

Herausgeber: Norbert Eisenschmid, RAErscheinungsdatum:
11.01.2018Erscheinungsweise:
vierzehntäglichBezugspreis:
10,- € monatlich
zzgl. MwSt.**1/2018****Inhaltsübersicht:****Anm. 1****Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Entschädigung bei Verletzung des Benachteiligungsverbots bei der Wohnungsvergabe**

Anmerkung zu AG Hamburg-Barmbek, Urteil vom 03.02.2017, 811b C 273/15 von Carsten Herlitz, RA und Lehrbeauftragter der EBZ Business School, Berlin

Anm. 2**Abgrenzung eines Mietvertrages von anderen Gebrauchsüberlassungsverhältnissen bei Wohnräumen**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.09.2017, VIII ZR 279/16 von Werner Borzutzki-Pasing, Vors. RiOLG a.D.

Anm. 3**Betriebskostenabrechnung bei Wohnraummiete: Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes bei starken Preissteigerungen**

Anmerkung zu AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 13.07.2017, 210 C 387/16 von Dietmar Wall, RA

Anm. 4**Wohnraummiete: Wirksamkeit einer Formulklausel über die Verlängerung der Verjährung für Ersatzansprüche des Vermieters**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.11.2017, VIII ZR 13/17 von Anja Krapf, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Krapf Rechtsanwälte GbR, Leipzig

Anm. 5**Pflicht eines Wohnungseigentümers als Vermieter zur Beseitigung einer Parabolantenne auf dem Balkon**

Anmerkung zu AG Köln, Urteil vom 22.05.2017, 202 C 175/16 von Wolfgang Dötsch, RiOLG

Anm. 6**Wohnungseigentum: Maßgebliches Schallschutzniveau bei dem Dachgeschossausbau eines Altbaus**

Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 23.05.2017, 55 S 36/16 WEG von Dr. Johannes Hogenschurz, Vors. RiLG, Köln

Zitervorschlag: Herlitz, jurisPR-MietR 1/2018 Anm. 1
ISSN 1860-157X

1

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Entschädigung bei Verletzung des Benachteiligungsverbots bei der Wohnungsvergabe

Orientierungssätze:

1. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot gilt auch bereits im Vorfeld der Vermietung.

2. Liegen Indizien vor, die die Vermutung rechtfertigen, dass ein potenzieller Mieter allein aufgrund seines ausländischen Namens keine Einladung zu einem Besichtigungstermin für eine Wohnung erhalten hat, so spricht der Anschein für eine Benachteiligung aufgrund ethnischer Herkunft.

3. Ein sog. "Testing-Verfahren" ist im Bereich der Wohnungsmiete zulässig und kann als Indiz für eine Ungleichbehandlung im Rahmen der Beweiswürdigung herangezogen werden.

4. § 19 Abs. 3 AGG ist nur dann nicht auf Benachteiligungen wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft und des Geschlechts anzuwenden, wenn es sich bei der gezielten Vermietung an bestimmte Personen oder Personengruppen um "positive Maßnahmen" i.S.v. § 5 AGG handelt.

5. Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach der dreifachen Monatsmiete.

Anmerkung zu AG Hamburg-Barmbek, Urteil vom 03.02.2017, 811b C 273/15

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

A. Problemstellung

Der Besprechungsfall behandelt das im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) normierte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Anhand eines Mietinteressentenbogens behandelt das Amtsgericht mögliche Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot nach § 19 Abs. 3 AGG. Eingegangen wird auch auf eine Entschädi-

gungsleistung bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebots. Aus Anlass des Urteils soll auf die strittige Frage eingegangen werden, ob es bei Verstößen einen Anspruch auf Überlassung der Wohnung geben kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin war auf Wohnungssuche und wollte mit ihrem jüngsten Sohn in eine neue Wohnung ziehen. Deshalb bewarb sie sich für eine Wohnung über ein Portal der Beklagten. Die Vermieterin war die Beklagte. Bei der Wohnung handelt es sich um eine öffentlich geförderte Wohnung, die – aufgrund ihrer Größe – lediglich von zwei Personen bezogen werden kann. Am 30.03.2015 übermittelte die Klägerin, vertreten durch ihren Sohn, eine Interessenbekundung per Email. Sie erhielt am selben Tag eine Absage. Aus dieser folgt, dass die Kapazitäten des Besichtigungstermins erschöpft seien. Am 09.04.2015 erhielt die Klägerin auch im Hinblick auf einen Besichtigungstermin für eine andere Wohnung eine Absage. Auch insoweit handelt es um eine öffentlich geförderte Wohnung, die – aufgrund ihrer Größe – lediglich von zwei Personen bezogen werden kann.

Das AG Hamburg-Barmbek hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin eine Entschädigung gemäß § 21 AGG in Höhe von 1.008 Euro zu zahlen. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Für das Amtsgericht ergab sich nach Beweisaufnahme, dass die Klägerin wegen ihres türkisch klingenden Namens keine Einladung zu einem Besichtigungstermin erhalten hat. Insofern stellte das Amtsgericht zunächst fest, dass die Beklagte passivlegitimiert sei. Der Argumentation der Beklagten, wonach das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (im Folgenden „AGG“) hier nicht anwendbar sei, da es lediglich um einen Besichtigungstermin gehe und nicht um einen Vertragsschluss, folgte das Amtsgericht nicht. Das AGG gelte für denjenigen, dem die Entscheidung über den Vertragsschluss oder einer Maßnahme bei der Durchführung oder Beendigung des Vertrags obliege (Blank in: Blank/Börstinghaus, BGB § 535 Rn. 49). Dies sei hier die Beklagte. Mit ihr wäre der Mietvertrag im Falle des Vertragsschlusses zustande gekommen (vgl. LG Aachen, Urt. v. 17.03.2009 - 8 O 449/07). Dieses Ergebnis gelte umso mehr, als hier die Beklagte offensichtlich selbst die Zu-

sagen bzw. Absagen im Hinblick auf den jeweiligen Besichtigungstermin verschickt habe.

Zur Benachteiligung führte das Amtsgericht aus, dass diese unmittelbar dann vorliege, wenn eine Person aus den in § 1 AGG genannten Gründen „eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“ (§ 3 Abs. 1 AGG). Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot gelte – entgegen der Auffassung der Beklagten – auch bereits im Vorfeld der Vermietung (Blank in: Schmidt/Futterer, Mietrecht, Vor § 535 Rn. 204). Der Klägerin sei es gelungen, Indizien darzulegen und zu beweisen, die die Vermutung rechtfertigen, dass sie allein aufgrund ihres türkisch klingenden Namens, mithin ihrer ethnischen Herkunft, keine Einladung zu einem Besichtigungstermin für die Wohnung erhalten habe. Hier verwies das Amtsgericht unter anderem auf die eingereichten Unterlagen, aus denen folge, dass Bewerber mit deutsch klingenden Namen eine Einladung zu einem Besichtigungstermin erhalten haben, Bewerber mit ausländisch klingenden Namen demgegenüber nicht.

Offenbleiben könne die Frage, ob die Beklagte die Wohnung später an türkische Mieter vermietet habe. Dies ändere nichts an der Benachteiligung, die die Klägerin erfahren habe. Auch soweit die Beklagte ausführt, sie habe – bei einer hohen Interessentenanzahl – eine breite Streuung von zur Besichtigung eingeladenen Personen hinsichtlich ihrer ethnischen Herkunft gewollt, führe dies nicht zu einem anderen Ergebnis. Es könne offenbleiben, ob das AGG entsprechende Überlegungen erlaube, wenn zum Beispiel 80% ausländische Interessenten und 20% deutsche Interessenten oder 80% deutsche Interessenten und 20% ausländische Interessenten um eine Wohnung konkurrieren. Bei einem – wie hier – ausgewogenem Bewerberfeld, von ca. 50% deutschen Bewerbern und ca. 50% Bewerbern mit einem ausländischen Namen, rechtfertige diese Überlegungen jedoch nicht eine Ablehnung der Klägerin aufgrund ihrer ethnischen Herkunft.

Die Beklagte könne sich auch nicht auf § 19 Abs. 3 AGG berufen. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Wohnungsbauförderung, sozial stabile Bewohnerstrukturen, ausgewogene Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichene wirtschaftliche, soziale und kulturelle

Verhältnisse zu schaffen und zu erhalten (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 und 4 WoFG), statuiere Abs. 3 eine generelle Ausnahme von den Benachteiligungsverboten des Abs. 1 zur Erreichung dieser Ziele (Rolfs in: Staudinger, BGB, § 19 AGG, Rn. 39). Die Vereinbarkeit mit der RL 2000/43/EG und der RL 2004/113/EG sei aber mehr als zweifelhaft, da diese Richtlinien keine entsprechende Einschränkung kennen (Rolfs in: Staudinger, BGB, § 19 AGG, Rn. 39). Es sei daher § 19 Abs. 3 AGG nur dann nicht auf Benachteiligungen wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft und des Geschlechts anzuwenden, wenn es sich bei der gezielten Vermietung an bestimmte Personen oder Personengruppen um „positive Maßnahmen“ i.S.v. § 5 AGG (die auch Art. 5 RL 2000/78/EG und Art. 6 RL 2004/113/EG gestatten) handle (Rolfs in: Staudinger, BGB, § 19 AGG, Rn. 39). Für ein Vermietungskonzept, das diesen Anforderungen gerecht wird, fehle es an Anhaltspunkten und Sachvortrag.

Zur Höhe der Entschädigung verweist das Amtsgericht dann auf § 21 Abs. 2 AGG, wonach eine angemessene Entschädigung in Geld zu zahlen sei. Teilweise wird vertreten, dass eine Entschädigung nach § 21 Abs. 2 Satz 3 AGG nur bei einer vorsätzlichen Diskriminierung verlangt werden könne (Blank in: Schmidt/Futterer, Mietrecht, Vor § 535 BGB Rn. 224). Dem folgte das Amtsgericht jedoch nicht. § 21 Abs. 2 AGG enthalte keine derartige Einschränkung. Eine solche könne mithin auch nicht in diese Vorschrift hineininterpretiert werden. Die Höhe der Entschädigung richte sich nach der dreifachen Monatsmiete (Blank in: Schmidt/Futterer, Mietrecht, Vor § 535 BGB Rn. 224).

C. Kontext der Entscheidung

Richtigerweise meint das Amtsgericht, dass § 19 AGG auch im Vorfeld der Vermietung Anwendung findet. Zwar formuliert das Gesetz „Begründung“. Die Zweckrichtung des AGG würde jedoch keine Wirkung entfalten, wenn im Vorfeld des tatsächlichen Vertragsschlusses entsprechende Benachteiligungen sanktionslos möglich wären.

Zu unterscheiden ist weiter eine Benachteiligung bei Massengeschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt 1 AGG), massenähnlichen Geschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Alt 2 AGG), sonstigen Mietverhält-

nissen (§ 19 Abs. 2 AGG) und den sog. Näheverhältnissen (§ 19 Abs. 5 AGG).

Bei Massegeschäften oder massenähnlichen Geschäften spielt die Person des Vertragspartners keine oder nur eine untergeordnete Rolle (vgl. zur Unterscheidung: Blank in: Schmidt/Futterer, Mietrecht vor § 535 Rn. 181 ff.). Hier gilt der Diskriminierungsschutz in vollem Umfang. Bei den sonstigen Schuldverhältnissen ist allein eine Benachteiligung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft zu beachten. Aufgrund der Rechtsnatur des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnisses ist es aber auch größeren Wohnungsunternehmen nicht „egal“, wer Mieter ist. Insofern erfolgt die Vermietung im Rahmen einer vorgegebenen Struktur, die für den Sachbearbeiter bindend ist. In aller Regel werden Mieterfragebögen verwendet und entsprechende Einkommensnachweise verlangt. Schließlich erfolgt ein persönlicher Kontakt und eine entsprechende Dokumentation. Insofern wird auch bei mittleren und größeren Wohnungsunternehmen ein „sonstiges“ Schuldverhältnis gemäß § 19 Abs. 2 AGG anzunehmen sein. Untersagt ist hier eine Benachteiligung aus „Gründen der Rasse“ oder wegen der „ethnischen Herkunft“. Die bei den Massegeschäften ansonsten zu beachtenden Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität gelten bei den sonstigen Mietverhältnissen nicht.

Für Kleinstvermieter hingegen, die entsprechend § 19 Abs. 5 AGG nicht mehr als 50 Wohnungen vermieten, gilt das zivilrechtliche Benachteiligungsgebot nicht. Hier wird von einem Näheverhältnis ausgegangen.

Gemäß § 19 Abs. 3 AGG ist bei der Vermietung von Wohnraum eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig. Gefordert wird hier ein konkretes Vermietungskonzept, das dann im Vorfeld des eigentlichen Vermietungsprozesses vorliegen müsste (vgl. Eisenschmid, WuM 2006, 475). § 19 Abs. 3 AGG ist dabei ein Ausnahmetatbestand. Weil Art. 5 der EU-Richtlinie zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung spezifische Maßnahmen zulässt, mit denen Be-

nachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beibehalten oder gefördert werden sollen, ist der Gedanke zu finden, dass dann eigentlich gerade die Vermietung an eine gewisse Ethnie erfolgen müsste (vgl. Hinz, ZMR 2006, 826). Dieser Gedanke wird aber recht vorsichtig („möglichweise“) formuliert und dürfte zu weit gehen. Zweck der Richtlinie sind positive Maßnahmen zur Gewährleistung der vollen Gleichbehandlung. Bis zur Verwirklichung der vollen Gleichbehandlung lassen diese eine „Ungleichbehandlung“ aller anderen Ethnien zu. Ähnlich formuliert es § 5 AGG (positive Maßnahmen zum Ausgleich „bestehender Nachteile“). § 19 Abs. 3 knüpft hingegen an eine Ungleichbehandlung eben dieser Ethnie an und verlangt hierfür als Rechtfertigung die Schaffung „stabiler und ausgewogener Strukturen“.

Im Hinblick auf die Rechtsfolge hat hier das Amtsgericht eine entsprechende Entschädigung in Geld angenommen. Zu unterscheiden ist zwischen § 21 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 sowie Satz 3 AGG. § 21 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 meint Schadenersatzansprüche wegen materieller Schäden. Satz 3 behandelt den immateriellen Schaden (vgl. Hinz, ZMR 2006, 826, 830). Beim materiellen Schaden kommt es nicht auf die Frage an, ob der Vermieter vorsätzlich gehandelt hat. Er muss die Pflichtverletzung lediglich nicht zu vertreten haben (Vermutung). Bei der Annahme eines immateriellen Schadens verlangt das Amtsgericht unter Hinweis auf den Wortlaut keinen Vorsatz.

Auch Blank (vgl. Blank in: Schmidt/Futterer, Mietrecht, Vor § 535 Rn. 224) verweist auf die fehlende Einschränkung in der Vorschrift selber, kommt aber unter Verweis auf die entsprechende Rechtsprechung bei Verstößen gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu einem anderen Ergebnis. Die Annahme von Vorsatz dürfte im Ergebnis auch zutreffend sein, da ein Entschädigungsanspruch aufgrund immaterieller Schäden nur bei schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen angenommen werden kann (Hinz, ZMR 2006, 826, 830).

Diskutiert wird in diesem Zusammenhang häufig, ob es daneben einen Anspruch des Mieters auf Abschluss des Mietvertrages geben kann. Gute Gründe für einen Anspruch auf Abschluss sieht Hinz (ZMR 2006, 826, 830) insbesondere mit dem Argument, dass für das Arbeitsrecht

in § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich ein Kontrahierungszwang verneint wird. Hier aber nicht. Insbesondere mit Hinweis auf die Privatautonomie, Art. 2 GG, wird ein solcher Anspruch aber auch verneint (Armbrüster, NJW 2007, 1494). Zunächst sollte es weniger darauf ankommen, ob die Wohnung noch frei ist oder nicht. Diese Fälle wären entsprechend den Regelungen zur objektiven Unmöglichkeit zu lösen. Das Recht auf Eigentum aus Art. 6 GG und das Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Privatautonomie) stehen neben dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 GG. Ergibt eine Abwägung, dass ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt, dürfte es demnach auch keinen Anspruch auf Überlassung der Wohnung geben.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung schärft noch einmal das Bewusstsein bei der Auswahl von Mietern. Benachteiligungen allein wegen Rasse oder Herkunft sind also in aller Regel unzulässig. Zu fordern ist mindestens ein schlüssiges Vermietungskonzept zur Stärkung stabiler Strukturen.

2

Abgrenzung eines Mietvertrages von anderen Gebrauchsüberlassungsverhältnissen bei Wohnräumen

Orientierungssätze:

1. Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, den Gebrauch einer Sache gegen Entrichtung eines Entgelts zu gewähren, kann sich rechtlich als Mietvertrag im Sinne des § 535 BGB darstellen. Dies gilt auch dann, wenn das vereinbarte Entgelt sehr niedrig ist, denn die Miete braucht dem Mietwert der Sache nicht zu entsprechen, Vielmehr stellt auch ein weit unter der Marktmiete liegendes Entgelt für den Gebrauch einer Sache eine Miete dar.

2. Bei einer (nahezu) unentgeltlichen Überlassung von Wohnraum zu Wohnzwecken kann die Differenzierung, ob die Parteien einen Mietvertrag (§ 535 BGB), einen Leihvertrag (§ 598 BGB) oder ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis sui generis (§ 241

BGB) abschließen oder nur ein bloßes Gefälligkeitsgeschäft vornehmen wollten, im Einzelfall schwierig sein. Zur Abgrenzung der verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten ist nach Anlass und Zweck der Gebrauchsüberlassung und gegebenenfalls sonstigen erkennbar zutage getretenen Interessen der Parteien zu unterscheiden. Dabei kann auch das nachträgliche Verhalten der Vertragsparteien zu berücksichtigen sein. Dieses kann zwar den objektiven Vertragsinhalt nicht mehr beeinflussen, aber Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und das tatsächliche Verständnis der Vertragsparteien haben.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.09.2017, VIII ZR 279/16

von **Werner Borzutzki-Pasing**, Vors. RiOLG a.D.

A. Problemstellung

Der Abgrenzung zwischen einem Mietvertrag, einem Leihvertrag, einem schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis sui generis (§ 241 BGB) oder einem bloßen Gefälligkeitsgeschäft bedarf es namentlich dann, wenn es um die Geltendmachung von Herausgabeansprüchen oder anderer Ansprüche, Gestaltungsrechte und Einwendungen geht. Zumeist konzentriert sich die Prüfung darauf, ob die Gebrauchsüberlassung im Mietrecht oder im Recht der Leihe verankert ist. Die Entscheidung des BGH wirft die Frage nach objektiven Abgrenzungskriterien auf.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand der BGH-Entscheidung ist der von einem Zwangsverwalter gegen die Nutzerin von Wohnräumen geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe des Objekts sowie der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung. Die Beklagte bewohnte seit Ende der 1990er Jahre ein damals neu errichtetes Reihenhaus. Bis zur Ehescheidung wohnte auch ihr Ehemann in diesem Haus. Ein schriftlicher Vertrag über die Nutzung besteht nicht.

Eigentümer des zwangsverwalteten Objekts ist ein persischer Geschäftsmann, der sich im Ausland aufhält. Der Ehemann der Beklagten stand

mit dem Eigentümer, einem Landsmann, zum Zeitpunkt der Errichtung des Hauses in geschäftlichen und privaten Beziehungen. Die Beklagte hat geltend gemacht, zwischen ihr bzw. ihrem früheren Ehemann und dem Wohnungseigentümer bestehe ein Mietverhältnis. Die Anschaffungskosten für das Reihenhaus seien seinerzeit wirtschaftlich von ihrem Ehemann getragen worden, da ihm Provisionszahlungen „abgezogen“ worden seien. Im Gegenzug habe er auf Lebenszeit unentgeltlich in dem Haus leben dürfen. Sie und ihr damaliger Ehemann hätten seit Nutzungsbeginn sämtliche Neben- und Reparaturkosten für das Haus bezahlt.

Der klagende Zwangsverwalter hat die Beklagte auf Herausgabe des Reihenhauses, Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die Vergangenheit und für die Zukunft sowie auf Feststellung der Verpflichtung zur Freistellung von Betriebskosten in Anspruch genommen. Das Landgericht hatte die Beklagte in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hatte das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, dass der Beklagten nach § 986 BGB ein Recht zum Besitz zustehe. Zwischen dem Eigentümer und den Eheleuten sei konkludent ein Mietvertrag geschlossen worden. Dies ergebe sich aus der langjährigen Nutzung zu Wohnzwecken. Die Beklagte und ihr Ehemann hätten sämtliche Neben- und Reparaturkosten getragen. Nach der Rechtsprechung sei ein Mietverhältnis auch dann anzunehmen, wenn der Mieter lediglich die Betriebskosten oder sonstige Lasten zu tragen habe. Ein Mietvertrag liege schon dann vor, wenn eine – nicht notwendig kostendeckende – Gegenleistung erbracht werde. Mit der zusätzlichen Übernahme der Reparaturkosten hätten die Beklagte und ihr früherer Ehemann eine Pflicht des Vermieters übernommen, sich insoweit an den notwendigen Ausgaben beteiligt und somit ein Entgelt für die Gewährung des Gebrauchs übernommen.

Dem ist der BGH nicht gefolgt. Dem Kläger stehe gemäß § 985 BGB ein Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks und auf Zahlung von Nutzungsentschädigung zu.

Ein etwa mit dem Eigentümer schuldrechtlich vereinbartes unentgeltliches Wohnungs-

recht sei von vorneherein unbeachtlich, weil gemäß § 152 Abs. 2 ZVG nur ein Miet- oder Pachtvertrag gegenüber dem Zwangsverwalter wirksam einzuwenden sei. Ein wirksam begründetes Mietverhältnis sei aber nicht feststellbar.

Wenn der Gebrauch einer Sache gegen ein Entgelt gewährt werde, könne dies zwar selbst dann zur Annahme eines Mietvertrags führen, wenn das vereinbarte Entgelt sehr niedrig sei, denn die Miete brauche dem Mietwert der Sache nicht zu entsprechen. Den Abschluss eines solchen Mietvertrags gemäß § 535 BGB habe die Beklagte jedoch nicht schlüssig dargelegt. Fest stehe nur, dass die Beklagte mit ihrem Ehemann ohne Zahlung eines über die im Einzelnen streitigen Nebenkosten und gelegentliche Reparaturkosten hinausgehenden Geldbetrags wohne.

Bei der Auslegung, ob hierin eine entgeltliche Gebrauchsgewährung und damit ein Mietvertrag gemäß § 535 BGB oder eine unentgeltliche Gestattung des Gebrauchs zu sehen sei, habe das Berufungsgericht allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze missachtet und zugleich wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen. Da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind, könne der BGH die Auslegung selbst vornehmen. Dies führe zu dem Ergebnis, dass die damaligen Parteien keinen Mietvertrag vereinbart hätten.

Die Abgrenzung, ob den Erklärungen der Parteien ein rechtlicher Bindungswille zu entnehmen ist oder die Parteien nur aufgrund einer außerrechtlichen Gefälligkeit handeln, sei anhand objektiver Kriterien aufgrund der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln, wobei vor allem die wirtschaftliche und die rechtliche Bedeutung der Angelegenheit heranzuziehen seien. Danach liege kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis vor. Selbst wenn die Überlassung ohne jedes Entgelt erfolgt wäre, sprächen insbesondere die wirtschaftliche Bedeutung der Überlassung von Wohnräumen ohne eine Befristung und die rechtliche Bedeutung für die Beklagte und ihre Familie hinsichtlich des Hauses als ihres Lebensmittelpunkts gegen die Annahme eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses.

Damit liege zwar eine vertragliche Bindung vor, jedoch nicht im mietvertraglichen Sinne. Eine Mietvertragsurkunde über den wesentlichen Inhalt eines Mietvertrags existiere nicht. Auch

mündliche Absprachen, aus denen sich eine gegenseitige Verpflichtung der damaligen Parteien entnehmen lasse, seien nicht auszumachen. Die vagen Angaben der Beklagten zur behaupteten Anschaffung des Reihenhauses mittels abgezogener Provisionen ihres geschiedenen Ehemannes seien nicht geeignet, den Abschluss eines Mietvertrags zu belegen. Es bleibe offen, ob das Geld als Darlehen oder aus sonstigen Gründen an den Eigentümer geleistet wurde. Hieraus seien noch keine Rückschlüsse auf den Inhalt und die Dauer eines möglicherweise zustande gekommenen Mietvertrags möglich.

Bei dem von der Beklagten vorgetragenen Umstand, sämtliche Neben- und Reparaturkosten seien von Anfang an gezahlt worden, handele es sich um einen ambivalent zu beurteilenden Gesichtspunkt, aus dem sich der Abschluss eines Mietvertrags entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zweifelsfrei entnehmen lasse. Aus der Übernahme von Neben- und Reparaturkosten könne ohne nähere Absprachen nicht auf eine Gegenleistung i.S.d. § 535 Abs. 1 BGB geschlossen werden. Die Übernahme gelegentlicher Reparaturkosten spreche nicht für eine mietvertragliche Vereinbarung, denn auch bei der Leihe habe der Entleiher gemäß den §§ 598, 601 Abs. 1 BGB regelmäßig die der Erhaltung der Sache dienenden Kosten, die den Gebrauch der Sache erst ermöglichen, zu tragen. Die Tragung der Reparaturkosten könne daher genauso gut für die Vereinbarung einer Leihe sprechen. Die Betriebskosten habe auch bei der Vereinbarung eines unentgeltlichen Wohnungsrechts der Wohnungsberechtigte zu tragen, jedenfalls die verbrauchsabhängigen Kosten wie Strom, Wasser und Heizung, ferner die anteiligen verbrauchsunabhängigen Kosten der Unterhaltung der Anlagen. Selbst wenn die Beklagte darüber hinaus verbrauchsunabhängige Betriebskosten (etwa Grundsteuer, Versicherung o.ä.) getragen haben sollte, ließe dies mangels konkreter Abreden nicht den Rückschluss auf den stillschweigenden Abschluss eines Mietvertrages zu. Diese Kosten stellten allenfalls einen geringen Bruchteil des üblicherweise für die mietweise Überlassung eines Reihenhauses zu zahlenden Entgelts dar. Angesichts der Interessenlage der Beteiligten könnten allein aus dieser tatsächlichen Handhabung keine Willenserklärungen dahin entnommen werden, dass damit eine dauerhafte Gebrauchsüberlassungsverpflichtung gegen Übernahme dieser (geringfügigen) Kosten begrün-

det werden sollte. Vielmehr spreche vieles dafür, dass die Vertragsverhandlungen der Parteien seinerzeit steckengeblieben seien.

Da weder eine Leihe noch ein sonstiges vereinbartes Nutzungsverhältnis sui generis (§ 241 BGB) dem Kläger als Zwangsverwalter gegenüber bestandskräftig sei (§ 152 Abs. 2 ZVG), bedürfe es keiner Entscheidung darüber, welches andere Rechtsinstitut vorliege.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH wirft mehr Fragen auf, als sie beantwortet. Dem BGH hat es ersichtlich widerstrebt, sich auf die Rechtsverteidigung der Beklagten einzulassen. Soweit er allerdings dem Berufungsgericht angesichts einer fast 20-jährigen Nutzungsdauer vorwirft, mit der Annahme eines Mietverhältnisses habe es gegen allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze verstoßen und wesentlichen Auslegungstoff unberücksichtigt gelassen, findet dies weder in der hier besprochenen Entscheidung noch in der sonstigen Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte einen zwingenden Beleg. Hinterfragen lässt sich insbesondere das Postulat, dass die Übernahme der laufenden Belastungen (Betriebskosten, Reparaturen), die mit der Nutzung des Objekts einhergehen, deshalb kein taugliches Mietkriterium umschreiben soll, weil die Übernahme von solchen Kosten auch bei der Leihe (§§ 598, 601 Abs. 1 BGB) und bei einem unentgeltlichen Wohnungsrecht vorgegeben sei. In dem vom BGH entschiedenen Fall war es – trotz der vom BGH wiederholt hervorgehobenen Streitigkeit der Höhe von übernommenen Kosten – ersichtlich so, dass der Eigentümer langjährig keine Kosten des Betriebs und des Erhalts getragen hat.

Welche Leistungen des Nutzers als Entgelt im mietrechtlichen Sinne anzusehen sind, unterliegt im Einzelnen einer heillosen Kasuistik mit einigen begrifflichen Unklarheiten. Dabei sind die Abgrenzungsfälle typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass ein klassisches Mietentgelt als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung als solche nicht vereinbart ist. Wird ein Entgelt vereinbart, liegt jedenfalls kein bloßes Gefälligkeitsverhältnis, sondern zumindest ein vertragliches Rechtsverhältnis vor (a.A. Olzen in: Staudinger, BGB, § 241 Rn. 87). Wenn das Entgelt weit unter dem ortsüblichem Preis

liegt, spricht man üblicherweise von einer „Gefälligkeitsmiete“, so der BGH auch hier (unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 04.05.1970 - VIII ZR 179/68; vgl. ferner BGH, Urt. v. 12.02.2003 - XII ZR 324/98; BGH, Urt. v. 17.05.1995 - XII ZR 235/93). Liegt ein Entgelt jedoch unter dem üblichen Preis, handelt es sich geradezu automatisch um eine Konstellation, bei welcher das Entgelt – ganz oder teilweise – nur zur Deckung der „Kosten“ dient. Auffällig ist, dass die leihvertraglichen Erhaltungspflichten auf dieser Prüfungsebene überhaupt nicht thematisiert werden. Soweit der BGH in der hier besprochenen Entscheidung die Übernahme der laufenden Kosten überhaupt nicht als taugliches Auslegungskriterium akzeptiert und dies auch noch als denkgesetzwidrig rügt, muss sich aber die Frage aufdrängen, was dann überhaupt noch für eine Gefälligkeitsmiete ausreicht.

Die Rolle der Kostenübernahme als Auslegungskriterium ist auch sonst sehr diffus. So hat der BGH einen Mietvertrag angenommen, wenn die Parteien die Übernahme von Steuern, Versicherungen und sonstigen notwendigen Ausgaben für ein überlassenes Grundstück vereinbart haben (vgl. BGH, Urt. v. 04.05.1970 - VIII ZR 179/68; Lützenkirchen, WuM 2004, 58). Eine nähere Definition der notwendigen Ausgaben findet sich dort ebenso wenig wie eine Abgrenzung zu den leihvertraglichen Erhaltungspflichten. Auf die zur Erhaltung erforderlichen regelmäßig wiederkehrenden Ausgaben bei der Leihe hat der BGH allerdings schon früher abgestellt (vgl. BGH, Urt. v. 28.06.1961 - V ZR 75/60), worunter auch übliche Versicherungsprämien und laufende Grundabgaben fallen sollen (BGH, Urt. v. 10.10.1984 - IVa ZR 75/83). Wie dann noch eine Abgrenzung zu der BGH-Entscheidung vom 04.05.1970 (VIII ZR 179/68) möglich sein soll, bleibt ebenso offen wie die Frage, wann eine solche kostenbelastete Leihe überhaupt noch zur – gleichermaßen kostenorientierten – (Gefälligkeits-)Miete erstarken kann.

Was die Gebrauchsüberlassung gegen die Übernahme von „Betriebskosten“ angeht, so fällt auf, dass der hier klagende Zwangsverwalter ausweislich seines auf Freistellung gerichteten Feststellungsantrags ersichtlich von der strikten Pflicht der Beklagten ausgeht, diese Kosten zu tragen. Das hat den BGH aber bei der Verneinung einer Entgeltabrede nicht irritiert. In der Instanzrechtsprechung ist ein Mietvertrag bei Übernahme der Betriebskosten teil-

weise bejaht worden (vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 07.03.2008 - 5 AR 2/08; AG Pasewalk, Urt. v. 31.01.2001 - 7 C 284/00; im Ansatz auch OLG Hamm, Urt. v. 05.03.2015 - I-5 U 52/14). Das soll aber nicht gelten, wenn nur verbrauchsabhängige Betriebskosten übernommen werden, weil dies keine Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung seien (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 05.03.2015 - I-5 U 52/14). Eine solche Differenzierung erscheint als konstruiert und ist schon deshalb problematisch, weil der BGH inzwischen vom Bruttomietverständnis ausgeht (vgl. BGH, Urt. v. 06.04.2005 - XII ZR 225/03 - BGHZ 163, 1; BGH, Urt. v. 20.07.2005 - VIII ZR 347/04). Danach fallen alle Nebenkosten unter den Begriff der Miete. Problematisch ist daher auch die Annahme, dass die Zahlung von Betriebskosten gerade kein Indiz für Miete, sondern für Leihe sein soll (so aber: Graf von Westphalen in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, Vorbemerkung vor § 598 Rn. 9). Dasselbe gilt, soweit Leihe und nicht Miete angenommen wird, wenn der ein Grundstück Nutzende lediglich die „Kosten des Grundstücks“ zu tragen hat, die durch seine Nutzung entstehen, aber ohne grundstücksbezogene Aufwendungen wie Grundsteuer oder Gebäudeversicherung (vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 07.11.2002 - 4 W 1324/02). Abgesehen von der problematischen Einengung des Mietbegriffs neigt die Rechtsprechung also dazu, die Betriebskostenübernahme nicht als Mietentgelt einzustufen, ohne sich um eine positive Definition des Entgeltbegriffs im Rahmen einer Gefälligkeitsmiete zu bemühen.

Was die Übernahme von Reparatur- und Instandhaltungskosten als mietvertragliches Kriterium angeht (bejahend: AG Pasewalk, Urt. v. 31.01.2001 - 7 C 284/00), weist die BGH-Entscheidung einen merkwürdigen Bruch auf. Sie greift im Rahmen der zentralen Prüfung, ob ein Mietvertrag vorliegt, die bereits eingangs als unbeachtlich abgehandelte und ausdrücklich offengelassene Frage wieder auf, ob denn ein unentgeltliches Wohnungsrecht gegeben sei. Die Relevanz der Feststellung, dass bei einem solchen Wohnungsrecht die verbrauchsabhängigen Kosten und auch die anteiligen verbrauchsunabhängigen Kosten der Unterhaltung von Anlagen ohnehin zu tragen seien, nicht dagegen die verbrauchsunabhängigen Betriebskosten, erschließt sich nicht. Auf das vom Berufungsgericht angeführte Argument, dass es sich dabei um die Übernahme einer Vermieterpflicht

aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB handele, geht der BGH überhaupt nicht ein.

Die BGH-Rechtsprechung nimmt in der Tendenz nur sehr zögerlich mietvertragliche Vereinbarungen an. Der BGH ordnet eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung sogar bei langer Vertragslaufzeit selbst dann als Leihe ein, wenn das Recht des Überlassenden zur Eigenbedarfskündigung vertraglich ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urt. v. 27.01.2016 - XII ZR 33/15 - BGHZ 208, 357-372, in Fortführung von BGH, Urt. v. 11.12.1981 - V ZR 247/80 - BGHZ 82, 354; BGH, Urt. v. 20.06.1984 - IVa ZR 34/83; BGH, Urt. v. 10.10.1984 - VIII ZR 152/83; BGH, Beschl. v. 11.07.2007 - IV ZR 218/06). Wenn es aber schon ausdrückliche vertragliche Abreden zum Ausschluss eines typisch mietvertraglichen Kündigungsrechts gibt, wird die Annahme einer Leihe jedenfalls dann problematisch, wenn sich die Unentgeltlichkeit – als dem wesentlichen Merkmal der Leihe – im hier behandelten Sinne hinterfragen lässt. Da der BGH die bloße Übernahme von Nebenkosten und Reparaturen nicht als Mietentgelt akzeptiert, steht das an sich allgemein akzeptierte Konstrukt der Gefälligkeitsmiete, die nur einen Kostenausgleich gewährleisten kann, komplett in Frage.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die BGH-Rechtsprechung macht es äußerst schwierig, bei einem lediglich der – ggf. teilweisen – Kostendeckung dienenden Entgelt und erst recht bei nicht vollständiger Kostendeckung noch von einem Mietvertrag auszugehen. Das allseits anerkannte Institut der Gefälligkeitsmiete wird dadurch ausgehöhlt, denn der Verweis auf leihvertragliche Erhaltungspflichten (und auf die Kostentragungspflichten beim schuldrechtlichen unentgeltlichen Wohnrecht) lässt kaum noch Raum für die Annahme eines Mietvertrags. Das Fehlen einer mietvertraglichen Bindung führt dann zu ganz weitreichenden Rechtsdefiziten beim Nutzer.

3

Betriebskostenabrechnung bei Wohnraummiete: Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes bei starken Preissteigerungen

Orientierungssätze:

1. Zwar ist grundsätzlich der Mieter darlegungs- und beweibelastet dafür, dass bei den Betriebskosten ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vorliegt. Wenn aber die Betriebskosten im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 50% ansteigen, nachdem der Vermieter neue Verträge für die Erbringung bestimmter Leistungen neu abgeschlossen hat (hier: Winterdienst, Gartenpflege und Hauswart), ist der Vermieter verpflichtet, darzulegen, welche Preisverhandlungen er geführt hat und welche Anstrengungen er unternommen hat, um andere, preisgünstigere Unternehmen für die jeweiligen Tätigkeiten vertraglich zu binden.

2. Kommt der Vermieter seiner Darlegungspflicht nicht nach, kann das Gericht die angemessenen Beträge im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage der Mittelwerte der Berliner Betriebskostenspiegel ermitteln.

Anmerkung zu AG Berlin-Charlottenburg, Urteil vom 13.07.2017, 210 C 387/16

von **Dietmar Wall**, RA

A. Problemstellung

Wen trifft die Darlegungs- und Beweislast für einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, wenn einzelne Betriebskosten gegenüber dem Vorjahr extrem gestiegen sind – den Vermieter oder den Mieter?

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Betriebskostenabrechnungen für das Jahr 2013 bis 2015 wiesen gegenüber der Abrechnung für 2012 auf das Jahr hochgerechnet erhebliche Kostenerhöhungen aus. In der Abrech-

nung für 2013 betrug der Anstieg beim Winterdienst 57%, bei der Gartenpflege 165% und bei den Hauswartkosten 160%. In der Abrechnung für 2014 ergaben sich Kostensteigerungen im Vergleich zur Abrechnung für 2012 von 89% beim Winterdienst, von 90% bei der Gartenpflege und von 160% bei den Hauswartkosten. Für das Abrechnungsjahr 2015 bestanden im Vergleich zum Jahr 2012 ebenfalls beträchtliche Kostenunterschiede.

Das AG Berlin-Charlottenburg hat der Mieterin einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots zugesprochen. Grundsätzlich sei zwar der Mieter darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass ein solcher Verstoß vorliege (BGH, Urt. v. 06.07.2011 - VIII ZR 340/10). Bei einem Preisanstieg von mehr als 50% im Vergleich zum Vorjahr treffe diese Pflicht jedoch den Vermieter. Die Vermieterin hat vorgetragen, dass die Dienstleistungsfirma den Vertrag gekündigt habe. Daraufhin habe sie eine Ausschreibung vorgenommen, Angebote eingeholt und dann einen neuen Vertrag mit dem bezeichneten Unternehmen abgeschlossen.

Das AG Berlin-Charlottenburg hat diesen Vortrag nicht als ausreichend angesehen.

Die Vermieterin hätte näher darlegen müssen, welche Preisverhandlungen sie geführt habe und welche Anstrengungen sie unternommen habe, um Verträge mit anderen, preisgünstigeren Unternehmen abzuschließen. Die Vermieterin habe jedoch weder Preisangebote anderer Firmen noch ihre Ausschreibung vorgelegt und auch ansonsten keine konkrete Angaben zum Neuabschluss der Verträge gemacht. Deshalb sei es für das Gericht nicht nachprüfbar, ob die Vermieterin die ihr obliegenden Anstrengungen unternommen habe, um eine erhebliche Kostensteigerung zu vermeiden.

Zur Schätzung des Schadens wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots hat das Amtsgericht auf die Mittelwerte des Berliner Betriebskostenspiegels zurückgegriffen. Es folgte nicht dem Ansatz der Mieterin, die Schadenshöhe auf Grundlage der für das Jahr 2012 berechneten Beträge zu bestimmen. Da nicht die Vermieterin, sondern die Dienstleistungsfirma die Verträge gekündigt habe, könne die Vermieterin nicht an diesen Beträgen festgehalten werden. Die Mieterin dürfe nicht besser gestellt werden als

bei einer Neuausschreibung der Verträge mit durchschnittlichen Kosten.

C. Kontext der Entscheidung

Ergibt sich im Vergleich zur Vorjahresabrechnung ein deutlicher Kostenanstieg, ist das häufig Anlass für Einwendungen des Mieters gegen die Betriebskostenabrechnung. In derartigen Fällen kommt der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast eine besondere Bedeutung zu. Genügt es, wenn der Mieter auf die stark gestiegenen Kosten hinweist? Oder muss er mehr vortragen, womöglich sogar die Ursachen benennen oder Vergleichsangebote vorlegen? Darüber hinaus ist die Beweislastverteilung aus einem anderen Grund bedeutsam. Lässt sich nicht aufklären, ob der Vermieter gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verstoßen hat, besteht ein Zustand der Beweislosigkeit („non liquet“). Die Folgen treffen die beweisbelastete Partei.

Für die Zuordnung der Darlegungs- und Beweislast ist zunächst zu unterscheiden, ob der Mieter eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots anführt oder den Kostenansatz bestreitet.

1. Ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit überhaupt betroffen?

Bestreitet der Mieter hinreichend substantiiert die Korrektheit des Kostenansatzes, liegt die Darlegungs- und Beweislastlast von vornherein beim Vermieter (Milger, NZM 2012, 657, 658; OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.02.2012 - I-10 U 102/11 - ZMR 2012, 542). Ist streitig, ob Kosten in der berechneten Form angefallen sind, muss der Vermieter nachweisen, dass sie tatsächlich entstanden sind, etwa durch Vorlage einer Rechnung. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist nicht tangiert. Beispiele:

- Der Mieter führt an, dass Kosten für eine zweite Reinigungskraft berechnet wurden, obwohl der Vermieter keine beauftragt oder angestellt hat.
- Der Vermieter legt nach Beanstandung des Mieters nicht dar, wofür die Kosten für die Pflege der Außenanlagen tatsächlich entstanden sind (AG Dortmund, Urt. v. 15.09.2015 - 425 C 1223/15 - WuM 2015, 626).

- Der Mieter wendet ein, dass der Vermieter auch für die Wintermonate Gartenpflegekosten abgerechnet hat, ohne dass zu dieser Jahreszeit entsprechende Leistungen erbracht wurden. Hat der Vermieter hingegen das beauftragte Unternehmen pauschal entlohnt, obwohl dem keine Leistungen gegenüberstanden, ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit berührt (vgl. dazu AG Münster, Urt. v. 10.06.2016 - 61 C 3254/15 - WuM 2016, 499 für pauschal angesetzte Gartenpflegearbeiten als Abzug vor der Anhebung einer Bruttomiete).
- Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist auch nicht betroffen, wenn der Mieter unplausibel starke Verbrauchssteigerungen beanstandet. Das gilt für erheblich angestiegene Verbräuche gegenüber vorangegangenen Abrechnungszeiträumen, die sich nicht mit einem geänderten Verbrauchsverhalten oder z.B. geänderten Witterungsbedingungen erklären lassen. Es genügt, wenn der Mieter auf die erhebliche Diskrepanz hinweist und anführt, dass sie sich nicht durch allgemeine Verbrauchs- oder Kostensteigerungen erklären lässt (Zehelein in: Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, Teil H, Rn. 263; derselbe in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 556 BGB, Rn. 501). Dann ist der Vermieter am Zug. Ihn trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die berechneten Kosten tatsächlich auf einen entsprechenden Verbrauch beruhen. Dies hat der BGH im Zusammenhang mit auffälligen Abweichungen der Verbrauchswerte für das Heizöl gegenüber den Vorjahren angemerkt (BGH, Urt. v. 28.05.2008 - VIII ZR 261/07 Rn. 15 - WuM 2008, 407; vgl. auch KG, Urt. v. 12.01.2006 - 12 U 216/04 - NZM 2006, 294 = ZMR 2006, 446; LG Hamburg, Urt. v. 27.06.2000 - 316 S 15/00 - NZM 2001, 806, für eine Verdoppelung der Wasserkosten; LG Düsseldorf, Urt. v. 16.06.1995 - 21 S 358/92 - DWW 1995, 286; AG Köln, Urt. v. 10.04.1996 - 207 C 216/95 - WuM 1996, 628). Der Vermieter muss nachvollziehbare Gründe darlegen, die die Erhöhung rechtfertigen.

Vorgelagert ist die Pflicht des Mieters, hinreichend substantiierte Einwendungen zu erheben. Je nach Ausmaß der Kostensteigerung kann er sich darauf beschränken, auf den Unterschied zur Vorjahresabrechnung hinzuweisen. Keineswegs ausreichend ist es jedoch, wenn der Mieter sinngemäß nur anführt, die Kosten sei-

en ungewöhnlich hoch. Diese Obliegenheit des Mieters ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, wenn der Kostenansatz in Frage steht. Sie liegt stets beim Vermieter.

Im vorliegenden Fall sind die Kosten gestiegen, weil der Vermieter einen neuen Vertrag mit einem anderen Dienstleistungsunternehmen zu erheblich ungünstigeren Konditionen abgeschlossen hat. Das betrifft nicht den Kostenansatz, sondern den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit.

1. Wer ist für einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot darlegungspflichtig?

a) Grundsatz: Der Mieter trägt die Darlegungslast

Eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots begründet einen Schadensersatzanspruch des Mieters. Wie das AG Berlin-Charlottenburg zutreffend ausführt, ist grundsätzlich der Mieter darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass der Vermieter gegen dieses Gebot verstoßen hat (BGH, Urt. v. 06.07.2011 - VIII ZR 340/10 - WuM 2011, 513). Nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen muss der Mieter die notwendigen Tatsachen für seinen Anspruch beibringen. Macht er geltend, dass die Kosten bei einer ordentlichen Wirtschaftsführung geringer gewesen wären, muss er entsprechend dazu vortragen.

Er muss ggf. den Grund für die Kostensteigerung anführen (LG Berlin, Beschl. v. 17.08.2017 - 67 S 190/17; LG Berlin, Urt. v. 13.01.2017 - 63 S 132/16 - Grundeigentum 2017, 294, für Versicherungskosten). Dazu hat er die Ursache zu ermitteln, etwa durch Belegeinsicht. Auf diese Weise lässt sich zumeist klären, weshalb sich die Kosten gegenüber dem Vorjahr stark erhöht haben. Dann kann der Mieter z.B. geltend machen, dass eine Lohnerhöhung von 40% für den Hausmeister nicht gerechtfertigt oder eine Hausreinigung drei Mal in der Woche zu viel des Guten ist.

Darauf muss der Vermieter erwidern. Er könnte beispielsweise entgegenen, dass die Hausmeisterkosten stark gestiegen sind, weil sich das Aufgabenfeld oder der zeitliche Arbeitsumfang aus sachgerechten Gründen erweitert hat. Er

könnte erläutern, dass eine häufigere Treppenreinigung wegen regelmäßiger Verschmutzungen erforderlich sei.

Einigen Gerichtsurteilen zufolge obliegt es dem Mieter auch, Kostenvergleiche anzustellen oder aussagekräftige Vergleichsangebote vorzulegen (BGH, Urt. v. 13.06.2007 - VIII ZR 78/06 Rn. 13 - WuM 2007, 393; OLG Rostock, Urt. v. 27.09.2012 - 3 U 65/11 - WuM 2013, 375; AG Hamburg, Urt. v. 15.09.2016 - 48 C 51/16 - WuM 2016, 663; AG Köln, Urt. v. 28.12.2010 - 211 C 185/10 - ZMR 2011, 559). Milger, die Vorsitzende des VIII. Zivilsenats, relativiert diese Aussagen (NZM 2012, 657, 661 f.; zustimmend Streyl, NZM 2013, 97, 102). Nach ihrer Ansicht sind die Voraussetzungen, die viele Instanzgerichte an die Darlegungspflicht des Mieters gestellt haben, viel zu weitgehend. Es genüge, wenn der Mieter grobe Anhaltspunkte vorbringe, die geeignet seien, eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes als entstanden erscheinen zu lassen. Eigene Marktrecherchen, die Einholung von Vergleichsangeboten oder von Sachverständigengutachten seien nicht erforderlich. Auch dieser Auffassung folgend, würde der Mieter seiner Darlegungslast womöglich bereits genügen, wenn er auf eine außergewöhnliche Kostensteigerung hinweist.

b) Sekundäre Darlegungslast des Vermieters?

Den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei kann die sekundäre Darlegungslast treffen. Diese Verpflichtung besteht im Allgemeinen, wenn der primär darlegungspflichtigen Partei ein näherer Vortrag nicht möglich oder zumutbar ist, während die andere Partei alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihr nähere Angaben zuzumuten sind. Dementsprechend haben einige Gerichte dem Vermieter die sekundäre Behauptungslast auferlegt, wenn er allein die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit notwendigen Kenntnisse und Informationen besitzt (KG, Beschl. v. 07.02.2011 - 8 U 147/10 - WuM 2011, 367; LG Heidelberg, Urt. v. 26.11.2010 - 5 S 40/10 - WuM 2010, 746 - Vorinstanz zur nachfolgend zitierten BGH-Entscheidung; AG Steinfurt, Urt. v. 09.12.2015 - 21 C 1299/15 - WuM 2016, 520; AG Köln, Urt. v. 28.12.2010 - 211 C 185/10 - ZMR 2011, 559).

Dieser Auffassung folgend müsste womöglich der Vermieter darlegen, inwieweit er sich be-

müht hat, einen preiswerteren Anbieter zu finden, dass er mehrere Vergleichsangebote eingeholt hat, aber kein Angebot nennenswert kostengünstiger war oder welche Gründe ihn dazu bewogen haben, von einer Ausschreibung abzusehen.

Dem ist der BGH nicht gefolgt. Er ist der Ansicht, dass es sich bei der Beurteilung, ob das Wirtschaftlichkeitsgebot verletzt sei, regelmäßig nicht um interne, für den Mieter nicht ersichtliche Kostenkalkulationen des Vermieters handelt, sondern um objektive Gegebenheiten (BGH, Urt. v. 06.07.2011 - VIII ZR 340/10 Rn. 21 - WuM 2011, 513). Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen kämen die Grundsätze der sekundären Darlegungslast zum Tragen.

Die Sichtweise des BGH, dass den Vermieter regelmäßig nicht die sekundäre Darlegungslast trifft, ist im Schrifttum stark kritisiert worden (Flatow, WuM 2012, 235, 242; Hinz, NZM 2014, 137, 143; Derckx, Langenberg, Lehmann-Richter, Leo und Sternel, alle in InfoM 2011, 310 f.; Langenberg/Zehlein, NZM 2013, 169; Timme/Günnewig, MietRB 2012, 83, 85; Zehlein, NZM 2014, 11). Der BGH verkenne, dass es oftmals nicht um objektive Erkenntnisse gehe, die der Mieter mit zumutbarem Aufwand erlangen könne. In vielen Fällen gebe es für den Mieter keine unschwer zu recherchierenden ortsüblichen Entgelte.

Das AG Berlin-Charlottenburg hat im vorliegenden Fall nicht auf die Grundsätze der sekundären Darlegungslast zurückgegriffen.

c) Darlegungslast bei erheblich gestiegenen Betriebskosten

Erscheint die Kostensteigerung wegen des enormen Umfangs oder aufgrund anderer Umstände unplausibel, kann es ausreichen, wenn der Mieter hierauf hinweist. In derartigen Fällen genügt der Mieter seiner Darlegungslast bereits, indem er die Diskrepanz zu vergangenen Abrechnungszeiträumen aufzeigt. Darauf muss der Vermieter gemäß § 138 Abs. 2 ZPO erwidern. Gibt er keine nachvollziehbare Begründung an, ist die Kostenerhöhung nicht umlagefähig. Dazu lassen sich zahlreiche Urteile anführen, die teilweise nach der grundlegenden BGH-Entscheidung zur Verteilung der Darlegungslast

bei einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots ergangen sind:

- KG, Urt. v. 12.01.2006 - 12 U 216/04 - NZM 2006, 294 = ZMR 2006, 446: für einen Anstieg der Hauswart- und Bewachungskosten von 69%;
- LG Kiel, Urt. v. 09.02.1995 - 8 S 218/94 - WuM 1996, 628: für eine Kostensteigerung des Hausmeisterbetriebs von mehr als 40%;
- AG Dortmund, Urt. v. 15.09.2015 - 425 C 1223/15 - WuM 2015, 626: für eine dem Mieter berechnete Erhöhung der Hauswartkosten von 142,93 Euro auf 422,73 Euro (196%) und eine Anhebung der Versicherungskosten von 244,56 Euro auf 569,86 Euro (133%) nach Übertragung der Aufgaben auf eine Tochterfirma des Vermieters;
- AG Gelsenkirchen, Urt. v. 25.06.2013 - 3b C 333/12 - ZMR 2014, 127: für extrem gestiegene Gartenpflegekosten;
- AG Annaberg, Urt. v. 20.07.2006 - 4 C 604/04 - WuM 2007, 131: für eine Erhöhung der Hausmeisterkosten um 133,5%;
- AG Leipzig, Urt. v. 17.06.2003 - 18 C 2588/03 - WuM 2003, 452: für eine Verdopplung der Hausmeister- und Hausreinigungskosten;
- AG Köln, Urt. v. 27.12.1990 - 222 C 471/90 - WuM 1991, 701: für eine Steigerung der Hausmeisterkosten von 9.000 auf 14.000 DM (55,6%);

Diese Grundsätze gelten nicht für moderate Kostenerhöhungen. Eine Kostensteigerung von nur 10% gegenüber dem Vorjahr ist nicht ausreichend, um dem Vermieter die Darlegungslast aufzuerlegen (LG Berlin, Beschl. v. 17.08.2017 - 67 S 190/17 - Grundeigentum 2017, 1170, entgegen der früheren Meinung des KG, Urt. v. 12.01.2006 - 12 U 216/04 - NZM 2006, 294 = ZMR 2006, 446). Das AG Berlin-Charlottenburg definiert hier einen Kostenanstieg als erheblich, wenn er mehr als 50% beträgt.

Keines der angeführten Gerichtsurteile enthält eine prozessualrechtliche Begründung für die Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf den Vermieter. Womöglich kommen hier die Grundsätze des Anscheinsbeweises zum Tragen. Bei einer extremen Kostenerhöhung spricht ein Erfahrungssatz dafür, dass der Vermieter das Gebot der Wirtschaftlichkeit missachtet hat. Es ist dann Sache des Vermieters dies zu entkräften.

3. Pflicht des Vermieters zur Einholung von Vergleichsangeboten

Vor Abschluss von neuen Verträgen hat der Vermieter grundsätzlich die Pflicht, den Markt zu sondieren und Vergleichsangebote einzuholen (KG, Urt. v. 07.02.2011 - 8 U 147/10 - WuM 2011, 367; AG Zossen, Urt. v. 30.08.2012 - 5 C 418/11 - WuM 2012, 555). In der Regel darf sich der Vermieter nicht auf die Einholung eines einzelnen Angebots beschränken. Bei größeren Verwaltern und Vermietern sind die Anforderungen strenger (Milger, NZM 2008, 1, 10). Bei kostenintensiven Betriebskostenarten ist ein Wohnungsunternehmen zu einer Ausschreibung verpflichtet (AG Dortmund, Urt. v. 22.03.2016 - 425 C 9513/15 - ZMR 2016, 457; AG Dortmund, Urt. v. 15.09.2015 - 425 C 1223/15 - WuM 2015, 626; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 560, Rn. 80). Dies gilt erst recht, wenn der Vermieter die Arbeiten durch einen Eigenbetrieb ausführen lassen will und deshalb eine sich am Markt orientierende Preisbildung durch eine Ausschreibung und entsprechende Konkurrenzsituation überhaupt nicht stattfindet (AG Dortmund, Urt. v. 15.09.2015 - 425 C 1223/15 - WuM 2015, 626). Aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit folgt aber keinesfalls die Verpflichtung, stets das preiswerteste Angebot anzunehmen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.03.2013 - I-24 U 115/12 - Grundeigentum 2013, 1273).

4. Schätzung des Schadens

Das AG Berlin-Charlottenburg hat die Schadenshöhe ermittelt, in dem es die Mittelwerte des örtlichen Betriebskostenspiegels herangezogen hat (so auch AG Berlin-Schöneberg, Urt. v. 02.08.2011 - 15 C 186/11, Tz. 12 - Grundeigentum 2011, 1622). Das ist eine sehr grobe Schätzung. Bei ungerechtfertigten Kostensteigerungen liegt es näher, das Ergebnis der Vorjahresabrechnung zugrunde zu legen, ggf. zusätzlich einer angemessenen Kostensteigerung (vgl. dazu LG Hamburg, Urt. v. 27.06.2000 - 316 S 15/00 - NZM 2001, 806; AG Dortmund, Urt. v. 15.09.2015 - 425 C 1223/15 - WuM 2015, 626).

Das Amtsgericht hat von dieser Verfahrensweise abgesehen, weil nach seiner Ansicht ein Sonderfall bestanden hat. Diesen sieht es darin begründet, dass nicht der Vermieter den Vertrag für Winterdienst, Gartenpflege und Hauswart-

arbeiten gekündigt hat, sondern das Dienstleistungsunternehmen. Die Mieterin dürfe nicht bessergestellt werden als bei einer Neuausschreibung der Verträge. Diese Vorgehensweise wäre nur gerechtfertigt gewesen, wenn der Vermieter zuvor einen besonders kostengünstigen Vertrag abgeschlossen hatte. Es erscheint jedoch fragwürdig, diese Schlussfolgerung nur durch einen Vergleich mit dem Betriebskostenspiegel zu ziehen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Sind einzelne Betriebskosten im Vergleich mit der Vorjahresabrechnung wesentlich angestiegen, kann der Mieter seiner Darlegungslast genügen, wenn er auf diesen Umstand hinweist. Als Richtschnur für eine wesentliche Kostenerhöhung gibt das AG Berlin-Charlottenburg mehr als 50% an.

4

Wohnraummiete: Wirksamkeit einer Formulklausel über die Verlängerung der Verjährung für Ersatzansprüche des Vermieters

Leitsatz:

Die in einem von dem Vermieter verwendeten Formularmietvertrag enthaltene Bestimmung "Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache und Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in zwölf Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses." ist mit wesentlichen Grundgedanken des § 548 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB unvereinbar und benachteiligt den Mieter deshalb entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen; sie ist daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.11.2017, VIII ZR 13/17

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

A. Problemstellung

Der BGH hatte sich mit der in Literatur und Rechtsprechung bislang umstrittenen Frage zu befassen, in wie weit die kurze Verjährungsfrist des § 548 BGB sowohl hinsichtlich ihres Beginns als auch hinsichtlich ihrer Länge formularvertraglich abweichend geregelt werden kann.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Zwischen der klagenden Vermieterin und der beklagten Mieterin bestand seit 2003 ein Mietverhältnis. Dieses endete mit Kündigung der Mieterin am 28.02.2015. Bereits zwei Monate zuvor, am 29.12.2014 hatte die Klägerin die Wohnung von der Beklagten zurückerhalten. Der von der Klägerin verwendete Formularmietvertrag enthielt folgende Bestimmung: „Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache und Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in zwölf Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses.“

Nach Rückgabe der Mietsache stellte die Klägerin diverse Schadensersatzansprüche wegen übervertragsmäßigen Gebrauchs fest. Bezüglich dieser erhob sie am 25.06.2015 Zahlungsklage, welche jedoch erst am 01.10.2015 zugestellt wurde. Der vom Amtsgericht am 06.07.2015 angeforderte Kostenvorschuss ging am 21.09.2015 ein. Das Amtsgericht hatte die Klage abgewiesen, die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter.

Der BGH hat die Revision zurückgewiesen. Der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Verschlechterung der Mietsache nach § 280 Abs. 1 BGB sei gemäß § 548 Abs. 1 Sätze 1, 2 BGB verjährt, sodass der Beklagten, die die Einrede der Verjährung erhoben habe, gemäß § 214 Abs. 1 BGB ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Die Klägerin könne sich insbesondere nicht auf die diesbezüglich im Mietvertrag getroffene Vereinbarung berufen, da diese Bestimmung

nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei.

Gemäß § 548 Abs. 1 Sätze 1, 2 BGB verjähre ein Ersatzanspruch des Vermieters wegen Veränderung oder wegen Verschlechterung der Mietsache in sechs Monaten, beginnend ab dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Sache zurückerhalte. Nachdem die Wohnung am 29.12.2014 zurückgegeben worden sei, trete Verjährung mit Ablauf des 29.06.2015 ein. Als den Eintritt der Verjährung hemmenden Tatbestand komme allein die Erhebung der Klage nach § 253 Abs. 1 ZPO in Betracht. Da diese jedoch wegen der verspäteten Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses erst am 01.10.2015 zugestellt worden sei, werde die Verjährungsfrist vor ihrem Ablauf nicht gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt.

Soweit der Mietvertrag bestimme, dass Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache und Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung in zwölf Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses verjähren, so werde der Eintritt der Verjährung der in § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten Ansprüche gegenüber der gesetzlichen Regelung durch diese Bestimmung in zweifacher Hinsicht erschwert. Zum einen werde die Frist von sechs auf zwölf Monate verdoppelt. Zum anderen verändere die Klausel zusätzlich den Beginn des Fristlaufs, in dem sie nicht auf den Zeitpunkt des Rückerhalts der Mietsache abstelle, sondern auf das Datum, an dem das Mietverhältnis ende.

Im Hinblick auf beide genannten Regelungsinhalte halte die Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand, weil sie die Beklagte entgegen den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteilige. Eine unangemessene Benachteiligung liege dann vor, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene – hier auf eine möglichst lange Offenhaltung seiner Anspruchsdurchsetzung gehende – Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versuche, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Eine unangemessene Benachteiligung sei zudem anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedan-

ken der gesetzlichen Regelung von der abgewichen werden soll, nicht zu vereinbaren sei.

Ob eine Formularbestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweiche, vereinbar sei oder nicht, beurteile sich maßgeblich danach, ob die gesetzliche Regelung auf den Interessen beider Parteien berücksichtigenden Gerechtigkeitserwägungen beruhe oder reinen Zweckmäßigkeitserwägungen folge. So müssen bei einer abweichenden Regelung regelmäßig sachliche Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrunde liegende Gerechtigkeitsgebot infrage stellen und eine abweichende Regelung erst als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen.

Den gesetzlichen Vorschriften über die Verjährung komme ein über bloße Zweckmäßigkeitserwägungen hinausreichender Gerechtigkeitsgehalt zu. Das Institut der Verjährung diene dem Rechtsfrieden und der Sicherheit des Rechtsverkehrs dadurch, dass der Anspruchsberechtigte genötigt werde, seine Ansprüche alsbald geltend zu machen, weil nach Ablauf der Verjährungsfrist die Möglichkeit ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit entfalle, wenn der Anspruchsgegner sich auf die Verjährung berufe.

Formularmäßige Verlängerungen der Verjährungsfrist seien vom BGH z.B. im Recht der Bürgschaft oder im Kaufvertragsrecht nur dann gebilligt worden, wenn sie sachlich gerechtfertigt seien und maßvoll erfolgen, wobei es für die Ausgewogenheit einer Klausel spreche, wenn die Begünstigung des Verwenders durch Vorteile für dessen Vertragspartner kompensiert werde.

Nach Ansicht des BGH, sei bereits eine sachliche Rechtfertigung für eine Verlängerung der kurzen Verjährungsfrist des § 548 BGB nicht ersichtlich. Der Vermieter werde durch die Rückgabe der Mietsache in die Lage versetzt, sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob ihm gegen den Mieter Ansprüche wegen Verschlechterung oder Veränderung der Mietsache zustehen. Weshalb diese Prüfung nicht in der vom Gesetz vorgesehenen Verjährungsfrist von sechs Monaten vorgenommen werden könne, sei nicht ersichtlich. Auch sei die in § 548 BGB geregelte kurze Verjährung durch berechnete Interessen des Mieters im Rahmen der Abwicklung des Mietverhältnisses begründet. Denn der Mieter

habe nach der Rückgabe der Mietsache auf diese keinen Zugriff mehr und könne somit keine beweissichernden Feststellungen mehr treffen. Zudem müsse der Mieter damit rechnen, dass der zum Zeitpunkt der Rückgabe bestehende maßgebliche Zustand der Mietsache angesichts einer in der Regel zu erwartenden zeitnahen Überlassung an einen anderen Mieter alsbald verändert werde. Schließlich spreche auch der vom Gesetzgeber mit § 548 BGB verfolgte Zweck (BT-Drs. 14/4553) – nämlich möglichst schnelle Klärung über bestehende Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache – gegen die Zulässigkeit einer formularvertraglichen Verlängerung der Verjährungsfrist.

Soweit die Klausel spiegelbildlich die Verlängerung der Verjährungsfrist für die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen und auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung vorsehe, so stelle auch dies keine ausreichende Kompensation für den Mieter dar mit der Folge, dass die Bestimmungen in ihrer Gesamtheit als eine interessengerechte Gleichbehandlung beider Vertragsparteien verstanden und damit als ausgewogen angesehen werden könnte. Denn auch die reziproke Verlängerung bei der Verjährungsfrist ändere nichts an dem berechtigten Interesse des Mieters an einer möglichst kurzen, an der Rückgabe der Mietsache anknüpfenden Verjährungsfrist. An der erforderlichen Ausgewogenheit fehle es auch deshalb, weil den in § 548 BGB genannten Ansprüchen des Vermieters eine große praktische Bedeutung zukomme, während dies für die Ansprüche der Mieter deutlich seltener vorkommen dürfte.

Die mietvertragliche Vereinbarung verstoße aber auch deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil sie den Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist für die in § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten Ansprüche des Vermieters verändere. Während das Gesetz in § 548 Abs. 1 Satz 2 BGB vorsehe, dass die Verjährung der Vermieteransprüche im Zeitpunkt des Rückerhalts der Mietsache beginne, verschiebe die streitgegenständliche Vereinbarung den Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses. Auch dies stehe mit dem Zweck des § 548 BGB nicht im Einklang. Auch hier könne der Vermieter die Mietsache im Zeitpunkt der Rückgabe untersuchen und sich über etwaige Ansprüche klar werden. Nur bis zu diesem Zeitpunkt der Rückgabe habe zudem der

Mieter die Möglichkeit, beweissichere Feststellungen zum Zustand der Mietsache treffen zu können.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH verdient Zustimmung. Soweit in der Rechtsprechung der Instanzgerichte (LG Frankfurt, Beschl. v. 24.02.2011 - 2/11 S 309/10 - NZM 2011, 546; LG Detmold, Urt. v. 01.06.2011 - 10 S 14/09) und in der mietrechtlichen Literatur (u.a. Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 548 Rn. 62; Bieber in: MünchKomm., BGB, 7. Aufl. 2016, § 548 Rn. 26; Lützenkirchen in: Ermann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 548 Rn. 3; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XIII 241) überwiegend die Auffassung vertreten wird, eine formelmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist der in § 548 BGB geregelten Ansprüche von sechs auf zwölf Monate sei unbedenklich, wenn diese Verlängerung sowohl für Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderung und Verschlechterung der Mietsache als auch für Ansprüche des Mieters auf Aufwendungsersatz und Wegnahme von Einrichtungen gleichermaßen gelte, so ist der BGH dieser Ansicht zu Recht nicht gefolgt. Insofern sind bereits keine sachlichen Gründe erkennbar, die es rechtfertigen würden, dass in § 548 BGB enthaltene Gerechtigkeitsgebot und den darin zum Ausdruck kommenden Interessenausgleich beider Parteien in Frage zu stellen. Ratio legis des § 548 BGB ist eine zeitnahe und vollumfängliche Abwicklung des Mietverhältnisses nach Rückgabe der Mietsache zu gewährleisten. Insbesondere sollen durch einen längeren Zeitablauf entstehende Probleme mit der Beweisführung vermieden werden. Diese ratio legis würde durch eine Verlängerung der Verjährungsfrist vereitelt werden und zu einem erheblichen Ungleichgewicht des ursprünglichen Gerechtigkeitsgebotes führen. Dies deshalb, weil der in der Regel die Vertragsbedingungen verwendende Vermieter hierdurch erhebliche Vorteile hätte. Er könnte nämlich seine Ansprüche noch weit nach Rückgabe geltend machen. Wenn die gegenteilige Ansicht hier vertritt, dass die Festlegung einer Frist in weiten Grenzen willkürlich und vielfach von Zahlensystematik geprägt sei, so mag die Festlegung einer Zahl zwar auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, kann aber nicht zur Begründung der Abweichung vom Gesetzeszweck und dem dar-

in enthaltenen Gerechtigkeitsgebot/Interessenausgleich führen. Ebenso wenig vermag das Argument zu überzeugen, dass ein Vermieter nur mit Mühe in der Lage ist, innerhalb von sechs Monaten zu klären, ob ein Schadensersatzanspruch besteht. Erfahrungsgemäß neigen Vermieter dazu, nur sehr schleppend ihre Ansprüche geltend zu machen. Insoweit wird auf Vermieterseite ein zeitnahes Handeln durch Einholung von Angeboten, durch Setzen einer angemessenen Nachfrist sowie einer gestellten Einwohnermeldeamtsanfrage zur Adressenermittlung häufig verabsäumt.

Der Nachteil der dogmatisch richtigen Entscheidung des BGH ist allerdings, dass Ersatzansprüche des Vermieters bei vorzeitiger Rückgabe der Mietsache gemäß § 548 Abs. 1 Satz 2, § 200 Satz 1 BGB bereits vor ihrer Entstehung verjährt sein können (so auch Witt, NZM 2012, 545, 549) oder es zu einer erheblichen faktischen Verkürzung des Zeitraums der Geltendmachung dieser Ersatzansprüche kommen kann. Zu denken ist hier z.B. an bei Beendigung des Mietverhältnisses geschuldete fällige Schönheitsreparaturen. Dieser Anspruch auf Durchführung derselben entsteht erst mit Beendigung des Mietverhältnisses und kann erst zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Fälligkeit verlangt werden. Wird die Mietsache jedoch erheblich vor dem eigentlichen Beendigungszeitpunkt zurückgegeben, beginnt die Sechsmonatsfrist für diese Ansprüche ab dem Zeitpunkt der Rückgabe zu laufen, unabhängig davon, wann das Mietverhältnis beendet ist.

D. Auswirkungen für die Praxis

Ist auf Vermieterseite eine Verlängerung der Verjährungsfrist von sechs Monaten auf zwölf Monate gewünscht, so bleibt hier nur der Weg über die Individualvereinbarung. Im Rahmen der Individualvereinbarung lässt der BGH in den Grenzen des § 202 Abs. 2 BGB eine solche Verlängerung zu.

Darüber hinaus ist Vermietern anzuraten, davon Abstand zu nehmen, angebotene Mietsachen vorzeitig zurückzunehmen. Ob ein Recht zur vorzeitigen Rückgabe der Mietsache des Mieters besteht, ist bislang durch den BGH nicht entschieden, sondern vielmehr offengelassen worden (BGH, Urt. v. 12.10.2011 - VIII ZR 8/11 - WuM 2012, 95). Soweit hier diesbezüglich

grundsätzlich unter Heranziehung von § 271 Abs. 2 BGB und dem Hinweis auf die fehlende Gebrauchspflicht vertreten wird (u.a. Streyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 546 Rn. 77), dass der Mieter ein Recht zur vorzeitigen Rückgabe der Mietsache hatte, so kann dem nicht gefolgt werden. Denn grundsätzlich verlagert der Mieter mit einer vorzeitigen Rückgabe der Mietsache seine ihm obliegenden Obhutspflichten als Nebenpflichten zu § 535 Abs. 1 BGB auf den Vermieter, wofür keinerlei Rechtsgrundlage ersichtlich ist. Insbesondere ist § 271 Abs. 2 BGB nicht anwendbar, da dieser voraussetzt, dass der Gläubiger durch die Vorausleistung kein vertragliches Recht verliert oder seine rechtlich geschützten Interessen nicht beeinträchtigt werden (wie hier: Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl. 2007, § 546 Rn. 11; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Teil XIII Rn. 14; Bieber: in MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2016, § 546 Rn. 16; Krapf, Festschrift, 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz, eine Bilanz, 2011 zu § 548 BGB).

Allenfalls ausnahmsweise kann eine Rückgabe einige Wochen - nach diesseitiger Ansicht höchstens zwei Wochen - vor Vertragsende ausnahmsweise nach Treu und Glauben möglich sein (ähnlich auch OLG Dresden, Urt. v. 20.06.2000 - 23 U 403/00 - NZM 2000, 827). Sollte der Mieter allerdings dem Vermieter die Rückgabe durch Übersendung der Schlüssel aufzwingen, sollte der Vermieter in Anbetracht der unklaren Rechtslage die Mietsache in Besitz nehmen und seine Ansprüche zeitnah geltend machen.

5

Pflicht eines Wohnungseigentümers als Vermieter zur Beseitigung einer Parabolantenne auf dem Balkon

Leitsätze:

1. Die Aufstellung/Montage einer weithin sichtbaren Parabolantenne auf einem Balkon eines Wohnungseigentums durch den dortigen Mieter führt zu einem vermeidbaren Nachteil für die Wohnungseigentümer; vgl. LG Hamburg, Urt. v. 09.04.2014 - 318 S 111/13 - ZMR 2014, 743.

2. Der vermietende Wohnungseigentümer ist verpflichtet alle zumutbaren Maßnahmen

zu ergreifen, um die Beseitigung gegenüber seinem Mieter durchzusetzen.

Anmerkung zu AG Köln, Urteil vom 22.05.2017, 202 C 175/16

von **Wolfgang Dötsch**, RiOLG

A. Problemstellung

Auch zunehmend bessere Internetangebote haben die Parabolantennen-Probleme in der Praxis leider noch nicht ganz beseitigen können. Der Fall zeigt dies nochmals und ist deswegen auch besonders lehrreich, weil es um eine vermietete Eigentumswohnung geht und der Vermieter über § 14 Nr. 2 WEG selbst für das Fehlverhalten seines Mieters in Anspruch genommen wird; zudem ist die Frage der Tenorierung/Antragsfassung spannend.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Beklagte ist Mitglied der klagenden WEG; ihm gehört eine von seinem Sohn als Mieter bewohnte Wohnung. Auf deren Balkon ist – wie auch bei anderen Einheiten – eine Parabolantenne installiert. Die Gemeinschaft verfügt über einen Breitbandkabelanschluss. In einer Eigentümerversammlung wurde bestandskräftig beschlossen, dass Parabolantennen an Balkonen unzulässig und zu entfernen seien, zugleich ermächtigte die Gemeinschaft die Verwaltung zur außergerichtlichen und gerichtlichen Geltendmachung von Beseitigungsansprüchen. Die Klägerin behauptet, über den Kabelanschluss könnten für geringe Zusatzkosten auch griechische Fernseh- und Rundfunkprogramme empfangen werden; weitere zudem über das Internet. Die Parabolantenne sei an einer Stange montiert und beeinträchtige das ästhetische Gesamtbild der Anlage nachteilig. Die Klägerin beantragt mit dem Hauptantrag, den Beklagten zur Entfernung der näher bezeichneten Parabolantenne zu verurteilen. Hilfsweise wird beantragt (a) den Beklagten zu verurteilen, alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, dass die Parabolantenne entfernt wird und (b) ein Ordnungsgeld/Ordnungshaft anzudrohen (§ 890 Abs. 2 ZPO).

Der Beklagte behauptet, die Parabolantenne sei nicht an der gemeinschaftlichen Hauswand installiert, sondern stehe auf dem Balkon auf einer entsprechenden Vorrichtung. Die Antenne sei für den Empfang von Heimatsendern (Art. 5 Abs. 1 GG) wichtig und die Antenne beeinträchtige nicht das äußere Erscheinungsbild der Fassade und Hauswand. Die Parabolantenne genieße zudem „Bestandsschutz“, da sie bereits seit zehn Jahren vorhanden sei.

Der Hauptantrag ist unbegründet, da der Beklagte die Wohnung selbst nicht bewohnt. Der Hilfsantrag zu (a) hat aber Erfolg.

Die WEG hat einen Anspruch darauf, dass der Beklagte die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung der Parabolantenne unternimmt, aus § 1004 Abs. 1 BGB i.V.m. den §§ 15 Abs. 3, 14 Nr. 1 WEG. Bei dem Aufstellen einer Parabolantenne handele es sich um eine zustimmungspflichtige bauliche Veränderung i.S.v. § 22 Abs. 1 WEG. Als Vermieter und Mitglied der WEG sei der Beklagte verpflichtet, Beeinträchtigungen, die von seinem Mieter herrühren, zu unterbinden. Entscheidend sei, ob den übrigen Wohnungseigentümern durch die Parabolantenne ein Nachteil erwachse, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehe. Nachteilig i.S.v. § 22 Abs. 1 i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG sei im Grundsatz jede nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung und der in der Aufstellung der Parabolantenne auf dem Balkon liegende Gebrauch des Sondereigentums führe zu einem Nachteil, der über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidlichen Maß hinausgehe (LG Hamburg, Ur. v. 09.04.2014 - 318 S 111/13 - ZMR 2014, 743 f.).

Ob die Antenne an der Hauswand installiert sei oder auf „einer entsprechenden Vorrichtung“ stehe, sei unerheblich, weil sie jedenfalls sichtbar auf dem Balkon sei und gemäß Eigentümerbeschluss die Montage von SAT-Schüsseln an der Fassade/den Balkonen unzulässig sei. Würde man dem Beklagten bzw. seinem Sohn das Recht zuerkennen, eine Parabolantenne aufzustellen, müsste das gleiche Recht jedem anderen Miteigentümer oder dessen Mieter zuerkannt werden, der gleichfalls ein Interesse am Empfang ausländischer Sender habe. Dies wäre geeignet, das äußere Bild des Objekts nachhaltig zu beeinträchtigen. Ob dem Beklagten mög-

licherweise ein Anspruch zustehe, eine Parabolantenne an nicht sichtbarer Stelle zu installieren, brauche nicht entschieden werden.

Es fehle ausreichender Vortrag dazu, dass das schutzwürdige Informationsinteresse nicht durch Internet/Breitbandanschluss befriedigt werden könne

Unerheblich sei auch, ob die Parabolantenne bereits seit zehn Jahren oder erst seit Anfang 2016 installiert ist, da die Verjährungseinrede beklagenseits nicht erhoben worden ist, so dass es einer Beweisaufnahme hierzu nicht bedürfe. Dass sich der Bestandsschutz nur auf die auf dem Dach montierten Antennen und nicht diejenigen, die an der Fassade oder sichtbar auf den Balkonen angebracht sind, erstrecke, ergebe sich explizit aus dem im Jahr 2013 gefassten Beschluss.

Der Antrag betreffend die Androhung von Ordnungsmitteln sei unbegründet, da die titulierte Handlung eine nicht vertretbare ist, die gemäß § 888 ZPO zu vollstrecken sei, wobei gemäß § 888 Abs. 2 ZPO eine Androhung der Zwangsmittel nicht statfinde.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung ist recht knapp gefasst und soll daher etwas näher erläutert werden. Schon im Ansatz überzeugt es wegen § 14 Nr. 2 WEG eigentlich dogmatisch kaum, den vermietenden Wohnungseigentümer nicht einfach selbst zur Beseitigung der Antenne zu verurteilen, sondern (nur) zum „Ergreifen“ aller „zumutbaren Maßnahmen“ – was zudem ja auch reichlich unbestimmt ist. Die reine Beseitigung würde dann einfach unter § 887 ZPO fallen (allgemein Seibel in: Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 887 Rn. 3 „Beseitigung“ m.w.N.), was aber ggf. doch eher problematisch wäre, wenn der Mieter nicht „mitspielt“; eine zu Ersatzmaßnahmen erforderliche Zustimmung des Mieters wäre dann ggf. noch einzuholen (Seibel in: Zöller, ZPO, § 887 Rn. 7, streitig). Indes hat die h.M. in der schwierigen Dreiecksbeziehung WEG-Vermieter-Mieter schon recht lange anerkannt, dass der – hier gewählte – Weg über § 888 ZPO wohl doch eher richtig ist, wenn der Mieter sich weigert und die Mietsache zur Beseitigung der baulichen Veränderung etc. auch tatsächlich betreten werden muss (vgl. etwa nur LG München I, Beschl. v.

11.09.2003 - 1 T 14231/03 - NJW-RR 2004, 588 m.w.N.). Im Verfahren nach § 888 ZPO wird dann geprüft, was dem Vermieter „zumutbar“ ist und hier liegen die Hürden freilich sehr hoch und er muss seinem Mieter etwa auch finanzielle Kompensationen anbieten oder selbst wenig aussichtsreiche Klagen erheben (vertiefend Dötsch in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 114 ff. auch zu den bestehenden Unklarheiten in diesem Bereich).

Dass in der Sache ein Rückbauanspruch besteht, ist natürlich dann gesetzt. Es überzeugt indes wenig, dazu auf den bestandskräftigen „Verbotsbeschluss“ abzustellen, weil dieser keine „anspruchsvernichtende“ Wirkung haben könnte, da insofern wohl gar keine Beschlusskompetenz besteht (AG Hamburg-Wandsbek, Ur. v. 24.10.2014 - 750 C 24/14 - ZMR 2015, 582). Liegt eine bauliche Veränderung vor – dazu sogleich – könnte aber auch ohne einen solchen Beschluss über § 1004 BGB oder § 15 Abs. 3 WEG – was entgegen dem Amtsgericht zwei verschiedene Anspruchsgrundlagen sind (deutlich BGH, Ur. v. 18.11.2016 - V ZR 221/15 - NZM 2017, 37 Rn. 26) – Rückbau verlangt werden.

Bei der Prüfung der §§ 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG übergeht das Amtsgericht leider die Streitfrage, ob eine bauliche Veränderung nur bei einem Substanzeingriff ins gemeinschaftliche Eigentum vorliegt (zur Streitfrage etwa Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl. 2018, § 22 Rn. 17 m.w.N.). Verneint man das und bejaht ein bloßes Gebrauchmachen, greift aber ebenfalls zumindest § 14 Nr. 1 WEG bei erheblichen optischen Ausstrahlungen etc. Im Ergebnis wird sich freilich der Streit daher selten auswirken.

Das Amtsgericht weist ansonsten ein überwiegendes Informationsinteresse des Mieters hier aus Substantiierungsgesichtspunkten zurück, was in einem anderen Fall schnell schwieriger sein kann (allgemein dazu Dötsch in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 34 m.w.N.). Zu beachten ist jedoch, dass selbst ein etwaiger Genehmigungsanspruch des Wohnungseigentümers (zugunsten seines Nutzers) nichts am Rückbauanspruch ändern würde, weil die formelle Illegalität hier schon ausreicht, wenn die Gemeinschaft ihr Mitspracherecht nur ausüben will (vertiefend Dötsch in: BeckOK-WEG, § 14 Rn. 35 m.w.N.).

Nicht vertieft wird vom Amtsgericht allerdings hier leider, ob in dem im Tatbestand erwähn-

ten Berufen auf den Bestandsschutz und die lange Frist von zehn Jahren – für sich genommen „Quatsch“ – nicht auch ein konkludentes Erheben der Verjährungseinrede liegen könnte. Rückbauansprüche verjähren nach den §§ 195, 199 BGB (BGH, Urt. v. 04.07.2014 - V ZR 183/13 - NJW 2014, 2861) und nach der – hier nicht unwahrscheinlichen – Verjährung bestünde dann nur noch ein Anspruch auf Duldung des Rückbaus durch die Gemeinschaft (Dötsch in: BeckOK-WEG, § 15 Rn. 153 m.w.N.) – was aber ein anderer Streitgegenstand wäre.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Schwierigkeiten in der Abgrenzung von §§ 887, 888 und 890 ZPO lassen es oft tunlich erscheinen, direkt gegen den Mieter – der nicht nach § 15 Abs. 3 WEG, aber nach § 1004 BGB haftet – vorzugehen (vgl. etwa auch Schmidt, ZMR 2009, 325, 333 f.).

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Der Beklagte hatte auch gerügt, es seien andere Parabolantennen vorhanden und man dürfe nicht nur gegen ihn vorgehen bzw. man verhalte sich schikanös. Das Amtsgericht hat (fragwürdig) mit „Verspätung“ argumentiert. Richtig ist, dass es keinen Anspruch auf „Gleichheit im Unrecht“ gibt bzw. dann jedenfalls nicht Duldung der eigenen rechtswidrigen Nutzung, sondern allenfalls ein Vorgehen (auch) gegen den anderen Störer verlangt werden kann (Dötsch in: BeckOK-WEG, § 15 Rn. 166). Die Grenze für die Annahme einer Schikane (§ 226 BGB) sind ebenfalls in diesem Bereich sehr hoch (Dötsch in: BeckOK-WEG, § 15 Rn. 167).

6

Wohnungseigentum: Maßgebliches Schallschutzniveau bei dem Dachgeschossausbau eines Altbaus

Orientierungssätze:

1. Für den in einer Wohnungseigentumsanlage zu gewährenden Schallschutz sind grundsätzlich die im Zeitpunkt der Errich-

tung des Gebäudes geltenden Schutzwerte maßgeblich.

2. Wenn aber aufgrund eines durch die Teilungserklärung gestatteten Dachgeschossausbaus in das Gemeinschaftseigentum an der Decke des darunter liegenden Geschosses konstruktiv eingegriffen wird, richtet sich das Maß des einzuhaltenden Mindestschallschutzes zwischen beiden Geschossen nach dem Zeitpunkt des Ausbaus des Dachgeschosses.

3. Dem Eigentümer der Wohnung unter dem Dachgeschoss steht ein Anspruch aus den §§ 21 Abs. 4, Abs. 5 WEG gegen die Wohnungseigentümergeinschaft auf Instandsetzung der im Gemeinschaftseigentum stehenden Teile der Geschossdecke zur Herstellung des Mindestschallschutzes zu.

Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 23.05.2017, 55 S 36/16 WEG

von **Dr. Johannes Hogenschurz**, Vors. RiLG, Köln

A. Problemstellung

Welchen Gebäudestandard die Miteigentümer einander schulden, ergibt sich aus der Gemeinschaftsordnung. Allerdings fehlen zum technischen Gebäudestandard, insbesondere zum Schallschutzniveau, regelmäßig ausdrückliche Regelungen. Das ist insbesondere misslich, wenn Bestandsimmobilien aufgeteilt und vermarktet werden. Denn gerade bei Altbauten aus der Zeit vor oder kurz nach dem zweiten Weltkrieg kann ein heute als notwendig empfundener Schallschutz aufgrund der bautechnischen Ausstattung nicht erwartet werden. Eine Verbesserung des Schallschutzes ist aufgrund der Balkendeckenkonstruktion oder aufgrund Betondecken von geringer Mächtigkeit mit wirtschaftlich zumutbarem Aufwand kaum vertretbar durchführbar. Wird überdies bei der Aufteilung ein Ausbaurecht für das Dachgeschoss eingeräumt, wird die Abgrenzung der Verantwortung für den Schallschutz zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und dem ausbauenden Miteigentümer zu einem besonderen Problem.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Wohnungseigentumsanlage besteht aus einem um das Jahr 1900 errichteten Mehrfamilienhaus. Der Kläger teilt das Haus im Jahr 1993 in Wohnungseigentum auf. Dabei wird dem Eigentümer der Dachgeschosswohnung die Befugnis eingeräumt, nach Einholung einer Baugenehmigung das Dachgeschoss zu Wohnzwecken auszubauen; zudem ist die Pflicht angeordnet, alle durch die Baumaßnahmen entstehenden Schäden am Gemeinschafts- sowie an fremdem Sondereigentum auf eigene Kosten zu beseitigen. Der Kläger veräußert den Dachgeschossrohling für rund 150.000 Euro. Der Erwerber nimmt den Dachgeschossausbau vor; dabei müssen wegen eines Schwammbefalls auch die Deckenbalken saniert und aus statischen Gründen mit angelaschten Kanthölzern verstärkt werden. Die Baubehörde macht hinsichtlich der Anforderungen an den Schallschutz keine Vorgaben. Der Kläger, der seine darunter gelegene Wohnung bewohnt, stellt nach der Sanierung fest, dass die Nutzungsgerausche aus der Dachgeschosswohnung laut und deutlich zu hören sind, unternimmt aber gegen den Erwerber nichts. Jahre vergehen und hinsichtlich etwaiger Ansprüche gegen den Erwerber tritt Verjährung ein. Nach einem Nutzungswechsel in der Dachgeschosswohnung werden dem Kläger die Lärmbelästigungen aus der Dachgeschosswohnung zu viel; nach einem Schallschutzgutachten, das er beauftragt, werden die im Zeitpunkt des Dachgeschossausbaus geltenden Schallschutzanforderungen der DIN 4109 (1989) nicht erreicht. Darauf beantragt der Kläger einen Eigentümerbeschluss, dass die Wohnungseigentümergeinschaft den Mindestschallschutz gemäß Sachverständigengutachten herstellt. Nach Ablehnung in der Eigentümerversammlung erhebt der Kläger rechtzeitig Anfechtungsklage und beantragt zugleich, die übrigen Wohnungseigentümer zu verpflichten, einen Mindestschallschutz nach DIN 4109 (1989) zwischen seiner und der Dachgeschosswohnung herzustellen. Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung. Sie sind der Ansicht, die Anspruchsgeltendmachung verstoße nach den Umständen des Einzelfalls gegen Treu und Glauben. Sie verweisen auf den im ganzen Haus bestehenden schlechten Schallschutz und (im Berufungsverfahren) auf die Kosten einer Sanierung bis zu 150.000 Euro.

Die Klage ist begründet. Der Kläger hat gegen die übrigen Miteigentümer einen Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung, § 21 Abs. 4 WEG, der hier auf Herstellung des Mindestschallschutzes gemäß der DIN 4109 (1989) zwischen der Dachgeschosswohnung und der Wohnung des Klägers gerichtet sein soll.

Weil eine Regelung zum Schallschutzniveau in der Teilungserklärung hier fehle, gelte grundsätzlich der im Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltende Schallschutzwert. Bis zu dieser Grenze sei das tatsächlich bestehende Schallschutzniveau nicht geschützt, muss also auch bei einem Wechsel des Bodenbelags nicht beibehalten werden (BGH, Urt. v. 01.06.2012 - V ZR 195/11; BGH, Urt. v. 27.02.2015 - V ZR 73/14). Die im Zeitpunkt des Umbaus geltenden Schallschutzanforderungen seien aber geschuldet, wenn in den unter dem Belag befindlichen Estrich und die Geschoßdecke eingegriffen wird, und sich nachhaltige Auswirkungen auf die Gebäudesubstanz ergeben (BGH, Urt. v. 27.02.2015 - V ZR 73/14 Rn. 11). Ein solcher Eingriff in die Geschoßdecke mit nachhaltigen Auswirkungen auf die Gebäudesubstanz ist hier durch die statische Ertüchtigung der Deckenbalken erfolgt, so dass der Erwerber beim Ausbau der Dachgeschoßwohnung den seinerzeit geltenden Mindestschallschutz gemäß DIN 4109 (1989) hätte beachten müssen. Das im Gebäude bestehende „besondere Gepräge“, nämlich ein schlechter Schallschutz zwischen allen Wohnungen, sei für die Bestimmung des geschuldeten Schallschutzniveaus ohne Bedeutung, denn dem „Gepräge“ komme keine Rechtsqualität zu (BGH, Urt. v. 27.02.2015 - V ZR 73/14 unter Aufgabe der früheren Rechtsansicht).

Aufgrund des erlaubten Ausbaus der Dachgeschoßwohnung durch den Erwerber mit einem erheblichen Eingriff in die Gebäudesubstanz sei der bei der Geschoßdecke zwischen der Dachgeschosswohnung und der darunter liegenden Wohnung einzuhaltende Schallschutz gemäß DIN 4109 (1989) auch im Verhältnis der Miteigentümer zueinander geschuldet und könne mit dem Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung, § 21 Abs. 4 WEG, eingefordert werden.

Der Anspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung verjähre nicht (BGH, Urt. v. 27.04.2012 - V ZR 177/11). Das Begehren sei nicht treuwidrig, denn dem Kläger könne man nicht

vorwerfen, dass wünschenswerte Regelungen zum Trittschallschutzniveau in der Teilungserklärung fehlen; der Anspruch sei dort eben nicht ausgeschlossen worden. Unzumutbare Kosten und eine Überschreitung der Kostengrenzen hätten die Beklagten unter Beachtung der Grenzen des Novenrechts im Berufungsverfahren, hier § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO, im Einzelfall nicht schlüssig vorgetragen. Dass der Kläger Ansprüche gegen den ausbauenden Erwerber als Handlungsstörer habe verjähren lassen, wird in der Entscheidung nicht erörtert.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung referiert zutreffend die in der Rechtsprechung des BGH aufgestellten Anforderungen an das Schallschutzniveau, wie sie bei Baumaßnahmen im Sondereigentum mit Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum gelten. Gibt es besondere Anforderungen aus Vereinbarungen der Miteigentümer, insbesondere also aus der Teilungserklärung, gelten diese, sonst ist nur das bei Errichtung (nicht: Aufteilung) des Gebäudes geltende Schallschutzniveau zu wahren, nur bei einem Eingriff in Estrich und Geschossdecke mit nachhaltigen Auswirkungen auf die Gebäudesubstanz das im Zeitpunkt des Umbaus geltende Schallschutzniveau. Maßgeblich sind die Mindestanforderungen der DIN 4109, die Schallschutzwerte in den Fassungen von 1962, 1989 und 2016 enthält.

Für vor Geltung der DIN 4109 (1962) errichtete Gebäude fehlen Schallschutzgrenzwerte. Welche Anforderungen in diesem Fall einzuhalten sind, hat zuletzt die Entscheidung LG Hamburg (Urt. v. 12.07.2017 - 318 S 31/16) erwogen, wegen Einhaltung der Schallschutzanforderungen aus der DIN 4109 (1962) aber nicht entscheiden müssen; die zugelassene Revision wird beim BGH unter dem Aktenzeichen V ZR 221/17 geführt.

Im hier durch das LG Berlin zu entscheidenden Sachverhalt geht es um eine andere Frage, nämlich ob die bei einer Baumaßnahme am Sondereigentum mit Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum zu beachtenden Schallschutzanforderungen zugleich das im Verhältnis der Miteigentümer (bei Fehlern von Vereinbarungen) einander geschuldete Schallschutzmaß beschreiben. Das ist ohne weiteres anzunehmen, soweit es um den bei Errichtung gel-

tenden Schallschutz geht. Hier geht es aber um die Frage, ob bei einem Eingriff in Geschossdecke und Estrich mit nachhaltigen Auswirkungen auf die Gebäudesubstanz nunmehr auch im Verhältnis der Wohnungseigentümer zueinander das im Zeitpunkt des Umbaus geltende (höhere) Schallschutzniveau gelten soll, also die durch einen Miteigentümer vorgenommene Baumaßnahme zu einer inhaltlichen Änderung des im Gemeinschaftsverhältnis geschuldeten Schallschutzniveaus führen kann. Argumente für diese Annahme fehlen in der Entscheidung des LG Berlin. Sie ergeben sich nicht aus der Rechtsprechung des BGH, in denen nur über Ansprüche gegen einzelne Miteigentümer wegen des Umbaus des Sondereigentums und dabei die Bestimmung eines erheblichen Nachteils i.S.v. § 14 Nr. 1 WEG zu entscheiden war. Im Gegenteil findet sich in der Entscheidung BGH, Urt. v. 27.02.2015 - V ZR 73/14 Rn. 10, zur Aufgabe des „besonderen Gepräges“ als Grundlage eines Anspruchs auf höheren Schallschutz die Aussage: Änderungen der Schallschutzwerte, wie sie durch die Neufassung der DIN 4109 im Jahr 1989 (und 2016) vorgenommen wurden, bleiben auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer ohne Auswirkungen. Denn andernfalls wären die Wohnungseigentümer gehalten, bei einer Erhöhung des Schutzniveaus den vorhandenen Schallschutz durch nachträgliche Maßnahmen zu verbessern; eine derartige Verpflichtung sieht das Gesetz indes nicht vor (vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 05.05.1994 - 8 W 315/93 - NJW-RR 1994, 1497). Eine solche Pflicht der Wohnungseigentümer kann auch nicht durch die Intensität der berechtigten oder unberechtigten Baumaßnahme eines Miteigentümers entstehen. Auch im vom LG Berlin entschiedenen Fall lässt sich in die Teilungserklärung im Wege der Auslegung nicht hineinlesen, dass die Miteigentümer für den Fall, dass der zum Ausbau berechtigte Miteigentümer einen erheblichen Eingriff in Geschossdecke oder Estrich mit nachhaltigen Auswirkungen auf das Gemeinschaftseigentum vornimmt, einander den im Zeitpunkt des Umbaus geltenden Schallschutz gewährleisten müssen; Regelungen zum Schallschutzniveau enthält die Teilungserklärung gerade nicht.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die an den Schallschutz zu stellenden Anforderungen bleiben trotz der grundsätzlichen Klä-

rung in der Rechtsprechung des BGH in Einzelfragen ein spannendes Feld. Sollte die Rechtsauffassung des LG Berlin zutreffen, müsste die Wohnungseigentümergeinschaft bei Umbaumaßnahmen einzelner Miteigentümer immer die Einhaltung des geschuldeten Schallschutzes prüfen, um bei Überschreitung die Individualansprüche der „gestörten Nachbarn“ zu vergemeinschaften und vor Verjährungseintritt geltend zu machen. Nur so ließe sich die eigene spätere Inanspruchnahme sicher vermeiden.