

In unserem Newsletter 09-2013 berichten wir über zwei in der Praxis sehr relevante Entscheidungen, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und eine des Bundesgerichtshofs.

- I. Das Bundesverfassungsgericht scheint die Anwendbarkeit der Vorschriften über Fernabsatzverträge auf Maklerverträge nicht zu bejahen. Es hält jedenfalls die Klärung dieser Frage durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung für geboten.
- II. Der Bundesgerichtshof lässt sich ein zur Nachtragskorrektur der Nebenkostenabrechnung in Gewerberaummietverträgen trotz vorbehaltloser Guthabenerstattung.

**Inhalt:**

- I. Anwendbarkeit der Vorschriften über Fernabsatzverträge auf Maklerverträge
- II. Kann die Nachtragskorrektur einer Nebenkostenabrechnung trotz vorbehaltloser Guthabenerstattung erfolgen?

## **I. Anwendbarkeit der Vorschriften über Fernabsatzverträge auf Maklerverträge**

Im Ergebnis erklärt das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 17. Juni 2013, dass die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften über Fernabsatzverträge (§§ 312b ff. BGB auf Maklerverträge (§§ 652 ff. BGB) eine durch höchstrichterliche Rechtsprechung zu klärende Rechtsfrage sei. In dem betreffenden Fall stellte ein Makler einem Kunden eine Rechnung, deren Zahlung der Kunde allerdings verweigerte. Der Kunde wandte ein, in dem Schreiben des Maklers habe eine Belehrung gemäß § 312c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 §§ 1 f. EGBGB für die Möglichkeit des Widerrufs des Maklervertrages gefehlt.

Dabei gehe es im Wesentlichen hier um die Frage, ob bei dem abgeschlossenen Maklervertrag - wie bei Fernabsatzverträgen üblich - der Kunde noch innerhalb einer Frist von 14 Tagen (§ 355 Abs. 2 Satz 1 BGB) widerrufen konnte. Da hier eine solche Belehrung nicht stattgefunden hatte, meinte der Kunde, er brauche keine Widerrufsfrist. Nach Rechnungsstellung könne er daher widerrufen.

Der Makler klagte, verlor allerdings vor dem Landgericht. Das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück (§ 522 Abs. 2 ZPO). Das Oberlandesgericht war der Auffassung, dass Maklerverträge vom Anwendungsbereich des § 312b BGB umfasst seien, gegenteilige Auffassungen in der Literatur seien hier zu vernachlässigen. Daher könne ein Kunde einen solchen Maklervertrag später noch widerrufen und müsse keine Maklerprovision zahlen. In diesem im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde geführten Streit ist das Bundesverfassungsgericht nunmehr allerdings der Auffassung, dass sich das Oberlandesgericht mit diesen streitigen Rechtsfragen aktiv auseinandersetzen muss und verhalf der Verfassungsbeschwerde des Maklers, er sei in seinem Justizgewährungsanspruch verletzt, Recht.

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass in den nächsten Jahren durch den Bundesgerichtshof endgültig geklärt wird, ob Maklerverträge nach Abschluss widerrufen werden können und der Widerrufsbelehrung gem. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB bedarf. Legt man die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Grunde, ist das eher zu verneinen, da Maklerverträge nicht Fernabsatzverträge sind oder denen entsprechen. Daher kann man Maklerkunden nur raten, sich eher nicht darauf zu verlassen, dass man Maklerverträge durch Widerruf beenden und sich so der Zahlung einer Maklerprovision entziehen kann.

*(BVerfG, Beschluss vom 17.06.2013 - 1 BvR 2246/11)*

## II. Kann die Nachtragskorrektur einer Nebenkostenabrechnung trotz vorbehaltloser Guthabenerstattung erfolgen?

In dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Juli 2013 stellte der Bundesgerichtshof fest, dass auch bei einem Mietverhältnis über Gewerberaum allein die vorbehaltlose Erstattung eines sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Guthabens durch den Vermieter nicht die Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses ergebe mit der Folge, dass eine nachträgliche Korrektur der Betriebskostenrechnung nicht mehr möglich sei.

Zusammenfassend ging es hier darum, dass ein Vermieter eine rechtzeitige, jedoch falsche Nebenkostenabrechnung dem Mieter übersandt hatte. Der Vermieter erstattet dieses Guthaben. Der Mieter machte allerdings nach der Erstattung, die unmittelbar nach Übersendung der Abrechnung erfolgte, Einwendungen gegen die Nebenkostenabrechnung geltend. Daraufhin erstellte der Vermieter eine neue Abrechnung, die unter Berücksichtigung einer zuvor vergessenen und nicht berücksichtigten Grundsteuerzahlung dazu führten, dass sich das Guthaben des Mieters verringerte und der Vermieter zu viel erstattet hatte.

Der Bundesgerichtshof stellte fest, dass die erfolgte Zahlung vom Vermieter kein Schuldanerkenntnis sei. Denn ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis setze als vertraglich kausales Schuldanerkenntnis das Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen voraus, die man hier nicht annehmen könne. Da ein solches Schuldanerkenntnis nicht vorliege, könne die Betriebskostenabrechnung später noch korrigiert werden. Ein Ausschluss für eine solche Korrektur ergibt sich im gewerblichen Mietrecht nur durch den Eintritt der Verjährung oder in Ausnahmefällen aufgrund von Verwirkung (§ 242 BGB).

Das was der Bundesgerichtshof nun für den Gewerbemietraum feststellt, hatte er bereits in dem Bereich der Wohnraummiete festgestellt (BGH NJW 2011, 843). Dort hatte er erklärt, dass weder allein in der vorbehaltlosen Zahlung einer sich aus der Betriebskostenabrechnung ergebenden Nachforderung durch den Mieter noch in dem vorbehaltlosen Ausgleich eines zu Gunsten des Mieters errechneten Guthabens durch den Vermieter ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gesehen werden könne.

*(BGH Urteil v. 10.07.2013, Az. XII ZR 62/12)*

Für Rückfragen wenden Sie sich bitte an Herrn Dr. Jasper.

**JASPER**   
RECHTSANWÄLTE

Inselstraße 24  
D-40479 Düsseldorf

Tel.: +49 (0) 211 492590  
Fax: +49 (0) 211 490786  
mail@jasper-law.com  
www.jasper-law.com.