

Herausgeber: Norbert Eisenschmid, RAErscheinungsdatum:
23.06.2022Erscheinungsweise:
vierzehntäglich**13/2022****Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Umstellung von Betriebskostenpauschale auf abzurechnende Vorauszahlungen**
Anmerkung zu AG Berlin-Spandau, Urteil vom 13.12.2021, 6 C 296/21
von Dietmar Wall, RA
- Anm. 2** **Mietmangel durch unzureichend beheizbaren Nebenraum sowie durch Fahnen mit religiösem Inhalt**
Anmerkung zu AG Paderborn, Urteil vom 03.05.2021, 51 C 29/21
von Frank-Georg Pfeifer, RA
- Anm. 3** **Überwachungskosten des gewerblichen Mietobjekts können in den Betriebskosten abgerechnet werden**
Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 02.05.2022, 8 U 90/21
von Simone Bueb, RA'in
- Anm. 4** **Sanierung des Bades - keine Modernisierungsmaßnahme i.S.v. § 555b Nr. 4 BGB**
Anmerkung zu AG Hannover, Urteil vom 20.10.2021, 512 C 4547/21
von Anja Krapf, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Krapf Rechtsanwälte GbR, Leipzig
- Anm. 5** **Erstattungsansprüche des ausgeschiedenen Wohnungseigentümers in einer verwalterlosen Gemeinschaft**
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.03.2022, V ZR 92/21
von Dr. Lothar Briesemeister, Vors. RiKG a.D.
- Anm. 6** **Wann sind Vergleichsangebote „vergleichbar“?**
Anmerkung zu AG Hamburg-St. Georg, Urteil vom 05.11.2021, 980a C 13/21 WEG
von Thomas Pöpel, RiAG

Zitervorschlag: Wall, jurisPR-MietR 13/2022 Anm. 1
ISSN 1860-157X

1

Umstellung von Betriebskostenpauschale auf abzurechnende Vorauszahlungen

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Eine Vereinbarung im Mietvertrag, die den Vermieter berechtigt, von einer Pauschale für die Betriebskosten auf Vorauszahlungen mit jährlicher Abrechnung umzustellen, ist unwirksam.

Anmerkung zu AG Berlin-Spandau, Urteil vom 13.12.2021, 6 C 296/21

von **Dietmar Wall**, RA

A. Problemstellung

Das AG Berlin-Spandau hatte zu klären, ob der Vermieter auf Grundlage einer Mietvertragsklausel eine Betriebskostenpauschale in Vorauszahlungen umwandeln und anschließend Abrechnungen erstellen durfte.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Mietvertrag aus dem Jahr 2010 war zusätzlich zur Nettomiete eine Betriebskostenpauschale von 80 Euro vereinbart. In einer Anlage zum Mietvertrag war festgehalten:

„[Der] Vermieter ist jederzeit berechtigt, von Netto-Kaltmiete und Betriebskostenpauschale auf Netto-Kaltmiete und Betriebskostenvorauszahlung umzustellen. Über die Vorauszahlungen wird dann jährlich abgerechnet.“

Im November 2012 ließ die Vermieterin durch ihren Hausverwalter erklären, dass sie auf Vorauszahlungen umstellt, die ab Januar 2013 ebenfalls monatlich Euro 80,- betragen. Für die Jahre 2013 bis 2016 erstellte der Hausverwalter dann jeweils Betriebskostenabrechnungen. Die sich daraus ergebenden Nachzahlungen beglich die Mieterin. Nach Veräußerung der Immobilie erstellte der Hausverwalter erneut Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2017, 2018 und 2019. Diese Abrechnungen erhielt die Mieterin im April 2018, Dezember 2019 und Fe-

bruar 2020. Die daraus resultierenden Nachforderungen zahlte die Mieterin nicht.

Das AG Berlin-Spandau hat entschieden, dass der Vermieterin aus den Betriebskostenabrechnungen keine Ansprüche zustehen. Für die Betriebskosten sei eine Pauschale vereinbart. Es habe keine Berechtigung bestanden, über die Betriebskosten Abrechnungen zu erstellen. Ohne Zustimmung des Mieters könne der Vermieter nur unter den in § 556a Abs. 2 Satz 1 BGB genannten Voraussetzungen von einer Betriebskostenpauschale abweichen. Voraussetzung sei, dass er Betriebskosten künftig nach Verbrauch oder Verursachung abrechnen will (vgl. BGH, Versäumnisurt. v. 21.09.2011 - VIII ZR 97/11, unter II.1.a). Die Erklärung der damaligen Vermieterin bzw. ihres Hausverwalters vom November 2012 habe keine Umstellung bewirkt. Die Klausel in der Anlage zum Mietvertrag sei gemäß § 557 Abs. 4 BGB unwirksam. Sie ermögliche es, dem Mieter entgegen den gesetzlichen Bestimmungen höhere Mietzahlungen aufzuerlegen. Die Klausel weiche deshalb zum Nachteil des Mieters von § 557 Abs. 3 BGB ab, wonach der Vermieter Mieterhöhungen nur nach Maßgabe der §§ 558 bis 560 verlangen könne. Denn die Miete bestehe - wie die Bezugnahme auf § 560 BGB zeige - aus der Grundmiete und den Betriebskosten. Im Übrigen sei die Klausel auch nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, da sie dem Mieter verschleierte, dass mit der Umstellung eine höhere finanzielle Belastung verbunden sein könne.

Die Erstellung von Betriebskostenabrechnungen für die Abrechnungsjahre 2013 bis 2016 und die widerspruchslöse Bezahlung der sich daraus ergebenden Salden durch die Mieterin habe keine Vertragsänderung durch schlüssiges Verhalten zur Folge. Einer Handlung komme die Bedeutung einer Willenserklärung nur zu, wenn sie den Schluss auf einen bestimmten Rechtsfolgwillen zulasse. Durch die Nachforderung von Betriebskosten und die Begleichung dieser Nachforderung brächten die Mietparteien lediglich zum Ausdruck, hierzu vertraglich oder gesetzlich berechtigt bzw. verpflichtet zu sein (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06, unter B.I.1.b zur Abrechnung nicht vereinbarter Betriebskosten).

C. Kontext der Entscheidung

I. Wirksamkeit einer Klausel zur Umstellung auf abzurechnende Vorauszahlungen

Nach § 556a Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Vermieter zu einer Änderung der Mietstruktur nur in den genannten Fällen befugt. Er darf – teilweise – von einer Inklusivmiete oder einer Betriebskostenpauschale auf eine Nettomiete mit jährlicher Abrechnung umstellen, wenn er Betriebskosten künftig nach Verbrauch oder Verursachung umlegen will. Die Vorschrift gibt dem Vermieter das Recht, im ökologischen Interesse eine verbrauchs- oder verursachungsabhängige Umlage einzuführen. Ein darüberhinausgehendes Recht zur Umstellung auf eine flächenbezogene Abrechnung der Betriebskosten lässt sich aus der Vorschrift nicht ableiten.

Gegenteiliger Auffassung ist das AG Augsburg (Urt. v. 21.08.2003 - 17 C 2833/03 - WuM 2003, 566 = ZMR 2003, 847). Der Mietvertrag enthielt die Klausel: „Nebenabgaben sind im Mietzins enthalten. Jährliche Abrechnungen bleiben ausdrücklich vorbehalten.“ In diesem Fall ging es also nicht um die Umstellung einer Pauschale, sondern einer Inklusivmiete. Die rechtlichen Probleme sind dieselben. Das Amtsgericht hat entschieden, dass der Vermieter unabhängig von der mietvertraglichen Bestimmung den Mietvertrag auf Grundlage von § 556a Abs. 2 Satz 1 BGB durch einseitige Erklärung ändern und sämtliche bislang in der Nettomiete enthaltenen Betriebskosten künftig nach dem Wohnflächenmaßstab abrechnen darf. Diese Auffassung ist vereinzelt geblieben. Sie beruht auf einem grundlegenden Missverständnis der genannten Vorschrift (Börstinghaus, NZM 2004, 121; vgl. dazu auch Schulte, WuM 2003, 625: „Das Urteil ist falsch“ und Stürzer, WuM 2003, 626: „Die Aussagen stehen in Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes.“). Das Urteil des AG Augsburg wurde in zweiter Instanz aufgehoben (LG Augsburg, Urt. v. 17.12.2003 - 7 S 3983/03 - WuM 2004, 148 = ZMR 2004, 269; mit Anm. Börstinghaus jurisPR-MietR 5/2004 Anm. 5).

Die Unwirksamkeit einer mietvertraglichen Regelung ergibt sich nicht nur aus § 557 Abs. 3, Abs. 4 BGB, sondern auch aus § 556a Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 BGB. Unwirksam ist auch eine Abrede, die nicht nach dem AGB-Recht zu bewerten ist,

sondern als Individualvereinbarung anzusehen ist.

II. Konkludente Änderung der vereinbarten Betriebskostenpauschale in eine Abrechnungsvereinbarung

Das AG Berlin-Spandau hat sich kurz mit dem Problem befasst, ob eine konkludente Vereinbarung zur Änderung der Mietstruktur dadurch zustande kommt, dass der Vermieter Abrechnungen übermittelt und der Mieter eine sich daraus ergebende Nachzahlung begleicht. Diese Auslegung ist einzelfallabhängig. Zumeist ist jedoch kein Änderungswille zu erkennen. Das Amtsgericht stützt sich vorliegend auf die Rechtsprechung des BGH zur erweiterten Abrechnung von Betriebskosten, die nicht vereinbart sind (BGH, Urt. v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06 - WuM 2007, 694, das Urteilsdatum ist nicht der 10.10.2010, wie in den Entscheidungsgründen des vorliegend besprochenen Urteils angegeben). Für eine stillschweigende Vereinbarung bislang nicht geschuldeter Betriebskosten reicht es grundsätzlich nicht aus, dass der Mieter die Abrechnung unbeanstandet lässt und den Betriebskostensaldo ausgleicht.

Diese Auslegungsgrundsätze sind auf die vorliegende Fallkonstellation zu übertragen. Begleicht der Mieter eine sich aus der Abrechnung ergebende Nachzahlung, kommt dadurch ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine stillschweigende Vereinbarung zur Umstellung von einer Betriebskostenpauschale auf Vorauszahlungen mit jährlicher Abrechnung zustande. Ein Änderungsvertrag setzt einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien voraus. Auf Seiten der Vermieterin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin könnte bei Übersendung der Betriebskostenabrechnungen durchaus ein rechtsgeschäftlicher Wille auf Abschluss eines entsprechenden Änderungsvertrages vorgelegen haben. Ausschlaggebend ist jedoch, wie dieses Verhalten aus Sicht des Erklärungsempfängers objektiv zu bewerten ist. Für die Mieterin war nicht ersichtlich, dass ihr mit der Betriebskostenabrechnung ein etwaiges Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages zugehing. Für sie kann sich das Verhalten der damaligen Vermieterin allenfalls so dargestellt haben, dass die Vermieterin bereits aufgrund der Regelungen im Mietvertrag berechtigt sei, über die Betriebskosten abzurechnen, ohne dass es hierzu eines Änderungsvertrages bedurfte. Wenn

die Beklagte die Forderung der Klägerin in der irrigen Ansicht, hierzu verpflichtet zu sein, kommentarlos erfüllt, liegt darin noch nicht das schlüssig erklärte Einverständnis in eine entsprechende Vertragsänderung.

III. Rechtzeitige Beanstandung der abrechewidrigen Abrechnungen

Auf ein gravierendes rechtliches Problem ist das AG Berlin-Spandau vorliegend nicht eingegangen. Der Mieter muss eine Betriebskostenabrechnung innerhalb der von § 556 Abs. 3 Satz 5 festgelegten Frist beanstanden. Der BGH hat entschieden, dass diese Einwendungsfrist auch Anwendung findet, wenn vom Vermieter Betriebskosten umgelegt werden, für die nach dem Mietvertrag eine Teilinklusive (BGH, Urt. v. 05.03.2008 - VIII ZR 80/07 - WuM 2008, 283; mit Anm. Wall, jurisPR-MietR 11/2008 Anm. 3) oder eine Pauschale vereinbart ist (BGH, Urt. v. 12.01.2011 - VIII ZR 148/10 - WuM 2011, 158). Das gilt nach dem BGH auch, wenn eine Inklusivmiete oder eine Pauschale für sämtliche Betriebskosten mietvertraglich festgelegt ist (BGH, Beschl. v. 18.02.2014 - VIII ZR 83/13 - WuM 2014, 336; BGH, Urt. v. 31.01.2012 - VIII ZR 335/10 - WuM 2012, 229). Der Ablauf der Einwendungsfrist ist von Amts wegen zu beachten. Es handelt sich nicht – wie bei der Verjährung – um eine Einrede, die der Vermieter geltend machen muss. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass die Mieterin die Erstellung der Abrechnungen für die Jahre 2017, 2018 und 2019 jeweils fristgerecht beanstandet hat.

D. Auswirkungen für die Praxis

Ist eine Pauschale für einige oder sämtliche Betriebskosten vereinbart oder sind Betriebskosten nach den Bestimmungen im Mietvertrag in der Miete enthalten, bleiben die Mietparteien daran gebunden. Eine Umstellung auf Vorauszahlungen mit jährlicher Abrechnung ist nur im gegenseitigen Einvernehmen möglich. Eine Ausnahme besteht nach § 556a Abs. 2 Satz 1 BGB, wenn der Vermieter auf eine verbrauchs- oder verursachungsbezogene Abrechnung umstellen will, etwa nach dem Einbau von Kaltwasserzählern in den Wohnungen. Eine weitere Ausnahme bestimmt die Heizkostenverordnung im Rahmen ihres Anwendungsbereichs für die

Umstellung auf die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten.

Rechnet der Vermieter dennoch vertragswidrig über Betriebskosten ab, muss der Mieter das innerhalb der Einwendungsfrist nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB rügen.

2

Mietmangel durch unzureichend beheizbaren Nebenraum sowie durch Fahnen mit religiösem Inhalt

Leitsätze:

1. Den Fahnenmast eines anderen Mieters im Gartenteil (3,5 m von der Fassade entfernt) muss der Vermieter nicht beseitigen lassen, wenn dieser mit Flaggen der Größe 1,0 x 0,6 m beflaggt wurde/wird, weil geringer Schattenwurf hinzunehmen ist.

2. Gestützt auf Art. 4 GG - negative Religionsfreiheit - kann nicht die Beflaggung unter Hinweis auf die römisch-katholische Kirche unterbunden werden.

3. Die Behaglichkeitstemperatur von 20-22 °C muss in einem Nebenraum nicht erreichbar sein, wenn dieser als zweites Bad zwar genutzt wird, jedoch als Waschküche oder sonstiger Nebenraum angemietet wurde.

Anmerkung zu AG Paderborn, Urteil vom 03.05.2021, 51 C 29/21

von **Frank-Georg Pfeifer**, RA

A. Problemstellung

Die Parteien streiten um die Anbringung eines leistungsstärkeren Heizkörpers in einem separaten Nebenraum sowie um die Beseitigung eines Fahnenmastes, den ein Mitmieter im Garten des Hauses aufgestellt hat.

Zur Mietwohnung gehört ein separater Nebenraum, der von den Kl. u.a. als „zweites Bad“ genutzt wird. Dieser Nebenraum ist nur über das Treppenhaus zugänglich. Der im Nebenraum befindliche Heizkörper wurde im Oktober 2020

durch ein neues Modell ersetzt. Am 28.11.2020 errichteten die Erdgeschossmieter mit Billigung des beklagten Vermieters einen Fahnenmast auf dem Grundstück.

Unter dem 23.12.2020 verlangten die Kl., den neuen Heizkörper in dem Nebenraum durch ein leistungsfähigeres Modell zu ersetzen, da der aktuelle Heizkörper nur eine unzureichende Erwärmung bewirke.

Zugleich verlangten die Kl. die Entfernung des Fahnenmastes, da – wenn der Mast beflaggt sei – die Belichtung im Obergeschoss reduziert sei, die Flaggen Lärm verursachten und die Kl. in ihrer negativen Religionsfreiheit verletzt würden, weil die Flaggen einen Bezug zur römisch-katholischen Kirche, etwa zum Vatikan aufwiesen.

Seit Januar 2021 erfolgt die Mietzahlung unter Vorbehalt der Rückforderung. Mit der am 14.03.2021 zugestellten Klage verlangen die Kl., (a) in dem Nebenraum, dem sog. „zweiten Bad“ einen leistungsstärkeren Heizkörper zu installieren; (b) den Fahnenmast zu entfernen; (c) die Feststellung, die Kl. seien zu einer monatlichen Mietminderung um 20% berechtigt und (d) schließlich Rückzahlung von 112 Euro.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Gericht weist die Klage vollumfänglich ab. Sowohl betreffend den Nebenraum als auch bezüglich des Fahnenmastes stünden die erhobenen Ansprüche den Kl. „unter keinem erdenklichen rechtlichen Gesichtspunkt“ zu.

(1) Der Anspruch betr. Einbau eines neuen Heizkörpers im sog. „zweiten Bad“, stehe den Kl. nicht zu. Zwar sei der Vermieter zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs verpflichtet. Einen nicht-vertragsgemäßen Zustand der Mietsache hätten die Kl. jedoch nicht dargelegt. Nach ihrer Behauptung, der als (zweites) Badzimmer genutzte separate Raum könne nicht ordnungsgemäß beheizt werde, weil sich nur mehr eine Innenraumtemperatur von 18 °C (bei einer Außentemperatur von 15 °C) erreichen lasse, wäre die Behaglichkeitstemperatur von 20 °C (für Wohnräume) bis 22 °C (für Badezimmer) empfindlich unterschritten. Es handle sich jedoch, so das Gericht, bei diesem zweiten Raum nicht um einen Wohnraum oder gar ein Badezimmer im engeren Sinne, sondern ledig-

lich um einen Raum, der nach entsprechender Widmung durch die Kläger wie ein Wohnraum oder Badezimmer genutzt werde. Die Gesamtschau von Vertrag und Übergabeprotokoll zeige, dass die Parteien seinerzeit für diesen Raum keinen für ein Badezimmer üblichen Standard vereinbart hätten. Auch die bauliche Beschaffenheit dieses Raums, der allenfalls einem Kellerraum vergleichbar sei, spreche gegen eine vertraglich avisierte Nutzung als (zweites) Badezimmer. Daher bedürfe es nicht der Einhaltung der Behaglichkeitstemperatur von 20 bis 22 °C.

(2) Auch der Anspruch auf Beseitigung des Fahnenmastes stehe den Klägern nicht zu. Zwar sei der Vermieter verpflichtet, von anderen Mietern ausgehende erhebliche Störungen zu unterbinden, welche das hinzunehmende Maß überschritten. Derartige Störungen seien indes nicht ersichtlich. Der verringerte Lichteinfall sowie die Lärmbelästigung durch das Flattern der Fahnen seien allenfalls vorübergehende Unannehmlichkeiten. Denn der Fahnenmast befinde sich etwa 3,5 Meter von der Hauswand entfernt. Und bei Windstille hingen die Fahnen „die eine Gesamtgröße von 1,0 x 0,6 m aufweisen“, gerade herunter und seien nicht in voller Ausdehnung zu sehen. Zwar rufe das Flattern einer Fahne im Wind – zumal bei Nässe oder starken Böen – eine gewisse Geräuschkulisse hervor. Das Ausmaß dieser Störungen reiche jedoch nicht aus, ein Einschreiten des Beklagten zu begründen.

Soweit die Flaggen Bezüge zur römisch-katholischen Kirche aufwiesen, gebiete dies keine andere Wertung. Denn dies würde nicht den Fahnenmast als solchen betreffen, sondern allenfalls die im Einzelnen daran befestigten Flaggen.

Der geltend gemachte Feststellungsanspruch sowie der Rückzahlungsanspruch wird vom Gericht damit verneint, dass kein Mietmangel vorliege.

C. Kontext der Entscheidung

(1) Zur weltanschaulichen Aussage der streitigen Fahnen (betr. Kirche und Vatikan) ist auf das ähnlich gelagerte Urteil des AG Münster vom 22.07.2003 (3 C 2122/03 - NZM 2004, 299) zu verweisen: Eine Mieterin sah durch den täglichen Anblick einer im Treppenhaus aufgestell-

ten Madonnenfigur ihre Wohnqualität beeinträchtigt und minderte für zehn Monate die Miete. Die Klage der Vermieterin auf Nachzahlung der Ausstände von rund 130 Euro war erfolgreich. Das AG Münster: „Darüber hinaus ist auch nach evangelischem Glauben Jesus durch Maria geboren worden, so dass die Aufstellung der Madonna im Treppenhaus kein Umstand sein kann, der zu einem besonderen Schock führt. Subjektive Überempfindlichkeiten sind bei der Bewertung von Minderungsrechten nicht zu berücksichtigen.“

Andererseits kann je nach Einzelfall bei auf dem Grundstück angebrachten Fahnen usw. das Risiko bestehen, dass unbeteiligte Bewohner als Sympathisant dieser weltanschaulichen Aussage betrachtet werden (dazu: Jacobs, IMR 2016, 424, Anm. zu AG Bottrop, Urt. v. 22.04.2016 - 20 C 57/15). Generalisierende Aussagen sind bei solchen Fragen nicht zielführend. Insoweit ist eine sorgfältige einzelfallorientierte Abwägung geboten.

(2) Eine optische Beeinträchtigung durch die insgesamt 0,6 Quadratmeter großen Fahnen hat das AG Paderborn zu Recht verneint. Damit ist aber eine Beeinträchtigung durch z.B. Werbeflaggen in der Nachbarschaft nicht ausgeschlossen. Insoweit hatte das LG Düsseldorf unter dem 05.03.1997 (2 b O 39/97 - DWW 1997, 188) einen Beseitigungsanspruch aus § 862 BGB wegen Besitzstörung bejaht. Dort ging es um große Werbeflaggen an drei Fahnenmasten, welche sogar aus über 30 Metern Entfernung in einer Mietwohnung permanente Spiegelungen z.B. auf Bildern, oder dem Fernseher erzeugten. Denn, so das LG Düsseldorf, insbesondere am Rande des Gesichtsfeldes - ständig - wahrgenommene Lichtreflexe lenkten die Aufmerksamkeit in einer vom Willen nicht steuerbaren Weise von dem ab, auf das sie sich gerade richte. Es sei unmöglich, sich andauernden optischen Signalen zu entziehen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Bei der Mitvermietung eines Nebenraumes sollte im Mietvertrag dessen Charakter z.B. als nicht zu Wohnzwecken bestimmter reiner Abstellraum deutlich festgehalten werden. Zugleich wäre klarzustellen, ob dieser Nebenraum beheizt wird oder nicht und demzufolge nicht

zum Lagern frostempfindlicher Sachen geeignet ist.

Das gilt sinngemäß auch, falls es in einem Kellerraum infolge Starkregens zum Wassereintritt kommen kann. Darauf ist namentlich betr. das Abstellen von Mobiliar, Elektrogeräten oder Büchern usw. zu achten.

3

Überwachungskosten des gewerblichen Mietobjekts können in den Betriebskosten abgerechnet werden

Leitsatz:

„Kosten der Bewachung des Gebäudes“ können auf Grundlage einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung - auch einer Allgemeinen Geschäftsbedingung - als Betriebskosten auf den Mieter von Gewerberaum umgelegt werden, ohne dass es einer Begrenzung der Höhe nach bedarf.

Anmerkung zu KG Berlin, Beschluss vom 02.05.2022, 8 U 90/21

von **Simone Bueb**, RA'in

A. Problemstellung

Die Klägerin ist Mieterin einer Orthopädiepraxis in einem Ärztehaus des Beklagten. Sie klagte auf Rückzahlung von Betriebskosten aus den Jahren 2014-2016, da die Klausel zur Übertragung der Bewachungskosten im Mietvertrag intransparent und damit unwirksam sei. Das Landgericht hat ihre Klage abgewiesen, daraufhin legte die Klägerin Berufung ein.

Das KG wies die Berufung zurück, da sie offensichtlich keinen Erfolg habe.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das KG war wie das Erstgericht der Ansicht, dass die Klägerin die angefallenen Überwachungskosten, die vom Vermieter in der

Betriebskostenabrechnung umgelegt wurden, nicht zurückverlangen könne.

Laut § 3 Ziffer 3 des Mietvertrages zählen „die Kosten für die Bewachung des Gebäudes“ zu den Nebenkosten, welche der Mieter gemäß § 3 Ziffer 2 des Vertrages zusätzlich zur Nettomiete zu tragen hat. Diese Regelung ist zwar eine AGB-Klausel, aber nicht gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Zwar sei eine Klausel nicht schon dann ausgehandelt, wenn nach Verhandlungen über verschiedene andere Teilaspekte eines Vertrages dort Vertragsbedingungen geändert worden sind; vielmehr muss sich das Aushandeln jeweils auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen (BGH, Beschl. v. 19.03.2019 - XI ZR 9/18 - NJW 2019, 2080 Rn. 15 m.w.N.). Zwischen den Parteien wurde nicht über die umlagefähigen Betriebskosten verhandelt.

Die vorliegende Überwälzung von Bewachungskosten auf die Klägerin stelle aber keine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB dar. Die Regelung sei insbesondere nicht i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, unvereinbar.

Die „Kosten für die Bewachung des Gebäudes“ sind Betriebskosten i.S.v. § 1 Abs. 1 BetrKV, d.h. „Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.“ (OLG Celle, Urt. v. 16.12.1998 - 2 U 23/98 - ZMR 1999, 238; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.03.2003 - 7 U 50/02 - ZMR 2004, 182; KG, Urt. v. 02.10.2003 - 8 U 25/03 - Grundeigentum 2004, 234, 235; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 556 BGB Rn. 195).

Für die Umlage „sonstiger Betriebskosten“ i.S.v. § 2 Nr. 17 BetrKV sind diese im Einzelnen zu benennen (BGH, Urt. v. 07.04.2004 - VIII ZR 167/03 - ZMR 2004, 430 Rn. 14; BGH, Urt. v. 27.06.2007 - VIII ZR 202/06 - NJW 2007, 3060 Rn. 19), auch bei Gewerberaum (OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.03.2012 - 24 U 123/11 - MDR 2012, 1025; KG, Beschl. v. 11.12.2021 - 8 U 64/21). Die vom Gewerbenmieter zu tragenden Kosten müssen der Art nach konkretisiert werden, wobei der allgemeine Verweis auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV dem Mieter hinsichtlich der Nr. 1 bis 16

hinreichende Klarheit darüber gibt, mit welchen Nebenkosten er dem Grunde nach zu rechnen hat (BGH, Urt. v. 02.05.2012 - XII ZR 88/10 - ZMR 2012, 614 Rn. 14 f.). Nach dem Urteil des BGH vom 08.04.2020 - XII ZR 120/18 - ZMR 2020, 638 erfasst zwar eine individualvertragliche Vereinbarung, wonach der Mieter sämtliche Betriebskosten zu tragen hat, im Zweifel alle zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in die gesetzliche Definition einbezogenen Kostenarten, eine Betriebskostenvereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen bedarf jedoch einer ausdrücklichen, inhaltlich bestimmten Regelung, damit der Mieter sich zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können.

Darauf komme es aber hier nicht an, weil der vorliegende Mietvertrag bei der Aufzählung der vom Mieter zu tragenden Nebenkosten, also an systematischer richtiger Stelle und nicht überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB, die Bewachungskosten ausdrücklich aufführt. Die Bewachung falle grundsätzlich unter den bestimmungsmäßigen Gebrauch i.S.v. § 1 Abs. 1 BetrKV. Ob die Kosten außer Verhältnis zum Nutzen für die Mieter stehen und deshalb nicht umlagefähig sind, sei hier im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebotes zu prüfen.

Eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin sei ebenfalls nicht gegeben. Eine Benachteiligung ist unangemessen nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (BGH, Urt. v. 17.09.2009 - III ZR 207/08 - NJW 2010, 57 Rn. 18 m.w.N.).

Ein Wachschutz ist darauf ausgerichtet, ein unbefugtes Betreten des Grundstücks, z.B. durch Einbrecher, Obdachlose und Drogensüchtige zu verhindern, und dient damit dem Schutz der Mieter und ihres Eigentums, ihrer Mitarbeiter und Kunden vor Kriminalität und Belästigungen. Zwar wird zugleich Beschädigungen von Grundstück und Gebäude und damit einem erhöhten Instandhaltungsaufwand des Vermieters entgegengewirkt. Dem Gewerbenmieter können aber durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in vielfältiger Weise mehr Pflichten auferlegt werden als im Gesetz vorgesehen. Insbesondere

re können Verwaltungskosten durch eine Formarklausel wirksam auf ihn umgelegt werden, ohne dass es einer Bezifferung oder höhenmäßigen Begrenzung dieser Kosten bedarf; vor überhöhten Forderungen ist der Mieter insoweit durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt (BGH, Versäumnisurt. v. 10.09.2014 - XII ZR 56/11 - NJW 2014, 3722 Rn. 11 ff.). Erst recht können Gewerberaummieter die Kosten einer Bewachung auferlegt werden, die – im Unterschied zu Verwaltungskosten – in aller Regel auch ihrem Interesse dienen.

Die vom Mieter zu tragenden Bewachungskosten seien auch nicht wegen des Transparenzgebots des § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB der Höhe nach zu begrenzen.

Das Landgericht habe völlig zutreffend ausgeführt, dass die begrenzte Abwälzbarkeit der Instandsetzungskosten auf der Abweichung von dem gesetzlichen Leitbild beruht, wonach der Vermieter die Sache im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten hat (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dagegen regelt § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Wohnungsmiete, dass die Betriebskosten durch Vereinbarung der Vertragsparteien – abweichend von § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB – dem Mieter auferlegt werden können. Eine entsprechende Regelung – auch durch AGB – weiche daher nicht vom gesetzlichen Leitbild ab. Dies gilt auch gegenüber Gewerberaummieter, die keinesfalls schutzwürdiger als Wohnungsmieter sind.

Schließlich sei auch ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht ersichtlich. Den Vermieter treffe gegenüber dem Mieter die vertragliche Nebenpflicht, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der letztlich von diesem zu tragenden Nebenkosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen (BGH, Urte. v. 28.11.2007 - VIII ZR 243/06 - NJW 2008, 440 Rn. 14). Dabei hat der Vermieter aber einen gewissen Ermessensspielraum. Zwar sind hier hohe Kosten für die Bewachung des Gebäudes angefallen, z.B. für das Jahr 2016 in Höhe über von 170.000 Euro. Die Einbruchgefahr erscheine allerdings bei Arztpraxen, die typischerweise mit wertvollen medizinischen Geräten sowie EDV-Anlagen ausgestattet sind, erheblich und erst recht bei einer Apotheke, die sich ebenfalls im Haus befindet. Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten sind mehrere Ein-

bruchsversuche in dem Ärztehaus erfolgt, daher wurde auf einer Mieterversammlung gefordert, dass ein Wachschutz 24 Stunden am Tag anwesend sein muss. Daher sei nicht festzustellen, dass der Wachschutz gegen das Interesse der Mieter erfolgte.

Daher sei dem Landgericht zu folgen und die Klägerin habe keinen Anspruch auf Rückforderung der Bewachungskosten.

C. Kontext der Entscheidung

Dem KG ist recht zu geben, es richtet sich auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die gegenteilige Auffassung, Bewachungskosten würden vielmehr als „die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht, der Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit, die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und die Kosten für die Geschäftsführung“ gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV nicht zu den Betriebskosten gehören (AG Köln, Urte. v. 20.10.1988 - 201 C 134/98 - WM 2002, 337; Schmid/Harz, Mietrecht, 6. Aufl., 2020, § 2 BetrKV Rn. 424; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 17. Aufl., 2021, Rn. 5610), überzeugte das KG nicht. Eine Bewachung gehe deutlich über die allgemeine Verwaltung hinaus (OLG Düsseldorf, Urte. v. 27.03.2012 - 24 U 123/11 - MDR 2012, 1025; Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Auflage, 2019, Rn. A 265).

Dies ergibt sich auch aus dem Urteil des BGH vom 18.12.2019 - VIII ZR 62/19 - NZM 2020, 457. Dort heißt es zur Begründung, weshalb eine an den Hausmeister entrichtete Notdienstpauschale zu den Verwaltungskosten zählt: „Denn es handelt sich nicht um eine Vergütung für eine allgemeine Kontroll- und Überwachungstätigkeit, sondern um Aufwendungen für die als Verwaltungstätigkeiten einzuordnende Entgegennahme von Störungsmeldungen und erforderlichenfalls die Veranlassung von Reparaturmaßnahmen durch Dritte.“ Bei der streitgegenständlichen Bewachung des Gebäudes ging es dagegen gerade um eine allgemeine Kontroll- und Überwachungstätigkeit.

Entscheidungen und Literatur, welche danach differenzieren, ob die Bewachung vornehmlich

im Interesse der Mieter oder aber zum Schutz des Vermieters vor Beschädigungen des Grundstücks bzw. Gebäudes erfolgt (BGH, Beschl. v. 05.04.2005 - VIII ZR 78/04 - NZM 2005, 452 zu einem Pförtnerdienst in einem Wohngebäude; LG Hamburg, Urt. v. 06.03.1997 - 333 S 139/96 - ZMR 1997, 358; LG Köln, Urt. v. 28.01.2004 - 10 S 134/03 - WuM 2004, 400; LG München, Urt. v. 17.04.2019 - 14 S 15269/18 - Grundei-gentum 2019, 1420), beziehen sich auf Mietverträge, welche die Umlage von Bewachungskosten nicht ausdrücklich regeln, und waren vorliegend wegen der ausdrücklichen Vereinbarung zu den Kosten der Bewachung in § 3 Ziffer 3 des Mietvertrages nicht einschlägig.

D. Auswirkungen für die Praxis

Sind Kosten für die Bewachung in einem Gewer-bietverhältnis im Vertrag ausdrücklich ge-nannt, so können diese auch auf den Mieter umgelegt werden. Dies gilt umso mehr, wenn das Mietobjekt aufgrund der Mieterstruktur ei-ner besonderen Überwachung bedarf.

4

Sanierung des Bades - keine Modernisierungsmaßnahme i.S.v. § 555b Nr. 4 BGB

Orientierungssätze zur Anmerkung:

1. Der Austausch der bestehenden Fliesen gegen moderne Fliesen stellt keine Modernisierungsmaßnahme dar.

2. Wenn die Kosten dieses Austausches die Kosten weiterer geplanten Maßnahmen, die der Instandhaltung dienen oder Modernisierungsmaßnahmen darstellen, übersteigen, sind auch die übrigen Maßnahmen nicht zu dulden. Sie sind dann untergeordneter Art.

Anmerkung zu AG Hannover, Urteil vom 20.10.2021, 512 C 4547/21

von **Anja Krapf**, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Krapf Rechtsanwälte GbR, Leipzig

A. Problemstellung

Das AG Hannover hatte die Frage zu beurteilen, ob eine ordentliche Kündigung gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen Verstoßes gegen die bei Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen grundsätzlich bestehende Duldungspflicht gemäß den §§ 555a Abs. 1, 555d Abs. 1 BGB wirksam ist. Streitgegenständlich ging es um die (Nicht-)Duldung einer umfangreichen Sanierung/Modernisierung des Bades.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist Vermieterin einer Ende 2010 an den Beklagten vermietete 2-Zimmer-Wohnung mit einer Wohnfläche von ca. 47 m². Die Wohnung verfügt über ein Bad mit einer Größe von 1,30 m x 2,90 m. Das Bad ist an Boden und Wänden gefliest, verfügt über eine auf dem Boden stehende Toilette mit Spülkasten, einer auch als Dusche genutzten Badewanne, einem Waschbecken und einem Heizkörper. Im Bereich der Decke sind die von den darüber liegenden Wohnungen führenden Abflussrohre über Putz liegend. Teils finden sich an den Wänden Wasserschäden.

Die Klägerin kündigte im Juli 2020 für den November 2020 Modernisierungsmaßnahmen in der vom Beklagten angemieteten Wohnung an. Im Ankündigungsschreiben heißt es wörtlich: „Das Badezimmer erhält neue Wand- und Bodenfliesen. Bei den Wandfliesen handelt es sich um weiße Fliesen, der Boden erhält Fliesen in Anthrazit. Anstelle des bisherigen Heizkörpers erhält das Bad einen zeitgemäßen Handtuchheizkörper. Das bisherige Stand-WC wird zu einem wandhängenden umgerüstet. Die anschließend notwendigen Malerarbeiten erhöhen ebenfalls den Wohnwert. Ihr Vermieter wird ferner die Wasserleitungen auswechseln. Auf diesem Weg wird sich auch die Situation des Wasserdrucks in ihrer Wohnung verbessern lassen.“ Die Klägerin teilte in dem Schreiben weiterhin die Höhe der Kosten der Modernisierungsmaßnahmen unter Abzug eines Instandhaltungsanteils sowie die voraussichtliche Mieterhöhung mit.

Der Beklagte erhob mit Schreiben vom 16.08.2020 Widerspruch gegen die Modernisierung, nicht aber gegen die Instandhaltung. Da der Beklagte auf seinem Standpunkt in der Fol-

gezeit beharrte, mahnte die Klägerin den Beklagten für seine Weigerung, die angekündigten Arbeiten zu dulden, ab und drohte die Kündigung des Mietverhältnisses an. Der Beklagte teilte erneut mit, dass er den Instandsetzungsarbeiten nicht mehr widerspreche. Einer Modernisierung stimme er allerdings nur unter der Bedingung zu, dass es keine Mieterhöhung gebe und die Arbeiten nicht zu lange dauern würden. Die Klägerin hielt jedoch an der Mieterhöhung fest und erteilte sodann am 10.11.2020 eine erneute Abmahnung. Mit weiterem Schreiben vom 23.11.2020 kündigte die Klägerin die oben bezeichneten Maßnahmen im Badezimmer des Beklagten erneut an. Sie teilte in diesem Schreiben mit, dass die Arbeiten ab Anfang Mai 2021 tagsüber von 7:30 Uhr bis 17:00 Uhr durchgeführt und ca. 12-15 Arbeitstage in Anspruch nehmen werden. Mit Schreiben vom 03.02.2021 sowie 25.02.2021 kündigte die Klägerin außerdem eine Vorbegehung der Wohnung mit den Handwerkern für den 06.04.2021 10:00 Uhr an. Der Klägerin und den von ihr hinzugezogenen Handwerkern wurde jedoch kein Zutritt zur Wohnung gewährt. Daraufhin kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 13.04.2021 und erhob nach Widerspruch des Beklagten gegen die Kündigung mit Wirkung zum 31.01.2022 Räumungsklage.

Der Beklagte hält die Kündigung für unwirksam. Die Klägerin wolle ihn aus der Wohnung setzen, um diese zu sanieren und teuer weiter zu vermieten. Erforderlichen Reparaturen wolle er sich nicht verweigern. Diese könnten in zwei Tagen erledigt werden. Die Durchführung von umfangreichen Arbeiten über einen längeren Zeitraum seien ihm nicht zumutbar. Denn er könne in dieser Zeit die Wohnung nur eingeschränkt nutzen, er könne insbesondere nicht duschen und auch für seine zwei Katzen seien derartig umfangreiche Arbeiten nicht zumutbar.

Nach Ansicht des AG Hannover ist die Klage unbegründet. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Räumung der Wohnung, da die Kündigung vom 13.04.2021 unwirksam sei. Eine ordentliche Kündigung mit gesetzlicher Frist setze gemäß § 573 BGB ein berechtigtes Interesse des Vermieters voraus. Dies könne hier nur eine schuldhaft und nicht unerhebliche Verletzung der dem Beklagten obliegenden vertraglichen Pflichten gemäß § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB sein. Eine solche Pflichtverletzung sei jedoch nach dem Vortrag der Partei nicht ersichtlich.

Diese könnte zudem nur dann bejaht werden, wenn der Beklagte zu Unrecht die Durchführung der von der Klägerin angekündigten umfangreichen Maßnahmen verweigert habe. Unter welchen Voraussetzungen der Mieter verpflichtet sei, bauliche Maßnahmen zu dulden, sei in den §§ 555a, 555b, 555d BGB geregelt. Allenfalls käme § 555b Nr. 4 BGB in Betracht. Dieser sei jedoch abzulehnen, da keine Maßnahmen vorliegen, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen. Insbesondere lege in der Ausstattung des Badezimmers mit neuen Wand- und Bodenfliesen keine Erhöhung des Gebrauchswertes vor. Zwar könne die Ausstattung eines Badezimmers mit neuen Wand- und Bodenfliesen eine Erhöhung des Gebrauchswertes mit sich bringen. Dies sei jedoch nur dann der Fall, wenn die Wohnung zuvor nicht mit dieser Ausstattung versehen gewesen sei. Zudem fehle es an Sachvortrag, dass die vorhandenen Fliesen alternativ erneuerungsbedürftig gewesen seien oder sich der Gebrauchswert nachhaltig erhöhe. Beim Austausch des WCs könne es sich zwar um eine Modernisierungsmaßnahme handeln. Da die Klägerin diese Arbeiten im Zusammenhang mit dem Austausch der Fliesen durchzuführen beabsichtige und hier der Schwerpunkt der Arbeiten liegen würde, bestände dennoch keine Duldungspflicht. Gleiches gelte für die beabsichtigten Malerarbeiten. Diese wären zwar grundsätzlich eine Instandsetzungsmaßnahme gemäß § 555a Abs. 1 BGB, im Verhältnis zu den Fliesenarbeiten käme ihnen aber nur ein untergeordnetes Gewicht zu. Da auch ein Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nicht vorliege, müsse sich der Beklagte auf das Gesamtpaket der beabsichtigten Maßnahmen nicht einlassen.

Gegen die Entscheidung des AG Hannovers ist Berufung eingelegt worden. Allerdings ist die Berufung offenbar gemäß § 522 ZPO zurückgewiesen worden.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des AG Hannover vermag insbesondere im Hinblick auf ihre Begründung nicht zu überzeugen.

Zunächst wird bereits nicht differenziert, dass am 06.04.2021 nicht der Zutritt zur Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen, sondern der Zutritt zur Vorbesichtigung der Wohnung,

mithin der Zutritt zur Zustandsbesichtigung verweigert worden ist. Grundsätzlich hat aber ein Vermieter das Recht, den Zustand der Wohnung – zumindest zur Feststellung des Umfangs von notwendigen Erhaltungsmaßnahmen – zu besichtigen. Nachdem die Beseitigung der Wasserschäden an den Wänden und der Austausch der über Putz führenden Wasserleitungen unzweifelhaft Erhaltungsmaßnahmen gemäß § 555a BGB darstellen, besteht diesbezüglich grundsätzlich auch eine Duldungspflicht gemäß § 555a Abs. 1 BGB. Nach herrschender Meinung umfassen die notwendigen Erhaltungsmaßnahmen aber nicht nur die reinen Baumaßnahmen, die unmittelbar der Mängelbeseitigung dienen, sondern auch Vorbereitungsmaßnahmen wie erforderliche Besichtigungen vor, nach und während der Bauphase durch den Bauherrn und dessen Handwerker (Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. § 555a Rn. 8). Unter diesem Gesichtspunkt hätte daher der Zutritt zur Wohnung als Form der Duldung am 06.04.2021 seitens des Beklagten nicht verweigert werden dürfen. Insofern liegt eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters i.S.v. § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor.

Wären die zuvor ausgesprochenen Abmahnungen des Vermieters wegen Verweigerung der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen wirksam, so hätte der Räumungsanspruch bejaht werden müssen. Nach diesseitiger Ansicht bewertet das Amtsgericht aber die hier im Raum stehenden weiteren Maßnahmen zur Badsanierung rechtsfehlerhaft nicht als Modernisierungsmaßnahme zur Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse i.S.v. § 555b Nr. 5 BGB. Insofern soll jede bauliche Veränderung als Modernisierung gelten, durch die die allgemeinen Wohnverhältnisse nach der objektiven Verkehrsanschauung auf Dauer verbessert werden. Es kommt dabei nicht auf die Wertung des betroffenen Mieters, sondern vielmehr darauf an, ob sich die Maßnahme nach den für das Mietobjekt in Betracht kommenden Mieterkreisen als Wohnwertverbesserung darstellt. Gemäß § 555b Nr. 5 BGB ist der Vermieter insbesondere nicht gehalten, lediglich den durchschnittlichen Standard des gegenwärtigen Wohnungsmarktes herzustellen. Eine solche Einschränkung widerspräche nicht nur dem Begriff der „Modernisierung“, sondern auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Außerdem würde eine solche Einschränkung das allgemeine Interesse an einer laufenden Ver-

besserung des Wohnungsbestandes konterkarieren. Aus vorbezeichneten Gründen hat der BGH im Urteil vom 20.07.2005 (VIII ZR 253/04 - WuM 2005, 576) ausdrücklich entschieden, dass der Vermieter die Attraktivität seiner Wohnungen auch durch eine überdurchschnittliche Ausstattung erhöhen und somit die Entwicklung des Wohnungsmarktes vorantreiben kann (ebenso Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., § 555b Rn. 76, 77). Grenze bildet hier lediglich der Maßstab der „Luxusmodernisierung“.

Nach vorgenannten – vom BGH aufgestellten – Grundsätzen stellt sowohl der Einbau eines Handtuchheizkörpers als auch eines hängenden WCs eine wohnwertverbessernde Modernisierungsmaßnahme dar. Gleiches dürfte auch für eine Neuverfliesung des Bades nach neuzeitlichem Standard, mithin nach dem durchschnittlichen Standard des gegenwärtigen Wohnungsmarktes gelten. Wenngleich sich dies nicht aus der Sachverhaltsdarstellung aus dem Urteil ergibt, ist davon auszugehen, dass die neuen Fliesen großformatiger als die alten Fliesen sind. Berücksichtigt man, dass im Rahmen der Erstellung von Sachverständigengutachten zur Miethöhe großformatige Fliesen ebenso wie eine mindestens türhohe Verfliesung gegenüber kleinformatigen Fliesen aus den 70iger bis 2000-er Jahren wohnwerterhöhend zu berücksichtigen sind, dann wird man den Austausch der Fliesen als dauerhafte wohnwertverbessernde Maßnahme ansehen müssen. Kleinformatige Fliesen werden nämlich in solchen Gutachten zur Miethöhe lediglich als Standard, dem Baujahr entsprechend, bezeichnet. Nachdem unter die wohnwertverbessernden Maßnahmen auch solche überdurchschnittlicher Art fallen, stellt eine Verfliesung mit großformatigen Fliesen eine Wohnwertverbesserung dar. Insofern werden unmoderne Badeinrichtungen durch nicht nur unwesentlich modernere Einrichtungen ersetzt (im Ergebnis ebenso Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 4. Aufl. § 555b Rn. 38). Vergleichbar dürfte eine derartige Maßnahme mit jener sein, dass der Vermieter auch berechtigt und unter Umständen sogar verpflichtet ist, die Wohnung im Rahmen der Technik, wie z.B. die Verlegung von Glasfaserkabeln, an geänderte Wohnverhältnisse anzupassen.

Darüber hinaus sind die im streitgegenständlichen Fall beabsichtigten Maßnahmen nicht nur auf Dauer wohnwertverbessernd, sondern dar-

über hinaus erhöhen sie auch – entgegen der Ansicht des Amtsgerichts – den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig. Die Abgrenzung der Maßnahmen nach Nr. 4 und Nr. 5 sind fließend. Der Begriff der Gebrauchswertsteigerung ist ebenso objektiv nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen. Das Amtsgericht verkennt, dass es nicht darauf ankommt, ob die Wohnung bereits vor Durchführung der Maßnahme mit dieser Ausstattung versehen gewesen ist. Vielmehr ist entscheidend, ob die Wohnung nach Durchführung der Maßnahmen leichter als eine vergleichbare Wohnung ohne diese Maßnahme zu vermieten ist (ebenso Blank in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. Aufl. § 555b Rn. 30; BGH, Urt. v. 13.02.2008 - VIII ZR 105/07 - WuM 2008, 219). Dabei ist ausreichend, wenn der Anschein für eine bessere Vermietung spricht, mag die tatsächliche Nachfrage danach noch verhältnismäßig gering sein (ebenso Blank in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 4. Aufl. § 555b Rn. 30; BGH, Urt. v. 20.07.2005 - VIII ZR 253/04 - WuM 2005, 576).

Selbst wenn man der Ansicht des AG Hannover hinsichtlich der Neuverfließung folgen wollte, so kann die fehlende Duldungspflicht nicht damit begründet werden, dass die übrigen Maßnahmen, für die ohne Zweifel eine Duldungspflicht – selbst nach Ansicht des Amtsgerichts – besteht, im Verhältnis zur Neuverfließung von untergeordneter Bedeutung sind. In Anbetracht der Tatsache, dass die übrigen Maßnahmen eine Duldungspflicht begründen, folgt die Duldungspflicht für die Verfließung mindestens aus § 242 BGB. Von der Frage der Duldungspflicht ist dabei die Frage zu trennen, ob eine Kostenumlage für diese Maßnahme im Ergebnis möglich ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Im Rahmen einer Modernisierungsankündigung empfiehlt sich – wenngleich gemäß § 555c BGB nicht erforderlich – bei einer Neuverfließung genau darzustellen, welche Fliesen, welcher Größe in welcher Farbe angebracht werden sollen. Es sollte zudem hervorgehoben und begründet werden, warum es sich um eine wohnwertverbessernde Maßnahme, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche bessere Vermietbarkeit, handelt. Darüber hinaus bedingt die Entfernung eines Stand-WC eine Lücke im Bodenbelag, die es auszufüllen gilt. Nachdem die Verfließung in

der Regel bei Fliesen, die 20 Jahre und älter sind, nicht mehr ordnungsgemäß ist, muss auch bei solchen Maßnahmen ein Instandhaltungsanteil abgezogen werden. Im Rahmen eines Prozesses sollte sodann darauf geachtet werden, vorzutragen, weshalb sich der Gebrauchs- und Wohnwert erhöht und dass ggf. vorhandene Fliesen wegen Beschädigung erneuerungsbedürftig sind. Im Zweifel handelt es sich dann um modernisierende Instandsetzungsmaßnahmen.

5

Erstattungsansprüche des ausgeschiedenen Wohnungseigentümers in einer verwalterlosen Gemeinschaft

Leitsatz:

Ein Wohnungseigentümer, der Verbindlichkeiten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer getilgt hat, kann von den anderen Eigentümern auch dann keine unmittelbare (anteilige) Erstattung seiner Aufwendungen verlangen, wenn er später aus der Gemeinschaft ausgeschieden ist; das gilt auch bei einer zerstrittenen Zweiergemeinschaft (Fortführung von Senat, Urt. v. 25.09.2020 - V ZR 288/19 - NZM 2021, 146).

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Direkte Erstattungsforderungen unter Mit-eigentümern sollten schnell einverständlich festgelegt werden, um spätere Auseinandersetzungen darüber zu erleichtern.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.03.2022, V ZR 92/21

von **Dr. Lothar Briesemeister**, Vors. RiKG a.D.

A. Problemstellung

Zweier-Gemeinschaften verzichten oft auf die Bestellung eines in diesen Fällen besonders teuren WEG-Verwalter, der seine aufzuwendenden Arbeitsstunden angemessen bezahlt sehen will. Die beiden Wohnungseigentümer versuchen deshalb aus Gründen der Vereinfachung etwa, fällige Rechnungen von Handwer-

kern oder Versorgungseinrichtungen (Energie-lieferungen, Müllentsorgung, Straßenreinigung) abwechselnd zu begleichen und in bestimmten Abständen die anteiligen Erstattungsansprüche formlos zu verrechnen. Das wird zunehmend wachsende Schwierigkeiten bringen, wenn etwa Instandsetzungen anstehen und zu bezahlen sind. Scheidet ein Wohnungseigentümer dann aber aus der Gemeinschaft aus, wird er die restlichen Erstattungsansprüche nachträglich gegen den verbliebenen Wohnungseigentümer geltend machen und notfalls einzuklagen versuchen. In der Vergangenheit haben einzelne Gerichte versucht, diese Erstattungsansprüche ohne den Umweg über Abrechnungsbeschlüsse der Gemeinschaft zu titulieren und damit das gesetzliche Finanz- und Rechnungswesen der Gemeinschaft zu umgehen, das mangels Verwalter völlig vernachlässigt war. Zuletzt versuchte ein ausgeschiedener Miteigentümer nachträglich seine vermeintlichen Erstattungsansprüche im Wege einer Aufrechnung gegen den verbliebenen Miteigentümer zu realisieren.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger hat von dem aus der Gemeinschaft ausgeschiedenen Beklagten 7.068,49 Euro verlangt. Das Amtsgericht hat der Klage unter teilweiser Berücksichtigung wechselseitig zur Aufrechnung gestellter Ansprüche i.H.v. 2.641,10 Euro stattgegeben. Die auf Zahlung weiterer offengebliebener 4.138,12 Euro gerichtete Berufung des Klägers hat das Landgericht in der Hauptsache zurückgewiesen, allerdings die Revision zugelassen. Der Kläger verfolgt den aufgrund der Aufrechnung des Beklagten abgewiesenen Teil seiner Klage i.H.v. 4.138,12 Euro nebst Zinsen weiter. Damit steht die Frage im Raum, ob der ausgeschiedene beklagte Miteigentümer seine Erstattungsforderung in dieser Höhe außerhalb des Finanz- und Rechnungswesen der Gemeinschaft nachträglich noch direkt gegen den verbliebenen Miteigentümer durchsetzen kann, obwohl die eigentlichen Instrumente der Wohnungseigentümergeinschaft, nämlich die Verrechnung über die Gemeinschaftskasse, vernachlässigt worden waren bzw. vom ausgeschiedenen Wohnungseigentümer nicht mehr unmittelbar in Gang gesetzt werden können. Denn er kann weder auf Beschlussfassungen der Gemeinschaft Einfluss nehmen noch über diese Beschlüsse die Ausstattung der Gemeinschaft mit den zur Erfül-

lung der Ausgleichsforderungen erforderlichen finanziellen Mitteln erreichen. Es fragt sich somit, ob seine Position nicht mehr der eines Miteigentümers entspricht, sondern der eines außenstehenden Dritten.

C. Kontext der Entscheidung

Im Grundsatz besteht ein Anspruch des Eigentümers nur gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer auf Ersatz seiner Aufwendungen für die Gemeinschaft. Ist die Zweier-Gemeinschaft zerstritten, fehlt oft ein Verwalter, um derartige Regelungen gerichtlich zu erzwingen, zumal diese Anlagen streitanfällig sind und dafür eingesetzte Verwalter besonders kostenträchtig. Werden weder Wirtschaftspläne noch Jahresabrechnungen beschlossen, existiert auch kein ausreichendes Gemeinschaftsvermögen, auf das zugegriffen werden könnte. Somit müsste zunächst die Verwalterbestellung notfalls im Wege einer Beschlussersetzungsklage gerichtlich durchgesetzt werden. Der Verwalter müsste dann Wirtschaftspläne, Jahresabrechnungen oder Sonderumlagen vorschlagen und zur Abstimmung stellen. Wenn der Miteigentümer seine Mitwirkung versagt, müsste auch insofern wiederum eine gerichtliche Beschlussersetzung herbeigeführt werden. Wenn dann immer noch freiwillig keine Zahlung geleistet werden, müssten wiederum in einer dritten Phase die zusätzlichen Mittel von der aktuellen Miteigentümergeinschaft eingeklagt werden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Gerade bei Streitbefangenen Zweier-Gemeinschaften haben einzelne Gerichte aus allgemeinen Gerechtigkeitsgründen unmittelbare Ansprüche der Wohnungseigentümer abseits eines eigentlich vorgesehenen Finanz- und Abrechnungssystems zugesprochen. Dies ist in der Rechtsprechung gleichwohl zunehmend abgelehnt worden. Der BGH hat in einem Urteil vom 25.09.2020 (V ZR 288/19) insbesondere geprüft, ob Erstattungsansprüche gemäß Außenhaftung aus § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG in der alten Fassung hergeleitet werden könnten. Nach der zitierten Vorschrift sah das Gesetz aber nur eine anteilige Außenhaftung der Eigentümer vor, keineswegs aber innerhalb der Gemeinschaft. Somit würde es einen System-

bruch darstellen, wenn ein Ausgleichsanspruch entsprechend dem Miteigentumsanteil durchgesetzt werden könnte, obwohl im Innenverhältnis unter Umständen eine andere Verteilung der Kosten eingreifen müsste. Damit würde die gesetzlich vorgeschriebene Willensbildung durch Beschlussfassungen und das Finanzsystem gestört. Gerade für die Frage einer verwalterlosen Zweier-Gemeinschaft wurde dies allerdings zunächst noch offengelassen, weil insbesondere bei Geltung des Kopfstimmrechts Erstattungsforderungen dann nur unter großen prozessualen Schwierigkeiten durchgesetzt werden könnten. Ging es in einer früheren Grundsatzentscheidung noch darum, ob gegen den ausgeschiedenen Miteigentümer erleichtert vorgegangen werden kann, spitzte sich die Frage jetzt darauf zu, ob der ausgeschiedene Miteigentümer mangels Einflußnahmemöglichkeiten auf die Finanzverwaltung der Gemeinschaft Erleichterungen verdient und die Erstattungsforderung gegen den verbliebenen Wohnungseigentümer im Wege einer Aufrechnung geltend gemacht werden kann. Die prozessualen Schwierigkeiten häufen sich, weil der nunmehr außenstehende Dritte keine Beschlussersetzungsklage mehr einleiten kann. Damit würde aber verkannt, dass es sich bei den Erstattungsforderungen nach wie vor um Sozialverbindlichkeiten der Gemeinschaft handelt, die ausnahmslos im Rahmen des Finanz- und Rechnungssystems der Gemeinschaft zu behandeln sind.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Der BGH macht abschließend auch Vorschläge zur Verbesserung der rechtlichen Situation des mit offenen Forderungen ausscheidenden Wohnungseigentümers:

Beim Ausscheiden aus der Gemeinschaft müsste ein Wohnungseigentümer wegen seiner nicht erfüllten Erstattungsansprüche gegen die Gemeinschaft möglichst bereits im Kaufvertrag mit dem Erwerber bei der notariellen Beurkundung interne Regelungen einzubringen versuchen. Dabei denkt der BGH wohl an die Abtretung der Erstattungsansprüche an den Erwerber unter Reduzierung des Kaufpreises. Die schwierige gerichtliche Geltendmachung wird aber vielleicht den Käufer auch endgültig vom Eintritt in die Gemeinschaft der Wohnungsei-

gentümer abschrecken. Der Erwerber wird sich insbesondere fragen, ob er die Prozessrisiken einschließlich der Kosten tragen will und für sich abermalige Rückgriffsansprüche bei Misslingen der Erstattungsforderungen vereinbaren. Damit aber würde das Risiko der zwangsweisen Beitreibung wieder auf den ausgeschiedenen Miteigentümer übergehen.

6

Wann sind Vergleichsangebote „vergleichbar“?

Leitsätze:

- 1. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Anfechtungsklage entfällt nicht, wenn die Erhaltungsmaßnahmen bereits durchgeführt worden sind.**
- 2. Die Einholung von nur zwei „Vergleichsangeboten“ kann im Einzelfall ermessensfehlerhaft sein. Ein drittes „Angebot“ kann für die Entscheidungsfindung in der Versammlung nicht mehr herangezogen werden, wenn der betreffende Unternehmer zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr bereit war, die angebotenen Leistungen auszuführen.**
- 3. Um jedoch das Preis-/Leistungsverhältnis beurteilen zu können, ist es außerdem erforderlich, dass die eingeholten Angebote vergleichbar sind.**
- 4. Aufgrund des Umstandes, dass sich bestimmte Positionen (wechselnd) um exakt 1.000,- Euro unterscheiden und die anderen Positionen betragsmäßig identisch sind, drängt sich der Eindruck auf, dass es sich dabei nicht um „Konkurrenz“-Angebote im eigentlichen Sinne handelt, sondern um gegenseitig abgesprochene Angebote von „Wettbewerbern“ (so genannten Submissionsabsprachen).**

Anmerkung zu AG Hamburg-St. Georg, Urteil vom 05.11.2021, 980a C 13/21 WEG

von **Thomas Pöpel**, RiAG

A. Problemstellung

Vergleichsangebote sollen die Wohnungseigentümer in die Lage versetzen, auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage eine Ermessensentscheidung zu treffen. Hierzu ist erforderlich, dass es sich um vergleichbare Angebote handelt.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Ursprünglich fasste die Eigentümerversammlung einen Beschluss, ein bestimmtes Unternehmen mit Bauarbeiten zu beauftragen. Die seinerzeit beauftragte Firma teilte jedoch mit, die angebotenen Arbeiten nicht mehr auszuführen. In einer neuen Eigentümerversammlung fassten die Eigentümer den Beschluss, ein anderes Unternehmen mit der Durchführung dieser bereits beschlossenen Baumaßnahmen zu beauftragen. Insgesamt lagen bei dieser neuen Beschlussfassung drei Angebote vor, wobei eines der Angebote das ursprüngliche Angebot der die Arbeiten nicht mehr ausführenden Firma darstellt.

Der Kläger wendet sich gegen die Beschlussfassung mit der Begründung, dass nur zwei Angebote vorgelegen hätten und diese zudem nicht miteinander vergleichbar seien.

Das Amtsgericht hat der Anfechtungsklage stattgegeben.

Die Klage sei begründet, da die Eigentümer bei der Beschlussfassung das ihnen zustehende Ermessen unterschritten hätten. Die Entscheidung sei auf nicht ausreichender Tatsachengrundlage ergangen. Es sei anerkannt, dass vor der Durchführung von Erhaltungsmaßnahmen Vergleichsangebote einzuholen seien. Zwar sei die Zahl der Vergleichsangebote nicht „starr“. Hier lägen aber keine ausreichenden Vergleichsangebote vor. Das Angebot des nicht mehr zur Leistungserbringung bereiten Unternehmens sei außer Betracht zu lassen. Die verbleibenden Angebote seien nicht vergleichbar. Die Vergleichsangebote sollten die Eigentümer in die Lage versetzen, das Preis-/Leistungsverhältnis zu beurteilen. Diesen Zweck könnten die vorliegenden Angebote nicht erfüllen, da sie inhaltlich jeweils stark voneinander abweichen würden. Auffällig sei zudem, dass sich die Angebote in wechselnden Positionen um jeweils ex-

akt 1.000 Euro unterschieden und in anderen Positionen betragsmäßig identisch seien. Hier dränge sich der Eindruck auf, dass es sich nicht um Konkurrenzangebote, sondern um „abgesprochene“ Angebote (Submissionsabsprache) handle.

C. Kontext der Entscheidung

Bei nicht nur geringfügigen Maßnahmen ist die Einholung von Vergleichsangeboten geboten. Zumindest aber bei Auftragsvolumen ab 3.000 Euro wird eine Entscheidung ohne Vergleichsangebote ermessensfehlerhaft sein (LG Hamburg, UrT. v. 15.02.2012 - 318 S 119/11; LG Karlsruhe, Beschl. v. 08.08.2013 - 11 T 355/12).

Die Vergleichsangebote müssen die Eigentümer in die Lage versetzen, auf hinreichender Tatsachengrundlage ihr Ermessen auszuüben. Freilich sind die Eigentümer weder gehalten, das günstigste Angebot anzunehmen noch das technisch hochwertigste Angebot zu wählen. Allerdings kann ein ausreichender Überblick nur bei Vorliegen mehrerer Vergleichsangebote erreicht werden. In der Rechtsprechung werden regelmäßig drei Vergleichsangebote gefordert (LG Berlin, UrT. v. 02.02.2018 - 85 S 98/16 WEG; LG Itzehoe, UrT. v. 05.01.2018 - 11 S 1/17; LG Dortmund, UrT. v. 21.10.2014 - 1 S 371/13; kritisch hierzu AG Hamburg-Blankenese, UrT. v. 15.04.2020 - 539 C 16/18).

Diese Angebote müssen zudem vergleichbar sein. Daran fehlt es etwa bei solchen Angeboten, die nur zum Schein abgegeben werden. Das ist der Fall, wenn das Unternehmen die angebotenen Leistungen zum angebotenen Preis nicht erbringen will. Auch „abgesprochene“ Angebote fallen hierunter und sind nicht zu berücksichtigen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Vor der Beschlussfassung über nicht unerhebliche Maßnahmen sollte die Verwaltung im Idealfall mindestens drei vergleichbare Angebote vorlegen. Gerade in angespannten Märkten wird jedoch nicht immer die Einholung von drei Angeboten gelingen. In diesen Fällen sollte zumindest transparent dokumentiert werden, warum nur zwei Angebote eingeholt werden konnten. Sind diese Angebote jedoch vergleich-

bar und ermöglichen eine ausreichende Marktübersicht für die Eigentümer, dürfte auch eine auf Grundlage dieser Tatsachen getroffene Entscheidung ermessenfehlerfrei sein. Ob sich dies in der Rechtsprechung allerdings durchsetzt, bleibt abzuwarten.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Zutreffend bejaht das Amtsgericht das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage, trotzdem die Baumaßnahme schon im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung umgesetzt war. Zu berücksichtigen ist hier der mögliche Folgenbeseitigungsanspruch des Wohnungseigentümers. Denn der obsiegende Anfechtungskläger hat einen Anspruch darauf, dass der Zustand, der ohne Durchführung des aufgehobenen Beschlusses bestehen würde, wiederhergestellt wird (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 108).