

# Jahresabschlussschulung 2019

## **Aktuelle Gesetzgebung und Rechtsprechung**

RAin Claudia Dithmar  
Referentin Recht/Justiziarin  
Verband Thüringer Wohnungs-  
und Immobilienwirtschaft e.V.

Vervielfältigung nur mit Zustimmung des Verbandes Thüringer Wohnungs-  
und Immobilienwirtschaft e.V. gestattet.

## **Inhalte des Vortrages:**

### **A - Mietenpolitik**

#### **Kappungsgrenzenverordnung- Mietendeckel- Mietpreisbremse und Co. Was ist das?- Eine kurze Erläuterung**

1. Mietendeckel
2. Mietpreisbremse
3. Kappungsgrenzenverordnungen von Thüringen

### **B - Aktuelle Rechtsprechung**

1. Mietminderung bei bloßer Schimmelpilzgefahr wegen Wärmebrücken?
2. Nachträgliche Mietminderung
3. Mietminderung, wenn der Mieter die Mängelbeseitigung nicht duldet?
4. Anspruch auf Beseitigung von Bäumen wegen der von ihnen ausgehenden natürlichen Immissionen?
5. BGH zu Wirtschaftlichkeitsgebot und überregionaler Betriebskostenspiegel
6. Erbe haftet nicht allein deshalb für Miete, weil er Kündigung unterlässt
7. Zur Härtefallabwägung bei einer Mieterhöhung nach Modernisierung (hier: Bedeutung der Angemessenheit der Wohnungsgröße)
8. Mieter hat bei der Abrechnung der Heizkosten Anspruch auf Änderung eines falschen Verteilungsschlüssels
9. Gerichtsentscheidungen zur Eigenschaft kommunaler Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber
10. Zum Verbot der Mindest- bzw. Höchstsätze der HOAI
11. Datenschutz-Grundverordnung/Betriebskostenabrechnung  
Keine tiefgreifenden Auswirkungen auf Betriebskostenrecht
12. Belegeinsicht durch Vorlage gescannter Originale zulässig
13. Entscheidung zur gesetzlichen Zuständigkeit in Bezug auf die außerordentliche Kündigung eines Vorstandsanstellungsvertrages

### **C - Vorhaben des Gesetzgebers**

1. „Wohn- und Mietenpaket“ der Bundesregierung
2. Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung des Betrachtungszeitraums für die ortsübliche Vergleichsmiete
3. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Wohneigentumsgesetzes zur Förderung der Elektromobilität
4. Weitere Änderung des Genossenschaftsgesetzes (Entwurf)

### **D – Gesetzesänderung (die bereits gilt)**

Änderungen zur Bestellpflicht betrieblicher Datenschutzbeauftragter nach § 28 BDSG

### **E - Fälle aus der Praxis**

1. Mietsicherheit: Die Bürgschaft von Eltern für ihre Kinder
2. Der Untermieter – Wen darf der Mieter in die Wohnung aufnehmen?
3. Anfragen zu Betriebskosten

# A - Mietenpolitik

## KappungsgrenzenVO – Mietendeckel – Mietpreisbremse und Co. Was ist das? – Eine kurze Erläuterung

### 1. Mietendeckel

Ein landesrechtlich geregelter und zeitlich beschränkter Mietenstopp.

Berliner Senat: „..., um das Mietpreisniveau zu stabilisieren und sicherzustellen, dass alle Berliner in der Lage bleiben, angemessenen und bezahlbaren Wohnraum zu finden.“

Die Diskussion strahlt auch in andere Bundesländer und damit auch nach Thüringen.

Rechtlich umstritten.

Ein vom GdW in Auftrag gegebenes Gutachten des ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Papier kommt zu dem Ergebnis, dass ein Mietendeckel verfassungswidrig sei. Ein Mietendeckel ist wirtschaftlich ein enteignungsgleicher Eingriff.

### 2. Mietpreisbremse

„§ 556 BGB

- (1) Wird ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen, der in einem **durch Rechtsverordnung** nach Abs. 2 bestimmten Gebiet **mit einem angespannten Wohnungsmarkt** liegt, so darf die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2) **höchstens um 10 Prozent übersteigen**.
- (2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten durch Rechtsverordnung für die Dauer von höchstens fünf Jahren zu bestimmen.“

In Thüringen wurde in

- Erfurt und
- Jena

durch Rechtsverordnung vom 31.03.2016 die Mietpreisbremse für Erfurt eingeführt. Sie gilt bis zum 31.01.2021.

Es liegt ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz über den **Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung und Verbesserung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn** vor.

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums enthält zwei wesentliche Regelungen:

- Den Ländern wird ermöglicht, Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt erneut durch Rechtsverordnung für die Dauer von fünf Jahren zu bestimmen. Spätestens mit Ablauf **des 31. Dezember 2025** sollen alle Rechtsverordnungen außer Kraft treten.
- Der Mieter kann die gesamte ab Beginn des Mietverhältnisses zu viel gezahlte Miete zurückfordern, wenn er den Verstoß gegen die Mietpreisbremse in den ersten 30 Monaten nach Beginn des Mietverhältnisses gerügt hat. Nach Ablauf von 30 Monaten bleibt es bei einem Anspruch auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete ab Zugang der Rüge.

Neben der **Erweiterung des Betrachtungszeitraums beim Mietspiegel von vier auf sechs Jahren** setzt der Referentenentwurf damit einen weiteren Beschluss im Rahmen des Wohn- und Mietenpaketes der Bundesregierung vom 18. August 2019 um.

#### Kritik:

Das Bundesverfassungsgericht hat auf die Schwächen der Mietpreisbremse hingewiesen. Eine regulierte Miete könne die Nachfrage von Wohnungssuchenden in den betroffenen Regionen weiter ansteigen lassen, sodass gerade einkommensstärkere Bewerberinnen und Bewerber bessere Chancen auf eine bezahlbare Wohnung haben. Letztlich – so das Verfassungsgericht – könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne Eigentümer aufgrund der durch die Miethöhenregulierung verringerten Ertragsaussichten von der Wiedervermietung von Wohnungen Abstand nehmen und dadurch das Angebot an Mietwohnungen weiter sinke.

Ohne Neubau und einer Verbreiterung des Angebots an bezahlbarem Wohnraum kann die sog. Mietpreisbremse damit auch zum gegenteiligen Effekt führen, nämlich dass gerade einkommensschwächere Haushalte größere Schwierigkeiten auf dem Markt für bezahlbaren Wohnraum haben.

Insofern hat der GdW bereits seit Jahren betont, dass nachhaltige Maßnahmen zur Schaffung bezahlbaren Wohnens erforderlich sind. So müssen die Handlungsempfehlungen der Baulandkommission sowie auch die Ergebnisse der Kommission zur Schaffung von gleichwertigen Lebensverhältnissen baldmöglichst umgesetzt werden.

**Statt sich also seit ihrer Einführung ständig mit Verschärfungen der Mietpreisbremse zu beschäftigen oder gar mit einem Mietstopp im gesamten Bundesgebiet, die die Probleme am Wohnungsmarkt ohnehin nicht lösen, ist die Geeignetheit und Wirksamkeit derjenigen Maßnahmen auf den Prüfstand zu stellen, die zur Entspannung auf dem Wohnungsmarkt ergriffen wurden.**

Die jetzige Verlängerung der sog. Mietpreisbremse zeigt eigentlich nur, dass die in der Vergangenheit getroffenen Maßnahmen nicht gewirkt haben. Dies zeigt auch der Blick auf die Statistik: Von Januar bis Juli 2019 wurden laut Statistischem Bundesamt 3,4 % weniger Baugenehmigungen erteilt, als im entsprechenden Vorjahreszeitraum.

#### Weitere Neuerung:

Erweiterung der Rügemöglichkeit.

Mit der Änderung in § 556 d Abs. 2 – E BGB hat der Mieter zukünftig einen Anspruch auf Rückzahlung der gesamten ab Beginn des Mietverhältnisses zu viel gezahlten Miete, wenn er den Verstoß gegen die Mietpreisbremse in den ersten 30 Monaten nach Beginn des Mietverhältnisses rügt. Nach Ablauf von 30 Monaten bleibt es dabei, dass der Mieter einen Anspruch auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Miete hat, jedoch weiterhin nur bezüglich der nach Zugang der Rüge fällig gewordenen überzahlten Miete.

#### Forderung:

Die Rügemöglichkeit auf ein Jahr nach Abschluss des Mietvertrages begrenzen.

### **3. Kappungsgrenzenverordnungen von Thüringen**

Gilt für Erfurt (von 2019 bis 2024) und für Jena (vom 01.10.2019 bis 2024).

„§ 558 Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete

(1) ...

(3) Bei Erhöhungen nach Absatz 1 darf sich die Miete innerhalb von drei Jahren, ..., nicht um mehr als 20 vom Hundert erhöhen (Kappungsgrenze). Der Prozentsatz nach Satz 1 beträgt 15 vom Hundert, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist und diese Gebiete nach Satz 3 bestimmt sind.

Die Verordnung gilt für fünf Jahre.

**Folglich:**

**Mit der Kappungsgrenzenverordnung werden die Bestandsmieterhöhungen gekappt.**

**Bei der Mietpreisbremse geht es um die Kappung von Neuvertragsmieten.**

## B - Aktuelle Rechtsprechung

### 1. Mietminderung bei bloßer Schimmelpilzgefahr wegen Wärmebrücken?

BGH-Urteil vom 05.12.2018 (Az.: VIII ZR 271/17 und VIII ZR 67/18)

#### Sachverhalt:

Die Mieter zweier Wohnungen verlangten vom Vermieter wegen **der Gefahr einer Schimmelbildung eine Mietminderung**. Die Wohnungen wurden 1968 und 1972 erbaut. Wegen fehlender Dämmung bestehe jedes Jahr von Oktober bis März die Gefahr einer Schimmelbildung. Das Risiko könne durch Lüften und Heizen im normalen Umfang nicht beseitigt werden.

Das LG Lübeck sprach den Klägern einen Anspruch auf Mietminderung zu.

#### Entscheidung des BGH:

Ein Anspruch auf Mietminderung bestehe **nicht**.

Wärmebrücken in den Außenwänden seien nicht als Sachmangel einer Mietwohnung anzusehen, wenn

- dieser Zustand mit den **zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Bauvorschriften und technischen Normen in Einklang steht**.

Dies sei vorliegend der Fall, sodass kein zur Mietminderung berechtigter Sachmangel vorliege.

#### Exkurs: § 536 Abs. 1 BGB Minderung der Miete:

„... entsteht während der Mietzeit ein Mangel, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete ganz oder teilweise befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessene herabgesetzte Miete zu entrichten.“

Rechtswirkung bei Vorliegen eines Mangels:

Die Minderung tritt automatisch mit der Gebrauchsbeeinträchtigung kraft Gesetzes ein.

Für das Minderungsrecht kommt es weder auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Vermieters noch auf dessen Verschulden oder auf die Erkenn- oder Behebbarkeit des Mangels an. Auch ist keine irgendwie geartete Erklärung des Mieters, die Miete mindern zu wollen oder nunmehr zu mindern, notwendig.

Er ist aber verpflichtet einen konkreten Mangel darzulegen.

Bemessungsgrundlage für die Minderung ist stets die Bruttomiete (Miete einschließlich aller Nebenkosten).

Die Mietminderung unterliegt nicht der Verjährung. Der Mieter kann also die etwa schon im Voraus oder in Unkenntnis des Mangels zu viel bezahlte Miete nach § 812 BGB zurückfordern oder gegen später fällige Mietansprüche aufrechnen.

## 2. Nachträgliche Mietminderung

BGH-Urteil vom 04.09.2018 (Az.: VIII ZR 100/18)

### Sachverhalt:

Die Mieter zeigten im März 2013 einen Mietmangel an, der erst im Dezember 2015 behoben wurde. Im Oktober 2015 baten die Mieter den Vermieter um Auskunft, ob es für diesen „in Ordnung“ sei, wenn man eine 15-prozentige Mietminderung ab dem Termin der Mangelanzeige vereinbaren könne. Dem widersprach der Vermieter.

In der Folge machte der Mieter aus Bereicherungsrecht Rückforderungsansprüche gegen den Vermieter geltend, weil die Miete auch für die Zeiträume zuvor gemindert sei.

### Entscheidung des BGH:

**Der BGH war der Ansicht, dass der Mieter seinen Minderungsanspruch nicht verloren hätte, weil er nicht gewusst habe, dass er die Miete aufgrund des Mangels nicht in voller Höhe schulde.** Deshalb sei die Rückforderung nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift kann eine Zahlung nicht zurückgefordert werden, wenn der Zahlende wusste, nicht zur Zahlung verpflichtet zu sein. Die Rückforderung einer nicht geschuldeten Leistung ist nach § 814 BGB aber erst dann ausgeschlossen, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet. Der Leistende muss also aus diesen Tatsachen eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben.

Hier wussten die Mieter nachweislich nicht, dass sie schon allein aufgrund des Mangels die Miete nicht in voller Höhe schulden. Aus dem E-Mail-Verkehr geht vielmehr hervor, dass ihnen ein wesentlicher rechtlicher Aspekt nicht bewusst war, **nämlich der Umstand, dass eine Mietminderung kraft Gesetzes eintritt, wenn ein Mangel vorliegt**, der die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache mindert oder aufhebt und der dem Vermieter angezeigt worden ist. Den E-Mails lag damit die fehlerhafte Vorstellung zugrunde, eine Minderung sei nur möglich, **wenn der Vermieter sein Einverständnis hierzu erklärt**. Damit haben die Mieter nicht die für die positive Kenntnis der Nichtschuld im Sinne von § 814 BGB erforderlichen zutreffenden rechtlichen Schlüsse gezogen.

## 3. Mietminderung, wenn der Mieter die Mängelbeseitigung nicht duldet?

BGH-Urteil vom 10.04.2019 (Az.: VIII ZR 12/18)

### Sachverhalt:

Der Mieter minderte die Miete wegen eines **unstreitig vorliegenden Mangels** der Wohnung. Der Mieter weigerte sich, die Beseitigung von Mängeln durch den Vermieter, dessen Mitarbeiter oder von ihm beauftragte Handwerker zu dulden. Der Vermieter kündigte und erhob Räumungsklage wegen rückständiger Miete. Zu Recht?

### Entscheidung des BGH:

Der BGH hat entschieden, dass ein Mieter, der eine Mängelbeseitigung verhindert **kein Recht auf Minderung bzw. Zurückbehaltung habe**. Die Miete sei sofort nachzuzahlen. Das Argument des Mieters, die Verweigerung der Mängelbeseitigung zur Beweissicherung in einem weiteren Prozess erforderlich sei, ist nach Ansicht des BGH irrelevant.

#### 4. Anspruch auf Beseitigung von Bäumen wegen der von ihnen ausgehenden natürlichen Immissionen?

BGH-Urteil vom 20.09.2019 (Az.: V ZR 218/18)

##### Sachverhalt:

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, die in Baden-Württemberg belegen und mit Wohnhäusern gebaut sind. Auf dem Grundstück des Beklagten stehen in einem Abstand von mindestens zwei Meter zu der Grenze drei ca. 18 Meter hohe, gesunde Birken. Wegen der von den Birken ausgehenden Immissionen (Pollenflug, Herausfallen der Samen und Früchte, Herabfallen der leeren Zapfen sowie der Blätter und Birkenreiser) verlangt der Kläger mit dem Hauptantrag deren Entfernung und hilfsweise eine monatliche Zahlung von jeweils 230 Euro in den Monaten Juni bis November eines jeden Jahres.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Beseitigung der Birken verurteilt.

##### Entscheidung des BGH:

Ein Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Beklagte Störer im Sinne dieser Vorschrift ist. Hierfür genügt nicht bereits das Eigentum an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht. Vielmehr ist die Feststellung erforderlich, ob es jeweils Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen. Wenn es **um durch Naturereignisse ausgelöste Störungen** geht, ist entscheidend, ob sich die **Nutzung des Grundstücks**, von dem die Beeinträchtigungen ausgehen, **im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung** hält. So hat der Senat die Störereigenschaft beispielsweise verneint bei Umstürzen nicht erkennbar kranker Bäume infolge von Naturgewalten. In aller Regel ist von einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung auszugehen, wenn – wie hier gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 4a i. V. m. Abs. 2 Satz 1 NRG-BW a. F. – die für die Anpflanzung bestehenden **landesrechtlichen Abstandsregelungen** eingehalten sind. Kommt es trotz Einhaltung der Abstandsgrenzen zu natürlichen Immissionen auf dem Nachbargrundstück, ist der Eigentümer des Grundstücks hierfür nach der von dem Gesetzgeber vorgenommenen Wertung regelmäßig **nicht verantwortlich**.

#### 5. BGH zu Wirtschaftlichkeitsgebot und überregionaler Betriebskostenspiegel

BGH-Urteil vom 06.07.2011 (Az.: VIII ZR 340/10)

Gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB hat der Vermieter über Vorauszahlungen für Betriebskosten jährlich abzurechnen und dabei den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten.

Der Vermieter ist dazu gehalten, vor Auftragsvergabe verschiedene Angebote einzuholen und Preisvergleiche anzustellen. Dabei muss nicht der preislich billigste Anbieter beauftragt werden, sondern es ist unter Abwägung des Leistungsumfangs, der Qualität und des Preises das günstigste Angebot auszuwählen. Es muss ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis vorliegen.

Die Auswahl eines überteuerten und nicht gerechtfertigten Angebots stellt eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes durch den Vermieter dar. In dem Fall hat der Mieter aufgrund der Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht durch den Vermieter einen Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 § 241 Abs. 2 BGB, der auf Freistellung des Mieters von den unnötigen Zusatzkosten gerichtet ist. Wenn also der Vermieter für eine bestimmte Betriebskostenposition wie z. B. Gartenpflege ein überteuertes Angebot annimmt und die Kosten auf den Mieter im Rahmen der Betriebskostenabrechnung umlegen will, so steht dem Mieter ein Anspruch auf Freistellung gegenüber dem Vermieter zu in Höhe des Kostenanteils, der über das für diese Leistungen angemessene Niveau hinausgeht.

Dabei ist aber zu beachten, dass **nach der Rechtsprechung der Mieter die Darlegungs- und Beweislast** dafür trägt, dass der Vermieter gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen hat.

Dazu hat sich der Mieter zunächst durch Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen Kenntnis von den Kostenpositionen zugrunde liegenden Leistungen zu verschaffen und auf dieser Basis darzulegen, dass gleichwertige Leistungen nach den örtlichen Gegebenheiten auch unter Berücksichtigung des dem Vermieter zustehenden Ermessensspielraums zu einem deutlich geringeren Preis zu beschaffen gewesen wären (OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.07.2015, Az.: I-10 U 126/14).

Der Mieter muss konkret vortragen, dass der Vermieter im Abrechnungszeitraum bei ihm zumutbaren Bemühungen andere Anbieter hätte beauftragen können, die die gleichen Leistungen zu günstigeren Preisen durchzuführen bereit gewesen wären (OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.07.2015, Az.: I-10 U 126/14).

**Daran scheitert der Mieter in der Praxis und in gerichtlichen Verfahren oftmals und hat mit der Behauptung einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch den Vermieter keinen Erfolg.**

Mieter bzw. deren Rechtsbevollmächtigte versuchen in gerichtlichen Verfahren teilweise, ihren Vortrag bzw. ihre Behauptung einer **Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots** dadurch zu untermauern, dass sie einen **Betriebskostenspiegel** vorlegen und auf dort enthaltene Angaben verweisen.

**Nach der Rechtsprechung des BGH steht fest, dass der Mieter die ihm obliegende Darlegungslast eines Verstoßes des Vermieters gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht dadurch erbringen kann, dass er auf einen überörtlichen Betriebskostenspiegel verweist** (BGH, Urt. v. 06.07.2011, Az.: VIII ZR 340/10).

So hat der BGH in seinem Urteil vom 06.07.2011 die Bezugnahme des Mieters auf den vom **Deutschen Mieterbund herausgegebenen „Betriebskostenspiegel für Deutschland“** als nicht ausreichend angesehen, um einen Verstoß des Vermieters gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot darzulegen. Denn derartige überregional auf empirischer Basis ermittelte Zusammenstellungen von Betriebskostenansätzen können den vielfältigen, je nach Region bzw. Kommune unterschiedlichen Bedingungen des Wohnungsmarkts sowie den unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten des jeweils in Rede stehenden Anwesens nicht hinreichend Rechnung tragen, sodass aus den dort ausgewiesenen Durchschnittswerten kein Anhaltspunkt für ein unwirtschaftliches Verhalten des Vermieters entnommen werden kann.

Aber selbst der Verweis des Mieters auf einen **regionalen Betriebskostenspiegel** erscheint nicht ausreichend, um damit einen Verstoß des Vermieters gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot darzulegen. Diese Frage ist allerdings in Rechtsprechung und Fachliteratur nicht abschließend geklärt.

### **Praxistipp:**

In einem Gerichtsverfahren sollte dem Mieter, der sich auf einen regionalen Betriebskostenspiegel bezieht, mit der oben aufgeführten Argumentation entgegengehalten werden, dass auch ein regionaler Betriebskostenspiegel nicht die individuellen Besonderheiten des Einzelfalls der Liegenschaft berücksichtigen kann und daher keine Aussagekraft hinsichtlich eines behaupteten Verstoßes des Vermieters gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot treffen kann.

## 6. Erbe haftet nicht allein deshalb für Miete, weil er Kündigung unterlässt BGH-Urteil vom 25.09.2019 (Az.: VIII ZR 138/18)

Ein Erbe, auf den das Wohnraummietverhältnis des Erblassers übergegangen ist, haftet nicht schon allein deshalb persönlich für die Forderungen aus dem Mietverhältnis, weil er sein Sonderkündigungsrecht nicht ausgeübt hat.

### Sachverhalt:

Erbe tritt in Mietvertrag ein und kündigt nicht.

Der alleinige Mieter einer Wohnung ist im August 2014 verstorben. Alleinerbe ist sein Bruder. Auf Antrag des Erben wurde im November 2015 die Nachlassverwaltung angeordnet.

Bereits im Februar 2015 hatte der Vermieter gegen den Erben Räumungsklage erhoben. Diese hatte aufgrund einer vom Vermieter im April 2015 erklärten Kündigung Erfolg. Ende Januar 2016 fand die Zwangsräumung der Wohnung statt.

Der Vermieter verlangt nun vom Mieter die Zahlung von Miete und Nutzungsentschädigung für den Zeitraum 21.03.2015 bis 31.01.2016. Am 21.03.2015 hatte die Frist für die außerordentliche Kündigung durch den Erben oder Vermieter gemäß § 564 Satz 2 BGB geendet. Weder Erbe noch Vermieter hatten von diesem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht.

Der Erbe meint, er hafte nicht persönlich für die verlangte Miete und Nutzungsentschädigung. Die Haftung sei wegen der angeordneten Nachlassverwaltung auf den Nachlass beschränkt.

### Entscheidung des BGH:

Untätigkeit ist keine Verwaltungsmaßnahme.

Der Erbe ist gemäß § 564 Satz 1 BGB als Mieter in das Mietverhältnis eingetreten. Als solcher haftet er grundsätzlich sowohl mit dem Nachlass als auch persönlich für Forderungen aus dem Mietverhältnis.

Ein Erbe kann seine Haftung in Bezug auf Verbindlichkeiten aus einem Mietverhältnis, in das er durch den Erbfall eingetreten ist, aber auf den Nachlass beschränken, etwa – wie hier – durch Anordnung der Nachlassverwaltung.

Eine solche Haftungsbeschränkung hat ihrerseits aber wieder Grenzen: Sie erstreckt sich nicht auf Forderungen, für die der Erbe nicht nur als solcher, sondern (auch) persönlich haftet. Dies ist der Fall bei Verbindlichkeiten, die der Erbe bei der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses eingeht. Sie haben eine Doppelnatur und sind sowohl Eigenverbindlichkeiten des Erben als auch Nachlassverbindlichkeiten.

Somit ist maßgebend, um welche Art von Schuld es sich bei den hier streitigen Forderungen auf Miete und Nutzungsentschädigung handelt. **Hierfür kommt es darauf an, ob die strittigen Forderungen auf einer Verwaltungsmaßnahme des Erben beruhen.**

Eine die Erbenhaftung begründende Verwaltungsmaßnahme kann rechtsgeschäftlicher oder tatsächlicher Natur sein. Entscheidend ist stets, ob **ein eigenes Verhalten des Erben** Haftungsgrundlage ist.

**Unterlassen von Kündigung ist nach dem BGH allerdings keine Verwaltungsmaßnahme.**

Nach § 564 Satz 2 BGB sind sowohl der Vermieter als auch der Erbe, mit dem das Mietverhältnis fortgesetzt wird, berechtigt, dieses innerhalb eines Monats außerordentlich zu kündigen, nachdem sie vom Tod des Mieters und davon erfahren haben, dass keine Haushaltsangehörigen des Mieters in das Mietverhältnis eintreten oder das Mietverhältnis mit den überlebenden Mietern fortgesetzt wird.

Wenn Erbe oder Vermieter dieses Kündigungsrecht ausüben, bleiben die nach dem Erbfall bis zum Ende des Mietverhältnisses fälligen Forderungen reine Nachlassverbindlichkeiten, das heißt, der Erbe haftet nicht persönlich. **Dies hat der BGH schon 2013 klargestellt.**

Ob der Erbe demgegenüber bei Nichtausübung des Kündigungsrechts für die nach Ablauf der Kündigungsfrist fällig werdenden Forderungen unbeschränkt (auch) persönlich haftet, ist hingegen **umstritten**. **Der BGH verneint diese Frage nun** und stellt klar: Allein das Unterlassen einer außerordentlichen Kündigung nach § 564 Satz 2 BGB durch den Erben des Mieters ist keine Verwaltungsmaßnahme, die zu einer persönlichen Haftung führt.

Insbesondere ist allein dem Verstreichenlassen der Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung ein dem stillschweigenden Abschluss eines Mietvertrages gleichzusetzender rechtsgeschäftlicher Erklärungswert nicht beizumessen. Die Kündigungsmöglichkeit des § 564 Satz 2 BGB schützt lediglich die Interessen beider Vertragspartner an Neudispositionen, begründet im Falle ihrer Nichtausübung jedoch nicht die Eigenhaftung des Erben.

**Unterlassen von Räumung kann Verwaltungsmaßnahme sein.**

**Anders als das bloße Unterlassen einer Kündigung kann es eine Verwaltungsmaßnahme des Erben darstellen, wenn dieser einen fälligen Anspruch des Vermieters auf Räumung und Herausgabe der Mietsache nicht erfüllt hat. Dieses Unterlassen hat Handlungsqualität, wenn für den Erben eine Rechtspflicht zum Handeln bestand, gegen die er verstoßen hat.**

Hier war der Erbe nach der Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet, die Wohnung an den Vermieter herauszugeben. Gegen diese Pflicht hat der Erbe verstoßen. Allerdings ist noch unklar, wann genau das Mietverhältnis geendet hat und wann der Herausgabeanpruch des Vermieters fällig geworden ist. Dies muss nun das Landgericht aufklären. Erst dann kann endgültig entschieden werden, ob und inwieweit der Erbe für die strittigen Forderungen persönlich haftet.

## **7. Zur Härtefallabwägung bei einer Mieterhöhung nach Modernisierung (hier: Bedeutung der Angemessenheit der Wohnungsgröße)**

BGH-Urteil vom 09.10.2019 (Az.: VIII ZR 21/19)

### **Sachverhalt:**

Der Mieter einer knapp 86 qm großen Wohnung in Berlin, in der er seit seinem fünften Lebensjahr wohnt und die er inzwischen allein nutzt, bezieht Arbeitslosengeld II. Die Wohnung liegt in einem Mehrfamilienhaus aus dem Jahr 1929; der Mietvertrag über die Wohnung wurde im Jahr 1962 von den Eltern des Mieters abgeschlossen. Die Kaltmiete für die Wohnung betrug 574,34 Euro pro Monat, von denen das Jobcenter 463,10 Euro zahlte.

**Die Vermieterin ließ Dämmungsarbeiten an der obersten Geschosdecke und der Außenfassade durchführen, ersetzte die bisherigen Balkone durch größere Balkone mit einer Fläche von jeweils ca. 5 qm und nahm einen seit den 1970-iger Jahren stillgelegten Fahrstuhl wieder in Betrieb.**

Ende März 2016 erklärte die Vermieterin dem Mieter gegenüber schriftlich **die Erhöhung der Kaltmiete ab dem 1. Januar 2017 um 240,00 Euro monatlich**. Hiervon entfielen nach ihren Erläuterungen

70,00 Euro auf die Dämmungsarbeiten (davon 4,16 Euro auf die Dämmung der obersten Geschossdecke),

100,00 Euro auf den Anbau der neuen Balkone und weitere

70,00 Euro auf die Wiederinbetriebnahme des Fahrstuhls.

Hiergegen wandte der Mieter ein, die Mieterhöhung bedeute für ihn eine **finanzielle Härte**. **Hiergegen wandte wiederum die Vermieterin ein, dass er sich darauf nicht berufen könne, weil die Wohnung nach den Maßgaben des Jobcenters mit 86 Quadratmetern für alleinstehende Hartz-IV Empfänger ohnehin viel zu groß sei.**

### **Entscheidung des BGH:**

Im Rahmen einer Härtefallabwägung bei einer Mieterhöhung nach Modernisierung unterscheidet der BGH streng zwischen der Angemessenheit der Kosten der Unterkunft und Heizung nach SGB II und dem entsprechenden Härteeinwand des Mieters im Rahmen der Mieterhöhung nach Modernisierung. Beide Fragen sind unabhängig voneinander zu bewerten.

Bei der Härteklausele (§ 559 Abs. 4 Satz 1 BGB) gehe es dagegen um die Frage, ob ein Mieter, der selbst keinerlei Einfluss auf Modernisierungen hat, trotz des Refinanzierungsinteresses des Vermieters seinen bisherigen Lebensmittelpunkt beibehalten darf. **Dabei könne sich nicht nur die Vermieterin, sondern auch der Mieter auf den in Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz verankerten Eigentumsschutz berufen, betonte der BGH.** Daher kann der Mieter bei der Anwendung des § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB und der Auslegung des dort enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffs "Härte" verlangen, dass die Gerichte die Bedeutung und Tragweite seines Bestandsinteresses hinreichend erfassen und berücksichtigen. Daher müssten **immer im Einzelfall die Interessen beider Seiten abgewogen werden.**

**Hier war zu berücksichtigen,** dass der Mieter schon seit dem Jahr 1962 und damit seit rund **55 Jahren in der Wohnung lebt** und ihm deshalb entgegen der Auffassung der Vermieterin nicht vorgehalten werden kann, dass er schon seit Beginn des Mietverhältnisses "über seine Verhältnisse" lebe.

Gleichzeitig verwies der BGH aber auf die gesetzlichen Einschränkungen der Härteklausele. **Danach können sich Mieter nicht auf die Klausel berufen, wenn "die Mietsache lediglich in einen Zustand versetzt wurde, der allgemein üblich ist"** (§ 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BGB) **oder wenn bestimmte Maßnahmen gesetzlich vorgeschrieben sind** (§ 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB).

Bezüglich der Modernisierungsmaßnahme "Vergrößerung der Balkone auf 5 qm" sind Feststellungen zu der entscheidenden Frage zu treffen, **ob Balkone dieser Größe allgemein üblich**, also bei mindestens 2/3 aller vergleichbaren Gebäude gleichen Alters unter vergleichbaren Verhältnissen in der Region anzutreffen sind. Allein aus dem Umstand, dass der Berliner Mietspiegel einen Balkon ab 4 qm Fläche als wohnwerterhöhendes Merkmal einstuft, lassen sich insoweit keine verlässlichen Schlussfolgerungen ziehen.

Hinsichtlich der **Modernisierungsmaßnahme "Fassadendämmung"** gibt § 9 Abs. 1 EnEV dem Eigentümer im Falle der Erneuerung des Außenputzes an Fassadenflächen zwar vor, Wärmedämmungsmaßnahmen durchzuführen, er legt ihm aber eine **Verpflichtung, den Außenputz zu erneuern, gerade nicht auf.** Vielmehr stehe es regelmäßig im freien Belieben des Vermieters, ob und wann er eine Erneuerung des Außenputzes vornimmt. Erst

wenn er sich hierzu entschlossen hat, verpflichtet ihn das Gesetz zur Einhaltung bestimmter Wärmedämmwerte.

§ 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB schließt den Härteeinwand des Mieters nur dann aus, wenn der Vermieter die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme nicht zu vertreten hat, sich ihr also aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften nicht entziehen kann. Es kommt daher darauf an, ob für den Vermieter eine **Erneuerung des Außenputzes "unausweichlich" ist**, etwa weil dieser **aufgrund altersbedingten Verschleißes zu erneuern ist und sich der Vermieter zudem einem berechtigten Instandsetzungsbegehren des Mieters oder einer (bestandskräftigen) behördlichen Anordnung ausgesetzt sieht beziehungsweise die Beseitigung von Schäden dringend aus Sicherheitsgründen geboten ist**. Nur im Falle einer solchen "Unausweichlichkeit" befindet sich der Vermieter in einer Zwangslage, die den Ausschluss des Härteeinwands des Mieters nach § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB rechtfertigt.

Ob der Mieter verpflichtet werden könne, einen Teil der Wohnung unter zu vermieten, um die Miete aufzubringen, ließ der BGH offen, da dieser Aspekt von der Vermieterin verspätet vorgebracht wurde und zudem die Umstände (Geeignetheit der Wohnung zur Untervermietung z.B.) nicht bekannt waren.

### **Praxis: Auswirkungen auf Wohnungsunternehmen:**

Der BGH unterscheidet streng zwischen der Angemessenheit der Kosten der Unterkunft und Heizung (KdU) nach § 22 Abs. 1 SGB II und dem entsprechenden Härtefall einwand des Mieters im Rahmen der Mieterhöhung nach Modernisierung. Gibt der Mieter also an, dass er sich die Wohnung bei entsprechender Mieterhöhung aufgrund einer Modernisierungsmaßnahme nicht mehr leisten kann, so kann der Vermieter diesem Einwand nicht entgegenhalten, dass die Wohnung für einen Bezieher von Kosten der Unterkunft zu groß sei.

**Entsprechende Ansprüche nach § 22 Abs. 1 SGB II und die dort zu beurteilende Frage der Angemessenheit der Wohnung spielen im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter keine Rolle.** Damit bekräftigt der BGH seine Linie der klaren Abgrenzung zwischen Mietvertrag und sozialrechtlichen Ansprüchen gegenüber den entsprechenden Trägern.

Zu beachten ist der Hinweis des Gerichts, wonach § 559 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BGB den Härteeinwand des Mieters nur dann ausschließt, wenn der Vermieter die **Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme nicht zu vertreten habe**, sich ihr also aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften nicht entziehen könne. **Hier verlangt der BGH eine „Unausweichlichkeit der Maßnahme“, die dann im Verfahren darzulegen ist.**

**Insofern hätte hier der Vermieter darlegen müssen, dass er bei Erneuerung des Außenputzes zur Einhaltung der EnEV zwingend dämmen musste. Dies kann insbesondere für Gebäude von vor 1984 etwa dann der Fall sein, wenn für eine Putzerneuerung der vorhandene Putz abzuschlagen ist (Stichtag 31.12.1983 für die energetische Qualität der Außenwand).**

„§ 559 Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen

(1) ...

(4) Die Mieterhöhung ist ausgeschlossen, soweit sie auch unter Berücksichtigung der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten für den Mieter eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Eine Abwägung nach Satz 1 findet nicht statt, wenn

1. die Mietsache lediglich in einen Zustand versetzt wurde, der allgemein üblich ist, oder
2. die Modernisierungsmaßnahme aufgrund von Umständen durchgeführt wird, die der Vermieter nicht zu vertreten hatte.

## 8. Mieter hat bei der Abrechnung der Heizkosten Anspruch auf Änderung eines falschen Verteilungsschlüssels

BGH-Urteil vom 16. Januar 2019 (Az.: VIII ZR 113/17)

### Sachverhalt:

Geklagt hat ein Mieter, dem sein Vermieter die Heizkosten je zur Hälfte (50:50) nach Wohnfläche und nach gemessenem Verbrauch abrechnet. Der Mieter ist der Auffassung, dass sich laut Heizkostenverordnung in seinem Fall 70 Prozent der Kosten am Verbrauch bemessen müssten.

Das LG Frankfurt war der Ansicht gewesen, dass offen bleiben könne, ob dafür die Voraussetzungen vorliegen. Das Gericht verwies auf das Kürzungsrecht. Demnach kann der Mieter seinen Kostenanteil um 15 % kürzen, wenn der Vermieter nicht nach Verbrauch abrechne.

### Entscheidung des BGH:

Das sah der BGH anders: Der Mieter hat Anspruch auf Änderung eines falschen Verteilungsschlüssels. Die Heizkostenverordnung verpflichtete seinen Mieter nicht, auf weitere fehlerhafte Abrechnungen zu warten, um dann gegebenenfalls seinen Anteil zu kürzen.

## Exkurs:

### **Novellierung der Heizkostenverordnung (HeizKV) erforderlich**

Die am 25.12.2018 in Kraft getretene EU-Energieeffizienz-Richtlinie (EED) verpflichtet die Mitgliedsstaaten, die EEG-Vorgaben **bis zum 25.10.2020 in nationales Recht umzusetzen**. Betroffen hiervon ist **die Heizkostenverordnung**. Die EED definiert u. a. Anforderungen an die Fernablesbarkeit von Zählern und Heizkostenverteilern für die Wärme-, Kälte- und Trinkwasserversorgung.

Nach dem 25. Oktober 2020 neu installierte Zähler und Heizkostenverteiler müssen fernablesbar sein, wenn dieses technisch machbar und kosteneffizient ist. Die Bedingungen hierfür werden in der novellierten HeizKV festgelegt. Bis zum 01. Januar 2027 müssen danach bereits installierte und fernablesbare Zähler und Heizkostenverteiler nachgerüstet oder durch fernablesbare Geräte ersetzt werden.

## 9. Gerichtsentscheidungen zur Eigenschaft kommunaler Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber

- Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 11.02.2019 (Az.: 1 Verg 3/15)
- Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 17.10.2017 (Az.: 1 VK 43/17)

Der Fachausschuss Recht des GdW stellt fest, dass die Beschlüsse aus Hamburg und Baden-Württemberg eine Tendenz beenden, wonach im Ergebnis kommunale Unternehmen schon allein deshalb öffentliche Auftraggeber sind, weil diese öffentliche Aufgaben wahrnehmen, und daher unterstellt wurde, dass der Staat bzw. die Kommune deren Erfüllung nicht vollständig dem freien Spiel der Marktkräfte überlasse.

So betont etwa das Hanseatische Oberlandesgericht, dass allein der Umstand, dass eine juristische Person des Privatrechts, deren Geschäftsanteile zu 100 % im (mittelbaren) Eigentum einer Gebietskörperschaft stehen und die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, allein eben noch nicht zu einer Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber führe. Daneben seien alle rechtlichen und tatsächlichen Sachverhalte zu würdigen, u. a. die Gründe, die

zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben sowie die Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausüben. Jedes andere Verständnis würde – so das Gericht – dazu führen, dass praktisch jede (Mehrheits-)Beteiligung des Staates an einem Unternehmen in privater Rechtsform dieses zu einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) machen würde.

Ob kommunale Wohnungsunternehmen öffentliche Auftraggeber sind, richtet sich nach § 99 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB). Zu berücksichtigen sind alle erheblichen rechtlichen und tatsächlichen Umstände, u.a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzungen, unter denen sie ihre Tätigkeit ausüben (vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2003 – Rs.-C 283/00 – SIEPSA).

Es ist also auf die Umstände im Einzelfall abzustellen - eine generalisierende Betrachtung verbietet sich. Dabei sind folgende Prüfungsschritte vorzunehmen:

## 1

### **Tätigkeit im Allgemeininteresse**

Eine Aufgabe im Allgemeininteresse liegt dann vor, wenn die Aufgabe nicht nur der Förderung des privaten Interesses eines einzelnen oder einer Gruppe von Personen dient, sondern das Interesse der Gesamtheit der Bevölkerung zum Gegenstand hat. Entscheidend ist dabei, ob Gemeinwohlbelange gefördert werden sollen. Es muss sich insoweit um Aufgaben handeln, die dem Kernbereich der öffentlichen Hand zuzuordnen sind. Eine solche Aufgabe ist z.B. nach Auffassung der Vergabekammer Baden-Württemberg der soziale Wohnungsbau als Teil der Daseinsvorsorge.

Der Annahme als öffentlicher Auftraggeber steht es nicht entgegen, wenn das Unternehmen nicht ausschließlich im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben verfolgt, also etwa auch "freie" Wohnungen bewirtschaftet.

Ausgangspunkt für die Beurteilung kann etwa der Gründungsakt der betreffenden juristischen Person sein. Sieht eine Satzung oder der Gesellschaftsvertrag etwa vor, dass es Zweck der Gesellschaft ist, eine sichere und sozialverantwortliche Wohnungsversorgung für breite Schichten der Bevölkerung zu angemessenen Preisen zu gewährleisten, so liegt die Annahme einer Tätigkeit im Allgemeininteresse nahe. Dies gilt erst recht, wenn festgelegt wird, dass die Grundsätze für die soziale Gestaltung der Miethöhe für den gesamten Wohnungsbestand – und nicht nur für geförderten Wohnraum – gelten sollen.

Wichtig aber ist, dass nach den jüngsten Entscheidungen allein die Verfolgung staatlicher Zielsetzungen noch nicht ausreicht, um die Eigenschaft eines kommunalen Wohnungsunternehmens als öffentlichen Auftraggeber zu begründen. Der Hinweis in der Gesellschaftssatzung, dass Zweck der Gesellschaft der "Soziale Wohnungsbau" sei, reicht ebenso wenig aus, wie der Gründungszweck. Auch spätere Änderungen der Gesellschaftsverträge sind zu beachten.

## 2

### **Tätigkeit nichtgewerblicher Art**

Wesentlicher Prüfungspunkt für die Feststellung, ob ein kommunales Wohnungsunternehmen öffentlicher Auftraggeber ist, ist das Vorliegen einer nichtgewerblichen Aufgabenwahrnehmung. Vorzunehmen ist eine Gesamtbetrachtung, anhand derer festzustellen ist, ob die objektive Gefahr besteht, dass sich die Einrichtung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von anderen als rein wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt (vgl. hierzu etwa OLG Naumburg, Beschluss v. 17.02.2004 – Az.: 1 Vergabe 15/03, OLG Karlsruhe v.17. 04.2008 – 8 U 228/06).

Anhaltspunkte, die für das Bestehen einer gewerblichen Tätigkeit sprechen, können sein:

- Tätigkeit unter normalen Marktbedingungen (Fehlen von Wettbewerb)
- Gewinnerzielungsabsicht
- Tragen des Risikos für wirtschaftliche Verluste/Insolvenzrisiko.

## 2.1

### Fehlen von Wettbewerb

Das Fehlen von Wettbewerb wird allgemein angenommen, wenn das Unternehmen im Rahmen der Aufgabenerfüllung nicht den Marktmechanismen überlassen bleibt, es also nicht als eine von vielen Gesellschaften tätig ist und sich am Markt mit anderen Anbietern messen muss.

Für das Fehlen von Wettbewerb kommt es nach den Grundsätzen des Hanseatischen Oberlandesgerichts nicht darauf an, ob es einen deutlichen Überhang der Nachfrage über das Angebot gibt oder das Unternehmen über den größten, in einer Hand befindlichen Bestand an günstigen Mietwohnungen verfügt.

Entscheidend sei, ob vor Ort andere Marktteilnehmer in dem Bereich tätig sind und ob sich im Vergleich zu diesen Anbietern das kommunale Unternehmen durch entsprechendes Zutun des Staates in einer marktbezogenen Sonderstellung befindet und aus diesem Grund nicht mehr in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig ist. Es müsse dargelegt oder ersichtlich sein, dass das Unternehmen etwa über ein (Quasi-) Monopol verfügt oder die öffentliche Hand dem Unternehmen besondere Privilegien oder Marktvorteile gewährt.

## 2.2

### Gewinnerzielungsabsicht

Nach der Rechtsprechung des EuGH mangelt es zwar einerseits an der Gewinnerzielungsabsicht, wenn sie nicht den Hauptzweck des betreffenden Unternehmens oder nur ein Zwischenziel zur Erfüllung nicht kommerzieller Zwecke darstellt (EuGH, Urt. v. 22.05.2003 – C 18/01, "Korhonen"). Andererseits aber kann eine Einrichtung schon dann als gewerblich handelnd einzustufen sein, wenn das Unternehmen zwar ohne Gewinnerzielungsabsicht, aber doch nach Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien arbeitet (EuGH, Urt. v. 10.05.2001 – C- 223/99, "Algora und Excelsior"). Ausgehend von diesen in einem Spannungsverhältnis stehenden Grundsätzen kann ein Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, auch wenn es nicht nach Gewinnoptimierung oder -maximierung strebt.

Um das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht zu erfüllen, wäre es insofern sicherlich förderlich, wenn bei positiven Betriebsergebnissen nicht sämtliche Gewinne im Unternehmen verbleiben, sondern eine entsprechende Kapitalausschüttung erfolgt. So verweist das OLG Hamburg allgemein darauf, dass empirisch im deutschen Wirtschaftsraum bei Kapitalgesellschaften mit Marktausschüttungsquoten zwischen 40 % und 60 % gerechnet werden kann. Neben klaren Anhaltspunkten in der Satzung können weitere Anhaltspunkte für eine Gewinnerzielungsabsicht etwa sein:

- (jahrelang) positive Betriebsergebnisse (Nachweis aus den Geschäftsberichten oder Beteiligungsberichten der Wirtschaftsprüfung/Beteiligungsverwaltung der Kommunen),
- tatsächliche Gewinnausschüttung bzw. dokumentierter Wille, einen entsprechenden Anteil des Jahresergebnisses auszuschütten (ggfs. Beschlüsse des Gesellschafters),
- erhebliche Eigenkapitalquote,
- keine Verbindlichkeiten gegenüber der kommunalen Gesellschafterin,
- Finanzierungsmittel werden – soweit erforderlich – über den freien Kapitalmarkt beschafft,

- Projekte werden unter dem Vorbehalt der Finanzierbarkeit geplant und ggfs. nur abschnittsweise und abhängig von der wirtschaftlichen Situation und Zinsentwicklung realisiert,
- keine Abhängigkeit von öffentlichen Mitteln.

### 2.3

#### **Tragen des wirtschaftlichen Risikos**

Für die Annahme, dass ein Unternehmen die Risiken seiner Tätigkeit nicht trägt, kann genügen, dass eine entsprechende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im wirtschaftlichen Notfall ein Verwaltungsträger finanziell eintritt.

Eine Wahrscheinlichkeit staatlicher Rettungsmaßnahmen kann aber nicht aufgrund bloßer Vermutungen über die Absichten in einem hypothetischen Insolvenzfall angenommen werden, sondern muss etwa durch entsprechende rechtliche Verpflichtungen zu einem Verlustausgleich ersichtlich sein. Grundsätzlich sind auch kommunale Gesellschaften als juristische Person des Privatrechts uneingeschränkt insolvenzfähig. Etwas anderes könnte sich nur aus landesgesetzlichen Regelungen – etwa zur Insolvenzfähigkeit - ergeben.

Anhaltspunkte, dass der Verwaltungsträger das wirtschaftliche Risiko trägt können sein:

- dokumentierte rechtliche Verpflichtung, eine Insolvenz des Unternehmens zu verhindern,
- Patronatserklärungen oder Garantien des Verwaltungsträgers/Gesellschafters,
- Verlustausgleichsmechanismus.

## 3

### **Beherrschung durch eine Stelle im Sinne § 99 Nr. 1 oder 3 GWB**

Das dritte Kriterium setzt voraus, dass das Unternehmen von einer Stelle im Sinne des § 99 Nr. 1 oder 3 GWB beherrscht wird.

#### 3.1

##### **Überwiegende Finanzierung**

Ob ein Unternehmen überwiegend von einer Stelle im Sinne der Nr. 1 oder 3 finanziert wird, richtet sich danach, ob das Unternehmen zu mehr als 50 % öffentlich finanziert ist. Abzustellen ist dabei auf die jährliche Finanzierung. Maßstab sollte das Haushaltsjahr zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung sein.

#### 3.2

##### **Aufsicht über die Leitung**

Entscheidend für die Verwirklichung der Aufsicht über die Leitung ist, dass die öffentliche Hand durch Aufsichtsinstrumente die Möglichkeit hat, Entscheidungen des Unternehmens in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen.

Eine bloße Nachprüfung und Kontrollmöglichkeit genügt diesen Anforderungen nicht. Der Einfluss muss mit den beiden anderen Alternativen der überwiegenden Finanzierung und der mehrheitlichen Besetzung vergleichbar sein. Die Aufsicht kann sich z. B. aus einer gesellschaftsrechtlichen Beherrschung ergeben, wenn der öffentlichen Hand zusammengerechnet mehr als die Hälfte der Geschäftsanteile gehören. Bei Minderheitsbeteiligungen wird die Anforderung nur bei besonderen Gestaltungen ausnahmsweise erfüllt sein. Ein Beherrschungsvertrag mit der öffentlichen Hand kann die Anforderungen ebenso erfüllen, wie entsprechende Weisungsdurchgriffe, die der Gesellschaftsvertrag enthält. Nicht genügend ist die bloße Rechtsaufsicht.

### **3.3 Mehrheitliche Besetzung von Gesellschaftsorganen**

Die Vorschrift bezieht sich grundsätzlich auf die gesetzlichen Vertretungs- und Aufsichtsorgane, wie Vorstand und Aufsichtsrat bei der AG sowie Geschäftsführung und Aufsichtsrat bei der GmbH. Aber auch fakultativ eingerichtete Organe können einzubeziehen sein, wenn sie nach der Ausgestaltung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages Einfluss auf die Unternehmenspolitik und insbesondere das Beschaffungswesen haben; rein beratende Gremien sind nicht heranzuziehen. Es genügt, wenn die Mehrheit in einem der Organe zugunsten der öffentlichen Hand besteht. Die Mitglieder müssten jedoch stets tatsächlich ernannt bzw. bestellt sein; Bestimmungen in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag allein genügen nicht.

## **4 Darlegungslast – Indizwirkung**

Grundsätzlich trägt nach den allgemeinen Beweisregeln materiell derjenige die Beweislast für das Vorliegen von Tatbestandsvoraussetzungen, der sich auf die entsprechende Vorschrift beruft. Der Antragsteller in einem Nachprüfungsverfahren trägt also grundsätzlich die Beweislast dafür, dass ein Vergaberechtsverstoß besteht, hier, dass der Antragsgegner (= das kommunale Unternehmen) die öffentliche Auftraggebereigenschaft nach dem GWB erfüllt.

Teilweise wurde in der vergaberechtlichen Rechtsprechung in der Vergangenheit von der Vermutung ausgegangen, dass kommunale Wohnungsunternehmen öffentliche Auftraggeber sind. Dies wurde damit begründet, dass die Bundesrepublik Deutschland kommunale Gesellschaften als öffentliche Auftraggeber angesehen und im Anhang III zur Vergabekoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG) ausdrücklich aufgeführt hat. Unabhängig davon, dass auch dann sämtliche Kriterien im Einzelfall zu prüfen waren, wurde die Richtlinie 2004/18/EG durch die Richtlinie 2014/24/EU im Rahmen der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien ab dem 18.04.2016 modernisiert. Darin sind kommunale Unternehmen nicht mehr aufgenommen, so dass eine Vermutung, dass Wohnungsunternehmen öffentliche Auftraggeber sind, nicht besteht.

## **5 Prüfungskatalog**

Bei der Prüfung, ob es sich bei einem kommunalen Wohnungsunternehmen um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB handelt, sind die folgenden Fragen positiv zu beantworten, um die öffentliche Auftraggebereigenschaft zu bejahen:

1. Ist die Wohnungsbaugesellschaft eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts?
2. Erfüllt die Wohnungsbaugesellschaft nach ihrem Gründungszweck oder nach ihrer tatsächlichen Tätigkeit eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe?
3. Wird die Wohnungsbaugesellschaft unmittelbar durch die öffentliche Hand beherrscht oder mittelbar durch eine Gesellschaft, die selbst öffentlicher Auftraggeber ist?
4. Handelt die Wohnungsbaugesellschaft nichtgewerblich, nimmt sie also eine Sonderstellung am Markt ein?

Letzteres Kriterium dürfte im Rahmen der Prüfung von entscheidender Bedeutung sein.

Der Fachausschuss Rechtsfragen und Verträge hält also daran fest, dass die Eigenschaft eines kommunalen Unternehmens als öffentlicher Auftraggeber immer eine Entscheidung im Einzelfall ist, wobei sämtliche der hier aufgezählten Kriterien zu prüfen sind. Der Prüfung zugrunde zu legen sind zahlreiche Unterlagen. Anhaltspunkte ergeben sich nach der neuen Rechtsprechung insbesondere aus der aktuellen Satzung selbst sowie dem Geschäftsbericht und aus den Prognose- und Controllingberichten des kommunalen Unternehmens.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass bislang nur Entscheidungen der Oberlandesgerichte oder entsprechender Vergabekammern vorliegen. Eine durch den BGH festgelegte bundeseinheitliche Rechtsprechung liegt bislang nicht vor. Auch aus Gründen der Unternehmenshaftung sollte daher (ggfs. in Abstimmung mit dem Beteiligungsmanagement der Kommune) die Prüfung aufgrund der möglicherweise erheblichen finanziellen Auswirkungen bei einer Fehleinschätzung immer durch eine entsprechend spezialisierte Vergaberechtskanzlei abgesichert und dokumentiert werden.

## **10. Zum Verbot der Mindest- bzw. Höchstsätze der HOAI**

EuGH-Urteil vom 04.07.2019 (Az.: C – 377/17)

### **Entscheidung:**

Die Mindest- und Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) dürfen nicht mehr verbindlich vorgeschrieben werden. Honorare müssen zukünftig frei zu vereinbaren sein.

EU-Dienstleistungsrichtlinie: In einem freien europäischen Binnenmarkt soll der Wettbewerb grundsätzlich auch über den Preis möglich sein.

Aufgrund des EuGH-Urteils hat Deutschland nunmehr die Pflicht, das Verbot der Unterschreitung der Mindestsätze bzw. Überschreitung der Höchstsätze so schnell wie möglich aufzuheben. Üblicherweise kann dies bis zu einem Jahr dauern.

### **Aber:**

Solange ein vom EuGH für rechtswidrig erklärtes nationales Gesetz noch nicht aufgehoben ist, haben die Gerichte des betroffenen Staates gegebenenfalls die Pflicht, die Beachtung des EuGH-Urteils ihrerseits sicherzustellen.

### **Auswirkungen der Entscheidung:**

Nach erster Auswertung des Urteils ist festzuhalten, dass bislang abgeschlossene Verträge wirksam bleiben. Sowohl die Haupt- als auch die Nebenleistung ist zu erbringen.

Mit Blick auf die Honorarordnung hat der EuGH „lediglich“ in Bezug auf die Mindest- bzw. Höchstsätze festgestellt, dass das Verbot in der HOAI, die Mindest- und Höchstsätze der HOAI zu unter- bzw. zu überschreiten, mit EU-Recht nicht vereinbar ist.

Ein in der Vergangenheit abgeschlossener Vertrag, bei dem in der entsprechenden Honorarvereinbarung gegen das in der HOAI festgelegte Verbot der Unter- bzw. Überschreitung verstoßen wurde, dürfte nunmehr wirksam sein. In der Regel liegt einer solchen Vereinbarung eine bezifferte oder bezifferbare Vergütung zugrunde.

Dann sind im Wesentlichen folgende Fälle denkbar:

- Es wurde ein konkret beziffertes oder bezifferbares Honorar vereinbart (zum Beispiel Festpreis oder Stundensatz), das unterhalb der HOAI-Mindestsätze liegt. Beruft sich eine

Partei jetzt auf die Mindestsätze, dürfe das Preiskontrollrecht der HOAI nicht mehr greifen. Es gilt der Grundsatz. Vertrag ist Vertrag.

- Es wurde ein konkret beziffertes oder bezifferbares Honorar vereinbart, das oberhalb der HOAI-Mindestsätze liegt. Auch hier greift nicht mehr das preiskontrollrecht der HOAI, sodass der bereits abgeschlossene Vertrag Bestand hat. Im Grundsatz gilt nunmehr, dass keine Reduzierung des Honorars vorgenommen wird.
- Nicht betroffen sind nach erster Einschätzung Verträge,, die sich innerhalb der Mindest- oder Höchstsätze bewegen.

## **11. Datenschutz-Grundverordnung/Betriebskostenabrechnung Keine tiefgreifenden Auswirkungen auf Betriebskostenrecht**

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nach Artikel 6 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) erlaubt, wenn die Verarbeitung aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage sowie aufgrund eines „berechtigten Interesses“ z.B. des Vermieters erfolgt. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist demnach immer dann zulässig, wenn sie zur Wahrung der Interessen des Verantwortlichen (Vermieter) oder eines Dritten erforderlich ist und schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht überwiegen.

### **Einzelverbrauchsdaten von Mietern personenbezogene Daten**

Im Bereich der Betriebskosten sind Einzelverbrauchsdaten von Mietern personenbezogene Daten. Sie lassen Rückschlüsse auf das Verbrauchsverhalten einzelner Mieter zu. Da der Vermieter zur Verarbeitung dieser Daten im Rahmen der Betriebskostenabrechnung verpflichtet und dieses mietvertraglich vereinbart ist, kann der Mieter der Verarbeitung seiner Daten zu diesem Zweck nicht widersprechen. Das gilt auch für die Weitergabe der erforderlichen Daten an einen Dienstleister zur Erstellung der Betriebs- bzw. Heizkostenabrechnung. Eine gesonderte Einwilligung des Mieters hierfür ist nicht erforderlich, da der Vermieter ohne Einschaltung eines Dienstleisters in vielen Fällen seine gesetzlichen und vertraglichen Abrechnungspflichten nicht erfüllen könnte. Deshalb dient die Weitergabe der Daten an einen Dienstleister der Wahrung berechtigter Interessen des Vermieters, sodass das Interesse des Mieters an einer Nicht-Weitergabe nachrangig ist (Art 6 Abs. 1 Buchst f DS-GVO).

### **Das BGH-Urteil**

Die Frage, ob dem Mieter bei der Heiz-oder Betriebskostenabrechnung ein Einsichtsrecht in die Abrechnungen anderer Mieter zusteht oder datenschutzrechtliche Aspekte dem entgegenstehen, hat der **BGH mit Urteil vom 7. Februar 2018 - VIII 2R 189/17** - entschieden. Danach kann ein Mieter im Rahmen der Belegeinsicht vom Vermieter auch die Einsichtnahme in die Einzelverbrauchsdaten anderer Mieter des gemeinsam versorgten Objektes verlangen. Auch der Zutritt zur Wohnung durch den Vermieter oder ein beauftragtes Ableseunternehmen, um die Verbräuche der Heizkostenverteiler oder der Wasserzähler abzulesen, bedarf keiner datenschutzrechtlichen Einwilligung des Mieters (Art. 4 Nr. 8 und Art 6 Abs. 1 Buchst, f DS-GVO).

### **Fazit:**

Weder DS-GVO noch das ebenfalls im Mai 2018 novellierte Bundesdatenschutzgesetz haben derzeit tiefgreifende praktische Auswirkungen auf das Betriebskostenrecht.

## **12. Belegeinsicht durch Vorlage gescannter Originale zulässig**

LG Berlin, Urteil vom 30.10.2018 (Az.: 63 S 192/17)

Führt der Vermieter ein papierloses Büro dergestalt, dass er Originalunterlagen regelmäßig einscann und diese nach drei Monaten vernichtet, ist es, sofern der Mieter keine Zweifel an der Übereinstimmung mit den Originalen aufzeigen kann, grundsätzlich ausreichend, wenn der Vermieter bei der Belegeinsicht Ausdrucke der Belege vorlegt. Das hat das LG Berlin entschieden.

### **Originalbelege regelmäßig einscannen**

Danach hat der Mieter keinen Anspruch auf Vorlage von Originalbelegen bei der Belegeinsicht zur Überprüfung seiner Betriebskostenabrechnung. Legt der Vermieter nachvollziehbar dar, dass er im Wesentlichen ein papierloses Büro führt und die, um sie nach drei Monaten zu vernichten, muss sich der belegeinsichtnehmende Mieter mit der Vorlage der gescannten Belege zufrieden geben.

### **Frei für die Digitalisierung**

Angesichts der technischen Entwicklung ist dieses nach Auffassung des LG Berlin grundsätzlich nicht zu beanstanden. Darüber hinaus waren auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Übereinstimmung der vorgelegten Kopien mit den maßgeblichen Originalen zweifelhaft sein könnte. Das LG Berlin trägt mit seiner Entscheidung der technischen Entwicklung Rechnung und macht so auch unter rechtlichen Aspekten den Weg zu mehr Digitalisierung in der Hausbewirtschaftung frei.

**Beachte:** Das Thema ist jedoch noch sehr umstritten.

## **13. Entscheidung zur gesetzlichen Zuständigkeit in Bezug auf die außerordentliche Kündigung eines Vorstandsanstellungsvertrages**

BGH-Urteil vom 02.07.2019 (Az.: II ZR 155/18)

Nachdem im genossenschaftlichen Schrifttum **bisher umstritten** war, ob die gesetzliche Zuständigkeit für eine außerordentliche Kündigung eines Anstellungsvertrages eines Vorstandsmitgliedes einer Genossenschaft beim Aufsichtsrat oder bei der Generalversammlung liegt, hat der BGH diese Frage nunmehr für die Praxis entschieden.

Nachdem für die ordentliche Kündigung zwingend der Aufsichtsrat zuständig ist, verbleibt es nach der Ansicht des BGH in Bezug auf die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages bei der gesetzlichen Zuständigkeit der Generalversammlung.

Im vorliegenden Fall berief die beklagte Genossenschaft eine außerordentliche Vertreterversammlung ein, um den klagenden Vorstand abzurufen und dessen Dienstvertrag fristlos zu kündigen. Als wichtiger Grund für die Abberufung und fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses wurden u. a. die Abrechnungen dienstlich nicht veranlasster Spesen in Höhe von mehreren Tausend Euro angeführt.

Das Vorstandsmitglied hielt die Kündigung des Dienstvertrages für unwirksam. Zum einen sei die Vertreterversammlung für die fristlose Kündigung des Dienstvertrages nicht zuständig, zum anderen läge kein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vor.

Dieser Ansicht ist der BGH entgegengetreten. Die Vertreterversammlung ist nach Ansicht des BGH mangels anders lautender Satzungsregelung für die fristlose Kündigung des Dienstvertrages zuständig. Ferner lag nach Ansicht des BGH ein entsprechender wichtiger Grund vor.

Auch nach dieser Entscheidung ist es jedoch weiterhin per Satzungsregelung möglich, sowohl die Zuständigkeit für die Abberufung der Vorstandsmitglieder als auch für die außerordentliche Kündigung der entsprechenden Anstellungsverträge auf den Aufsichtsrat zu übertragen.

**Praxishinweis:**

**Die GdW-Mustersatzung legt gemäß § 35 Abs. 1 die Zuständigkeit der Generalversammlung fest. Eine Übertragung der Kompetenz auf den Aufsichtsrat findet mithin in der Mustersatzung nicht statt. Insofern hat die Entscheidung des BGH keine Auswirkungen auf die GdW-Mustersatzung.**

## **C - Vorhaben des Gesetzgebers:**

### **1. „Wohn- und Mietenpaket“ der Bundesregierung**

Am 18.08.2019 hat der Koalitionsausschuss ein sog. „Wohn- und Mietenpaket“ beschlossen. Nach Angaben des Ausschusses soll dieses dazu beitragen, dass Wohnen bezahlbar bleibt. Es handelt sich um Eckpunkte. Entsprechende Gesetzesentwürfe sollen zeitnah vorgelegt werden oder befinden sich mittlerweile im Gesetzgebungsverfahren.

Die wesentlichen Maßnahmen sind:

1. Mietpreisbremse (vgl. oben)
2. Mietspiegel  
Der Betrachtungszeitraum für die ortsübliche Vergleichsmiete wird von vier auf sechs Jahre verlängert. Ein Gesetzentwurf zur Reform der Mietspiegelrechts wird bis Jahresende vorgelegt.
3. Mobilisierung Bauland  
Mit der Deutschen Bahn AG sollen Gespräche über die Mobilisierung weiterer Grundstücksflächen aus ihrem unmittelbaren Besitz geführt werden.
4. Reaktivierung Brachflächen  
Es sollen finanzielle Mittel zur Reaktivierung von Brachflächen, insbesondere für den preiswerten Mietwohnungsneubau zur Verfügung gestellt werden, um Revitalisierungshürden zu mindern.
5. Änderung des Baugesetzbuches  
Die Möglichkeit für Kommunen zur Schließung von Baulücken sollen verbessert werden, etwa durch die Weiterentwicklung des Vorkaufsrechts oder durch erleichterte Anwendung eines Baugebots.
6. Anzeige klimafreundlicher Heizsysteme und energetische Gebäudesanierung
- 7.

### **2. Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung des Betrachtungszeitraums für die ortsübliche Vergleichsmiete**

In § 558 Abs. 2 Satz 1 des BGB soll der Betrachtungszeitraum für die ortsübliche Vergleichsmiete von vier auf sechs Jahre verlängert werden.

### **3. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Wohneigentumsgesetzes zur Förderung der Elektromobilität**

Bundesratsbeschluss am 11.10.2019, dieses Gesetz in den Bundestag einzubringen.

I

#### **Zu § 554-E: Anspruch des Mieters zum Einbau einer Lademöglichkeit**

Im Wohnraummietrecht soll der Mieter vom Vermieter die Erlaubnis zu baulichen Veränderungen oder sonstigen Maßnahmen und die Vornahme von Handlungen verlangen können, die erforderlich sind, um eine Lademöglichkeit für elektrisch betriebene Fahrzeuge im Sinne des Elektromobilitätsgesetzes auf einer ausschließlich dem Mieter vermieteten Stellfläche zu schaffen, vgl. § 554 BGB-E.

Dem Entwurf begegnen im Wesentlichen zwei Bedenken:

### **I.1**

#### **Mietrechtliche Harmonisierung von Elektromobilität und Barrierefreiheit - Sicherheitsleistung notwendig**

§ 554a Abs. 2 BGB (Barrierefreiheit) bestimmt, dass der Vermieter seine Zustimmung zu baulichen Veränderung für eine behindertengerechte Nutzung der Mietsache von einer angemessenen zusätzlichen Sicherheit für die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands abhängig machen kann. Der hier vorliegende Gesetzentwurf sieht entsprechende Sicherheitsleistungen für einen eventuellen Rückbau nicht vor.

Die rechtlich unterschiedliche Behandlung dieser beiden Sachverhalte sollte vermieden werden. So ist der Vermieter Eigentümer des Grundstücks. Ihn treffen entsprechende Verkehrssicherungs- bzw. Wartungspflichten auch nach Beendigung des Mietverhältnisses. Aus diesem Grund sollte der Vermieter die Möglichkeit haben, seine Erlaubnis zum Einbau der Ladestation von entsprechenden Sicherheitsleistungen abhängig zu machen. Diese sollten die Kosten für den einfachen Rückbau (ca. 1 Tsd. EUR) nicht übersteigen.

Dieser Gedanke wurde auch im Rahmen der Beratungen zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes diskutiert.

### **I.2**

#### **Vertragliche Regelungen aus Anlass des Einbaus erforderlich**

Im Rahmen der Beratungen zu § 554 Abs. 4 BGB-E in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat der Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz noch vorgesehen, dass die Vertragsparteien aus Anlass von Maßnahmen zur Errichtung einer Lademöglichkeit durch den Mieter entsprechende Vereinbarungen treffen können. Diese betreffen

- die zeitliche und technische Durchführung der Maßnahmen,
- Maßnahmen zur Erhaltung der Verkehrssicherheit der Lademöglichkeit,
- zeitliche Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts des Vermieters,
- Leistung einer zusätzlichen Sicherheit zur Gewährleistung der Sicherheit der Mietsache.

Diese Punkte müssen - sofern der Vermieter die Ladestation nicht ohnehin bereitstellt - vor der Erlaubnis geklärt werden.

Dringend zu klären ist auch die Kostenfrage bei Einbau. Die Kosten für den Einbau einer einfachen Wallbox bei vorhandener und ausreichender Elektroinstallation belaufen sich auf rund 2.500 Euro oder mehr. Eine Ladesäule im Außenbereich mit zwei Ladepunkten inklusive Anschlusskosten, notwendigen Arbeiten an der Elektroinstallation und Umsatzsteuer kosten hingegen etwa 15 - 20 Tsd. Euro.

Insgesamt müsste aber auch geprüft werden, inwieweit eine allgemeingültige Vorschrift nicht nur für Elektroladestationen, sondern insgesamt zugunsten zukunftsfähiger Mobilitätskonzepte gefunden werden kann. Denn um stark CO<sub>2</sub> emittierende Diesel- oder Benzinverbrennungsmotoren durch umweltfreundlichere Alternativen zu ersetzen, sind nicht allein Elektromotoren, sondern auch Hybrid-, Wasserstoff- oder Gasmotoren und Brennstoffzellen denkbare Alternativen. Je nach weiterer technologischer Entwicklung. Eine Vorschrift, die allein die Elektromobilität begünstigt, könnte der Entwicklung alternativer Mobilitätskonzepte im Wege stehen.

### I.3

#### **Verbesserung der allgemeinen Rahmenbedingungen für die Schaffung von Ladeinfrastrukturen erforderlich**

Das heute vorhandene dichtgespannte Tankstellennetz hat sich marktwirtschaftlich entwickelt. Dort wo ein erfolgreiches Geschäftsmodell realisierbar war, wurde eine Tankstelle gebaut. Ähnlich muss auch die Entwicklung neuer Mobilitätsformen verlaufen.

Die derzeitige Steuergesetzgebung hindert sehr viele Wohnungsunternehmen daran, sich ohne steuerliche Nachteile in das Geschäftsfeld Laden von E-Mobilen einzubringen. Sowohl das Angebot von Lademöglichkeiten als auch die Erzeugung und Lieferung von Ladestrom kann im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes oder des Gewerbesteuergesetzes schädlich für die steuerliche Beurteilung des Vermietungsgeschäfts sein.

Dies stellt neben den teils nicht gegebenen technischen Rahmenbedingungen den wichtigsten Bremsklotz für die Entwicklung der Ladeinfrastruktur im Bereich der Wohnungswirtschaft dar.

### I.4

#### **Klarstellung, dass lediglich rechtliche Hindernisse beseitigt werden sollen**

Der Anspruch des Mieters auf Erteilung einer Erlaubnis des Vermieters zur Einrichtung einer Ladestelle für Elektrofahrzeuge soll nach dem hier vorliegendem Verständnis der Beseitigung rechtlicher Hindernisse dienen. Diese in der Begründung des Entwurfs zum Ausdruck kommende Zweckrichtung findet sich nicht im Gesetzestext „Vornahme von Handlungen“ wieder. Auch wenn die Begründung des Entwurfs einfache Mitwirkungshandlungen des Vermieters nennt, so könnte der reine Gesetzestext auch dahingehend ausgelegt werden, dass der Mieter vom Vermieter den Einbau der entsprechenden Infrastruktur verlangen kann. Da das Mietrecht - anders als viele andere Rechtsgebiete - aber auch von juristischen Laien „gelesen“ wird, ist hier eine Klarstellung dringend erforderlich. Ohne diese Klarstellung ist unsere Forderung nach einer vertraglichen Klärung über die Kostenübernahme vor Einbau, vgl. I.2, umso dringender.

## II

#### **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes zur Förderung der Elektromobilität und sonstige Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG-Reform insgesamt steht bevor)**

Nach der jetzigen Fassung im Wohnungseigentumsrechts (WEG) wäre der Einbau von Ladestellen für Elektrofahrzeuge nur dann möglich, wenn alle Wohnungseigentümer damit einverstanden sind. Die vorgesehene Neufassung soll diese rechtlichen Hindernisse beseitigen.

Die vorgeschlagene Änderung des WEG war Gegenstand im Rahmen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsrechts. Ziel der Arbeitsgruppe, die ihren Abschlussbericht im August 2019 vorgestellt hat, war unter anderem die im Koalitionsvertrag vorgesehene Harmonisierung des WEG mit dem Mietrecht. Die Herausnahme dieses Teilaspektes zur Förderung der Elektromobilität erscheint zwar politisch verständlich, birgt jedoch juristisch die Gefahr, dass die weiteren im Abschlussbericht vorgeschlagenen Reformpunkte auf die vorgesehenen Regelungen angepasst werden müssen. Insofern sollte von einer In-sellösung zunächst abgesehen werden.

So ist der gesamte Bereich der baulichen Veränderungen im WEG-Recht umstritten und bedarf einer Harmonisierung. Dies betrifft nicht nur Ladevorrichtungen, sondern den gesamten Bereich der energetischen Modernisierung, vgl. etwa den Rechtsstreit zu § 16 Abs. 4 (Kostenverteilung) oder § 22 Abs. 1, Abs. 2 (Beschluss über die Baumaßnahme). Schließlich

sollte nicht nur die Folgekostenproblematik in § 16 Abs. 5 WEG-E geregelt werden, sondern auch die Frage, was bei Aufgabe des Wohnungseigentums zu erfolgen hat.

Schließlich bleibt bei anderen energetischen Maßnahmen, die ebenfalls zum Klimaschutz beitragen, weiter unklar, ob die Eigentümer auch die Folgekosten durch Beschluss regeln können. Bis zu einer Neuregelung im Rahmen einer WEG-Reform legt ein Umkehrschluss vielmehr nahe, dass dies nicht der Fall sein könnte. Beschlüsse im Sinne des Umweltschutzes wären dann nichtig.

Insofern warnen wir an dieser Stelle vor einer Insellösung im WEG. Stattdessen sollte schnellstmöglich ein umfassender Gesetzentwurf zur Reform des WEG vorgelegt werden.

#### **4. Weitere Änderung des Genossenschaftsgesetzes (Entwurf)**

Der GdW und seine genossenschaftlichen Prüfungsverbände engagieren sich mit Nachdruck gegen die vereinzelt „schwarzen Schafe“, die sich den guten Ruf der Genossenschaften, insbesondere der Wohnungsgenossenschaften, zunutze machen, um ihre Geschäftsmodelle zu etablieren, die häufig nur den Initiatoren und Vertriebspartnern dienen.

Das Ziel des Entwurfs, die Rechtsform Genossenschaft vor unseriösen Geschäftsmodellen, die dem grauen Kapitalmarkt zugeordnet werden können, zu schützen, wird von uns daher grundsätzlich unterstützt.

##### **Angedachte Neuerungen im Entwurf:**

###### **1. Klarstellung zum Förderzweck**

In § 1 Abs. 1 GenG soll ein neuer Satz 2 eingefügt werden, wonach die Kapitalanlage als eigenständiger Förderzweck unzulässig ist.

###### **2. Änderung von § 62 Abs. 3 Satz 2 GenG – Kompetenzabgrenzung Prüfungsverbände – BaFin**

Nach dem vorliegenden Gesetzesantrag soll der Prüfungsverband zukünftig verpflichtet werden, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Aufsichtsbehörde unverzüglich eine Abschrift eines Prüfungsberichtes ganz oder auszugsweise zur Verfügung zu stellen, wenn sich aus diesem Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die geprüfte Genossenschaft unerlaubte Investmentgeschäfte im Sinne des § 15 des Kapitalanlagegesetzbuches tätigt oder gegen das Emittenten-Privileg nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 1a des Vermögensanlagegesetzes verstößt.

###### **3. Informationsaustausch zwischen BaFin und Aufsichtsbehörden**

In § 64 GenG soll ein neuer Absatz 4 angefügt werden, wonach die Aufsichtsbehörde die BaFin informieren kann, wenn der Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit Sachverhalte bekannt werden, die den Verdacht auf Verstöße von Genossenschaften gegen das Kapitalanlagegesetzbuch oder das Vermögensanlagegesetz begründen.

Die BaFin soll ihrerseits der zuständigen obersten Landesbehörde, in deren Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat, mitteilen, ob sie aufgrund dieser Hinweise Auskunfts- und Vorlebensersuchen an Genossenschaften gerichtet hat.

## **C - Gesetzesänderung (die bereits gilt)**

### **Änderungen zur Bestellpflicht betrieblicher Datenschutzbeauftragter nach § 38 BDSG**

Der Bundestag hat am 28. Juni 2019 das 2. Datenschutzanpassungs- und Umsetzungsgesetz verabschiedet, mit dem zahlreiche Gesetze mit den Vorgaben der DSGVO in Einklang gebracht werden. Unter anderem schafft das verabschiedete Gesetz auch Änderungen im BDSG.

CDU/CSU hatten mit dem Argument des Bürokratieabbaus gefordert, die Grenze der Bestellpflicht für einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 38 BDSG) auf 50 Personen zu erhöhen. Im Rahmen eines Kompromisses haben sich die Koalitionsfraktionen schlussendlich auf eine Erhöhung von 10 auf 20 Personen, die ständig personenbezogene Daten verarbeiten, verständigt.

Die Befreiung von der Bestellpflicht eines Datenschutzbeauftragten für Unternehmen mit unter 20 Personen, die ständig personenbezogene Daten verarbeiten, führt jedoch nicht zu einem Wegfall datenschutzrechtlicher Pflichten. Auch ohne gesetzliche Bestellpflicht müssen Unternehmen den Pflichten nach der DSGVO vollumfänglich nachkommen und sind daher gut beraten, einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu benennen.

Die DSGVO verlangt den Unternehmen u. a. Meldepflichten ab. Sie müssen den Aufsichtsbehörden die Kontaktdaten ihres Datenschutzbeauftragten sowie im Falle von Datenpannen die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten melden. Hierfür haben die meisten Aufsichtsbehörden Formulare auf ihren Internetseiten bereitgestellt.

Unternehmen, die nach DSGVO einen Datenschutzbeauftragten benennen müssen, haben die Pflicht, die Kontaktdaten ihres Datenschutzbeauftragten an die für sie zuständige Aufsichtsbehörde zu melden. Diese Pflicht ergibt sich aus Art. 37 Abs. 7 DSGVO und trifft den Verantwortlichen, also den Vorstand bzw. die Geschäftsführung, sowie den Auftragsverarbeiter. Eine fehlende oder fehlerhafte Meldung ist nach Art. 83 Abs. 4 Ziff. a DSGVO bußgeldbewährt.

### **Meldung von Datenpannen**

Im Falle einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten hat der Verantwortliche nach Art. 33 DSGVO unverzüglich und möglichst binnen 72 Stunden, nachdem ihm die Verletzung bekannt wurde, diese der zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden, es sei denn, dass die Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen führt. Erfolgt die Meldung an die Aufsichtsbehörde nicht binnen 72 Stunden, so ist hier eine Begründung für die Verzögerung beizufügen.

## E - Drei Fälle aus der Beratungspraxis des vtw

### 1. Mietsicherheit: Die Bürgschaft von Eltern für ihre Kinder

Eine Bürgschaft ist im Wohnraummietrecht eine Mietsicherheit i.S.v. § 551 BGB. § 551 BGB setzt eine vertragliche Vereinbarung über die Mietsicherheit voraus. Ein gesetzlicher Anspruch besteht nicht.

Die Höhe der Mietsicherheit ist nach § 551 Abs. 1 BGB tatsächlich auf **das Dreifache der Nettomiete begrenzt**.

Es gibt allerdings **zwei Ausnahmen**. Wenn diese vorliegen, dann müssen die Voraussetzungen des § 551 BGB (max. 3 Nettomieten) nicht erfüllt sein. Die Ausnahmen beruhen auf BGH-Rechtsprechung.

Einschlägig ist vorliegend **das Grundsatzurteil des BGH vom 07.06.1990 (Az.: IX ZR 16/90)**, welches bis heute unverändert Geltung hat.

#### a.) 1. Ausnahme „Eltern bürgen für Ihre Kinder“:

Danach ist es möglich, über die Begrenzung des § 551 BGB hinauszugehen, wenn Eltern oder ein Elternteil eines „studentischen“ Mietinteressenten „freiwillig“, d. h. unaufgefordert, eine Bürgschaft unter der Bedingung des Abschlusses eines Mietvertrages mit ihrem/ihrer Sohn/Tochter anbieten.

Weitere Voraussetzung ist, dass mit der Bürgschaft keine besonderen Belastungen für den Mieter verbunden sind. Diese liegen bei Bürgschaften von Eltern regelmäßig nicht vor.

Eine restriktive Auslegung des § 551 BGB (max. 3 Nettomieten) wird mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift begründet. Danach soll im Interesse der Mobilität der Mieterschaft durch § 551 Abs. 1 BGB verhindert werden, dass der Abschluss eines Mietvertrages an hohen Sicherheitsforderungen scheitert. Durch eine ausnahmslos geltende Obergrenze würde der Mietinteressent aber benachteiligt, weil sie dazu führt, dass dieser die Wohnung nicht erhält.

Aus diesem Grunde hat sich für Studenten und Eltern als Bürgen eine „Sonder“-Rechtsprechung des BGH entwickelt.

#### b.) 2. Ausnahme: „Ein in Zahlungsschwierigkeiten geratener Mieter“

Ein Dritter bietet dem Vermieter eine über die drei Nettomieten hinausgehende Sicherheit an, damit dieser einem in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Mieter nicht kündigt oder eine Kündigung wieder zurücknimmt.

Eine unaufgefordert erlangte Bürgschaft der Eltern, die zu einem Abschluss eines Mietvertrages führt und eine Erhöhung der Sicherheit eines in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Mieters, wäre also unbegrenzt zulässig.

Nicht nur kommunale Wohnungsunternehmen, sondern auch Genossenschaften könnten, rein rechtlich gesehen, eine Kautions verlangen

## 2. Der Untermieter- Wen darf der Mieter in die Wohnung aufnehmen?

(Der Fall aus der Praxis wurde nur zum Anlass genommen)

Was darf der Mieter? Wie weit reicht seine Nutzungsbefugnis bei Aufnahme von Menschen in seine Wohnung, die dort dauerhaft wohnen sollen. Wann ist eine Zustimmung des Vermieters erforderlich?

Zum einen möchte der Mieter seine sozialen Bedürfnisse in seiner Wohnung verwirklichen, zum anderen hat der Vermieter ein im Ansatz berechtigtes Interesse daran zu bestimmen, wer die Wohnung nutzt.

### Rechtsgrundlagen:

#### § 540 BGB Gebrauchsüberlassung an Dritte

(1) Der Mieter ist ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen, insbesondere sie weiter zu vermieten. Verweigert der Vermieter die Erlaubnis, so kann der Mieter das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen, sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt.

(2) Überlässt der Mieter den Gebrauch einem Dritten, so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauch zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat.

#### § 553 BGB Gestattung der Gebrauchsüberlassung an Dritte

(1) Entsteht für den Mieter nach Abschluss des Mietvertrags ein berechtigtes Interesse, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen, so kann er von dem Vermieter die Erlaubnis hierzu verlangen. Dies gilt nicht, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann.

(2) Ist dem Vermieter die Überlassung nur bei einer angemessenen Erhöhung der Miete zuzumuten, so kann er die Erlaubnis davon abhängig machen, dass der Mieter sich mit einer solchen Erhöhung einverstanden erklärt.

(3) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

### Sachverhalt:

#### Fall 1:

Nach dem Tod ihres Mannes möchte die Mieterin M alternativ folgende Personen in ihre Dreizimmerwohnung aufnehmen:

- a) Ihre schwerkriminelle Tochter A nach deren Haftentlassung
- b) Ihre minderjährige Enkelin E, nachdem diese Weise geworden ist
- c) Ihre Schwester S, die nach dem Tod ihres Mannes vereinsamt ist
- d) Ihren neuen Lebensgefährten L.
- e) Die polnische Haushälterin H.

#### Fall 2:

Nach dem Auszug ihrer fünf Kinder möchten M und F die drei Zimmer an Freunde vermieten, um im Alter mit ihnen zusammenzuleben.

Sind diese Fälle rechtlich zulässig?

**Lösung:**Fall 1 a)

Es ist kein Fall der Gebrauchsüberlassung an Dritte (§540 BGB). Ein Kind ist nicht Dritter. Es spielt auch grundsätzlich keine Rolle, dass Tochter A eine Kriminelle ist.

Eine Zustimmung des Vermieters bedarf es nicht. Es besteht lediglich eine Anzeigepflicht.

Einen Auszug kann der Vermieter nur nach Kündigung wegen eines Vorfalles erzwingen und nur durch Auflösung des gesamten Mietverhältnisses.

Fall 1 b)

Die minderjährige Enkeltochter darf ohne Einwilligung des Vermieters aufgenommen werden.

Fall 1 c)

Geschwister des Mieters sind Dritte im Sinne von § 540 BGB, ebenso wie bloße Lebensgefährten (Fall d.). Hier kommt es auf § 553 BGB an.

Fall 1 e)

Auch wenn Hauspersonal (auch Pflegekräfte) nicht zur Familie gehört, ist es doch höchst-richterlich anerkannt, dass diese Personen nicht Dritte i.S.v. § 540 BGB sind (BGH). Sie dürfen ohne weiteres aufgenommen werden.

Folglich: Der Mieter darf ohne Erlaubnis des Vermieters auf Dauer seinen Ehe- oder Lebenspartner, seine Kinder, seine Enkel, seine Eltern, seine Großeltern bzw. Hauspersonal aufnehmen.

Weitere Personen dürfen aufgenommen werden, wenn nach § 553 BGB ein berechtigtes Interesse besteht. Ausreichend hierfür ist es, wenn der Mieter einen vernünftigen Grund hat, der seinen Wunsch nach Überlassung an Dritte nachvollziehbar erscheinen lässt.

Ein solches berechtigtes Interesse besteht bei der einsamen Schwester (Fall 1 c), sowie regelmäßig dann, wenn der Mieter seinen Lebensgefährten aufnehmen möchte.

Fall 2:

Ein berechtigtes Interesse liegt auch bei M und F vor, die mit Freunden im Alter zusammenleben möchten und ist damit zu genehmigen.

Allerdings:

- Kein entgegenstehender wichtiger Grund darf vorliegen

Dieser liegt vor, wenn Unzumutbarkeit für den Vermieter vorliegt, z.B. Überbelegung (9 qm Erwachsener/ 6 qm Kind) oder wichtige Gründe in der Person des Dritten (Störung durch den Dritten vorhersehbar). Konkrete Anhaltspunkte sind erforderlich. Hierzu zählt nicht ohne weiteres, dass der Dritte einen Hund dauerhaft mitbringt. Es hat eine Interessenabwägung stattzufinden.

Folge: Es bedarf immer einer Erlaubnis des Vermieters. Der Mieter muss Name und Adresse des Dritten bzw. nahen Angehörigen mitteilen.

### 3. Anfrage zu Betriebskosten

#### Fragen aus der Praxis:

1. Frage: Durch neue Wartungsverträge für Notbeleuchtungen und Rauchwarnanlagen entstehen zusätzliche Kosten für Akkus. Diese werden mit der Wartung berechnet. Sind die Akkus - mit der Wartung - umlagefähige Betriebskosten oder Instandhaltung?
2. Frage: Wenn die Wartungen in einem Turnus von 4 Jahren regelmäßig berechnet werden, ist sie im Jahr der Rechnungslegung umlagefähig oder soll sie für 4 Jahre aufgeteilt/abgegrenzt werden?
3. Frage: Wenn regelmäßig wiederkehrend die Betriebskosten anfallen, bis zu welchem Abstand (Jahresturnus) zählen diese noch als umlagefähige BEKO?

#### Antworten:

1. Die Akkus bzw. Batterien sind umlagefähige Betriebskosten im Rahmen der Wartungskosten. Bei Rauchwarnmelder handelt es sich allerdings in der Regel um eine hochwertige Batterie, die mindestens 10 Jahre hält. Nach DIN 14676 Nr.6.5 sind Rauchwarnmelder ohnehin nach 10 Jahren und Ablauf einer Übergangsfrist von weiteren 6 Monaten auszutauschen (Langenberg, Betriebs- und Heizkostenrecht, 8.Aufl., A 308).
2. Der BGH hat hierzu entschieden, dass Betriebskosten, die nicht jährlich, sondern in größeren zeitlichen Abständen wiederkehren, grundsätzlich in dem Abrechnungszeitraum umgelegt werden *können*, in dem sie entstehen (BGH –Urteil AZ: VIII ZR 221/08). Es ist insgesamt streitig dieses Thema und der BGH hat nur entschieden, dass es so gemacht werden kann. Es ist also beides möglich.
3. Es wird vertreten, dass die Obergrenze des laufenden Entstehens bei einem Turnus von sechs Jahren liegt, soweit nicht durch technische Regelwerke andere Abstände vorgegeben sind.