

**Herausgeber: Norbert Eisenschmid, RA**Erscheinungsdatum:  
22.07.2021Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich**15/2021****Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bei Vorliegen eines Mietspiegels**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.04.2021, VIII ZR 22/20  
von Carsten Herlitz, RA und Lehrbeauftragter der EBZ Business School, Berlin
- Anm. 2** **Kosten einer Räumungsklage bei Nichtentfernung des Namensschildes eines ausgezogenen Mitbesitzers vom Briefkasten**  
Anmerkung zu LG Ansbach, Beschluss vom 22.12.2020, 1 T 1379/20  
von Claudia Mummenhoff, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht,  
Mummenhoff Rechtsanwälte Notar
- Anm. 3** **Anspruch des Mieters auf Ersatz außergerichtlicher Anwaltskosten für Durchsetzung der Kautionsrückforderung**  
Anmerkung zu AG Hamburg, Urteil vom 07.01.2021, 40a C 106/19  
von Dietmar Wall, RA
- Anm. 4** **Messdienst als Verwender der im Haus installierten Warmwasserzähler**  
Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 10.12.2020, 8 C 26/20  
von Frank-Georg Pfeifer, RA
- Anm. 5** **Schadensersatzanspruch des Wohnungseigentümers gegen Wohngebäudeversicherer wegen pflichtwidrig verzögerter Regulierung eines Leitungswasserschadens**  
Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschluss vom 10.05.2021, 8 U 3174/20  
von Wolfgang Dötsch, RiOLG
- Anm. 6** **Zwangsgeld wegen Leerstand der Wohnung**  
Anmerkung zu VG München, Urteil vom 12.03.2021, M 9 K 19.978  
von Simone Bueb, RA'in

**Zitiervorschlag:** Herlitz, jurisPR-MietR 15/2021 Anm. 1  
**ISSN 1860-157X**

## 1

## Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bei Vorliegen eines Mietspiegels

### Leitsätze:

**1. Die Gerichte sind grundsätzlich auch dann berechtigt, zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete ein von der beweisbelasteten Partei angebotenes Sachverständigengutachten einzuholen, wenn ein Mietspiegel vorliegt, der tabellarisch Mietspannen ausweist und zusätzlich eine Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung enthält. Das gilt bei solchen Mietspiegeln nicht nur in den Fällen, in denen zwischen den Parteien Streit über die Voraussetzungen für das Eingreifen bzw. die Reichweite einer dem Mietspiegel gegebenenfalls zukommenden Vermutungs- oder Indizwirkung herrscht, sondern unabhängig davon in der Regel auch dann, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete unstreitig innerhalb der für das einschlägige Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne liegt und deshalb lediglich die Einordnung der konkreten Einzelvergleichsmiete in diese Spanne einer Klärung bedarf (im Anschluss an Senatsurt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20 - NJW-RR 2021, 76 Rn. 24 ff.).**

**2. Maßgebend für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist der Zeitpunkt, zu dem das Erhöhungsverlangen dem Mieter zugeht und nicht der - hier vom Berufungsgericht zugrunde gelegte - Zeitpunkt, ab dem der Mieter die erhöhte Miete ggf. schuldet. Die nach § 558 Abs. 2 BGB a.F. maßgebliche Vierjahresfrist erstreckt sich demnach vom Zugang des Erhöhungsverlangens an vier Jahre zurück (Bestätigung des Senatsurt. v. 29.02.2012 - VIII ZR 346/10 - NJW 2012, 1351 Rn. 30).**

**3. Dem sachverständig beratenen Tatrichter stehen, wenn sich nach der - stets erforderlichen - Berücksichtigung von Qualitätsunterschieden in den Wohnwertmerkmalen der zum Vergleich herangezogenen Wohnungen noch eine breite Marktstreuung der Vergleichsmieten ergibt, verschiedene Ansätze für die Ermittlung der Einzelvergleichsmiete zur Verfügung, deren Auswahl in seinem**

**- revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. Senatsurt. v. 20.04.2005 - VIII ZR 110/04 - NJW 2005, 2074 unter II 2 d aa) - Ermessen steht. Lassen sich Besonderheiten bei der Verteilung der Vergleichsmieten - etwa in Form einer auffälligen Häufung der Vergleichsmieten um einen kleinen Wert herum - nicht feststellen, kann es angemessen sein, auf den arithmetischen Mittelwert abzustellen (Bestätigung der Senatsurteile v. 24.04.2019 - VIII ZR 62/18 - NJW 2019, 3142 Rn. 59, und VIII ZR 82/18 Rn. 17; jeweils in Fortführung des Senatsurt. v. 29.02.2012 - VIII ZR 346/10 Rn. 25 f.).**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.04.2021, VIII ZR 22/20

von **Carsten Herlitz**, RA und Lehrbeauftragter der EBZ Business School, Berlin

### A. Problemstellung

Erneut geht es um die Frage, ob der Mietspiegel ein taugliches Begründungsmittel zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete gewesen ist. Der Fall handelte - wieder einmal - in Berlin. Börstinghaus (NJW 2015, 3200) hat dies einmal als Berliner „Mietspiegel-Quiz“ bezeichnet. Ob sich dies mit der Mietspiegelreform 2021 ändert, bleibt abzuwarten.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Eine Vermieterin verlangte von den Mietern einer 81 m<sup>2</sup> großen Wohnung in Berlin die Zustimmung zu einer Mieterhöhung von 588 Euro auf 655 Euro ab Oktober 2017. Das entsprach einer Erhöhung der Nettokaltmiete auf 8,01 Euro/m<sup>2</sup>. Nach dem Berliner Mietspiegel 2017 lag die Nettokaltmietenspanne zwischen 5,52 Euro/m<sup>2</sup> und 9,20 Euro/m<sup>2</sup>. Die Mieter hatten dem Mieterhöhungsverlangen nicht zugestimmt.

Das Amtsgericht wies die Klage ab, da die ortsübliche Vergleichsmiete unterhalb der bereits entrichteten Nettokaltmiete liege (7,27 Euro/m<sup>2</sup>). Das LG Berlin gab hingegen der Vermieterin Recht:

Das Landgericht hat ein Sachverständigengutachten zur Höhe der ortsüblichen Vergleichs-

miete eingeholt. Es fühlte sich an die Tatsachenfeststellungen des Amtsgerichts nicht gebunden, soweit dieses die ortsübliche Vergleichsmiete unter Heranziehung des Berliner Mietspiegels 2017 nach § 287 ZPO geschätzt hatte. Für das Landgericht war der Berliner Mietspiegel nämlich keine geeignete Schätzgrundlage. Er würde einer stets gebotenen Plausibilitätskontrolle mit Blick auf die substantiierten Einwendungen der Vermieterin gegen dessen Richtigkeit und Repräsentativität nicht Stand halten. Auch sei der Berliner Mietspiegel nicht als einfacher heranzuziehen, weil die Vermieterin den Erkenntniswert des Mietspiegels insgesamt in Frage gestellt habe. In einem solchen Fall komme dem Mietspiegel nicht einmal eine Indizwirkung zu, da auch dieser eine zutreffende Datenerhebung voraussetze.

Der Sachverständige hatte 14 Vergleichswohnungen betrachtet und eine ortsübliche Vergleichsmiete von 8,20 Euro/m<sup>2</sup> ermittelt. Die Einwendungen gegen das Sachverständigen-gutachten ließ das Landgericht nicht zu. Denn während der Mietspiegel sämtliche Wohnungen innerhalb einer bestimmten Größenordnung erfasse, habe der Sachverständige nur solche Vergleichswohnungen herangezogen, die hinsichtlich ihrer Lage und Ausstattung mit der zu bewertenden Wohnung individuell vergleichbar waren.

Bei der Betrachtung der 14 Vergleichswohnungen ging der Gutachter vom Zeitpunkt der Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens aus und nicht vom Zugang der Mieterhöhungserklärung beim Mieter.

Der BGH hat die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Zunächst stellte der BGH fest, dass zwischen den Parteien kein Streit über die Frage bestand, dass sich die Miete in der im Mietspiegelfeld I.2 aufgeführten Spanne von 5,52 Euro/m<sup>2</sup> bis 9,20 Euro/m<sup>2</sup> bewege. Damit verlangte die Klägerin also mit 8,01 Euro/m<sup>2</sup> eine Miete, die innerhalb dieser Spanne lag.

Der BGH hielt weiter an seiner Rechtsprechung fest, wonach das Landgericht trotz Vorliegens eines Berliner Mietspiegels, dem grundsätzlich eine Indizwirkung zukomme (vgl. BGH, Urt. v. 27.05.2020 - VIII ZR 45/19), ein Sachverständigen-gutachten einholen durfte. Die Gerichte – so

der BGH – seien nicht verpflichtet, ihre Überzeugungsbildung auf – unstrittige oder festgestellte – Indizien, die einen Schluss auf die Hauptsache zulassen, zu stützen und von der Erhebung des von der beweisbelasteten Partei zum Nachweis der Hauptsache angebotenen Beweises abzusehen (BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20).

Auch sei das Berufungsgericht nicht verpflichtet gewesen, die im Berliner Mietspiegel 2017 enthaltene „Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung“ als Schätzgrundlage nach § 287 Abs. 2 ZPO zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete heranzuziehen. Greife die mit einem qualifizierten Mietspiegel einhergehende Vermutungswirkung oder die einem einfachen Mietspiegel zukommende Indizwirkung ein oder sei ein Rückgriff darauf – wie hier – mangels diesbezüglicher Beweisbedürftigkeit nicht veranlasst, wäre das Gericht zwar berechtigt, die gebotene Spanneneinordnung anhand einer – sich als Grundlage für eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO grundsätzlich eignenden – Orientierungshilfe vorzunehmen, die der Mietspiegel hierfür bereitstelle (BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20 Rn. 42, zu demselben Mietspiegel). Es sei hierzu aber eben nicht verpflichtet.

Denn nach § 287 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO stehe es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es die beantragte Beweisaufnahme (hier Einholung eines Sachverständigen-gutachten) durchführe oder sich – in Abweichung von dem Gebot der Erschöpfung der Beweisanträge (vgl. BGH, Urt. v. 09.10.1990 - VI ZR 291/89 - NJW 1991, 1412, unter II 1 a) – mit einer Schätzung begnüge (BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20 Rn. 43).

Entgegen der Auffassung der Revision führe auch die größere Breite der Datengrundlage eines Mietspiegels allein nicht dazu, dass dieser einem Sachverständigen-gutachten überlegen wäre (BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20 Rn. 50 f.; vgl. auch BGH, Urt. v. 06.11.2013 - VIII ZR 346/12 Rn. 25 f. - NJW 2014, 292). Das gelte insbesondere, wenn sich die breite Datengrundlage des Mietspiegels – wie hier – ausschließlich auf die in Tabellenform ausgewiesenen Mietspiegelfelder beziehe und im Streitfall nur die konkrete Einordnung in die Mietspiegelspanne, derentwegen der Mietspiegel lediglich eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO ermög-

licht, einer Beweiserhebung bedurfte (vgl. BGH, Urt. v. 18.11.2020 - VIII ZR 123/20 Rn. 52).

Der BGH meinte jedoch, dass der maßgebliche Stichtag für die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch den Sachverständigen rechtsfehlerhaft bestimmt worden ist. Der Sachverständige hätte auf den Zeitpunkt abstellen müssen, an dem den Mietern das Mieterhöhungsverlangen vom Juli 2017 zugegangen war und eben nicht auf den Zeitpunkt, ab dem die erhöhte Miete wirksam wäre (Oktober 2017).

Das Mietentgelt in 2017 wurde in zwei Fällen (neu) vereinbart bzw. geändert, ohne dass sich dem Gutachten entnehmen ließ, zu welchem Zeitpunkt das genau der Fall war.

Bei zwei der hier herangezogenen Vergleichswohnungen hätte es nämlich auch gut möglich sein können, das die Mieten nach Zugang der Mieterhöhungserklärung neu vereinbart worden sind.

Aufgrund dieser Unklarheit wies der BGH also die Sache an das Landgericht zurück.

In seinen weiteren Entscheidungsgründen machte der BGH deutlich, dass er an der Rechtsprechung festhalte, wonach ein angemessenes Verhältnis der herangezogenen Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen erst dann zu verneinen sei, wenn der Trichter beide Gruppen gar nicht oder nur in einem vernachlässigbar geringen Umfang in seine Betrachtung einbezogen hat (vgl. BGH, Urt. v. 24.04.2019 - VIII ZR 62/18, und BGH, Urt. v. 24.04.2019 - VIII ZR 82/18). Eine Offenlegung von tatsächlichen Umständen, die der Sachverständige selbst erhoben und seinem Gutachten zugrunde gelegt hat, sei aus rechtsstaatlichen Gründen regelmäßig erst dann geboten, wenn eine der Parteien diese Befundtatsachen bestreitet (vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994 - 1 BvR 1398/93 - BVerfGE 91, 176, 182).

### C. Kontext der Entscheidung

Soweit der BGH urteilt, dass die Gerichte grundsätzlich auch dann berechtigt sind, zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete ein von der beweisbelasteten Partei angebotenes Sachverständigengutachten einzuholen, wenn ein Mietspiegel vorliegt, der tabellarisch Mietspan-

nen ausweist und zusätzlich eine Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung enthält, so folgt dies dem Senatsurteil vom 18.11.2020 (VIII ZR 123/20). Dort wurde dies selbst dann für möglich gehalten, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete unstreitig in der für das einschlägige Mietspiegelfeld ausgewiesenen Spanne liegt.

Die Behauptung des Vermieters, die verlangte Miete überschreite die ortsübliche Vergleichsmiete nicht, stellt nämlich eine Tatsachenbehauptung dar. Bestreitet der Mieter dies, muss das Gericht durch die beweisbelastete Partei überzeugt werden. Und bietet die beweisbelastete Partei ein Sachverständigengutachten an, so kann das Gericht seine Entscheidung auch hierauf stützen.

In der hier zugrunde liegenden Entscheidung wurde die Rechtsprechung des BGH für den einfachen Mietspiegel folgerichtig auf den qualifizierten Mietspiegel übertragen.

Und:

Der BGH hat in seiner Entscheidung aus 2020 klar formuliert, dass das Tatsachengericht auch nicht verpflichtet ist, „im Interesse der Prozessökonomie den Aufwand eines Gutachtens zu vermeiden“. Dabei bleibt es.

Maßgebend für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist der Zeitpunkt, zu dem das Erhöhungsverlangen dem Mieter zugeht. Daran hält der BGH auch hier fest. Diese Feststellung steht im Kern seit BayObLG v. 27.10.1992 - RE-Miet 3/92 - BayObLGZ 1992, 314. Da sich das Mietniveau zwischen Zugang des Mieterhöhungsverlangens und dem Wirksamwerden ändern kann und das Wirksamwerden also von Mieten abhängt, deren Höhe „in der Zukunft liegen“, kann der Mieter die Zulässigkeit der begehrten Mieterhöhung auch nur anhand der Mieterhöhungserklärung zum Zeitpunkt des Zugangs überprüfen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die BGH-Entscheidung bestätigt die bisherige Rechtsprechung, wonach auch bei Vorliegen eines Mietspiegels die Gerichte nicht gehindert sind, andere Begründungsmittel zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete heranzuziehen. Bei der Einordnung von Spannen sind

die Gerichte auch weiterhin nicht an die Orientierungshilfen gebunden. Diese sind allein Schätzungsgrundlage.

Es ist nicht zu erwarten, dass sich diese Rechtsprechung mit der wohl noch in diesem Jahr in Kraft tretenden Mietspiegelreform ändert. So wird mit § 558d Abs. 1 Satz 3 BGB (2021) eine neue gesetzliche Vermutungswirkung eingeführt:

„Entspricht ein Mietspiegel den Anforderungen, die einen nach § 558c Abs. 5 BGB erlassene Rechtsverordnung an einen qualifizierten Mietspiegel richtet, wird vermutet, dass er nach wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde. Haben die nach Landesrecht zuständige Behörde und Interessenvertreter der Vermieter und der Mieter den Mietspiegel als qualifiziert anerkannt, so wird vermutet, dass der Mietspiegel wissenschaftlichen Grundsätzen entspricht.“

Damit ist der Gesetzgeber dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und des Bundesministeriums des Innern und für Bau und Heimat nicht gefolgt, der noch vorsah, dass bei Vorliegen der entsprechenden Anforderungen der Mietspiegel als qualifiziert gilt.

Mit der jetzt normierten Neufassung bleibt es erst einmal beim Status quo:

Gibt es einen qualifizierten Mietspiegel, so kommt es darauf an, ob die Qualifikation von beiden Parteien akzeptiert wird. Ist dies der Fall, greift die Vermutungswirkung des § 558d BGB. Dies hilft aber nicht weiter, da die Vermutungswirkung, ebenso wie die Indizwirkung nur besagt, dass die ortsübliche Vergleichsmiete innerhalb der dort aufgezeigten Spanne liegt. Und: Bei großen Spannen muss das Gericht im Zweifel gemäß § 287 ZPO schätzen. Es kann dabei entsprechend herausgegebene Orientierungshilfen als Grundlage verwenden. Es kann aber auch ein Sachverständigengutachten einholen (vgl. hierzu Börstinghaus, LMK 2021, 437146).

Eins aber könnte durch die Mietspiegelreform anders werden:

In einer entsprechenden Verordnung, die wohl im September den Bundesrat passieren wird, werden Grundsätze zur Aufstellung von Miet-

spiegeln festgelegt. Weiter wurden zur Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels Auskunftspflichten von Eigentümern und Mietern statuiert und Erhebungsmerkmale vorgegeben, wie Beginn des Mietverhältnisses, Zeitpunkt und Art der letzten Mieterhöhung und unter anderem Angaben zur Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage des vermieteten Wohnraums. Die Datengrundlage zur Erstellung qualifizierter Mietspiegel wird erweitert. Durch die Verordnung und den letztgenannten Neuerungen könnte es also für die beweisbelastete Partei schwieriger werden, die Qualifikation des Mietspiegels substantiiert zu bestreiten. Auf der anderen Seite könnte der Tatrichter quasi einfach nur „abhaken“, ob die nunmehr ausdrücklich vorgegebenen Anforderungen an die Erstellung von Mietspiegeln eingehalten worden sind.

Warten wir es ab.

## 2

### **Kosten einer Räumungsklage bei Nichtentfernung des Namensschildes eines ausgezogenen Mitbesitzers vom Briefkasten**

#### **Leitsatz:**

**Wer als Mitbesitzer (Nichtmieter) an der vermietetseits wirksam gegenüber dem Mieter wegen Zahlungsverzugs gekündigten Wohnung sein Namensschild am Briefkasten belässt, damit die Möglichkeit der Ersatzzustellung eröffnet und den Mitbesitz nicht nach außen erkennbar beendet, gibt Anlass für die Erhebung der Räumungsklage auch gegen ihn.**

Anmerkung zu LG Ansbach, Beschluss vom 22.12.2020, 1 T 1379/20

von **Claudia Mummenhoff**, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Mummenhoff Rechtsanwälte Notar

#### **A. Problemstellung**

Trägt ein Mitbesitzer (nicht Mieter) als Gesamtschuldner mit dem Mieter die Kosten einer Räu-

mungsklage, wenn er bei seinem Auszug nicht seinen Namen vom Briefkasten entfernt?

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Vermieter hatte den Mietvertrag mit dem Mieter (Beklagter zu 1.) wegen Zahlungsrückstands gekündigt. Bei Zustellung der Kündigung stellte der Vermieter fest, dass auch u.a. der Name des Beklagten zu 3. am Briefkasten stand. Nachdem eine außergerichtliche Räumungsaufforderung gegenüber u.a. dem Beklagten zu 3. fruchtlos blieb, wurde der Räumungsanspruch gegen die Beklagten rechtshängig gemacht. Die Klage wurde den Beklagten zu 1. und zu 3. an der streitgegenständlichen Wohnung zugestellt. Nach Zustellung des Teil-Versäumnisurteils am 12.08.2020 legte der Beklagte zu 3. über seinen Prozessbevollmächtigten mit Schriftsatz vom 20.08.2020 u.a. Einspruch gegen das Versäumnisurteil ein. Der Beklagte zu 3. erklärte, er sei zum Zeitpunkt der Kündigung im Mai 2020 bereits aus der Wohnung ausgezogen. Der Beklagte zu 3. legte als Beweis eine Meldebescheinigung des Einwohnermeldeamtes vom 26.05.2020 vor. Der Kläger hat die Klage gegen den Beklagten zu 3. zurückgenommen.

Die Kosten des Rechtsstreits wurden den Beklagten zu 1. und zu 3. als Gesamtschuldner auferlegt.

Hiergegen richtete sich die sofortige Beschwerde des Beklagten zu 3., der das LG Ansbach jedoch nicht abgeholfen hat.

Nach Auffassung des Landgerichts ist die erstinstanzliche Kostenentscheidung nicht zu beanstanden, da der Beklagte zu 3. durch das Verbleiben seines Namens auf dem Briefkasten Anlass zur Klage gegeben habe. Hierfür spreche auch die erfolgreiche Zustellung der Klage und des Teil-Versäumnisurteils an diese Anschrift.

## C. Kontext der Entscheidung

Das LG Ansbach bezieht sich auf einen Beschluss des BGH vom 22.10.2009 (IX ZB 248/08), wonach eine Ersatzzustellung in einem zur Wohnung gehörenden Briefkasten zulässig ist, wenn die Wohnung vom Zustellempfänger nicht aufgegeben wurde, was nach au-

ßen hin erkennbar sein muss. Das OLG Düsseldorf hat unter Verweis auf die vorstehende Entscheidung des BGH klargestellt, dass die Ersatzzustellung nach den §§ 178 bis 181 ZPO voraussetzt, dass eine Wohnung des Adressaten an dem Ort, an dem zugestellt werden soll, tatsächlich von dem Adressaten genutzt wird. Der bloße, dem Empfänger zurechenbare Rechtschein, dieser unterhalte unter der jeweiligen Anschrift eine Wohnung, genügt nach Auffassung des OLG Düsseldorf für eine ordnungsgemäße Zustellung jedoch nicht. Für den Begriff der „Wohnung“ i.S.d. §§ 180 ff. ZPO komme es darauf an, ob der Zustellungsempfänger hauptsächlich in den Räumen lebe und insbesondere, ob er dort schlafe (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.01.2014 - I-24 U 149/13).

Unter Beachtung dieser Kriterien ist es mehr als zweifelhaft, ob eine Ersatz-/Zustellung an den Beklagten zu 3. durch Einwurf eines Schriftstückes (Räumungsaufforderung, Klage etc.) in den zur streitgegenständlichen Wohnung gehörenden Briefkasten wirksam bewirkt werden konnte.

Die Kündigung an den Beklagten zu 1. (Mieter) erfolgte am 28.05.2020; an diesem Tag war der Name des Beklagten zu 3. noch am Briefkasten; hierin könnte ein Rechtsschein gesetzt sein, dass er dort eine Wohnung unterhält. Jedoch hat der Beklagte zu 3. bereits vorher seinen Wohnsitz in der streitgegenständlichen Wohnung abgemeldet, was die Meldebescheinigung des Einwohnermeldeamtes vom 26.05.2020 belegt. Hätte mithin der Kläger am Tag des Einwurfs der Kündigung – an dem Tag hat er den Namen des Beklagten zu 3. erstmals zur Kenntnis genommen – eine Abfrage beim Einwohnermeldeamt veranlasst, wäre ihm mitgeteilt worden, dass der Beklagte zu 3. seinen Wohnsitz bereits umgemeldet, er also eine neue Wohnung hat. Diese neue Anschrift ist die Zustellanschrift des Beklagten zu 3. nach § 178 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Sowohl die Aufforderungen zur Räumung als auch die Klage hätten mithin an dieser neuen Wohnanschrift erfolgen müssen.

Sowohl das Amtsgericht als auch das Landgericht verkennen, dass eine Ersatzzustellung nach § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nur in Betracht kommt, wenn die Person, der zugestellt werden soll, nicht in ihrer Wohnung angetroffen wird. In welcher Wohnung eine Person wohnt und eine

Zustellung nach § 178 ZPO zu erfolgen hat, wird wohl erstrangig am Tatsächlichen (Leben in den Räumen, Schlafen pp.) sowie auch an der Meldeanschrift festzumachen sein. Die förmliche Ersatzzustellung an den Beklagten zu 3. durch Einwurf der Schriftstücke (Klage, Teil-Versäumnisurteil) in den Briefkasten der streitgegenständlichen Wohnung mit der Begründung, sein Name stehe noch am Briefkasten, dürfte daher mehr als zweifelhaft sein, da mit der Ummeldung offenkundig wurde, dass er seine vorherige Nutzung der streitgegenständlichen Wohnung aufgegeben hat. Wenn aber keine wirksame Zustellung erfolgte, kommt auch eine Kostentragung des Beklagten zu 3. nicht in Betracht.

Aufgrund der sofortigen Beschwerde hätte mit hin das LG Ansbach die Kostenentscheidung des AG Ansbach aufheben müssen.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Jedem Kläger kann nur angeraten werden, sollte er von neuen potentiellen Räumungsschuldern erfahren, zunächst eine Meldeabfrage vorzunehmen, um sicherzustellen, dass diese Person auch noch in der streitgegenständlichen Wohnung einen förmlichen Wohnsitz unterhält. Nur wenn kein oder kein anderer Wohnsitz in der Meldebescheinigung des Einwohnermeldeamtes erkennbar ist, wird eine Zustellung in den Briefkasten, an dem der Name des Schuldners steht, zulässig sein.

### 3

#### **Anspruch des Mieters auf Ersatz außergerichtlicher Anwaltskosten für Durchsetzung der Kautionsrückforderung**

##### **Leitsätze:**

**1. Nur, wenn der Vermieter sich vor Einschaltung des Mieteranwalts mit der Rückzahlung der Mietkaution bereits in Verzug befand, sind diese Anwaltskosten vom Vermieter zu erstatten.**

**2. Eine verbindliche Rückzahlung der Kautionssumme zu einem fixen Termin kann im Rückgabeprotokoll vereinbart sein. Fehlen Angaben dazu, bleibt der Mieter meist be-**

**weisfällig für den Zahlungsverzug des Vermieters.**

**3. Wurde der Vermieter nie zur Kautionsabrechnung aufgefordert, kann ein Zahlungsverlangen regelmäßig noch keinen Verzug mit der Rückzahlung begründen.**

Anmerkung zu AG Hamburg, Urteil vom 07.01.2021, 40a C 106/19

von **Dietmar Wall**, RA

#### A. Problemstellung

Ein sehr häufig auftretendes Problem besteht aus Mietersicht darin, dass der Vermieter eine Sicherheitsleistung nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht in angemessener Zeit zurückgewährt. Das Amtsgericht hatte zu klären, unter welchen Voraussetzungen der Mieter dem Vermieter die Kosten für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts zur außergerichtlichen Durchsetzung seiner Rückforderung in Rechnung stellen darf.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Ende Mai 2018 gab der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Wohnung an den Vermieter zurück. 5½ Monate später, am 16.11.2018, forderte er den Vermieter durch den vom ihm beauftragten Rechtsanwalt zur Kautionsabrechnung und -auszahlung auf. Der Vermieter zahlte das Kautionsguthaben einige Tage später aus. Dabei behielt er 150 Euro für die noch ausstehende Betriebskostenabrechnung ein.

Der Mieter behauptet, anlässlich der Wohnungsübergabe habe er mit dem Vermieter vereinbart, dass dieser die gezahlte Kautionsbinnen eines Monats abrechnet und das Guthaben an ihn auszahlt. Der Mieter behauptet außerdem, er habe den Vermieter per E-Mail vom 10.08.2018 aufgefordert, die Kautions innerhalb von 14 Tagen auf sein Konto zu überweisen.

Der Mieter verklagte den Vermieter auf Schadensersatz i.H.v. 255,85 Euro für die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten, die ihm an-

lässlich der Rückforderung seiner Mietkaution entstanden waren.

Das AG Hamburg hat die Klage als unbegründet abgewiesen.

Dem Mieter stehe kein Anspruch auf Begleichung der Anwaltskosten zu. Als Anspruchsgrundlage kommen nur die Verzugsregeln nach den §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB in Betracht. Der Vermieter habe sich mit der Rückzahlung der Kautionsabrechnung jedoch nicht in Verzug befunden.

Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Mietparteien eine Rückzahlung der Kautionsabrechnung binnen eines Monats nach Auszug vereinbart hätten. Für diese Behauptung sei der Mieter beweisfällig geblieben. Die Fälligkeit richte sich deshalb nach den allgemeinen Regeln. Der Kautionsrückzahlungsanspruch werde erst fällig, wenn der Vermieter eine nach den Umständen des Einzelfalles angemessene Zeit zur Prüfung und Entscheidung hatte, ob und inwieweit er die Kautionsabrechnung in Anspruch nehmen könne. Eine starre Frist bestehe nicht.

Um den Verzug des Vermieters herbeizuführen, hätte der Mieter eine Mahnung aussprechen müssen. Die Mahnung des beauftragten Rechtsanwalts selbst könne nicht herangezogen werden. Auch die E-Mail des Mieters vom 10.08.2018 sei nicht verzugsbegründend gewesen. Der Mieter habe nicht ausreichend dargelegt, dass diese E-Mail dem Vermieter tatsächlich zugegangen sei. Er berufe sich darauf, dass es keine Fehlermeldung gegeben habe. Dies sei jedoch nicht ausreichend, um den Zugang zu belegen. Das Amtsgericht hat diese E-Mail auch aus einem anderen Grund nicht als verzugsbegründend angesehen. Die Mieter hätte den Vermieter zunächst zur Abrechnung über die Kautionsabrechnung auffordern müssen. In der E-Mail habe der Mieter jedoch unmittelbar die Überweisung auf sein Konto verlangt. Mangels Abrechnungsreife der Kautionsabrechnung sei der Rückzahlungsanspruch zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht fällig gewesen.

### C. Kontext der Entscheidung

Schadensersatz wegen eines Verzögerungsschadens kann der Gläubiger gemäß § 280 Abs. 2 BGB nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des Verzugs nach § 286 BGB beanspruchen. Das AG Hamburg hat deshalb heraus-

gestellt, dass ein Anspruch des Mieters auf Erstattung außergerichtlicher Anwaltskosten nur in Betracht kommt, wenn sich der Vermieter mit der Kautionsabrechnung in Verzug befunden hat.

### Voraussetzungen des Verzugs

Verzug setzt nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass zunächst Fälligkeit eingetreten ist und der Gläubiger daraufhin eine Mahnung ausgesprochen hat. Grundsätzlich kommt der Schuldner demnach erst in Verzug, wenn er nach Fälligkeit seiner Leistung angemahnt wird und daraufhin nicht leistet.

#### 1. Fälligkeit

Im ersten Schritt ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen Fälligkeit eintritt. Dazu sind mehrere Fragen zu beantworten.

a) Welchen Anspruch muss der Mieter fällig stellen?

Das AG Hamburg hat klargestellt, dass der Mieter nicht unmittelbar die Rückzahlung der Barkautionsabrechnung verlangen kann. Er muss den Vermieter zunächst zur Abrechnung über diese Kautionsabrechnung auffordern (vgl. Both, WuM 2019, 545, 551). Es handelt sich um einen Anspruch auf Rechnungslegung nach § 259 BGB. In der Kautionsabrechnung hat der Vermieter den Betrag der Barkautionsabrechnung ggf. zuzüglich angefallener Zinsen und etwaiger Entnahmen aufzuführen. Außerdem muss er Gegenforderungen, mit denen er gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Mieters aufrechnen will, nach Grund und Höhe benennen. Der Anspruch auf Abrechnung ist dem Rückgewähranspruch vorgelagert (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.06.2009 - 19 W 23/09 - NJW-RR 2010, 585). Der Mieter muss sich zunächst Kenntnis darüber verschaffen, ob und in welcher Höhe sein Anspruch auf Rückgewähr besteht (kritisch aber Häublein, ZMR 2017, 445, 449). Bei einer gerichtlichen Geltendmachung kann der Mieter seinen Anspruch auf Kautionsabrechnung im Wege der Stufenklage mit dem Rückzahlungsanspruch verbinden.

Diese Vorgehensweise gilt entsprechend für andere Arten der Sicherheitsleistung. Der Mieter muss den Vermieter zunächst zur Rechnungslegung auffordern. Bei einer Sicherheitsleistung in Form eines verpfändeten Sparbuchs muss er

im nächsten Schritt Herausgabe des Sparbuchs und Pfandfreigabe geltend machen. Bei der Sicherheit durch Bürgschaft (auch in Form einer „Mietkautionsversicherung“) muss der Mieter die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen. Zu beachten ist, dass er nicht die Übergabe an sich selbst, sondern nur an den Bürgen beanspruchen kann (BGH, Urt. v. 24.03.1999 - XII ZR 124/97 - NZM 1999, 496).

Nicht in Erwägung gezogen hat das AG Hamburg, ob die Forderung des Mieters zur Rückgewähr der Kautions nach den §§ 133, 157 BGB dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Mieter zunächst die Abrechnung über die Kautions einfordert.

b) Wann ist der Anspruch auf Abrechnung über die Mietkaution fällig?

Verzug kann nicht eintreten, wenn der Mieter die Abrechnung über die Kautions fordert, diese Forderung aber noch nicht fällig ist. Dem Vermieter wird nach Beendigung des Mietverhältnisses eine Überlegungs- und Prüfungsfrist zugestanden. Innerhalb angemessener Frist darf er prüfen, ob ihm Ansprüche zustehen, die er dem Rückzahlungsanspruch des Mieters entgegenhalten kann (BGH, Urt. v. 24.07.2019 - VIII ZR 141/17 - WuM 2019, 524; BGH, Urt. v. 18.01.2006 - VIII ZR 71/05 - NJW 2006, 1422 = WuM 2006, 197). Der BGH hat klargestellt, dass die Angemessenheit nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ist (BGH, Urt. v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14 - NJW 2016, 3231 = WuM 2016, 620). Haben die Mietparteien hierzu keine Vereinbarung getroffen, richtet sich die Dauer der Frist dem BGH zufolge insbesondere nach der Art der Forderung und der Schwierigkeit ihrer Feststellung.

Obgleich eine feste Frist nicht vorgegeben ist, wird in der Praxis häufig auf eine Dauer von sechs Monaten in Anlehnung an die kurze Verjährungsfrist nach § 548 BGB abgestellt. Diese „Faustformel“ hat sich jedoch in vielen Fällen nicht als zutreffend erwiesen. Die Frist kann länger, aber auch kürzer bemessen sein. Aufgrund der Aussage des BGH, der Einzelfall entscheidet, besteht eine große Unsicherheit, wie viel Zeit der Mieter verstreichen lassen muss, bis er seinen Anspruch auf Kautionsabrechnung geltend machen kann. Damit trägt er bei einer gerichtlichen Klage das Fälligkeitsrisiko.

Festzuhalten ist: Das Verstreichen auch einer längeren Frist bewirkt für sich genommen nicht die Fälligkeit. Das bedeutet, dass der Mieter den Vermieter auch nach Verstreichen einer längeren Frist zur Abrechnung über die Kautions auffordern muss, um die Fälligkeit herbeizuführen.

c) Keine Gegenansprüche

Der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions wird erst fällig, wenn dem Vermieter keine Forderungen zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen darf (BGH, Urt. v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14 - WuM 2016, 620 = NJW 2016, 3231). Macht der Mieter seinen Rückgewähranspruch geltend, obwohl der Vermieter noch Forderungen gegen ihn hat, kann insoweit keine Fälligkeit und damit kein Verzug eintreten. Es bedarf also nicht nur des Ablaufs einer angemessenen Frist, sondern auch der Feststellung des Fehlens entsprechender Ansprüche des Vermieters. Deshalb ist der Anspruch auf Abrechnung der Kautions vorgelagert. Mit Vorlage der Abrechnung hat der Mieter Klarheit, in welcher Höhe der Vermieter Gegenforderungen erhebt.

d) Keine Fälligkeit bei ausstehender Betriebskostenabrechnung?

Der BGH hat mit dem Urteil vom 18.01.2006 (VIII ZR 71/05 - WuM 2006, 197) entschieden, dass der Vermieter einen angemessenen Teil der Kautions zurückbehalten darf, wenn eine Nachzahlung aus einer noch nicht erstellten Betriebskostenabrechnung zu erwarten ist. In einem späteren Urteil vom 20.07.2016 (VIII ZR 263/14 - WuM 2016, 620) hat der BGH hingegen erklärt entschieden, dass der Anspruch des Mieters auf Rückgabe einer Mietsicherheit erst fällig wird, wenn dem Vermieter keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen. Der BGH hat klargestellt, dass die Mietkaution alle Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis sichert, auch die noch nicht fälligen. Er hat auch ausdrücklich künftige Nachzahlungsansprüche aus Betriebskosten einbezogen, über die der Vermieter noch nicht abgerechnet hat. Der BGH hat offengelassen, ob der Vermieter dabei die gesetzliche Frist für die Erstellung der Betriebskostenabrechnung nach § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB ausschöpfen darf. Außerdem hat er mangels Entscheidungsrelevanz keine Aussage dazu getroffen, ob der Vermie-

ter die gesamte Kautions- oder nur einen Betrag in Höhe einer noch zu erwartenden Nachzahlung aus der Betriebskostenabrechnung zurückhalten darf, wie es der BGH in der früheren Entscheidung vom 18.01.2006 zum Ausdruck gebracht hat.

Es ist umstritten, ob im Urteil vom 20.07.2016 eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zu sehen ist. Nach einer Auffassung kann der Rückzahlungsanspruch des Mieters erst fällig werden, wenn die noch offene Betriebskostenabrechnung erstellt ist. Entspricht das Abrechnungsjahr dem Kalenderjahr, müsste sich der Mieter unter Umständen bis zum Ablauf des auf die Beendigung des Mietverhältnisses folgenden Jahres gedulden, bis er seinen Anspruch geltend machen kann (Both, WuM 2019, 545, 546; vgl. Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 18/2019 Anm. 1; AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 - 425 C 5350/17 - WuM 2018, 204). Nach anderer Ansicht ändert das Urteil aus dem Jahr 2016 nichts an der bisherigen Rechtsprechung. Dem Mieter könne trotz ausstehender Betriebskostenabrechnung ein Anspruch auf teilweiser Rückgewähr der Kautionszahlung zustehen (Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 Rn. 99; Häublein, ZMR 2017, 445, 453).

## 2. Mahnung

Schadensersatz wegen einer verzögerten Leistung kann der Gläubiger nach § 280 Abs. 2 BGB nur unter den Voraussetzungen des § 286 BGB verlangen. Zur Geltendmachung außergerichtlicher Anwaltskosten als Verzugsschaden bedarf es gemäß § 286 BGB nach Eintritt der Fälligkeit einer Mahnung. Der Mieter muss den Vermieter also erst zur Kautionsabrechnung auffordern, um den Anspruch fällig zu stellen. Anschließend muss er nochmals eine Mahnung aussprechen, um die Verzugsfolgen herbeizuführen.

Die Mahnung ist im Regelfall nicht entbehrlich. Nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB bedarf es keiner Mahnung, wenn sie sich nach dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses nach dem Kalender berechnen lässt. Diese Ausnahmeregelung greift nicht ein. Es besteht keine feste gesetzliche Frist, innerhalb der über die Kautionszahlung anzurechnen ist.

In Betracht kommt die Ausnahmeregelung nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Danach ist eine Mahnung

nicht erforderlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Dies ist im Einzelfall zu prüfen. Behauptet der Vermieter, dass ihm Gegenansprüche zustehen, etwa auf Schadensersatz oder ausstehende Mietzahlungen, genügt das für sich genommen in aller Regel nicht.

## D. Auswirkungen für die Praxis

Das AG Hamburg hat sich mit der Rechtsfrage befasst, unter welchen Voraussetzungen der Mieter vom Vermieter Schadensersatz für die Kosten des von ihm beauftragten Anwalts für die Rückforderung der Mietkaution beanspruchen kann. Rechtsgrundlage für diesen Anspruch ist der Verzug des Vermieters, den der Mieter herbeiführen muss.

Dieser Entscheidung des AG Hamburg folgend stellt sich das Prozedere für den Mieter wie folgt dar:

### 1. Aufforderung zur Kautionsabrechnung:

Der Mieter muss den Vermieter zunächst zur Abrechnung über die Kautionszahlung auffordern und nicht unmittelbar zur Rückzahlung der Barkautionszahlung. Entsprechendes gilt für andere Formen der Sicherheitsleistung.

### 2. Zugangsbeweis:

Der Mieter sollte beweisen können, dass er diese Forderung gestellt hat. Den Zugang eines entsprechenden Schreibens muss er im Streitfall belegen können.

### 3. Fristablauf:

Durch diese Aufforderung wird sein Anspruch fällig gestellt. Zusätzliche Voraussetzung für die Fälligkeit ist der Ablauf einer angemessenen Frist. Aufgrund der BGH-Rechtsprechung besteht eine große Ungewissheit, wie viel Zeit der Mieter nach Rückgabe der Wohnung im Einzelfall verstreichen lassen muss, bis er seinen Anspruch auf Kautionsabrechnung stellen darf. Der Mieter trägt das Risiko, dass eine angemessene Prüffrist noch nicht abgelaufen ist. Das kann auch der Fall sein, wenn noch eine Betriebskostenabrechnung offensteht und die Abrechnungsfrist nach § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB noch nicht abgelaufen ist. Die Einzelheiten sind streitig. Für den Mieter ist es empfehlenswert, anlässlich der Rückgabe der Mieträume eine Frist zur Abrechnung über die Kautionszahlung nachweisbar zu vereinbaren.

**4. Mahnung:** Einen Rechtsanwalt sollte der Mieter erst nach Eintritt des Verzugs einschalten. Nach der vergeblichen Aufforderung zur Abrechnung über die Mietkaution bedarf es noch einer Mahnung, um den Vermieter in Verzug zu setzen. Setzt erst der beauftragte Rechtsanwalt den Vermieter mit einem entsprechenden Schreiben in Verzug, sind die Kosten der anwaltlichen Mandatierung nicht als Verzugsschaden erstattungsfähig. Dem zu mandantierenden Rechtsanwalt ist ein entsprechender Hinweis an den Mieter zu empfehlen.

**5. Gerichtliche Geltendmachung der Anwaltskosten:** Der Schaden muss dem Geschädigten bei seiner Geltendmachung bereits entstanden sein. Für die Schlüssigkeit einer Klage muss der Mieter als Kläger vortragen, dass er die Anwaltsrechnung bereits beglichen hat. Ist das noch nicht erfolgt, ist der Antrag nicht auf Schadensersatz, sondern auf Freistellung von Rechtsanwaltskosten zu stellen.

Vom Schadensersatz umfasst sind nach § 288 BGB auch Verzugszinsen für eine Barkaution (AG Zwickau, Urt. v. 04.03.1994 - 17 C 2607/93 - WuM 1994, 266; Schüller, AnwZert MietR 10/2017 Anm. 1).

## 4

### Messdienst als Verwender der im Haus installierten Warmwasserzähler

#### Leitsätze:

**1. Das Betreiben eines Messgeräts i.S.d. § 3 Nr. 22 MessEG setzt neben einer gewissen Stetigkeit die Funktionsherrschaft über das Messgerät voraus. Darunter ist die tatsächliche und rechtliche Kontrolle über die Gesamtheit der für die ordnungsgemäße Messstätigkeit erforderlichen Funktionen des Geräts zu verstehen.**

**2. Die rechtliche Kontrolle über die Gerätefunktionen kann auf dinglichen oder vertraglichen Rechten beruhen. Sie steht dem Vermieter des Messgeräts zu, wenn dieser sich vertraglich ausschließliche oder den Befugnissen anderer vorgehende wesentliche Kontroll- und Zugriffsrechte vorbehalten hat.**

**3. Zur tatsächlichen Kontrolle genügt die Möglichkeit, die Zugriffsbefugnis auf vertraglicher Grundlage auszuüben.**

Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 10.12.2020, 8 C 26/20

von **Frank-Georg Pfeifer**, RA

#### A. Problemstellung

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsverfügung, mit welcher der Klägerin, einer Messdienstfirma, aufgegeben wurde, der Behörde gemäß § 32 Abs. 1 MessEG die Verwendung von Warmwasserzählern anzuzeigen, welche die Klägerin im Haus der Gebäudeeigentümerin B. installiert hatte. Die Klägerin meint, nicht sie sei anzeigepflichtiger Geräteverwender, sondern stets der Gebäudeeigentümer.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die erstinstanzliche Klage blieb erfolglos, die alsdann zum OVG Münster eingelegte Berufung wurde unter dem 06.06.2019 zurückgewiesen. Die Klägerin hat Revision eingelegt.

Das BVerwG hat die Revision zurückgewiesen.

Die zentrale Frage, wer Geräteverwender i.S.d. § 32 MessEG sei, bejaht das BVerwG – ebenso wie zuvor das OVG Münster – unter Rückgriff auf das Telekommunikationsrecht dahin, dass Betreiberin der verfahrensgegenständlichen Warmwasserzähler (im Folgenden: Zähler) die Klägerin, also der Messdienst, gewesen sei und nicht die Gebäudeeigentümerin B.

Das Betreiben i.S.d. § 3 Nr. 22 MessEG sei ebenso wie im Telekommunikationsrecht zu bestimmen [Rn. 29 ff. der Urteilsgründe]. Es setze eine gewisse, über eine vorübergehende Nutzung hinausgehende Stetigkeit sowie die Funktionsherrschaft über das Gerät voraus (BT-Drs. 17/12727, S. 39). Funktionsherrschaft sei in Anlehnung an § 3 Nr. 1 des TelekommunikationsG (im Folgenden TKG) vom 25.07.1996 (BGBl I 1996, 1120, 1122) die tatsächliche und rechtliche

che Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen.

Von diesem Begriff sei auch nach der Neufassung des TKG vom 22.06.2004 (BGBl I 2004, 1190; zuletzt: BGBl I, 1136) auszugehen, die keine Legaldefinition mehr enthalte.

Die für das Betreiben i.S.d. § 3 Nr. 22 MessEG erforderliche Stetigkeit liege wegen des mehrjährigen kontinuierlichen Einsatzes der Zähler vor [Rn. 31 ff.]. Die Klägerin habe auch die Funktionsherrschaft im Sinne der tatsächlichen und rechtlichen Kontrolle über die Gesamtheit dieser Geräte innegehabt. Nicht ausschlaggebend sei, dass die Klägerin während der Mietzeit nur mittelbaren Besitz an den Geräten hatte.

Die mit dem Begriff der Funktionsherrschaft vorausgesetzte Kontrolle verlange keine umfassende tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt [Rn. 32 ff.].

Die rechtliche Kontrolle liege in der dinglichen oder vertraglichen Befugnis zum Zugriff auf die Funktionen des Messgeräts. Danach stehe dem Vermieter eines Messgeräts (Messdienst) die rechtliche Kontrolle darüber zu, wenn er sich vertraglich wesentliche Kontroll- und Zugriffsrechte vorbehalten habe. Die Klägerin verfügte auch über die (vorerwähnte) tatsächliche Kontrolle [Rn. 36 ff.]. Für diese genüge es, den Zugriff auf vertraglicher Grundlage auszuüben. Denn die Gebäudeeigentümerin B. hatte der ihr nach ihren (der Klägerin) AGB bei Bedarf den Zutritt zu den Mietwohnungen zu ermöglichen.

Die Auslegung des Betreiberbegriffs nach den §§ 3 Nr. 22 und 32 Abs. 1 MessEG werde nicht durch die Neufassung des § 32 Abs. 1 MessEG widerlegt [Rn. 38 ff.]. Die Ausweitung der Anzeigepflicht auf beauftragte Dritte nach § 32 Abs. 1 Satz 1 MessEG (n.F.) trete neben die Anzeigepflicht des Verwenders.

„Die Neuregelung lässt erkennen, dass niemand schon deswegen, weil er Messwerte erfasst, als Verwender des Messgeräts anzusehen ist. Daraus folgt allerdings nicht, dass ein Messwerterfasser oder Messdienstleister niemals zugleich Betreiber und damit auch Verwender eines Messgeräts sein könnte. Steht die dafür maßgebliche Funktionsherrschaft dem Messwerterfasser zu, ist er als Verwender des Messgeräts anzeigepflichtig. Andernfalls trifft ihn die Anzei-

gepflicht als mit der Messwerterfassung beauftragten Dritten.“

Die anhand der Funktionsherrschaft orientierte Auslegung des Betreiberbegriffs werde durch die systematische Unterscheidung zwischen der Verwendung von Geräten und Messwerten (§ 3 Nr. 22 und 23 MessEG) bestätigt [Rn. 39 ff.].

„Wer nicht das Messgerät, sondern nur die Messwerte verwendet, muss sich lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten der ordnungsgemäßen Verwendung des Geräts vergewissern (§ 33 Abs. 2 MessEG). Aus den datenschutzrechtlichen Erwägungen der Kl. ergibt sich nichts Anderes. Wer Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter der gemessenen Verbrauchsdaten ist, hat für die Bestimmung des Gerätebetreibers und -verwenders nach § 3 Nr. 22 MessEG keine systematische Relevanz, weil die jeweiligen Vorschriften verschiedene Regelungsgegenstände betreffen.“

Die Anordnung zur Anzeige der Warmwasserzähler sei zur Durchsetzung der Anzeigepflicht erforderlich gewesen [Rn. 43 ff.]. Die Anzeige solle das Überwachungsdefizit ausgleichen, das sich aus dem Wegfall der Ersteichung infolge der Neuregelung des Mess- und Eichrechts ergebe (BT-Drs. 17/12727, S. 46). Die angegriffene Aufforderung sei – ohne dass ein Auswahlermessen bestanden habe – fehlerfrei gewesen, weil die Wasserzähler nur von der Klägerin und nicht – auch – von der Gebäudeeigentümerin B. verwendet wurden. Diese sei mangels Funktionsherrschaft keine Betreiberin und auch nach den übrigen Kriterien des § 3 Nr. 22 MessEG keine Verwenderin dieser Geräte.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Ausführungen des BVerwG sind nicht nur auf die streitgegenständlichen Warmwasserzähler anzuwenden, sondern auch auf Kaltwasserzähler, Wärme- sowie Kältezähler.

Soweit der Messdienst im Innen- wie im Außenverhältnis als Messgeräteverwender handelt und auftritt, treffen ihn neben der thematisierten Anzeigepflicht auch die sonstigen Pflichten des Messgeräteverwenders. Namentlich die in § 31 Abs. 2 MessEG genannte Einhaltung der Verkehrsfehlergrenzen; ebenso das Unterlassen der Verwendung ungeeichter Geräte. Hinzu

kommen im Rahmen der Verwendungsüberwachung die Zutritts- und Mitwirkungsregeln nach § 56 MessEG.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Soweit die eichrechtliche Verwendereigenschaft statt dem Gebäudeeigentümer dem Messdienst zugewiesen ist, sind zurückliegende Gerichtsentscheidungen gegenstandslos, welche von der Verwendereigenschaft des Gebäudeeigentümers ausgingen.

Obsolet wäre daher z.B. die Entscheidung des LG Frankfurt vom 12.11.1996 (2-09 T 401/96 - ZMR 1997, 156), nach welcher der Hauseigentümer die erforderlich werdende Nacheichung bzw. den Eich austausch der Wohnungswasserzähler selbst zu veranlassen hatte.

Überholt wäre auch der Beschluss des OLG Celle vom 25.06.2003 (4 W 64/03 Rn. 27), wonach es jedem Wohnungseigentümer selbst obliege, die Eichfrist zu überwachen und ggf. den Eich austausch zu veranlassen.

Im gleichen Sinne wäre es nicht mehr Sache des Verwalters, die Eichfrist der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Messgeräte zu überwachen (vgl. etwa zur Rechtslage vor der Entscheidung des BVerwG: Bärmann/Becker, WEG, 14. Aufl. 2018; § 27 Rn. 64b; ebenso Lindner, ZWE 2015, 442, 445: „Der Verwalter hat die Eichfrist für die im Gemeinschaftseigentum stehenden Messgeräte zu überwachen.“).

Auch nach der neuen Rechtslage hat der einzelne Wohnungseigentümer keinen Anspruch, dass der Wohnungsverwalter ihn auf den bevorstehenden Ablauf der Eichfrist hinweise (Skauradszun, MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2021, § 27 WEG Rn. 26: „Der Verwalter ist ... nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 nicht für die Wahrung von Fristen eines Sondereigentümers zuständig.“).

Soweit an die Verwendereigenschaft geknüpfte Pflichten, wie z.B. das Überwachen der Eichfrist (§ 37 MessEG) beim Messdienst liegen, geht dies fallweise mit erhöhtem Arbeits- und Zeitaufwand einher. Damit sind, je nach Vertrag und Umständen, Auswirkungen auf die Höhe des dem Messdienst zustehenden Entgelts möglich.

#### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Zu näherer Konkretisierung der Funktionsherrschaft greift das BVerwG auf § 3 Nr. 1 des TKG von 1996 (BGBl I 1996, 1122) zurück, wo es heißt: „Im Sinne dieses Gesetzes 1. ist ‚Betreiben von Übertragungswegen‘ Ausüben der rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle (Funktionsherrschaft) über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Realisierung der Informationsübertragung auf Übertragungswegen unabdingbar erbracht werden müssen, ...“.

Das vorbezeichnete TKG-1996 trat gemäß § 152 Abs. 2 des TKG-2004 am 26.06.2004 außer Kraft (BGBl I 2004, 1252). Im TKG-2004 ist keine Legaldefinition der Funktionsherrschaft mehr enthalten. Daraus zieht das BVerwG den Schluss, von der (alten) Begriffskonkretisierung sei „mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch nach der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes“ auszugehen. Doch, so ist zu entgegenen, ebenso gut könnte in dem Wegfall der Definition einer Funktionsherrschaft auch ein beredtes Schweigen des TKG-2004 liegen, dass die alte Definition von 1996 gerade nicht mehr gelten solle.

## 5

### Schadensersatzanspruch des Wohnungseigentümers gegen Wohngebäudeversicherer wegen pflichtwidrig verzögerter Regulierung eines Leitungswasserschadens

#### Leitsätze:

**1. Ein Wohnungseigentümer kann gegenüber dem Wohngebäudeversicherer wegen pflichtwidrig verzögerter Regulierung eines Leitungswasserschadens Ersatz nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1, 252 BGB in Gestalt entgangener Mieteinnahmen verlangen.**

**2. Den Wohnungseigentümer kann im Einzelfall nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB die Obliegenheit treffen, die sein Sondereigentum betreffenden Schäden zunächst aus eigenen Mitteln zu beseitigen, um die Wohnung mit zumutbarem Aufwand wieder in einen vermietbaren Zustand zu versetzen. Bei Verletzung dieser Obliegenheit ist der zu er-**

**setzende Mietausfallschaden zeitlich zu begrenzen.**

**3. Wird die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen und eine Anschlussberufung damit gemäß § 524 Abs. 4 ZPO wirkungslos, sind dem Berufungsführer grundsätzlich die gesamten Kosten der zweiten Instanz aufzuerlegen (Anschluss an OLG Hamm, Beschl. v. 11.01.2011 - I-7 U 40/10, 7 U 40/10 - NJW 2011, 1520; OLG Köln, Beschl. v. 27.06.2011 - I-17 U 101/10, 17 U 101/10 - NJW-RR 2011, 1435; OLG Frankfurt, Beschl. v. 18.07.2018 - 13 U 236/16; OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.12.2019 - 11 U 85/18).**

Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschluss vom 10.05.2021, 8 U 3174/20

von **Wolfgang Dötsch**, RiOLG

## A. Problemstellung

Das Zusammenspiel von verbundener Gebäudeversicherung und WEG ist recht komplex, zumal Schäden am Gebäude sachenrechtlich am Eigentum der Wohnungseigentümer (Sonder- oder Gemeinschaftseigentum) auftreten, diese aber angesichts der Rechtsfähigkeit der WEG heute typischerweise selbst gar nicht (mehr) Versicherungsnehmer sind. Die Eigentümer sind in dem von der WEG als Versicherungsnehmerin gehaltenen Versicherungsvertrag vielmehr nur sog. mitversicherte Personen i.S.d. §§ 43 ff. VVG.

Viele Fragen aus dem so entstehenden Zusammenspiel von WEG und Versicherungsrecht sind in Rechtsprechung und Literatur oft nur eher cursorisch behandelt. Auch in der Jahresabrechnung stellen sich recht viele Fragen bei der Darstellung und Abwicklung von Versicherungsfällen in WEG-Anlagen (Überblick dazu bei Dötsch, NZM 2018, 353) – was übrigens auch zum neuen § 28 WEG fortgilt, wird dort auch nicht mehr über das reine Rechenwerk der Jahresabrechnung beschlossen, sondern nur auf Basis des Rechenwerkes kupiert allein über die Anpassung der Vorschüsse bzw. Nachforderungen (§ 28 Abs. 2 Satz 1 WEG n.F.).

In diesem Formenkreis spielt auch der hiesige Sachverhalt; eigentlich schon allein deswegen ein „Hingucker“. Es zeigt sich einmal mehr, dass bei dem eigentlich doch so alltäglichen Problem eines Leitungswasserschadens in einer Immobilie bisweilen auch die Juristen sprichwörtlich ins Schwimmen kommen (vgl. erneut auch Greiner, NZM 2013, 481).

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einer Wohngebäudeversicherung für ein WEG-Objekt nach einem Wasserschaden in der (vermieteten) Wohnung des Klägers. Der Kläger wurde seitens der WEG (im Beschlusswege) „ermächtigt“, Ersatz für alle seine Wohnung betreffende Schäden am Gemeinschaftseigentum gegenüber der Beklagten gerichtlich geltend zu machen und einzuziehen; das zieht sich dann leider (recht uferlos) hin. Deswegen macht der Kläger, der schon ein rechtskräftiges Teil- und Grundurteil erwirkt hat, einen – beträchtlichen – Mietausfallschaden auch über die in den AVB abgedeckten Ausfallzeiten hinaus geltend. In erster Instanz ist der auf Erstattung der Mietausfallkosten gerichtete Schadensersatzanspruch dann auf den Zeitraum bis einschließlich Januar 2014 beschränkt worden.

Die Berufung hat keinen Erfolg!

Das Landgericht habe einen Anspruch auf Ersatz des durch den Wasserschaden (Versicherungsfall) verursachten (weiteren) Mietausfalls zu Recht auf die §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 gestützt. Es habe einen „Verzögerungsschaden“ angenommen, weil sich die Beklagte trotz objektiv bestehender Leistungspflicht und Fälligkeit (§ 14 Abs. 1 VVG) vertragswidrig geweigert habe, die Kosten für den Austausch des Estrichs zu erstatten. Es begegne keinen rechtlichen Bedenken, in einer solchen Konstellation einen Schadensersatzanspruch des Versicherungsnehmers bzw. – hier – der versicherten Person anzunehmen. Dass der Kläger im Hinblick auf vertragliche Primäransprüche aus der Wohngebäudeversicherung aktivlegitimiert sei, stehe schon infolge eines rechtskräftigen Grund- und Teilurteils fest (§ 318 ZPO). Er sei darüber hinaus aber auch als aktivlegitimiert für Schadensersatzansprüche anzusehen, die aus einer verzögerten Erfüllung der dem Klä-

ger zur Einziehung überlassenen Vertragsansprüche entstanden seien. Dies ergebe sich bei verständiger Würdigung aus der Beschlussfassung der WEG sowie dem Umstand, dass die wirtschaftlichen Einbußen aus einer verzögerten Weitervermietung der Wohnung das Sondereigentum des Klägers betreffen.

Frei von Beanstandungen habe die Vorinstanz aber dann einen teilweisen Verstoß des Klägers gegen die ihm obliegende Schadensminderungspflicht festgestellt (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB), weil es ihm möglich und zumutbar gewesen wäre, die Wohnung jedenfalls nach Abschluss der gerichtlichen Beweissicherung zeitnah in einen bewohnbaren Zustand zu versetzen und die hierfür erforderlichen Kosten vorzufinanzieren; daher werde der Ersatzanspruch „eingekürzt“. Es gehe – war das angefochtene Urteil auch „unglücklich“ formuliert – dabei nicht um eine Obliegenheit i.S.v. § 28 VVG, sondern um die dem allgemeinen Schadensrecht innewohnende Obliegenheit des Geschädigten, den Umfang eines Schadens zu mindern. Zwar dürfen dem Geschädigten keine überobligationsmäßigen Anstrengungen abverlangt werden (BGH, Urt. v. 12.02.2019 - VI ZR 141/18 Rn. 23 - NJW 2019, 2538); andererseits dürfe er aber auch nicht „sehenden Auges“ den längeren Ausfall der Nutzbarkeit einer in seinem Eigentum stehenden Sache in Kauf nehmen.

Im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung habe das Landgericht erkannt, dass es zwar grundsätzlich Sache des Schädigers sei, die Schadensbeseitigung zu finanzieren. Eine Pflicht des Geschädigten, zur Schadensbeseitigung sogar einen Kredit aufzunehmen, könne nur unter besonderen Umständen angenommen werden (BGH, Urt. v. 26.05.1988 - III ZR 42/87 Rn. 17). Hiervon seien im Einzelfall jedoch Ausnahmen möglich und einen solchen Ausnahmefall habe das Landgericht dann hier fehlerfrei festgestellt, was vom Senat näher ausgeführt werde. Der Senat knüpft insbesondere daran an, dass der Mietausfall dem Grunde nach nicht auf einer der Beklagten vorwerfbaren Handlung beruhe und von dem Einwand aus § 254 Abs. 2 BGB nur der „Vermögensfolgeschaden“ betroffen sei, welcher sich aus einer verzögerten Leistungsbewilligung ergebe. Während dem Geschädigten grundsätzlich nicht angesonnen werden könne, einen weitgehend statischen „Substanzschaden“ aus eigenen Mitteln beseitigen zu lassen, habe es ihm

nach Lage der Dinge jedoch obliegen, einen monatlich fortschreitenden entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) möglichst nicht weiter „auflaufen“ zu lassen. Neben dem versicherungsvertraglichen Anspruch auf Mietausfall für 24 Monate habe das Landgericht zu Recht dem Kläger einen weiteren Ersatz des Mietausfallschadens für 25 Monate zugesprochen, also für fast vier Jahre (!). Die Ausfallzeit bei der Weitervermietung auf dieses Maß zu reduzieren, sei dem Kläger nach Treu und Glauben zumutbar gewesen, zumal spätestens seit Ende 2013 kein beweisrechtliches Sicherheitsinteresse mehr daran bestand, die Wohnung weiter unverändert in beschädigtem Zustand zu belassen und man letztlich auch nur rund 9.000 Euro für die Schadensbeseitigung hätte aufwenden müssen. Die Kosten für die Beseitigung der Schäden am Gemeinschaftseigentum (namentlich am Estrich) hätte nämlich ohnehin nicht der Kläger, sondern die WEG vorstrecken müssen. Der Finanzierungsaufwand des Klägers habe demnach erheblich unter den Mietausfallkosten gelegen.

Unter diesen Umständen sei der Kläger gehalten gewesen, einen Kredit für die Kosten der Schadensbeseitigung aufzunehmen, wozu er – ebenso wie zur Finanzlage der WEG – nichts vortragen habe.

### C. Kontext der Entscheidung

Zu § 254 BGB überzeugend abgefasst auf dem Boden der auf die Umstände des Einzelfalles abstellenden Rechtsprechung des BGH. Dass der Eigentümer überhaupt aktivlegitimiert war, stand aufgrund eines rechtskräftigen Grund- und Teilurteils fest. In anderen Fällen ist das nicht ganz so einfach, weil in den AVB oft eine mehr oder weniger alleinige Zuständigkeit der WEG begründet wird in teilweiser Abweichung von § 44 VVG (dazu Dötsch, NZM 2018, 353, 358). Das – hier aber versuchte – Modell einer Ermächtigung des einzelnen Eigentümers zur Rechtsverfolgung im Beschlusswege überzeugt, weil sonst die WEG nicht nur unterstützen, sondern im Interesse des Geschädigten sogar selbst klagen muss (Dötsch, a.a.O.). Es ist auch richtig, jedenfalls bei einem – hier gegebenen – Verzug nach der Ermächtigung auch für die dem Einzelnen (und nicht der WEG) entstehenden Verzögerungsschäden zu bejahen, zumal er (argumentum e §§ 43 ff. VVG) eben

auch vom Versicherungsvertrag geschützt werden soll.

Spannend (und richtig) ist die Überlegung, dass die Herstellung des beschädigten Estrichs – der im gemeinschaftlichen Eigentum steht (§ 5 Abs. 2 WEG) – Gemeinschaftsaufgabe war und selbst bei Zögern des Versicherers zur Not die WEG insofern Erhaltungsmaßnahmen hätte vornehmen müssen. Darauf hat der betroffene Eigentümer einen Anspruch aus § 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG n.F. (= § 21 Abs. 4 WEG a.F.) gehabt. Die Treuepflicht hätte ihn zwar unter Umständen zur vorrangigen Inanspruchnahme des Versicherers gezwungen, doch dürfte – insofern ist dem Senat Recht zu geben – nach einigen Jahren irgendwann die WEG am Zug gewesen sein. Dass der Betroffene diesen Weg nicht versucht hat, reicht dem Senat dann hier für § 254 BGB. Im Ergebnis ist das wohl richtig, hat sich der Versicherer hier auch ganz ersichtlich alles andere als mit Ruhm bekleckert.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Ein weiteres schönes kleines „Praxisbeispiel“ der zahlreichen Fragen rund um die Gebäudeversicherung im WEG. Andere aktuelle Fälle drehen sich etwa um die Behandlung von sog. Selbstbehalten (LG Karlsruhe, Urt. v. 22.11.2018 - 11 S 23/17 - ZWE 2019, 324 m. Anm. Armbrüster), um die Ermächtigung zugunsten Dritter wie eines Nießbrauchsberechtigten (LG Münster, Urt. v. 19.09.2019 - 15 S 23/15 - ZWE 2020, 280); eine wichtige Grundsatzentscheidung zu den dogmatischen Grundlagen ist natürlich weiterhin das Urteil des BGH vom 16.09.2016 (V ZR 29/16 - ZWE 2017, 30). Das WEMoG hat wohl nichts an den grundsätzlichen Weichenstellungen geändert (so etwa auch Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 19 Rn. 113 ff.; Rüscher in: MünchKomm BGB, 8. Aufl. 2021, § 19 Rn. 37 ff.).

#### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Das OLG Nürnberg hat die Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO „versenkt“ und dann mit der wohl h.M. auch die Kosten einer eingelegten Anschlussberufung dem Berufungskläger auferlegt (OLG Köln, Beschl. v. 27.06.2011 - 17 U 101/10 - NJW-RR 2011, 1435; zum Streitstand

Heßler in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. § 524 Rn. 44). Wird eine Berufung im Anschluss an einen gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO erteilten Hinweis zurückgenommen, ist auch vom BGH anerkannt, dass der Berufungskläger auch die Kosten der gemäß § 524 Abs. 4 ZPO wirkungslos werdenden Anschlussberufung zu tragen hat (BGH, Beschl. v. 07.02.2006 - XI ZB 9/05 - NJW-RR 2006, 1147). Nichts anderes kann gelten, wenn die Berufung – wie hier – im Anschluss an den Hinweis aufrechterhalten bleibt und gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch Beschluss zurückgewiesen wird.

## 6

### Zwangsgeld wegen Leerstand der Wohnung

#### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**Auch mehrfache Zwangsgeldforderungen hintereinander können rechtmäßig sein, wenn eine Wohnung zweckentfremdet ist.**

Anmerkung zu VG München, Urteil vom 12.03.2021, M 9 K 19.978

von **Simone Bueb**, RA'in

#### A. Problemstellung

Das Verwaltungsgericht hatte sich mit der Frage zu befassen, ob und in welcher Höhe Zwangsgelder durch die Stadt gerechtfertigt sind, wenn eine Wohnung zweckentfremdet wurde, d.h. nicht innerhalb einer bestimmten Zeitspanne wieder zu Wohnzwecken benutzt wird, sondern leer steht.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger ist Eigentümer einer Wohnung, die zunächst an sich kurzfristig im Bundesgebiet sich aufhaltenden „Medizintouristen“ vermietet wurde. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 24.10.2018 untersagte die beklagte Stadt nach umfangreichen Ermittlungen die Nutzung der Wohnung zu Fremdenverkehrszwecken und forderte den Kläger auf, die Wohnung binnen einer Frist von drei Monaten ab Zustellung des Be-

scheides wieder Wohnzwecken zuzuführen. Das Mietverhältnis mit dem letzten Medizintouristen endete zum 31.10.2018. In der Folgezeit stand die Wohnung leer.

Mit Bescheid vom 29.10.2019 teilte die Beklagte dem Kläger die Fälligkeit des angedrohten Zwangsgeldes i.H.v. 7.500 Euro mit, da die Wohnung nicht binnen drei Monaten wieder dem Markt zu Wohnzwecken zugeführt wurde. Gegen diesen Bescheid und die Androhung eines weiteren Zwangsgeldes i.H.v. 15.000 Euro reichte der Kläger Klage ein und erweiterte diese, nachdem auch das neue Zwangsgeld wegen Leerstandes der Wohnung fällig wurde. Die Zwangsgelder wurden teilweise durch Kontopfändung eingezogen. Erst im Mai 2019 wurde die Wohnung langfristig vermietet.

Das VG München hat die Klage abgewiesen.

Es war der Ansicht, dass der Grundbescheid und das Zwangsgeld i.H.v. 7.500,00 Euro bereits bestandskräftig waren. Auch das zweite Zwangsgeld i.H.v. 15.000 Euro sei fällig gewesen, so dass eine Feststellungsklage unbegründet sei.

Die Wohnung sei nicht fristgerecht dem Wohnmarkt zugeführt worden. Der Kläger habe bis zum Ende der Frist und dem Eintritt der Fälligkeit weder dargelegt noch Nachweise dafür vorgelegt, dass wegen Renovierung und Vermietungsbemühungen keine Zweckentfremdung vorliege, § 4 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 der Zweckentfremdungssatzung (ZeS).

Die Klägerseite habe es auch zunächst unterlassen, der Beklagten mitzuteilen, dass die Wohnung in Erfüllung des bestandskräftigen Bescheids vom 24.10.2018 wieder Wohnzwecken zugeführt worden sei und mit Datum vom 01.05.2019 eine langfristige Vermietung zu Wohnzwecken erfolgt sei. Die Beklagte habe davon erstmals aufgrund einer Ortseinsicht wegen einer eingeholten Melderegisterauskunft erfahren. Erst danach habe der Kläger den Mietvertrag vorgelegt.

Die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen nach den Art. 18 ff. VwZVG liegen ebenfalls vor. Der Grundbescheid vom 24.10.2018 sei bestandskräftig gewesen. Auch die besonderen Vollstreckungsvoraussetzungen für die erneuten Androhungen eines Zwangsgeldes liegen vor, Art. 31, 36 VwZVG. Insbesondere habe

wiederholt eine erneute Androhung nach Art. 36 Abs. 6 Satz 2 VwZVG erfolgen dürfen, da die vorausgegangenen Androhungen erfolglos geblieben seien.

Maßgeblicher Zeitpunkt sei bei der erneuten Zwangsgeldandrohung dabei jeweils der Zeitpunkt des Bescheiderlasses (VGH München, Beschl. v. 09.05.2019 - M 9 S 18.5843 mit weiteren Nachweisen). Substantiierte Darlegungen des Klägers zur Beendigung der Zweckentfremdung seien nicht erfolgt. Die Vermietung am 01.05.2019 habe erst nach Erlass der Zwangsgeldandrohung stattgefunden und sei schon deshalb für die Rechtmäßigkeit der Zwangsgeldandrohungen unbeachtlich. Die bloße Behauptung, die Wohnung werde renoviert, genüge nicht der Darlegungslast für einen berechtigten Leerstand. Ermessensfehler bei der Androhung des Zwangsgeldes seien nicht ersichtlich. Die Höhe des Zwangsgeldes orientiere sich am wirtschaftlichen Interesse, Art. 31 Abs. 2 Satz 2 VwZVG und sei angemessen.

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

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts ist nicht zu beanstanden, denn der Kläger ließ die Fälligkeitstermine verstreichen und wies nicht nach, dass die Wohnung (angeblich) renoviert worden sei. Der Kläger hat bei der Darlegung der nach außen erkennbaren Umstände, aus denen sich sowohl die Aufgabe des Nutzungskonzepts als auch die Wiederzuführung zu Wohnzwecken als auch ein Leerstand wegen Renovierung ergeben, eine gesteigerte Mitwirkungsobliegenheit nach Art. 26 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG i.V.m. Art. 3 ZwEWG, § 4 ZeS. Aufgrund dieser gesteigerten Mitwirkungsobliegenheit bedarf es einer substantiierten Darlegung der Tatsachen, aus denen sich die Erfüllung der Verpflichtung aus dem bestandskräftigen Grundbescheid ergibt. Gegenüber der Beklagten erfolgte innerhalb der Fristen keine substantiierte Darlegung mit entsprechenden Nachweisen.

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

Sollten Bescheide wegen Zweckentfremdung mit Zwangsgeldandrohung ergehen, sind die Betroffenen gut beraten, entweder die Fristen einzuhalten oder zumindest eine substantiierte und nachweisbare Begründung vorzulegen,

warum diese Fristen nicht eingehalten werden können. Die Zwangsgelder können im Wiederholungsfall eine empfindliche Höhe erreichen.