

Aktuelle Rechtsfragen

Abtretbarkeit von Nebenkostenvorauszahlungen zur Besicherung von Darlehensverträgen

Zwar erstrecken sich zur Besicherung von Immobilienfinanzierungen eingetragene Grundschulden und Hypotheken auch auf die Mietforderungen aus dem Beleihungsobjekt, doch kann es für den Kreditgeber, aber auch für den Kreditnehmer günstiger sein, die Mietansprüche separat abzutreten. Eine solche Vereinbarung schließt auch die von den Mietern vorausbezahlten Nebenkosten ein, meint der Autor und begründet dies mit drei Argumenten: Erstens seien Nebenkosten juristisch gesehen ein Teil der Miete. Zweitens regelt § 851 b ZPO die grundsätzliche Abtretbarkeit von Nebenkosten. Drittens sei die Nichtabtretbarkeit von Betriebskostenansprüchen in der Praxis nicht durchführbar. Der Beitrag setzt eine mehr als 15 Jahre währende Diskussion fort, die bisher zu keiner einheitlichen Rechtsprechung führte – und die Gerichte gewiss weiterhin beschäftigen wird. (Red.)

Der Erwerb oder der Neubau einer Immobilie wird in der Regel fremdfinanziert. Dies gilt sowohl für Privatpersonen als auch für gewerbliche Investoren. Als Sicherheit für die Darlehensgeber werden hierfür im Rahmen der Finanzierung zumeist Grundpfandrechte zu deren Gunsten bestellt. Eine zusätzliche Sicherungsmöglichkeit für den Darlehensgeber besteht, wenn die Immobilie vermietet wird, nachdem sie gekauft oder erbaut wurde. Ist dies der Fall, kann der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber die zukünftigen Ansprüche auf die Miete sicherungsweise abtreten.

In diesem Zusammenhang sollten beide Seiten eine Besonderheit beachten: Grundsätzlich ist es so, dass sich Hypothek (§ 1123 Abs. 1 BGB) oder Grundschuld (§§ 1123 Abs. 1, 1192 Abs. 1 BGB) bereits auf mögliche Mietforderungen erstrecken. Tritt der Darlehensnehmer seine Mietansprüche allerdings separat zur Grundpfandbestellung ab, ergeben sich dadurch Vorteile, die letztlich sowohl ihm selbst als auch dem Darle-

hensgeber zugute kommen können. Dies liegt vor allem daran, dass die Offenlegung einer stillen Mietabtretung und der daraus resultierende Forderungseinzug weitaus kostengünstiger und schneller erfolgen können als die Zwangsvollstreckung aus einem Grundpfandrecht. Dies kann grundsätzlich auch im Interesse des Darlehensnehmers sein.

Umstrittenes Urteil des OLG Celle

Ein in diesem Zusammenhang sehr umstrittener Punkt in der Rechtsprechung ist folgender: Beinhaltet die grundsätzlich abtretbare Forderung aus der Miete auch die Nebenkostenvorauszahlungen, oder ist die Miete lediglich ohne Nebenkostenvorauszahlungen abtretbar und folglich pfändbar?

Dabei folgen einige Gerichte¹⁾ dem Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Celle²⁾, das am 13. April 1999 entschieden hat, dass Nebenkostenvorauszahlungen zweckgebunden und deshalb außerhalb dieser Bindung unabtretbar seien.

Diese Zweckgebundenheit beruhe darauf, dass die Zahlungen in der Regel nicht als Bestandteil der Miete erfolgten. Es handle sich vielmehr um gesondert vereinbarte Zahlungen für Ausgaben, die im Mietvertrag festgelegt seien. Die Zahlungen seien daher ausdrücklich dazu bestimmt, die vereinbarten Nebenkosten abzugelten und dürften deshalb

vom Vermieter nur zu diesem Zweck verwendet werden.³⁾

Ein jüngeres Beispiel, das dieser Auffassung folgt, ist eine Entscheidung des Amtsgerichts (AG) Winsen. Das Gericht sah im Urteil vom 30. Juli 2012 (Aktenzeichen 16 C 384/12) die Mietnebenkosten als zweckgebundenen unpfändbaren Anspruch an. Dieser wäre allenfalls im Rahmen seiner Zweckbindung pfändbar. Im Fall, der dem Urteil zugrunde liegt, hatte der Vermieter die Nebenkostenansprüche, die er gegen die Mieter hatte, an einen Dritten abgetreten.

Mit diesen Entscheidungen befinden sich das OLG Celle und das AG Winsen allerdings im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH).⁴⁾ Dieser geht von einem Bruttomietzinsanspruch aus und trennt somit die reine Miete nicht von den zusätzlichen Mietnebenkosten. Gleichwohl schränkt der Beschluss des OLG Celle die Möglichkeiten erheblich ein, Darlehensverträge für Immobilien abzuschließen, indem der Darlehensnehmer die Mietansprüche an den Darlehensgeber abtritt. Wenn es sich bei Nebenkostenvorauszahlungen nämlich tatsächlich um zweckgebundene Leistungen handeln sollte, könnte der Darlehensgeber auf diese im Rahmen einer Sicherungsabtretung nicht zugreifen. Entscheidend für die Frage der Pfändbarkeit von Nebenkostenvorauszahlungen ist daher ihre Abtretbarkeit.

Abtretbarkeit von Nebenkostenvorauszahlungen

Nach hiesiger Einschätzung handelt es sich bei Nebenkostenvorauszahlungen um Leistungen, die nicht zweckgebunden sind. Vielmehr ist der Anspruch auf die Nebenkostenzahlungen grundsätzlich abtretbar und somit pfändbar.⁵⁾ Dies wird durch drei Argumente gestützt: erstens den Begriff der Miete im Sinne des § 535 BGB, zweitens der Vollstreckungsschutz, der dem Mieter bereits in § 851 b ZPO gewährt wird, und drittens die immobilienrechtliche Praxis.

Der Autor

Dr. Markus Rabe



Rechtsanwalt, Heuking Kühn Lüer Wojtek, München¹⁾

● **Begriff der Miete im BGB als erstes Argument – laut Gesetz kann der Vermieter über ihm zustehende Nebenkostenzahlungen frei verfügen.**

Der Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Miete ist eine reine Geldforderung. Diese kann abgetreten oder gepfändet werden, ohne dass §§ 399 und 566 BGB dem entgegenstehen würden.⁶⁾ Nach § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB hat der Vermieter zudem die Lasten zu tragen, die auf der Mietsache ruhen. Diese wiederum werden durch die vom Mieter geschuldete einheitliche Miete abgegolten. Die einheitliche Miete umfasst das Entgelt für die reine Nutzungsüberlassung und die Nebenkostenzahlungen. Sie ist somit als solche einheitlich abtretbar.⁷⁾ An dieser Tatsache ändert sich auch nichts, wenn der Vermieter einen Teil seiner internen Kalkulation durch eine gesonderte Ausweisung der umlagefähigen Betriebskosten offenlegt.⁸⁾ Die geschuldete Miete des Mieters stellt weiterhin eine Gesamtleistung dar.⁹⁾

Die Miete nach § 535 Abs. 2 BGB umfasst somit auch die Betriebskosten.¹⁰⁾ Konsequenterweise stellt auch der BGH in seinem Urteil vom 20. Juli 2005 als Bemessungsgrundlage für eine Mietminderung auf die Bruttomiete einschließlich einer Nebenkostenpauschale oder -vorauszahlung¹¹⁾ ab. Und das, obwohl § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB nur den Begriff Miete verwendet. Auch wenn im allgemeinen Sprachgebrauch und in Mietverträgen regelmäßig zwischen Miete und Nebenkosten unterschieden wird, handelt es sich bei den Nebenkosten juristisch gesehen also um einen Teil der Miete.

Vor allem sind Nebenkostenzahlungen des Mieters nicht als zweckgebundene Leistungen anzusehen. Insbesondere bei Nebenkostenpauschalen – wenn also eine (Teil-) Inklusivmiete vereinbart ist – darf der Vermieter den Betrag, der nicht erforderlich ist, um die Betriebskosten zu decken, auch für andere Zwecke einsetzen.¹²⁾ Dieser Anteil der Inklusivmiete, der auf jeden Fall nicht zweckgebunden ist, lässt sich jedoch im Einzelfall nur sehr ungenau abschätzen, was wiederum gegen die Zweckgebundenheit auch der restlichen Nebenkostenpauschale spricht.¹³⁾

Die Vertreter der gegenteiligen Meinung unterscheiden hingegen zwischen der Miete und den davon losgelösten Nebenkosten. Sie argumentieren, dass der Vermieter nur berechtigt sei, die vereinbarten Vorauszahlungen zweckbe-

stimmt zu verwenden. Zudem seien diese auch nur im Rahmen ihrer Zweckbestimmung abtretbar¹⁴⁾ und pfändbar¹⁵⁾. Sie sehen die Vorauszahlungen als fremdnütziges Treuhandvermögen und rücken diese somit in die Nähe der Kautions¹⁶⁾.

Dabei verkennen sie, dass für Nebenkosten gerade keine dem § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB vergleichbare Regelung normiert wurde. Sie ignorieren also, dass der Gesetzgeber das Problem zwar erkannt, auf eine eigenständige Regelung aber gerade verzichtet hat. Laut Gesetz kann der Vermieter also über die ihm zustehenden Nebenkostenzahlungen frei verfügen, da die Nebenkostenvorauszahlungen unmittelbar in das Vermögen des Vermieters fließen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BGH, welcher von der grundsätzlichen Abtretbarkeit der Bruttomietansprüche ausgeht.¹⁷⁾

● **§ 851 b ZPO als zweites Argument für die grundsätzliche Abtretbarkeit von Nebenkosten.**

Im Rahmen seiner bereits genannten Entscheidung¹⁸⁾ kam der BGH zu dem Ergebnis, dass Miete und Pacht grundsätzlich uneingeschränkt pfändbar seien. Es läge dann am Schuldner (Vermieter) darzulegen, dass die Einnahmen unentbehrlich seien, um das Grundstück laufend zu unterhalten¹⁹⁾, und die Pfändung nach § 851 b ZPO insoweit auf Antrag aufzuheben wäre. Zu dieser sogenannten laufenden Unterhaltung zählen insbesondere Betriebskosten wie Abfall- und Straßenreinigungsgebühren, Strom- und Gaskosten, Wassergeld und Kosten von Sammelheizungen²⁰⁾ – also gerade die Kosten, die regelmäßig mit den Nebenkostenvorauszahlungen der Mieter abgedeckt werden. In Anlehnung an diese Rechtsprechung ergibt sich deshalb aus § 851 b ZPO ein weiteres Argument für die grundsätzliche Abtretbarkeit von Nebenkosten.

Wie gezeigt, muss der Vermieter gemäß § 851 b ZPO darlegen, woraus sich eine Zweckbindung der Nebenkostenvorauszahlungen ergibt und warum diese deshalb nicht gepfändet werden können. Eine solche Regelung wäre aber, wenn man der Ansicht des OLG Celle folgt und eine grundsätzliche Unpfändbarkeit von Nebenkostenvorauszahlungen annimmt, zu einem nicht unwesentlichen Teil überflüssig.²¹⁾

§ 851 b ZPO geht gerade von einem Mietbegriff aus, bei dem auch der Betriebskostenanteil der Miete pfändbar ist. Zudem kann dieser Anteil erst auf

Antrag des Vermieters vom Vollstreckungsgericht von der Pfändung ausgenommen werden.²²⁾ § 851 b ZPO bestätigt daher, dass Miete und Pacht ohne weiteres pfändbar sind.²³⁾ Diese Unterhaltungskosten sind nur dann unentbehrlich, wenn dem Pfändungsschuldner keine anderen Mittel zur Verfügung stehen, um die Ausgaben zu bestreiten, die mit dem Mietobjekt verbunden sind.²⁴⁾ Außerhalb des von § 851 b ZPO umfassten Bereichs bleiben Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung uneingeschränkt pfändbar.²⁵⁾

Die gesetzliche Regelung legt eindeutig fest, dass Mieten grundsätzlich inklusive Betriebskostenvorauszahlungen der Pfändung unterliegen und nur auf begründeten Antrag von der Pfändung ausgenommen werden können. Die Ansicht des OLG Celle ist daher als überholt anzusehen. Der Argumentation ist nicht zu folgen. Insbesondere können die Nebenkosten nicht von vorneherein als unpfändbare, zweckgebundene Leistungen angesehen werden.

Das OLG Celle scheint in seiner Argumentation einzig um Mieterschutz bemüht. Die Unabtretbarkeit und Unpfändbarkeit der Nebenkosten sollen den Mieter davor schützen, dass der Vermieter die Forderungen der Versorgungsunternehmen nicht bezahlt. Diese auf Treu und Glauben gestützten Erwägungen können letztendlich aber nicht die klaren Wertungen des Gesetzgebers in § 851 b ZPO aufheben.²⁶⁾ Zumal dieser bereits einen ausreichenden Vollstreckungsschutz gewährleistet und gerade auch die Interessen des Mieters wahrt.

● **Veräußerung vermieteten Grundeigentums als drittes Argument – die Nichtabtretbarkeit von Betriebskostenansprüchen ist in der Praxis nicht durchführbar.**

Wie bei den ersten beiden Argumenten dargestellt, folgt sowohl aus dem Mietbegriff des BGB als auch aus der gesetzlichen Wertung des § 851 b ZPO, dass Nebenkostenansprüche abtretbar sind. Tatsächlich entspricht dies auch der gängigen Praxis, wenn vermietetes Grundeigentum verkauft wird. Im Kaufvertrag wird ein Stichtag für den Übergang aller Lasten und Nutzungen eines Grundstücks vereinbart, der regelmäßig nicht mit dem Tag des sachenrechtlichen Eigentumsübergangs übereinstimmt. Diese Abrede stellt eine Zession der Mietansprüche des Veräußerers dar und umfasst auch eine Abtretung der Nebenkostenansprüche.²⁷⁾

Gemäß der Ansicht des OLG Celle wäre die Zession in Hinblick auf die Nebenkostenvorauszahlungsansprüche unwirksam. Die Mieter dürften somit nur die Kaltmiete an den Erwerber zahlen und hätten die Nebenkosten weiter an den Veräußerer zu entrichten.²⁸⁾ Wurde eine Brutto- oder (Teil-) Inklusivmiete vereinbart, hätten die Mieter sogar den Betriebskostenanteil der Miete zu schätzen und an den Veräußerer abzuführen.²⁹⁾ Dies würde gerade dem Mieterschutz zuwiderlaufen, den der Beschluss des OLG Celle generiert. Es zeigt sich, dass die Nicht-Abtretbarkeit von Betriebskostenansprüchen, die besonders unter dem Anliegen des Mieterschutzes postuliert wurde, sich in der Praxis als nicht durchführbar erwiesen hat. Konsequenterweise entschied das OLG Düsseldorf am 5. November 2002, dass die Betriebskostenansprüche abtretbar sind.³⁰⁾

Vorauszahlungen abtretbar und pfändbar

Vorauszahlungen stellen keine zweckgebundenen Leistungen im Sinne des § 399 BGB dar. Sie sind folglich grundsätzlich abtretbar und nach § 851 Abs. 1 ZPO uneingeschränkt pfändbar. Ausreichender Pfändungs- und damit Mieter- und Pächterschutz wird im Einzelfall über § 851 b ZPO gewährt. Fakt ist: Die gegenteilige Auffassung widerspricht der Rechtsprechung des BGH³¹⁾ und der Intention des Gesetzgebers – andernfalls würde § 851 b ZPO leerlaufen und darüber hinaus bliebe der Begriff der Miete im Sinne des BGB gemäß § 535 Abs. 2 BGB außer Betracht.

Fußnoten

- ¹⁾ Landgericht (LG) Chemnitz, Beschluss vom 17. Dezember 2010, 6 S 261/10: Das LG Chemnitz stellte in seiner Entscheidung klar, dass Nebenkosten zweckgebunden und damit grundsätzlich unpfändbar seien. Im vorliegenden Ausnahmefall wäre die Pfändung der Nebenkosten zulässig, da die Mietnebenkosten nur im Rahmen ihrer Zweckbestimmung gepfändet wurden und die Pfändung sogar dem Interesse des Mieters entspräche; Amtsgericht Winsen, Urteil vom 30. Juli 2012, 16 C 384/12; Verwaltungsgericht Halle (Saale), Urteil vom 2. Juni 2003, 5 B 16/03.
- ²⁾ OLG Celle, Beschluss vom 13. April 1999, 4 W 48/99, NJW-RR 2000, 460 (461).
- ³⁾ OLG Celle, NJW-RR 2000, 460 (461).
- ⁴⁾ BGH, Urteil vom 2. Juli 2003, XII ZR 34/02, NJW 2003, 2987.
- ⁵⁾ Vergleiche bereits Langenberg, Betriebs- und Heizkostenrecht, 6. Auflage 2012, E. Rn. 75 ff; Schmid in: ZMR 2000, 144; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 13. Auflage 2013, Rn. 7075; Stempel, Mietrecht aktuell, 4. Auflage 2009, V, Rn. 265.
- ⁶⁾ BGH NJW 2003, 2987; Staudinger/Emmerich, 2011, § 535 Rn. 84; Roth in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 399 Rn. 16.

- ⁷⁾ Palandt/Weidenkaff, 73. Auflage, 2014, § 535, Rn. 70 ff.
- ⁸⁾ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 5. Auflage 2009, E. Rn. 57.
- ⁹⁾ Langenberg, Betriebs- und Heizkostenrecht, 6. Auflage 2012, E. Rn. 75.
- ¹⁰⁾ Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Auflage 2013, § 535 Rn. 591.
- ¹¹⁾ BGH, Urteil vom 20. Juli 2005, VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 (2774).
- ¹²⁾ Weitemeyer in: Emmerich/Sonnenschein, Miete Handkommentar, 10. Auflage 2011, § 560 BGB Rn. 9.
- ¹³⁾ Schmid in: ZMR 2000, 144.
- ¹⁴⁾ Meller-Hannich in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Auflage 2013, § 851 Rn. 22.
- ¹⁵⁾ AG Winsen, Urteil vom 30. Juli 2012, 16 C 384/12.
- ¹⁶⁾ Langenberg, Betriebs- und Heizkostenrecht, 6. Auflage 2012, E. Rn. 75.
- ¹⁷⁾ BGH, NJW 2003, 2987.
- ¹⁸⁾ BGH, NJW 2003, 2987.
- ¹⁹⁾ BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2004, IXa ZB 228/03, NJW 2005, 681 (682).

- ²⁰⁾ Smid in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2012, § 851 b Rn. 7.
- ²¹⁾ Langenberg, Betriebs- und Heizkostenrecht, 6. Auflage 2012, E. Rn. 75.
- ²²⁾ Lützenrath in: GE 1999, 1538.
- ²³⁾ Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Auflage 2012, E. Rn. 76.
- ²⁴⁾ Zöller/Stöber, ZPO, 30. Auflage 2014, § 851 b, Rn. 3; KG Berlin NJW 1969, 1860.
- ²⁵⁾ Smid in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2012, § 851 b Rn. 1.
- ²⁶⁾ Lützenrath in: GE 1999, 1538.
- ²⁷⁾ Vergleiche Weidenkaff in: Palandt, 73. Auflage 2014, § 566, Rn. 16 ff.
- ²⁸⁾ OLG Celle, NJW-RR 2000, 460 (461).
- ²⁹⁾ Vergleiche Langenberg, Betriebs- und Heizkostenrecht, 6. Auflage 2012, E. Rn. 75.
- ³⁰⁾ OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. November 2002, 24 U 32/02, ZMR 2003, 252 (253).
- ³¹⁾ BGH, NJW 2003, 2987; BGH, NJW 2005, 681 (682).

^{*)} Dank gilt Frau Rechtsreferendarin Anna Geißler für ihre Unterstützung.