

In diesem Heft:  
Ihre neuen  
Freischaltcodes

# mietrb

# MietRechts- berater

Informationsdienst  
zum Miet- und Wohnungs-  
eigentumsrecht



Berater-Modul  
Miet- und WEG-Recht

## Rechtsprechung

### Wohnraummiete

- › Betriebskosten: Umlageschlüssel mit Erstabrechnung konkretisierbar (BGH) 1
- › Betriebskosten: Klage im Urkundsprozess bei Bestreiten der Flächenangaben (BGH) 2

### Gewerberaummiete

- › Immobilienveräußerung: Vermieterpfandrecht des Erwerbers (BGH) 9
- › Vermieterpfandrecht: Keine Nutzungen zugunsten des Vermieters! (BGH) 11
- › Räumung: Keine vereinfachte Verfügung im Gewerberaum gegen Dritte (OLG Celle) 12

### Wohnungseigentum

- › Anfechtungsklage: Kostenaufbringung der beklagten Wohnungseigentümer (BGH) 16
- › Sofort notwendige Sanierungsmaßnahmen: Keine Rücksicht auf Finanzprobleme! (BGH) 17

## Beiträge für die Beratungspraxis

### Mietvertrag

- › Schriftform des § 550 BGB und Auslegung des Mietvertrags, *Schmid* 20

### Heizkostenabrechnung

- › Heizkostenabrechnung nach VDI 2077, *Pfeifer* 23

### Begründung von Wohnungseigentum

- › Bauträgervollmachten bei der Vorratsaufteilung, *Grziwotz* 27

# In Heft 1/2015: Ihr Freischaltcode



Im Miet-Rechtsberater lesen Sie monatlich die neueste Rechtsprechung fachkundig aufbereitet mit konkreten Beraterhinweisen und praxisbezogenen Aufsätzen zum Miet- und Wohnungseigentumsrecht. Im dazugehörigen Berater-Modul Miet- und WEG-Recht finden Abonnenten unter [www.mietrb.de](http://www.mietrb.de) ihre exklusive Datenbank für die praktische Online-Recherche mit diesen hochwertigen Inhalten:

- Zeitschriften-Archiv des MietRB komplett ab 2003
- Sternel, Mietrecht aktuell  
rund 1.900 Seiten (Printwert: 99,- €)
- Lützenkirchen (Hrsg.), Anwalts Handbuch Mietrecht  
rund 2.500 Seiten (Printwert: 149,- €)
- Köhler (Hrsg.), Anwalts Handbuch Wohnungseigentumsrecht  
rund 1.800 Seiten (Printwert: 129,- €)
- Formularsammlung Mietrecht
- Rechtsprechung und Gesetze



Berater-Modul  
Miet- und WEG-Recht

**ottoschmidt**

# Inhaltsverzeichnis

## Rechtsprechung

### Wohnraummiete

- Betriebskosten: Umlageschlüssel mit Erstabrechnung konkretisierbar  
BGH, Urt. v. 5.11.2014 – VIII ZR 257/13
- Betriebskosten: Klage im Urkundsprozess bei Bestreiten der Flächenangaben  
BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 41/14
- Betriebskostenabrechnung: „Personenmonate“ sind verständlich  
BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 97/14
- Mieterhöhung: Formelle Anforderungen an das Zustimmungsverlangen  
BGH, Beschl. v. 1.7.2014 – VIII ZR 72/14
- Vereinbarte Betriebspflicht: Kurze Verjährung bei Verletzung  
OLG Frankfurt, Urt. v. 17.10.2014 – 2 U 43/14
- Kündigung: Mangelnde wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit  
LG Berlin, Urt. v. 25.9.2014 – 67 S 207/14
- Mieterhöhung: Erhöhung bis zum Oberwert der Bandbreite  
LG Baden-Baden, Beschl. v. 29.4.2014 – 2 S 14/14
- Richtlinie VDI 2077: Auch bei ungedämmten Rohren in Wänden und Estrich  
AG Bayreuth, Urt. v. 19.8.2014 – 102 C 1359/13
- Rauchwarnmelder: Duldungspflicht im Raucherwohnzimmer  
AG Halle a.d. Saale, Urt. v. 14.3.2014 – 99 C 2552/13

### Gewerberaummiete

- Mängelrechte: Kein Ausschluss bei vorbehaltloser Optionsausübung  
BGH, Urt. v. 5.11.2014 – XII ZR 15/12
- Immobilienveräußerung: Vermieterpfandrecht des Erwerbers  
BGH, Urt. v. 15.10.2014 – XII ZR 163/12
- Vermieterpfandrecht: Keine Nutzungen zugunsten des Vermieters!  
BGH, Urt. v. 17.9.2014 – XII ZR 140/12
- Räumung: Keine vereinfachte Verfügung im Gewerberaum gegen Dritte  
OLG Celle, Beschl. v. 24.11.2014 – 2 W 237/14
- Minderung: Rückforderung vorbehaltlos geleisteter Miete bei unwirksamem Ausschluss?  
KG, Urt. v. 11.9.2014 – 8 U 77/13

## Steuern

- Außergewöhnlichen Belastungen: Behinderungsbedingte Mehrkosten beim Grundstückskauf  
BFH, Urt. v. 17.7.2014 – VI R 42/13

## 1 Verfahren

- Ablauf der Kündigungsfrist: Antrag auf sofortige Räumung zulässig!  
LG Berlin, Urt. v. 25.9.2014 – 67 S 207/14

## 2 Zwangsvollstreckung

- Pfändungsschutz für sonstige Einkünfte erfasst alle eigenständig erwirtschafteten Einkünfte  
BGH, Beschl. v. 26.6.2014 – IX ZB 88/13

## 4 Wohnungseigentum

- Anfechtungsklage: Kostenaufbringung der beklagten Wohnungseigentümer  
BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 26/14
- Sofort notwendige Sanierungsmaßnahmen: Keine Rücksicht auf Finanzprobleme!  
BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14
- Unterbliebene Sanierung: Nur verantwortliche Wohnungseigentümer schadenersatzpflichtig!  
BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14
- Gemeinschaftsantenne: Weiterleitung der Signale keine öffentliche Wiedergabe  
OLG München, Urt. v. 11.9.2014 – 6 U 2619/13

## Beiträge für die Beratungspraxis

### 8 Mietvertrag

- **Schriftform des § 550 BGB und Auslegung des Mietvertrags**  
*RiBayObLG a.D. Dr. Michael J. Schmid, München*

➤➤➤

### Berater-Modul Miet- und WEG-Recht

Archiv + Praktiker-Literatur + Formulare + Gesetze + Rechtsprechungsdatenbank

## Inhaltsverzeichnis (Fortsetzung)

### Heizkostenabrechnung

- > **Heizkostenabrechnung – Unerfasste Rohrwärme und Korrektur nach VDI 2077** – Zugleich Besprechung des Urteils des AG Bayreuth v. 19.8.2014 – 102 C 1359/13, MietRB 2015, 7  
*RA Frank-Georg Pfeifer, Düsseldorf*

23

### Begründung von Wohnungseigentum

- > **Bauträgervollmachten bei der Vorratsaufteilung**  
*Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen und Zwiesel*

27

### MietRBinformativ

- > WEG: Gerichtliche Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen
- > Schönheitsreparaturen: Zahlungsanspruch für Mieterreparaturen
- > Betriebskosten: Formelle Ordnungsmäßigkeit bei Schätzung
- > Belastungsverbot: Mehrheitsbeschluss ist schwebend unwirksam
- > Rezension
- > Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI)

V

V

V

VI

VI

VI

## Bearbeiter

### Redaktion:

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

### Ständige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter:

> RiLG Dr. Dr. Andriik Abramenko, Idstein > Prof. Dr. Matthias Becker, Bad Münstereifel > RA Mark Bittner, Hamburg > RA FAMuWR Dr. Rainer Burbulla, Düsseldorf > RiOLG Wolfgang Dötsch, Köln > RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin > RAin FAinMuWR Simone Engel, Hannover > Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen > RA Robert Harsch, Lörrach > Notar Dr. Jörn Heinemann, Neumarkt i.d. OPf. > RA FAMuWR Jochen Hoffmann, Köln > VorsRiLG Dr. Johannes Hogenschurz, Köln > RAin FAinMuWR Dr. Ira Hörndler, Nürnberg > RA Dr. Hans Reinold Horst, Hannover/Solingen > Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar > RA FAMuWR Dr. Georg Jennißen, Köln > RA FAVerWR FAMuWR Walter Junker, Hamburg > RA FAArBR FAMuWR Wilfried J. Köhler, Köln > RA Dr. Egbert Kümmel, Berlin > RAin FAinMuWR Dr. Catharina Kunze, Berlin > RA Michael Kurek, Nürnberg > Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin > RA FAMuWR Dr. Klaus Lützenkirchen, Köln > RA FAMuWR 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 > RiBayObLG a.D. Dr. Michael Schmid, München > RA Dr. Jan-Hendrik Schmidt, Hamburg > RA Norbert Schneider, Neunkirchen > RiLG Dr. Hendrik Schultzy, Fürth > RA Dr. Michael Sommer, Augsburg > RA FAMuWR Ralf Specht, Nürnberg > RA René Zich, Görlitz

### Beilagenhinweis

Dieser Ausgabe liegt 1 Beilage des Verlages Dr. Otto Schmidt, Köln, bei. Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

## Immer informiert: Ihr Newsletter Mietrecht



Kostenlos alle zwei Wochen per E-Mail.

**Einfach abonnieren unter:**

**[www.mietrb.de](http://www.mietrb.de)**

# Rechtsprechung

## Wohnraummiete

### »» Betriebskosten: Umlageschlüssel mit Erstabrechnung konkretisierbar

Es steht den Mietvertragsparteien im Wohnraummietrecht frei, anstelle eines konkreten Umlageschlüssels ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen des Vermieters zu vereinbaren, da die Regelung in § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB abdingbar ist.

BGH, Urt. v. 5.11.2014 – VIII ZR 257/13  
(LG Düsseldorf – 21 S 266/12)  
BGB § 556a Abs. 1

#### Das Problem

Im Mietvertrag von Februar 2009 war u.a. eine Betriebskostenvorauszahlung mit jährlicher Abrechnung vereinbart. Mit der Abrechnung über die Betriebskosten der ersten Abrechnungsperiode sollte die Vermieterin gem. § 6 des Mietvertrags (erstmalig) den „Umlageschlüssel nach billigem Ermessen“ festlegen. In der ersten Betriebskostenabrechnung für Jahr 2009 wurden die Kosten für Kaltwasser, Abwasser und Müll nach der jeweiligen Anzahl der Personen im Haushalt abgerechnet. Auch in der Abrechnung für 2010 erfolgte die Umlage nach Personen; hier nach waren vom Mieter 526,23 € nachzuzahlen. Der Mieter meint, die genannten Positionen seien nicht nach Personen, sondern gem. § 556a Abs. 1 BGB nach Wohnflächenanteilen abzurechnen. Aufgrund dieser Wohnflächenabrechnung errechnet er zu seinen Gunsten ein Guthaben von 258,33 €, das er widerklagend geltend macht. Die Widerklage war in allen Instanzen erfolglos.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Die erteilte Betriebskostenabrechnung sei hinsichtlich der Abweichung vom gesetzlichen Umlageschlüssel nicht zu beanstanden. Die Vermieterseite habe insoweit ihr in § 6 des Mietvertrags vereinbartes einseitiges Leistungsbestimmungsrecht mit der Abrechnung für 2009 wirksam für die zukünftigen Abrechnungen ausgeübt. Die Betriebskosten waren nicht gemäß dem gesetzlichen Umlageschlüssel des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB nach Wohnflächenanteilen abzurechnen. Denn in § 6 des Mietvertrags sei wirksam etwas „anderes“ i.S.v. § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB vereinbart worden. Denn es wurde dem Vermieter ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen eingeräumt.

Dem stünden weder der Wortlaut noch der Zweck des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen (Verweis u.a. auf Staudinger/*Weitemeyer*, BGB, Neubearb. 2014, § 556a Rz. 9;

*Ehler* in BeckOK/BGB, Stand Mai 2014, § 556a Rz. 6; von *Brunn/Emmerich* in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl., Rz. III. A 305; a.A. *Blank* in Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl., § 556a Rz. 50). Dem Wortlaut von § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB seien keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrecht durch die Parteien unzulässig wäre. Und § 556a Abs. 3 BGB betreffe nur die einseitigen Abänderung eines bereits vereinbarten Umlageschlüssels gem. § 556a Abs. 2 BGB durch den Vermieter. Im Umkehrschluss sei § 556a Abs. 1 BGB vollumfänglich abdingbar. Daher stehe es Parteien frei, statt eines konkreten Umlageschlüssels ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zu vereinbaren. Die Formulklausel in § 6 des Mietvertrages verstoße auch nicht gegen § 307 Abs. 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters sei nicht gegeben, da die einseitige Festlegung entsprechend §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen zu erfolgen habe.

#### Konsequenzen für die Praxis

Der amtliche Leitsatz bezieht sich im Hinblick auf die kalten Betriebskosten explizit auf das Wohnraummietrecht; es ist aber kein Grund ersichtlich, warum für die Geschäftsraummiete etwas anderes gelten sollte. Weiterhin kommt das Urteil den Vermietern entgegen, die sich in der Eile des Vertragsschlusses nur ungern auf einen Umlageschlüssel festlegen. Bis zur Konkretisierung durch die erste Abrechnung hat der Vermieter ausreichend Zeit, sich etwa unter Berücksichtigung des Mieterverhaltens für einen bestimmten Umlageschlüssel zu entscheiden. Nach erfolgter Konkretisierung ist dann bezüglich der kalten Betriebskosten das einseitige Bestimmungsrecht jedoch verbraucht (LG Köln v. 21.6.2013 – 10 S 1/13, juris). Bei den Heizkosten kann indes nach Maßgabe des § 6 Abs. 4 HeizkostenV auch nach erstmaliger Bestimmung ein anderer Umlageschlüssel festgelegt werden.

#### Beraterhinweis

(1) Das BGH-Urteil lässt keine Bedenken gegen den vom Vermieter verwendeten Umlageschlüssel nach Personen erkennen. Ob der Umlageschlüssel nach Personen, die Kopfzahlumlage sachgerecht und praktikabel ist, wird jeder Vermieter für sich entscheiden. Die Rechtsprechung ist teilweise uneinheitlich, wie sich z.B. an den Müllbeseitigungskosten zeigt: Für deren Umlage nach Personen: AG Halle-Saale v. 30.6.2005 – 92 C 6253/04, ZMR 2006, 212; für deren Umlage nach Fläche LG München I v. 30.11.2001 – 20 S 6719/01, NZM 2002, 286. Jedenfalls ist bei bestehenden Mietverhältnissen der Vermieter nicht verpflichtet, einen korrekt vereinbarten Umlageschlüssel, ob nach Fläche oder Personen, für die kalten Betriebskosten zu ändern.

(2) Will der Vermieter im Sinne der obigen BGH-Entscheidung verfahren, so bietet sich neben einer klaren Vereinbarung auch der Hinweis im Mietvertrag an, welche Varianten für die Umlage der kalten Betriebskosten zur Verfügung stehen: Der Wohnflächenschlüssel, der Personenschlüssel, oder etwa für die Gemeinschaftsantenne, die Umlage nach Wohneinheiten.

(3) Abzuraten ist jedoch von abenteuerlichen Umlageschlüsseln wie einem Säuglingszuschlag (AG Wuppertal v. 1.12.1986 – 94 C 225/86, DWW 1988, 282) oder der Anrechnung einer Haushaltswaschmaschine mit 0,25 Personen (AG Bergisch-Gladbach v. 10.5.1994 – 24 C 512/93, WuM 1994, 549).

*RA Frank-Georg Pfeifer, Düsseldorf*

### »» Betriebskosten: Klage im Urkundsprozess bei Bestreiten der Flächenangaben

1. Ansprüche des Vermieters auf Betriebskostennachzahlungen aus Wohnraummietverträgen können im Urkundsprozess geltend gemacht werden.

2. Das pauschale Bestreiten der vom Vermieter der Betriebskostenabrechnung zugrunde gelegten Flächenangaben ist unsubstantiiert.

BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 41/14

(LG Darmstadt – 6 S 106/13)

ZPO § 592 S. 1; BGB § 556 Abs. 1 S. 1

#### Das Problem

Der Vermieter macht im Urkundsprozess die Nachzahlung aus einer Betriebskostenabrechnung geltend. Im Mietvertrag ist geregelt, dass der Mieter die Betriebskosten nach Abrechnung anteilig nach dem Verhältnis der Wohnfläche der Mietsache zur Gesamtwohnfläche des Anwesens zu tragen hat. Allerdings fehlt im Vertrag eine Angabe zur Wohnfläche. In der streitgegenständlichen Abrechnung legt der Vermieter die Größe der Wohnung mit 40 qm und die Gesamtwohnfläche des Gebäudes mit 240 qm fest. Der Mieter bestreitet diese Angaben. Den Zugang der Abrechnung hat die Hausverwaltung durch einen Vermerk auf dem Anschreiben zur Betriebskostenabrechnung festgehalten.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Die Klage hat Erfolg. Die Geltendmachung einer Betriebskostennachforderung im Urkundsprozess ist statthaft, sofern der Vermieter die anspruchsbegründenden und beweisbedürftigen Tatsachen durch Urkunden belegen kann (§ 592 Satz 1, § 597 Abs. 2 ZPO). Dies hat der Vermieter getan. Er hat den Mietvertrag, aus dem sich die Kostentragungspflicht ergibt, sowie die Betriebskostenabrechnung mit einem Zugangsnachweis vorgelegt. Der Vorlage weiterer Urkunden, etwa zur Wohnflächenberechnung, bedurfte es im Streitfall nicht. Denn unstrittige Tatsachen bedürfen im Urkundenverfahren grds. keines Beweises und somit auch keiner Urkundenvorlage. Die Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung – hier: des Flächenschlü-

sels – hätte der Vermieter daher nur bei einem wirksamen Bestreiten beweisen müssen. Das Bestreiten der Flächenwerte durch den Mieter ist aber unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Denn der Mieter hätte einerseits zur von ihm gemessenen Größe seiner eigenen Wohnung vorzutragen müssen. Auch die Gesamtwohnfläche des Gebäudes hat der Mieter unzureichend bestritten, weil er selbst zu äußerlich wahrnehmbaren Gegebenheiten, wie Gebäudezuschnitt sowie Anzahl der Wohnungen und Stockwerke, aus denen sich Ansatzpunkte für Zweifel an der behaupteten Gesamtwohnfläche ergeben könnten, keine Angaben gemacht hat.

#### Konsequenzen für die Praxis

Jetzt ist höchstrichterlich geklärt, dass Betriebskostennachzahlungen im Urkundsprozess eingeklagt werden können. Der BGH schließt sich in diesem Punkt der ganz h.M. in Rechtsprechung und Literatur an (Nachweise bei Rz. 13 der Entscheidung).

#### Beraterhinweis

Der betriebskostenrechtliche Verteilerschlüssel besteht aus Zähler und Nenner, beim Flächenschlüssel also aus der Größe der Wohnung und der Gesamtfläche des Gebäudes. Der BGH ist hier der Ansicht, das pauschale Bestreiten dieser Zahlen durch den Mieter sei unbeachtlich. Dies erscheint insbesondere mit Blick auf die Gesamtfläche sehr streng und die Praxis wird noch ausloten müssen, welche konkreten Tatsachen der Mieter hier vorzutragen hat. Nimmt der Mieter die Substantiierungshürde, droht dem für die Richtigkeit des Verteilerschlüssels beweisbelasteten Vermieter (LG Köln v. 10.1.2001 – 10 S 294/00, ZMR 2001, 624) Ungemach. Denn in der Praxis werden Flächenangaben häufig aus älteren Verträgen übernommen und vielen Vermietern ist gar nicht bekannt, auf welcher Berechnungsmethode die Angaben beruhen.

*Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin*

### »» Betriebskostenabrechnung: „Personenmonate“ sind verständlich

Die Umlage von Betriebskosten nach Personenmonaten ist ein verständlicher Verteilerschlüssel, wenn sich aus der Abrechnung die Gesamtkosten für die jeweilige Kostenart (hier: Müll und Wasser), die Gesamtzahl der zu verteilenden Einheiten in Personenmonaten und die auf den Mieter entfallenden Einheiten in Personenmonaten sowie das rechnerische Ergebnis ergeben. Wie der Vermieter die Gesamtpersonenzahl im Gebäude und in der Wohnung ermittelt hat, muss – etwa durch Beifügung einer Belegungsliste – nicht näher erläutert werden.

BGH, Urt. v. 22.10.2014 – VIII ZR 97/14

(LG Mannheim – 4 S 74/13)

BGB §§ 259, 556 Abs. 1 u. 3

**Das Problem**

Die Betriebskostenabrechnung für 2011 enthielt für die Kostenposition Müllbeseitigung die Angabe „32.20 Personenmonate x 4.3470004 € je Personenmonat = 139.98 €“ und bei Frisch- und Abwasser „32.20 Personenmonate x 23.4394746 € je Personenmonat = 754.75 €“. Die Rückseite der Abrechnung enthielt unter der Überschrift „Berechnung und Verteilung“ bei Müll die Eintragung „244.91 €: 56.34 Personenmonate = 4.3470004 € je Personenmonat“ und beim Wasser „1.320,58 €: 56.34 Personenmonate = 23.4394746 € je Personenmonat“. Die Wertung der Instanzgerichte, wonach mangels Erläuterung des Verteilerschlüssels der „Personenmonate“ formelle Abrechnungsunwirksamkeit vorliege, wurde vom BGH nicht geteilt.

**Die Entscheidung des Gerichts**

Formell ordnungsgemäß sei eine Abrechnung, wenn sie § 259 BGB entspreche, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalte. Auf den Punkt gebracht betont der BGH, dass der Mieter die Rechenschritte zur Umlage der Gesamtkosten erkennen können müsse (BGH v. 15.2.2012 – VIII ZR 197/11, MietRB 2012, 130 f. = MDR 2012, 511). Für den gegebenen Fall wird einfach und zutreffend ausgeführt: Der Mieter könne sowohl die Gesamtkosten als auch die Gesamtzahl der Einheiten (56.34 Personenmonate) und die auf ihn entfallenden Einheiten (32.20 PM) sowie das hieraus sich ergebende rechnerische Ergebnis entnehmen. Die Bezeichnung „Personenmonate“ müsse nicht erläutert werden, da dieser Schlüssel weder unverständlich noch undurchsichtig sei. Für den durchschnittlich gebildeten, rechtlich und wirtschaftlich ungeschulten Mieter (BGH v. 8.12.2010 – VIII ZR 27/10, MietRB 2011, 104 = MDR 2011, 348) sei ersichtlich, dass sich sein Anteil – wie bei Verteilung nur nach Personen – nach dem Verhältnis der in der Wohnung lebenden Personen zu den im Gebäude insgesamt wohnenden Personen ausrichte (BGH v. 15.9.2010 – VIII ZR 181/09, MietRB 2011, 2 = MDR 2010, 1374). Lediglich werde ein Zeitelement hinzugezogen und die Zahl der im Gebäude lebenden Gesamtpersonen in ein Verhältnis zur Dauer ihres Aufenthalts im Anrechnungszeitraum gesetzt.

**Konsequenzen für die Praxis**

An die Anforderungen der formellen Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung sind keine zu hohen Maßstäbe zu stellen (BGH v. 15.2.2012, a.a.O.; v. 2.4.2014 – VIII ZR 201/13, MietRB 2014, 161 = MDR 2014, 581). Man orientiert sich am Abrechnungszweck und fragt sich, ob im gegebenen Fall dem Mieter die Nachvollziehbarkeit des Rechnungsergebnisses anhand der aufgeführten Daten möglich ist. Das war unschwer der Fall. Der BGH hat mit seiner Entscheidung den häufig verwendeten Verteilerschlüssel nach Personenmonaten als nachvollziehbar „genehmigt“. Die Zahl an Personen im Gebäude und in der einzelnen Wohnung kann tagesgenau oder zu bestimmten Stichtagen festgestellt werden. Das Beifügen einer „Belegungsliste“ ist nicht erforderlich, wie in der vorliegenden Entscheidung betont wird (ebenso BGH v. 15.9.2010, a.a.O.). In diesem Zusammenhang wird auf die Verläss-

lichkeit der Feststellung von Personen in Einzelfällen hingewiesen, etwa wenn Fragebögen an die Mieter zur Beantwortung übermittelt werden (Langenberg, Betriebskostenrecht, F Rz. 92). In diesem Zusammenhang wird ein Auskunftsanspruch alle 4 Wochen bei größeren Wohneinheiten bejaht (Schmid, GE 2010, 1589). Bei der Beauftragung des Hausmeisters zur Ermittlung längerer Aufenthalte von Personen in Wohnungen gilt ähnliches, da solche Besuche angekündigt werden müssen und der Mieter so „vorgewarnt“ ist, was zu unzutreffenden Feststellungen führen könnte. Bestreitet der Mieter die Angaben in der Abrechnung, wird zudem eine Beweisaufnahme durch Befragung von Mietern erforderlich (Langenberg, Betriebskostenrecht, F Rz. 92 ff.).

**Beraterhinweis**

Die Umlage von Personen oder Personenmonaten muss vereinbart sein (Milger, NZM 2008, 757). Ungeklärt ist, inwieweit auch längerfristige oder häufige Besucher in die Verteilung mit einbezogen werden können (hierzu Blank, DWW 1992, 68; Herrlein, ZMR 2007, 247 [249]: ab 4 bis 6 Wochen). Vertreten wird auch, dass Besucher generell nicht zu berücksichtigen sind (Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rz. 4145; Schmid, GE 2010, 1589). Vertragsklauseln, die den Mieter zur Mitteilung von Besuchern über längere Aufenthalte verpflichten, werden als gegen § 307 BGB verstoßend gewertet (Langenberg, Betriebskostenrecht, F Rz. 93).

RA Robert Harsch, Lörrach

**»» Mieterhöhung: Formelle Anforderungen an das Zustimmungsverlangen**

**Die Formulierung „Dieses Schreiben wurde maschinell erstellt und bedarf keiner Unterschrift“ ist ein ausreichender Abschluss der Erhöhungserklärung und wahrt die Schriftform.**

BGH, Beschl. v. 1.7.2014 – VIII ZR 72/14  
(LG Görlitz – 2 S 151/13)  
BGB §§ 126b, 558a Abs. 1

**Das Problem**

Die Hausverwaltung der Klägerin, eine Immobilien GmbH, hatte ein Mieterhöhungsverlangen unter Beifügung einer Vollmacht ausgesprochen. Seite 3 der Erhöhungserklärung schloss mit dem Satz „Dieses Schreiben wurde maschinell erstellt und bedarf keiner Unterschrift“, wobei der für die Hausverwaltung tätige Sachbearbeiter benannt war. Seite 4 bestand aus einer vorbereiteten Zustimmungserklärung. Die materielle Berechtigung der Erhöhung stand nicht in Streit. Die Mieterin meinte aber, die Erklärung sei formell nicht in Ordnung.

**Die Entscheidung des Gerichts**

Der Senat kündigt mit dem hier besprochenen Beschluss nach § 522a ZPO an, die vom LG zugelassene Revision zurückweisen zu wollen. Auf die vom LG erörterte Frage, ob

ein Mieter ein von einem Bevollmächtigten des Vermieters ohne Vollmachtsvorlage gestelltes Erhöhungsverlangen entsprechend § 174 BGB zurückweisen könne, komme es nicht an, denn die Vollmacht war vorgelegt worden. Die weiter vom Berufungsgericht erörterte Frage, welche Anforderungen an ein von einer juristischen Person in Textform (§ 126b BGB in der hier anzuwendenden, bis 12.6.2014 gültigen Fassung) verfasstes Schreiben zu stellen sind, seien durch das Senatsurteil v. 7.7.2010 (BGH v. 7.7.2010 – VIII ZR 321/09, MDR 2010, 1178) geklärt. Dort sei ausgeführt, dass die namentliche Benennung des für eine juristische Person tätigen Mitarbeiters nicht nötig sei, es genüge vielmehr, die juristische Person zu benennen. Die Zulassung der Textform, so dort weiter, diene der Erleichterung des Rechtsverkehrs, und diese würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn die handelnde natürliche Person namentlich aufgeführt werden müsste und darüber hinaus eine eigenhändig für diese Person ausgestellte Vollmacht vorzulegen wäre. Schließlich genüge auch die abschließende Formulierung auf Seite 3 der Erklärung der Textform, der Abschluss der Erklärung sei hierdurch gewahrt. Die Beifügung der vorbereiteten Zustimmungserklärung als Seite 4 ändere daran nichts. Die an sich entbehrliche Benennung des für die GmbH tätigen Sachbearbeiters sei unschädlich und führe insbesondere nicht dazu, dass die Funktionen dieses Mitarbeiters innerhalb der GmbH in der Erhöhungserklärung hätten dargelegt werden müssen. Ebenso wenig sei es erforderlich, die Bevollmächtigung dieses Mitarbeiters durch die vertretungsberechtigten Organe der Gesellschaft darzulegen und zu beweisen.

#### Konsequenzen für die Praxis

Nach dem Wortlaut der ab 13.6.2014 geltenden Fassung des § 126b BGB muss nicht einmal mehr der Abschluss der Erklärung erkennbar gemacht werden. Ob das dennoch weiterhin erforderlich ist, da mit der Neufassung keine Veränderung der bisherigen Rechtslage beabsichtigt war, ist offen. Zu empfehlen ist es allemal.

#### Beraterhinweis

Im Mietrecht kann die Textform für die Erklärungen der §§ 555c Abs. 1, 555d, 556a Abs. 2, 556b Abs. 2, 556c Abs. 2, 557b Abs. 3, 558a Abs. 1, 559b Abs. 1 und 560 Abs. 1 und 4 BGB gewählt werden. Ob das praktisch sinnvoll ist, muss von Fall zu Fall entschieden werden.

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

#### »» Vereinbarte Betriebspflicht: Kurze Verjährung bei Verletzung

§ 548 Abs. 1 Satz 1 BGB ist auf Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen Verletzung einer vertraglich vereinbarten Betriebspflicht anzuwenden.

OLG Frankfurt, Urt. v. 17.10.2014 – 2 U 43/14  
(LG Frankfurt a.M. – 2-07 O 309/13)

BGB §§ 214 Abs. 1, 535, 548 Abs. 1 S. 1

#### Das Problem

K vermietet B Räume zum Betrieb von Gaststätten. Sie vereinbaren eine Betriebspflicht. Gegen diese verstößt B, da er die Mietsache längere Zeit nicht zum Betrieb eines Restaurants nutzt oder nutzen lässt. Nach ordentlicher Kündigung endet das Mietverhältnis zum 31.3.2011. Verhandlungen, ob und ggf. welchen Schadenersatz B wegen der Verletzung der Betriebspflicht schuldet, scheitern am 5.7.2011. Auf Antrag von K vom 30.9.2011 erlässt das Mahngericht am gleichen Tag einen Mahnbescheid über 31.638,33 €, wovon 25.200 € auf den behaupteten Schaden wegen der Verletzung der Betriebspflicht entfallen. Der Mahnbescheid wird B am 5.10.2011 zugestellt. Am 10.10.2011 legt er Widerspruch ein, wovon K am 11.10.2011 benachrichtigt wird. Die Nachricht enthält den Hinweis, zur Abgabe des Verfahrens sei ein Antrag auf Durchführung des streitigen Verfahrens erforderlich (als ein solcher Antrag werde auch die Zahlung der Kosten für das streitige Verfahren angesehen). Auch am 11.10.2011 werden von K die Kosten für die Durchführung des streitigen Verfahrens angefordert. Mit am 18.4.2013 eingegangenem Schriftsatz beantragt K die Abgabe der Sache zur Durchführung des streitigen Verfahrens an das LG und begründet den Anspruch. Am 7.8.2013 zahlt sie die Kosten für die Durchführung des streitigen Verfahrens ein. B erhebt vor allem die Einrede der Verjährung.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Die Klage hat keinen Erfolg! B könne die Zahlung gem. § 214 Abs. 1 BGB verweigern. Hätte K einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, wäre dieser gem. § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB verjährt. Die Verjährungsfrist habe mit Rückgabe der Mietsache am 31.3.2011 zu laufen begonnen. Zunächst hätten die Parteien über Ks Anspruch verhandelt, so dass die Verjährung gem. § 203 Satz 1 BGB gehemmt gewesen sei. Gehe man zugunsten von K von einem Beginn der Verhandlungen direkt mit Rückgabe der Mietsache aus, sei der Ablauf der Verjährung bis zum 5.7.2011 (einer Ablehnung von B, Schadenersatz zu zahlen) gehemmt gewesen. Die Verjährungsfrist von 6 Monaten habe daher gem. § 209 BGB am 5.7.2011 zu laufen begonnen. Mit Einreichung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids sei die Verjährung dann gem. §§ 204 Abs. 1 Nr. 3, 209 BGB, § 167 ZPO erneut gehemmt worden. Die (zunächst) letzte Verfahrenshandlung des AG habe in der Kostenanforderung vom 11.10.2011 bestanden, so dass die Hemmung gem. § 204 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 BGB am 11.4.2012 endete. Da bis zur zweiten Hemmung rund drei Monate der Verjährungsfrist (5.7.2011–30.9.2011) bereits abgelaufen waren, sei die Verjährung spätestens nach Ablauf von drei weiteren Monaten Ende Juli 2012 eingetreten. § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB sei auch anwendbar. Die negative Beeinträchtigung des Verkehrswerts durch Nichtbetrieb einer Gaststätte sei eine „Verschlechterung der Mietsache“. Darüber hinaus habe der Mieter bei einer Verletzung der Betriebspflicht Nebenpflichten aus dem Mietvertrag mit Bezug auf die Mietsache verletzt.



### Konsequenzen für die Praxis

Dies Entscheidung ist vertretbar, sofern die vorübergehende Verletzung einer Betriebspflicht Einfluss auf den Verkehrswert hat. Dies dürfte aber wohl nicht der Fall sein (siehe auch § 17 ImmoWertV). Auch die Hilfsüberlegung des Senats hilft kaum. § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB unterfallen Ansprüche wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache. Die Mietsache selbst bleibt indessen bei einer bloßen Verletzung der Betriebspflicht unverändert – wenn nicht durch den „Nichtbetrieb“ Schäden zu beklagen sind.

#### Beraterhinweis

§ 548 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt für mit vertraglichen Ansprüchen konkurrierende Ansprüche aus Delikt (BGH v. 29.6.2011 – VIII ZR 349/10 – Rz. 12, MietRB 2011, 320 = MDR 2011, 971; v. 23.5.2006 – VI ZR 259/04 – Rz. 14, MDR 2006, 1393 f. = NJW 2006, 2399).

*RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin*

### »» Kündigung: Mangelnde wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit

Eine Kündigung wegen mangelnder wirtschaftlicher Verwertung kann unbegründet sein, wenn der wirtschaftliche Nachteil im Entgang eines Gewinnes durch Abriss, Neubau und Verkauf als Eigentumswohnungen liegt.

LG Berlin, Urt. v. 25.9.2014 – 67 S 207/14  
(AG Mitte – 20 C 27/14)  
ZPO §§ 264, 528

#### Das Problem

Die Klägerin klagt auf Räumung von Wohnraum. Sie beabsichtigt ausweislich ihrer Kündigungsbegründung, das Grundstück nach Abriss von insgesamt zwanzig Wohnungen unter Einschluss der von der Beklagten innegehaltenen Räume neu zu bebauen, den neu geschaffenen Wohnraum zu veräußern und nach Abzug der Investitionskosten von 35,5 Mio. EUR bei einem erwarteten Verkaufspreis von 48,2 Mio. EUR einen Gewinn von insgesamt 12,7 Mio. EUR zu erzielen. Bei Erhalt der bisherigen Bausubstanz und Fortbestand auch des streitgegenständlichen Mietverhältnisses wäre die Klägerin – ausweislich ihres von der Beklagten bestrittenen Vortrags – gezwungen, das Gesamtobjekt mit einer jährlichen Unterdeckung zu bewirtschaften oder zu einem unter dem von ihr für den Erwerb des Grundstücks aufgewandten Kosten liegenden Verkaufspreis weiter zu veräußern. Sie kündigte der Beklagten unter Berufung auf eine mangelnde wirtschaftliche Verwertung (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

#### Die Entscheidung des Gerichts

Die Räumungsklage hatte keinen Erfolg. Bei der vorzunehmenden Abwägung der unterschiedlichen Interessen beider Vertragsparteien ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Klägerin das Objekt in Kenntnis der Beklag-

ten und des Mietvertrages und damit in Kenntnis der eingeschränkten Möglichkeiten zur Änderung oder gar Beendigung der bestehenden Mietverhältnisse erworben hat (vgl. BVerfG v. 12.11.2003 – 1 BvR 1424/02 – Rz. 16, NJW-RR 2004, 371). Es tritt hinzu, dass der Erwerb des Grundstücks, seine Entwicklung, die spätere Aufteilung in Wohnungseigentum und die geplante gewinnbringende Weiterveräußerung durch eine Geschäftstätigkeit der Klägerin motiviert sind, die vornehmlich auf eine aus Preis- und Wertveränderungen der erworbenen Grundstücke resultierende Gewinnerzielung gerichtet ist. Ob eine derartige, allein oder zumindest vornehmlich einem spekulativen Verkauf dienende Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses bereits grundsätzlich nicht dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterfällt und deshalb rechtsmissbräuchlich ist (vgl. BVerfG v. 4.6.1998 – 1 BvR 1575/94 – Rz. 11, NJW 1998, 2662; BGH v. 28.1.2009 – VIII ZR 8/08 – Rz. 20, MietRB 2009, 193 = MDR 2009, 498 = NJW 2009, 1200), bedurfte keiner abschließenden Entscheidung der Kammer. Denn einem ausschließlich oder vornehmlich spekulationsgeschäftlich begründeten Kündigungsinteresse kommt im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung zumindest ein geringeres Gewicht zu als einem Verwertungsinteresse, dass zwar auch erwerbswirtschaftlich motiviert ist, zu einem nicht unwesentlichen Anteil aber auch darauf beruht, dass die erforderliche weitere Bewirtschaftung eines ohnehin sanierungsbedürftigen Mietobjekts in Form einer Sanierung mit schwer kalkulierbaren Risiken verbunden ist und keine nachhaltige Verbesserung der Bausubstanz sicherstellt. Um ein derartiges Mietobjekt handelt es sich hier aber nicht, da sein baulicher Zustand einer angemessenen Wohnraumversorgung mit üblichem Standard entspricht und eine Sanierung der vorhandenen Baukörper ausweislich des unbestrittenen Sachvortrags der Beklagten gerade nicht erforderlich ist. Demgegenüber überwiegt das Erhaltungsinteresse der Beklagten, die bereits seit 53 Jahren ihren Lebensmittelpunkt in der Wohnung hat.

#### Konsequenzen für die Praxis

Das LG hat zutreffend eine Güterabwägung auch mit den Belangen der Mieterin vorgenommen. Letztendlich laufen aber die Entscheidungsgründe darauf hinaus, dass der Entgang eines Gewinns, der aus Entmietung, Abriss, Neubau und Verkauf als Eigentumswohnungen entstehen soll, meist nicht als mangelnde wirtschaftliche Verwertung anerkannt wird.

#### Beraterhinweis

§ 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB stellt wohl den problematischsten Grund für eine ordentliche Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses dar. Wer in der Hoffnung auf diesen Kündigungsgrund Wohnraum erwirbt, geht ein erhebliches Risiko ein. Die Gerichte sind gerade beim Erwerb vermieteter Wohnungen in Kündigungsabsicht mit Räumungsurteilen eher zurückhaltend.

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

Mehr zum Thema: Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2014, 15 (nachstehend).

### »» Mieterhöhung: Erhöhung bis zum Oberwert der Bandbreite

Dem Vermieter steht ein Anspruch auf Zustimmung zur Mieterhöhung gem. § 558 Abs. 1 BGB bis zum Oberwert der vom gerichtlichen Sachverständigen ermittelten Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete zu.

LG Baden-Baden, Beschl. v. 29.4.2014 – 2 S 14/14  
(AG Rastatt – 3 C 54/11)  
BGB §§ 558, 558b

#### Das Problem

Der Vermieter verlangt vom Mieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung für die Wohnung von 366,96 € netto monatlich. Der Mieter stimmt nicht zu und der Vermieter erhebt Zustimmungsklage. In diesem Verfahren holt das AG ein Sachverständigengutachten zur Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete ein. Der Sachverständige ermittelt aus den Vergleichswerten einen arithmetischen Mittelwert von 341,88 €. In einem zweiten Schritt legt er um diesen so ermittelten Mittelwert aus allen Mietdaten ein sog. Konfidenzintervall, um auf diese Weise die unüblichen Mieten zu eliminieren. Das maßgebliche Intervall beträgt ca. 9,2 % bzw. 31,68 €. Diesen absoluten Betrag addiert er zu bzw. subtrahiert er von dem Mittelwert und kommt so zu einer ortsüblichen Vergleichsmiete von 310,20 € bis 373,56 €. Daraufhin verurteilt das AG den Mieter antragsgemäß. Dieser legt gegen das Urteil Berufung ein.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Das LG weist den Mieter gem. § 522 ZPO daraufhin, dass es beabsichtige, die Berufung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. Die ortsübliche Vergleichsmiete betrage vorliegend mindestens die verlangten 366,96 €. Der Vermieter habe einen Anspruch auf Zustimmung zu einer Miete, die die ortsübliche Vergleichsmiete nicht übersteigt. Auch der oberste Wert einer vom Gutachter ermittelten „Bandbreite“ erfülle noch diese Voraussetzungen. Es sei allenfalls nicht zulässig, die gesamte Mietspanne der vom Sachverständigen in das Gutachten einbezogenen Vergleichswohnungen zugleich als Bandbreite der konkreten Einzelvergleichsmiete anzusehen. Aber genau das habe der Sachverständige mit seiner Art der Berechnung, die vom arithmetischen Mittel ausgeht und darum dann das Konfidenzintervall legt, nicht getan.

#### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ist methodisch richtig. Sie berücksichtigt, dass die ortsübliche Vergleichsmiete kein centgenauer Punktwert ist. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 558 Abs. 2 BGB, der im Plural von den „Entgelten“ spricht. Berücksichtigt man dann weiter, dass zum einen für völlig gleiche Wohnungen unterschiedliche Mieten gezahlt werden und die ortsübliche Vergleichsmiete zusätzlich aus erhöhten Bestandsmieten und Neuvertragsmieten der letzten vier Jahre gebildet wird, so wird schnell klar, dass die ortsübliche Vergleichsmiete so gut wie immer

eine Bandbreite sein muss. Das sieht der BGH schon lange so. In den Fällen, in denen der Sachverständige zu dem Ergebnis kommt, dass die Einzelvergleichsmiete eine Bandbreite ist, steht dem Vermieter ein Anspruch auf den Oberwert dieser Bandbreite der Einzelvergleichsmiete zu (BGH v. 6.7.2005 – VIII ZR 322/04, MietRB 2006, 1 = MDR 2005, 1397 = WuM 2005, 516.). Diese Entscheidung aus dem Jahr 2005 wurde teilweise – bewusst – falsch verstanden, da nunmehr insbesondere Finanzinvestoren in Mieterhöhungsverfahren den Oberwert der Mietspiegelspanne vom Mieter verlangten. Das war natürlich falsch und veranlasste den BGH (BGH v. 21.10.2009 – VIII ZR 30/09, MietRB 2010, 1 = MDR 2010, 17 = WuM 2009, 746) nochmals auf den Unterschied zwischen Mietspiegelspanne und Bandbreite der Einzelvergleichsmiete deutlich hinzuweisen.

Der Unterschied ergibt sich aus den unterschiedlichen Funktionen eines Mietspiegels und eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens. Der Sachverständige soll die Einzelvergleichsmiete anhand der fünf Wohnwertmerkmale und der ihm vorliegenden Daten ermitteln. Der Mietspiegel vereinfacht demgegenüber sehr stark. Das ergibt sich deutlich aus folgender Überlegung. Wenn man jedes der fünf gesetzlichen Wohnwertmerkmale nur jeweils fünf mal differenziert, kommt man zu  $5^5$  (= 3125) verschiedenen Wohnungsteilmärkten. Mietspiegel haben üblicherweise ca. 24 Felder. Das bedeutet, dass in jedem Mietspiegelfeld ca. 135 Bandbreiten von Einzelvergleichsmieten enthalten sind. Deshalb kann dem Vermieter nicht der Oberwert der Mietspiegelspanne zustehen. Die Einzelvergleichsmiete kann schon deshalb nicht in jedem Fall mit dem höchsten Wert der Mietspiegelspanne übereinstimmen, weil sonst die Ausweisung von Mietzinsspannen im Mietspiegel jegliche Funktion verlieren würde (BGH v. 4.5.2011 – VIII ZR 227/10, MietRB 2011, 242 = MDR 2011, 839 = WuM 2011, 421).

#### Beraterhinweis

Für den anwaltlichen Berater ist es wichtig, die Rechenschritte des Sachverständigen nachzuvollziehen. Dazu muss der Sachverständige in seinem Gutachten Angaben machen zu:

- Repräsentativität seiner Daten.
- Wie hat der Sachverständige diese „Rohdaten“ bearbeitet:
  - Ausschluss von im weitesten Sinne preisgebundenen Mieten
  - Berücksichtigung des richtigen 4-Jahreszeitraums
  - Eliminierung von unzulässigen Mieten o.Ä.
- In welchem Verhältnis hat er erhöhte Bestandsmieten und Neuvertragsmieten herangezogen.
- Welche Mieten hat er abschließend als „unüblich“ eliminiert.

Sicher kann man hierzu entsprechende schriftliche Fragen dem Sachverständigen stellen, die dieser dann in einem Nachtragsgutachten beantworten kann, wenn das Erstgutachten sich dazu nicht verhält. Sinnvoll erscheint es aber an dieser Stelle, den Sachverständigen hierzu mündlich anzuhören, um sich die Schritte erklären zu lassen und besser nachvollziehen zu können.

Genau diese Vorgehensweise wird in Zukunft auch in den Gemeinden erforderlich werden, in denen die sog. Mietpreisbremse gelten wird. Hier wird es darauf ankommen den Oberwert der ortsüblichen Einzelvergleichsmiete für den Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses zu ermitteln, wenn nicht eine der zahlreichen Ausnahmen einschlägig ist.

*RiAG Dr. Ulf P. Börstinghaus, Gelsenkirchen*

### »» Richtlinie VDI 2077: Auch bei ungedämmten Rohren in Wänden und Estrich

1. Für die Anwendung des Rechenverfahrens der VDI-Richtlinie 2077 zur Ermittlung der von den Heizkostenverteilern nicht erfassten Rohrwärme, kann es keinen Unterschied machen, ob die Rohre nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV tatsächlich frei – d.h. ohne jegliche Umhüllung – in den Wohnungen verlaufen oder, wie in einer Mehrzahl der hierzulande vorhandenen Mietwohnungen, ungedämmt im Estrich oder in den Wänden und damit nur von Mauerwerk umhüllt verlegt wurden; auch diese Rohre sind ungedämmt.

2. Erfassen infolge der Rohrwärmeabgabe die Heizkostenerfassungsgeräte – an den Heizkörpern – nur 25,9 % des Gesamtwärmeverbrauchs, dann reduziert sich das von § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV dem Vermieter eingeräumte Ermessen auf Null, so dass die genannte VDI-Richtlinie 2077 zwingend anzuwenden ist.

AG Bayreuth, Urt. v. 19.8.2014 – 102 C 1359/13  
HeizkostenV § 7 Abs. 1 S. 3

#### Das Problem

Die beklagte Mieterin bemängelte, dass bei der Verteilung der Heizkosten trotz nicht wärmegeämmter Rohre das Korrekturverfahren gemäß VDI-Richtlinie 2077 unterblieben war. Denn gutachterlich wurde festgestellt, dass die Heizkostenerfassungsgeräte nur 25,9 % des tatsächlichen Wärmeverbrauchs erfassten. Infolge der nachgeholtten Korrektur ergab sich eine Reduzierung der zu zahlenden Heizkosten um 191,49 €.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Das Gericht bejaht die Anwendung der VDI-Richtlinie 2077, um im Ergebnis eine faire Verteilung der Verbrauchskosten der Heizung zu erlangen. Infolge der Anwendung der VDI 2077 sei allerdings keine erneute Abrechnung erforderlich; die bereits erteilte Abrechnung sei formell ordnungsgemäß und lediglich inhaltlich zu korrigieren. Es sei richtig, dass nach § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV bei erhöhter Rohrwärmeabgabe und einer Verbrauchserfassung von weniger als 34 % der Gesamtwärme dem Vermieter grundsätzlich ein Ermessen zustehe, ob er die Berechnung nach den anerkannten Regeln der Technik unter Anwendung der VDI-Richtlinie 2077 vornehmen wolle oder nicht. Angesichts des hier doch deutlichen Abweichens vom Grenzwert von 34 % reduziere sich das Ermessen des Vermieters auf Null. Er müsse daher nach

den Grundsätzen der VDI 2077 abrechnen (Verweis auf LG Leipzig v. 7.10.2013 – 2 S 66/13, WuM 2014, 30). Insbesondere könne es für die Anwendung der entsprechenden Richtlinie keinen Unterschied machen, ob die Rohre tatsächlich frei – d.h. ohne jegliche Umhüllung – in den Wohnungen verlaufen oder wie in einer Mehrzahl der hierzulande vorhandenen Mietwohnungen, ungedämmt im Estrich oder in den Wänden und damit nur von Mauerwerk umhüllt verlegt wurden: Auch diese seien ungedämmt.

#### Konsequenzen für die Praxis

(1) Mit dem Urteil Bayreuth ist der Anwendungsbereich der Richtlinie VDI 2077, Beiblatt „Verfahren zur Berücksichtigung der Rohrwärmeabgabe“ über den engen Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 3 HeizkostenV hinaus auch dann möglich, wenn es sich nicht um freiliegende Leitungen handelt. Insoweit besteht Übereinstimmung mit dem Urteil des AG Emmendingen v. 10.4.2012 – 3 C 115/10, juris. Dort wurde bei einer Einrohrheizung mit rund 80 %iger Abgabe der Wärme durch die Heizungsrohre, die Anwendung der VDI 2077 auch für den Fall bejaht, dass die Rohre unisoliert im Estrich verlegt seien.

(2) Zur Erläuterung: Bei der Zweirohrheizung ist jeder Heizkörper an eine Vorlaufleitung und an eine Rücklaufleitung angeschlossen. Bis zu allen Heizkörpern müssen daher zwei Leitungen führen. Bei der Einrohrheizung gibt es aber nur eine Ringleitung, die durch alle Räume verläuft. Einrohrheizungen sind auch kein typisches Relikt der ehem. DDR. Insoweit sind deutschlandweit mindestens 1,5 Mio. Wohnungen mit einer Einrohrheizung ausgestattet (Redaktionsbeitrag, GE 2011, 1176). Und bis in die 1970er Jahre wurden Heizungsrohre nicht oder kaum gedämmt. Die Dämmung von Heizungsrohren wird sogar in der 1. WärmeschutzV (BGBl. 1977, 1554) noch nicht einmal erwähnt.

#### Beraterhinweis

(1) Um Konflikte zu vermeiden, sollte in Rohrwärmefällen vor (!) Erstellen der Heizkostenabrechnung die Notwendigkeit einer Korrektur nach VDI 2077 mit dem Messdienst abgeklärt werden. Wird nämlich erst im Nachhinein eine Korrektur vorgenommen, führt dies dazu, dass ein Teil der Mieter weniger Heizkosten zahlen muss; die übrigen Mieter werden nachbelastet. Das stört den „Betriebsfrieden“ im Haus. Darüber hinaus besteht bei einer Nachbelastung für einen Vermieter das Risiko, seine Forderungen wegen der Sperrfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht (mehr) durchsetzen zu können.

(2) Wird im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV nach allgemein anerkannten Regeln der Technik verfahren, so steht dem Mieter kein Kürzungsrecht nach § 12 HeizkostenV zu (AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg v. 21.1.2011 – 12 C 132/10, GE 2011, 415; LG Berlin v. 25.2.2013 – 67 S 365/12, GE 2013, 550).

*RA Hans-Georg Pfeifer, Düsseldorf*

Mehr zum Thema: Vgl. die ausführliche Darstellung von Pfeifer, „Unerfasste Rohrwärme und Korrektur nach VDI 2077“ in diesem Heft S. 23.

### »» Rauchwarnmelder: Duldungspflicht im Raucherwohnzimmer

Die Anbringung von Rauchwarnmeldern ist eine Modernisierungsmaßnahme. Auch der stark rauchende Mieter muss es dulden, dass ein vom Vermieter beauftragtes Fachunternehmen in sämtlichen zum Schlafen geeigneten Räumen – auch im Raucherwohnzimmer – fachgerecht Rauchwarnmelder anbringt. Die LBauO richtet sich an den Bauherrn und legt nur den Mindestumfang der Ausstattung fest.

Die konkrete Nutzung der Räume muss der Mieter dem Vermieter nicht mitteilen. Der Duldungsanspruch gegenüber dem Mieter ist bereits vor Ablauf der Übergangsfrist nach der LBauO (hier: 31.12.2015) fällig. Eigenmächtig vom Mieter angebrachte Rauchwarnmelder sind allenfalls eine aufgedrängte Bereicherung auf Seiten des Vermieters.

Bei fehlendem Nachweis ordnungsgemäßer Wartung nach DIN EN 14604 und DIN 14676 ist der uneingeschränkte Versicherungsschutz des Gebäudes insgesamt gefährdet. Außerdem bestehen Schutzpflichten des Vermieters gegenüber anderen Mietern.

AG Halle a.d. Saale, Urt. v. 14.3.2014 – 99 C 2552/13  
LBauO Sachsen-Anhalt § 47

#### Das Problem

Die stark rauchenden Mieter weigerten sich, den Einbau eines Rauchwarnmelders in einem von ihnen als Wohn- und Raucherzimmer genutzten Raum der Mietwohnung zu dulden. Sie bestritten den Vortrag der Vermieterin, dass der Rauchwarnmelder bei Zigarettenqualm nicht auslösen würde. Ferner verwiesen sie auf die erst am 31.12.2015 auslaufende Installationspflicht gem. § 47 LBauO Sachsen-Anhalt sowie auf die Tatsache, dass nur Schlaf- und Kinderzimmer sowie Flure mit Rauchwarnmeldern auszustatten seien.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Das Gericht gab der Duldungsklage statt. Die Beklagten hatten nach Auffassung des Gerichts nur unsubstantiiert vorgetragen, dass der Rauchwarnmelder auch bei Zigarettenqualm auslösen würde. Ferner müsse der Mieter dem Vermieter die Nutzungsart bzw. auch Nutzungswechsel der Räume der Mietwohnung nicht mitteilen, so dass das aktuell als Wohnzimmer genutzte Zimmer auch jederzeit als Schlafzimmer genutzt werden könne. Daher könne die Vermieterin alle zur Nutzung als Schlafzimmer geeigneten Räume mit Rauchwarnmeldern ausstatten. Auch habe die Klägerin ein Rechtsschutzbedürfnis daran, bereits jetzt die Ausstattung mit Rauchwarnmeldern vorzunehmen, da sie als Großvermieterin rechtzeitig mit der Erfüllung der gesetzlichen Vorgabe anfangen müsse.

#### Konsequenzen für die Praxis

Die Ausführungen des Gerichts zu bereits vom Mieter eingebrachten Rauchwarnmeldern und zum Versicherungsschutz sind offenbar ein „obiter dictum“. In der Tat sollten Vermieter, sofern die jeweilige Landesbauordnung den Einbau von Rauchwarnmeldern dem Eigentümer zuweist, vor diesem Hintergrund auf der Ausstattung sämtlicher als Schlafzimmer in Betracht kommender Räume mit Rauchwarnmeldern ausstatten (lassen), ggf. auch dann, wenn die Mieter bereits selbst Rauchwarnmelder angebracht haben.

#### Beraterhinweis

Die Rechtsprechung zum Thema „Rauchwarnmelder“ ist noch im Fluss; auch differieren die Landesbauordnungen hinsichtlich der Pflicht zur Sicherstellung der Betriebsbereitschaft der Rauchwarnmelder. Insbesondere zur Duldungspflicht des Mieters bei bereits selbst eingebauten Rauchwarnmeldern gibt es unterschiedliche Urteile; wie hier etwa AG Hamburg-Blankenese v. 25.6.2013 – 531 C 125/13, ZMR 2013, 965 f.; LG Hannover v. 9.12.2010 – 1 S 24/10, ZMR 2011, 826 f.; AG Burgwedel v. 1.7.2010 – 73 C 251/09, ZMR 2011, 800 f., sowie AG Hamburg-Blankenese v. 16.2.2011 – 531 C 341/10, ZMR 2011, 395 f.

*RAin FAinMuWR Nele Rave, Frankfurt a.M.*

## Gewerberaummiete

### »» Mängelrechte: Kein Ausschluss bei vorbehaltloser Optionsausübung

Die vorbehaltlose Ausübung einer Verlängerungsoption durch den Mieter führt nicht gemäß oder entsprechend § 536b BGB dazu, dass der Mieter für die Zukunft mit seinen Rechten aus §§ 536, 536a BGB ausgeschlossen ist (Abgrenzung zu BGH v. 13.7.1970 – VIII ZR 230/68, NJW 1970, 1740).

BGH, Urt. v. 5.11.2014 – XII ZR 15/12  
(OLG Zweibrücken – 8 U 63/10)  
BGB §§ 536, 536a, 536b

#### Das Problem

Zwischen den Parteien besteht ein Mietvertrag. Die Mietlaufzeit beträgt 10 Jahre. Den Mietern stehen vier Optionsrechte zur Vertragsverlängerung um jeweils fünf Jahre zu. Die ersten beiden Optionsrechte übten die Mieter aus, ohne einen Vorbehalt wegen Mietmängeln zu erklären. Spätestens seit Juni 2006 rügten die Mieter Mängel im Zusammenhang mit den raumklimatischen Bedingungen der Mieträume. Sie mindern die Miete und verlangen Rückzahlung überzahlter Miete für die Vergangenheit.

### Die Entscheidung des Gerichts

Nach Auffassung des BGH sind Mängelansprüche der Mieter aus §§ 536 Abs. 1 Satz 1 und 2, 536a Abs. 1 und 2 BGB sowie Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht gem. § 536b BGB ausgeschlossen, weil die Mieter trotz Kenntnis von den Mängeln die Verlängerungsoptionen ausgeübt haben. Gemäß § 536b BGB stehen dem Mieter die Rechte aus den §§ 536 und 536a BGB nicht zu, wenn er den Mangel der Mietsache bei Vertragsschluss kennt oder – ohne dass der Vermieter den Mangel arglistig verschwiegen hätte – infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt oder wenn er die mangelhafte Sache trotz Mangelkenntnis annimmt, ohne sich seine Rechte bei der Annahme vorzubehalten.

Der überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung, wonach § 536b BGB auch dann eingreift, wenn der Mieter in Kenntnis des Mietmangels eine Verlängerungsoption ausübt, ohne sich seine Rechte vorzubehalten (vgl. etwa OLG Koblenz v. 21.7.2014 – 2 U 901/13, MietRB 2014, 291; *Kraemer/Ehlert*, in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III. B Rz. 3395 m.w.N.; *Weidenkaff* in Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 536b Rz. 1) folgt der BGH nicht. Denn die Ausübung einer Verlängerungsoption durch den Mieter stelle weder einen Vertragsschluss i.S.d. § 536b Satz 1 BGB dar, noch führe sie zu einer entsprechenden Anwendung des § 536b BGB.

Eine Option, die einer oder beiden Parteien das Recht einräumt, das bestehende Mietverhältnis durch einseitige Erklärung um eine bestimmte Zeit zu verlängern, sei ein schon im Ausgangsvertrag eingeräumtes Gestaltungsrecht (Hinweis auf BGH v. 25.2.1985 – VIII ZR 116/84, MDR 1985, 574 = NJW 1985, 2481). Ein neuer Vertrag komme durch die Optionsausübung nicht zustande. Der bestehende Vertrag werde vielmehr mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt, lediglich die ursprüngliche Vertragslaufzeit werde verändert und ihr werde ein neuer Zeitabschnitt hinzugefügt (Hinweis auf BGH, a.a.O.). Eine entsprechende Anwendung von § 536b BGB komme gleichfalls nicht in Betracht. Es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke. Einem Erst-Recht-Schluss zur entsprechenden Anwendung von § 539 BGB a.F. bei einer vorbehaltlosen Ausübung einer Verlängerungsoption (Hinweis auf BGH v. 13.7.1970 – VIII ZR 230/68, NJW 1970, 1740 [1742]) sei seit dem Inkrafttreten der §§ 536b, 536c BGB die Grundlage entzogen. Der Gesetzgeber habe im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes bewusst davon abgesehen, eine Regelung für den Fall zu treffen, dass der Mieter den Mangel erst nach Vertragsschluss erkennt und trotz Kenntnis des Mangels die Miete über einen längeren Zeitraum hinweg vorbehaltlos in voller Höhe weiterzahlt.

### Konsequenzen für die Praxis

Für Mieter führt die Entscheidung zu Erleichterungen. Vor der Optionsausübung, zu der sich Mieter häufig erst „im letzten Moment“ entschließen, müssen sie nunmehr nicht (mehr) eingehend prüfen, ob und welche Mietmängel vorhanden sind und einen entsprechenden Mängelvorbehalt erklären.

### Beraterhinweis

Gleichwohl sind Mieter gut beraten, sich vorhandene Mängel bei der Optionsausübung (vorsorglich) vorzubehalten, wenn sie hiervon Kenntnis haben bzw. diese sogar schon geltend gemacht worden sind. Der BGH betont selbst, dass es die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben nach § 242 BGB ermöglicht, dem jeweiligen Verhalten des Mieters im Zusammenhang mit einer Vertragsverlängerung unter Berücksichtigung etwaiger, vermietenseitiger Vertrauenstatbestände im Einzelfall rechtlich angemessen auch für die Zukunft Rechnung zu tragen und dass eine solche Einzelfallbetrachtung auch sachgerecht ist.

*RA Dr. Rainer Burbulla, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf*

### »» Immobilienveräußerung: Vermieterpfandrecht des Erwerbers

Bestimmen sich die mietvertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Erwerber und Mieter nach dem Beginn des Mietverhältnisses, ist auf den Beginn des ursprünglichen Mietverhältnisses zwischen Veräußerer und Mieter abzustellen.

Für das Vermieterpfandrecht des Erwerbers kommt es auf den Zeitpunkt der Einbringung der Sache in die Mieträume an. Das gilt auch dann, wenn die Sache eingebracht worden ist, als noch der Veräußerer Eigentümer/Vermieter war. Eine Sicherungsübereignung der Sache im Zeitraum nach ihrer Einbringung und vor einer Veräußerung verhindert daher nicht das Vermieterpfandrecht des Erwerbers an der Sache. Neben dem Vermieterpfandrecht des Veräußerers entsteht ein eigenständiges Vermieterpfandrecht des Erwerbers im gleichen Rang.

BGH, Urt. v. 15.10.2014 – XII ZR 163/12  
(OLG Hamm – I-27 U 195/11)  
BGB §§ 562 Abs. 1 S. 1, 566 Abs. 1

### Das Problem

Der Kläger ist Erwerber einer Immobilie, der Beklagte Insolvenzverwalter über das Vermögen eines Gewerberaummieters in dem Objekt. Der Mietvertrag war noch vor der Veräußerung mit dem damaligen Eigentümer abgeschlossen worden. Nach der Veräußerung wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters eröffnet. Der Kläger machte unter Verweis auf sein Vermieterpfandrecht an dem Inventar ein Absonderungsrecht geltend. Der Beklagte verwies auf einen Raumsicherungsübereignungsvertrag, der vor der Veräußerung am 6.10.2006 zwischen dem Mieter und einer Bank zustande gekommen sei, sowie auf eine Vereinbarung zwischen den ursprünglichen Mietvertragsparteien und der Bank vom selben Datum, mit der der Vermieter auf sein Vermieterpfandrecht verzichtet habe. In dieser Vereinbarung sei zudem ein Sicherungsübereignungsvertrag zwischen dem Mieter und der Bank v. 30.8.2006 (ein Tag vor Abschluss des Mietver-

trages) in Bezug genommen worden, was der Kläger in Abrede gestellt hat. Dennoch zahlte der Beklagte den Erlös aus der Veräußerung des Inventars an die Bank aus. Wegen dieses Betrages erhob der Kläger Schadensersatzklage, die in der Instanz keinen Erfolg hatte und zur zugelassenen Revision zum BGH führte.

### Die Entscheidung des Gerichts

Der XII. Senat des BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das OLG zurück. Mit dem Eigentumsübergang sei ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, jedoch mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden habe, entstanden (st.Rspr., BGH v. 25.7.1012 – XII ZR 22/11, MietRB 2012, 288 = MDR 2012, 1082). Das bedeute jedoch nicht, dass dem dem Erwerber/Kläger zustehenden Vermieterpfandrecht nur die im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs noch im Eigentum des Mieters stehenden Sachen unterfallen. Zwar trete durch den Eigentumsübergang und das Entstehen eines neuen Mietvertrages mit dem Erwerber gem. § 566 BGB eine Zäsur ein. Die schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche blieben bei dem bisherigen Vermieter, und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen ständen dem Grundstückserwerber zu, weshalb die Wirkung der Zäsur auch mit dem Begriff „Fälligkeitsprinzip“ umschrieben werde. Diese Zäsur bewirke jedoch keinen Einschnitt dergestalt, dass der vor ihr liegende Zeitraum bei der Bestimmung des Inhalts der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten nach § 566 Abs. 1 BGB unberücksichtigt bliebe. Soweit es für den Inhalt der mietvertraglichen Rechte und Pflichten zwischen Erwerber und Mieter auf den Beginn des Mietverhältnisses ankomme, sei deshalb auf den Beginn des ursprünglichen Mietverhältnisses zwischen Veräußerer und Mieter abzustellen. Der Eigentumsübergang sei auch nicht der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine in die Mieträume eingebrachte Sache dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers unterfalle. Vielmehr komme es auf den Zeitpunkt der Einbringung der Sache in die Mieträume an. Eine Sicherungsübereignung der Sache im Zeitraum zwischen ihrer Einbringung in die Mieträume und dem Eigentumswechsel verhindere daher nicht, dass das Vermieterpfandrecht des Erwerbers die Sache erfasse.

Das gesetzliche Vermieterpfandrecht entstehe gem. § 562 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Einbringung der dem Mieter gehörenden Sache in die Mieträume. Das gelte auch, soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichere. Der Zeitpunkt der Einbringung bestimme daher entsprechend §§ 1257, 1209 BGB den Rang des Vermieterpfandrechts im Verhältnis zu anderen Pfandrechten (BGH v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, MietRB 2007, 115 = MDR 2007, 610). Eine erst nach der Einbringung – auch durch Raumsicherungsübereignungsvertrag – erfolgende Sicherungsübereignung der Sache des Mieters lasse das bereits entstandene Pfandrecht des Vermieters unberührt. Dieses genieße insoweit Vorrang (BGH v. 12.2.1992 – XII ZR 7/91, MDR 1992, 578; v. 4.12.2003 – IX ZR 222/02, MietRB 2004, 168 = MDR 2004, 594). Das

Vermieterpfandrecht des Veräußerers gehe nicht auf den Erwerber über. Denn der Erwerber sei nicht der Rechtsnachfolger des Veräußerers, sondern es finde ein unmittelbarer Rechtserwerb kraft Gesetzes statt (BGH v. 3.5.2000 – XII ZR 42/98, MDR 2000, 947; MDR 2012, 573; v. 28.5.2008 – VIII ZR 133/07, MietRB 2008, 226 = MDR 2008, 850). Daher entstehe neben dem Vermieterpfandrecht des Veräußerers, das dessen Forderungen aus dem Mietverhältnis sichere, ein eigenständiges Vermieterpfandrecht des Erwerbers. Dieses Vermieterpfandrecht bleibe seinem Umfang nach nicht hinter demjenigen des Veräußerers zurück und werde insbesondere nicht durch eine Sicherungsübereignung nach Einbringung der Sache berührt. Vielmehr sei für die Frage, ob dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers die bei Eigentumsübergang in den Mieträumen befindlichen Sachen unterfielen, ebenfalls der Zeitpunkt von deren Einbringung maßgeblich, so dass die Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber insoweit dieselben Sachen erfassten. Dies ergebe sich bereits daraus, dass der Erwerber gem. § 566 Abs. 1 BGB an die Stelle des Veräußerers trete. Die Vorschrift weise ihm die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten mithin in dem Umfang zu, den sie ohne den Eigentumsübergang beim Veräußerer hätten. Dass im Augenblick des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes entstehende neue Mietverhältnis habe uneingeschränkt denselben Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden habe (BGH v. 3.5.2000, a.a.O.), und übernehme dabei auch Überlassungszeitpunkt, Vertragsbeginn und vertragliche Fristläufe. Daher sei es folgerichtig, als Zeitpunkt der Entstehung auch des Vermieterpfandrechts des Erwerbers den des ursprünglichen Einbringens anzusehen. Nach dem im Revisionsverfahren zu unterstellenden Vortrag des Klägers sei das dem Mieter gehörende Inventar bei der Einbringung in die Mieträume nicht sicherungsübereignet gewesen, so dass es vom Vermieterpfandrecht des Veräußerers erfasst gewesen sei. Eine erst anschließend erfolgte Sicherungsübereignung habe diese Sachen nicht dem Vermieterpfandrecht des Erwerbers entziehen können, das dieser gem. §§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1, 562 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes erworben habe. Der Schadensersatzanspruch des Klägers/Erwerbers wegen Verletzung seines behaupteten Absonderungsrechts sei daher nicht zu verneinen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweise sich auch nicht deshalb als richtig, weil der Sicherungsübereignungsvertrag v. 30.8.2006 datiere. Denn es bedürfe insoweit einer – bislang unterbliebenen – trichterlichen Auslegung, ob mit diesem Vertrag bereits vor dem Beginn des ursprünglichen Mietverhältnisses ein Sicherungsrecht übertragen worden sei.

### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des BGH hat eher Bedeutung für Gewerbemietverhältnisse (was sich schon an dem Veräußerungserlös des Inventars mit 782.000 € zeigt), eher weniger für die Wohnraummiete, bei der das Vermieterpfandrecht in der Praxis jedenfalls eine recht untergeordnete Rolle spielt. Nach dem Urteil des XII. Senats, das eine „Lehreinheit“ von sehr hohem Niveau mit umfangreichem dogmatischen Inhalt bietet, das sich auch mit dem Schrift-

tum ausführlich auseinandersetzt, wird der Rechtsanwender teilweise nach dem Motto „Aha, so ist das also,“ umdenken müssen, um sich keine Beratungsfehler zu leisten.

### Beraterhinweis

Der Fall zeigt wieder einmal, dass es unbedingt notwendig ist, entsprechende Vereinbarungen neben dem Mietvertrag minutiös nach Inhalt und Zeitpunkt zu dokumentieren. Vorliegend wird es beim OLG jetzt um die Sachverhaltsermittlung gehen (behauptete Sicherungsübereignung vor Abschluss des ursprünglichen Mietvertrages, Verzicht des ursprünglichen Eigentümers auf das Vermieterpfandrecht). Hier gibt der BGH (Rz. 33) den Hinweis, dass nunmehr eine tatrichterliche Auslegung erfolgen müsse, ob mit dem Sicherungsübereignungsvertrag bereits vor dem Beginn des ursprünglichen Mietverhältnisses ein Sicherungsrecht übertragen worden sei.

*RA Klaus Schach, Berlin*

### »» Vermieterpfandrecht: Keine Nutzungen zugunsten des Vermieters!

**Zieht der Vermieter Nutzungen aus der dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Sache, hat er das daraus Erlangte an den Mieter nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag herauszugeben.**

BGH, Urt. v. 17.9.2014 – XII ZR 140/12  
(OLG Koblenz – 6 U 552/12)  
BGB §§ 562, 677, 687 Abs. 2, 1213, 1214 Abs. 2

#### Das Problem:

Die frühere Mieterin mietete Geschäftsräume, in denen sie mit eigenem Inventar ein Fitness-Studio betrieb. Nachdem sie den Betrieb eingestellt hatte, kündigte der Vermieter das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs. Unter Berufung auf sein Vermieterpfandrecht an den eingebrachten Sachen vermietete er das Fitness-Studio mitsamt dem vorhandenen Betriebsinventar an einen Dritten, wobei ein Mietanteil von monatlich 476 € einschließlich Umsatzsteuer auf das der früheren Mieterin gehörende Inventar entfällt. Nach Eröffnung von Insolvenzverfahren über die Vermögen beider Vertragsparteien verlangt der Kläger als Insolvenzverwalter über das Vermögen der früheren Mieterin vom Beklagten als Insolvenzverwalter über das Vermögen des früheren Vermieters rückständiges und fortlaufendes Nutzungsentgelt i.H.v. monatlich 476 € bis zur Herausgabe der Betriebsausstattung, solange die Gegenstände an einen Dritten vermietet sind.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Die Klage hatte Erfolg. Gemäß § 1257 BGB finden auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht, hier auf das nach § 562 BGB entstandene Vermieterpfandrecht, die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung. Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfand erfolgt nach eingetretener

Pfandreife durch Verkauf (§ 1228 BGB). Nutzungen aus der Pfandsache stehen dem Pfandgläubiger zur Anrechnung auf die besicherte Forderung nur zu, wenn ein Nutzungspfand vereinbart ist (§ 1213 BGB). In diesem Fall wird der Reinertrag der Nutzungen auf die geschuldete Leistung und, wenn Kosten und Zinsen zu entrichten sind, zunächst auf diese angerechnet (§ 1214 Abs. 1, 2 BGB). Im vorliegenden Fall haben die Vertragsparteien jedoch kein Nutzungspfand vereinbart. Ohne vereinbartes Nutzungspfand steht es dem Pfandgläubiger nicht zu, Nutzungen aus der Pfandsache zu ziehen, weil dies der Verwahrungspflicht nach § 1215 BGB widerspricht. Zieht der Pfandgläubiger gleichwohl ihm nicht zustehende Nutzungen, besorgt er ein Geschäft des Pfandschuldners entweder für diesen (§ 677 BGB) oder als eigenes Geschäft (vgl. § 687 Abs. 2 BGB). In jedem Fall hat er das dadurch Erlangte gem. §§ 681 Satz 2, 667 BGB an den Pfandschuldner herauszugeben. Der Pfandgläubiger kann das Herausgebende nicht gem. § 1214 Abs. 2 BGB auf die Forderung anrechnen, weil der Ertrag der Nutzungen ohne eine hierüber getroffene Vereinbarung (§ 1213 Abs. 1 BGB) weder zur Erhöhung der Sicherheit noch zur Vorabbefriedigung des Pfandgläubigers bestimmt ist.

#### Konsequenzen für die Praxis:

Der Vermieter kann nicht immer, vor allem im Insolvenzfall, darauf hoffen, aus Erträgen der dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Sachen zu seinem Geld zu kommen. Jedenfalls erlangt der Vermieter durch die Erträge keine zusätzliche Sicherheit und keine zusätzliche Einnahmequelle. Es ist eher für den Mieter wirtschaftlich vorteilhaft, wenn der Vermieter die Pfandsache – entgegen § 1215 BGB – gewinnbringend nutzt, statt sie nur zu verwahren. Der Vermieter läuft jedoch Gefahr, sich wegen Verletzung seiner Verwahrungspflicht nach § 1215 BGB schadensersatzpflichtig zu machen. Reicht die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts als Druckmittel nicht aus, um den Mieter zur Zahlung zu bewegen, so kann der Vermieter nur zu einer möglichst schnellen Pfandverwertung schreiten. Vereinbarungen über eine gewinnbringende Nutzung der Pfandsache sind jedoch meist für beide Parteien von Vorteil.

#### Beraterhinweis:

Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass beide Parteien in Insolvenz gefallen sind. Einer Aufrechnung der streitgegenständlichen Forderung mit den Mietschulden stand § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO entgegen. Der BGH konnte es daher ausdrücklich offen lassen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Pfandgläubiger den gegen ihn gerichteten Herausgabeanspruch mit der gesicherten Forderung zumindest ab Pfandreife (§ 1228 Abs. 2 BGB) gem. § 387 BGB aufrechnen kann. M.E. gibt es keinen Grund, ein generelles Aufrechnungsverbot anzunehmen. Ausgeschlossen ist nach den Entscheidungsgründen nur eine Anrechnung nach § 1214 Abs. 2 BGB.

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

### »» Räumung: Keine vereinfachte Verfügung im Gewerberaum gegen Dritte

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Räumung von vermietetem Gewerberaum gegen einen Dritten, der im Besitz der Mietsache ist, kann nicht auf eine entsprechende Anwendung von § 940a Abs. 2 ZPO gestützt werden.

OLG Celle, Beschl. v. 24.11.2014 – 2 W 237/14  
(LG Hannover – 12 O 64/14)  
ZPO § 940a Abs. 2

#### Das Problem

Der Vermieter eines Ladenlokals begehrt eine Räumungsverfügung gegen einen (ohne Besitzrecht) besitzenden Dritten, von dem der Vermieter erst nach erfolgreichem Räumungsprozess gegen seinen Mieter überhaupt Kenntnis erlangt hat.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Ohne Erfolg, denn es besteht kein Verfügungsgrund. § 940a Abs. 2 ZPO, nach dem eine Räumung gegen einen Dritten angeordnet werden kann, der im Besitz der Mietsache ist, wenn gegen den Mieter ein vollstreckbarer Räumungstitel vorliegt und der Vermieter von dem Besitzerwerb des Dritten erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung Kenntnis erlangt hat, ist ausschließlich auf Wohnraummietverhältnisse anwendbar. Insoweit kann man sich weder mit Erfolg auf die vereinzelt gebliebene Entscheidung des LG Hamburg berufen, die § 940 Abs. 2 ZPO aufgrund eines „Erst-Recht-Schlusses“ auf die Gewerberaummiete erstrecken will (LG Hamburg v. 27.6.2013 – 334 O 104/13, NJW 2013, 3666), noch auf Literaturmeinungen, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Mietrechtsänderungsgesetz 2013 ein Bedürfnis für eine Ausweitung des § 940 Abs. 2 ZPO bejaht haben. Ob eine analoge Anwendung rechtspolitisch sinnvoll wäre, ist unerheblich. Denn angesichts der Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung ist eine analoge Anwendung außerhalb von Wohnraummietverhältnissen nach h.M. (vgl. KG v. 5.9.2013 – 8 W 64/13, MDR 2013, 1337 = NJW 2013, 3588; LG Köln v. 12.6.2013 – 1 T 147/13, MietRB 2013, 204 = NJW 2013, 3589; Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 940a Rz. 4; Neuhaus, ZMR 2013, 686 [694]) nicht möglich. Es fehlt bereits an der für einen Analogieschluss erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Gegen eine Erweiterung spricht bereits der klare Wortlaut, der ausdrücklich von der „Räumung von Wohnraum“ spricht. Gesetzssystematisch hat der Gesetzgeber die Vorschrift unter der amtlichen Überschrift „Räumung von Wohnraum“ angesiedelt. Schließlich ergibt sich aus den Materialien (BT-Drucks. 17/10485, 33 f.), dass der Gesetzgeber auf die von ihm als abänderungsbefürdigt gewerteten Missstände allein bei der Wohnraummiete reagieren und eine vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln schaffen wollte. Obwohl im Gesetzgebungsverfahren entsprechende Regelungen für das Gewerberaummietrecht angeregt wurden (vgl. Streyll, NZM

2012, 256) und der Deutsche Mietgerichtstag e.V. ausdrücklich gefordert hatte, in einem § 940b ZPO die Anwendbarkeit zumindest des § 940a Abs. 2 BGB für Gewerberaummietverträge anzuordnen (Börstinghaus, juris PR-MietR 22/2013, Anm. 5), hat der Gesetzgeber das nicht aufgegriffen und sich damit bewusst für eine Beschränkung entschieden.

Für den Erlass einer Leistungsverfügung unmittelbar aus §§ 935, 940 ZPO fehlt es an der erforderlichen besonderen Dringlichkeit. Einstweilige Verfügungen, die zur uneingeschränkten Befriedigung des Hauptsacheanspruchs führen, sind außerhalb der Besitzschutzregelungen (§§ 858 ff. ZPO) – die hier nicht greifen – nur ausnahmsweise zulässig. Eine Leistungsverfügung soll und kann nicht den Hauptsacheprozess ersetzen. Sie ist mithin neben Fällen einer Existenzgefährdung und Notlage des Antragstellers als Eilmaßnahme nur zulässig, wenn die geschuldete Handlung oder Leistung so kurzfristig zu erbringen ist, dass die Erwirkung eines Titels im ordentlichen Verfahren nicht (mehr) möglich ist, das heißt, wenn ohne Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung anders nicht abwendbare Nachteile für den Antragstellers entstünden, ferner die Erwirkung eines Titels im Hauptsacheverfahren irreversible Fakten schaffen würde und der Verweis auf das ordentliche Verfahren praktisch einer Rechtsverweigerung gleichkäme (statt aller Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 940 Rz. 6 m.w.N.). Dafür ist hier nichts ersichtlich. Insbesondere für die hier besorgten Einbußen durch – sei es auch im Regressweg uneinbringliche – Mietzinsausfälle bis zum Abschluss eines Hauptverfahrens sind diese strengen Zulassungskriterien nicht gegeben, zumal hier eine Weitervermietung erfolgt war, als man noch nicht sicher von einer Beendigung des Mietverhältnisses mit der bisherigen Hauptmieterin ausgehen durfte. Auch eine vertragswidrige, die Substanz der Immobilie beeinträchtigende Nutzung ist nicht erkennbar; allein der Einwand, dass nicht mit den infolge der Nachvermietung erforderlichen Umbauarbeiten fortgefahren werden könne und sich demzufolge der Umbauplan verzögere, reicht nicht aus.

#### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung ist dogmatisch zwingend. Hält man § 940a Abs. 2 ZPO für tatsächlich sinnvoll, wäre ein Einschreiten des Gesetzgebers wünschenswert, der so die Fehler ausbügeln könnte, die er im Erstaufschlag ganz offensichtlich wegen Beratungsresistenz gemacht hat. Wegen § 542 Abs. 1 Satz 2 ZPO (keine Revision im einstweiligen Rechtsschutz) wird der BGH leider keine Gelegenheit zur abschließenden Klärung erhalten, allenfalls inzident in einem etwaigen Anwaltsregress. Vgl. ansonsten vertiefend zur Durchsetzung von Räumungstiteln gegen Dritte über § 940a Abs. 2 ZPO jüngst Abramenko, MietRB 2014, 216 ff.

#### Beraterhinweis

Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung kommt daher (nur) eine „normale“ Leistungsverfügung auf Räumung eines (Gewerbe-)Mietobjektes in Betracht. Wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache



ist das nur in besonderen Grenzfällen denkbar, wenn z.B. Gefahren für das Mietobjekt oder erhebliche, existenzgefährdende Vermögensschäden drohen und wenn zusätzlich der Räumungsanspruch unstreitig oder offensichtlich begründet ist (OLG Düsseldorf v. 26.2.2009 – 10 W 14/09, NJW-RR 2009, 1461). Kann der Berater dazu nicht konkret vortragen und Glaubhaftmachungsmittel vorlegen (§ 294 ZPO), sollte man sogleich den mühsameren Weg des Hauptsacheverfahrens einschlagen.

*RiOLG Wolfgang Dötsch, Brühl*

### »» Minderung: Rückforderung vorbehaltlos geleisteter Miete bei unwirksamem Ausschluss?

Enthält der Mietvertrag einen unwirksamen Minderungsausschluss, so kann der Mieter die vorbehaltlos geleistete Miete zurückfordern, es sei denn, der Vermieter legt dar und weist nach, dass der Mieter zum Zeitpunkt der Mietzahlung die Unwirksamkeit des Minderungsausschlusses gekannt hat.

KG, Urt. v. 11.9.2014 – 8 U 77/13  
(LG Berlin – 12 O 405/12)  
BGB §§ 307, 536, 812, 814

#### Das Problem

Ein vom Vermieter gestellter Mietvertrag über Gewerberäume enthält folgende Klausel:

Aufrechnung, Mietminderung oder Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts sind ausgeschlossen, es sei denn, die Forderung des Mieters ist vom Vermieter anerkannt oder rechtskräftig festgestellt.

Während der Mietzeit fällt für mehrere Monate der Zugang zum Pausenraum weg. Der Mieter zahlt die Miete in voller Höhe und ohne Vorbehalt weiter. Später fordert er die überzahlte Miete zurück, und zwar durch Aufrechnung gegen andere Mietforderungen. Der Vermieter hält dem den Einwand des § 814 BGB entgegen.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Das KG gibt insofern dem Mieter Recht. Zwar könne der Mieter, der einen Mangel kennt und dennoch die Miete ohne Vorbehalt weiterzahlt, diese nicht nachträglich zurückfordern. Dem stehe regelmäßig § 814 BGB entgegen. Danach könne das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Dabei sei im Wege des Anscheinsbeweises anzunehmen, dass einem Mieter die Minderung der Miete kraft Gesetzes bekannt sei (Verweis u.a. auf BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 274/02, MDR 2003, 1103 f. = NJW 2003, 2601 [2603]).

Hier läge der Fall aber anders. Denn der Mietvertrag enthalte einen unwirksamen Minderungsausschluss. Die Unwirksamkeit ergebe sich allerdings nicht daraus, dass

eine Minderung nur bei Anerkenntnis des Vermieters zulässig sei. Da die Minderung als solche sogar ganz ausgeschlossen werden könne (Verweis u.a. auf BGH v. 23.4.2008 – XII ZR 62/06, MDR 2008, 1089 f. = NJW 2008, 2497 f.), sei eine solche Voraussetzung unschädlich. Anders stelle sich das bei dem Aufrechnungsausschluss dar. Insofern liege eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB vor, da die Aufrechnung nur mit anerkannten, nicht aber mit (bloß) unbestrittenen Gegenforderungen zulässig sei (Verweis auf BGH, 27.6.2007 – XII ZR 54/05, MietRB 2008, 38 f. = MDR 2007, 1364 f. = NJW 2007, 3421 f.). Das gleiche gelte für das Zurückbehaltungsrecht (Verweis u.a. auf BGH, 15.12.2010 – XII ZR 132/09, MietRB 2011, 105 = MDR 2011, 149 f. = NJW 2011, 514 [516]). Da es sich um eine einheitliche Klausel handle, bewirke die Unwirksamkeit der beiden Teile zu Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht die Unwirksamkeit der gesamten Klausel, also auch des Teiles zur Minderung.

Das habe folgende Konsequenz: Wäre der Minderungsausschluss wirksam vereinbart worden, so hätte der Mieter die Miete zunächst in vollem Umfang zahlen müssen. Den überzahlten Teil hätte er ohne weiteres zurückfordern können, und zwar auch dann, wenn er keinen Vorbehalt erklärt hätte. § 814 BGB sei in einem solchen Fall von vornherein nicht anwendbar, weil der Mieter aufgrund des (wirksamen) Minderungsausschlusses zur Leistung verpflichtet sei. Ein Grundsatz des Inhalts, dass zum Erhalt einer späteren Rückforderung nach § 812 BGB stets ein Vorbehalt erklärt werden müsse, sei aus § 814 BGB nicht herzuleiten.

Ist der Minderungsausschluss wie hier unwirksam, so sei der Mieter zwar zur Zahlung der (vollen) Miete nicht verpflichtet. Für die Anwendung des § 814 BGB könne aber nicht im Wege des Anscheinsbeweises davon ausgegangen werden, dass der Mieter, der vorbehaltlos die volle Miete zahle, die Unwirksamkeit des Minderungsausschlusses gekannt hätte. Dies müsse vielmehr vom Vermieter besonders dargelegt und bewiesen werden, woran es im Streitfall mangle.

#### Konsequenzen für die Praxis

Das KG bestätigt: Der Mieter, der einen Mangel kennt und dennoch die Miete ohne Vorbehalt weiterzahlt, kann diese wegen § 814 BGB regelmäßig nicht zurückfordern. Diese Auffassung entspricht mittlerweile der herrschenden Meinung, darauf hat sich die Praxis einzustellen, vgl. *Seldeneck/Wichert/Fallak*, *Gewerbemiete*, 2013, Baustein 152 Rz. 6 ff. Aber diese Regel gilt dann nicht, wenn der Mietvertrag, wie es in der Praxis gar nicht selten vorkommt, einen Minderungsausschluss enthält.

#### Beraterhinweis

In Gewerbemietverträgen ist ein Ausschluss oder eine Einschränkung der Mietminderung zwar möglich. Aber es gibt Grenzen, die zu beachten sind. Andernfalls erlangt der Mieter unerwünschte Rechtsvorteile.

*RA Dr. Joachim Wichert, aclanz Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt/M., [www.aclanz.de](http://www.aclanz.de)*

## Steuern

### »» Außergewöhnlichen Belastungen: Behinderungsbedingte Mehrkosten beim Grundstückskauf

Mehrkosten für die Anschaffung eines größeren Grundstücks zum Bau eines behindertengerechten Bungalows sind nicht als außergewöhnliche Belastung i.S.d. § 33 EStG zu berücksichtigen.

BFH, Urt. v. 17.7.2014 – VI R 42/13  
(FG Nds. – 14 K 399/11)  
EStG § 33

#### Das Problem

Ein Ehepaar, das zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wird, errichtete in den Streitjahren 2009 und 2010 zu eigenen Wohnzwecken einen Bungalow. Da die Ehefrau an einer schweren Gehbehinderung leidet (Grad der Behinderung 80 %), entschieden sich die Eheleute nach fachkundiger Beratung für eine behindertengerechte eingeschossige Bauweise. Die erforderliche Grundfläche des Gebäudes ist 45,5 qm größer als die eines mehrgeschossigen Bungalows. Hierdurch ergaben sich Mehrkosten für den Baugrund i.H.v. 13.195,29 €. Diese zusätzlichen Kosten für den Baugrund wollten die Eheleute als außergewöhnliche Belastung steuermindernd geltend machen. Dies lehnte das zuständige Finanzamt ab.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Während die Vorinstanz den behinderungsbedingten Mehraufwand noch als außergewöhnliche Belastung anerkannte, teilt der BFH diese Auffassung nicht. So seien grundsätzlich Mehraufwendungen für einen behindertengerechten Um- oder Neubau eines Hauses oder einer Wohnung als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 Abs. 1 EStG abziehbar, da sie größere Aufwendungen, als sie der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie gleichen Familienstandes erwachsen, darstellen würden. Diese Aufwendungen seien weder durch den Grund- oder Kinderfreibetrag (§ 32a Abs. 1 EStG, § 32 Abs. 6 EStG) noch durch den Behinderten- und Pflege-Pauschbetrag nach § 33b EStG abgegolten. Auch an der nach § 33 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 EStG erforderlichen Zwangsläufigkeit fehle es bei Mehraufwendungen für die behindertengerechte Gestaltung des Wohnumfelds in der Regel nicht. Der für außergewöhnliche Belastungen zuständige VI. Senat des BFH begründet dies damit, dass eine schwerwiegende Behinderung des Steuerpflichtigen oder eines Angehörigen eine tatsächliche Zwangslage schaffe, die eine behindertengerechte Gestaltung des Wohnumfelds unausweichlich machen würde. Als Kern der Entscheidung werden Mehrkosten für die Anschaffung eines größeren Grundstücks hiervon jedoch ausgenommen, da es ihnen an der für den Abzug als außergewöhnliche Belastung gem. § 33 Abs. 2 EStG erforderlichen Zwangsläufigkeit

fehle. Anders als bauliche Maßnahmen wie beispielsweise der Einbau einer barrierefreien Dusche oder eines Treppenlifts, welche den krankheits- und behinderungsbedingten Lebenserschwernissen des Steuerpflichtigen oder eines Angehörigen Rechnung tragen, seien Anschaffungskosten für ein Grundstück nicht vornehmlich der Krankheit oder Behinderung geschuldet, sondern in erster Linie Folge der frei gewählten Wohnungsgröße (Wohnflächenbedarf) des Steuerpflichtigen. Sie würden daher ebenfalls von der Abgeltungswirkung des Grundfreibetrags erfasst und könnten nicht nochmals nach § 33 EStG steuerliche Berücksichtigung finden.

#### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des BFH ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich geschützten Grundrechts auf Wohnung nach Art. 13 GG zumindest diskutabel, letztendlich aber nur konsequent. So bleibt es beim Grundsatz, dass im Falle von Krankheit oder Behinderung in der Regel eine Zwangsläufigkeit aus tatsächlichen Gründen vorliegt und ein Abzug von atypischen Mehraufwendungen im Rahmen von § 33 EStG möglich ist. In einem zweiten Schritt ist jedoch zu prüfen, ob private (und damit steuerrechtlich irrelevante) Motive hinzukommen.

#### Beraterhinweis

Bei Aufwendungen für eine behindertengerechte Einrichtung war bisher stets zu beachten, ob die Umbaumaßnahmen einen über den individuellen Nutzungsvorteil hinausgehenden Gegenwert begründen, der die Annahme einer außergewöhnlichen Belastung ausschließen würde (sog. Gegenwerttheorie). Bejaht wurde ein solcher Gegenwert von der Rechtsprechung z.B. im Falle des Einbaus einer Nachtstromspeicherheizung bzw. eines Aufzugs oder des Umbaus eines Badezimmers. In jüngerer Zeit hat sich der BFH von der Gegenwerttheorie entfernt, sie aber letztlich nicht aufgegeben. So steht der Gegenwert dem Abzug der Aufwendungen nicht entgegen, wenn die behinderungsbedingten Aufwendungen so stark unter dem Gebot der sich aus der Situation ergebenden Zwangsläufigkeit stehen, dass die Erlangung eines etwaigen Gegenwertes in Anbetracht der Gesamtumstände in den Hintergrund tritt (hierzu BFH v. 22.10.2009 – VI R 7/09, BeckRS 2009, 24003866). Dem hat sich auch die Finanzverwaltung angeschlossen. Im Übrigen können auch Mieter Kosten für die behindertenrechte Umgestaltung ihrer Wohnung geltend machen, wobei hier die gleichen Grundsätze gelten (s. hierzu BFH v. 15.12.2005 – III R 10/04, BeckRS 2005, 25009595).

*Ass. iur. Jan Niklas Klein, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Trier*

## Verfahren

### »» Ablauf der Kündigungsfrist: Antrag auf sofortige Räumung zulässig!

Läuft die Kündigungsfrist während des Berufungsverfahrens ab, kann von einer Klage auf künftige Räumung zu einer Klage auf sofortige Räumung übergegangen werden. Das Berufungsgericht kann jedoch dann die Klage als unbegründet abweisen.

LG Berlin, Urt. v. 25.9.2014 – 67 S 207/14  
(AG Mitte – 20 C 27/14)  
ZPO §§ 264, 528

#### Das Problem

Die Parteien streiten um Herausgabe und Räumung einer Wohnung. Die klagende Vermieterin hat Klage auf künftige Räumung erhoben. Das AG hielt die Voraussetzungen hierfür nicht für gegeben und wies die Klage als unzulässig ab. Während des Berufungsverfahrens ist die Kündigungsfrist abgelaufen und die Klägerin verlangte sofortige Räumung. Die Beklagte widersetzte sich dem.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Das LG hat die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage als unbegründet abgewiesen wird. Zwar rügt die Berufung im Ausgangspunkt zu Recht, dass die im ersten Rechtszug noch auf künftige Räumung gerichtete Klage zumindest im zweiten Rechtszug zulässig geworden ist. In dem für das Berufungsgericht maßgeblichen Zeitpunkt des Schlusses der Berufungsverhandlung war die Klage nach Ablauf der für die streitgegenständliche ordentlichen Kündigung zu beachtenden Kündigungsfrist des § 573c Abs. 1 BGB anders als im ersten Rechtszug nicht mehr auf eine zukünftige, sondern auf die sofortige Räumung und Herausgabe der Mietsache gerichtet. Bei der insoweit vorgenommenen Umstellung des Klageantrages durch die Klägerin handelte es sich um keine Klageänderung, sondern um eine auch im zweiten Rechtszug jederzeit zulässige qualitative Antragsänderung gem. § 264 Nr. 2 i.V.m. § 525 ZPO (BGH v. 18.2.2011 – V ZR 197/10 – Rz. 11, MietRB 2011, 147 = NZM 2011, 454; Foerste in Musielak, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 264 Rz. 3). Die Kammer war befugt und gehalten, das die Klage als unzulässig abweisende Prozessurteil erster Instanz durch ein sachabweisendes Urteil zu ersetzen. Eine gem. § 528 ZPO unzulässige Schlechterstellung der Klägerin war damit nicht verbunden, da ihr durch die erstinstanzliche Abweisung der Klage als unzulässig keine dem Verbot der reformatio in peius unterliegende Rechtsposition zuerkannt wurde (BGH v. 21.4.1988 – VII ZR 372/86, MDR 1988, 769 = NJW 1988, 1982; Heßler in Zöller, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 528 Rz. 32 m.w.N.). Von der gem. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO beantragten Aufhebung und Zurückverweisung hat die Kammer abgesehen, weil der Rechtsstreit entscheidungsreif war (vgl. BGH v. 28.2.2005 – II ZR 220/03 – Rz. 12, NZG 2005, 560).

#### Konsequenzen für die Praxis

Die Klage auf künftige Räumung von Wohnraum kann nicht auf § 257 ZPO gestützt werden. Eine Klage auf künftige Räumung von Wohnraum ist jedoch nach § 259 ZPO zulässig, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass sich der Mieter der rechtzeitigen Räumung entziehen wird. Um eine Klage auf künftige Leistung handelt es sich, wenn Räumung zu einem späteren Termin begehrt wird, insbesondere wenn bereits vor Ablauf der Kündigungsfrist Klage erhoben wird. Verneint das AG die Besorgnis der nicht rechtzeitigen Räumung und weist die Klage als unzulässig ab, so verbleibt dem Vermieter die Möglichkeit der Berufung, wenn zu erwarten ist, dass die Kündigungsfrist während des Berufungsverfahrens abläuft.

#### Beraterhinweis

Ob der klagende Wohnungsvermieter die Möglichkeit der Berufung wählt oder nach Ablauf der Kündigungsfrist eine neue Klage erhebt, ist eine Frage der Prozesstaktik im Einzelfall. Mit der Berufung kann eine – meist abschließende – Entscheidung ohne erneute Befassung des Erstgerichts erreicht werden. Andererseits droht eine Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO, was dann durch das Berufungsverfahren mehr Zeit kostet als eine neue Klage. Der sicherste Weg ist es auch unter Kostengesichtspunkten, mit der Klage bis zum Ablauf der Kündigungsfrist abzuwarten, es sei denn, die Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung ist eindeutig gerechtfertigt, was bei einem anwaltlich gut beratenen Mieter nicht immer der Fall sein wird. Bei Mietverhältnissen über Geschäftsräume kann sich die Zulässigkeit einer Klage auf künftige Räumung bereits aus § 257 ZPO ergeben.

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

Mehr zum Thema: Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2014, 5 (vorstehend).

## Zwangsvollstreckung

### »» Pfändungsschutz für sonstige Einkünfte erfasst alle eigenständig erwirtschafteten Einkünfte

Miet- und Pachteinnahmen fallen weiterhin unter § 850i Abs. 1 ZPO und daneben bestimmt § 851b ZPO einen ergänzenden Schutz.

BGH, Beschl. v. 26.6.2014 – IX ZB 88/13  
(LG Gera – 5 T 248713)  
ZPO § 850i

#### Das Problem

Der Schuldner hat beantragt, seine monatlichen Einnahmen aus dem Nießbrauch pfandfrei zu stellen. Im April 2008 erhielt der im Jahr 1940 geborene Schuldner den Nießbrauch an einem Grundstück, woraus er monatlich

800 € erlöst. Weiter beziehen der Schuldner und seine Ehefrau gesetzliche Altersrenten i.H.v. monatlich 321,39 € und 472,39 €. Das Insolvenzverfahren wurde am 1.10.2008 eröffnet. § 850i ZPO ist durch das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes v. 7.7.2009 mit Wirkung ab 1.7.2010 geändert worden (BGBl. I 2009, 1707). Danach hat der Gesetzgeber den Pfändungsschutz auf „sonstige Einkünfte, die kein Arbeitseinkommen sind“, erweitert.

### Die Entscheidung des Gerichts

Nach § 35 Abs. 1 InsO fällt in die Insolvenzmasse das gesamte Vermögen des Schuldners, das ihm zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehört und das er im Laufe des Verfahrens erlangt. Nicht in die Insolvenzmasse gehören gem. § 36 Abs. 1 InsO die Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen (BGH v. 26.9.2013 – IX ZR 3/13 – Rz. 16, MDR 2014, 183 = NJW 2014, 389). § 36 Abs. 1 S. 2 InsO nimmt ausdrücklich § 850i ZPO in Bezug. Nach der Neufassung des § 850i Abs. 1 ZPO kommt es nicht mehr darauf an, ob die Einkünfte auf persönlich geleisteten Arbeiten oder Diensten beruhen (Fall 1) oder auf dem Einsatz von Personal oder Kapital (Fall 2). Auch Einkünfte aus sog. kapitalistischer Tätigkeit rechneten hierzu, etwa aus Kapitalvermögen, aus Vermietung und Verpachtung, auch Werklohnansprüche und Verkaufserlöse (*Meller-Hannich* in Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 2. Aufl., § 850i Rz. 7; LG Bonn v. 30.8.2012 – 6 T 140/12, ZInsO 2012, 2056 f.; *Becker* in Musielak/ZPO, 11. Aufl., § 850i Rz. 3; *Riedel* in BeckOK/ZPO, 2014, § 850i Rz. 5 f. u. 11), solange die Einkünfte selbst erzielt, also eigenständig erwirtschaftet sind (*Ahrens*, ZInsO 2010, 2357 [2359 f.]; *Meller-Hannich*, WM 2011, 529 ff.).

### Konsequenzen für die Praxis

Auch wenn es sich bei den Einkünften des Schuldners um Miet- oder Pachtein-künfte handelt, schließt § 851b ZPO den § 850i ZPO nicht aus. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte der Pfändungsschutz des § 850i Abs. 1 ZPO schon in der Vergangenheit für solche Vergütungen gelten, die für die Gewährung von Wohngelegenheit oder eine sonstige Sachbenutzung geschuldet wurden, wenn die Vergütung zu einem nicht unwesentlichen Teil als Entgelt für neben der Sachbenutzung gewährte Dienstleistungen anzusehen war (§ 850i Abs. 2 ZPO a.F.). Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Neufassung des § 850i ZPO dessen Abs. 2 gestrichen, weil alle Einkunftsarten des Schuldners gleichbehandelt werden sollten und deshalb für die Sonderregelung kein Bedarf mehr gesehen wurde (BT-Drucks. 16/7615, 18). Daher fallen Miet- und Pachtein-nahmen weiterhin unter § 850i Abs. 1 ZPO und § 851b ZPO bestimmt daneben einen ergänzenden Schutz. Der Schuldner kann sich mithin sowohl darauf berufen, dass die Einkünfte für das Grundstück unentbehrlich sind, als auch darauf, dass ihm soviel verbleiben muss, wie ihm bei der Pfändung fortlaufender Einkünfte aus Arbeitseinkommen verbliebe (vgl. *Meller-Hannich*, a.a.O., Rz. 10; *Ahrens* in Prütting/Gehrlein, ZPO).

### Beraterhinweis

Die Entscheidung des BGH v. 21.12.2004 – IXa ZB 228/03, BGHZ 161, 371 = MDR 2005, 650, ist überholt. Der BGH hat hier eine zutreffende Neuinterpretation des geänderten § 850i ZPO vorgenommen. Während andere Senate von einer „Abgrenzung zur bisherigen Auffassung“ schreiben oder sich gar – zu Unrecht – missverstanden fühlen (vgl. nur BGH, Urt. v. 26.10.2012 – V ZR 57/12, ZMR 2013, 454, als „Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 8.7.2011 – V ZR 176/10, MDR 2011, 1095 = ZMR 2011, 971“ mit abl. Anm. *Jennißen*; in Wahrheit Abkehr von der bisherigen verfehlten Rspr.) hat der IX. Zivilsenat klar herausgestellt, dass seine bisherige Rechtsprechung nur auf die Vorgängernorm passte.

Ein Federstrich des Reformgesetzgebers vermag eben ganze Bibliotheken zu Makulatur zu machen (vgl. bereits v. *Kirchmann* im Jahr 1847 im Vortrag über die „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“).

*RiAG Dr. Olaf Riecke, Hamburg*

## Wohnungseigentum

### »» Anfechtungsklage: Kostenaufbringung der beklagten Wohnungseigentümer

Über den Wirtschaftsplan dürfen Gelder für die Führung von Anfechtungsklagen angesammelt werden, wenn solche allgemein zu erwarten sind. Sind Anfechtungsklagen nicht abzusehen, kann der Verwalter nach § 21 Abs. 3 WEG ermächtigt werden, für die Kosten der beklagten Wohnungseigentümer das Verwaltungsvermögen einzusetzen.

BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 26/14

(LG Dresden – 2 S 326/13)

WEG §§ 10 Abs. 6 S. 3 Fall 2, 16 Abs. 8, 21 Abs. 3, 27 Abs. 2 Nr. 2, 28 Abs. 1; RVG § 9; BGB §§ 669, 675

### Das Problem

Der Verwalter stellt in den Wirtschaftsplan eine Ausgabenposition „RA-Kosten/Rechtsstreit“ mit 7.000 € ein. Diese werden auf alle Wohnungseigentümer nach Miteigentumsanteilen in den Einzelwirtschaftsplänen umgelegt. Die Wohnungseigentümer genehmigen den Beschluss. Hiergegen geht Wohnungseigentümer W vor.

### Die Entscheidung des Gerichts

Erfolgslos! Wohnungseigentümer seien jedenfalls dann befugt, im Wirtschaftsplan Mittel für die Rechtsverteidigung gegen Anfechtungsklagen anzusetzen, wenn solche Klagen „allgemein“ zu erwarten seien. Die Kompetenz „der Gemeinschaft“ ergäbe sich jedenfalls in Fällen wie diesen aus § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 2 WEG. Die Ansammlung der Mittel diene der Erfüllung einer Verpflichtung der Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich erfüllt werden könne. Die Mittel sollten den Verwalter in die Lage verset-

zen, nach § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG einen Rechtsanwalt mit der Verteidigung der beklagten Wohnungseigentümer zu beauftragen und jenseits von §§ 675, 669 BGB seinen nach § 9 RVG verlangten Vorschuss bedienen zu können. Diese Vorschusspflicht könne jedenfalls dann „gemeinschaftlich erfüllt werden“, wenn noch keine Anfechtungsklage anhängig sei. Dann nämlich könne potentiell jeder Wohnungseigentümer Beklagter einer Anfechtungsklage und damit „vorschusspflichtig“ werden. Die „Vergemeinschaftung der Vorschusspflicht“ diene der Bündelung von jedenfalls in dieser Lage noch gleichgerichteten Interessen der Wohnungseigentümer. Eine klare Regelung darüber, wie die Vorschusspflicht „gegenüber dem Verwalter“ erfüllt werde, diene dem Interesse aller Wohnungseigentümer. Der erforderliche Gemeinschaftsbezug ergäbe sich aus dem Gegenstand der Anfechtungsklage, einem Beschluss der Wohnungseigentümer, und der Rolle, die dem Verwalter im Anfechtungsverfahren zugewiesen sei. Der Ansammlung der Mittel stehe nicht entgegen, dass sich der Anfechtungskläger jedenfalls vorübergehend an der Finanzierung seiner Prozessgegner beteilige. Denn die Vorschüsse seien in die nächste Abrechnung einzustellen und dürften in den Einzelabrechnungen nur denjenigen Wohnungseigentümern angelastet werden, die tatsächlich vorschusspflichtig waren (Hinweis u.a. auf KG v. 5.10.2005 – 24 W 6/05, MietRB 2006, 196 = MDR 2006, 744 = ZMR 2006, 224; *Elzer* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl. 2010, § 16 Rz. 323). Der Ansatz im Wirtschaftsplan entspreche auch in seiner konkreten Ausgestaltung den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung. Die Ansammlung der Mittel dürfe als Ausgabe angesetzt werden, wenn sie voraussichtlich entstehen werden. Fehlten dagegen Anhaltspunkte dafür, dass es zu Anfechtungsklagen kommt, sei kein Ansatz gerechtfertigt. Die Wohnungseigentümer müssten sich dann auf die Ermächtigung an den Verwalter beschränken, dennoch erforderlich werdende Vorschüsse aus den „nicht für spezielle Zwecke bestimmten Gemeinschaftsmitteln“ zu entnehmen. Bei der Frage, ob der eine oder andere Fall vorliege, hätten die Wohnungseigentümer Ermessen. Fehler seien im Fall insoweit nicht erkennbar. Entsprechendes gelte für den Umfang der zu erwartenden Ausgaben.

### Konsequenzen für die Praxis

Für die Praxis wichtig ist nicht die höchst angreifbare BGH-Begründung, sondern das Ergebnis. Dieses lautet in einer Kurzübersicht wie folgt:

- Meinen Wohnungseigentümer ermessensfehlerfrei, dass es im zu beplanenden Wirtschaftsjahr zu Anfechtungsklagen kommen wird, können dafür in einer „Kriegskasse“ Mittel mit dem Wirtschaftsplan generiert werden (damit werden entgegen § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WEG Mittel aufgebracht, die mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nichts zu tun haben – gleichsam so, als wenn man für die ggf. notwendig werdende Reparatur eines Sondereigentums Mittel ansammelte). Die Höhe der Mittel ist von Anzahl und Kosten der Anfechtungsklagen vergangener Jahre abhängig zu machen. Da der BGH keine Ermächtigung erwähnt, wird man bereits im „Mittelansatz“ eine Art

Ermächtigung sehen müssen, dass der Verwalter das Verwaltungsvermögen zweckentsprechend für die beklagten Wohnungseigentümer einsetzen darf (eigentlich bedürfte es hingegen einer Ermächtigung nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG - § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG scheidet aus, da ja unbekannt ist, welche Wohnungseigentümer beklagt sind).

- Wohnungseigentümer können stattdessen, aber wohl auch kumulativ allgemein (nach §§ 21 Abs. 3, 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG?) beschließen, dass der Verwalter für die Kosten von – noch nicht bekannten – Anfechtungsklagen die eigentlich für die Verwaltungs- und Betriebskosten angesammelten Mittel einsetzen darf (damit wird § 16 Abs. 8 WEG interessant ausgelegt).
- Wurden die vorstehenden Maßnahmen versäumt, ist unklar, wie bei einer „aktuellen“ Anfechtungsklage zu verfahren ist. Rechtssicher ist zurzeit allein, dass der Verwalter nach §§ 675, 669 BGB von den beklagten Wohnungseigentümern für ihre Verteidigung Mittel abrufen oder – besser! – den Anwalt auf seine Mandaten verweist (das wiederum sollten die Anwälte dem Verwalter sagen!). Im Wege eines Umkehrschlusses wird man ggf. auch sagen müssen, dass ohne Ermächtigung durch den Wirtschaftsplan oder durch Beschluss jetzt feststeht, dass der „Griff ins Verwaltungsvermögen“ eine Untreue ist. Wenn nicht – was soll dann die Ermächtigung?

In den Einzelabrechnungen sind die Ausgaben auf die Wohnungseigentümer umzulegen, in deren Vertretung der Verwalter einen Rechtsanwalt beauftragt hat.

### Beraterhinweis

Der BGH klärt nicht, wie mit einer über den Wirtschaftsplan angesammelten „Kriegskasse“ umzugehen ist, wenn sie im Wirtschaftsjahr nicht gebraucht oder nicht vollständig verbraucht wird. Nahe liegt, die angesammelten Mittel zu behalten und eben für spätere Verfahren einzusetzen. Zu bilden ist also neben der Instandhaltungsrückstellung eine (ggf. besondere) Liquiditätsrückstellung für Prozesse (oder der Widmung einer Liquiditätsrückstellung auch für Prozesse). Der Verwalter sollte die Frage, wie er mit der „Kriegskasse“ umgehen soll, mit den Wohnungseigentümern besprechen und um Weisung durch Beschluss bitten. Ferner sollte grundsätzlich jeder Verwalter den Wirtschaftsplan um eine Position „Prozesskosten“ erweitern und zusätzlich den dargestellten Ermächtigungsbeschluss herbeiführen.

*RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin*

### »» Sofort notwendige Sanierungsmaßnahmen: Keine Rücksicht auf Finanzprobleme!

Entspricht nur die sofortige Vornahme einer zur Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlichen Sanierungsmaßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung, ist diese ohne Rücksicht auf finanzielle Schwierigkeiten

**rigkeiten einzelner Wohnungseigentümer durchzuführen.**

BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14  
(LG Koblenz – 2 S 74/12)  
BGB §§ 562, 677, 687 Abs. 2, 1213, 1214 Abs. 2

#### Das Problem

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die Wohnung der Klägerin weist aufgrund von Baumängeln, die das gemeinschaftliche Eigentum betreffen, Feuchtigkeitsschäden auf und ist inzwischen unbewohnbar. Die Klägerin begehrt die Verurteilung der übrigen Wohnungseigentümer, zuzustimmen, dass die Kosten für die Sanierung von den Wohnungseigentümern nach Maßgabe ihrer Miteigentumsanteile anteilig getragen werden und (zwecks Aufbringung der Kosten) eine Sonderumlage von 54.400,25 € gebildet wird.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Die Klage hatte Erfolg. Eine Vorbefassung der Eigentümersversammlung war nicht erforderlich, weil die Beklagten bereits im Vorfeld eine gemeinschaftliche Sanierung abgelehnt haben. Gemäß § 21 Abs. 4 WEG kann jeder Wohnungseigentümer eine Verwaltung verlangen, die den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen – mit anderen Worten ordnungsmäßiger Verwaltung – entspricht. Zu der ordnungsmäßigen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechenden Verwaltung gehört gem. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG insbesondere die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Allerdings haben die Wohnungseigentümer insoweit einen Gestaltungsspielraum; sie müssen das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachten und im Grundsatz auf die Leistungsfähigkeit der Wohnungseigentümer Rücksicht nehmen. Deshalb sind sie berechtigt, Kosten und Nutzen einer Maßnahme gegeneinander abzuwägen und nicht zwingend erforderliche Maßnahmen ggf. zurückzustellen. Ist jedoch die sofortige Instandsetzung zwingend erforderlich, so entspricht nur ihre Vornahme billigem Ermessen; in diesem Fall hat ein einzelner Wohnungseigentümer einen Anspruch auf sofortige Durchführung gem. § 21 Abs. 4 WEG. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist für die Berücksichtigung finanzieller Schwierigkeiten einzelner Wohnungseigentümer kein Raum. Die Anerkennung einer individuellen Opfergrenze wäre mit Sinn und Zweck des § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 WEG unvereinbar, weil dies der notwendigen Erhaltung von Wohnungseigentumsanlagen zuwiderliefe. Die Kostenverteilung hat nach § 16 Abs. 2 WEG, nicht nach § 16 Abs. 4 WEG zu erfolgen, weil die Mängel konstruktive Teile des Hauses betreffen.

#### Konsequenzen für die Praxis

Der BGH differenziert zwischen sofort notwendigen und nicht zwingend erforderlichen Maßnahmen. Bei letzteren haben die Wohnungseigentümer einen Gestaltungsspielraum, bei ersteren nicht. Das kann sich zu einem häufigen

Streitpunkt entwickeln, wenn nicht die Situation so eindeutig ist, wie im entschiedenen Fall, wo der Mangel zu Unbewohnbarkeit geführt hat.

#### Beraterhinweis

Der einzelne Wohnungseigentümer ist vor erheblichen, unerwarteten Belastungen nicht sicher. Das kann, wie der vorliegende Fall zeigt, bis zur finanziellen Leistungsunfähigkeit und damit mittelbar zur Inanspruchnahme der noch leistungsfähigen Wohnungseigentümer führen. Vor der schädlichen Gepflogenheit vieler Wohnungseigentümergeinschaften nur eine völlig unzureichende Instandhaltungsrückstellung anzusammeln, kann deshalb nur gewarnt werden.

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

Mehr zum Thema: Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2015, 18 (nachstehend).

### »» Unterbliebene Sanierung: Nur verantwortliche Wohnungseigentümer schadenersatzpflichtig!

**Erleidet ein einzelner Wohnungseigentümer einen Schaden, weil eine Beschlussfassung über die Vornahme notwendiger Instandsetzungsmaßnahmen unterblieben ist, so trifft die Verpflichtung zum Schadensersatz nicht die Wohnungseigentümergeinschaft, sondern diejenigen Wohnungseigentümer, die schuldhaft entweder untätig geblieben sind oder nicht für die erforderliche Maßnahme gestimmt bzw. sich enthalten haben.**

BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14  
(LG Koblenz – 2 S 74/12)  
WEG § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2; BGB § 280

#### Das Problem

Das in Wohnungseigentum aufgeteilte Gebäude ist schadhaft. Besonders betroffen ist ein Wohnungseigentümer, dessen Sondereigentum infolge Mängeln des Gemeinschaftseigentums unbewohnbar ist. Die übrigen Wohnungseigentümer haben eine Sanierung auf Kosten aller Wohnungseigentümer abgelehnt. Der betroffene Wohnungseigentümer macht wegen der Nichtdurchführung der Sanierung Schadensersatzansprüche geltend.

#### Die Entscheidung des Gerichts

Mit Erfolg! Eine sofortige Sanierung war notwendig. Der BGH hatte nun die heftig umstrittene Frage zu entscheiden, wer auf Schadensersatz haftet: Die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband, die übrigen Wohnungseigentümer oder alle. Der BGH hat eine Haftung der Wohnungseigentümergeinschaft abgelehnt. Für die durch eine unterbliebene oder verzögerte Beschlussfassung entstehenden Schäden können nach Auffassung des BGH nur die Wohnungseigentümer selbst ersatzpflichtig sein. Es handelt es sich nicht um eine gemeinschaftsbezogene Pflicht i.S.v. § 10 Abs. 6 S. 3 Hs. 1 WEG, für die eine geborene Wahrnehmungskompetenz der Gemeinschaft

besteht. Diese Norm regelt die Wahrnehmung von Pflichten im Außenverhältnis, nicht aber die interne Willensbildung des Verbands. Diese obliegt gem. §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 WEG den Wohnungseigentümern. Dementsprechend ist die auf § 21 Abs. 4 WEG gestützte Klage gegen die übrigen Wohnungseigentümer zu richten, wenn deren Mitwirkung an einer ordnungsmäßigen Verwaltung verlangt wird; eine Klage gegen den Verband scheidet aus, und zwar auch dann, wenn nur die Beschlussfassung ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht und ein Gestaltungsspielraum infolgedessen nicht besteht. Eine etwaige Mitwirkungspflicht der Wohnungseigentümer ist individuell und nicht gemeinschaftlich zu erfüllen; den Pflichten des Verbands ist sie vorgelagert. Weil der Verband eine solche Primärpflicht (Mitwirkung an der Willensbildung) nicht wahrnehmen könnte, sind auch Sekundäransprüche nicht gemeinschaftsbezogen. Im Übrigen setzt eine geborene Wahrnehmungskompetenz der Gemeinschaft gem. § 10 Abs. 6 S. 3 Hs. 1 WEG voraus, dass die Verpflichtung sämtliche Mitglieder betrifft; daran fehlt es schon deshalb, weil ein Verschulden i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zwingend bei jedem in Anspruch genommenen Wohnungseigentümer vorliegt. Die Mitwirkungspflicht der Wohnungseigentümer ergibt sich aus der gegenseitigen Treuepflicht. Unter den Voraussetzungen von § 280 Abs. 1 u. 2 BGB i.V.m. § 286 BGB sind diejenigen Wohnungseigentümer zum Schadensersatz verpflichtet, die sich mit ihrem Abstimmungsverhalten nicht auf die Seite des Anspruchsstellers gestellt haben, also schuldhaft entweder untätig geblieben sind oder gegen die erforderliche Maßnahme gestimmt bzw. sich enthalten haben. Eine Haftungszuweisung an den Verband nach § 31 BGB scheidet aus, weil die Wohnungseigentümer bei der Willensbildung nicht für den Verband handeln.

### Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung wirft sowohl für den geschädigten als auch für die übrigen Wohnungseigentümer Probleme auf. Der geschädigte Wohnungseigentümer muss nämlich das Fehlverhalten jedes einzelnen Wohnungseigentümers nachweisen. Dieser muss nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB fehlendes Verschulden darlegen. Die Wohnungseigentümer, die Anspruch genommen werden können, haften nicht nur anteilig, sondern als Gesamtschuldner. Das kann für den in Anspruch genommenen Wohnungseigentümer existenzgefährdend sein, vor allem dann, wenn ein Gesamtschuldnerausgleich mangels Leistungsfähigkeit der übrigen Wohnungseigentümer ausscheidet, eine bei aufgeschobenen Sanierungsmaßnahmen nicht seltene Situation.

### Beraterhinweis

Der Wohnungseigentümer, dem Schäden drohen, muss zunächst dafür Sorge tragen, dass alle übrigen Wohnungseigentümer bereits vor der Eigentümerversammlung über die Notwendigkeit der Sanierung informiert werden. Ansonsten besteht für sie keine Veranlassung tätig zu werden. In der Versammlung muss festgehalten werden, wer anwesend war und wer wie gestimmt hat. Für die übrigen Wohnungseigentümer ergibt sich fak-

tisch eine Beteiligungspflicht an der Wohnungseigentümersversammlung. Dem kann der Wohnungseigentümer auch durch Erteilung einer Vollmacht Genüge tun. Er haftet dann aber für ein verfehltes Abstimmungsverhalten nach § 278 BGB.

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

Mehr zum Thema: Zu weiteren Aspekten dieser Entscheidung vgl. MietRB 2015, 17 (vorstehend).

## »» Gemeinschaftsantenne: Weiterleitung der Signale keine öffentliche Wiedergabe

**Werden Hörfunk- und Fernsehsendungen nach Empfang der Satellitensignale von der Kopfstation der Gemeinschaftsantenne mit Hilfe des Kabelnetzes leitungsgebunden an die angeschlossenen Empfangsgeräte der Wohnungseigentümer gesendet, handelt es sich nicht um eine zustimmungspflichtige öffentliche Wiedergabe. Auf die Größe der Wohnungseigentumsanlage kommt es nicht an.**

OLG München, Urt. v. 11.9.2014 – 6 U 2619/13, nrkr. (LG München I – 21 O 16054/12)

Richtlinie 29/2001/EG Art. 3 Abs. 1; UrhG §§ 15 Abs. 2, Abs. 3, 20, 20b Abs. 1

### Das Problem

Die GEMA verlangt von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer B wegen behaupteter unberechtigter Nutzung eines Kabelweisersendungsrechts seit dem Januar 2007 jährlich 1.078,39 €. Die GEMA meint, B betreibe eine von ihr eingerichtete Kopfstation, mit der sie die von ihr empfangenen Fernseh- und Rundfunksignale an insgesamt 343 Wohneinheiten i.S.v. §§ 20, 20b UrhG sende. Hierbei handele es sich um eine vergütungspflichtige, i.S.v. § 15 Abs. 2 UrhG öffentliche Kabelweisersendung. Die Wohnungseigentümer seien nicht durch persönliche Beziehungen verbunden. Bloße gemeinsame oder gleichgerichtete Interessen, geschäftliche Beziehungen oder technische Verbindungen genügten nicht, um ein solches persönliches Band zu begründen.

### Die Entscheidung des Gerichts

Erfolglos! Eine zeitgleiche, unveränderte und vollständige Weiterübertragung der über eine Gemeinschaftsantenne per Satellit empfangenen Fernseh- und Hörfunksignale durch ein Kabelnetz an die angeschlossenen Empfangsgeräte stelle keine öffentliche Wiedergabe dar, sondern sei als bloße Verbesserung des Empfangs der Wohnungseigentümer zu qualifizieren. Es erscheine bereits zweifelhaft, ob die Rundfunksignale an „eine Öffentlichkeit“ weitergeleitet werden. Denn die Empfänger der Sendesignale, die Wohnungseigentümer, stellten keine unbestimmte Zahl potentieller Adressaten dar. Dass bei mindestens 75 Wohneinheiten stets von einer „Öffentlichkeit“ auszugehen sei, sei falsch. Mit der leitungsgebundenen Übertragung der Sendesignale werde auch kein neues Publikum erreicht. Denn die Wohnungseigentümer hielten sich un-

streitig im Sendegebiet der Sendeunternehmen auf. Sie empfangen die Sendung allein oder im privaten bzw. familiären Kreis. Die Sendung erreiche (nur) ein Publikum, das die Urheber und Leistungsschutzberechtigten durch die Ausstrahlung der Sendung bereits erreichen wollten (Hinweis auf BGH v. 16.8.2012 – I ZR 44/10 – Rz. 20, GRUR 2012, 1136).

### Konsequenzen für die Praxis

Eine ganze Reihe von „Verwertungsgesellschaften“ sind der Auffassung, für den Betrieb bestimmter Kabelnetze und die hierdurch erfolgende Kabelweitersendung von geschützten Musikwerken bestehe eine Lizenzierungspflicht. Eine lizenzierungspflichtige Kabelweitersendung setze lediglich voraus, dass ein gesendetes Werk im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiter übertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme weitergesendet werde und die geschützten Sendungen via Kabelfunk der Öffentlichkeit zugänglich gemacht würden. Bei einem im Bereich der Wohnungswirtschaft betriebenen Kabelnetz sei anerkannt, dass jedenfalls dann, wenn die Grenze von 75 Wohneinheiten erreicht und überschritten werde, eine lizenzierungspflichtige Sendekategorie gegeben sei und der Bereich des lizenzfreien organisierten Privatempfangs verlassen werde. Auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht oder die Höhe der erzielten Einnahmen komme es für die Beurteilung der Lizenzpflichtigkeit von Kabelweiterungshandlungen nicht an. Dieser Sichtweise trat das LG München jedenfalls für die Fälle entgegen, in denen ein organisierter Privatempfang festzustellen ist. Einen solchen Empfang verneinte es, wenn die Wohnungseigentümer sozial miteinander verbunden sind. Dem steht die hier dargestellte

Berufungsinstanz skeptisch gegenüber („nicht unbedenklich“). Das OLG München findet aber einen anderen Weg, die Wohnungseigentümer nicht zu belasten. Allein das ist auch richtig. Die Wohnungseigentümer als Hauseigentümer empfangen schlicht mit einer im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Antenne Signale – statt jeder für sich. Es wäre aus meiner Sicht ein „Witz“, wenn der Eigentümer für das Antennensignal seiner Antenne zahlen müsste. Es liegt innerhalb einer Wohnungseigentumsanlage ersichtlich keine „lizenzierungspflichtige Kabelweitersendung“ vor. Im Übrigen „betreibt“ natürlich keine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Antennenanlage. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist nur deshalb zu beklagen, weil die Zahlspflicht, gäbe es sie, gemeinschaftsbezogene Pflicht wäre.

### Beraterhinweis

Unter anderem der Verein „wohnen im eigentum“, der BVI Bundesfachverband der Immobilienverwalter, der Dachverband Deutscher Immobilienverwalter (DDIV) und Haus & Grund raten Wohnungseigentümern, einen Lizenzvertrag mit Verwertungsgesellschaften abzuschließen (die genannten Verbände haben dabei jeweils besondere Konditionen vereinbart). Gegenüber einem solchen Vertragsschluss sollte man indessen „skeptisch“ sein. Wurden bereits Verträge geschlossen, sollten diese hingegen überprüft werden. Denn das Münchener Urteil ist zwar nicht das letzte Wort. Es ist aber im Ergebnis richtig.

*RiKG Dr. Oliver Elzer, Berlin*

Mehr zum Thema: Die Revision wird unter dem Az. I ZR 228/14 geführt.

## Beiträge für die Beratungspraxis

### Mietvertrag

## Schriftform des § 550 BGB und Auslegung des Mietvertrags

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

§ 550 BGB nimmt eine Sonderstellung unter den Formvorschriften ein, weil abweichend vom Grundsatz des § 125 Satz 1 BGB Rechtsfolge eines Formverstößes nicht die Nichtigkeit ist, sondern nur die vorzeitige Kündigung des Mietvertrages. Das macht es erforderlich, die Auslegung des Ver-

trages und die Einhaltung der Schriftform zueinander in Relation zu setzen und dabei besonders zu untersuchen, wie sich die Situation für einen Grundstückserwerber darstellt.



## I. Normzweck

Nach ständiger Rechtsprechung soll § 550 BGB in erster Linie den potentiellen Grundstückserwerber schützen, der nach § 566 BGB und den Vorschriften, die hierauf verweisen, in den Mietvertrag eintritt. Der Erwerber soll sicher in die Lage versetzt werden, sich ein Bild über die Rechte und Pflichten zu verschaffen, die ihn länger als ein Jahr binden können.<sup>1</sup> Nur als Nebenzweck werden die vor allem im Interesse der Parteien liegenden Beweis- und Warnfunktionen angesehen.<sup>2</sup>

### Beraterhinweis

Dass die Interessen Dritter im Vordergrund stehen, hindert es aber nicht, dass sich auch die Parteien auf den Formmangel berufen.<sup>3</sup>

Demgegenüber stehen im Allgemeinen bei den Formvorschriften die Interessen der vertragschließenden Parteien im Vordergrund.<sup>4</sup>

## II. Feststellung des Vertragsinhalts

Während allgemein ein Formverstoß nach § 125 Satz 1 BGB zur ganzen oder teilweisen Nichtigkeit des Vertrages führt, lässt § 550 BGB, abgesehen von der Laufzeit des Vertrages, dessen Inhalt unberührt. Wirksamkeit und Inhalt des Vertrages sind von der Beachtung der Form insoweit unabhängig. Es gilt das, was die Parteien tatsächlich gewollt und vereinbart haben, unabhängig davon, was sie schriftlich niedergelegt haben.

Die Vertragsurkunde hat zwar die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich.<sup>5</sup> Diese Vermutung kann aber widerlegt werden.<sup>6</sup> Hierfür können auch Umstände und Beweismittel außerhalb der Urkunde herangezogen werden.

Folglich ist der Vertragsinhalt nach allgemeinen Kriterien ohne Rücksicht auf die Formvorschrift zu bestimmen. Falschbezeichnungen sind auf dieser Prüfungsebene unschädlich.<sup>7</sup> Auch die Regelung des § 117 BGB für ein Scheingeschäft ist anwendbar. Es gilt das wirklich Gewollte.

Kurz zusammengefasst: Bei § 125 BGB gilt das Niedergeschriebene nicht, wenn es nicht vereinbart ist; das Vereinbarte gilt nicht, wenn es nicht formgerecht niedergelegt ist. Bei § 550 BGB gilt immer das Vereinbarte, unabhängig davon, was niedergeschrieben ist.

## III. Verlautbarung des Gewollten in der Vertragsurkunde

### 1. Allgemein

Formbedürftige Willenserklärungen sind grundsätzlich nach allgemeinen Kriterien auszulegen.

Der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*, gilt auch für formbedürftige Erklärungen. Trotz der irrtümlichen Falschbezeichnung gilt das wirklich Gewollte. Beurkundet ist dann das Gewollte, nur falsch Bezeichnete.<sup>8</sup> Auch formbedürftige Willenserklärungen dürfen nicht gegen den von den Parteien übereinstimmend gewollten Sinn ausgelegt werden.<sup>9</sup>

Zur Einhaltung der Schriftform muss die mündliche Einigung der Parteien schriftlich dokumentiert werden.<sup>10</sup> Dabei genügt es nach der vom BGH<sup>11</sup> in ständiger Rechtsprechung vertretenen Andeutungstheorie, dass das von den Parteien Gewollte in der Urkunde ansatzweise Ausdruck gefunden hat.

## 2. Objektiv normative Auslegung

### a) Grundlagen

Hiervon gibt es jedoch auch Ausnahmen. So ist es im Wohnungseigentumsrecht anerkannt, dass ins Grundbuch einzutragende Vereinbarungen und Beschlüsse der Wohnungseigentümer, die sich nicht sofort erledigen, objektiv und normativ auszulegen sind.<sup>12</sup> Grund dafür ist, dass solche Vereinbarungen und Beschlüsse nach § 10 Abs. 3 und 4 WEG auch den Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers binden, dem die Motivation und der Wille der damaligen Wohnungseigentümer nicht bekannt sind.<sup>13</sup>

Diese Situation ist mit derjenigen vergleichbar, dass der Erwerber eines Grundstücks an einen Mietvertrag gebunden wird, an dessen Abschluss er nicht beteiligt war. Auch wenn die Lage im Wohnungseigentumsrecht insofern anders ist, als alle Wohnungseigentümer an das Ergebnis der objektiv normativen Auslegung gebunden sind, während im Mietrecht umgekehrt der Erwerber an das von den ursprünglichen Vertragsparteien gewollte gebunden ist, zeigt der Vergleich doch, dass bei Formvorschriften, die (auch) dem Schutz Dritter dienen, die Urkunde nach objektiv normativen Gesichtspunkten ausgelegt werden muss.

Die Bestimmbarkeit des Vertragsinhaltes muss durch Auslegung an Hand der Urkunde und gegebenenfalls dort in Bezug genommener äußerer Umstände auch für einen unbeteiligten Dritten möglich sein.<sup>14</sup>

1 BGH v. 20.4.2005 – XII ZR 192/01, MietRB 2005, 228 f. = MDR 2005, 857 = NJW 2005, 1861; v. 22.1.2014 – XII ZR 68/10, MietRB 2014, 133 = MDR 2014, 334 = GE 2014, 385.

2 *Lützenkirchen* in Erman/BGB, 14. Aufl. 2014, § 550 Rz. 3.

3 *Lammel* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 550 Rz. 58.

4 Vgl. zu den verschiedenen Zwecken von Formvorschriften z.B. *Arnold* in Erman, s. Fn. 2, § 125 Rz. 1 ff.; *Einsele* in MünchKomm/BGB, 6. Aufl. 2011 ff., § 125 Rz. 8 ff.

5 LG Konstanz v. 19.12.2013 – 61 S 30/13, MietRB 2014, 230 = ZMR 2014, 291.

6 *Ahrens* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Aufl. 2014, § 125 Rz. 26.

7 OLG Hamm v. 10.4.2014 – 10 U 112/13, MDR 2014, 767 = ZMR 2014, 785.

8 BGH v. 18.1.2008 – V ZR 174/06, MDR 2008, 498 = NZM 2008, 331.

9 *Busche* in MünchKomm/BGB, s. Fn. 2, § 133 Rz. 30.

10 *Lützenkirchen* in Erman, s. Fn. 2, § 550 Rz. 5.

11 Z.B. BGH v. 30.6.1999 – XII ZR 55/97, MDR 1999, 1431 = ZMR 1999, 691.

12 *Elzer* in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2010, § 10 Rz. 180; *Merle* in Bärmann, WEG, 12. Aufl. 2013, § 23 Rz. 62 m.w.N.

13 Zu weiteren Objektivierungen bei der Auslegung s. *Busche* in MünchKomm/BGB, s. Fn. 2, § 133 Rz. 34 ff.

14 OLG Hamm v. 10.4.2014 – 10 U 112/13, MDR 2014, 767 = ZMR 2014, 785.

Diese objektive Auslegung kann durchaus etwas anderes ergeben, als das von den Parteien Gewollte, was für den Inhalt des Mietvertrages von Bedeutung ist.

#### b) Falschbezeichnungen und Scheingeschäfte

Unter diesen Gesichtspunkten erscheint es bedenklich, eine Falschbezeichnung für unschädlich zu halten. Während sich die Parteien über das wirklich Gemeinte im Klaren sind, kann sich der Erwerber nur auf den Mietvertrag verlassen. Wenn man den Zweck des § 550 BGB darin sieht, dem Erwerber Klarheit über den Vertragsinhalt zu verschaffen,<sup>15</sup> kann dieser Schutz nicht dadurch ausgehebelt werden, dass man den Erwerber an etwas bindet, was aus der Urkunde nicht ersichtlich ist,<sup>16</sup> von unwesentlichen Nebenabreden<sup>17</sup> einmal abgesehen.

#### Beraterhinweis

Etwas anderes gilt nur, wenn die Falschbezeichnung aus der Urkunde ersichtlich ist oder keine Auswirkungen auf den Erwerber haben kann.

Für **Scheingeschäfte** gilt: Das Beurkundete ist nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig. Es gilt nach § 117 Abs. 2 BGB das wirklich Gewollte. Für diese Vereinbarung fehlt es aber der Einhaltung der Form.

#### Beraterhinweis

Wird der Grundstückserwerber nicht darüber aufgeklärt, dass die Urkunde nur zum Schein errichtet wurde, wird in der Regel eine Täuschung durch Unterlassung vorliegen. Dadurch können Rechte gegen den Veräußerer begründet werden, aber meist nicht gegen den Mieter, weil dieser nicht aufklärungspflichtig ist.

#### c) Allgemeine Geschäftsbedingungen

Für die Wahrung der Form genügt es, dass sich der Vertragsinhalt unter Anwendung der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB aus der Urkunde entnehmen lässt.<sup>18</sup>

Wird von den Parteien vergessen, in einem Formular eine übereinstimmend nicht gewollte Klausel zu streichen, so ist nach Meinung des OLG Düsseldorf<sup>19</sup> die Schriftform gleichwohl gewahrt, das nicht Gewollte ist nicht vereinbart. Richtig ist, dass das nicht Gewollte auch nicht vereinbart ist. Gerade das beeinträchtigt aber die Schriftform, weil sich aus der Urkunde etwas anderes ergibt als das, was Vertragsinhalt ist.

#### d) Widersprüche

Enthält die Vertragsurkunde widersprüchliche Regelungen, von denen eine dem Willen der Parteien entspricht, ist die Schriftform nicht gewahrt, weil sich das Gewollte der Urkunde auch nicht andeutungsweise entnehmen lässt.<sup>20</sup> Enthält der Urkundentext Widersprüche, die die Parteien überhaupt nicht bedacht haben (häufig bei Formularen, wenn Nichtzutreffendes nicht gestrichen wird oder Alternativen nicht angekreuzt werden), so hat eine **Einigung** hierzu **nicht stattgefunden** mit der Folge, dass die gesetzlichen Regelungen gelten. Schriftformprobleme stellen sich dabei nicht, weil die Vertragsurkunde insoweit

keinerlei Aussagekraft hat und die Nichtregelung aus der Urkunde ersichtlich ist.<sup>21</sup>

#### IV. Abgleichung von Vereinbarung und Vertragsurkunde

Im Falle einer Divergenz zwischen dem wirklich Gewollten und dem Niedergeschriebenen gilt das Gewollte.<sup>22</sup> Da dieses aber bei der gebotenen objektiv normativen Auslegung der Vertragsurkunde dieser nicht zu entnehmen ist, ist die Form nicht gewahrt und es besteht die Kündigungsmöglichkeit des § 550 BGB.

#### Beraterhinweis

Bei der Abfassung von Mietverträgen muss deshalb auch darauf geachtet werden, wie ein außenstehender Dritter die Vertragsurkunde verstehen kann und darf. Insbesondere ist in die Vertragsurkunde auch aufzunehmen, was nur für die Parteien selbstverständlich ist. Sind die Bestimmungen des Vertrages nicht für einen Dritten fixierbar bestimmt, ist die Schriftform nicht-gewahrt.<sup>23</sup>

#### V. Situation des Erwerbers

Ergibt der Abgleich, dass das Vereinbarte in der Urkunde nicht hinreichend festgehalten ist, ist der Erwerber nur durch die erleichterte Kündigungsmöglichkeit geschützt. An den Vertrag ist er so gebunden, wie ihn die Parteien vereinbart haben. Einen Schutz des guten Glaubens an den richtigen Inhalt der Vertragsurkunde gibt es nicht.

#### Beraterhinweis

Etwas anderes gilt dann, wenn der Mieter und der Veräußerer arglistig in die Vertragsurkunde etwas anderes als das tatsächlich vereinbarte hineingeschrieben haben, um den Erwerber zu täuschen. In einem solchen Fall ist es rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Mieter auf die Unrichtigkeit des Inhalts der Vertragsurkunde beruft.

#### Beraterhinweis

Für den Erwerbwilligen kann es sich empfehlen, zum einen mit dem Mieter Rücksprache zu halten und sich zum anderen vom Veräußerer zusichern zu lassen, dass die Vertragsurkunde den Vertragsinhalt vollständig und richtig wiedergibt.

15 Oben I.

16 OLG Hamm v. 10.4.2014 – 10 U 112/13, MDR 2014, 767 = ZMR 2014, 785.

17 So die h.M. *Ormanschick/Riecke*, MDR 2002, 247; *Neuhaus*, ZMR 2011, 1 (5) m.w.N.; a.A. *Schmid* in Schmid/Harz, Mietrecht, 4. Aufl. 2014, § 550 Rz. 21.

18 *Schmid*, WuM 1999, 666.

19 OLG Düsseldorf, v. 20.4.1995 – 10 U 164/94, MDR 1995, 1009 = ZMR 1995, 404.

20 OLG Rostock, v. 1.8.2000 – 3 U 135/99, MDR 2001, 208 = ZMR 2001, 27 = NZM 2001, 426.

21 *Schmid*, WuM 1999, 666.

22 Oben II.

23 OLG Hamm v. 10.4.2014 – 10 U 112/13, MDR 2014, 767 = ZMR 2014, 785.

Der Erwerber kann durch den Mietvertrag nicht verpflichtet werden, an einer Nachholung der Schriftform mitzuwirken.<sup>24</sup> Umgekehrt ist auch der Mieter nicht verpflichtet, die ursprünglichen Regelungen durch eine Vertragsänderung an die Vertragsurkunde anzupassen.

#### Beraterhinweis

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Mieter in irgendeiner Form dem Vermieterwechsel zustimmt. Hier ist es eine Frage des Einzelfalles ob in den Erklärungen und Verhaltensweisen des neuen Vermieters und des Mieters eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Geltung der schriftlich niedergelegten Vertragsbedingungen zu sehen ist.

#### VI. Fazit

Sowohl die ursprünglichen Vertragspartner als auch diejenigen, die in den Vertrag eintreten, sind an das von den ursprünglichen Vertragsparteien wirklich Gewollte gebunden. Kommt das in der Vertragsurkunde nicht hinreichend zum Ausdruck, besteht die Kündigungsmöglichkeit des § 550 BGB.

24 BGH v. 22.1.2014 – XII ZR 68/10, MietRB 2014, 133 = MDR 2014, 334 = GE 2014, 385.

## Heizkostenabrechnung

### Heizkostenabrechnung – Unerfasste Rohrwärme und Korrektur nach VDI 2077

Zugleich Besprechung des Urteils des AG Bayreuth v. 19.8.2014 – 102 C 1359/13, MietRB 2015, 7  
von RA Frank-Georg Pfeifer, Düsseldorf

*Das Bayreuther Urteil gibt Anlass, näher auf die Frage der erheblichen Rohwärmeabgabe einzugehen. Das Phänomen tritt häufig, aber eben nicht ausschließlich bei Einrohrheizungen auf. Die Ausführungen des Urteils sind also für Zweirohr- und Einrohrheizungen bedeutsam.*

#### I. Einführung

Zur Erläuterung: Bei der Zweirohrheizung ist jeder Heizkörper an eine Vorlaufleitung und an eine Rücklaufleitung angeschlossen. Bis zu jedem Heizkörper müssen in allen beheizbaren Räumen daher zwei Rohrleitungen führen. Bei der – horizontalen – Einrohrheizung<sup>1</sup> gibt es aber nur eine Leitung. Diese läuft ringartig durch alle zu beheizen den Räume: Das Heizwasser fließt in den ersten Heizkörper; von dort aus durch den zweiten, durch den dritten usw. Wird ein Heizkörper abgedreht, strömt das Heizwasser nur noch durch ein neben dem Heizkörper befindliches Bypass-Rohr, der abgestellte Heizkörper wird sozusagen übersprungen. Der Vorteil des Einrohrsystems: Es wird weniger Material verbraucht, das Angebot des Installateurs ist „besonders“ günstig. Nachteilig ist aber der höhere Wärmeverbrauch, da das Heizwasser ständig umgewälzt wird; hinzu kommen höhere Stromkosten für die dauernd laufende Heizungsumwälzpumpe. Dem steht freilich gegenüber, dass wegen der permanenten „Zwangs“-Beheizung durch die Rohrwärme weniger häufig Schimmelbildung auftritt.

Infolge der sog. Schwerkraftzirkulation kommt es fernhin dazu, dass sich auch abgestellte Heizkörper trotz

gänzlich zugedrehten Ventils geringfügig erwärmen. Das bewirkt auch an abgestellten Heizkörpern eine Anzeige von – insbesondere – elektronischen Heizkostenverteiltern.

Sodann sind entgegen landläufiger Meinung ungedämmte Heizungsrohre auch nicht nur auf die Plattenbauten in der ehem. DDR beschränkt. Denn bis weit in die 1970er Jahre hinein wurden zahlreiche Gebäude in der alten Bundesrepublik nachträglich von Ofen- auf Zentralheizung umgerüstet. Hier wurden die Rohre meist ohne Umhüllung, sprich ungedämmt verlegt. Und die 1. WärmeschutzV<sup>2</sup> erwähnt die Dämmung von Heizungsrohren noch nicht einmal. Nach fachlicher Einschätzung sind deutschlandweit mindestens 1,5 Millionen Wohnungen<sup>3</sup> mit einer Einrohrheizung ausgestattet. Und so wissen viele Eigentümer nicht, dass ihre Immobilie mit einer Einrohrheizung versorgt wird.

1 Zur Technik der Einrohrheizung ausführlich Hampel/Faulhaber in Kreuzberg/Wien, Handbuch der Heizkostenabrechnung, 8. Aufl. 2013, S. 390 ff.

2 BGBI. 1977, 1554.

3 Redaktionsbeitrag, GE 2011, 1176. Zum Teil äußern sich Fachleute dahin, dass gut 20% der Heizanlagen Einrohrheizungen sind.

## II. Wortlautübersteigende Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV

Die wichtigste Aussage des Bayreuther Urteils (Leitsatz 1) liegt darin, dass § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV nicht nur – seinem Wortlaut nach – für ungedämmte freiliegende, sondern über den Gesetzeswortlaut hinaus auch für solche Rohre angewandt wird, die ungedämmt in Wänden oder Estrich verlaufen.

Ebenso hatte zuvor auch schon das AG Emmendingen entschieden:<sup>4</sup> Der Gesetzgeber habe die Problematik ungedämmt unter Putz oder im Estrich verlegter Rohrleitungen nicht gesehen.

### 1. Verbrauchskostenanteil von 50 % oft unbehelflich

Generell ist für Gebäude, in denen die freiliegenden Leitungen zu mehr als der Hälfte ungedämmt sind, ein verbrauchsabhängiger Kostenanteil von 50 vom Hundert angemessen.<sup>5</sup> Trotz dieser Umlage mit 50 %igem Verbrauchsanteil, kann es u.a. wegen unerfasster Wärmeabgabe durch ungedämmte Leitungen zu Kostenverzerrungen kommen.<sup>6</sup> Bei Einrohrheizungen wird dies noch dadurch verschärft, dass das gesamte Heizwasser auch bei abgeschalteten Heizkörpern ständig durch das Rohrsystem gepumpt wird. Recht einfach hat es sich im Jahre 2001 das AG Berlin-Neukölln<sup>7</sup> mit der Argumentation gemacht, die Einrohrleitung gebe zwar Heizenergie ab, dies diene aber „einer gewissen Grundversorgung der Wohnräume, ... die dann beim Aufdrehen der Thermostatventile an den einzelnen Heizkörpern ... zu einem entsprechend geringeren Energieverbrauch führt.“

### 2. Keine Heizkostenverteiler an freiliegenden Rohren

Das schlichte Anbringen von Heizkostenverteilern an den Heizungssteigeleitungen hilft nicht weiter. Abgesehen von der offenen Frage, ob dies überhaupt zulässig ist,<sup>8</sup> spricht vor allem das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 556 Abs. 3 BGB dagegen. Denn dann müsste je nach baulichen Gegebenheiten bei einer vertikalen Einrohrversorgung in jeder Etage zusätzlich zu den Heizkostenverteilern an den Heizkörpern auch an allen vertikalen Rohrsträngen ein Heizkostenverteiler angebracht werden. Abhilfe bietet hier je nach den Einzelumständen die in der VDI 2077<sup>9</sup> geregelte messtechnische Erfassung mittels Referenzrohr, das sog. Pilotrohrverfahren.<sup>10</sup> Hier ist nur ein Referenz-Leitungsstrang mit einem Heizkostenverteiler auszustatten. Bei im Estrich oder in den Wänden verlaufenden Rohren scheidet dieses Anbringen von Heizkostenverteilern indes schon bautechnisch aus.

Bei nicht isolierten Rohrleitungen und infolgedessen nicht erfassbarem Wärmeverbrauch war nach älterer Rechtsprechung von der verbrauchsorientierten Heizkostenabrechnung abzugehen und eine wohnflächenbezogene Heizkostenumlage vorzunehmen; was jedoch zu einem Kürzungsrecht des Mieters nach § 12 HeizkostenV führte.<sup>11</sup>

Mit der Heizkostennovelle von 2009 wurde das Problem wenigstens teilweise gelöst. Ist nämlich infolge ungedämmter Leitungen ein wesentlicher Anteil des Wärmeverbrauchs, zumindest 20 %, <sup>12</sup> nicht erfassbar, so können gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV die erwähnten

Kostenverzerrungen nach „anerkannten Regeln der Technik“<sup>13</sup> korrigiert werden. Verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Verweisung des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV auf „anerkannte Regeln der Technik“ sind das LG Berlin und das LG Karlsruhe nicht nähergetreten.<sup>14</sup> Als anerkannte Regel der Technik kommt die VDI 2077, Beiblatt „Verfahren zur Berücksichtigung der Rohwärmeabgabe“ in Betracht.<sup>15</sup>

Offen blieb in der Heizkostennovelle aber die Frage der ungedämmten Rohre, die in den Wänden bzw. im Estrich liegen.

### 3. VDI 2077 rechtlich bestätigt

Das Bayreuther Urteil (dort Leitsatz 1) sowie der Entscheidung des AG Emmendingen<sup>16</sup> haben klargestellt, was schon zuvor in der VDI 2077 – allerdings nicht rechtsverbindlich<sup>17</sup> – bestimmt wurde. Dort heißt es:

Die Richtlinie VDI 2077 [Beiblatt] gilt in Zusammenhang mit der Verbrauchsabrechnung für solche Heizanlagen, bei denen konstruktionsbedingt eine nennenswerte, in der Regel nicht erfasste Wärmeabgabe von Rohrleitungen an die zu beheizenden Nutzeinheiten erfolgt. ... Dabei ist es technisch unerheblich, ob diese Rohrleitungen freilie-

4 AG Emmendingen v. 10.4.2012 – 3 C 115/10, juris; vgl. auch die Anmerkung zu AG Bayreuth v. 19.8.2014 – 102 C 1359/13, MietRB 2015, 7 (in diesem Heft).

5 BR-Drucks. 570/08, Anlage S. 2.

6 So wurden in dem vom LG Mühlhausen v. 9.1.2009 – 1 S 182/08, WuM 2009, 234 entschiedenen Fall lediglich 6 % der abgegebenen Wärme von elektronischen Heizkostenverteilern erfasst und die übrigen 94 % der verbrauchten Wärme über das nicht mit Messfühlern ausgestattete Einrohrsystem.

7 AG Berlin-Neukölln v. 15.2.2001 – 3 C 351/00, WuM 2003, 325.

8 Für die Zulässigkeit der Anbringung an den Rohren: AG Berlin-Neukölln, s. Fn. 7; AG Berlin-Hohenschönhausen v. 15.5.2009 – 2 C 507/06, GE 2009, 657; dagegen: AG Berlin-Hohenschönhausen v. 31.3.2008 – 16 C 205/07, GE 2008, 933.

9 Vgl. VDI 2077, Beiblatt „Verfahren zur Berücksichtigung der Rohwärmeabgabe“, S. 12, Nr. 4.4.

10 Hampel/Faulhaber, s. Fn. 1, S. 390.

11 So z.B. das LG Dresden v. 6.2.2009 – 4 S 91/08, WuM 2009, 292 und das LG Meiningen v. 23.9.2002 – 6 S 169/00, WuM 2003, 453.

12 BR-Drucks. 570/1/08, S. 4.

13 Nicht: nach „den“ anerkannten Regeln der Technik.

14 LG Berlin v. 5.10.2012 – 63 S 11/12, GE 2012, 1563 = MM 2013, 28 = WuM 2013, 227; LG Karlsruhe v. 20.2.2014 – 9 S 248/13, BeckRS 2014, 19774 = IMR 2014, 412 Kurzabdruck.

15 Nachfolgend wird vereinfachungshalber statt „VDI-Richtlinie 2077, Beiblatt „Verfahren zur Berücksichtigung der Rohwärmeabgabe“ nur die „VDI 2077“ genannt.

16 AG Emmendingen, s. Fn. 4.

17 Der VDI ist ein privater Normsetzer, ebenso wie DIN-Normen sind daher VDI-Richtlinien keine Rechtsvorschriften, sondern haben nur Empfehlungscharakter; vgl. BGH v. 7.7.2010 – VIII ZR 85/09, MietRB 2010, 254 = MDR 2010, 1041 = GE 2010, 1110; ebenso LG Bochum v. 30.7.2014 – 6 O 443/09, juris; BGH v. 24.5.2013 – V ZR 182/12, MietRB 2013, 240 = MDR 2013, 961 = GE 2013, 949 = NZM 2013, 582. DIN-Normen können aber zu Auslegung herangezogen werden, vgl. BGH v. 9.9.2008 – VI ZR 279/06, MDR 2008, 1392 = VersR 2008, 1551.

gend oder nicht sichtbar im Estrich bzw. unter Putz geführt werden.<sup>18</sup>

Im gleichen Sinne äußerte sich die unter dem 12.11.2012 an die Arbeitsgemeinschaft Heiz- und Wasserkostenverteilung in Bonn gerichtete „Sachverständige Stellungnahme zur Anwendung der Richtlinie VDI 2077 – Beiblatt „Verfahren zur Berücksichtigung der Rohrwärmeabgabe“ auf waagerechte Einrohrheizungen etc.“<sup>19</sup>

Es heißt dort im Resümee:

Die Richtlinie bezieht sich bei ihrer Anwendung also auf die Ursache des Problems, nämlich die unerfasste Wärmeabgabe von Rohren, wobei die Art der Leitungsführung (freiliegend/nicht freiliegend) keine Rolle spielt.

### III. Lösung des AG Bayreuth sachgerecht

Dass der vom AG Bayreuth und zuvor schon vom AG Emmendingen sowie von der VDI 2077 beschrittene Weg der Einbeziehung auch der in Wänden und Estrich liegenden ungedämmten Rohre sachgerecht ist, zeigen folgende Überlegungen.

#### 1. Ungewollte Fußbodenheizung

Dadurch dass diese ungedämmten Rohre im Fußboden vom Zementestrich sozusagen eingehüllt sind, wird von ihnen mehr Wärme abgegeben, als wenn diese Rohre ungedämmt und freiliegend wären. Der (Zement-)Estrich bewirkt nämlich kaum eine Wärmedämmung. Im Gegenteil: Denn wegen der unmittelbaren Berührung zwischen den Heizungsrohren und dem – die Rohre umhüllenden Estrichmaterial – ergibt sich ein guter unmittelbarer Wärmekontakt. Die Wärme kann also ungehindert von den erwärmten Heizungsrohren auf die Zementmasse des Estrichs übergehen. Dadurch erwärmt sich der Estrich. Aber nicht nur direkt, sozusagen punktuell an der Stelle, wo das Heizungsrohr im Estrich liegt. Vielmehr erwärmt sich der Estrich über eine nennenswerte Fläche oberhalb des Heizungsrohres. Diese Fläche ist größer als die Rohroberfläche eines freiliegenden ungedämmten Heizungsrohres.

Die wärmeabstrahlende Fläche wird also bei im Estrich verlaufenden ungedämmten Rohren vergrößert. Wegen der größeren wärmeabstrahlenden Fläche erfolgt sodann eine größere Wärmeabstrahlung als wenn die ungedämmten Heizungsrohre freiliegend wären.<sup>20</sup> Die ungedämmt im Estrich liegenden Heizungsrohre wirken dann wie eine ungewollte Fußbodenheizung,<sup>21</sup> die – so ist zu ergänzen – nicht regulierbar ist. Das gilt sinngemäß auch für die in den Wänden verlaufenden nicht gedämmten Heizungsrohre.

#### 2. Rohrwärme bewirkt Kostenverzerrungen

Da Heizungsanlagen mit derartigem Rohrverlauf aber nicht als Fußbodenheizung konzipiert wurden, sind sie auch nicht mit einem für typische Fußbodenheizungen üblichen Wärmezähler ausgestattet und können im Regelfall aus Kostengründen auch nicht mit Wärmezählern nachgerüstet werden. Die von den ungedämmt im Estrich liegenden Heizungsrohren abgegebene Wärme wird von

am Heizkörper befindlichen – namentlich –elektronischen Heizkostenverteilern nicht erfasst. Daher bleibt die Wärmeabgabe durch die genannten Rohre im Estrich so gut wie unerfasst.

Es kommt daher zu erheblichen Kostenverzerrungen. Denn bei Wohnungen mit geringem Wärmebedarf, z.B. bei Kernwohnungen, trägt die Rohrwärme erheblich zum Erreichen einer behaglichen Raumtemperatur bei. Die Heizkörper werden nur sehr niedrig reguliert. Folglich zeigen die Heizkostenverteiler nur eine geringe Strichzahl an, so dass die Heizkosten sehr mäßig ausfallen.

Bei Wohnungen mit hohem Wärmebedarf, z.B. im Dachgeschoss, reicht die Rohrwärme nicht aus. Hier müssen die Heizkörperventile deutlich höher eingestellt werden. Folglich zeigen die Heizkostenverteiler dort eine deutlich höhere Strichzahl an, so dass hier die Heizkosten eine beträchtliche Höhe erreichen.

Da der Anteil der Verbrauchskosten nach den Einheiten (Strichen) umgelegt wird, welche die Heizkostenverteiler anzeigen, zahlen die Nutzer der wärmeungünstigen Wohnungen nicht nur den Wärmeanteil für ihre Wohnung, sondern auch einen Teil dessen, was den wärmeungünstigen Wohnungen zugute kommt.

Anders gesprochen: Die infolge der Rohrwärme begünstigten sog. Wenigzahler profitieren obendrein zu Lasten der sog. Vielzahler, die aus der Rohrwärme keinen greifbaren Vorteil ziehen.<sup>22</sup> Dies zeigt exemplarisch ein 2012 vom AG Bonn<sup>23</sup> entschiedener Fall. Dort waren „im Extrem ... bei den Wenigzahlern ... nur 2,03 % Verbrauchskosten im Verhältnis zu den Grundkosten angefallen, während bei (den) Vielzahlern 323,44 % Verbrauchskosten im Verhältnis zu den Grundkosten“ anfielen.

### IV. VDI 2077 – ein zielführendes Instrument

In den geschilderten Rohrwärmefällen könnte zur Kompensation der Kostenverzerrungen an einen Lageausgleich, etwa in Gestalt der früheren – seit 1981 unzulässigen – Reduktionsskalen gedacht werden.<sup>24</sup> Jedoch wurde

18 VDI 2077, S. 2, Kapitel 1, Anwendungsbereich; Unterstreichung nicht im Original.

19 Abgegeben wurde diese Stellungnahme vom Institut für Gebäudeenergetik der Universität Stuttgart (*Prof. M. Schmidt*); vom Wärmetechnischen Institut an der Hochschule Mannheim (*Prof. Faulhaber*) und der Wärmetechnischen Prüfgesellschaft Berlin (*Dr. Konzelmann*).

20 „Bei horizontalen Einrohrheizungen mit im Estrich verlegten Rohrleitungen ... (ist) ... die Wärmeabgabe bei gleichen Heizwassertemperaturen tendenziell höher als bei vertikaler Einrohrheizung“, *Prof. Mügge*, Hochschule Lausitz (jetzt: Brandenburgische Technische Universität Cottbus-Senftenberg), Referat: „VDI 2077 – 3 Jahre Beiblatt Rohrwärme“ anlässlich des Workshops „Wärme-, Wasser-, Kältemesstechnik“ am 13.6.2012 in Fulda.

21 Vgl. Wärmetechnisches Institut an der Hochschule Mannheim, *Prof. Faulhaber*, Gutachterliche Stellungnahme zur Anwendung der Richtlinie VDI 2077 – Beiblatt „Verfahren zur Berücksichtigung der Rohrwärmeabgabe auf waagerechte Einrohrheizungen“ v. 23.11.2011; dort S. 2.

22 A.A. LG München I. v. 19.12.2013 – 36 S 12255/12 WEG, MietRB 2014, 211 mit krit. Anm. *Klassen*.

23 AG Bonn v. 21.12.2012 – 27 C 136/12, ZMR 2013, 384.

24 Weiterführend, *Lammel*, HeizkostenV, 3. Aufl., § 6 Rz. 67.

der Lageausgleich mit guten Gründen nicht in die HeizkostenV aufgenommen.<sup>25</sup>

Zwecks sachgerechter Abrechnung bleibt damit als Mittel der Wahl die Methode nach anerkannten Regeln der Technik. Damit reduziert sich das in § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV dem Gebäudeeigentümer eingeräumte Ermessen auf Null.<sup>26</sup> Anerkannte Regel der Technik ist hier die VDI 2077.<sup>27</sup>

Die Anwendung der VDI 2077 hat folgende technischen Voraussetzungen:<sup>28</sup>

- Die Erfassungsrate unterschreitet 34 % der Gesamtwärme;
- die normierten Verbrauchsfaktoren weisen eine Standardabweichung von größer gleich 0,85 auf
- und der Anteil der Niedrigverbraucher ist größer/gleich 15 % der Nutzeinheiten.

Diese drei Voraussetzungen müssen aber nicht kumulativ gegeben sein, denn § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV setzt das nicht voraus.<sup>29</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers soll § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV nämlich anzuwenden sein, wenn „ein wesentlicher Anteil, d.h. zumindest 20 Prozent des Wärmeverbrauchs nicht durch Ablesung verursachergerecht erfasst werden können.“<sup>30</sup> Da diese letztgenannte Voraussetzung im Bayreuther Fall gegeben war, stand insoweit der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV i.V.m. der VDI 2077 nichts entgegen. Damit konnte dann nach den technisch-mathematischen Vorgaben der VDI 2077 die Abrechnung erstellt werden.

#### V. VDI 20777 erhöht Verteilergerechtigkeit

Welche Größenordnungen die mit der Korrektur nach der VDI 2077 aus Gründen der Verteilergerechtigkeit bewirkte Vergleichmäßigung erreichen kann, zeigt neben der Entscheidung Bayreuth auch der 2009 entschiedene Fall des LG Dresden.<sup>31</sup> Dort schuldete der beklagte Nutzer lediglich 669,57 € Heizkosten und nicht die ursprünglich in die Abrechnung eingestellten 1.775,12 €, so dass sich der Saldo aus der Heiz- und Betriebskostenabrechnung um 1.105,55 € reduzierte.

Im einem vom AG Berlin-Lichtenberg entschiedenen Falle<sup>32</sup> wurden ursprünglich 1.588,53 € gemäß Heizkostenabrechnung verlangt; unter Einbeziehung der Korrektur nach der VDI 2077 jedoch nur noch 555,93 €.

Im zitierten Falle des AG Emmendingen<sup>33</sup> ergab sich durch die Anwendung des Korrekturverfahrens nach VDI 2077 eine Reduzierung der ursprünglich verlangten Heizkosten von 2.351,82 € auf nochmalig 1461,78 €. Diese Kostendifferenzen machen deutlich, welches Konfliktpotential mit einer rechtzeitigen Anwendung der VDI 2077 ausgeräumt werden kann.

#### VI. Verdunster entschärfen Rohrwärmeproblematik

Oft ist zu hören, elektronische Heizkostenverteiler seien für Einrohrheizungen schlechthin ungeeignet,<sup>34</sup> da sie nur die am Heizkörper selbst in den Raum abgegebene Wärme erfassen, nicht aber die von den Rohren abgegebene Wärme. Das ist so nicht ganz richtig. Denn die mit Einrohrheizungen verbundene Rohrwärmeproblematik taucht

dann auf, wenn die Rohre nicht oder nur unzureichend wärmegeämmt sind.<sup>35</sup>

Andererseits verliert das Problem der nicht erfassten Rohrwärme an Schärfe, wenn statt elektronischer Heizkostenverteiler solche nach dem Verdunstungsprinzip verwendet werden.<sup>36</sup> Verdunster reagieren nämlich nicht nur auf die Temperatur des Heizkörpers, sondern auch auf die Raumwärme, sie unterscheiden nicht danach, woher die Wärme kommt. Damit reagieren sie in gewissem Umfang auch auf die Wärme, die von den ungedämmten Rohren in den Raum abgegeben wird. Folglich „tritt bei der Erfassung mit Verdunstern ein gewisser Glättungseffekt bezüglich der Verbrauchswerte auf.“<sup>37</sup>

#### VII. Kein Kürzungsrecht des Mieters

Wird im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV nach allgemein anerkannten Regeln der Technik verfahren, so steht dem Mieter kein Kürzungsrecht nach § 12 HeizkostenV zu.<sup>38</sup> Denn das nach § 7 Abs. 1 Satz 3 HeizkostenV i.V.m. der VDI 2077 ermittelte Ergebnis wird nach § 7 Abs. 1 Satz 4 HeizkostenV als erfasster Wärmeverbrauch berücksichtigt. Eine demgemäß erstellte Abrechnung erfolgt also nicht – wie § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV voraussetzt – „entgegen den Vorschriften“ der HeizkostenV, sondern in Übereinstimmung mit der HeizkostenV.

#### Beraterhinweis

Um Konflikte zu vermeiden, sollte in Rohrwärmefällen vor (!) Erstellen der Heizkostenabrechnung die Notwendigkeit einer Korrektur nach VDI 2077 mit dem Messdienst abgeklärt werden. Wird nämlich erst im Nachhinein eine Korrektur vorgenommen, führt dies

25 BR-Drucks. 570/08, 14: „Lagenachteile und -vorteile (sind) ausschließlich bei der Grundmiete zu berücksichtigen.“

26 Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl., Rz. K 175 ff.; Pfeifer in Kreuzberg/Wien, s. Fn. 1, S. 62; ebenso LG Leipzig v. 7.10.2013 – 2 S 66/13, WuM 2014, 30 mit zustimmender Besprechung Wall in Juris-Praxisreport Mietrecht, 6/2014, Anm. 3; gleichfalls LG Landau/Pfalz v. 4.10.2013 – 3 S 188/12, ZWE 2014, 97. A.A. AG Erfurt v. 14.5.2012 – 13 C 2683/10, WuM 2012, 380.

27 Vgl. das Referat von Prof. M. Schmidt (Universität Stuttgart, Institut für Gebäudeenergetik) „VDI 2077 vs. Heizkostenverordnung“, gehalten anlässlich der Fachveranstaltung „Workshop Heizkostenabrechnung“ in Stuttgart-Vaihingen am 25./26.5.2011.

28 VDI 2077, Nr. 4.4, Tabelle 2, S. 11.

29 Ausdrücklich LG Dresden v. 15.8.2013 – 4 S 610/12 – 4 S 0610/12, WuM 2013, 671.

30 BR-Drucks. 570/1/08, S. 4 und BR-Drucks. 570/08, Anlage, S. 2.

31 Siehe oben Fn. 11.

32 AG Berlin-Lichtenberg v. 14.9.2011 – 119 C 14/11, GE 2011, 1631 = ZMR 2012, 145.

33 AG Emmendingen, s. Fn. 4.

34 Vgl. LG Karlsruhe, s. Fn. 14, dort unter Nr. II. 3.b) der Gründe mit offenen Zweifeln an der Objektivität des Sachverständigen.

35 AG Neuss v. 14.6.2012 – 84 C 5219/11, MietRB 2012, 332 = ZMR 2013, 235.

36 Dazu: Klassen, MietRB 2014, 211.

37 Hampel/Faulhaber, s. Fn. 1, S. 390 ff.

38 AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg v. 21.1.2011 – 12 C 132/10, GE 2011, 415; LG Berlin v. 25.2.2013 – 67 S 365/12, GE 2013, 550.

dazu, das ein Teil der Nutzer, ob Wohnungseigentümer oder Mieter, weniger Heizkosten zahlen muss; die übrigen werden nachbelastet. Neben der Auswirkung auf den „Betriebsfrieden“ im Haus besteht bei einer Nach-

belastung für einen Vermieter das Risiko, seine Forderungen wegen der Sperrfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht (mehr) durchsetzen zu können.

## Begründung von Wohnungseigentum

### Bauträgervollmachten bei der Vorratsaufteilung

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

*Vollmachten zugunsten des Bauträgers zur Änderung der Teilungserklärung werden in der Praxis des Grundstücksverkehrs standardmäßig verwandt, insbesondere für die Begründung und Änderung von Sondernutzungsrechten. Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Wirksamkeit derartiger Vollmachten werden nachfolgend überblicksmäßig dargestellt.*

#### I. Praxis und Risiken

Kaufverträge vom Bauträger enthalten regelmäßig Vollmachten zugunsten des Bauträgers, die von ihm im Wege der Vorratsaufteilung errichtete Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung wieder zu ändern, um auf die Anforderungen des Marktes, d.h. die individuellen Wünsche von Erwerbern reagieren zu können. Betroffen sind insbesondere die **Zusammenlegung** von Wohnungs- und Teileigentumseinheiten und deren Unterteilung sowie die **Umwandlung** von Wohnungs- und Teileigentum und umgekehrt. Weitreichende Bedeutung hat auch die Vollmacht, **Sondernutzungsrechte** neu zu begründen, bestehende abzuändern und aufzuheben sowie auf Erwerber von Einheiten zu übertragen. Da Sondernutzungsrechte das gemeinschaftliche Eigentum betreffen, das grundsätzlich sämtlichen Eigentümern zum Gebrauch zur Verfügung steht (§ 13 Abs. 2 WEG), wird jedoch der Kaufgegenstand, auch wenn die betroffene Wohnungs- oder Teileigentumseinheit sowie mit ihr verbundene Sondernutzungsrechte nicht unmittelbar berührt werden, teilweise verändert. Beispiel ist die Begründung von Sondernutzungsrechten an Gartenflächen, Hobbyräumen, Stellplätzen, Garagen und Speicherräumen. Aber auch Sondernutzungsrechte an Dachflächen für Photovoltaikanlagen und Sondernutzungsrechte an einzelnen Räumen sowie sogar an ganzen Wohnungen<sup>1</sup> sind denkbar. Die Landesnotarkammer Bayern warnt in ihrem Bauträgermerkblatt vor weitreichenden Vollmachten des Käufers für den Unternehmer, da diese Risiken und Missbrauchsgefahren mit sich bringen.<sup>2</sup>

#### II. Die Begründung von Sondernutzungsrechten

##### 1. Sondernutzungsrechte und ihre Entstehung

Unter einem Sondernutzungsrecht wird die Befugnis eines oder einzelner Wohnungs- oder Teileigentümer verstanden, Teile des Gemeinschaftseigentums unter Ausschluss der übrigen Eigentümer zu nutzen.<sup>3</sup> Sondernutzungsrechte bedeuten deshalb eine Beschränkung des gemeinschaftlichen Gebrauchs sämtlicher Wohnungs- und Teileigentümer außer des Begünstigten hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums. Sie werden als wirtschaftliches Eigentum angesehen.<sup>4</sup> Allerdings handelt es sich auch bei Eintragung im Grundbuch, zu der die Bezugnahme auf die bei den Grundakten befindliche Bewilligung genügt,<sup>5</sup> nicht um dingliche Rechte, sondern um Nutzungsrechte. Sie geben dem begünstigten Eigentümer einen Anspruch auf Gewährung der ausschließlichen Gebrauchs- und Nutzungsbefugnis; diese wirkt gem. § 10 Abs. 3 WEG gegen einen Sondernachfolger, so dass sie gleichsam „verdinglicht“ ist.

Sondernutzungsrechte können sowohl Grundstücksflächen als auch Gebäudeteile und sonstige Gegenstände des Gemeinschaftseigentums betreffen. Die **Begründung** kann anfänglich im Zusammenhang mit der Aufteilung, aber auch später erfolgen. Die anfängliche Begründung erfolgt im Zusammenhang mit der Vorratsaufteilung durch den auf-

1 Zu einem Sondernutzungsrecht an einem Penthouse s. OLG Düsseldorf v. 2.5.2001 – 3 Wx 101/01, 123/01, ZWE 2001, 443. Vgl. zum früheren Kellermodell BayObLG v. 7.11.1991 – BReg.2 Z 137/91, DNotZ 1992, 718 = MittBayNot 1992, 52 = NJW 1992, 700.

2 Bayer. Notarverein e.V. (Hrsg.), Die Immobilie vom Bauträger. Bauträgermerkblatt, Stand: August 2014, S. 34 zum verdeckten Bauherrenmodell.

3 Vgl. nur BGH v. 2.12.2011 – V ZR 74/11, MietRB 2012, 73 = MDR 2012, 207 = MittBayNot 2012, 380.

4 H<sup>ü</sup>gel in H<sup>ü</sup>gel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 6 Rz. 40.

5 OLG Frankfurt v. 16.4.2007 – 20 W 290/05, MietRB 2007, 267 = NotBZ 2007, 330; KG v. 4.12.2006 – 24 W 201/05, MietRB 2007, 148 = RNotZ 2007, 151; OLG München v. 13.6.2013 – 34 Wx 158/13, MietRB 2013, 271.

teilenden Bauträger (§ 8 WEG).<sup>6</sup> Die spätere Begründung bedarf grundsätzlich der Einigung sämtlicher Wohnungs- und Teileigentümer.<sup>7</sup> Die Einräumung durch Mehrheitsbeschluss ohne entsprechende Öffnungsklausel ist unzulässig.<sup>8</sup> Zusätzlich zur Vereinbarung bedarf die Begründung der Zustimmung der Grundpfandrechts- und Reallastgläubiger (§ 5 Abs. 4 WEG), wenn nicht sämtliche Wohnungs- und Teileigentümer ein Sondernutzungsrecht erhalten, das freilich unterschiedlich ausgestaltet sein kann.<sup>9</sup>

Im Zusammenhang mit Bauträgerobjekten erfolgt die Begründung von Sondernutzungsrechten regelmäßig „zweigleisig“.<sup>10</sup> Bereits in der Vorratsaufteilung werden bestimmte Sondernutzungsrechte vorgesehen, die später einzelnen Erwerbern zugewiesen werden. Zusätzlich wird im Bauträgervertrag der Veräußerer vom Erwerber bevollmächtigt, weitere Sondernutzungsrechte, sofern diese von Erwerbfern gewünscht werden, zu begründen und mit einzelnen Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten zu verbinden.

## 2. Die Begründungsalternativen im Einzelnen

Der gleichsam „klassische“ Weg der Begründung von Sondernutzungsrechten durch den Bauträger ist deren Bestellung im Rahmen der Vorratsaufteilung. Sind sämtliche Sondernutzungsrechte bekannt, können diese mit einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit, insbesondere auch einem Tiefgaragenstellplatz, verbunden werden. Bei dieser Sondereigentumseinheit werden sämtliche Sondernutzungsrechte gleichsam „geparkt“. In den einzelnen Bauträgerverträgen werden von dieser Einheit Sondernutzungsrechte abgetrennt und einer anderen zugewiesen. Die Weiterveräußerung dieses Sondereigentums führt grundsätzlich, ohne dass die Abtretung im Kaufvertrag ausdrücklich verlautbart werden müsste, zum Übergang des mit ihm verbundenen Sondernutzungsrechtes.<sup>11</sup>

### Musterformulierung

Das mit dem Tiefgaragenstellplatz Nr. ... verbundene Sondernutzungsrecht am Hobbyraum Nr. ... wird nunmehr von diesem Teileigentum abgetrennt und mit dem Wohnungseigentum Nr. ... verbunden. Die Eintragung im Grundbuch wird bewilligt und beantragt.

Voraussetzung dieser Lösung ist in erster Linie nicht, dass es eine Einheit gibt, die der Bauträger tatsächlich bis zum letzten Verkauf behält. Will nämlich ein Erwerber gerade die Wohnungs- oder Teileigentumseinheit erwerben, mit der sämtliche „geparkten“ Sondernutzungsrechte verbunden sind, müssen diese lediglich mit einer anderen Einheit verbunden werden. Es darf bei der Veräußerung dieser Einheit nicht übersehen werden, dass mit ihr sämtliche geparkten Sondernutzungsrechte verbunden sind. Voraussetzung für die Gestaltungsalternative der „geparkten“ Sondernutzungsrechte ist, dass bereits bei Aufteilung sämtliche Sondernutzungsrechte bekannt sind und lediglich nicht feststeht, mit welcher Wohnungs- oder Teileigentumseinheit das einzelne Sondernutzungsrecht verbunden werden soll, also welcher Käufer das entsprechen-

de Sondernutzungsrecht zusammen mit einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit erwerben möchte.

Bei der Vorratsaufteilung kann der Bauträger im Rahmen der Aufteilung auch bestimmte oder alle Wohnungs- und Teileigentümer vom Mitgebrauch bestimmter Flächen und Gebäudeteile ausschließen. In diesem Falle erfolgt die Begründung der Sondernutzungsrechte entsprechend den beiden Komponenten, nämlich der negativen und der positiven, nicht gleichzeitig, sondern **sukzessiv**.<sup>12</sup> Dabei wird gleichzeitig dem Bauträger das Recht eingeräumt, ausschließlich oder gemeinschaftliche Sondernutzungsrechte einzelnen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zuzuordnen.<sup>13</sup> Bei diesem „persönlichen Sondernutzungsrecht“<sup>14</sup> stellt die spätere Zuweisungserklärung eine Übertragung der Alleinnutzungsbefugnis bzw. gemeinschaftlichen Nutzungsbefugnis auf den oder die betreffenden Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten dar. Aufgrund der Begründung der „**negativen Sondernutzungsrechte**“ müssen die übrigen Miteigentümer bei der späteren Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einer bestimmten Wohnungs- und Teileigentumseinheit nicht mehr mitwirken, da sie insofern bereits vom Mitgebrauch ausgeschlossen und deshalb in ihren Rechten nicht mehr betroffen sind.<sup>15</sup> Gleichzeitig ist der Bauträger ermächtigt, an diesen Flächen bzw. Gebäudeteilen Sondernutzungsrechte zugunsten einzelner Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zu begründen, indem ein konkretes Sondernutzungsrecht einer oder mehreren Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zur alleinigen bzw. zur gemeinschaftlichen Nutzung zugewiesen wird (positive Komponente). Der Zuweisungsvorbehalt muss dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.<sup>16</sup>

- 6 OLG Düsseldorf v. 2.5.2001 – 3 Wx 101, 123/01, MittBayNot 2001, 396 = ZWE 2002, 146.
- 7 BGH v. 20.9.2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158 (163) = MDR 2000, 1367; OLG München v. 18.4.2013 – 34 Wx 363/12, MietRB 2013, 242 = NotBZ 2013, 318; OLG Zweibrücken v. 1.7.2013 – 3 W 22/13, RNotZ 2014, 42; OLG München v. 27.5.2014 – 34 Wx 149/14, RNotZ 2014, 485.
- 8 LG Karlsruhe v. 27.9.2011 – 11 S 41/10, ZWE 2012, 102.
- 9 H.M., s. nur OLG München v. 19.5.2009 – 34 Wx 36/09, Rpfleger 2009, 562 = RNotZ 2009, 541; a.A. OLG Düsseldorf v. 17.12.2009 – 3 Wx 225/09, RNotZ 2010, 198 = ZWE 2010, 93.
- 10 Ähnl. Kreuzer, MittBayNot 2014, 49.
- 11 Vgl. OLG Hamm v. 28.5.1998 – 15 W 4/98, FGPrax 1998, 175 u. OLG München v. 27.5.2014 – 34 Wx 149/14, RNotZ 2014, 484 (487).
- 12 Vgl. OLG Hamm v. 21.10.2008 – 15 Wx 140/08, MietRB 2010, 138 = DNotZ 2009, 338; vgl. auch Jennißen/Grziwotz, WEG, 4. Aufl. 2015, § 5 Rz. 54.
- 13 OLG München v. 27.4.2011 – 34 Wx 149/10, MietRB 2011, 321; OLG Hamm v. 12.6.2012 – 15 Wx 99/11, MietRB 2012, 299 = RNotZ 2012, 500.
- 14 So der Begriff von Häublein, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, 2003, S. 278 f. u. Häublein, MittBayNot 2012, 382 f.
- 15 S. nur BayOblG v. 8.11.1985 – BReg. 2 Z 119/-122/84, NJW-RR 1986, 93; OLG Zweibrücken v. 1.7.2013 – 3 W 22/13, NotBZ 2013, 485.
- 16 BGH v. 2.12.2011 – V ZR 74/11, MietRB 2012, 73 = MDR 2012, 207 = MittBayNot 2012, 380; v. 20.1.2012 – 5 ZR 125/11, MietRB 2012, 173 = MDR 2012, 702.



### Musterformulierung

Vom Mitgebrauch der im Sondernutzungsrechtsplan mit der Bezeichnung Kfz-Stellplatz Nr. 3 bezeichneten Fläche sind sämtliche Wohnungs- und Teileigentümer gem. Abschnitt ... der Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) ausgeschlossen mit Ausnahme von ... (Bauträger). Dieser weist nunmehr das Sondernutzungsrecht an diesem Kfz-Stellplatz mit dem Recht zum Abstellen eines Kraftfahrzeuges entsprechend der Regelung in ... der Gemeinschaftsordnung dem jeweiligen Eigentümer der Wohnungseigentumseinheit Nr. ... zu. Dies wird zur Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt.

Die Begründung von Sondernutzungsrechten kann auch unter einer **aufschiebenden Bedingung** erfolgen.<sup>17</sup> Bis zum Eintritt der Bedingung besteht bei dieser Gestaltung die gemeinschaftliche Gebrauchsregelung. Die Bedingung kann auch die Zuweisungserklärung in einem Erwerbsvertrag sein.

Sind Sondernutzungsrechte nicht bereits in der Teilungserklärung zugewiesen, „negativ“ angelegt oder aufschiebend bedingt vorgesehen, wurde also auf eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung verzichtet, kann der **Bauträger** im jeweiligen Erwerbsvertrag **bevollmächtigt** werden, Sondernutzungsrechte zu **begründen**. Einer derartigen Vollmacht bedarf es nicht, solange noch keine Wohnungseigentümergeinschaft besteht. Dies ist erst dann der Fall, wenn zumindest ein Käufer als Eigentümer einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit im Grundbuch eingetragen ist. Eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft, auf die die Regelungen des Wohnungseigentumsrechtes zumindest entsprechend anwendbar sind, entsteht, wenn zugunsten eines Erwerbers eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen und auf diesen zusätzlich bereits der Besitz an der Wohnungs- oder Teileigentumseinheit übertragen worden ist.<sup>18</sup> Da der Bauträger den Besitz regelmäßig erst übergibt, wenn 96,5 % der Abschlagszahlung entrichtet wurden und die Abnahme der gekauften Einheit nach Bezugsfertigkeit erfolgt ist, können frühestens dann die Vorschriften des Wohnungseigentumsrechtes anwendbar sein. Existiert noch keine (werdende) Wohnungseigentümergeinschaft bedarf es keiner Vereinbarung, zu welcher der Bauträger bevollmächtigt werden müsste.<sup>19</sup> Die Vollmacht zugunsten des Bauträgers, im Namen sämtlicher Wohnungs- und Teileigentümer bzw. sämtlicher werdenden Wohnungs- und Teileigentümer die zu einer Vereinbarung notwendige Einigung hinsichtlich der Entstehung von Sondernutzungsrechten zu erklären, wird erst praktisch, wenn zumindest eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist. Es handelt sich bei dieser Gestaltung somit in den meisten Fällen um keine „echte“ Bevollmächtigung, sondern eine Ermächtigung des Bauträgers, den bereits im Erwerbsvertrag festgelegten Vertragsgegenstand, der auch die Nutzungsbefugnis am Gemeinschaftseigentum umfasst, im Rahmen der ihm hierzu eingeräumten Befugnis einseitig zu verändern, also das gemeinschaftliche Nutzungsrecht der Wohnungs- und Teileigentümer hinsichtlich einzelner Grundstücksflächen oder Gebäudeteile zu beschränken. In diesem Fall ist die Zustimmung von an

einzelnen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten eingetragenen Grundpfandrechts- und Reallastgläubigern erforderlich, wenn diese nachteilig betroffen sind.<sup>20</sup> Die Zustimmung von Berechtigten in Abteilung II des Grundbuchs ist grundsätzlich ebenfalls erforderlich, wenn deren Rechte beeinträchtigt werden. Dies ist allerdings praktisch kaum der Fall. Insbesondere Dienstbarkeiten werden durch Vereinbarungen der Wohnungseigentümer grundsätzlich nicht berührt.<sup>21</sup>

## III. Bauträgerermächtigung – Einzelprobleme

### 1. Inhaltskontrolle

Die Ermächtigung des Bauträgers zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten unterliegt der richterlichen Inhaltskontrolle. Der BGH hat offen gelassen, ob eine entsprechende Ermächtigung in der Teilungserklärung einer unmittelbaren AGB-Kontrolle, einer entsprechenden AGB-Kontrolle oder einer Kontrolle nach § 242 BGB unterliegt. Der Gedanke des § 308 Nr. 4 BGB, wonach ein Änderungsvorbehalt, der einem Vertragspartner einseitig gestattet, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, nur wirksam ist, wenn die Änderung unter Berücksichtigung der Interessen des Bauträgers für den Erwerber zumutbar ist, ist auch bei einer richterlichen Kontrolle nach § 242 BGB zu beachten. Für die Änderung muss ferner ein triftiger Grund vorliegen.<sup>22</sup> Zusätzlich müssen die Voraussetzungen und der Umfang der Änderung feststehen und transparent sein. Insoweit dürfte nichts anderes gelten als beim Vorbehalt des Bauträgers, eine von der Baubeschreibung abweichende gleichwertige Bauausführung zu wählen und anderes gleichwertiges Material einzusetzen.<sup>23</sup> Es kann keinen Unterschied machen, ob der Bauträger hinsichtlich des verwendeten Materials oder hinsichtlich der Nutzung einseitig nach Belieben abweicht. Anders ist dies nur dann, wenn von vornherein für die Erwerber konkret und transparent feststeht, von der Nutzung welcher Flächen oder Gebäudeteile sie ausgeschlossen sind. Auch in diesem Bereich gilt, dass die Ausübung der Ermächtigung zur Bestellung von Sonder-

17 OLG Zweibrücken v. 1.2.2008 – 3 W 3/08, MietRB 2008, 240 = DNotZ 2008, 531; OLG Stuttgart v. 11.5.2012 – 8 W 144/11, MittBayNot 2013, 306; OLG Düsseldorf v. 2.5.2001 – 3 Wx 101/01, ZWE 2001, 443.

18 BGH v. 5.6.2008 – 5 ZB 85/07, BGHZ 177, 53 = MDR 2008, 1088 = MittBayNot 2009, 132 = ZfR 2008, 866 u. *Wagner*, ZfBR 2014, 328.

19 Zutr. *Wagner*, ZfBR 2014, 328 ff., der dies hinsichtlich der Abnahme thematisiert.

20 Vgl. nur OLG München v. 13.6.2006 – 32 Wx 079/06, RNotZ 2006, 426 = DNotZ 2007, 41.

21 Str., vgl. BayObLG v. 9.4.2002 – 2Z BR 30/02, NJW-RR 2002, 1526 u. *Jennißen/Grziwotz*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 5 Rz. 40.

22 BGH v. 11.10.2007 – III ZR 63/07, MDR 2008, 194 = NJW-RR 2008, 134.

23 BGH v. 23.6.2005 – VII ZR 200/04, MDR 2005, 1284 = NJW 2005, 3420; vgl. auch BGH v. 21.9.2005 – VIII ZR 284/04, ZIP 2005, 2262 = NJW 2005, 3567.

nutzungsrechten im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein kann.<sup>24</sup>

## 2. Sondernutzungsrecht und Sondereigentum

Ein Sondernutzungsrecht kann auch zur Errichtung von Gebäuden berechtigen. Beispiele sind die Errichtung von Garagen, aber auch von Wintergärten und Anbauten. Allerdings gehen diese dann nicht in das Eigentum des Sondernutzungsberechtigten über, sondern bleiben Gemeinschaftseigentum, an denen nur das Nutzungsrecht der übrigen Eigentümer ausgeschlossen ist. Die Umwandlung eines Sondernutzungsrechts in Wohnungs- oder Teileigentum setzt die Mitwirkung sämtlicher Eigentümer sowie der an einzelnen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger voraus. Die Begründung des negativen Sondernutzungsrechts führt nicht dazu, dass die Zustimmung der übrigen Eigentümer hierzu nicht erforderlich wäre.<sup>25</sup>

## 3. Bestimmtheit und bisher nicht vorgesehene Sondernutzungsrechte

Die Befugnis, nachträglich Sondernutzungsrechte an bestimmten Flächen und Räumen zugunsten einzelner Sondereigentumseinheiten zuzuordnen, muss hinreichend bestimmt sein. Dies betrifft sowohl die betroffenen Flächen bzw. Räume als auch den Umfang der Änderungen. Zweifel dürfen insoweit nicht bestehen.<sup>26</sup>

### Beraterhinweis

Ermächtigt eine Vollmacht zur Änderung von Sondernutzungsrechten, ist diese dahingehend auszulegen, dass auch die zusätzliche Begründung eines Sondernutzungsrechtes umfasst ist, weil die Änderung als Oberbegriff auch die Einräumung eines bisher nicht vorgesehenen Sondernutzungsrechtes beinhaltet.<sup>27</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Änderung auch Ergänzungen zulässt.<sup>28</sup>

## 4. Sondernutzungsrechte am zwingenden Gemeinschaftseigentum

Gemäß § 5 Abs. 2 WEG können Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums sein. Beispiele sind das Treppenhaus, nach h.M. die Heizung und der Raum, in dem sich die Heizung befindet, ferner die Zugänge zu diesen zwingenden gemeinschaftlichen Gebäudeteilen. Derartige Einrichtungen können auch nicht durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer zum Sondereigentum erklärt werden.<sup>29</sup> Umstritten ist, ob an derartigen Einrichtungen, die nicht Gegenstand des Sondereigentums sein können, Sondernutzungsrechte begründet werden können. Dies ist zu bejahen und betrifft insbesondere Räume, die zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Einrichtungen enthalten.<sup>30</sup> Das Sondernutzungsrecht ist nämlich, auch wenn kein diesbezüglicher Vorbehalt in der Formulierung gemacht wird, zwingend dahingehend eingeschränkt, dass die Nutzung den Mitgebrauch hinsichtlich sämtlicher Wohnungs- und Teileigentümer der im Gemeinschafts-

eigentum stehenden Einrichtungen nicht beeinträchtigen darf.<sup>31</sup> Dies kann auch im Zusammenhang mit der Begründung derartiger Sondernutzungsrechte klargestellt werden.

### Musterformulierung

Die Sondernutzungsrechte an ... werden insoweit eingeschränkt, als sich zum gemeinschaftlichen Gebrauch dienende Ver- und Entsorgungsleitungen in den zur Sondernutzung zugewiesenen Flächen/Räumen befinden. Insoweit ist der jeweilige sondernutzungsberechtigte Eigentümer verpflichtet, alle Maßnahmen für deren Gebrauch, Instandhaltung, Instandsetzung und Erneuerung zu dulden. Gleiches gilt, wenn Sondernutzungsflächen/Räume zum Zweck der Instandhaltung oder Instandsetzung bzw. der Nachschau betreten werden müssen.

## 5. Beschränkungen im Innenverhältnis

Um den Vollzug im Grundbuch zu erleichtern, werden Vollmachten zur Begründung von Sondernutzungsrechten dem Bauträger im Außenverhältnis meist weitgehend unbeschränkt erteilt. Die erforderlichen Bindungen des Bauträgers erfolgen im Innenverhältnis, das vom Grundbuchamt grundsätzlich nicht zu überprüfen ist. Es handelt sich insoweit um ein fiduziarisches Rechtsverhältnis, bei dem der Urkundsnotar die Einhaltung der Beschränkungen der Vollmacht im Innenverhältnis zu überwachen hat. Eine Ausnahme hiervon macht die Rechtsprechung dann, wenn in derselben Urkunde, in der die Vollmacht erteilt wird, die Einschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis erfolgt, was regelmäßig der Fall ist, und für das Grundbuchamt die Überschreitung der nach außen hin unbeschränkt eingeräumten Vollmacht evident ist.<sup>32</sup> Dies ist bereits dann der Fall, wenn die Vollmacht pauschal dahingehend eingeschränkt ist, dass Rechte der Erwerber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht geschmälert werden dürfen, und Räume, an denen Sondernutzungsrechte zugunsten einzelner Eigentümer eingeräumt werden sollen, als Gemeinschaftsräume („Waschen, Trocknen“,

24 BGH v. 21.12.2012 – V ZR 221/11, MDR 2013, 458 ff. = ZfR 2013, 292.

25 S. nur Jennißen/*Zimmer*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 3 Rz. 19.

26 Vgl. nur OLG München v. 27.4.2011 – 34 Wx 149/10, MietRB 2011, 321 f. = ZWE 2011, 1264.

27 BayObLG v. 25.8.1994 – 2 Z BR 80/94, BayObLGZ 1994, 244 = MDR 1995, 251; OLG München v. 31.7.2007 – 34 Wx 59/07, MietRB 2007, 317 f. = NJOZ 2007, 4895 = Rpfleger 2007, 653; vgl. auch *Basty*, NotBZ 1999, 233.

28 OLG München v. 31.7.2007 – 34 Wx 59/07, MietRB 2007, 317 f. = NJOZ 2007, 4895 = Rpfleger 2007, 653.

29 BGH v. 26.10.2012 – V ZR 57/12, MietRB 2013, 147 = MDR 2013, 456 = NJW 2013, 1154.

30 OLG München v. 27.4.2011 – 34 Wx 149/10, MietRB 2011, 321 f. = ZWE 2011, 1264; vgl. auch BGH v. 5.7.1991 – V ZR 222/90, MDR 1992, 50 = NJW 1991, 2909.

31 Vgl. OLG Düsseldorf v. 22.3.2013 – 3 Wx 8/13, MietRB 2013, 177 f. = MDR 2013, 771 = IMR 2013, 1105.

32 OLG München v. 13.6.2006 – 32 Wx 079/06, RNotZ 2006, 426 = DNotZ 2007, 41.

„Fahrräder“) bezeichnet sind. Insofern dürfte trotz der Klarstellung, dass das Grundbuchamt die im Innenverhältnis bestehende Beschränkung der Vollmacht nicht zu überprüfen hat, aufgrund der beim Bauträgervertrag AGB-rechtlich gebotenen Einschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis, die auch im Vertrag selbst enthalten sein muss, eine Evidenzkontrolle des Grundbuchamtes kaum zu vermeiden sein. Insofern ist eine Konkretisierung der Befugnis zur Begründung von Sondernutzungsrechten empfehlenswert, wenn zunächst vorgesehene Gemeinschaftsräume, wie z.B. die Waschküche, der Fahrradraum, der Trockenraum etc., zwar erhalten bleiben müssen, aber in ihrer Lage verändert werden können.

#### Musterformulierung

Der ... (Bauträger) ist ermächtigt, Sondernutzungsrechte an Kellerräumen zugunsten einzelner Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zu begründen. Dies betrifft auch die im Aufteilungsplan mit „Waschraum“, „Trockenraum“ und „Fahrräder“ bezeichneten Räume, die zwar hinsichtlich ihrer Funktion, nicht jedoch hinsichtlich ihrer Lage erhalten bleiben müssen.

Dem ... (Bauträger) wird vom Erwerber zur Begründung von Sondernutzungsrechten an Kellerräumen eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vollmacht erteilt. Die Vollmacht ist, was vom Grundbuchamt nicht zu überprüfen ist, im Innenverhältnis dahingehend eingeschränkt, dass bei der Bestellung von Sondernutzungsrechten an den mit „Waschraum“, „Trockenraum“ und „Fahrräder“ bezeichneten Räumen nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn jeweils an einem anderen Kellerraum, der nicht die identisch genaue Größe aufweisen muss, die gemeinschaftliche Nutzung zu dem Zweck vorgesehen wird, der in dem Raum enthalten war, an dem das Sondernutzungsrecht neu begründet wird.

#### 6. Zeitliche Begrenzung der Zuweisungsbefugnis

Einer zeitlichen Begrenzung der Ermächtigung des Bauträgers, Sondernutzungsrechte zuzuweisen, bedarf es nicht. Die Zuweisungsbefugnis endet nach h.M. mit der Veräußerung der letzten Wohnungs- und Teileigentumseinheit durch den aufteilenden Eigentümer.<sup>33</sup> Die diesbezügliche Zuweisungsbefugnis, nicht jedoch eine entsprechende Vollmacht, kann allerdings aufgrund der Formulierung in der Teilungserklärung bereits früher enden. Endet beispielsweise nach der Formulierung in der Teilungserklärung die Zuweisungsbefugnis mit dem „Verkauf“ der letzten Wohnungs- und Teileigentumseinheit, kann darunter bereits das schuldrechtliche Geschäft und nicht erst der Eigentumsübergang gemeint sein.<sup>34</sup> Im Zweifelsfall ist vom geringeren Umfang der Zuweisungsbefugnis auszugehen.<sup>35</sup>

Ob dem Bauträger eine darüber hinausgehende Zuweisungsbefugnis, also zeitlich noch dann, wenn er nicht mehr Wohnungs- oder Teileigentümer ist, weiterhin zustehen kann, ist fraglich.<sup>36</sup> Jedenfalls können ihm die Wohnungseigentümer nach diesem Zeitpunkt das Zuwendungsrecht entziehen, da sie allein über den Inhalt der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung entschei-

den können. Ob sie sich schadensersatzpflichtig machen,<sup>37</sup> ist fraglich, da es regelmäßig keinen Grund für eine Zuweisungsbefugnis nach Veräußerung der letzten Wohnungs- und Teileigentumseinheit mehr geben wird.

#### Musterformulierung

1. Vom Nutzen und Gebrauch der im Aufteilungsplan als oberirdische Abstellplätze S 1 mit S 24 bezeichneten Flächen sind alle Wohnungs- und Teileigentümer ausgeschlossen mit Ausnahme ... (Bauträger), solange er auch nur Eigentümer einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit ist.

2. ... (Bauträger) ist berechtigt, an diesen oberirdischen Kfz-Abstellplätzen, an denen das Mitbenützungsrecht aller übrigen Wohnungs- und Teileigentümer gemäß vorstehendem Absatz ausgeschlossen ist, positive Sondernutzungsrechte zugunsten einzelner Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zu begründen bzw. auf diese zu übertragen. Mit Zugang eines Kaufvertrages beim Grundbuchamt, in welchem ... (Bauträger) hierfür Sondernutzungsrechte einem Erwerber zugeordnet hat, soll der jeweilige Eigentümer dieser Erwerbseinheit dann sondernutzungsrechtlich berechtigt sein.

33 OLG München v. 27.4.2011 – 34 Wx 149/10, MietRB 2011, 321 f. = ZWE 2011, 1264; OLG München v. 10.4.2013 – 34 Wx 31/13, MietRB 2013, 243 f. = ZWE 2013, 319 = NZM 2014, 477 u. OLG Zweibrücken v. 1.7.2013 – 3 W 22/13, RNotZ 2014, 42 = ZWE 2013, 410.

34 So OLG München v. 10.4.2013 – 34 Wx 31/13, MietRB 2013, 243 f. = ZWE 2013, 319 = NZM 2014, 477.

35 Vgl. auch OLG Düsseldorf v. 17.9.2012 – 3 Wx 172/12, DNotZ 2013, 30.

36 Bejahend Kreuzer, MittBayNot 2014, 49 f.

37 So Kreuzer, MittBayNot 2014, 49 f.

Mit rund 8.700 eigenen Wohnungen in Baden-Württemberg gehören wir zu den namhaften Wohnungsbaugenossenschaften in Deutschland. Ihr zukünftiger Arbeitsplatz liegt verkehrsgünstig in **Stuttgart-Degerloch**.

Für unsere Rechtsabteilung suchen wir eine/n

## Volljuristin/Volljuristen

mit Arbeitsschwerpunkten im Immobilienrecht, Genossenschaftsrecht, Baurecht und Gesellschaftsrecht.

Die wesentlichen Aufgaben dieser Position liegen in der außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung unserer Interessen rund um das Wohnraummietverhältnis sowie der juristischen Beratung unserer Fachabteilungen. Dabei haben Sie stets aktuelle Entscheidungen und Gesetzgebungen im Blick, um daraus Handlungsempfehlungen für unsere Genossenschaft abzuleiten. Zudem bringen Sie Ihren Sachverstand bei der Überarbeitung, Überprüfung und Neuentwicklung von Verträgen ein.

Sie werden hierbei durch unsere zentralen kaufmännischen und technischen Abteilungen unterstützt. Für diese anspruchsvolle Tätigkeit ist Berufserfahrung in den genannten Rechtsgebieten von Vorteil. Gerne bieten wir auch eine Chance für motivierte WiedereinsteigerInnen. Zur Unterstützung Ihres Aufgabengebietes stehen Ihnen aktuelle Office-Programme und Branchen-Software (GES) zur Verfügung.

Fühlen Sie sich herausgefordert und interessiert Sie die Tätigkeit? Dann senden Sie uns bitte Ihre aussagefähigen Bewerbungsunterlagen unter Angabe Ihrer Gehaltsvorstellungen an den Vorstand.



**FLÜWO**  
Bauen Wohnen eG

Gohlstraße 1, 70597 Stuttgart  
karriere@fluewo.de  
www.fluewo.de



## Impressum

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

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

**Anzeigenverkauf:** sales friendly Verlagsgesellschaft, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Tel. 0228/9 78 98-0, Fax -20, E-Mail: media@sales-friendly.de, gültig ist die Preisliste 12 vom 1.1.2015.

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

**Druck:** msk marketingservice köln gmbh, www.mzsued.de

**Erscheinungsweise:** Jeweils zum 5. eines Monats.

**Bezugspreis:** Jahresabonnement 189,- € (Print-Anteil 166,- € \* / Online-Anteil 23,- € \*\*), Einzelheft 16,60 € \*. Alle Preise verstehen sich inkl. der gesetzlichen MwSt. \* 7 % oder \*\* 19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).

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

ISSN 1612-040X

**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.

# MietRBinformativ

## »» WEG: Gerichtliche Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen

Der BGH hat sich mit der bislang umstrittenen Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen einzelne Wohnungseigentümer vor Gericht verlangen können, dass Störungen des gemeinschaftlichen Eigentum unterbleiben. Er hat entschieden, dass eine individuelle Rechtsverfolgung nicht mehr möglich ist, wenn die Wohnungseigentümer mehrheitlich beschlossen haben, dass ihre Ansprüche gemeinschaftlich geltend gemacht werden sollen.

Wird die Substanz oder die Nutzung des Gemeinschaftseigentums beeinträchtigt, stehen darauf bezogene Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche im Grundsatz den einzelnen Wohnungseigentümern zu und können durch diese vor Gericht geltend gemacht werden. Gleichwohl sind solche Ansprüche gemeinschaftsbezogen. Die Wohnungseigentümer können deshalb beschließen, dass sie gemeinschaftlich geltend gemacht werden sollen. Hierdurch wird eine alleinige Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft begründet, die die einzelnen Wohnungseigentümer von der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs ausschließt. Ein entscheidender Gesichtspunkt ist insoweit, dass die Ausübungsbefugnis des Verbands dem Willen der Mehrheit entspricht. Unterlassungsansprüche können auf unterschiedliche Weise durchgesetzt werden, etwa indem – als milderer Mittel – nur die Einhaltung bestimmter Auflagen verlangt wird. Dem Verband obliegt es von der Beschlussfassung an, die mehrheitlich gewollte Lösung durchzusetzen. Dies schützt auch den Schuldner vor einer mehrfachen Inanspruchnahme mit möglicherweise unterschiedlicher Zielsetzung. Setzt die Wohnungseigentümergeinschaft den gefassten Beschluss nicht um, kann ein einzelner Wohnungseigentümer im Innenverhältnis verlangen, dass sie Klage einreicht. Eine eigene Klage kann er nur erheben, wenn die Störung sein Sondereigentum unmittelbar beeinträchtigt.

*BGH, Urt. v. 5.12.2014 – V ZR 5/14; PM Nr. 182/14*

## »» Schönheitsreparaturen: Zahlungsanspruch für Mieterreparaturen

Der BGH hat sich mit der Auslegung einer Klausel beschäftigt, die dem Mieter einen Zahlungsanspruch für selbst ausgeführte Schönheitsreparaturen gewährt.

§ 11 des Mietvertrags lautet:

1. Die Kosten der Schönheitsreparaturen innerhalb der Wohnung werden vom Vermieter getragen.

2. Umfang und Ausführung der Schönheitsreparaturen erfolgt im Rahmen der hierfür nach den Vorschriften der 2. Berechnungsverordnung § 28 (4)\* vorgesehenen Kostenansätze.

3. Sofern der Mieter Schönheitsreparaturen selbst ausführt oder durch entsprechende Fachfirmen ausführen lässt, werden ihm auf Antrag die anteiligen Beträge, wie sie sich nach der obigen Verordnung errechnen, ausbezahlt, sofern die Ausführung sach- und fachgerecht erfolgt ist.

In einer Zusatzvereinbarung ist bestimmt:

In Ergänzung von § 11 Ziff. 2 des mit Ihnen abgeschlossenen Mietvertrages wird hiermit vereinbart, dass der Mieter nach Durchführung von Schönheitsreparaturen, die durch normale Abnutzung notwendig wurden, Anspruch auf Auszahlung des hierfür in der Miete vorgesehenen Betrages gemäß den jeweils gültigen Berechnungsverordnungen hat.

Als Abrechnungsmodus wird eine Zeitspanne von 5 Jahren angesetzt.

Die Beklagte informierte die Kläger Anfang 2012 darüber, dass sie die Schönheitsreparaturen künftig selbst ausführen werde. Die Kläger lehnten dies ab und kündigten an, die Wohnung nach Ablauf von mindestens fünf Jahren seit den letzten Schönheitsreparaturen selbst zu renovieren. Im Mai 2012 teilten sie der Beklagten mit, die Wohnung sei jetzt renoviert, und verlangten die Zahlung von 2.440,78 €.

Der BGH hat entschieden, dass der auf § 11 Ziffer 3 des Formularmietvertrags in Verbindung mit der Zusatzvereinbarung gestützte Zahlungsanspruch eine Zustimmung der Beklagten zur Ausführung der Schönheitsreparaturen durch die Kläger nicht voraussetzt, sondern lediglich erfordert, dass die Kläger als Mieter fällige Schönheitsreparaturen sach- und fachgerecht vorgenommen haben. Dem Zahlungsanspruch steht daher nicht entgegen, dass die Beklagte die Schönheitsreparaturen selbst durchführen wollte und dies den Klägern auch mitgeteilt hatte.

*BGH, Urt. v. 3.12.2014 – VIII ZR 224/13; PM Nr. 179/2014*

## »» Betriebskosten: Formelle Ordnungsmäßigkeit bei Schätzung

Für die formelle Ordnungsgemäßheit einer Betriebskostenabrechnung ist es ohne Bedeutung, ob die dort für den jeweiligen Mieter angesetzten Kosten auf abgelesenen Messwerten oder einer Schätzung beruhen und ob eine

eventuell vom Vermieter vorgenommene Schätzung den Anforderungen des § 9a Heizkostenverordnung entspricht. Einer Erläuterung der angesetzten Kosten bedarf es nicht.

BGH, Urt. v. 12.11.2014 – VIII ZR 112/14

### »» Belastungsverbot: Mehrheitsbeschluss ist schwebend unwirksam

a) Die durch eine Öffnungsklausel legitimierte Mehrheitsmacht wird materiell-rechtlich u.a. durch unentziehbare, aber verzichtbare Mitgliedschaftsrechte begrenzt; ein in solche Rechte ohne Zustimmung der nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer eingreifender Beschluss ist schwebend unwirksam.

b) Zu den unentziehbaren, aber verzichtbaren Mitgliedschaftsrechten gehört das sog. Belastungsverbot, das jeden Wohnungseigentümer vor der Aufbürdung neuer (originärer) – sich weder aus dem Gesetz noch aus der bisherigen Gemeinschaftsordnung ergebender – Leistungspflichten schützt.

BGH, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13

### »» Rezension

*Spielbauer/Schneider, Mietrecht, Berliner Kommentar, 2013, Erich Schmidt Verlag, 2.057 Seiten, 158 €, ISBN 978 3 503 13868 5*

Herausgegeben von Thomas Spielbauer, Vizepräsident des LG München I, und Joachim Schneider, VorsRi LG Nürnberg-Fürth. Bearbeitet von Rudolf Kellendorfer, RiOLG Nürnberg, Dr. Christoph Kern, RiLG Augsburg, Lehrbeauftragter an der Universität Würzburg, Vladimir Klokočka, RiLG Kempten, Dr. Helmut Krenek, VorsRiLG München I, Joachim Schneider, VorsRiLG Nürnberg-Fürth, Christian Spielbauer, RA, München, Thomas Spielbauer, Vizepräsident des LG München I

Dieser fundierte Kommentar behandelt alle praxisrelevanten Problemstellungen ausführlich und bietet dem mit Mietsachen befassten Praktiker bestmögliche Unterstützung für rechtssichere Entscheidungen und Gestaltungsmöglichkeiten. Durch den übersichtlichen, klaren Aufbau und die Tiefgründigkeit der Erläuterungen lassen sich auch komplizierte Probleme schnell erschließen. Der Leser wird auf nahezu jede Detailfrage eine Antwort finden können.

### »» Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI)

#### Gesamtindex

Basisjahr 2010 = 100

	2014	2013	2012	2011	2010
Jan.	105,9	104,5	102,8	100,7	99,0
Febr.	106,4	105,1	103,5	101,3	99,4
März	106,7	105,6	104,1	101,9	99,9
April	106,5	105,1	103,9	101,9	100,0
Mai	106,4	105,5	103,9	101,9	99,9
Juni	106,7	105,6	103,7	102,0	99,9
Juli	107,0	106,1	104,1	102,2	100,1
Aug.	107,0	106,1	104,5	102,3	100,2
Sept.	107,0	106,1	104,6	102,5	100,1
Okt.	106,7	105,9	104,6	102,5	100,2
Nov.		106,1	104,7	102,7	100,3
Dez.		106,5	105,0	102,9	100,9

#### Jahresdurchschnitte

2013	2012	2011	2010	2009	2008
105,7	104,1	102,1	100,0	98,9	98,6
2007	2006	2005	2004	2003	2002
96,1	93,9	92,5	91,0	89,6	88,6

### Wohnungsmiete, Wasser, Strom, Gas und andere Brennstoffe

Basisjahr 2010 = 100

	2014	2013	2012	2011	2010
Jan.	108,0	107,1	104,6	101,8	99,1
Febr.	108,2	107,3	104,9	102,1	99,2
März	108,2	107,2	105,1	102,6	99,5
April	108,4	107,2	105,1	102,9	99,8
Mai	108,4	107,2	105,1	102,8	100,0
Juni	108,5	107,3	105,0	102,9	100,0
Juli	108,6	107,6	105,3	103,1	100,0
Aug.	108,6	107,6	105,7	103,2	100,1
Sept.	108,7	107,8	105,8	103,4	100,3
Okt.	108,5	107,8	106,1	103,8	100,4
Nov.		107,8	106,1	104,1	100,6
Dez.		107,8	105,9	104,1	100,9

Quelle: Statistisches Bundesamt

# Zahltag!



Diepold/Hintzen, **Musteranträge für Pfändung und Überweisung**. Von Dipl.-Rpf. Prof. Udo Hintzen. 10., neu bearbeitete Auflage 2015, 671 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD, 94,80 €. ISBN 978-3-504-47131-6

Was nützt der beste Vollstreckungstitel, wenn die Pfändung anschließend ins Leere läuft. Gerade bei der Forderungspfändung erlebt man das immer wieder. Um tatsächlich schnell und sicher an ihr Geld zu kommen, bedienen sich Gläubiger und deren Anwälte der Musteranträge aus diesem Buch. Über 200 Muster mit Formulierungsvorschlägen für die Pfändung und Verwertung von Forderungen und anderer Rechte: alphabetisch geordnet, ausführlich und verständlich erläutert nach einheitlichem Schema. Mit Hinweisen auf Besonderheiten, richtige Vorgehensweise, Fehler und Haftungsfallen.

Ein Buch von Praktikern für Praktiker. Klarer Aufbau, einfache Handhabung und – ganz wichtig! – auf dem allerneuesten Stand. Zum Beispiel die neuen Formulare aufgrund der ZVFV oder die höchstrichterliche Rechtsprechung, die überall an Ort und Stelle eingearbeitet ist.

Diepold/Hintzen, **Musteranträge für Pfändung und Überweisung**. Jetzt Probe lesen und bestellen bei [www.otto-schmidt.de/gd10](http://www.otto-schmidt.de/gd10)

**ottoschmidt**

# Es kann jeden treffen.



Geimer, **Internationales Zivilprozessrecht.**  
Von Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhold Geimer.  
7., neu bearbeitete Auflage 2015, rd. 1.700 Seiten, Lexikonformat, gbd., 199,- €. Erscheint im Januar. ISBN 978-3-504-47088-3

Zivilrechtsfälle mit Auslandsberührung sind heute an der Tagesordnung. Das heißt: Als Anwalt müssen Sie immer damit rechnen, plötzlich nach internationalen Verfahrensregeln agieren zu müssen. Doch da fühlen sich die wenigsten zu Hause. Dann hilft nur eins: Das Handbuch des Autors zu Rate ziehen, dessen Name mit dem Rechtsgebiet so eng verknüpft ist wie kein anderer – Geimer.

Es ist einfach *das* Buch zum Thema. Handbuch und Lehrbuch in einem. Neben der detaillierten Beantwortung aller Einzelfragen zeigt es Zusammenhänge auf, ohne deren Verständnis jeder in diesem komplizierten Rechtsgebiet verloren wäre. Schnelle Orientierung durch klare Struktur und gute Querverweise. Kritisch, praxisnah, aus einem Guss. Mit vielen Anregungen für die Praxis und Beispielen. Und rundum auf dem neuesten Stand. Insbesondere im Hinblick auf die rasante Entwicklung der europäischen Gesetzgebung und der Rechtsprechung des EuGH, der seit dem Wegfall der Vorlagebeschränkung immer häufiger über Auslegungsfragen entscheidet.

Geimer, Internationales Zivilprozessrecht. Jetzt Probe lesen und bestellen bei [www.otto-schmidt.de/giz7](http://www.otto-schmidt.de/giz7)

**ottoschmidt**