

**Herausgeber: Norbert Eisenschmid, RA**Erscheinungsdatum:  
08.02.2018Erscheinungsweise:  
vierzehntäglichBezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.**3/2018****Inhaltsübersicht:****Anm. 1 Rechtsfolgen bei falschen Flächenangaben in Mieterhöhungsverlangen: Vertragsanpassung wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage**Anmerkung zu AG Frankfurt, Urteil vom 31.08.2017, 33 C 864/17 (26)  
von Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus, RiAG, Universität Bielefeld**Anm. 2 Indexmiete: Formelle Anforderungen an Mietänderungserklärung des Vermieters**Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.11.2017, VIII ZR 291/16  
von Dr. Dietrich Beyer, RiBGH a.D.**Anm. 3 Kündigung bei Angriff eines Mieters auf den Hauswart**Anmerkung zu LG Berlin, Beschluss vom 17.07.2017, 65 S 149/17  
von Simone Bueb, RA'in**Anm. 4 Nutzung einer Teileigentumseinheit als Flüchtlingsunterkunft/ Arbeiterwohnheim**Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16  
von Jürgen Fritz, RA**Anm. 5 Heizkostenabrechnung bei Wohnraummiete: Wärmemengenzähler bei zentraler Warmwasserversorgungsanlage**Anmerkung zu LG Leipzig, Urteil vom 09.03.2017, 1 S 330/16  
von Prof. Dr. Siegbert Lammel**Anm. 6 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei Nichtaufsuchen des Beherbergungsortes durch Gast**Anmerkung zu AG Münster, Urteil vom 08.09.2017, 48 C 2016/17  
von Bernd Jahreis, RA, FA für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und FA für Erbrecht,  
Jahreis Fachanwaltskanzlei für Erb-, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Bayreuth**Zitiervorschlag:** Börstinghaus, jurisPR-MietR 3/2018 Anm. 1  
**ISSN 1860-157X**

## 1

## Rechtsfolgen bei falschen Flächenangaben in Mieterhöhungsverlangen: Vertragsanpassung wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage

### Orientierungssatz:

**Errechnet der Vermieter in einem Mieterhöhungsverlangen auf die ortsübliche Vergleichsmiete aufgrund einer falschen Quadratmeterzahl eine fehlerhafte Miete, löst dies allein keine Gewährleistungsfolgen aus. Denn die Mieterhöhungserklärung - auch wenn sie eine fehlerhafte Größe zugrunde legt - vermag nach zutreffender Auffassung nicht den Vertragsgegenstand, sondern nur den Betrag der Mietzahlungsverpflichtung zu ändern. Zu interessengerechten Ergebnissen kommt man mit Hilfe der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Haben die Parteien mehreren Mieterhöhungen rechtsirrig eine zu große Wohnfläche zu Grunde gelegt, ohne dass im Mietvertrag eine Fläche vereinbart war, kommt eine Anpassung nach den Grundsätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage in Betracht mit der Folge, dass der Mieter den sich auf die zu große Fläche beziehenden Teil seiner Zustimmung kondizieren kann.**

Anmerkung zu AG Frankfurt, Urteil vom 31.08.2017, 33 C 864/17 (26)

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

### A. Problemstellung

Flächenabweichungen spielen in der Wohnraummiete an den unterschiedlichsten Stellen eine Rolle. Sie können Gewährleistungsansprüche auslösen. Ferner hat die Größe einer Wohnung auch Einfluss auf die Höhe der Miete, da die Größe einer Wohnung sowohl Einfluss auf die Höhe der pro Quadratmeter zu zahlenden Miete hat wie auch als Multiplikator die Höhe der für die gesamte Wohnung zu zahlenden Miete festlegt. Jedoch sind die Voraussetzungen unter denen die Flächenangabe jeweils eine Rolle spielen kann, unterschiedlich. Diese Unterschie-

de hat das AG Frankfurt in der vorliegenden Entscheidung herausgearbeitet.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Mieter hatte im Jahr 1987 vom beklagten Vermieter eine 37 m<sup>2</sup> große Wohnung angemietet. Im Mietvertrag war keine Wohnfläche angegeben. Im Jahr 2011 verlangte der Vermieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung auf 284,89 Euro und im Jahr 2015 auf 327,39 Euro. In beiden Mieterhöhungsverlangen war die Wohnungsgröße mit 58 m<sup>2</sup> angegeben worden. Der Mieter stimmte den jeweiligen Erhöhungsverlangen zu und zahlte die neue Miete auch bis 2016. Zu diesem Zeitpunkt erfuhr er die richtige Wohnungsgröße. Unter Zugrundelegung der richtigen Wohnfläche betrug die Miete nach dem Mietspiegel der Stadt Frankfurt am Main für das Jahr 2011 348,17 Euro und nach dem Mietspiegel für das Jahr 2015 342,25 Euro. Der Mieter verlangte die Rückzahlung von vermeintlichen Überzahlungen für den Zeitraum vom 01.12.2011 bis zum 31.12.2016 in Höhe von insgesamt 10.502,48 Euro sowie die Feststellung, dass er nicht verpflichtet ist, eine den Betrag von 327,92 Euro übersteigende Bruttomiete zu zahlen.

Das AG Frankfurt hat die Klage abgewiesen.

### I. Gewährleistungsansprüche

Ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB hätte vorausgesetzt, dass die Zahlungen ohne Rechtsgrund erfolgten. Das wäre z.B. dann der Fall gewesen, wenn die Miete wegen eines Mangels gemindert gewesen wäre. Das hat das Amtsgericht verneint, weil keine Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit vorgelegen hatte.

Dafür wäre hinsichtlich der Wohnfläche eine Beschaffenheitsvereinbarung erforderlich gewesen. Im Mietvertrag war keine Wohnungsgröße angegeben worden. Soweit in den beiden Mieterhöhungsverlangen eine Fläche von 58 m<sup>2</sup> angegeben worden war, stellte dies keine Beschaffenheitsvereinbarung dar. Errechne der Vermieter in einem Mieterhöhungsverlangen auf die ortsübliche Vergleichsmiete aufgrund einer falschen Quadratmeterzahl eine fehlerhafte Miete, löse dies allein noch keine Gewährleistungsansprüche aus. Denn die Mieterhöhungserklärung

vermag nicht den Vertragsgegenstand, sondern nur die Miete zu ändern (Eisenschmid (richtig Börstinghaus [d. Verf.] in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl., § 557 Rn. 56c m.w.N.; Lützenkirchen in: Erman, BGB, 14. Aufl., § 536 Rn. 41; a.A.: Kraemer, NZM 2000, 1121, 1123).

## **II. Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen über das Fehlen der Geschäftsgrundlage**

Nach Ansicht des Amtsgerichts kommt man mit Hilfe der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu interessengerechten Ergebnissen. Hätten die Parteien bei mehreren Mieterhöhungen rechtsirrig eine zu große Wohnfläche zugrunde gelegt, ohne dass im Mietvertrag eine Fläche vereinbart war, komme eine Anpassung nach den Grundsätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage in Betracht mit der Folge, dass der Mieter den sich auf die zu große Fläche beziehenden Teil seiner Zustimmung kondizieren könne (BGH, Urt. v. 07.07.2004 - VIII ZR 192/03; Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl., § 557 Rn. 20). In diesem Fall erfolge gemäß § 242 BGB eine Anpassung der Miete anhand der tatsächlichen Wohnungsgröße und des in dem Mieterhöhungsverlangen angegebenen Mietpreises pro Quadratmeter (BGH, Urt. v. 07.07.2004 - VIII ZR 192/03).

Da vorliegend die vom Mieter gezahlte und zu zahlende Miete auch bei Zugrundelegung einer Wohnfläche von 37 m<sup>2</sup> unter der ortsüblichen Vergleichsmiete lag und liegt, käme eine Anpassung und damit ein Bereicherungsanspruch nicht in Betracht.

## **C. Kontext der Entscheidung**

Es geht um zwei verschiedene Fragen:

### **I. Gewährleistungsrechte**

Dass eine Wohnung, die tatsächlich 10% kleiner als vereinbart ist, mangelhaft ist, ist heute Allgemeingut. Dazu muss man aber eine Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der Wohnfläche erst einmal haben. Das ist immer dann unproblematisch, wenn im Mietvertrag eine Fläche angegeben wurde. Ist das nicht der Fall, kann sich eine Beschaffenheitsvereinba-

rung ausnahmsweise auch aus Werbeanzeigen etc. ergeben.

Flächenangaben in Mieterhöhungsverlangen reichen nicht aus. Im Mieterhöhungsverlangen gemäß § 558a Abs. 1 BGB muss der Vermieter eine Fläche angeben, um die Miete zu berechnen, zu der er die Zustimmung des Mieters verlangt. Dies muss zweifach geschehen. Erforderlich ist hierfür zunächst die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete. Da die Größe der Wohnung eines der fünf Wohnwertmerkmale ist, spielt die Größenangabe hier schon eine Rolle. Gerade für kleine Wohnungen ist die Miete pro Quadratmeter höher als für große Wohnungen. Zur Ermittlung der Gesamtmiete für die Wohnung muss dann diese Quadratmetermiete mit der Wohnfläche multipliziert werden. Hier ist die Fläche also zum zweiten Mal von Bedeutung.

Es handelt sich aber um nachträgliche Angaben, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Mietvertrages sind. Zwar stellt das Mieterhöhungsverlangen anders als die Betriebskostenabrechnung, die ja auch Flächenangaben enthält, aber nur ein Rechenwerk sein soll, ein Angebot des Vermieters an den Mieter auf Vertragsänderung dar, so dass mit der Zustimmung des Mieters eine Mietabänderungsvereinbarung zustande kommt. Diese bezieht sich aber nur auf die Höhe der Miete. Der Vermieter darf nämlich gemäß § 558a BGB nur die Zustimmung zur Erhöhung der vereinbarten Miete fordern. Das Mieterhöhungsverlangen muss also so formuliert sein, dass der Mieter nur sein Einverständnis erklären, also schlicht „ja“ sagen muss, und genau auf dieses „ja“ muss der Vermieter einen Anspruch haben.

Verlangt der Vermieter weitere über die Zustimmung zur Mieterhöhung gemäß § 558 BGB hinausgehende Vertragsänderungen, ist das Mieterhöhungsverlangen insgesamt unwirksam. Würde der Vermieter demnach die - nachträgliche - Einführung einer Beschaffenheitsvereinbarung in den Mietvertrag verlangen oder dem Mieter nur anbieten, hätte dies bei fehlender Kennzeichnung dieses Angebots als zusätzliches vom Erhöhungsverlangen gemäß § 558a BGB losgelöstes selbstständiges Angebot gemäß § 145 ff. BGB automatisch die Unwirksamkeit des Erhöhungsverlangens zur Folge. Dies entspricht schon im Allgemeinen keinesfalls dem Willen des Vermieters. Hinzu kommt, dass solche Beschaffenheitsvereinba-

rungen bezüglich der Wohnfläche im Besonderen nicht im Interesse des Vermieters erfolgen, da sie regelmäßig für ihn nur Nachteile zur Folge haben. Der Inhalt der Begründung und Erläuterung des Erhöhungsverlangens sind deshalb nicht Gegenstand des Angebots auf Vertragsanpassung. Sie sind nur Voraussetzung dafür, dass dem Vermieter ein durchsetzbarer Anspruch auf Abgabe der Willenserklärung zusteht.

Umgekehrt bezieht sich die Zustimmung des Mieters auch nur auf die Höhe der neuen Miete. Für ihn als objektiven Empfänger der Willenserklärung des Vermieters stellt sich der Inhalt des Angebots so wie zuvor geschildert dar. Der Vermieter verlangt mehr Miete und er, der Mieter, soll damit einverstanden sein. Der Vermieter legt zwar offen, warum seiner Meinung nach die höhere Miete berechtigt ist, aber es geht nur um das Ergebnis, nicht um den Rechenweg dahin. Deshalb bedeutet die Zustimmung des Mieters auch nur die Annahme dieses Angebots. Es beinhaltet nicht das zusätzliche Angebot, auch andere Teile des ursprünglichen Mietvertrages zu ändern. Dafür besteht für den Mieter auch gar kein Anlass.

## II. Fehlen der Geschäftsgrundlage

Verlangt der Vermieter die Zustimmung zu einer Mieterhöhung und gibt er in dem hierzu erforderlichen Erhöhungsverlangen eine größere als die tatsächliche Fläche an, hängt die Beurteilung der Rechtsfolgen davon ab, ob der Mieter bereits zugestimmt hat oder nicht.

### 1. Der Mieter hat dem Verlangen noch nicht zugestimmt

Der Mieter muss einem Erhöhungsverlangen mit einer größeren als der tatsächlich vorhandenen Fläche nicht zustimmen. Dabei ist es egal, ob die Flächenabweichung mehr oder weniger als 10% beträgt. Dem Vermieter steht nur ein Zustimmungsanspruch auf die ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung zu und diese berechnet sich aus der ortsüblichen Vergleichsmiete pro Quadratmeter mal der richtigen Wohnfläche.

### 2. Der Mieter hat dem Verlangen bereits zugestimmt

Hat der Mieter dem Erhöhungsverlangen ganz oder teilweise zugestimmt, dann ist bis zur Hö-

he der Zustimmung eine Änderung des Vertrages zustande gekommen und der Mieter schuldet die erhöhte Miete.

Eine falsche Begründung des Mieterhöhungsverlangens stellt grundsätzlich einen formellen Fehler dar. Es besteht dann kein durchsetzbarer Anspruch auf Zustimmung. Jedoch kann ein formell unwirksames Mieterhöhungsverlangen umgedeutet werden in ein Angebot auf Abschluss einer Mietabänderungsvereinbarung gemäß § 557 Abs. 1 BGB. Die Zahlung des Mieters auf ein solches unwirksames Mieterhöhungsverlangen stellt dann wiederum selbst eine konkludente Annahme dieses Angebots auf Abschluss eines Mietabänderungsvertrages dar. Diese Vertragsänderung erfolgt unter Zugrundelegung der größeren als der tatsächlichen Fläche.

In Betracht kommen könnte in diesem Fall

- eine Anfechtung der Willenserklärung durch den Mieter
- ein Schadensersatzanspruch des Mieters
- eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.

Hier soll es jetzt nur um den Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB gehen. Danach kann eine Anpassung des Vertrages verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Zudem muss einem Teil unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden können (Wegfall der Geschäftsgrundlage). Gleichgestellt ist nach § 313 Abs. 2 BGB der Fall, dass wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen (Fehlen der Geschäftsgrundlage).

Hat der Mieter einem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters zugestimmt, das mit einer größeren als der tatsächlichen Wohnfläche begründet wurde, liegt ein Fall des Fehlens der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 2 BGB vor.

Für die Anwendung der Grundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage ist es unerheblich, ob man das Erhöhungsverlangen gemäß § 558a Abs. 1 BGB als formell unwirksam ansieht oder nicht. Wenn man von einer formellen Unwirksamkeit ausgeht, ist die Mieterhöhung durch eine Mietabänderungsvereinbarung gemäß § 557 Abs. 1 BGB zustande gekommen und die Grundsätze des Fehlens der Geschäftsgrundlage sind auf diese Vereinbarung anzuwenden. Geht man von einem wirksamen Erhöhungsverlangen aus, hat sich die Miete aufgrund der ausdrücklichen oder konkludenten Zustimmung zum Erhöhungsverlangen gemäß § 558b BGB erhöht. In diesem Fall ist § 313 Abs. 2 BGB auf diese Zustimmung anzuwenden.

Eine Anpassung des Vertrages kann nur dann verlangt werden, wenn die falsche Vorstellung nicht einseitig aus dem Risikobereich der Partei stammt, die die Anpassung verlangt. Es ist nicht alleinige Aufgabe des Mieters, die Wohnfläche festzustellen. Eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage ist also möglich.

Fraglich ist, ob eine bestimmte prozentuale Abweichung erforderlich ist, damit eine Vertragsanpassung nach den Grundätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage erst möglich ist. Nach Ansicht des BGH kann der Mieter unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung die Rückzahlung der in der Folgezeit aufgrund der fehlerhaften Berechnung überzahlten Miete verlangen, wenn die in einem Mieterhöhungsverlangen angegebene und der Berechnung zugrunde gelegte Wohnfläche die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10% übersteigt. Da der BGH aber für Mieterhöhungsverlangen inzwischen seine 10%-Grenze aufgegeben hat, dürfte sie auch hier nicht gelten.

Auch wenn die Änderung des Vertrages nach den Grundsätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage grundsätzlich nur für die Zukunft wirkt, gilt hier aber eine Ausnahme. Nach Ansicht des BGH ist hier ausnahmsweise eine Rückwirkung der Vertragsanpassung geboten, weil die Geschäftsgrundlage zum einen von Anfang an fehlte und schützenswerte Interessen des Vermieters einer rückwirkenden Anpassung nicht entgegenstehen. Es ist seine Aufgabe, die tatsächliche Wohnungsgröße richtig zu ermitteln. Er allein hat deshalb das Risiko einer un-

zutreffenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag, in einem Mieterhöhungsverlangen oder einer Betriebskostenabrechnung zu tragen. Der Mieter braucht sich daher unabhängig davon, ob die Flächenabweichung mehr oder weniger als 10% beträgt, nicht an seiner Zustimmung zu dem Mieterhöhungsverlangen des Vermieters festhalten zu lassen, wenn er diese im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Vermieters über die Größe der Wohnung abgegeben hat. Deshalb ist eine rückwirkende Vertragsanpassung vorzunehmen.

Bei der Anpassung des Vertrages darf aber nicht übersehen werden, dass die Wohnungsgröße auch ein Wohnwertmerkmal ist und deshalb auch bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete pro Quadratmeter eine Rolle spielt. Für kleinere Wohnungen werden, wie festgestellt, in aller Regel höhere Quadratmetermieten gezahlt als für größere Wohnungen. Es muss also zunächst die ortsübliche Vergleichsmiete für die richtige Wohnungsgröße ermittelt und diese dann mit der kleineren aber richtigen Wohnungsgröße multipliziert werden. Zumindest theoretisch ist es dabei möglich, dass je nach örtlichem Wohnungsmarkt die Gesamtmiete für die Wohnung tatsächlich gleich hoch oder unter Umständen sogar höher ist. Der Vertrag ist auf das Niveau anzupassen, das die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen alle Tatsachen richtig bekannt gewesen wären.

Deshalb ist vorliegend richtig, dass das Amtsgericht hier ermittelt hat, wie hoch die ortsübliche Vergleichsmiete bei Berücksichtigung der richtigen Wohnungsgröße jeweils gewesen wäre. Da die verlangte Miete jeweils unter der maximal möglichen Miete blieb, war die Klage auch nach dieser Anspruchsgrundlage unbegründet.

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

Der Fall zeigt deutlich, dass nicht „gefühlte Ungerechtigkeit“ auch zu Rechtsfolgen führt. Insbesondere dann, wenn Ansprüche auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB geltend gemacht werden sollen, muss sorgfältig geprüft werden, welche Ansprüche denn bei Berücksichtigung der richtigen Geschäftsgrundlage bestanden hätten.

## Indexmiete: Formelle Anforderungen an Mietänderungserklärung des Vermieters

### Leitsatz:

**Eine Mietänderungserklärung bei der Indexmiete erfordert gemäß § 557b Abs. 3 Satz 1, 2 BGB nicht die Angabe der prozentualen Veränderung der Indexdaten.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.11.2017, VIII ZR 291/16

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

### A. Problemstellung

Die Vereinbarung einer Indexmiete gemäß § 557b BGB ist in der Praxis sicher nicht der Normalfall, aber sie hat für beide Seiten den erheblichen Vorteil einer langfristigen Kalkulationssicherheit. Die wichtigsten Grundsätze (§ 557b Abs. 2 BGB):

- Die Miete muss grundsätzlich mindestens ein Jahr unverändert bleiben;
- eine Mieterhöhung nach Modernisierung ist nur aufgrund von Maßnahmen möglich, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (§§ 555b Nr. 6, 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB);
- eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 BGB) ist ausgeschlossen;
- die Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen ist zulässig (§ 557b Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 560 Abs. 4 BGB).

Wie bei jeder Mieterhöhung muss der Vermieter bestimmte formelle Mindestanforderungen beachten, wenn er die Miete entsprechend der Änderung des Lebenshaltungskostenindexes erhöhen will. Nach § 557b Abs. 3 BGB ist die Änderung der Miete durch Erklärung in Textform geltend zu machen; dabei sind

- die (seit Mietbeginn oder der letzten Erhöhung) eingetretene Änderung des Preisindexes sowie
- die „jeweilige“ Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag

anzugeben.

Umstritten war bislang die Frage, ob auch der Prozentsatz der Indexerhöhung angegeben werden muss, um dem Mieter die Nachprüfung der Mieterhöhung zu ermöglichen. Diese Frage ist Gegenstand des BGH-Urteils vom 22.11.2017.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Mietverhältnis bestand seit dem 01.08.2006. Die Kaltmiete war mit monatlich 655 Euro zuzüglich 30 Euro für Garage und Stellplatz vereinbart. Zur Höhe der Miete enthielt der Mietvertrag außerdem folgende, aus § 557b Abs. 2 Sätze 1 und 2 BGB nahezu wörtlich übernommene Regelung:

„Die Parteien vereinbaren, dass der Mietzins durch den vom statistischen Bundesamt ermittelten Verbraucherpreisindex bestimmt wird. Zur Anpassung des Mietzinses bedarf es einer Erklärung in Textform, wobei die Änderung des Preisindexes sowie die geänderte Miete oder die Erhöhung betragsmäßig in Geld anzugeben ist.“

Mit Schreiben vom 25.10.2013 erhöhten die Vermieter erstmals die Miete ab Dezember 2013 um 85 Euro und begründeten dies wie folgt:

„Der maßgebliche Verbraucherpreisindex ist seit August 2006 von 94,2 Punkten auf 106,1 Punkte (Stand September 2013) gestiegen. [...] Dies nehmen wir zum Anlass, die bisherige Miete von 690,00 Euro um (abgerundet) 85,00 Euro auf 775,00 Euro zu erhöhen. [...]“

Da der Mieter in der Folgezeit (bis zum Ende des Mietverhältnisses am 16.01.2015) den Differenzbetrag nicht zahlte, rechneten die Vermieter mit dem rückständigen Betrag (von 1.147,50 Euro für 13,5 Monate) gegen das Kautionsgut haben des Mieters i.H.v. 1.104,15 Euro auf. Der Mieter akzeptierte die Aufrechnung nicht und verlangte im Klagewege die Auszahlung der Kautions.

Damit hatte er in den Vorinstanzen Erfolg. Das Berufungsgericht war der Auffassung, die Mieterhöhungserklärung sei formell mangelhaft und deshalb unwirksam, weil sie die Veränderung

des Preisindexes nicht zusätzlich mit einem Prozentsatz angegeben habe. Diese Angabe sei zwar nicht nach dem Wortlaut des § 557b Abs. 3 Satz 2 BGB, wohl aber nach seinem Sinn und Zweck erforderlich, um einem durchschnittlichen Mieter die Überprüfung der Plausibilität und Nachvollziehbarkeit des Mieterhöhungsverlangens des Vermieters zu ermöglichen. Erst mit dem Prozentsatz der Indexerhöhung könne der Mieter nachrechnen, ob der Erhöhungsbetrag der Miete diesem Satz entspreche. Zur höchstrichterlichen Klärung dieser bislang strittigen Frage hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen.

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und das erstinstanzliche Urteil dahin abgeändert, dass die Klage (des Mieters auf Auszahlung der Kautions) abgewiesen wird.

Die Entscheidung hat er wie folgt begründet:

1. Die Erhöhungserklärung der Vermieter ist in Textform abgegeben worden und sie enthält sämtliche vom Gesetz geforderte Angaben: Die Änderung des Preisindexes ergibt sich problemlos aus der Angabe der beiden maßgebenden Indexwerte von August 2006 (94,2 Punkte) und September 2013 (106,1 Punkte). Die auf diese beiden Zeitpunkte bezogene „jeweilige“ Miete ist betragsmäßig mit 690,00 Euro und 775,00 Euro und – zusätzlich – der konkrete Erhöhungsbetrag mit 85,00 Euro angegeben. Damit war der Vorschrift des § 557b Abs. 3 Satz 2 BGB in vollem Umfang Genüge getan; dem Mieter standen alle notwendigen Angaben zur rechnerischen und inhaltlichen Nachprüfung der Mieterhöhung zur Verfügung.

2. Die zusätzliche Angabe des Prozentsatzes der Veränderung des Preisindexes – über den Wortlaut des § 557b Abs. 3 Satz 2 BGB hinaus – ist entgegen der Auffassung der Vorinstanzen auch nicht aus Gründen der Nachvollziehbarkeit der Erhöhungserklärung geboten (h.M., z.B. J. Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2018, § 557b Rn. 26; a.A. Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 557b Rn. 42). Es liegt auf der Hand, dass sich die Indexmiete im gleichen Verhältnis ändert wie der Index. Der Vermieter muss dem Mieter nicht die einfachen Rechenschritte vorrechnen. Bei der Neufassung des § 557b BGB durch das MietRRefG von 2001 hat der Gesetzgeber eine Änderung der Vorgängerregelung des § 10a Abs. 3 MHG

nur insoweit für erforderlich gehalten, als nunmehr – außer der Änderung des Indexes – auch die geänderte Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag angegeben werden muss; dem entspricht die vorliegende Erklärung der Vermieter vom 25.10.2013, sie geht sogar mit der Nennung der bisherigen und der neuen Miete sowie des Erhöhungsbetrages noch darüber hinaus.

3. Abschließend rechnet der BGH auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen „sicherheitshalber“ selbst noch einmal die Mieterhöhung nach und bestätigt sodann die Berechnung der Vermieter (Rn. 13). Die Differenz zwischen den beiden maßgebenden Indexwerten von 94,2 und 106,1 Punkten (= 11,9 Punkte) entspricht einer Erhöhung von 12,63%, somit – bezogen auf die Ausgangsmiete von 685 Euro – einem Betrag von 86,51 Euro, mithin sogar etwas mehr als die Vermieter mit dem abgerundeten Betrag von 85,00 Euro geltend gemacht haben. Der einzige „Schönheitsfehler“ der (irrtümlichen) Angabe der Ausgangsmiete mit 690 Euro (statt richtig 685 Euro) hat sich bei der Ermittlung des Erhöhungsbetrages nicht ausgewirkt.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Begründung ist relativ kurz, aber überzeugend und entspricht im Übrigen der allgemeinen Tendenz des BGH, Ansprüche der einen oder anderen Seite nicht an oft kleinlichen Formalitäten scheitern zu lassen.

1. Die Auslegung des § 557b Abs. 3 Satz 2 BGB nach seinem Wortlaut, seiner Entstehungsgeschichte (Gesetzesmaterialien) und seinem Sinn und Zweck ist konzentriert, aber umfassend und sie überzeugt in jeder Hinsicht. Der VIII. Senat des BGH bleibt damit seiner Linie treu, formelle Anforderungen an Erklärungen oder Mitteilungen einer Vertragspartei auf das zum Verständnis und für die Nachvollziehbarkeit Notwendige zu beschränken; insoweit sind die Instanzgerichte bisweilen recht streng, wie gerade auch der vorliegende Fall zeigt.

Maßstab für die gedankliche und rechnerische Nachvollziehbarkeit ist der durchschnittliche, rechtlich und betriebswirtschaftlich nicht vorgebildete Mieter (so zuletzt BGH, Urt. v. 05.10.2016 - VIII ZR 222/15 - BGHZ 212, 140). Im entschiedenen Fall geht der BGH also – zu Recht – davon aus, dass dieser Mieter die Diffe-

renz der beiden angegebenen Indexwerte von August 2006 (94,2 Punkte) und September 2013 (106,1 Punkte) (noch ohne technisches Hilfsmittel) mit 11,9 Punkten und in einem weiteren Rechenschritt (mit Hilfe eines Taschenrechners) eine Erhöhung des Indexes von August 2006 um 12,63% errechnen und mit diesem Wert sodann im letzten Rechenschritt unschwer den Erhöhungsbetrag von (685 Euro x 12,63% =) 86,81 Euro überprüfen und nachvollziehen kann. Der Irrtum der Vermieter bei der Angabe des jeweils um 5 Euro zu hohen Ausgangs- und Endbetrages der Miete war im Ergebnis, d.h. bei der Berechnung des geltend gemachten Mietrückstandes von (13,5 Monate x [abgerundet] 85 Euro =) 1.147,50 Euro unschädlich, weil dieser Betrag noch geringfügig höher war als die Kautions i.H.v. 1.104,15 Euro, gegen die die Vermieter aufgerechnet hatten. Auf die formelle Wirksamkeit der Erhöhungserklärung wirkte sich dieser materielle Fehler der falschen Zahlenangabe ohnehin nicht aus.

2. Eine Klarstellung: Bei der Wiedergabe des Berufungsurteils zitiert der BGH das Landgericht mit den Worten, „die Angaben im Mieterhöhungsschreiben sollten es dem ... Mieter ermöglichen, das Mieterhöhungsverlangen ... zu prüfen.“ (Rn. 7) Der Ausdruck „Mieterhöhungsverlangen“ ist möglicherweise irreführend; denn die Mieterhöhung nach § 557b BGB ist – anders als im Fall des § 558 BGB, der Erhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete – keine Aufforderung des Vermieters an den Mieter, der begehrten Mieterhöhung zuzustimmen, sondern eine einseitige, rechtsgestaltende Willenserklärung (Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, a.a.O., Rn. 33; J. Emmerich in: Staudinger, a.a.O., Rn. 25). Gerade in dieser Besonderheit liegt, jedenfalls aus der Sicht des Vermieters, einer der Vorteile der Indexmiete, und er gleicht in gewisser Weise die strikte Bindung an den Verbraucherpreisindex des Statistischen Bundesamtes aus.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

1. Für die Praxis wichtig ist die Entscheidung wegen der eindeutigen und überzeugend begründeten Klarstellung der formellen Anforderungen an die Erklärung des Vermieters über die Erhöhung der Indexmiete.

2. Angesichts der umfassenden Angaben des Vermieters in seiner Erhöhungserklärung hatte der BGH keinen Anlass, sich näher mit den in § 557b Abs. 3 Satz 2 BGB enthaltenen Begriffen „Änderung des Preisindex“ und „die jeweilige Miete“ auseinanderzusetzen. Auch die Gesetzesmaterialien geben dafür nichts her. Nach dem insoweit klaren Wortlaut der Norm kann jedoch kein Zweifel bestehen, dass auch die Angabe eines Prozentsatzes der Indexänderung (seit Mietbeginn oder der letzten Anpassung) der gesetzlichen Vorgabe entspricht. Die Benennung der beiden Indexwerte („Punktwerte“) oder eines von ihnen ist also nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht zwingend erforderlich. Konkret mit einem Geldbetrag anzugeben ist lediglich die „jeweilige Miete“ oder die Mieterhöhung.

3. Der unbestimmte Rechtsbegriff „jeweilige Miete“ bezieht sich ersichtlich auf den vorangestellten Begriff „Änderung des Preisindex“. Beispiel: Bei der konkreten Angabe der Indexwerte (ohne Prozentsatz) sind sowohl die bisherige als auch die angepasste Miete als „jeweilige“ Miete betragsmäßig anzugeben. Wird die Änderung des Preisindex dagegen lediglich – was ausreichend wäre – mit einem Prozentsatz bezeichnet, so ist zumindest die neue Miete (oder der konkrete Erhöhungsbetrag, § 557b Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 BGB) als Betrag zu benennen. Zweckmäßig, weil für den Mieter am einfachsten zu überprüfen, ist naturgemäß die Angabe beider Indexwerte, beider – der bisherigen und der angepassten – „jeweiligen“ Mieten (als Geldbetrag) und zusätzlich des maßgebenden Prozentsatzes.

### 3

#### Kündigung bei Angriff eines Mieters auf den Hauswart

##### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**Ein tätlicher Angriff auf den Hausmeister stellt einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung nach § 543 BGB dar.**

**Ob eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses gegeben ist, ist das Ergebnis einer Gesamtabwägung aller in Betracht kommenden Umstände.**



Anmerkung zu LG Berlin, Beschluss vom 17.07.2017, 65 S 149/17

von **Simone Bueb**, RA'in

## A. Problemstellung

Das LG Berlin musste über die Annahme einer Berufung des Beklagten gegen ein Urteil des AG Neukölln entscheiden.

Im Wesentlichen hatte sich das AG Neukölln mit der Frage zu befassen, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung durch den Vermieter nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB vorlag und ob eine vorherige Abmahnung nötig war. Das LG Berlin stellte in seinem Beschluss fest, dass das Amtsgericht diese Fragen rechtsfehlerfrei beantwortet und die freie Beweiswürdigung umfangreich durchgeführt hatte.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Zwischen dem Beklagten und dem Hauswart gab es eine tätliche Auseinandersetzung, wobei vor allem der Beklagte den Hauswart tätlich angegriffen hatte, als dieser seine Pflichten erfüllte, nämlich u.a. das Entleeren eines Müllcontainers.

Das LG Berlin beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des AG Neukölln zurückzuweisen, da sie offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg habe und der Sache keine grundsätzliche Bedeutung zukomme.

Frei von Rechtsfehlern habe das Amtsgericht die Beklagten zur Räumung ihrer Wohnung verurteilt, denn das zwischen ihnen und der Klägerin bestehende Mietverhältnis sei durch fristlose Kündigung der Klägerin beendet worden, §§ 546 Abs. 1, 542, 543 Abs. 1 BGB. Nach § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB liege ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung des Mietverhältnisses vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere eines Verschuldens der Vertragsparteien und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden könne. Die Beantwortung der Fra-

ge, ob eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Mietverhältnisses gegeben sei, sei Ergebnis einer wertenden Betrachtung, in die alle im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände einzubeziehen seien (BGH, Urt. v. 15.04.2015 - VIII ZR 281/13).

Diese Voraussetzungen habe das Amtsgericht auf der Grundlage der erhobenen Beweise rechtsfehlerfrei als gegeben angesehen, und außerdem eine Abmahnung bei den gegebenen Umständen für entbehrlich gehalten, § 543 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

Ohne Erfolg beanstandete der Beklagte in der Berufung, das Amtsgericht habe seine Überzeugung allein auf die Aussage des geschädigten Hauswartes gestützt. Er übersehe dabei, dass der einzige von ihm benannte Gegenzeuge die Aussage unter Bezugnahme auf sein Zeugnisverweigerungsrecht verweigert habe. Der Beklagte habe damit den Gegenbeweis nicht geführt. Es sei nicht zu beanstanden, dass das Amtsgericht unter diesen Voraussetzungen dem Zeugen der Klägerin geglaubt habe.

Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, ergäben sich nicht. Das Amtsgericht habe seine Beweiswürdigung auf sachlich begründete Erwägungen gestützt, die sich im Rahmen der Maßstäbe des § 286 ZPO bewegen und überzeugend seien.

Das Amtsgericht habe die Gründe im Einzelnen angegeben, die dazu führten, dass es in dem nach § 286 ZPO vorausgesetzten Maß die Gewissheit gewinnen konnte, dass die Behauptung der Klägerin für wahr zu erachten sei.

Es könne in einem Dauerschuldverhältnis wie einem Mietvertrag, der in besonderem Maße auf gegenseitiger Rücksichtnahme beruhe, nicht hingenommen werden, wenn ein Hauswart, der von der Vermieterin auch im Interesse der Mieter eingesetzt werde, um die Erfüllung ihrer Pflichten aus § 535 Abs. 1 BGB sicherzustellen, mit tätlichen Angriffen der Mieter rechnen müsse, wenn er eben diesen Pflichten nachkomme.

Vor diesem Hintergrund sei das Amtsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass offenbleiben könne, welche Verletzungen der Hauswart tat-

sächlich erlitten habe, denn der von der Klägerin bewiesene tätliche Angriff rechtfertigt den Ausspruch der fristlosen Kündigung, ohne dass es darauf im Einzelnen ankäme.

Der Ausgang des Strafverfahrens gegen den Beklagten binde das Gericht im Zivilverfahren nicht. Der Beklagte übersehe im Übrigen, dass im Strafprozess – anders als im Zivilrechtsstreit – der Grundsatz in dubio pro reo gelte, eine Verurteilung danach nur stattfindet, wenn das Gericht keine Zweifel an der Schuld des Angeklagten habe.

Das LG Berlin beabsichtige lediglich, die Räumungsfrist zu verlängern. Nach § 721 Abs. 3 ZPO könne eine bereits gewährte Räumungsfrist auf Antrag verlängert werden. Im Rahmen der nach § 721 ZPO vorzunehmenden Interessenabwägung komme es im Falle der Entscheidung über eine Verlängerung der Räumungsfrist darauf an, ob der Mieter die laufende Miete bzw. Nutzungsentschädigung entrichte, sich hinreichend um Ersatzwohnraum bemühe bzw. in absehbarer Zeit eine Wohnung finden werde, so dass andere weniger gewichtige Gläubigerinteressen zurückstehen könnten (Stöber in: Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 721 Rn. 9 m.w.N.).

Die Beklagten hätten übersehen, dass es ihnen – nicht dem Vermieter – obliege, die zuständigen Behörden – hier das Amt für Soziales des Bezirksamtes Neukölln – von dem Sachverhalt in Kenntnis zu setzen und Hilfen in Anspruch zu nehmen. Um ihnen zu ermöglichen, dies nachzuholen, beabsichtige das Landgericht mit Blick auf die betroffenen Kinder der Beklagten die Räumungsfrist zu verlängern. Die Nutzungsentschädigung werde vom Jobcenter pünktlich und in der geschuldeten Höhe an die Klägerin überwiesen.

### C. Kontext der Entscheidung

Das LG Berlin beabsichtigt mit Ihrem Beschluss zu Recht, die Berufung zurückzuweisen, da die Annahme, hier seien keine Rechtsfehler vorhanden gewesen und die Beweiswürdigung sei richtig durch das Erstgericht vorgenommen worden, überzeugt.

Gemäß § 286 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwai-

gen – hier durchgeführten – Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht für wahr zu erachten ist. Unter Beachtung der Denk- und Naturgesetze, Erfahrungssätze und der gesetzlichen Beweisregeln hat der Richter im Verlauf des Rechtsstreits gewonnene Erkenntnisse nach seiner individuellen Einschätzung zu bewerten. Dabei darf er zum Beispiel einer Partei mehr Glauben schenken als einem beeideten Zeugen oder trotz mehrerer bestätigender Zeugenaussagen das Gegenteil einer Beweisbehauptung als bewiesen ansehen. Der Richter muss nach der Wahrheit streben, darf sie aber nicht zu der Voraussetzung seiner Entscheidung machen. Deshalb muss er sich mit einer persönlichen Gewissheit begnügen, die den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH, Urt. v. 17.02.1970 - III ZR 139/67; BGH, Urt. v. 28.01.2003 - VI ZR 139/02; BGH, Urt. v. 03.06.2008 - VI ZR 235/07).

Diese Grundsätze, welche ständige Rechtsprechung des BGH sind, hat das Erstgericht eingehalten.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Der tätliche Angriff auf den Vermieter nahestehende Personen wie Verwandte oder Angestellte (hier den Hausmeister) rechtfertigt in den meisten Fällen eine fristlose Kündigung des Mietvertrages, auch ohne vorherige Abmahnung. Das Mietverhältnis fortzusetzen, kann in einem solchen Fall für den Vermieter unzumutbar sein, da ein tätlicher Angriff schwer wiegt und das bestehende Vertrauensverhältnis zerrüttet.

Die Annahme des Landgerichts, dass ein Hausmeister auch für die Interessen der Mieter eingesetzt werde und es daher nicht hingenommen werden könne, dass er bei seiner Tätigkeit mit Angriffen der Mieter rechnen müsse, ist verständlich und nachvollziehbar.

Diese Ansicht vertreten die Instanzgerichte und das LG Berlin hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen (LG Kleve, Urt. v. 09.08.2012 - 6 S 37/11; LG Karlsruhe, Urt. v. 30.07.2013 - 9 S 57/13).

## Nutzung einer Teileigentumseinheit als Flüchtlingsunterkunft/Arbeiterwohnheim

### Leitsätze:

**1. Die mit Wohnungs- und Teileigentum gesetzlich vorgesehenen Grundtypen der Nutzungsbefugnis schließen sich - vorbehaltlich anderer Vereinbarungen - gegenseitig aus; jedenfalls im Hinblick auf eine Einheit, an der angesichts ihrer Ausstattung sowohl Wohnungs- als auch Teileigentum begründet werden könnte, gibt es keine Nutzungen, die zugleich als Wohnen und nicht als Wohnen anzusehen sind.**

**2. Eine (nicht zu Wohnzwecken dienende) Nutzung als Heim wird dadurch gekennzeichnet, dass die Unterkunft in einer für eine Vielzahl von Menschen bestimmten Einrichtung erfolgt, deren Bestand von den jeweiligen Bewohnern unabhängig ist, und in der eine heimtypische Organisationsstruktur an die Stelle der Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises tritt. Insoweit bedarf es einer Gesamtschau verschiedener Kriterien, die die Art der Einrichtung und die bauliche Gestaltung und Beschaffenheit der Einheit einbezieht.**

**3. Die Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern in einer Gemeinschaftsunterkunft i.S.v. § 53 AsylG ist in der Regel als heimähnliche Unterbringung anzusehen, die grundsätzlich nur in Teileigentumseinheiten erfolgen kann; dagegen dient die Überlassung von Wohnungen von üblicher Größe und Beschaffenheit an diesen Personenkreis im Grundsatz Wohnzwecken.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16

von **Jürgen Fritz**, RA

### A. Problemstellung

Ist die Überlassung von Räumen in einer Gemeinschaftsunterkunft an Flüchtlinge und Asylbewerber als heimähnliche Unterbringung an-

zusehen, die grundsätzlich nur in Teileigentumseinheiten erfolgen kann oder dient die Überlassung von Wohnungen von üblicher Größe und Beschaffenheit an diesen Personenkreis Wohnzwecken, die in einer Teileigentumseinheit grundsätzlich nicht erlaubt sind, sondern nur bei Wohnungseigentum?

Ist der dazu abgeschlossene Mietvertrag dem Gewerberaummietrecht oder dem Wohnraummietrecht zuzuordnen?

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin ist eine Teileigentümergeinschaft, die vom Beklagten, ihrem Miteigentümer, verlangt, es zu unterlassen, seine Teileigentumseinheit Nr. 1 an Flüchtlinge und Asylbewerber zu vermieten (§ 1004 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 3 WEG). Diese Einheit wird in der Teilungserklärung des Objektes als „Altenpflegeheim“ bezeichnet, die laut Baubeschreibung aus 26 Zimmern mit 41 Pflegebetten besteht. In der Einheit Nr. 2 wurde eine Arztpraxis betrieben.

Der BGH hat die Klage abgewiesen und dazu ausgeführt, dass der Begriff des Wohnens sowohl im positiven (Wohnungseigentum) als auch im negativen Sinne (Teileigentum) dieselbe Bedeutung hat, jedenfalls bezogen auf Räume, die aufgrund ihrer Ausstattung sowohl Wohnungs- als auch Teileigentum sein könnten.

Die mit Wohnungs- und Teileigentum gesetzlich vorgesehenen Grundtypen der Nutzungsbefugnis schließen sich - vorbehaltlich anderer Vereinbarungen - gegenseitig aus. Der BGH hat sich dabei auf eine eigene frühere Entscheidung gestützt, in der er ausgeführt hatte, dass Wohnungseigentum nur an Objekten begründet werden könne, die zum Wohnen bestimmt seien (BGH, Ur. v. 15.01.2010 - V ZR 72/09 - ZMR 2010, 378). In dieser Entscheidung hatte der BGH die Nutzung einer Wohnungseigentumseinheit durch täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste im Grundsatz als zulässig angesehen. Es käme dabei nicht auf die steuerrechtliche Einordnung der Einkünfte des Vermieters noch darauf an, ob die Vermietungsteil der unternehmerischen Tätigkeit des Eigentümers sei. Er hat weiterhin ausgeführt, dass die Nutzung der Wohnung bei der Vermietung einer Eigentumswohnung an laufend wechselnde Feriengäste oder an Mieter mit einem vergleichba-

ren vorübergehenden Unterkunftsbedarf nicht gewerblich sei. Auch in diesem Fall diene die Wohnung den Gästen als Unterkunft und damit zu Wohnzwecken. Im Umkehrschluss sei eine solche Nutzung in Teileigentumseinheiten im Grundsatz unzulässig.

Der BGH hat in diesem Urteil vom 15.01.2010 weiterhin darauf hingewiesen, dass auf die Überlassung von Wohnungseigentum als Unterkunft für einen laufend wechselnden Kreis von Aus- und Übersiedlern als zulässige Wohnnutzung angesehen werde (Rn. 16 a.E.), soweit eine solche Nutzung nicht den Charakter eines Heims annehme. Ein Heimnutzung bzw. eine heimähnliche Nutzung soll vorliegen, wenn eine Vielzahl von nicht familiär verbundenen Personen innerhalb einer Wohneinheit untergebracht werde (BayOblG, Beschl. v. 09.02.1994 - ZZ BR 7/94 - NJW 1994, 1662).

Demgegenüber setze ein zulässiger Wohngebrauch voraus, dass er sich im Rahmen des Üblichen halte, wobei Anhaltspunkte für die Belegungsdichte einer Wohnung die Richtzahl von höchstens zwei Einzelpersonen pro Zimmer mit einer Wohnung von mindestens 10 m<sup>2</sup> pro Person ab sechs Jahren böten (BayOblG, a.a.O.). Eine Belegung einer möblierten Dreizimmerwohnung mit neun ausländischen Bauarbeitern sei als eine Art Arbeiterwohnheim angesehen worden, das nicht Wohnzwecken diene (OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.01.2004 - 20 W 124/03, 20 W 180/03 - NZM 2004, 131, 232 f). Eine nicht zu Wohnzwecken dienende Nutzung als Heim werde dadurch gekennzeichnet, dass die Unterkunft in einer für eine Vielzahl von Menschen bestimmten Einrichtung erfolge, deren Bestand von jeweiligen Bewohnern unabhängig sei und in der eine heimähnlichen Organisationsstruktur an die Stelle der Eigengestaltung der Haushaltsführung des häuslichen Wirkungskreises trete.

Der BGH führt weiterhin aus, dass nur aufgrund einer Gesamtschau verschiedener Kriterien beurteilt werden könne, ob eine Einheit zu Wohnzwecken oder als Heim bzw. heimähnliche Einrichtung - und damit nicht zu Wohnzwecken - genutzt werde. Dagegen gehe es bei der Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern weniger um die Prägung durch Pflege und Betreuung, sondern in erster Linie um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die gemeinschaftliche Unterbringung einer Vielzahl

von Menschen auf engem Raum eine heimtypische Organisationsstruktur erforderlich mache. Die Überlassung einzelner Wohnungen von üblicher Größe und Beschaffenheit an diesen Personenkreis werde im Grundsatz auch dann den Wohnzwecken zuzuordnen sein, wenn die Bewohner nicht familiär miteinander verbunden seien (BGH, Urt. v. 15.01.2010 - V ZR 72/09). Der BGH kommt nach ausführlicher Untersuchung sämtlicher Aspekte zu dem Ergebnis, dass die Einheit wohnungseigentumsrechtlich zwar nicht zum Wohnen, aber im Grundsatz zu jedem anderen Zweck genutzt werden dürfe. Damit sei jedenfalls im Grundsatz auch die von der Beklagten beabsichtigte heimähnliche Nutzungsform zulässig, deren Unterlassung die Klägerin begehre. Aus der früheren Nutzung als Altenpflegeheim und ihrem baulichen Zuschnitt ergebe sich außerdem, dass der Charakter der Anlage stets auf eine Heimnutzung bzw. heimähnliche Nutzung ausgerichtet gewesen sei. Der BGH hat daher dem Unterlassungsantrag der Klägerin nicht stattgegeben.

Andererseits könne sich eine nach dem vereinbarten Zweck ausgeschlossene Nutzung als zulässig erweisen, wenn sie bei typisierender Betrachtungsweise nicht mehr störe als die vorgesehene Nutzung (BGH, Urt. v. 10.07.2015 - V ZR 169/14 - NJW 2016, 53 Rn. 15 ff.).

### C. Kontext der Entscheidung

Die Schwierigkeit der Einordnung des Falles und vergleichbarer Problemfelder besteht darin, dass sich mehrere Rechtsgebiete überlagern und dass Gerichte sich bei ähnlichen Sachverhalten diametral widersprechen. Das liegt vor allem daran, dass der Begriff des „Wohnens“ im Zweckentfremdungsrecht anders definiert wird als im Miet- und Wohnungseigentumsrecht. Es soll daher ein kurzer, stichwortartiger Überblick über die verschiedenen Rechtsgebiete gegeben werden, die hauptsächlich betroffen sind und eine Auswahl dazu ergangener Entscheidungen.

Es handelt sich um

- die Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern in Wohn- oder Teileigentum
- die tage- oder wochenweise Vermietung von Wohnungen an Feriengäste sowie

- die kurzzeitige Vermietung von Wohnungen an sogenannte „Medizintouristen“.

Dabei müssen meistens mehrere Rechtsgebiete auf ihre Relevanz für den jeweiligen Fall untersucht werden:

1. das Mietrecht des BGB;
2. das öffentliche Recht, insbesondere die Nutzungsregelungen des öffentlichen Baurechts;
3. das Zweckentfremdungsrecht mit der Frage, ob im Bezirk des Mietobjekts ein Zweckentfremdungsverbot besteht und ob die geplante Nutzung dem Wohnen oder einer gewerblichen Tätigkeit zuzuordnen ist, die das Zweckentfremdungsverbot verhindert oder ob zumindest die Genehmigung dieser Nutzungsart durch die zuständigen Behörde möglich ist;
4. ob das Mietobjekt Teil einer Wohnungs- oder Teileigentumsanlage ist und ob der geplanten Verwendung Nutzungsregelungen in der Teilungserklärung und/oder der Gemeinschaftsordnung entgegenstehen bzw. ob spätere Eigentümerbeschlüsse dies verhindern.

### **Zu 1.: Das Mietrecht des BGB**

a) Zivilrechtlich kann die Vermietung von Wohnungen an Touristen durch den Eigentümer (Vermieter) oder Dritte zu einer Störung der Mitmieter des Hauses gemäß § 536 Abs. 1 BGB führen und die Mieter daher zur Minderung des Mietzinses berechtigen. Außerdem können diese vom Vermieter gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB die Beseitigung des Mangels verlangen, wenn die touristische Teil-Nutzung des Wohngebäudes für die benachbarten Wohnraummietter mit (Lärm-)Immissionen verbunden ist, die über das übliche Mindestmaß der bei einer herkömmlichen Wohnnutzung unvermeidbaren Beeinträchtigungen hinausgehen. Das LG Berlin hatte insoweit entschieden, dass der Beweis des ersten Anscheins dafür spricht, dass ein solcher Mangel der Mietsache vorliegt, wenn in einem Gebäudeteil eine Vielzahl von Wohnräumen zu touristischen Zwecken vermietet werden (LG Berlin, Urt. v. 06.10.2016 - 67 S 203/16). Der Vermieter kann aber den Gegenbeweis antreten.

b) Wenn der Mieter seine Wohnung an Feriengäste oder Medizintouristen untervermieten will, braucht er dazu eine Untervermietungs-erlaubnis des Vermieters, auf die er keinen Rechtsanspruch hat und die er daher nicht erzwingen kann. Der Vermieter kann das Mietverhältnis fristlos aus wichtigem Grund wegen unerlaubter Gebrauchsüberlassung kündigen, wenn der Mieter trotz erfolgter Abmahnung und Setzung einer angemessenen Frist die Vermietung an Touristen weiterführt (OLG Hamburg, Urt. v. 27.03.1996 - 4 U 169/95) oder auch nur sein Angebot in „airbnb“ aufrechterhält. Es muss dann noch nicht einmal zur weiteren Gebrauchsüberlassung kommen (LG Berlin, Beschl. v. 03.02.2015 - 67 T 29/15 - ZMR 2015, 303 = WuM 2015, 156). Bei der Vermietung an Medizintouristen soll nach dieser Entscheidung, wie oben unter 1a) bereits erwähnt, der Beweis des ersten Anscheins dafür sprechen, dass eine Störung vorliegt und der Mieter zur Mietminderung berechtigt ist (LG Berlin, Beschl. v. 06.10.2016 - 67 S 203/16). Der Gegenbeweis durch den Vermieter oder Untervermieter ist damit nicht ausgeschlossen. Der 5. Senat des BGH vertritt in der oben unter B. erwähnten Entscheidung vom 15.01.2010 die gegen-Teilige Auffassung, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass ein störendes Fehlverhalten von Feriengästen typischerweise erwartet werden könne. Auch die 40. Kammer des LG München I sieht in großen Wohnanlagen mit zahlreichen Mietparteien übliche Beeinträchtigungen, die von den Miteigentümern hinzunehmen sind, soweit sie nicht gegen die TA Lärm oder gegen die TA Luft verstoßen. Darunter fallen nach Meinung des Landgerichts auch die Lebensäußerungen der Touristen (LG München, Urt. v. 03.06.2016 - 40 O 11108/14 - ZMR 2017, 263).

c) Die fehlende öffentlich-rechtliche Genehmigung (unten 2.) kann einen Mangel der Mietsache gemäß § 536 BGB darstellen, wenn die Behörde einschreitet und den Sachverhalt nicht ignoriert. Der Tatbestand als solcher, ohne behördliches Einschreiten, stellt keinen Mietmangel dar (BGH, Urt. v. 05.07.2001 - VII ZR 399/99 - MDR 2001, 1109; OLG München, Urt. v. 04.07.2005 - 21 U 1607/05; KG, Urt. v. 07.06.1999 - 8 U 3727/97 - NZM 2000, 461 = NJW-RR 2000, 819).

d) Ein Mietmangel kann auch vorliegen, wenn die gewerbliche Nutzung gegen das Zweckent-

fremdungsverbot verstößt (VerfGH Berlin, Beschl. v. 03.05.2001 - 39/00 - ZMR 2001, 694) oder weil eine drittschützende öffentlich-rechtliche Norm nicht eingehalten wird (BayObLG, Beschl. v. 23.11.1995 - 2Z BR 116/95 - NJW-RR 1996, 463 = ZMR 2000, 546),

## **Zu 2.: Das öffentliche Recht, insbesondere die Nutzungsregelungen des öffentlichen Baurechts**

Bei der Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern kommt es im öffentlichen Recht darauf an, wie aus der hier besprochenen Entscheidung zu entnehmen ist, ob eine Heimunterbringung vorliegt oder eine einfache Wohnraumvermietung. Die Heimunterbringung in Wohnräumen kann gegen öffentliches Baurecht verstoßen, nicht jedoch in Gewerberäumen.

Umgekehrt darf eine Wohnraumnutzung nicht ohne weiteres in einem Gewerbeobjekt bzw. in einem Teileigentum in der WEG stattfinden, da hier ein Verstoß gegen Nutzungsregelungen im Wohnungseigentumsbereich vorliegen kann.

## **Zu 3.: Das Zweckentfremdungsrecht**

a) Bei der Frage, ob eine Zweckentfremdung vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob der Vermieter ein Gewerbe betreibt oder ob er an einen gewerblichen Zwischenvermieter oder an einen gewerblich tätigen Untermieter vermietet. Wichtig ist allein, wie die Wohnung tatsächlich genutzt wird, ob der Endmieter in der Wohnung wohnt. Vermietet eine Firma ein Objekt als Wohnung an einen Angestellten, liegt kein Verstoß gegen das Zweckentfremdungsverbot vor. Das OLG Frankfurt hat entschieden, dass ein Geschäftsraummietverhältnis zwischen dem Hauseigentümer/Hauptvermieter und dem Zwischenvermieter sowie ein Wohnraummietverhältnis zwischen dem Zwischenvermieter und dem Untermieter besteht, da es allein auf die tatsächliche Nutzung ankommt (OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.11.1992 - 2 Ws (B) 579/92 OWiG - NJW 1993, 673 = ZMR 1993, 172).

b) Allein die Nutzung einer Wohnung als Zweit- und nicht als Hauptwohnung ist keine Zweckentfremdung, sondern Wohnen und damit eine zweckgemäße Nutzung. Es spielt auch keine Rolle, wenn der Eigentümer die Wohnung in der Zeit, in der er sie nicht selbst nutzt, als

Ferienwohnung vermietet. Die Vermietung einer Wohnung in Berlin als Ferienwohnung bedarf ansonsten einer Genehmigung (VG Berlin, Urte. v. 09.08.2016 - 6 K 91.16).

c) Die befristete Überlassung der Wohnung ohne behördliche Genehmigung durch einen gewerblich tätigen Vermieter an Asylsuchende gegen Kostenübernahme durch die Behörde, stellt nach Auffassung der 6. Kammer des VG Berlin eine Zweckentfremdung dar (VG Berlin, Beschl. v. 10.05.2017 - 6 L 223.17). Die Begründung stützt sie darauf, dass der Vermieter gewerblich tätig ist und dass die Überlassung der Wohnung durch die behördliche Kostenübernahme pro Person und zu Tagessätzen geprägt ist, was sich aus den Ausführungsvorschriften über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum in Berlin ergibt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ZwVbG), wonach die befristete Vermietung der Wohnung als Ferienwohnung mit einem nach Tagen bemessenen Entgelt eine Zweckentfremdung darstellt. Die gleiche Kammer des VG Berlin hat bei der Vermietung von Ferienwohnungen entschieden, dass der Vermieter auch keinen Anspruch auf Ausstellung eines Negativattest nach § 5 der VO über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum verlangen kann (ZwVbVO vom 04.03.2014). § 1 Abs. 1 ZwVbVO unterstellt „Wohnraum“ im gesamten Stadtgebiet Berlins unter den Vorbehalt der Genehmigung. Wobei der Begriff Wohnraum in der Verordnung selbst nicht definiert, sondern vorausgesetzt wird. Danach gelten alle Räume als Wohnraum im Sinne des Zweckentfremdungsverbots, die zur dauernden Wohnnutzung tatsächlich und rechtlich geeignet sind (VG Berlin, Beschl. v. 02.08.2017 - 6 L 510.17). So hat auch die 9. Kammer des VG München entschieden (VG München, Urte. v. 15.02.2017 - M 9 K 16.2662 und VG München, Beschl. v. 24.04.2017 - M 9 S 17.1340).

d) Das gleiche gilt bei Überlassung einer Wohnung in München als Arbeitnehmerunterkunft ohne das Vorliegen einer Genehmigung. Eine Wohnnutzung im Sinne der Zweckentfremdungsvorschriften setzt eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, die Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie die freie Freiwilligkeit des Aufenthalts voraus (BVerwG, Beschl. v. 17.12.2007 - 4 B 54/07 Rn. 3, worauf wegen der Einzelheiten und weiterer Nachweise zu verweisen ist).

#### **Zu 4.: Mietobjekt als Teil einer Wohnungs- oder Teileigentumsanlage**

Die sog. Medizintouristen, die sich in Deutschland operieren oder medizinisch behandeln lassen wollen und sich eine Ferienwohnung anmieten, werden in einer Wohnungseigentumsanlage häufig nicht gern gesehen, weil sie wegen der Kürze der Mietzeit meist keinen Kontakt zu den Mitbewohnern bekommen und daher allgemein als Fremdkörper angesehen werden. Das ist WEG-rechtlich kein entscheidendes Argument. Das LG München hat daher entschieden, dass die Nutzung einer Eigentumswohnung durch häufig wechselnde Medizintouristen als wohnungseigentumsrechtlich zulässige Wohnnutzung anzusehen ist (LG München, Urt. v. 08.02.2016 - 1 S 21019/14 mit Anm. Rüschler, jurisPR-MietR 3/2017 Anm. 1). Es sei nur darauf abzustellen, welche Nutzung in der Wohnung selbst stattfindet. Wenn die Teilungserklärung nichts anderes bestimmt und die Wohnungseigentümer nichts anderes vereinbart haben, ist die Vermietung einer Eigentumswohnung an wechselnde Mieter auch jeweils unter drei Monaten z.B. an sog. Medizintouristen ein Teil der zulässigen Wohnnutzung (im Anschluss an BGH, Urt. v. 15.01.2010 - V ZR 72/09 - NJW 2010, 3093 = WuM 2010, 376). Das hindert aber nicht, dass sich Störungen durch Medizintouristen ergeben. Sie kommen nicht selten aus Ländern mit großer Zeitverschiebung gegenüber Deutschland. Sie telefonieren daher häufig nachts im Freien mit großer Lautstärke und stören dadurch die übrigen Bewohner des Hauses erheblich. Die zitierte Entscheidung macht auch Ausführungen zu einem Unterlassungsanspruch der Miteigentümer nach § 1004 BGB gegen den vermietenden Eigentümer und zur Wiederholungsgefahr.

Die 1. Kammer des LG München I sieht eine Vermietung an Medizintouristen als Teil der zulässigen Wohnnutzung und selbst bei Verstoß gegen die Zweckentfremdungsverordnung sei sie wohnungseigentumsrechtlich zulässig (a.A. AG Bonn, Urt. v. 30.11.2016 - 27 C 13/16). Auch bei nicht akzeptablem Nutzerverhalten rechtfertigt dies kein Verbot der Vermietung an Medizintouristen, sondern es soll insoweit nur ein Unterlassungsanspruch bestehen (LG München I, Urt. v. 08.02.2017 - 1 S 5582/16 - ZMR 2017, 325).

Hier kommt zu der eingangs erwähnten Überlagerung von Problemen aus verschiedenen Rechtsgebieten eine divergierende Rechtsauffassung verschiedener Gerichte. So hat die 6. Kammer des VG Berlin entschieden, dass die gewerbliche Vermietung von Wohnraum im gesamten Stadtgebiet Berlin wegen des dort geltenden Zweckentfremdungsverbots unter dem Vorbehalt der Genehmigung steht (VG Berlin, Beschl. v. 02.08.2017 - 6 L 510.17). Das steht im Widerspruch zu der oben bereits zitierten BGH-Entscheidung vom 15.01.2010 (V ZR 72/09), wonach die Vermietung einer Eigentumswohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste als Teil der zulässigen Wohnnutzung anzusehen ist, sofern die Teilungserklärung diese Art der Nutzung des Sondereigentums nicht untersagt und die Wohnungseigentümer nichts anderes vereinbart haben, so dass keine gewerbliche Vermietung und damit auch keine Zweckentfremdung vorliegt.

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

In der Praxis ist es richtig und dringend zu empfehlen, genau zu recherchieren, welcher Sachverhalt im Einzelnen vorliegt und außerdem, ob an dem Ort, an dem das Mietobjekt liegt, ein Zweckentfremdungsverbot besteht. Wegen der divergierenden Urteile im Zivil- und Verwaltungsrecht ist darüber hinaus festzustellen bzw. zu entscheiden, in welcher Ebene man sich bewegt und ob ein zivilrechtlicher Erfolg sich lohnt, wenn die Nutzung des Objektes letztendlich an bestehenden Klippen im Verwaltungsrecht scheitern könnte.

### **5**

#### **Heizkostenabrechnung bei Wohnraummiete: Wärmemengenzähler bei zentraler Warmwasserversorgungsanlage**

##### **Orientierungssatz:**

**Auch vor dem 31.12.2013 war die auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallende Wärmemenge mittels eines Wärmezählers zu messen, sofern dieser bereits installiert war. Eine Abrechnung gemäß § 9 Abs. 2 HeizKV kommt bei einem vor-**

## **handenen Wärmehähler nicht in Betracht. Die Kostenverteilung bei einem Geräteausfall richtet sich nach § 9a HeizKV.**

Anmerkung zu LG Leipzig, Urteil vom 09.03.2017, 1 S 330/16

von **Prof. Dr. Siegbert Lammel**

### **A. Problemstellung**

Das LG Leipzig hat sich mit der Heizkostenabrechnung bei einem defekten Wärmemengenzähler für die verbundene Warmwasserversorgungsanlage befasst.

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

Die beklagte Mieterin wandte sich mit einer Vielzahl von Einwendungen gegen die von ihr geforderte Nachzahlung auf die Betriebskostenabrechnung.

Sie hat mit ihrer Berufung insoweit (und infolge der sich daraus ergebenden Minderzahlung auch überwiegend) Erfolg, als die Heizkostenabrechnung ohne Nutzung des vorhandenen Wärmemengenzählers erstellt worden ist.

Zwar war dieser im Abrechnungszeitraum defekt. Jedoch hätte in diesem Fall nicht nach § 9 Abs. 2 Satz 2 HeizKV abgerechnet werden dürfen; denn diese darin genannten Formeln würden nur Anwendung finden, wenn die Anbringung eines Wärmehählers aus technischen Gründen nicht möglich gewesen sei. Infolgedessen hätte die Abrechnung unter Anwendung der Kriterien des § 9a HeizKV erstellt werden müssen. Weil der Gebäudeeigentümer also eine nach Ansicht des Gerichts unzutreffende Verteilungsregelung angewendet habe, könne er aus der Abrechnung insoweit keine Ansprüche herleiten.

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

Nach dem formalen Wortlaut der angewendeten gesetzlichen Regelungen erscheint die Entscheidung insoweit stimmig zu sein: Wenn ein Wärmehähler vorhanden ist, muss dieser auch verwendet werden; die technischen Vorausset-

zungen für die Anwendung der Formeln in § 9 Abs. 2 HeizKV sind nicht gegeben; die HeizKV sieht in § 9a Regelungen für den Fall vor, dass ein Zähler ausgefallen ist. Dennoch bleibt hinsichtlich des Ergebnisses ein Unbehagen: Der Gebäudeeigentümer erhält keinerlei Zahlungen auf seine Heizkostenabrechnung, obwohl er doch „verbrauchsabhängig“ unter Verwendung der von der HeizKV in § 9 Abs. 2 HeizKV vorgegebenen Formeln abgerechnet hat. Es reicht für die Rechtsanwendung eben nicht aus, nur formalistisch auf den Wortlaut der gesetzlichen Regelung zu schauen, sondern der Rechtsanwender sollte auch den materiellen Gehalt der Regelung ergründen, um danach ein befriedigendes Ergebnis zu erzielen. Die Regelungen der HeizKV dienen nicht vordergründig dem technischen Abrechnungsverfahren, sondern sie verfolgen primär den Zweck, Heizenergie dadurch einzusparen, dass dem jeweiligen Nutzer die Kosten seines Verbrauchs vor Augen geführt werden, um dadurch sein Nutzerverhalten zu beeinflussen. Dieses Ziel wird dann konterkariert, wenn der Nutzer aufgrund eines möglicherweise formalen Anwendungsfehlers in der Abrechnung überhaupt keine Kosten zu tragen hat.

Für den konkreten Fall bedeutet dies nach einer Möglichkeit der verbrauchsabhängigen Abrechnung unter Anwendung der HeizKV zu suchen. Hierfür bieten sich zwei Vorschriften an: Zum einen § 9a HeizKV, der bei Geräteausfall eingreifen soll und Vergleichswerte zur Verfügung stellt; zum anderen § 9 Abs. 2 HeizKV, der Formeln für die Ermittlung des Verbrauchs enthält. Schon die Gesetzessystematik legt es nahe, der Regelung in § 9 Abs. 2 HeizKV den Vorrang vor § 9a HeizKV einzuräumen. Außerdem ist dieses Verfahren verbrauchsnäher als das Schätzverfahren. Der Sinn der technischen Vorgaben in § 9 Abs. 2 HeizKV besteht darin, den Vorrang der Messung sicherzustellen. Die technischen Voraussetzungen verfolgen aber nicht den Zweck, die Anwendung der Formeln generell auszuschließen, auch wenn das angebrachte Messgerät im Einzelfall nicht ordnungsgemäß funktionieren sollte oder aus sonstigen Gründen ausgefallen ist.

Somit hat sich der Gebäudeeigentümer im vorliegenden Streitfall durchaus ordnungskonform verhalten, indem er zur Verbrauchsermitt-



lung bei Geräteausfall der verbundenen Anlage auf die Formeln zurückgegriffen hat.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Bei der Anwendung der Regelungen der HeizKV ist – wie auch bei den anderen gesetzlichen Regelungen – nicht nur auf den Wortlaut abzustellen, sondern es sind auch die anderen methodischen Auslegungsregeln anzuwenden; erst damit wird ein brauchbares Ergebnis erzielt. Hinsichtlich der Leerstandsproblematik darf nicht ausschließlich auf die Entscheidung des BGH abgestellt werden, sondern es ist darauf zu achten, dass das Ergebnis mit den allgemeinen Regeln des AGB-Rechts übereinstimmt.

#### E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Die Mieterin wandte sich auch dagegen, dass die Kosten für Kaltwasser zu 100% nach Verbrauch umgelegt worden seien, obwohl im Gebäude (wohl) 30% der Wohnungen leer stehen würden; sie somit das an sich den Gebäudeeigentümer/Vermieter treffende Leerstandsrisiko hinsichtlich der verbrauchsunabhängigen Kosten vollständig zu tragen habe (insoweit in WuM 2017, 530 nicht mit abgedruckt). Das Gleiche gelte für die Heizkosten, die 50:50 verteilt würden.

Das LG Leipzig lässt diese Einwände unter Berufung auf das Urteil des BGH vom 06.10.2010 (VIII ZR 183/09) nicht durchgreifen. Dabei hat es aber übersehen, dass der BGH durchaus differenziert vorgeht: Zwar lässt er eine 100%ige Umlage der Wasserkosten zu, verneint aber deren Zulässigkeit, wenn die mietvertragliche Vereinbarung keine Ausnahme dafür vorsieht, dass es durch diese Umlage angesichts eines erhöhten Leerstandes zu unbilligen Ergebnissen kommt. Auch wenn das Landgericht nahezu wortwörtlich aus den dortigen Entscheidungsgründen zitiert, bleibt rechtlicher Ansatzpunkt für die Überprüfung § 307 BGB. Und danach ist die Vereinbarung einer 100%-Umlage der Wasserkosten unabhängig vom Einzelfall unwirksam; auf die Prüfung des Einzelfalles kommt es daher nicht mehr an. Außerdem geht die Meinung in der Literatur davon aus, dass bei einem 30%igen Leerstand die Grenze zur Unbilligkeit jedenfalls überschritten ist (z.B. Wall, jurisPR-

MietR 24/2010 Anm. 4; Lindner, AnwZert MietR 2/2014, Anm. 1). Die Überwälzung der Beweislast auf den Mieter, wie sie das LG Leipzig vornimmt, verstößt gegen die Beweislastverteilung im AGB-Recht.

Anders liegt allerdings der Fall bei dem 50:50-Schlüssel für die Verteilung der Heizkosten. Hier hat die HeizKV selbst einen konkreten Rahmen vorgegeben, dessen Angemessenheit nur bei einem Abweichen von der 50:50-Regel überprüfbar ist. Die verordnungsrechtliche Grundregel ist mit ihren möglichen Unzuträglichkeiten hinzunehmen.

## 6

### Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei Nichtaufsuchen des Beherbergungsortes durch Gast

#### Leitsatz:

**Der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 ZPO) ist nicht begründet, wenn der Gast den Beherbergungsort nicht aufsucht.**

Anmerkung zu AG Münster, Urteil vom 08.09.2017, 48 C 2016/17

von **Bernd Jahreis**, RA, FA für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und FA für Erbrecht, Jahreis Fachanwaltskanzlei für Erb-, Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Bayreuth

#### A. Problemstellung

Kann das für den Beherbergungsort zuständige Amts- oder Landgericht als Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß § 29 ZPO zuständig sein, wenn der buchende Gast den Beherbergungsort überhaupt nicht aufgesucht hat?

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien streiten über einen Zahlungsanspruch aus Beherbergungsvertrag. Die Klägerin betreibt in Münster ein Hotel. Der Beklagte buchte am 11.02.2015 eine Übernachtung für die Zeit vom 13.02.2015 bis 14.02.2015 zum

Preis von 67 Euro. Am Anreisetag stornierte der Beklagte die Buchung. Die Klägerin fakturierte gemäß den vereinbarten Stornierungsbedingungen 53,10 Euro. Die Klägerin mahnte den Beklagten; eine Zahlung erfolgte nicht.

Das AG Münster hat die Zulässigkeit einer am Ort des Beherbergungsbetriebes erhobenen Klage verneint und die Klage deshalb als unzulässig abgewiesen.

Der buchende Gast habe sich überhaupt nicht am Beherbergungsort aufgehalten, d.h. er sei nicht angereist. Der Schwerpunkt des Schuldverhältnisses Beherbergungsort könne nur dann angenommen werden, wenn der Beherbergende seine Pflicht am gleichen Ort erbringe, an dem sie auch vom buchenden Gast in Anspruch genommen werde. Sei letzteres nicht der Fall, könne nicht mehr von einem einheitlichen Erfüllungsort ausgegangen werden.

### C. Kontext der Entscheidung

In der Rechtsprechung und Literatur der wegen des Streitwerts üblicherweise zuständigen Amtsgerichte ist umstritten, ob der Ort der beabsichtigten Beherbergung stets als Erfüllungsort i.S.d. § 29 Abs. 1 ZPO anzusehen ist und damit die örtliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk sich die Beherbergung befindet, begründet.

Aufgrund der Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.01.2007 (XII ZR 168/04 - NJW-RR 2007, 777) kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass bei Beherbergungsverträgen stets der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß § 29 Abs. 1 ZPO begründet ist, wenn der Gast die Beherbergung auch in Anspruch nimmt. Dies wird damit begründet, dass ein Gast, der keine besondere Zahlungsweise vereinbart hat, nach der allgemeinen Verkehrssitte im Beherbergungsgewerbe die Bezahlung stets am Ort der Beherbergung zu erbringen hat bzw. auch erbringt.

Lebhaft umstritten ist diese Frage in der Rechtsprechung und auch Literatur aber in den Fällen, in denen der Gast den Beherbergungsort nicht aufsucht.

Hier wird einerseits die Auffassung vertreten, dass es keinen Unterschied machen könne, ob

ein Gast den Beherbergungsort tatsächlich aufsucht oder nicht (u.a. OLG Nürnberg, Urt. v. 28.11.1984 - 9 U 3061/84 - NJW 1985, 1296, 1297; AG Sankt Blasien, Urt. v. 22.06.1982 - C 24/82 - MDR 1982, 1017; AG Viechtach, Urt. v. 30.11.2006 - 2 C 463/06 sowie Krüger in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 269 Rn. 27 und Heinrich in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 29 Rn. 21 und Patzina in: MünchKomm ZPO, 5. Aufl. 2016, § 29 Rn. 36). Begründet werden diese Entscheidungen und Ansichten mit dem Argument, dass ansonsten der vertragswidrige Gast prozessual bessergestellt würde als der vertragstreue.

Nach anderer Ansicht, der auch das AG Münster gefolgt ist, ist § 29 Abs. 1 ZPO nicht einschlägig, wenn der Gast den Beherbergungsort überhaupt nicht aufsucht (LG Bonn, Urt. v. 11.03.1985 - 2 O 51/85 - MDR 1985, 588; AG Wittmund, Beschl. v. 25.08.1983 - 10 C 148/83 - juris; AG Freyung, Urt. v. 15.03.1978 - 4 C 508/70 - NJW 1971, 762 und Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, § 29 Rn. 25).

### D. Auswirkungen für die Praxis

Der Entscheidung des AG Münster und der anderen diese Meinung vertretenden Gerichte kann nicht gefolgt werden, da es in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied machen kann, ob der Buchende das gebuchte Zimmer auch tatsächlich nutzt, wozu er in rechtlicher Hinsicht auch nicht verpflichtet ist. Der Beherbergungsbetrieb erbringt seine Leistung durch die Bereitstellung der Räumlichkeiten in seinem Beherbergungsbetrieb für den gebuchten Zeitraum. Soweit daher der Buchende diese Leistung nicht abrufen kann, kann dies nicht zu einer prozessualen Besserstellung führen. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass in heutigen Zeiten überwiegend über Buchungsportale gebucht wird, bei denen in der Regel Stornierungsfristen bis zum Abend oder Vorabend des gebuchten Zeitraums bestehen, soweit aufgrund besonderer Umstände (besondere Veranstaltungen) nicht eine verbindliche Buchung erfolgen muss.