

**Herausgeber: Norbert Eisenschmid, RA**Erscheinungsdatum:  
04.04.2019Erscheinungsweise:  
vierzehntäglichBezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.**7/2019****Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Mieterhöhung nach Modernisierung: Formelle und materielle Anforderungen an Erhöhungserklärung**  
Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 12.06.2018, VIII ZR 121/17  
von Dr. Dietrich Beyer, RiBGH a.D.
- Anm. 2** **Umlage der Betriebskosten auf Mieter bei Vereinbarung, „alle umlagefähigen Nebenkosten“ zu tragen**  
Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.04.2018, 2 U 142/17  
von Prof. Dr. Siegbert Lammel
- Anm. 3** **Zumutbarkeitsgrenze bei häuslichem Musizieren eines Berufsmusikers in einem Reihenhaus**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.10.2018, V ZR 143/17  
von Norbert Eisenschmid, RA
- Anm. 4** **Pflicht des Wohnungseigentümers zur Gestattung des Betretens seiner Wohnung zur Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums**  
Anmerkung zu AG Bremen-Blumenthal, Urteil vom 14.03.2018, 44 C 2010/17  
von Wolfgang Dötsch, RiOLG
- Anm. 5** **Betriebskosten einer Warmluftheizung**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.01.2019, XII ZR 46/18  
von Frank-Georg Pfeifer, RA
- Anm. 6** **Gesonderte Vergütung für Unterstützung von Hausgeldklagen durch WEG-Verwalter**  
Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 29.11.2018, 29 S 48/18  
von Dr. Werner Niedenführ, Vors. RiOLG
- Anm. 7** **Das dauernde Missverständnis über die Beschwer im Zustimmungsprozess gemäß § 558b BGB**  
Anmerkung zu VerfG Potsdam, Beschluss vom 18.01.2019, 54/18  
von Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus, Weiterer aufsichtsführender RiAG, Universität Bielefeld

**Zitervorschlag:** Beyer, jurisPR-MietR 7/2019 Anm. 1  
**ISSN 1860-157X**

## 1

## **Mieterhöhung nach Modernisierung: Formelle und materielle Anforderungen an Erhöhungserklärung**

### **Orientierungssätze zur Anmerkung:**

**1. Das Berufungsgericht kann die Zulassung der Revision auf die Frage der formellen Wirksamkeit der Mieterhöhungserklärung beschränken.**

**2. An die formelle Wirksamkeit der Mieterhöhungserklärung sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn der Mieter den Grund der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann.**

Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 12.06.2018, VIII ZR 121/17

von **Dr. Dietrich Beyer**, RiBGH a.D.

### **A. Problemstellung**

Die Differenzierung der formellen und der materiellen Seite der Erklärung einer Partei eines Mietverhältnisses beschäftigt den VIII. Zivilsenat des BGH mit einer gewissen Regelmäßigkeit. Dabei ist seit langem sein zweifaches Anliegen erkennbar, nämlich zum einen die strikte Trennung der beiden Aspekte und zum anderen der Grundsatz, an die formelle Wirksamkeit einer Erklärung keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Der Grund für diese Tendenz liegt in der Neigung vieler Instanzgerichte, die Erklärung einer Mietpartei bereits als formell mangelhaft und deshalb unwirksam anzusehen mit der Folge, dass sich eine Prüfung der materiellen Begründetheit der im Raum stehenden Frage erübrigt.

Der vorliegende Fall zeichnet sich vor allem durch die materiell-rechtlich zutreffende Würdigung des Berufungsgerichts – einschließlich der formellen Seite der Mieterhöhungserklärung – aus, auch wenn der BGH einen Grund für die Zulassung der Revision verneint und insoweit auf seine einschlägige Rechtsprechung Bezug nimmt.

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

Der Vermieter hatte im Jahr 2011 an der zuvor ungedämmten Außenfassade des Mehrfamilienhauses eine 140 mm starke Wärmedämmung anbringen lassen. Wegen dieser Maßnahme hatte er mit Schreiben vom 24.02.2012 die Miete um 195,20 Euro auf insgesamt 760,10 Euro erhöht. Das Amtsgericht hatte diese Mieterhöhung in vollem Umfang, das Landgericht überwiegend, und zwar i.H.v. 148,80 Euro, für begründet gehalten. Es hat die Mieterhöhungserklärung als formell wirksam angesehen; die Darstellung der konkreten Energieeinsparung, etwa durch die Angabe von Energiekoeffizienten, sei nicht erforderlich gewesen. Allerdings habe der Vermieter die Mieterhöhung falsch berechnet, weil er nicht den ersparten Instandhaltungsaufwand abgezogen und deshalb zu Unrecht die vollen Kosten von 195,20 Euro anstelle der „bereinigten“ Kosten von 146,80 Euro angesetzt habe. Dieser Fehler betreffe aber nicht die formalen Voraussetzungen der Mieterhöhungserklärung gemäß § 559b BGB, sondern lediglich die materielle Begründetheit der Erhöhung; insoweit (d.h. hinsichtlich eines Teilbetrages von 46,40 Euro monatlich) sei die Klage des Vermieters auf Zahlung der erhöhten Miete unbegründet. Gegen das Berufungsurteil haben die Mieter die vom Landgericht zugelassene Revision eingelegt.

#### **I. Eine verfahrensrechtliche Klarstellung vorweg: Die wirksame Beschränkung der Revisionszulassung auf die Frage der formellen Wirksamkeit der Mieterhöhungserklärung**

Das Landgericht hatte die Zulassung der Revision im Urteilstenor nicht ausdrücklich beschränkt. Die Beschränkung ergab sich aber zweifelsfrei aus den Entscheidungsgründen; dort hatte das Berufungsgericht ausgeführt, die Revision sei zuzulassen, „weil die Frage der formalen Mieterhöhungserklärung hinsichtlich beider [im Urteil] ausgeführten Punkte in der vorliegenden Konstellation noch nicht hinreichend abgeklärt“ sei – was der BGH sogar als ausdrückliche Beschränkung auf die formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Mieterhöhungserklärung nach einer Modernisierung gewertet hat (Rn. 5).

Die Beschränkung war auch prozessual wirksam, weil sie einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen und abtrennbaren Teil des „Gesamtstreitstoffs“ betraf; die in dem – im vorliegenden Fall noch anwendbaren – § 559b BGB a.F. umschriebenen Anforderungen an die formelle Wirksamkeit einer Mieterhöhungserklärung, insbesondere also die Erklärung in Textform sowie die Berechnung und Erläuterung der entstandenen Kosten, stellen einen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht selbstständigen Teil des Streitstoffs dar (Rn. 6, 7).

## **II. Die notwendige Begründung der Mieterhöhungserklärung im Einzelnen**

### **1. Der Grundsatz: Keine überhöhten Anforderungen an die Angaben zu den einzelnen Modernisierungsmerkmalen**

Das Landgericht war der Auffassung, die Frage der formalen Wirksamkeit der Mieterhöhungserklärung bedürfe hinsichtlich des fehlenden Abzugs der Instandhaltungskosten und der Darstellung der Energieeinsparung einer höchstrichterlichen Klärung. Dies hat der BGH anders gesehen.

Nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH muss der Vermieter in der Erhöhungserklärung darlegen, inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder eine nachhaltige Einsparung von Energie und Wasser bewirken (Rn. 10 m.w.N.). Diese Angaben sollen es dem Mieter ermöglichen, die Berechtigung der Mieterhöhung zu überprüfen. Dabei sind allerdings – so der BGH wörtlich – „an die formelle Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Vielmehr genügt es, wenn der Mieter den Grund der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann“ (a.a.O.).

Ob diese Voraussetzungen eingehalten sind, obliegt in erster Linie der tatrichterlichen Überprüfung anhand der genannten rechtlichen Vorgaben der BGH-Rechtsprechung; eine weitere höchstrichterliche Klärung ist nicht geboten.

### **2. Formelle Wirksamkeit der Erhöhungserklärung trotz inhaltlicher Mängel**

Zu den formellen Anforderungen an eine Mieterhöhungserklärung gehört auch die Darlegung, in welchem Umfang durch die konkrete Maßnahme Kosten für fällige Instandhaltungsmaßnahmen erspart worden sind (Rn. 14). Dem genügt die Erhöhungserklärung des Vermieters vom 24.02.2012; denn in ihr hat der Vermieter unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er die streitgegenständlichen Baumaßnahmen als reine Modernisierungsmaßnahmen ansehe und deshalb von einem Abzug für Instandhaltungsaufwendungen abgesehen habe (Rn. 15).

Dass der Vermieter den zwingend vorgeschriebenen Abzug tatsächlich nicht vorgenommen hat, ändert nichts an der formellen Wirksamkeit der Erhöhungserklärung, sondern berührt ausschließlich die in der „zweiten Stufe“ vorzunehmende materielle Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit der Berechnung. In formeller Hinsicht entscheidend ist allein die Nachvollziehbarkeit der vom Vermieter berechneten Erhöhung für den Mieter.

Abgerundet wird dieses Bild der Nachvollziehbarkeit der geltend gemachten Mieterhöhung schließlich durch den Umstand, dass der Vermieter in seiner Erklärung angegeben hatte, er habe mehrere Rechnungen, die mit der Fassadendämmung nicht oder nur indirekt zusammenhängen, bei der Berechnung des Erhöhungsbetrages nicht berücksichtigt. Die entsprechenden Rechnungen hatte er namentlich und betragsmäßig bezeichnet; dadurch war auch insoweit die Nachvollziehbarkeit für die Mieter gegeben (Rn. 16).

### **3. Erforderliche und ausreichende Angaben zu der durchgeführten Modernisierungsmaßnahme - hier: Energieeinsparung durch Anbringung einer 140 mm starken Thermoisolierung**

In der Erhöhungserklärung vom 24.02.2012 hatte der Vermieter ausdrücklich auf das Ankündigungsschreiben vom 27.12.2010 Bezug genommen. Dort hatte er ausgeführt, dass auf der gesamten (bisher ungedämmten) Hausaußenfläche eine 140 mm starke Thermoisolierung aufgebracht werden solle, um die Wär-

medurchgangsverluste erheblich zu reduzieren, entsprechende Energiekosten einzusparen und den CO<sub>2</sub>-Ausstoß zu vermindern. Damit war die durch die Maßnahme bewirkte Energieeinsparung ausreichend erläutert und der Mieter konnte den Grund der Mieterhöhung als plausibel nachvollziehen (Rn. 17).

#### **4. Einschaltung einer bautechnisch oder juristisch sachkundigen Person**

Seine relativ komprimierten, aber durchweg sehr grundsätzlichen und überzeugenden Ausführungen zu den formellen Anforderungen und damit zur Wirksamkeit einer Mieterhöhungserklärung nach Modernisierung rundet der BGH mit der Bezugnahme auf eine Entscheidung aus dem Jahr 2002 ab (BGH, Beschl. v. 10.04.2002 - VIII ARZ 3/01 - BGHZ 150, 277, 282). Dort hatte er – noch zu § 3 Abs. 3 Satz 2 MHG – bereits angemerkt, dass es für die Erläuterung einer Mieterhöhung ausreichend ist, wenn der Mieter „notfalls“ unter Zuhilfenahme einer bautechnisch oder juristisch sachkundigen Person beurteilen kann, ob die Baumaßnahme eine Modernisierung i.S.d. § 559 Abs. 1 BGB a.F. (im Wesentlichen inhaltsgleich mit § 555b Nr. 1, 3, 4 und 5 BGB) darstellt. Wörtlich fährt der BGH fort:

„Für bauliche Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie ergibt sich daraus, dass der Vermieter in der Mieterhöhungserklärung neben einer schlagwortartigen Bezeichnung der Maßnahme und einer Zuordnung zu den Positionen der Berechnung diejenigen Tatsachen darlegen muss, anhand derer überschlüssig beurteilt werden kann, ob die bauliche Änderung eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie bewirkt.“ (Rn. 18).

Diesen Anforderungen genügt die im Ankündigungsschreiben enthaltene und in der Erhöhungserklärung ausdrücklich in Bezug genommene Erläuterung des Vermieters – Anbringung einer 140 mm starken Thermoisolierung auf dem bis dahin ungedämmten Mauerwerk – ohne weiteres.

#### **5. Angabe von Vergleichswerten (z.B. Wärmedurchgangskoeffizienten) erforderlich?**

Die Angabe weiterer Details, insbesondere der Wärmedurchgangskoeffizienten vor und nach dieser Maßnahme, war nicht erforderlich. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall

von dem Sachverhalt, der dem von der Revision angeführten Urteil vom 25.01.2006 (VIII ZR 47/05 - NJW 2006, 1126) zugrunde lag. Dort hatte der Vermieter die vorhandenen, ursprünglichen Isolierglasfenster (Baujahr etwa 1970) im Jahr 2000 durch neue „Wärmeschutzfenster“ ersetzt und die Mieterhöhung mit der schlichten Bemerkung begründet, der Einbau neuer Wärmeschutzfenster spare Energie ein. Entsprechende Vergleichswerte für die alten und neuen Fenster, die es dem Mieter ermöglicht hätten, den behaupteten Energieeinspareffekt zumindest auf Plausibilität überprüfen zu können, fehlten. In dem jetzt entschiedenen Fall, in dem der Vermieter die Wärmedämmung nach Art und Maß beschrieben hatte, konnten dagegen die Mieter „die zur Begründung der Mieterhöhung behauptete Einsparung von Energie nachvollziehen“ (Rn. 19). Ob diese Begründung inhaltlich richtig war, die angegebene Energieeinsparung also tatsächlich durch die neue Thermoisolierung zu erzielen war (wofür alles spricht), ist eine Frage der Begründetheit der geltend gemachten Mieterhöhung, die nicht Gegenstand der (beschränkt zugelassenen) Revision der Mieter war.

Zu dem Beschluss vom 12.06.2018 haben die Mieter Stellung genommen und dabei u.a. eingewandt, der Vermieter habe in der Mieterhöhungserklärung keinen Abzug für die ersparten Instandhaltungsaufwendungen vorgenommen. Dazu hat der BGH in dem abschließenden Beschluss vom 25.09.2018 (VIII ZR 121/17 - NZM 2018, 948), mit dem er die Revision der Mieter (in der Hauptsache) als unbegründet zurückgewiesen hat, nochmals klargestellt, dass dieser Punkt ausschließlich die materielle Begründetheit der Mieterhöhung betrifft, die jedoch – wie ausgeführt – aufgrund der Beschränkung der Revisionszulassung durch das Berufungsgericht auf die Frage der formellen Wirksamkeit der Erhöhungserklärung nicht Gegenstand der revisionsrechtlichen Prüfung war.

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

Obwohl der BGH – verfahrensrechtlich völlig zu Recht – eine grundsätzliche Bedeutung der zur Entscheidung gestellten Frage verneint hat, ist man bei der Lektüre des Beschlusses vom 12.06.2018 geneigt, eine solche Bedeutung zu bejahen. Allerdings hat der VIII. Senat des BGH bereits in seiner früheren Rechtspre-

chung, zuletzt in einem umfassenden Urteil vom 17.12.2014 (VIII ZR 88/13 - NJW 2015, 934), auf das er jetzt mehrfach Bezug genommen hat, grundsätzliche Aussagen zu verschiedenen Aspekten einer Modernisierungsmieterhöhung getroffen und die einschlägigen Fragen geklärt; deshalb lohnt sich ein Blick auf den Leitsatz jener Entscheidung:

„1. Werden mit einer Modernisierungsmaßnahme fällige Instandsetzungsmaßnahmen erspart, kann der auf die Instandsetzung entfallende Kostenanteil nicht auf den Wohnraummieter umgelegt werden (...)

2. Aus der Modernisierungsmieterhöhungserklärung muss deshalb hervorgehen, in welchem Umfang durch die durchgeführten Maßnahmen fällige Instandsetzungskosten erspart wurden. Einer umfassenden Vergleichsrechnung zu den hypothetischen Kosten einer bloßen Instandsetzung bedarf es hierzu nicht; erforderlich, aber auch ausreichend ist es, den ersparten Instandsetzungsaufwand zumindest durch Angabe einer Quote von den aufgewendeten Gesamtkosten nachvollziehbar darzulegen.“

Dieses Urteil betraf einen Fall, in dem der Vermieter in der Zeit von September 2010 bis Anfang 2012 umfangreiche Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt und hierfür nicht weniger als insgesamt fünf Mieterhöhungen vorgenommen hatte, alles mithin vor dem Inkrafttreten des § 559 Abs. 2 BGB in der seit dem 01.05.2013 geltenden Fassung und dem dort vorgeschriebenen Abzug der (fiktiven) Kosten für fällige Instandhaltungsmaßnahmen. In der Rechtsprechung des BGH war diese „Korrektur“ der Modernisierungskosten spätestens seit dem Urteil des III. Senats des BGH vom 17.05.2001 (III ZR 283/00 Rn. 12 - NZM 2001, 686) anerkannt, und sie war für den Gesetzgeber Anlass zu der entsprechenden Fassung des § 559 Abs. 2 BGB (vgl. MietRÄndG-Gesetzentwurf der Bundesregierung 15.08.2012, BT-Drs. 17/10485, S. 24).

## **II. Die wichtigen Kernsätze des Beschlusses vom 12.06.2018**

Der Beschluss vom 12.06.2018 zeichnet sich durch eine komprimierte, aber dennoch umfassende und sehr überzeugende Erörterung vor allem der wichtigen formellen Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung des Vermieters nach durchgeführter Modernisierung aus. Wich-

tig sind diese Ausführungen vor allem aus zwei Gründen:

Zum einen, weil der BGH einmal mehr seine Tendenz deutlich macht, an die Nachvollziehbarkeit von Erklärungen einer Mietvertragspartei keine überhöhten Anforderungen zu stellen (Rn. 10) und die Erklärung nicht bereits an einer Förmlichkeit scheitern zu lassen; zum anderen aber auch deswegen, weil von der Einhaltung der formellen Anforderungen die Wirksamkeit der Erhöhungserklärung mit den für beide Seiten oft erheblichen wirtschaftlichen Folgen abhängt.

### **1. Formelle Wirksamkeit: Plausibilität der Berechnung und Erläuterung**

In formeller Hinsicht ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Mieter den Grund der Mieterhöhung anhand der in § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB vorgeschriebenen (Berechnung und) Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann (a.a.O.). Dafür bietet der vorliegende Sachverhalt ein geradezu klassisches Beispiel: Die vom Vermieter angegebenen technischen Einzelheiten – Anbringung einer 140 mm starken Thermoisolierung auf der gesamten bisher ungedämmten Außenwand des Gebäudes – sind auch für den Laien ohne weiteres als Maßnahme zur Einsparung von Endenergie i.S.d. § 559 Abs. 1 BGB i.V.m. § 555b Nr. 1 BGB zu erkennen und nachzuvollziehen. Für die Berechnung genügt es, wenn die Gesamtkosten der Maßnahme angegeben und ihre Umlegung mit dem derzeit noch gültigen Schlüssel von 11% pro Jahr und dem Wohnflächenanteil dargelegt werden. Dass es hierbei ausschließlich auf die tatsächliche, also richtig nach den §§ 42-44 II. BV (für bis zum 31.12.2003 bezugsfertig gewordene Gebäude) bzw. den Bestimmungen der Wohnflächenverordnung (WoFIV) für jüngere Gebäude berechnete Wohnfläche ankommt und eine im Mietvertrag „vereinbarte“ Wohnfläche insoweit keine Rolle spielt, hat der BGH bekanntlich unter Aufgabe seiner früheren, unzutreffenden Rechtsprechung mit einem Grundsatzurteil vom 18.11.2015 (VIII ZR 266/14 - BGHZ 208, 18) klargestellt, das zwar unmittelbar eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete gemäß § 558 BGB betrifft, für die Mieterhöhung nach einer Modernisierungsmaßnahme gemäß § 559 BGB aber ohne jede Einschränkung ebenso gilt.

## **2. Inhaltliche Fehler - hier: fehlender Abzug des ersparten Erhaltungsaufwandes - beeinträchtigen nicht die formelle Wirksamkeit der Mieterhöhungserklärung**

Ob die so vorgenommene und erläuterte Berechnung sachlich richtig oder falsch ist, spielt für die Prüfung der formellen Wirksamkeit der Mieterhöhungserklärung keine Rolle; auch dies hat der BGH hier noch einmal ausdrücklich betont, und zwar nicht lediglich dogmatisch-abstract, sondern aus einem ganz konkreten, geradezu lehrbuchartigem Grund: Der Vermieter hatte, wie erwähnt, in seiner Berechnung die eingesparten, also fiktiven Instandhaltungskosten nicht abgezogen. Dieser Vorwegabzug ist in der seit dem 01.05.2013 geltenden Fassung des § 559 Abs. 2 BGB ausdrücklich vorgeschrieben, war aber auch in der Zeit davor, also auch für den vorliegenden Fall und die dortige Mieterhöhungserklärung vom 24.02.2012, bereits als notwendig anerkannt. Dieser Fehler ändert jedoch nichts an der für die formelle Wirksamkeit der Erhöhungserklärung erforderlichen und ausreichenden Nachvollziehbarkeit der Berechnung; denn der Mieter konnte erkennen, welche Kosten der Vermieter als Modernisierungsaufwand angesetzt hatte, und nur darauf kommt es für die formelle Seite an. Wenn er insoweit Bedenken hatte, war es ihm ohne weiteres möglich, diesen Punkt durch Rückfrage beim Vermieter aufzuklären und hierzu nähere Angaben zu verlangen oder eine bautechnisch oder juristisch sachkundige Personen hinzuzuziehen (Rn. 18).

### **III. Berechnung und Abzug des Erhaltungsaufwandes**

#### **1. Abzug der fiktiven Kosten für aktuell fällige Instandhaltungsmaßnahmen**

In seinem Urteil vom 17.12.2014 hat der BGH zum notwendigen Abzug des ersparten Instandhaltungsaufwandes eher beiläufig bemerkt, der Vermieter müsse die (fiktiven) Kosten für fällige Instandhaltungsmaßnahmen ausweisen. Das erscheint zunächst nicht ganz unbedenklich, weil der Vermieter die Kosten einer Instandhaltungsmaßnahme, die derzeit zwar noch nicht, aber etwa in zwei Jahren fällig wäre, nicht abziehen braucht, obwohl er einen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil erzielt, weil er beispielsweise den Außenputz - um bei dem aktuellen

Beispiel zu bleiben - nicht etwa in zwei Jahren, sondern erst in ferner Zukunft zu erneuern braucht. Nach dem klaren Wortlaut des § 559 Abs. 2 BGB („erforderlich gewesen wären“) gilt das Abzugsgebot jedoch nur für aktuell bereits fällige Maßnahmen; damit werden auch unsichere „Quotenberechnungen“ auf der Grundlage der Lebensdauer etwa von Fenstern, des Außenputzes o.ä. vermieden.

#### **2. Pauschale Angabe zum Abzug eines Instandhaltungsaufwandes ist ungenügend**

In dem Urteil vom 17.12.2014 hat der BGH die Angabe des Vermieters, er habe durch die durchgeführten Baumaßnahmen Instandsetzungsaufwendungen erspart und die jeweiligen Kosten bei den angegebenen Gesamtkosten bereits vorab berücksichtigt, als formal ungenügend bezeichnet, weil diese Kosten weder betragsmäßig noch zumindest in Form einer Quote näher bezeichnet waren und sich die Mieterin infolgedessen noch nicht einmal ein ungefähres Bild von der Größenordnung des berücksichtigten Instandsetzungsaufwandes und damit von der Plausibilität der auf sie umgelegten Kosten machen konnte.

Diese Aussage widerspricht - entgegen dem ersten Anschein - nicht dem aktuellen Beschluss, wenn es dort heißt, mit der Angabe des (ungekürzten) Modernisierungsaufwandes habe der Vermieter unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er die streitgegenständlichen Baumaßnahmen als reine Modernisierungsmaßnahme ansehe und deshalb von einem Abzug für Instandhaltungsaufwendungen abgesehen habe. Damit sei die formelle Wirksamkeit der Erhöhungserklärung gewahrt. Aus der für die Auslegung der Erklärung des Vermieters maßgebenden Sicht des Mieters war die schlichte Mitteilung der (angeblich) aufgewendeten und für die Mieterhöhung deshalb anrechenbaren Kosten eindeutig und als plausibel nachvollziehbar, und zwar in dem Sinn, dass ein Abzug für ersparte Aufwendungen nicht veranlasst sei. Darin liegt der entscheidende Unterschied zu dem Fall des Urteils vom Dezember 2014, wo der Vermieter den Vorwegabzug erwähnt, aber in keiner Weise konkretisiert hatte und sich damit für den Mieter zwangsläufig die Frage nach der Höhe des Abzugs stellte, es mithin an der Grundlage für eine hinreichende Beurteilung des Abzugs fehlte.

### **3. Schätzung der ersparten Erhaltungskosten, § 559 Abs. 2 BGB; § 287 ZPO**

Die Angabe von ersparten Erhaltungsaufwendungen hat der Gesetzgeber dem Vermieter mit der Möglichkeit einer Schätzung, „soweit erforderlich“ (§ 559 Abs. 2 letzter Halbsatz BGB), erleichtert. Im vorliegenden Fall hat der BGH keinen Anlass zu näheren Ausführungen in dieser Richtung gesehen. Deshalb soll hier nur angemerkt werden, dass es sich anbietet, von dem Unternehmen, das die Wärmedämmung durchgeführt hat, zumindest nachträglich eine Angabe über die (fiktiven) Kosten einer fälligen Erneuerung des Außenputzes einzuholen oder – noch besser – den zuständigen Architekten mit einer solchen Schätzung zu beauftragen. Im Prozess gilt insoweit die Bestimmung des § 287 Abs. 1 ZPO, die dem Richter einen relativ weiten Ermessensspielraum einräumt und auf die gerade der VIII. Senat des BGH immer wieder hinweist. So hat er in dem Urteil vom 17.12.2014 hierzu ausgeführt:

„Das Berufungsgericht ist außerdem davon ausgegangen, dass die Dämmung der Außenfassade eine Modernisierungsmaßnahme im Sinne der §§ 554, 559 BGB a.F. darstellt... Sofern genaue Feststellungen zu den ersparten Instandsetzungskosten nicht möglich sein sollten, hätte das Berufungsgericht jedenfalls einen Mindesterhöhungsbetrag gemäß § 287 ZPO schätzen müssen.“ (Rn. 45).

Damit ist den Beteiligten eine praktikable und sachgerechte Möglichkeit der Ermittlung der umlegbaren Modernisierungskosten eröffnet.

### **IV. Eine „Fußnote“ zur Rechtsnatur der Mieterhöhungserklärung des Vermieters**

Sowohl in dem Hinweisbeschluss vom 12.06.2018 (dort Rn. 10) als auch in dem Zurückweisungsbeschluss vom 25.09.2018 (Rn. 4) ist von dem „Mieterhöhungsverlangen“ (des Vermieters) die Rede. Dabei handelt es sich um ein schlichtes Versehen; denn die Mieterhöhungserklärung nach § 559 BGB ist – im Gegensatz zum Erhöhungsverlangen gemäß § 558 BGB – eine einseitige, rechtsgestaltende Erklärung des Vermieters (BGH, Urt. v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13 Rn. 35). Daran will der BGH ersichtlich nicht rütteln.

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

#### **I. Empfehlung Vermieter: Möglichst genaue Angaben in der Mieterhöhungserklärung zur Einsparung von Erhaltungsaufwendungen**

Mit der unkommentierten Angabe des geltend gemachten Modernisierungsaufwandes ist letztlich niemandem gedient. Gleichgültig, ob es um die Erneuerung der Fenster, um den Austausch einer Heizungsanlage oder – wie hier – um die Wärmedämmung der Außenwand geht, die Möglichkeit, dass der Vermieter durch die betreffende Maßnahme Kosten für fällige Erhaltungsmaßnahmen erspart hat, lässt sich nie von vornherein ausschließen. Der Verzicht auf solche Erläuterungen muss zwar nicht die formelle Wirksamkeit der Erhöhungserklärung beeinträchtigen, dürfte aber in vielen Fällen zu unnötigen Rückfragen, Unklarheiten oder sogar zum Prozess führen. Deshalb empfiehlt es sich dringend, in der Erklärung über die Mieterhöhung gemäß § 559 BGB anzugeben, ob und ggf. in welcher Höhe Kosten für bestimmte, an sich fällige Erhaltungsmaßnahmen eingespart worden sind, beim Austausch von Fenstern, einer Heizungsanlage oder anderen technischen Geräten Vergleichswerte für die Ermittlung der Einsparung von Energie zu nennen und entsprechende Unterlagen, soweit vorhanden, der Erklärung beizufügen.

#### **II. Empfehlung Mieter: „Bei Bedarf“ Einschaltung einer sachkundigen Person**

Dass der Mieter unter Umständen eine sachkundige Person ist für die Beantwortung der Frage, ob die durchgeführte Maßnahme eine energetische Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB (bzw. im entschiedenen Fall i.S.d. damals noch geltenden § 559 BGB a.F.) darstellt, ist zumutbar und beeinträchtigt die Wirksamkeit der Erhöhungserklärung nicht; auch dies hat der BGH in dem Beschluss vom 12.06.2018 noch einmal ausdrücklich klargestellt (Rn. 18).

Ausreichend, aber auch erforderlich ist im Übrigen neben der schlagwortartigen Bezeichnung der Maßnahme und einer Zuordnung zu den Positionen der Berechnung die Darlegung der Tatsachen, anhand derer der Mieter überschlägig beurteilen kann, ob die bauliche Änderung

einen nachhaltige Einsparung von Heizenergie bewirkt – was hier zweifellos der Fall war.

## 2

### **Umlage der Betriebskosten auf Mieter bei Vereinbarung, „alle umlagefähigen Nebenkosten“ zu tragen**

#### **Leitsätze:**

**1. Vereinbaren die Parteien eines Gewerberaummietvertrages, auch formularmäßig, dass der Mieter „die Nebenkosten“ oder „alle umlagefähigen Nebenkosten“ zu tragen hat, liegt hierin auch ohne nähere Bestimmung der einzelnen Kostenarten oder eine Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV/Anlage 3 zu § 27 der II. BerechnungsVO eine wirksame Umlage jedenfalls der im Betriebskostenkatalog zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses konkret aufgeführten Betriebskosten (Anschluss an und Fortführung von BGH, Urt. v. 10.02.2016 - VIII ZR 137/15 - NJW 2016, 1308 = NZM 2016, 235).**

**2. Die Unwirksamkeit einer Umlagevereinbarung hinsichtlich der Betriebs- bzw. Nebenkosten führt nicht dazu, dass die hierfür angesetzten Vorauszahlungen gänzlich aus der Miete (§ 535 Abs. 2 BGB) entfallen. Es liegt insoweit vielmehr eine Inklusivmiete oder eine Nebenkostenpauschale vor.**

**3. Hat der Vermieter eine formell ordnungsgemäße Betriebs- bzw. Nebenkostenabrechnung erstellt, steht dem Mieter bei inhaltlichen Fehlern grundsätzlich kein Anspruch auf Neuabrechnung zu, solange er die zutreffende Kostenumlage aufgrund der Abrechnung unter Hinzuziehung der Belege selbst errechnen kann und er kein ausnahmsweise zu berücksichtigendes Interesse am Erhalt einer inhaltlich richtigen Abrechnung geltend machen kann.**

**4. Die Erhebung einer Stufenklage auf Erstellung der Betriebs- bzw. Nebenkostenabrechnung und Auszahlung des sich hieraus ergebenden Guthabens hemmt nicht die Verjährung einer später erhobenen Leistungsklage auf Rückforderung der gesamten**

### **Vorauszahlungen für diesen Zeitraum infolge der Nichtabrechnung.**

Anmerkung zu OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.04.2018, 2 U 142/17

von **Prof. Dr. Siegbert Lammel**

#### **A. Problemstellung**

Wie deutlich muss in einem Formularmietvertrag für Gewerberäume die Vereinbarung, dass der Mieter die Betriebskosten zu tragen hat, ausgestaltet sein? Und hat dieser Mieter einen Anspruch auf (Nach-)Erstellung einer materiell zutreffenden Betriebskostenabrechnung?

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

Zwischen den Parteien besteht seit 1977 ein Mietverhältnis über Gewerberäume. In dem Formularvertrag ist niedergelegt, dass der Mieter „alle umlagefähigen Nebenkosten“ trägt, zusätzlich sind drei Nebenkostenarten beispielhaft ausdrücklich aufgeführt. Die klagende Mieterin verlangt nunmehr Rückzahlung der von ihr geleisteten Vorauszahlungen wegen nicht umlagefähiger Kostenpositionen für die Jahre 2010 und 2011 und Neuerstellung der Abrechnung für 2012, die von der beklagten Vermieterin bereits mehrfach geändert worden ist. Das Landgericht hatte die Klage abgewiesen.

Das OLG Frankfurt hat in zwei Hinweisbeschlüssen nach § 522 Abs. 2 ZPO auf die seiner Meinung nach bestehende Aussichtslosigkeit der Berufung hingewiesen, worauf die Berufung zurückgenommen worden ist.

Das Oberlandesgericht hält den formularvertraglichen Verweis auf die Tragung von „Nebenkosten“ unter Verwendung einer Fülle von BGH-Zitaten für ausreichend und wirksam; auch einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vermag es, gestützt auf die zitierte BGH-Rechtsprechung, nicht zu erkennen.

Ein Anspruch auf Erstellung einer materiell zutreffenden Betriebskostenabrechnung wird – ebenfalls unter Hinweis auf BGH-Rechtsprechung – verneint, weil es sich bei dieser Abrech-



nung „nur“ um eine Wissenserklärung handele, die lediglich formellen Ansprüchen genügen müsse (was im konkreten Fall gegeben sei).

### C. Kontext der Entscheidung

Die Überfülle der aufgeführten Zitate zeigt nur, dass der Verfasser der Beschlüsse (im Folgenden wird nur der erste Beschluss behandelt) sehr fleißig gewesen ist, rechtfertigt aber keines der Ergebnisse. Beim ersten Punkt, der Überwälzung der „Nebenkosten“, ist hinsichtlich der zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen zu differenzieren zwischen denen, die zum Wohnraummietrecht ergangen sind, und denjenigen, die das Gewerberaummietrecht betreffen (könnten). Es ist zwar zutreffend, dass der für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat es für eine wirksame Überwälzung der Betriebskosten hat ausreichen lassen, dass ganz pauschal ohne jede Detaillierung im (Formular-)Mietvertrag ausgesprochen wird, der Mieter habe die Betriebskosten zu tragen. Begründet wird dies letztlich damit, dass mit diesem pauschalen Verweis auf eine gesetzliche Regelung verwiesen wird und Gesetze hat jeder Rechtsunterworfenen zu kennen. Übersehen wird bei der Heranziehung dieser BGH-Entscheidungen, dass diese zum Wohnraummietrecht ergangen sind und ferner, dass die herangezogene Rechtsgrundlage (BetrKV oder § 37 der Anlage 3 zur II. BV) ausschließlich für das Wohnraummietrecht gilt; ebenso wie § 556 BGB. Die Frage der Transparenz bzw. einer Erweiterung des Inhalts des Begriffs „Betriebskosten“ kann sich in diesem Rechtsbereich nicht stellen, weil der Betriebskostenkatalog jede Erweiterung ausdrücklich ausschließt (§ 556 Abs. 4 BGB). Die sog. Öffnungsklausel in § 2 Nr. 17 BetrKV steht dem nicht entgegen. Denn diese gibt dem Vermieter kein einseitiges Recht zur Auferlegung von weiteren Betriebskosten, sondern die Klausel muss durch Vereinbarung der Parteien ausgefüllt werden; dies ergibt sich – entgegen der Ausführungen im OLG-Beschluss (Rn. 21) – deutlich aus der vielfach zitierten BGH-Entscheidung (BGH, Urt. v. 10.02.2016 - VIII ZR 137/15 Rn. 11 - NZM 2016, 235). Außerdem dürfte der Gesetzgeber die Auffassung des BGH für das Ausreichen eines Pauschalverweises nicht gebilligt haben, da er die diesbezügliche Auffassung des BGH für die Umstellung auf Contracting (BGH, Urt. v. 27.06.2007 - VIII ZR 202/06 - NJW 2007, 3060) zum Anlass genom-

men hat, durch Einführung des § 556c BGB korrigierend einzugreifen.

Das OLG Frankfurt hatte jedoch über einen Gewerberaummietvertrag zu entscheiden. Hierfür gilt die BetrKV nicht. Das bedeutet zum einen, dass der Umlagekatalog nicht inkorporiert wird, zum anderen, dass auch keine Begrenzung der umlagefähigen Kosten kraft Gesetzes besteht. Die gegenteiligen Ausführungen im OLG-Beschluss (Rn. 20) werden nicht durch die zitierte BGH-Entscheidung (BGH, Versäumnisurt. v. 10.09.2014 - XII ZR 56/11 - NZM 2014, 830) gestützt. Denn in dieser BGH-Entscheidung enthielt der Formularmietvertrag ausdrücklich einzelne (über den Katalog des § 2 BetrKV hinausgehende) Positionen, die auf den Mieter überwälzt werden sollten. Es ging gerade nicht um die pauschale Überwälzung, die dann im Einzelfall durch den Vermieter ausgefüllt hätte werden können. Diese für den Gewerberaummietvertrag bestehende Unbestimmtheit der Umlage in inhaltlicher und umfangmäßiger Hinsicht, die sich aus der pauschalen Überwälzung von „Betriebskosten“ ergibt, führt zu einem Verstoß gegen das Transparenzgebot (so auch OLG Celle, Urt. v. 09.11.2018 - 2 U 81/18). Denn der Mieter kann aufgrund des Vertrages vorab nicht erkennen, welche Betriebskosten er zu tragen hat.

Die Begründung zum zweiten Punkt – der Vermieter schulde keine inhaltlich richtige Abrechnung – glänzt durch eine begriffsjuristische Herleitung, die im 19. Jahrhundert einmal verwendet worden ist, aber in der juristischen Methodik des 21. Jahrhunderts keinen Raum mehr hat. Mit der begrifflichen Einordnung der Betriebskostenabrechnung als Darstellung eines Rechenvorganges und einer Wissenserklärung über dessen Ergebnis (so OLG Beschluss Rn. 23) ist zwar eine Beschreibung geliefert, aber über deren Inhalt und Zweck nichts ausgesagt. Der Verweis auf § 259 BGB gibt ebenfalls nur die Form vor, enthält aber keine Aussage über den Inhalt der Abrechnung. In dieser Verengung des Zwecks einer Betriebskostenabrechnung tritt die bislang mangelnde dogmatische Einordnung dieses Instituts zutage. Denn die Betriebskostenabrechnung soll nicht nur ein Rechenwerk darstellen, das sich in der Wiedergabe von Zahlen erschöpft. Sondern die Abrechnung dient mehreren rechtlichen Zwecken: zunächst der Erfüllung der Verpflichtung des Vermieters, über die erhaltenen Vorauszahlungen abzurechnen. Diese Abrechnungspflicht kann

einerseits aus § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB hergeleitet werden, obwohl die Neuregelung die Abrechnungspflicht vorausgesetzt hat und diese lediglich einer Frist unterworfen hat. Deshalb erscheint es dem Rezensenten methodisch sinnvoller, auf die §§ 666 bis 670 BGB zurückzugreifen und das Auftragsrecht als allgemeinen Teil einer fremdnützigen Geschäftsführung anzusehen (was historisch bei der Ausarbeitung des BGB durchaus angedacht worden war). Daraus lassen sich die aus einer Abrechnung ergebenden weiteren Folgerungen zwanglos ableiten: die Pflicht zur Nachzahlung (§ 670 BGB) oder die Herausgabe des Überschusses (§ 667 BGB). Alle diese Pflichten werden durch die Betriebskostenabrechnung erfüllt; sie begründet die jeweiligen Ansprüche. Wenn insoweit gesagt wird, diese Ergebnisse seien im Mietvertrag begründet und der Rückzahlungsanspruch sei der Vorauszahlungsabrede immanent (so Jacoby, ZMR 2017, 781, 787), so ist dies eine unjuristische Unterstellung, die nur die methodische Unzulänglichkeit der Argumentation verdeckt. Da sich nach der vorgetragenen Auffassung aus der Abrechnung selbst wechselseitige Ansprüche von Vermieter und Mieter ergeben, muss die Abrechnung zutreffend sein und nicht nur formell „richtig“. Ein rein formelles Rechenwerk kann keine Grundlage für Ansprüche sein. Der Gläubiger des Abrechnungsanspruchs ist nicht verpflichtet, für die materiell zutreffende Erfüllung durch den Schuldner zu sorgen.

Letztlich erweckt auch die Verfahrensweise des OLG Frankfurt Bedenken: Das Oberlandesgericht hat hier im Wege des Beschlussverfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden. Diese Möglichkeit wird den Berufungsgerichten geboten, wenn sie (einstimmig) die Berufung für offensichtlich unbegründet halten. Ob dieses Kriterium bei einer Begründung über zehn Zeitschriftenspalten noch vorgelegen hat, mag durchaus zweifelhaft sein. Der Umfang lässt freilich auch die Frage auftauchen, ob das Tatbestandsmerkmal des § 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO „keine grundsätzliche Bedeutung“ erfüllt war.

Schlussfolgerung: Über die Entscheidung des OLG Frankfurt sollte barmherzig der Mantel des Vergessens gedeckt werden.

## D. Auswirkungen für die Praxis

Für die Begründung einer Entscheidung reicht es nicht aus, Zitate aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung aneinanderzureihen. Dringend erforderlich ist es, sowohl auf den zugrunde liegenden Sachverhalt zu schauen als auch die materiellen Grundlagen der Entscheidung danach zu überprüfen, ob sie auch für den konkret zu beurteilenden Fall anwendbar sind. Begriffliche Argumentationen sollten heutzutage nicht mehr entscheidungserheblich sein. Und schließlich ist nicht jeder Fall für das Schnellverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO geeignet.

## E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Bei der Feststellung des Leitsatzes 2) handelt es sich um ein überflüssiges obiter dictum. Da das OLG Frankfurt der Auffassung ist, es liege eine wirksame Überwälzung der Nebenkosten vor, hätte es sich jeder Ausführungen darüber, was gelten solle, wenn die Überwälzung unwirksam sei, enthalten müssen. Das gleiche gilt für die Frage der Verjährung des Zahlungsanspruchs, dem eine Stufenklage auf Auskunfterteilung vorangegangen ist. Auch hier hat das OLG Frankfurt zunächst das Bestehen von Zahlungsansprüchen verneint, so dass es auf die Einrede der Verjährung überhaupt nicht mehr ankam. Im Gegenteil hätte es sich der Beurteilung der materiellen Fragen durchaus enthalten können und die Zahlungsansprüche wegen Verjährung abweisen können.

### 3

## Zumutbarkeitsgrenze bei häuslichem Musizieren eines Berufsmusikers in einem Reihenhaus

### Leitsätze:

**1. Da das häusliche Musizieren einschließlich des dazugehörigen Übens zu den sozialadäquaten und üblichen Formen der Freizeitbeschäftigung gehört, sind daraus herrührende Geräuscheinwirkungen jedenfalls in gewissen Grenzen zumutbar und in diesem Rahmen als unwesentliche Beeinträchtigung des benachbarten Grundstücks i.S.v. § 906 Abs. 1 BGB anzusehen; insoweit hat ein**

**Berufsmusiker, der sein Instrument (hier: Trompete) im häuslichen Bereich spielt, nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte als ein Hobbymusiker und umgekehrt.**

**2. Dass sich Geräuscheinwirkungen durch die Nutzung von Nebenräumen wie einem Dachgeschoss- oder Kellerraum verhindern oder verringern lassen, rechtfertigt es nicht, dem Nachbarn das Musizieren in den Haupträumen seines Hauses gänzlich zu untersagen.**

**3. Bei der Bestimmung der einzuhaltenden Ruhezeiten kommt es grundsätzlich nicht auf die individuellen Lebensumstände des die Unterlassung beanspruchenden Nachbarn an (hier: Nachtdienst als Gleisbauer); vielmehr sind beim häuslichen Musizieren die üblichen Ruhezeiten in der Mittags- und Nachtzeit einzuhalten.**

**4. Wann und wie lange musiziert werden darf, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Ausmaß der Geräuscheinwirkung, der Art des Musizierens und den örtlichen Gegebenheiten; eine Beschränkung auf zwei bis drei Stunden an Werktagen und ein bis zwei Stunden an Sonn- und Feiertagen, jeweils unter Einhaltung üblicher Ruhezeiten, kann als grober Richtwert dienen.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.10.2018, V ZR 143/17

von **Norbert Eisenschmid**, RA

## **A. Problemstellung**

Das Musizieren in der Wohnung führt regelmäßig zu Streit mit dem davon betroffenen Nachbarn, sei er Mieter oder Eigentümer. Daher ist im Einzelfall auszuloten, wo die Grenzziehung zwischen Duldungspflicht des einen und Beschränkung der Freiheit des anderen zu erfolgen hat.

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

Die Kläger sind als Nießbraucher Bewohner eines Reihenhauses in einem Wohngebiet. Eigen-

tümer und Bewohner des benachbarten Reihenhauses sind die Beklagten. Der Beklagte zu 1) ist Berufsmusiker und spielt nach eigenen Angaben ca. 180 Minuten am Tag Trompete. Mittags- und Nachtruhe würden von ihm berücksichtigt. Darüber hinaus beschränke er seine Übungsstunde auf zweimal die Woche. Weiterhin unterrichtete er zwei Stunden wöchentlich Schüler auf diesem Instrument. Die Beklagte zu 2) spielt nicht Trompete.

Mit der Klage verlangen die Kläger von den Beklagten das Ergreifen geeigneter Maßnahmen, damit das Spielen von Musikinstrumenten auf dem Anwesen der Kläger nicht wahrgenommen werden könne. Das Amtsgericht hat dem Antrag stattgegeben, das Berufungsgericht hat ihn geändert und die Beklagten gesamtschuldnerisch verurteilt, die Erteilung von Musikunterricht an Dritte insgesamt zu unterlassen, sowie es zu unterlassen, in dem Anwesen Instrumentalmusik zu spielen. Das Amtsgericht hat allerdings von diesem Ausspruch das Dachgeschoss ausgenommen und die Spielzeit auf maximal zehn Stunden pro Woche werktags zwischen 10:00 und 12:00 Uhr sowie zwischen 15:00 und 19:00 Uhr begrenzt. An maximal acht Samstagen oder Sonntagen im Jahr dürfe der Beklagte zu 1) zwischen 15:00 und 18:00 Uhr jeweils maximal eine Stunde Trompete spielen.

Die Revision der Beklagten 2) hatte Erfolg, weil sie keine Trompete spielte und damit keine Störereigenschaft besaß. Die Revision des Beklagten zu 1) hatte ebenfalls Erfolg, weil der BGH einen Unterlassungsanspruch der Kläger nicht bejahen konnte.

Ausgangspunkt der Entscheidung war § 906 Abs. 1 BGB, wonach der Eigentümer eines Grundstücks von einem anderen Grundstück ausgehende Emissionen insoweit nicht verbieten kann, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nur unwesentlich beeinträchtigt. Wann solche Lärmemissionen im Einzelfall die Schwelle zur Wesentlichkeit überschreiten, unterliegt nach Auffassung des BGH weitgehend tatrichterlicher Wertung. Dabei komme es auf das Empfinden eines „verständigen“ Durchschnittsmenschen an und darauf, was ihm unter Würdigung anderer öffentlicher und privater Belange zuzumuten sei. Daher werde eine Einwirkung nicht dadurch wesentlich, dass sie auf dem Nachbargrundstück zu hören sei. Weil viele der üblichen Beschäftigungen und Tätigkeiten

im häuslichen Rahmen mit Geräuschen verbunden seien, könne eine völlige Stille nicht mit Erfolg beantragt werden.

Das häusliche Musizieren sei als Freizeitbeschäftigung sozialadäquat und üblich. Dabei sei es unerheblich, dass der Musizierende Berufsmusiker sei. Ein Berufsmusiker, der sein Instrument im häuslichen Bereich spiele, habe insoweit nicht mehr, aber auch nicht weniger Rechte als ein Hobbymusiker und umgekehrt. Da das Musizieren einen wesentlichen Teil des Lebensinhalts bilde und von erheblicher Bedeutung für die Lebensfreude und das Gefühlsleben sein könne, gehöre es zu der grundrechtlich geschützten freien Entfaltung der Persönlichkeit. Andererseits müsse dem Nachbarn sein Recht auf Entspannung und Erholung im häuslichen Bereich erhalten bleiben. Der Ausgleich der widerstreitenden nachbarlichen Interessen könne daher im Ergebnis nur durch eine tatrichterlich vorgegebene zeitliche Begrenzung herbeigeführt werden. Hierzu habe sich der Tatrichter, wenn es um die Zumutbarkeit von Geräuscheinwirkungen gehe, gerade in Grenzbereichen durch einen Ortstermin einen eigenen Eindruck von der Art und Intensität der Geräusche zu verschaffen (BGH, Urt. v. 16.01.2015 - V ZR 110/14 - NJW 2015, 2023; BGH, Urt. v. 08.05.1992 - V ZR 89/91 - NJW 1992, 2019). Auf dieser Grundlage seien die einzuhaltende Ruhezeiten zu ermitteln. Dabei komme es auf die individuellen Lebensumstände des die Unterlassung beanspruchten Nachbarn regelmäßig nicht an. Unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten könne allerdings der Grundsatz der nachbarlichen Rücksichtnahme zu einer Einschränkung führen.

Unter Hinweis auf die Instanzrechtsprechung gibt der BGH zu bedenken, dass Ruhezeiten von 22:00 Uhr bis 8:00 Uhr und von 13:00 Uhr bis 15:00 Uhr regelmäßig angemessen seien. Allerdings seien für die Einhaltung der Ruhezeiten und die Dauer des Musizierens auch die örtlichen Gegebenheiten von Bedeutung. In einem Mehrfamilienhaus sei auch die Hausordnung zu berücksichtigen. Enthalte diese keine Vorgaben müsse sich an den üblichen Ruhezeiten orientiert werden. Ein nahezu vollständiger Ausschluss für die Abendstunden und das Wochenende komme jedoch nicht in Betracht. Dies ließe außer Betracht, dass auch Berufstätige

oder Schüler häufig gerade abends und am Wochenende Zeit für das Musizieren fänden.

### C. Kontext der Entscheidung

Schon in seiner älteren Rechtsprechung hatte der BGH festgestellt, dass das Musizieren sowie das Hören von Musik Inhalte des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sind und in der Wohnung als sozial übliches Verhalten selbstverständlich zum Wohngebrauch gehören (BGH, Beschl. v. 10.09.1998 - V ZB 11/98 - WuM 1998, 738). Dabei ist aber auf die Nachbarn Rücksicht zu nehmen. Da der BGH über den Streit zweier Nachbarn entscheiden musste, die in ihren Einfamilienhäusern lebten, hat er seine Zumutbarkeitsprüfung im Rahmen des § 906 Abs. 1 BGB vorgenommen. Diese Grundsätze sind jedoch ohne weiteres auf Miet- und Wohnungseigentumsverhältnisse übertragbar.

Unabhängig davon, ob es sich um einen Hobbymusiker oder einen Berufsmusiker handelt, kann das Musizieren weder verboten noch uneingeschränkt erlaubt werden. Unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechte ist aber im Wege der praktischen Konkordanz eine Abwägung vorzunehmen, die auch den Interessen des betroffenen Nachbarn gerecht wird. Generell wird man daher zunächst die Einhaltung der üblichen Ruhezeiten als zumutbar ansehen müssen. Jede Partei in einem Mehrfamilienhaus hat das Recht, von jedem Mieter oder Eigentümer die Einhaltung der Ruhezeiten zu verlangen (OLG München, Urt. v. 21.01.1992 - 13 U 2289/91 - WuM 1992, 238). Umgekehrt ist aber jeder Mieter oder Wohnungseigentümer berechtigt, außerhalb der Ruhezeiten zu musizieren (BayObLG, Beschl. v. 23.08.2001 - 2Z BR 96/01 - NJW 2001, 3635). Die Ruhezeiten selbst sind im üblichen Rahmen festzulegen, ohne dass es auf die individuellen Lebensumstände des Nachbarn ankommt.

Außerhalb dieser Ruhezeiten ist selbstverständlich das Gebot der Rücksichtnahme nicht aufgehoben. Dennoch kann der Vermieter außerhalb der Ruhezeiten das Musizieren grundsätzlich nicht verbieten. Ausschlaggebend für die zulässige Dauer des Spielens können das jeweilige Musikinstrument und die mit seiner spezifischen Tonlage verbundene Beeinträchtigung sein (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 15.08.1990

- 3 W 48/90 - ZMR 1990, 427). Das zumutbare Maß ist jedenfalls überschritten, wenn der Mieter auf dem Kontrabass noch nach 21:00 Uhr spielt (BayObLG, Beschl. v. 28.03.1985 - BReg Z 8/85 - WuM 1986, 148).

Generell wird man außerhalb der Ruhezeiten als groben Richtwert eine Höchstdauer für das Musizieren von rund zwei bis drei Stunden täglich ansehen können. Entscheidend sind aber immer die konkreten Wohnverhältnisse (LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 17.09.1991 - 13 S 5296/90 - WuM 1992, 253 = DWW 1992, 18; LG Frankfurt, Urt. v. 12.10.1989 - 2/25 O 359/89 - WuM 1990, 287). So kann im Einzelfall die Bewohnerstruktur der Hausanlage eine Rolle spielen oder auch die baulichen Gegebenheiten, wie der Abstand der einzelnen Häuser/Wohnungen zueinander, die Hellhörigkeit, der Pegel der Umgebungsgereusche und die Art des Musizierens (BGH, Beschl. v. 10.09.1998 - V ZB 11/98 - NJW 1998, 3713 = WuM 1998, 738). Dabei ist ein Berufsmusiker nicht anders zu behandeln als ein Hobbymusiker. Allerdings kann der Umstand, dass der Mieter Berufsmusiker ist und der Vermieter dies bei Anmietung wusste, für die Dauer der vertraglich zulässigen Übungszeit maßgeblich sein (LG Flensburg, Urt. v. 18.12.1992 - 7 S 167/92 - DWW 1993, 102; zu Regelungsumfang und Zulässigkeit von vertraglichen Abreden vgl. Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 535 BGB Rn. 464).

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Mit seiner umfangreichen Begründung und den durchaus praktischen Hinweisen zur Ermittlung der Zumutbarkeitsgrenze hat der BGH vorliegend eine große praktische Hilfestellung geleistet. Der Streit um Beeinträchtigungen durch Musik wird sich an dieser Entscheidung zu orientieren haben. Eine Entscheidung nach Aktenlage ist wegen des erforderlichen Ortstermins (vgl. Besprechungsurteil Rn. 24) zur Ermittlung der Tatumstände im Regelfall ausgeschlossen.

## 4

### **Pflicht des Wohnungseigentümers zur Gestattung des Betretens seiner Wohnung zur Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums**

#### **Leitsätze:**

**1. Der Wohnungseigentümer muss zur Aufbringung eines WDVS das erforderliche Betreten seiner Wohnung und seines Sondernutzungsrechts durch Fachhandwerker dulden.**

**2. Für eventuelle Ersatzansprüche aus § 14 Nr. 4 WEG kann der Wohnungseigentümer keine Sicherheitsleistung verlangen, wenn sein - obendrein künftiger - „Schaden“ (Reduzierung der Terrassenfläche) allein im „Instandsetzungserfolg“ besteht.**

Anmerkung zu AG Bremen-Blumenthal, Urteil vom 14.03.2018, 44 C 2010/17

von **Wolfgang Dötsch**, RIOLG

#### **A. Problemstellung**

Für die praktische Umsetzung von baulichen Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum ist die Gestattungspflicht (= Duldungspflicht) aus § 14 Nr. 4 WEG, die mit einem verschuldensunabhängigen Anspruch auf Ersatz des „Schadens“ – richtigerweise eher ein besonderer Aufopferungsanspruch – einhergeht, essentiell. Der lesenswerte kleine „Fall aus dem Leben“ bietet Anlass zur Wiederholung und Vertiefung einiger Fragen rund um die Norm; er ist auch recht hilfreich beim Umgang mit „Berufsverhinderern“ in einer WEG. Allerdings erscheinen einige dunkle Punkte in der Entscheidung nicht ganz zu Ende ausgeleuchtet.

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

Der Beklagte und Widerkläger ist Mitglied der klagenden und widerbeklagten WEG. Die Eigentümer haben mit mehreren – teils schon gerichtlich ausgefochtenen – Grundlagen- und darauffolgenden Ausführungsbeschlüssen schluss-

endlich konkret eine Fassadensanierung durch Aufbringung einer Wärmedämmung nebst Vorhangfassade gemäß einem Leistungsverzeichnis beschlossen. Zur Durchführung der Maßnahme ist es u.a. erforderlich, den Balkon der Wohnung des Beklagten zu betreten und dort zu arbeiten. Bauseitig waren die Balkone des Objekts jeweils mit einem breit-gemauerten Blumenbeet versehen. Der Voreigentümer des Beklagten hatte das Blumenbeet aber beseitigen lassen und dadurch den Balkon von ca. 32 qm auf über 44 qm vergrößert. Im Zuge der nunmehr beschlossenen Baumaßnahmen würde wegen der Wärmedämmung aufgrund der zwingenden Vorschriften der EnEV u.a. der Terrassenbelag etwas eingekürzt, es würde sich die Terrassenfläche reduzieren (ca. 2 qm) und das Balkongitter wäre an den Wandanschlüssen auch um ca. 20 cm zu kürzen. Der Beklagte wehrte sich gegen die „Verkleinerung“ seiner Balkonfläche und verweigerte den Handwerkern das Betreten seines Balkons und die Durchführung der Arbeiten. Hilfsweise verlangte er Ersatz für die zu erwartenden Flächenverluste in Geld und zumindest Sicherheiten von der WEG für die spätere Behebung zu erwartender Schäden u.a. am Bodenbelag der SNR-Flächen, aber auch für in Eigenleistung noch zu erbringende Umzugs-, Transport- und Lagerkosten, für die die WEG vorleistungspflichtig sei bzw. zumindest entsprechend Sicherheit leisten müsse. Die WEG meint, der Beklagte müsse die marginalen Flächenverluste auf dem – ohnehin rechtswidrig vergrößerten – Balkon hinnehmen, zumal die Maßnahme als solche im Einklang mit der Energieeinsparverordnung (EnEV) bestandskräftig beschlossen sei.

Auf der Eigentümerversammlung beschlossen die Eigentümer schließlich die Durchsetzung des Betretungs- und Gestattungsrechts gemäß § 14 Nr. 4 WEG durch die WEG. Widerklagend beantragte der Beklagte in dem Verfahren, (1) die WEG zu verurteilen, an ihn 6.200 Euro (= angebliche Wertverluste für die in Wegfall geratende Terrassenfläche) nach Fertigstellung der Fassadensanierung zu zahlen, Hilfsweise in dieser Höhe Sicherheit zu leisten; (2) die WEG zu verpflichten, die Balkonbrüstung, den Bodenbelag und die Markise in der Wohneinheit des Beklagten im Objekt nach Vornahme der Arbeiten wieder zu errichten und anzubringen (weil der Beklagte befürchtete, man werde das sonst nicht machen) und (3) Zug um Zug gegen Gewährung des Zugangs 6.750 Euro als Sicherheit

für die Ansprüche des Beklagten zur Wiederherstellung und Wiederanbringung der Balkonbrüstung, des Bodenbelags und der Markise zu leisten.

Das AG Bremen-Blumenthal hat den Beklagten unter Abweisung der Widerklage verurteilt, den von der Klägerin beauftragten Handwerkern der Firma (...) Zutritt zu dem Balkon seiner Wohnung Nr. 4 gemäß Aufteilungsplan, belegen auf der 4. Ebene, rechts des Hauses (...) zu gestatten und die Durchführung folgender Arbeiten zu dulden: Einkürzen des Terrassenbelags im Bereich der Westbrüstung sowie im Bereich vor dem Wohnzimmer, Einkürzen des Geländers im Bereich der Westbrüstung sowie im Anschluss zur Wand des Wohnzimmers, Aufstellung eines Gerüsts vor dem Wohnzimmer als auch außen vor der Westbrüstung zur Andienung von Personal und Material, Montage der Vorhangfassade im Bereich des Wohnzimmers sowie der Etage darüber (Eigentümer ...) und Abbau der Gerüste.

Nach Auffassung des Amtsgerichts ist die Klage begründet. Der Beklagte sei der WEG gegenüber zur Gestattung des Betretens und der Benutzung des Balkons aus § 14 Nr. 4 HS. 1 WEG verpflichtet. Danach sei jeder Wohnungseigentümer verpflichtet, das Betreten und die Benutzung der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile zu gestatten, soweit dies zur Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums erforderlich sei. Entsprechendes gelte für die mit einem Sondernutzungsrecht belegten Gebäudeteile oder Gemeinschaftsflächen. Das Betreten sei hier zur Instandsetzung bzw. Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums erforderlich. Erforderlich müsse unter der gebotenen Berücksichtigung von Art. 13 GG sowohl das Betreten und Benutzen sein als auch deren Zweck. Der der Streitgegenständlichen Instandsetzungs- bzw. Instandhaltungsmaßnahme zugrunde liegende Ausführungsbeschluss sei aber zwischenzeitlich bestandskräftig. Zweifel an der Erforderlichkeit der Maßnahme bestehen nach alledem nicht (vgl. zur Wirkung der Bestandskraft OLG Celle, Beschl. v. 04.12.2001 - 4 W 313/01). Ferner sei das Betreten des Balkons zur Durchführung der aus dem Tenor ersichtlichen Arbeiten unstrittig erforderlich. Die Nachteile, die der Beklagte durch das Betreten und die Benutzung des Balkons für die zu erwartende Dauer der Arbeiten

von vier bis sechs Wochen erleide, stehen hierzu nicht außer Verhältnis.

Der Hauptantrag zu (1) der Widerklage ist nach Auffassung des Amtsgerichts unzulässig. Es handele sich insoweit um eine Klage auf künftige Leistung, welche nur unter den Voraussetzungen der §§ 257 bis 259 ZPO zulässig sei. Die Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO) bezwecke den Schutz des Gläubigers, der bei Gefährdung seines Anspruchs nicht, wie ansonsten erforderlich, mit der Erhebung der Klage warten müsse, bis der Anspruch fällig sei. Die Klage auf künftige Leistung ermögliche aber nicht die Verfolgung eines erst in der Zukunft entstehenden Anspruchs (BGH, Urt. v. 12.07.2006 - VIII ZR 235/04). Der Entschädigungsanspruch aus § 14 Nr. 4 HS. 2 WEG entstehe aber – ebenso wie ein Schadensersatzanspruch – frühestens mit Eintritt eines Schadens.

Der Hilfsantrag zu (1) der Widerklage sei zulässig, jedoch unbegründet. Damit verfolge der Beklagte einen Anspruch auf Sicherheitsleistung für einen künftigen Entschädigungsanspruch aus § 14 Nr. 4 HS. 2 WEG in Bezug auf die zu erwartende Reduzierung der Terrassenfläche. In der Rechtsprechung werde vertreten, dass der Wohnungseigentümer die Gestattung von einer vorherigen Sicherheitsleistung abhängig machen könne, es sei denn, der Ersatz seines Schadens sei durch die vorhandene Rücklage oder eine erhobene Sonderumlage finanziell abgesichert (KG, Beschl. v. 10.02.1986 - 24 W 4146/85). Ob ein Anspruch auf Sicherheitsleistung grundsätzlich vor oder Zug um Zug mit Erfüllung des Gestattungsanspruch bestehe, bedürfe hier aber nicht der Entscheidung. Denn hinsichtlich der – in der Tat zu erwartenden – Reduzierung der Terrassenfläche werde der Beklagte eine Entschädigung nach § 14 Nr. 4 HS. 2 WEG nicht beanspruchen können. Der Anspruch setze voraus, dass der Sondereigentümer oder Sondernutzungsberechtigte durch das Betreten und die Benutzung der im Sondereigentum oder einem Sondernutzungsrecht unterliegenden Gebäudeteile und Flächen und der zur Instandsetzung und Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums erforderlichen substantiellen Einwirkung auf das Sondereigentum adäquat kausal einen Schaden erlitten habe. Die Verringerung der Terrassenfläche stelle jedoch keinen solchen adäquat kausalen Schaden dar. Der Schaden sei vielmehr Konsequenz des Instandsetzungserfolgs. Der Beschluss zur Fassa-

densanierung mittels Vorhangfassade und Wärmedämmung sei bestandskräftig. Nicht die Arbeiten zur Fassadensanierung, zu deren Zweck der Balkon betreten und Sondereigentum in der Substanz beschädigt werden müsse, bedingten die Verkleinerung der Terrasse, sondern schon die bestandskräftig beschlossene Wärmedämmung nebst Vorhangfassade. Der geschädigte Sondereigentümer könne aus § 14 Nr. 4 HS. 2 WEG Schadensersatz entsprechend den Regeln der § 249 ff. BGB geltend machen, also grundsätzlich auch in Form der Naturalrestitution. Fiele ein Schaden, den ein Sondereigentümer durch das Ergebnis der Instandsetzung oder Instandhaltung – also das instandgesetzte Gemeinschaftseigentum – erleide, ebenfalls unter § 14 Nr. 4 HS. 2 WEG, so könnte der geschädigte Sondereigentümer unter Berufung auf diese Vorschrift den Rückbau der Instandsetzung beanspruchen, soweit er durch diesen beeinträchtigt sei, und damit den bestandskräftigen Instandsetzungsbeschluss unterlaufen.

Der Widerklageantrag zu (2) ist nach Auffassung des Amtsgerichts ebenso unzulässig, da dieser auf künftige Leistung gerichtet ist, mangels Entstehens des geltend gemachten Anspruchs jedoch die Voraussetzungen des § 259 ZPO nicht vorliegen. Der Widerklageantrag zu (3) sei zwar zulässig, jedoch unbegründet. Einen Anspruch auf Sicherheitsleistung könne der Beklagte bereits deswegen nicht entgegenhalten, da erhebliche Schäden hier nicht ernstlich zu befürchten seien. Der Beklagte trage zur Begründung vor, es müsse sichergestellt werden, dass der Balkonboden, die Markise und das Balkongeländer nach Vornahme der Sanierungsarbeiten wieder angebracht bzw. montiert würden. Die Klägerin verlange klageweise den Zugang zur Terrassenfläche nur für die Demontage, nicht für die Wiederherstellung. Das Amtsgericht vermag nicht nachzuvollziehen, warum der Beklagte befürchtet, das mit der Sanierung beauftragte Unternehmen werde diese Arbeiten nicht ausführen. Aus dem Leistungsverzeichnis gehe eindeutig hervor, dass die Arbeiten Gegenstand des beauftragten Werkes seien. Soweit sich der Beklagte schließlich auf Schadensersatz für eigene Arbeitsleistung beziehe, fehle es im Hinblick auf den Betrag an der Erheblichkeit.

### C. Kontext der Entscheidung

§ 14 Nr. 4 WEG hat in den letzten Jahren wiederholt die Rechtsprechung beschäftigt. Zunächst ist der Wortlaut zu eng gefasst, er meint nicht nur Instandsetzungs-/haltungsmaßnahmen, sondern auch die anderen baulichen Maßnahmen aus den §§ 21, 22 WEG (Müller in: BeckOK-WEG, Edition 35, § 14 Rn. 151 ff.) und – das deutet das AG Bremen-Blumenthal auch hier richtig an – auch Eingriffe ins gemeinschaftliche Eigentum, für deren Instandsetzung ein Wohnungseigentümer nach der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung einzustehen hat, was gerade oft für SNR-Flächen der Fall ist (Müller in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 159, § 15 Rn. 353).

Wichtig – und oft übersehen – wird, dass in der Tat eine saubere Prüfung der Kausalität geboten ist zwischen „Schaden“ und dem Betreten bzw. der Benutzung der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile. Deswegen gewährt § 14 Nr. 4 Halbs. 2 WEG – auch wenn die „Benutzung“ zwar auch die Verschlechterung des Zustandes und die Zerstörung bedeutet – keinen Anspruch auf Ersatz von Schäden, die bereits infolge des die Maßnahme der Instandhaltung oder Instandsetzung überhaupt erst auslösenden Mangels des Gemeinschaftseigentums eingetreten sind (BGH, Ur. v. 09.12.2016 - V ZR 124/16 Rn. 22 f.). Aus gleichen Gründen werden Schäden, die dadurch entstanden sind, dass die Wohnungseigentümergeinschaft nicht rechtzeitig mit Instandsetzungsarbeiten beginnt oder diese verzögert, nicht erfasst (LG Hamburg, Ur. v. 03.05.2017 - 318 S 18/16).

Diesen Gedanken macht das Amtsgericht auch hier fruchtbar und gelangt so zu einem im Ergebnis überzeugenden Ausschluss eines Anspruchs. Aber es bleibt – jedenfalls bei einer unterstellten Verkleinerung einer „rechtmäßigen“ (vergrößerten) Terrassenfläche – durchaus ein fader Beigeschmack, weil Sinn und Zweck des § 14 Nr. 4 WEG – die „Aufopferung“ des Einzelnen zum Zwecke des Wohls aller und zum Zwecke der Instandsetzung des Objekts – auch in einem solchen Falle eigentlich eingreifen könnten. Jedenfalls ist einmal mehr die Abgrenzung nicht einfach.

Vielleicht liegt die Lösung aber auch einfach darin, dass ohnehin eine offenbar eher „rechtswidrig“ vergrößerte Terrasse vorlag (Abriss des

Blumenkastens als unzulässige bauliche Veränderung?). In solchen Fällen wird oft ein Anspruch aus § 14 Nr. 4 WEG bei späteren Beeinträchtigungen versagt (vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 25.02.2002 - 2 Wx 51/98; LG Köln, Beschl. v. 20.02.2001 - 29 T 190/00 - ZMR 2001, 921 m. Anm. Schmidt; LG Lüneburg, Beschl. v. 12.02.2008 - 9 S 77/07) und dies auch dann, wenn ein Beseitigungsanspruch – wie vorliegend wahrscheinlich – verjährt ist (streitig, vgl. Hogenschurz in: Jennißen, WEG, 5. Aufl. 2017, § 14 Rn. 35; Müller in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 209; a.A. v. Rechenberg, ZWE 2005, 47, 56), weil das den Zustand nämlich keinesfalls „legalisiert“. Indes war davon hier wahrscheinlich räumlich die genau andere (gegenüberliegende) Terrassenseite betroffen, so dass die Lösung des Amtsgerichts wahrscheinlich doch „sauber“ war, wenn man dem Ansatz folgt, dass der Eigentümer „Verluste“ durch die beschlossene Maßnahme als solche entschädigungslos hinzunehmen hat. So richtig überzeugend wäre das aber wohl nur, wenn man ihm damit in einer etwaigen Anfechtungsklage gegen den Baubeschluss ggf. Rechtsschutz gewährt hätte. Da die Fassadendämmung nach EnEV wahrscheinlich aber gar nicht anders machbar war (?), wäre der Eigentümer wohl auch dort damit gescheitert. Kann das aber noch richtig sein, wenn die EnEV 2025 demnächst vielleicht 5 m dicke Wärmedämmung vorsieht und eine Terrasse dann bei einer Sanierung einfach „weg“ wäre? Da wird man u.U. nochmals nachdenken müssen, ob und wie hier nicht doch Ausgleichszahlungen geschuldet sein können; möglicherweise ist das aber wirklich das allgemeine Lebensrisiko jedes Betroffenen.

Die Ausführungen des Amtsgerichts zu § 259 ZPO sind ansonsten überzeugend und verweisen den Betroffenen auf spätere Ansprüche, wenn ein Anspruch entstanden sein sollte. Bei § 14 Nr. 4 WEG hat der BGH eine fiktive Abrechnung bei Vornahme der Arbeiten in Eigenleistung erlaubt (BGH, Ur. v. 09.12.2016 - V ZR 124/16 Rn. 28-30). Darum geht es hier aber nicht, sondern der Beklagte will die (künftige) eigene Arbeitsleistung abrechnen. Er schuldet diese zwar im Rahmen des § 14 Nr. 4 WEG nicht (deutlich zu Freiräumarbeiten BayObLG, Beschl. v. 12.10.1995 - 2Z BR 66/95), doch wird man bei freiwilliger Erfüllung nicht jedwede Ansprüche versagen (offen OLG Hamburg, Beschl. v. 04.11.2002 - 2 Wx 32/02; eng auch KG, Beschl. v. 28.07.1999 - 24 W 9125/97 - NZM



2000, 284). Doch das ist dann alles Thema für das nächste Verfahren.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Das AG Bremen-Blumenthal sieht richtig, dass jedenfalls nach der Bestandskraft des Maßnahmenbeschlusses ein Betreten geduldet werden muss, wenn die Beeinträchtigung bereits bei der damaligen Beschlussfassung ein Thema bzw. offenkundig war (vgl. auch LG Hamburg, Urt. v. 27.11.2013 - 318 S 34/13; Slomian, ZWE 2017, 199, 201). Auch ansonsten wird angenommen, dass bei (nur) beschlossenen Sanierungsmaßnahmen wegen § 23 Abs. 4 WEG etwaige Bedenken gegen die Baumaßnahmen nicht mehr i.R.d. § 14 Nr. 4 WEG, sondern allenfalls in einem Anfechtungsverfahren gegen den Sanierungsbeschluss bzw. einer einstweiligen Verfügung auf Suspendierung des Beschlusses geltend gemacht werden können (so wohl LG Berlin, Urt. v. 15.06.2010 - 85 S 74/09 und dezidiert LG Hamburg, Urt. v. 27.11.2013 - 318 S 34/13). Das macht die Handhabung von § 14 Nr. 4 WEG einfach und geschmeidig.

#### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

§ 14 Nr. 4 WEG kann übrigens auch einen „Nutzungsausfall“ erfassen, aber nur in den allgemein dazu anerkannten Grenzen (Hogenschurz in: Jennißen, WEG, § 14 Rn. 31). Der Wegfall der Terrasse für einige Wochen ist nicht unbedingt relevant (a.A. BayObLG, Beschl. v. 06.02.1987 - BReg 2 Z 93/86 - BayObLGZ 1987, 50; wie hier Falkner in: BeckOKG-WEG, Stand: 01.07.2018, § 14 Rn. 65.3).

Geht es um Sachschäden, ist bei § 14 Nr. 4 WEG wegen der Nähe zu § 249 ff. BGB – wie dort – ein Abzug „neu für alt“ möglich (str., vgl. Dötsch, NZM 2014, 489; zu Fragen der Sicherheitsleistung vertiefend Müller in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 175).

Der Tenor beschreibt hier die Arbeiten im Kern, es ginge aber sogar noch etwas konkreter (dazu und zur Frage der Aufnahme eines Bauzeitenplans etc. Müller in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 192; zur Vollstreckung eines solchen Duldungstenors Müller in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 189 m.w.N.).

Hier nicht vertieft werden können Sonderfragen bei vermieteten Eigentumswohnungen. Dass § 14 Nr. 4 WEG nicht zulasten des Mieters wirkt, ist gesetzt, alles andere ist hier aber dunkel und die Durchsetzung für die WEG oft besonders dornig (vgl. zum Problem eingehend Dötsch, WuM 2017, 493, 498 ff.; Müller in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 181 m.w.N.).

## 5

### Betriebskosten einer Warmluftheizung

#### Leitsätze:

- 1. Nach § 10 HeizkostenV können in einem Mietvertrag über Gewerberäume auch rein verbrauchsabhängige Kostenverteilungen vereinbart werden.**
- 2. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nur bei einem Vertrag in Betracht, der wegen einer planwidrigen Unvollständigkeit eine Regelungslücke aufweist (im Anschluss an BGH, Urt. v. 15.10.2014 - XII ZR 111/12 - WM 2014, 2280).**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.01.2019, XII ZR 46/18

von **Frank-Georg Pfeifer**, RA

#### A. Problemstellung

Der BGH hat sich – in Revision zum Urteil des OLG Frankfurt vom 19.04.2018 (2 U 57/17) – mit der Umlagefähigkeit der Betriebskosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage befasst.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Wegen eines Wasserschadens begehren die Kläger als ehemalige Geschäftsraummieter Nutzungsentschädigung. Die beklagte Vermieterin rechnete mit Ansprüchen für die Raumerwärmung mittels Lüftungsanlage auf. Diese Lüftungsanlage erwärmte die Luft auf 18°C. Eine individuelle Wärmeregulierung auf höhere Temperatur erfolgte durch Heizkörper, deren Kos-

tenteil außer Streit steht. Primär geht der Streit um die (Wärme-)Kosten der Lüftungs- bzw. der damit verbundenen Wärmerückgewinnungsanlage. Die so entstandenen Betriebskosten wurden unter „Heizung über Lüftung“ umgelegt. Hierzu hieß es im Mietvertrag unter § 6 Ziff. 3 und 4:

„Ziff. 3: ... Die Ermittlung/Verteilung der Heiz- und Warmwasserkosten/Kaltwasserkosten erfolgt durch messtechnische Ausstattungen zur Verbrauchserfassung nach dem von der G. - KG gemäß §§ 7 und 10 der HeizkostenV bestimmten Abrechnungsmaßstab.

Ziff. 4: Der Vermieter wird die Mietfläche mit zugelassenen geeichten Messeinrichtungen / Abrechnungsmaßstab gemäß §§ 7 und 10 der HeizkostenV-Bestimmungen (...) ausstatten.“

Da der Lüftungszähler mehreren Nutzeinheiten ohne eine separate Erfassung zugeordnet war, erfolgte die Umlage nach Flächenanteil.

Die beklagte Vermieterin wurde zur Zahlung von rund 20.200 Euro verurteilt. Das OLG Frankfurt hatte mit Urteil vom 19.04.2018 (2 U 57/17 - Pfeifer, jurisPR-MietR 16/2018 Anm. 3) der Beklagten weitere rund 3.300 Euro für Kosten der Warmluftbeheizung zugesprochen. Dadurch verringerte sich per Aufrechnung die als Nutzungsentschädigung durch die beklagte Vermieterin an die Klägerin zu leistende Summe. Das Oberlandesgericht (Rn. 27 des Urteils) ließ die Revision ausdrücklich zu, da die Frage der Umlegbarkeit von Betriebskosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage wegen grundsätzlicher Bedeutung eine Entscheidung des BGH erfordere. Die Kläger sind in Revision gegangen.

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben.

Zwar zielte die Revisionszulassung darauf ab, höchstrichterlich Klarheit über die Umlegbarkeit von Kosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage zu schaffen. Wie der amtliche Leitsatz zeigt, legt der BGH jedoch den Schwerpunkt auf Fragen der Vertragsauslegung. Die Zulassungsfrage bezeichnet der BGH zuletzt (Rn. 27) als nicht entscheidungserheblich.

Im Einzelnen führt der BGH unter dem Aspekt der Vertragsauslegung aus (Rn. 16 und 17), das

Oberlandesgericht habe den Wortlaut der genannten Mietvertragsklausel nicht ausreichend berücksichtigt.

Die Auslegung des OLG Frankfurt, die als „Heizung über Lüftung“ verbrauchsunabhängig geltend gemachten Kosten seien als umlagefähig vereinbart worden, finde in § 6 Ziffer 3 des Mietvertrages keine hinreichende Stütze. Denn laut Vereinbarung sollte die Ermittlung und Verteilung der Heizkosten durch messtechnische Ausstattungen zur Verbrauchserfassung erfolgen.

An diesen Passus des Mietvertrages anknüpfend erörtert der BGH eine Vereinbarung von Abrechnungsmaßstäben gemäß § 10 HeizkostenV, welche über die in den §§ 7 und 8 HeizkostenV genannten 70%-Höchstsätze der Verbrauchsanteile hinausgehen. Der BGH legt – ohne es explizit auszuführen – zugrunde, dass eine Vereinbarung nach § 10 HeizkostenV über ein „rein verbrauchsabhängige Kostenverteilung“ vorliege.

Sodann fährt der BGH fort, in § 6 Ziffer 3 des Mietvertrags fänden sich keine Hinweise darauf, dass auch verbrauchsunabhängige Heizkosten geschuldet sein sollten (Rn. 18). Für die Vermieterin hätte bereits bei Vertragsschluss kein Zweifel daran bestehen können, dass verbrauchsunabhängige Heizkosten nicht umgelegt werden könnten.

Dies führt letztlich unter Verweis auf die als zutreffend bezeichnete Auffassung des Landgerichts zu der Aussage, dass die Betriebskostenpositionen „Heizung über Lüftung“ nicht umlegbar seien (Rn. 22).

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

Es liegt zum ersten keine Vereinbarung i.S.d. § 10 HeizkostenV vor und zum zweiten sind, anders als der BGH ausführt, die in § 7 Abs. 2 HeizkostenV genannten verbrauchsunabhängigen Kosten sehr wohl umlegbar.

(a) Das Zustandekommen einer – wie vom BGH bejaht – Bestimmung nach § 10 HeizkostenV verlangt eine „ausdrückliche, nicht nur konkludente“ Vereinbarung (Lammel, HeizkostenV, § 10 Rn. 3). Lediglich daraus, dass der § 10 HeizkostenV in der oben genannten Vertragsklausel genannt wird, lässt sich entgegen dem BGH eine

ausdrückliche Vereinbarung gerade nicht herleiten. Soweit der BGH als Beleg die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 11.03.2003 (I-24 U 74/02, 24 U 74/02 - WuM 2003, 387) heranzieht, wird der Hintergrund des dortigen Urteils übersehen. Vereinbart war im Düsseldorfer Fall die „Abrechnung nach Heizkostenverteiler.“ Und diese „unstreitig gebliebene Auslegung der Beklagten“ gab dem OLG Düsseldorf Grund, eine Abrechnung ausschließlich nach Zählern anzunehmen. Anders gesagt, im Düsseldorfer Fall wurde die unbestrittene Rechtsauffassung des Beklagten schlichtweg ohne nähere rechtliche Prüfung übernommen.

(b) Hinzu tritt, dass nach § 10 HeizkostenV nicht automatisch eine „rein verbrauchsabhängige Kostenverteilung“, also eine Umlage zu 100% nach den erfassten Geräteanzeigen eintritt; es können nämlich z.B. 80 oder 90% vereinbart werden. Selbst wenn die Mietparteien mit § 6 Ziff. 3 des Mietvertrages eine Vereinbarung i.S.d. § 10 HeizkostenV hätten treffen wollen, wäre diese in der geschehenen Form inhaltlos und damit unwirksam, da in dieser Mietvertragsklausel kein konkreter, über 70% liegender Höchstsatz genannt ist.

(c) Aus der nach Vertragsschluss vermierterseits erstellten Abrechnung „Heizung über Lüftung“ nach Fläche (Rn. 5 des OLG-Urteils) lässt sich eine solche nachträgliche Vereinbarung nicht ableiten. Denn nach § 6 Abs. 4 Satz 3 HeizkostenV kann die Festlegung der Abrechnungsmaßstäbe nur zu Beginn eines Abrechnungszeitraums erfolgen, aber nicht rückwirkend.

(d) Da das dem BGH-Urteil zugrunde liegende Mietverhältnis nicht das einzige in der Liegenschaft war, hätte der BGH sich mit dem Aspekt befassen müssen, dass – wenn schon eine Vereinbarung nach § 10 HeizkostenV bejaht wurde – eine solche Vereinbarung mit allen Nutzern getroffen werden muss (so Lammel, a.a.O., Rn. 8).

(e) Ganz abgesehen davon dürfte es AGB-rechtlich zweifelhaft sein, ob eine so weitreichende Vereinbarung wie die nach § 10 HeizkostenV lediglich durch die Worte „gemäß §§ 7 und 10 der HeizkostenV“ getroffen werden kann.

(f) Soweit der BGH wörtlich ausführt, dass – auch für die Vermieterin ersichtlich – „verbrauchsunabhängige Heizkosten nicht umgelegt werden können“ (Rn. 18 und 21), wird der

Inhalt des § 7 Abs. 2 HeizkostenV verkannt. Denn bis auf die Sonderfälle nach den §§ 2 und 11 HeizkostenV sind wegen des insoweit zwingenden Charakters des § 7 Abs. 2 HeizkostenV verbrauchsunabhängige Heizkosten sehr wohl umlegbar. Denn § 7 Abs. 2 HeizkostenV umfasst verbrauchsabhängige Heizkosten (z.B. Gasverbrauch) und verbrauchsunabhängige Kosten. Eine Vereinbarung, verbrauchsunabhängige Kosten nicht umzulegen, widerspräche dem gemäß § 2 HeizkostenV zwingenden Charakter des § 7 HeizkostenV. Der Kostenkatalog des § 7 Abs. 2 HeizkostenV kann nicht erweitert, aber auch nicht verringert werden.

(g) Damit kann eben nicht (vgl. Rn. 21) vereinbart werden, verbrauchsunabhängige Kosten aus der Umlage herauszunehmen: Solche in § 7 Abs. 2 HeizkostenV aufgeführten verbrauchsunabhängigen Heizkosten sind etwa die Kosten der nach Zeitablauf und nicht nach Wärmeverbrauch vorgeschriebenen Immissionsmessungen oder die Kosten einer – eventuell auch landesrechtlich – vorgeschriebenen Sicherheitsüberprüfung des Heizkessels, eines Gastanks usw.

Auch die in § 7 Abs. 2 HeizkostenV genannten Anmiet- bzw. Leasingkosten der in den Wohnungen angebrachten Heizkostenverteiler bzw. Wärmezähler richten sich nicht danach, wie viel der Nutzer heizt. Andernfalls wären die Leasingkosten etwa davon abhängig, dass bei einem strengen Winter mehr geheizt würde.

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

Gerade in größeren Gewerbeobjekten, Shopping-Centern usw. erfolgt zunehmend die Temperierung per Warmluftheizung, sei es allein oder in Kombination mit klassischen Heizkörpern (vgl. Rn. 39 und 48 des OLG-Urteils). Wärmezähler speziell für Warmluftheizungen – soweit überhaupt schon gemäß § 5 Abs. 1 Satz 4 HeizkostenV zertifiziert – sind teuer und könnten je nach Größe der Liegenschaft das Wirtschaftlichkeitsgebot tangieren. Bei Erlass der HeizkostenV spielte diese neuzeitliche Technik so gut wie keine Rolle. Umso mehr hätte es einer vom BGH gezogenen klaren Leitlinie für die Umlage der Betriebskosten einer Lüftungsheizung bzw. Wärmerückgewinnungsanlage bedurft.

Keinesfalls sollte im Vertrauen auf eine „günstige“ Rechtsprechung eine solche Heizkostenklausel wie in dem entschiedenen Fall gewählt werden.

## 6

### **Gesonderte Vergütung für Unterstützung von Hausgeldklagen durch WEG-Verwalter**

#### **Leitsätze:**

**1. Durch Beschluss kann nicht - auch wenn eine derartige (nichtige) Regelung im Verwaltervertrag existiert - eine pauschale von der Forderungshöhe unabhängige Sondervergütung (200 Euro) für den WEG-Verwalter für die Zuarbeit im Rahmen der gerichtlichen Betreuung von Hausgeldern durch einen Anwalt wirksam beschlossen werden.**

**2. Sonst könnte der Verwalter bei kleinen Streitwerten mehr Honorar bekommen als der Anwalt.**

Anmerkung zu LG Köln, Urteil vom 29.11.2018, 29 S 48/18

von **Dr. Werner Niedenfür**, Vors. RiOLG

#### **A. Problemstellung**

Unter welchen Voraussetzungen kann dem Verwalter für die Unterstützung des Rechtsanwalts, der für die Gemeinschaft eine Wohnungsklage führt, eine Vergütung gewährt werden?

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

Es geht um eine Anfechtungsklage gegen folgenden Beschluss (vgl. AG Bonn, Ur. v. 24.01.2018 - 27 C 136/17 - ZMR 2018, 452):

„Für den Fall, dass rückständige Hausgelder im Wege einer Hausgeldklage (erfolgt i.d.R. nach zwei bzw. drei erfolglosen Mahnungen) geltend gemacht werden müssen, erhält die Verwaltung für die Aufbereitung der Unterlagen und Zuarbeit zu dem Rechtsanwalt für alle Instanzen ei-

ne einmalige Gebühr i.H.v. 200 Euro inkl. Mehrwertsteuer je Klage. Gleichzeitig wird diese Gebühr unmittelbar dem jeweiligen Verursacher weitergegeben und dessen Hausgeldkonto belastet.“

Der Verwaltervertrag aus dem Jahr 2016 enthält eine entsprechende Regelung.

Das AG Bonn hatte die Klage abgewiesen. Es sei unbedenklich, dem Verwalter die Pauschalgebühr zuzubilligen. Es bedürfe keiner Differenzierung hinsichtlich des Streitwerts, weil der Aufwand der Verwaltung i.V.m. den entstehenden Kosten nicht wesentlich von der Höhe der Klageforderung abhängt.

Das LG Bonn hat auf die Berufung der Kläger das Urteil des Amtsgerichts aufgehoben.

Der Beschluss widerspreche ordnungsmäßiger Verwaltung. Zwar könne die Vereinbarung solcher Sondervergütungen grundsätzlich als zulässig angesehen werden. Die Vergütung müsse jedoch verhältnismäßig sein. Dies sei hier nicht der Fall, da keine Begrenzung der Vergütungshöhe im Verhältnis zum rückständigen Betrag erfolge.

Der Verwalter könne im Falle eines verhältnismäßig geringen Rückstandes eine höhere Vergütung erhalten, als der den Prozess bearbeitende Rechtsanwalt. Dies sei unabhängig vom Aufwand des Verwalters unverhältnismäßig. Die Regelung im Verwaltervertrag stehe dem nicht entgegen. Denn diese sei aus den gleichen Gründen wegen unangemessener Benachteiligung der Wohnungseigentümer gemäß § 307 BGB unwirksam.

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

Die Entscheidung wirft mehrere Fragen auf.

1. Zunächst stellt sich die Frage, worauf die Leistungspflicht des Verwalters, die vergütet werden soll, beruht. Nach § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG ist der Verwalter verpflichtet, Lasten- und Kostenbeiträge anzufordern, in Empfang zu nehmen und abzuführen. Eine Pflicht des Verwalters, die Beiträge gerichtlich geltend zu machen, ergibt sich daraus nicht. Die Vorschrift ist aber dahin auszulegen, dass der Verwalter – sofern keine vorausschauende Regelung besteht – die Woh-

nungseigentümer über Rückstände informieren und eine Entscheidung über das weitere Vorgehen herbeiführen muss. Die Wohnungseigentümer haben dann mehrere Handlungsalternativen.

a) Sie können durch Beschluss gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG den Verwalter oder gemäß § 27 Abs. 3 Satz 3 WEG einen Wohnungseigentümer als organschaftlichen Vertreter ermächtigen, einem Rechtsanwalt Prozessvollmacht für die Wohngeldklage zu erteilen. Bei einer kleinen Gemeinschaft können auch alle Wohnungseigentümer gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 WEG dem Anwalt Prozessvollmacht erteilen. § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG ist dahin auszulegen, dass der Verwalter verpflichtet ist, den Rechtsanwalt mit den für eine erfolgreiche Prozessführung erforderlichen Informationen und Unterlagen zu versorgen.

b) Die Wohnungseigentümer können den Verwalter aber auch gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG ermächtigen, die Ansprüche als organschaftlicher Vertreter der Gemeinschaft gerichtlich geltend zu machen. In diesem Fall kann die Gemeinschaft, vertreten durch den Verwalter, erstinstanzlich ohne Einschaltung eines Rechtsanwalts klagen. Eine Verpflichtung des Verwalters, keinen Rechtsanwalt zu beauftragen, ergibt sich aus seiner Vertretungsmacht jedoch nicht. Die Pflicht ohne Anwalt zu klagen, kann allenfalls aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung entstehen. Der Ermächtigungsbeschluss wird im Regelfall dahin auszulegen sein, dass der Verwalter auch ermächtigt ist, einem Anwalt Prozessvollmacht zu erteilen (BGH, Urt. v. 01.06.2012 - V ZR 171/11 Rn. 6 - NZM 2012, 562). Schaltet der Verwalter einen Anwalt ein, ist er wiederum nach § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG gesetzlich verpflichtet, dessen Prozessführung zu unterstützen.

c) In Betracht kommt schließlich auch, dass die Gemeinschaft dem Verwalter eine rechtsgeschäftliche Prozessvollmacht erteilt (Lehmann-Richter in: Staudinger, BGB, Vorbem zu §§ 43 ff. WEG Rn. 80). Hierzu muss grundsätzlich ein Wohnungseigentümer gemäß § 27 Abs. 3 Satz 3 WEG ermächtigt werden, mit dem Verwalter die erforderlichen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen zu schließen. Verbreitet erfolgen solche vertraglichen Vereinbarungen bereits im Verwaltervertrag, was sinnvoll ist, damit bei Rückständen nicht erst eine Eigentümerversamm-

lung entscheiden muss. Auch eine rechtsgeschäftliche Prozessvollmacht umfasst im Regelfall die Befugnis, einen Rechtsanwalt zu beauftragen. Macht der Verwalter davon Gebrauch, kommt neben der gesetzlichen auch eine vertragliche Verpflichtung zur Unterstützung des Rechtsanwalts in Betracht.

2. Weitere Frage ist, ob es grundsätzlich ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, dem Verwalter für eine gesetzliche Leistungspflicht – hier die Unterstützung des Rechtsanwalts bei einer Wohngeldklage – eine gesonderte Vergütung zu versprechen. Insofern muss unterschieden werden zwischen einer anfänglichen und einer nachträglichen Vergütungsregelung.

a) Übernimmt der Verwalter nachträglich eine noch nicht geschuldete Pflicht, ist es grundsätzlich zulässig, ihm dafür nachträglich eine gesonderte Vergütung zu gewähren (vgl. BGH, Urt. v. 06.05.1993 - V ZB 9/92 - NJW 1993, 1924: nachträgliche Ermächtigung zur Wohngeldklage ohne Anwalt gegen gesonderte Vergütung). Soll dagegen durch Beschluss nachträglich die Grundlage für die zusätzliche Vergütung einer ohnehin geschuldeten Pflicht – hier die Unterstützung des Anwaltsprozesses – geschaffen werden, widerspricht dies ordnungsmäßiger Verwaltung, weil dafür kein Anlass zu erkennen ist. Hier dürfte – unabhängig von der Wirksamkeit der Regelung im Verwaltervertrag – jedenfalls von Anfang klar gewesen sein, dass die allgemeine Vergütung die Prozessbegleitung nicht abdecken soll. Hintergrund des Beschlusses dürfte gewesen sein, dass im Verwaltervertrag nicht der säumige Wohnungseigentümer als endgültiger Schuldner dieser Vergütung bestimmt werden kann (BGH, Beschl. v. 17.11.2011 - V ZB 134/11 - ZMR 2012, 461).

b) Ein Beschluss, der die Grundlage für eine Vergütungsstruktur bildet, wonach von Anfang an einzelne gesetzlich geschuldete Leistungen – wie hier die Unterstützung des Rechtsanwalts – gesondert vergütet werden, widerspricht dagegen nicht grundsätzlich ordnungsmäßiger Verwaltung (a.A. wohl Becker in: Bärmann, WEG, 14. Aufl., § 26 Rn. 168). Zu Recht wird inzwischen verbreitet – vorwiegend mit Blick auf eine AGB-Kontrolle – darauf hingewiesen, dass im Verwaltervertrag eine Vergütungsstruktur gewählt werden kann, wonach bestimmte gesetzlich geschuldete Leistungen mit der allgemeinen Vergütung abgegolten werden, ande-

re dagegen gesondert zu vergüten sind (vgl. nur Greiner, Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl., § 10 Rn. 217). Eine im Verwaltervertrag vereinbarte Vergütung für die Begleitung eines Rechtsstreits, bei dem die Gemeinschaft anwaltlich vertreten ist, entspricht nur dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die vergütete Tätigkeit nicht schon mit der allgemeinen Verwaltervergütung abgegolten ist (BGH, Beschl. v. 17.11.2011 - V ZB 134/11 - ZMR 2012, 461). Durch Beschluss kann daher die Grundlage für eine anfänglich vereinbarte gesonderte Prozessbegleitvergütung gelegt werden, wenn klar ist, dass diese Leistung nicht von der allgemeinen Vergütung umfasst ist.

3. Widerspricht eine gesonderte Vergütung nicht schon grundsätzlich ordnungsmäßiger Verwaltung, stellt sich die Frage, ob dies auch für die konkrete Vergütung gilt. Insoweit kommt es darauf an, ob sie sich der Höhe nach in angemessenem Rahmen hält und den voraussichtlichen zusätzlichen besonderen Zeit- und Arbeitsaufwand im Einzelfall berücksichtigt, wobei eine Pauschalierung erlaubt ist (BGH, Ur. v. 06.05.1993 - V ZB 9/92 - NJW 1993, 1924). Für ungültig erklärt wurde ein Beschluss über eine Pauschalvergütung von 100 Euro (netto), weil eine Verknüpfung mit der Höhe des geltend gemachten Wohngeldes fehle (LG München I, Ur. v. 17.12.2009 - 36 S 4853/09 - ZMR 2010, 473, 474). Dieser Linie folgt hier das LG Köln für die Pauschalvergütung von 200 Euro (brutto). Zu bedenken ist jedoch, dass eine Vergütung, die auf dem tatsächlichen Aufwand und einem angemessenen Stundensatz beruhen würde, nicht unangemessen wäre. Auch diese stünde aber nicht im Verhältnis zur Höhe des Rückstandes. Bei kleinem Rückstand kann das Anwaltshonorar zwar geringer ausfallen als die Verwaltervergütung. Dies liegt aber daran, dass das RVG die Höhe der Anwaltsvergütung nach dem Gegenstandswert und nicht nach dem Aufwand bemisst und der Aufwand für Mandate mit kleinen Werten durch die Vergütung für Mandate mit hohen Werten kompensiert werden kann. Die Angemessenheit der Pauschalvergütung für die Prozessbegleitung durch den Verwalter sollte daher nur danach beurteilt werden, ob die Pauschalierung als solche angemessen ist. Dies erscheint bei einem Betrag von 200 Euro allerdings zweifelhaft.

4. Soweit das LG Köln die vertragliche Vergütungsregelung gemäß § 307 BGB für unwirksam

hält, ist nach dem Prüfungsmaßstab zu fragen. Als Preisabrede kann die Klausel nämlich gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB entzogen sein (vgl. dazu näher Jacoby/Lehmann-Richter/Weiler, ZMR 2018, 181). Da die Leistungspflicht, um deren Vergütung es geht, eine aus § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG folgende gesetzliche Leistungspflicht ist (vgl. unter 1.), liegt die Annahme nahe, dass es sich um eine Hauptleistungspflicht des Verwalters handelt. Der Verwender kann aber seine Leistungen entweder insgesamt zu einem Pauschalpreis anbieten oder den Preis in mehrere Teilentgelte aufteilen (vgl. BGH, Ur. v. 13.05.2014 - XI ZR 405/12 Rn. 42 - NJW 2014, 2420). Die Vergütungsregelung dürfte daher der Inhaltskontrolle entzogen und gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 BGB am Transparenzgebot zu messen sein (ebenso Lehmann-Richter, ZWE 2015, 193, 197). Ein Verstoß gegen dieses Gebot kommt in Betracht, wenn unklar bleibt, welche Leistungen von der Grundvergütung erfasst werden und für welche eine Sondervergütung zu zahlen ist oder wenn der Eindruck entsteht, mit der Grundvergütung seien alle Hauptleistungen abgegolten (vgl. Jacoby/Lehmann-Richter/Weiler, ZMR 2018, 181, 186). Ob hier ein Verstoß vorlag, kann ohne Kenntnis des gesamten Vertrages nicht beurteilt werden.

5. Unterstellt man eine wirksame vertragliche Vergütungsregelung, erhebt sich die Frage, ob der Beschluss gleichwohl für ungültig zu erklären war. Dies dürfte zu bejahen sein. Durch den Beschluss soll erreicht werden, dass die von der Gemeinschaft geschuldete Vergütung für die Prozessbegleitung gemäß § 21 Abs. 7 WEG als besonderer Verwaltungsaufwand von dem säumigen Wohnungseigentümer zu tragen ist. Dies widerspricht bei einer unangemessenen Vergütungshöhe auch dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die Vergütungsvereinbarung zwischen Gemeinschaft und Verwalter wirksam ist.

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

Der Fall verdeutlicht, dass für die Wirksamkeit einer vertraglichen Vergütungsabrede andere Prüfungsmaßstäbe gelten können, als für die Anfechtbarkeit eines Beschlusses, der die Grundlage für eine Vergütungsvereinbarung bilden soll. Kommt es auf die Angemessenheit ei-

ner Vergütung an, bestätigt das LG Köln die Tendenz der Gerichte, Pauschalierungen kritisch zu sehen.

## 7

### **Das dauernde Missverständnis über die Beschwer im Zustimmungsprozess gemäß § 558b BGB**

#### **Orientierungssatz zur Anmerkung:**

**Für die Beurteilung der Frage, ob das Gericht gemäß § 313a ZPO auf die Darstellung eines Tatbestandes verzichten kann, kommt es nicht auf den Gebühren-, sondern auf den Rechtsmittelstreitwert an. Dieser bemisst sich bei einer Zustimmungsklage gemäß § 558b BGB auf den 42-fachen monatlichen Erhöhungsbetrag.**

Anmerkung zu VerfG Potsdam, Beschluss vom 18.01.2019, 54/18

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

#### **A. Problemstellung**

Im Zivilprozess gibt es ganz unterschiedliche Streitwerte (Gies, NZM 2003, 886). Man unterscheidet den Zuständigkeitsstreitwert, den Gebührenstreitwert und den Rechtsmittestreitwert bzw. die Beschwer. Der Zuständigkeitsstreitwert ist in Wohnraummietsachen im Prinzip unwichtig, da die Amtsgerichte gemäß § 23 GVG für diese Verfahren sachlich ausschließlich und streitwertunabhängig zuständig sind. Hier kommt es zunächst nur auf den Gebührenstreitwert an, da danach die Gerichtskosten für den erforderlichen Gerichtskostenvorschuss zu berechnen sind. Nach Erlass eines Endurteils kommt es auf die Beschwer an, um zu ermitteln, ob ggf. die Berufung gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zulässig ist.

Das Verfassungsgericht hatte sich mit einer Klage auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung zu befassen, bei dem Gericht und Anwalt hier den Überblick verloren hatten.

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

Das AG Prenzlau hatte die Beschwerdeführerin mit Urte. v. 30.05.2018 zur Zustimmung zu einer Mieterhöhung i.H.v. 25 Euro monatlich verurteilt. Von der Darstellung des Tatbestandes sah es gemäß § 313a Abs. 1 ZPO ab und setzte den Streitwert auf 385,10 Euro fest. Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung legte die Beschwerdeführerin nicht ein. Die Beschwerdeführerin rügte mit ihrer Verfassungsbeschwerde die Verletzung ihrer Grundrechte. Das Amtsgericht habe das Vorbringen der Beschwerdeführerin anscheinend „nicht interessiert“ oder sogar „genervt“.

Das VerfG Potsdam hat die Verfassungsbeschwerde verworfen.

Sie sei mangels Erschöpfung des Rechtsweges unzulässig. Die Beschwerdeführerin hätte gegen das Urteil des AG Prenzlau Berufung einlegen können. Eine Berufung hätte wegen der Überschreitung der gesetzlich in § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO genannten Wertgrenze von 600 Euro zulässig erhoben werden können. Der sog. Rechtsmittelstreitwert und die Beschwer der Beschwerdeführerin sei gemäß § 9 Satz 1 ZPO mit dem dreieinhalbfachen Wert des einjährigen Bezuges, d.h. des 42-fachen der monatlichen Mieterhöhung zu bemessen. Ihre Beschwer habe damit 25 Euro x 42 Monate = 1.050 Euro betragen.

Auf die Möglichkeit der Berufung sei die im amtsgerichtlichen Verfahren anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin im Urteil mit der Rechtsmittelbelehrung auch hingewiesen worden. Die in dem angegriffenen Urteil erfolgte Streitwertfestsetzung von weniger als 600 Euro betreffe demgegenüber ausschließlich den Gebührenstreitwert und beruhe auf § 41 Abs. 5 GKG für die Mieterhöhung. Das Berufungsgericht, wäre es angerufen worden, hätte das Überschreiten der Berufungssumme selbstständig geprüft.

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

Bereits das AG Prenzlau ist hier vom falschen Streitwertbegriff ausgegangen. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO lautet:

„Des Tatbestandes bedarf es nicht, wenn ein Rechtsmittel gegen das Urteil unzweifelhaft nicht zulässig ist.“

Das heißt, schon bei Zweifeln muss das Urteil einen Tatbestand enthalten. Hier bestand aber noch nicht einmal ein Zweifel. Das Amtsgericht hat schlicht den Gebührenstreitwert mit dem Rechtsmittelstreitwert verwechselt. Umstritten war vor vielen Jahren die Frage der Ermittlung des Rechtsmittelstreitwertes bei Zustimmungsklagen gemäß § 558b BGB. Nach mindestens 20 Jahre absolut herrschender Auffassung berechnet sich die Beschwer im Zustimmungsverfahren analog § 9 ZPO (BVerfG, Beschl. v. 30.01.1996 - 1 BvR 2388/95 - NJW 1996, 1531; BGH, Beschl. v. 21.05.2003 - VIII ZB 10/03 - NZM 2004, 617; BGH, Beschl. v. 08.04.2014 - VIII ZB 30/13 - WuM 2014, 427; BGH, Beschl. v. 17.05.2000 - XII ZR 314/99 - NJW 2000, 3142). Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift scheidet nur deshalb aus, weil es sich bei der Zustimmungsklage um keine Klage auf eine wiederkehrende Leistung handelt, sondern um eine Klage auf Abgabe einer Willenserklärung. Das heißt, bei jeder Verurteilung eines Mieters zu einer Mieterhöhung von mehr als 14,28 Euro monatlich ist das Urteil für ihn rechtsmittel-fähig. Umgekehrt kann der Vermieter Berufung einlegen, wenn seine Zustimmungsklage in dieser Höhe abgewiesen wurde.

Der Anwalt hat sich wohl durch den fehlenden Tatbestand und die Festsetzung des Gebührenstreitwertes verwirren lassen und ging davon aus, dass ein Rechtsmittel nicht möglich war. Da der Gesetzgeber im Mietrecht in § 41 Abs. 5 GKG als Teil des sozialen Mietrechts eine bewusste Herabsetzung des Gebührenstreitwertes vorgenommen hat, um den Mieter nicht wegen des Risikos besonders hoher Kosten zu einer Zustimmung zu veranlassen, kann die Vorschrift des § 41 Abs. 5 GKG nicht zur Berechnung der Beschwer herangezogen werden.

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

Enthält das amtsgerichtliche Urteil keinen Tatbestand, weil dort entweder zwecks Anwendung des § 495a ZPO oder des § 313a Abs. 1 ZPO fälschlich vom Gebührenstreitwert ausgegangen wurde, und ergibt sich auch nicht aus dem Tenor oder den Entscheidungsgründen der

Streitgegenstand und damit der Umfang der möglichen Rechtskraft, ist das Urteil in entsprechender Anwendung von § 538 ZPO aufzuheben und die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Eine Verfassungsbeschwerde rechtfertigt eine solche falsche Sachbehandlung nicht.