

**Abschrift**

15 S 172/15

10 C 304/13  
Amtsgericht Bottrop



Verkündet am 19.04.2016

Maiwald, Justizbeschäftigter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

**Landgericht Essen**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**Urteil**



In dem Rechtsstreit

1. der Frau ~~Christa May, im Bochmannsteig, 46242 Bottrop,~~
2. des Herrn ~~Karl Müller, im Bochmannsteig, 46242 Bottrop,~~

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dohrmann, Essener Str. 89,  
46236 Bottrop,

g e g e n

1. Frau ~~Christa Müller, im Bochmannsteig, 46242 Bottrop,~~
2. Herrn ~~Karl Müller, im Bochmannsteig, 46242 Bottrop,~~

Beklagten und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ~~Wolfgang Müller,~~  
~~im Bochmannsteig, 46242 Bottrop,~~

hat die 15. Zivilkammer des Landgerichts Essen  
auf die mündliche Verhandlung vom 19.04.2016  
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Pohlmann, die Richterin am  
Landgericht Dr. Dechamps und den Richter Buddendick

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung der Kläger wird das am 21.09.2015 verkündete Urteil des  
Amtsgerichts Bottrop 10 C 304/13 teilweise abgeändert und wie folgt neu  
gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Klage bezüglich der Klageanträge zu 4 (Malerarbeiten im Wintergarten) und 6 (Unterlassung unangekündigter Reparaturarbeiten) in der Hauptsache erledigt ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die erstinstanzlichen Kosten werden wie folgt verteilt:

Die Kläger tragen die Kosten der Sachverständigen ~~1.200,-~~ und ~~1.000,-~~ von Gelder vorab allein. Von den übrigen Kosten tragen die Kläger 56%, die Beklagten 44%.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Kläger zu 60%, die Beklagten zu 40%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 7.500,00 €.

### Gründe:

#### I.

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen, da ein Rechtsmittel gegen das Urteil unzweifelhaft nicht zulässig ist. Die Kammer lässt eine Revision nicht zu, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen. Eine Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 ZPO ist gemäß § 26 Nr. 8 EGZPO unzulässig, da der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer einen Betrag von 20.000,00 € nicht übersteigt.

#### II.

Die gem. § 511 Abs. 1 ZPO statthafte und gem. §§ 517, 520, 522 Abs. 1 ZPO zulässige Berufung ist teilweise begründet.

Bezüglich der Klageanträge zu 4) (Malerarbeiten im Wintergarten) und 6) (Unterlassung unangekündigter Reparaturarbeiten) hat das Amtsgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen. Zudem hat das Amtsgericht auch die auf den zurückgenommenen Klageantrag zu 2) (Unterlassung, den Allgemeinstrom, die Heizungspumpen und die Elektroinstallationen im Keller über den Stromzähler der

Kläger laufen zu lassen) entfallenden Kosten des Rechtsstreits zu Unrecht den Klägern auferlegt.

Im Übrigen hat die Berufung der Kläger gegen das am 21.09.2015 verkündete Urteil des Amtsgerichts Bottrop zu dem Aktenzeichen 10 C 304/13 keinen Erfolg.

#### Im Einzelnen:

##### 1.

Bezüglich des Begehrens der Kläger, festzustellen, dass sich der ursprüngliche Klageantrag zu 1) (Austausch der Duschkabinentür) in der Hauptsache erledigt habe, hat das Amtsgericht die Klage zu Recht abgewiesen.

Soweit die Kläger diesbezüglich die Auffassung vertreten, dass das Amtsgericht die Darlegungs- und Beweislast verkannt habe, da die Kläger sich bei Einzug „diesen Mangel“ ausdrücklich vorbehalten hätten, vermag die Kammer diese Sichtweise nicht zu teilen, zumal die Kläger in § 6 des Mietvertrages den Zustand der Wohnung ausdrücklich als vertragsgemäß anerkannt haben und ein – von den Klägern behaupteter – Vorbehalt sich dem Mietvertrag gerade nicht entnehmen lässt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Kläger im Rahmen der Berufungsbegründung darauf abstellen, dass die Beklagten in der Klageerwiderung vom 16.01.2014 ausgeführt haben, dass die Kläger die Verpflichtung zur Reinigung der Duschkabinentür übernommen hätten, da auch aus dieser Einlassung eine Verpflichtung der Beklagten zum Austausch der in Rede stehenden Duschkabinentür nicht hergeleitet werden kann, zumal die Kläger für ihre diesbezügliche Behauptung, dass eine Schimmel- und Kalkbeseitigung ohne Zerstörung der Duschkabinentür nicht möglich sei - wie auch das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat - beweisfällig geblieben sind.

Entsprechend waren auch die auf dieses Begehren entfallenden Kosten des Rechtsstreits den Klägern aufzuerlegen.

##### 2.

Soweit die Kläger den ursprünglichen Klageantrag zu 2) (Unterlassung, den Allgemeinstrom, die Heizungspumpen und die Elektroinstallationen im Keller über den Stromzähler der Kläger laufen zu lassen) mit Schriftsatz vom 31.01.2014 zurückgenommen und Kostenantrag gestellt haben, waren die hierauf entfallenden Kosten des Rechtsstreits – entgegen der vom Amtsgericht vertretenen Auffassung – gemäß § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen den Beklagten aufzuerlegen.

Die Kammer vermag die vom Amtsgericht vertretene Auffassung, dass insoweit zu berücksichtigen sei, dass die Beklagten mit Schreiben vom 18.10.2013 die Erledigung dieses Punktes bis zum 10.11.2013 zugesichert und am 27. 12.2013 und damit vor Zustellung der Klage in diesem Punkt hätten erledigen lassen, nicht zu teilen.

Zwar stellt das Amtsgericht insoweit zutreffend darauf ab, dass die Beklagten mit Schreiben vom 18.10.2013 zur Erledigung des insoweit im Streit stehenden Punktes bis zum 10.11.2013 aufgefordert worden sind und die Installation eines separaten Zählers für den Allgemeinstrom bereits am 06.11.2013 angekündigt und zugesagt haben. Da der separate Stromzähler aber erst am 27.12.2013 und damit nach Ablauf der von den Klägern mit Schreiben vom 18.10.2013 gesetzten Erledigungsfrist installiert worden ist, haben sich die Beklagten zum Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage am 04.12.2013 mit der Installation des separaten Stromzählers für den Allgemeinstrom in Verzug befunden, zumal die Beklagten die Installation bereits am 06.11.2013 zugesagt haben, so dass auch nach den Grundsätzen der so sog. „Selbstmahnung“ Verzug eingetreten ist. Vor diesem Hintergrund entspricht es daher billigem Ermessen, die auf den ursprünglichen Klageantrag zu 2) entfallenden Kosten des Rechtsstreits gem. § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO den Beklagten aufzuerlegen.

### 3.

Bezüglich der von den Klägern begehrten Feststellung, dass sich auch der ursprüngliche Klageantrag zu 3) (Unterlassung, an den Gaszähler für die klägerische Wohnung weitere Zwischenzähler anzuschließen) in der Hauptsache erledigt habe, hat das Amtsgericht die Klage zu Recht abgewiesen.

Insoweit hat das Amtsgericht zutreffend darauf abgestellt, dass Voraussetzung eines derartigen Unterlassungsanspruches grundsätzlich das Vorhandensein eines Zwischenzählers an dem für die klägerische Wohnung bestimmten Gaszähler während des Mietverhältnisses sei. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist vor diesem Hintergrund auch die Würdigung des Amtsgerichts, dass auf Grundlage des erstinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachtens der Nachweis des Vorhandenseins eines solchen Zwischenzählers von den Klägern nicht geführt worden sei, da nach den Ausführungen des Gutachters, der als erste Beweisfrage klären sollte, ob an dem Gaszähler der Kläger ein weiterer Zwischenzähler für den Mieter der Dachgeschosswohnung angebracht war, aufgrund der Erneuerung der Heizungsanlage im März 2014 keine Feststellungen zu der zuvor vorhandenen Installation getroffen werden konnten.

Soweit die Kläger im Rahmen der Berufungsbegründung nunmehr darauf abstellen, dass der Gutachter ~~Wahrscheinlich~~ lediglich deshalb keine Feststellungen bezüglich einer ordnungsgemäßen Heizversorgung habe treffen können, weil die Beklagten die

erforderlichen Unterlagen nicht vorgelegt hätten, was – so die Auffassung der Berufung – zu einer Beweislastumkehr geführt habe, war dieses Vorbringen gem. §§ 529, 531 ZPO unberücksichtigt zu lassen, nachdem die Kläger es erstinstanzlich unterlassen haben, diese Einwendungen bezüglich der vom Sachverständigen ~~XXXX~~ getroffenen Feststellungen zu erheben, obwohl ihnen dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre.

Das erstinstanzlich eingeholte Gutachten des Sachverständigen ~~XXXX~~ ist den Klägern mit Verfügung vom 23.10.2014 unter ausdrücklichem Hinweis auf §§ 411 Abs. 4, 206, 90 Abs. 1, 4 ZPO zur Stellungnahme innerhalb von zwei Wochen am 29.10.2014 zugestellt worden. Dennoch haben die Kläger innerhalb dieser ihnen gesetzten Frist keine Einwendungen gegen das Gutachten des Sachverständigen ~~XXXX~~ erhoben. Auch nach Ablauf dieser Frist haben die Kläger sich nicht auf die nunmehr in der Berufungsbegründung geltend gemachten Einwendungen gegen das erstinstanzliche Gutachten berufen, sondern sich vielmehr lediglich darauf beschränkt, zu einer vermeintlich nicht den Vorgaben der Heizkostenverordnung entsprechenden fehlerhaften Abrechnung vorzutragen, ohne aber weiter auf das Vorhandensein des von ihnen behaupteten Zwischenzählers einzugehen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das Amtsgericht auf Antrag der Beklagten mit Schriftsatz vom 07.11.2014 unter dem 02.04.2015 einen Beweisbeschluss zur Erstattung eines Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen ~~XXXX~~ erlassen und den Sachverständigen ~~XXXX~~ zwecks Erläuterung seines Gutachtens zum Termin zur mündlichen Verhandlung vom 05.05.2015 geladen hat. Insoweit ist vielmehr zu berücksichtigen, dass es den Klägern auch in diesem Termin ohne weiteres möglich gewesen wäre, die nunmehr in der Berufung geltend gemachten Einwendungen gegen das erstinstanzliche Gutachten zu erheben und den Sachverständigen hierzu ergänzend zu befragen, nachdem die Parteien gemäß §§ 402, 397 ZPO grundsätzlich ein Recht auf Befragung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen haben, welches auch dann besteht, wenn das Gericht selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht (vgl. Musielak/Voit, 13. Aufl. 2016, § 411 Rn. 7). Da die Kläger auch von diesem Recht im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 05.05.2015 aber keinen Gebrauch gemacht haben und nach § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO bereits einfache Fahrlässigkeit schadet, waren die nunmehr – erstmals – mit der Berufung geltend gemachten Einwände bezüglich des Gutachtens des Sachverständigen Haupt gemäß §§ 529, 531 ZPO unberücksichtigt zu lassen.

Eine abweichende Bewertung folgt schließlich auch nicht daraus, dass die Kläger im Rahmen der Berufung zudem ausführen, dass der Gutachter ~~XXXX~~ „exakt“ das bestätigt habe, was die Kläger auch gerügt hätten und was deren Klagebegehren gewesen sei, nämlich festgestellt zu wissen, dass eine ordnungsgemäße Ablesung nicht möglich sei. Insoweit lässt die Berufung unberücksichtigt, das erstinstanzlich

gerade kein entsprechendes Feststellungsbegehren verfolgt worden ist, sondern vielmehr ein konkret gefasster Unterlassungsanspruch, welcher – den zutreffenden Ausführungen des Amtsgerichts entsprechend – das Vorhandensein des von den Klägern behaupteten Zwischenzählers voraussetzt. Soweit die Kläger mit der Berufung daher nunmehr auf eine „nicht mögliche ordnungsgemäße Ablesung“ abstellen, war auch dieses Vorbringen gemäß §§ 520, 531 ZPO unberücksichtigt zu lassen, zumal allein der Umstand einer vermeintlich nicht möglichen ordnungsgemäßen Ablesung den ursprünglich von den Klägern geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht zu begründen vermag.

Entsprechend waren die auf dieses Begehren entfallenden Kosten des Rechtsstreits sowie auch die durch die Einholung des schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen ~~XXXX~~ entstandenen Kosten gemäß §§ 92 Abs. 1, 96 ZPO den Klägern aufzuerlegen.

#### 4.

Soweit die Kläger bezüglich des ursprünglichen Klageantrages zu 4) (Streichen der Wand im Wintergarten) die Feststellung begehren, dass sich der Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache erledigt habe, hat das Amtsgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen.

Zwar ist dem Amtsgericht noch insoweit zu folgen, als dass ausweislich der Entscheidungsgründe im Ergebnis aufgrund der Erfüllung des ursprünglichen Klagebegehrens durch die Beklagtenseite nach Rechtshängigkeit von einer Erledigung des ursprünglichen Klageantrages zu 4) auszugehen ist.

Soweit das Amtsgericht hingegen ausführt, dass das diesbezügliche Feststellungsbegehren der Kläger unbegründet sei, da diese die Beklagten vor Zustellung der Klageschrift nicht dazu aufgefordert hatten, diesbezüglich tätig zu werden, so dass bei Rechtshängigkeit der Klage kein Anspruch auf Abhilfe bestanden habe, da ein Vermieter nur zur Abhilfe von Mängeln verpflichtet sei, die ihm auch angezeigt werden (§ 536c BGB), vermag die Kammer diese Sichtweise nicht zu teilen.

Vielmehr dürfte jedenfalls in der Zustellung der Klageschrift, mit welcher ausdrücklich das fachgerechte Streichen der im Wintergarten befindlichen Wand beantragt worden ist, eine hinreichende Mangelanzeige nebst Beseitigungsaufforderung im Sinne des § 536c BGB zu sehen sein, so dass – nachdem die Beklagten unstreitig zur Renovierung der aufgrund eines Feuchtigkeitsschadens, der entweder durch eine mangelhafte Isolierung oder eine defekte Regenrinne entstanden ist, renovierungsbedürftigen Wand im Wintergarten verpflichtet waren – die Klage bezüglich des ursprünglichen Klageantrags zu 4) bis zur Vornahme der begehrten Renovierung durch die Beklagten zulässig und begründet war und es zur

Vermeidung einer etwaigen Kostentragung den Beklagten oblegen hätte, den Klageantrag zu 4) im Sinne des § 93 ZPO „sofort“ anzuerkennen.

Da dies aber nicht erfolgt ist, sondern die Beklagten vielmehr auch insoweit Klageabweisung beantragt haben, waren die hierauf entfallenden Kosten des Rechtsstreits gem. § 92 Abs. 1 ZPO den Beklagten aufzuerlegen.

#### 5.

Soweit das Amtsgericht die von den Klägern begehrte Feststellung bezüglich des ursprünglichen Klageantrages zu 5) (Anbringung eines rutschfesten Bodenbelages im Hauseingangsbereich) abgewiesen hat, gehen die Kläger ausweislich der Berufungsbegründung selbst davon aus, dass die Entscheidung des Amtsgerichts insoweit zutreffend ist.

Entsprechend waren die auf dieses Begehren entfallenden Kosten des Rechtsstreits sowie auch die durch die diesbezüglich durchgeführte Beweisaufnahme durch Einholung des schriftlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen ~~verursachten~~ verursachten Kosten gemäß §§ 92 Abs. 1, 96 ZPO den Klägern aufzuerlegen.

#### 6.

Bezüglich des Begehrens der Kläger, festzustellen, dass sich der ursprüngliche Klageantrag zu 6) (Unterlassung, ohne rechtzeitige Ankündigung Reparaturarbeiten an der von den Klägern angemieteten Wohnung vorzunehmen) in der Hauptsache erledigt hat, hat das Amtsgericht die Klage zu Unrecht abgewiesen.

Soweit das Amtsgericht in diesem Zusammenhang zur Begründung ausgeführt hat, dass gemäß § 555 a Abs. 2 BGB Erhaltungsmaßnahmen dem Mieter grundsätzlich zwar rechtzeitig anzukündigen seien, etwas anderes aber dann gelte, wenn die Erhaltungsmaßnahmen nur mit einer unerheblichen Einwirkung auf die Mietsache verbunden oder aber ihre sofortige Durchführung zwingend erforderlich sei, was vorliegend der Fall sei, nachdem die Kläger selbst darauf verwiesen hätten, dass insoweit ein „Wassereinbruch infolge einer Undichtigkeit kurzfristig zu beseitigen“ gewesen sei, was den Ausnahmetatbestand des §§ 555 Abs. 2 Alt. 2 eröffne und die Anhörungspflicht entfallen lasse, vermag die Kammer diese Sichtweise nicht zu teilen.

Der vom Amtsgericht in Bezug genommene Ausnahmetatbestand des §§ 555 a Abs. 2 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass die sofortige Durchführung der Erhaltungsmaßnahme zwingend erforderlich sein muss, was nach allgemeiner Ansicht bei „Gefahr in Verzug“ der Fall ist, mithin dann, wenn die sofortige Durchführung der Erhaltungsmaßnahme unerlässlich ist, um den Eintritt erheblicher Schäden am Gebäude oder aber für Personen abzuwenden. Allein die Aufforderung eines Mieters, eine Erhaltungsmaßnahme durchzuführen und das darin enthaltene

Einverständnis mit der Durchführung der Erhaltungsmaßnahme – wie vorliegend – genügen hingegen nicht, um die Ankündigungspflicht nach § 555 a Abs. 2 BGB entfallen zu lassen.

Eine diesen Anforderungen genügende Dringlichkeit der Beseitigung der am Wintergarten eingetretenen Undichtigkeit lassen sich weder den gemäß § 529 ZPO zu Grunde zu legenden, vom Amtsgericht festgestellten Tatsachen, noch den sonstigen Umständen des Falles entnehmen, was noch umso mehr gilt, als dass bei der Beurteilung der „Rechtzeitigkeit“ die jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, vorliegend mithin insbesondere auch, dass es sich bei den Parteien um Nachbarn handelt, den Beklagten eine Ankündigung der im Streit stehenden Arbeiten mithin auch kurzfristig – gegebenenfalls sogar unmittelbar vor Beginn der Arbeiten – möglich gewesen wäre.

Da auch der Ausnahmetatbestand des §§ 555a Abs. 2 Alt. 1 BGB offenkundig nicht erfüllt war, nachdem, worauf auch die Berufungsbegründung zutreffend hinweist, die Handwerker zur Durchführung der Arbeiten am Wintergarten Zugang zu dem seinerzeit von den Klägern angemieteten Garten benötigten, so dass sowohl mit Blick auf den gemäß §§ 858 ff. BGB gewährten Besitzschutz als auch mit Blick auf den verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Wohnung unzweifelhaft von einer „erheblichen“ Einwirkung im Sinne des §§ 555 Buchst. a Abs. 2 BGB auszugehen war, wäre eine Ankündigung der Arbeiten durch die Beklagten erforderlich gewesen, so dass der ursprüngliche Klageantrag zu 6 bis zum Eintritt der vom Amtsgericht zutreffend festgestellten Erledigung sowohl zulässig als auch begründet war.

## 7.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 3 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO.