

**Herausgeber:** Norbert Eisenschmid, RAErscheinungsdatum:  
13.12.2018Erscheinungsweise:  
vierzehntäglichBezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.**25/2018****Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Keine Umlage von mietvertraglich nicht vereinbarten Betriebskosten**  
Anmerkung zu AG Gelsenkirchen, Urteil vom 18.06.2018, 201 C 219/18  
von Claudia Theesfeld, Ass. jur.
- Anm. 2** **Begrenzung der Wiedervermietungsmiete gilt ausnahmsweise auch bei Parteiwechsel**  
Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 25.04.2018, 65 S 238/17  
von Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus, Weiterer aufsichtsführender RiAG, Universität Bielefeld
- Anm. 3** **Verzicht des Mieters auf Schadensersatzansprüche wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs bei Vereinbarung einer hohen Abstandssumme in Mietaufhebungsvereinbarung**  
Anmerkung zu AG München, Urteil vom 29.03.2018, 432 C 1222/18  
von Simone Bueb, RA'in
- Anm. 4** **Anfechtbarkeit eines Beschlusses über Jahresabrechnung bei Abweichung von Heizkostenverordnung**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.06.2018, V ZR 193/17  
von Wolfgang Dötsch, RiOLG
- Anm. 5** **Wohnungseigentum: Unterscheidung zwischen Funktionsbeschreibung und Zweckbestimmung in der Teilungserklärung**  
Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 14.09.2018, 55 S 201/13 WEG  
von Nicole Schlimme, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht,  
Lehrbeauftragte an der HWR Berlin
- Anm. 6** **Offenlegungs- und Wahrheitspflichten des Maklers: Rückzahlung der Maklerprovision aufgrund familiärer Verflechtungen von Eigentümer und Makler?**  
Anmerkung zu AG Köln, Urteil vom 20.06.2018, 123 C 50/18  
von Dr. Barbara Anzellotti, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Pro Law  
Rechtsanwälte & Partner

**Zitiervorschlag:** Theesfeld, jurisPR-MietR 25/2018 Anm. 1  
**ISSN 1860-157X**

## 1

## Keine Umlage von mietvertraglich nicht vereinbarten Betriebskosten

### Leitsatz:

**Wird in einem älteren Mietvertrag nicht allgemein die Umlage aller Betriebskosten i.S.d. Anlage 3 zu § 27 II. BV vereinbart, sondern wurden einzelne Positionen gestrichen, so können trotz Mehrbelastungsklausel im Mietvertrag solche Betriebskosten nicht auf den Mieter umgelegt werden, die auch schon bei Mietbeginn anfielen, aber nicht zu den konkret genannten Kosten gehören (hier: Gebäude- und Gartenpflege).**

Anmerkung zu AG Gelsenkirchen, Urteil vom 18.06.2018, 201 C 219/18

von **Claudia Theesfeld**, Ass. jur.

### A. Problemstellung

Das AG Gelsenkirchen hatte über die Rechtmäßigkeit der Umlage von Betriebskosten auf den Mieter zu entscheiden. Der Vermieter wollte im Laufe des Mietverhältnisses Kosten umlegen, die er mietvertraglich ausgeschlossen hatte.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Kläger sind Mieter einer Wohnung des Beklagten. Zwischen den Parteien war mietvertraglich weder die Umlage von Betriebskosten für Gartenarbeiten noch für Gebäudepflegearbeiten, auch nicht die Umlage der Kosten für Flur- und Treppenhausreinigung vereinbart. Ausweislich des Mietvertrages war gemäß § 4 nur die Umlage konkreter Nebenkosten zwischen den Parteien vereinbart. Der Vermieter hatte bei Abschluss des Mietvertrags bei den umlagefähigen Betriebskosten den entsprechenden Katalog aus der Betriebskostenverordnung aufgeführt, wobei die Positionen „Hausreinigung“ und „Gartenpflege“ in der Auflistung durchgestrichen waren. Darüber hinaus wurde vereinbart, dass neue Betriebskosten auf die Mieter umgelegt werden können. In einer Betriebskostenabrechnung legte der Vermieter dann Aufwendungen für die Gartenpflege und

Hausreinigung auf die Mieter um. Die Kläger verweigerten daher die verlangte Nachzahlung aus der Betriebskostenabrechnung und klagten auf Vorlage einer ordnungsgemäßen Abrechnung.

Die Klage hatte vor dem AG Gelsenkirchen Erfolg.

Nach Auffassung des Amtsgerichts war der Beklagte nicht berechtigt, Aufwendungen für Gebäude- und Gartenpflege i.H.v. 750 Euro anteilig auf die Kläger umzulegen. Die Kläger müssten sich an den Kosten für Gartenpflege und Hausreinigung nicht beteiligen, da diesbezüglich gerade keine wirksame Umlagevereinbarung bestehe. Auch könne sich der Vermieter nicht darauf beziehen, dass neue Betriebskosten laut Mietvertrag umgelegt werden könnten. Denn davon umfasst seien lediglich Gebühren, die neu eingeführt und nicht schon bei Vertragschluss angefallen seien. Insoweit sei die Betriebskostenabrechnung hinsichtlich der umgelegten Nebenkosten um 750 Euro zu reduzieren, so dass noch zugunsten der Kläger eine Guthrift i.H.v. 78,64 Euro verbleibe, die der Beklagte nunmehr an die Kläger auszukehren habe.

Die mietvertragliche Vereinbarung beruhe zwar auf § 27 II. BV Anlage 3. Dennoch haben die Parteien ausdrücklich nicht generell die Umlage sämtlicher in § 27 II. BV Anlage 3 enthaltenen Betriebskosten, sondern nur die Umlage von konkreten Kostenpositionen vereinbart, die auch in dem nach § 27 II. BV ersichtlichen Katalog enthalten seien. Die streitigen Positionen „Gartenpflege“ und „Hausreinigung“ seien ausweislich des vorgelegten Mietvertrages gestrichen worden, so dass zu Beginn des Mietverhältnisses eine Umlagevereinbarung insoweit zwischen den Parteien nicht zustande gekommen sei.

Ein Anspruch auf Umlage dieser Kosten ergebe sich auch nicht aus § 4 Ziff. 5 des vorgelegten Mietvertrages, da hierdurch nur geregelt werde, dass für den Fall einer Erhöhung oder Neueinführung von Gebühren, Nebenkosten oder Betriebskosten i.S.v. § 27 II. BV und wenn dadurch eine Mehrbelastung des Vermieters eintreten sollte, der Mieter verpflichtet wäre, den entsprechenden Mehrbetrag vom Zeitpunkt der Entstehung an zu zahlen. Es seien jedoch nicht nach § 27 II. BV neue Kosten eingeführt worden. Der

Beklagte beabsichtigte lediglich, nunmehr Kosten, die grundsätzlich nach § 27 II. BV umlagefähig seien, entgegen der ursprünglichen Vereinbarung auf die Kläger umzulegen.

Da zwischen den Parteien nicht die Umlage sämtlicher nach § 27 II. BV möglichen Betriebskosten vereinbart gewesen sei, und die jetzt umgelegten Betriebskosten auch schon zu Beginn des Mietvertrages anfielen, da sowohl Flur und Treppenhaus vorhanden waren als auch ein Garten, hätte zu Beginn des Mietverhältnisses eine Umlagefähigkeit der streitgegenständlichen Betriebskosten in den Mietvertrag aufgenommen werden müssen, um diese zukünftig auch tatsächlich umlegen zu können. Die Abrechnung sei daher entsprechend zu korrigieren.

### C. Kontext der Entscheidung

Bei der Umlage der Betriebskosten auf den Mieter kommt es entscheidend auf die entsprechende Vereinbarung im Mietvertrag an. Insofern genügt eine einfache Formulierung, dass der Mieter die Betriebskosten i.S.d. § 556 Abs. 1 BGB i.V.m. den §§ 1, 2 BetrKV (früher § 27 II. BV) zu tragen hat. Besteht eine solche Vereinbarung kann der Vermieter sämtliche Betriebskosten, die in § 2 Nr. 1-16 BetrKV aufgeführt werden, auch gegenüber dem Mieter abrechnen. Der BGH hat entschieden, dass für eine Übertragung der Betriebskosten auf den Mieter die schlichte Vereinbarung, dass dieser „die Betriebskosten“ zu tragen hat, ausreicht (BGH, Ur. v. 10.02.2016 - VIII ZR 137/15 - NJW 2016, 1308).

Folgt im Mietvertrag jedoch beispielsweise auf die Formulierung „Neben der Miete werden folgende Betriebskosten i.S.d. § 2 der BetrKV umgelegt ...“ eine Auflistung von Betriebskosten, von denen einige angekreuzt sind, so wird damit klargestellt, dass insoweit auch nur die angekreuzten Kosten auf den Mieter umgelegt werden dürfen. Dies gilt auch, wenn zugleich in einer Fußnote des Mietvertrags erläutert wird: „Unter die Betriebskosten fallen die in der Anlage im Einzelnen aufgezählten Kosten.“ Denn damit wird nur erläutert, welche Kosten Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung (BetrVK) sind, aber nicht, welche dieser Kosten vom Mieter tatsächlich zu tragen sind (vgl. LG Frankfurt, Ur. v. 30.08.1985 - 2/17 S 178/85 -

WuM 1986, 93). Gleiches gilt für eine Regelung im Mietvertrag, dass neben der Miete „folgende Betriebskosten i.S.d. § 27 der II. BV“ umgelegt werden, der dann eine Auflistung verschiedener umlagefähiger Betriebskosten folgt. Es können dann nur die ausdrücklich aufgelisteten Kosten umgelegt werden (vgl. BGH, Ur. v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06 - WuM 2007, 694).

Im Laufe eines Mietverhältnisses können sich die anfallenden Betriebskosten ändern, z.B. durch die Beauftragung eines Winterdienstes oder eines Gärtners oder durch den Abschluss neuer Versicherungen. Als „neu“ gelten dabei alle Betriebskosten, die nach dem Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses entstanden sind. Grundsätzlich gilt, dass es für die Abwälzung dieser neuen Kosten einer zusätzlichen Klausel im Mietvertrag bedarf, die ausdrücklich die Übertragung neuer Betriebskosten auf den Mieter zulässt, also einer sog. „Öffnungsklausel“ bzw. „Erweiterungsklausel“, die eine nachträgliche Erweiterung der Betriebskostenzahlungen um zusätzliche Kosten vorsieht (vgl. BGH, Ur. v. 16.04.2008 - VIII ZR 75/07 - NJW 2008, 2105). Die neue Betriebskostenart muss zudem unter eine der in § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV aufgelisteten Kostenpositionen fallen. Handelt es sich bei der neuen Kostenart dagegen um „sonstige Betriebskosten“ nach § 2 Nr. 17 BetrKV, müssen diese im Mietvertrag konkret genannt sein. Denn der Vermieter kann sich nicht einfach auf den Punkt „Sonstige“ in der Betriebskostenvereinbarung berufen, um beliebige Betriebskosten, die im Katalog des § 2 BetrKV nicht aufgeführt sind, neu aufzunehmen. Auch nach dem BGH müssen alle „sonstigen“ Betriebskosten gesondert im Mietvertrag vereinbart werden, um tatsächlich umlagefähig zu sein (BGH, Ur. v. 10.02.2016 - VIII ZR 137/15 - NJW 2016, 1308).

Die Umlage weiterer, zunächst nicht als umlagefähig vereinbarter Betriebskosten – wie im vom AG Gelsenkirchen entschiedenen Fall – setzt insoweit eine gegenseitige Vereinbarung zwischen den Mietparteien voraus. Einseitig kann der Vermieter von sich aus nicht die Umlagefähigkeit bestimmen (vgl. BGH, Ur. v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06 - WuM 2007, 694). Er kann sich auch nicht auf die Öffnungsklausel berufen, da die entsprechenden Kosten nicht „neu“ entstanden waren.

## D. Auswirkungen für die Praxis

Vermieter dürfen auch während eines laufenden Mietverhältnisses neu entstandene Betriebskosten in der Betriebskostenabrechnung abrechnen. Voraussetzung ist jedoch, dass es sich um Kosten handelt, die im Katalog der Betriebskostenverordnung enthalten sind und der Mietvertrag eine Öffnungsklausel enthält, durch die der Vermieter sich das Recht vorbehält, neu entstehende Betriebskosten umzulegen. Im entschiedenen Fall war das Problem, dass es sich nicht um „neue“ Kosten handelte, sondern um Kosten, die bereits bei Beginn des Mietverhältnisses umlagefähig waren, was jedoch im Mietvertrag explizit ausgeschlossen worden war. In einem solchen Fall bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den Mietvertragsparteien.

Der sicherste Weg, sämtliche Kosten auch zukünftig auf den Mieter umlegen zu können, ist die Bezugnahme auf § 1, 2 BetrKV bzw. die Formulierung, dass der Mieter „sämtliche Betriebskosten“ zu tragen hat, sowie die Aufnahme einer Öffnungsklausel in den Mietvertrag.

## 2

### **Begrenzung der Wiedervermietungsmiete gilt ausnahmsweise auch bei Parteiwechsel**

#### **Leitsatz:**

**§ 556d Abs. 1 BGB findet dem Wortlaut nach nur Anwendung, wenn ein Mietvertrag (neu) abgeschlossen wird; Mietvertragsveränderungen, -erneuerungen bzw. schlichte Parteiwechsel unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der §§ 556d ff. BGB; Umlegungsgeschäfte jedoch schon.**

Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 25.04.2018, 65 S 238/17

von **Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus**, Weiterer aufsichtsführender RiAG, Universität Bielefeld

## A. Problemstellung

Die als „Mietpreisbremse“ bezeichnete Begrenzung der Wiedervermietungsmiete in den §§ 556d ff. BGB gilt – wie sich sowohl aus der Kapitelüberschrift („Vereinbarungen über die Miethöhe bei Mietbeginn ...“), der Überschrift des § 556d BGB („Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn“) und dem Wortlaut der Norm („Wird ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen ...“) ergibt – nur für die Neuvertragsmiete und nicht für Mieterhöhungen im Bestand. Da prinzipiell im Mietrecht noch Vertragsfreiheit gilt, ist es deshalb möglich, auch an neue Mieter über eine Änderung eines Altvertrages zu vermieten. Welche Konsequenzen das hat mussten das AG Neukölln (Urt. v. 11.10.2017 - 20 C 19/17) und jetzt das LG Berlin im Berufungsverfahren entscheiden.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagte hatte ursprünglich eine Wohnung in Berlin mit einer Wohnfläche von 58,08 qm an Herrn A und Frau B zu einer Nettokaltmiete i.H.v. 508 Euro vermietet. Herr A wohnte jedoch nie in der Wohnung, sondern war auf Verlangen der Vermieterin in das Mietverhältnis aufgenommen worden, um neben Frau B als Mietschuldner zur Verfügung zu stehen. Die Klägerin zu 1) war zunächst Untermieterin der beiden Vormieter und lebte zusammen mit Frau A in der Wohnung. Im Sommer 2016 teilte Frau A der Klägerin zu 1) mit, dass sie aus der Wohnung ausziehen wolle. Die Klägerin zu 1) meldete sich daraufhin bei der Beklagten und teilte mit, dass sie zusammen mit dem Kläger zu 2) gerne Mieterin der Wohnung werden wolle. Die beklagte Vermieterin erläuterte der Klägerin zu 1), dass der mit den Vormietern bestehende Mietvertrag erst einmal gekündigt werden müsste, bevor ein neuer Mietvertrag abgeschlossen werden könne. Die beiden Vormieter kündigten daraufhin das Mietverhältnis zum 30.11.2016 und die Beklagte bot der Klägerin zu 1) an, die Wohnung zu übernehmen und einen neuen Mietvertrag abzuschließen. Mehrere Wochen später änderte die Beklagte jedoch ihre Meinung und wollte nunmehr, dass die Kläger einen Änderungsvertrag mit den Vormietern und der Beklagten unterzeichnen und dass der alte Mietvertrag bestehen bleibt. Am 30.11.2016 unterzeichneten die beiden Kläger, die Beklagte und die beiden Vormieter eine von der Beklagten vorgelegte,

als „Nachtrag 1“ bezeichnete Vereinbarung. In der Vereinbarung ist u.a. geregelt, dass die Vormieter aus dem Mietvertrag ausscheiden und die Kläger in den Mietvertrag eintreten. In Ziffer 3 der Vereinbarung ist geregelt, dass sich die Nettokaltmiete für die Wohnung auf 813,12 Euro erhöht. In Ziffer 6 der Vereinbarung ist geregelt, dass die Kläger wegen des Hauptmietvertragspartnerwechsels an die Beklagte ein Aufwandsentgelt i.H.v. 200 Euro zu zahlen haben.

Mit Schreiben vom 09.12.2016 rügte der Prozessbevollmächtigte der beiden neuen Mieter die Vereinbarung vom 30.11.2016 gemäß § 556g BGB. Zur Begründung führte er an, dass die ortsübliche Vergleichsmiete nur bei 6,08 Euro nettokalt/m<sup>2</sup> liege. Die Vermieterin behauptet, es sei sachgerechter gewesen, der Klägerin zu 1) als ehemaliger Untermieterin den Eintritt in das Hauptmietverhältnis zu ermöglichen, da sie bereits mehrere Jahre denselben Regeln des Mietvertrags unterworfen gewesen sei. Die Vermieterin ist der Ansicht, die Regelungen der §§ 556d ff. BGB seien nicht anwendbar, da kein Neuabschluss eines Mietvertrages vorliege. Das Amtsgericht hatte der Rückzahlungsklage der klagenden Mieter stattgegeben und für die Zukunft festgestellt, welche Miete unter Anwendung der Mietpreisbremse und des Berliner Mietspiegels zu zahlen war (AG Neukölln, Urt. v. 11.10.2017 - 20 C 19/17).

Das LG Berlin hat die Berufung zurückgewiesen.

Auch nach Ansicht des Landgerichts hatte die Vermieterin offenkundig hier die Änderungsvereinbarung nur deshalb statt eines neuen Mietvertrages abgeschlossen, um den Anwendungsbereich der §§ 556d ff. BGB zu umgehen. Auch wenn das Verbot von Umgehungsgeschäften, wie bei den Bestimmungen über die sog. Mietpreisbremse, nicht ausdrücklich in einer Norm niedergelegt sei, gelte es als allgemeiner Rechtsgrundsatz insbesondere dann, wenn der Umgehungsschutz erforderlich sei, damit der Zweck eines gesetzlichen Verbotes bei einer eng am Gesetzeswortlaut haftenden Auslegung durch eine davon nicht erfasste rechtliche Gestaltung nicht vereitelt werde. Diese Voraussetzungen haben das Amtsgericht und das Landgericht hier als gegeben angesehen.

Die Auslegung des § 556d BGB ergebe, dass diese die hier konkret gewählte Gestaltung des Vertragsschlusses erfassen; nehme man sie aus

dem Anwendungsbereich der Vorschriften aus, lasse sie eine Umgehung zu, die der Verwirklichung des vom Gesetzgeber mit dem rechtlichen Instrument verfolgten Zwecks entgegenstehe. Zwar finde § 556d Abs. 1 BGB dem Wortlaut nach nur Anwendung, wenn ein Mietvertrag (neu) abgeschlossen werde; Mietvertragsverlängerungen, -erneuerungen bzw. schlichte Parteiwechsel unterfielen nicht dem Anwendungsbereich der §§ 556d ff. BGB. Insbesondere bei einem Austausch des Mieters hänge es jedoch von der konkreten vertraglichen Gestaltung ab, ob der Vertrag als Eintritt des neuen Mieters in den alten Mietvertrag oder als Neuabschluss anzusehen sei.

Sinn und Zweck des Mietrechtsnovellierungsgesetzes verlangten hier aber eine Anwendung. Die Mangellage bei gleichzeitig steigender Nachfrage nach Wohnungen in bestimmten attraktiven Städten bzw. Ballungszentren, der durch Bautätigkeit nicht kurzfristig begegnet werden könne, erlaube es dem Vermieter in diesen Gebieten, bei der Wiedervermietung von Bestandswohnungen überdurchschnittlich hohe Mietsteigerungen am Markt durchzusetzen; dies, ohne dass dem besondere eigene Leistungen oder Beiträge des Vermieters zugrunde lägen. Eine entgegen den Regelungen des Gesetzes höhere Miete sei nicht zulässig und die Vereinbarung insoweit unwirksam. Den Vorschriften ließe sich zudem entnehmen, dass der Gesetzgeber ausschließlich aus Gründen des Bestandsschutzes und der Investitionssicherheit die vier ausdrücklich aufgeführten Ausnahmen zulassen wollte. Eine dieser Ausnahmen liege hier aber gerade nicht vor. Eine Miete unterhalb der Vormiete machten die Kläger nicht geltend und der Vermieter könne sich auch nicht auf einen „Modernisierungszuschlag“ berufen.

Auch wenn der Vertragsschluss des Vermieters mit den Klägern formal unter Einbeziehung der Vormieter als Vertragsänderung gestaltet wurde, stelle er sich rechtlich als Neuabschluss i.S.d. § 556d Abs. 1 BGB dar. Die Vormieter hatten das Vormietverhältnis zunächst auf Wunsch und in Absprache mit dem Vermieter gekündigt. Diese Kündigung sei dem Vermieter zugegangen. Erst danach verlangte der Vermieter von den Vormietern und den Klägern den Abschluss eines Änderungsvertrages, der allerdings die Erhöhung der Nettokaltmiete um 305,12 Euro (auf 813,12 Euro = 14 Euro/m<sup>2</sup>) vorsah. Die Beklagte war nunmehr nur noch unter diesen Bedin-

gungen zum Abschluss eines Mietvertrages mit den Klägern bereit. Die Anhebung der Nettokaltmiete um ca. 60% ging mit keinerlei Erweiterung der Gegenleistung der Beklagten einher.

Für diese rechtliche Gestaltung konnte das LG Berlin keinen sachlichen Grund erkennen. Weshalb die nachträglich verlangte Vertragsänderung „naheliegender“ bzw. „sachgerechter“ gewesen sein soll, wie die Vermieterin behauptete, konnte sie dem Landgericht nicht klarmachen. Der Umstand, dass die Klägerin die Wohnung bereits als Untermieterin bewohnte, spielt dabei keine Rolle. Mit dem „Nachtrag“ wurden erstmals vertragliche Beziehungen zwischen ihr und der Beklagten begründet.

### C. Kontext der Entscheidung

Alle Formen der Mietvertragsverlängerung, -erneuerung, und des schlichten Parteiwechsels fallen nicht unter den Anwendungsbereich der §§ 556d ff. BGB. Jede Veränderung der Miete stellt eine Mieterhöhung im Bestand dar. Vereinbaren die ursprünglichen Parteien des Mietvertrages, dass der bisherige Mieter aus dem Vertrag ausscheidet und ein neuer Mieter in den Mietvertrag eintritt, kommt es auf die konkrete Vertragsgestaltung an. Die Frage, ob und unter welchen Umständen mit dem Abschluss eines Mietvertrages mit einem vom Mieter gestellten Nachmieter die Aufhebung des bisherigen Mietvertrages verbunden ist, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab und entzieht sich einer allgemeinen Betrachtung. Möglich sind die Beendigung des alten Mietvertrages und der Abschluss eines neuen Vertrages. Nach Ansicht des BGH (Urt. v. 11.07.2007 - XII ZR 113/05 - NZM 2007, 851) spricht ein Mieterwechsel grundsätzlich eher für eine Novation als für einen Parteiwechsel. Eine solche Novation stellt dann einen den §§ 556d ff. BGB unterfallenden Mietvertragsabschluss dar.

Ebenso können die Parteien aber vereinbaren, dass der neue Mieter an die Stelle des alten Mieters tritt. Das kann auch mit einer Vertragsänderung, also einer Mieterhöhung verbunden werden. Ein solcher Parteiwechsel fällt grundsätzlich nicht unter § 556d Abs. 1 BGB. Er kommt durch dreiseitigen Vertrag zustande. Auch bei einem Beitritt eines weiteren Mieters in den Vertrag gilt die Beschränkung der Wiedervermietungsmiete nicht. Das schließt aber nicht

aus, dass in Missbrauchsfällen wie vorliegend ganz offenkundig eine analoge Anwendung der Vorschriften der Mietpreisbremse in Betracht kommt. Hier hat der Vermieter nachträglich seine Meinung geändert nur um die bei einer Neuvermietung nicht durchsetzbare Miete zu vereinbaren.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Das bedeutet nicht, dass Änderungsvereinbarungen generell der Beschränkung der Mietpreisbremse unterfallen. Gerade bei der Auflösung von Ehen/Partnerschaften o.ä. kann ein Grund für eine Änderungsvereinbarung bestehen. Werden dann nicht als Hauptzweck aber bei Gelegenheit auch Veränderungen an der Miete vereinbart, dürfte regelmäßig kein Umgehungsgeschäft vorliegen.

### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Das Landgericht hat im Übrigen in der Entscheidung ausführlich begründet, warum seiner Meinung nach weder die bundesgesetzlichen Regelungen über die sog. Mietpreisbremse verfassungswidrig sind, noch die Berliner Mietpreisbegrenzungsverordnung rechtswidrig ist. Das Landgericht sah auch keinen Grund, das Verfahren bis zur Entscheidung des BVerfG auszusetzen.

## 3

### **Verzicht des Mieters auf Schadensersatzansprüche wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs bei Vereinbarung einer hohen Abstandssumme in Mietaufhebungsvereinbarung**

#### **Orientierungssatz:**

**Der Mieter kann auf Schadensersatzansprüche wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs durch eine stillschweigende Erklärung im Rahmen einer Mietaufhebungsvereinbarung verzichten. Für einen derartigen stillschweigenden Verzicht bedarf es regelmäßig bedeutsamer Umstände. Derartige Umstände können bei einem Räumungsvergleich etwa**

**darin liegen, dass sich der Vermieter zu einer substantiellen Gegenleistung - wie etwa einer namhaften Abstandszahlung - verpflichtet.**

Anmerkung zu AG München, Urteil vom 29.03.2018, 432 C 1222/18

von **Simone Bueb**, RA'in

## A. Problemstellung

Es kommt nicht selten vor, dass ein Vermieter gerade bei einem lang bestehenden Mietverhältnis wegen Eigenbedarfs kündigt oder mit dem Mieter eine Aufhebungsvereinbarung schließt. Nach Auszug des Mieters stellt sich möglicherweise heraus, dass der Eigenbedarf des Vermieters überhaupt nicht besteht. Sollten dem Mieter dadurch Umzugskosten oder höhere Mietkosten entstanden sein, so kann er diese Kosten ggf. als Schadensersatz geltend machen, außer er hat hierauf z.B. in einer Aufhebungsvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet. An einen solchen stillschweigenden Verzicht sind strenge Anforderungen zu stellen. Damit hatte sich vorliegend das AG München zu befassen.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Beklagte hatte eine seit 30 Jahren an die Kläger vermietete 3,5 Zimmer-Wohnung in München erworben und trat als Vermieter in das Mietverhältnis ein. Die Miete war moderat, eine Mieterhöhung nicht möglich. Zwei Monate, nachdem der Beklagte als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen war, verhandelte und schloss er mit den Klägern Anfang März 2016 eine schriftliche Mietaufhebungsvereinbarung, in welcher unter anderem geregelt war, dass das Mietverhältnis mit den Klägern zum 31.12.2016 „einvernehmlich und unwiderlich“ beendet würde. Schönheitsreparaturen waren nicht geschuldet, die Kläger hatten auch die Möglichkeit, die Mietsache schon vorher mit einer 14-tägigen Ankündigungsfrist zurück zu geben. 14 Tage nach Unterzeichnung erhielten die Kläger vom Beklagten eine Abstandszahlung i.H.v. 15.000 Euro. Die Abstandszahlung sollte sich bis auf 24.500 Euro erhöhen, wenn die Kläger bereits zum 30.09.2016 ausziehen würden.

Vereinbart war außerdem, dass die Abrechnung und Rückzahlung der Kautions spätestens vier Wochen nach Beendigung des Mietverhältnisses erfolgen sollte. Die Kläger gaben die Wohnung zu Ende November 2016 an den Beklagten heraus, und erhielten nochmals 6.000 Euro, insgesamt also eine Abstandszahlung i.H.v. 21.000 Euro.

Anfang des Jahres 2017 veräußerte der Beklagte die Wohnung an Dritte. Die Kläger zogen nach Augsburg in eine Wohnung, deren Miethöhe in etwa gleichwertig war. Die Kläger behaupten nun, dass der Beklagte Eigenbedarf vorgetäuscht habe und machen Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung i.H.v. 125.640 Euro geltend. Der Beklagte habe die Kläger direkt nach Erwerb der Wohnung angerufen und Eigenbedarf angemeldet, sein Vater würde die Wohnung benötigen. Der Schaden errechnete sich aus einem angeblichen Vermögenswert, welcher das Wohnen in München darstelle. Dieser Vermögenswert wurde durch die Höhe der Miete einer vergleichbaren Wohnung berechnet, die Differenz auf zehn Jahre hochgerechnet. Der Beklagte behauptete, die Kläger hätten das Mietverhältnis aus freien Stücken beendet; einen konkreten Eigenbedarf habe er niemals geltend gemacht.

Das AG München, das trotz der hohen Summe wegen Vorliegen eines Mietrechtsstreits zuständig war, hat die Klage auf Schadensersatz abgewiesen.

Ein Schadensersatzanspruch scheide aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen aus. Er ergebe sich weder aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Mietvertrag sowie der Mietaufhebungsvereinbarung noch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder aus einer Anfechtung des Mietaufhebungsvertrags wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. Schadensersatzansprüche der Kläger seien bereits deshalb ausgeschlossen, da diese in der Aufhebungsvereinbarung stillschweigend darauf verzichtet hätten. Nur dann, wenn mit der Vereinbarung auch etwaige Ansprüche des Mieters wegen eines nur vorgetäuschten Bedarfs abgegolten werden sollten, fehle es laut höchstrichterlicher Rechtsprechung an dem erforderlichen Zurechnungszusammenhang (BGH, Urt. v. 10.06.2015 - VIII ZR 99/14 - NJW 2015, 2324).

An das Vorliegen des Willens des Mieters, auf etwaige Ansprüche gegen den Vermieter wegen eines nur vorgetäuschten Eigenbedarfs zu verzichten, sind nach der Rechtsprechung des BGH strenge Anforderungen zu stellen; der Verzichtswille muss unmissverständlich sein (BGH, Urt. v. 10.06.2015 - VIII ZR 99/14 - NJW 2015, 2324). Für einen stillschweigenden Verzicht des Mieters auf die vorgenannten Ansprüche bedürfte es bedeutsamer Umstände, die auf einen solchen Verzichtswillen schließen lassen. Derartige Umstände könnten bei einem Räumungsvergleich etwa darin liegen, dass sich der Vermieter zu einer hohen Abstandszahlung als Gegenleistung verpflichtet (BGH, Urt. v. 10.06.2015 - VIII ZR 99/14 - NJW 2015, 2324). Dies sei vorliegend geschehen. Die vom BGH für den Abschluss eines Räumungsvergleichs nach vermietetseitiger Eigenbedarfskündigung aufgestellten Grundsätze seien aus Gründen des effizienten Mieterschutzes auch auf außgerichtliche Mietaufhebungsvereinbarungen übertragbar.

Gegen einen konkludenten Verzicht spreche vorliegend zwar, dass kein größeres Entgegenkommen des Beklagten in Bezug auf den Beendigungszeitpunkt des Mietverhältnisses anzunehmen sei. Die Beendigung des Mietverhältnisses war zum 31.12.2016 vorgesehen, dies entspreche der Kündigungsfrist von neun Monaten nach § 573c Abs. 1 BGB. Über die gesetzliche Regelung hinausgehende Rechte wurden der Klagepartei in diesem Punkt also nicht eingeräumt. Andererseits war den Klägern dadurch bereits seit Monaten die Absicht des Beklagten, das Mietverhältnis aufzuheben, bekannt. Sie konnten sich daher auf einen etwaigen Umzug vorbereiten, sowie Maßnahmen zur Wohnungssuche veranlassen. Dass Schönheitsreparaturen nicht geschuldet sind, sei ebenfalls kein maßgebliches Entgegenkommen, da diese Klauseln in Altverträgen sowieso meist unwirksam seien. Andererseits könne diese Rechtssicherheit als positiver Aspekt gewertet werden.

Die Möglichkeit, das Mietverhältnis mit kurzer Vorankündigungsfrist vorzeitig zu beenden, mache den Mieter zwar sehr flexibel, allerdings stehe diese Vereinbarung in beiderseitigem Interesse: zum einen für den Mieter, um etwaige Doppelzahlungen zu vermeiden, zum anderen liege die frühzeitige Rückerlangung des Besitzes am Mietobjekt auch im Interesse des

Vermieters. Klauseln dieser Art würden in Räumungsvergleichen nahezu standardmäßig vereinbart.

Die verkürzte Kautionsabrechnungsfrist von vier Wochen stelle aus Sicht des Mieters ebenfalls einen positiven Aspekt dar, weil sie die finanziellen Belastungen im Zusammenhang mit einem Umzug möglicherweise abmildere. Allerdings sei auch eine solche Vereinbarung keineswegs ungewöhnlich.

Das Amtsgericht wertete dagegen die vorliegende Abstandszahlung als hoch und somit als erhebliches Indiz für einen Verzichtswillen der Kläger. Dabei werde nicht verkannt, dass der Mietvertrag, in den der Beklagte nach § 566 BGB eintrat, mieterfreundlich ausgestaltet war. Es dürfte daher durchaus ein erhebliches wirtschaftliches Interesse des Beklagten daran bestanden haben, sich von diesem Mietverhältnis alsbald zu lösen, da eine Wohnung ohne einen alten Mietvertrag besser verkäuflich sei. Eine hohe Abstandszahlung werde in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt in eingeschränkterem Maße als Indiz für einen Verzicht auf Schadensersatzansprüche ausgelegt werden können, als dies in weniger umkämpften Immobilienmärkten der Fall sein wird.

Es werde auch nicht verkannt, dass das durch den Aufhebungsvertrag zu beendende Mietverhältnis als langjährig zu bezeichnen sei. Je länger Mietverhältnisse andauern, desto höher werde im Allgemeinen die berechnete mieterseitige Erwartung in Bezug auf die Summe einer etwaigen Abstandszahlung sein. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Abstandszahlung zwar bis auf 24.500 Euro gestaffelt ansteigen sollte, dies jedoch gleichzeitig mit einer Verkürzung der Räumungsfrist verbunden war. Andererseits habe der Beklagte bereits 14 Tage nach Unterzeichnung der Vereinbarung 15.000 Euro bezahlt, was eine erhebliche Vorleistung des Vermieters darstelle. Bereits dieser Betrag sei mehr als eine Jahresmiete gewesen. Noch deutlicher werde das Verhältnis von Miete und Abstandszahlung, sollte der Höchstbetrag i.H.v. 24.500 Euro anfallen, dies seien mehr als 20 Monatsmieten. Die Gesamtschau aller vermietetseitigen Zugeständnisse ergebe daher die Annahme eines Verzichtswillens.

Außerdem seien die Kläger hinsichtlich ihrer Behauptung vorgetäuschten Eigenbedarfs beweis-

fällig geblieben. Die primäre Beweislast trifft die Kläger. Der Vermieter müsse durch eine konkrete Handlung zum Ausdruck bringen, dass eine Bedarfslage bestehe, die ihn dazu veranlasse, das Mietverhältnis zu beenden bzw. enden zu lassen. Im hier zu entscheidenden Fall sei zwischen den Parteien aber bereits streitig, ob der Beklagte jemals Eigenbedarf angemeldet habe. Die Behauptung, dass der Vermieter einen Selbst- oder Fremdnutzungswillen geltend gemacht habe, sei zwischen den Parteien vorliegend bereits streitig, zumal sich in der schriftlichen Mietaufhebungsvereinbarung keinerlei diesbezügliche Anhaltspunkte finden. Eine bloße allgemein gehaltene, vage Andeutung einer möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt entstehenden Bedarfslage reiche grundsätzlich nicht aus. Unschädlich sei, dass der Beklagte im Gespräch jedenfalls angedeutet habe, dass sein Vater möglicherweise irgendwann nach München zurückkehren und ggf. in die Wohnung einziehen wolle. Die Verhandlungsgespräche zwischen den Parteien wurden ohne Zeugen geführt.

Zuletzt scheitere der Schadensersatzanspruch auch daran, dass hier keine erstattungsfähigen Schadenspositionen geltend gemacht worden seien. Es wurden keine Umzugskosten oder eine erhöhte Mietbelastung als Schaden geltend gemacht. Soweit die Klagepartei meint, dass der Umstand, in München zu wohnen, einen Vermögenswert darstelle, folgte das Amtsgericht dieser Auffassung nicht. Es bestehe keine Grundlage dafür, den Schaden nach den §§ 249 ff. BGB darauf zu stützen, dass die bisherige Miete eines gekündigten/beendeten Mietverhältnisses der behaupteten Neuvermietungsmiete für ein vergleichbares Objekt gegenübergestellt wird. Denn insoweit realisiere sich auf der Seite eines Mieters kein erkennbarer Schaden. Nach alledem würde der klagegegenständliche Schadensersatzanspruch auch der Höhe nach nicht in Betracht kommen.

### C. Kontext der Entscheidung

Dem Amtsgericht ist in seiner Entscheidung zu folgen. Ob ein Räumungsvergleich oder ein Mietaufhebungsvertrag den Zurechnungszusammenhang zwischen der Vortäuschung einer Eigenbedarfssituation und dem später vom Mieter geltend gemachten Schaden unterbricht, ist im Wege der Auslegung der jeweiligen Ver-

einbarung und unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls danach zu beurteilen, ob die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben auch den Streit darüber beilegen wollten, ob die Eigenbedarfslage des Vermieters bestand oder nur vorgetäuscht war. Nur dann, wenn mit der Vereinbarung auch etwaige Ansprüche des Mieters wegen eines nur vorgetäuschten Bedarfs abgegolten werden sollten, fehlt es an dem erforderlichen Zurechnungszusammenhang (BGH, Urte. v. 10.06.2015 - VIII ZR 99/14 - NJW 2015, 2324). Diese Auslegung hat das AG München umfangreich durchgeführt. Der Vermieter ist nur im Falle des Vortäuschens von Eigenbedarf dem Mieter gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet (BGH, Urte. v. 10.06.2015 - VIII ZR 99/14 - NJW 2015, 2324 m.w.N.).

Allerdings kann der Mieter auch auf die Geltendmachung stillschweigend verzichten, wenn der Vermieter eine hohe Gegenleistung wie z.B. eine hohe Abfindung zahlt. Es wird gerade bei angespannten Immobilienmärkten in Großstädten wie München bei realitätsnaher Betrachtung davon auszugehen sein, dass grundsätzlich eine erhöhte Bereitschaft besteht, Abstandszahlungen zu leisten, um einen Mieter zum Auszug zu bewegen und damit die Grundlage für eine wirtschaftlich lukrative Weiterverwertung zu schaffen.

Auch die Beweislastverteilung hat das Amtsgericht korrekt angewandt. Der BGH hat im Urteil vom 29.03.2017 (VIII ZR 44/16 - WuM 2017, 342) entschieden, dass den Vermieter, der den zur Grundlage der Kündigung gemachten Bedarf nach dem Auszug des Mieters nicht realisiert, eine sekundäre Darlegungslast zum nachträglichen Wegfall des behaupteten Bedarfs trifft. Setzt der Vermieter den angeblichen Selbstnutzungswillen nach dem Auszug des Mieters nicht um, liegt der Verdacht nahe, dass der Bedarf nur vorgeschoben war. Unter diesen Umständen ist es dem Vermieter zuzumuten, substantiiert und plausibel darzulegen, aus welchem Grund der mit der Kündigung vorgebrachte Bedarf nachträglich entfallen sein soll; an diese Darlegung sind strenge Anforderungen zu stellen (BVerfG, Beschl. v. 30.05.1997 - 1 BvR 1797/95 - NJW 1997, 2377; BGH, Urte. v. 18.05.2005 - VIII ZR 368/03).

Die in diesem Urteil des BGH niedergelegten Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast bei

vorgetäuschem Eigenbedarf sind jedoch nur dann anwendbar, wenn die Mieter die konkrete Berufung des Vermieters auf Eigenbedarf nachweisen können, was in vorliegender Entscheidung gerade nicht der Fall war.

Zuletzt war die Schadensberechnung in obigem Fall gelinde gesagt abenteuerlich. Der BGH hat im Urteil vom 29.03.2017 (VIII ZR 44/16 - WuM 2017, 342) einige Grundsätze zu den erstattungsfähigen Schadenspositionen zum Ausdruck gebracht. Hiernach sind insbesondere Umzugskosten, ein etwaiger Mietdifferenzschaden zwischen der bisherigen/früheren Miete und der nunmehrigen Miete (nach Umzug) sowie die Prozesskosten eines vorangegangenen Räumungsprozesses erstattungsfähig. Eine pauschale Behauptung, das Wohnen in München stelle einen Vermögenswert dar, ist jedoch kein greifbarer und berechenbarer Vermögensnachteil.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Eine Aufhebungsvereinbarung sollte sich idealerweise an die wahren Begebenheiten halten. Schließt ein Vermieter eine solche Aufhebungsvereinbarung und hat den Mietern vorab erklärt, er müsse ansonsten wegen Eigenbedarfs kündigen oder ist dieser Grund sogar in der Mietaufhebungsvereinbarung genannt, dann tut der Vermieter gut daran, den Eigenbedarf nach Auszug der Mieter auch umzusetzen, wenn er einer möglichen Klage auf Schadensersatz wegen vorgetäuschem Eigenbedarf entgehen will.

Hat der Vermieter andererseits das Thema „Eigenbedarf“ nicht konkret angesprochen oder in der Vereinbarung aufgenommen und zahlt er dem Mieter eine den Umständen des Einzelfalls entsprechende hohe Umzugsbeihilfe, kann davon ausgegangen werden, dass der Mieter auf die Geltendmachung von Schadensersatz wegen Eigenbedarfs stillschweigend verzichtet hat.

All dies ist jedoch in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen, so dass es für den Vermieter am sichersten ist, den Eigenbedarf auch umzusetzen, wenn er diesen als Grund für eine Aufhebungsvereinbarung genannt hat.

## 4

### Anfechtbarkeit eines Beschlusses über Jahresabrechnung bei Abweichung von Heizkostenverordnung

#### Leitsatz:

**Ein Beschluss, mit dem die Wohnungseigentümer im Einzelfall - bezogen auf eine konkrete Jahresabrechnung - von den Vorgaben der Heizkostenverordnung abweichen, ist nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.06.2018, V ZR 193/17

von **Wolfgang Dötsch**, RiOLG

#### A. Problemstellung

Auch wenn der BGH mit Urt. v. 17.02.2012 (V ZR 251/10) schon lange geklärt hat, dass – was sich eigentlich auch aus § 3 HeizkostenV ergibt – Wohnungseigentumsrecht und Heizkostenverordnung zwingend verheiratet sind und nur der von der HeizkostenV vorgegebene „Rahmen“ durch Beschluss oder Vereinbarung (i.d.R. TE/GO) noch näher „ausgefüllt“ werden muss, gibt es bei der Umsetzung immer wieder Probleme und Unsicherheiten. Da die HeizkostenV zudem in der sog. Normenhierarchie eine seltsame Zwitterstellung einnimmt und böse Zungen sogar behaupten, sie stünde irgendwo gleich vor den 10 Geboten, geschweige denn dem Grundgesetz, der Grundrechte-Charta und der Menschenrechtskonvention, stellt sich bei WEG-Beschlüssen auch schnell die Nichtigkeitsfrage über § 134 BGB. Der V. Zivilsenat des BGH gibt hier einige hilfreiche Handreichungen für die Praxis.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien bilden eine WEG. Nach der Teilungserklärung werden die Kosten für Wärme und die Bereitung von Warmwasser auf Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen, „z. Zt. zu jeweils 30% Grundkosten und 70% verbrauchsabhängigen Kosten ermittelt“. In der Eigentümersammlung kam es zu einer Diskussi-

on über die Richtigkeit der Heizkostenabrechnung der beauftragten Abrechnungsfirma, da auf zwei Wohneinheiten ein vergleichsweise hoher Anteil der Heizkosten entfiel. Die Wohnungseigentümer beschlossen, einen Sachverständigen für Heizungstechnik mit der Ermittlung der Ursachen zu beauftragen. Weiter wurde beschlossen: „Sofern sich keine verwertbaren Erkenntnisse durch den Sachverständigen ergeben, die sich auf die Heizkostenabrechnung auswirken, soll die Abrechnung für 2015 nach Wohnfläche erfolgen. Es werden Kosten von Euro 18.236,67 zu Grunde gelegt.“ Die Verwalterin teilte später mit, dass sich durch die Überprüfung des Sachverständigen keine verwertbaren Erkenntnisse ergeben hätten, die sich auf die Heizkostenabrechnung auswirkten, weshalb diese dann – zulasten des Klägers – nach Wohnfläche erstellt worden sei. Der Kläger erhob Nichtigkeitsfeststellungsklage gegen den o.a. Beschluss.

Ohne Erfolg! Allerdings ist der angefochtene Beschluss mit den Regeln der HeizkostenV nicht zu vereinbaren, weil insbesondere die Voraussetzungen des § 9a Abs. 1, Abs. 2 HeizkostenV nicht vorliegen.

Die erste Abrechnung halte sich in dem von den §§ 7 Abs. 1 Satz 1 und Satz 5, 3 Satz 1 HeizkostenV und der TE/GO vorgegebenen Rahmen. Eine Abweichung von dem Verteilungsmaßstab sei gemäß § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV möglich, wenn der anteilige Wärme- oder Warmwasserverbrauch von Nutzern für einen Abrechnungszeitraum wegen Geräteausfalls oder aus anderen zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden könne. In diesem Fall sei der Verbrauch grundsätzlich auf der Grundlage des Verbrauchs der betroffenen Räume in vergleichbaren Zeiträumen oder des Verbrauchs vergleichbarer anderer Räume im jeweiligen Abrechnungszeitraum oder des Durchschnittsverbrauchs des Gebäudes oder der Nutzergruppe zu ermitteln. Überschreite die von der Verbrauchsermittlung betroffene Wohn- oder Nutzfläche oder der umbaute Raum 25 vom Hundert der für die Kostenverteilung maßgeblichen gesamten Wohn- oder Nutzfläche oder des maßgeblichen gesamten umbauten Raumes, seien die Kosten des Wärmeverbrauchs ausschließlich nach der Wohn- und Nutzfläche oder nach dem umbauten Raum zu verteilen (§ 9a Abs. 2 HeizkostenV i.V.m. § 7 Abs. 1 Satz 5 HeizkostenV). Diesen Anforderungen genüge der Be-

schluss nicht, denn die Voraussetzungen des § 9a Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV lägen nicht vor, so dass die in dem Beschluss für den Fall der Unergiebigkeit des einzuholenden Sachverständigengutachtens beschlossene Abrechnung nur nach Wohnfläche ausscheide.

Dies folge allerdings nicht bereits daraus, dass ein Geräteausfall nicht vorgelegen habe und eine Verbrauchserfassung tatsächlich erfolgt sei. Ein „anderer zwingender Grund“ für eine nicht ordnungsgemäße Erfassung des Verbrauchs liege vor, wenn Umstände gegeben seien, die dem Geräteausfall gleichzusetzen seien, weil sie eine rückwirkende Korrektur der Erfassungsmängel ausschließen (vgl. BGH, Urt. v. 16.11.2005 - VIII ZR 373/04 Rn. 13, 15). Dies sei unter anderem der Fall, wenn der am Heizkörper abgelesene Messwert aus zwingenden physikalischen Gründen nicht dem tatsächlichen Verbrauchswert entsprechen könne und damit fehlerhaft sei (vgl. BGH, Hinweisbeschl. v. 05.03.2013 - VIII ZR 310/12 Rn. 2). Hier könne aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Verbrauchserfassung objektiv fehlerhaft erfolgt sei. Hierfür genügten die von einzelnen Wohnungseigentümern in der Eigentümerversammlung geäußerten Zweifel an der Richtigkeit der Abrechnung nicht; denn der von den Wohnungseigentümern mit der Prüfung der in den Gewerbeeinheiten installierten Messgeräte beauftragte Sachverständige sei zu dem Ergebnis gelangt, dass es keine verwertbaren Erkenntnisse gebe, die sich auf die Heizkostenrechnung auswirkten. Dass die Wohnungseigentümer gerade für diesen Fall von einer verbrauchsabhängigen Verteilung der Heizkosten für das Jahr 2015 Abstand genommen haben, verstoße deshalb mangels Vorliegens der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 9a Abs. 1 und 2 HeizkostenV gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV.

Der Verstoß habe hier jedoch nicht die Nichtigkeit des Beschlusses – nur hierauf komme es wegen des Versäumens der einmonatigen Anfechtungsfrist des § 46 Abs. 1 WEG für den Erfolg der Klage an – zur Folge. Zwar sei in Rechtsprechung und Literatur umstritten, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen ein Beschluss, der mit den Vorgaben der Heizkostenverordnung nicht im Einklang stehe, nichtig oder lediglich anfechtbar sei. Teilweise werde § 3 Satz 1 HeizkostenV nur als Kollisionsnorm verstanden, die den Vorrang der Heizkostenverordnung festlege, so dass Beschlüsse nur anfechtbar seien.

Andere differenzieren nach der Art des Verstoßes gegen die Heizkostenverordnung. Nichtig soll ein Beschluss sein, wenn die Kostenverteilung generell den Rahmen der Heizkostenverordnung verlasse, während Abweichungen im Rahmen einer Jahresabrechnung grundsätzlich nur zur Anfechtbarkeit führten.

Der BGH braucht die Streitfrage – zu der er zahlreiche Nachweise anführt – nicht abschließend zu entscheiden: Jedenfalls ein Beschluss, mit dem die Wohnungseigentümer im Einzelfall – bezogen auf eine konkrete Jahresabrechnung – von den Vorgaben der Heizkostenverordnung abweichen, sei nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH entspreche allein eine den Anforderungen der Heizkostenverordnung genügende Abrechnung den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung (vgl. BGH, Urt. v. 16.07.2010 - V ZR 221/09; BGH, Urt. v. 17.02.2012 - V ZR 251/10; BGH, Urt. v. 03.06.2016 - V ZR 166/15). Dies gelte unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung oder Beschluss abweichende Bestimmungen getroffen haben, da sich diese Verpflichtung unmittelbar aus § 3 Satz 1 HeizkostenV ergebe, der die Anwendung der Vorschriften der Heizkostenverordnung im Verhältnis der Wohnungseigentümer vorschreibe. Genehmigen die Wohnungseigentümer eine Heizkostenabrechnung, die verbrauchsunabhängig orientiert sei, sei der Beschluss auf Anfechtung für unwirksam zu erklären. Insoweit bestehe kein Unterschied zu den Fällen, in denen die Wohnungseigentümer bei einer Abrechnung einen mit der Teilungserklärung nicht zu vereinbarenden Kostenverteilungsschlüssel anwenden. Auch dies habe nicht die Nichtigkeit des Beschlusses, sondern lediglich dessen Anfechtbarkeit zur Folge.

Aus der Entscheidung des BGH vom 20.09.2000 (V ZB 58/99 - BGHZ 145, 158, 166 f.) zur Beschlusskompetenz ergebe sich nichts anderes: Die Beschlusskompetenz für die Entscheidung über eine Jahresabrechnung ergebe sich aus § 28 Abs. 5 WEG. Es liege auch kein die Nichtigkeit begründender Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift i.S.d. § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG vor, „auf deren Einhaltung rechtswirksam nicht verzichtet werden kann“. Bei der Auslegung dieser Bestimmung sei zu berücksichtigen, dass nach der Konzeption des WEG Beschlüsse der Wohnungs-

eigentümer trotz Mängeln grundsätzlich gültig seien, solange sie nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt seien (§ 23 Abs. 4 Satz 2 WEG). Unterbleibe eine fristgerechte (§ 46 Abs. 1 Satz 2 WEG) Anfechtung, werden die Beschlüsse bestandskräftig. Damit soll das Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Rechtsverbindlichkeit von Beschlüssen geschützt und erreicht werden, dass unter den Wohnungseigentümern alsbald Klarheit über die Rechtslage bestehe und dass nicht Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Beschlüssen das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander noch längere Zeit belasten. Die Nichtigkeit eines Beschlusses sei demgegenüber die Ausnahme und nur anzunehmen, wenn der Schutzzweck der verletzten Vorschrift dies erfordere. So liege es nicht, wenn die Wohnungseigentümer im Rahmen einer Jahresabrechnung, d.h. in einem Einzelfall, von den Vorgaben der Heizkostenverordnung abweichen. Ein solcher Verstoß wirke sich nur auf einen beschränkten Zeitraum aus und sei daher nicht von einem solchen Gewicht, dass das Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Bestandskraft nicht (rechtzeitig) angefochtener Beschlüsse dahinter zurücktreten müsste. Hierfür spiele es keine Rolle, worin der Verstoß gegen die Vorgaben der Heizkostenverordnung bestehe, ob die Wohnungseigentümer also den Rahmen der Heizkostenverordnung verlassen, weil sie beispielsweise trotz ordnungsgemäß funktionierender Messgeräte ohne Begründung von der in den §§ 7, 8 HeizkostenV vorgesehenen Aufteilung zwischen Grundkosten und Verbrauchskosten abweichen oder etwa die Voraussetzungen des § 9a HeizkostenV, der eine Abweichung von dem Kostenverteilungsschlüssel erlaube, rechtsirrig bejahen.

Nichts anderes gelte dann, wenn die Wohnungseigentümer – wie hier – im Zusammenhang mit der anstehenden Beschlussfassung über die Genehmigung einer Jahresabrechnung vorab über einen Teilbereich dieser Abrechnung entscheiden und hierbei eine Kostenverteilung vorsehen, die den Vorgaben der Heizkostenverordnung nicht entspreche. Der Sache nach stehe dies einem Beschluss über die gesamte Jahresabrechnung gleich, in dem ein gegen die Heizkostenverordnung verstoßender Verteilungsschlüssel zugrunde gelegt worden sei.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung überzeugt und zeigt, dass jedenfalls ein nur einmaliger „Ausrutscher“ in Sachen Heizkosten nur zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses führt und nicht zur Nichtigkeit. Das wird in der Praxis in vielen Fällen schon helfen. Was bei generellen Abweichungen gilt, bleibt offen; hier spricht – wenn etwa aus Vereinfachungsgründen eine dauerhafte Abrechnung nur nach Wohnfläche beschlossen wird – vieles eher für eine Beschlussnichtigkeit.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die HeizkostenV ist vom Verwalter zu beachten. Insbesondere muss er sich im Rahmen seiner aus § 27 WEG abgeleiteten Koordinierungs- und Vorbereitungspflichten darum kümmern, dass vor (!) Beginn der Abrechnungsperiode im Rahmen der Beschlusskompetenz der Eigentümer die Grundlagenentscheidungen zur „Ausfüllung“ des durch die HeizkostenV vorgegebenen Rahmens getroffen werden (gegen Rückwirkung etwa auch LG Hamburg, Urt. v. 09.04.2014 - 318 S 66/13 - ZWE 2014, 366). Etwaige Regelungen in der TE/GO dürften als sog. „Vereinbarung in Beschlussangelegenheiten“ dabei später sogar noch durch Beschluss änderbar sein, da man von einer (konkludenten) Öffnungsklausel auszugehen hat (zutreffend Greiner, ZMR 2018, 822, 823). Die Eigentümer haben ein weites Ermessen (vgl. etwa zu den Grenzen LG Karlsruhe, Urt. v. 05.11.2015 - 11 S 120/14 - NZM 2016, 558). Blöd wird es, wenn diese Grundlagen nicht rechtzeitig geschaffen werden. Nach starken Stimmen kann die Entscheidung nicht etwa inzident im Rahmen der nächsten Jahresabrechnung „nachgeholt“ werden (ganz streng zuletzt LG Stuttgart, Urt. v. 20.06.2018 - 10 S 47/17 - ZMR 2018, 867 m. krit. Anm. Greiner, ZMR 2018, 822). Ob man die (zutreffende) Rechtsprechung zum Verbot rückwirkender Regelungen im Bereich des § 16 Abs. 3 WEG, wonach ein neuer Abrechnungsschlüssel schon aus Gründen der Transparenz und wegen der Bindungswirkung aus § 10 Abs. 4 WEG nicht stillschweigend in der Genehmigung der Jahresabrechnung „mitbeschlossen“ werden kann (BGH, Urt. v. 09.07.2010 - V ZR 202/09 - ZMR 2010, 775 Rn. 1), hier auch so streng handhaben muss, ist zwar nicht gesetzt (für Inzidentregelung in JA etwa Schmid, ZWE 2012, 214; offen LG Frankfurt, Urt. v. 17.05.2018 - 2-

13 S 91/16 - ZMR 2018, 789, deutlich LG München I, Urt. v. 30.11.2015 - 1 S 14998/14 WEG - ZMR 2016, 232). Je nach Lösung der Streitfrage – wenn es später keine inzidente „Heilung“ gibt –, kann hier aber sogar eine Verwalterhaftung konstruiert werden. Daher sollte dieser schleunigst die HeizkostenV-Hausaufgaben machen, um den Karren jedenfalls für die Zukunft aus dem Dreck zu ziehen.

Geregelt werden muss dann auch die Frage der Berechnung des Betriebsstroms der Heizung, wenn es – wie so oft – keinen Zwischenzähler gibt. In der Jahresabrechnung müssen die Kosten des Betriebsstroms der zentralen Heizungsanlage nach Maßgabe der HeizKV verteilt werden; wird der Betriebsstrom über den allgemeinen Stromzähler erfasst, muss geschätzt werden, welcher Anteil an dem Allgemeinstrom hierauf entfällt. Die Schätzung kann sich entweder auf einen Bruchteil der Brennstoffkosten stützen oder an einer Berechnung orientieren, die auf dem Stromverbrauchswert der angeschlossenen Geräte und den (ggf. geschätzten) Heiztagen beruht. Welche Schätzmethode die Wohnungseigentümer wählen, steht in ihrem Ermessen, solange sie nicht einen offenkundig ungeeigneten Maßstab wählen (BGH, Urt. v. 03.06.2016 - V ZR 166/15 Rn. 14 - NJW-RR 2017, 263); auch dies gehört in einen entsprechenden Grundlagenbeschluss zur Ausfüllung des Rahmens der HeizkostenV.

Regelungsbedarf besteht dabei (natürlich) schon in der werdenden WEG (AG Potsdam, Urt. v. 20.04.2017 - 31 C 45/16 - ZWE 2017, 379) und wenn die Mehrheit es nicht auf die Reihe kriegt, kann sogar Regelungsklage gemäß § 21 Abs. 8 WEG erhoben werden (AG Besigheim, Urt. v. 13.05.2016 - 7 C 752/14 - ZWE 2017, 52). So weit wird es der geschickte Verwalter aber sicher nicht kommen lassen müssen.

## 5

### Wohnungseigentum: Unterscheidung zwischen Funktionsbeschreibung und Zweckbestimmung in der Teilungserklärung

#### Leitsätze:

**1. Werden einzelne, zu einer Sondereigentumseinheit gehörende Räume in der Teilungserklärung**

**lungserklärung mit ihrer Funktionsbezeichnung benannt („Gaststube“, „kleiner Gastraum“, „Vorratsraum“ usw.) und erfolgt dies erkennbar nur im Zusammenhang mit der räumlichen Abgrenzung des Sondereigentums, so handelt es sich um keine Zweckbestimmungen i.S.v. § 15 Abs. 1 WEG.**

**2. Ob eine Teilungserklärung Zweckbestimmungen enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln.**

Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 14.09.2018, 55 S 201/13 WEG

von **Nicole Schlimme**, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Lehrbeauftragte an der HWR Berlin

### **A. Problemstellung**

Stört innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft ein Gewerbebetrieb durch Immissionen die anderen Eigentümer, gilt der erste Blick der Teilungserklärung, um die zulässige Nutzung zu klären. Die dort enthaltenen Regelungen sind oft unklar gefasst und beinhalten Streitpotential.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Ein Gaststättenbetreiber verlegte die zuvor mehrere Jahre im Souterrain befindliche Küche in einen im Obergeschoss gelegenen und in der Teilungserklärung als „kleiner Gastraum“ bezeichneten Raum der gemieteten Teileigentumseinheit. Einer der anderen Eigentümer fühlte sich durch den Küchenbetrieb und die Geräusche gestört und verlangte im Klagewege von den Teileigentümern die Rückverlegung der Küche in den ursprünglichen Raum, hilfsweise die Unterlassung störender Geräuschimmissionen.

Das Amtsgericht hat den Hauptantrag abgewiesen, aber dem hilfsweise gestellten Unterlassungsantrag stattgegeben. In der Berufung begehrten die Teileigentümer die Abweisung des Unterlassungsantrages, der klagende Eigentümer beantragte im Wege der Anschlussberufung die Unterlassung jeglicher Küchennutzung, hilfsweise den Rückbau der Küche in den ur-

sprünglichen Raum im Souterrain. Im Laufe des Berufungsverfahrens veräußerten die Eigentümer ihre Teileigentumseinheit und der Mieter stellte seinen Gaststättenbetrieb ein. Eine weitere Nutzung der Teileigentumseinheit unterblieb.

Das LG Berlin hat der Berufung der Teileigentümer stattgegeben und die Anschlussberufung des klagenden Eigentümers als unbegründet abgewiesen.

Dem klagenden Eigentümer stehe kein Anspruch auf Unterlassung von Geräuschimmissionen aus § 1004 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 3 WEG in Bezug auf den als Küche genutzten „kleinen Gastraum“ zu. Eine Wiederholungsgefahr könne nicht mehr angenommen werden, da sich die tatsächlichen Verhältnisse durch Veräußerung und Gewerbeaufgabe zwischenzeitlich geändert hätten. Abzustellen sei bei der Beurteilung auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.

Auch ein Anspruch auf Unterlassung jeglicher Küchennutzung in den Gewerberäumen oder auf Rückbau der Küche in den ursprünglichen Raum bestehe nicht. Die Gebrauchsregelung einer Eigentumseinheit werde durch die Teilungserklärung geregelt. Die Einheit sei dort als Gewerberaumeinheit bezeichnet und lasse damit eine grundsätzliche Küchennutzung zu. Die zusätzliche Bezeichnung des Raumes als „kleiner Gastraum“ sei nicht als Beschränkung oder Zweckbestimmung im engeren Sinne, sondern neben der Nennung anderer Räume wie „Gaststube“ und „Vorratsraum“ lediglich als Aufzählung anzusehen. Eine verbindliche Festlegung der Funktion der Räume erfolge damit nicht.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Begründung der Entscheidung des LG Berlin überzeugt. In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob sich möglicherweise über die Zweckbestimmung der Nutzung als Teileigentumseinheit hinaus weitere Zweckbestimmungen aus der Teilungserklärung ergeben. Manchmal ist eine möglicherweise weitere Nutzungsbeschränkung aber nicht allein aus der Teilungserklärung, sondern (auch) aus den der Teilungserklärung beiliegenden Aufteilungsplänen zu entnehmen. In diesen Fällen ist ebenfalls durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich jeweils um

bindende Zweckbestimmungen oder um unverbindliche Beschreibungen handelt (BGH, Urt. v. 16.11.2012 - V ZR 246/11 - ZMR 2013, 153; BGH, Urt. v. 15.01.2010 - V ZR 40/09 - ZMR 2010, 461).

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Da die Frage, ob die Regelungen in der Teilungserklärung Zweckbestimmungen darstellen, durch Auslegung zu ermitteln ist, werden die gerichtlichen Entscheidungen jeweils Einzelfallentscheidungen bleiben.

Zu unterscheiden ist im Rahmen der Zweckbestimmung in der Teilungserklärung (noch) zwischen Räumen, die Wohnzwecken dienen und solchen, die nicht Wohnzwecken dienen. Beides kann nicht nebeneinander vorliegen (BGH, Urt. v. 27.10.2017 - V ZR 193/16 - NJW 2018, 41, 42). Allerdings scheint die Rechtsprechung die strikte Abgrenzung zwischen dem jeweils ausschließlichen Nutzungszweck der Wohnraum- oder Gewerberaumnutzung aufzuweichen.

Eine Lösung könnte sein, zukünftig in einer Teilungserklärung auf weitere Zweckbestimmungen als Wohn- und Teileigentum zu verzichten oder ausdrücklich mehrere Gebrauchsmöglichkeiten zuzulassen, z.B. bei Zweckbestimmung einer Sondereigentumseinheit als Gewerbewohnung (KG, Urt. v. 03.12.2007 - 24 U 71/07 - WuM 2008, 165) oder die Festschreibung der Möglichkeit der Änderung der Zweckbestimmung durch den Sondereigentümer (AG Köln, Urt. v. 19.12.2017 - 215 C 74/17). Eindeutigere Regelungen in der Teilungserklärung wären wünschenswert.

#### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Die vom Prozessbevollmächtigten eingereichte Berufungsschrift als auch die Berufungsbegründung wiesen als Unterschrift lediglich eine Namenskürzung mit dem Anfangsbuchstaben des Prozessbevollmächtigten auf. Gegen die nicht ordnungsgemäß eingelegte Berufung wurde auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt, da den Prozessbevollmächtigten kein Schuldvorwurf treffe. Auch die erstinstanzlich erstellten Schriftsätze habe der Prozessbevollmächtigte lediglich mit der Namenskürzung, be-

stehend aus dem Anfangsbuchstaben, unterzeichnet. Dies entspreche zwar nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterzeichnung bestimmender Schriftsätze, jedoch habe die Partei darauf vertrauen dürfen, dass die Unterschrift die formalen Anforderungen erfülle. Schließlich sei die Unterschrift erstinstanzlich jeweils unbeanstandet geblieben.

## 6

### Offenlegungs- und Wahrheitspflichten des Maklers: Rückzahlung der Maklerprovision aufgrund familiärer Verflechtungen von Eigentümer und Makler?

#### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**Das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Vater und Tochter schließt grundsätzlich den Maklerlohn nicht aus, auch wenn dieses nicht offengelegt wurde.**

Anmerkung zu AG Köln, Urteil vom 20.06.2018, 123 C 50/18

von **Dr. Barbara Anzellotti**, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Pro Law Rechtsanwälte & Partner

#### A. Problemstellung

Der Mieter machte vorliegend Rückerstattungsansprüche einer gezahlten Maklercourtage geltend, weil die makelnde Tochter des Eigentümers dieses Verwandtschaftsverhältnis nicht offengelegt hat. Der Mieter sieht sich dadurch getäuscht und begründet dies mit einem generalisierbaren Interessenkonflikt aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Makler und Vertragspartner. Das AG Köln hat sich in diesem Zusammenhang u.a. mit der Frage der echten und unechten Verflechtung, der Bedeutung des ungestörten Vater-Kind-Verhältnisses, den Offenlegungspflichten gegenüber dem Mieter und der Bedeutung der wirtschaftlichen Verbindung zwischen Auftraggeber und Makler befasst.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagte ist Immobilienmaklerin und hat im Jahr 2014 eine Wohnung ihres Vaters zur Vermietung angeboten, welche der Kläger (Mieter) im gleichen Jahr angemietet hat. Der Kläger begründete seinen im Januar 2018 erhobenen Klageanspruch insbesondere mit der Begründung seiner arglistigen Täuschung als Mieter. Denn während der Vermittlungsgespräche haben sich Tochter und Vater gesiezt. Der Kläger hat insoweit vorgetragen, dass die Beklagte das Verwandtschaftsverhältnis ihm gegenüber nicht offengelegt hat und der aus seiner Sicht bestehende Interessenkonflikt den Anspruch auf Zahlung einer Maklercourtage generell ausschließt. Hilfsweise hat der Kläger den Vorwurf einer sittenwidrigen Schädigung erhoben.

Das AG Köln hat die Klage des Mieters als unbegründet abgewiesen.

Nach Auffassung des Amtsgerichts liegt ein Fall der echten Verflechtung (entschieden durch BGH, Urt. v. 01.04.1992 - IV ZR 154/91) nur vor, wenn die Tochter (Maklerin) mit ihrem Vater (Eigentümer der Immobilie) gesellschaftsrechtlich oder auf andere Weise verbunden ist. Allein das Vater-Kind-Verhältnis begründe eine solche Verflechtung nicht.

Auch eine sog. unechte Verflechtung hat das AG Köln verneint. Eine solche werde angenommen, wenn sich der Makler in einem „institutionalisierten Interessenkonflikt“ befinde, der ihn zur sachgerechten Wahrnehmung der Interessen seines Auftraggebers – hier des Eigentümers – als ungeeignet erscheinen lasse (BGH, Urt. v. 12.03.1998 - III ZR 14/97). Tatsächlich begründe das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Vater und Tochter isoliert betrachtet jedoch keinen entsprechenden Interessenkonflikt. Dies ergebe sich insbesondere aus Art. 6 GG, der verbiete, dass Verheiratete oder Familienangehörige benachteiligt werden, nur weil sie verheiratet oder miteinander verwandt seien. Zwar stelle demgegenüber das BVerfG bei Eheleuten nach wie vor auf das Kriterium der „nicht gestörten Ehe“ ab, die auf eine enge wirtschaftliche Verbindung zwischen den Eheleuten schließen lasse und den als Makler tätigen Ehepartner in der Regel daran hindere, die Interessen seines Auftraggebers angemessen und neutral zu wahren (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988 - 1 BvR 1264/87). Diese Fallkonstellation lag aber in dem vom AG

Köln entschiedenen Fall nicht vor. Auf den Umstand einer „nicht gestörten“ Beziehung komme es in einem Vater-Tochter-Verhältnis gerade nicht an. Denn eine wirtschaftliche Verbindung könne in einem erwachsenen Vater-Tochter-Verhältnis nicht automatisch unterstellt werden. In dem vom AG Köln zu entscheidenden Fall war die Tochter seit vielen Jahren als selbstständige Maklerin tätig. Anhaltspunkte für eine wirtschaftliche Abhängigkeit – zum Beispiel durch Dienstvertrag oder Arbeitsvertrag – lagen nicht vor.

Der Tatbestand einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB setzt nach Auffassung des Amtsgerichts eine sittenwidrige Handlung zum Nachteil des Geschädigten voraus. Das Verschweigen der Vater-Tochter-Beziehung reiche insoweit nicht aus. Schließlich hätte die Anfechtung zudem unverzüglich nach Kenntnis erklärt werden müssen.

## C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung stellt klar, dass eine bereits geleistete Maklercourtage aufgrund familiärer Verflechtungen grundsätzlich durch Geltendmachung eines bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruchs nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 i.V.m. § 652 BGB zurückverlangt werden kann. Sie macht aber gleichzeitig deutlich, dass die Hürden für die erfolgreiche Geltendmachung eines solchen Rückzahlungsanspruchs hoch sind. Denn ein solcher Rückzahlungsanspruch setzt – zutreffend – einen echten Verflechtungstatbestand voraus. Der BGH hat dazu festgestellt, dass es auf das tatsächliche Vorliegen einer gesellschaftsrechtlichen und wirtschaftlichen Verflechtung zum Zeitpunkt des Makelns ankommt (BGH, Urt. v. 19.02.2009 - III ZR 91/08).

Besteht lediglich ein Verwandtschaftsverhältnis, z.B. zwischen Auftraggeber (Eigentümer) und Makler, handelt es sich nicht um eine echte, sondern um eine sog. „unechte Verflechtung“. Das Bestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses schließt die Zahlung einer Vergütung für erbrachte Vermittlungstätigkeiten (hier: Maklerlohn) indes noch nicht aus. Denn ein solches Verwandtschaftsverhältnis begründet nicht per se eine Abhängigkeit des Maklers von seinem – verwandten – Auftraggeber (vgl. BGH, Urt. v. 03.12.1986 - IVa ZR 87/85). Das BVerfG hat selbst für den Fall des Bestehens einer eheli-

chen Beziehung zwischen Makler und Auftraggeber unter Berücksichtigung der Regelungsinhalte der Art. 3 und 6 GG klargestellt, dass die Ehe zwischen Makler und Auftraggeber isoliert betrachtet noch nicht zum Provisionsausschluss führen darf (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.1987 - 1 BvR 1187/86 - BVerfGE 76, 126).

Umso mehr muss das im Verhältnis Vater/Mutter-Kind gelten. Insoweit hat das BVerfG zwar zunächst den Standpunkt vertreten, dass das Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Parteien keine Rückschlüsse auf einen etwaigen Interessenkonflikt zulässt. Lediglich in einer ungestörten ehelichen Beziehung hat das BVerfG ein Indiz für wirtschaftliche Bindungen gesehen, welches im Fall einer Geschäftsbeziehung zu einem Dritten offenzulegen gewesen wäre (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988 - 1 BvR 1264/87 - BVerfGE 78, 128). Diese Grundsätze sind indes nicht auf ein erwachsenes Eltern-Kind-Verhältnis übertragbar. Selbst der Aspekt einer möglichen späteren Erbfolge ist insoweit jedenfalls zu vage für ein wirtschaftliches Motiv.

Das AG Köln hat in seiner Entscheidung den Fokus klar auf die Fragestellung beschränkt, um wessen Interessenkonflikt es bei dem zu entscheidenden Sachverhalt geht. Das war vorliegend nicht ein Interessenkonflikt des klagenden Mieters mit der Maklerin, sondern ausschließlich der mögliche Interessenkonflikt zwischen der Maklerin (Tochter) und ihrem Auftraggeber (Eigentümer und zugleich Vater). Ein relevanter und damit rechtlich erheblicher Interessenkonflikt entsteht in der Regel immer dann, wenn zwei in einem engen Verwandtschaftsverhältnis stehende Personen auch wirtschaftlich verbunden sind, oder – so das BVerfG – wenn regelmäßig nicht in einem Verwandtschaftsverhältnis stehende Eheleute in einem ungestörten Eheverhältnis und damit in enger wirtschaftlicher Verknüpfung leben. In beiden Fällen obliegt dem Vertragspartner des Dritten eine Offenlegungspflicht.

Der in dem von dem AG Köln entschiedenen Fall als Anspruchsgrundlage in Frage kommende Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB setzt bekanntermaßen eine arglistige Täuschung – hier der Maklerin gegenüber dem Mieter – voraus. Da bezüglich eines Vater-Tochter-Verhältnisses aber mangels Vorliegens einer echten wirtschaftlichen Verflechtung keine Offenlegungspflicht gegenüber dem klagenden

den Mieter bestand, können an das (seitens des Mieters vorgeworfene) Unterlassen der Offenlegung keine Rechtsfolgen geknüpft werden. Dies gilt umso mehr, als hier der im Rahmen des § 826 BGB vorausgesetzte Schädigungsvorsatz ebenfalls fehlte.

Eine Anfechtung des Maklervertrages nach § 123 BGB hätte im Übrigen innerhalb eines Jahres nach Kenntnis erklärt werden müssen, was der hiesige Kläger ebenfalls versäumt hat. Er verfügte seit der Anmietung der ihm durch die beklagte Maklerin vermittelten Wohnung über die Kenntnis des zwischen dieser und dem Eigentümer der Immobilie bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses. Diesen Zeitpunkt der Kenntnis hat der Kläger in dem vorbezeichneten Rechtsstreit zwar bestritten. Insoweit musste das AG Köln aber keine weitere Aufklärung betreiben, da der für einen Anspruch auf Rückzahlung vorausgesetzte Interessenkonflikt vorliegend aus den vorstehend erläuterten Gründen nicht bestand.

Im Zusammenhang mit der vorbezeichneten Entscheidung des AG Köln ist auch auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urt. v. 25.09.2015 - I-7 U 48/14) zu verweisen. Der Entscheidung lag ebenfalls eine Eltern-Kind-Beziehung zwischen Auftraggeber und Makler zugrunde. Jedoch hatte dort der Makler und Sohn des Eigentümers der dem Maklervertrag zugrunde liegenden Immobilie auf Nachfragen des Interessenten und späteren Mieters das Verwandtschaftsverhältnis zu seinem Vater konkret verneint. Dennoch hat das OLG Düsseldorf auch in diesem Fall eine „unechte Verflechtung“ mit den vorstehend im Rahmen der Entscheidung des AG Köln dargestellten Argumenten verneint. Zwar stellt die Lüge des Maklers ein verwerfliches Fehlverhalten desselben dar. In dem aktiven Verneinen der Verwandtschaft zu dem Eigentümer der dem Maklervertrag zugrunde liegenden Immobilie sah das OLG Düsseldorf indes ebenfalls zutreffend eine Verletzung von Vertragspflichten des Maklers, was aber für sich nicht geeignet ist für die Annahme, dass der Makler nicht mehr zu einer selbstständigen, von dem Vermieter unabhängigen Willensbildung fähig wäre.

Indes liegt aber in dem aktiven Verneinen der Verwandtschaft ein vorsätzlicher schwerwiegender Pflichtverstoß, wodurch der Mieter seinen Anspruch auf Maklerlohn verwirkt. Das

OLG Düsseldorf hat seine Entscheidung seinerzeit unter Berufung auf die Regelung des § 654 BGB begründet. Danach ist § 654 BGB über seinen Wortlaut hinaus entsprechend anzuwenden, wenn ein Makler zwar nicht vertragswidrig für den anderen Teil tätig geworden ist, aber sonst unter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwidergehandelt hat. Kernfrage bleibt daher, ob ein Makler vorsätzlich einen schwerwiegenden Pflichtverstoß begangen hat, wodurch er sich in Anbetracht seines Lohnes als „unwürdig“ erweist.

Eine grundsätzliche Hinweis- oder Offenbarungspflicht des Maklers besteht hingegen nicht. Das Sieden trotz Bestehens eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen den Beteiligten (Makler und Eigentümer) während eines Besichtigungstermins stellt keine schwerwiegende Treuepflichtverletzung in dem Geschäftsbesorgungsvertrag zu dem (potentiellen) Mieter dar und taugt daher auch nicht als Basis für eine erfolgreiche Berufung auf § 826 BGB und mithin für einen Rückforderungsanspruch bereits gezahlter Maklercourtage.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Entscheidung befasst sich mit den Voraussetzungen der sog. „echten“ und „unechten“ Verflechtung, welche sowohl der BGH als auch das BVerfG in der Vergangenheit bereits weitestgehend festgelegt haben. Bei Hinzutreten besonderer Umstände (ungestörtes Eheverhältnis zwischen Makler und Eigentümer der Immobilie) kann der Maklerlohn bei fehlender Offenlegung der Verwandtschaftsbeziehung trotz fehlender „Verflechtung“ aufgrund wirtschaftlicher Verknüpfung zwischen Auftraggeber und Makler zurückgefordert werden. In diesem Fall sollte der Makler in jedem Fall die eheliche Beziehung offenlegen, um das Risiko späterer Anfechtung einer einmal geleisteten Provision von vornherein auszuschließen. Ein aktives Verleugnen einer Verwandtschaftsbeziehung kann als schwerwiegende Treueverletzung gewertet werden und so den Makleranspruch verwirken.