Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die aus der Sicht des Hauptvermieters relevanten Rechtsfragen zur Untermiete einschließlich entsprechender praxisbezogener Hinweise mit gewerbemietrechtlichem Schwerpunkt.

1. Das Erfordernis der Untervermietungserlaubnis als Kündigungsfalle

Die Untermiete ist ein in der Praxis häufig auftretender und in § 540 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich erwähnter Fall der Gebrauchsüberlassung an Dritte. Der Untermietvertrag kommt ausschließlich zwischen dem Mieter und dem Untermieter zustande. Der Hauptvermieter ist an dem Untermietverhältnis nicht beteiligt, und der Untermietvertrag ist auch nicht in den Schutzbereich des Hauptmietverhältnisses einbezogen.[1] Demnach hängt die Wirksamkeit des Untermietvertrages auch nicht von der Genehmigung des Hauptvermieters ab; lediglich die Gebrauchsüberlassung durch den Mieter ist gem. § 540 Abs. 1 BGB erlaubnispflichtig.[2] Versagt der Hauptvermieter dem Mieter jedoch die Erlaubnis zur Untervermietung, so läuft er Gefahr, dass der Mieter den Hauptmietvertrag gem. § 540 Abs. S. 2 BGB außerordentlich fristgerecht kündigt, wenn in der Person des in Aussicht genommenen Untermieters kein wichtiger Grund vorliegt. Insbesondere bei auf längere Frist abgeschlossenen Gewerbemietverträgen kommt es daher häufig vor, dass ein vertragsmüder Mieter versucht, über das außerordentliche Kündigungsrecht des § 540 Abs. 1 S. 2 BGB vorzeitig aus dem ihm lästig gewordenen Mietverhältnis auszusteigen, indem er seinem Vermieter einen Untermieter anbietet in der Hoffnung, dass dieser abgelehnt werde.

Beraterhinweis: Der sicherste Weg, dem außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 540 Abs. 1 S. 2 BGB zu entgehen, besteht in einem wirksamen Ausschluss jeglicher Untervermietung. Allerdings ist umstritten, ob dies bei Zeitmietverträgen in formularvertraglicher Form geschehen kann.[3] Vorsorglich sollte der Ausschluss bei befristeten Mietverhältnissen sowohl in der Gewerberaummiete als auch in der Wohnungsmiete individuell vereinbart werden. Dies gilt auch für den Fall, dass nur das außerordentliche Kündigungsrecht abbedungen werden soll. Bei der Wohnungsmiete ist aber zu beachten, dass die Untervermietung eines Teils der Mietsache gem. § 553 Abs. 3 BGB auch durch Individualvereinbarung nicht ausgeschlossen werden darf. ◁

Wurde die Untervermietung im Hauptmietvertrag nicht wirksam ausgeschlossen, so stellt sich aus Vermietersicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Erlaubnis zur Untervermietung verweigert werden kann. Der Mieter besitzt grundsätzlich keinen Anspruch auf Erlaubniserteilung, da diese keine Vertragspflicht des Vermieters sondern nur eine allgemeine Obliegenheit darstellt.[4] Die für die Wohnraummiete geltende Ausnahmevorschrift des § 553 BGB betrifft nur die Überlassung eines Teils der Mietsache, die sog. Abvermietung, und soll hier nicht weiter vertieft werden. Gemäß § 540 Abs. 1 S. 2 BGB darf der Vermieter die Erlaubnis verweigern, wenn in der Person des künftigen Untermieters ein wichtiger Grund vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn dem Vermieter nach den Umständen des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Person des Dritten die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache an den Dritten nicht zumutbar ist.[5] Wann dies konkret zutrifft, ist Ermessenssache, wobei jedoch nur objektive Kriterien zu berücksichtigen sind und der Vermieter zudem die Beweislast trägt.[6] Voraussetzung ist aber, dass der Mieter dem Vermieter die für die Beurteilung erforderlichen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Dritten offenlegt.[7] Folgende Umstände

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Hamburg, www.anwaltbittner.de.

1 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 9.
2 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 3.
3 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 63; a.A. *Bieber* in MünchKomm, § 540 Rz. 26; Der BGH hat diese Frage offengelassen, BGH v. 24.5.1995 – XII ZR 172/94, MDR 1995, 1115 = NJW 1995, 2034.
4 *Ehlert*, BeckOK/BGB, § 540 Rz. 13.
5 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 49; *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 21.
6 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 49.
7 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 68; *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 34 mit Beispielen zur Informationstiefe.

sind bislang von Rechtsprechung und Lehre als wichtige Gründe i.S.d. § 540 Abs. 1 S. 2 BGB anerkannt worden:

- Änderung des im Hauptmietvertrag festgelegten Nutzungszwecks durch den Untermieter;[8]
- Persönliche Feindschaft zwischen Hauptvermieter und Untermieter;[9]
- Schaffung einer Konkurrenzsituation durch den Untermieter, wegen der der Hauptvermieter von anderen Mietern in Anspruch genommen werden kann;[10]
- Extensive Abnutzung der Mietsache durch vielfache Untervermietung;[11]
- Schlechte Bonität des Untermieters, wenn der Mieter eine Betriebspflicht übernommen hat und sich die schlechte wirtschaftliche Lage des Untermieters auf die Führung der Mietsache nach außen auswirkt;[12]

Dagegen stellt die Tatsache, dass der Dritte Ausländer ist ebenso wenig einen wichtigen Grund dar wie der Umstand, dass der Hauptmieter mit der Untervermietung Gewinne erzielen möchte.[13]

Beraterhinweis: Da nie sicher voraussehbar ist, wie ein Gericht im Streitfalle das Vorliegen eines wichtigen Grundes beurteilen würde, ist es sinnvoll, das Risiko einer Sonderkündigung des Mieters durch eine den Versagungsgrund erweiternde Vertragsklausel zu verringern. So könnte z.B. vereinbart werden, dass die Erlaubnis zur Untervermietung auch aus einem wichtigen Grund außerhalb der Person des Dritten verweigert werden darf. Dies müsste zumindest individualvertraglich möglich sein, zumal der wesentlich engere § 553 BGB in seinem Abs. 1 S. 2 sonstige Versagungsgründe ausdrücklich zulässt. ◁

Begehrt der Mieter eine generelle Erlaubnis zur Untervermietung ohne Angabe eines konkreten Dritten, so ist der Vermieter nicht verpflichtet, hierauf zu antworten, da es ihm insofern unmöglich ist, das Maß der Zumutbarkeit der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten i.S.d. § 540 Abs. 1 S. 2 BGB zu beurteilen. Das Schweigen des Vermieters gilt selbst dann nicht als Erlaubnisverweigerung, wenn ihm der Mieter eine Frist zur Erlaubniserteilung gesetzt hat.[14]

Beraterhinweis: Es ist umstritten, ob für die Erlaubnis im Hinblick auf § 550 BGB die Schriftform erforderlich ist, wenn der Hauptmietvertrag für eine längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wurde.[15] Vermieter sollten in diesen Fällen die Erlaubnis zur Untervermietung vorsorglich stets schriftlich erteilen und als Nachtrag zum Hauptmietvertrag gestalten, um den Hauptmietvertrag nicht mit einem nachträglichen Formmangel zu belasten und dem Mieter hierüber eine vorzeitige Ausstiegsmöglichkeit zu verschaffen.[16] ◁

2. Widerruf der Erlaubnis

Die Erlaubnis zur Untervermietung kann nur dann widerrufen werden, wenn ein entsprechender individualvertraglicher Vorbehalt vereinbart wurde oder aber ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt.[17] Bei der Wohnungsmiete ist ein Widerrufsvorbehalt im Rahmen des § 553 BGB gem. § 553 Abs. 3 BGB unzulässig.[18] Ein wichtiger Grund liegt immer dann vor, wenn die Erlaubnis bei rechtzeitigem Bekanntwerden auch hätte verweigert werden können, des Weiteren auch bei unzumutbarem Verhalten des Untermieters.[19]

Beraterhinweis: Soll der Widerruf aufgrund unzumutbaren Verhaltens des Untermieters erfolgen, so sollte in analoger Anwendung des § 543 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 543 Abs. 3 BGB zuvor eine erfolglose Abmahnung erfolgt sein.[20] ◁

3. Rechte des Hauptvermieters bei erlaubter Untervermietung

Wie bereits eingangs schon erwähnt, bestehen zwischen dem Hauptvermieter und dem Untermieter keinerlei vertragliche Beziehungen. Möchte also der Hauptvermieter seinerseits an der Untervermietung profitieren, so kann er dies nur aufgrund von vorher mit dem Mieter über die Art und Weise der Untervermietung getroffenen vertraglichen Vereinbarungen.

a) Untermietzuschlag

Der Hauptvermieter kann von seinem Mieter einen Untermietzuschlag nur dann verlangen, wenn dies entweder bereits im Hauptmietvertrag vorbehalten war oder aber der Zuschlag in zulässiger Weise mit der Erlaubniserteilung verbunden gewesen ist.[21] Hierfür ist Voraussetzung, dass der Zuschlag konkret festgelegt und angemessen ist. Wann ein Untermietzuschlag unangemessen hoch ist, ist bislang weder von der Rechtsprechung noch von der Lehre untersucht worden. Ein Zuschlag, der die Miete um 100 % übersteigt, dürfte wohl die Grenze der Sittenwidrigkeit übersteigen.[22] Soll der Untermietzuschlag for-

8 BGH v. 11.1.1984 – VIII ARZ 10/83, MDR 1984, 663 = NJW 1984, 1032; OLG Hamburg v. 6.2.2002 – 4 U 145/99, ZMR 2003, 180.
9 RGZ 74, 176 (179).
10 BGH v. 16.9.1981 – VIII ZR 161/80, MDR 1982, 314 f. = ZMR 1982, 11; OLG Nürnberg v. 3.11.2006 – 5 U 754/06, MietRB 2007, 117 f. = MDR 2007, 395 f. = NZM 2007, 567 f.
11 *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 22; OLG Düsseldorf ZMR 2008, 783 f.
12 BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 92/04, MDR 2007, 261 = MietRB 2007, 170 = NJW 2007, 288; *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 23.
13 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 76; LG Berlin v. 30.10.2001 – 64 S 179/01, NZM 2002, 947; *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 23.
14 *Bieber* in MünchKomm, 6. Aufl. 2012, § 540 BGB Rz. 14.
15 Bejahend *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 42; *Bieber* in MünchKomm, § 540 Rz. 15; verneinend *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 24; *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 12.
16 Vgl. *Bittner*, Die Schriftformfalle des § 550 BGB, MietRB 2009, 141.
17 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 42; *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 13; BGH v. 24.5.1995 – XII ZR 172/94, MDR 1995, 1115 = NJW 1995, 2034; *Bieber* in MünchKomm, § 540 Rz. 16.
18 *Ehlert*, BeckOK, § 540 Rz. 12.
19 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 42; *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 52.
20 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 54.
21 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 82; *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 56.
22 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 30.

mularmäßig vereinbart werden, so erscheint eine Obergrenze von 20 % als gerade noch angemessen, da ansonsten ein gem. § 307 BGB unzulässiger Knebelungseffekt des Mieters angenommen werden könnte.[23]

b) Gewinnabschöpfung

Anstelle eines Untermietzuschlages kann der Hauptvermieter mit dem Mieter auch formularvertraglich vereinbaren, dass dieser einen Gewinn aus der Untervermietung ganz oder teilweise abzuführen hat. Da die Gewinnabschöpfung den Mieter weniger stark belastet als eine Untermietzuschlagsklausel, bestehen hier nach h.M. gegen die Wirksamkeit einer Abschöpfungsklausel keine grundsätzlichen Bedenken. Das Problem liegt hier in der inhaltlichen Bestimmtheit.[24] Es muss von Anfang an klar vereinbart sein, auf welcher Berechnungsgrundlage und unter Einbezug welcher Faktoren ein Vergleich zwischen der im Hauptmietverhältnis zu zahlenden Ausgangsmiete und dem Untermietzins zur Gewinnermittlung stattfinden soll.

c) Bindung des Untermietzinses an den Hauptmietzins

Der Hauptvermieter wird regelmäßig kein Interesse daran haben, dass der Untermieter eine unter dem Hauptmietzins liegende Untermiete an den Mieter zahlt. So liegt es nahe, den Mieter zu verpflichten, stets eine der Höhe des Hauptmietzinses entsprechende Untermiete zu vereinbaren.

Beraterhinweis: Eine derartige Klausel ist wegen Verstoßes gegen das Verbot der vertikalen Preisbindung i.S.d. §§ 1 bis 3 GWB gem. § 143 BGB nichtig, sofern sie im gewerblichen Mietrecht vereinbart wird. Die Vereinbarung einer solchen Klausel stellt eine Ordnungswidrigkeit gem. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB dar.[25] ◁

d) Abtretung des Untermietzinsanspruches an den Hauptvermieter

Nicht selten wird mit dem Mieter vereinbart, dass er seine Untermietzinsansprüche zur Sicherheit an den Hauptvermieter abtritt. Bislang wurde hierzu vertreten, dass derartige Vorausabtretungen mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksam seien.[26] Diese Auffassung gründete auf den vom OLG Hamburg seinerzeit entschiedenen Fall, dass sich der Vermieter den Untermietzins „in Höhe der Mietforderungen des Vermieters“ hatte abtreten lassen. Hieraus könne der Untermieter als Schuldner im Falle der Aufdeckung der Abtretung nicht genau erkennen, wem die Untermietzinsforderung nun zu welchem Teil im Augenblick ihrer Entstehung zusteht.[27] Hieraus folgt, dass Vermieter die Sicherungsabtretung ohne eine derartige Beschränkung vereinbaren sollten.[28]

Beraterhinweis: Die Vereinbarung einer Klausel „Der Mieter tritt hiermit zur Sicherheit an den Vermieter die dem Mieter gegen seine Untermieter zustehenden Ansprüche auf Zahlung der Untermiete ab und der Vermieter nimmt diese Abtretung hiermit an“ dürfte demnach hinreichend bestimmt und damit zulässig sein.[29] Dies gilt auch für die formularmäßige Verwendung, es denn, der Mieter soll mit der Untervermietung Gewinne erzielen dürfen. Dann liefe die Klausel auf eine gem. § 307 BGB unzulässige Übersicherung hinaus.[30] ◁

e) Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche

Überschreitet der Untermieter die nach dem Hauptmietvertrag dem Mieter zustehenden Nutzungsrechte, so besitzt der Hauptvermieter, sofern er Eigentümer der Mietsache ist, gegen den Untermieter einen Unterlassungsanspruch gem. § 1004 BGB.[31] Des Weiteren haftet der Mieter gem. § 540 Abs. 2 BGB für den Untermieter wie für einen Erfüllungsgehilfen für jegliches Verschulden im Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache. Darüber hinaus kann das schädigende Verhalten des Untermieters einen wichtigen Grund für den Widerruf des Untermieterlaubnis bilden (s.o. unter 2..) mit der Folge, dass die Untervermietung nicht mehr dem vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache im Hauptmietverhältnis entspricht und der Hauptvermieter den Mieter gem. § 541 BGB auf Unterlassung in Anspruch nehmen oder aber das Hauptmietverhältnis gem. §§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kündigen kann.

4. Rechte des Hauptvermieters bei unerlaubter Untervermietung

Wie bereits gezeigt, ist der Untermietvertrag unabhängig von einer Erlaubnis des Hauptvermieters wirksam. Soweit der Untermieter die Mietsache im Rahmen der im Hauptmietverhältnis dem Mieter eingeräumten Nutzungsbefugnisse nutzt, kann der Hauptvermieter, soweit der Eigentümer ist, nicht gem. § 1004 BGB gegen den „unerlaubten Untermieter“ vorgehen.[32] Der Hauptvermieter ist auch nicht dazu berechtigt, den Untermietzins vom Mieter herauszuverlangen. Er kann den Mieter allenfalls gem. § 541 BGB auf Unterlassung des vertragsgemäßen Gebrauches in Anspruch nehmen und den Hauptmietvertrag ggf. gem. den §§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB kündigen.[33] Darüber hinaus liegt schon in der unbefugten Gebrauchsüberlassung ein schuldhafter Vertragsverstoß des Mieters, der ihn für alle während der Untervermietung entstehenden Schäden ersatzpflichtig macht, ohne dass hierfür die Voraussetzungen des § 540 Abs. 2 BGB erfüllt sein müssen, was letztendlich auf eine Zufallshaftung hinausläuft.[34] Diese ent-

23 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 83; *Weißker/Hannemann/Wiegner*, § 50 Rz. 32.
24 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 85; a.A. *Weißker/Hannemann/Wiegner*, § 50 Rz. 33.
25 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 86, 87.
26 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 12; OLG Hamburg v. 10.12.1997 – 4 U 98/97, NJW-RR 1999, 1316 f.; *Weißker/Hannemann/Wiegner*, § 50 Rz. 35.
27 OLG Hamburg v. 10.12.1997 – 4 U 98/97, NJW-RR 1999, 1316 f.
28 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 91.
29 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 91; *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 25; OLG Düsseldorf NZM 2009, 360 f.
30 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 91.
31 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 5, 10.
32 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 5.
33 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 15; *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 76, 78.
34 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 79; *Emmerich/Staudinger*, § 540 Rz. 31.

fällt nur dann, wenn der Mieter nachweisen kann, dass die unbefugte Überlassung an den Untermieter nicht kausal für den Schaden gewesen ist.[35]

5. Der Herausgabeanspruch des Hauptvermieters gegen den Untermieter

Gemäß § 546 Abs. 2 BGB kann der Hauptvermieter die Mietsache nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses auch vom Untermieter zurückfordern. Ist der Hauptvermieter zugleich Eigentümer der Mietsache, so tritt § 546 Abs. 2 BGB neben den dinglichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB.[36] § 546 Abs. 2 BGB erweitert das vertragliche Recht des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache auf den Untermieter und stellt demnach einen Fall eines gesetzlichen Schuldbeitritts[37] dar mit der Folge, dass Haupt- und Untermieter für die Rückgabe gem. § 431 BGB als Gesamtschuldner haften.[38] Der Untermieter kann sich hiervon jedoch durch Rückgabe an den Hauptmieter wieder befreien.[39] Der Untermieter schuldet bei der Rückgabe denjenigen Zustand der Mietsache, den der Hauptmieter dem Vermieter zum Ende des Hauptmietverhältnis gesetzlich schuldet. Etwaige Verschärfungen aus dem Hauptmietverhältnis treffen den Untermieter demnach nicht.[40] Ferner kann sich der Untermieter auf die Einwendungen des Mieters aus dem Hauptmietverhältnis berufen, nicht aber auf etwaige Einwendungen aus dem Untermietverhältnis.[41] Bei der gewerblichen Zwischenvermietung von Wohnraum kann der Wohnungsmieter dem Hauptvermieter/Eigentümer den Kündigungsschutz gem. §§ 573, 573 BGB entgegenhalten.[42]

Da der Untermieter von der Beendigung des Hauptmietverhältnisses keine automatische Kenntnis erlangt, ist der Herausgabeanspruch ihm gegenüber ausdrücklich geltend zu machen. Die verzugsbegründende Mahnung kann hierbei nach h.M. mit der die Fälligkeit des Herausgabeanspruches begründenden Herausgabeaufforderung verbunden werden.[43] Gibt der Untermieter die Mietsache nicht zurück, so schuldet dieser gem. §§ 280, 286 BGB Schadensersatz. Ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung aus § 546a BGB existiert nicht, da § 546a BGB im Verhältnis zwischen Hauptvermieter und Untermieter nicht anwendbar ist.[44] Da auch der Hauptmieter weiterhin die Rückgabe schuldet, müsste eine Nutzungsentschädigung diesem gegenüber geltend gemacht werden. Der Untermieter schuldet dem Eigentümer eine Nutzungsentschädigung nur unter den Voraussetzungen der §§ 987, 990, 991 BGB von dem Zeitpunkt an, in dem er von der Beendigung des Hauptmietverhältnisses Kenntnis erlangt hat.[45]

Beraterhinweis: Ist die Mietsache bei Beendigung des Hauptmietverhältnisses im Besitz eines oder mehrerer Untermieter, so sollte der gesamtschuldnerisch mithaftende Hauptmieter stets gemeinsam mit den Untermietern auf Räumung in Anspruch genommen werden, da sich der oder die Untermieter auch durch Rückgabe an den Hauptmieter befreien können. ◁

Liegen die Voraussetzungen des § 546 Abs. 2 BGB nicht vor, etwa weil das Hauptmietverhältnis unwirksam ist oder der Dritte die Mietsache nicht aus der Hand des Hauptmieters erhalten hat, so kommen nur Herausgabeansprüche gem. §§ 985, 812 BGB in Betracht sowie u.U. Beseitigungs- und Rückbauansprüche gem. § 1004 BGB.[46]

35 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 79.
36 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 60.
37 *Rolfs/Staudinger*, § 546 Rz. 62; *Blank/Schmidt-Futterer*, § 546 Rz. 87.
38 *Bieber* in MünchKomm, § 546 Rz. 23; *Ehlert*, BeckOK § 546 Rz. 24.
39 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 540 Rz. 88.
40 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 62.
41 *Rolfs/Staudinger*, § 546 Rz. 65.
42 *Rolfs/Staudinger*, § 546 Rz. 80-87; *Bieber* in MünchKomm, § 546 Rz. 22.
43 *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 73; *Palandt/Grüneberg*, § 286 Rz. 16 m.w.N.
44 *Ehlert*, BeckOK, § 546 Rz. 28; *Stellmann/Lindner-Figura*, § 540 Rz. 74.
45 Wie Fn. 44.
46 *Blank/Schmidt-Futterer*, § 546 Rz. 90; BGH v. 30.3.2007 – V ZR 179/06, MDR 2007, 1008 = NJW 2007, 2182.

Verwaltung des Wohnungseigentums

WEG-Jahresabrechnung – Ende der bloßen Ergänzung bei Unvollständigkeit?

*von RiOLG, RiBayObLG a.D. Dr. Michael J. Schmid, München**

Es entsprach bisher zumindest überwiegender Auffassung, dass ein Eigentümerbeschluss über eine unvollständige Abrechnung nicht für ungültig zu erklären ist, sondern nur ein Anspruch auf Ergänzung der Abrechnung besteht. Dem ist die neuere Rechtsprechung entgegen getreten. Der Beitrag erläutert die Konsequenzen für die Praxis.

1. Problem

Die Abrechnung aus § 28 WEG[1] besteht aus mehreren Teilen:[2] Der Gesamtabrechnung, der Einzelabrechnung

* Der Autor ist Richter am OLG, Richter am Bayerischen Obersten LG a.D. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder.
1 Entsprechendes gilt für den Wirtschaftsplan nach § 28 WEG.
2 Vgl. *Bassenge* in Palandt, BGB, 71. Aufl., 2012, § 28 Rz. 9 ff.

für jedes Wohnungseigentum, der Darstellung der Instandhaltungsrückstellung und dem Vermögensstatus. Fehlte ein Teil der Abrechnung und wurde die Abrechnung gleichwohl beschlossen, so hielt die bisher h.M.[3] eine Ungültigkeit des Genehmigungsbeschlusses nicht für veranlasst, sondern verwies die Wohnungseigentümer auf einen Anspruch auf Ergänzung der Abrechnung gegen den Verwalter und auf Beschluss dieser Ergänzung gegen die übrigen Wohnungseigentümer. Dem tritt die neuere Rechtsprechung[4] entgegen. Ihr ist zuzustimmen.[5]

2. Notwendigkeit einer Ungültigerklärung der gesamten Abrechnung

a) Verstoß gegen ordnungsmäßige Verwaltung

Dass der Beschluss über eine unvollständige Abrechnung für ungültig zu erklären ist, ergibt sich schon daraus, dass es nicht ordnungsmäßiger Verwaltung im Sinne des § 21 Abs. 4 WEG entspricht, eine unvollständige Abrechnung zu beschließen. Vielmehr wäre vom Verwalter vor dem Eigentümerbeschluss die Ergänzung zu verlangen. Streitgegenstand des Anfechtungsverfahrens ist nicht das Handeln oder Unterlassen des Verwalters, sondern der Beschluss der Eigentümerversammlung.

b) Nachvollziehbarkeit der Abrechnung

Die Abrechnung muss nachvollziehbar und aus sich heraus verständlich sein. Sie muss deshalb alle Angaben enthalten, die zur Überprüfung der rechnerischen Schlüssigkeit erforderlich sind. Erst dann kann der einzelne Wohnungseigentümer entscheiden, ob er die Abrechnung durch Belegeinsicht oder in anderer Weise weiter überprüfen will.[6]

c) Kontrolle des Verwalters

Der Abrechnung wird auch die Aufgabe zugeschrieben, eine Kontrolle des Verwalters zu ermöglichen,[7] obgleich hierfür die Rechnungslegung nach § 28 Abs. 4 WEG zur Verfügung stünde. Eine Kontrolle des Verwalters ist aber nur anhand einer vollständigen Abrechnung möglich.[8]

d) Prozessuale Aspekte

Nachgelieferte Ergänzungen helfen dem Wohnungseigentümer nichts mehr, wenn die Anfechtungsfrist oder die Begründungsfrist nach § 46 WEG abgelaufen sind.[9] Anders als im früheren FGG-Verfahren wird die Abrechnung nicht mehr insgesamt von Amts wegen überprüft, sondern nur hinsichtlich der Punkte, die innerhalb der Begründungsfrist des § 46 Abs. Satz 2 WEG gerügt werden. Eine sachgerechte Rüge setzt aber die Überprüfung einer vollständigen Abrechnung voraus.[10]

3. Nachbesserung während des Prozesses

a) Keine Aufdeckung weiterer Mängel

Ergänzt der Verwalter während des Anfechtungsprozesses die Abrechnung, so ist dies auf den Prozess ohne Einfluss, da die Ergänzung erst Verbindlichkeit erlangt, wenn sie nach § 28 Abs. 5 WEG beschlossen wird. Wird jedoch ein solcher Beschluss gefasst und bestandskräftig, liegt eine vollständige Jahresabrechnung vor. Zweifelhaft ist, ob das zu einer Erledigung der Hauptsache des Anfechtungsprozesses führt. Wenn die Anfechtung nur auf die Unvollständigkeit der Abrechnung gestützt ist und der Kläger auch nach der Ergänzung der Abrechnung keine weiteren Fehler geltend macht, wird man dies bejahen müssen.[11] Sind innerhalb der Begründungsfrist noch weitere Mängel der Abrechnung gerügt, ist über diese zu entscheiden.

Beraterhinweis: Wird der Beschluss über die Ergänzung angefochten, ist die Entscheidung dieses Rechtsstreits für den Anfechtungsprozess vorgreiflich und das erste Verfahren kann nach § 148 ZPO ausgesetzt werden. ◁

b) Erkennbarkeit weiterer Mängel

Probleme entstehen jedoch, wenn erst auf Grund der Vervollständigung der Abrechnung inhaltliche Fehler erkennbar werden. Geht man streng vom Wortlaut des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG aus, können diese Mängel im Anfechtungsprozess nicht mehr gerügt werden. Eine Anfechtung des Beschlusses über die Ergänzung, auf die das LG München I[12] zu verweisen scheint, ist ebenfalls nicht hilfreich. Der Ergänzungsbeschluss als solcher entspricht nämlich, falls er nicht andere Mängel aufweist, ordnungsmäßiger Verwaltung, weil eine bisher unvollständige Abrechnung vervollständigt wird. Hierfür ist es unerheblich, ob durch die Ergänzung Mängel der ursprünglichen Abrechnung erkennbar werden oder nicht.
Der Kläger könnte bei dieser Fallkonstellation bei Annahme einer Erledigung der Hauptsache im ursprünglichen Prozess den Fehler nicht mehr geltend machen, weil die Begründungsfrist abgelaufen ist;[13] in Betracht käme allenfalls eine Wiedereinsetzung in den vorigen

3 BGH v. 2.6.2005 – V ZB 32/05, MDR 2005, 1156 = MietRB 2005, 233; BayObLG v. 7.5.1992 – 2Z BR 26/92, NJW-RR 1992, 1169 = WuM 1992, 395; *Merle* in Bärmann, WEG, 11. Aufl. 2010, § 28 Rz. 107; *Bassenge* in Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 28 WEG Rz. 17; *Elzer*/*Riecke* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl. 2012, § 28 WEG Rz. 35; a.A. *Batschari* in Timme, WEG, 1. Aufl. 2010, § 28 Rz. 83.
4 LG München I v. 6.10.2011 – 36 S 17150/10, MietRB 2012, 148 = ZWE 2012, 140 = NZM 2012, 425 = ZMR 2012, 480; AG Berlin-Charlottenburg v. 6.1.2012 – 73 C 124/11, ZWE 2012, 291 = ZMR 2012, 402.
5 *Becker*, ZWE 2012, 141.
6 AG Berlin-Charlottenburg v. 6.1.2012 – 73 C 124/11, ZWE 2012, 291 = ZMR 2012, 402.
7 *Elzer*/*Riecke* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl. 2012, § 28 WEG Rz. 16.
8 LG München I v. 6.10.2011 – 36 S 17150/10, MietRB 2012, 148 = ZWE 2012, 140 = NZM 2012, 425 = ZMR 2012, 480.
9 AG Berlin-Charlottenburg v. 6.1.2012 – 73 C 124/11, ZWE 2012, 291 = ZMR 2012, 402.
10 LG München I v. 6.10.2011 – 36 S 17150/10, MietRB 2012, 148 = ZWE 2012, 140 = NZM 2012, 425 = ZMR 2012, 480.
11 LG München I v. 6.10.2011 – 36 S 17150/10, MietRB 2012, 148 = ZWE 2012, 140 = NZM 2012, 425 = ZMR 2012, 480.
12 LG München I v. 6.10.2011 – 36 S 17150/10, MietRB 2012, 148 = ZWE 2012, 140 = NZM 2012, 425 = ZMR 2012, 480.
13 *Becker*, ZWE 2012, 141.

Stand nach § 46 Abs. 1 Satz 3 WEG, §§ 233 ff. ZPO. Gegen den Beschluss gegen die Genehmigung der Ergänzung könnte er nicht mit Erfolg vorgehen, weil dieser Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.

Die Lösung des Problems kann m.E. nur darin gesehen werden, dass man eine Erledigung der Hauptsache verneint, wenn der Kläger nach Ergänzung der Abrechnung weitere Mängel darlegt, die erst auf Grund der Ergänzung erkennbar wurden. Erledigung der Hauptsache tritt ein, wenn der Antrag des Klägers nach Eintritt der Rechtshängigkeit gegenstandslos wird.[14] Diese Voraussetzung ist in diesen Fällen nicht gegeben. Vielmehr ist der Beschluss für ungültig zu erklären, damit die Wohnungseigentümer Gelegenheit erhalten, auf Grund der neuen Informationen erneut zu beschließen, und der Kläger Gelegenheit erhält, inhaltliche Rügen zu erheben.

4. Ergänzungsanspruch trotz Nichtanfechtung?

Wird eine unvollständige Abrechnung nicht angefochten, ist es fraglich, ob trotzdem ein Ergänzungsanspruch besteht oder ob die Bestandskraft des Eigentümerbeschlusses einer solchen Ergänzung entgegensteht. Der Beschluss über die unvollständige Abrechnung wird nach § 23 Abs. 4 WEG verbindlich, sofern nicht ausnahmsweise ganz krasse Mängel vorliegen, die zur Nichtigkeit führen. Von der Bindungswirkung umfasst wird aber nur das, was beschlossen ist, nicht das, was nicht beschlossen ist. Wenn eine nicht vollständige Abrechnung gebilligt wird, ist dieser Beschluss dahin auszulegen, dass der Inhalt der vorgelegten Abrechnung beschlossen wird, nicht aber dass auf eine Ergänzung verzichtet wird. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn über den notwendigen Inhalt der Abrechnung Streit besteht und die Eigentümerversammlung die vorgelegte Abrechnung ausdrücklich auch als vollständig billigt.

Beraterhinweis: Im Regelfall wird also durch einen bestandskräftigen Beschluss über eine unvollständige Abrechnung der Anspruch auf Ergänzung der Abrechnung nicht ausgeschlossen. Der Anspruch richtet sich zunächst gegen den Verwalter,[15] dass dieser nach § 28 Abs. 3 WEG die Ergänzung vornimmt; dann aber auch gegen die übrigen Wohnungseigentümer, dass diese nach § 28 Abs. 5 WEG über die Ergänzung beschließen. ◁

5. Abgrenzung zur fehlerhaften Abrechnung

Vom „Fehlen wesentlicher Bestanteile“ der Abrechnung sind „Fehler in der Abrechnung“ zu unterscheiden. Hierzu hat der BGH[16] erst jüngst bekräftigt, dass einzelne Fehler nicht dazu führen, dass der Beschluss über die Abrechnung insgesamt für ungültig erklärt wird. Er begründet dies mit einer entsprechenden Anwendung des § 139 BGB. Diese Vorschrift ist auf Eigentümerbeschlüsse jedenfalls dann entsprechend anwendbar, wenn diese nicht lediglich interne Wirkung entfalten, sondern auf die Begründung Änderung oder Aufhebung rechtlicher Befugnisse oder Pflichten gerichtet sind und es sich bei den beanstandeten Teilregelungen um rechnerisch selbständige und abgrenzbare Teile handelt.

Diese Fälle haben es mit dem Fehlen notwendiger Bestandteile einer Abrechnung gemein, dass im Falle einer teilweisen Ungültigerklärung die Abrechnung um die für ungültig erklärten Teile ergänzt werden muss, während die übrigen Teile bestehen bleiben. Sie unterscheiden sich aber dadurch, dass nicht vorhandene Teile überhaupt nie Gegenstand des Abrechnungsbeschlusses waren, so dass eine analoge Anwendung des § 139 BGB auf fehlende Bestandteile von vorneherein nicht in Betracht kommt. Außerdem war die Abrechnung vollständig, wenn auch teilweise falsch, und die Wohnungseigentümer hatten deshalb zumindest die Möglichkeit einer Plausibilitätsprüfung der Abrechnung insgesamt. Das ist in der Regel nicht gegeben, wenn wesentliche Teile der Abrechnung fehlen. Deshalb wird auch eine bloße Teilunwirksamkeit verneint, wenn der bestehen bleibende Rest nur noch eine nicht oder nur schwer nachvollziehbare Abrechnung,[17] nur noch einen unverständlichen Torso[18] darstellen würde.

6. Fazit

Fehlen wesentliche Bestandteile der Abrechnung ist der genehmigende Eigentümerbeschluss auf Anfechtung hin für ungültig zu erklären. Ein Beschluss mit nur fehlerhaften Teilen, kann teilweise für ungültig erklärt werden. In diesen Fällen und wenn ein Beschluss über eine unvollständige Abrechnung nicht angefochten wird, besteht ein Anspruch auf Ergänzung der Abrechnung. Dieser Anspruch richtet sich zunächst gegen den Verwalter auf Darstellung der Ergänzung und sodann gegen die übrigen Wohnungseigentümer auf Beschlussfassung.

14 *Hüßtege* in Thomas/Putzo, ZPO, 33. Aufl. 2012, § 91a Rz. 4.
15 *Becker*, ZWE 2012, 141 f.; LG München I v. 6.10.2011 – 36 S 17150/10, MietRB 2012, 148 = ZWE 2012, 140 = NZM 2012, 425 = ZMR 2012, 480.
16 BGH v. 11.5.2012 – V ZR 193/11, MDR 2012, 957 = MietRB 2012, 238 = GuT 2012, 300 = GE 2012, 962.
17 BGH v. 11.5.2012 – V ZR 193/11, MDR 2012, 957 = MietRB 2012, 238 = GuT 2012, 300 = GE 2012, 962.
18 *Riecke/Schmid*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2010, § 28 Rz. 100.

MietRB *informativ*

Eigenbedarf: Auch für ein berufliche Zwecke!

Auch dann, wenn der Vermieter die vermietete Wohnung ausschließlich für seine berufliche Tätigkeit oder die eines Familienangehörigen nutzen will, kann ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses gem. § 573 Abs. 1 BGB vorliegen. Dieses ist aufgrund der verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit nicht geringer zu bewerten als der in § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB gesetzlich geregelte Eigenbedarf des Vermieters zu Wohnzwecken.

BGH, Urt. v. 26.9.2012 – VIII ZR 330/11; PM Nr. 159/12

Vollstreckungsunterwerfung: „Bestimmte Geldsummen“ sind unbestimmt

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, Beschl. v. 5.9.2012 – VII ZB 55/11

Verjährung: Keine Hemmung durch negative Feststellungsklage

Auch nach der Neugestaltung des Verjährungsrechts durch das am 1.1.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz genügt weder die Erhebung einer negativen Feststellungsklage durch den Schuldner noch die Verteidigung des Gläubigers hiergegen, um eine Hemmung der Verjährung zu bewirken (Fortführung von BGHZ 72, 23 = NJW 1978, 1975).

BGH, Urt. v. 15.8.2012 – XII ZR 86/11

Gemeinnützige GmbH: Kein gewerblicher Zwischenvermieter

Vermietet der Eigentümer Wohnungen an eine gemeinnützigen GmbH und vermietet diese die Wohnungen an Bewohner des von ihr betriebenen „betreuten Wohnens“ weiter, so können letztere sich gegenüber dem Räumungsverlangen des Eigentümers nicht auf den Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts berufen. § 549a BGB findet weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung

KG, Urt. v. 23.8.2012 – 8 U 22/12

Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI)

Gesamtindex
Basisjahr 2005 = 100

	2012	2011	2010	2009
Dez.		111,9	109,6	107,8
Nov.		111,1	108,5	106,9
Okt.		111,1	108,4	107,0
Sept.	113,3	111,1	108,3	106,9
Aug.	113,3	111,0	108,4	107,3
Juli	112,9	111,0	108,4	107,1
Juni	112,5	110,6	108,1	107,1
Mai	112,6	110,5	108,0	106,7
April	112,8	110,5	107,9	106,8
März	112,6	110,3	108,0	106,8
Febr.	112,3	109,8	107,5	106,9
Jan.	111,5	109,2	107,1	106,3

Jahresdurchschnitte

2011	2010	2009	2008	2007	2006
110,7	108,2	107,0	106,6	103,9	101,6

2005	2004	2003	2002	2001	2000
100,0	98,5	96,9	95,9	94,5	92,7

Wohnungsmiete, Wasser, Strom, Gas und andere Brennstoffe
Basisjahr 2005 = 100

	2012	2011	2010	2009
Dez.		114,6	111,1	108,5
Nov.		114,6	110,8	108,7
Okt.		114,3	110,5	108,7
Sept.	116,6	114,0	110,4	108,7
Aug.	116,4	113,6	110,2	108,9
Juli	116,0	113,6	110,1	108,7
Juni	115,6	113,4	110,1	109,1
Mai	115,8	113,2	110,0	108,9
April	115,8	113,3	109,9	108,9
März	115,7	113,0	109,5	109,3
Febr.	115,5	112,5	109,1	109,4
Jan.	115,3	112,1	109,1	109,4

Quelle: Statistisches Bundesamt

Verlag Dr. Otto Schmidt Köln

Schon mal über Aktualisierung nachgedacht?

Unser Nachrichtendienst beliefert Sie tagesaktuell und quellensicher mit Nachrichten aus den Rechtsbereichen Steuer-, Wirtschafts-, Zivil- und Arbeitsrecht.

Ihre Vorteile:

- Kompetenz durch Aktualität
  Auf Ihrer Homepage sorgen die News für einen Anreiz zum täglichen Aufrufen der Seite. Suchmaschinen stufen Ihren Internetauftritt durch die täglich wechselnden Inhalte höher ein.
- Kundenbindung steigern
  Integrieren Sie die News in einen Mandanten-Brief oder Newsletter und steigern Sie dadurch Ihre Kundenbindung.
- Beste Integration
  Wir beliefern Sie in allen gewünschten Datenformaten, um Ihnen die Integration der Inhalte in Ihre Website so einfach wie möglich zu machen.

Rufen Sie uns an, und lassen Sie sich ein maßgeschneidertes Nachrichtenpaket zusammenstellen – ganz nach Ihren individuellen Wünschen und Bedürfnissen. Telefon 0221 937 38 – 712. Mehr Informationen finden Sie auch unter **www.otto-schmidt.de/nachrichten**

Impressum

Redaktion: RAin Elke Schlüter (verantwortl. Redakteurin, Rechtsprechung) · RAin Arabella Schreiber (verantwortl. Redakteurin, Aufsätze) · Erika Cieply (Redaktionsassistenz) · Birgit Schumann (Herstellung), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/9 37 38-501, Fax -951, E-Mail: mietrb@otto-schmidt.de

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Anzeigenverkauf: Gaby Joisten, Tel. 0221/93738-421, Fax -942, E-Mail: anzeigen@otto-schmidt.de, gültig ist die Preisliste 9 vom 1.1.2012.

Satz: Griebsch & Rochol Druck GmbH & Co. KG, Gabelsberger Straße 1, 59069 Hamm

Druck: msk marketingserviceköln gmbh, www.marketing--service-koeln.de

Erscheinungsweise: Jeweils zum 5. eines Monats.

Bezugspreis: Jahresabonnement 154,– €, Einzelheft 15,40 €. Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).

Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag (Vertrieb/Abonnementsverwaltung Tel. 0221/9 37 38-997, Fax -943, www.ovs.de). Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

ISSN 1612-040X

Volltext-Service: Die Volltexte der vorgestellten Entscheidungen können bei der Verlagsredaktion oder unter *www.mietrb.de/volltexte* (Benutzername: mietrb1201 Passwort: einzug12) abgerufen werden.

Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Kontrolle ist gut, Kommentar ist besser.

Seit Arbeitsverträge der AGB-Kontrolle durch die Gerichte unterliegen, sollten Sie ihre Klauseln regelmäßig überprüfen und bei Bedarf der aktuellen Rechtslage anpassen. Am besten mit diesem neuen Kommentar, der speziell auf diese Aufgabe zugeschnitten ist.

Dogmatische Grundlagen, Kommentierung der §§ 305–310 BGB, umfangreiches Klausel-ABC bei § 307 BGB oder systematische Darstellung komplexer Regelwerke wie Betriebliche Altersversorgung und Besondere Vergütungsbestandteile – hier ist alles drin.

Clemenz/Kreft/Krause AGB-Arbeitsrecht, Kommentar. Schauen Sie rein, bevor es andere tun. Deshalb Probe lesen und sofort bestellen bei **www.otto-schmidt.de**

Clemenz/Kreft/Krause **AGB-Arbeitsrecht** Kommentar. *Herausgegeben von RAin Dr. Susanne Clemenz, VorsRiBAG Burghard Kreft und Prof. Dr. Rüdiger Krause. Bearbeitet von sieben hochkarätigen Experten: BAG-Richter, Rechtswissenschaftler, Rechtsanwälte. 2012, rd. 600 Seiten DIN A5, gbd. 98,– €. Erscheint im Dezember. ISBN 978-3-504-42061-1*

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Das WEG für Ausgeschlafene.

Lassen Sie sich keinen Bären aufbinden. Greifen Sie lieber gleich zur aktuellen Auflage dieses modernen Standardwerks unter den großen WEG-Kommentaren. Und Sie sind in dem durch ständig neue Kasuistik geprägten Rechtsgebiet wieder rundum auf dem letzten Stand.

Vertiefte Erläuterung der §§ 1 bis 9. Vollständige Neukommentierung der §§ 13 und 15. Viele neue BGH-Entscheidungen, neue Tendenzen in der Literatur und jede Menge praktikable Lösungen – gut begründet, wissenschaftlich fundiert. Wie immer in diesem viel zitierten Nachschlagewerk für Gestaltungsarbeit und Schriftsatzentwürfe auf höchstem Niveau.

Jennißen, WEG. Jetzt Probe lesen und bestellen bei **www.otto-schmidt.de**

Jennißen **WEG** Kommentar. *Herausgegeben von RA Dr. Georg Jennißen. Bearbeitet von zehn renommierten Praktikern des Wohnungseigentumsrechts. 3., neu bearbeitete Auflage 2012, 1.632 Seiten Lexikonformat, gbd. 119,– €.*
ISBN 978-3-504-45074-8