



Deutsche Juristische Gesellschaft
für Tierschutzrecht e.V.

Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e.V.
Reinhardtstraße 3 • 10117 Berlin

Rechtliche Überlegungen zum Anspruch des Vermieters bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft im Falle einer vermieteten Eigentumswohnung gegen den Mieter auf Beseitigung eines Katzensetzes

Reinhardtstraße 3
10117 Berlin

Tel.: +49 (0)30-400 54 68 20

Fax: +49 (0)30-400 54 68 69

info@djgt.de

<http://www.djgt.de>

Katzen- oder Fangnetze bzw. Katzensgitter (nachfolgend: Katzensetz) werden zum Schutz der Katzen gegen einen Fenstersturz angebracht, aber auch um ein Entweichen auf die Straße oder in Nachbarwohnungen zu verhindern. Partiiell dient das Netz auch der Abwehr von Vögeln, insb. Tauben. Probleme treten auf, wenn der Vermieter das Katzensetz von vornherein nicht genehmigt oder ein ohne Zustimmung angebrachtes Netz auf seine Aufforderung hin entfernt werden soll. Probleme treten oft auch auf nach einem Eigentümerwechsel bzw. nach Sanierungen der Fassade, die dann „sauber und einheitlich“ bleiben soll.

Im Folgenden wird grundlegend untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vermieter gegen den Mieter einen Anspruch auf Entfernung eines am Balkon angebrachten Katzensetzes hat. Die Rechtslage wird danach unterschieden, ob zuvor eine Zustimmung vorgelegen hat oder nicht.

Ein besonderer zusätzlicher Aspekt ist bei der vermieteten Eigentumswohnung zu berücksichtigen. Hier kann die Konstellation entstehen, dass durch einen nachträglichen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft die Anbringung von Katzensetzen verboten wird. Es stellt sich die Frage, ob unabhängig vom dem Vermieter, der die Eigentumswohnung vermietet hat, die Wohnungseigentümergeinschaft bzw. einzelne weitere Wohnungseigentümer direkt gegen den Mieter aus dem Beschluss oder aus ihrem Eigentumsrecht vorgehen können und unter welchen Voraussetzungen.

Die meisten Mietverträge, insb. auch die gängigen Formularmietverträge regeln die Zulässigkeit von sog. baulichen Veränderungen. Das Katzensetz kann eine bauliche Veränderung sein und damit zustimmungspflichtig sein (Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. 2009 Rn VI 237; Eisenschmid in Schmidt-Futterer Mietrecht 10. Aufl. 2011 § 535 Rn 281 Fn 1038; Bärmann/Merle WEG 10. Aufl. 2010 § 22 Rn 237; Bielefeld DWW 2012, 56, 57; AG Köln, Beschl. v. 03.12.01 - 222 C 227.01 juris; AG München Urt. v. 26.06.12 - 411 C 6862.12 BeckRS 2013,05075 - beck-online; AG Neukölln Urt.v.12.04.12 - 10 C 456.11 in GE 2012, 691 f, Anm. Schach in GE 2012, 644; AG Oberhausen Urt. v. 10.05.11 - 34 C 130.10 juris; AG Schorndorf Urt. v. 05.07.2012 - 6 C 1166.11 in WuM 2012, 494; AG Wiesbaden Urt.v.17.12.99 - 93 C 3460.99 - 25 NZM 2000,711; Bay OLG Beschl. v. 03.04.03 - ZZ BR 38.03 juris; OLG Zweibrücken Beschl. v. 09.03.1998 - 3 W 44.98 juris).

Der Verein ist durch vorläufige Bescheinigung des Finanzamtes Münster-Innenstadt (St-Nr.: 337/5975/0365) vom 25.11.2011 als gemeinnützig anerkannt.

Spenden und Beiträge sind steuerlich abzugsfähig.

Sparkasse Münsterland Ost
Bankleitzahl 400 501 50
Konto 0000 496 448

IBAN: DE84
4005 0150 0000 4964 48

Seite 1 von 18 BIC: WELADED1MST



I. Ansprüche des Vermieters

1. Anspruch aus § 541 BGB i.V.m. dem Mietvertrag

Der Anspruch auf Entfernung eines Katzennetzes setzt nach § 541 BGB folgendes voraus:

- ein vertragswidriges Verhalten des Mieters
- eine Abmahnung mit angemessener Frist zur Beseitigung
- Aufrechterhaltung des vertragswidrigen Zustandes.

1. 1. Rechtslage bei vorhandener Zustimmung zur Anbringung des Katzennetzes

1. 1. 1. Vertragswidriges Verhalten

Ein vertragswidriges Verhalten entfällt, wenn das Katzennetz zwar zustimmungspflichtig ist nach dem Mietvertrag, aber mit Zustimmung des Vermieters angebracht wurde. Gängige Formularmietverträge enthalten regelmäßig einen solchen Zustimmungsvorbehalt.

Die Zustimmung zur Anbringung des Katzennetzes kann schriftlich oder auch mündlich erteilt werden. Aus Beweisgründen ist die Schriftform vorzuziehen. Bestreitet der Vermieter die Zustimmung, so muss diese durch Zeugenaussagen belegt werden.

Daneben kommt die Ersetzung der Zustimmung durch Duldung der Anbringung des Katzennetzes in Betracht (vgl. Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miete und Mietprozess, 6. Aufl. 2011 § 541 Rn 2.1; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. 2008 § 535 Rn 474; Hinz/Junker/v. Rechenberg/Sternel Formularbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht 2. Aufl. 2012 I.2.5.2.1.; Harsch in Schmid/Harz Fachanwaltskommentar Mietrecht 3. Aufl. 2012 § 535 Rn 108). Voraussetzung für eine schlüssig erteilte Zustimmung ist stets, dass der Erklärende (Vermieter) bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen konnte, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst werden durfte und der andere Teil (Mieter) es auch tatsächlich so verstanden hat (LG Braunschweig Urt. v. 20.05.05 - 5 O 3147.04 mwN).

Eine solche schlüssige Zustimmung setzt allerdings voraus, dass eine zur Vertragsänderung berechnete Person das Katzennetz tatsächlich, ggfs. mehrfach über einen längeren Zeitraum wahrgenommen und dennoch keine Einwände erhoben hat. Zur Vertragsänderung berechnete sind beispielsweise höhergestellte Mitarbeiter der Hausverwaltung, nicht aber der Hausmeister (Kinne aaO § 541 Rn 2 mwN). Hier können Beweisschwierigkeiten auftauchen. Genaue Angaben und Zeugen sind erforderlich.

1.1.2. Vertragswidriges Verhalten infolge rechtmäßigem Widerruf?

Das Verhalten des Mieters könnte dennoch vertragswidrig sein, wenn der Vermieter die Zustimmung berechtigtermaßen widerrufen kann.

Einmal erteilte Erlaubnisse können regelmäßig nur bei Vorliegen wichtiger sachlicher Gründe widerrufen werden (Blank/Börstinghaus aaO § 535 Rn 476, 438; Kraemer in Bub/Treier HB der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. 1999 III.A. 1037, 1041; Erman/Jendrek BGB 13. Aufl. 2011 § 535 Rn 31; Junker/Hinz aaO I.2.5.2.2.; Harsch in Schmid/Harz aaO § 535 Rn 122).

Fraglich ist, ob im Falle einer vermieteten Eigentumswohnung der Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft über die Entfernung von Katzennetzen einen solchen sachlichen Grund darstellen kann.

Dies ist allerdings grundsätzlich abzulehnen, da der Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft nur das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betrifft (vgl. Hannemann NZM 2004, 531, 532 f.; Dötsch in Timme aaO § 14 Rn 93-97; AG Schorndorf Ur. v. 05.07.2012-6 C 1166.11 in WuM 2012,494).

Bei erteilter und nicht widerrufenen Erlaubnis besteht kein Anspruch des Vermieters auf Entfernung des Katzennetzes.

1.1.3. Vertragswidriges Verhalten infolge einer sog. dynamischen Verweisung im Mietvertrag?

Eine andere Bewertung käme unter Umständen in Betracht, wenn der Mietvertrag eine sog. **dynamische Klausel** enthält, mit der auf die jeweilig geltende Hausordnung oder auch direkt auf künftige Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft verwiesen wird. Wäre eine solche dynamische Verweisung wirksam, so ändert sie den Mietvertrag. Der Mieter könnte sich gegenüber dem vermietenden Eigentümer nicht mehr auf seinen Mietvertrag berufen.

Die Wirksamkeit sog. dynamischer Klauseln, mit der Inkongruenzen zwischen der mietvertraglichen und der wohnungseigentumsrechtlichen Rechtslage vermieden werden sollen, ist umstritten.

Einigkeit besteht, dass derartige Klauseln individualvertraglich vereinbart werden können (Elzer/Riecke in Schmid/Harz Fachanwaltskommentar Mietrecht 3. Aufl. 2012 Anhang I Rn 14; Riecke in Riecke/Schmid Fachanwaltskommentar WEG 3. Aufl. 2010 Anh. zu § 13 WEG Rn 54 mwN). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Klausel zur Disposition gestellt werden muss (Riecke aaO) und hohe Anforderungen an das Aushandeln einer Individualabrede außerhalb eines Formalmietvertrages bestehen (OLG Düsseldorf, Ur. v. 16.10.2003-I-10 U 46.03 in WuM 2003, 621 ff, 623 mit Hinweis auf BGH, Ur. v.

23.01.03, VII ZR 210/01; Urt. v. 16.7.1998, BauR 1998,1094, 1095; Urt.v.26.9.1996, BauR 1997, 123, 124; BGH, Urt.v.21.07.2011-IV ZR 180.10 nach www.bgh.de unter Hinweis auf BGH, Urt.v.03. 04.1998 - V ZR 6/97, NJW 1998, 2600; BGH, Urt. v. 16.07.1998-VII ZR 9.97 in NJW 1998, 3488 f., 3489 mwN; Bub in Bub/Treier, Kap II Rn 374 mwN; Lammel AnwK Wohnraummietrecht § 535 Rn 21; ausführlich zum Aushandeln: P.Ulmer/M. Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2011, § 305 Rn. 40 ff.).

Die dynamische Verweisung in einem Formularymietvertrag unterliegt der Klauselkontrolle nach §§ 305 ff. BGB.

Im Ergebnis besteht Einigkeit, dass eine Klausel, die nicht ausdrücklich klarstellt, ob eine Bindung sich auf bestehende Beschlüsse u.ä. beschränkt (statische Klausel) oder auch künftige Änderungen einbeziehen soll, als unklare Klausel nach § 305 c II BGB unwirksam ist (Riecke aaO Anh zu § 13 WEG Rn 50; Armbrüster ZWE 2004, 217, 224). Beschränkt sich die Klausel auf bestehende Beschlüsse, so ist im Übrigen auch darauf zu achten, dass der Mieter von den bestehenden Beschlüssen u.ä. mit Vertragsabschluss Kenntnis erlangt (Riecke aaO Anh § 16 Rn 58).

Grundsätzlich strittig ist weiter, ob eine dynamische Verweisung als überraschende Klausel nach § 305 c I BGB einzustufen ist und damit nicht wirksamer Vertragsinhalt wird.

Eine Klausel ist überraschend im Sinne von § 305 c I BGB, wenn der Mieter mit ihr nicht zu rechnen brauchte (Riecke aaO An § 13 Rn 52 mwN.). Ob dies bei der Verweisung auf Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft, die Gemeinschaftsordnung oder auch einen sich ändernde Hausordnung im Falle der Vermietung einer Eigentumswohnung zutrifft, ist strittig. Armbrüster (Armbrüster ZWE 2004, 217, 224 mwN; Armbrüster in FS f. Blank, 2006 S. 577, 584 ff...) hält einen Überrumpelungseffekt nicht für gegeben. Der Mieter müsse damit rechnen. Elzer/Riecke (Elzer/Riecke aaO Anhang I Rn 16 mwN) machen einen Überraschungseffekt dagegen davon abhängig, ob der Mieter weiß, worum es sich bei der Mietsache handelt. Der Mieter eines Reihenhauses beispielsweise müsse mit dem Wunsch des Vermieters rechnen, die Rechtsgebiete zu harmonisieren (Elzer/Riecke aaO).

Nüßlein (Nüßlein PIG Bd. 76 (2006), S. 147 ff.) macht die Unwirksamkeit davon abhängig, ob der Mieter die Tragweite der mietvertraglichen Regelung übersehen konnte. Riecke hält den Einwand, der Mieter wüsste aufgrund der Qualifizierung der Mietsache als vermietetes Eigentum im Zusammenhang mit der Kommentierung zu § 16 WEG (Riecke aaO § 16 WEG Rn 59 f. mwN; vgl. auch LG Hamburg Urt.v.26.06.08 – 307 S 34.08 in ZMR 2009, 288, mit Anm. Riecke S. 290 f) für nicht beachtlich. Schon die

Frage, ob die besondere Pflichtenbindung des Vermieters im Gemeinschaftsgefüge der WEG sich auch einem rechtsunkundigen Mieter erschließt, sei offen (Riecke aaO Rn 60). Dem ist zuzustimmen.

Für die Berücksichtigung dieses Einwands spricht auch, dass AGB ausgehend von den Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen sind, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden (BGH, Urt.v.17.02.11-III ZR 35.10 nach www.bgh.de; P.Ulmer/M.Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 2011, § 305 c Rn 73 mwN; MüKoBGB/Busche 6. Aufl. 2012 § 133 Rn 24 mwN).

Auch Horst (Horst DWW 2011, 2) stuft die Klausel als überraschend ein, wenn die in Bezug genommenen Regelungen dem Mieter nicht konkret bekannt gegeben werden.

Inhaltlich ist eine dynamische Klausel daneben an den Vorgaben von § 308 Nr. 4 BGB zu messen (AG Schorndorf Urt. v. 05.07.2012-6 C 1166.11 in WuM 2012,494, Klausel unwirksam). Nach § 308 Nr. 4 BGB ist die Klausel unwirksam, wenn der Vorbehalt für den Mieter unzumutbar ist (Riecke aaO Anhang zu § 16 Rn 62; Elzer/Riecke aaO Anhang I Rn 17 f.; Armbrüster aaO mwN). Die Literatur unterscheidet zwischen Änderungen im Rahmen des ordnungsgemäßen Gebrauchs, die allgemeine Verhaltenspflichten konkretisieren, wie z.B. Ruhezeiten, Benutzungszeiten eines Müllschluckers oder die Haustürschließung (Elzer/Riecke aaO Rn 18; Armbrüster ZWE 2004, S. 225) und neuen belastenden Verpflichtungen bzw. einem Eingriff in bestehende Rechtspositionen des Mieters (Armbrüster aaO, Armbrüster in FS f. Blank aaO S. 584 ff.; Elzer/Riecke aaO).

Armbrüster hält die Klausel selbst bei Eingriffen in bestehende Rechtspositionen für nicht unzumutbar, wenn der Vertrag ausdrücklich klarstellt, dass der vereinbarte Gebrauch durch Mehrheitsbeschlüsse der Wohnungseigentümer im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung eingeschränkt werden kann. Der Mieter müsse die gleichen Beschränkungen genauso hinnehmen wie der vermietende Eigentümer. Auch sei eine solche Klausel nicht intransparent.

Eine andere Auffassung hingegen (Blank PIG 15 (1984), 33, 38; Blank FS f. Seuß, 1987, S. 53, 62 ff.; Blank abw. ohne Angabe von Gründen mit Beschränkung auf die Unwirksamkeit bei zusätzlichen Pflichten; Blank/Börstinghaus 3. Aufl. 2008 § 541 BGB Rn 22; Nüßlein aaO S. 149 ff.; H. Müller ZMR 2001, 506, 508) hält die dynamische Verweisung für unwirksam, soweit sie auch neue Belastungen oder Eingriffe in bestehende Rechte zulässt.

Blank (Blank PIG 15, 33, 38; Blank, FS. f. Seuß S. 53, 63 f.) weist darauf hin, dass sich die Frage der Zumutbarkeit nicht generell beantworten lässt. Die Frage des Interesses und der Zumutbarkeit wird sich je nach der Art der Einzelvereinbarung zur Tierhaltung, Musikausübung, Stellplatzregelung etc. unterschiedlich beantworten. Eine spätere Regelung zur Stellplatzordnung mit der Einschränkung auf Besucher ist derjenige Mieter beschwert, der die Wohnung gerade wegen des Stellplatzes angemietet hat und daher sei ein hierauf bezogener Änderungsvorbehalt wegen der Störung des Äquivalenzverhältnisses unwirksam (Blank FS. f. Seuß S. 53, 64). Das Interesse des vermietenden Eigentümers wird sich in der Regel darauf beschränken, keinen Gewährleistungsansprüchen durch seinen Mieter ausgesetzt zu werden bzw. Schäden an der Mietsache, die bei Veränderung der Lebensbedingungen der Katze infolge Verhaltensstörungen entstehen können, ersetzt zu bekommen. Der Mieter hingegen hat ein Interesse an der weiteren ungestörten Ausübung des vertragsgemäßen Gebrauchs unter Aufrechterhaltung des Äquivalenzverhältnisses und natürlich auch an einer artgerechten, ungestörten und von Verhaltensstörungen unbelasteten Katzenhaltung. Ein Mieter, der seinen Balkon nicht mehr nutzen kann, weil die Katze bei Öffnung der Tür sofort entweicht oder laut maunzend vor der Tür sitzt, Mobiliar und die Mietsache zerstört, hat völlig andere Interessen und damit ist auch die Zumutbarkeit einer Maßnahme unterschiedlich zu beurteilen.

Ein pauschaler Verweis darauf, dass der Mieter hinzunehmen habe, was auch der vermietende Eigentümer hinnehmen muss, ist daher nicht überzeugend. Im Gegenteil, bei einer sehr günstigen Miete, kann sich eine Kündigung des Mieters nach Einschränkung der Tierhaltung bzw. der Nebenerscheinungen wie der Nutzung eines Katzennetzes bei einem geringen Kündigungsfolgeschaden unter Umständen sogar für den vermietenden Eigentümer rechnen,

Nach Nüßlein (Nüßlein aaO S. 149 ff mit Hinweis auf Becker in Bamberger/Roth § 308 Nr. 4 Rn 14; Erman/Roloff § 308 Rn 33, MüKo/Basedow § 308 Nr. 4 Rn 7)) wird die bei § 308 Nr. 4 BGB bestehende Vermutung der Unwirksamkeit nur entkräftet, wenn der Änderungsvorbehalt transparent ist, der Vertragspartner kein schutzwürdiges Interesse gerade an der Erbringung der vereinbarten Leistung hat, dem Verwender zur Rechtfertigung der Leistungsänderung ein schwerwiegender Grund zur Seite steht und die Änderung zudem dem Äquivalenzprinzip entspricht .

Die Klausel müsste nach Nüßlein zur Wirksamkeit zusätzlich einen konkreten Hinweis enthalten, was sich für den Mieter ändern kann (Nüßlein aaO S. 152). Eine allgemeine Verweisung auf den ordnungsgemäßen Gebrauch wie nach Armbrüster (Armbrüster ZWE 2004, 217, 225 f.; Armbrüster FS f. Blank S. 575, 585 f) reicht nicht. Hierin läge zugleich ein Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 I 2 BGB (Nüßlein aaO S. 152).

Fuchs (Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. 2011 § 307 Rn 340) weist im Zusammenhang mit den Transparenzgebot ergänzend zu Recht auf folgendes hin: „ Als Verstoß gegen das Transparenzgebot erachtet es die Rechtsprechung insbesondere, wenn sich der Verwender ungerechtfertigt weite Gestaltungsmöglichkeiten einräumen lässt, mit denen er nach Vertragsschluss auf die konkrete Ausgestaltung des Rechte- und Pflichtenprogramms einwirken und insbesondere das Äquivalenzverhältnis nachträglich zu seinen Gunsten verändern kann. Uneingeschränkte Änderungsvorbehalte oder Anpassungsklauseln verstoßen nach der Rechtsprechung des BGH gegen das Transparenzgebot, wenn der Kunde nicht vorhersehen kann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ihn z.B. höhere oder weitere Kosten oder Gebühren treffen (Anm.: BGH NJW 2000, 651, 652 NJW-RR 2005, 1496, 1501).“

Formularmäßige Leistungsbestimmungsrechte sind danach nur akzeptabel, wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen und die Folgen ihrer Ausübung so bestimmt und genau beschrieben werden, dass der Vertragspartner erkennen kann, in welcher Weise und in welchem Ausmaß der Verwender von seinem Bestimmungsrecht Gebrauch machen wird (Fuchs aaO, im Ergebnis für eine Pauschaleinwilligung auch Riecke aaO Rn 61).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze dürfte eine wirksame dynamische Verweisung nur schwerlich rechtswirksam abzufassen sein.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob unter welchen Voraussetzungen den anderen Wohnungseigentümern aufgrund des Beschlusses direkte Ansprüche gegen den Mieter zustehen, der die Mietsache mietvertraglich rechtmäßig, aber aus wohnungseigentumsrechtlicher Sicht unrechtmäßig nutzt und der Mieter im Gegenzug nur auf Gewährleistungsansprüche gegen den eigenen Vermieter verwiesen werden kann (str., vgl. dazu näheres unter II.).

1.2. Rechtslage, wenn das Katzennetz ohne (nachweisbare) Zustimmung angebracht wurde

Der Vermieter könnte gegen den Mieter einen Anspruch auf Entfernung des Katzennetzes nach § 541 BGB in Verbindung mit dem Mietvertrag haben, wenn das Katzennetz eine nachteilige nicht hinzunehmende bauliche Veränderung darstellt. Dem gegenüber entfällt ein solcher Anspruch, wenn der Mieter mangels Qualifizierung des Katzennetzes als nachteilige bauliche Veränderung einen Anspruch auf Zustimmung zur Anbringung des Katzennetzes hat.

Die Anbringung eines Katzennetzes kann eine nachteilige bauliche Veränderung darstellen, die ohne Zustimmung vertragswidrig wäre (Emmerich/Sonnenschein Miete 10. Aufl. 2011 § 535 Rn 21, 22; MüKoBGB/Bieber 6. Aufl. 2012 § 541 Rn 8; Eisenschmid

in Schmidt-Futterer aaO § 535 Rn 265). Der Begriff der nachteiligen baulichen Veränderung ist in § 22 WEG definiert. Ob ein Katzennetz eine solche bauliche Veränderung ist, hängt vom Einfall ab.

Bauliche Veränderungen sind auf Dauer angelegte gegenständliche Eingriffe in die Substanz des gemeinschaftlichen Eigentums, die einen neuen Zustand schaffen, d.h. über die Pflege und Erhaltung hinausgehen **sowie** alle Veränderungen, die auf die äußere Gestaltung des Gemeinschaftseigentums nachhaltig einwirken (Bärmann/Merle aaO § 22 Rn 7-10; Hogenschurz in Jennißen WEG 3. Aufl. 2012 § 22 Rn 3; Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten WEG 10. Aufl. 2013 § 22 Rn 11; Timme/Elzer Wohnungseigentumsgesetz 2010 § 22 Rn 7-22, 115, 121 ff.; AG Oberhausen aaO Rn 20-31; Bay OLG Beschl. v. 23.07.1992 - 2Z BR 22.92 juris Rn 10 f.).

Die Fassade eines Gebäudes und die äußeren Bestandteile des Balkons inklusive der Balkonbrüstung gehören zum Gemeinschaftseigentum, §§ 1 V, 5 II WEG (Bärmann/Armbrüster aaO § 5 Rn 56; Vandenhouten aaO § 5 Rn 27).

Auf Dauer angelegt ist jede nicht nur provisorische Veränderung von kurzer oder vorübergehender Natur (Hogenschurz aaO § 22 Rn 3; Elzer aaO § 22 Rn 19; AG Neukölln aaO). Da ein Katzennetz regelmäßig mehrere Jahre angebracht bleiben soll, liegt eine auf Dauer angelegte Veränderung vor.

Bei einer Veränderung der äußeren Gestaltung des Gemeinschaftseigentums ist ein Substanzeingriff wohl nicht erforderlich (Hogenschurz aaO § 22 Rn 3a mwN; AG Oberhausen aaO Rn 22 f mwN; Bay OLG, Beschl.v.03.04.03 - 2Z BR 38.03 juris Rn 16, 17).

Man sollte bedenken, dass bei einem Substanzeingriff infolge Dübelns in der Balkonbrüstung ein zusätzlicher Grund für die Annahme einer baulichen Veränderung vorliegen kann (z.B. durch befürchteten Wassereintritt in die Fassade, vgl. zu Spechtlöchern: Lehmann-Waldau, Martin GE 2011, 324 f).

Eine nachteilige bauliche Veränderung i.S.v. § 22 WEG setzt nach ganz herrschender Meinung eine nicht ganz unerhebliche, konkrete und objektive Beeinträchtigung voraus (Elzer aaO § 22 Rn 115; Vandenhouten aaO § 22 Rn 92; BGH Ur. v. 21.10.2011- V ZR 265/10 unter Hinweis auf Beschluss vom 19. Dezember 1991 - V ZB 27/90, BGHZ 116, 392, 396; Urteil vom 8. April 2011 - V ZR 210/10, NJW-RR 2011, 949).

Streitig ist, ob jede optische Veränderung der äußeren Gestaltung des Gemeinschaftseigentums nachteilig ist oder ob die optische Veränderung eine nicht ganz unerhebliche erstmalige oder verstärkende Verschlechterung des optischen Gesamtbildes erfordert (für die erste Auffassung: Elzer aaO § 22 Rn 121 f mwN; für die zweite Auffassung: Merle aaO § 22 Rn 185 f; Vandenhouten § 22 Rn 99 f.). Elzer argumentiert, dass jede Veränderung das architektonische Aussehen, das ästhetische Bild und der Stil des Anwesens verändert werde. Der Wohnungseigentümer sei auch dann schutzwürdig, wenn andere die Veränderung als nicht nachteilig empfinden oder gar als Verbesserung. Die Gegenmeinung weist hingegen auf den eindeutigen

entgegenstehenden Wortlaut des § 22 I WEG hin, der auf eine Rechtsbeeinträchtigung abstellt (so auch Bay OLG Beschl. v. 23.07.1992 - 2Z BR 22.92 juris Rn 16 unter Hinweis auf BGH Urt. v. 19.12.1991 - V ZB 27.90 NJW 1992, 978, 979).

Nach diesen Grundsätzen kommt es letztlich auf das optische Aussehen des Katzensetzes und die Unauffälligkeit an.

Vermeehrt haben die Gerichte im Bereich des Mietrechts wie im Bereich des WEG das Katzensetz als nachteilige bauliche Veränderung bewertet, die ohne Zustimmung zu entfernen ist.

Hierbei handelte es sich aber zumindest in der jüngeren Rechtsprechung um auffällige Konstruktionen.

Das AG Neukölln (AG Neukölln aaO) befasste sich mit einer Holzkonstruktion, an die das Katzensetz befestigt wurde. Nähere Angaben zur Ausgestaltung fehlen leider. Es drängt sich aber auf, dass eine extra angefertigte Holzkonstruktion unterschiedlich bewertet werden kann je nach fachgerechter Erstellung, Dicke des Holzes, farblicher Anpassung an die Fassade u.ä..

Das AG Oberhausen (AG Oberhausen aaO Rn 29, 30) entschied über eine 12 m langen und 1,10 m hohe Konstruktion, die nicht nur durch die Größe auffiel, sondern auch durch blaue Querverstrebungen über die gesamte Länge, die sich von der rotbraun-grauen Fassade besonders deutlich abhefte.

Dem gegenüber lehnte das AG Köln den Anspruch des Vermieters gegen den Mieter aus § 541 BGB ab, da der Mieter einen Anspruch auf Anbringung des Katzensetzes habe. Das Fangnetz falle angesichts der auch sonst unterschiedlichen optischen Gestaltung der Balkone nicht ins Auge. Zudem sei das Katzensetz auf den Innenhof gerichtet.

Noch deutlicher wird anhand der Entscheidung des AG München, wie sehr es auf den optischen Eindruck und den dem Gericht vermittelten optischen Eindruck ankommt. Das Gericht hatte dem Begehren des Vermieters auf Entfernung des Katzensetzes recht gegeben, denn das Katzensetz sei zwar auf den von der Beklagten vorgelegten Bildern nicht sichtbar, allerdings seien diese Bilder bei bedecktem Himmel und nur aus einem Blickwinkel aufgenommen worden (AG München aaO S. 6 unten). Auf den Fotos der Kläger aus einem kürzeren Blickwinkel und bei Sonnenlicht aufgenommen sei das Netz aber sichtbar (AG München aaO).

Anzumerken ist hier, dass Fotos allein unabhängig von Manipulationsmöglichkeiten beim Foto den Augenschein nicht ersetzen können, da sich das Auge und die Kamera in vieler Hinsicht unterscheiden (<http://www.lightgrabbers.com/online-fotokurs/unterschied.html>). Zudem ist die Erzeugung eines Bildes und die visuelle Wahrnehmung durch den Menschen grundverschieden (vgl. dazu http://www.teachsam.de/psy/psy_wahrn/psy_wahrn_4_2_3_4.htm).

Die Rechtsprechung ist bei der Beurteilung, ob eine nachteilige bauliche Veränderung vorliegt uneinheitlich.

Folgende Kriterien können relevant sein:

- Katzenschutz ist mit bloßem Auge kaum erkennbar (AG Köln aaO)
- Katzenschutz ist bei bestimmten Lichtverhältnissen deutlich erkennbar (AG München)
- Balkon zum Innenhof (für Katzenschutz: AG Köln aaO; AG Schorndorf aaO trotz deutlicher Erkennbarkeit des Netzes; gegen Katzenschutz: AG München aaO; AG Oberhausen aaO)
- Katzenschutz von der Farbgebung her sehr auffällig (AG Oberhausen; OLG Zweibrücken aaO)
- bereits uneinheitliche Fassadengestaltung (für Katzenschutz: AG Köln aaO; AG Schorndorf aaO)

Auch in der Literatur wird vertreten, dass eine nicht ganz unerhebliche nachteilige Veränderung nur schwerlich begründbar ist, wenn infolge eines bereits uneinheitlichen Gesamteindrucks keine (Elzer aaO Rn 122 mwN) oder nur eine Verstärkung oder Intensivierung eintritt (Vandenhouten aaO § 22 Rn 97;).

Einige Gerichte haben insbesondere darauf abgestellt, dass die Zustimmung/Genehmigung zur Anbringung eines Katzenschutzes einen Präzedenzfall bilden könnte, der infolge Nachahmung zu einer Vergitterung der Balkonfassade führe (AG München aaO; AG Wiesbaden aaO).

Diese Argumentation ist abzulehnen, da die Entscheidung über die Zulässigkeit des Katzenschutzes gerade im Einzelfall davon abhängt, dass keine nachteilige bauliche Veränderung damit verbunden ist. Nur das Katzenschutz, das in der Wahrnehmung als unerhebliche Beeinträchtigung zurücktritt, ist zulässig. Ob im Einzelfall tatsächlich eine nachteilige Vergitterung droht, ist im Einzelfall zu prüfen und hängt von tatsächlichen Umständen ab. Insbesondere kann die Gefahr eines Nachahmungseffektes durch andere Mieter (oder Wohnungseigentümer) für sich allein die konkrete Feststellung nicht ersetzen, ob bereits das Katzenschutz zu einer nicht ganz unerheblichen baulichen Veränderung führt (MüKoBGB/Engelhardt 5. Aufl. 2009 § 22 WEG Rn 10).

Ob durch das Katzenschutz eine nachteilige optische Veränderung eintritt, unterliegt der Würdigung des Tatrichters und ist nicht auf sachliche Richtigkeit, sondern nur auf Rechtsfehler hin überprüfbar (Bay OLG Beschl. v. 03.04.03 - ZZ BR 38.03 juris Rn 18).

Die Entfernung des Katzenschutzes kann, sofern keine Zustimmung vorliegt, gefordert werden, wenn das Katzenschutz eine nachteilige bauliche Veränderung darstellt und infolgedessen kein Anspruch auf Zustimmung besteht.

2. Anspruch des Vermieters aus § 1004 BGB

Der Anspruch des Vermieters gegen den Mieter aus § 1004 BGB scheidet aus aufgrund Vorrangs des vertragsrechtlichen Anspruchs (so für die Wohnraummiete: BGH Beschl. v. 17.04.07 - VIII ZB 93.06 www.bgh.de; i.e. str. vgl. Blank in Schmidt-Futterer aaO § 541 Rn 2; Kinne aaO § 541 Rn 1).

3. Fazit

Ein Anspruch auf Beseitigung des Vermieters entfällt bei vorheriger Zustimmung unabhängig vom Erscheinungsbild des Katzennetzes. Fehlt es an einer Zustimmung, so kommt es darauf an, ob das Katzennetz als nachteilige bauliche Veränderung einzustufen ist.

II. Anspruch der weiteren Wohnungseigentümer bei vermieteter Eigentumswohnung gegen den Mieter direkt nach § 1004 BGB

Wohnungseigentumsrechtlich können Beschlüsse gefasst werden, die die Zustimmung zur Anbringung von Katzennetzen verhindern bzw. deren Entfernung vorsehen. Besondere Probleme bereiten diese, wenn sie gefasst werden, nachdem ein Wohnungseigentümer mit einem Mieter einen Mietvertrag geschlossen und ihm die Anbringung eines Katzennetzes gestattet hat. In dem Fall ist der vermietende Eigentümer mietvertraglich gebunden und hat daher keine rechtlichen Möglichkeiten, dem Mieter das Katzennetz zu verbieten (siehe A. I.; vgl. auch Hannemann NZM 2004, 531, 532 f.; Dötsch in Timme aaO § 14 Rn 93-97).

1. Durchgriffsanspruch gegen den Mieter bei Beschluss über Verbot von Katzennetzen

1.1. Genereller Durchgriff möglich?

Die Beurteilung der Frage, ob die (anderen) Wohnungseigentümer gegenüber Mieter direkt, ins. auch ohne eine sonstige Eigentumsbeeinträchtigung bzw. bei fehlender nachteiliger baulicher Veränderung, einen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch haben, ist strittig.

Bei Verstößen gegen Vereinbarungen und Beschlüssen mit einer Öffnungsklausel, d.h. die Möglichkeit der Abänderung einer Vereinbarung durch einen Beschluss, besteht überwiegend die Ansicht, dass die Wohnungseigentümer gegen den Mieter aus § 1004 BGB auch ohne Beeinträchtigung vorgehen können (Kümmel in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten aaO § 14 Rn 33 ff mwN; Hannemann NZM 2004, 531, 533 mit Hinweis auf im Grundbuch eingetragene Beschränkungen; Armbrüster/Müller ZMR 2007, 321 ff, 326 f zum Beschluss; Briesemeister, ZWE 2010, 24 f.; Kümmel ZWE 2008, 273 ff; AG Bremen Ur. v. 18.11.03 - 8 C 0228.03, 8 C 228.03 juris für Beschluss Kampfhundhaltung; LG Nürnberg-Fürth Ur. v. 31.07.09 - 19 S 2183.09 in ZMR 2010, 70 ff; für Beschluss zur Hundehaltung; weitergehend auch für den Fall einfacher Beschlüsse: Dötsch/Timme aaO § 14 Rn 110 ff, 112 mwN, 114; Schmidt J.-H. ZMR 2009, 325, 327).

Die überwiegende neuere Auffassung spricht sich wohl gegen einen direkten Anspruch der Wohnungseigentümer gegen den Mieter aus, wenn nur ein Beschluss vorliegt. Die Frage soll hier nicht vertieft werden, da sie in der Form für das Katzennetz keine Rolle spielt.

Briesemeister (Briesemeister aaO S. 24) weist darauf hin, dass Durchgriffsansprüche der Wohnungseigentümer für den Fall unzulässiger baulicher Veränderungen am Gemeinschaftseigentum durch die Entscheidung des BGH (BGH Urt. v. 01.12.06 - V ZR 112.06 juris) geklärt sind. Der BGH hat den Durchgriff wegen einer vom vermietenden Eigentümer ohne Zustimmung der weiteren Wohnungseigentümer veranlassten Balkonverglasung gegen den Mieter bestätigt.

Armbrüster (Armbrüster/Müller ZMR 2007, 321, 322 ff) unterstreicht aber, dass die Entscheidung des BGH von zwei Wertungen getragen wird: „Einem schuldrechtlichen Vertrag kann nicht die Kraft zukommen, dingliche Rechte Dritter einzuschränken. Darüber hinaus kann der Mieter über keine weitergehenden Rechte als der vermietende Wohnungseigentümer verfügen, wenn Dritte in Bezug auf die Mietsache dingliche Rechte geltend machen. Auch eine wertende Beurteilung kann nicht so weit reichen, dass auf die Prüfung verzichtet werden könnte, ob überhaupt eine tatbestandliche Verletzung des (Gemeinschafts-)Eigentums vorliegt. Deshalb prüft der BGH inzident, ob dem klagenden Wohnungseigentümer gegen den Vermieter ein Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB zur Seite steht.“ (Armbrüster/Müller aaO S. 322; i.E. wohl auch Hannemann aaO S. 533 mwN).

1.2. Anspruch der Wohnungseigentümer gegen den vermietenden Eigentümer

Danach hängt der direkte Anspruch gegen den Mieter, der bei gemeinschaftswidriger Anbringung eines Katzennetzes als Zustandsstörer einzustufen ist, davon ab, ob ein solcher Anspruch gegen den vermietenden Eigentümer besteht, keine Duldungspflicht besteht bzw. mangels zulässiger Einwendungen auch durchsetzbar wäre.

Die weiteren Wohnungseigentümer könnten gegen den vermietenden Eigentümer aufgrund eines Beschlusses über ein generelles Verbot von Katzennetzen einen Anspruch auf Beseitigung des Katzennetzes haben.

Hier ist die Rechtslage im ersten Schritt danach zu unterscheiden, ob ein solcher Beschluss nichtig oder anfechtbar und infolge Anfechtung für unwirksam erklärt werden könnte oder ob ein bestandskräftiger Beschluss vorliegt. Nur ein wirksamer Beschluss begründet einen Anspruch gegen den vermietenden Eigentümer.

1.2.1. Keine Nichtigkeit des Beschlusses

Nichtigkeitsgründe sind der Verstoß gegen die guten Sitten, die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung formaler Gestaltungsmöglichkeiten, der Eingriff in den Kernbereich des Wohnungseigentums, der Verstoß gegen zwingende Vorschriften des WEG, BGB oder der HeizkostenV, Beschlüsse zu Lasten Dritter oder eine Beschlussunzuständigkeit (Hannemann/Weber Handbuch des Wohnungseigentumsrechts 2007 § 7 Rn 4).

Gegen eine Nichtigkeit des generellen Verbots der Anbringung von Katzennetzen spricht der Beschluss des BGH aus dem Jahre 1995 zum generellen Hundehaltungsverbot durch einen unangefochtenen Mehrheitsbeschluss (BGH Beschl. v. 04.05.1995 - V ZB 5.95 in NJW 1995, 2036 ff.). Der vermietende Wohnungseigentümer, dessen Mieterin einen Hund hielt, sei an den bestandskräftigen Beschluss gebunden, denn der Beschluss habe vereinbarungsersetzenden Charakter und binde, weil er weder sittenwidrig sei noch in den dinglichen Kernbereich des Wohnungseigentumsrechts eingreife (BGH aaO). Die Eigentümer hätten ein Interesse, Nutzungsbeschränkungen, die in der Überwachung auf große praktische Schwierigkeiten stoßen, generell zu regeln (BGH aaO S. 2037). Die abweichende rechtliche Situation im Falle eines Formularmietvertrages sei ohne Belang (BGH aaO S. 2037). Danach ist ein bestandskräftiger Beschluss (!) zum generellen Hundeverbot ist nicht nichtig. Dies wird man auch für das generelle Verbot von Katzennetzen als Folge der Tierhaltung annehmen können.

1.2.2. Der Beschluss kann nicht für unwirksam erklärt werden?

Nach § 22 I WEG müssen Entscheidungen über bauliche Veränderungen mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer, deren Rechte durch die Maßnahmen über das in § 14 Nr.1 WEG bestimmte Maß beeinträchtigt werden, erfolgen. Erfolgt keine Beeinträchtigung, so ist die Zustimmung nicht erforderlich.

Ob ein Beschluss über die Versagung der Zustimmung zur Anbringung eines Katzennetzes bzw. der Entfernung eines vorhandenen Katzennetzes im Wege der Anfechtung für unwirksam erklärt werden kann, hängt in erster Linie davon ab, ob eine hinzunehmende oder eine nicht hinzunehmende optische Beeinträchtigung vorliegt. Dies ist eine Tatfrage, die sich nach den unter I.1.2. dargestellten Kriterien beurteilt.

Fraglich ist allerdings, ob die generelle Versagung der Zustimmung zur Anbringung von Katzennetzen unabhängig von einer Prüfung der nachteiligen optischen Beeinträchtigung noch durch § 14 Nr. 1 WEG gedeckt wäre. Bei einer generellen Entscheidung geht es nicht darum, nachteilige bauliche Veränderungen zu unterbinden, sondern ergänzend darum, die Abwägung zu umgehen. Dies dient praktischen und nützlichen Aspekten, die nicht nur nachteilige bauliche Veränderungen vermeiden, sondern auch die Verwaltung praktikabel und reibungslos gestalten will.

Das OLG Stuttgart (OLG Stuttgart Beschluss vom 04.03.82 – 8 W 8.82 juris) hat sich mit einer ähnlich gelagerten Problematik, allerdings bezogen auf ein generelles Hundehaltungsverbot beschäftigt. Soweit erkennbar, handelt es sich hier um die einzige veröffentlichte Entscheidung die ein generelles Verbot bei einem nicht bestandskräftigen Beschluss behandelt.

Das OLG Stuttgart lehnte die generelle Einschränkung ab, da Nützlichkeitsabwägungen die erforderliche Güterabwägung bei der Bestimmung des ordnungsgemäßen Gebrauchs nicht verdrängen können.

Dem wird man auch für den Fall des generellen Verbots von Katzennetzen, bei denen auch nicht störende, nicht nachteilige bauliche Veränderungen erfasst werden, zustimmen können.

Bei dieser Auslegung käme man zu einer gleich gelagerten Sichtweise wie sie für das Mietrecht erst kürzlich entschieden wurde (BGH Urt. v. 26.02.13 - VIII ZR 168.12 www.bgh.de).

Der vermietende Eigentümer wäre bei dieser Sachlage gegenüber dem Mieter verpflichtet, den Beschluss anzufechten, wenn die mietvertragliche Regelung von der wohnungseigentumsrechtlichen abweicht bzw. keine nachteilige Beeinträchtigung vorliegt und der Mieter einen Anspruch hätte bzw. wenn eine generelle Versagung beschlossen wurde (Armbrüster FS f. Blank 2006, S. 577, 587; Wiek/Emmert in Hannemann/Wiek/Emmert Handbuch des Mietrechts 5. Aufl. 2013 § 33 Rn 79 mwN).

1. 2.3. Bestandskräftiger Beschluss

Anders könnte sich die Situation darstellen, wenn ein bestandskräftiger Beschluss über ein generelles Verbot der Anbringung von Katzennetzen vorliegt.

Hier ist danach zu unterscheiden, ob das Katzennetz eine nachteilige bauliche Veränderung ist, d.h. eine nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung der optischen Eindrucks des Gebäudes hinterlässt oder nicht.

Liegt keine nachteilige bauliche Veränderung vor, so ist ein Anspruch der Wohnungseigentümer gegen den vermietenden Eigentümer abzulehnen. Es entspricht nahezu einhelliger Auffassung, dass die übrigen Wohnungseigentümer einen Gebrauch des Wohnungseigentümers entgegen den wohnungseigentumsrechtlichen Gebrauchsschranken nicht untersagen können, soweit der Gebrauch bei typisierender Betrachtung keine stärkeren Störungen als der vorgesehene Gebrauch hervorruft (str. vgl. Armbrüster/Müller aaO S. 326 mwN).

In einem solchen Fall kann auch der Mieter nicht in Anspruch genommen werden.

Liegt allerdings eine nachteilige bauliche Veränderung vor, so können die übrigen Wohnungseigentümer den Gebrauch grundsätzlich untersagen.

In dem Fall kann auch der Mieter keine Rechte von seinem vermietenden Wohnungseigentümer arbeiten.

2. Duldungspflicht bzw. mangelnde Durchsetzbarkeit infolge Verjährung und Verwirkung

Fraglich ist, ob sich der vermietende Eigentümer gegenüber den weiteren Wohnungseigentümern im Falle einer langjährig geduldeten nachteiligen baulichen Veränderung auf die Verjährung des Anspruchs nach drei Jahren (Merle aaO § 22 Rn 316; Kümmel in Niederführ/Kümmel/Vandenhouten aaO § 15 Rn 47; AG Rosenheim Urt. v. 05.05.2010 – 8 C 1776.09 juris unter Hinweis auf BGH Urt. v. 04.03.2010 . V ZB 130.09) berufen kann. Bei abgeschlossenen Störungshandlungen, deren Folgen lediglich faktisch fortwirken, beginnt die Verjährungsfrist mit Beendigung der Störungshandlung (Kümmel aaO § 15 Rn 47; a.A Hogenschurz aaO § 22 Rn 55a). Der durch die Störung beeinträchtigte Wohnungseigentümer muss von den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt haben bzw. diese wäre ohne grobe Fahrlässigkeit möglich gewesen (Merle aaO § 22 Rn 316; Kümmel aaO § 15 Rn 47).

Probleme können sich ergeben, wenn die rechtswidrige bauliche Veränderung z.B. infolge einer Sanierung vorübergehend entfernt werden muss.

Die Verjährung hindert die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs, wirkt sich aber nicht auf die Rechtswidrigkeit aus. Ein Anspruch auf Wiederherstellung des rechtswidrigen Zustandes mit Blick auf die frühere rechtswidrige Situation erscheint zweifelhaft. Neuere veröffentlichte Rechtsprechung zu der Problematik nach Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB auf drei Jahre ist nicht erkennbar.

Fraglich ist aber weiterhin, ob der Anspruch der weiteren Eigentümer auf Beseitigung des Katzennetzes gegen den vermietenden Eigentümer gemäß § 242 BGB wegen Verwirkung ausgeschlossen sein könnte.

Der Einwand der Verwirkung kann auch einem Anspruch auf Beseitigung einer rechtswidrig ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer vorgenommenen baulichen Veränderung im Sinne des § 22 WEG, die von den übrigen Eigentümern gem. § 14 Nr. 1 WEG nicht zu dulden wäre, entgegengehalten werden (vgl. OLG Hamburg Beschl. v. 25.02.02 - 2 Wx 51.98 juris Rn 3 mit Hinweis auf BayObLG NJW-RR 88, 589; KG NJW-RR 89, 976; OLG Karlsruhe WuM 99,594, 595; HansOLG WE 2000, 248, 249).

Voraussetzung für die Verwirkung ist, dass der Beeinträchtigte sein Recht längere Zeit nicht geltend gemacht hat und weitere Umstände hinzutreten, die das Abwehrbegehren als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen (Kümmel in Niederführ/Kümmel/Vandenhouten aaO § 15 Rn 48; Merle aaO § 22 Rn 316). Derartige Umstände werden dann angenommen, wenn der Anspruchsgegner aufgrund des gesamten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen dürfte, dass dieser den Anspruch auch in Zukunft nicht geltend machen würde (OLG Hamburg Beschl. v. 25.02.02 - 2 Wx 51.98 aaO Rn 3; OLG Hamburg Beschl. v. 26.7.05 - 2 Wx 9.05 in ZMR 2005, 805; Merle aaO § 22 Rn 316).

Die Verwirkung tritt grundsätzlich auf Dauer ein (Kümmel aaO § 15 Rn 49). Ausnahmsweise kann die Rechtsfolge später entfallen, wenn sich die tatsächlichen Umstände in der Wohnungsanlage nachträglich ändern (Kümmel aaO § 15 Rn 49).

Das AG Hannover (AG Hannover, Ur t. v. 25.09.07 - 481 C 9432.07 in ZMR 2008, 494) hat einen Anspruch auf Wiederanbringung einer geduldeten Balkonverglasung nach einer Sanierungsmaßnahme bejaht, ohne dies zu problematisieren. Die Folgeinstanz, das LG Lüneburg (LG Lüneburg Ur t. v. 12.2.08 - 9 S 77.07 in ZMR 2008, 486) hat den Anspruch abgelehnt. Der Beschluss über die Verweigerung der Wiederanbringung der Balkonverglasung war rechtskräftig durch das AG Hannover für unwirksam erklärt worden. Das LG Lüneburg lehnte einen Anspruch auf Wiederanbringung dennoch ab. Zum einen argumentiert das Gericht damit, dass der Abbau eine Zäsur darstellt. Zum anderen könnten Vertrauensschutzgesichtspunkte nur aus einer Genehmigung, nicht aber aus einer Duldung erwachsen. Trotz 25jähriger Duldung fehle es am Umstandsargument, denn durch den Abbau läge eine Zäsur vor.

Das OLG Hamburg hingegen weist - ähnlich wie Kümmel - darauf, dass dieses Vertrauen nicht notwendig auf Dauer besteht und dem Beseitigungsanspruch entgegen gehalten werden kann. Derartige - auch ggfs. gerichtlich durchsetzbare - Beseitigungsansprüche der Wohnungseigentümer **kommen dann in Betracht**, wenn sie z.B. im Falle einer notwendig werdenden Sanierung der Dachterrassenfläche im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung erneut eine Dachsanierung unter Entfernung der nachteiligen baulichen Veränderung beschließen (OLG Hamburg Beschl. v. 25.02.02 – 2 Wx 51.98 aaO Rn 8). Damit macht das Gericht deutlich, dass eine Sanierung als Zäsur nicht allein ohne Berücksichtigung der Einzelfallumstände zum Wegfall der Verwirkung führt.

Hier wird es auf eine Vielzahl von Aspekten ankommen: Wie sind die getroffenen Beschlüsse im Hinblick auf Vertrauensschutzgesichtspunkte des vermietenden Eigentümers (insb. ausnahmsweise Bestandsschutz zur Vermeidung von nicht unerheblichen Gewährleistungsansprüchen des Mieters durch Beschneidung des vertragsgemäßen Gebrauchs bei einer nachteiligen, aber mietvertragsrechtlich zulässigen Maßnahme) auszulegen? Ist der mögliche Umfang von Gewährleistungsansprüchen (Mietminderung bei Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs, § 536 III i.V.m. § 536 I, II BGB; Kündigungsrecht nach § 536 III i.V.m. § 543 II Nr. 1 BGB und Schadensersatzansprüche nach § 536 III i.V.m. § 536 a I BGB) erkannt und berücksichtigt worden? Bestehen unter Umständen ausfüllungsbedürftige Lücken in den Beschlüssen, da die Wohnungseigentümer nichts alle Aspekte bedacht haben? Welche Gründe lagen der Sanierung zugrunde und liegt tatsächlich eine gegenüber dem früheren Zustand erheblich abweichende Sachlage vor usw.? Welche von der früheren Sachlage abweichenden berechtigten Interessen machen die weiteren Wohnungseigentümer gegenüber dem vermietenden Eigentümer geltend.

Es ist beispielsweise nur schwer nachvollziehbar, dass die Verwirkung entfallen soll, wenn eine Fassade anlässlich erheblicher Verschmutzung durch Graffiti im Bereich des

Erdgeschosses in einem ähnlichen Farbton neu gestrichen wird und daher das am Balkon der im dritten Stock gelegenen Wohnung befestigte Katzenschutznetz für drei Wochen abgenommen und anschließend in gleicher Form wieder angebracht wird.

Abhängig vom je nach Einzelfall bestehenden erheblichen Prozesskostenrisiko und im Interesse eines einvernehmlichen Verhältnisses innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft sollte die Möglichkeit eines Zweitbeschlusses, der im Kompromisswege alle Interessen berücksichtigt, nicht außer Betracht gelassen werden.

3. Fazit

Ein Anspruch der weiteren Wohnungseigentümer gegen den Mieter auf Beseitigung eines Katzenschutznetzes nach § 1004 BGB entfällt unabhängig vom Vertragsverhältnis zwischen dem Mieter und dem vermietenden Eigentümer und getroffenen Beschlüssen zwischen den Wohnungseigentümern dann, wenn das Katzenschutznetz als nicht nachteilige bauliche Veränderung von den weiteren Wohnungseigentümern gegenüber dem vermietenden Eigentümer hinzunehmen ist.

Besteht hingegen eine nachteilige bauliche Veränderung so kommt es darauf an, ob der vermietende Eigentümer sich gegenüber dem Anspruch der weiteren Wohnungseigentümer auf die Verjährung berufen kann bzw. der Anspruch wegen Verwirkung ausgeschlossen ist.

III. Das Katzenschutznetz am denkmalgeschützten Haus

In den einzelnen Bundesländern sind unterschiedliche Denkmalschutzgesetze zu beachten, z. B. das Gesetz zum Schutz von Denkmalen in Berlin (Liste: vgl. <http://www.denkmaliste.org/denkmalenschutzgesetze.html>) verabschiedet. Das Katzenschutznetz am denkmalgeschützten Haus soll am Beispiel Berlins erörtert werden.

Nach § 11 I Nr. 1 DSchG Bln ist eine Genehmigung erforderlich, wenn das Denkmal in seinem Erscheinungsbild verändert wird. Die Fassade ist das Gesicht des Denkmals und damit ein wichtiges Element (Haspel/Martin/Wenz/Drewes Denkmalschutzrecht in Berlin Stand Juli 2008 § 11 Rn 4.4, S. 240). Zu den Veränderungen des Erscheinungsbildes gehört die Umgestaltung der Fassade ebenso wie das Anbringen von Antennen oder aller Arten von Werbeanlagen oder Malereien (Haspel u.a. aaO § 11 Rn 3.3.1.4.). Die Veränderung durch ein Katzenschutznetz kann als gebundene Entscheidung dann zur Genehmigung führen, wenn dem Vorhaben keine Gründe des Denkmalschutzes entgegen stehen oder die Veränderung nach pflichtgemäßer Abwägung hingenommen werden kann (Haspel u.a. § 11 Rn 4.1.2.).

Nach der h. M. stehen Gründe des Denkmalschutzes einem Vorhaben dann entgegen, wenn das Denkmal durch eine Maßnahme eine mehr als geringfügige Beeinträchtigung erfährt (im einzelnen str. vgl. Haspel u.a. § 11 Rn 4.2.1 c mwN).



Deutsche Juristische Gesellschaft
für Tierschutzrecht e.V.

Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e.V.
Reinhardtstraße 3 • 10117 Berlin

Nicht bei der Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit zu berücksichtigen sind beispielsweise durch einen Vertrag mit Mietern begründete Verpflichtungen (Haspel u.a. § 11 Rn 4.3.2.4.).

Ob eine nachteilige, mehr als geringfügige Beeinträchtigung vorliegt, ist aus der Sicht eines fachkundigen Betrachters zu beurteilen (Eberl u.a. Entscheidungen zum Denkmalrecht Bd. 2 Mai 2012, Nr. 22: OVG NRW Ur. v. 03.09.96 - 10 A 1453.92; Nr. 23: OVG NRW Ur. v. 22.01.98 - 11 A 688.97). Es kommt also nicht allein auf die Kriterien zur baulichen Veränderung an. So hat das OVG NRW (Eberl aaO Nr. 22) sehr unaufdringliche weiße Korbmarkisen an einem Haus im spätklassizistischen Stil als nicht genehmigungsfähig eingestuft, während weiße Markisen an einem Fachwerkhaus aufgrund des optischen Gesamteindrucks und geringfügigen Sichtbehinderungen auf die vertikalen Gliederungselemente als genehmigungsfähig eingestuft (Eberl u.a. aaO Nr. 9: VG Niedersachsen Ur. v. 17.05.95 - 1 L 2303.94).

Bei der Abwägung sind neben der Beeinträchtigung auch die Bedeutung des Denkmals (Eberl u.a. aaO Nr. 9), der Zustand des Denkmals (Eberl u.a. aaO Nr. 2: VG Weimar Ur. v. 03.05.94 - 6 K 373.93) sowie die Nachteile, die dem Eigentümer aus der Versagung der Genehmigung erwachsen würden (Eberl u.a. aaO Nr. 9; Nr. 23), zu berücksichtigen. Das OVG NRW (Eberl u.a. aaO Nr. 9) hat bei der Anbringung von Markisen berücksichtigt, dass die im Schaufenster ausgestellten Waren ohne Schutz durch die Markise ausbleichen würden. Nachteile aus der Entfernung eines Katzensetzes können insbesondere dann entstehen, wenn die Tiere die Nutzung eines gesicherten Balkons gewöhnt sind und auf den Entzug mit dem Eigentum bzw. die Mietsache beeinträchtigenden Verhaltensstörungen reagieren würden.

Ob die Anbringung eines Katzensetzes dem Denkmalschutz widerspricht, hängt damit ähnlich, aber nicht deckungsgleich zur Problematik der baulichen Veränderung, von den Umständen des Einzelfalles ab.

Für die DJGT: Ellen Aplitz, Rechtsanwältin

Reinhardtstraße 3
10117 Berlin

Tel.: +49 (0)30-400 54 68 20

Fax: +49 (0)30-400 54 68 69

info@djgt.de

<http://www.djgt.de>

Der Verein ist durch vorläufige
Bescheinigung des Finanz-
amtes Münster-Innenstadt
(St-Nr.: 337/5975/0365) vom
25.11.2011 als gemeinnützig
anerkannt.

Spenden und Beiträge sind
steuerlich abzugsfähig.

Sparkasse Münsterland Ost
Bankleitzahl 400 501 50
Konto 0000 496 448

IBAN: DE84
4005 0150 0000 4964 48

Seite 18 von 18 BIC: WELADED1MST

