

Allgemeine Einführung in die Parallelwelten von Wohnungseigentum und Mietrecht von Dr. Olaf Riecke, Hamburg

Die Vermietung von Sonder- oder/und Gemeinschaftseigentum als anspruchsvolles Betätigungsfeld für WEG- und Hausverwalter

a) Allgemeines

Schließen Mietvertragsparteien einen Mietvertrag über ein Sonder- oder/und Gemeinschaftseigentum (die Mietsache), sind neben den Regelungen zum Mietvertrag in §§ 535 ff BGB eine Reihe von **wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten** zu beachten und bedenken. Sowohl zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als auch später können sich für die Mietvertragsparteien **Rechte und Pflichten** aus dem Wohnungseigentumsgesetz, einem Teilungsvertrag oder einer Teilungserklärung, einem Aufteilungsplan, den verdinglichten und schuldrechtlichen Vereinbarungen im Sinne des § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG sowie den Beschlüssen der Wohnungseigentümer ergeben. Außerdem gibt es zwischen den Rechtsgebieten Abhängigkeiten, vor allem, aber nicht nur im Betriebskostenrecht und bei der Frage des noch zulässigen Mietgebrauchs. Wohnungseigentumsrechtliche Besonderheiten sind bereits bei der Frage zu beachten, was als Mietsache und wer als Vermieter angesehen werden kann, vor allem, aber nicht nur bei Mietverträgen, die noch vor Umwandlung eines Mietshauses geschlossen worden waren. Aus einer Vereinbarung kann sich ferner ein Vermietungsgebot oder -verbot ergeben. Aus einer Vereinbarung oder einem Beschluss nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 WEG können sich auch Einschränkungen des zulässigen Mietgebrauchs ergeben. Spezifisch wohnungseigentumsrechtliche Probleme ergeben sich weiter bei vom Mieter ausgehenden Störungen des Mietverhältnisses. Auch für die Frage, wer eine Instandsetzung der Mietsache schuldet und ob der Vermieter dieser überhaupt ermöglichen kann, müssen wohnungseigentumsrechtliche Fragestellungen beachtet werden. Schließlich sind die Auswirkungen des Wohnungseigentumsrechts bei Erstellung der Betriebskostenabrechnung nicht zu unterschätzen.

b) Mitbenutzungsrechte des Mieters

Der Mieter eines Sonder- oder Gemeinschaftseigentums kann die Mietsache selbst gebrauchen. Er ist ferner berechtigt, im Gemeinschaftseigentum stehende Teile des Gebäudes, Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, zu nutzen. Diese Flächen sind auch ohne besondere Erwähnung im Mietvertrag zur **Mitbenutzung** stets **mitvermietet** (BGH ZMR 2007, 180 mit Anm Schläger = WuM 2007, 29 = NJW 2007, 146 = MDR 2007, 453; NJW 1967, 154; OLG Düsseldorf ZMR 1996, 96, 97). Das Gebrauchsrecht des Mieters nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst stets das Recht zur angemessenen und der Mietsache dienenden Mitbenutzung des Gemeinschaftseigentums (BVerfG NJW 1996, 2858; BGH ZMR 2007, 180 mit Anm Schläger = WuM 2007, 29 = NJW 2007, 146 = MDR 2007, 453; OLG Düsseldorf ZMR 1996, 96, 97; OLG München NJW-RR 1992, 1492, 1493; LG Hamburg WuM 1997, 176; WuM 1997, 47; Sternel MDR 1997, 315, 316; Münchener Kommentar/Häublein § 535 BGB Rn 70). Der Mieter einer im Sonder- oder Gemeinschaftseigentum stehenden Wohnung oder eines Ladenlokals ist **dabei im selben Umfange** zum Gebrauch des Gemeinschaftseigentums berechtigt, wie es der Eigentümer wäre. Der Mieter kann das gemeinschaftliche Grundstück zB zur Anlieferung von Waren nutzen, soweit diese Tätigkeit mit der Nutzung der von ihm gemieteten Räume zusammenhängt (OLG Düsseldorf OLGReport Düsseldorf 2004, 499, 500). Der vermietende Sondereigentümer selbst – wenn ihm nicht mehrere Einheiten gehören und er eine davon nutzt – darf nach Übertragung seines Mitgebrauchsrechts das gemeinschaftliche Eigentum nicht neben dem Mieter gebrauchen, jedenfalls dann nicht, wenn durch die Doppelnutzung Rechte der anderen Eigentümer übermäßig beeinträchtigt würden, zB bei ständiger Überfüllung einer im Gemeinschaftseigentum stehenden Sauna.

c) Mieter

Gemeinschafts- und Sondereigentum können von Jedermann gemietet werden. Mieter kann auch – und das ist sogar die Regel – ein **Wohnungseigentümer** sein (BayObLG NZM 2000, 667; Drasdo FS Blank [2006], S 617; Kreuzer FS Blank [2006], S 651, 655/656). Konkurrieren ein Dritter und ein Wohnungseigentümer um das Gemeinschaftseigentum als Mietsache, entspricht es nach dem die Wohnungseigentümer verbindenden Gemeinschaftsverhältnis allein ordnungsmäßiger Verwaltung, dem abschlussbereiten Wohnungseigentümer bei den selben Bedingungen und identischer Leistungsfähigkeit einen **Vorrang als Mieter** einzuräumen (Kreuzer FS Blank [2006], S 651, 657). Probleme können sich dabei ergeben, wenn beschlossen wird, das Gemeinschaftseigentum **langfristig** an einen Wohnungseigentümer zu vermieten und die Vermietung in ihren **Wirkungen** letztlich einem indes nicht – ohne Anpassungsvereinbarung/Öffnungsklausel – im Wege des

Beschlusses begründbaren **Sondernutzungsrecht** gleich kommt. Erwirbt ein Mieter das Wohnungseigentum an seiner Wohnung (Sondereigentumseinheit) und wird er dadurch Wohnungseigentümer, ist das Mietverhältnis beendet, es sei denn, zur **einheitlichen** Mietsache gehörte neben dem Sondereigentum eine Fläche des Gemeinschaftseigentums (vgl dazu BGH ZMR 2006, 30, 31 = NZM 2005, 941) und der Veräußerer war nicht alleiniger Vermieter. Für den ehemaligen Mieter und neuen Wohnungseigentümer werden der Teilungsvertrag (die Teilungserklärung) und eine ggf bestehende Gemeinschaftsordnung gemäß §§ 10 Abs. 3 und Abs. 4 WEG ohne weiteres bindend (KG ZMR 2002, 544, 545 = ZWE 2002, 327).

d) Vermieter

Ein Mietvertrag kommt zwischen denjenigen Personen zustande, die miteinander **vertragliche Beziehungen eingehen** wollen (PWW/Elzer § 535 Rn 55). Der Vermieter braucht **nicht Eigentümer** der Mietsache zu sein (BGH LM Nr 14 zu § 535 BGB; OLG Zweibrücken ZMR 1995, 119, 120; PWW/Elzer § 535 Rn 55). Die Parteien eines Mietvertrages werden allein durch den zwischen ihnen geschlossenen Mietvertrag bestimmt. Ihre Beziehungen zur Mietsache, seien es Eigentums-, Besitz- oder sonstige Nutzungsrechte, sind unerheblich (KG MDR 1998, 529). Gegenüber dem allgemeinen Mietrecht können im Hinblick auf die Person des Vermieters allerdings Besonderheiten aus der **zeitlichen Abfolge** von Mietvertrag und Begründung des Wohnungseigentums folgen. **Vor Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer** ist bei einer Begründung nach § 8 WEG der aufteilende Alleineigentümer als Vermieter anzusehen. Bei einer noch nicht vollzogenen Aufteilung nach § 3 WEG sind hingegen sämtliche Miteigentümer als Vermietergemeinschaft oder Vermietergesellschaft »Vermieter« (Schach in Kinne/Schach/Bieber Miet- und Mietprozessrecht § 535 BGB Rn 15). Probleme können daraus erwachsen, dass nach der Umwandlung nicht nur ein Sondereigentum, sondern eines oder mehrere Sondereigentumsrechte und/oder das Gemeinschaftseigentum **Gegenstand einer einheitlichen Mietsache** werden (Umwandlungsfälle). Ferner ist noch nicht entschieden, wie sich die **ursprüngliche Vermieterstellung** des ehemaligen Alleineigentümers oder der früheren Miteigentümer zu der im Wohnungseigentumsrecht vertretenen Meinung verhält, Vermieter der im Gemeinschaftseigentum stehenden Flächen sei der Verband Wohnungseigentümergeinschaft, sowie zur Anordnung in § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG, dass allein der Verband Wohnungseigentümergeinschaft berechtigt ist, gemeinschaftsbezogene Rechte auszuführen.

e) Zweckbestimmungen im weiteren Sinne

Ist als zulässige Nutzung eines Sondereigentums nach §§ 3 und 8 WEG entweder »Wohnungseigentum« oder »Teileigentum« bestimmt, handelt es sich bei dieser Zweckbestimmung nach hM um eine Vereinbarung iSv §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 Satz 2, 15 Abs. 1 WEG. Die wichtigste Folge dieser Ansicht besteht darin, dass die Wohnungseigentümer oder ein von diesen Ermächtigter die Zweckbestimmung »Wohnungseigentum« **außerhalb des Grundbuchs** in eine Zweckbestimmung »Teileigentum« ändern können (und umgekehrt). Die Zweckbestimmung eines Sondereigentums als »Wohnungseigentum« umfasst das Wohnen ebenso wie das Vermieten zum Wohnen auf Dauer (BayObLG ZMR 2003, 693, 694; NJW 1992, 917); auch dann, wenn eine Anlage als **Ferienwohnanlage** geplant gewesen ist (BayObLG ZMR 2003, 693, 694).

f) Wege zur Vermeidung von Kollisionen

Auch für den Mietvertrag über ein Sonder- oder Gemeinschaftseigentum gelten §§ 535 ff BGB. Die für eine Mietsache – sei es dem sozialen Mietrecht unterliegender Wohnraum oder sei es eine beabsichtigte gewerbliche Nutzung – aus dem BGB und den weiteren einschlägigen Vorschriften (ua BetrKVO, HeizkostenV, NMV 1970) zu beachtenden Pflichten und Grenzen gelten selbstverständlich auch hier. Soll ein Mietvertrag über Sonder- oder Gemeinschaftseigentum abgeschlossen oder vorbereitet werden, ist aber weiter zu prüfen, ob und ggf inwieweit **Kollisionen** zwischen wohnungseigentumsrechtlichen Besonderheiten und dem Mietrecht bestehen und ob und ggf wie diese auf eine angemessene und sachgerechte Art und Weise **vermeidbar** sind.

aa) Anfängliche Kollisionen

Um wenigstens einer bereits **anfänglichen Kollision** ausweichen sollte der Vermieter eines Sonder- oder Gemeinschaftseigentums bei Neuabschluss eines Mietvertrages versuchen, die jeweiligen Rechtskreise miteinander so weit wie möglich zu **harmonisieren**. Um dieses Ziel zu erreichen, sind vom Vermieter und dem diesen beratenden Rechtsanwalt oder Verwalter ua die im Folgenden jeweils noch näher darzustellenden Punkte zu beachten und wenn möglich, im Mietvertrag durch entsprechende Klauseln angemessen zu berücksichtigen: Steht die Mietsache im Sondereigentum oder/und im Gemeinschaftseigentum?

Wer tritt als Vermieter oder für den Vermieter als Vertreter auf?

Ist der ggf für den Verband handelnde Verwalter nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr 7 WEG dazu ermächtigt worden, über das Gemeinschaftseigentum einen Mietvertrag zu schließen?

Ist Mietsache ein Wohnungs- oder Teileigentum?

Was ist der beabsichtigte Mietzweck: Nutzung als Wohnraum oder Nutzung zu gewerblichen Zwecken?

Welchen Störungen sind durch den beabsichtigten Mietzweck zu erwarten?

Gibt es ein Vermietungsverbot, ggf welchen Umfangs?

Gibt es eine die Vermietung beschränkende Regelung?

Gibt es einen Zustimmungsvorbehalt?

Würden die dem Mieter eingeräumten Rechte das Maß übersteigen, in dem der Vermieter das Gemeinschaftseigentum nach §§ 13 und 14 WEG nutzen dürfte?

Bestehen Gebrauchsbestimmungen nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 WEG (Zweckbestimmungen im engeren Sinne), die im Mietvertrag berücksichtigt werden müssten?

Gibt es eine Eigentümer-Hausordnung, die im Mietvertrag berücksichtigt werden müsste?

Welcher Abrechnungsmaßstab soll im Mietvertrag für die Umlage der Betriebskosten gelten?

Sind die als Abrechnungsmaßstab ggf zu vereinbarenden Miteigentumsanteile angemessen festgesetzt worden?

Stimmen der Abrechnungszeitraum der Wohnungseigentumsanlage und der mietvertraglich vorgesehene überein?

bb) Kollisionen im Laufe des Mietverhältnisses

Auch dann, wenn jedenfalls bei Mietvertragsabschluss auf wohnungseigentumsrechtlichen Besonderheiten geachtet wurde und die jeweiligen Regelungskreise identisch oder miteinander jedenfalls soweit als möglich synchronisiert sind, sind die Mietvertragsparteien im Laufe des Mietverhältnisses vor den Mietvertrag betreffenden **Änderungen nicht gefeit**. Zwar muss der Vermieter, wenn kein Fall des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG vorliegt, eine Vereinbarung, die unmittelbar oder mittelbar in das Mietverhältnis eingreife, nicht schließen (ob der Mieter einen Anspruch auf eine ablehnende Haltung des Vermieters hätte, ist ungeklärt, aber in der Regel zu **bejahen**). Die Wohnungseigentümer können aber in einem sehr weiten Umfang auch im Wege des Beschlusses – und also bloß mehrheitlich – ihre Angelegenheiten regeln. Ein vermietender Wohnungseigentümer kann sich gegen solche Beschlüsse dann, wenn sie ordnungsmäßig iSv §§ 15 Abs. 2, 21 Abs. 4 WEG sind, nicht wehren. In Bezug auf Mietverhältnisse kommen vor allem in Betracht Beschlüsse nach § 15 Abs. 2 WEG, mit denen sich die Wohnungseigentümer eine **neue Gebrauchsregelung** geben, solche nach § 16 Abs. 3 WEG, mit denen sich die Wohnungseigentümer **neue Umlageschlüssel für die Betriebskosten** geben, und solche nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG, mit denen die bestehende **Hausordnung verändert** wird. In allen diesen Fällen kann der Vermieter zwar seine besonderen Belange und seine besondere Situation als vertraglich gegenüber einem Mieter ggf anders Gebundener in die Abstimmung über einen Beschlussantrag mit einbringen und seine Rechte geltend machen – auch im Wege einer Anfechtung eines entsprechenden Beschlusses nach §§ 43 Nr 4, 46 Abs. 1 Satz 1 WEG. Allein in der Vermietung wird aber jedenfalls in der Regel kein Moment erkannt werden können, dass es den Wohnungseigentümern verbietet, eine bestehende Bestimmung zu ändern und ihren neuen Bedürfnissen anzupassen. Etwas anderes kann nur **ausnahmsweise** und dann gelten, wenn die Belange des oder der vermietenden Wohnungseigentümer die Interessen der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen **deutlich überragen**. Das kann zB in einer Anlage der Fall sein, wo es keine oder überwiegend keine selbstnutzenden Wohnungseigentümer gibt.

(1) Einseitige Änderungsmöglichkeiten

Vermietende Sondereigentümer oder der ein Gemeinschaftseigentum Vermietende haben kraft Gesetzes die Möglichkeit, durch einseitige Erklärung nach § 556a Abs. 2 BGB den mietrechtlichen Abrechnungsmaßstab dem wohnungseigentumsrechtlichen Maßstab anpassen, wenn in einer Anlage **erstmalig** eine verursachungsbezogene Abrechnung eingeführt wird. Entsprechendes gilt, wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 4 Satz 2 HeizkostenV vorliegen. In Ausnahmefällen kann außerdem § 313 BGB (Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage) greifen (Armbrüster FS Blank [2006], S 577, 587).

(2) Dynamische Klauseln

Um ein Auseinanderfallen zwischen den Regelungen des Mietvertrages und den Bestimmungen der Wohnungseigentümer zu verhindern, ist vorstellbar, den Mieter durch eine Bestimmung im Mietvertrag an die jeweils zwischen den Wohnungseigentümern geltenden Bestimmungen zu binden (**dynamische Klausel**; ein **Formulierungsvorschlag** findet sich bei Röhl/Sauren Teil E Nr. 7). Soweit dieses in einem **Individualvertrag** geschieht, bestehen **keine durchgreifenden Einwände** (Müller/Becker Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht N. I. 1. Anm 1; Röhl/Sauren Teil C Rn 296; Elzer MietRB 2006, 75; Müller ZMR 2001, 506, 508; aA Nüßlein PiG 76, S 153).

Soweit der Mietvertrag – wie meist – ein **Formularvertrag** ist, ist die entsprechende Klausel anhand von §§ 305 ff BGB zu überprüfen. Teilweise wird insoweit vor allem für Klauseln zu den **Betriebskosten** und zur **Hausordnung** geltend gemacht, eine dynamische Klausel sei iSv § 305c Abs. 1 BGB **überraschend** (ua Riecke WuM 2003, 309; Ruthmann Wohnungseigentumsrechtliche Bindungen bei Mietverträgen über Wohnungseigentum, S 26; s auch Bärmann/Seuß/F. Schmidt B Rn 59). Gegen eine dynamische Klausel wird weiter geltend gemacht, in ihr sei nach § 308 Nr 4 BGB ein **unzulässiger Änderungsvorbehalt** zu sehen (Nüßlein PiG 76, S 152/153; aA Elzer MietRB 2006, 75). Ein Änderungsvorbehalt ist jedenfalls unwirksam, wenn die Vertragsänderung **nicht zumutbar** ist (s. Armbrüster FS Blank [2006], S 577, 581 ff). Für die Frage der Zumutbarkeit ist in den Blick zu nehmen, dass der Mieter selbst dann, wenn eine vertragliche Bindung nicht

bestünde, keine weiteren Gebrauchsrechte besäße (hierher ist auch die Hausordnung zu zählen), als ihm die unter den Wohnungseigentümern geltenden Bestimmungen dem Vermieter einräumen.

Mietsache

a) Allgemeines

In der Praxis steht als Mietsache Sondereigentum – also **Wohnungs- und Teileigentum** – im Vordergrund. Mietsache kann aber auch das Gemeinschaftseigentum sein (Drasdo FS Blank [2006], S 617 ff).

b) Sondereigentum

Ob und ggf in welcher Weise ein Sondereigentum (Wohnungseigentum ist Sondereigentum an einer Wohnung, Teileigentum Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen, § 1 WEG) vermietet wird, hat allein der Eigentümer des Sondereigentums zu bestimmen. Ist Sondereigentum die Mietsache, schließt der Sondereigentümer oder für ihn ein Vertreter den Mietvertrag. Vertragliche Beziehungen bestehen nur zwischen den Vertragsparteien. Wegen der Bindungen, denen er selbst als Wohnungseigentümer unterliegt, ist der Vermieter freilich bei der Formulierung seiner Vertragsregelungen nicht frei. Er muss vor allem die Rechte und Pflichten beachten, die für ihn selbst nach §§ 13 bis 15 WEG gelten. Ferner kann er Probleme bei Erstellung der von ihm geschuldeten Betriebskostenabrechnung haben, wenn er eine Harmonisierung und eine vertraglich eingeräumte Änderungsbefugnis versäumt hat.

c) Gemeinschaftseigentum als Mietsache

Die Wohnungseigentümer können **vereinbaren**, im Gemeinschaftseigentum stehende Flächen oder Räume zu vermieten. In Betracht kommen zB Kellerräume, Bodenräume, Garagen, Parkflächen, Parkplätze oder Freiflächen. Über die Frage der Vermietung von Gemeinschaftseigentum kann ferner **durch Beschluss** entschieden werden (BGH ZMR 2000, 845; OLG Hamburg ZMR 2000, 628, 630; WE 1993, 167, 168; BayObLG BayObLGZ 1999, 377; Kreuzer FS Blank [2006], S. 651, 653/654; Müller ZWE 2005, 303, 312). In der Vermietung von Gemeinschaftseigentum ist eine **Regelung des Gebrauchs** des Gemeinschaftseigentums iSv § 15 Abs. 1 und Abs. 2 WEG zu sehen (Kreuzer FS Blank [2006], S. 651, 653/654). Der Beschluss schafft insoweit die gemeinschaftsrechtliche Voraussetzung dafür, dass Gemeinschaftseigentum vermietet werden kann und entzieht den Wohnungseigentümern nicht das Recht zum Mitgebrauch (Kreuzer FS Blank [2006], S. 651, 653/654; aA Merle WE 1989, 20). Der Beschluss über die Vermietung von Gemeinschaftseigentum regelt nämlich die **Art und Weise** seiner Ausübung, indem er die Möglichkeit des unmittelbaren (Eigen-)Gebrauchs durch die des mittelbaren (Fremd-)Gebrauchs ersetzt und an die Stelle des unmittelbaren Gebrauchs, §§ 13 Abs. 2 Satz 2, 16 Abs. 1 WEG, den Anteil an den Mieteinnahmen treten lässt (BGH ZMR 2000, 845; BayObLG BayObLGZ 1992, 1, 3 = NJW-RR 1992, 599; kritisch zu dieser Konstruktion Riecke/Schmid/Riecke Anhang § 15 WEG Rn 2: es gäbe keine mittelbaren Gebrauch). Eine Einschränkung ist nur dort geboten, wo eine Vermietung im Ergebnis zur Begründung eines einem Sondernutzungsrecht **gleich kommenden Rechts** führen würde (OLG Düsseldorf NZM 2005, 623; Drasdo FS Blank [2006], S 617, 618). Jedenfalls mit einem Wohnungseigentümer kann ein **sehr langfristiger Mietvertrag** (OLG Frankfurt OLGReport Frankfurt 2005, 334: 30 Jahre) **nicht wirksam** beschlossen werden (OLG Frankfurt OLGReport Frankfurt 2005, 334). Auch Ketten-Mietverträge für je ein Jahr jeweils mit demselben Eigentümer sind bedenklich. Ferner muss eine beschlossene Vermietung zu einer **angemessenen und marktüblichen** Miete führen.

aa) Vermieter

(1) Grundsatz

Im Grundsatz ist **allein der Verband befugt**, Gemeinschaftseigentum zu vermieten. Die Vermietung des dem Verband allerdings fremden Gemeinschaftseigentums ist iSv § 10 Abs. 6 Satz 3 Variante 1 WEG »**gemeinschaftsbezogen**« (Riecke/Schmid/Elzer § 10 Rn 418) und hat im Namen des Verbandes Wohnungseigentümergeinschaft als allein Ausübungsberechtigtem zu erfolgen (Wenzel NZM 2006, 321, 322; Drasdo FS Blank [2006], S 617, 620 ff; s. auch Bork ZInsO 2005, 1067, 1068 Fn 14; Kahlen ZMR 2005, 766). Dass der Verband nicht Eigentümer des Gemeinschaftseigentums ist, ist unerheblich. Der Verband muss die erwirtschafteten Mieten über die Jahresabrechnung wieder auskehren, es sei denn, die Wohnungseigentümer beschließen etwas anderes (Riecke/Schmid/Elzer § 10 WEG Rn 418). Dass das Gemeinschaftseigentum vermietet werden soll und zu welchen Bedingungen, müssen die **Wohnungseigentümer beschließen**. Dass der Verband Vermieter sein soll, müssen und können die Wohnungseigentümer nicht beschließen (anders noch Drasdo FS Blank [2006], S 617, 621). Ihr Recht als Eigentümer des Gemeinschaftseigentums, dieses auch im eigenen Namen zu vermieten, begrenzt § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG. Ein Wechsel im Bestand der aktuellen Wohnungseigentümer ist wegen der Vermietung durch den Verband unerheblich und berührt das Mietverhältnis nicht (Drasdo FS Blank [2006], S 617, 622).

(2) Erstvermietungen durch den Alleineigentümer; Umwandlungsfälle

Der Verband Wohnungseigentümergeinschaft taucht mit Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer oder mit Entstehung einer werdenden Gemeinschaft von Wohnungseigentümern auf (Riecke/Schmid/Elzer § 10 WEG Rn 377). War vor Entstehung des Verbandes der Alleineigentümer oder eine Vermietergesellschaft Vermieter von Flächen, die später **nur im Gemeinschaftseigentum** stehen, ist bei von diesen geschlossenen Verträgen anzunehmen, dass die Mietvertragsparteien schlüssig einen **Vertragsübergang auf den Verband für den Zeitpunkt vereinbart** haben, in dem der Verband entstanden ist. Diese Sichtweise versagt allerdings bei solchen Verträgen, die zuvor selbst nach § 566 BGB auf den Alleineigentümer oder die Miteigentümer übergegangen waren. Für diesen Sonderfall wird man anerkennen müssen, dass bis zu einem gewillkürten Vertragsübergang oder einem Neuabschluss ungeachtet des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG zunächst **Wohnungseigentümer** als Vermieter von Gemeinschaftseigentum auftreten. Sind ausnahmsweise die Wohnungseigentümer als Vermieter anzusehen, sind sie wegen § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG bei einem **Neuabschluss** allerdings gezwungen, aus der **Vermieterstellung auszutreten** und den Vertragsschluss allein dem Verband zu überlassen. Ähnlich liegt es bei den Umwandlungsfällen. Hier wie dort ist es **unumgänglich**, bis zu einer Neuvermietung nicht den Verband, sondern alle **Wohnungseigentümer** oder Einzelne **von ihnen** als Vermieter des Gemeinschaftseigentums anzusehen.

bb) Abschluss des Mietvertrages

(1) Allgemeines

Über die Fragen, ob durch den Verband Gemeinschaftseigentum vermietet werden soll, an wen und zu welchen Bedingungen (der Beschluss muss die Vorgaben der §§ 535 ff BGB beachten), muss eine **Willensbildung der Wohnungseigentümer** sowohl für sich als auch als dafür zuständige Stelle des Verbandes stattfinden. Die Willensbildung muss in eine Vereinbarung oder einen Beschluss münden. Eine Vereinbarung ist – soweit sie die Vereinbarungen allgemein gesetzten Grenzen der Privatautonomie einhält – stets zulässig und nicht auf eine Ordnungsmäßigkeit zu prüfen. Bei Beschlüssen muss hingegen gefragt werden, ob sie ordnungsmäßig sind. Ein Beschluss über eine Vermietung von Gemeinschaftseigentum ist idS ordnungsmäßig, wenn er verfahrensmäßig ordnungsgemäß zustande gekommen ist und die Wohnungseigentümer oder einzelne von ihnen an einem (teilweise) **gemeinsamen Gebrauch** des Gemeinschaftseigentums **keinen Bedarf** haben (vgl Drasdo FS Blank [2006], S 617, 618). Der Beschluss darf ferner nur einen **ordnungsmäßigen Gebrauch** iSv § 15 Abs. 2 WEG erlauben und muss dem Maßstab des § 15 Abs. 3 WEG entsprechen. Außerdem darf keinem Wohnungseigentümer durch die Vermietung ein Nachteil iSv § 14 Nr 1 WEG entstehen (Kreuzer FS Blank [2006], S 651, 655/656 mit Beispielen). **Konkurriert** bei der Vermietung ein Wohnungseigentümer mit einem Dritten, entspricht es allein ordnungsmäßiger Verwaltung (s.o.), an den Wohnungseigentümer zu vermieten. Ein Beschluss, Gemeinschaftseigentum, das einem **Sondernutzungsrecht** unterliegt, zu vermieten, ist nichtig. Will ein Wohnungseigentümer eine Vermietung verhindern, kann er den **Ermächtigungsbeschluss** nach §§ 43 Nr 1, 46 Abs. 1 WEG **anfechten**. Da die Anfechtung keine aufschiebende Wirkung hat, sollte er daneben nach §§ 935, 940 ZPO im Wege einer **einstweiligen Verfügung** ein Verbot erwirken, dass zunächst kein auf den Beschluss gestützter Mietvertrag – zumindest nicht ohne Rücktrittsrecht (vgl. AG Düsseldorf ZMR 2008, 80 m Anm Elzer zur Sicherheitsklausel) für den Verband im Falle einer rechtskräftigen Ungültigerklärung des Vermietungsbeschlusses – geschlossen werden darf. Die Willensbildung darüber, ob und wie Gemeinschaftseigentum zu vermieten ist, kann nicht im Wege des Beschlusses dauerhaft auf den Verwalter oder einen Dritten, zB den Beirat, übertragen werden. Die Willensbildung ist originäre Verwaltungsangelegenheit der Wohnungseigentümer, die nur im Wege der Vereinbarung auf Dritte übertragen werden kann (Riecke/Schmid/Elzer § 20 WEG Rn 43 ff). Ein Beschluss, der zB den Verwalter ermächtigt, den Mieter und den Inhalt des Mietvertrages zu bestimmen, ist als Verstoß gegen das gesetzliche Kompetenzgefüge nicht ordnungsmäßig, als Einzelfallverstoß indes nur anfechtbar (Riecke/Schmid/Elzer § 20 WEG Rn 48).

(2) Angebot und Annahme

Neben der Willensbildung, ob Gemeinschaftseigentum vermietet werden soll – und zu welchen Konditionen –, bedarf es eines **Vertrages** zwischen dem vermietenden Verband und dem jeweiligen Mieter. Zum eigentlichen Vertragsschluss zwischen Verband und Mieter ist ein **Beschluss untauglich** (Riecke/Schmid/Riecke Anhang § 15 WEG Rn 22). Nach der Rechtsgeschäftslehre notwendig sind – wie auch bei anderen Verträgen des Verbandes (Hügel ZMR 2008, 1, 4) – **Angebot und Annahme**. Der Verband handelt beim **rechtsgeschäftlichen Vertragsschluss** durch den Verwalter, soweit ihn die Wohnungseigentümer hierzu nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr 7 WEG durch Vereinbarung oder Beschluss ermächtigt haben. Fehlt es an einer Ermächtigung, müssen sämtliche Wohnungseigentümer – soweit kein Fall des § 27 Abs. 3 Satz 3 WEG vorliegt – den Verband beim Vertragsschluss vertreten und den Mietvertrag im Namen des Verbandes schließen.

cc) Durchführung des Mietvertrages

Sind im Laufe des Mietverhältnisses Erklärungen abzugeben, haben diese durch den oder gegenüber dem Verwalter als Vertreter des vermietenden Verbandes zu erfolgen, soweit der Verwalter für diese Geschäfte nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr 7 WEG von den Wohnungseigentümer für den Verband **ermächtigt** wurde. Fehlt es hieran, vertreten die Wohnungseigentümer nach § 27 Abs. 3 Satz 2 WEG den Verband in seiner Stellung als Vermieter, zB bei der Erklärung einer Mieterhöhung.

dd) Kündigung

Der Verband wird bei der Kündigung vom Verwalter vertreten – sofern er hierzu nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr 7 WEG ermächtigt wurde; ansonsten müssen die Wohnungseigentümer den Verband vertreten. § 174 BGB ist auf diese **gesetzlichen Vertreter des Verbandes** jeweils nicht anwendbar. Noch unentschieden ist, ob der Verband Wohnungseigentümergeinschaft bei der Wohnraummiete eine Art „Betriebsbedarf“ (PWW/Riecke § 573 BGB Rn 18) als Unterfall des **Eigenbedarfs** iSv § 573 Abs. 2 Satz 1 Nr 2 BGB geltend machen kann, wenn die Wohnungseigentümer das Gemeinschaftseigentum (wieder) für den **gemeinsamen Gebrauch benötigen** oder jedenfalls ein oder mehrere Wohnungseigentümer einen **berechtigten Bedarf** an den vermieteten Flächen anmelden. Nach hier vertretener Meinung ist der Verband wenigstens zu einer Kündigung § 573 Abs. 2 Satz 1 Nr 2 BGB für die Wohnungseigentümer berechtigt, die bei **Abschluss des Mietvertrages bereits Wohnungseigentümer waren**. Diese Ansicht entspricht der Sichtweise, die der Bundesgerichtshof für die insoweit ähnlich liegende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) entwickelt hat. Für diese hat er geklärt, dass die Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum grundsätzlich auch wegen des Eigenbedarfs einer der Gesellschafter zulässig ist (BGH NZM 2007, 679 m Anm Häublein NJW 2007, 2847), die bereits bei Abschluss des Mietvertrages Gesellschafter waren (BGH ZMR 2007, 772 = NZM 2007, 679, 680). Die vom Bundesgerichtshof für seine Ansicht angeführten Erwägungen treffen wegen der gleich liegenden Interessenslagen auch auf die Vermietung von Gemeinschaftseigentum durch den Verband zu und können für Eigenbedarfskündigungen durch den Verband ohne weiteres übernommen werden.

ee) Instandsetzungen

Der Verband Wohnungseigentümergeinschaft als Vermieter hat nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB das Gemeinschaftseigentum als Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten (OLG Zweibrücken WuM 1995, 144; KG WuM 1990, 376; Nüßlein PiG 76, S 28/29). Die Entscheidung hierüber müssen die Wohnungseigentümer als **Willensbildungsorgan des Verbandes** (Jennißen/Elzer § 23 WEG Rn 38 ff) treffen. Die Verpflichtung zum Erhalt eines geeigneten Zustandes endet gem § 275 BGB dort, wo der dazu erforderliche Aufwand die **Opfergrenze** übersteigt (BGH ZMR 2005, 935, 937; PWW/Elzer § 535 BGB Rn 88 mwN). Wann diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist, muss von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden (BGH ZMR 2005, 935, 937). Es darf kein krasses Missverhältnis entstehen zwischen dem Reparaturaufwand einerseits und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem Wert der Mietsache und den aus ihm zu ziehenden Einnahmen andererseits. Ob der vom Verband Mietende Mängel des Gemeinschaftseigentums nach § 536a Abs. 2 BGB selbst beheben kann, ist umstritten (**verneinend** Riecke/Schmid/Riecke Anhang § 15 WEG Rn 35; **bejahend** Nüßlein PiG 76, S 29). Sind ausnahmsweise die **Wohnungseigentümer Vermieter** des Gemeinschaftseigentums, können diese entscheiden, eine als notwendig erkannte Instandhaltung durchzuführen und dazu ggf die nach § 10 Abs. 7 WEG im »formellen« Eigentum des Verbandes als »Treuhänder« stehende Instandhaltungsrückstellung einzusetzen. Der Verband hat kein Recht, den Einsatz des ihm zugeordneten Verwaltungsvermögens zur Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums zu verweigern.

ff) Bauliche Veränderungen

Vor allem, aber nicht nur in der **Gewerberaummiete** kann der Mieter ein Bedürfnis daran haben, die **Mietsache baulich seinen Bedürfnissen** anzupassen und dabei auch in das Gemeinschaftseigentum, zB in tragende Wände, einzugreifen. Eine Berechtigung des Mieters zu baulichen Veränderungen kann sich mietrechtlich aus dem Vertrag oder Sondervereinbarungen, wohnungseigentumsrechtlich indes nur aus § 22 Abs. 1 bis Abs. 3 WEG ergeben. Ohne Zustimmung der Wohnungseigentümer ist der Mieter jedenfalls im Verhältnis zu den Wohnungseigentümern nicht berechtigt, das Gemeinschaftseigentum zu verändern. In der Entscheidung der Wohnungseigentümer für eine Vermietung liegt keine Zustimmung zu einer baulichen Veränderung, auch dann nicht, wenn die bauliche Veränderung absehbar war (**aA** Drasdo FS Blank [2006], S 617, 619). Anders liegt es nur, wenn die bauliche Veränderung bereits **Gegenstand des Mietvertrages** war und dieser von den Wohnungseigentümern bestandskräftig beschlossen worden ist. In diesem Falle kann eine Auslegung des Billigungsbeschlusses ergeben, dass mit der Vermietung zugleich eine bauliche Veränderung gebilligt werden sollte, zB eine Antenne oder ein Werbeschild.

gg) Zweckbestimmungen

In dem Beschluss, Gemeinschaftseigentum zu vermieten, ist grundsätzlich **keine Änderung** einer **bestehenden Zweckbestimmung** iSv § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 WEG zu sehen. Ist etwa eine bestimmte Nutzung eines Teileigentums nach einer Vereinbarung oder einem Beschluss nicht zulässig, ändert daran der Vermietungsbeschluss nichts. Etwas anderes gilt nur, wenn in einem Vermietungsbeschluss zugleich ausdrücklich oder jedenfalls im Wege der Auslegung eine Zweckänderung zu sehen ist. Eine solche Änderung ist freilich nur möglich, wenn die bisherige Zweckbestimmung auch nur **beschlossen** worden war oder eine Öffnungsklausel/Anpassungsvereinbarung besteht. War bisherige Zweckbestimmung hingegen vereinbart, wäre der Beschluss nichtig.

Sonder- und Gemeinschaftseigentum als Mietsache

a) Sonder- und Gemeinschaftseigentum als originäre Mietsache

Ein Mieter kann nach Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Sonder- und Gemeinschaftseigentum von verschiedenen Vermietern, zB vom Verband eine im Gemeinschaftseigentum stehende Garage und von einem Sondereigentümer eine Wohnung, als Mietsachen anmieten. Ein einheitlicher Mietvertrag kann ferner über das **Gesamtanwesen** ohne Unterscheidung nach im Sondereigentum einzelner oder im Gemeinschaftseigentum stehender Räume geschlossen werden (OLG Karlsruhe OLGReport Karlsruhe 2004, 214; zw, jedenfalls muss klar sein, wer Vermieter ist).

b) Sonder- und Gemeinschaftseigentum als entstehende Mietsache

Probleme können wenigstens vorübergehend entstehen, wenn vor Begründung von Wohnungseigentum zunächst ein »normaler« Mietvertrag zwischen dem Eigentümer des Mietshauses und dem Mieter geschlossen wird und Sonder- und Gemeinschaftseigentum **erst durch Teilungsvertrag oder Teilungserklärung** zu Gegenständen des Mietvertrages werden. Ein solcher Fall ist etwa anzunehmen, wenn einem Mieter vor Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft durch einen einheitlichen Vertrag eine Wohnung und zB ein Kellerraum vermietet wurden, das Mietgebäude später in Wohnungseigentum umgewandelt wird und dabei die Wohnung im Sondereigentum, die weitere Fläche aber im Gemeinschaftseigentum steht (**Umwandlungsfälle**).

Sondernutzungsrechte als Mietsache

Das Recht eines Wohnungs- oder Teileigentümers zur Vermietung des Sondereigentums schließt die Befugnis ein, **neben** seinem Sondereigentum auch sein eigenes **Mitgebrauchsrecht an den gemeinschaftlichen** Einrichtungen dem Mieter zu übertragen (OLG Düsseldorf ZMR 1996, 96, 97). § 13 Abs. 1 WEG normiert zwar nur ein Recht zur Vermietung der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile. Dieses Vermietungsrecht schließt aber schon begrifflich das Recht des Wohnungseigentümers ein, die ihm nach § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG gebührende **Befugnis zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums** jedenfalls insoweit auf den Mieter zu übertragen, als dieser Mitgebrauch zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Sondereigentums erforderlich ist. Darüber hinaus schränkt das Gesetz auch das Recht des Wohnungseigentümers nicht ein, sein Mitgebrauchsrecht an allen gemeinschaftlichen Einrichtungen den Mietern seiner Wohnung zu übertragen (BayObLG WE 1988, 32). Ist für einen Sondereigentümer über den bloßen Mitgebrauch hinaus ein **Sondernutzungsrecht** begründet, ist die Übertragung auch dieser Gebrauchsbefugnis auf den Mieter der Wohnung daher erst recht **unproblematisch** (Drasdo FS Blank [2006], S 617, 618; ders ZMR 1996, 150; Gottschalg DWE 2000, 50, 51; Schuschke NZM 1999, 241, 245). Die Miteigentümer werden hierdurch nicht unangemessen benachteiligt, weil ihr Mitgebrauchsrecht an dem Gegenstand der Sondernutzung nicht etwa infolge der Vermietung der Wohnung wiederauflebt. Die Miete gebührt allein dem vermietenden Sondereigentümer (OLG Düsseldorf ZMR 1996, 96, 97 = WuM 1996, 57 = WE 1996, 347).

Ob ein Sondernutzungsrecht **losgelöst** von einem Gebrauchsrecht an einem Sondereigentum vermietet werden kann oder ob hierzu eine **ergänzende Vereinbarung** erforderlich wäre, ist noch unentschieden (vgl insoweit OLG Düsseldorf ZMR 1996, 96, 97 = WuM 1996, 57 = WE 1996, 347), im Ergebnis aber zu **bejahen**.

Umwandlungsfälle

Wird ein Mehrfamilienhaus mit vermieteten Wohnungen in Wohnungseigentum umgewandelt, besteht im Einzelnen Streit, wer als **Vermieter anzusehen ist**, wenn die einheitliche Mietsache nicht nur im Sondereigentum, sondern auch in einem weiteren Sondereigentum oder im Gemeinschaftseigentum steht (s. dazu etwa Stornel MDR 1997, 315, 316; Riecke/Schmid/Riecke Anhang § 13 WEG Rn 141 ff).