

12
10

Dezember

Seiten 349–380

PVSt 62934

Der **Miet-** Rechts- Berater

Miete
Immobilienwirtschaft
Wohnungseigentum

Rechtsprechung

Wohnraummiete

- Kautions: Nachweis insolvenzfester Anlage geschuldet
- Betriebskostenabrechnung: Zusammenfassung von Kostenpositionen

Gewerberaummiete

- Nebenkosten: Kosten einer Terrorschadensversicherung
- Geschäftsschädigende Äußerungen: Fristlose Kündigung ohne Abmahnung

Wohnungseigentum

- WEG-Verwaltung: Kosten für besondere Nutzung
- Anfechtungsklage: Parteiwechsel in der mündlichen Verhandlung

MietRB-Beratungspraxis

Wohnraummiete

- Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung *Blank*

Gewerberaummiete

- Indexklauseln – Auswirkungen von Nachträgen zu Mietverträgen *Birnbach/Gassert*

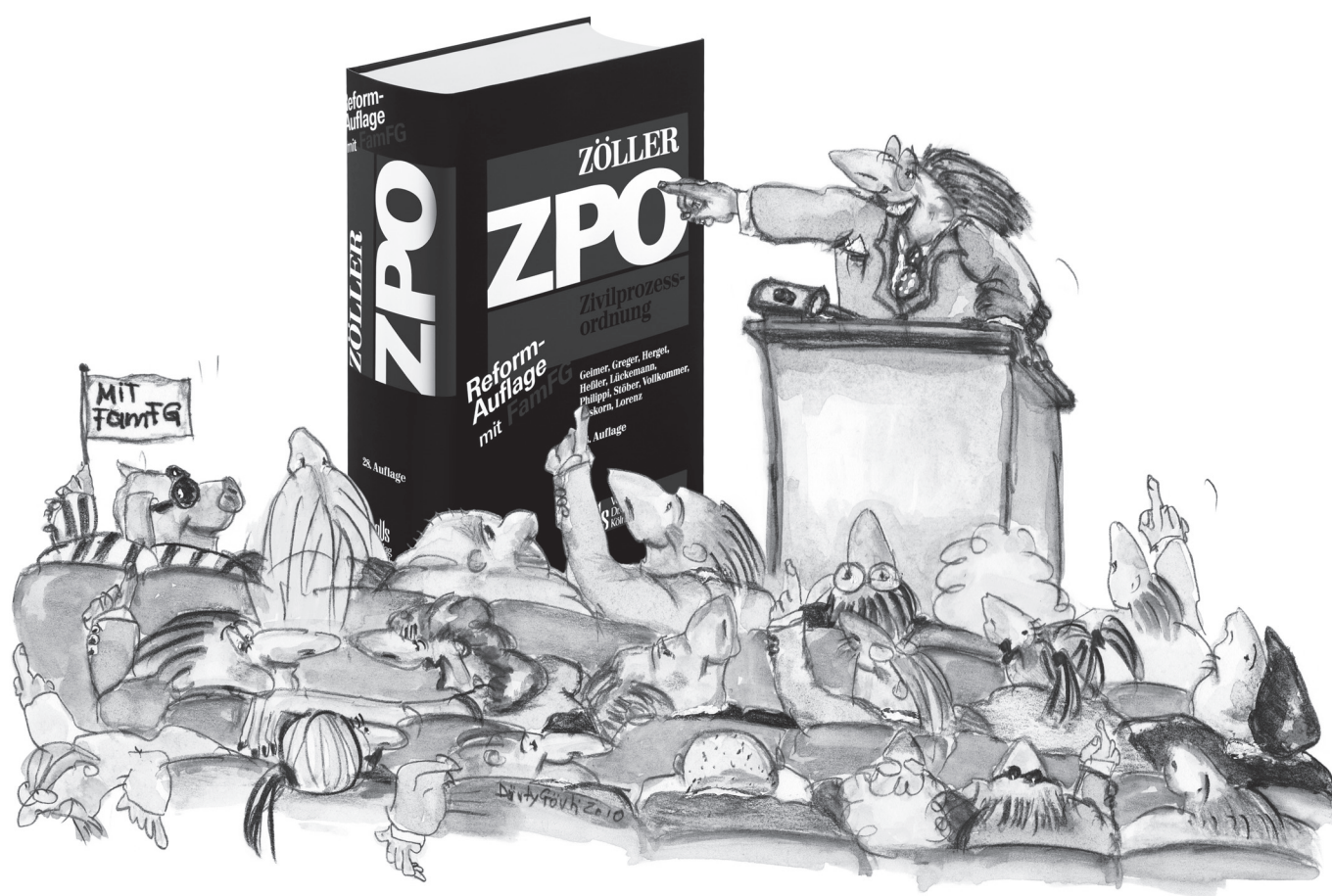
Verfahren

- Die Rechtsmittel in WEG-Sachen *Hogenschurz*

www.mietrb.de

ols Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Nachschub für Nachzügler.



Höchste Zeit für den Zöller. Mit den neuen Verfahren in Familiensachen nach dem FamFG, das immer wieder auf die ZPO verweist. Und all den anderen wichtigen Änderungen, die Sie natürlich kennen müssen. Zöller, ZPO, 28. Auflage, gbd. 164,- €. ISBN 978-3-504-47017-3 Jetzt bestellen! Damit Sie im Zivilprozessrecht endlich wieder up to date sind. www.der-zoeller.de

In diesem Heft

Kostenloser MietRB-Online-Volltextservice im Internet:
www.mietrb.de (Benutzername: mietrb0802 Passwort: jul256)

Rechtsprechung

Wohnraummiete

- ▶ Kautions: Nachweis insolvenzfester Anlage geschuldet
 BGH, Urt. v. 13.10.2010 – VIII ZR 98/10 349
- ▶ Betriebskostenabrechnung: Zusammenfassung von
 Kostenpositionen
 BGH, Urt. v. 22.9.2009 – VIII ZR 285/09 350
- ▶ Rückzahlung von Betriebskostenvorschüssen und
 Schadensersatz wegen unberechtigter Mängelanzeige
 BGH, Urt. v. 22.9.2009 – VIII ZR 285/09 350
- ▶ Mietvertrag: Verlängerungsklausel in einem Altvertrag
 BGH, Urt. v. 23.6.2010 – VIII ZR 230/09 351
- ▶ Unwirksame Renovierungsklausel: Bereicherungs-
 anspruch des Mieters verjährt in sechs Monaten
 LG Kassel, Urt. v. 7.10.2010 – 1 S 67/10 352
- ▶ Einseitiger Kündigungsverzicht: Wirksamkeit bei Staf-
 felmietvereinbarung
 AG Dortmund, Urt. v. 15.6.2010 – 425 C 142/10 353

Gewerberaummiete

- ▶ Nebenkosten: Kosten einer Terrorschadensversiche-
 rung
 BGH, Urt. v. 13.10.2010 – XII ZR 129/09 354
- ▶ Geschäftsschädigende Äußerungen: Fristl. Kündigung
 ohne Abmahnung
 BGH, Urt. v. 15.9.2010 – XII ZR 188/08 354
- ▶ Arglistanfechtung: Aufklärung über außergewöhnliche
 Umstände
 BGH, Urt. v. 11.8.2010 –
 XII ZR 192/08 u. XII ZR 123/09 355
- ▶ Mietminderung: Nachweis einer Gesundheitsgefä-
 hrung
 KG, Beschl. v. 23.7.2010 – 12 U 164/09 356
- ▶ Nutzungsentschädigung: Nur teilweise Räumung der
 Mietsache
 KG, Beschl. v. 23.7.2010 – 12 U 164/09 357
- ▶ Kautions: Aufrechnung bei Anlage eines Sparbuches
 KG, Beschl. v. 23.7.2010 – 12 U 164/09 358
- ▶ Urkundenprozess: Abstanznahme im 2. Rechtszug u.
 Geltendmachung von Nebenkostennachforderungen
 KG, Urt. v. 28.6.2010 – 8 U 167/09 359
- ▶ Schriftform: Vorlage der Urkunde ist nicht zwingend
 erforderlich
 OLG Stuttgart, Urt. v. 26.4.2010 – 5 U 188/09 359

Wohnungseigentum

- ▶ WEG-Verwaltung: Kosten für besondere Nutzung
 BGH, Urt. v. 1.10.2010 – V ZR 220/09 360
- ▶ Anfechtungsklage: Parteiwechsel in der mündlichen
 Verhandlung
 BGH, Urt. v. 17.9.2010 – V ZR 5/10 361
- ▶ WEG-Versammlung: Stimmrecht des Verwalters als
 Vertreter
 OLG München, Beschl. v. 15.9.2010 – 32 Wx 16/10 362
- ▶ Verwalter: Adressat von Ordnungsverfügungen
 VG Düsseldorf, Urt. v. 20.8.2010 – 25 K 3682/10 362
- ▶ Wohnungseigentümergeinschaft: Erwerb von Son-
 dereigentum
 OLG Hamm, Beschl. v. 12.8.2010 – I-15 Wx 63/10 363
- ▶ Schadensersatz: Rückabwicklung des Bauträgervertra-
 ges
 OLG Stuttgart, Urt. v. 3.8.2010 – 10 U 26/10 364
- ▶ Verjährung: Anspruch auf erstmalige ordnungsmäßige
 Herstellung
 OLG Braunschweig, Beschl. v. 8.2.2010 – 3 W 1/10 365

Sonstiges

- ▶ GbR: Nachweis zur Existenz, Identität und Vertretung
 der erwerbenden GbR
 KG, Beschl. v. 22.6.2010 – 1 W 277/10, nrbst. 366

MietRB-Beratungspraxis

Wohnraummiete

- RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim*
- **Einwendungen gegen die Betriebskostenabrech-
 nung** 367

Gewerberaummiete

- RA Dr. Adrian Birnbach LL.M./Ref. Kai Gassert, Frank-
 furt/M.*
- **Indexklauseln – Auswirkungen von Nachträgen zu
 Mietverträgen** 372

Verfahren

RiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln

- **Die Rechtsmittel in WEG-Sachen** 376

MietRB informativ

- Aktuelles in Kürze V

Shopping-Center



Neuerscheinungen, aktuelle Neuauflagen, umfangreiche Leseproben. Hier können Sie ganz entspannt einkaufen. Wir haben rund um die Uhr geöffnet.

www.otto-schmidt.de

Weihnachtsgrüße

Liebe Leserinnen und Leser, wir wünschen Ihnen ein frohes Weihnachtsfest und ein schönes, gesundes und erfolgreiches neues Jahr. Ihre MietRB-Redaktion

Beilagenhinweis

Dieser Ausgabe liegen die Beilagen „Sack Mediengruppe Sammelprospekt“ und „Diepold/Hintzen: Musteranträge für Pfändung und Überweisung, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln“, bei. Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

Bearbeiter

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

Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter: RiLG Dr. Dr. Andriak **Abramenko**, Idstein · RA Dr. Matthias **Becker**, Berlin · RA Mark **Bittner**, Hamburg · RA Hans Achim **Dören**, Köln · 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 · RiLG 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 FA-VerwR FAMuWR Walter **Junker**, Hamburg · RA FAArbR FAMuWR Wilfried J. **Köhler**, Köln · RAin Anja **Krapf**, Leipzig · RA Dr. Egbert **Kümmel**, Berlin · RAin FAinMuWR Dr. Catharina **Kunze**, Berlin · RA Michael **Kurek**, Nürnberg · RA Dr. Arnold **Lehmann-Richter**, Berlin · RA Dr. Ulrich **Leo**, Essen · RA Stefan **Löfflad**, Köln · RA FaMuWR Dr. Klaus **Lützenkirchen**, Köln · RA Norbert **Monschau**, Erfstadt · RA Dr. Andreas **Ott**, Berlin · RA Frank-Georg **Pfeifer**, Düsseldorf · RA Dr. Holger **Reichert**, Mainz · RA Klaus **Schach**, Berlin · RA Matthias **Scheff**, Hamburg · RA Jan-Hendrik **Schmidt**, Hamburg · RA Norbert **Schneider**, Neunkirchen · RA FAMuWR Ralf **Specht**, Nürnberg · RA Dr. Christian **Straßberger**, München · 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 **drei Hefte kostenlos!**

Weitere Infos und Bestellung unter Telefon 02 21 / 9 37 38-499 oder www.otto-schmidt.de/zeitschriften

Rechtsprechung

Wohnraummiete

▀ **Kaution: Nachweis insolvenzfester Anlage geschuldet**

Der Wohnungsmieter darf schon die Zahlung der ersten Kautionsrate von der Benennung eines insolvenzfesten Kontos abhängig machen.

BGH, Urt. v. 13.10.2010 – VIII ZR 98/10
(LG Kleve – 6 S 129/09)
BGB § 551 Abs. 3 S. 3

Das Problem: Der Wohnraummietvertrag enthält in § 6 Nr. 2 folgende Regelung zur Sicherheitsleistung:

Der Mieter leistet bei Beginn des Mietverhältnisses dem Vermieter für die Erfüllung seiner Verpflichtungen eine Barkaution i.H.v. 2.000 € auf ein Mietkautionkonto – Übergabe bei Einzug. Der Vermieter hat diese Geldsumme getrennt von seinem Vermögen bei einem Kreditinstitut zu dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anzulegen. Zinsen stehen dem Mieter zu. Sie erhöhen die Sicherheit. Der Mieter ist berechtigt, die Kautionssumme in 3 Monatsraten zu bezahlen. Die erste Rate ist zu Beginn des Mietverhältnisses fällig, die beiden folgenden Raten mit der zweiten und dritten Miete (...).

Die Mieter zahlen die vereinbarte Kaution trotz mehrfacher Aufforderung nicht. Sie berufen sich darauf, dass eine Zahlung erst dann erfolgen muss, nachdem die Vermieter ihnen ein gesondertes und den gesetzlichen Anforderungen genügendes Mietkautionkonto benannt und nachgewiesen hätten. Die Vermieter vertreten die Auffassung, dass ein Mietkautionkonto nicht vorab mitgeteilt werden muss, kündigen das Mietverhältnis wegen der fehlenden Kautionsleistung und erheben Klage auf Räumung sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH weist die Räumungsklage ab. Die Kündigung des Vermieters unwirksam. Eine Pflicht des Mieters zur Zahlung einer Barkaution sei nach Auslegung von § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB nur dann anzuerkennen, wenn zuvor der Vermieter den Nachweis eines insolvenzfesten Kautionskontos führt, auf das der Mieter den Betrag dann einzahlt. Werde vereinbart, dass die Kautionssumme in bar übergeben oder auf ein nicht insolvenzfestes Vermieterkonto zu überweisen sei, entstehe keine Pflicht des Mieters zur Zahlung der Kaution. Der Mieter dürfe die Zahlung der Kaution davon abhängig machen, dass der Vermieter zuvor ein insolvenzfestes Konto benenne.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung überzeugt nicht. Gesetzlich ist in § 551 Abs. 3 Satz 1 BGB für Wohnraummietverhältnisse ausdrücklich geregelt, dass die Parteien vereinbaren können, dass die Barkaution in Form einer Geldsumme an den Vermieter überlassen wird. Den Vermieter trifft erst dann die Pflicht, die

überlassene Geldsumme insolvenzfest zu einem Zins anzulegen, der mindestens für eine dreimonatige Spareinlage gilt. Deshalb wird bisher auch davon ausgegangen, dass der Mieter erst nach der Leistung der ersten Rate den Nachweis ihrer insolvenzfesten Anlage verlangen kann, bevor der die 2. und 3. Rate zahlt (*Lützenkirchen* in *Lützenkirchen* (Hrsg.), AHB Mietrecht, 4. Aufl. 2010, Teil G Rz. 226). Mit seiner erwähnten Entscheidung „streicht“ der BGH in der Praxis die gesetzlich ausdrücklich so vorgesehene Überlassung einer Geldsumme auch in bar oder durch Scheck und engt die Vereinbarkeit von Mietkautionen im Ergebnis auf die Überweisung eines schon zuvor eingerichteten insolvenzfesten Mietkautionkontos ein. Obgleich dieses Ergebnis nicht gesetzeskonform ist, wird es in der Praxis beachtet werden müssen.

Schon nach der bisherigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung wurde vereinzelt ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters an der Kautionsleistung und/oder an laufenden Mietforderungen angenommen, wenn der Vermieter eine insolvenz sichere Anlage der geleisteten Mietkaution nicht nachgewiesen hat (LG Mannheim v. 7.3.1990 – 4 S 206/89, WuM 1990, S. 293; einschränkend LG Darmstadt v. 8.11.2001 – 6 S 282/01, NZM 2002, 19; ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters ablehnend LG Kiel v. 29.10.1987 – 1 T 112/87, WuM 1988, S. 266; AG Bonn v. 13.10.1987 – 6 C 328/87, WuM 1988, S. 266).

Selbst wenn man ein Zurückbehaltungsrecht schon für die 1. Rate unterstellt, dann handelt es sich rechtlich um eine Einrede, auf die sich der Mieter berufen muss. Die Pflicht zur Leistung der Kaution besteht aber grundsätzlich. Beruft sich der Mieter nicht auf sein Zurückbehaltungsrecht und leistet er ohne Vorbehalt, dann kann er sich bei Ende des Mietverhältnisses in der Verrechnungssituation nicht darauf berufen, ohne Rechtsgrund geleistet zu haben. Denn die Pflicht aus dem Mietvertrag wird von dieser Ansicht als bestehend angesehen. Die Verrechnung bleibt also dem Zweck der Kaution genügend möglich.

Soweit aus den Entscheidungsgründen ersichtlich scheint der BGH für den Bereich des Wohnraummietrechts dieser Auffassung beizutreten. Wörtlich heißt es (Rz. 15):

Die Beklagten durften die Zahlung der Kaution von der Benennung eines insolvenzfesten Kontos abhängig machen und haben deshalb ihre vertragliche Pflicht zur Erbringung der Mietsicherheit nicht verletzt.

Das lässt den Schluss zu, dass der BGH eine grundsätzlich entstandene Leistungspflicht weiterhin allein an der gesetzeskonformen Vereinbarung der Mietkaution im Mietvertrag selbst aufhängt, dem Mieter aber ein Zurückbehaltungsrecht an der Kautionsleistung so lange zugesteht, wie der verlangte Kautionskontennachweis durch den Vermieter nicht geführt ist.

Beraterhinweis: Wird eine Barkaution vereinbart, so sollte dem Mieter in jedem Fall beweisbar zusätzlich ein

insolvenzfestes Treuhandkonto als Mietkautionkonto nachgewiesen und benannt werden, auf das er die Kautionssumme einzahlt. Wurden Barbeträge oder Zahlungen per Scheck bereits angenommen, sollte der Nachweis eines eingezahlten Kautionsbetrages auf ein solches insolvenzfestes Mietkautionkonto umgehend erfolgen. ◀

RA Dr. Hans Reinold Horst, Hannover/Solingen

► Betriebskostenabrechnung: Zusammenfassung von Kostenpositionen

Eine Betriebskostenabrechnung über Wohnraum ist formell fehlerhaft, wenn einzelne Kostenpositionen zusammengefasst werden, die keinen engen inhaltlichen Bezug zueinander aufweisen. Die Unwirksamkeit beschränkt sich aber auf die zusammengefassten Positionen; im Übrigen bleibt die Abrechnung wirksam.

BGH, Urt. v. 22.9.2009 – VIII ZR 285/09
(LG München I – 15 S 21117/08)
BGB §§ 556

Das Problem: Im Streit ist die Rechtmäßigkeit von Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2003 und 2004. Der Vermieter hat in den Abrechnungen die Kosten „Wasserversorgung/Strom“, „Straßenreinigung/Müllbeseitigung/Schornsteinreinigung“ sowie in der Abrechnung 2003 die Kosten „Hausmeister/Gebäudereinigung“ bzw. in der Abrechnung 2004 die Positionen „Hausmeister/Gebäudereinigung/Gartenpflege“ jeweils in einer Summe zusammengefasst.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Abrechnung über diese zusammengefassten Positionen ist formell fehlerhaft. Denn die Zusammenfassung einzelner Positionen ist nur zulässig, wenn ein enger Zusammenhang besteht. Dieser fehlt für die Posten Wasserversorgung/Hausstrom ebenso wie für die Betriebskosten hinsichtlich Straßenreinigung/Müllbeseitigung einerseits und Schornsteinreinigung andererseits. Eine Zusammenfassung dieser Positionen, die nach § 2 Abs. 1 BetrKV getrennte Kostengruppen bilden, erlaubt es dem Mieter nicht mehr, wenigstens eine Plausibilitätskontrolle der angesetzten Beträge vornehmen zu können. Gleiches gilt, soweit in der Abrechnung 2003 die Kosten für „Hausmeister“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 14 BetrKV) und „Gebäudereinigung“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 BetrKV) und in der Betriebskostenabrechnung 2004 die Kosten für „Hausmeister“, „Gebäudereinigung“ und „Gartenpflege“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 BetrKV) in einer Position zusammengezogen wurden. Ein sachlicher Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Die formelle Unwirksamkeit dieser Kostenpositionen lässt die übrige Betriebskostenabrechnung allerdings unberührt.

Konsequenzen für die Praxis: Für die formelle Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung ist nach der Rechtsprechung notwendig, dass der Mieter die ihm angelasteten Kosten bereits aus der Abrechnung ersehen und überprüfen kann. Die Einsichtnahme in Belege darf nur noch zur Kontrolle und zur Beseitigung von Zweifeln erforderlich sein (BGH NJW 2009, 3575). Die Nachvoll-

ziehbarkeit der Abrechnung für den Mieter ist gewährleistet, wenn der Vermieter ohne Aufschlüsselung im Einzelnen eng zusammenhängende Kosten in einer Summe zusammenfasst. Einen derartigen engen Zusammenhang hat der BGH für die Kosten für Frisch- und Schmutzwasser – soweit letztere auf der Grundlage des Frischwasserbezugs berechnet werden – sowie für Sach- und Haftpflichtversicherungsbeiträge bejaht (BGH v. 15.7.2009 – VIII ZR 340/08, MietRB 2009, 313 = MDR 2009, 1098 = NJW-RR 2009, 1383; NJW 2009, 3575). Dass es sich hierbei um eine Ausnahme-Rechtsprechung handelt, zeigt die vorliegende Entscheidung.

Beraterhinweis: Obwohl der BGH die Zusammenfassung von Kostengruppen unter den dargestellten Voraussetzungen erlaubt, kann hiervon nur abgeraten werden. Kein Risiko geht ein, wer die Kosten jeder einzelnen, in § 2 BetrKV mit laufenden Nummern versehenen Positionen gesondert ausweist und so auch bei den sonstigen Betriebskosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV verfährt. ◀

RA Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2010, 350 (nachstehend).

► Rückzahlung von Betriebskostenvorschüssen und Schadensersatz wegen unberechtigter Mängelanzeige

1. Erklärt der Mieter nach Vertragsende die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Betriebskostenvorschüsse, so entfällt die Wirkung der Aufrechnung ex nunc, soweit der Vermieter nachträglich eine wirksame Betriebskostenabrechnung erteilt und der Mieter hiernach Betriebskosten schuldet.

2. Es bedeutet nicht zwingend eine schuldhaft Pflichtverletzung, wenn sich der Mieter auf einen tatsächlich nicht vorhandenen Mietmangel beruft.

BGH, Urt. v. 22.9.2009 – VIII ZR 285/09
(LG München I – 15 S 21117/08)
BGB §§ 158 Abs. 2, 387, 388, 556 Abs. 3

Das Problem: Im Streit sind nach Vertragsende Ansprüche des Vermieters auf Nutzungsentschädigung sowie auf Ersatz von Anwaltskosten. Die Anwaltskosten wurden durch ein Schreiben ausgelöst, in dem sich der Mieter auf eine – tatsächlich nicht vorhandene – Wohnflächenunterschreitung und damit verbundene Minderung berufen hatte. Der Mieter erklärt die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Rückzahlung seiner Betriebskostenvorschüsse, weil der Vermieter über diese nicht abgerechnet hatte. Im Prozess legt der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung vor.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH verneint zunächst einen Anspruch des Vermieters auf Ersatz seiner Anwaltskosten, weil es an einem Verschulden des Mieters fehlt. Dieser hatte die Wohnung selbst vermessen und in seinem „Mängelschreiben“ an den Vermieter darauf hingewiesen, dass die exakte Wohnungsgröße erst

durch einen Gutachter festgestellt werden könne. Die Behauptung eines Mangels erfordert nicht seine vorherige zweifelsfreie Feststellung durch einen Gutachter. Andernfalls würde die Durchsetzung von Mängelrechten in nicht hinnehmbarer Weise erschwert. Bleibt bei der Mängelanzeige ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, dürfen Mängelrechte geltend gemacht werden, ohne Schadensersatzansprüche befürchten zu müssen, auch wenn sich das Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstellt.

Zur Aufrechnung mit dem Anspruch auf Rückzahlung der Betriebskostenvorschüsse hält der BGH fest, dass der Anspruch des Mieters nur vorläufiger Natur ist. Der Anspruch steht unter der auflösenden Bedingung einer formell ordnungsgemäßen und inhaltlich richtigen Abrechnung des Vermieters. Tritt die Bedingung ein, entfällt der Rückzahlungsanspruch des Mieters ex nunc (§ 158 Abs. 2 BGB), soweit der Vermieter Anspruch auf die abgerechneten Betriebskosten hat; die Aufrechnungserklärung verliert insoweit ihre Wirkung.

Konsequenzen für die Praxis: Das Urteil knüpft hinsichtlich des Anspruchs auf Rückzahlung der Vorschüsse an die Entscheidung BGH NJW 2005, 1499 an. Dort hatte der BGH entschieden, dass dem Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses ein Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Betriebskostenvorauszahlungen zusteht, wenn der Vermieter die Betriebskosten nicht innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB abrechnet. Im laufenden Mietverhältnis gilt dies hingegen nicht; hier muss der Mieter von einem Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Vorschüssen Gebrauch machen (BGH v. 29.3.2006 – VIII ZR 191/05, MDR 2006, 1397 = NJW 2006, 2552). Der BGH äußert sich in der hiesigen Entscheidung auch zur Vorenthaltung der Mietsache gem. § 546a BGB: Solange der Mieter nicht sämtliche in seinem Besitz befindliche Schlüssel zurückgegeben hat, ist der Tatbestand des § 546a BGB erfüllt, weil der Mieter dann noch die faktische Zugangsmöglichkeit zu den Räumen hat.

Beraterhinweis: Unter welchen Voraussetzungen eine – sich rückschauend als unberechtigt herausstellende – Verfolgung mutmaßlicher Rechte eine schuldhaft Pflichtverletzung des Mieters bedeutet, ist noch nicht abschließend erklärt. Zum Rechtsirrtum hat der BGH bereits im Jahr 2006 entschieden, dass der Mieter fahrlässig handelt, wenn er eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit seines Verhaltens in Betracht ziehen muss (BGH v. 25.10.2006 – VIII ZR 102/06, MietRB 2007, 59 u.60 = MDR 2007, 454 = NJW 2007, 428). Ähnlich ist die Bewertung im hiesigen Fall zu einem Tatsachenirrtum; ein Verschulden verneint der BGH hier, weil der Mieter bei der Tatsachenermittlung das ihm Zumutbare unternommen hatte. ◀

RA Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2010, 350 (vorstehend).

▶ Mietvertrag: Verlängerungsklausel in einem Altvertrag

Die formularmäßige Klausel, wonach sich ein auf 5 Jahre befristeter Mietvertrag jeweils um 5 Jahre verlängert, wenn er nicht unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen auf den als Endtermin vorgesehenen Tag gekündigt wird, ist in einem vor Inkrafttreten der Mietrechtsreform geschlossenen Mietvertrag wirksam.

BGH, Urt. v. 23.6.2010 – VIII ZR 230/09

(LG München II – 12 S 2015/09)

BGB §§ 564c, 565, 565a a.F.; §§ 307, 573c n.F.; EGBGB Art. 229 § 3

Das Problem: Am 1.7.1999 schlossen die Parteien einen auf 5 Jahre befristeten Wohnraummietvertrag mit folgender Verlängerungsklausel: „Wird das Mietverhältnis nicht auf den als Endtermin vorgesehenen Tag unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt, so verlängert es sich jedes Mal um 5 Jahre.“ Mit Schreiben vom 22.1.2008 kündigten die Mieter das Mietverhältnis zum 30.4.2008. Der Vermieter, der erst ab 1.10.2008 neu vermieten konnte, verlangt von den früheren Mietern die Miete für Mai bis September 2008. Die Klage blieb vor dem Berufungsgericht erfolglos. Hiergegen richtete sich die zugelassene Revision.

Die Entscheidung des Gerichts: Das Rechtsmittel hatte Erfolg. Der Vermieter kann aus § 535 Abs. 1 (gemeint: Abs. 2) BGB die begehrte Miete verlangen, da das Mietverhältnis durch die Kündigung nicht beendet wurde. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Verlängerungsklausel auch in einem Formularvertrag wirksam, wenn dieser vor Inkrafttreten der Mietrechtsreform abgeschlossen wurde. Nach der Übergangsregelung des Art. 229 § 3 Abs. 3 EGBGB ist die nicht in das neue Recht übernommene Vorschrift des § 565a Abs. 1 BGB a.F. auf Altverträge, die vor dem 1.9.2001 abgeschlossen worden sind, weiterhin anzuwenden. Dass die Verlängerung des Mietvertrages erst nach dem 1.9.2001 erfolgte, ändert hieran nichts. Denn sie begründet kein neues Mietverhältnis, sondern setzt das bestehende unverändert fort.

Die Verlängerungsklausel hält auch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand. Sie weicht nicht in unzulässiger Weise gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB von gesetzlichen Regelungen ab. Zwar sieht § 565 Abs. 2 BGB a.F. eine Kündigungsfrist von höchstens einem Jahr vor und lässt eine Kündigung nur zum Schluss bestimmter Monate nicht zu. Diese Regelung ist aber auf befristete Mietverhältnisse nicht anzuwenden, da § 565a Abs. 1 BGB a.F. deren Verlängerung ausdrücklich zulässt. Folglich kann eine solche Verlängerung befristeter Mietverträge nicht nach § 565 Abs. 2 Satz 4 BGB a.F. unwirksam sein. Eine Inhaltskontrolle hat sich ausschließlich am Maßstab des § 565a Abs. 1 BGB a.F. zu richten. § 565a BGB a.F. soll aber lediglich verhindern, dass die für den Fall der Vertragsbeendigung zum Schutz des Mieters bestehenden Vorschriften durch vertragliche Vereinbarungen zur Beendigung umgangen werden. Sie soll den Mieter nicht

vor einer längeren Bindung an den Mietvertrag schützen. Die Verlängerungsklausel stellt auch keine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Die zum neuen Recht entwickelte Rechtsprechung, wonach ein Kündigungsverzicht in der Regel auf höchstens 4 Jahre zu begrenzen ist, lässt sich auf das alte Recht nicht übertragen. Denn danach kamen Mobilität und Flexibilität weniger Bedeutung zu als heute. Vielmehr wurde sowohl dem Interesse des Mieters an einem ungestörten Verbleib in seiner Wohnung als auch der Planungssicherheit des Vermieters höhere Bedeutung beigemessen. Eine Bindung auf 5 Jahre wurde, wie § 564c Abs. 2 Nr. 1 BGB a.F. zeigt, als zulässig angesehen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ist nur für Mietverträge, die vor dem 1.9.2001 abgeschlossen wurden, von Bedeutung. Denn nach neuem Recht sind entsprechende Klauseln nach § 573c Abs. 4 BGB zweifellos unwirksam, da sie die Kündigung gem. § 573c Abs. 1 BGB erschweren (*Blank* in Schmidt-Futterer, 9. Aufl., § 575 BGB Rz. 78; *Hinz*, WuM 2009, 79 (83 f.)).

Beraterhinweis: Mieter mit Altverträgen, die ähnliche Verlängerungsklausel enthalten, sollten bereits im Vorfeld bei passender Gelegenheit, etwa bei Einzug des Lebensgefährten oder bei einer Mieterhöhung versuchen, einen neuen Mietvertrag zu schließen. Denn dann wird nicht nur der bestehende Vertrag fortgesetzt, sondern ein neuer geschlossen, der in jedem Falle neuem Recht und somit § 573c Abs. 4 BGB unterfällt. Ansonsten bleibt nur die Möglichkeit der Untervermietung (§ 540 Abs. 1 Satz 2 BGB). ◀

RiLG Dr. Dr. Andrik Abramenko, Idstein

Unwirksame Renovierungsklausel: Bereicherungsanspruch des Mieters verjährt in sechs Monaten

Der Bereicherungsanspruch des Mieters, der in Unkenntnis der Unwirksamkeit einer formularvertraglichen Schönheitsreparaturklausel Renovierungsleistungen erbracht hat, verjährt gem. § 548 Abs. 2 BGB sechs Monate nach Beendigung des Mietverhältnisses.

LG Kassel, Urt. v. 7.10.2010 – 1 S 67/10, nrkr.
(AG Kassel – 450 C 216/08)
BGB §§ 548 Abs. 2, 812 Abs. 1 S. 1

Das Problem: Der Mieter verlangte vom Vermieter neun Monate nach Beendigung des Mietverhältnisses die Erstattung von Renovierungskosten, die er für die Durchführung einer Endrenovierung aufgrund einer unwirksamen formularvertraglichen Schönheitsreparaturklausel gezahlt hatte. Der Vermieter erhob die Einrede der Verjährung.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Klage des Mieters war in beiden Instanzen erfolglos. Das LG hat herausgestellt, dass der Mieter die Renovierungsarbeiten aufgrund der unwirksamen Schönheitsreparaturklausel ohne Rechtsgrund erbracht habe und daher gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ggü. dem Vermieter einen Anspruch auf Er-

stattung des Wertes der rechtsgrundlos erbrachten Leistung bestehe. Allerdings sei dieser Anspruch verjährt. Zwar sei umstritten, ob der Bereicherungsanspruch des Mieters wegen aufgrund unwirksamer Renovierungsklausel durchgeführter Schönheitsreparaturen der kurzen Verjährungsfrist (so LG Freiburg WuM 2010, 480; AG Freiburg v. 5.3.2010 – 6 C 4050/09, WuM 2010, 232; *Gsell*, NZM 2010, 71 ff.; *Schmidt*, WuM 2010, 191; *Staudinger/Emmerich*, Bearb. 2006, § 548 Rz. 19, 20; *Sternel*, NZM 2007, 545; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rz. IX, 44, 234) oder aber der dreijährigen Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB unterliege (so *Blank*, WuM 2010, 234 f.; *Blank*, NZM 2010, 97 [102]; *Eisenschmid*, WuM 2010, 459 [470]; *Ernst*, BGH v. 27.5.2009 – VIII ZR 302/07, MDR 2009, 916 = MietRB 2009, 254 = WuM 2009, 581 [583]; *Wieck*, WuM 2010, 535 [537]). Allerdings sprächen der Wortlaut, der Wille des Gesetzgebers und der Sinn und Zweck des Gesetzes für eine entsprechende Anwendung des § 548 Abs. 2 BGB. Die Norm sei grundsätzlich weit auszulegen (BGH v. 23.6.2010 – XII ZR 52/08, MietRB 2010, 292 = MDR 2010, 1042 = NZM 2010, 621); ihr Sinn und Zweck liege darin, die wechselseitigen Ansprüche der Mietvertragsparteien, die vom Zustand der Mietsache zur Zeit der Rückgabe abhängen, nach Beendigung des Mietverhältnisses möglichst rasch und abschließend abzuwickeln, um Rechtsfrieden zu schaffen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ist leistungswert, weil sich das Gericht ausführlich und dogmatisch sauber mit der Frage der Auslegung des § 548 BGB auseinandersetzt. Angesichts der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 548 BGB bzw. § 558 BGB a.F. (vgl. BGH v. 21.3.1997 – V ZR 217/95, BGHZ 135, 152 = MDR 1997, 724; v. 18.9.1986 – III ZR 227/84, BGHZ 98, 235 = MDR 1987, 122; NJW 1987, 187; NJW 1967, 980) ist zu erwarten, dass der VIII. Senat des BGH mit ähnlicher Begründung wie das LG auch den Bereicherungsanspruch des Mieters aufgrund einer unwirksamen formularvertraglichen Schönheitsreparaturklausel der kurzen Verjährungsfrist des § 548 BGB unterwirft.

Beraterhinweis: Da die Frage noch nicht höchstrichterlich geklärt ist und derzeit eine herrschende Meinung nicht auszumachen ist, lässt sich mit entsprechender Argumentation auch die Ansicht vertreten, dass der Anspruch der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB unterliege. Dem Berater des Mieters ist schon aus Haftungsgründen zu empfehlen, diesen umfassend – möglichst schriftlich – über die unterschiedlichen Ansichten zu aufzuklären. Der Mieter ist gehalten, den sichersten Weg zu gehen und seine Ansprüche innerhalb der sechsmonatigen Frist gem. § 548 BGB geltend zu machen und rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten. Für den Mieter beginnt die Frist mit der Beendigung des Mietverhältnisses zu laufen. Gemeint ist die rechtliche, nicht die tatsächliche Beendigung, so dass es auf die Besitzverhältnisse nicht ankommt. Solange das Mietverhältnis also besteht, etwa durch stillschweigende Verlängerung nach § 545 BGB, läuft die Frist nicht an. Anders ist das, wenn der Mieter trotz Beendigung weiter die

Mietsache nutzt und auf Räumung verklagt werden muss. ◀

RA FAMuWR Norbert Monschau, Erfstadt

Die Revision wird unter dem Az. VIII ZR 273/10 geführt.

Einseitiger Kündigungsverzicht: Wirksamkeit bei Staffelmietvereinbarung

Der einseitige formularvertragliche Kündigungsverzicht des Mieters ist auch bei Vorliegen einer Staffelmietvereinbarung unwirksam.

AG Dortmund, Urt. v. 15.6.2010 – 425 C 142/10, nrkr. BGB §§ 305c Abs. 2, 307, 557, 557a

Das Problem: Die Wohnung wurde mit unbefristetem Mietvertrag zum 1.10.2008 angemietet. Der 24-seitige Vertrag enthielt einen Kündigungsverzicht „für die Dauer von 12 Monaten“, weiter eine Staffelmietvereinbarung und folgende Regelungen:

Die Miete kann unabhängig davon, ob es sich um einen Vertrag auf unbestimmte ... oder auf bestimmte Zeit ... handelt, durch vertragliche Vereinbarung oder im Rahmen der jeweils geltenden gesetzlichen Verfahrensbestimmungen geändert werden. Für preisgebundene Wohnungen gilt § 10 WoBindG sowie § 8 NMV. Dies gilt nicht für die Dauer einer Staffelmiete oder Indexmiete, vgl. § 5.

Dort heißt es unter der Überschrift Mietanpassungen:

Die Grund-/Nettomiete ... kann unabhängig davon, ob es sich um einen Vertrag auf unbestimmte Zeit oder um einen Zeitmietvertrag handelt, entweder gem. §§ 558 bis 559 b BGB oder gem. Ziff. 2 erhöht oder gemäß nachfolgender Ziff. 3 angepasst werden. Sind weder Ziff. 2 noch Ziff. 3 angekreuzt, kann die Miete gem. § 558 – 559 b erhöht werden. (Folgt Staffelmietvereinbarung.)

Die Mieterin kündigte zum 31.5.2009. Die Vermieter klagten u.a. weitere Mietzahlungen ab Juni 2009 ein.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Kläger können keine Zahlungen mehr ab Juni 2009 verlangen. Dies gelte ohnehin ab Oktober 2009, denn der Verzicht für 12 Monate bedeute nicht, dass erst anschließend gekündigt werden könne, sondern, wie in § 557a Abs. 3 Satz 2 BGB geregelt, zum Ablauf des 12-Monats-Zeitraums. Aber auch für den Zeitraum Juni bis September 2009 bestehe kein Anspruch mehr, denn der Vertrag sei wirksam zum 31.5.2009 gekündigt, der einseitige Kündigungsverzicht sei unwirksam. Nachdem die Wirksamkeit von Kündigungsausschlussvereinbarungen nach der Mietrechtsreform höchst strittig gewesen sei, habe der BGH eine sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung zu den verschiedenen Fallkonstellationen entwickelt. Danach erfordere die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen grundsätzlich, dass sie wechselseitig gelten, nur das ordentliche Kündigungsrecht betreffen und nicht länger als vier Jahre laufen (BGH v. 19.11.2008 – VIII ZR 30/08, WM 2009, 47). Hiervon mache der BGH aber Ausnahmen und halte einen einseitigen formularvertraglichen Kündigungsverzicht dann für wirksam, wenn er mit einer Staffelmiete verbunden ist (BGH v. 23.11.2005 – VIII ZR 154/04, MietRB 2006, 153 = MDR 2006, 924 = WM 2006, 97; v. 21.2.2006 – VIII ZA 14/05, MietPrax-AK § 557a BGB Nr. 9; v. 12.11.2008 – VIII ZR 270/07, MietRB 2009,

126 = MDR 2009, 135 = WM 2009, 45). Die Argumentation des BGH sei dabei, dass eine Staffelmiete für den Mieter vorteilhaft sei und die Nachteile des Kündigungsausschlusses im Rahmen einer Abwägung nach § 307 Abs. 1 BGB ausgleiche.

Dem folgt das AG nicht. Zum einen sei die vorliegende Staffelmietvereinbarung nach § 557a Abs. 4 BGB unwirksam, denn der Mietvertrag lasse auch andere Mieterhöhungen zu, die diesbezüglichen Klauseln seien intransparent und mehrdeutig. Aber selbst wenn man von einer wirksamen Staffelmietvereinbarung ausgehe, werde die Mieterin durch den einseitigen Kündigungsausschluss unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Allein die Vereinbarung einer Staffelmiete ändere daran nichts. Der Wortlaut des § 557a Abs. 3 Satz 1 BGB stehe dem nicht entgegen. Die historische Auslegung ergebe, dass der Gesetzgeber mit § 557a Abs. 3 BGB nur das frühere Sonderkündigungsrecht bei Staffelmietvereinbarung übernehmen wollte. Bei der Interessenabwägung des Gesetzgebers zwischen der Möglichkeit, lange Zeitmietverträge, aber auch Staffelmietvereinbarungen bis zu 10 Jahren zuzulassen, habe er dem Mieter die Möglichkeit einräumen wollen, nach 4 Jahren aus einer ungünstigen Staffelmietvereinbarung herauszukommen. Die Vorschrift sei mieterschützend. In der Auslegung des BGH werde sie aber ungünstig für den Mieter. Es sei auch nicht überzeugend, dass eine Staffelmiete für den Mieter vorteilhaft sei, vielmehr würden solche Vereinbarungen in der Praxis ausschließlich im Interesse des Vermieters geschlossen.

Konsequenzen für die Praxis: Das AG setzt sich sehr ausführlich und mit vertiefter Begründung mit der Auffassung des BGH zu der Problematik auseinander und beruft sich auf die überwiegende Auffassung in der mietrechtlichen Literatur. Ob sich der BGH hiervon überzeugen lässt, bleibt abzuwarten.

Beraterhinweis: Die hier vorliegende Staffelmietvereinbarung war nach der detaillierten Auslegung des AG (ohnehin) deswegen unwirksam, weil die Regelungen des Mietvertrags mehrdeutig waren und die Interpretation zuließen, neben der vereinbarten Staffelmiete seien auch Mieterhöhungen nach §§ 558 ff. BGB möglich. Wird also überhaupt ein Vertragsformular eingesetzt, das derart viele Alternativen anbietet, muss beim Ergänzen bzw. Streichen im Vordruck besondere Sorgfalt verwendet werden. ◀

RAin FAinMuWR Dr. Catharina Kunze, Berlin

Die Berufung wird beim LG Dortmund unter dem Az. 1 S 165/10 geführt.

Gewerberaummiete

▀ Nebenkosten: Kosten einer Terror-schadensversicherung

1. Bei entsprechender mietvertraglicher Grundlage können Kosten für eine Terrorschadensversicherung grundsätzlich als Nebenkosten umgelegt werden.

2. Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot liegt aber nur dann nicht vor, wenn ein Vermieter konkrete Umstände annehmen darf, die die Gefahr eines Gebäudeschadens durch einen terroristischen Angriff begründen.

BGH, Urt. v. 13.10.2010 – XII ZR 129/09
(OLG Frankfurt – 2 U 54/09)
BGB § 556 Abs. 1

Das Problem: Die Vermieterin verlangt von ihrer Mieterin Zahlung anteiliger Kosten für eine Terrorschadensversicherung als Nebenkosten aus einem Gewerberaummietvertrag über zwei Bürogebäude. Die Mietobjekte liegen in einem Gebäudekomplex mit städtischen Ämtern neben dem Statistischen Bundesamt und in der Nähe von Einrichtungen des Landes Hessen sowie eines Fußballstadions. Nach dem Mietvertrag war die Beklagte verpflichtet, auf die Mietsache entfallende – auch neu eingeführte – Nebenkosten gemäß Anlage 3 zu § 27 2. Berechnungsverordnung (i.F. II. BV) zu tragen. Die Terrorschadensversicherung war bei der damals einzigen Anbieterin für solche Versicherungen abgeschlossen worden, nachdem der vormalige Gebäudeversicherer nach dem Terroranschlag auf das World Trade Center den Altvertrag gekündigt hatte.

Die Entscheidung des Gerichts: Wie die Vorinstanz (OLG Frankfurt v. 26.6.2009 – 2 U 54/09, OLGReport Frankfurt 2009, 889) geht auch der Senat zunächst davon aus, dass die Kosten für eine Terrorversicherung nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien grundsätzlich als Nebenkosten umgelegt werden können. Unter Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 II. BV fallen grundsätzlich alle Sach- und Haftpflichtversicherungen, die dem Schutz des Gebäudes und seiner Bewohner und Besucher dienen, also auch eine Terrorversicherung als Gebäudeversicherung.

Diese Umlage verstößt im konkreten Fall auch nicht gegen das sog. Wirtschaftlichkeitsgebot. Diese für die Wohnraummiete in § 556 Abs. 3 Satz 1, § 560 Abs. 5 BGB und § 24 Abs. 2 Satz 1 II. BV und § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV geregelte Verpflichtung gilt gem. § 242 BGB auch für die Geschäftsraummiete. In Anlehnung an § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV und § 24 Abs. 2 der II. BV dürfen nur solche Kosten umgelegt werden, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Maßgebend ist der Standpunkt eines vernünftigen Vermieters, der ein vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge behält (BGH v. 28.11.2007 – VIII ZR 243/06, MietRB 2008, 99

= MDR 2008, 257 = NJW 2008, 440); dabei steht dem Vermieter zudem ein Entscheidungsspielraum zu. Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist davon auszugehen, dass ein vernünftiger Eigentümer eine mit erheblichen Kosten verbundene Terrorversicherung nur abschließen wird, wenn konkrete Umstände vorliegen, die die Gefahr eines Gebäudeschadens durch einen terroristischen Angriff begründen (s auch *Lattka*, ZMR 2008, 929 [933]). Für welche Gebäude eine derart begründete Gefahr von Terroranschlägen besteht, lässt sich aus den Erfahrungen und den sich daraus ergebenden Motiven der Terroristen herleiten, die in der Definition von Terrorakten in den Allgemeinen Bedingungen für die Terrorversicherung ihren Niederschlag gefunden haben. Danach bezwecken die Angriffe eine Schwächung tragender staatlicher Strukturen durch die Verbreitung von Angst und Schrecken in der Bevölkerung. Zu den gefährdeten Gebäuden gehören deshalb insb. Gebäude mit Symbolcharakter (z.B. der Eiffelturm), Gebäude, in denen staatliche Macht ausgeübt wird (militärische Einrichtungen, Regierungs- und Parlamentsgebäude), Gebäude, vor allem in Großstädten oder Ballungszentren, in denen sich regelmäßig eine große Anzahl von Menschen aufhält (Bahnhöfe, Flughäfen, Touristenattraktionen, Sportstadien, Büro- oder Einkaufszentren), sowie Gebäude, die sich in unmittelbarer Nachbarschaft der genannten Gebäude befinden. Letzteres gilt dann auch hier.

Konsequenzen für die Praxis: Der Senat verwirft völlig zu Recht mit der wohl schon bisher h.M. die Gegenansicht (OLG Stuttgart v. 15.2.2007 – 13 U 145/06, MietRB 2007, 116 = NZM 2007, 247; *Langheid/Rupietta*, NJW 2005, 3233 [3237]), nach der wegen der Unvorhersehbarkeit des Ortes des nächsten Terroranschlags letztlich jedes Gebäude der Welt ausreichend gefährdet und deshalb eine Terrorversicherung stets erforderlich und angemessen sein sollte. Denn kein wirtschaftlich denkender Vermieter würde die horrenden Kosten einer solchen Versicherung ohne jedwede Anhaltspunkte für eine Gefährdung tragen wollen.

Beraterhinweis: Der Senat betont am Ende erneut, dass die zwölfmonatige Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB im Gewerbemietrecht keine Anwendung findet (BGH v. 27.1.2010 – XII ZR 22/07, MietRB 2010, 164 = MDR 2010, 496). ◀

RiLG Wolfgang Dötsch, Brühl

▀ Geschäftsschädigende Äußerungen: Fristl. Kündigung ohne Abmahnung

Der Gewerbemieter kann das Mietverhältnis fristlos – ohne vorherige Abmahnung – kündigen, wenn der Vermieter gegenüber Dritten ohne berechtigtes Interesse Behauptungen aufstellt, die geeignet sind, den Gewerbebetrieb des Mieters nachhaltig zu beeinträchtigen, und deshalb die das Schuldverhältnis tragende Vertrauensgrundlage derart zerstört ist, dass dem Mieter unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der

Kündigungsfrist oder bis zur sonstigen Beendigung des Mietverhältnisses auch bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht zugemutet werden kann.

BGH, Urt. v. 15.9.2010 – XII ZR 188/08
(OLG München – 8 U 2621/08)
BGB § 543 Abs. 1

Das Problem: Die Klägerin mietete von der Beklagten Gewerberäume zum Betrieb eines „Wellness- und Seminarhauses“ für die Dauer von zwei Jahren. Nach einigen Monaten kündigte die Klägerin den Mietvertrag fristlos mit der Begründung, die Beklagte habe seit Beginn des Mietverhältnisses durch herabsetzende Äußerungen versucht, die Ausübung ihres Gewerbebetriebes zu stören. Dazu behauptet sie unter Beweisantritt, die Beklagte habe gegenüber Dritten behauptet, in den Gewerberäumen werde „ein schlüpfriges Geschäft mit Sexspielchen“, „ein verdeckter Puff“ bzw. eine Sekte betrieben. Im Prozess trug die Vermieterin vor, die Mieterin betreibe „in rotem Lackleder rauchend vor ihrem Laden Werbung für ihr Haus“, ohne dies näher zu konkretisieren oder unter Beweis zu stellen. Die Klägerin verlangt Ersatz von kündigungsbedingten Kosten und Aufwendungen sowie die Freigabe der Kaution. LG und OLG haben die Klage ohne Beweisaufnahme abgewiesen, da die behaupteten Äußerungen nicht geeignet seien, der Mieterin die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar zu machen.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH hat die Entscheidung des OLG aufgehoben und zurückverwiesen. Das OLG habe zu hohe Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gestellt und den Maßstab für die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung überspannt. Die von der Klägerin vorgetragene und unter Beweis gestellten Vorfälle ließen auf eine nachhaltige Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien schließen und seien daher zumindest in ihrer Gesamtheit geeignet, eine außerordentliche Kündigung wegen einer nachhaltigen Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses begründen. Im Rahmen der vertraglichen Treuepflicht seien die Vertragsparteien verpflichtet, alles zu unterlassen, was das Interesse des Vertragspartners an der Durchführung des Vertrages beeinträchtigen könne, und alles zu tun, was notwendig sei, um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung sicherzustellen (BGH v. 28.4.1982 – IVa ZR 8/81, MDR 1982, 918 = NJW 1983, 998 f.). Diese Nebenpflicht werde verletzt, wenn eine Vertragspartei ohne anerkanntes Interesse Behauptungen in der Öffentlichkeit verbreite, die geeignet seien, das Ansehen des Vertragspartners erheblich zu beeinträchtigen. Da es sich um eine Zerrüttungskündigung handele, sei eine Abmahnung ausnahmsweise entbehrlich, weil die Vertrauensgrundlage auch durch eine Abmahnung nicht wieder hergestellt werden könne (OLG Celle v. 7.10.2008 – 2 U 99/08, MietRB 2009, 96 = ZMR 2009, 192 [196]; OLG Bremen v. 5.12.2007 – 1 U 65/07, GuT 2008, 37, 38).

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung entspricht der ständigen BGH-Rechtsprechung. Das OLG hatte den Klagevortrag – zu Unrecht – für nicht hinreichend schlüssig gehalten und daher von der Beweiserhe-

bung abgesehen. Das hat den Senat veranlasst, auf prozessuales Grundlagenwissen hinzuweisen: Es ist für die Schlüssigkeit des Sachvortrags nicht erforderlich, nähere Einzelheiten, die den Zeitpunkt und den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, darzulegen, soweit diese Einzelheiten für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind.

Beraterhinweis: 1. Wie der Fall zeigt, tendieren die Gerichte nur allzu oft dazu, die Anforderungen an die Schlüssigkeit zu überspannen. Zugleich vermeiden sie es, unter Verletzung ihrer Aufklärungs- und Hinweispflicht aus § 139 ZPO, die angeblichen Darlegungslücken anzusprechen, um eine notwendige Beweisaufnahme zu umgehen. Dem muss der Prozessbevollmächtigte nachhaltig entgegengetreten. Mit der vorstehenden BGH-Entscheidung hat er gute Argumente.

2. Nach § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB ist eine Abmahnung grundsätzlich Voraussetzung für eine auf die Verletzung mietvertraglicher Pflichten gestützte fristlose Kündigung. Der Berater sollte sich nicht darauf verlassen, dass ein Ausnahmetatbestand vorliegt, sondern den sichersten Weg wählen und nach Möglichkeit dem Vertragspartner durch eine inhaltlich konkrete Abmahnung aufzeigen, dass ein weiteres vertragswidriges Verhalten die vorzeitige Beendigung des Mietvertrages zur Folge haben kann. Entbehrlich ist eine Abmahnung nur dann, wenn der Betroffene die Unterlassung seines Fehlverhaltens ernsthaft und endgültig verweigert oder er nicht in der Lage ist, dieses abzustellen mit der Folge, dass die Abmahnung eine bloße Förmerei darstellen würde.

3. Dem Vermieter ist zu empfehlen, sich geschäftsschädigenden Äußerungen zu enthalten. Er ist besser beraten, ein vertragswidriges Verhalten des Mieters umgehend abzumahnern, um dann das Vertragsverhältnis zu kündigen und seinerseits Schadensersatz geltend zu machen. ◀

RA FAMuWR Norbert Monschau, Erfstadt

Arglistanfechtung: Aufklärung über außergewöhnliche Umstände

1. Der Mieter ist verpflichtet, den Vermieter auch ungefragt über Tatsachen aufzuklären, die für diesen offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung sind. Dies gilt insb. für solche Tatsachen, die den Vertragszweck vereiteln bzw. erheblich gefährden können oder geeignet sind, dem Vermieter erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.

2. Der Vermieter ist nicht verpflichtet, seinerseits nach Umständen zu forschen, für die er keinen Anhaltspunkt hat und die so außergewöhnlich sind, dass er mit ihnen nicht rechnen kann.

BGH, Urt. v. 11.8.2010 –
XII ZR 192/08 u. XII ZR 123/09
(OLG Naumburg – 9 U 39/08 u. KG – 8 U 223/08)
BGB § 123 Abs. 1

Das Problem: In zwei gleichgelagerten Fällen aus Magdeburg und Berlin streiten Mieter und Vermieter jeweils

darüber, ob der Mieter den Vermieter über seine Absicht, in den Mieträumen nahezu ausschließlich Waren der Marke „Thor Steinar“ zu verkaufen, vor Vertragsschluss hätte aufklären müssen. Die Marke „Thor Steinar“ wird in der Öffentlichkeit in einen ausschließlichen Bezug zur rechtsradikalen Szene gesetzt. Im Deutschen Bundestag und einigen Fußballstadien ist das Tragen von Kleidung dieser Marke verboten. In beiden Fällen machten die Mieter vor Vertragsschluss nur allgemeine Angaben zum Sortiment. Unmittelbar bzw. kurz nach der Eröffnung der Ladengeschäfte fochten die Vermieter die jeweiligen Mietverträge wegen arglistiger Täuschung an und nahmen die Mieter gerichtlich auf Räumung in Anspruch. In Berlin ist es seit der Ladeneröffnung wiederholt zu Demonstrationen und Farbbeutelanschlägen gekommen. Das Magdeburger Ladengeschäft befindet sich im sog. „Hundertwasserhaus“, einem zentral gelegenen und besonders gestalteten 7000 qm großen Geschäftshaus. Nachdem die beklagten Mieter in der 1. und 2. Instanz unterlegen waren, verfolgen sie ihre Abweisungsanträge in den jeweils zugelassenen Revisionen weiter.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH wies die Revisionen zurück. Die Beklagten seien nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Kläger über ihr tatsächliches Sortiment der Marke „Thor Steinar“ vorab zu informieren. Zwar bestehe bei Vertragsverhandlungen keine grundsätzliche Rechtspflicht, den anderen Teil über alle für ihn relevanten Einzelheiten aufzuklären. Jedoch sei stets dann ungefragt aufzuklären, wenn der Andere nach Treu und Glauben die Mitteilung von offensichtlich ausschlaggebenden Tatsachen erwarten dürfe, weil diese sonst den Vertragszweck vereiteln, erheblich gefährden oder zu einem erheblichen wirtschaftlichen Schaden führen könnten. Dies gelte aber nur, wenn der Vertragspartner im Rahmen seiner Eigenverantwortung nicht gehalten sei, sich selbst über diese Tatsachen zu informieren. Er müsse jedoch nicht nach Umständen forschen, für die er keinen Anhaltspunkt habe und die so außergewöhnlich seien, dass er mit ihnen nicht rechnen könne. Dass die Waren der Marke „Thor Steinar“ fast ausschließlich im rechtsradikalen Milieu verortet seien, sei den Beklagten bekannt gewesen. Ihnen sei daher auch klar gewesen, dass das jeweilige Ladengeschäft zum Anziehungsort rechtsradikaler Käuferschichten und möglicher gewaltsamer Auseinandersetzungen werden könne. Außerdem laufe der Vermieter Gefahr, in der öffentlichen Meinung selbst in die Nähe rechtsradikalen Gedankengutes gestellt zu werden und hierdurch geschäftliche Nachteile zu erleiden. Demnach sei der Verkauf von Waren der Marke „Thor Steinar“ für die Kläger von gravierender Bedeutung gewesen. Da die Beklagten nur verarmlosende und allgemein gehaltene Sortimentslisten vorgelegt hätten, sei auf Klägerseite auch kein Anlass für eigene Nachforschungen gesetzt worden. Die Beklagten hätten zumindest billigend in Kauf genommen, dass die Kläger die jeweiligen Mietverträge bei Kenntnis des „Thor Steinar“-Sortimentes nicht geschlossen hätten, und somit arglistig gehandelt.

Konsequenzen für die Praxis: Der BGH setzt seine Rechtsprechung zu den mietvertraglichen Aufklärungspflichten konsequent fort. Die große öffentliche Auf-

merksamkeit dürfte jedoch dazu geführt haben, dass Vermieter im Hinblick auf das rechtsradikale Spektrum nun einer erhöhten Pflicht zur Eigeninformation unterliegen dürften.

Beraterhinweis: Gewerbliche Vermieter und Makler sollten sich vorsorglich einen Überblick über die für die rechtsradikale Szene typischen Produkte verschaffen und den Handel mit diesen über entsprechende mietvertragliche Vereinbarungen von vornherein ausschließen. ◀

RA Mark Bittner, Hamburg

▶ Mietminderung: Nachweis einer Gesundheitsgefährdung

Stützt der Mieter die Minderung der Miete darauf, dass eine Schimmelbildung in den Mieträumen seine Familie gesundheitlich gefährdet und zu einer Krebserkrankung geführt habe, muss er konkret zu Art und Konzentration der Schimmelsporen vortragen sowie ärztliche Atteste vorlegen, damit ggf. darüber durch Einholen eines Sachverständigengutachtens Beweis erhoben werden kann.

KG, Beschl. v. 23.7.2010 – 12 U 164/09
(LG Berlin – 29 O 15/09)
BGB § 536

Das Problem: Der klagende Vermieter fordert vom beklagten Mieter Miete und Nutzungsentschädigung aus der Anmietung einer Gastwirtschaft mit Beherbergungsbetrieb und mit Wohnung. Der Mieter zahlt keine Miete und beruft sich auf ein Recht zur Mietminderung auf Null, der Vermieter kündigt fristlos. Dazu behauptet der Mieter, der Keller und die Küche der Gaststätte seien großflächig mit Schimmel überzogen. Er und seine Familie seien einer erheblichen Gesundheitsgefährdung ausgesetzt gewesen. Seine Frau und seine Kinder seien daher ausgezogen. Die Schimmelbildung sei eine Ursache seiner Krebserkrankung. Der Geschäftsbetrieb sei wegen der Schimmelbildung nicht aufrecht zu erhalten gewesen. Die Gäste seien wegen übel riechender Luft ausgeblieben. Die Schimmelbildung sei dem Kläger mehrfach mitgeteilt worden. Dagegen beruft sich der Vermieter darauf, die Miete sei nicht gemindert. Es fehle an jeglichem konkreten Vortrag dazu, an welcher Stelle und in welchem Umfang Schimmel vorhanden gewesen sein solle.

Die Entscheidung des Gerichts: Das KG gab der Zahlungsklage aus § 535 Abs. 2 BGB statt. Der Mieter schulde die Miete ungemindert. Denn er habe keinen Mangel der Mietsache vorgetragen, der gem. § 536 Abs. 1 BGB zur Minderung der Miete führe. Zwar behaupte der Mieter einen großflächigen Schimmelbefall im Keller und in der zur Gaststätte gehörenden Küche. Eine Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch mache er hingegen nicht ausreichend konkret geltend. Die Behauptung, die Schimmelbildung habe seine Familie gesundheitlich gefährdet und sei eine Ursache seiner Krebserkrankung, sei

zu pauschal, um sie auf ihre Richtigkeit überprüfen zu können. Die Frage, ob Schimmelpilze in Mieträumen die Gesundheit der Bewohner gefährden, lasse sich nicht allgemein beantworten. Deshalb könne sie letztlich nur durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden (BGH NZM 2007, 439 [441]; KG NJOZ 2004, 2217 [2219]). Hierfür fehle es aber an Anknüpfungstatsachen. Der Mieter trage weder zur Art des Schimmels noch zur Konzentration von Sporen in den einzelnen Räumen vor. Auch die Art seiner Erkrankung und der Gesundheitsgefährdung seiner Familie werde nur pauschal vorgetragen. Der Mieter lege keine ärztlichen Atteste bezüglich seiner Erkrankung und keine Laboruntersuchungen bezüglich des vermeintlichen Schimmelbefalls im Mietobjekt vor. Darüber hinaus sei das Mietobjekt nach Angabe des Mieters inzwischen abgerissen worden, so dass auch nachträglich keine Untersuchung des Schimmelbefalls mehr stattfinden könne. Dem auf Einholung eines Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisangebot des Beklagten könne daher nicht nachgegangen werden. Die weiter vom Mieter angeführte „übel riechende Luft“ sei ebenfalls nicht geeignet, eine erhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit zu begründen. Sein Vortrag sei dazu zu unkonkret.

Konsequenzen für die Praxis: Trägt der Mieter trotz vorheriger Mängelanzeige im Rechtsstreit die Voraussetzungen zur Annahme eines Mietmangels nur unsubstantiiert vor, kann der Vermieter den Mangel gem. § 138 Abs. 4 ZPO erfolgreich mit Nichtwissen bestreiten. Denn er kennt den Zustand der Mietsache aus eigener Wahrnehmung während der Mietzeit nicht.

Kritikwürdig ist die Entscheidung im Hinblick auf die relationstechnische Behandlung des Mieter-Beweisangebots „Sachverständigengutachten“ zum Nachweis der Ursächlichkeit des behaupteten mangelhaften Gebäudezustands für eingetretene Erkrankungen und Gesundheitsgefahren. Denn wenn der Vortrag schon nicht ausreichend substantiiert wird, darf der Richter einem stützenden Beweisangebot gar nicht erst nachgehen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob dem Beweisangebot aus rein tatsächlichen Gründen wegen des inzwischen erfolgten Gebäudeabbrisses nicht entsprochen werden kann.

Beraterhinweis: Unter einem Mangel ist die für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen (BGH v. 21.9.2005 – XII ZR 66/03, MietRB 2006, 263 = MDR 2006, 506 = NJW 2006, 899 f.). Sie muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragspartnern vorausgesetzten Gebrauch ganz aufheben oder erheblich mindern (*Weidenkaff* in Palandt, BGB § 536 Rz. 16; *Emmerich* in Staudinger, BGB, Neubearb. 2006, § 536 Rz. 5; *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, BGB § 536 Rz. 17). Für das Vorliegen des Mangels und die Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch trägt der Mieter die Darlegungs- und Beweislast (*Weidenkaff*, a.a.O., § 536 Rz. 5; *Eisenschmid*, a.a.O., § 536 Rz. 443). ◀

RA Dr. Hans Reinold Horst, Hannover/Solingen

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2010, 357 und 358 (nachstehend).

► Nutzungsentschädigung: Nur teilweise Räumung der Mietsache

Lässt der Mieter eine Vielzahl von Gegenständen in den Mieträumen zurück, so erfüllt er seine Rückgabepflicht nicht und enthält die Mietsache weiter vor. Seinem Anspruch auf Nutzungsentschädigung nach § 546a BGB steht nicht entgegen, dass der Vermieter nicht beabsichtigt, die Räume erneut zu vermieten, ebenso nicht eine vom Vermieter gewährte Räumungsfrist.

KG, Beschl. v. 23.7.2010 – 12 U 164/09

(LG Berlin – 29 O 15/09)

BGB §§ 535, 546a

Das Problem: Der klagende Vermieter fordert vom beklagten Mieter Miete und Nutzungsentschädigung aus der Anmietung einer Gastwirtschaft mit Beherbergungsbetrieb und mit Wohnung. Nachdem der Vermieter fristlos gekündigt hat, zieht der Mieter aus und hinterlässt eine Vielzahl von Gegenständen. Der Vermieter nimmt die Mieträume in Besitz und beseitigt die Gegenstände.

Die Entscheidung des Gerichts: Das KG gab der Zahlungsklage aus § 535 Abs. 2, 546a Abs. 1 BGB statt. Der Mieter schulde auch nach seinem Auszug Nutzungsentschädigung. Denn er habe die Mieträume vorenthalten. Die Vorenthaltung ende erst mit der Erfüllung der Rückgabepflicht (*Gather* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 546a Rz. 18;). Hierzu gehöre neben der Übertragung des unmittelbaren Besitzes die Räumung der Mietsache (BGH NJW 1994, 3232 [3234]; OLG Hamm v. 12.12.1995 – 29 U 80/95, ZMR 1996, 372 f.). Zwar sei die Pflicht zur Rückgabe auch erfüllt, wenn nur noch einzelne Gegenstände in den Räumen zurückbleiben. Ob dies der Fall sei, hänge von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab (BGH v. 10.1.1983 – VIII ZR 304/81, MDR 1983, 395 = NJW 1983, 1049 f.). Bleibe hingegen eine Vielzahl von Gegenständen zurück, liege nur eine teilweise Räumung vor, die, weil Teilleistungen gem. § 266 BGB unzulässig seien, zur Vorenthaltung der gesamten Mietsache führe (vgl. OLG Koblenz NZM 2006, 181; OLG Hamm v. 12.12.1995 – 29 U 80/95, ZMR 1996, 372 [374]; *Gather*, a.a.O., § 546a Rz. 22).

Dem Anspruch auf Nutzungsentschädigung stehe auch nicht entgegen, dass die Klägerin nicht beabsichtigt habe, die Räume weiter zu vermieten. Zweck der Nutzungsentschädigung gem. § 546a Abs. 1 BGB sei es, dem Vermieter bei nicht rechtzeitiger Rückgabe der Mietsache auf einfachem Weg einen vom Schadensersatzrecht unabhängigen Entschädigungsanspruch in Höhe der bisherigen Miete zu gewähren (*Gather*, a.a.O., § 546a, Rz. 4). Die Entschädigung habe daher Entgeltcharakter (*Wolf/Eckert/Ball*, a.a.O., Rz. 1119). Ein Schaden müsse dem Vermieter deshalb nicht entstanden sein.

Konsequenzen für die Praxis: Von hoher Praxisrelevanz sind die Ausführungen des Senats zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Der Vermieter hat in der Klageschrift konkret vorgetragen, dass sich nach seinem Auszug noch immer ein Verkaufscontainer, mehrere Mülltonnen, Blumenbehälter sowie mehrere Kubikmeter

Sperrmüll und auch Einrichtungsgegenstände in dem Mietobjekt befanden. Auch den Zustand des Mietobjekts hat er durch Bezugnahme auf das „Übernahme-/Übergabeprotokoll“ detailliert beschrieben. Den Mieter trifft dagegen bei einem Streit über die Rückgabe die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er die Mietsache zurückgegeben hat. Dem genügt er nicht, wenn er lediglich bestreitet, dass das Grundstück nicht beräumt worden sei und sich noch Sperrmüll dort befunden habe. Vielmehr hätte er im Einzelnen darlegen müssen, welche Gegenstände sich nach seinem Auszug noch auf dem Grundstück befanden.

Ein solches Vorbringen des Mieters wird auch nicht gem. § 138 Abs. 3 ZPO deshalb unstrittig, weil der Vermieter dem in seinem nachfolgenden Vortrag nicht mehr entgegengetreten ist. Bereits in einem vorangegangenen widersprechenden Vortrag kann ein konkludentes Bestreiten nachfolgender Behauptungen liegen (BGH v. 15.5.2001 – VI ZR 55/00, NJW-RR 2001, 1294).

Beraterhinweis: Die Mietsache wird gem. § 546a BGB vorenthalten, wenn der Mieter sie nicht zurückgibt und das Unterlassen der Herausgabe dem Willen des Vermieters widerspricht (BGH v. 1.3.2007 – IX ZR 81/05, MDR 2007, 910 = NJW 2007, 1594 f.). Die Gewährung einer Räumungsfrist durch den Vermieter steht einer Vorenthaltung der Mietsache gem. § 546a BGB nicht entgegen. Denn ausreichend ist der grundsätzliche Rückerlangungswille des Vermieters, der auch bei Einräumung einer Räumungsfrist gegeben ist (BGH NZM 2006, 820). Gegen einen Rücknahmewillen spricht auch nicht, wenn der Vermieter die Rücknahme des nur teilgeräumten Objekts ablehnt. Da Teilleistungen gem. § 266 BGB nicht zulässig sind, kann sie der Gläubiger ablehnen. ◀

RA Dr. Hans Reinold Horst, Hannover/Solingen

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2010, 357 (vorstehend) und 358 (nachstehend).

▶ Kautionsaufrechnung bei Anlage eines Sparbuchs

Mangels Gleichartigkeit der Forderungen kann der Mieter bei Anlage eines Sparbuchs als Mietkaution seinen Anspruch auf Herausgabe des Sparbuchs bzw. auf Pfandfreigabe bei Ende des Mietverhältnisses nicht gegen Zahlungsforderungen des Vermieters aufrechnen.

KG, Beschl. v. 23.7.2010 – 12 U 164/09
(LG Berlin – 29 O 15/09)
BGB §§ 387, 551; ZPO § 91a

Das Problem: Der klagende Vermieter fordert vom beklagten Mieter Miete und Nutzungsentschädigung. Nachdem der Vermieter fristlos gekündigt hat, zieht der Mieter aus und hinterlässt eine Vielzahl von Gegenständen. Der Vermieter nimmt die Mieträume in Besitz und beseitigt die dort zurückgelassenen Gegenstände. Nach Klageerhebung rechnet der Mieter hilfsweise mit seinem Kautionsrückgabeanspruch auf. Daraufhin verrechnet der Vermieter die Mietkaution mit Mietforderungen, mit

Rücklastschriftgebühren und Räumungs- und Reinigungskosten. Insoweit erklärt er den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Der Mieter wendet sich dagegen mit dem Hinweis, über das Kautionsguthaben sei schon vor Klageerhebung abzurechnen gewesen. Deshalb sei die Klage insoweit von Anfang an unbegründet gewesen.

Die Entscheidung des Gerichts: Das KG gab der Zahlungsklage statt. Die hilfsweise erklärte Aufrechnung des Mieters mit seiner Forderung auf Rückerstattung der Kautionsleistung sei nicht zu berücksichtigen. Denn gem. § 387 BGB können nur Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden, deren Gegenstand gleichartig sei. Der Mieter hatte zugunsten des Vermieters ein Sparbuch angelegt. Der Anspruch auf Rückerstattung der Kautionsleistung sei in diesem Fall auf Herausgabe bzw. Pfandfreigabe und nicht auf Auszahlung gerichtet (*Peitz/Leo* in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2008, Kap. 16, Rz. 292; *Blank* in Schmidt-Futterer, 9. Aufl. 2007, § 551 Rz. 105; *Riecke/Schmidt* in Schmid, Miete und Mietprozess, 4. Aufl., Kap. 6, Rz. 89). Mangels Gleichartigkeit der Forderungen könne der Mieter mit diesem auf Herausgabe bzw. Pfandfreigabe gerichteten Anspruch nicht gegen die auf Zahlung von Geld gerichteten Klageforderungen aufrechnen.

Die Hauptsache sei nach der Verrechnung der Kautionsleistung in diesem Umfang zulässig für erledigt erklärt worden. Die Klage sei nicht insoweit von Anfang an unbegründet gewesen. Die zulässige und begründete Zahlungsklage sei erst durch die Abrechnung der Mietkaution durch den Vermieter unbegründet geworden. Erst dadurch habe sich der Rechtsstreit in der Hauptsache teilweise erledigt. Denn der Vermieter werde erst durch die Einziehung des Kautionsbetrages, sei es infolge der Sicherungsabtretung des Sparguthabens oder sei es infolge eines vertraglichen Forderungspfandrechts hieran, befriedigt (*Riecke/Schmidt*, a.a.O., Kap. 6, Rz. 97).

Konsequenzen für die Praxis: Innerhalb der Verrechnung der dem Vermieter zustehenden Forderungen gegen den Mieter aus dem Mietverhältnis sind diese Forderungen auf ihre Berechtigung incidenter zu prüfen. Weil der Mieter mehrfachen Aufforderungen der Klägerin, das Grundstück in einen vertragsgemäßen Zustand zu versetzen nicht nachkam, und unstrittig auch bereits ausgezogen war, konnte der Vermieter von einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung gem. § 281 Abs. 2 BGB ausgehen und daher ohne vorherige Fristsetzung Schadensersatz verlangen.

Beraterhinweis: Auch in der Abwicklungsphase nach Beendigung des Mietverhältnisses kann der Mieter nicht mit seinem Anspruch auf Rückzahlung der Kautionsleistung gegen die eingeklagten Mietforderungen aufrechnen. Grund hierfür ist, dass die Kautionsleistung erst zur Rückzahlung fällig ist, nachdem sämtliche Ansprüche des Vermieters, auch Rechtsverfolgungskosten, erfüllt sind (LG Duisburg v. 10.3.1998 – 23 S 455/97, NZM 1998, 808 f.). Denn die Forderung des aufrechnenden Mieters muss fällig und einredfrei sein (§ 390 BGB). Andernfalls entsteht die Aufrechnungslage deswegen nicht. Ist aber Abrechnungsreife eingetreten, der Rückzahlungsanspruch des Mieters also fällig, so kann nicht nur der Vermieter mit

seinen fälligen Gegenforderungen gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch des Mieters aufrechnen, sondern umgekehrt auch der Mieter mit seinem Kautionsrückzahlungsanspruch gegen die fälligen Gegenforderungen des Vermieters. In diesem Fall geht die zeitlich nachfolgende Aufrechnungserklärung des Vermieters mit anderen Gegenansprüchen ins Leere (LG Berlin v. 16.4.1998 – 62 S 389/97, GE Berlin 1998, 1397). Mehrere Mieter müssen dabei gemeinsam handeln (LG Berlin v. 2.7.1999 – 64 S 49/99, GE Berlin 1999, 1129). ◀

RA Dr. Hans Reinold Horst, Hannover/Solingen

Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2010, 357 und 358 (vorstehend).

Urkundenprozess: Abstandsnahme im 2. Rechtszug u. Geltendmachung von Nebenkostennachforderungen

1. Im zweiten Rechtszug ist eine Abstandsnahme vom Urkundenprozess unzulässig.

2. Die Geltendmachung von Nebenkostennachforderungen ist im Urkundenprozess zulässig.

KG, Urt. v. 28.6.2010 – 8 U 167/09

(LG Berlin – 32 O 630/08)

BGB § 535 Abs. 2; ZPO §§ 263 analog, 529, 533, 596, 599 Abs. 1

Das Problem: Die Vermieterin hat erstinstanzlich im Urkundenverfahren von ihren Mietern u.a. die Zahlung von erhöhten Betriebskostenvorschüssen sowie Nachforderungsbeträge aus Nebenkostenabrechnungen begehrt. Das LG Berlin hat die Klage insoweit abgewiesen. Die Vermieterin hat insoweit Berufung eingelegt und erklärt, dass sie hinsichtlich des Teils, der über die erstinstanzliche Verurteilung hinausgehe, Abstand vom Urkundenverfahren nehme.

Die Entscheidung des Gerichts: Das KG bejaht einen Anspruch der Vermieterin auf Zahlung der Nachforderungsbeträge aus den Betriebs- und Heizkostenabrechnungen. Obwohl die Vermieterin erklärt hat, Abstand vom Urkundenprozess zu nehmen, bleibe der Rechtsstreit gleichwohl im Urkundenprozess anhängig. Im zweiten Rechtszug sei eine Abstandsnahme vom Urkundenprozess nicht mehr zulässig (Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 596 Rz. 4). Zum einen gelte, dass den Beklagten eine Instanz im ordentlichen Verfahren verloren gehe und schon deshalb § 596 ZPO nicht einschränkungslos auf die Berufungsinstanz übertragen werden könne. Nach § 533 ZPO n.F. sei eine Klageänderung nicht schon dann zulässig, wenn der Gegner einwillige oder diese das Gericht für sachdienlich erachte. Vielmehr müsse die Klageänderung weiter auf Tatsachen gestützt werden können, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen habe. Neuer Tatsachenstoff, der der Begründung des neuen ändernden Antrags zugrunde gelegt werde, müsse gem. § 529 ZPO in den Prozess eingeführt werden dürfen. Sei dies nicht der Fall, sei die Klageänderung immer unzulässig, unabhängig davon, ob

der Gegner einwillige oder das Gericht Sachdienlichkeit bejahe. Der Intention des Gesetzgebers, die erste Instanz zu stärken und die Berufung in ein Instrument zur Fehlerkontrolle und –beseitigung umzugestalten (BT-Drucks. 14/3750, S. 2), werde damit Nachdruck verliehen (OLG Celle v. 20.6.2005 – 3 U 65/05, MDR 2006, 111).

Die Geltendmachung von Nebenkostennachforderungen im Urkundenprozess sei statthaft. Der BGH habe mehrfach entschieden, dass Mietzinsforderungen im Urkundenprozess geltend gemacht werden können (BGH v. 1.6.2005 – VIII ZR 216/04, MietRB 2006, 4 = MDR 2005, 1399 = NJW 2005, 2701; v. 20.12.2006 – VIII ZR 112/06, MietRB 2007, 193 = MDR 2007, 671 = NJW 2007, 1061). Für Nebenkostennachzahlungen gelte nichts anderes. Für den Fall, dass der Mieter den behaupteten Anfall von Kosten bestreite, könne dieser grundsätzlich durch Urkunden, wie Abgabenbescheide und Rechnungen, bewiesen werden (Schmid, DWW 2007, 324; Both, NZM 2007, 156; AG Mitte ZMR 2007, 42; AG Hannover ZMR 2003, 271; a.A. Blank, NZM 2000, 1083 f.).

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung überzeugt. Sie beachtet die Verteilung der Vortrags- und Beweislast. Der Vermieter kann die Berechtigung zur Betriebskostenumlage und den Umlageschlüssel durch Vorlage des Mietvertrags und den Abrechnungsbetrag sowie die formelle Richtigkeit der Abrechnung durch Vorlage der Abrechnung belegen. Er ist nicht verpflichtet, zum richtigen Ansatz der Einzelpositionen und ihrer Entstehung bereits mit der Klageschrift näher vorzutragen. Ebenso ist er nicht verpflichtet, bereits mit der Klageschrift für einzelne Positionen Belege vorzulegen (s. hierzu ausführlich Both, NZM 2007, 156 [158 f.]).

Beraterhinweis: Ein im Urkundenprozess erstrittener Titel ist gem. § 708 Nr. 4 ZPO ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Betreibt jedoch die Beklagtenseite das Nachverfahren, so hat der juristische Berater die Klägersseite zwingend darauf hinzuweisen, dass diese sich gem. §§ 600 Abs. 3, 302 Abs. 4 S. 3 ZPO bei einer Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil schadensersatzpflichtig macht, wenn das Gericht im Nachverfahren den zunächst erwirkten Titel durch Endurteil wieder aufhebt. ◀

RAuN FAMuWR Marcel J. Eupen, Eupen & Collegen,
Berlin

Schriftform: Vorlage der Urkunde ist nicht zwingend erforderlich

Ein zur Kündigung berechtigender Schriftformverstoß liegt nicht schon dann vor, wenn die Vertragsurkunde im Prozess nicht vorgelegt werden kann, sich aber durch Zeugenaussagen belegen lässt, dass eine formgerechte Vereinbarung getroffen wurde.

OLG Stuttgart, Urt. v. 26.4.2010 – 5 U 188/09

(LG Stuttgart – 15 O 123/09)

BGB § 550

Das Problem: Mit schriftlichem Vertrag wurde dem Mieter Ende 2002 ein „Ladenraum“ auf unbestimmte Zeit vermietet. Angestrebt war allerdings der Umbau in eine Imbissstube, sobald der Mieter hierfür eine behördliche Genehmigung erhält. In diesem Fall sollte der Mietvertrag „auf eine entsprechend lange Nutzungszeit neu vereinbart werden.“ Nach der im Folgejahr erteilten Genehmigung führte der Mieter den Umbau auf eigene Kosten durch und betrieb dort seitdem einen Imbiss. Im Jahr 2007 kündigte der Rechtsnachfolger des Vermieters das Mietverhältnis und verlangt die Räumung. Er behauptet, eine schriftformgemäße Vereinbarung zur Verlängerung des Mietverhältnisses sei nie getroffen worden. Der Mieter trägt hingegen vor, die Parteien hätten nach Erteilung der Umbaugenehmigung unter Bezugnahme auf den Ursprungsvertrag eine Vereinbarung unterzeichnet, mit der das Mietverhältnis um zehn Jahre verlängert worden sei. Sein Exemplar dieses Nachtrages habe er jedoch verloren. Das LG hatte hierzu Zeugen vernommen, die die Existenz einer solchen Nachtragsurkunde bestätigten. Der Vermieter meint, der mit der Schriftform bezweckte Erwerberschutz sei nur erreicht, wenn auch Beginn und Dauer der Vertragslaufzeit zweifelsfrei feststehen. Die Zeugenaussagen hätten aber gerade nicht mit der gebotenen Klarheit erkennen lassen, wann die behauptete zehnjährige Laufzeit beginnen sollte, also insb. ob der Vertrag auf insgesamt zehn Jahre oder um zehn Jahre ab dem Abschluss des Nachtrags verlängert werden sollte.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Senat verneinte wie die Vorinstanz einen Schriftformverstoß. Die Kündigung des Klägers habe das Mietverhältnis nicht mit gesetzlicher Frist beenden können. Es sei zwar richtig, dass der Schriftform eine Klarstellungs-, Beweis- und Warnfunktion zukomme (Verweis auf BGH v. 7.5.2008 – XII ZR 69/06, MietRB 2008, 230 = MDR 2008, 851) und bei Abhandenkommen der Urkunde der Erwerberschutz nicht mehr gewährleistet sei. § 550 BGB knüpfe jedoch an den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung an, nicht aber an die Fortexistenz der Urkunde. Der Mieter könne letztlich nicht für etwaige Nachlässigkeiten des Veräußerers, der eine solche Urkunde möglicherweise verliert, haftbar gemacht werden. Es sei ausreichend, wenn der Nachweis gelinge, dass eine formgerechte Vereinbarung getroffen wurde. Dies könne auch mittels Zeugenbeweis geschehen, ohne dass die Urkunde selbst im Rechtsstreit vorgelegt werden müsste. Schließlich sei die Frage, ob eine wirksame Vereinbarung zustande gekommen ist, von der Frage ihres Inhaltes und ihrer Einzelheiten zu trennen. Steht – wie hier – eine formgemäße Vereinbarung fest, lässt sich aber nicht mehr klären, wann der der genaue Beginn der zehnjährigen Laufzeit sein sollte, gehe dies zu Lasten der beweispflichtigen Partei. Dies bewirke vorliegend, dass das Mietverhältnis jedenfalls bis zum frühestmöglichen Laufzeitende, also 10 Jahre ab Beginn des ursprünglichen Vertrages als befristet anzusehen sei.

Konsequenzen für die Praxis: Der Senat unterscheidet zutreffend zwischen der Einhaltung der Schriftform einerseits und dem Nachweis des Vereinbarungsinhalts andererseits. Kommt das Gericht in der Beweisaufnahme

zu dem Ergebnis, dass die Vertragsparteien einen Nachtrag aufsetzten und unterzeichneten, der hinreichend deutlich auf den Ursprungsvertrag Bezug nimmt, die geänderten Regelungen aufführt und die Klarstellung enthält, dass es im Übrigen bei den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrages bleiben soll (vgl. BGH, a.a.O.), ist die Schriftform gewahrt. Hieran ändert ein Abhandenkommen der Urkunde nichts. Dass ein Erwerber hierdurch unter Umständen kein Recht zur Lösung vom Vertrag erhält, obwohl ihm beim Kauf der Immobilie wesentliche Vertragsinhalte mangels Vorlage der betreffenden Urkunden unbekannt waren, ist hinzunehmen. Die Kündigungsmöglichkeit des § 550 BGB entsteht nun einmal nur bei Formverstößen der Vertragsparteien, nicht aber auch bei Urkundenverlust oder – unterdrückung. So ist der Erwerber z.B. bei einer vorangegangenen mündlichen Vertragsaufhebung in seinem Vertrauen auf den Fortbestand des sich aus der Urkunde ergebenden Mietverhältnisses ebenso wenig geschützt (vgl. BGH v. 19.9.2007 – XII ZR 121/05, MietRB 2008, 7 = MDR 2007, 1414).

Beraterhinweis: Um nicht Gefahr zu laufen, Vertragsinhalte mit dem in der Regel doch sehr unsicheren Zeugenbeweis nachweisen zu müssen, empfiehlt es sich, die Urkunde vor Verlust zu schützen. Daher sollten Nachträge stets mit dem Hauptvertrag verbunden werden, wenn auch deren körperliche Verbindung zur Einhaltung der Schriftform nicht zwingend geboten ist (vgl. BGH v. 9.4.2008 – XII ZR 89/06, MietRB 2008, 231 = MDR 2008, 853). ◀

RA FAMuWR Jochen Hoffmann, RAe Garben, Schlüter, Schützler & Reiss, Köln

Wohnungseigentum

WEG-Verwaltung: Kosten für besondere Nutzung

Besondere Nutzungen i.S.v. § 21 Abs. 7 WEG sind solche, die mit einer gesteigerten Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums einhergehen und zumindest bei typisierender Betrachtung den Anfall besonderer Kosten wahrscheinlich machen. Die Festsetzung einer maßvoll bemessenen Umzugskostenpauschale entspricht nur dann ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn die Regelung nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Wohnungseigentümer führt.

BGH, Urt. v. 1.10.2010 – V ZR 220/09
(LG Berlin – 85 S 45/08 WEG)
WEG § 21 Abs. 7

Das Problem: In einer Berliner WEG-Anlage wird Ende 2007 versucht, dem u.a. in Berlin, Hamburg und München zu beobachtenden Unwesen der Vermietung von Eigentumswohnungen an wechselnde Feriengäste Herr zu werden. Es wird bestimmt, dass jeder Wohnungseigentü-

mer im Fall eines Bewohnerwechsels aufgrund befristeter Nutzungsüberlassung seines Sondereigentums eine Kostenpauschale i.H.v. 50 € an die Eigentümergemeinschaft zugunsten der Instandhaltungsrücklage zu zahlen hat. Die hiergegen gerichtete Klage hat vor dem AG Charlottenburg Erfolg, vor dem LG Berlin (ZWE 2010, 277) scheitert sie. Mit der zugelassen Revision verfolgt der Kläger die Klage weiter.

Die Entscheidung des Gerichts: Mit – wohl vorübergehendem – Erfolg! Die Einführung einer maßvollen Umzugskostenpauschale ist zwar durch § 21 Abs. 7 WEG gedeckt. Die hier gewählte Ausgestaltung ist mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung aber nicht mehr zu vereinbaren. Nutzungen sind i.S.v. § 21 Abs. 7 WEG besonders, wenn sie mit einer gesteigerten Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums einhergehen und zumindest bei typisierender Betrachtung den Anfall besonderer Kosten wahrscheinlich machen. Das ist bei Umzügen der Fall. Pauschalierende und typisierende Regelungen entsprechen aber nur dann einer ordnungsgemäßen Verwaltung, wenn die Pauschale maßvoll bemessen ist und nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führt. Was die Höhe der Umzugskostenpauschale anbelangt, ist die Grenze der Angemessenheit bei einem Betrag von 50 € erreicht, aber nicht überschritten. Die angegriffene Regelung ist zu beanstanden, weil sie nur Umzüge im Zusammenhang befristet vereinbarter Nutzungsverhältnisse erfasst und Umzüge aufgrund unbefristeter Gebrauchsüberlassungen und Umzüge der Eigentümer ausklammert. Der insbesondere bei Beschlüssen zum Tragen kommende Gleichbehandlungsgrundsatz lässt zwar Differenzierungen zu. Für solche bedarf es aber eines ausreichenden Sachgrundes. Daran fehlt es. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass die ausgenommenen Umzüge zu signifikant geringeren Belastungen des Gemeinschaftseigentums führen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung klärt zum einen den bislang umstrittenen Begriff „besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums“. Eine Ansicht vertrat hierzu bislang die Auffassung, dass es sich um eine Nutzung handeln muss, die zusätzliche Kosten verursacht (LG Berlin, a.a.O.; *Merle* in Bärmann, WEG, 11. Aufl. 2010, § 21 Rz. 155; *Heinemann* in Jennißen, WEG, 2. Aufl. 2010, § 21 Rz. 117; auf diese Ansicht bezieht sich die Entscheidung, obwohl nach Leitsatz und Gründen der Anfall besonderer Kosten nur wahrscheinlich sein muss). Nach anderen Stimmen war eine besonderen Nutzung eine, die das Maß nach § 13 Abs. 2 WEG überschreitet (*Elzer* in Timme, WEG, 1. Aufl. 2010, § 21 Rz. 376; *Hügel/Elzer*, Das neue WEG-Recht, 2007, § 8 Rz. 64) oder gar unzulässig ist (*Müller*, ZWE 2008, 278 [284]). Diese Stimmen lehnt die Entscheidung ab, obwohl seine „gesteigerte Inanspruchnahme“ nichts anderes sein dürfte als ein das „normale Maß übersteigender Gebrauch“ oder *Häubleins*, ZMR 2007, 409 [419 f.], „subjektiv-konkreter Maßstab“. Zum anderen ist jetzt klar, dass Umzugskostenpauschalen grundsätzlich zulässig sind. Sie müssen nur so gefasst werden, dass sie den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten. Außerdem darf die verlangte Pauschale nicht zu hoch sein.

Beraterhinweis: Die Entscheidung eröffnet eine realistische Perspektive gegen Wohnungseigentümer vorzugehen, die an wechselnde Feriengäste vermieten. Sind nach einer Umzugskostenpauschale stets 50 € zu zahlen, dürfte die Bereitschaft sinken, wie im Fall im Jahr an 100 verschiedene Personen zu vermieten! ◀

RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin

▲ Anfechtungsklage: Parteiwechsel in der mündlichen Verhandlung

Der Anfechtungskläger kann einen Parteiwechsel auf Beklagtenseite auch durch Prozesserklärung in der mündlichen Verhandlung vornehmen.

BGH, Urt. v. 17.9.2010 – V ZR 5/10

(LG Berlin – 85 S 41/09)

WEG § 46 Abs. 1; ZPO §§ 263, 295 Abs. 1

Das Problem: Der Kläger ist Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft. Mit einer gegen die „Wohnungseigentümergeinschaft K.-Straße in B., vertreten durch die W.N. Grundstücks- und Vermögensverwaltungen Immobilien GmbH“ gerichteten Anfechtungsklage begehrt er die Ungültigerklärung drei Eigentümerbeschlüsse. Auf den Hinweis des AG hat er nach Ablauf der Klagefrist von einem Monat gem. § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG noch vor der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich erklärt, dass sich die Klage gegen die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft richte; dieser Schriftsatz ist den nunmehrigen Beklagten nicht zugestellt worden. In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger den angekündigten Antrag mit der Maßgabe gestellt, die Klage richte sich nunmehr gegen die übrigen Wohnungseigentümer. Dazu hat der Prozessbevollmächtigte der Wohnungseigentümergeinschaft erklärt, er vertrete auch die übrigen Wohnungseigentümer, und so dann in deren Namen die Abweisung der Klage beantragt. AG und LG haben die Klage wegen Nichteinhaltung der Klagefrist von einem Monat gem. § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG abgewiesen.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH hebt das Berufungsurteil auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung an das LG zurück. Allerdings lägen die Voraussetzungen einer Rubrumsberichtigung nicht vor (BGH v. 16.1.2009 – V ZR 74/08, MietRB 2009, 134 f. = MDR 2009, 462 ff.). Die Anfechtungsfrist könne jedoch auch durch eine zunächst gegen die Wohnungseigentümergeinschaft erhobene Klage, vertreten durch den Verwalter, gewahrt werden, wenn innerhalb der Klagefrist der Verwalter angegeben und die Klage – wie hier – unter namentlichen Bezeichnung der übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung umgestellt werde (BGH v. 6.11.2009 – V ZR 73/09, MietRB 2010, 40 f. = MDR 2010, 98). Der darin liegende privilegierte Parteiwechsel sei ohne weiteres zulässig (BGH v. 17.3.2010 – XII ZR 108/08, MietRB 2010, 170 = MDR 2010, 737). Hier sei der Parteiwechsel auch ohne Zustellung des Schriftsatzes vor Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt. Durch

die rügelose Verhandlung der nunmehrigen Beklagten zur Hauptsache sei der Mangel der fehlenden Zustellung gem. § 295 Abs. 1 Alt. 1 ZPO geheilt worden. Dadurch seien schutzwürdige Belange der nunmehr beklagten übrigen Wohnungseigentümer nicht berührt, denn die Klageschrift sei dem zur Unterrichtung der Wohnungseigentümer verpflichteten Verwalter zugestellt worden.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung bestätigt die zitierte bisherige Rechtsprechung des BGH zur Wahrung der Anfechtungsfrist gem. § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG bei Klageerhebung gegen die Wohnungseigentümergeinschaft und wendet sie entsprechend der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung auf eine weitere prozessuale Situation an.

Beraterhinweis: Fragt man, ob der Prozessbevollmächtigte der Beklagten eine Klageabweisung wegen Versäumung der Anfechtungsfrist dadurch hätte erreichen können, dass er der Klageänderung widersprochen und ausdrücklich eine Rüge zu Protokoll erklärt hätte, so kann diese Frage nicht allgemein beantwortet werden. Eine Klageabweisung wegen Versäumung der Anfechtungsfrist würde in diesem Fall voraussetzen, dass das AG auf Bedenken gegen die Passivlegitimation der Wohnungseigentümergeinschaft so früh wie möglich hingewiesen hatte, § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO, und der den Parteiwechsel enthaltende Schriftsatz nicht rechtzeitig i.S.d. § 132 Abs. 1 ZPO bei dem AG eingegangen war, so dass das Unterbleiben der Zustellung an die übrigen Wohnungseigentümer dem Kläger anzulasten wäre. Andernfalls müsste ein neuer Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt werden, wenn sich der Prozessbevollmächtigte der Beklagten nicht in der mündlichen Verhandlung auf den Parteiwechsel einlässt. ◀

RiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln

WEG-Versammlung: Stimmrecht des Verwalters als Vertreter

Der Verwalter ist berechtigt, als Vertreter eines Wohnungseigentümers über seine Abbestellung mitzustimmen, sofern die Abbestellung nicht aus wichtigem Grund erfolgt.

OLG München, Beschl. v. 15.9.2010 – 32 Wx 16/10
(LG München I – 36 T 2118/08)
WEG § 25 Abs. 5

Das Problem: Wohnungseigentümer beschließen die Abbestellung des Verwalters. Der Verwalter, der in Besitz einer Stimmrechtsvollmacht ist, wird für die Beschlussfassung vom Stimmrecht und von der Versammlung dennoch ausgeschlossen.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Ausschluss erfolgte zu Unrecht. Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Stimmrechtsverbots müssen in der Person des Vollmachtgebers vorliegen, nicht in der des Vertreters. Deswegen Teilnahme an der Beratung und an der Stimmabgabe geschieht in Ausübung des Mitgestaltungsrechts des vertretenen Wohnungseigentümers und hat lediglich als Reflex möglicherweise eine eigene Begünstigung zur Folge.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig. Der Beschluss war bereits für unwirksam zu erklären, weil ein Wohnungseigentümer oder sein Vertreter unabhängig vom Stimmrecht jedenfalls ein Rede-, Antrags- und Teilnahmerecht hat (*Elzer in Jennißen, WEG, 2. Aufl. 2010, § 25 Rz. 87 m.w.N.*). Werden diese Rechte dem Wohnungseigentümer oder seinem Vertreter genommen, ist der Beschluss formell nicht ordnungsmäßig und bei entsprechender Relevanz (*Merle in Bärman, WEG, 11. Aufl. 2010, § 23 Rz. 170 m.w.N.*) anfechtbar. Der Verwalter besaß auch ein Stimmrecht. Ein einen Wohnungseigentümer vertretender Verwalter ist zwar nicht stimmberechtigt, wenn seine Abberufung aus wichtigem Grund zur Beschlussfassung steht. Geht es aber um keinen wichtigen Grund, darf der Verwalter nach h.M. als Vertreter eines Wohnungseigentümers durchaus bei der Abstimmung über seine Bestellung (OLG Hamm v. 20.7.2006 – 15 W 142/05, MietRB 2007, 122 [123] = ZMR 2007, 63; OLG Hamburg v. 16.7.2001 – 2 Wx 116/00, ZM 2001, 997) oder Abbestellung mitstimmen (OLG Hamm v. 20.7.2006 – 15 W 142/05, MietRB 2007, 122 [123] = ZMR 2007, 63). Denn ein Stimmrechtsschluss gälte nur, „wenn ein wichtiger Grund vorliegt“ (LG Saarbrücken v. 20.8.2008 – 5 T 363/07, ZWE 2009, 49 [51]; *Elzer in Jennißen, a.a.O., § 25 Rz. 106*).

Beraterhinweis: Besitzt der Verwalter eine Vollmacht, für einen Wohnungseigentümer abzustimmen, darf er sich allerdings nicht selbst als Vertreter des Wohnungseigentümers Entlastung erteilen (OLG Köln v. 8.11.2006 – 16 Wx 165/06, MietRB 2007, 179 = ZMR 2007, 715). Zu Weisungen des Vollmachtgebers und Verstößen des Vertreters dagegen s. *Häublein, AnwZert 20/2010, Anm. 2*. ◀

RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin

Verwalter: Adressat von Ordnungsverfügungen

Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft kann von der Ordnungsbehörde als Störer in Anspruch genommen werden, denn er ist berechtigt, eigenständig die zur Beseitigung der Störung der öffentlichen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

VG Düsseldorf, Urt. v. 20.8.2010 – 25 K 3682/10, nrkr.
WEG § 27 Abs. 1 Nr. 2

Das Problem : Der Kläger ist Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft. Er wendet sich vor dem VG gegen eine Ordnungsverfügung der Bauaufsicht, in der ihm unter Anordnung der sofortigen Vollziehung aufgegeben worden ist, trotz zuvor jahrelanger Duldung binnen weniger Wochen von den Wohnungseigentümern in den Einstellboxen der Tiefgarage gelagerte Gegenstände mit Ausnahme derer, die an ein Kraftfahrzeug montiert werden können, zu entfernen und sie dauerhaft von diesen freizuhalten, sowie die ohne Baugenehmigung er-

richteten Tore der Einstellboxen dauerhaft in geöffneter Position festzusetzen.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Klage bleibt ohne Erfolg. Dazu führt das Urteil nach ausführlicher Erläuterung der bauordnungsrechtlichen Rechtslage unter Brandschutzgesichtspunkten zur Frage der Inanspruchnahme des Wohnungseigentumsverwalters als Störer aus, der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft habe nach ständiger Rechtsprechung (OVG NW v. 15.4.2009 – 10 B 304/09, NJW 2009, 3528; OVG NW v. 3.3.1994 – 11 V 2566/93, WuM 1994, 507; VGH BW NJW 1974, 74) ein eigenes, selbständiges Recht gem. § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG, die für die ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums zur Beseitigung der Störung der öffentlichen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen zu treffen, und könne deshalb von der Bauaufsicht als Störer in Anspruch genommen werden. Weil eine erhebliche Gefahr für das Gemeinschaftseigentum drohe, sei der Verwalter auch zu Eingriffen in das Sondereigentum berechtigt, jedenfalls soweit den Sondereigentümern aufgegeben werde, diese zu dulden. Dann mache sich der Verwalter auch nicht strafbar, insb. nicht eines Hausfriedensbruchs. Im Innenverhältnis sei der Verwalter ggü. den Sondereigentümern zu den Maßnahmen gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 WEG berechtigt.

Abschließend erläutert die Entscheidung zum Auswahlmessen, warum die Bauaufsicht zum Zwecke einer effektiven Durchsetzung der Pflichten den Verwalter in Anspruch nehmen dürfe und nicht zunächst gegen die zahlreichen Wohnungseigentümer vorgehen müsse.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ignoriert im Anschluss an die genannte obergerichtliche Rechtsprechung die im Wohnungseigentumsrecht zu § 27 Abs. 1 Nr. 2 WEG herrschende Meinung (vgl. nur *Merle* in Bärmann, 11. Aufl., § 27 WEG Rz. 36), nach der – zusammengefasst – der Verwalter Entscheidungen der Wohnungseigentümer zu Instandhaltung und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums grundsätzlich nur vorbereitet und durchführt, aber nicht selbst entscheidet (vgl. nur *Abramenko* in Riecke/Schmid, 3. Aufl., § 27 WEG Rz. 22 ff.). Maßnahmen des Verwalters zur Erhaltung des Gemeinschaftseigentums sind allenfalls in dringenden Fällen gem. § 27 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zulässig (vgl. *Abramenko*, a.a.O., Rz. 25); hier wäre die Beseitigung von Brandgefahren dogmatisch richtig einzuordnen. Ein eigenes Recht des Verwalters zu Eingriffen in das Sondereigentum hat der Verwalter nicht; ihm kann aber die Geltendmachung des Duldungsanspruchs der übrigen Wohnungseigentümergeinschaft aus § 14 Nr. 4 WEG übertragen werden.

Beraterhinweis: Der Verwalter kann der durch die VG zugelassenen Inanspruchnahme durch die Bauaufsicht nicht durch Regelungen im Verwaltervertrag entgehen. Seine Rechte und Pflichten gem. den § 27 Abs. 1 bis 3 WEG sind aufgrund § 27 Abs. 4 WEG zum Schutz des Rechtsverkehrs unabdingbar (vgl. *Abramenko*, a.a.O., Rz. 72). Umso mehr muss der Verwalter frühzeitig dafür sorgen, dass bauaufsichtsrechtliche Pflichten nicht verletzt werden. Soweit es um die Lagerung brennbarer Ma-

terialien in Tiefgaragen geht, sollte der Verwalter durch regelmäßige Kontrollen und Ermahnungen auf die Beseitigung hinwirken. Praxisfremd wäre es aber zu fordern, der Verwalter müsse bei Übernahme der Verwaltung prüfen, ob die bestehende Wohnungseigentumsanlage bauaufsichtsrechtlich genehmigt ist. ◀

RiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln

Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird beim OVG Münster unter dem Az. 2 A 2045/10 geführt.

Wohnungseigentümergeinschaft: Erwerb von Sondereigentum

Der Erwerb einer Vielzahl von Sondereigentumseinheiten in der eigenen Anlage durch die Wohnungseigentümergeinschaft entspricht auch dann nicht ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn die Maßnahme zur Lösung von Problemen der Gemeinschaft beitragen soll, die durch eine Vielzahl zahlungsunfähiger oder zahlungsunwilliger Miteigentümer verursacht werden.

OLG Hamm, Beschl. v. 12.8.2010 – I-15 Wx 63/10
(LG Essen – 9 T 122/07)
WEG §§ 10 Abs. 6, 21

Das Problem: Die Wohnungseigentümergeinschaft fasste zwei Beschlüsse, mit denen die Verwaltung beauftragt wurde, Verhandlungen über den Erwerb von Sondereigentumseinheiten zu führen und die Einzelheiten der notariellen Kaufverträge auszuhandeln. Die Verhandlungen sollten mit Sondereigentümern geführt werden, die mit Hausgeldern in nicht unbeträchtlicher Höhe im Rückstand waren. Es wurde beschlossen, dass die betroffenen Sondereigentümer aus allen Zahlungsverpflichtungen entlassen werden, soweit sie nach dem Verkauf insgesamt aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausscheiden. Diese Beschlüsse hat der Kläger angefochten.

Die Entscheidung des Gerichts: Das OLG hat die Beschlüsse für ungültig erklärt, da der vorgesehene Erwerb von Sondereigentumseinheiten durch die Gemeinschaft nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entspreche. Aufgrund des finanziellen Aufwandes für den Erwerb, den entstehenden Folgekosten und des Mehraufwands für die wirtschaftliche Verwaltung der Einheiten entspreche der Erwerb nur dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn ganz gewichtige, über bloße Zweckmäßigkeitserwägungen hinausgehende Gemeinschaftsinteressen für ihn sprechen. Hier sollten die wirtschaftlich wertlosen und nicht veräußerbaren Einheiten dauerhaft beim Verband verbleiben. Dies führe für die Wohnungs- und Teileigentümer zu einer dauerhaft höheren anteilmäßigen Kostenbelastung (§ 16 Abs. 2 WEG), der kein wirtschaftlich ausgleichender Vermögenserwerb gegenüberstehe, dieser sei auch nicht beabsichtigt. Vielmehr würden die übrigen Miteigentümer dauerhaft mit höheren Kosten belastet. Der Erwerb der Sondereigentumseinheiten diene allein dem Zweck, zahlungsunfähige Miteigentümer aus der Gemeinschaft zu entfernen, was einer schlichten Entlassung aus dem Verband gleichkomme. Dies würde dazu

führen, dass dem zahlungsunfähigen Sondereigentümer die Möglichkeit eingeräumt würde, seine wirtschaftlich wertlose und nicht frei veräußerbare Einheit unter Befreiung von allen Lasten auf die Gemeinschaft zu übertragen. Dies entspreche einem rechtlich nicht zulässigen Verzicht auf das Wohnungs- und Teileigentum (vgl. BGH v. 14.6.2007 – V ZB 18/07, BGHZ 172, 338 = MietRB 2007, 264 = MDR 2007, 1122).

Konsequenzen für die Praxis: Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wohnungseigentümergeinschaft Sondereigentum im eigenen Objekt erwerben kann, ist in der Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt. Das OLG Celle hat dazu ausgeführt, ein Erwerb durch die Gemeinschaft entspreche ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn er dazu diene, die Einheiten zahlungsunfähiger Sondereigentümer zu erwerben, um die künftige Zahlung des Wohngeldes sicherzustellen (vgl. OLG Celle v. 26.2.2008 – 4 W 213/07, MietRB 2008, 171 = ZMR 2008, 210 = NZM 2008, 370). Dem ist das OLG Hamm nun mit der Begründung entgegengetreten, die Eigentümergemeinschaft erhalte keinen wirtschaftlichen Gegenwert, sondern werde nur mit Kosten belastet. Inwieweit die angesprochene Unveräußerlichkeit der Wohnungen hier eine Rolle gespielt hat, wird aus der Entscheidung nicht deutlich. Allerdings übersieht das OLG Celle, dass die Wohnungseigentümergeinschaft nicht künftigen Hausgeldausfällen entgeht, sondern die Hausgelder nunmehr selbst aufbringen muss. Für die Gemeinschaft bringt der Erwerb der Sondereigentumseinheiten daher keinen Vorteil.

Beraterhinweis: Gerade in finanziellen Fragen muss streng geprüft werden, ob die ins Auge gefassten Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Maßnahmen einem geordneten Zusammenleben innerhalb der Gemeinschaft dienen und dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entsprechen. Dabei ist nicht nur auf Gesichtspunkte der Zweckdienlichkeit abzustellen, sondern auch darauf, ob die Maßnahme mit der Grundordnung des Gemeinschaftsverhältnisses vereinbar ist und sich im Rahmen der üblichen Verwaltung hält (vgl. BGH v. 11.7.1991 – V ZB 24/90, BGHZ 115, 151 = MDR 1991, 864; BayObLG v. 28.7.2004 – 2Z BR 43/04, BayObLGZ 2004, 210 = NZM 2004, 276; OLG Hamm v. 6.5.2004 – 15 W 203/02, MietRB 2004, 266 = NZM 2005, 185). Im Hinblick auf die ungeklärte Rechtslage zur Frage der Ordnungsmäßigkeit des Erwerbs von Sondereigentumseinheiten durch die Gemeinschaft sind Beschlüsse über einen solchen Erwerb zu vermeiden. ◀

RAin Daniela Scheuer, Köhler Rechtsanwälte, Köln

➤ Schadensersatz: Rückabwicklung des Bauträgervertrages

Wirkt sich ein Mangel am Gemeinschaftseigentum nicht auf dessen Nutzung und nicht auf die Nutzung des Sondereigentums des Anspruchstellers, sondern nur auf das Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer aus, kann dem sog. gro-

ßen Schadensersatzanspruch der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstehen. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der große Schadensersatzanspruch entstanden und der Erfüllungsanspruch untergegangen ist.

OLG Stuttgart, Urt. v. 3.8.2010 – 10 U 26/10, nrkr.

(LG Heilbronn – 3 O 372/08 II)

BGB §§ 242, 281 Abs. 1 n.F., 634 Nr. 4 n.F., 635 a.F.

Das Problem: Die Kläger begehren als Erwerber von Wohnungseigentum im Wege des sog. großen Schadensersatzes die Rückabwicklung von Bauträgerverträgen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum. Aufgrund einer fehlerhaft geplanten Stahlkonstruktion des Gebäudes entstehen in einigen Wohnungen nachweisbare störende nächtliche Knackgeräusche, hinsichtlich anderer Wohnungen ist dies streitig. Die Beklagte hat in Teilbereichen Nachbesserungsversuche unternommen. Sie ist der Auffassung, dass diejenigen Kläger, in deren Sondereigentum störende Geräusche nicht festzustellen sind, nicht die Rückabwicklung verlangen könnten.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Klage hat Erfolg. Der einzelne Erwerber habe aus dem jeweiligen Vertrag mit dem Bauträger einen individuellen Anspruch auf eine mangelfreie Werkleistung auch in Bezug auf das gesamte Gemeinschaftseigentum. Der Anspruch auf sog. großen Schadensersatz könne zwar nach § 242 BGB ausgeschlossen sein, wenn einzelne Wohnungen durch Geräuscentwicklungen aus dem Gemeinschaftseigentum nicht berührt sind. Hier bestehe indessen die Besonderheit, dass die beklagte Bauträgerin Mangelbeseitigungsversuche vorgenommen habe, die wegen der fehlenden Beschränkung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ als Anerkenntnis zu werten seien. Damit einher gehe ein abermaliger Wechsel der Beweislast. Trotz erfolgter Abnahme müsse die beklagte Bauträgerin wegen des Anerkenntnisses die Mangelfreiheit beweisen. Sie sei jedoch beweisfällig geblieben. Insbesondere habe sie nicht beweisen können, dass im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt – des Ablaufes der Frist zur Mangelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung – keine Geräuscentwicklungen im Bereich einzelner Wohnungen vorhanden gewesen seien.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig, in der Begründung jedoch falsch. Unzutreffend ist insb. die Auffassung, ein Anspruch auf sog. großen Schadensersatz sei nach § 242 BGB ausgeschlossen, wenn sich Mängel am Gemeinschaftseigentum nicht auf das Sondereigentum auswirkten. Dem liegt eine unrichtige Vorstellung des OLG vom Vertragsgegenstand zugrunde. Die beklagte Bauträgerin hatte sich gegenüber jedem Erwerber jeweils (kaufvertraglich) zur Verschaffung eines Wohnungseigentums und (werkvertraglich) zur Herstellung des Gebäudes verpflichtet. Wohnungseigentum ist eine Rechtsgesamtheit, bestehend aus Sondereigentum (= echtes Alleineigentum) und Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum (= Miteigentum). Die werkvertragliche Herstellungspflicht bezieht sich nicht nur auf das Sondereigentum, sondern auch auf das gemeinschaftliche Eigentum. Jeder Erwerber hat m.a.W. einen individualvertraglichen Anspruch auf mangelfreie

Herstellung des Gemeinschaftseigentums. Nur dann, wenn das Gemeinschaftseigentum insgesamt lediglich mit marginalen Mängeln behaftet ist, steht der Ausübung des sog. großen Schadensersatzanspruches bei Altverträgen der Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) entgegen bzw. es handelt bei Neuverträgen um eine unerhebliche Pflichtverletzung i.S.d. § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB. Es kommt mithin überhaupt nicht darauf an, ob sich ein Mangel auf das Sondereigentum auswirkt. Besteht ein nicht unerheblicher Mangel am Gemeinschaftseigentum, rechtfertigt dies eine Rückabwicklung des Erwerbsvertrages.

Beraterhinweis: Das OLG weist beiläufig auf einen für die Praxis bedeutsamen Umstand hin, nämlich den fruchtlosen Ablauf der gesetzten Frist zur Mangelbeseitigung als maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für die Ausübung sekundärer Mängelrechte. Der Unternehmer verliert mit Fristablauf sein zunächst bestehendes Recht zur Mangelbeseitigung (arg. § 636 ff. BGB n.F.). Nach neuem Recht kann der Besteller zwar weiterhin Nacherfüllung verlangen, er muss aber umgekehrt auf Verlangen des Unternehmers eine solche nicht mehr dulden. Daraus folgt, dass der Unternehmer etwa den bereits entstandenen Anspruch auf sog. großen Schadensersatz nicht durch eine spätere eigenmächtige Mangelbeseitigung zum Erlöschen bringen kann. Es kommt mithin nicht darauf an, ob ein Mangel im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch vorliegt, sondern nur darauf, ob dieser im Zeitpunkt des Fristablaufs vorlag und eine Mangelbeseitigung nicht mit Einverständnis des Bestellers durchgeführt wurde. ◀

RA FABau/ArchR FAMuWR Dr. Andreas Ott, Berlin

Die Revision wird unter dem Az. VII ZR 150/10 geführt.

Verjährung: Anspruch auf erstmalige ordnungsmäßige Herstellung

1. Der Anspruch auf erstmalige teilungserklärungsgemäße Herstellung der Wohnungseigentumsanlage unterliegt der (kurzen dreijährigen) Verjährung.
2. Für den Verjährungsbeginn ist eine zutreffende rechtliche Bewertung der Tatsachen nicht erforderlich.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 8.2.2010 – 3 W 1/10
(LG Braunschweig)
BGB §§ 196, 199, 902, 1004; WEG § 21

Das Problem: Die Wohnungseigentümer streiten über das Begehren der Antragsteller, eine Terrassenfläche nebst Trennmauer, die sich vor der Wohnzimmerseite der im Erdgeschoss gelegenen Wohnungseigentumseinheiten Nr. 1 und 2. befindet, zu entfernen, zwischen den dortigen Balkonpfosten und den äußeren Begrenzungen der Balkontüren jener Wohnungseigentumseinheiten jeweils Balkonbrüstungen anzubringen und auf der übrigen vormaligen Terrassenfläche eine Grünanlage herzustellen. Dieser monierte Zustand existiert mindestens seit 1999

mit Kenntnis der Antragsteller. Es stellte sich die Frage, ob der Anspruch unverjährbar oder bereits verjährt ist.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Anspruch ist bereits verjährt. Auch der Anspruch auf Herstellung eines erstmaligen ordnungsgemäßen Zustandes der Wohnanlage entsprechend dem Aufteilungsplan und der Teilungserklärung unterliegt der Verjährung (OLG Düsseldorf ZMR 2009, 706; OLG Celle v. 22.8.2006 – 4 W 101/06, NJW-RR 2007, 234 f.; *Schoch*, ZMR 2007, 427). Es handelt sich nicht um einen gem. § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB unverjährbaren Anspruch aus eingetragenen Recht. Denn hierunter fallen diejenigen Ansprüche, die das eingetragene Recht seinem jeweiligen Inhalt nach gewährt. Der Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung i.S.d. § 21 Abs. 4 und 5 WEG, der auch den Anspruch auf erstmalige Herstellung des plangemäßen Zustands umfasst (KG v. 18.7.2001 – 24 W 7365/00, ZMR 2001, 849), kann aber regelmäßig nicht zum Inhalt des dinglichen Rechts gerechnet werden (*Schoch*, ZMR 2007, 427 [429]). Hier geht es auch gerade nicht darum, das Sondereigentum der Antragsteller erstmals ordnungsgemäß herzustellen (hierzu KG v. 18.7.2001, a.a.O.), sondern es soll das Sondereigentums Dritter entsprechend der ursprünglichen Planung gestaltet und insoweit Beeinträchtigungen des Gemeinschaftseigentums abgewehrt werden. In erster Hinsicht ist der Anspruch Ausfluss des Selbstverwaltungsrechts und der gesetzlichen Ausgestaltungen in § 21 Abs. 4 und 5 WEG, ohne dass er als inhaltliche Ausprägung des zugunsten der Antragsteller eingetragenen Rechts erscheint. In zweiter Hinsicht ist der Anspruch seinem Inhalt nach auf Beseitigung einer Störung des Gemeinschaftseigentums gerichtet (§ 1004 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 BGB). Der Störungsbeseitigungsanspruch eines Grundeigentümers aus § 1004 BGB ist kein Anspruch aus eingetragenen Recht i.S.d. § 902 Abs. 1 BGB (BGH v. 16.3.2007 – V ZR 190/06, MDR 2007, 945 = WuM 2007, 277 m.w.N.).

Auf den Anspruch findet die Regelverjährung Anwendung (so auch OLG Düsseldorf ZMR 2009, 706; OLG Celle v. 22.8.2006 – 4 W 101/06, NJW-RR 2007, 234 f.; *Schoch*, ZMR 2007, 427 [429]). Es handelt sich insb. nicht um einen Anspruch i.S.d. § 196 BGB, da der Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung nicht einen der in dieser Norm genannten Inhalte aufweist. Als die Antragsteller Mitte 2007 ihre Forderung erhoben, war somit die Verjährungsfrist, die gem. Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB mit Ablauf des 31.12.2004 endete, bereits abgelaufen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Verjährungseinrede hat auch im WEG-Recht seit der Schuldrechtsreform an Bedeutung gewonnen. Viele Ansprüche – soweit sie nicht unter § 902 BGB fallen – sind bei Altfällen mit Ablauf des 31.12.2004 verjährt. Das OLG Braunschweig schließt sich hier der Auffassung des OLG Düsseldorf, a.a.O. an. Ähnlich entschied auch das AG Hamburg (ZMR 2009, 804). Damit muss der rechtswidrig Maßnahmen – für die Mitwohnungseigentümer erkennbar – ins Werk setzende Eigentümer bei Altmaßnahmen nicht mehr auf die schwerer kalkulierbaren Voraussetzungen der Verwirkung nach § 242 BGB setzen. Da der in Anspruch Genommene die für den Verjährungsbeginn ent-

scheidende Kenntnis des Anspruchstellers vom vertragswidrigen Zustand beweisen muss, sollte entsprechende Korrespondenz aufbewahrt werden.

Beraterhinweis: Das Nichterheben der Verjährungseindeutigkeit wäre ein fataler Anwaltsfehler, der zur Haftung führen kann, wenn die von Amts wegen zu berücksichtigen Verwirkung verneint wird. Wenn wenigstens über den umstrittenen Anspruch lange Zeit verhandelt wird, kann eine Hemmung der Verjährung greifen. ◀

RiAG Dr. Olaf Riecke, Hamburg

Sonstiges

▶ GbR: Nachweis zur Existenz, Identität und Vertretung der erwerbenden GbR

In der Auflassungsurkunde muss eine erwerbende Gesellschaft bürgerlichen Rechts so genau bezeichnet sein, dass sie als unverwechselbares Rechtssubjekt identifizierbar ist.

KG, Beschl. v. 22.6.2010 – 1 W 277/10, nrbst.
(AG Charlottenburg – 41A BW 24502-11)
BGB §§ 705, 709, 714; GBO § 20

Das Problem: Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus zwei Gesellschaftern, hat in einem Kaufvertrag Wohnungseigentum erworben, die Auflassung wurde erklärt. Im Urkundseingang heißt es, dass „die Erschienenen zu 2) und 3) [...] als Gesellschafter einer aus ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ handeln. Der Gesellschaft wurde außerdem im Kaufvertrag eine Vollmacht zur Belastung des Wohnungseigentums mit Finanzierungsgrundpfandrechten erteilt. Die Anträge auf Eigentumsumschreibung auf die Gesellschaft und auf Eintragung einer aufgrund der Finanzierungsvollmacht bestellten Grundschuld wurden vom Grundbuchamt zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Die Entscheidung des Gerichts: Das KG hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Es stützt sich dabei auf seinen früheren Beschluss v. 27.4.2010 – 1 W 277/10, NZG 2010, 861, den es wörtlich zitiert und grenzt den Sachverhalt von der Entscheidung des OLG Saarbrücken v. 26.2.2010 – 5 W 371/09, ZfIR 2010, 329, ab. In der dort behandelten Vertragsurkunde war die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – neben der Angabe der Gesellschafter – durch Name und Sitz hinreichend individualisiert, während vorliegend keine dieser Angaben in der Urkunde enthalten war und die Gesellschaft auch nicht anlässlich des Kaufvertrags neu gegründet worden war, sondern offenbar bereits vorher bestand. Die Grundschuld konnte deshalb nicht eingetragen werden, weil die Belastungsvollmacht der Gesellschaft erteilt worden war, zum Zeitpunkt der Antragstellung jedoch nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden konnte, ob die beiden Erschienenen noch die alleinigen Gesellschaf-

ter waren. Weder durch Vorlage eines formgerechten Gesellschaftsvertrags noch durch eine Eigenerklärung der Vertreter könne ein aktueller Vertretungsnachweis geführt werden.

Konsequenzen für die Praxis: Neben dem OLG München v. 5.2.2010 – 34 Wx 116/09, DNotZ 2010, 299; v. 20.7.2010 – 34 Wx 63/10, ZfIR 2010, 724; v. 17.8.2010 – 34 Wx 98/10, ZfIR 2010, 721 und dem OLG Schleswig v. 9.12.2009 – 2 W 168/09, Rpfleger 2010, 320, bestätigt auch das KG, seine „strenge“ Haltung in Hinblick auf den Nachweis von Existenz, Identität und Vertretungsbefugnis einer GbR im Grundbuchverkehr. Im Grunde kommt für diese Auffassung ein Erwerb durch eine GbR nur in Betracht, wenn sie in der Kaufvertragsurkunde neu gegründet wird, eine bereits bestehende GbR ist hingegen vom Grundstücksverkehr faktisch ausgeschlossen. Eine vermittelnde Lösung vertritt das OLG Nürnberg v. 8.4.2010 – 10 W 277/10, ZIP 2010, 1344, das als Identitäts- und Vertretungsnachweis auch eine eidesstattliche Erklärung der Gesellschafter in der Form des § 29 GBO genügen lässt, während das OLG Saarbrücken v. 26.2.2010 – 5 W 371/09, ZfIR 2010, 329 und das OLG Oldenburg v. 19.7.2010 – 12 W 133/10, ZfIR 2010, 726; v. 9.8.2010 – 12 W 158/10, ZfIR 2010, 723, noch nachgiebiger sind und die bloße Erklärung der Gesellschafter im Kaufvertrag, für eine (bestehende oder neu gegründete) GbR zu handeln, ausreichen lassen.

Beraterhinweis: Der einzig richtige Ausweg aus dem bestehenden Dilemma wäre es, die fakultative (!) Eintragung der GbR im Handelsregister im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu gestatten, damit die GbR im Grundstücksverkehr ihre Existenz und ihre Vertretungsorgane in öffentlicher Form nachweisen kann (*Heinemann*, JR 2010, 31). Die Praxis will diesen Weg nicht gehen, sie hofft auf eine Lösung durch den BGH, die dieser nicht liefern wird (vgl. *Krüger*, NZG 2010, 801), oder eine Reaktion des Gesetzgebers, vor der man sich angesichts des missratenen § 899a BGB nur fürchten kann (vgl. *Weigl*, NZG 2010, 1053 [1056]). Bis dahin bleibt nur der Ratschlag, den Beteiligten von einem Erwerb als GbR abzuraten, denn auch bei Gründung derselben im Kaufvertrag wird das Existenz- und Vertretungsproblem nur auf den späteren Zeitpunkt einer evtl. Verfügung über den Grundbesitz verschoben. Das Schrifttum wird in der Zwischenzeit noch den Tod einiger Bäume verantworten, indem es unzählige wirkungslose Aufsätze, Beiträge, Anmerkungen, wie diese hier, Glossen, Praxistipps usw. usf. zur unsäglichen GbR produzieren wird. In hundert Jahren werden unsere Nachfahren kopfschüttelnd auf diese Donquichoterie zurückblicken. ◀

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

Die Rechtsbeschwerde wird unter dem Az. V ZB 194/10 geführt.

MietRB-Beratungspraxis

Wohnraummiete

■ Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung

von RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim

Seit dem 1.9.2009 ist in § 556 Abs. 3 Sätze 5 und 6 BGB geregelt, dass der Mieter von freifinanziertem Wohnraum Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung binnen einer Frist von 12 Monaten nach Zugang geltend machen muss und dass der Fristablauf grundsätzlich den Verlust der Einwendungen zur Folge hat; anders ist es, wenn die verspätete Geltendmachung vom Mieter nicht zu vertreten ist.

Nach dem Urteil des BGH v. 12.5.2010 – VIII ZR 185/09, MietRB 2010, 221 besteht die Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen auch dann, wenn der Mieter bereits gegen die Vorjahresabrechnungen eine entsprechende Einwendung erhoben hat. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung, auf die unter V. näher eingee-

gangen wird, erläutert der Beitrag zu beachtende Formalien bei der Erhebung von Einwendungen und geht auf – praxisrelevante – Einzelfälle ein.

I. Einleitung

Die Regelung des § 556 Abs. 3 Sätze 5 und 6 BGB beruht auf einem Vorschlag des Bundesrats,¹ den der Rechtsausschuss² aufgegriffen hat. Nach der Ansicht des Rechtsausschusses ist der Einwendungsausschluss als Gegenstück zur Ausschlussfrist für Nachforderungen bei verspäteter Abrechnung (§ 556 Abs. 3 Sätze 2 und 3 BGB) zu verstehen. Das legt die Annahme nahe, dass die jeweiligen Regelungen der Herstellung baldiger Rechtsicherheit dienen sollen. Der Gesetzesfassung sind die rechtsdogmatischen Grundlagen für den Einwendungsausschluss allerdings nicht eindeutig zu entnehmen. Dies hat dazu geführt, dass die genannte Regelung in der Literatur bis in die jüngste Zeit kontrovers diskutiert wird.³ Streitig ist insbesondere, was unter dem Begriff der „Einwendungen“ zu verstehen ist und in welcher Form der Mieter die Einwendungen geltend machen muss. Ebenso umstritten ist die Frage, ob der Mieter auch gegenüber einer formell unwirksamen Abrechnung Einwendungen zu erheben hat und ob diese zu substantiieren sind.

II. Formalien

1. Form

Nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung sind die Einwendungen dem Vermieter „mitzuteilen“. Eine besondere Form für die Mitteilung ist dem Wortlaut des § 556 BGB nicht zu entnehmen. Deshalb sind auch mündliche (oder telefonische) Einwendungen zu beachten.⁴

Beraterhinweis: Selbstverständlich kann ein solches Verfahren nicht empfohlen werden, da der Mieter für den Inhalt der Einwendungen beweispflichtig ist. ◀

2. Frist

Die Frist zur Geltendmachung von Einwendungen beginnt mit dem Zugang der Abrechnung; sie endet mit dem Ablauf des zwölften Monats, der auf den Zugang folgt. Zu diesem Zeitpunkt müssen dem Vermieter die Einwendungen zugegangen sein.⁵ Nach Ablauf der Frist kann der Mieter Einwendungen nicht mehr geltend machen. Durch eine vom Gericht gesetzte Frist, z.B. eine Klagerwiderungsfrist, wird die Frist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB nicht verlängert.⁶

1 BR-Drucks. 439/00.

2 BT-Drucks. 14/5663.

3 vgl. neben den Kommentierungen zu § 556 BGB insb.: Derckx, Frist für Einwendung „fehlende Vereinbarung“ über Betriebskostenpositionen – Stillschweigende Mietvertragsänderung – Die Einwendungsausschlussfrist nach der Entscheidung BGH v. 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, MDR 2008, 197 f. = MietRB 2008, 66 f. = NZM 2008, 81 in NZM 2008, 239; Dickersbach, Der Umfang des betriebskostenrechtlichen Einwendungsausschlusses, ZMR 2008, 355; Langenberg, Das Neue Mietrecht – Indexmiete – Staffelmiete – Mietspiegel – Betriebskosten-Vorauszahlungspflicht, WuM 2001, 523; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohnraummiete im BGB n.F., NZM 2001, 783; Langenberg, Zum vorbehaltlosen Ausgleich des Saldos von Betriebskostenabrechnungen in FS Bub 2007, 339 ff.; Lehmann-Richter, Der Verlust von Einwendungen gegen Betriebskostenabrechnungen, MietRB 2008, 283; Lützenkirchen, Die Einwendungsausschlussfrist im Betriebskostenrecht, NZM 2002, 512; Ludley, Folgen des vorbehaltlosen Ausgleichs eines Betriebskostensaldos, NZM 2008, 72; Schmid, Ausschluss von Einwendungen gegen Betriebskostenabrechnungen, ZMR 2002, 727; Schmid, Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung, GE 2008, 516; Sternel, Probleme des neuen Mietrechts, ZMR 2001, 937; Streyl, Die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 BGB gegen Betriebskostenabrechnungen – insb. Umfang und Bedeutung des Einwendungsausschlusses, WuM 2005, 505; Streyl, Pflicht des Mieters, Einwendungen gegen formell unwirksame Nebenkostenabrechnungen zu erheben, NZM 2009, 809; Hinz, Außergerichtliche und prozessuale Darlegungspflichten bei Betriebskostenstreitigkeiten, NZM 2009, 97.

4 Lützenkirchen, NZM 2002, 513; Rips in Betriebskosten-Kommentar, Rz. 2006 und 2059; Schmid in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 93; Blank/Börstinghaus, Miete, § 556 BGB Rz. 131; Hinz, NZM 2009, 97 (99).

5 Lützenkirchen, NZM 2002, 513.

6 AG Leipzig, Urt. v. 24.2.2006 – 169 C 8835/05, NZM 2008, 126.

Wohnraummiete

Die Einwendungen bleiben erhalten, wenn der Mieter die Verspätung nicht zu vertreten hat (§ 556 Abs. 3 Satz 6 BGB). Diese Rechtsfolge gilt sowohl außergerichtlich als auch im gerichtlichen Verfahren. Der Mieter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten, wenn ihm innerhalb der Zwölf – Monats – Frist keine Belegeinsicht gewährt wird. Gleiches gilt, wenn die Belegeinsicht so spät gewährt wird, dass der Mieter seine Einwendungen nicht rechtzeitig geltend machen kann oder wenn der Vermieter falsche Auskünfte erteilt. Für das Vertretenmüssen gilt § 276 BGB.⁷ Nach dem Wegfall des Hindernisses muss der Mieter die Einwendungen innerhalb von 2-3 Wochen vorbringen.⁸ Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht möglich.

3. Mietermehrheiten

Besteht die Mietvertragspartei aus mehreren Personen, so wird vereinzelt die Ansicht vertreten, dass die Einwendung von allen Mietern zu erheben ist; anderenfalls sei sie insgesamt unwirksam.⁹ Diese Ansicht beruht auf der Annahme, dass die Einwendung die Wirkung einer rechtsgestaltenden Erklärung hat; solche Erklärungen sind nur wirksam, wenn sie von allen Mietern abgegeben werden. An dieser Ansicht trifft zu, dass der Mieter unter Umständen zur Zahlung nicht geschuldeter Betriebskosten verpflichtet wird, wenn er gegen eine unzutreffende Abrechnung keine Einwendungen erhebt. Gleichwohl wird der Mietvertrag in einem solchen Fall nicht umgestaltet. Vielmehr gilt, dass sich die Zahlungsverpflichtungen der Mieter unterschiedlich entwickeln: Der Vermieter kann nur denjenigen Mieter auf Zahlung der ungekürzten Abrechnung in Anspruch nehmen, der die Abrechnung nicht beanstandet hat.

4. Vertretung

Anders ist es, wenn einer der Mieter zugleich als Vertreter der anderen Mieter tätig geworden ist. Dies führt zu der Frage, ob der Vermieter die Einwendung nach § 174 BGB zurückweisen kann, wenn sie nicht von allen Mietern stammt und der Erklärende keine Vollmacht beigefügt hat. Dieselbe Problematik ergibt sich, wenn die Einwendung durch einen Vertreter des oder der Mieter erhoben wird. Dies wird z.T. mit der Erwägung bejaht, dass die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend auf die Einwendungen nach § 556 Abs. 3 BGB anzuwenden sind, weil der Mieter hierdurch verhindern kann, dass aus der Abrechnung eine selbständige Anspruchsgrundlage entsteht.¹⁰ Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Abrechnung dagegen als reine Wissenserklärung, als Rechenvorgang, zu bewerten.¹¹ Die Anwendung des § 174 BGB scheidet nach dieser Ansicht aus.

III. Einwendungsobliegenheit bei formell unwirksamer Abrechnung?

In der Literatur ist streitig, ob die Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen eine formell wirksame Abrechnung voraussetzt¹² oder ob der Mieter gehalten ist auch auf eine formell unwirksame Abrechnung zu reagieren.¹³ Der Wortlaut des § 556 Abs. 3 BGB spricht für

die erstgenannte Auffassung. Nach obergerichtlicher Rechtsprechung ist unter dem Begriff der „Abrechnung“ in § 556 Abs. 3 Sätze 2 und 3 BGB nur die formell richtige Abrechnung zu verstehen. Für den gleichlautenden Begriff in § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB kann nichts anderes gelten.¹⁴ Die Abgrenzung zwischen formeller Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung gem. § 556 BGB einerseits und deren inhaltlicher Richtigkeit andererseits richtet sich nach der Rechtsprechung des BGH danach, ob der durchschnittliche Mieter in der Lage ist, die Art des Verteilerschlüssels der einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an den Gesamtkosten rechnerisch nachzuprüfen (formelle Wirksamkeit). Ob die abgerechneten Positionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen oder sonstige Mängel der Abrechnung vorliegen, etwa ein falscher Anteil an den Gesamtkosten zugrunde gelegt wird, betrifft die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung.¹⁵

IV. Einzelheiten

1. Abrechnung nicht geschuldeter Kosten

Hier ist streitig, ob die Regelung in § 556 Abs. 3 Sätze 5 und 6 BGB auch dann gilt, wenn der Vermieter über nicht geschuldete Kosten abrechnet. Die Frage wird zum

⁷ Lützenkirchen, NZM 2002, 513.

⁸ Lützenkirchen, NZM 2002, 513.

⁹ AG Charlottenburg, Urt. v. 30.11.2009 – 205 C 171/09, MM 2010, 75.

¹⁰ So *Dickersbach*, WuM 2008, 439; *Schmid*, GE 2008, 518; *Blank*, DWW 2009, 91 (95).

¹¹ BGH, Urt. v. 28.4.2010 – VIII ZR 263/09, MDR 2010, 798 = MietRB 2010, 189 = NJW 2010, 1965, Rz. 8; ebenso: *Langenberg*, in Schmidt-Futterer § 556 BGB Rz. 327; *Weitemeyer* in Staudinger, 2006, § 556 BGB Rz. 82; *Rips* in Betriebskosten-Kommentar, Rz. 1843; *Both* in Herrlein/Kandelhard, § 556 BGB Rz. 69.

¹² *Langenberg* in Schmidt-Futterer, § 556 BGB Rz. 499; *Sternel*, ZMR 2001, 937 (939); *Lützenkirchen*, NZM 2002, 512; *Gies*, NZM 2002, 514 f.; *Ehlert* in Bamberger/Roth, § 556 BGB Rz. 71; *Kinne* in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, § 556 BGB Rz. 100; *Kinne*, GE 2004, 1572 (1579); *Blank/Börstinghaus*, Miete § 556 BGB Rz. 156; *Derckx*, NZM 2008, 239; *Dickersbach* ZMR 2008, 355; *Blank* DWW 2009, 91 f.; *Hinz*, NZM 2009, 97 f.; *Milger*, NZM 2009, 497 (501); *Rips* in Eisenschmid/Rips/Wall, Betriebskosten-Kommentar Rz. 2064; *Weidenkaff* in Palandt, § 556 BGB Rz. 13.

¹³ LG Krefeld, Urt. v. 17.3.2010 – 2 S 56/09, WuM 2010, 357 f.; *Weitemeyer* in Staudinger, 2006, § 556 BGB Rz. 128, 129; *Sternel*, ZMR 2001, 939; *Schmid*, HB der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rz. 3258; *Schmid*, in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 91, 96; *Schmid*, ZMR 2002, 729; *Schmid*, GE 2008, 516; *Schmid* in Herrlein/Kandelhard, § 556 BGB Rz. 101; *Wetekamp*, Mietsachen, Kap. 6, Rz. 144; *Streyll*, WuM 2005, 505; NZM 2007, 324; NZM 2009, 809; *Ritzmann*, WuM 2010, 341; *Lehmann-Richter*, MietRB 2008, 283.

¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 5.3.2008 – VIII ZR 80/07, MDR 2008, 679 = MietRB 2008, 198 = NJW 2008, 1521; LG Berlin, Urt. v. 21.7.2009 – 63 S 553/08, GE 2009, 1127; Urt. v. 15.2.2008 – 63 S 263/07, MM 2008, 298; *Dercks*, NZM 2008, 239 f.; *Blank*, DWW 2009, 91.

¹⁵ BGH, Urt. v. 19.11.2008 – VIII ZR 295/07, MDR 2009, 196 = MietRB 2009, 93 = NJW 2009, 283.

Teil verneint,¹⁶ zum Teil bejaht.¹⁷ Hier können drei Fallgruppen unterschieden werden:

a) Abrechnung vertraglich nicht geschuldeter Betriebskosten

In diesen Fällen muss der Mieter einen entsprechenden Einwand erheben.¹⁸ Dies folgt aus der Erwägung, dass der Gesetzgeber der Abrechnungspflicht eine Obliegenheit zur umfassenden Rechnungsprüfung gegenübergestellt hat. So betrachtet ist der Mieter gehalten, alle Einwendungen geltend zu machen, die er bei sorgfältiger Rechnungsprüfung geltend machen kann. Hierzu gehört auch der Einwand, dass die Abrechnung Betriebskosten enthält, die nach der Umlagevereinbarung nicht abgerechnet werden dürfen.

16 *Langenberg* in Schmidt-Futterer, § 556 BGB Rz. 504; *Lützenkirchen*, NZM 2002, 512 f.; *Kinne* in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, § 556 BGB Rz. 100.

17 *Sternel*, ZMR 2001, 937 (939); *Schmid*, HB der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rz. 3262d; *Schmid*, ZMR 2002, 727 (730); *Schmid* in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 96; *Schmid*, GE 2008, 518; *Streyll*, WuM 2005, 505 f.; *Weitemeyer* in Staudinger, 2006, § 556 Rz. 129; *Rips* in Betriebskosten-Kommentar, Rz. 2064; *Wetekamp*, Mietsachen, Kap. 6, Rz. 145; *Frommeyer* in Anwaltskomm., § 556 BGB Rz. 24.

18 BGH, Urt. v. 10.10.2007 – VIII ZR 279/06, MDR 2008, 197 = MietRB 2008, 66 (67) = NJW 2008, 81; Urt. v. 12.5.2010 – VIII ZR 185/09, MDR 2010, 980 = MietRB 2010, 221 = NJW 2010, 2275; *Sternel*, ZMR 2001, 937 (939); *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rz. 3262d; *Schmid*, ZMR 2002, 727 (730); *Schmid* in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 96; *Streyll*, WuM 2005, 505 f.; *Weitemeyer* in Staudinger, 2006, § 556 Rz. 129; *Rips* in Betriebskosten-Kommentar, Rz. 2064; *Wetekamp*, Mietsachen, Kap. 6, Rz. 145; *Frommeyer* in Anwaltskommentar, § 556 Rz. 24.

19 *Weitemeyer* in Staudinger, 2006, § 556 BGB Rz. 129; *Dickersbach*, ZMR 2008, 355 f.; *Sternel*, ZMR 2001, 937 (939); *Streyll*, WuM 2005, 505 f.; *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rz. 3262c; *Schmid* in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 96; *Wetekamp*, Mietsachen, 4. Aufl. 2007, Kap. 6 Rz. 145; *Frommeyer* in Dauner-Lieb/Langen, Anwaltskommentar, § 556 BGB Rz. 24.

20 *Langenberg* in Schmidt-Futterer, § 556 BGB Rz. 503; *Rips* in Eisenschmid/Rips/Wall, Betriebskosten-Kommentar, Rz. 2064; *Kinne* in Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl. 2008, § 556 Rz. 100; *Lützenkirchen* in AHB-Mietrecht, 3. Aufl., Rz. 353; *Ehlert* in Bamberger/Roth, § 556 BGB Rz. 71; *Horst*, Praxis des Mietrechts, 2. Aufl. 2009, Rz. 767; *Gies* in Hannemann/Wiegner, MAH Wohnraummietrecht, § 36 Rz. 68.

21 *Langenberg* in Schmidt-Futterer, § 556 BGB Rz. 504; *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rz. 3256a, 3262d; *Schmid* in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 96; *Schmid*, GE 2008, 516; *Kossmann*, Handbuch der Wohnraummiete, § 37 Rz. 54; *Weitemeyer* in Staudinger, 2006, § 556 BGB Rz. 129; *Wetekamp*, Mietsachen, Kap. 6, Rz. 145; *Dickersbach*, ZMR 2008, 355 f.; *Streyll*, WuM 2005, 505 f.; *Blank*, NZM 2008, 745 (750); *Lehmann-Richter*, MietRB 2008, 283; *Blank/Börstinghaus*, Miete, 3. Aufl., § 556 BGB Rz. 157.

22 BGH, Urt. v. 19.11.2008 – VIII ZR 295/07, MDR 2009, 196 = MietRB 2009, 93 = NJW 2009, 283.

23 BGH, Urt. v. 23.6.2010 – VIII ZR 227/09, MietRB 2010, 288 = WuM 2010, 493.

24 BGH, Urt. v. 27.11.2002 – VIII ZR 108/02, MDR 2003, 382 = WuM 2003, 216 mit zust. Anm. *Wall*.

b) Abrechnung von Instandhaltungs- und Verwaltungskosten

Teilweise wird vertreten, dass der Mieter auch diesen Verstoß durch Einwendung geltend machen muss.¹⁹ Nach anderer Ansicht besteht keine Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen, weil es an der gesetzlichen Grundlage für die Umlage fehlt.²⁰ Der BGH hat über diese Fallgruppe noch nicht entschieden.

Beraterhinweis: Nach dem Sinn und Zweck der Einwendungsobliegenheit kann es keinen Unterschied bedeuten, ob sich der Abrechnungsfehler aus dem Vertrag oder dem Gesetz ergibt. Der Mieter muss also auch diesen Fehler mit der Einwendung rügen. ◀

c) Abrechnung trotz vereinbarter Betriebskostenpauschale oder Pauschalmiete

Schließlich ist an jene Fälle zu denken, in denen eine Betriebskostenpauschale oder eine Pauschalmiete vereinbart ist und der Vermieter gleichwohl abrechnet. Der BGH hat hierüber noch nicht entschieden. In der Literatur wird für diese Fallgruppe eine Einwendungsobliegenheit überwiegend verneint.²¹ Dies beruht auf der Erwägung, dass bei der Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale für die Anwendung des § 556 Abs. 3 kein Raum ist.

Beraterhinweis: Der Mieter muss also auch keine Einwendungen erheben. Der Vermieter hat nur die Rechte und Pflichten aus § 560 Abs. 1 bis 3 BGB. ◀

2. Unverständliche und fehlerhafte Umlageschlüssel

In der Abrechnung muss der Umlagemaßstab angegeben und gegebenenfalls erläutert werden. Eine Erläuterung ist erforderlich, wenn der Umlageschlüssel nicht aus sich heraus verständlich ist. Fehlt die Erläuterung so liegt ein formeller Abrechnungsmangel vor; in diesem Fall muss der Mieter keine Einwendungen erheben. Allgemein verständliche Verteilerschlüssel bedürfen dagegen keiner Erläuterung.²² Verwendet der Vermieter einen fehlerhaften Umlageschlüssel, so muss dies mit der Einwendung gerügt werden.

3. Fehlerhafte Abrechnungseinheiten, unzutreffende Flächenangaben

Ob die Abrechnungseinheiten richtig gebildet wurden und ob die Flächenangaben zutreffen, betrifft nicht die formelle Wirksamkeit sondern die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung.²³

4. Unzutreffende Vorauszahlungen, Sollvorauszahlungen,

Aus der Abrechnung muss ersichtlich sein, welche Vorauszahlungen berücksichtigt worden sind. Grundsätzlich müssen die tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen ausgewiesen werden. Nach der Rechtsprechung des BGH²⁴ dürfen in die Abrechnung ausnahmsweise die „Sollvorauszahlungen“ aufgenommen werden, wenn der Mieter für den Abrechnungszeitraum keine Vorauszahlungen erbracht, der Vermieter die fehlenden Betriebskostenvorauszahlungen bereits eingeklagt hat und noch keine

Abrechnungsreife eingetreten ist. Die gleichen Grundsätze müssen nach der Rechtslogik gelten, wenn der Mieter nur mit einem Teil der Vorauszahlungen säumig ist. Wird über Sollvorauszahlungen abgerechnet, obwohl die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, so begründet dies keinen formellen Mangel, sondern betrifft die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung. Es gilt nichts anderes als bei einer Falschberechnung der geleisteten Vorauszahlungen.²⁵ Der Mieter muss in beiden Fällen Einwendungen gegen die Abrechnung erheben.

V. Substantiierung und Begründung der Einwendungen

Nach ganz h.M. muss der Mieter die Einwendungen dergestalt substantieren, dass sich aus der Erklärung ergibt, in welchen konkreten Punkten die Abrechnung beanstandet wird.²⁶ Der Vermieter muss auf Grund der Erklärungen des Mieters gegebenenfalls zu einer Korrektur der Abrechnung in der Lage sein.²⁷ Falls erforderlich muss der Mieter seinen Anspruch auf Einsicht in die Belege geltend machen.²⁸ Eine generelle Obliegenheit zur Einholung von Rechtsrat besteht allerdings nicht.²⁹

Die Einzelheiten der Substantiierungspflicht sind umstritten. Teilweise wird vertreten, dass eine Einwendung hinreichend substantiiert ist, wenn sie so beschrieben wird, dass „der Fehler der Abrechnung identifiziert und von anderen Fehlern abgegrenzt werden kann“; eine weitere Substantiierung könne dann im Prozess erfolgen.³⁰ Nach dieser Ansicht reicht es beispielsweise aus, wenn der Mieter erklärt, er wünsche, dass die Abrechnung wegen der ungewöhnlichen Höhe der Heiz- Wasser- oder Hauswartkosten vom Gericht überprüft wird. Damit ist der „Kern“ der Einwendung beschrieben. Der Mieter muss nicht mitteilen, ob er die Einwendung auf statistische Vergleichsdaten, einen möglichen Fehler der Messgeräte oder (bei den Hauswartkosten) auf den unzureichenden Abzug von Instandhaltungsanteilen stützt. Dies zählt zu den Ergänzungstatsachen, die nachgeschoben werden können.

Verlangt man vom Mieter dagegen eine „Auseinandersetzung mit der Abrechnung“³¹ und versteht hierunter eine weitergehende Begründung im Sinne der Offenlegung von „Ergänzungstatsachen“, so müsste der Mieter darüber hinaus begründen, warum er die Einwendung erhoben hat.³²

Nach der hier vertretenen Ansicht genügt es, wenn sich aus der Stellungnahme des Mieters ergibt, ob Einwendungen gegen den Kostenansatz, die Höhe der Kosten, den Verteilungsschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters oder die Berücksichtigung der Vorauszahlungen erhoben werden. Andererseits reicht es nicht aus, wenn der Mieter lediglich zum Ausdruck bringt, dass er die Abrechnung für falsch hält. Erst recht kann eine Zahlungsverweigerung nicht als hinreichende Einwendung bezeichnet werden. Dies folgt bereits aus der Erwägung, dass die Nichtzahlung auch auf Zahlungsunfähigkeit beruhen kann. Wendet sich der Mieter lediglich gegen einzelne Teile der Abrechnung, so ist er nach Fristablauf mit Einwendungen gegen andere Teile ausgeschlossen.

Nach der Rechtsprechung des BGH³³ besteht die Obliegenheit zur Geltendmachung von Einwendungen auch

dann, wenn der Mieter bereits gegen die Vorjahresabrechnungen eine entsprechende Einwendung erhoben hat. Der BGH bejaht dies unter Hinweis auf den Wortlaut und den Sinn und Zweck der Vorschriften. Durch die Obliegenheit zur Erhebung von Einwendungen soll Klarheit über die Durchsetzbarkeit eines Betriebskostensaldos geschaffen werden. Die Regelungen dienen mithin der Rechtssicherheit. Mit diesem Regelungszweck stünde es nicht im Einklang, wenn sich der Mieter auf die Einwendungen gegen frühere Abrechnungen berufen könnte.

VI. Zahlung vor Ablauf der Einwendungsfrist

Durch die vorbehaltlose Zahlung der Abrechnung kommt im Allgemeinen weder ein deklaratorisches Anerkenntnis noch ein Abrechnungsvertrag zustande.³⁴ Ebenso kann die Zahlung nicht als Verzicht auf Einwendungen gewertet werden.³⁵ Die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen bleibt dem Mieter also erhalten. Macht

25 BGH, Beschl. v. 23.9.2009 – VIII ZA 2/08, NJW 2009, 3575; LG Köln, Urt. v. 6.11.2008 – 6 S 439/07, juris.

26 LG Bochum, Urt. v. 8.4.2005 – 10 S 76/04, ZMR 2005, 863; AG Aachen, Urt. v. 13.8.2004 – 10 C 161/04, WuM 2004, 611; AG Oldenburg, Urt. v. 19.12.2007 – E4 C 4229/07, ZMR 2008, 467; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 11.9.2008 – 10 C 50/08, MM 2009, 147; AG Leipzig, Urt. v. 24.2.2006 – 169 C 8835/05, NZM 2008, 126; AG Frankfurt, Urt. v. 7.11.2008 – 33 C 1783/08, juris; Langenberg in Schmidt-Futterer, § 556 BGB Rz. 501; Langenberg, NZM 2001, 787; Lützenkirchen, NZM 2002, 513; Lützenkirchen in AHB-Mietrecht, 3. Aufl., Rz. 345; Lützenkirchen in Neue Mietrechtspraxis, 2001, Rz. 149; Derckx, NZM 2008, 239 f.; Lehmann-Richter, MietRB 2008, 283 f.; Weitemeyer in Staudinger, 2006, § 556 BGB Rz. 131; Both in Herrlein/Kandelhard, § 556 BGB Rz. 104; Kinne in Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl. 2008, § 556 Rz. 100a; Wetekamp, Mietsachen, 4. Aufl. 2007, Kap. 6, Rz. 147; Streyl, WuM 2005, 505; Frommeyer in Dauner-Lieb/Langen, Anwaltkommentar, § 556 BGB Rz. 25; Ehlert in Bamberger/Roth, § 556 BGB Rz. 71; Horst, Praxis des Mietrechts, 2. Aufl. 2009, Rz. 764; Weidenkaff in Palandt, § 556 BGB Rz. 13.

27 AG Leipzig, Urt. v. 24.2.2006 – 169 C 8835/05, NZM 2008, 126; AG Oldenburg, Urt. v. 19.12.2007 – E4 C 4229/07, ZMR 2008, 467; Lützenkirchen, NZM 2002, 513; Schmid in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 95; Derckx, NZM 2008, 239 f.

28 AG Oldenburg, s. Fn. 27; Hinz, NZM 2009, 97 (99); a.A. Milger, NZM 2009, 497 (500).

29 Milger, s. Fn. 28.

30 Lehmann-Richter, MietRB 2008, 283.

31 So Streyl, WuM 2005, 505; wohl auch Hinz, NZM 2009, 97 (99).

32 So LG Bochum, Urt. v. 8.4.2005 – 10 S 76/04, ZMR 2005, 863; danach genügt es nicht, wenn der Mieter erklärt, er werde „wegen erheblicher Bedenken gegen die Heizkostenabrechnung bis zur gerichtlichen Klärung ... keine Zahlung leisten“.

33 BGH, Urt. v. 12.5.2010 – VIII ZR 185/09, MDR 2010, 980 = MietRB 2010, 221 = NJW 2010, 2275 m. abl. Anm. Derckx.

34 Ebenso: Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rz. 3273a; Schmid in MünchKomm/BGB, § 556 Rz. 102; Schmid, ZMR 2002, 727; Lammel, Wohnraummietrecht, § 556 BGB Rz. 147; Stornel, ZMR 2001, 937 (940); a.A. Wetekamp, Mietsachen, 4. Aufl. 2007, Kap. 6, Rz. 142; Frommeyer in Dauner-Lieb/Langen, Anwaltkommentar, § 556 BGB Rz. 26; Ehlert in Bamberger/Roth, § 556 BGB Rz. 72, 74; Erman/Jendrek, § 556 BGB Rz. 14; Streyl, WuM 2005, 505; wohl auch Langenberg in FS Bub, 2007, S. 339, 341.

35 Schmid, s. Fn. 34; a.A. Weidenkaff in Palandt, § 556 BGB Rz. 13.

der Mieter die Einwendungen nach der Zahlung aber vor Fristablauf geltend und erweisen sich diese auch materiell-rechtlich als begründet, so kann der Mieter den überzahlten Betrag nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt.1 BGB zurückfordern. Der Rückforderungsanspruch ist nach § 814 BGB ausgeschlossen, wenn der Mieter gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Die Kenntnis von Einwendungen gegen die Abrechnung steht der Kenntnis der Nichtschuld gleich.³⁶ Grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.³⁷ Nach Ablauf der Einwendungsfrist besteht der Rückforderungsanspruch nur, wenn der Mieter den Fehler ohne Verschulden nicht erkannt hat.³⁸

Die hier dargelegten Grundsätze schließen es nicht generell aus, dass sich die Parteien vor Ablauf der Einwendungsfrist auf ein bestimmtes Abrechnungsergebnis einigen.³⁹ Hierzu ist allerdings mehr erforderlich als die vorbehaltlose Zahlung der Abrechnung.⁴⁰ Eine vertragliche Einigung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Parteien einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich abschließen, durch den der Vermieter auf einen Teil seiner Ansprüche verzichtet und sich der Mieter zur Zahlung des Restes verpflichtet. Ebenso können die Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über die Abrechnung dadurch beseitigen, dass der Mieter ein Anerkenntnis erklärt. Durch § 556 Abs. 4 BGB werden diese Verträge nicht ausgeschlossen.⁴¹ Zwar bestimmt diese Vorschrift, dass Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters von Abs. 3 abweichen unwirksam sind. Jedoch gilt die Vorschrift nur für solche Vereinbarungen, durch die Rechte des Mieters generell ausgeschlossen oder beeinträchtigt werden. Der Mieter ist aber nicht gehindert, im Einzelfall auf einen ihm zustehenden Anspruch zu verzichten.⁴²

Hat der Mieter den sich aus einer unwirksamen Abrechnung ergebenden Saldo bezahlt, weil er vom Vermieter mit Kündigungsandrohung unter Druck gesetzt wurde, ist der Mieter so zu stellen, als habe er die Zahlung unter Vorbehalt geleistet.⁴³ Ebenso wird der Mieter nicht mit Einwendungen ausgeschlossen, wenn der Vermieter bewusst unrichtig abrechnet.⁴⁴

VII. Prozessuale Folgen

1. Prozessuale Situation bei mündlicher Verhandlung vor Ablauf der Einwendungsfrist

Der Vermieter kann eine Betriebskostennachforderung nach allgemeiner Ansicht vor Ablauf der Einwendungsfrist gerichtlich geltend machen. Anspruchsgrundlage für eine Betriebskostennachforderung ist in diesem Fall § 535 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenumlagevereinbarung. Der Vermieter muss vortragen, dass eine wirksame Umlagevereinbarung getroffen wurde, dass die Abrechnung formell wirksam ist und hinsichtlich der abgerechneten Positionen mit der Umlagevereinbarung übereinstimmt, dass die Kostenverteilung auf der Grundlage des vertraglich vereinbarten oder des gesetzlichen Umlagemaßstabs erfolgt ist und die abgerechneten Kosten tatsächlich entstanden sind.

Bei schlüssiger Klage wird der Mieter verurteilt, wenn er keine Einwendungen erhebt. Das Urteil ergeht nicht als Vorbehaltssondern als Endurteil. Das Recht zur Erhebung von Einwendungen bleibt dem Mieter nicht vorbehalten.

Ist der Vortrag des Vermieters un schlüssig, und wird hierüber vor Ablauf der Einwendungsfrist mündlich verhandelt, so muss der Mieter nichts einwenden.⁴⁵ Die Klage wird abgewiesen, weil sie bereits nach dem Vortrag des Klägers nicht begründet ist. Ein Versäumnisurteil zu Lasten des Mieters kann nicht ergehen. Es gilt nichts anderes als für die Gewerbemiete.

2. Prozessuale Situation bei mündlicher Verhandlung nach Ablauf der Einwendungsfrist

Die prozessuale Situation ändert sich, wenn die mündliche Verhandlung nach dem Ablauf der Einwendungsfrist erfolgt und der Mieter keine Einwendungen gegen die Abrechnung erhoben hat. In diesem Fall kann der Vermieter seinen Anspruch auf die Abrechnung als solche stützen, weil diese kraft der Fiktion des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt.⁴⁶ Auch hier muss der Vermieter zwar die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs darlegen. Hierfür genügt es aber, wenn der Vermieter vorträgt, dass die Umlagevereinbarung zur Abrechnung berechtigt, dass die Abrechnung in formeller Hinsicht den Anforderungen des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB entspricht, dass sie dem Mieter rechtzeitig zugegangen ist (§ 556 Abs. 3 Satz 2 BGB) und dass dieser keine Einwendungen erhoben hat (§ 556 Abs. 3 Satz 6 BGB).

36 *Sprau* in Palandt, § 814 BGB Rz. 4.

37 *Milger*, NZM 2009, 497 (500).

38 *Milger*, NZM 2009, 497 (500).

39 *Weitemeyer* in Staudinger, 2006, § 556 BGB Rz. 134; *Langenberg* in FS Bub, 2007, S. 339, 346; *Schmid* in MünchKommBGB, § 556 Rz. 102.

40 *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rz. 3271.

41 *Langenberg* in FS Bub, 2007, S. 339, 346; *Ludley*, NZM 2008, 72 f.; *Schmid*, ZMR 2002, 727 (731); a.A.: *Sternel*, ZMR 2001, 937 (940); *Ehlert* in Bamberger/Roth, § 556 BGB Rz. 71.

42 *Lützenkirchen/Dickersbach*, ZMR 2006, 821.

43 AG Charlottenburg, Urt. v. 1.10.2009 – 218 C 105/09, GE 2009, 1503; vgl. auch BGH, Urt. v. 12.7.1995 – XII ZR 95/93, NJW 1995, 3052; *Sprau* in Palandt, § 814 BGB Rz. 5.

44 *Milger*, s. Fn. 28.

45 *Schmid*, ZMR 2002, 727 f.

46 *Blank*, DWW 2009, 91.

Gewerberaummiete

■ Indexklauseln – Auswirkungen von Nachträgen zu Mietverträgen

von RA Dr. Adrian Birnbach LL.M./Ref. Kai Gassert, Frankfurt/M.*

Gerade langfristige Gewerberaummietverträge enthalten Klauseln über die Anpassung des Mietzinses, um dem Geldwertverfall durch Inflation zu entgegenen. Den Regelfall bilden dabei automatische Mietzinsanpassungen, die sich an den Veränderungen des Verbraucherpreisindex orientieren. Das Preisklauselgesetz (PrKIG) regelt, wann eine derartige Klausel zulässig ist. Spätere Nachträge zu Mietverträgen führen leicht dazu, an sich wirksame Mietzinsanpassungsklauseln unwirksam werden zu lassen.

I. Einleitung

Vermietern ist daran gelegen, die Miete regelmäßig zu erhöhen und so der Inflation anzupassen. Häufig wird dabei die Erhöhung des Mietzinses an die Veränderung des Verbraucherpreisindex gekoppelt. Diese Koppelung ist jedoch bei der Gewerberaummiete problematischer als bei der Wohnraummiete. Bei der Wohnraummiete kann der Vermieter die Miete gem. § 557b BGB an den durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland koppeln, wobei der Mietzins für jeweils mindestens ein Jahr unverändert bestehen bleiben muss.

Bei der Geschäftsraummiete ist §§ 557b BGB nicht anwendbar. Eine Koppelung der Gewerberaummiete an einen Preisindex („Indexmiete“) ist infolgedessen nur unter Beachtung des Preisklauselgesetzes zulässig.

Selbstverständlich kann der Vermieter sowohl im Wohnraummietrecht (§ 557a BGB) als auch im Gewerberaummietrecht an Stelle einer Indexmiete eine Staffelmiete oder eine Neuverhandlung des Mietzinses nach Ablauf einer bestimmten Mietzeit vereinbaren. Jedoch ist die Indexmiete die in der Praxis am häufigsten gewählte Form der Mietzinsanpassung.

II. Preisklauselgesetz

1. Voraussetzungen

Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit einer Preisklausel ist gem. § 2 PrKIG, dass die Preisklausel im Einzelfall hinreichend bestimmt ist und keine Vertragspartei unangemessen benachteiligt. Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer der speziellen Zulässigkeitsgründe, respektive Legalausnahmen der §§ 3 – 7 PrKIG.

Die Legalausnahmen für Mietverträge sind in den §§ 3 Abs. 1 Nr. 1d) und e) PrKIG geregelt. Danach sind Preisklauseln in Mietverträgen zulässig, wenn

- der Mietvertrag eine Mindestlaufzeit von zehn Jahren hat, oder

- der Vermieter auf die Dauer von mindestens zehn Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet hat, oder
- der Mieter das Recht hat, die Vertragsdauer auf mindestens zehn Jahre zu verlängern (sog. Optionsrecht), und

sofern die geänderte Miete durch die Änderung eines von dem Statistischen Bundesamt oder einem Statistischen Landesamt ermittelten Preisindex für die Gesamtlebenshaltung oder eines vom Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft ermittelten Verbraucherpreisindex bestimmt wird.

Entscheidend hinsichtlich der zehn Jahres Periode ist, dass der Vermieter den langfristigen Mietvertrag in diesem Zeitraum nicht einseitig beenden kann.¹ Dem Mieter eingeräumte Sonderkündigungsrechte spielen dabei keine Rolle.²

2. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit einer Preisklausel

Sofern die vorgenannten Voraussetzungen nicht eingehalten werden, z.B. weil der Mietvertrag nur auf fünf Jahre geschlossen wurde, ist eine vereinbarte Indexmiete unwirksam. Grundsätzlich hat die Unwirksamkeit von Vertragsklauseln die Unwirksamkeit von Anfang an, also ab Vertragsschluss zur Folge, so dass der Mieter grundsätzlich die Rückzahlung bereits aufgrund einer erfolgten Indexierung geleisteter erhöhter Mietanteile verlangen könnte.

Gemäß § 8 PrKIG tritt die Unwirksamkeit der Preisklausel jedoch erst zum Zeitpunkt des rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen dieses Gesetz ein, soweit nicht eine frühere Unwirksamkeit vereinbart ist. Die Rechtswirkungen der Preisklausel bleiben somit bis zum Zeitpunkt der Feststellung der Unwirksamkeit unberührt. Die Parteien müssen folglich selbst überprüfen, ob eine Indexmietvereinbarung aufgrund Verstoßes gegen das Preisklauselgesetz unwirksam ist; da die Unwirksamkeit der Klausel nur und erst ab deren rechtskräftiger Feststellung eintritt (ex nunc, § 8 PrKIG).

Zu Gerichtsverfahren über Indexmietvereinbarungen kommt es in aller Regel wie folgt: Sofern der Mieter sich weigert, die sich aufgrund einer Indexmietvereinbarung erhöhende Miete zu zahlen, wird der Vermieter die rück-

* Dr. Adrian Birnbach LL.M (Stellenbosch) ist Rechtsanwalt und Kai Gassert ist Rechtsreferendar in der Kanzlei Linklaters LLP in Frankfurt/M.

1 Wolf/Eckert/Ball, HB des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl. 2009, Rz. 408.

2 Bartholomäi in Linder-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl., Kap. 10 Rz. 128.

ständige Mierte unter Berufung auf die vereinbarte Indexmierte im Wege der Leistungsklage einklagen. Aus Anwaltperspektive ist in diesem Zusammenhang bei der Vertretung eines Mieters als Beklagten zu beachten, dass unbedingt eine Widerklage als Feststellungsklage zu erheben ist.³ Aufgrund von § 8 PrKIG entfaltet selbst bei inzidenter Feststellung der Unwirksamkeit der Indexmietvereinbarung, diese nur Auswirkungen für die Zukunft (ex nunc) und nicht auch für die Vergangenheit (ex tunc), weshalb regelmäßig der Klage des Vermieters auf Zahlung rückständiger Mierte vollumfänglich stattgegeben werden wird.⁴ Obendrein kann der Vermieter auch künftig rückständige Indexmierte einklagen, selbst wenn im ersten Verfahren das Gericht die Indexmietvereinbarung als unwirksam erachtet hätte, da sich in einem solchen ersten Verfahren das Gericht mit der Unwirksamkeit der Indexmietvereinbarung nur als Vorfrage bei der Prüfung des Zahlungsanspruches des Vermieters befasst und eine Entscheidung über solche Vorfragen dabei nicht in Rechtskraft erwächst.⁵

3. Verhältnis zum AGB-Recht

Da Gewerberaummietverträge oftmals für eine Vielzahl von Mietvertragsabschlüssen benutzt werden, sind Klauseln über die Indexmierte in diesen Fällen auch anhand des AGB-Rechts (§§ 305 ff. BGB) zu überprüfen.

Aufgrund der allgemeinen Verbreitung von Indexmietvereinbarungen in Gewerberaummietverträgen ist bei der Vereinbarung einer solchen Indexmierte regelmäßig nicht von einer überraschenden Klausel i.S.d. § 305c Abs. 1 BGB auszugehen.⁶

Umstritten ist jedoch das Verhältnis des AGB-Rechts zu § 8 PrKIG. Eine Auffassung geht davon aus, dass in der formularmäßigen Verwendung einer nach §§ 1–7 PrKIG unwirksamen Indexmietvereinbarung stets eine unwirksame Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB vorliegt, weshalb eine solche Indexmietvereinbarung sowohl nach PrKIG als auch nach AGB-Recht unwirksam ist. Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes des § 8 PrKIG, der vom Verstoß „gegen dieses Gesetz“ – also gegen das

PrKIG – spricht, seien § 307 BGB und das PrKIG nebeneinander anwendbar.⁷ Der Rechtsfolge des § 8 PrKIG (ex nunc) komme kein Vorrang ggü. der Rechtsfolge einer Unwirksamkeit nach AGB-Recht (ex tunc) zu, da das PrKIG nicht regelt, dass andere Bestimmungen, die sich mit der Wirksamkeit von Vertragsklauseln, mithin mit der Wirksamkeit einer Indexmietvereinbarung, keine Anwendung finden sollen.⁸ Nach dieser Auffassung könnte ein Mieter bei Vorliegen einer Indexmietvereinbarung, die (auch) gegen AGB-Recht verstößt, zu viel bezahlte Mierte für die Vergangenheit im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung vom Vermieter zurückverlangen.

Demgegenüber nimmt die andere Ansicht an, dass das PrKIG als *lex specialis* gegenüber anderweitigen Unwirksamkeitsgründen nach §§ 305 ff. BGB anzusehen sei.⁹ Grund hierfür sei vor allem das Ziel des Preisklauselgesetzes – Bürokratieabbau und Schaffung von Rechtssicherheit bei langfristigen Verträgen.¹⁰ Dieses Ziel würde verfehlt, wenn die in § 8 PrKIG niedergelegte Rechtsfolge Unwirksamkeit ex nunc durch außerhalb des PrKIG liegende Unwirksamkeitsgründe mit ex tunc Wirkung konterkariert werden würde.¹¹ Deshalb sei der Rechtsfolge des § 8 PrKIG der Vorrang einzuräumen, was zu einem umfassenden Ausschluss von anderweitigen Unwirksamkeitsgründen mit ex tunc Wirkung führt.¹²

Es ist nur schwerlich mit dem Sinn und Zweck des PrKIG vereinbar, wenn man mit *Gerber*¹³ eine gegen das PrKIG verstoßende Indexmietvereinbarung zugleich als eine unangemessene Benachteiligung und damit als unwirksam nach AGB-Recht ansieht, was ex tunc Wirkung zur Folge hätte. Richtiger ist es, eine Trennung vorzunehmen. Falls eine Indexmietvereinbarung sowohl nach AGB-Recht als auch nach PrKIG unwirksam ist, so hat das PrKIG mit der in § 8 niedergelegten ex nunc Wirkung als speziellere Regel Vorrang.

Falls jedoch eine Indexmietvereinbarung aufgrund eines eigenständigen Unwirksamkeitsgrund nach §§ 305 ff. BGB oder anderer gesetzlicher Regelungen unwirksam sein sollte, und nicht zugleich eine Unwirksamkeit nach PrKIG gegeben sein sollte, dann ist die Indexmietvereinbarung als von Anfang an, also mit ex tunc Wirkung als unwirksam anzusehen.

4. Altverträge

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der verschiedenen Gesetze (PrAngG/PrKV bzw. PrKIG) ist vor allem auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Auf Verträge, die nach dem 13.9.2007 abgeschlossen wurden, ist das PrKIG uneingeschränkt anwendbar. Für Klauseln, die vor dem 13.9.2007 abgeschlossen wurden, gilt grundsätzlich das neue PrKIG.¹⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn der Vertrag vor diesem Datum geschlossen wurde und eine Genehmigung oder ein Negativattest vorgelegt oder beantragt wurden. In diesem Fall sind das PrAngG und die PrKV anzuwenden.¹⁵

III. Fallstricke bei Nachträgen

Gerade bei Nachträgen zu Mietverträgen lauern mehrere Fallstricke, die dazu führen können, an sich wirksame In-

3 *Wiegner* in Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl. 2010, § 61 Rz. 12.

4 *Gerber*, NZM 2008, 152, 153.

5 *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl., Vor § 322 Rz. 34.

6 *Gerber*, NZM 2008, 152 (154); *Neuhaus*, HB der Geschäftsraummierte, 3. Aufl. 2008, Rz. 730; *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (575).

7 *Gerber*, NZM 2008, 152 (154 f.); diesem wohl folgend: *Sternel* in *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rz. IV Ziff. 52.

8 *Gerber*, NZM 2008, 152 (154).

9 *Heinrichs* in Palandt, Komm. zum BGB, 69. Aufl. 2010, Anh. zu § 245, § 8 PrKIG Rz. 1; *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (575).

10 *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (575).

11 *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (575).

12 *Heinrichs*, s. Fn. 9; *Schultz*, NZM 2008, 425 (427). Dieser Meinung grundsätzlich folgend *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (575), die jedoch eine Ausnahme für Gebietsfremde nach § 6 PrKG machen.

13 *Gerber*, NZM 2008, 152 (154).

14 *Bartholomäi*, s. Fn. 2, Kap. 10 Rz. 117.

15 *Neuhaus*, s. Fn. 8, Rz. 761.

dexmietvereinbarungen unwirksam werden zu lassen. Aus Beratersicht ist vor allem dann Vorsicht geboten, wenn durch einen Nachtrag zum Mietvertrag die Mietfläche oder die Laufzeit des Mietvertrages verändert werden soll.

1. Nachtägliche Änderungen der Vertragsdauer

Soll durch einen Nachtrag zum Mietvertrag die Vertragsdauer, also Laufzeit des Mietvertrages verändert werden, ist darauf zu achten, dass die Voraussetzungen des PrKIG weiterhin erfüllt bleiben. Entscheidend ist dabei, dass der Vermieter gem. §§ 3 Abs. 1 Nr. 1d) und e) PrKIG den Mietvertrag innerhalb des zehn Jahres Zeitraums nicht einseitig beenden kann.

Wie berechnet sich jedoch dieser zehn Jahres Zeitraum?

a) Beginn des zehn Jahres Zeitraumes

Bei der Berechnung des zehn Jahres Zeitraums könnte sowohl auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses als auch auf den Zeitpunkt des Mietbeginns abzustellen sein. Insbesondere bei einer „Vermietung vom Reißbrett“ können diese beiden Zeitpunkte erheblich auseinanderfallen. In der Begründung zum Gesetzentwurf des PrKG¹⁶ und den anschließenden Beratungen wurde dieses Problem nicht erörtert, jedoch wäre nach dem eindeutigen Wortlaut eigentlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.

Entgegen dem eindeutigen Wortlaut ist *Usinger*¹⁷ gleichwohl beizupflichten, dass auf den Zeitpunkt des Mietbeginns abzustellen ist. Denn die Mietanpassung dient primär dazu, die Geldwertveränderungen auszugleichen, die regelmäßig aber erst mit Einzug des Mieters beginnen, da der Mieter generell erst ab Einzug die Miete entrichtet. Vor Einzug des Mieters und damit beginnender Mietzinszahlung ist eine Mietanpassung nicht erforderlich und auch nicht gerechtfertigt.¹⁸

b) Mietfreie Zeiten

Sofern der Vermieter durch Vereinbarung einer mietfreien Zeit für einen bestimmten Zeitraum auf die Zahlung von Miete verzichtet, hat das auf die Bestimmung des zehn Jahres Zeitraumes keinen Einfluss. Es handelt sich hierbei lediglich um einen einmaligen Anreiz für den Mieter. Auf die Laufzeit des Vertrages, auf die das Gesetz maßgeblich abstellt, hat dieser Verzicht keine Auswirkungen. Auch bleibt das Interesse des Vermieters zum Ausgleich von Geldwertveränderungen unvermindert bestehen.

c) Berechnung des zehn Jahres Zeitraums bei Nachträgen

Wenn nun ein Nachtrag zum Mietvertrag abgeschlossen werden soll, stellt sich die Frage, ob bei der Berechnung des zehn Jahres Zeitraums auf den Mietbeginn des Ursprungsvertrages oder auf den Beginn des Nachtrages, der zumeist im Vertragsschluss selbst liegen wird, abzustellen ist.

Sofern in einem Nachtrag eine Beendigung des Ursprungsmietvertrages und der Abschluss eines neuen Mietvertrages liegen sollte,¹⁹ ist auf den Beginn des neu-

en Mietvertrages abzustellen, so dass der Vermieter bei Beginn des Nachtrages, respektive neuen Mietvertrages für einen neuen Zeitraum von zehn Jahren das Mietverhältnis nicht einseitig kündigen können darf, um die Anforderungen des PrKIG zu erfüllen.

Sofern durch einen Nachtrag die Vertragslaufzeit des bestehenden Mietvertrages modifiziert wird, könnte man entweder an der ursprünglich vereinbarten Vertragsdauer des ursprünglichen Vertrages anknüpfen²⁰ oder an dem durch den Nachtrag entstandenen „neuen“ Zeitraum.²¹

Die vorherrschende Auffassung stellt auf die Vertragsdauer des ursprünglichen Vertrages ab. *Aufderhaar/Jaeger*²² begründen dies vor allem mit dem Willen des Gesetzgebers, da bei einem Abstellen auf den Nachtrag nicht beachtet würde, dass Ausnahmen von dem grundsätzlich bestehenden Preisklauselverbot (§ 1 Abs. 1 PrKIG) nur zuzulassen sind, um einem Vermieter, der sich langfristig bindet, die Möglichkeit zur Erhaltung des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses zu eröffnen. Als weiteres Argument wird § 8 PrKIG herangezogen. Ziel der Bundesregierung war es durch die einmal zu erhebende Feststellungsklage Rechtssicherheit zu schaffen und Rechtstreitigkeiten zu vermeiden.²³ Würde man auf die Nachträge abstellen, würde auch dieses Ziel konterkariert, da je nach Inhalt und Umfang der Nachträge sich die rechtliche Bewertung ändern würde; gegebenenfalls hätte man sogar sich widerstreitende Feststellungsurteile. Das könne vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein, so dass sich die Beurteilung einer Wertsicherungsklausel immer nach dem ursprünglichen Vertrag richten müsse.

Stellt man jedoch alleine auf den Ursprungsvertrag ab, könnten die Parteien das PrKIG sehr einfach durch einen Nachtrag umgehen. Z.B. schließen die Parteien am 1.12. einen Mietvertrag über zehn Jahre mit wirksamer Indexmietvereinbarung. Fünf Minuten nach Unterzeichnung dieses Mietvertrages schließen die Parteien einen Nachtrag, in dem die Laufzeit des Mietverhältnisses auf Fünf Jahre verkürzt wird. Wenn man der vorherrschenden Auffassung folgt, würde man bei diesem Beispiel zu dem absurden Ergebnissen kommen, dass die Indexmietvereinbarung wirksam ist, da der Ursprungsmietvertrag den zehn Jahres Zeitraum ja vorsah und deshalb dem PrKIG entsprach.

Zutreffender ist es, in einer Gesamtschau von Ursprungsmietvertrag und Nachtrag zu beurteilen, ob die Voraussetzungen des PrKIG gewahrt sind. Wenn also die Parteien einen Mietvertrag mit einer Laufzeit von zehn Jahren und wirksamer Indexmietvereinbarung abschließen und nach fünf Jahren Laufzeit in einem Nachtrag regeln, dass

16 Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insb. in der mittelständischen Wirtschaft, BT-Drucks. 16/4391, 26 ff.

17 *Usinger*, NZM 2009, 297 (298).

18 So auch *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (567).

19 Zu der Abgrenzung s. BGH v. 26.2.1992 – XII ZR 129/90, MDR 1992, 771 = NJW 1992, 2283 (2285); s.a. *Dürkes*, BB 1993, 238 ff.

20 *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (566).

21 So wohl *Hellner/Rousseau*, NZM 2009, 301 (306).

22 *Aufderhaar/Jaeger*, NZM 2009, 564 (566).

23 BT-Drucks. 16/4764, 16.

die verbleibende Restlaufzeit des Vertrages anstatt restlicher fünf Jahre nur noch drei Jahre betragen soll, dann hat folgendes zu gelten:

- Für den Zeitraum zwischen Mietbeginn und Beginn des Nachtrages ist die Indexmietvereinbarung wirksam, da der Ursprungmietvertrag eine Laufzeit von zehn Jahren vorsah.
- Ab Beginn des Nachtrages ist die Indexmietvereinbarung rechtlich unwirksam (wobei gem. § 8 PrKIG die Unwirksamkeit erst ab rechtskräftiger Feststellung ex nunc wirkt), da ab diesem Zeitpunkt in einer Gesamtschau der Mietvertrag in der Form des Nachtrages die Anforderungen, die das PrKIG an eine wirksame Indexmietvereinbarung stellt, nicht mehr erfüllt.

2. Nachträgliche Änderung der Mietfläche

Im Laufe einer langen Vertragslaufzeit haben des Öfteren sowohl der Mieter als auch der Vermieter das Bedürfnis nach einer Anpassung der gemieteten Flächen, indem die Mietfläche entweder vergrößert oder verkleinert werden soll.

Bei einer Verkleinerung von Flächen hat der Nachtrag zum Mietvertrag keine Auswirkungen auf die Indexmiete, da für die verbleibende Mietfläche ohnehin der zehn Jahres Zeitraum des PrKIG im Ursprungmietvertrag eingehalten werden musste.

Bei einer Vergrößerung der Mietfläche, mithin der Anmietung neuer Flächen, ist fraglich, ob auf die Vertragsdauer des Ursprungmietvertrages abgestellt werden kann oder vielmehr auf die verbleibende Vertragsdauer seit Beginn des Nachtrages abzustellen ist.

Eine Meinung stellt sowohl bei einer Flächenänderung, als auch bei einem Flächentausch, auf den Ursprungvertrag ab und sieht die Hinzuvermietung – unabhängig davon, ob durch im Mietvertrag angelegtes Optionsrecht oder durch Nachtrag – als für die Beurteilung unerheblich an.²⁴

Demgegenüber differenziert eine andere Ansicht danach, ob ein Nachtrag vereinbart wurde, oder ob die Flächenänderung durch ein Optionsrecht erfolgt ist.²⁵ Nur bei einem Optionsrecht sei die geänderte Fläche schon in dem Ursprungvertrag angelegt gewesen, so dass sich die Zulässigkeit aus dem Ursprungvertrag heraus beurteilen lasse.

Diese zweite Ansicht ist vorzuzugwürdig. Sofern Flächenänderungen/-erweiterungen folglich im Ursprungmietvertrag nicht bereits vorgesehen waren, ist bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Indexmietvereinbarung darauf abzustellen, ob bei Beginn des Nachtrages für diese neuen bzw. geänderten Flächen der zehn Jahres Zeitraum eingehalten wird. Im Hinblick auf die durch den

Nachtrag nicht veränderten Altflächen ist hingegen auf den Ursprungmietvertrag abzustellen.

3. Nachträgliche Änderung des Mietzinses

In der einschlägigen Literatur bisher weitgehend unbeachtet ist, ob durch eine während der Vertragslaufzeit vorgenommene Änderung des Mietzinses die Indexmietvereinbarung unwirksam wird. Damit ist nicht gemeint, dass aufgrund der Indexmietvereinbarung der Mietzins angepasst wird, sondern, dass die Mietvertragsparteien z.B. aufgrund von Mieterausbauten und Zuschüssen des Vermieters hierzu, in einem Nachtrag eine neue Absprache über die Höhe des Mietzinses treffen.

Es stellt sich die Frage, ob solche Absprachen hinsichtlich des Mietzinses überhaupt Auswirkungen auf die Wirksamkeit einer Indexmietvereinbarung haben sollen, da weder die Vertragslaufzeit noch das Mietobjekt dabei geändert wird. Eine Indexierung des Mietzinses soll nach Sinn und Zweck des PrKIG allerdings nur möglich sein, wenn der Mietvertrag langfristig (mindestens zehn Jahre) läuft, da nur in diesem Falle es vom Gesetzgeber für nötig erachtet wird, den Mietzins dem Geldwertverlust anzupassen.²⁶

Treffen nun die Parteien in der Zwischenzeit neue Absprachen über den Mietzins, machen sie gleichzeitig auch Gedanken über die Angemessenheit der dann vereinbarten Mietzinshöhe. Bei einem solch neu vereinbarten Mietzins kann eine Indexmietvereinbarung aber nur dann im Einklang mit dem PrKIG stehen, wenn der zehn Jahres Zeitraum ab dem Anpassungstag noch fortbesteht. Ansonsten würde durch die Vereinbarung des neuen Mietzinses der Sinn und Zweck des PrKIG vereitelt werden.

4. Schriftformprobleme

Eine Indexmiete ist nur unter Einhaltung des zehn Jahres Zeitraums zulässig. Es handelt sich daher bei Mietverträgen mit Indexmietvereinbarung stets um langfristige Mietverträge. Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr bedürfen gem. § 550 BGB der Schriftform, da sie ansonsten als auf unbestimmte Zeit geschlossen gelten und unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündbar sind.

Genügt nun ein Mietvertrag, der unter Beachtung des zehn Jahres Zeitraums an sich eine wirksame Indexmietvereinbarung enthält, jedoch nicht dem Schriftformgebot des § 550 BGB genügt, stellt sich die Frage, ob mit einem solchen Schriftformverstoß die Unwirksamkeit der Indexmiete einhergeht, da der Mietvertrag nunmehr unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündbar ist und damit der zehn Jahres Zeitraum formal juristisch nicht mehr gewahrt wird.²⁷

Die vorherrschende Ansicht vertritt tatsächlich, dass ein Schriftformverstoß zur Unwirksamkeit der Indexmietvereinbarung führt, da der Mietvertrag nunmehr mit gesetzlicher Kündigungsfrist beendet werden kann.²⁸ Diese Ansicht behilft sich jedoch damit, die unwirksame Indexmietvereinbarung in eine Leistungsvorbehaltsklausel umzudeuten.²⁹

24 Dürkes, BB 1993, 238 f.; Schultz in Bub/Treier, HB der Geschäfts- und Wohnraummiets, 3. Aufl. 1999, III.A Rz. 244.

25 Bartholomäi, s. Fn. 2, Kap. 10 Rz. 135; Aufderhaar/Jaeger, NZM 2009, 564.

26 Siehe hierzu BT-Drucks. 16/4391 und 16/4764.

27 Aufderhaar/Jaeger, NZM 2009, 568.

28 Aufderhaar/Jaeger, NZM 2009, 568.

29 Aufderhaar/Jaeger, NZM 2009, 568.

Verfahren

Unberücksichtigt bleibt dabei, dass ein Verstoß gegen das Schriftformgebot in aller Regel von den Parteien bei Abschluss des Mietvertrages nicht beabsichtigt war und häufig von den Parteien auch gar nicht erkannt wird. Häufig decken erst kluge Anwälte solche Schriftformverstöße auf. Unberücksichtigt bleibt ferner, dass ein vorhandener Schriftformmangel durch einen formwirksamen Nachtrag geheilt wird. Betrachtet man sich ein typisches Mietverhältnis z.B. in einem Shopping Center zu dem über die Jahre schon eine handvoll Nachträge abgeschlossen wurden, so findet der gewiefte Anwalt bestimmt zumindest einen Nachtrag (z.B. Nachtrag Nr. 3 von 5), bei dem die Unterschriften zeitlich zu weit auseinander lagen und damit der gesamte Mietvertrag der Schriftform nicht genügte. Damit wäre die Indexmietvereinbarung bereits ab Nachtrag Nr. 3 unwirksam, ohne dass durch die spätere Heilung des Schriftformverstößes eine Heilung der Indexmietvereinbarung mit einherginge. Wenn die Schriftform durch den formwirksamen Nachtrag Nr. 4 geheilt wird, aber zu Beginn des Nachtrags Nr. 4 die restliche Vertragsdauer kürzer als der zehn Jahres Zeitraum ist, ist eine Heilung der Indexmietvereinbarung eventuell nicht mehr möglich (sofern man der Heilung der Indexmietvereinbarung nicht auch ex tunc Wirkung beimessen möchte).

Deshalb ist es richtiger, bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Indexmietvereinbarung lediglich darauf

abzustellen, ob die Parteien einen solchen zehn Jahres Zeitraum im Mietvertrag vereinbart haben, ob quasi die äußere Form gewahrt wurde. Schriftformverstöße ebenso wie sonstige Unwirksamkeitsgründe und Anfechtungsrechte sollten an dieser Stelle für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Indexmietvereinbarung außer Acht bleiben. Entscheidendes Kriterium sollte sein, dass die Parteien in der äußeren Form dokumentiert haben, aus deren Sicht einen Mietvertrag abgeschlossen zu haben, der den zehn Jahres Zeitraum des PrKIG einhält.

IV. Beraterhinweis

Kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Abschluss des Nachtrags die Unwirksamkeit der Indexmietvereinbarung zur Folge hat, sollte an Alternativen wie Staffelmietvereinbarungen gedacht werden. Auch Kombinationen von Indexmietvereinbarungen und Staffelmietvereinbarungen sind grundsätzlich denkbar.³⁰ Jedoch ist dabei Vorsicht geboten, da noch nicht abschließend darüber entschieden wurde, ob eine solche Kombination stets oder nur in bestimmten Konstellationen zulässig ist.³¹

30 In der Literatur wird die Kombination teilweise generell für unwirksam erachtet, s. hierzu *Usinger*, NZM 2009, 297.

31 Siehe hierzu OLG Brandenburg; Urt. v. 19.8.2009 – 3 U 135/08, MietRB 2010, 198.

Verfahren

■ Die Rechtsmittel in WEG-Sachen

von RiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln

Seit in Inkrafttreten der WEG-Reform am 1.7.2007, insbesondere in den Jahren 2009 und 2010, ist eine Vielzahl von Entscheidungen ergangen, die zeigen, dass in der Praxis noch immer Schwierigkeiten bestehen, die zentrale Berufungs- und Beschwerdezuständigkeit weniger LG in Wohnungseigentumssachen richtig anzuwenden.

1. Einleitung

Das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes hat mit der Einführung der (modifizierten) Regelungen der ZPO in Wohnungseigentumssachen die früheren Sonderregeln des WEG-Verfahrens als Streitiges Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit abgelöst, nach denen gem. § 45 Abs. 1 WEG a.F. gegen die Hauptsacheentscheidung in WEG-Verfahren zunächst die sofortige Beschwerde und sodann die sofortige weitere Beschwerde war.¹ Aus der bereits ergangenen Rechtsprechung wird deutlich, dass die Anwendung der Vorschriften zur zentralen Berufungs- und Beschwerdezuständigkeit weniger LG (§ 72 Abs. 2 GVG) in Wohnungseigentumssachen gem. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG (sog. Binnenstreitigkeiten²) problematisch ist.

Beraterhinweis: Die Anrufung des unzuständigen Berufungsgerichts kann zur Unzulässigkeit der Berufung führen, wenn die Berufung nicht rechtzeitig bei dem zuständigen Berufungsgericht eingeht.³ Unkenntnis der Rechtsmittelkonzentration, auch einer landesrechtlichen Zuständigkeitsregelung, die durch § 72 Abs. 2 S. 2 und 3 GVG zugelassen wird, rechtfertigt keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.⁴ Für den in WEG-Sachen tä-

1 Zum früheren Rechtsmittelrecht vgl. *Hogenschurz*, MietRB 2006, 279.

2 Für die Außenstreitigkeiten gem. § 43 Nr. 5 WEG bleibt es bei den allgemeinen Regeln, vgl. *Bärman/Klein*, 11. Aufl., § 43 WEG Rz. 18.

3 Wird das Rechtsmittel bei einem unzuständigen Gericht eingelegt, ist aus prozessualer Fürsorge die Rechtsmittelschrift umgehend, im normalen Geschäftsgang unter Hinweis auf die Eilbedürftigkeit an das zuständige Gericht weiterzuleiten, um den rechtzeitigen Eingang dort sicherzustellen, vgl. nur *Zöller/Heßler*, 28. Aufl., § 519 ZPO Rz. 14 m.w.N.

4 BGH v. 12.3.2010 – V ZR 147/09, MietRB 2010, 170 = MDR 2010, 732 f. = NZM 2010, 445; ebenso BGH, Beschl. v. 23.4.2010 – V ZB 233/09, juris Tz. 9; LG Dessau-Roßlau, Beschl. v. 13.1.2009 – 5 S 200/08, juris.

tigen Rechtsanwalt ergeben sich daraus erhebliche Haftungsrisiken. ◀

Der vorliegende Beitrag systematisiert die bisher zu § 72 Abs. 2 GVG ergangene Rechtsprechung und ermöglicht so einen ersten Zugriff bei der Ermittlung des zuständigen Rechtsmittelgerichts in WEG-Sachen.⁵ Allgemeine Fragen von Statthaftigkeit und Zulässigkeit bleiben außer Betracht.

Als Rechtsmittel kennt die Zivilprozessordnung die Berufung und die Beschwerde. Obwohl § 72 Abs. 2 GVG die Zuständigkeit für Berufungen und Beschwerden in Wohnungseigentumssachen gem. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG regelt, sollten Zuständigkeitsfragen bei Beschwerden für den Rechtsmittelführer nicht bestehen, denn er kann die Beschwerde gem. § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO bei dem Gericht einlegen, dessen Entscheidung angefochten wird (iudex a quo), der dann die Sache im Falle der Nichtabhilfe dem zuständigen Beschwerdegericht vorlegt, § 572 Abs. 1 S. 1 ZPO. Wird dagegen die Beschwerde bei dem Beschwerdegericht eingelegt, muss dies wie bei der Berufung bei dem zuständigen Beschwerdegericht (iudex ad quem) erfolgen.

2. Überblick über die zuständigen Berufungs- und Beschwerdegerichte

Örtlich zuständig für Berufungen und Beschwerden ist gem. § 72 Abs. 2 S. 1 GVG das für den Sitz des OLG zuständige LG, soweit nicht landesrechtliche Sonderregelungen gem. § 72 Abs. S. 2 und 3 GVG bestehen. Daraus ergibt sich folgende Übersicht:

- **Baden-Württemberg**
(Erlass des Justizministeriums vom 20.2.2007 zu § 4 Abs. 1 BW-AGGVG)
Bezirk des OLG Karlsruhe: LG Karlsruhe
Bezirk des OLG Stuttgart: LG Stuttgart
Anmerkung: trotz landesrechtlicher Zuständigkeitsregelung keine Abweichung gegenüber § 72 Abs. 2 S. 1 GVG
- **Bayern**
Bezirk des OLG Bamberg: LG Bamberg
Bezirk des OLG München: LG München I
Bezirk des OLG Nürnberg: LG Nürnberg-Fürth
- **Berlin**
für das gesamte Land: LG Berlin
- **Brandenburg**
(§ 3a Zweite GerZV)
für das gesamte Land: LG Frankfurt/O.

- **Hamburg**
für das gesamte Land: LG Hamburg
- **Hessen**
für das gesamte Land: LG Frankfurt/M.
- **Mecklenburg-Vorpommern**
für das gesamte Land: LG Rostock
- **Niedersachsen**
(§ 2a ZustVO-Justiz)
Bezirk des OLG Braunschweig: LG Braunschweig
Bezirk des OLG Celle: LG Lüneburg
Bezirk des OLG Oldenburg: LG Aurich (Abweichung von § 72 Abs. 2 S. 1 GVG)
- **Nordrhein-Westfalen**
Bezirk des OLG Düsseldorf: LG Düsseldorf
Bezirk des OLG Hamm: LG Dortmund
Bezirk des OLG Köln: LG Köln
- **Rheinland-Pfalz**
(Landesverordnung vom 22.8.2007)
Bezirk des OLG Koblenz: LG Koblenz
Bezirk des OLG Zweibrücken: LG Landau (Abweichung von § 72 Abs. 2 S. 1 GVG)
- **Saarland**
für das gesamte Land: LG Saarbrücken
- **Sachsen**
für das gesamte Land: LG Dresden
- **Sachsen-Anhalt**
(Landesverordnung vom 2.7.2007, GVBl. LSA 2007, 212)
für das gesamte Land: LG Dessau-Roßlau
- **Schleswig-Holstein**
(Landesverordnung vom 11.7.2007, GVOBl. 2007, 340)
für das gesamte Land: LG Itzehoe
- **Thüringen**
für das gesamte Land: LG Gera

Beraterhinweis: Die Zuständigkeitsregelung des § 72 Abs. 2 GVG geht der für Sachen mit Auslandsberührung gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 b) und c) GVG vor, so dass es keiner Feststellung bedarf, ob deren Voraussetzungen in der Person eines Wohnungseigentümers vorliegen.⁶ ◀

3. Erkenntnisverfahren

a) Berufung

Wenn eine wohnungseigentumsrechtliche Streitigkeit gem. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG vorliegt, bestimmt sich die Zuständigkeit des Berufungsgerichts gem. § 72 Abs. 2 GVG. Nur die Berufungseinlegung bei dem danach zuständigen LG wahrt die Berufungsfrist; eine Verweisung entsprechend § 281 ZPO scheidet grundsätzlich aus.⁷ Eine Verweisung kommt nach Ablauf der Berufungsfrist nur dann ausnahmsweise in Betracht, wenn die für die Abgrenzung der Berufungszuständigkeit nicht zweifelsfrei zulässig ist, insbesondere wenn die Einordnung als Wohnungseigentumssache i.S.d. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG noch nicht höchstrichterlich geklärt ist.⁸

Soweit landesrechtlich – wie dargestellt – durch eine Rechtsverordnung nach § 72 Abs. 2 S. 2 und 3 GVG in dem betreffenden Oberlandesgerichtsbezirk nicht das für

⁵ Trotz sorgfältiger Prüfung und dem Streben nach Vollständigkeit besteht die Gefahr, dass dieser Beitrag Fehler enthält oder zumindest Anlass zu Missverständnissen gibt. Deshalb ist in jedem Fall ist eine eigene sorgfältige Prüfung der Zuständigkeit erforderlich.

⁶ vgl. BT-Drucks. 16/3843, 60; *Niedenführ* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, 9. Aufl., § 43 WEG Rz. 35.

⁷ BGH v. 19.2.2009 – V ZB 188/08, MDR 2009, 707 = NJW 2009, 1282; v. 10.12.2009 – V ZB 67/09, MietRB 2010, 75 = MDR 2010, 342 = NJW 2010, 1818; LG Duisburg v. 8.6.2010 – 7 S 10/10, MietRB 2010, 269.

⁸ BGH v. 19.2.2009, s. Fn. 7; v. 10.12.2009, s. Fn. 7.

Verfahren

den Sitz des OLG zuständige LG, sondern ein anderes LG für diese Berufungen zuständig ist, so kann nur bei diesem fristwährend eine Berufung eingelegt werden.⁹ Wird wegen Unkenntnis der abweichenden Zuständigkeitsregelung die Berufungsfrist nicht gewahrt, ist die Versäumung der Berufungsfrist nicht unverschuldet, so dass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht in Betracht kommt;¹⁰ denn die rechtliche Prüfung der Zuständigkeit ist ein nicht delegierbarer Kernbestandteil der Berufungsschrift, die der Rechtsanwalt in jedem Fall vor Einreichung der Berufungsschrift und auch selbst vornehmen muss.¹¹

Beraterhinweis: Für die Frage, wann eine wohnungseigentumsrechtliche Streitigkeit gem. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG vorliegt, muss auf die aktuellen Kommentierungen verwiesen werden. Wichtig ist, dass der BGH eine weite Auslegung der Regelung wegen des damit verfolgten Zwecks vornimmt und dabei nicht entscheidend auf die Rechtsgrundlage abstellt, sondern darauf, ob der Rechtsstreit in einem inneren Zusammenhang mit einer Angelegenheit steht, die aus dem Gemeinschaftsverhältnis erwachsen ist.¹² ◀

b) Sonderfälle

Für die Kostenentscheidung gem. § 49 Abs. 2 WEG ist zu unterscheiden: Hat das AG davon abgesehen, dem nicht am Verfahren beteiligten Verwalter die Kosten gem. § 49 Abs. 2 WEG aufzuerlegen, so ist diese Entscheidung nicht isoliert anfechtbar;¹³ bei einer Berufung der unterlegenen Partei in der Hauptsache prüft das Berufungsgericht allerdings auch die Kostenentscheidung und kann diese selbst im Falle der Berufungszurückweisung durch einstimmigen Beschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO abändern.¹⁴ Werden dagegen dem nicht am Verfahren beteiligten Verwalter die Kosten des Rechtsstreits gem. § 49 Abs. 2 WEG auferlegt, so kann er diese in entsprechender Anwendung von § 99 Abs. 2 ZPO isoliert durch eine Beschwerde anfechten;¹⁵ eine isolierte Anfechtung für die obsiegende Hauptpartei kommt dagegen selbst dann nicht in Betracht, wenn ihr die Kostenregelung gem. § 49 Abs. 2 WEG nachteilig ist.¹⁶ Die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts bestimmt sich in allen Fällen des § 49 Abs. 2 WEG nach § 72 Abs. 2 GVG.

Auch für die Beschwerde gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluss gilt die Konzentrationszuständigkeit des LG gem. § 72 Abs. 2 GVG.¹⁷

Für die Streitwertbeschwerde gilt wie für die Hauptsache ebenfalls die Konzentrationszuständigkeit des LG gem. § 72 Abs. 2 GVG.¹⁸

Ist im Verfahren zur gerichtlichen Bestimmung der Zuständigkeit gem. § 36 Nr. 3 ZPO das für die Entscheidung von Wohnungseigentumssachen gem. § 23 Nr. 2 c) GVG i.V.m. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG berufene AG zum zuständigen Gericht für eine Klage auch gegen einen Streitgenossen bestimmt worden, für den andernfalls ein anderes Gericht örtlich oder sachlich zuständig wäre, z.B. wenn von der Wohnungseigentümergeinschaft ein Wohnungseigentümer und dessen Mieter als Streitgenossen auf die Unterlassung von Störungen¹⁹ oder der Verwalter und ein Handwerker als Streitgenossen wegen ei-

ner mangelhaften Sanierung auf Schadensersatz²⁰ in Anspruch genommen werden, so bestimmt sich das zuständige Berufungsgericht gem. § 72 Abs. 2 GVG auch für die Klage gegen den Streitgenossen (Mieter, Handwerker), obwohl diese isoliert betrachtet nicht dem Anwendungsbereich des § 43 WEG unterfallen würde;²¹ dies muss auch dann gelten, wenn nur der Rechtsstreit mit dem Streitgenossen (Mieter, Handwerker) in die Berufungsinstanz gelangt.

4. Zwangsvollstreckung

Bei der Rechtsmittelzuständigkeit in Wohnungseigentumssachen muss nach den verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung, der anzufechtenden Entscheidung und dem diese erlassenden Organ unterschieden werden, kurz gesagt also dem differenzierten Rechtsmittelsystem im Zwangsvollstreckungsverfahren Rechnung getragen werden.

Die besondere Rechtsmittelzuständigkeit gem. § 72 Abs. 2 GVG für Beschwerden und Berufungen gilt auch für das Vollstreckungsverfahren, sofern das zuständige Vollstreckungsorgan das für die Entscheidung von Wohnungseigentumssachen gem. § 23 Nr. 2 c) GVG i.V.m. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG berufene AG als Prozessgericht des ersten Rechtszugs ist; andernfalls bleibt es

9 BGH v. 10.12.2009, s. Fn. 7; v. 12.3.2010, s. Fn. 4; LG Dessau-Roßlau, Beschl. v. 13.1.2009 – 5 S 200/08, juris.

10 BGH v. 12.3.2010, s. Fn. 4; ebenso BGH, Beschl. v. 23.4.2010 – V ZB 233/09, juris Tz. 9; LG Dessau-Roßlau, s. Fn. 9.

11 Vgl. BGH v. 5.3.2009, V ZB 153/08, MDR 2009, 762; LG Dessau-Roßlau, s. Fn. 9.

12 BGH v. 10.12.2009, s. Fn. 7, Tz. 10 m.w.N.

13 BGH, Beschl. v. 18.8.2010 – V ZB 164/09, MDR 2010, 1209 = MietRB 2010, 326.

14 LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 5.8.2010 – 14 S 4281/10 WEG, juris; LG München I GE 2010, 215; LG Kaiserslautern, Beschl. v. 16.10.2007 – 1 S 82/07, juris.

15 LG Frankfurt/M. NJW 2009, 924; LG Berlin v. 17.2.2009 – 56 T 34/08, NJW 2009, 2544; LG München I v. 27.4.2009 – 1 S 19129/08, NZM 2009, 868; LG Berlin GE 2010, 991.

16 Das kommt insbesondere in Betracht, wenn ihr damit die unterlegene Hauptpartei als solventer Schuldner des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs genommen wird; vgl. AG Hamburg-Blankenese, Urte. v. 23.12.2009 – 539 C 9/09, juris = NJW-Spezial 2010, 323 zur Ermessensausübung bei Insolvenz des (früheren) Verwalters.

17 LG Stade, Beschl. v. 10.11.2009 – 9 T 188 und 192/09, ZMR 2010, 319.

18 LG Zwickau, Beschl. v. 19.3.2009 – 8 T 420/08, Juris. Gegen die Streitwertfestsetzung des LG als Entscheidung über eine Streitwertbeschwerde findet unter den Voraussetzungen des § 68 Abs. 1 GKG i.V.m. § 66 GKG die weitere (Streitwert-)Beschwerde zum OLG statt (OLG Koblenz v. 12.2.2008 – 5 W 70/08, MDR 2008, 405); dies ist der einzige Fall, in dem in Wohnungseigentumssachen gem. § 43 Nr. 1 bis 4 und 6 WEG noch eine Zuständigkeit des OLG besteht.

19 OLG München v. 20.2.2008 – 31 AR 018/08, MietRB 2008, 207; v. 24.6.2008 – 31 AR 074/08, MietRB 2008, 302.

20 LG Duisburg v. 8.6.2010 – 7 S 10/10, MietRB 2010, 269.

21 LG Duisburg, s. Fn. 20 unter Berufung auf BGH v. 13.5.2003 – VI ZR 430/02, BGHZ 155, 46 = MDR 2003, 1194 zur Rechtsmittelkonzentration gem. § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG.

bei der allgemeinen Zuständigkeit.²² Denn wo das Prozessgericht das im Zwangsvollstreckungsverfahren zuständige Vollstreckungsorgan ist, besteht typischerweise eine Sachnähe, die nach dem Ziel des § 72 Abs. 2 GVG eine Konzentration als sinnvoll erscheinen lässt.

a) Vollstreckungsrechtliche Gestaltungsclagen

Für die Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO in Wohnungseigentumssachen folgt die Berufungszuständigkeit aus § 72 Abs. 2 GVG.²³ Dies gilt auch für die Berufung gegen ein Urteil, mit dem über die gegen die Vollstreckung aus einem in einer Wohnungseigentumssache erlassenen Kostenfestsetzungsbeschluss gerichtete Vollstreckungsgegenklage entschieden wird.²⁴

Für den Fall der Drittwiderspruchsklage bleibt es dagegen bei der örtlichen Zuständigkeit des AG, in dessen Bezirk die Zwangsvollstreckung stattfindet. Deshalb richtet sich die Berufungs- und Beschwerdezuständigkeit nach den allgemeinen Regeln, d.h. § 72 Abs. 1 GVG; dies ist allerdings in der obergerichtlichen Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden.

b) Rechtsbehelfe gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

Wird das Prozessgericht des ersten Rechtszugs im Übrigen als Vollstreckungsorgan tätig, wie bei der Vollstreckung vertretbarer Handlungen gem. § 887 ZPO im Wege der Ersatzvornahme,²⁵ bei der Vollstreckung nicht vertretbarer Handlungen gem. § 888 ZPO durch Zwangsgeld und Zwangshaft, und bei der Vollstreckung von Unterlassungs- und Duldungstiteln gem. § 890 ZPO durch Ordnungsgeld und Ordnungshaft,²⁶ besteht die besondere Berufungs- und Beschwerdezuständigkeit gem. § 72 Abs. 2 GVG.

Die Zuständigkeitskonzentration im Rechtsmittelverfahren gem. § 72 Abs. 2 GVG gilt jedoch nicht, wo das AG als (allgemeines) Vollstreckungsgericht gem. § 828 ZPO zuständig ist, etwa bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen durch Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses.²⁷

Ebenso bleibt es für die Beschwerde gegen die Eintragung einer Zwangshypothek durch das Grundbuchamt bei der Beschwerde gem. §§ 71 ff. GBO und der weiteren Beschwerde gem. §§ 78 ff. GBO.²⁸

5. Übergangsrecht und sonstige Fragen

Besondere Fragen stellen sich im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes, dass durch § 62 WEG die Fortgeltung des alten Verfahrensrechts für vor dem 1.7.2007²⁹ anhängige Wohnungseigentumssachen anordnet. Diese Regelung führt dazu, dass sich auch die Rechtsmittelzuständigkeit für Altverfahren nach altem Recht richtet. Wiederum ist zwischen Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung unterschieden werden.

a) Übergangsrecht im Erkenntnisverfahren

Ist eine Wohnungseigentumssache vor dem 1.7.2007 beim AG anhängig geworden, bestimmt sich die Zuständigkeit des Berufungs- und Beschwerdegerichts nicht gem. § 72 Abs. 2 GVG n.F.³⁰ Soweit es erstinstanzlich nach dem Stichtag zu einer Antragsweiterung gekommen ist, so findet § 72 Abs. 2 GVG n.F. jedenfalls dann keine Anwendung, wenn das AG insgesamt im FGG-Verfahren entschieden hat;³¹ dies soll auch gelten, wenn ein Rechtsmittel nur hinsichtlich der Antragsweiterung eingelegt wird.³² Bleibt nach einer erstinstanzlichen Antragsweiterung nach dem 1.7.2007 unklar, in welcher Verfahrensart – nach FGG oder ZPO – das AG entschieden hat, ist nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz sowohl die Berufung gem. § 511 ZPO an das durch § 72 Abs. 2 GVG bestimmte Gericht als auch die sofortige Beschwerde gem. § 45 Abs. 1 WEG a.F. zum allgemein übergeordneten LG zulässig; letzteres verweist die sofortige Beschwerde an das gem. § 72 Abs. 2 GVG zuständige Gericht, dass ein Berufungsverfahren nach der ZPO durchführt.³³

Ist ein Mahnverfahren vorangegangen, so wird der Rechtsstreit i.S.d. § 62 Abs. 1 S. 1 WEG erst dann anhängig, wenn die Sache bei dem zuständigen Streitgericht eingegangen ist.³⁴ Danach bestimmen sich die An-

- 22 OLG Karlsruhe v. 12.8.2008 – 15 AR 23/08, OLGReport Karlsruhe 2009, 190 unter Berufung auf BGH MDR 1979, 564; zustimmend: *Bärmann/Klein*, 11. Aufl., § 43 WEG Rz. 17; *Niedenführ* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, 9. Aufl., § 43 WEG Rz. 37; a.A. *Timmel/Elzer*, § 43 WEG Rz. 184.
- 23 BGH v. 19.2.2009, s. Fn. 7.
- 24 BGH v. 19.2.2009, s. Fn. 7.
- 25 OLG Oldenburg v. 17.10.2008 – 5 AR 41/08, MietRB 2009, 12 = MDR 2008, 1422, dass allerdings zu unrecht eine Anwendbarkeit des § 72 Abs. 2 GVG für alle Vollstreckungsverfahren annimmt; vgl. *Bärmann/Klein*, 11. Aufl., § 43 WEG Rz. 17.
- 26 LG Kassel, Beschl. v. 1.7.2010 – 3 T 272/10, juris.
- 27 OLG Karlsruhe, s. Fn. 22 unter Berufung auf BGH MDR 1979, 564.
- 28 *Bärmann/Klein*, 11. Aufl., § 43 WEG Rz. 17.
- 29 LG Dortmund v. 9.8.2007 – 11 T 66/07, MietRB 2007, 297 = NZM 2007, 692; *Niedenführ*, NJW 2008, 1768; *Bärmann/Pick*, 19. Aufl., § 62 WEG Rz. 2; *Hüggel/Elzer*, Das neue WEG-Recht § 18 Rz. 1; *Jennißen/Weise*, 2. Aufl., § 62 Rz. 1; *Timmel/Hogenschurz*, § 62 WEG Rz. 3; a.A. vor dem 2.7.2007: *Bergerhoff*, NZM 2007, 553; *Schmid*, ZMR 2008, 181; *Bärmann/Merle*, 11. Aufl., § 62 WEG Rz. 1; *Riecke/Schmid/Riecke*, 3. Aufl., § 62 WEG Rz. 1.
- 30 OLG Frankfurt v. 4.9.2007 – 20 W 325/07, OLGReport Frankfurt 2008, 487; OLG München v. 24.1.2008 – 32 AR 1/08, MietRB 2008, 108 = NZM 2009, 246; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.3.2008 – 11 AR 1/08, juris; OLG Dresden ZMR 2009, 301; LG Konstanz v. 9.1.2008 – 62 T 134/07 A, MietRB 2008, 147 = NJW 2008, 593; a.A. LG Leipzig v. 5.9.2007 – 16 T 635/07, NJW 2007, 3790, das auf die Anhängigkeit des Rechtsmittelverfahrens abgestellt hat.
- 31 OLG München, s. Fn. 31.
- 32 LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 21.10.2008 – 14 T 8682/08, ZMR 2009, 77.
- 33 OLG Hamm v. 5.5.2009 – I-15 Wx 22/09, OLGReport Hamm 2009, 669.
- 34 OLG Hamm, s. Fn. 33; LG München I, Urt. v. 19.10.2009 – 1 S 4851/09, NZM 2009, 326.

wendbarkeit des neuen Rechts und damit auch der Instanzenzug.

Ein vorangegangenes selbständiges Beweisverfahren ist für die Bestimmung der Anhängigkeit des Erkenntnisverfahrens und des zuständigen Berufungs- und Beschwerdegerichts ohne Bedeutung.³⁵

b) Übergangsrecht in der Zwangsvollstreckung

Das Zwangsvollstreckungsverfahren stellt ein von dem vorangegangenen Erkenntnisverfahren unabhängiges Verfahren dar. Maßgeblich für die Anwendbarkeit alten oder neuen Rechts ist deshalb die Anhängigkeit des Zwangsvollstreckungsverfahrens.³⁶ Bei der Vollstreckungsgegenklage ist deshalb entscheidend für die Anwendbarkeit des § 72 Abs. 2 GVG, ob die Vollstreckungsgegenklage nach dem durch § 62 WEG bestimmten Stichtag anhängig geworden ist; nicht entscheidend ist dagegen die Anhängigkeit des Erkenntnisverfahrens, in dem der angegriffene Titel ergangen ist.³⁷

Verfahren in Zwangsversteigerungssachen werden i.S.d. § 62 Abs. 1 WEG ab dem Erlass des Anordnungsbeschlusses, § 20 Abs. 1 ZVG, bei Gericht anhängig.³⁸

c) Sonderfall: Verfahren gem. § 45 Abs. 4 WEG a.F.

Das bis zum 1.7.2007 geltende Wohnungseigentumsrecht sah in § 45 Abs. 4 WEG ein besonderes Abänderungsverfahren vor, wenn eine Entscheidung durch eine – erhebliche³⁹ – Änderung der tatsächlichen Verhältnisse nach Eintritt der Rechtskraft zu einer unbilligen Härte führte. Weil es sich bei dem Abänderungsverfahren gem. § 45 Abs. 4 WEG a.F. um eine Fortsetzung des Ausgangsverfahrens handelt, soll ein Abänderungsantrag für alle Endentscheidungen zulässig sein, die noch im FGG-Verfahren ergangen sind, dies unabhängig davon, ob der Antrag gem. § 45 Abs. 4 WEG a.F. erst ab dem 1.7.2007 bei Gericht einkommt.⁴⁰ Konsequenz dieser hier nicht zu hinterfragenden Auffassung⁴¹ ist es, dass es für die Entscheidung über den Abänderungsantrag gem. § 45 Abs. 4 WEG a.F. beim alten Verfahrensrecht und damit bei dem Rechtsmittelzug nach altem Recht verbleibt, so dass die Zuständigkeitskonzentration gem. § 72 Abs. 2 GVG noch nicht gilt.

6. Fazit

Um die Einlegung des Rechtsmittels gegen amtsgerichtliche Entscheidungen in Wohnungseigentumssachen bei dem „richtigen“, also dem zuständigen LG zu gewährleisten, empfiehlt sich eine Prüfung der Rechtsmittelzuständigkeit anhand der anzufechtenden Entscheidung in folgenden Schritten:

Handelt es sich um einen Beschluss, kann die Beschwerde bei dem erkennenden Gericht eingelegt werden, gleich ob es sich um eine Wohnungseigentumssache gem. § 43 Abs. 1 WEG a.F. im Verfahren der (streitigen) Freiwilligen Gerichtsbarkeit gehandelt hat oder um ein neues Verfahren nach ZPO. Die Beschwerdefrist beträgt grundsätzlich zwei Wochen (vgl. § 16 Abs. 3 FGG a.F., § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO⁴²). Durch die Einlegung der Beschwerde bei dem erkennenden Gericht erspart sich der

Rechtsmittelführer eine eigene, gerade im Zwangsvollstreckungsverfahren oft schwierige Prüfung.

Handelt es sich um Urteil in einer Wohnungseigentumssache, ist regelmäßig das Rechtsmittel der Berufung statthaft,⁴³ für die das in § 72 Abs. 2 GVG bestimmte LG zuständig ist. In der Praxis des Wohnungseigentumsrechts gibt es von dieser Faustregel eine wichtige Ausnahme, wenn der Verwalter nur die Auferlegung der Kosten gem. § 49 Abs. 2 WEG im Wege der Beschwerde entsprechend § 99 Abs. 2 ZPO anfechten will.⁴⁴ Zudem mag es in seltenen Fällen noch zu Urteilen in Entziehungsverfahren gem. § 18, 19 WEG nach altem Recht kommen, also in vor dem 1.7.2007 anhängig gewordenen Entziehungsklagen, in denen es bei der allgemeinen Berufungszuständigkeit gem. § 72 GVG a.F. bleibt, der § 72 Abs. 1 GVG n.F. entspricht.

35 LG Duisburg, Beschl. v. 8.6.2010 – 7 S 10/10, MietRB 2010, 269.

36 BGH v. 19.2.2009 – V ZB 188/08, MDR 2009, 707 = NJW 2009, 1282 Tz. 11; OLG Oldenburg v. 17.10.2008 – 5 AR 41/08, MietRB 2009, 12 = MDR 2008, 1422; LG Kassel, Beschl. v. 1.7.2010 – 3 T 272/10, juris.

37 BGH v. 19.2.2009 – V ZB 188/08, MDR 2009, 707 = NJW 2009, 1282 Tz. 11.

38 BGH v. 21.2.2008 – V ZB 123/07, MietRB 2008, 140 = MDR 2008, 588.

39 BayObLG BayObLGReport 1994, 73.

40 AG Mannheim ZWE 2010, 290.

41 Manches spricht dafür, die Geltendmachung eines Anspruchs gem. § 10 Abs. 2 S. 3 WEG als vorrangig anzusehen.

42 Ausnahme im Zivilprozess bei Versagung von Prozesskostenhilfe: 1 Monat gem. § 127 Abs. 3 S. 3 WEG; zur Prozesskostenhilfe für Wohnungseigentümergeinschaften vgl. BGH v. 17.6.2010 – V ZB 26/10 MietRB 2010, 232 = MDR 2010, 1076.

43 zur Statthaftigkeit der Berufung allgemein vgl. Zöller/Heßler, 28. Aufl., § 511 ZPO Rz. 1.

44 Daneben findet eine sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung eines Anerkenntnisurteils unter den Voraussetzungen des § 99 Abs. 2 ZPO statt.

MietRB *informativ*

Flächenunterschreitung: Ausdrücklicher Hinweis auf fehlende Verbindlichkeit der angegebenen Wohnungsgröße

Der BGH hat entschieden, dass eine Mietminderung wegen Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche von der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche um mehr als 10 % nicht in Betracht kommt, wenn die Parteien in dem Vertrag deutlich bestimmt haben, dass die Angabe der Quadratmeterzahl nicht zur Festlegung des Mietgegenstandes dient.

Die Beklagte ist Mieterin einer Wohnung des Klägers in Potsdam. Zur Wohnungsgröße heißt es in § 1 des Mietvertrags:

Vermietet werden ... folgende Räume: Die Wohnung im Dachgeschoss rechts bestehend aus 2 Zimmer, 1 Küche, Bad, Diele zur Benutzung als Wohnraum, deren Größe ca. 54,78 m² beträgt. Diese Angabe dient wegen möglicher Messfehler nicht zur Festlegung des Mietgegenstandes. Der räumliche Umfang der gemieteten Sache ergibt sich vielmehr aus der Angabe der vermieteten Räume.

Die monatlich zu zahlende Miete betrug 390 € zuzüglich eines Betriebskostenvorschusses von 110 €. Der Kläger verlangt von der Beklagten die Zahlung rückständiger Miete und eine Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2006. Die Beklagte beruft sich auf Mietminderung wegen Flächenunterschreitung und hat darüber hinaus mit einem angeblichen Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Mieten die Aufrechnung gegen die Klageforderung erklärt. Zur Begründung beruft sie sich darauf, die tatsächliche Größe der Wohnung betrage nur 41,63 qm. Das AG hat auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens eine tatsächliche Wohnfläche von 42,98 qm zugrunde gelegt. Es hat die Minderung im Grundsatz für berechtigt gehalten und der Klage daher nur in geringer Höhe stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Klägerin eine Mietminderung wegen Wohnflächenunterschreitung verneint und die Beklagte zu weitergehender Zahlung verurteilt.

Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat entschieden, dass bei der hier gegebenen Vertragsgestaltung ein zur Minderung der Miete führender Mangel wegen einer Wohnflächenabweichung um mehr als 10 % nicht vorliegt, weil die Angabe der Größe der Wohnung in dem Mietvertrag der Parteien nicht – wie dies sonst regelmäßig der Fall ist – als verbindliche Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen ist. Vielmehr haben die Parteien ausdrücklich bestimmt, dass die Angabe der Quadratmeterzahl nicht zur Festlegung des Mietgegenstands dienen, sich der räumliche Umfang der Mietsache vielmehr aus der Angabe der vermieteten Räume ergeben soll. Insofern liegt hier keine mangelbegründende Flächenabweichung vor.

BGH, Urst. v. 10.11.2010 – VIII ZR 306/09; PM Nr. 212/

10

Zurückbehaltungsrecht: Vorherige Mangelanzeige ist Voraussetzung

Der BGH hat entschieden, dass der Mieter wegen eines Mangels der Wohnung, von dem der Vermieter keine Kenntnis hat, ein Zurückbehaltungsrecht erst an den Mieten geltend machen kann, die fällig werden, nachdem der Mieter dem Vermieter den Mangel angezeigt hat.

Die Beklagten sind Mieter einer Wohnung des Klägers in Berlin-Zehlendorf. Sie zahlten für die Monate April, Juni und Juli 2007 keine und für Mai 2007 lediglich einen Teil der Miete. Mit Schreiben vom 5. Juni 2007 erklärte der Kläger die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Die Beklagten widersprachen der Kündigung mit Schreiben vom 14.6.2007 unter Hinweis auf einen Schimmelpilzbefall in mehreren Zimmern.

Der Kläger hat mit seiner Klage unter anderem Räumung und Herausgabe der Wohnung begehrt. Das AG hat der Räumungsklage stattgegeben. Das LG hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Räumungsklage abgewiesen; es hat gemeint, die Mieter seien mit der Zahlung der Miete nicht in Verzug geraten, weil ihnen ungeachtet der unterbliebenen Anzeige des Schimmelpilzfalls ein Anspruch auf Beseitigung dieses Mangels zugestanden habe und sie sich auf ein daraus ergebendes Zurückbehaltungsrecht betreffend die Zahlung der Miete berufen könnten.

Die dagegen gerichtete Revision des Klägers hatte Erfolg und führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Räumungsurteils. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat entschieden, dass ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten an Mietzahlungen, die sie für einen Zeitraum vor der Anzeige des – dem Vermieter zuvor nicht bekannten – Schimmelpilzfalls der Wohnung schulden, nicht in Betracht kommt. Das Zurückbehaltungsrecht des § 320 BGB dient dazu, auf den Schuldner (hier: den Vermieter) Druck zur Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit auszuüben. Solange dem Vermieter ein Mangel nicht bekannt ist, kann das Zurückbehaltungsrecht die ihm zukommende Funktion, den Vermieter zur Mangelbeseitigung zu veranlassen, nicht erfüllen. Ein Zurückbehaltungsrecht des Mieters besteht daher erst an den nach der Anzeige des Mangels fällig werdenden Mieten.

BGH, Urst. v. 3.11.2010 – VIII ZR 330/09; PM Nr. 209/10

Wohnungseigentum: Schenkung an Minderjährige

Der (schenkweise) Erwerb einer Eigentumswohnung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf deshalb der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB. Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Be-

stehen eines Verwaltervertrags oder eines Mietvertrags über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.

BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10

Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI)

Gesamtindex

Basisjahr 2005 = 100

	2010	2009	2008	2007
Dez.		107,8	106,8	105,6
Nov.		106,9	106,5	105,0
Okt.	108,4	107,0	107,0	104,5
Sept.	108,3	106,9	107,2	104,2
Aug.	108,4	107,3	107,3	104,1
Juli	108,4	107,1	107,6	104,2
Juni	108,1	107,1	107,0	103,6
Mai	108,0	106,7	106,7	103,6
April	107,9	106,8	106,1	103,6
März	108,0	106,8	106,3	103,1
Febr.	107,5	106,9	105,8	102,9
Jan.	107,1	106,3	105,3	102,4

Jahresdurchschnitte

2009	2008	2007	2006	2005	2004
107,0	106,6	103,9	101,6	100,0	98,5
2003	2002	2001	2000	1999	1998
96,9	95,9	94,5	92,7	91,4	90,9

Wohnungsmiete, Wasser, Strom, Gas und andere Brennstoffe

Basisjahr 2005 = 100

	2010	2009	2008	2007
Dez.		108,5	108,7	106,0
Nov.		108,7	109,3	106,0
Okt.	110,5	108,7	109,6	105,5
Sept.	110,4	108,7	109,3	105,3
Aug.	110,2	108,9	109,1	105,0
Juli	110,1	108,7	109,3	104,9
Juni	110,1	109,1	108,9	104,7
Mai	110,0	108,9	108,5	104,5
April	109,9	108,9	107,8	104,5
März	109,5	109,3	107,4	104,4
Febr.	109,1	109,4	107,1	104,2
Jan.	109,1	109,4	106,8	104,0

Quelle: Statistisches Bundesamt

Impressum

Redaktion: RAin Elke Schlüter (verantwortl. Redakteurin, Rechtsprechung) · RAin Arabella Schreiber (verantwortl. Redakteurin, Aufsätze) · Erika Cieply (Redaktionsassistentin) · 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.

Anzeigenleitung: Ralf Pöttsch, Tel. 0211/8 87-1490, Fax 0211/8 87-1500, E-Mail: fz.rws@fachverlag.de, gültig ist die Preisliste 7 vom 1.1.2010.

Satz: Boyens Offset GmbH & Co. KG, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide

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

Erscheinungsweise: Jeweils zum 5. eines Monats.

Bezugspreis: Jahresabonnement 144,- €, Einzelheft 14,40 €. 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 38-499, Fax -943). Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahreschluss.

ISSN 1612-040X

Volltext-Service: Die Volltexte der vorgestellten Entscheidungen können bei der Verlagsredaktion oder unter www.mietrb.de/volltexte (Benutzername: mietrb0802 Passwort: jul256) abgerufen werden.

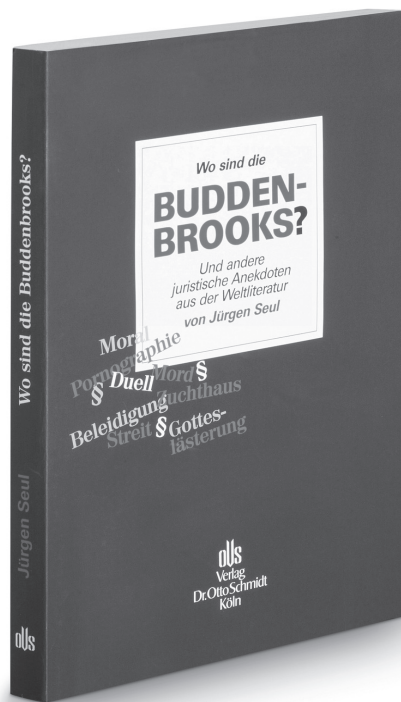
Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, 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.

Jetzt ans Schenken denken.

Dichterjuristen, Plagiatsvorwürfe, Bücherverbote: Zwischen der Literatur und der Juristerei bestehen zahlreiche Berührungspunkte. Viele bekannte Schriftsteller waren Juristen oder kamen sogar mit dem Gesetz in Konflikt, spektakuläre Rechtsfälle boten willkommene Stoffe.

Der Autor, selbst Jurist, hat einige amüsante, bisweilen auch kuriose Episoden zusammengestellt, in denen namhafte Literaten es in verschiedenster Weise mit dem Recht zu tun bekommen. Neben dem reinen Lesevergnügen bieten die kurzen Geschichten für jeden literarisch Interessierten jedoch auch manch aufschlussreiche Information.



Seul **Wo sind die Buddenbrooks?** Und andere juristische Anekdoten aus der Weltliteratur. Von Assessor Jürgen Seul. 2011, ca. 200 Seiten, DIN A5, gbd. 24,80 €. ISBN 978-3-504-01014-0

Hätten Sie zum Beispiel gewusst, wie Thomas Mann im Exil wieder in den Besitz seines in Deutschland zurückgelassenen Buddenbrook-Manuskripts kam? Oder dass Friedrich Schiller aufgrund seines Werks die französische Staatsbürgerschaft verliehen wurde?

Das Buch bietet unterhaltsame Episoden aus dem Leben bekannter Schriftsteller – für das eigene Lesevergnügen und als ideales Geschenk, an dem nicht nur Juristen Freude haben.

Seul, **Wo sind die Buddenbrooks?** Wenn Sie zuerst ein wenig Probe lesen möchten, schlagen Sie einfach nach unter www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-943 ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht
Seul **Wo sind die Buddenbrooks?** 2011, ca. 200 Seiten, DIN A5, gbd. 24,80 €.

Name	Straße	PLZ	Ort
Telefon	Fax	Datum	Unterschrift

10/10

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

Allein 300 neue Entscheidungen des BGH sind seit dem Erscheinen der Voraufgabe ergangen. Die müssen Sie kennen, um der Anwaltschaft 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 _____ 4/10

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