

# Entgelterhöhung im Wohn- und Betreuungsvertrag

von Markus Düncher\* und Dr. Daniela Schweigler\*\*

**Angesichts divergierender Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bestand für Einrichtungen einige Zeit Unsicherheit bei der Frage, ob sie eine Erhöhung des Wohn- und Betreuungsentgelts auch durch einseitige Erklärung herbeiführen können. Mit Urteil vom 12.05.2016 (Az.: III ZR 279/15) hat der Bundesgerichtshof über diese Frage entschieden. Es bleiben aber weiterhin wichtige Fragen offen.**

## A. Problemstellung

Verträge über die Überlassung von Wohnraum und die Erbringung von Pflege- oder Betreuungsleistungen müssen den Verbraucherschützenden Vorgaben des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes (WBVG)<sup>1</sup> genügen. Hinzu kommt eine Reihe weiterer Aspekte, die bei der Vertragsgestaltung zu beachten sind, insbesondere datenschutzrechtliche und anderweitige Verbraucherschützende Vorgaben, beispielsweise zum Widerrufsrecht. Zugleich wünschen sich Einrichtungsträger angesichts immer umfangreicherer Vertragswerke mit immer weiter wachsenden Anlagenkonvoluten praktikable Verfahrensweisen insbesondere für Vorgänge, die häufig anfallen. Ein solcher Vorgang ist die Erhöhung des Entgelts für die Überlassung des Wohnraums bzw. für die erbrachten Leistungen („Heimentgelt“). Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis erfordert bei jeder Änderung der mit den Kostenträgern bzw. Genehmigungsbehörden nach sozialrechtlichen Vorgaben festgelegten Vergütung, diese in die zivilrechtlichen Vertragsverhältnisse mit den Bewohnerinnen oder Bewohnern zu überführen.

Vor diesem Hintergrund haben viele Einrichtungsträger in ihre Vertragsmuster Klauseln aufgenommen, die ihnen die Möglichkeit einräumen sollen, durch einseitige Erklärung eine Erhöhung des Entgelts herbeizuführen.

## B. Gesetzliche Ausgangssituation

Nach § 9 Abs. 1 WBVG kann der Unternehmer eine Erhöhung des Entgelts verlangen, wenn sich die bisherige Berechnungsgrundlage verändert. Dabei muss neben dem erhöhten Entgelt auch die Erhöhung selbst angemessen sein, was allerdings nur für Bewohnerinnen und Bewohner gilt, die privat für die Leistungen aufkommen. Bei Personen, die Leistungen der Pflegeversicherung oder der Sozialhilfe (namentlich Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen und/oder Hilfe zur Pflege) in Anspruch nehmen, gelten nach § 7 Abs. 2 Sätze 2 und 3 WBVG die mit den jeweiligen Kostenträgern vereinbarten Entgelthöhen als angemessen. § 9 Abs. 2 WBVG verlangt vom Einrichtungsträger, den Bewohnerinnen und Bewohnern „die beabsichtigte Erhöhung des Entgelts schriftlich mitzuteilen und zu begründen.“ Dabei muss aus der Mitteilung der Zeitpunkt hervorgehen, zu dem die Erhöhung des Entgelts verlangt wird. Dem Erhöhungsverlangen ist eine Begründung beizufügen, für die das Gesetz detaillierte

Transparenzvorgaben macht (§ 9 Abs. 2 Satz 3 WBVG). Das erhöhte Entgelt wird durch die Bewohnerinnen und Bewohner frühestens vier Wochen nach Zugang des hinreichend begründeten Erhöhungsverlangens geschuldet. Außerdem muss der Einrichtungsträger auf Verlangen Einsicht in die Kalkulationsunterlagen gewähren. Der Bewohnerin bzw. dem Bewohner steht ein nicht fristgebundenes Sonderkündigungsrecht zu dem Zeitpunkt zu, zu dem der Einrichtungsträger die Erhöhung verlangt (§ 11 Abs. 1 Satz 2 WBVG).

Das Heimgesetz<sup>2</sup>, dessen zivilrechtlicher Teil durch das WBVG abgelöst wurde, hatte in seinem § 7 Abs. 2 vorgesehen, dass die Erhöhung des Entgelts grundsätzlich der Zustimmung der Bewohnerin bzw. des Bewohners bedurfte, dass aber im Heimvertrag die Berechtigung des Trägers vereinbart werden konnte, das Entgelt durch einseitige Erklärung zu erhöhen. Eine entsprechende Regelung sieht das WBVG trotz Kritik der Leistungserbringerverbände im Gesetzgebungsverfahren<sup>3</sup> nicht mehr vor.

## C. Die Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Düsseldorf

Dieser Umstand wurde in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte mit unterschiedlichen Ergebnissen gewürdigt.<sup>4</sup>

### I. OLG Hamm, Urteil vom 22.8.2014

Das OLG Hamm erkannte in der Regelung des § 9 WBVG eine bewusste gesetzgeberische Abkehr von der in § 7 HeimG noch gegebenen Möglichkeit der Vereinbarung eines einseitigen Entgelterhöhungsrechts.<sup>5</sup> Die Nachfolgeregelung sehe eine Entgelterhöhung und eine Erhöhung der gesondert berechenbaren investiven Aufwendungen durch einseitige Erklärung des Unternehmers nicht mehr vor. Eine Klausel im „Heimvertrag“, die hiervon zum Nachteil der Verbraucherin bzw. des Verbrauchers abweiche, sei daher gemäß § 16 WBVG sowie nach allgemeinem AGB-Recht (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) unwirksam.

\* Markus Düncher ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Mietrecht und Wohnungseigentumsrecht bei Iffland Wischniewski Rechtsanwälte, Darmstadt.

\*\* Dr. Daniela Schweigler ist Rechtsanwältin in derselben Kanzlei, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und Lehrbeauftragte an der Frankfurt University of Applied Sciences.

<sup>1</sup> Gesetz zur Regelung von Verträgen über Wohnraum mit Pflege- oder Betreuungsleistungen (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz – WBVG) vom 29.7.2009, BGBl. I S. 2319.

<sup>2</sup> BGBl. I 2001, 2970, zuletzt geändert durch Art. 3 Satz 2 des Gesetzes v. 29.7.2009, BGBl. I, 2319.

<sup>3</sup> Vgl. etwa: Wortprotokoll der 85. Sitzung des Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend v. 22.4.2009, Protokoll Nr. 16/85, S. 11.

<sup>4</sup> Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 22.8.2014 – 12 U 127/13, juris Rn. 123 ff., einerseits und OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.8.2015 – 6 U 182/14, juris Rn. 55 f., andererseits.

<sup>5</sup> Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 22.8.2014 – 12 U 127/13, juris Rn. 141.

Ausgehend vom allgemeinen zivilrechtlichen Prinzip des § 311 Abs. 1 BGB, wonach die Abänderung von Verträgen grundsätzlich eines Änderungsvertrages bedarf, konnte das OLG Hamm in den Regelungen des WBVG keine Ausnahme oder Abweichung hiervon erkennen.<sup>6</sup> Insbesondere verwarf das OLG unter Verweis auf den verbraucherschützenden Charakter des WBVG die Überlegung, § 9 WBVG dahingehend zu verstehen, dass die Norm es den Vertragsparteien überlasse, ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 BGB zu vereinbaren.<sup>7</sup>

## II. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.8.2015

Anders das OLG Düsseldorf. Es verwies darauf, dass bereits unter dem Heimgesetz bei Personen, die Leistungen der Pflegeversicherung oder der Sozialhilfe bezogen, kein Zustimmungserfordernis bestand. Dieser Grundsatz, so das OLG Düsseldorf, habe auch unter der Geltung des WBVG weiterhin Bestand. Namentlich verbiete es § 9 Abs. 1 WBVG dem Unternehmer in den Fällen nicht, eine Entgelt- oder Vergütungsveränderung durch einseitige Erklärung herbeizuführen, in denen die Verbindlichkeit der nach dem SGB XI bzw. XII ausgehandelten und festgelegten Entgelte und Vergütungen gesetzlich angeordnet sei. Dies folge für den Personenkreis, der Leistungen der Pflegeversicherung bzw. der Sozialhilfe erhalte, bereits aus dem WBVG selbst (§ 7 Abs. 2 Sätze 2 und 3 WBVG). Für privat oder nicht versicherte Bewohnerinnen und Bewohner gelte mit Blick auf das Differenzierungsverbot (§ 7 Abs. 3 Satz 1 WBVG, § 84 Absätze 3 und 4 SGB XI) Entsprechendes, wenn sie aufgrund vertraglicher Vereinbarung dem sozialleistungsbeziehenden Personenkreis gleichgestellt sind.<sup>8</sup>

## D. Urteil des BGH vom 12.5.2016

Diese Entscheidung des OLG Düsseldorf hat der klagende Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. erfolgreich mit der Revision angegriffen.

Der BGH entschied im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten wie das OLG Hamm, dass Entgelterhöhungen zu ihrer Wirksamkeit immer der Zustimmung der Bewohnerinnen bzw. Bewohner bedürfen. Dies gilt unabhängig davon, ob diese Leistungen nach dem SGB XI oder SGB XII in Anspruch nehmen oder nicht. Ein davon abweichend im Vertrag vorgesehene einseitiges Entgelterhöhungsrecht des Heimträgers ist demnach gemäß § 16 WBVG unwirksam. Die Argumentation des OLG Düsseldorf mit dem Differenzierungsverbot drehte der BGH im Ergebnis um und betonte, dass dieses es gerade verbiete, zwischen sozialleistungsbeziehenden und selbstzahlenden Bewohnerinnen und Bewohnern zu unterscheiden.<sup>9</sup>

Insbesondere hat den BGH die Angemessenheitsvermutung in § 7 Abs. 2 Sätze 2 und 3 WBVG nicht zu einem anderen Ergebnis bewegen können, im Gegenteil. Gerade weil es dort heißt, die mit den Kostenträgern vereinbarten Entgelte gelten im Verhältnis zu den sozialleistungsbeziehenden Bewohnerinnen und Bewohnern als „vereinbart und angemessen“, werde deutlich, so der BGH, dass das Gesetz vom Erfordernis einer Übereinkunft ausgehe.<sup>10</sup>

Dass es angesichts der Angemessenheitsvermutung meist eine bloße Formalie darstellt, die ausdrückliche Zustimmung der

einzelnen Bewohnerinnen und Bewohner einzuholen, war für den BGH ebenfalls rechtlich unerheblich. Bloße Praktikabilitätsabwägungen könnten eine bewusste, von Wortlaut und Systematik des Gesetzes gedeckte Entscheidung des Gesetzgebers nicht korrigieren.<sup>11</sup> In diesem Zusammenhang verweist der BGH darauf, dass mit einem signifikant erhöhten Verwaltungsaufwand oder einer Vielzahl von Klagen auf Zustimmungsersetzung nicht zu rechnen sei, da die Zustimmung „auch konkludent zum Beispiel durch Zahlung des erhöhten Entgelts oder Verstreichenlassen der Kündigungsfrist nach § 11 Abs. 1 Satz 2 WBVG möglich“ sei.<sup>12</sup>

## E. Schweigen als Willenserklärung?

So klar das Urteil im Hinblick auf das Erfordernis der Zustimmung ist – es lässt manche Frage offen bzw. wirft neue Fragen auf. Namentlich der – womöglich nicht im Detail durchdachte? – Verweis des BGH auf die Möglichkeiten der konkludenten Zustimmung lässt aufhorchen. Auch das OLG Hamm hatte bereits konkludente Zustimmungserklärungen durch „Zahlung des erhöhten Entgelts oder Verstreichenlassen der Kündigungsfrist des § 11 WBVG“ in den Raum gestellt.<sup>13</sup> Dabei ist interessant, dass der BGH und das OLG Hamm an dieser Stelle jeweils Literaturstimmen zitierten, die eine konkludente Zustimmung zwar im Falle der vorbehaltlosen Zahlung des erhöhten Entgelts grundsätzlich für möglich halten, sich zum bloßen Verstreichenlassen der Kündigungsfrist jedoch nicht äußern.<sup>14</sup>

§ 11 Abs. 1 Satz 2 WBVG räumt Verbraucherinnen und Verbrauchern für den Fall der Entgelterhöhung ein Sonderkündigungsrecht ein. In diesem Fall ist eine Kündigung jederzeit zu dem Zeitpunkt möglich, zu dem der Unternehmer die Erhöhung des Entgelts verlangt. Eine Zustimmungs- oder Wirksamkeitsfiktion für die Entgelterhöhung ist in diesem Zusammenhang nicht geregelt.

Auch im Wohnraummietrecht, dem das WBVG in großen Teilen konzeptionell nachgebildet ist, findet sich eine derartige Konstruktion nicht.<sup>15</sup> Dort räumt § 561 Abs. 1 BGB der Mieterin bzw. dem Mieter die Möglichkeit ein, bis zum Ablauf des zweiten Monats nach dem Zugang des Mieterhöhungsverlangens des Vermieters das Mietverhältnis außerordentlich zu kündigen. Wird von dem Sonderkündigungsrecht Gebrauch gemacht, so tritt die Mieterhöhung nicht ein (§ 561 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hieraus den Umkehrschluss zu ziehen, dass bei Nichtgebrauch des Sonderkündigungsrechts, die Erhöhung wirksam würde, wäre eine Abkehr von dem zivilrechtlichen Prinzip, wonach dem Schweigen im Rechtsverkehr grundsätzlich kein Erklärungswert zukommt. Dementsprechend findet sich in der Rechtsprechung zum Wohnraummietrecht auch keine dahingehende Entscheidung.

6 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 22.8.2014 – 12 U 127/13, juris Rn. 103 ff.  
7 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 22.8.2014 – 12 U 127/13, juris Rn. 108.  
8 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.8.2015 – 6 U 182/14, juris Rn. 60.  
9 Vgl. BGH, Urt. v. 12.5.2016 – III ZR 279/15, juris Rn. 34.  
10 Vgl. BGH, Urt. v. 12.5.2016 – III ZR 279/15, juris Rn. 23.  
11 Vgl. BGH, Urt. v. 12.5.2016 – III ZR 279/15, juris Rn. 31; im Ergebnis ebenso: *Bachem/Hacke*, WBVG, § 9 Rn. 93.  
12 Vgl. BGH, Urt. v. 12.5.2016 – III ZR 279/15, juris Rn. 31.  
13 Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 22.8.2014 – 12 U 127/13, juris Rn. 146.  
14 Z.B. *Bachem/Hacke*, WBVG, § 9, Rn. 97; *Iffland/Düncher*, WBVG, § 9, Anm. 14.  
15 Instruktiv: *Artz*, Änderung des Mietvertrags durch konkludentes Verhalten, NZM 2005, 367.

Grundsätzlich ist ohne besondere Abrede – die überdies wirksam sein müsste – das bloße Schweigen oder die bloße Untätigkeit weder als Annahme noch als Ablehnung zu werten.<sup>16</sup> Selbst der Handelsverkehr kennt trotz der Sonderregelung in § 362 HGB (Schweigen als Annahmeerklärung) keinen allgemeinen Handelsbrauch, wonach das Schweigen einen Erklärungswert besäße.<sup>17</sup> Anderes kann nur in besonders gelagerten Konstellationen gelten. So wird insbesondere in Fällen, in denen ein Kontrahierungszwang besteht, der Person, die einen Anspruch auf den Abschluss eines Vertrages hat, teilweise zugebilligt, nicht lediglich auf die Annahmeerklärung, sondern gleich auch auf die vertragliche Leistung zu klagen.<sup>18</sup> Außerhalb des Anwendungsberichts von § 151 BGB oder spezieller gesetzlicher Anordnungen ist jedoch selbst in Fällen von Kontrahierungszwang der Erklärungswert des bloßen Nichtstuns dogmatisch zweifelhaft.<sup>19</sup> Mit der (Verbraucherschutz-)Konzeption des Wohnraummietrechts und des WBVG, die für diese Fälle die klageweise Erzwingung der Zustimmung vorsieht, dürfte es daher noch weniger vereinbar sein, das bloße Schweigen auf das Erhöhungsverlangen als Annahme auszulegen.

Ob der BGH in einer entsprechenden Fallkonstellation die bloße kommentarlose Fortführung des Wohn- und Betreuungsvertrages für eine Zustimmung zur Entgelterhöhung ausreichen lassen würde, lässt sich vor diesem Hintergrund keineswegs prognostizieren.

## F. Voraussetzungen einer konkludenten Zustimmung

Welche Verhaltensweisen der Bewohnerinnen und Bewohner können dann eine konkludente Zustimmung darstellen?

Die weitere vom BGH und vom OLG Hamm genannte Variante – die Zahlung des erhöhten Entgelts – ist im Wohnraummietrecht durchaus als konkludente Zustimmung anerkannt.<sup>20</sup> Doch auch hier sind viele Detailfragen näher zu betrachten: Kommt es für die konkludente Zustimmung auf die Formulierung des Erhöhungsverlangens an? Wie oft muss das erhöhte Entgelt bezahlt werden, um eine konkludente Zustimmung annehmen zu können? Wie verhält es sich in den praktisch häufigen Fällen, in denen die Bewohnerin oder der Bewohner ein SEPA-Lastschriftmandat erteilt hat?

## G. Ein- oder mehrmalige Zahlung?

Teils wird bereits die einmalige vorbehaltlose Zahlung der erhöhten Miete als ausreichend angesehen, um eine konkludente Zustimmung anzunehmen.<sup>21</sup> Der BGH hat es bislang dahinstehen lassen, ob schon in der ersten Zahlung die konkludente Zustimmung gesehen werden kann. Jedenfalls die Zahlung des erhöhten Betrages über 9 1/2 Jahre hinweg war aber für die Annahme einer konkludenten Zustimmung zur Mieterhöhung ausreichend.<sup>22</sup> Eine Reihe von Instanzgerichten hat die einmalige Zahlung als ausreichend erachtet, denn die Zahlung stelle „das stärkste konkludente Verhalten des Mieters“ bzw. der Mieterin dar.<sup>23</sup> Anderen instanzgerichtlichen Entscheidungen lagen Konstellationen zu Grunde, in denen die erhöhte Miete mehrmals in Folge vorbehaltlos gezahlt worden war.<sup>24</sup>

## H. Zahlung nach „einseitiger Erhöhung“

Ungeachtet der Frage, ob es mehrerer Zahlungen bedarf oder ob bereits eine einzige Zahlung des erhöhten Entgelts ausreichend ist, kommt eine konkludente Zustimmung von vornherein nur in Betracht, wenn das Schreiben des Vermieters oder der Einrichtung als Angebot auszulegen ist. Die konkludente Annahme ist und bleibt eine Annahme, setzt also ein Angebot voraus.

Das heißt, das Erhöhungsverlangen des Vermieters oder Einrichtungsträgers muss nach §§ 133, 157 BGB als Angebot zur Vertragsänderung im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB auszulegen sein. Hat sich der Vermieter aber im Mietvertrag das Recht vorbehalten, die Miete einseitig zu erhöhen und gibt er in seinem an die Mieterin bzw. den Mieter gerichteten Mieterhöhungsschreiben zu erkennen, von diesem „Recht“ – das richtigerweise nicht besteht – Gebrauch machen zu wollen, so kann eine solche Erklärung nach dem Empfängerhorizont gerade *nicht* als Angebot ausgelegt werden, denn es ist für die Vertragspartei, der gegenüber eine solche Erklärung abgegeben wird, nicht ersichtlich, dass es ihr frei steht, der Erhöhung zuzustimmen oder es auf ein streitiges Verfahren ankommen zu lassen. Die Situation stellt sich ihr vielmehr so dar, als sei sie an die einseitig erklärte Entgelterhöhung gebunden. In einer solchen Konstellation kann daher – mangels Angebot – auch die Zahlung der erhöhten Miete nicht als konkludente Zustimmung zu der Miet- oder Entgelterhöhung angesehen werden.<sup>25</sup>

## I. Zahlung mittels Lastschrift

Ebenfalls kaum als stillschweigende Zustimmung dürfte die Zahlung des erhöhten Entgelts anzusehen sein, wenn diese auf

16 Vgl. Eckert in: BeckOK-BGB, § 146, Rn. 13 m.w.N.

17 Vgl. BGH, Urt. v. 29.9.1955 – II ZR 210/54; BGH, Urt. v. 24.9.1980 – VIII ZR 299/79, juris Rn. 34, dort auch ausdrücklich zum Mietrecht: „Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen eines Mietverhältnisses. Es begründet keine besonders enge oder gar personenbezogene Verbindung zwischen den Parteien, so daß sich daraus keine Pflicht zur Beantwortung von Schreiben der Gegenseite herleiten läßt.“

18 Vgl. Eckert in BeckOK-BGB, § 145, Rn. 13 m.w.N.

19 Vgl. Eckert in BeckOK-BGB, § 145, Rn. 13 m.w.N.

20 Vgl. etwa BGH, Urt. v. 29.6.2005 – VIII ZR 182/04; auch im Rahmen von Energiebezugsverträgen kann nach der Rspr. nach einseitiger Preiserhöhung durch die weitere Entnahme der Energie ohne Beanstandung der Preiserhöhung der erhöhte Preis als vereinbart anzusehen sein, BGH, Urt. v. 13.6.2007 – VIII ZR 36/06, juris Rn. 36.

21 Emmerich/Sonnenschein in: Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 11. Aufl. 2014, § 558b Zustimmung zur Mieterhöhung, Rn. 2; Emmerich in: Staudinger, BGB, § 558b, Rn. 6.

22 BGH, Urt. v. 29.6.2005 – VIII ZR 182/04, juris Rn. 20.

23 Vgl. AG Osnabrück, Beschl. v. 17.3.2015 – 42 C 734/15 (2), juris Rn. 3, im konkreten Fall: Zahlung zweier aufeinanderfolgender erhöhter Monatsmieten. Im Ergebnis ebenso: LG Berlin, Urt. v. 20.7.2009 – 67 S 483/08; LG Kiel, Beschl. v. 26.1.1993 – 1 T 140/92; LG Berlin, Beschl. v. 6.2.1989 – 61 T 115/88; LG Braunschweig, Urt. v. 27.9.1985 – 6 S 159/85; AG Frankfurt, Urt. v. 30.6.1987 – 33 C 1616/87 – 29.

24 LG Aachen, Urt. v. 18.5.1988 – 7 S 92/88: Mieterhöhungsverlangen vom 26.6.1986, Zahlung der erhöhten Miete mindestens bis zum 7.9.1987; LG Hannover, Urt. v. 4.10.1989 – 11 S 217/89: zweimalige Zahlung und Hinzutreten weiterer Umstände; LG Berlin, Beschl. v. 18.5.1987 – 61 T 29/87: dreimalige Zahlung. Zum Meinungsstand: Emmerich in: Staudinger, BGB, § 558b, Rn. 4 ff. mwN.

25 Vgl. BGH, Urt. v. 20.7.2005 – VIII ZR 199/04, juris Rn. 15; vgl. hierzu und zu weiteren Fällen, in denen eine konkludente Zustimmung ausscheidet: Emmerich/Sonnenschein in: Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 11. Aufl. 2014, § 558b Zustimmung zur Mieterhöhung, Rn. 2.

Grund eines SEPA-Lastschriftmandats durch die Einrichtung vom Konto der Bewohnerin bzw. des Bewohners abgebucht wird, nachdem der Einrichtungsträger die Entgelterhöhung verlangt hat. Auch hier fehlt es an einem aktiven Tun, dem ein Erklärungswert beigelegt werden könnte.<sup>26</sup> Ein solches liegt hingegen vor, wenn die Bewohnerin bzw. der Bewohner den Dauerauftrag ändert, mit dem das Entgelt monatlich bezahlt wird.<sup>27</sup>

## J. Bitte um ausdrückliche, insbesondere schriftliche Zustimmung

Abreden über die Art und Weise der Zustimmung können unter Umständen einer konkludenten Zustimmung durch bloße Zahlung entgegenstehen.<sup>28</sup> Eine bloße Schriftformklausel im Wohn- und Betreuungsvertrag dürfte dafür allerdings wegen des Vorrangs der Individualabrede (§ 305b BGB) nicht genügen. Wenn aber der Einrichtungsträger in dem Schreiben, in dem er sein Erhöhungsverlangen geltend macht, um eine explizite, eventuell sogar schriftliche Zustimmung bittet, gibt er möglicherweise zu erkennen, dass er von seinem Empfängerhorizont aus die bloße Zahlung nicht als Zustimmung versteht.<sup>29</sup> Hier dürfte es aber jeweils auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Jedenfalls ist es unschädlich, wenn in dem Schreiben statt eines „*Verlangens*“ – höflich – um die Zustimmung zur Entgelterhöhung „*gebeten*“ wird.<sup>30</sup> Denkbar wäre es, die Bitte um Zustimmung mit der Mitteilung zu verbinden, dass auch die Zahlung des erhöhten Entgelts und/oder das Verstreichenlassen der Kündigungsfrist als Zustimmung gewertet wird.

## K. Widerruflichkeit der (konkludenten) Zustimmung?

In der Fachöffentlichkeit bisher kaum diskutiert und von der Rechtsprechung noch nicht behandelt ist die Frage, ob die Bewohnerin bzw. der Bewohner eine erteilte Zustimmung nach den Vorgaben der §§ 312 ff. BGB widerrufen kann.

Im Zuge der zum 13.06.2014 in Kraft getretenen Reformierung der Widerrufsregelungen zu Verbraucherverträgen hatte der Gesetzgeber im Wege einer überschießenden Umsetzung die Anwendbarkeit der Widerrufsvorschriften auch auf Verträge über soziale Dienstleistungen erstreckt.<sup>31</sup> Der EU-Verordnungsgeber hatte Verträge über soziale Dienstleistungen jedoch explizit aus dem Anwendungsbereich der EU-Verbraucherschutzrichtlinie ausgenommen.<sup>32</sup>

Ähnlich wie bei Mieterhöhungen im Wohnraummietrecht stellt sich auch bei einer Erhöhung des Entgelts in einem Wohn- und Betreuungsvertrag die Frage, ob die Zustimmung zu einem schriftlichen Erhöhungsverlangen im Wege eines Fernabsatzgeschäfts erteilt wird und somit auch widerrufen werden kann.

In der mietrechtlichen Fachliteratur ist die Frage des Vorliegens eines Fernabsatzgeschäfts bei nachträglichen Vertragsänderungen noch nicht eindeutig geklärt.<sup>33</sup>

Die bisher ergangene erstinstanzliche Rechtsprechung lehnt ein Widerrufsrecht bei einer Zustimmung zu einem schriftlichen Mieterhöhungsverlangen ab. Das AG Spandau entschied, dass ein Fernabsatzvertrag nicht vorliegt, da bei einer Mieterhöhung keine Leistungserbringung versprochen werde; vielmehr bleibe die

vom Vermieter erbrachte Leistung die gleiche, er fordere nur eine höhere Gegenleistung.<sup>34</sup> Weiterhin argumentiert es, dass eine konkludente Zustimmung durch Zahlung nicht über ein Fernkommunikationsmittel im Sinne des § 312c Abs. 2 BGB erfolge.<sup>35</sup> Das AG Gelsenkirchen verneinte ein Fernabsatzgeschäft zunächst mit der Begründung, dass schriftliche Mieterhöhungsverlangen nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems versandt würden.<sup>36</sup> Auch fehle es an der für Außergeschäftsraum- und Fernabsatzgeschäfte typischen „Überrumpelungssituation“, da die Mieterin bzw. der Mieter innerhalb der vom Gesetzgeber vorgesehenen ausreichenden Frist ohne unmittelbare oder mittelbare Beeinflussung durch den Vermieter entscheiden könne, das Mieterhöhungsverlangen hinzunehmen und ihm zuzustimmen oder ihm zu widersprechen. Eine dem Vertragsschluss im Fernabsatzwege vergleichbare Gefahr der Übervorteilung durch den Vermieter sei nicht gegeben.<sup>37</sup> Inzwischen liegt auch die erste Entscheidung eines Berufungsgerichts zu dieser Thematik vor. Das LG Berlin bestätigte die Entscheidung des AG Spandau, ließ aber offen, ob die §§ 558 ff. BGB den Widerrufsvorschriften der §§ 312 ff. BGB als speziellere Regelungen vorgehen oder die Widerrufsvorschriften teleologisch zu reduzieren sind. Darüber hinaus stelle die Zustimmung zur Mieterhöhung ein deklaratorisches Anerkenntnis dar, das nur nach den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen der §§ 812 ff. BGB kondiziert werden könne, wobei die Beschränkungen des § 814 BGB zu berücksichtigen wären.<sup>38</sup> Danach kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückfordern, wer bei der Leistung wusste, dass eine Verpflichtung zur Leistung nicht bestand.

26 Vgl. LG Stuttgart, Urte. v. 26.10.2011 – 13 S 41/11, juris Rn. 8; LG München I, Urte. v. 19.8.1994 – 14 S 5662/94, juris Rn. 3; *Emmerich* in: Staudinger, BGB, § 558b, Rn. 6; LG Arnsberg, Urte. v. 15.01.2014 – 3 S 90/13, juris, Rn. 22; *Bachem/Hacke*, WBVG, § 9, Rn. 93, die allerdings bei einer Hin- und Herbuchung über mehrere Monate eine konkludente Zustimmung für denkbar halten.

27 Vgl. LG Kiel, Beschl. v. 26.1.1993 – 1 T 140/92, juris Rn. 5; LG Berlin, Beschl. v. 6.2.1989 – 61 T 115/88, juris Rn. 3; LG Berlin, Beschl. v. 18.5.1987 – 61 T 29/87.

28 Vgl. zum Mietrecht: AG Schöneberg, Urte. v. 20.12.1988 – 3 C 789/88.

29 So offenbar *Emmerich/Sonnenschein* in *Emmerich/Sonnenschein*, *Miete*, 11. Aufl. 2014, § 558b Zustimmung zur Mieterhöhung, Rn. 2; vgl. zur Bedeutung der Bitte um eine ausdrückliche Zustimmung im Hinblick auf die Nichtanwendbarkeit des § 151 Satz 1 BGB: BGH, Urte. v. 22.2.1999 – II ZR 99/98.

30 BGH, Urte. v. 29.6.2005, VIII – ZR 182/04, juris Rn. 20.

31 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlichkeitsrichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung v. 20.09.2013, BGBl. I, 3642. Vgl. dazu auch *Bachem/Hacke*, WBVG, § 3 Rn. 49 ff.

32 Vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a) der Richtlinie 2011/83/EU v. 25.10.2011, ABl. L 304/64.

33 Dagegen: *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 12. Aufl. 2015, § 558b Rn. 35b; *Medinger*, *Das neue (?) Widerrufsrecht des Mieters*, NZM 2015, 185 (190); offen: *Streyl*, *Wohnungsmiete und Verbraucherschutzrecht: Eine Polemik*, NZM 2015, 433 (435); *Hau*, *Verbraucherschutzrechtliche Widerrufsrechte im Wohnraummietrecht*, NZM 2015, 435 (439); dafür: *Koch*, *Ausweitung des Verbraucherschutzrechts: Der Widerruf im Mietrecht*, VuR 2016, 92 (94); *Lützenkirchen*, *Durchsetzung und Abwehr von Betriebskostennachforderungen*, NJW 2015, 1740 (1741).

34 AG Spandau, Urte. v. 27.10.2015 – 5 C 267/15, juris Rn. 24.

35 AG Spandau, Urte. v. 27.10.2015 – 5 C 267/15, juris Rn. 26.

36 AG Gelsenkirchen, Urte. v. 27.4.2016 – 202 C 3/26, juris Rn. 9.

37 AG Gelsenkirchen, Urte. v. 27.4.2016 – 202 C 3/26, juris Rn. 11.

38 LG Berlin, Urte. v. 14.9.2016 – 18 S 357/15, juris.

## L. Zusammenfassung und Ausblick

Die Entscheidung des BGH hat lediglich Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage gebracht, ob eine Entgelterhöhung mittels einseitiger Erklärung zulässig ist. Mit dem Hinweis auf mögliche konkludente Zustimmungen hat der BGH leider mehr Folgefragen aufgeworfen, als der Praxis die erhoffte Handlungsanleitung an die Hand zu geben, mit der das Erhöhungsverfahren rechtssicher durchgeführt werden kann.

Betrachtet man auch die aus der Erstreckung der Widerrufsvorschriften auf Verträge über soziale Dienstleistungen resultierenden Folgen, erscheinen normative Anpassungen durch den Gesetzgeber geboten, um zumindest bei pflegesatzgebundenen

oder geförderten Einrichtungen den im Zusammenhang mit einer Entgelterhöhung stehenden Aufwand sowohl auf Einrichtungs- als auch auf BewohnerInnenseite auf ein vertretbares Maß zurückzuführen.

Bis jedoch eine Bereinigung durch den Gesetzgeber erfolgt oder sich gesicherte Rechtsprechung zu Details einer konkludenten Zustimmung sowie zur Widerruflichkeit der Zustimmung herausgebildet hat, wird man einem vorsichtigen Einrichtungsträger empfehlen müssen,

- sich möglichst um eine ausdrückliche Zustimmung der Bewohnerin bzw. des Bewohners zu bemühen sowie
- die Bewohnerin bzw. den Bewohner vorsorglich im Rahmen des Ankündigungsschreibens über ein Widerrufsrecht zu belehren.