



Herausgeber: **Norbert Eisenschmid, RA**

Erscheinungsdatum:  
13.07.2010

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

Bezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.

**14/2010**

**Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Berücksichtigung von Leerständen in der Betriebskostenabrechnung**  
Anmerkung zu LG Krefeld, Urteil vom 17.03.2010, 2 S 56/09  
von Claudia Theesfeld, RA'in
- Anm. 2** **Wohnraummiete: Zustimmung des Mieters zur Modernisierungsmaßnahme nach Einreichung der Duldungsklage**  
Anmerkung zu LG Hamburg, Beschluss vom 26.11.2009, 307 T 72/09  
von Norbert Eisenschmid, RA
- Anm. 3** **Kein Anspruch eines gewerblichen Großvermieters auf Erstattung von Anwaltskosten für Kündigung des Mietvertrages**  
Anmerkung zu LG Gießen, Beschluss vom 13.10.2009, 1 S 71/09  
von Ulf P. Börstinghaus, RiAG
- Anm. 4** **Trittschallverschlechterung durch Verlegung von Parkett**  
Anmerkung zu OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.05.2010, 5 Wx 20/09  
von Jürgen Pfeilschifter, RA
- Anm. 5** **Austausch überdimensionierter Wasserzähler**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.04.2010, VIII ZR 97/09  
von Frank-Georg Pfeifer, RA
- Anm. 6** **Anforderung an Erlöschen eines Wegerechts auf den verselbstständigten Grundstücksteilen nach Teilung des herrschenden Grundstücks**  
Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss vom 14.04.2010, 4 W 43/10  
von Claudia Mummenhoff, RA'in und FA'in für Miet- und Wohnungseigentumsrecht,  
MUMMENHOFF Rechtsanwälte Notar

**Zitiervorschlag:** jurisPR-MietR 14/2010, Anm. 1, Theesfeld  
**ISSN 1860-157X**

## Berücksichtigung von Leerständen in der Betriebskostenabrechnung

### Leitsätze:

**1. Bei einer Abrechnung von Betriebskosten nach dem Personenschlüssel oder einem kombinierten Personen-/Flächenschlüssel muss der Vermieter auch bei ausschließlich verbrauchsabhängigen Kosten einen Wohnungsleerstand berücksichtigen. Eine dem zuwider lautende Vertragsklausel ist unwirksam.**

**2. Auch formelle Fehler der Abrechnung werden vom Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 BGB erfasst.**

**3. Die Kosten für das Fällen von Bäumen und der Beseitigung von Schäden durch außergewöhnliche Stürme (Kyrill) sind nicht umlagefähig.**

Anmerkung zu LG Krefeld, Urteil vom 17.03.2010, 2 S 56/09

von **Claudia Theesfeld**, RA'in

### A. Problemstellung

Das LG Krefeld hatte darüber zu entscheiden, ob bei der Abrechnung von Betriebskosten nach dem Personenschlüssel oder einem gemischten Personen-/Wohnflächenschlüssel der Vermieter auch bei ausschließlich verbrauchsabhängigen Kosten einen Wohnungsleerstand mit zu berücksichtigen hat.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Zahlung von Betriebskosten in Anspruch. Nach dem zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrag sind die verbrauchsabhängigen Betriebskosten nach der „Hausbelegungsstärke“, d.h. für die einzelne Wohnung nach Personenzahl abzurechnen. Nach Auffassung der Beklagten muss der Kläger den unstreitig hohen Leerstand in dem Mietobjekt durch Ansatz einer fiktiven Personenzahl für jede leerstehende Wohnung in der Betriebskostenabrechnung mit einbeziehen.

Nach Auffassung des LG Krefeld ist der im Mietvertrag vereinbarte Umlageschlüssel für die verbrauchsabhängigen Kosten gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Der gewählte Umlageschlüssel benachteilige die Beklagten als Mieter unangemessen, da bei der Umlage der verbrauchsabhängigen Betriebskosten etwaige Leerstandsflächen des Mietobjekts nicht berücksichtigt werden. Grundsätzlich sei Leerstand im Falle der Kostenverteilung anhand des gesetzlichen Flächenschlüssels zu berücksichtigen. Der Vermieter habe das Vermietungs- und damit auch das Leerstandsrisiko zu tragen. Aufgrund dieser Risikoverteilung könne der Vermieter Betriebskosten, die auf leerstehende Wohnungen entfallen, nicht auf die Mieter abwälzen, wenn die Betriebskosten nach dem Verhältnis der Wohnfläche umzulegen sind. Das Gericht ist der Ansicht, dass Leerstandsflächen auch bei einer Umlage der verbrauchsabhängigen Kosten nach der Personenzahl zu berücksichtigen seien. Hier könne hinsichtlich der Risikoverteilung nichts anderes gelten als bei der Verwendung des Flächenschlüssels. Das Vermietungsrisiko falle allein in die Sphäre des Vermieters. Die Umlagegerechtigkeit als elementare Grundlage der Kostenverteilung erfordere daher eine Leerstandsberücksichtigung. Aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel gelte der gesetzliche Flächenschlüssel gemäß § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB, für den die Vermutung der Angemessenheit spreche.

### C. Kontext der Entscheidung

Nach der Rechtsprechung des BGH ist Leerstand im Falle der Kostenverteilung nach dem gesetzlichen Flächenschlüssel gemäß § 556a BGB grundsätzlich zu berücksichtigen (BGH, Ur. v. 31.05.2006 - VIII ZR 159/05 - NZM 2006, 655). Sieht also der Mietvertrag eine Verteilung der Betriebskosten nach der Wohnfläche vor, so sind auch verbrauchsabhängige Kosten bei einem Wohnungsleerstand vom jeweiligen Eigentümer der Wohnung zu tragen. Ob dies auch für Leerstand bei der Verteilung von verbrauchsabhängigen Betriebskosten nach der Personenzahl gilt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, bei verbrauchsabhängigen Kosten sie dies nicht erforderlich, wenn auf den Leerstand kein Verbrauch entfällt und die Verbrauchskosten ausschließlich von den im Objekt wohnenden Mietern verursacht werden (AG Zwickau, Ur. v. 20.10.2000

- 2 C 264/00 - NJW-RR 2001, 1018). Nach anderer Ansicht – der sich auch das LG Krefeld vorliegend angeschlossen hat – muss auch in diesem Fall der Leerstand zu Lasten des Vermieters berücksichtigt werden (AG Köln, Urt. v. 03.04.2001 - 217 C 571/00 - WuM 2002, 285) und eine leerstehende Wohnung bei anzuwendendem Personenschlüssel zumindest mit einer Person berücksichtigt werden (so z.B. AG Köln, Urt. v. 07.03.1997 - 201 C 609/96 - WuM 1998, 290).

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil des LG Krefeld wird vielen Mietern Anlass dazu geben, ihre Betriebskostenabrechnung überprüfen zu lassen. Grundsätzlich ist Vermietern schon aus Gründen der Praktikabilität von der Verwendung des Personenschlüssels abzuraten. Denn grundsätzlich muss der Vermieter zusammen mit der Abrechnung eine Zusammenstellung vorlegen, aus der sich die Anzahl der Nutzer für jede Wohnung und jeden Monat des Abrechnungsjahres erkennen lässt. Kann der Mieter diese Aufstellung substantiiert bestreiten, muss der Vermieter die Richtigkeit des Abrechnungsschlüssels beweisen. Die gerechteste Art, verbrauchsabhängige Kosten wie Wasser, Abwasser, Strom, Gas usw. umzulegen, ist nur durch die Einrichtung von Zählern für die Verbrauchserfassung gewährleistet.

## 2

### Wohnraummiete: Zustimmung des Mieters zur Modernisierungsmaßnahme nach Einreichung der Duldungsklage

#### Orientierungssatz:

**Stimmt der Mieter der Modernisierungsmaßnahme nach Einreichung der Duldungsklage, jedoch vor Fälligkeit des Duldungsanspruchs zu, so trägt der Vermieter nach Erledigung der Hauptsache die Kosten des Rechtsstreits.**

Anmerkung zu LG Hamburg, Beschluss vom 26.11.2009, 307 T 72/09

von **Norbert Eisenschmid**, RA

#### A. Problemstellung

Das Landgericht hatte zu prüfen, ob sich trotz der Frist nach § 554 Absatz 3 Satz 1 BGB der Ver-

mieter im Einzelfall vorzeitig auf eine Pflicht des Mieters zur Duldung einer angekündigten Modernisierungsmaßnahme berufen kann.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Mit Ankündigungsschreiben vom 17.03.2009 hatte der Vermieter eine Modernisierung angekündigt. Mit der am 18.05.2009 eingegangenen Klage verlangt der Vermieter die Duldung der Maßnahmen. Am 20.05.2010 hat der beklagte Mieter die Zustimmung zur Modernisierung erklärt, worauf am gleichen Tag die Rücknahme der Klage erfolgte. Mit Beschluss vom 29.07.2009 hat das AG Hamburg-Blankenese (509 C 119/09) der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen auferlegt. Die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss wurde kostenpflichtig zurückgewiesen.

Das Landgericht ist der Auffassung, dass zum Zeitpunkt der Klagerücknahme der Mieter zur Duldung der vom Vermieter angekündigten Maßnahmen noch nicht verpflichtet gewesen sei, denn die dreimonatige Ankündigungsfrist des § 554 Absatz 3 Satz 1 BGB war zum Zeitpunkt der Klagerücknahme noch nicht abgelaufen. Da die Frist den Charakter einer Überlegungsfrist hat und Fälligkeitsvoraussetzung für die Duldungspflicht ist, war der Anspruch auf Duldung noch nicht fällig. Der Vermieter musste daher mit seinem Begehren abgewiesen werden.

#### C. Kontext der Entscheidung

Es entspricht weitgehend einhelliger Auffassung, dass die Frist des § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB den Charakter einer Überlegungsfrist hat und somit Fälligkeitsvoraussetzung für die Duldungspflicht des Mieters ist (siehe Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB Rn. 285; Stornel, Mietrecht aktuell 2009, Rn. VII, 154).

Aus den Gründen der Entscheidung ergibt sich nicht, warum der Vermieter vorzeitig Klage erhoben hat. Allerdings gibt dieses Verfahren Anlass, auf Folgendes hinzuweisen:

Der Vermieter hat wegen der notwendigen Planungssicherheit ein berechtigtes Interesse daran, möglichst frühzeitig zu erfahren, ob der Mieter die Arbeiten dulden oder Einwände vorbringen will. Daher ist der Mieter gehalten, auf Nach-

frage des Vermieters diesem den Stand seiner Überlegungen mitzuteilen. Das Gesetz mutet dem Mieter zu, sich bis zum Ablauf des auf die Mitteilung folgenden Monats zu entscheiden, ob er das Mietverhältnis wegen der Baumaßnahmen kündigen will. Daraus lässt sich ableiten, dass er in dieser Zeit für sich alle Umstände geprüft hat, die für eine solch weitreichende Entscheidung von Bedeutung sind. Es entspricht Treu und Glauben, dem Vermieter, wenn er nach Ablauf dieser Überlegungsfrist nachfragt, ggf. die Bedenken gegen eine Duldung mitzuteilen, ohne dass damit eine rechtsverbindliche Aussage des Mieters verbunden sein muss. Die Drei-Monats-Frist ist eine Überlegungsfrist, die dem Mieter vollständig zur Verfügung steht und gegen seinen Willen nicht verkürzt werden kann (§ 554 Abs. 5 BGB). Durch eine Äußerung des Mieters kann im Einzelfall der Vermieter aber noch während der projektierten Planungsphase – und nicht erst in der Ausführungsphase – die Chance ergreifen, durch geeignete Maßnahmen die Zweifel und Bedenken seines Vertragspartners auszuräumen.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung belegt die Erfahrung, dass es besser ist, mit den Mietern rechtzeitig über die beabsichtigten Maßnahmen zu sprechen, als mit der Klage zu drohen bzw. diese anhängig zu machen. Der Mieter hat insoweit Mitwirkungspflichten, als er vorhandene Bedenken gegen seine Duldungspflicht nach Ablauf der Frist für sein Sonderkündigungsrecht auf Nachfrage des Vermieters einbringen muss.

### 3

#### **Kein Anspruch eines gewerblichen Großvermieters auf Erstattung von Anwaltskosten für Kündigung des Mietvertrages**

##### **Leitsatz:**

**Ein Großvermieter, der über 200.000 Wohnungen vermietet oder verwaltet, wird fristlose Kündigungen von Mietverträgen wegen Zahlungsverzuges durch eigenes fachkundiges Personal erklären können. Es ist für ihn nicht notwendig, einen Rechtsanwalt mit der Kündigung zu beauftragen.**

Anmerkung zu LG Gießen, Beschluss vom 13.10.2009, 1 S 71/09

von **Ulf P. Börstinghaus**, RiAG

#### **A. Problemstellung**

Grundsätzlich hat der Mieter, der seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt, die Konsequenzen zu tragen. Zahlt er die Miete nicht, kann ihm unter den Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Ziff. 3 BGB gekündigt werden. Außerdem schuldet er dem Vermieter Schadensersatz. Hierzu gehört zum einen der Kündigungsfolgeschaden (Mietausfall usw.) aber auch der Aufwand für die Kündigung selbst. Aber wie immer, wenn Juristen das Wort „grundsätzlich“ gebrauchen, muss man auch hier auf den Einzelfall schauen.

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

Zahlreiche Gerichte in Deutschland haben Räumungsklagen des größten deutschen Vermieters zu bearbeiten. Dieser verwaltet über 220.000 Wohnungen in Deutschland. Kommt hier ein Mieter mit einem kündigungsrelevanten Betrag in Verzug und soll das Mietverhältnis gekündigt werden, so beauftragt das Unternehmen bundesweit die gleiche Anwaltskanzlei. Diese fertigt eine vorformulierte Kündigung, die so gut wie keine individuellen Angaben enthält. Der Text der Kündigung unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Alternativen des § 543 Abs. 2 Ziff. 3 BGB. Es wird regelmäßig ausgeführt, dass der Mieter mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils der Miete in Rückstand ist. Gleichzeitig wird der Mieter aufgefordert, die Anwaltskosten für diese Kündigung i.H.v. ca. 300 - 400 Euro je nach Höhe der Grundmiete zu zahlen.

Räumt der Mieter nicht, lässt die Vermieterin Räumungsklage erheben, in der vorsorglich nochmals die fristlose Kündigung erklärt wird. Mit der ebenfalls textbausteinmäßig nicht weiter individualisierten Klage wird neben der Räumung auch die Zahlung der Anwaltskosten für die Kündigung verlangt. Der Klage ist ein Mieterkontoauszug beigelegt, aus dem sich – mit Mühe – der kündigungsrelevante Rückstand entnehmen lässt.

Fraglich ist, ob diesem Vermieter auf Grund seiner besonderen Fachkunde ein Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten dem Grunde nach

zusteht und wenn ja, ob hierfür die geltend gemachte Mittelgebühr oder nur die Mindestgebühr für ein einfaches Schreiben berechtigt ist.

Das AG Gießen hatte die Klage hinsichtlich der Anwaltskosten abgewiesen. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Berufung hat das LG Gießen durch Beschluss gemäß § 522 ZPO wegen offensichtlicher Unbegründetheit zurückgewiesen.

Es hat die Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit der Einschaltung eines Anwalts ausdrücklich verneint. Dabei hat es ausdrücklich nicht auf die Größe des Wohnungsbestandes abgestellt. Maßgeblich sei vielmehr, ob der Vermieter anwaltlicher Hilfe bedarf oder ob er aufgrund seiner – nicht auf juristischer Berufsausbildung beruhender – Kenntnisse, insbesondere aufgrund bereits früher ausgesprochener Kündigungen und Räumungsverlangen infolge Zahlungsverzuges, anwaltlicher Hilfe bedarf. Dies hat die Kammer bei einem gewerblichen Großvermieter wie vorliegend, der in der Vergangenheit und Gegenwart unzählige gleichförmige Kündigungsschreiben und Räumungsverlangen bei Zahlungsverzug erstellt hat bzw. von seinen Anwälten hat erstellen lassen, auch bei einer typisierenden Betrachtungsweise verneint. Der Fall unterscheidet sich gerade von dem eines privaten Vermieters mit wenigen Wohnungen, der nur selten Kündigungen auszusprechen hat. Die standardisierte Formularkündigung hätte auch in der EDV der Vermieterin durch kaufmännisches Personal ohne weiteres gefertigt werden können.

### C. Kontext der Entscheidung

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Es geht um die Frage, ob im konkreten Fall dieses Vermieters die Rechtsverfolgungskosten erstattungsfähig sind. Dies ist, wie das LG richtigerweise festgestellt hat, eine Frage der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit. Außerdem ist, da es sich ja um einen Schadensersatzanspruch handelt, eine Schadensminderungspflicht auf Vermieterseite zu berücksichtigen.

Dabei ist auf den konkreten Fall abzustellen, nicht nur auf die sicher auf Seiten der Vermieterin wegen der riesigen Anzahl der verwalteten Wohnungen vorhandenen ganz besonderen Kompetenz. Hier hatte der Mieter wohl zwei Mieten nicht gezahlt. Es lag der wohl einfachste Fall einer Kündigung wegen Zahlungsverzuges überhaupt

vor. In diesem Fall ist die Einschaltung eines Anwalts nicht erforderlich (so auch AG Dortmund, Urte. v. 01.10.2008 - 427 C 7817/08; sowie 427 C 4853/09; 427 C 4852/09 und 427 C 7811/09).

Soweit von der Vermieterin behauptet wird, dass sie sich von der Einschaltung eines Anwalts einen nachhaltigen Effekt verspricht (so auch LG Dortmund, Urte. v. 11.08.2009 - 1 S 298/08) überzeugt dies Argument nicht. Fast alle anderen großen örtlichen Vermieter fertigen ihre Kündigung und teilweise sogar ihre Räumungsklagen selbst, ohne dass hierfür weitere Kosten für die Mieter anfallen. Diese sind häufig sogar präziser und verständlicher als die der von der hiesigen Vermieterin eingeschalteten Anwälte. Letztendlich sind nur einige wenige Statusangaben und Werte aus der Buchführung erforderlich. Diese bekommen die hier eingeschalteten Anwälte ja auch von der Vermieterin online, da sie direkten Zugriff auf den diesbezüglichen Datenbestand der Vermieterin haben und in das System, zumindest was die hier erforderlichen Daten angeht, eingebunden sind. Letztendlich handelt es sich bei der Anwaltskanzlei, was den Bereich der Kündigungen angeht, nach dem Eindruck vieler mit diesen Verfahren befasster Kollegen, um die ausgegliederte Rechtsabteilung der Vermieterin. Da die anderen großen und mittelgroßen gewerblichen Vermieter die Kündigungen weiterhin selbst fertigen, ist empirisch davon auszugehen, dass der Erfolg ähnlich groß ist, wie der der hiesigen Vermieterin. Das Argument der größeren Überzeugungskraft einer anwaltlichen Kündigung überzeugt deshalb nicht.

Bezeichnenderweise werden die viel schwierigeren Mieterhöhungserklärungen nach den §§ 558 ff. BGB von dieser Vermieterin selbst gefertigt und nicht von dem Anwaltsbüro. Die Kosten hierfür muss bekanntlich der Vermieter tragen, da es einen Anspruch auf Erstattung der Kosten weder materiell-rechtlich noch prozessual gibt. Also spielt die Kostenerstattung bei der Frage, ob ein Anwalt eingeschaltet wird, eine große Rolle. Denn auch ein anwaltlich gefertigtes Mieterhöhungsverlangen hätte nach der Argumentation der Vermieterin eine größere Überzeugungskraft als das selbst gefertigte Verlangen.

Deshalb ist bei den unproblematischen Massenfällen des Zahlungsverzuges für zwei aufeinanderfolgende Monate oder in Höhe von zwei Monatsmieten die Einschaltung eines Anwalts nicht erforderlich. Zumindest verstößt der Vermieter

gegen die Schadensminderungspflicht, wenn er diese Kosten entstehen lässt. Nicht vergessen werden darf, dass in einer erheblichen Zahl der Fälle diese Kosten von den öffentlichen Kassen zur Abwendung von Obdachlosigkeit übernommen werden. Hier wird die eigentlich von dem Unternehmen zu leistende Verwaltungstätigkeit von der öffentlichen Hand finanziert.

Nur wenn man ausnahmsweise wirklich zu einer Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten kommt, stellt sich die Frage, ob hierfür die Mittelgebühr oder die Mindestgebühr nach RVG zu entrichten ist. Da die Schreiben als Formularschreiben keinerlei individuellen Angaben außer den aus der Bestandsverwaltung und Buchhaltung eingespielten Daten enthält, ist es meines Erachtens gerechtfertigt, hier die Mindestgebühr für einfache Schreiben anzusetzen.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Insbesondere für die gerichtliche Praxis bedeutet die Entscheidung eine stärkere Sensibilisierung für das Problem. Es geht nicht darum, zahlungsunfähige oder -unwillige Mieter zu schützen oder Anwälte zu bestrafen. Es geht darum, dass auch bei Massenverfahren, wie gerichtlichen Räumungsverfahren, nicht der Blick auf den Einzelfall verloren geht. Dazu gehört eben auch, die Schwierigkeiten des konkreten Falles in Beziehung zu setzen mit dem Geschäftsfeld, auf dem sich der Kläger tummelt. Für Profis ist eben nicht das Gleiche erforderlich wie für Laien. Für Mieter bietet sich die Möglichkeit an, den Räumungsanspruch anzuerkennen und wegen des Anspruchs auf Zahlung der Anwaltskosten unter Hinweis auf die vorliegende Entscheidung Klageabweisung zu beantragen.

4

### **Trittschallverschlechterung durch Verlegung von Parkett**

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

**Streitigkeiten zweier Wohnungseigentümer über Trittschall sind anhand von § 14 WEG zu entscheiden.**

Anmerkung zu OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.05.2010, 5 Wx 20/09

von **Jürgen Pfeilschifter**, RA

#### **A. Problemstellung**

Die Antragsteller machen geltend, in Folge der Verlegung eines Parkettbodens in der über ihnen liegenden Wohnung des Antragsgegners komme es in ihrer Wohnung zu nicht hinzunehmenden Trittschallbeeinträchtigungen, die durch geeignete Maßnahmen in der im Sondereigentum des Antragsgegners stehenden Wohnungseinheit Nr. 5 beseitigt werden müssen.

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

In der angefochtenen Entscheidung hatte das Landgericht ausgeführt, maßgeblich für den maximal zulässigen Trittschall sei das konkret zu ermittelnde besondere Gepräge des betroffenen Gebäudes. Auszugehen sei vom Ausgangsstandard der Wohnungseigentumsanlage im Zeitpunkt der Begründung des Wohnungseigentums. Nach Einholung eines Gutachtens und nach der Vernehmung verschiedener Zeugen stehe fest, dass eine nicht mehr hinzunehmende Beeinträchtigung i.S.d. § 14 Abs. 1 WEG nicht gegeben sei und deswegen den Antragstellern ein Beseitigungsanspruch nach § 15 Abs. 3 WEG i.V.m. § 1004 Abs. 1 BGB nicht zustehe. Es lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass bei Erwerb der Wohnungen ein erhöhter Schallschutz, der über den in der DIN 4109 festgelegten hinausgehe, habe erwartet werden dürfen. Im Rahmen der Einordnung der Wohnung sei zu berücksichtigen, dass die Trittschallemission aus Küche, Bad und WC, in denen die nach der Baubeschreibung vorgesehenen Keramikfliesen verlegt worden seien, zwischen 42 und 50 dB lägen; dies seien keine einer Komfortwohnung entsprechenden erhöhten Trittschallschutzwerte. Bestätigt werde dies weiter durch die Aussagen der vernommenen Zeugen. Die Frage der Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Ersterwerbers in einen bestimmten Ausstattungsstandard lasse sich nicht allein an Hand der Baubeschreibung beantworten, die die Ausstattung mit Teppichboden vorsehe. Berücksichtigt werden müsse auch der Inhalt des von den Antragstellern selbst eingeführten Kaufvertrages, der in § 8 Sonderwünsche zulasse. Diese Sonderwünsche seien in der Weise umgesetzt worden, dass anstatt der vorgesehenen Aus-

stattung mit Teppichboden Parkettboden verlegt worden sei.

Mit ihrer weiteren sofortigen Beschwerde machen die Antragsteller insbesondere geltend, das Landgericht habe nicht allein auf den Maßstab des § 14 Abs. 1 WEG abstellen dürfen. Nach Regelungen in der Teilungserklärung dürfe es zu keinerlei Beeinträchtigungen infolge der Auswechslung des Fußbodens kommen. Durch die Verlegung von Parkett sei es gegenüber einer Verlegung von Teppichboden in jedem Fall zu einer beträchtlichen Verschlechterung hinsichtlich des Trittschalls gekommen. Auch die Anwendung von § 14 Abs. 1 WEG führe zu keinem anderen Ergebnis. Da es sich bei den fraglichen Wohnungen um Komfortwohnungen handle, hätten die Ersterwerber damit rechnen dürfen, dass sie sich in eine Wohnanlage einkaufen, die nicht nur den Mindestschallschutz aufweist, jedenfalls dürfe aber das Schallschutzniveau nicht durch die Verlegung eines anderen Bodenbelags als des in der Baubeschreibung vorgesehenen verschlechtert werden. Die erhöhten Trittschallemissionen aus Küche, Bad und Flur könnten allenfalls zu Mängelbeseitigungsansprüchen führen.

Das zulässige Rechtsmittel blieb in der Sache ohne Erfolg. Das OLG Brandenburg sah keine Veranlassung, von seiner Rechtsauffassung abzuweichen, wonach Maßstab für die Frage, ob eine nicht mehr hinzunehmende Beeinträchtigung gegeben ist, allein § 14 Abs. 1 WEG ist, der regelt, dass von dem Sondereigentum nur in einer Weise Gebrauch gemacht werden darf, „dass dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst“. Die §§ 5b bzw. 10 der Teilungserklärung enthielten insoweit keine vorrangigen Sonderregelungen.

Die Vorschrift des § 5b der Teilungserklärung enthält Unterhaltungs- und Gebrauchsregelungen. In diesem Zusammenhang ist in Nr. 1 2. Absatz vereinbart, dass kein Wohnungseigentümer im Gebrauch seiner Eigentumswohnung „über Gebühr“ beeinträchtigt werden darf, insbesondere nicht durch Geräusche. Unabhängig davon, dass diese Regelung in erster Linie auf die Unterhaltung und den Gebrauch des Wohnungseigentums abzielt, nicht aber auf bauliche Veränderungen, sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass mit der Regelung, der

Wohnungseigentümer dürfe im Gebrauch seines Wohnungseigentums nicht „über Gebühr“ beeinträchtigt werden, ein Maßstab vereinbart werden sollte, der über den denjenigen des § 14 Nr. 1 WEG hinausgeht.

Dies gilt im Ergebnis ebenfalls für die Regelung in § 10 Nr. 1 Satz 3 der Teilungserklärung, wonach das Sondereigentum – durch bauliche Veränderungen – nicht nachhaltig gestört und beeinträchtigt werden darf.

Ein Anspruch der Antragsteller auf Beseitigung der durch Trittschall verursachten Störungen kann sich so allein aus § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB ergeben, wenn die Rechte der Antragsteller durch vom Sondereigentum des Antragsgegners ausgehenden Trittschall über das in § 14 Nr. 1 WEG bezeichnete Maß hinaus beeinträchtigt werden. Das Landgericht hat ausgehend hiervon zutreffend bei der Prüfung auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt und insbesondere auch die örtlichen Gegebenheiten sowie Lage und Charakter der Wohnungseigentumsanlage berücksichtigt und ist in rechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass nicht hinzunehmende Geräuschbeeinträchtigungen durch Trittschall aufgrund des verlegten Parkettbodens von dem Sondereigentum des Antragsgegners nicht ausgehen.

Die vor dem Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme hat nicht ergeben, dass das zu gewährleistende Schallschutzniveau dieser Wohnungseigentumsanlage über das in der DIN 4109 Ausgabe 1989 normierte Maß hinausgeht.

Es sind nach Auffassung des OLG Brandenburg keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass an den einzuhaltenden Trittschallschutz erhöhte, über die DIN 4109 hinausgehende Anforderungen zu stellen sind. Trotz der Beschreibung des Konzeptes über den I. Bauabschnitt, in dem die Wohnungen als qualitativ hochwertige Wohneinheiten beschrieben werden, handelt es sich entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht um „Komfortwohnungen“ mit erhöhten Anforderungen an den zu gewährleistenden Schallschutz. Konkrete Angaben über das Maß des einzuhaltenden (Tritt-)Schallschutzes enthält die Baubeschreibung im Weiteren nicht.

Aus den Zeugenaussagen ergibt sich insgesamt, dass neben den Lärmbeeinträchtigungen durch Trittschall weitere erhebliche Lärmbeeinträchti-

gungen hinzukommen (durch Duschen, Baden, Fernsehen, Geräusche aus dem Treppenhaus, Sprechen in der Wohnung des Antragsgegners, Lärm aus der angrenzenden Wohnanlage), die insgesamt nicht den Schluss zulassen, dass hinsichtlich des Lärmniveaus die Wohnung der Antragsteller erhöhten Anforderungen genügt. Vielmehr legen die Aussagen der Zeugen nahe, dass die Wohnung – wie die gesamte Wohnanlage – insgesamt hellhörig ist und damit allenfalls den Anforderungen der DIN 4109 genügt. Einen darüber hinausgehenden Ausgangsstandard hat die Beweisaufnahme gerade nicht ergeben.

In diesem Zusammenhang ist schließlich zu berücksichtigen, dass nicht unwesentliche Teile der Wohnungen mit Keramikfliesen ausgestattet sind und der hiervon ausgehende Trittschall denjenigen übersteigt, der im Bereich des in der Wohnung des Antragstellers verlegten Parkettbodens entsteht.

Nach der Begutachtung durch den Sachverständigen steht fest, dass die von dem Sondereigentum des Antragsgegners ausgehenden Beeinträchtigungen durch Trittschall im Bereich des verlegten Parkettbodens die in der DIN 4109 festgelegten Grenzwerte nicht übersteigen.

Die Antragsteller können sich schließlich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Beeinträchtigungen durch Trittschall bei Verlegung eines Teppichbodens geringer wären. Diese Tatsache, die zu Gunsten der Antragsteller unterstellt werden kann, führt rechtlich zu keinem anderen Ergebnis. Auf diesen Umstand könnten sie sich nämlich nur dann berufen, wenn die Verlegung von Teppichboden den einzuhaltenden Trittschallschutz geprägt hätte und deswegen in allen Wohnungen ein solches Maß an Trittschallschutz in Teilen der jeweiligen Wohnungen einzuhalten wäre. Hierfür genügt es insbesondere nicht, dass die „Beschreibung der Ausführung“ unter Ziffer 3.8.2 für die Wohngeschosse (außer Küche und Bad) die Verlegung von Teppich auf schwimmendem Estrich vorsieht. Dadurch wird in dem hier maßgeblichen Bereich des Sondereigentums lediglich der bauseitig vorgesehene Ausstattungsstandard bzw. Leistungsumfang beschrieben, mit der Folge, dass ein anderer Ausstattungsstandard u. U. zusätzlich zu vergüten ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Ausstattungsstandard in der Baubeschreibung, die Gegenstand der jeweiligen Kaufverträge war, hinsichtlich des einzuhaltenden Trittschallschutzes einen

im Verhältnis zu den übrigen Sondereigentümern verbindlicher Maßstab sein sollte, ist nicht ersichtlich. Der Ziffer 3.8.2 der Baubeschreibung, die auch sonst keinen Bezug zu dem zu gewährenden Trittschallschutz erkennen lässt, kann die Vereinbarung eines erhöhten Schallschutzes im Verhältnis zu anderen Sondereigentümern, die nach dem Vortrag des Antragsgegners ebenfalls teilweise von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, ihr Sondereigentum mit einem anderen Bodenbelag, etwa mit Fliesen, auszustatten, Gebrauch gemacht haben, insoweit nicht entnommen werden.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts überzeugt nicht. Zwar wird die Frage, welches Schutzniveau in der Wohnanlage aufrecht erhalten werden muss, anhand von Baubeschreibung, Zeugenaussagen und sonstiger Ausstattung untersucht. Dabei erliegt das Oberlandesgerichts jedoch einem Zirkelschluss: Weil die Anlage hellhörig ist und Mängel vorhanden sind, sind die Mängel keine Mängel. Natürlich können Parkettböden oder Fliesen fachgerecht so verlegt werden, dass ein über den Minimalwerten der DIN liegender Schallschutz erreicht wird. Das Gericht misst dem vorgetragenen Argument, es sei eine Komfortwohnung angeboten worden, kein Gewicht bei, weil die Wohnungen laut Zeugenaussagen unterdurchschnittlichen Schallschutz hätten. Hiermit wird der Prüfungsweg verlassen, welcher Standard vereinbart worden war. Es drängt sich weiter die Frage auf, ob dem OLG Brandenburg die Funktion der DIN 4109 als unterstes Schutzniveau bekannt ist, oder ob das Gericht dem immer noch anzutreffenden Irrtum unterlag: DIN sei normalerweise ausreichend (gut). Der BGH hat dazu in bemerkenswerter Klarheit mit Urteil vom 14.06.2007 (VII ZR 45/06) festgestellt, dass die DIN 4109 keine „anerkannte Regel der Technik“ darstellt, wenn ein üblicher Standard zu beurteilen ist.

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

Die aktuelle DIN Norm 4109 „Schallschutz im Hochbau“ stammt aus dem Jahr 1989, die darin enthaltenen Werte sind aber fast identisch mit den Werten aus dem Jahr 1962. Sie enthält ausdrücklich nur Mindeststandards zur Vermeidung von Gesundheitsgefahren. Damit werden nur „unzumutbare Belästigungen“ vermieden. Die Einhaltung dieser Anforderungen wird von den Bauaufsichtsbehörden öffentlich-rechtlich unter dem Gesichtspunkt des Gesundheits-

schutzes gefordert, schlechter darf man also in keinem Fall bauen. Die Entwicklungen der letzten 60 Jahre sowohl beim sozialen Anforderungsprofil der Wohnungsnutzer und Käufer als auch in der Bautechnik sind an dieser Norm spurlos vorbeigegangen. Daher kann sie zu Recht nicht mehr als „allgemein anerkannte Regel der Technik“ für den Schallschutz im Wohnungsbau gelten.

Beim DIN konnte man sich trotz jahrzehntelanger Beratungen bisher nicht auf zusätzliche Regelungen für einen Schallschutz einigen, die als „anerkannte Regel der Technik“ für den heute durchschnittlichen, normalen Schallschutz gelten oder gehobene Standards festlegen. Ein Entwurf als Teil 10 der DIN 4109 scheiterte am Widerstand der Bauindustrie und der Wohnungswirtschaft und wurde im Jahr 2000 ersatzlos zurückgezogen. DIN Normen können nach den Regularien des DIN nur im Konsens aller „interessierten Kreise“ verabschiedet werden, so dass die Regeln der DIN 4109 nur den kleinsten gemeinsamen Nenner, den „Mindestschallschutz“ wiedergeben und keinen zeitgemäßen, aus Sicht der Wohnungsnutzer akzeptablen Schallschutz bieten. Lediglich in einem Beiblatt 2 wurden früher minimale Verbesserungen für erhöhten Schallschutz definiert, die nicht Bestandteil der Norm sind und die nach Auffassung von Wissenschaftlern und Akustikern heute auch nicht mehr zeitgemäß sind. Empirische Untersuchungen belegen, dass ein neuzeitlicher, fachgerecht ausgeführter Bau standardmäßig ohne besonderen Aufwand einen erheblich über den DIN Werten liegenden Schallschutz hat.

In der VDI Richtlinie 4100 werden in drei Schallschutzstufen Anforderungen für normalen und erhöhten Schallschutz definiert, deren Werte bereits in der Stufe 1 über den Mindestanforderungen der DIN Norm liegen. Wesentliches Kriterium ist dabei die Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes aus der Nachbarwohnung und die Störungen durch sonstige Geräusche (Musik, Haustechnik, Installationsgeräusche im Bad usw.), abgeleitet nach wissenschaftlichen Erkenntnissen. In der Vorläuferfassung der Richtlinie stimmte die Schallschutzstufe 1 noch inhaltlich mit den Mindestanforderungen der DIN 4109 überein. In der aktuellen Fassung 2010 hat sich das Normungsgremium des VDI entschlossen, auch in der Stufe 1 schon ein über den Minimalwerten liegendes Niveau fest zu schreiben.

Der für Bausachen zuständige VII. Senat des BGH hat, wie oben angesprochen, mit Urteil vom 14.06.2007 (VII ZR 45/06) festgestellt, dass die DIN 4109 keine „anerkannte Regel der Technik“ darstellt, wenn ein üblicher Komfortstandard zu beurteilen ist und auf die VDI Richtlinie 4100 verwiesen.

Welcher Schallschutz im Einzelfall zivilrechtlich geschuldet ist, richtet sich nach Auffassung des BGH (natürlich) nach den vertraglichen Vereinbarungen. Dabei sind insbesondere dann, wenn zum Schallschutz Aussagen fehlen oder wenn solche im Widerspruch zu sonstigen Aussagen stehen (z.B. „Schallschutz nach DIN für eine Komfortwohnung“) bei der Vertragsauslegung die Gesamtumstände zu bewerten, etwa das Gepräge des Gebäudes, seine Ausstattung (einfach, Standard oder Luxuswohnung) und die vorhandene Bauweise. Konkret bedeutet das, es wird der Schallschutz geschuldet, den die im Einzelfall verwendete Konstruktion und die verwendeten Baustoffe – fehlerfreie Ausführung vorausgesetzt – im Normalfall leisten und die der Käufer aufgrund dieser Gesamtumstände erwarten kann. Diese Rechtsprechung ist im gesamten Baurecht und Wohnungseigentumsrecht mittlerweile herrschende Meinung.

Lediglich der für Mietrecht zuständige VIII. Senat des BGH weicht davon im Bereich des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts ab. In den Entscheidungen vom 17.06.2009 (VIII ZR 131/08) und 07.06.2010 (VIII ZR 85/09) vertritt er die Auffassung, bei Fehlen ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarungen, was bei Mietverträgen die Regel darstellt, wären lediglich die Mindestwerte der DIN geschuldet. Damit negiert er die von der übrigen Rechtsprechung entwickelten Auslegungsgrundsätze für den Bereich des Mietvertrages ebenso wie wissenschaftliche Erkenntnisse der Bauakustik und er verkennt die vom DIN selbst gesetzte Zielrichtung der Norm 4109.

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

Im Einzelfall verbietet es sich, den konkret geschuldeten Schallschutz an der DIN 4109 zu orientieren. Vielmehr müssen im Baurecht, im Wohnungseigentumsrecht und auch im Mietrecht das vertraglich bzw. das nach § 14 WEG geschuldete Schutzniveau anhand aller relevanten Anhalts-

punkte nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung bestimmt werden.

## 5

### Austausch überdimensionierter Wasserzähler

#### Leitsatz:

**Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Wasserversorgungsunternehmen im Rahmen seines die Messeinrichtungen betreffenden Leistungsbestimmungsrechts gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 und 4 AVBWasserV gehalten ist, eine neue Ermessensentscheidung dahin gehend zu treffen, ob ein Austausch des eingebauten Wasserzählers unter Berücksichtigung des aktuellen Standes der Technik im Interesse des Kunden vorzunehmen ist.**

#### Orientierungssatz zur Anmerkung:

**Ein Wasserversorgungsunternehmen muss den neuesten Stand der Technik berücksichtigen, wenn es im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts (§ 18 Abs. 2 Satz 2 und 4 AVBWasserV; § 315 BGB) im Interesse des Kunden über die Größe eines Wasserzählers eine Ermessensentscheidung trifft.**

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.04.2010, VI-II ZR 97/09

von **Frank-Georg Pfeifer**, RA

#### A. Problemstellung

Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft verlangte im Januar 2007 von der Beklagten (Kommunale-Wasserwerke-Leipzig-GmbH), der die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung für das Haus mit 21 Wohnungen übertragen ist, den Einbau eines kleineren Hauptwasserzählers.

Der vorhandene Zähler der Größe Qn 6 soll gegen einen kleineren Zähler der Größe Qn 2,5 ausgetauscht werden. Zähler der Größe Qn 6 sind für einen Nenndurchfluss von 6 m<sup>3</sup>/h ausgelegt; Zähler der Größe Qn 2,5 für einen Nenndurchfluss von 2,5 m<sup>3</sup>/h. Die Beklagte verweigerte den Austausch, weil bei dem kleineren Zähler Druck und Menge des Wassers nicht gesi-

chert seien. Nach dem Tarif der Beklagten beträgt der Wasser-Grundpreis bei Wasserzählern Qn 2,5 monatlich 29,50 € (ab 401 m<sup>3</sup> pro Jahr), bei Zählern Qn 6 monatlich 68 € (ab 501 m<sup>3</sup> pro Jahr). Die ebenfalls von der Beklagten erbrachte Abwasserentsorgung schlägt laut Preisblatt 2007 Ziff. 2.1.1.1 im ersten Falle mit 15 Euro monatlich zu Buche und im zweiten Fall mit 36 Euro. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landgericht hat sie abgewiesen. Die Klägerin legte daraufhin Revision ein.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Revision der Klägerin hatte Erfolg; der BGH hat zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen. Der BGH sieht zwei Ermessensentscheidungen der Beklagten:

Zum einen die ursprüngliche vor Jahren auf Grundlage der DIN 1988 Teil 3 getroffene und nach § 315 BGB verbindlich gewordene Ermessensentscheidung der Beklagten, einen Wasserzähler Qn 6 einzubauen. Diese Ermessensentscheidung hat der BGH unbeanstandet gelassen.

Nach §§ 242, 241 Abs. 2 BGB habe die Klägerin jedoch Anspruch auf eine erneute, sprich zweite, Ermessensentscheidung der Beklagten. Denn der technische Standard habe sich wesentlich geändert und die Klägerin mache angesichts des mit einem größeren Wasserzähler einhergehenden höheren Grundpreises beachtenswerte Interessen geltend. In der mit Sachgründen versehenen ablehnenden Entscheidung der Beklagten, die sich mit den Argumenten der Klägerin auch inhaltlich auseinandergesetzt habe, sei diese erneute Ermessensausübung zu sehen.

Jedoch sei die von der Beklagten getroffene erneute Ermessensentscheidung über die Zählergröße fehlerhaft, da sie nicht den aktuellen Stand der Technik berücksichtige. So enthalte das im Dezember 2003 veröffentlichte Arbeitsblatt W 406 des DVGW (Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches) in Ziffer 4.2, Tabelle 3 die Angabe, dass bei Wohngebäuden mit – wie hier – bis zu 30 Wohneinheiten mit WC-Spülkästen ein Wasserzähler Qn 2,5 einzubauen ist und erst ab 31 Wohneinheiten ein solcher der Größe Qn 6. Diese Diskrepanz des Arbeitsblatts W 406 zur DIN 1988 Teil 3 habe das Landgericht nicht ausreichend gewürdigt. Zwar ergebe sich nach der DIN 1988 Teil 3 ein den Einsatzbereich des Was-

serzählers Qn 2,5 übersteigender Spitzendurchfluss von 9,34 m<sup>3</sup>/h. Ein geringerer Spitzendurchfluss von 5,44 m<sup>3</sup>/h ergebe sich jedoch, wenn man die europäische DIN EN 806-3 auf die Wohnungseigentumsanlage der Klägerin anwende. Auch sei die DIN EN 806-3 ab dem nationalen Ausgabedatum, mithin ab Juli 2006, gültig und habe als europäische Norm denselben Status wie nationale DIN-Normen.

Aufgrund dieser Zusammenhänge sei der Einsatz eines Wasserzählers Qn 2,5 auch im Hinblick auf die Versorgungssicherheit des Hauses vertretbar. Überdies seien, anders als das Landgericht meine, nach § 18 Abs. 2 Satz 4 AVBWasserV die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin sehr wohl in die Abwägung einzubeziehen. Da das Landgericht keine ausreichenden Feststellungen insbesondere zum aktuellen Stand der Technik getroffen hat, hat der BGH die Sache zur Aufklärung darüber zurückverwiesen, ob ein Zähler Qn 2,5 in der Wohnanlage der Klägerin dem Stand der Technik entspreche.

### C. Kontext der Entscheidung

#### 1. Technische Hintergründe:

a) Zu bedenken ist, dass je nach Überdimensionierung Wasserzähler falsch anzeigen können (Kreuzberg/Wien, Handbuch der Heizkostenabrechnung, 7. Aufl. 2010, S. 509). Sofern Trockenläufer verwendet werden, kann ein abrupter Anstieg der Durchflussmenge zum Übertragungsabriss der Magnetkupplung führen, welche die – dann zu schnelle – Drehbewegung des vom Wasser umströmten Flügelrades auf das trocken gekapselte Rollenzählwerk überträgt (Kreuzberg/Wien, a.a.O., S. 335). Weniger problematisch sind insoweit Ultraschallzähler, welche ohne bewegte Teile auskommen.

b) Weiterhin sind dem Berufungsurteil (LG Leipzig, Urt. v. 26.03.2009 - 1 S 636/07 - Recht und Steuern im Gas- und Wasserfach, 2009, S. 28) u.a. folgende Angaben zu entnehmen, welche die vom BGH erörterten technischen Zahlenwerte leichter verständlich machen: Die wirklichen Durchflüsse lägen in der Regel unter den rechnerischen Spitzendurchflüssen. Zudem wiesen die moderneren Wasserzähler viel kleinere Druckverluste auf als die veralteten Geräte, die zum Zeitpunkt der Entstehung der DIN 1988 in Betrieb waren. Die Beklagte habe unter Zugrundelegung der DIN 1988 einen Spitzendurchfluss von

ca. 9,3 m<sup>3</sup> /h dargelegt. Die europäische Norm DIN EN 806-3, Ausgabe Juli 2006 berücksichtige die in der Praxis festgestellten geringeren Verbrauchswerte. Danach ergäbe sich ein Spitzendurchfluss von 5,44 m<sup>3</sup> /h. Die Zählereinrichtungen hätten einen breiten Toleranzspielraum.

Insoweit komme der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass ein Zähler Qn 2,5 vertretbar sei. Auch könne man den Zähler Qn 2,5 bis zu einem Bereich von 7 bis 8 m<sup>3</sup>/h betreiben, soweit es sich um einen kurzfristigen Spitzenbedarf von fünf Minuten pro Tag handele. Dem Verbraucher sei es zumutbar, dass fünf Minuten pro Tag nicht genug Druck und nicht genug Durchfluss herrsche.

c) Die größeren Zähler Qn 6 und höher sind je nach den Umständen natürlich bei großen Liegenschaften, Hochhäusern, Großwohnanlagen, Hotels usw. sehr wohl angemessen; ansonsten bei mehr als 20-30 Wohnungen und auch bei – teilweiser – gewerblicher Nutzung, z.B. durch eine Wäscherei. Hierzu wird unter II.3.d des BGH-Urteils ausgeführt, dass in gut 90% aller Wohngebäude ein Wasserzähler Qn 2,5 ausreiche.

#### 2. Rechtliche Hintergründe:

a) Sofern das Haus mit einem Qn-6-Zähler ausgestattet ist, kann es sich daher je nach Tarifstruktur für Hauseigentümer unter Abwägung der Einzelumstände empfehlen, vom Wasserversorger die Installation eines kleineren Zählers zu verlangen; zumal sich damit – so wie etwa in Leipzig – auch die Abwasserkosten reduzieren. Die ersparten Gebühren kommen den Mietern zugute.

b) Zwar ist der Vermieter gehalten, keine über- oder unterwertigen Leistungen in Anspruch zu nehmen (AG Berlin-Mitte, Urt. v. 16.01.2002 - 114 C 7/01 - ZMR 2002, 760). Doch dürfte der Vermieter nicht ohne weiteres verpflichtet sein, allein aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB einen solchen Antrag auf Einbau eines kleineren Zählers zu stellen. Denn der Vermieter hat bei Ausübung dieses Wirtschaftlichkeitsgebotes einen gewissen Ermessensspielraum (Both in: Herrlein-Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 556 BGB Rn. 88 ff.). Will er z.B. zulässigerweise Wohnräume künftig zum Betrieb eines Friseurgeschäfts vermieten, wäre es unvernünftig, für eine überschaubare Interimszeit einen Qn-6-Zähler gegen einen der Größe Qn 2,5 austauschen zu lassen. Hinzu kommen die

vorstehend genannten technischen Hintergründe. Daher kann nicht apodiktisch gesagt werden, dass stets bis zu 30 Wohneinheiten ein Qn-2,5-Zähler der richtige sei. Es sollte vor einer Änderung eine mit den Fragen der Wasserversorgung vertraute Fachkraft angesprochen werden, um die Einzelumstände zumindest kurzumrisch zu umreißen. Und bei unklarer Sachlage, sprich in Grenzfällen, ist es dem Vermieter ohnehin nicht anzunehmen, in eine Auseinandersetzung mit dem Wasserversorger zu treten (vgl. AG Berlin-Pankow/Weißensee, Urt. v. 21.02.2005 - 101 C 313/02 - ZMR 2006, 48), geschweige denn, einen Prozess gegen ihn zu führen (so: AG Leipzig, Urt. v. 06.03.2009 - 163 C 6664/08 - NZM 2009, 858). Denn sogar bei unbedenklichem Sachverhalt weiß man nie, wie ein Gericht entscheidet (so ausdrücklich: OLG Hamburg, Urt. v. 03.11.1915 - Bf I 116/15 - JW 1916, 147, re. Sp.; nahezu gleiche Aussage auch vom LG Berlin, Urt. v. 17.03.2009 - 65 S 54/08 - Grundeigentum 2009, 1126 zu „2.“).

c) Wird auf Antrag statt eines vorhandenen Qn-6-Zählers ein kleinerer Zähler eingebaut, kommt eine – rückwirkende – Gebührensenkung erst ab Zeitpunkt der Antragstellung auf Zählertausch in Betracht. Denn die ursprüngliche Ermessensentscheidung des Versorgers, einen Qn-6-Zähler einzubauen, ist, wie der BGH betont, verbindlich. Stellt sich jedoch die aufgrund eines Antrages erfolgte zweite Ermessensausübung als fehlerhaft heraus, ist ein Regress möglich (AG Leipzig, Urt. v. 06.03.2009 - 163 C 6664/08 - NZM 2009, 858).

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

a) Stellt man nach – zumindest knapper – Abklärung der Umstände einschließlich möglicher Kosten für ein Gebäude mit etwa 20 bis 30 Wohneinheiten (vgl. das zitierte Arbeitsblatt W 406 des DVGW) einen Antrag auf Austausch eines Qn-6-Zählers gegen einen kleineren Zähler, dann sollten zwecks Vermeidung zeitraubender Rückfragen dem Versorger vorab möglichst alle relevanten Einzelheiten mitgeteilt werden:

Eine – evtl. vorhandene – Ablichtung des Vertrages zwischen Grundstückseigentümer und Versorger. Ansonsten Liegenschaftsnummer und Nummer des vorhandenen Zählers. Weiter die Anzahl der Geschosse und ggf. Garagen sowie mögliche Gartenflächen. Sodann die Anzahl der Nutzeneinheiten, aufgeteilt nach Wohnraum

und eventuell Gewerberaum, auch nach Art des Gewerbes. Ferner die Anzahl der vorhandenen Zapfstellen, der Toiletten-Druckspüler oder Spülkästen. Falls greifbar, den Installationsplan des Hauses sowie Mitteilungen über eventuell vorhandene Druckerhöhungs- oder Wasseraufbereitungsanlagen, mögliche Löscheinrichtungen wie z.B. Innenhydranten oder Sprinkler; schließlich auch die ungefähre Personenzahl im Hause.

b) Wird der Austausch alsdann vorgenommen, bleiben im Regelfall die wohnungsbezogenen Einzelwasserzähler davon unberührt.

c) Es kann ferner sinnvoll sein, Antrag auf Einbau des kleineren Zählers zeitlich so zu stellen, dass wegen Ablaufs der sechsjährigen Eichgültigkeit ohnehin ein Zählertausch kurz bevorsteht. Wird auf diese Weise der Zählertausch für eine überschaubare Interimszeit aufgeschoben, kann dies wegen der dem Versorger zukommenden Kostenersparnis dem Geschäftsklima förderlich sein.

#### **E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung**

a) Der BGH lässt offen, ob eine Auswechslung des Wasserzählers auch unter geringeren als den oben aufgeführten Voraussetzungen verlangt werden kann, wenn etwa der Kunde bereit ist, die mit der Auswechslung verbundenen Kosten zu tragen, und er gegebenenfalls auch auf die Geltendmachung insbesondere von Schadensersatzansprüchen für den Fall einer Unterschreitung des erforderlichen Entnahmedrucks verzichtet.

b) Der BGH hat auch eine Verwirkung abgelehnt, die etwa darin läge, dass die Klägerin bis zu ihrem Schreiben von Januar 2007 die Größe des eingebauten Wasserzählers Qn 6 nicht beanstandet und den höheren Wasserpreis widerspruchlos bezahlt habe. Ebenso verneint der BGH eine konkludente Einigung auf einen Wasserzähler Qn 6.

c) Die oben genannten Zahlen der Abwasserentsorgung von 15 bzw. 36 Euro pro Monat ergeben sich aus dem Preisblatt 2007 des Wasserversorgers Leipzig (Abruf unter <http://www.wasser-leipzig.de/index.php?session=5e87f2ed7fbb1d4aa887d7c618cfadc1&page=157>).

Im Tatbestand des Urteils werden die Abwasserpreise hingegen mit „15 Euro pro m<sup>3</sup>“ bzw. „36 Euro pro m<sup>3</sup>“ angegeben.

## 6

### **Anforderung an Erlöschen eines Wegerechts auf den verselbstständigten Grundstücksteilen nach Teilung des herrschenden Grundstücks**

#### **Leitsatz:**

**Bei Teilung des herrschenden Grundstücks bleibt ein Wegerecht für alle Teile des Grundstücks fortbestehen, es sei denn, die Voraussetzungen des § 1025 Satz 2 BGB werden in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen (Anschluss an KG, 24.05.1974 - 1 W 1540/73 - NJW 1975, 697).**

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

**Jede Änderung eines dinglichen Rechts bedarf des Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (§§ 22, 29 GBO).**

Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss vom 14.04.2010, 4 W 43/10

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

#### **A. Problemstellung**

Liegt auf einem Grundstück ein örtlich begrenztes Recht (z. B. Wegerecht) und wird dieses Grundstück geteilt, so kann bescheinigt werden, dass dieses Recht nur noch auf bestimmten Teilflächen liegt, während andere Grundstücksflächen nicht belastet sind (§ 1026 BGB). Während bei § 1026 BGB das belastete Grundstück geteilt wird, behandelt § 1025 BGB die Teilung des herrschenden Grundstücks. § 1025 Satz 2 BGB regelt, dass das Recht der Nutzung eines Rechtes nur auf dem Teil des Grundstücks verbleibt, dem es zum Vorteil gereicht. Der für die Löschung des Rechts notwendige Nachweis, etwa die Löschungsbevolligung oder das Unschädlichkeitszeugnis des Katasteramtes, muss durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde dem Grundbuchamt beigebracht werden. Ohne

einen solchen Nachweis komme eine Löschung des Rechts nicht in Betracht.

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

Mit Eintragungsantrag vom 21.02.1974 wurde zugunsten des ursprünglichen Flurstücks .../7 ein Wegerecht eingetragen.

Das Flurstücks .../7 wurde in der Folgezeit (zumindest) in die Flurstücke .../10, .../11, .../13 und .../14 geteilt; für die entstandenen Grundstücke sind jeweils unterschiedliche Eigentümer eingetragen.

Nur die (Mit-)Eigentümer des Flurstücks .../14 haben der Löschung des Wegerechts durch notarielle Urkunde zugestimmt. Die Eigentümerin des dienenden Grundstücks hat unter Bezugnahme auf diese notarielle Urkunde die Löschung des Wegerechts beantragt. Das Grundbuchamt hat die Löschung des Wegerechts unter Hinweis auf die fehlenden Zustimmungen der übrigen Eigentümer versagt.

Der Notar hat unter Bezugnahme auf den Eintragungsantrag vom 21.02.1974, Bl. 74 der Grundakten, sowie einer Skizze Bl. 73 der Grundakten, die Auffassung vertreten, das Wegerecht habe sich nur auf dem Bereich zwischen Wohnhaus und Grenze beziehen können; die später gebildeten Flurstücke hätten aus dem Wegerecht keinen Vorteil ziehen können. Die Eigentümerin des dienenden Grundstücks hat darauf hingewiesen, dass das Wegerecht nur dazu gedient habe, um auf das Grundstück H., nämlich Flur ... Flurstück .../7 zu gelangen, die Nutzung des Wegerechts für die abverkauften Flächen sei überflüssig geworden.

Das Grundbuchamt hat den Antrag der Eigentümerin des dienenden Grundstücks die Löschung des Wegerechts mit dem Hinweis versagt, dass sich aus der Bewilligung des Wegerechts keine Beschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Grundstücksbereich oder auf einen seinerzeit vorhanden gewesenen Weg ergebe, weswegen es auf den tatsächlichen Verlauf des Weges nicht ankomme. Aus diesem Grunde hat das Grundbuchamt der Grundstückseigentümerin auferlegt, auch die Löschungsbevolligung der Eigentümer der abverkauften Flurstücke .../10, .../11 und .../13 zu dem einge-

tragenen Wegerecht oder ein Unschädlichkeitszeugnis des Katasteramtes beizubringen.

Das OLG Celle hat auf die Beschwerde der Eigentümerin des dienenden Grundstücks die Entscheidung des Grundbuchamtes bestätigt. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, § 1025 Satz 2 BGB sehe zwar vor, dass bei Teilung des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit für die übrigen Teile erlischt, wenn sie nur einem der Teile zum Vorteil gereicht. Doch selbst wenn diese Voraussetzungen vorliegen sollten, hätte die Eigentümerin diese Voraussetzungen nicht in der nach §§ 22, 29 GBO erforderlichen Form beigebracht. Dieser Nachweis kann entweder durch notarielle Löschungsbewilligung der übrigen Eigentümer der abverkauften Flurstücke oder durch Unschädlichkeitszeugnis des Katasteramtes geführt werden. Denn die Löschung der Grunddienstbarkeit gemäß der vorgenannten Vorschriften könne nur erfolgen, soweit die Voraussetzungen des § 1025 Satz 2 BGB durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen worden sind.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des OLG Celle ist nicht zu beanstanden.

Der BGH hat zu § 1025 Satz 1 BGB festgestellt (s. BGH, Urt. v. 25.01.2008 - V ZR 93/07), dass bei Teilung des herrschenden Grundstücks die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks auch dann zugunsten der Eigentümer der getrennten Teile fortwirkt, wenn sich die Teilung nicht aus den das dienende Grundstück betreffenden Grundbucheintragungen ergibt.

Jedwede Änderung eines dinglichen Rechts bedarf daher des Nachweises in grundbuchtauglicher Form. Hierfür sehen die §§ 22, 29 GBO nur die Vorlage durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden vor.

Der Entscheidung des OLG Celle steht daher auch im Einklang mit der gefestigten Rechtsprechung.

Bereits das vom OLG Celle zitierte KG hat mit Beschluss vom 24.05.1974 (1 W 1540/73) festgestellt, dass, soweit von dem herrschenden Grundstück Teile abgeschrieben worden sind, zur vollständigen Löschung der Grunddienstbar-

keit – soweit nicht das Erlöschen des Rechts auf einem Teilstück nach § 1025 Satz 2 BGB in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen wird – die Löschungsbewilligungen auch sämtlicher Eigentümer der verselbstständigten Grundstücks-teile selbst dann erforderlich sind, wenn der Fortbestand der Grunddienstbarkeit für die Eigentümer der abgetrennten Teile im Grundbuch nicht vermerkt ist.

Die Eigentümerin des dienenden Grundstücks hat somit entweder einen Löschananspruch gegen die übrigen Eigentümer der herrschenden Grundstücke oder sie fordert ein Unschädlichkeitszeugnis des Katasteramtes an. Sollte das Wegerecht tatsächlich nicht den übrigen Eigentümer der abverkauften Grundstücke dienen, die Voraussetzungen des § 1025 Satz 2 BGB also vorliegen, hätte dies auch durch das Katasteramt entsprechend festgestellt werden können. Zweck des Unschädlichkeitszeugnisses ist es, die Veräußerung von Trennstücken zu erleichtern. Das Eigentum an einem Teil eines Grundstücks (Trennstück) kann frei von grundbuchlich gesicherten Rechten und Belastungen übertragen werden, wenn durch ein behördliches Zeugnis festgestellt wird, dass die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist. Die Feststellung der Unschädlichkeit ersetzt in diesem Fall die Bewilligung des Berechtigten. Vor der Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses sind jedoch alle Beteiligten zu hören.

Ob die Dienstbarkeit bei Teilung eines Grundstücks erloschen ist (zu der Teilung eines belasteten Grundstücks eingehend BGH, Urteil v. 03.05.2002 - V ZR 17/01), hängt davon ab, ob der Berechtigte nicht nur tatsächlich, sondern nach dem Rechtsinhalt der Dienstbarkeit oder auf Grund rechtsgeschäftlich vereinbarter Ausübungsregelung dauernd rechtlich gehindert ist, die Ausübung der Dienstbarkeit auf andere Teile des belasteten Grundstücks zu erstrecken. Wenn das Recht erloschen ist, hat der Eigentümer des dienenden Grundstücks einen entsprechenden Anspruch auf Löschungsbewilligung der Eigentümer der herrschenden Grundstücke. Dieser Anspruch ist dann im Zweifel gerichtlich durchzusetzen.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Jede Änderung eines Rechts, das im Grundbuch eingetragen ist, bedarf des Nachweises durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden

(§§ 22, 29 GBO). Ohne einen solchen Nachweis wird das Grundbuchamt keine Änderungen vornehmen dürfen.

Daher empfiehlt es sich, sowohl bei der Bewilligung von Dienstbarkeiten deren Geltungsbereich so konkret in der Urkunde zu beschreiben und/oder in einem Lageplan einzuzeichnen, dass eine Zuordnung bei einer späteren Teilung des herrschenden Grundstücks klar ersichtlich ist. Eine allgemeine Beschreibung der Dienstbarkeit führt bereits am Tage der Bestellung zu potentiellen Streitigkeiten in der Zukunft, wenn eine Teilung des herrschenden Grundstücks in Betracht kommt.

Zudem sollte im Falle des Verkaufs von (auch unvermessenen) Teilflächen der Käufer in der notariellen Urkunde zugleich die Löschungsbewilligung von solchen Rechten erklären, die nach Herstellung des (neuen) Grundstücks durch Teilung des ursprünglich herrschenden Grundstücks fortgeschrieben werden, die aber für den Käufer der Teilfläche ohne Interesse sind. Nur so kann verhindert werden, dass anschließend aufwendige Verfahren durchlaufen werden müssen, um den Anforderungen der Grundbuchordnung gerecht zu werden.