



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 245/09

Verkündet am:
22. Juli 2011
Lesniak
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Lemke und Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, die Richterin Dr. Stresemann und den Richter Dr. Czub

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 2. Juli 2009 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Beklagten im Kostenpunkt und hinsichtlich der Urteilsaussprüche zu den Nummern I.2 (Herausgabe von Mieten für die Zeit nach dem 1. November 2003), I.3 (Schadensersatz wegen der Umsetzung von Mietern), I.4 (Schadensersatz wegen der Verkleinerung des Sondereigentums durch Umbauten), I.6 (Feststellung der Erledigung der Hauptsache) sowie I.5 (Entscheidung über den Aufrechnungseinwand) aufgehoben.

Die Anschlussberufung des Klägers gegen das Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 29. Juli 2008 wird insoweit zurückgewiesen, als die Klage auf Schadensersatz wegen der Umsetzung von zwei Mietern und der Verkleinerung des Sondereigentums abgewiesen worden ist.

Hinsichtlich der Urteilsaussprüche zu I.2 und I.6 wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über sämtliche Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die von den Wohnungs- und Teileigentümern der in S. zum Zweck der einheitlichen Vermietung, Verwaltung und Instandhaltung der Wohn- und Teileigentumsanlage gegründet wurde. Der Kläger ist Mitglied der Eigentümergemeinschaft und war bis zu seinem Austritt im Mai 2001 auch Gesellschafter der Beklagten.
- 2 Mit dem Austritt verfolgte er das Ziel, die ihm gehörenden Teileigentums-einheiten fortan selbst und ohne Bindung an die Beklagte zu verwalten. Er verlangt - soweit noch von Interesse - Auskehrung von Mieten, die die Beklagte nach seinem Austritt für die Vermietung seines Sondereigentums erzielt hat, ferner Schadensersatz für Mietausfälle, die auf einer von der Beklagten vorgenommenen eigenmächtigen Umsetzung von Mietern seiner Objekte sowie auf Umbauten beruhen sollen, die zu einer Flächeneinbuße geführt haben.
- 3 Die Beklagte will von den Mieteneinnahmen Verwaltungskosten abziehen und mit Ansprüchen aufrechnen, die die Eigentümergemeinschaft an sie abgetreten hat. Dabei handelt es sich um den auf den Kläger entfallenden Anteil einer im November 2007 beschlossenen Sonderumlage für die von der Beklagten verauslagten Bewirtschaftungskosten und Aufwendungen für Modernisierungs- und Instandhaltungsmaßnahmen.
- 4 Mit rechtskräftigem Grund- und Teilurteil des Oberlandesgerichts vom 28. September 2005 sind die Ansprüche des Klägers auf Auskehrung der seit seinem Austritt bis Oktober 2003 eingezogenen sowie die danach monatlich eingehenden Mieten sowie auf Schadensersatz wegen der Umsetzung der Mieter und wegen der Verkleinerung von Sondereigentumsflächen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden.

5 Im vorliegenden Betragsverfahren hat das Oberlandesgericht dem Kläger Zahlungsansprüche aus "Mietrückständen" für die Zeit vom 1. Dezember 2001 bis zum 1. November 2003 in Höhe von 132.033 € zzgl. Zinsen abzüglich einer von ihm zu leistenden Sonderumlage von 42.033 € zzgl. Zinsen und weitere Zahlungsansprüche auf Auszahlung der vom 1. November 2003 an eingehenden Mieten zunächst in wechselnder Höhe, vom 1. Januar 2005 an in Höhe von 11.122,62 € monatlich, abzüglich der von der Beklagten geleisteten Zahlungen zugesprochen. Ferner hat es ihm Schadensersatz wegen der Umsetzung von zwei Mietern in Höhe von 36.323,46 € zzgl. Zinsen zuerkannt sowie Schadensersatz in Höhe von 13.794,54 € zzgl. Zinsen wegen der Verkleinerung der Räume. Wegen verschiedener von der Beklagten an den Kläger geleisteter Zahlungen hat es die Erledigung der Hauptsache festgestellt. Schließlich hat es auf die von der Beklagten erklärte Aufrechnung ausgesprochen, dass von der zuerkannten Klageforderung Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 672.194,29 € abzuziehen seien.

6 Mit den von dem Senat zugelassenen Revisionen beider Parteien verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter, die Beklagte ohne Berücksichtigung der Aufrechnung zur Zahlung zu verurteilen, während die Beklagte bei den Mieten einen Abzug von Verwaltungskosten von 90.000 € berücksichtigt wissen will und eine Beschränkung auf die tatsächlich vereinnahmten Mieten erstrebt. Ferner wendet sie sich gegen die Verurteilung zum Schadensersatz.

Entscheidungsgründe:

I.

- 7 Das Berufungsgericht meint, dass ein Abzug der Verwaltungskosten von den bis Oktober 2003 vereinnahmten Mieten nicht in Betracht komme. Das Grundurteil entfalte insoweit keine Bindungswirkung. Auch aus § 670 BGB stehe der Beklagten kein Gegenanspruch zu, weil diese nach dem Ausscheiden des Klägers aus der Gesellschaft für ihn keine Geschäfte mehr besorgt habe, sondern nur noch Durchlaufstation für die noch an sie gezahlten Mieten gewesen sei.
- 8 Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen der Umsetzung von zwei Mietern und wegen der Verkleinerung der Sondereigentumsfläche stehe dem Kläger zu, weil die Beklagte nach dem Ausscheiden des Klägers aus der Gesellschaft zu solchen Maßnahmen nicht mehr berechtigt gewesen sei.
- 9 Gegen die Zahlungsansprüche des Klägers könne die Beklagte mit den an sie abgetretenen Forderungen der Eigentümergemeinschaft aufrechnen. Diese Forderungen seien mit der Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung am 28. November 2007 fällig geworden. Dem stehe nicht entgegen, dass der Kläger den Beschluss angefochten habe. Dieser sei vielmehr nach § 23 Abs. 4 WEG solange als gültig anzusehen, bis er auf Anfechtungsklage hin aufgehoben werde. Die Vollstreckung der dem Kläger zuerkannten Zahlungsansprüche sei daher - bis zu einer etwaigen Aufhebung des Beschlusses - nur unter Abzug der Gegenforderung zulässig.

10 Eine Aussetzung nach § 148 ZPO komme dagegen nicht in Betracht,
weil der Rechtsstreit nach dem das Prozessgericht bindenden Beschluss der
Eigentümerversammlung entscheidungsreif sei.

II.

11 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

A.

Zur Revision der Beklagten

12 1. Ohne Erfolg bleibt die Revision, soweit sie sich dagegen wendet, dass
das Berufungsgericht von den an den Kläger auszukehrenden Mieteinnahmen
in Höhe von 132.033 € zzgl. Zinsen nicht die der Beklagten entstandenen Ver-
waltungskosten von 90.000 € abgezogen hat.

13 a) Die Zahlungspflicht als solche steht durch das rechtskräftige Grundur-
teil mit Bindung für das Betragsverfahren fest. Gegen die Berechnung der ver-
einnahmten Mieten und Zinsen für diesen Zeitraum erhebt die Revision keine
Einwendungen.

14 b) Gegen diesen Anspruch steht der Beklagten keine aufrechenbare Ge-
genforderung auf (anteiligen) Ersatz ihrer Aufwendungen für die Mietenverwal-
tung zu.

15 aa) Einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB verneint das
Berufungsgericht rechtsfehlerfrei. Das zieht die Revision auch nicht in Zweifel.

- 16 bb) Entgegen ihrer Ansicht kann die Beklagte den Ersatz ihrer Verwaltungskosten auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verwendungsersatzanspruchs nach § 994 BGB oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 683, 684 BGB beanspruchen.
- 17 Diese Vorschriften sind nicht anwendbar, weil der Gesellschaftsvertrag besondere, andere Ansprüche ausschließende Regelungen für die Abwicklung nach dem Ende des Besitzrechts bereitstellt (vgl. Senat, Urteile vom 13. Oktober 1978 - V ZR 147/77, NJW 1979, 716 und vom 18. Juni 1999 - V ZR 24/98, NJW-RR 2000, 895, 896).
- 18 Das Berufungsgericht entnimmt den Regelungen des Gesellschaftsvertrages, dass die Beklagte nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters die dessen Sondereigentum betreffenden Mietverhältnisse nicht mehr verwalten, sondern lediglich noch Durchlaufstation für die noch an sie gezahlten, auszukehrenden Mieten sein sollte. Es bezieht dies zwar nur auf den - in den Tatsacheninstanzen allein geltend gemachten - Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB. Das Ergebnis der tatrichterlichen Auslegung, nach der der Gesellschaftsvertrag eine solche Ansprüche auf Ersatz von Verwaltungskosten ausschließende Vereinbarung enthält, gilt aber für andere Ansprüche in gleicher Weise.
- 19 Diese Auslegung hält revisionsrechtlicher Prüfung stand. Sie ist darauf beschränkt, ob gesetzliche oder allgemeine Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde (BGH, Urteile vom 7. März 2005 - II ZR 194/03, NJW 2005, 2618, 2619 und vom 14. Juni 2010 - II ZR 135/09, NJW-RR 2010, 1219, 1220 Rn. 7). Solche Fehler werden von der Revision nicht aufgezeigt und sind auch sonst nicht ersichtlich.

20 2. Begründet ist die Revision dagegen, soweit sie sich gegen die von dem Berufungsgericht zuerkannten Schadensersatzansprüche wegen der Umsetzung von zwei Mietern aus den Räumen des Klägers in andere Räume in der Anlage und wegen der Verkleinerung der vermietbaren Sondereigentumsfläche wendet.

21 a) Die Schadensersatzpflicht der Beklagten dem Grunde nach steht für das Betragsverfahren fest.

22 b) Der Kläger hat durch die Umsetzung der Mieter jedoch keinen Schaden erlitten. Dieser Umstand ist trotz des zugunsten des Klägers ergangenen Grundurteils zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteile vom 9. April 1986 - IVb ZR 14/85, NJW 1986, 2508 und vom 4. Mai 2005 - VIII ZR 123/04, NJW-RR 2005, 1157, 1158). Ob ein nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, bestimmt sich nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetreten Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (BGH, Urteile vom 10. Dezember 1986 - VIII ZR 349/85, BGHZ 99, 182, 197 und vom 21. Dezember 2004 - VI ZR 206/03, BGHZ 161, 361, 366 mwN).

23 aa) Das Berufungsgericht ist zwar rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass dann, wenn die Umsetzung der Mieter unterblieben wäre, die Beklagte weiterhin diese Mieten aus der Vermietung des Sondereigentums des Klägers bezogen hätte, die sie unverzüglich an den Kläger hätte abführen müssen. Es hat jedoch nicht berücksichtigt, dass die pflichtwidrige Umsetzung von Mietern innerhalb der Anlage den nach der Teilungserklärung maßgeblichen Ertrag aus der Vermietung aller Einheiten nicht berührt, nach der jeder Teileigentümer für jeden m² Nutzfläche die gleiche Miete erhalten soll (§ 15 Buchstabe d der Teilungserklärung). Auch wenn diese Ausgleichspflicht nicht im Verhältnis der Par-

teilen begründet worden ist, führt sie wirtschaftlich dazu, dass jeder Miteigentümer auch nach einer Umsetzung die gleiche Miete erhält.

24 bb) Der von der Revisionserwiderung hervorgehobene Umstand, dass der Kläger sein Teileigentum selbst nutzen wolle, führt in diesem Zusammenhang zu keiner anderen Beurteilung. Eine Eigennutzung wäre ihm gerade nach der Umsetzung der Mieter aus den ihm gehörenden Räumen möglich gewesen; eine Vermietung auf eigene Rechnung ist dagegen nach der Teilungserklärung ausgeschlossen.

25 c) Aus den gleichen Gründen steht dem Kläger auch nicht der von dem Berufungsgericht zuerkannte Schadensersatzanspruch wegen eines Mietausfalls in Höhe von 13.794,54 € zzgl. Zinsen wegen einer Verkleinerung der Sondereigentumsfläche zu.

26 Der Kläger kann zwar grundsätzlich nach § 249 Abs. 1, § 252 BGB entgangenen Gewinn durch Mietausfälle aus der ohne seine Zustimmung vorgenommenen Verkleinerung des vermietbaren Sondereigentums verlangen. Der dem Kläger hieraus zu ersetzende Schaden bestimmt sich aber auch hier auf Grund der in der Teilungserklärung vereinbarten gleichmäßigen Verteilung aller Mieteinkünfte auf sämtliche Miteigentümer nicht - wie vom Kläger vorgetragen - durch Multiplikation der reduzierten Sondereigentumsfläche (24,85 m²) mit einem Mietzins pro m² (9,10 €), sondern - wie von dem Landgericht richtig ausgeführt - nach der dem Kläger an den gesamten Mieteinnahmen zustehenden Quote, die zudem weiterhin nach der ursprünglichen und nicht nach der reduzierten Fläche zu berechnen ist. Dazu ist von dem Kläger, der die Teilungserklärung und die daraus begründeten Pflichten nicht gegen sich gelten lassen will, nichts vorgetragen worden.

27 3. Rechtlicher Prüfung ebenfalls nicht stand hält die Verurteilung der Be-
klagten zur Herausgabe der nach dem 1. November 2003 vereinnahmten Mie-
ten.

28 a) Zu beanstanden ist zunächst, dass das Berufungsgericht dem Kläger
unter Verstoß gegen § 308 ZPO mehr zugesprochen hat, als dieser beantragt
hat. Der Kläger hat die Auszahlungen der Beklagten in den Jahren 2005 bis
2009 von den monatlichen Mieteingängen (Hauptforderung) abgezogen und nur
für die Differenzbeträge Verzugszinsen verlangt, während nach dem Beru-
fungsurteil alle Zahlungen gemäß § 367 Abs. 1 BGB zunächst auf die bereits
aufgelaufenen Zinsen und erst dann auf die Hauptforderung anzurechnen sind.

29 b) Berechtigt ist ferner die Rüge der Revision, dass das Berufungsgericht
den Vortrag der Beklagten in dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung in
erster Instanz nachgereichten Schriftsatz nicht hat unberücksichtigt lassen dür-
fen, wonach die von ihr in der Zeit vom 1. November 2003 bis zum 31. Dezem-
ber 2007 erzielten Mieten durchschnittlich nur 9.946,03 € monatlich betragen
hätten.

30 aa) Zwar ist neues tatsächliches Vorbringen in einem erst nach Schluss
der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz nach § 296a Satz 1 ZPO
grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Dies gilt nach § 296a Satz 2 i.V.m.
§ 156 ZPO jedoch dann nicht, wenn die mündliche Verhandlung hätte wieder-
eröffnet werden müssen. So ist es hier. Das Berufungsgericht hat selbst und zu
Recht die Erforderlichkeit einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung
wegen eines von dem Kläger nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung
gestellten neuen Sachantrags bejaht, den das Landgericht nicht behandelt hat.
Es hat deswegen das Verfahren des Landgerichts als fehlerhaft beanstandet.

- 31 Unter diesen Umständen hätte der Verfahrensfehler des Landgerichts dadurch behoben werden müssen, dass das Berufungsgericht das Vorbringen in den nachgereichten Schriftsätzen beider Parteien berücksichtigt hätte. Eine gebotene Wiedereröffnung erfasst den gesamten Rechtsstreit und nicht nur den konkreten Wiedereröffnungsgrund (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 156 Rn. 1); eine nur partielle Behebung des Verfahrensfehlers verstößt gegen das Gebot der fairen, beide Parteien gleich behandelnden Verfahrensgestaltung (vgl. OLG Köln, VersR 1971, 179).
- 32 bb) Das Vorbringen der Beklagten ist auch entscheidungserheblich. Herauszugeben nach § 667 BGB sind nur die tatsächlich vereinnahmten Mieten. Dem Kläger obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, in welcher Höhe die Beklagte Mieten eingezogen hat. Dazu steht ihm ein Auskunftsanspruch nach § 666 BGB zur Verfügung (vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 1989 - IVa ZR 88/88, NJW-RR 1989, 1206). Soweit der Kläger keine höheren - als die von der Beklagten eingeräumten - Mieteinnahmen darlegt und beweist, ist von den Angaben der Beklagten auszugehen.
- 33 c) Rechtsfehlerhaft ist die Entscheidung auch, soweit die Beklagte über den Schluss der mündlichen Verhandlung hinaus zur Zahlung von 11.122,33 € zum jeweiligen Monatsende verurteilt worden ist. Die Voraussetzungen für eine solche Verurteilung zu einer künftigen Leistung nach §§ 257 bis 259 ZPO liegen nicht vor.
- 34 aa) Die Beklagte schuldet dem Kläger keine Mietzahlungen, sondern nach § 667 BGB die Herausgabe der an sie gezahlten Mieten. Dieser Herausgabeanspruch ist anders als der Anspruch auf den Mietzins weder eine von dem Eintritt eines Kalendertags abhängige Forderung (§ 257 ZPO) noch ein auf eine wiederkehrende Leistung gerichteter Anspruch (§ 258 ZPO), bei dem die einzelne Leistung in ihrer Entstehung nur noch vom Zeitablauf abhängig ist (vgl.

BGH, Urteil vom 10. Juli 1986 - IX ZR 138/85, NJW 1986, 3142; Senat, Urteil vom 17. November 2006 - V ZR 71/06, NJW 2007, 294, 295 Rn. 8).

35 bb) Die Verurteilung ist auch nicht nach § 259 ZPO zulässig. Zwar mag die Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung durch die Beklagte auf Grund der mehrere Jahre andauernden Nichterfüllung des rechtskräftig titulierten Anspruchs auf Herausgabe des mittelbaren Besitzes an dem Objekt begründet sein. Eine Klage nach § 259 ZPO setzt aber voraus, dass der geltend gemachte Anspruch entstanden ist; verzichtet wird nur auf den Eintritt der Fälligkeit (BGH, Urteile vom 5. April 2001 - IX ZR 441/99, BGHZ 147, 225, 231 und vom 12. Juli 2006 - VIII ZR 235/04, NJW-RR 2006, 1485, 1486 Rn 11). Daran fehlt es. Der Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Erlangten nach § 667 BGB entsteht erst in dem Zeitpunkt, in dem Mietzahlungen bei der Beklagten eingehen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juni 2007 - IX ZR 56/06, NJW 2007, 2640, 2641 Rn. 10).

36 4. Das Berufungsurteil ist daher auf die Revision der Beklagten aufzuheben, soweit diese hinsichtlich des Zeitraums ab dem 1. November 2003 zu Zahlungen verurteilt worden ist (Nr. I.2 des Tenors des Berufungsurteils), ferner hinsichtlich der darauf bezogenen Feststellung der Erledigung durch Zahlungen der Beklagten (Nr. I.6 des Tenors) und schließlich soweit die Beklagte zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 36.323,46 € zzgl. Zinsen (Nr. I.3 des Tenors) und in Höhe von 13.794,54 € zzgl. Zinsen (Nr. I.4 des Tenors) verurteilt worden ist.

37 Hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs (Nr. I.3 und 4 des Tenors) ist die Sache entscheidungsreif und die Anschlussberufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen. Hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der nach dem 1. November 2003 bei der Beklagten eingegangenen Mieten und der darauf bezogenen Feststellung der Erledigung der Hauptsache durch Zahlungen der Beklagten (Nr. I.2 und 6 des Tenors) ist die Sache zur

neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

B.

Zur Revision des Klägers

38 Die Revision des Klägers wendet sich gegen die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung (Nr. I.5 des Tenors des Berufungsurteils). Sie hat Erfolg, weil das Urteil insoweit weder dem materiellen Recht entspricht noch im Prozessrecht eine Stütze hat.

39 1. Das Berufungsgericht hat keine den Rechtsfolgen der Aufrechnung entsprechende Entscheidung getroffen.

40 Die Aufrechnung bewirkt nach § 389 BGB, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als erloschen gelten. Mit der Erklärung der Aufrechnung wird die bis dahin zulässige und begründete Klageforderung unbegründet (BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 - IX ZR 268/02, BGHZ 155, 392, 398). Wird sie dennoch vor dem Gericht weiter verfolgt, ist die Klage - soweit die Forderung durch die Aufrechnung erloschen ist - abzuweisen.

41 Das Berufungsgericht hat die Klage jedoch weder (endgültig) abgewiesen noch über die Gegenforderung entschieden. Nach den zur Auslegung des Tenors heranzuziehenden Urteilsgründen soll mit dem Ausspruch, dass die dem Kläger zuerkannten Zahlungen nur abzüglich der Gegenforderung der Beklagten zu erfolgen haben, die Vollstreckung der Klageforderung bis zu einer etwaigen Ungültigerklärung des Beschlusses über der Eigentümergemeinschaft durch gerichtliche Entscheidung über die von dem Kläger nach § 46 WEG er-

hobene Beschlussanfechtungsklage nur unter Abzug der Gegenforderung zulässig sein.

42 Das ist rechtsfehlerhaft.

43 2. Die Entscheidung hat - was die Revision zu Recht beanstandet – zudem keine Grundlage im Prozessrecht.

44 Die Zivilprozessordnung erlaubt zwar eine Entscheidung über die Klage zugunsten des Klägers unter dem Vorbehalt der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung (§ 302 ZPO). Mit dem Vorbehaltsurteil werden die Wirkungen einer materiell-rechtlich begründeten Aufrechnung vorläufig ausgesetzt (BGH, Urteil vom 24. November 2005 - VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134, 137). Ein "umgekehrtes" Vorbehaltsurteil, in dem die Entscheidung über die Klage unter dem Vorbehalt einer (in einem anderen Verfahren zu treffenden) Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung suspendiert wird, sieht die Zivilprozessordnung dagegen nicht vor.

45 3. Das Urteil ist daher insoweit auf die Revision des Klägers aufzuheben. Der Ausspruch über die Berücksichtigung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung (Nr. 1.5 des Tenors) entfällt ersatzlos. Dies kann der Senat aufgrund des festgestellten Sachverhalts entscheiden (§ 563 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

46 a) Unrichtig ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der Eigentümergemeinschaft auf Grund des Beschlusses vom 27. November 2007 über die Sonderumlage eine fällige Forderung in Höhe von insgesamt 672.194,29 € zustehe, die die Beklagte nach Abtretung den Zahlungsansprüchen des Klägers entgensetzen könne. Das beruht auf einer fehlerhaften Anwendung des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG.

47 aa) Richtig ist allerdings, dass Beschlüsse nach § 28 Abs. 5 WEG über den Wirtschaftsplan, die Jahresabrechnung und die Rechnungslegung des Verwalters und - über den Wortlaut der Vorschrift hinausgehend - über eine Sonderumlage nach § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG grundsätzlich solange als gültig anzusehen sind, wie sie nicht in einem Beschlussanfechtungsverfahren nach § 43 Nr. 4, § 46 WEG für ungültig erklärt worden sind. Das gilt auch für fehlerhafte Beschlüsse.

48 Das Prozessgericht, das über eine sich aus dem Beschluss ergebende Forderung zu entscheiden hat, ist an einen Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG, grundsätzlich gebunden. Das Gericht darf die Vorfrage, ob der Beschluss wirksam ist, nicht selbständig (ohne Rücksicht auf ein Beschlussanfechtungsverfahren) entscheiden, sondern hat - bis zu einer etwaigen Aufhebung - von dem sich aus von dem Beschluss ergebenden Anspruch auszugehen (BayObLG, WE 1996, 239, 240).

49 bb) Dies gilt indes nicht für die nach § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG nichtigen Beschlüsse. Die Nichtigkeit wirkt für und gegen alle, bedarf keiner Geltendmachung und ist in jedem gerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen (Senat, Beschluss vom 18. Mai 1989 - V ZB 4/89, BGHZ 107, 268, 270). Die Möglichkeit, die Nichtigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG feststellen zu lassen, ändert daran nichts (Senat, aaO.). Nur wenn eine Anfechtungsklage als unbegründet abgewiesen worden ist, kann nach § 48 Abs. 4 WEG nicht mehr geltend gemacht werden, dass ein Beschluss nichtig sei. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, weil über die von dem Kläger erhobene Anfechtungsklage noch nicht entschieden ist.

50 b) Gegenstand des Beschlusses ist die Verpflichtung der Wohnungs- und Teileigentümer, der Beklagten die für die Gemeinschaft verauslagten Kosten zu erstatten. Der Verwalter hat den Erstattungsbetrag zu berechnen und - soweit die Forderung noch nicht durch Verrechnung ausgeglichen ist (was allein den Kläger betrifft) - bei dem jeweiligen Eigentümer anzufordern. Dieser Beschluss ist nach § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG nichtig, da er gegen Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes verstößt, auf deren Einhaltung die Eigentümer nicht wirksam verzichten können.

51 aa) Der Eigentümergemeinschaft fehlt die Beschlusskompetenz für eine Umlage der der Beklagten entstanden Kosten. Die Wohnungseigentümer dürfen nicht die Kosten einer Gesellschaft, welche die Anlage bewirtschaftet, durch Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG auch auf Eigentümer umlegen, die nicht Gesellschafter sind (BayObLG, ZMR 2001, 828, 829). Das gilt selbst dann, wenn der Eigentümer einer in der Teilungserklärung begründeten Verpflichtung zum Beitritt (BayObLG, aaO) oder - wie hier - zur Überlassung des Sondereigentums zur Vermietung durch den Verwalter zuwidergehandelt haben sollte. Für eine Vornahme eines solchen Schadensausgleichs ist in einer Abrechnung nach § 28 Abs. 5 WEG kein Raum.

52 bb) Der Beschluss hat auch insofern im Wohnungseigentumsgesetz keine Grundlage, als die Sonderumlage nicht als Ergänzung eines Wirtschaftsplans (vgl. Senat, Beschluss vom 15. Juni 1989 - V ZB 22/88, BGHZ 108, 44, 47), sondern unabhängig von Wirtschaftsplänen oder Jahresabrechnungen nach einem von dem Verwalter noch zu berechnenden Erstattungsbetrag beschlossen wurde. Die Vorschriften über die Verteilung der Kosten auf der Grundlage von Wirtschaftsplänen, Abrechnungen und Rechnungslegungen des Verwalters nach § 28 Abs. 5 WEG sind jedoch nicht abdingbar (Elzer in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 23 Rn. 102). Die Eigentümerversammlung ist nicht befugt,

eine von Wirtschaftsplänen und Jahresabrechnungen unabhängige Kostenverteilung für viele Jahre durch Sonderumlage (nach den Abrechnungen eines Dritten) zu beschließen. Einem solchen Beschluss kommt auch ohne Anfechtung keine rechtliche Wirkung zu (vgl. Senat, Beschluss vom 2. Juni 2005 - V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 179).

53 c) Die Folge der Nichtigkeit des Beschlusses ist, dass der Beklagten aus abgetretenem Recht bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht keine nach § 387 BGB aufrechenbare Gegenforderung nach § 16 Abs. 2 WEG gegen den Kläger zustand, weil erst ein - rechtswirksamer - Beschluss nach § 28 Abs. 5 WEG Geltungsgrund für die Zahlungspflicht des einzelnen Eigentümers ist (Senat, Beschluss vom 21. April 1988 - V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 201 und Urteil vom 20. November 1992 - V ZR 279/91, BGHZ 120, 261, 266).

54 d) Etwaige Ansprüche der Eigentümergemeinschaft gegen den Kläger, die sich aus den Bestimmungen in der Teilungserklärung zur Vermietung des Sondereigentums durch die Verwalterin zum Zwecke einer einheitlichen Abrechnung und Verteilung der Mieteinnahmen (Mietpool) und aus Abrechnungen nach § 28 Abs. 5 WEG über die zu verteilenden Lasten und Kosten des ge-

meinschaftlichen Eigentums (§ 16 Abs. 2 WEG) ergeben können, sind deshalb nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Krüger

Lemke

Schmidt-Räntsch

RiBGH Stresemann ist infolge Urlaubs an der Unterschrift gehindert.
Karlsruhe, den 25. Juli 2011
Der Vorsitzende

Krüger

Czub

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 29.07.2008 - 24 O 260/07 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 02.07.2009 - 19 U 135/08 -