

Die Umlage neuer und neuartiger Betriebskosten

Zur Umlage neuer Betriebskosten im laufenden Mietverhältnis sowie der Frage, welche aktuell neuartigen Betriebskosten umlagefähig sind.

Dr. Kai Zehelein

Inhalt

I. Einleitung	2
1. Erforderlichkeit einer Umlage neuer und neuartiger Betriebskosten	2
2. Die Betriebskostenvereinbarung nach der Mietrechtsreform	2
3. Gang des Beitrages: Umlage und Umlagefähigkeit neuer Betriebskosten	3
II. Allgemein: Die spätere Belastung des Mieters mit ursprünglich nicht umgelegten Betriebskosten	3
1. Abgrenzung: Abrechnung mit Vereinbarung bei erstmaligem Kostenanfall	3
2. Abrechnung ohne Vereinbarung	4
3. Vereinbarung über die Umlage neuer Betriebskosten im Mietvertrag	4
a) Ergänzende Vertragsauslegung der Umlagevereinbarung	5
b) Die Verwendung einer Mehrbelastungsklausel	6
4. Spätere Vereinbarung über die Umlage weiterer Betriebskosten	7
a) Ausdrückliche Vereinbarung neuer Betriebskosten	7
b) Konkludente Vereinbarung neuer Betriebskosten durch Abrechnung und Bezahlung .	8
5. Gesetzliche Regelungen zur späteren Umlage von Betriebskosten auf den Mieter	12
a) § 556a Abs. 2 BGB – Wechsel in die verbrauchsbezogene Abrechnung	12
b) § 556c BGB – Umstellung auf Wärmelieferung	12
6. Neue Betriebskosten im Zuge einer duldungspflichtigen Modernisierung	13
III. Umlagefähigkeit einzelner neuer Betriebskostenarten	14
1. Wartung und Anmietung von Rauchwarnmeldern	14
a) Grundlegendes, insb. bauordnungsrechtliche Vorschriften.	14
b) Verpflichtete aus den Landesbauordnungen und betriebskostenrechtliche Relevanz .	14
c) Umlage der Wartungskosten	15
d) Umlage der Anmietkosten	16
e) Umlagevereinbarung / Aufnahme in das laufende Mietverhältnis	20
2. Trinkwasseruntersuchung - Legionellenprüfung	22
a) Untersuchungspflichtigkeit	23
b) Häufigkeit und Umfang der Untersuchung (§ 14 Abs. 3 Satz)	24

c) Anlassbezogene Untersuchungen.....	24
d) Umlagefähige Untersuchungen und Kostenzuordnung	24
3. Allgemeine Trinkwasseruntersuchung	24
IV. Zusammenfassung.....	25

I. Einleitung

1. Erforderlichkeit einer Umlage neuer und neuartiger Betriebskosten

Während des laufenden Mietverhältnisses kann es unterschiedliche Gründe geben, weshalb der Vermieter den Umfang der auf den Mieter umgelegten Betriebskosten erweitern möchte. Das kann schlicht daraus resultieren, dass die Umlagevereinbarung ganz oder zumindest teilweise fehlgeschlagen ist, bestimmte Kosten fallen möglicher Weise überhaupt erst Jahre nach Vertragsschluss an oder es entstehen aufgrund einer allgemeinen Veränderung der tatsächlichen und/oder rechtlichen Umstände neue Betriebskosten, die bei Vertragsschluss nicht absehbar waren oder schlicht nicht vom Vermieter in Anspruch genommen/geleistet wurden.

Dem Mietprozess liegen dann in aller Regel Betriebskostenabrechnungen zugrunde, welche neue Kosten beinhalten, denen der Mieter aber mit dem Verweis auf die Umlagevereinbarung im Mietvertrag ablehnend gegenüber steht. Zu klären ist damit, ob und unter welchen Umständen sowie in welchem Umfang neue oder neuartige Betriebskosten von dem Vermieter in den Vertrag hineingebracht und auf den Mieter umgelegt werden können.

2. Die Betriebskostenvereinbarung nach der Mietrechtsreform

Mit der am 01.09.2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreform ist für die Umlagefähigkeit bzw. die Anpassung von Betriebskosten eine erhebliche Änderung eingetreten. Nach dem *alten Recht* war es dem Vermieter jedenfalls möglich, eine Erhöhung der Bruttomiete¹ oder Bruttokaltmiete² wegen gestiegener Betriebskosten nach § 4 Abs. 2 MHG vorzunehmen, das jedenfalls dann, wenn der Mietvertrag einen Erhöhungsvorbehalt enthält.³ Die Besonderheit des Erhöhungsrechts lag darin, dass es gerade für solche Betriebskosten galt, die nicht als umlagefähig vereinbart und somit in der (Teil-) Inklusivmiete enthalten waren.⁴ Dementsprechend war eine Erhöhung der umgelegten Betriebskosten anders als diejenige der nicht umgelegten auch nicht gem. § 4 Abs. 3 S. 2 MHG anzeigepflichtig.⁵ Erforderlich war soweit für das Erhöhungsrecht nur, dass die für die Kostensteigerung ursächlichen Betriebskosten solche iSd. Anlage 3 zu § 27 Abs. 2 II. BV waren,⁶ so dass auch erst nach Mietvertragsabschluss neu hinzugetretene Betriebskosten von der Regelung erfasst wurden.⁷

¹ ZB OLG Stuttgart WuM 1983, 285 = ZMR 1983, 389; OLG Zweibrücken NJW 1981, 1622 = WuM 1981, 153 = ZMR 1981, 116; OLG Karlsruhe NJW 1981, 1051 = WuM 1981, 56 = ZMR 1981, 59.

² ZB OLG Hamm WuM 1993, 29 = ZMR 1993, 112; NJW 1985, 2034 = WuM 1984, 121 = ZMR 1984, 283.

³ Kritisch zu dem Erfordernis eines Erhöhungsabrede *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 13.

⁴ *Barthelmess*, Wohnraumkündigungsschutzgesetz Miethöhegesetz Kommentar 5. Aufl. 1995 § 4 MHG Rn. 18; *Sternel* NZM 2015, 873 (880).

⁵ LG Bochum WuM 1990, 522.

⁶ *Schultz* in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, III.A Rn. 644.

⁷ *Schultz* in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, III.A Rn. 645.

Damit stellte sich nach dem alten Mietrecht das Problem der Einführung neuer Betriebskosten jedenfalls dann nicht, wenn der Mietvertrag eine entsprechende Erhöhungs-, oder auch Mehrbelastungsklausel aufgewiesen hat.

Nach *neuem Recht* existiert diese Möglichkeit jedenfalls für nach dem 01.09.2001 abgeschlossene Mietverträge nicht mehr (für sogenannte „Altverträge“ gilt die vormalige Rechtslage nach Art. 229 § 3 Abs. 4 EGBGB fort). Mit der Aufhebung des MHG und der Übertragung der Regelungen zur Erhöhung von Miete und Betriebskosten in die Vorschriften der §§ 560, 558 ff. BGB ist die maßgebliche Grundlage für die Umlage von Betriebskosten die Vereinbarung im Mietvertrag. § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB spricht hier ausdrücklich von der Vereinbarung der Parteien über die Betriebskosten, die in Satz 2 über Abs. 4 jedenfalls in der Wohnraummiete abschließend definiert sind. Der Vermieter kann oder muss über § 560 BGB die nach § 556 Abs. 2 S. 1 BGB vereinbarte Pauschale anpassen, die Vorauszahlungen kann er gem. § 560 Abs. 4 BGB je nach Abrechnungsergebnis anheben. Nicht mehr möglich ist ihm jedoch, solche Betriebskostenbestandteile, die mangels Umlagevereinbarung in der (Teil-) Inklusivmiete enthalten sind, selbständig zu erhöhen.

3. Gang des Beitrages: Umlage und Umlagefähigkeit neuer Betriebskosten

Aufgrund der vorstehenden Darstellung stehen Vermieter somit regelmäßig vor der Problematik, dass der konkrete Mietvertrag entweder nicht oder nicht so wie gewünscht wirtschaftlich rentabel ist oder wird. Ersteres tritt in der Regel ein, wenn die Umlagevereinbarung ganz oder teilweise fehlgeschlagen ist, letzterem liegen entweder Kostensteigerungen nicht umgelegter Betriebskosten zugrunde oder aber der Anfall von Kosten, mit denen der Vermieter bei Vertragsschluss nicht gerechnet hat und welche daher im Nachhinein zu einer Unwirtschaftlichkeit des Mietverhältnisses führen.

Es stellt sich also die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang er diese Kosten auch noch später auf den Mieter umlegen kann. Ein Problem, dass die Mietgerichte täglich beschäftigt. Die Erörterung wird sich im Nachfolgenden zunächst mit der Frage auseinandersetzen, auf welchen Wegen Betriebskosten überhaupt nachträglich gegenüber dem Mieter geltend gemacht werden können. Im Anschluss daran soll die Umlagefähigkeit einiger derzeit aktuell neu für die Vermieter anfallenden oder zumindest attraktiven Kosten (Rauchwarnmelder, Legionellenprüfung, Trinkwasseruntersuchung) dargestellt werden.

II. Allgemein: Die spätere Belastung des Mieters mit ursprünglich nicht umgelegten Betriebskosten

Will der Vermieter den Mieter über die Betriebskostenabrechnung mit neuen Kosten belasten, obwohl diese im ursprünglichen Mietvertrag nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich als umgelegt vereinbart waren, stehen ihm hierfür unterschiedliche Wege zur Verfügung, deren Inhalt und Voraussetzung nachfolgend dargestellt werden.

1. Abgrenzung: Abrechnung mit Vereinbarung bei erstmaligem Kostenanfall

Zur Klarstellung ist zunächst zu erwähnen, dass die Abrechnung bereits im Mietvertrag als umlagefähig vereinbarter, jedoch erst später überhaupt anfallender Betriebskosten kein Fall einer neuen Betriebskostenumlage ist. Das kann etwa auftreten, wenn der Vermieter erst später

einen Hauswart beschäftigt, eine Sachversicherung abschließt oder Geräte zur Wäschepflege aufstellt. Zwar wenden viele Mieter dann gegen die Betriebskostenabrechnung ein, dass solche Kosten bislang nicht aufgetreten seien und deren Umlage daher nicht zulässig sein. Dieser Einwand ist jedoch dann unzutreffend, wenn der Mietvertrag die entsprechende Betriebskostenposition, unter welche die Kosten nun fallen, von Anfang an aufweist. Der spätere Kostenanfall und die hieraus resultierende Umlage basieren dann auf eben dieser Vereinbarung. Das hat der BGH⁸ in zwei Entscheidungen ausdrücklich entschieden, wobei der Leitsatz der Entscheidung vom 27.09.2006⁹ jedoch teilweise missverständlich ist („...und dem Vermieter das Recht eingeräumt ist, auch neu entstehende Betriebskosten auf die Mieter umzulegen“). Denn die Umlage der erstmals aufgetretenen Versicherungskosten war nach der Entscheidungsbegründung bereits aufgrund der existierenden Umlagevereinbarung zulässig. Auf die zugleich bestehende (dort aber wegen Rückwirkung unwirksame) Mehrbelastungsklausel kam es nicht an. Entgegen dem Leitsatz ist diese auch gerade keine Voraussetzung für die Umlage erst später angefallenen Kosten.¹⁰

2. Abrechnung ohne Vereinbarung

Einfach und in der Praxis sehr häufig vertreten ist der Fall, dass der Vermieter Betriebskosten in die Abrechnung einstellt, obwohl es hierfür überhaupt keine Umlagevereinbarung gibt. Berufet sich der Mieter nicht positiv auf diesen Fehler, ist der Vermieter damit auch erfolgreich. Denn nach der laufenden Rechtsprechung des BGH¹¹ handelt es sich bei der Einstellung von Betriebskosten, die nicht umgelegt sind – sei es mangels Vereinbarung bzgl. dieser Position oder einer Regelung dahingehend, dass Betriebskosten überhaupt einer Abrechnung unterliegen – um einen inhaltlichen und somit von dem Mieter positiv binnen der Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB geltend zu machenden Fehler, wobei allein streitig ist, ob die Einwendungsfrist auch für solche Kosten gilt, die auch mangels Betriebskosteneigenschaft überhaupt nicht umlagefähig wären.¹² Daraus folgt umgekehrt, dass eine Nachforderungsklage, der ein Mietvertrag ohne Umlage der abgerechneten Betriebskosten zugrunde liegt, von dem Gericht nicht mangels Schlüssigkeit abgewiesen werden darf, es ist ggf. Versäumnisurteil zu erlassen, das Gericht darf auch keinen Hinweis hinsichtlich der inhaltlichen Fehlerhaftigkeit nach § 139 ZPO erteilen. Der Vermieter geht bei einer solchen Klage jedoch zugleich das Kostenrisiko der Abweisung ein, wenn der Mieter die mangelnde Umlagefähigkeit rügt.

3. Vereinbarung über die Umlage neuer Betriebskosten im Mietvertrag

Der Mietvertrag kann bereits selbst eine Vereinbarung enthalten, nach welcher Betriebskosten, die neu anfallen und bislang nicht umgelegt sind, automatisch umlagefähig werden. Hier ist jedoch zu differenzieren zwischen Betriebskosten, welche

⁸ BGH GE 2006, 1473 = NZM 2006, 896 = WuM 2006, 612 = ZMR 2007, 25; GE 2004, 613 = NZM 2004, 417 = WuM 2004, 290 = ZMR 2004, 430.

⁹ BGH GE 2006, 1473 = NZM 2006, 896 = WuM 2006, 612 = ZMR 2007, 25; hierzu *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 55.

¹⁰ *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 55; *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1577.

¹¹ BGH GE 2014, 661 = WuM 2014, 336; NZM 2008, 81 = WuM 2007, 694 = ZMR = ZMR 2008, 107.

¹² Hierzu umfassend *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, H Rn. 268 ff.

- bei Vertragsschluss nicht umlagefähig waren, jedoch zukünftig unter die Regelungen des § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV fallen;
- bei Vertragsschluss nach § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV umlagefähig waren, jedoch nicht umgelegt wurden;
- unter § 2 Nr. 17 BetrKV fallen („sonstige Betriebskosten“), jedoch bei Vertragsschluss nicht anfielen oder nicht umlagefähig waren.

Zudem ist zu differenzieren zwischen der *Auslegung der ursprünglichen Umlagevereinbarung* einerseits und der Verwendung einer *Mehrbelastungsklausel* andererseits.

a) Ergänzende Vertragsauslegung der Umlagevereinbarung

aa) Bei Vertragsschluss nach § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV nicht umlagefähige Betriebskosten

Obwohl an sich die in dem Mietvertrag umgelegten Kosten bindend sind, können die Parteien vereinbaren, dass nicht nur diese, sondern auch zukünftig umlagefähig werdende Kosten umgelegt werden können. Wird der vollständige Katalog und somit der größtmögliche Betriebskostenumfang als umlagefähig vereinbart, so ist bereits dieser Abrede im Wege der *Vertragsauslegung* zu entnehmen, dass auch zukünftig durch den Ordnungsgeber explizit, also über die Nrn. 1 bis 16, für umlagefähig deklarierten Betriebskosten erfasst werden. Das gilt insbesondere bei einer Nettomietvereinbarung unter *vollständiger Verweisung auf § 2 BetrKV/Anlage 3 zu § 27 II. BV*.¹³ Denn hier ist dem Parteiwillen zu entnehmen, dass der nicht variable und nur über § 558 ff. BGB zu erhöhende Mietanteil nur die Gegenleistung für die Überlassung und Erhaltung der Mietsache und die (in der Wohnraummiete) nicht umlegbaren (Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Verwaltungskosten) darstellt. Im Übrigen soll der Mieter alle Betriebskosten aktuell und zukünftig tragen. Eine zusätzliche Mehrbelastungsklausel ist hier nicht erforderlich.¹⁴ Das gilt nach hiesiger Auffassung sowohl bei einer allgemeinen Verweisung auf die BetrKV/Anlage 3 zu § 27 II. BV als auch bei einer vollständigen Aufzählung des Katalogs. Denn letzteres gibt ebenfalls zu erkennen, dass die Parteien das umlegen wollen, was gesetzlich möglich ist,¹⁵ da ein bewusstes Offenlassen in der Umlagevereinbarung nicht erkennbar ist.¹⁶

bb) Umlagefähige aber nicht umgelegte Betriebskosten nach § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV

War es dem Vermieter bei Vertragsschluss möglich, solche Betriebskosten, die in dem Katalog des § 2 BetrKV explizit aufgezählt waren (Nrn. 1 bis 16) umzulegen, hat er jedoch davon abgesehen oder ist die Umlagevereinbarung fehlgeschlagen, so bleibt es bei den umgelegten Kosten. Eine nachträgliche einseitige Umlage solcher Betriebskosten ist der ursprünglichen

¹³ Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 54; *Sternel NZM* 2015, 873 (880); *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1586 jeweils unter Bezugnahme auf BGH NZM 2004, 417. Die Entscheidung ist hierfür jedoch nur eingeschränkt heranzuziehen. Denn der BGH hat die nachträgliche Umlage der dortigen Hauswartkosten durch schriftliche Ankündigung ohne nähere Auseinandersetzung als rechtmäßig angesehen. Kernpunkt der Entscheidung waren dann erst die noch später angefallenen tatsächlichen Kosten, welche der BGH wegen der vorhergehenden Änderung des Vertrages als unproblematisch angesehen hat. Das bezieht sich jedoch nicht auf die Frage, ob die Vertragsänderung überhaupt zulässig war.

¹⁴ Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 55.

¹⁵ Einschränkend Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 54 (nur bei allgemeiner Verweisung auf den Katalog unter Bezugnahme auf OLG Schleswig ZMR 2012, 866).

¹⁶ *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1586.

Vereinbarung nicht zu entnehmen, und zwar sowohl hinsichtlich solcher Betriebskosten, die hätten umgelegt werden können, als auch solcher, die erst später nach § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV umlagefähig werden.¹⁷

cc) Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV („sonstige Betriebskosten“), die bei Vertragsschluss nicht anfielen oder nicht umlagefähig waren

Bei den sonstigen Betriebskosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV greifen die vorstehenden Grundsätze ergänzender Vertragsauslegung schon deshalb nicht, weil eine Verweisung auf den Katalog des § 2 BetrKV/Anlage 3 zu § 27 II. BV nicht zu einer Umlage hiervon erfasster Betriebskosten führt. Denn während die Kosten der Nrn. 1 bis 16 explizit aufgezählt und daher ausreichend bestimmbar sind, bedarf es für die sonstigen Betriebskosten einer konkreten Nennung der Kostenart im Mietvertrag.¹⁸

b) Die Verwendung einer Mehrbelastungsklausel

aa) Zulässigkeit einer Mehrbelastungsklausel

Mehrbelastungsklauseln, nach denen der Vermieter berechtigt sein soll, nach Vertragsschluss neu anfallende oder entstehende Betriebskosten auf den Mieter umzulegen, sind sowohl in der Gewerberaummieta,¹⁹ als auch der Wohnraummieta grundsätzlich zulässig,²⁰ soweit sie sich auf gesetzlich zulässige Betriebskosten beschränken²¹ und nicht zu einer rückwirkenden Kostenbelastung, also ab deren Entstehung, führen.²² Wirksam ist daher die Klausel:

„Werden öffentliche Abgaben neu eingeführt oder entstehen Betriebskosten neu, so können diese vom Vermieter im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften umgelegt und angemessene Vorauszahlungen festgesetzt werden.“²³

bb) Wirkung einer Mehrbelastungsklausel

Weist der Mietvertrag eine wirksame Mehrbelastungsklausel auf, so darf der Vermieter hinsichtlich der Kostenarten nach § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV für neu umlegbar erklärte Betriebskosten – infolge einer Änderung der BetrKV – ebenfalls umlegen, nicht aber solche, die bereits bei Vertragsschluss umlegbar waren, jedoch nicht einbezogen wurden, da insoweit bereits eine Negativregelung vorliegt,²⁴ bzw. diese jedenfalls vorhersehbar waren.²⁵ Das wird

¹⁷ Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 55.

¹⁸ BGH NZM 2004, 417 = WuM 2004, 290 = ZMR 2004, 430; Beyerle in Lindner-Figura/Oprère/Stellmann Geschäftsraummieta 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 57; Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 320; Stornel NZM 2015, 873 (880).

¹⁹ Beyerle in Lindner-Figura/Oprère/Stellmann Geschäftsraummieta 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 78.

²⁰ BGH NZM 2006, 896 = WuM 2006, 612 = ZMR 2007, 25; Beyerle in Lindner-Figura/Oprère/Stellmann Geschäftsraummieta 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 79; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C 55; Seldeneck/Wichert/Fallak Gewerbemiete 1. Aufl. 2013 Fall 70 Rn. 1; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1570 ff.

²¹ Beyerle in Lindner-Figura/Oprère/Stellmann Geschäftsraummieta 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 79; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 20.

²² BGH NZM 2007, 769 = WuM 2007, 851 = WuM 2007, 571 unter Bezugnahme auf BGH NJW 1993, 1961; umfassend Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, 26 ff.

²³ BGH NZM 2006, 896 = WuM 2006, 612 = ZMR 2007, 25.

²⁴ Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 55; differenzierend hinsichtlich einer Ausweisung der Betriebskostenanteile in der Teilklausurmiete Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 351 f.

²⁵ Beyerle in Lindner-Figura/Oprère/Stellmann Geschäftsraummieta 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 81.

teilweise dann abgelehnt, wenn die Mehrbelastungsklausel auch in den Nrn. 1 bis 16 die nachträglich anzusetzenden Kosten nicht klar und verständlich aufzeige.²⁶ Das jedoch widerspricht dem Sinn und Zweck der Klausel, da der Vermieter sie gerade deshalb benötigt, weil er bei Vertragsschluss (insbesondere im Rahmen eines für nur mit besonderem Grund kündbaren und daher auf Langfristigkeit angelegten Wohnraummietvertrages) zukünftige Kosten, die aus tatsächlicher Notwendigkeit oder gesetzlicher Verpflichtung entstehen, nicht absehen kann. Er braucht die Umlagemöglichkeit, um die Vermietung wirtschaftlich zu halten, worin ein Hauptzweck des Betriebskostenrechts besteht.

Anders verhält sich die Situation bei den *sonstigen Betriebskosten* nach § 2 Nr. 17 BetrKV. Hier ist die Folge streitig. Nach hiesiger Auffassung ist die Umlage neu anfallender Betriebskosten möglich, wenn es sich um sonstige Betriebskosten handelt, die unter Nr. 17 als umlagefähig angesehen werden, wobei (wie sonst auch) der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu beachten ist.²⁷ Teilweise wird vertreten, dass die Umlage der Kosten von der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots abhängig sei und Vermieter gegenüber dem Mieter zudem eine Umlageerklärung entsprechend § 560 Abs. 1 Satz 2 BGB abgeben müsse.²⁸ Das ist jedoch mit dem Wesen des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht in Einklang zu bringen, dessen Einhaltung jedenfalls im preisfreien Wohnraum grundsätzlich keine Voraussetzung der Umlagefähigkeit ist.²⁹ Insofern wäre aufgrund der Parteivereinbarung zwar nicht ausgeschlossen, aber dennoch systemwidrig, ein solches Tatbestandsmerkmal nunmehr in die Mehrbelastungsklausel hineinzulesen. Letzteres gilt ebenso für das Erfordernis einer Umlageerklärung. Schließlich soll das Transparenzgebot einer Mehrbelastungsklausel entgegenstehen,³⁰ das jedenfalls dann, wenn die später umzulegenden Kosten nicht schon im Mietvertrag benannt sind.³¹ Im letzteren Fall läge aber schon von der Definition her keine Mehrbelastungsklausel vor, sondern die unter II. 1. bereits aufgeführte Situation, dass die Kosten schon von Beginn an umgelegt sind, jedoch erst später anfallen.

4. Spätere Vereinbarung über die Umlage weiterer Betriebskosten

Die Parteien können das Mietverhältnis jederzeit im Rahmen zulässiger Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen (hier insbesondere § 556 Abs. 4 BGB iVm. der BetrKV) und ggf. AGB-rechtlicher Hindernisse inhaltlich abändern. Darunter fällt auch die Betriebskostenumlage.³² Solche Vereinbarungen können sowohl ausdrücklich als auch konkludent getroffen werden. Allerdings muss hierbei ggf. das Schriftformerfordernis des § 550 BGB beachtet werden bzw. erhalten bleiben.

a) Ausdrückliche Vereinbarung neuer Betriebskosten

Verhandeln die Parteien den Mietvertrag nach und nehmen neue, bislang nicht umgelegte Betriebskosten in die Umlagevereinbarung auf, so unterliegen sie hierbei jedenfalls in der

²⁶ Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1575.

²⁷ Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 56; Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 281.

²⁸ Blank NZM 2007, 233 (234); Sternel NZM 2015, 873 (880).

²⁹ BGH GE 2015, 249 = NZM 2015, 132 = ZMR 2015, 220; grundlegend BGH GE 2008, 116 = NZM 2008, 78 = WuM 2008, 29 = ZMR 2008, 195.

³⁰ Beyer GE 2007, 950 (954).

³¹ Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1575.

³² Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 566 Rn. 342.

Wohnraummiete den Grenzen des § 556 Abs. 4 BGB. Hiernach darf von den Vorschriften des § 556 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden. Da § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB die in der BetrKV genannten Betriebskosten als umlagefähig bezeichnet, finden mögliche Vereinbarungen der Parteien hierin ihre Grenzen. Bislang nicht näher vertieft ist die Frage, ob eine Umlage weiterer Betriebskosten auch dann zulässig ist, wenn diese zwar nicht von dem Katalog des § 2 BetrKV erfasst sind, hierdurch jedoch kein Nachteil des Mieters eintritt, da die Gesamtkosten nicht steigen, ggf. sogar sinken, wie etwa im Falle des Betriebskostenmanagements. Dieses ist nach hiesiger Auffassung zulässig.³³

Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Umlage bislang in der Inklusivmiete enthaltener Betriebskosten dahingehend, dass diese nunmehr von dem Mieter vollständig getragen werden, eine *Nettomieterrhöhung* darstellt, wenn die kalkulatorischen Inklusivmietenanteile nicht aus dieser extrahiert und die Miete entsprechend verringert wird. So sieht es auch die bei der Umstellung auf eine verbrauchsbezogene Abrechnung anzuwendende Regelung des § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB vor („*Sind die Kosten bislang in der Miete enthalten, so ist diese entsprechend herabzusetzen*“). Andernfalls zahlt der Mieter die Betriebskosten doppelt, da er weiterhin den diese berücksichtigenden kalkulatorischen Bestandteil der Grundmiete trägt und zudem die vollständigen Kosten erneut über die Abrechnung. Insofern muss der bei Vertragsschluss einkalkulierte Inklusivmietenanteil herausgenommen werden, der häufig geringer sein wird, als die aktuellen (gestiegenen) Kosten. Bei gänzlich neuen Betriebskosten kann das sogar entfallen, da sie nie einkalkuliert wurden.

b) Konkludente Vereinbarung neuer Betriebskosten durch Abrechnung und Bezahlung

Hierbei handelt es sich um diejenigen Fälle, in denen der Vermieter laufend über Betriebskosten abrechnet, die nicht umgelegt sind, also inhaltlich falsche Abrechnungen erstellt, die jedoch wortlos vom Mieter bezahlt (oder Guthaben in ausgewiesener Höhe entgegen genommen) werden.

aa) Abgrenzung: Konkretisierung unklarer Vereinbarungen

Kein Fall einer erst später zwischen den Parteien getroffenen Abrede liegt vor, wenn die Umlage von Betriebskosten bereits im Mietvertrag enthalten, jedoch unklar war oder zumindest geworden ist³⁴ (etwa weil zunächst bestehende Umlageverbote später weggefallen sind³⁵). Hier wird durch nachträgliche Handhabung die bereits getroffene Vereinbarung lediglich präzisiert.

bb) Neue Umlagevereinbarung durch Abrechnung und Bezahlung

Die Frage, ob die Parteien alleine dadurch, dass der Vermieter nicht umgelegte Betriebskosten in die Abrechnung einstellt, die der Mieter bezahlt, zu einer Änderung der vertraglichen Umlagevereinbarung führen kann, hat die Rechtsprechung seit langem beschäftigt. So wurde früher etwa vertreten, die dritte,³⁶ fünfte,³⁷ sechste³⁸ oder achte³⁹ Bezahlung des

³³ Umfassend hierzu *Zehlein* NZM 2014, 649 (658 ff.).

³⁴ Vgl. BGH NZM 2008, 81; *Langenberg/Zehlein* Betriebskostenrecht, 8. Aufl. 2016, Rn. B 60 ff.

³⁵ BGH NZM 2011, 400 = WuM 2011, 214 = ZMR 2011, 536.

³⁶ LG Heilbronn NZM 2004, 459

³⁷ LG Münster NZM 2004, 498.

³⁸ BGH GE 2000, 1614 = NJW-RR 2000, 1463 = NZM 2000, 96; AG Pinneberg ZMR 2005, 371.

³⁹ AG Gießen GuT 2004, 231 = NZM 2005, 217 = ZMR 2004, 824.

Abrechnungssaldos könne für eine Vertragsänderung ausreichen, die zweite⁴⁰ oder vierte⁴¹ jedoch nicht.

Der VIII. Senat des BGH⁴² hat einer konkludenten Vertragsänderung alleine durch Abrechnung nicht umgelegter Betriebskosten und deren Bezahlung inzwischen jedoch eine eindeutige Absage erteilt. Die Übersendung der Abrechnung sei kein Angebot des Vermieters auf Vertragsänderung und deren Ausgleich keine Annahme, so keine weiteren besonderen Umstände vorliegen. Der Senat bezieht sich dabei auf seine frühere Rechtsprechung⁴³ und erklärt:

„Dem BerGer. ist auch darin beizupflichten, dass eine (stillschweigende) Änderung der mietvertraglichen Umlagevereinbarung nicht schon dadurch zu Stande kommt, dass der Vermieter Betriebskosten abrechnet, zu deren Umlage er nach dem Mietvertrag nicht berechtigt ist, und der Mieter eine darauf beruhende Nachzahlung begleicht. Denn aus Sicht des Mieters ist der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht, nicht ohne Weiteres, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände ein Angebot des Vermieters zu entnehmen, eine Änderung des Mietvertrags herbeiführen zu wollen.“

Das galt in dem dortigen Fall allerdings auch, nachdem zuvor 35 Jahre lang über nicht vereinbarte Betriebskosten abgerechnet und dieses vom Mieter hingenommen wurde, so dass von einer bestimmten Anzahl von Abrechnungen, die bei Erreichung eine neue Umlagevereinbarung begründen könne, nicht mehr ausgegangen werden kann.

Allerdings hat der BGH in der Entscheidung zugleich die Möglichkeit eines vorstehend genannten „besonderen Umstandes“ gesehen. Denn der Vermieter hatte vorgetragen, dem Mieter die neue Betriebskostenumlage zuvor „schriftlich oder mündlich“ (!) mitgeteilt zu haben. Das könne bei Bezahlung die Akzeptanz eines, wie der BGH wohl meint, in der Ankündigung iVm. der Abrechnung zu sehenden Angebots darstellen. Dem ist so allgemein nicht zuzustimmen. Die Übersendung einer Abrechnung mit nicht vereinbarten Betriebskosten ist auch dann kein Angebot i.S. des § 145 BGB, wenn der Vermieter das vorher ankündigt. Unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 157 BGB) ist ein Angebot objektiv⁴⁴ auszulegen und nur dann als solches zu verstehen, wenn es den Antragsgegner in die sogenannte Annahmeposition versetzt, es also von seinem Willen abhängt, ob der Vertrag zu den angebotenen Konditionen geschlossen (abgeändert) wird oder nicht.⁴⁵ Die bloße Mitteilung einer neuen Betriebskostenumlage wird der Mieter jedoch nicht als Angebot,⁴⁶ sondern als *Leistungsbestimmung* nach § 315 BGB verstehen, zum Teil wird gar ein arglistiges Verhalten

⁴⁰ LG Karlsruhe GuT 2002, 177.

⁴¹ AG Pinneberg NZM 2005, 16 = ZMR 2004, 595.

⁴² BGH GE 2014, 1134 = NZM 2014, 748 = WuM 2014, 550 = ZMR 2014, 965.

⁴³ BGH NZM 2007, 81 unter weiterer Bezugnahme auf die Rechtsprechung des XII. Senats in NZM 2000, 961. Entgegen dem dortigen Leitsatz war aber nicht alleine das zeitliche Moment, sondern der Wechsel des Vermieters das ausschlaggebende Moment für die „besonderen Umstände“, welche letztlich die Vertragsänderung herbeigeführt haben.

⁴⁴ Staudinger/Reinhard Bork Neubearbeitung 2015 § 145 Rn. 4.

⁴⁵ Beyerle in Lindner-Figura/Oprèe/Stellmann Geschäftsraummiete 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 74; Staudinger/Reinhard Bork Neubearbeitung 2015 § 145 Rn. 33.

⁴⁶ Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 345.

bei bewusster Erstellung einer falschen Abrechnung angenommen.⁴⁷ Davon, dass es ihm freisteht, die neuen Betriebskosten zu tragen und dass er dem nur durch Zahlung der Nachforderung (oder Entgegennahme des Guthabens⁴⁸) zustimmt, hiervon aber auch absehen kann, geht er nicht aus. Auf ein solche Angebot würde er auch nicht eingehen, da er hierdurch meist nur Nachteile erhält, zumal hiermit eine Herabsetzung der Kaltmiete (bei gesetzlichem Wechsel nach § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB vorgesehen) nicht verbunden ist. Er trägt also mehr Betriebskosten, weil die Umlage in aller Regel auf einer Kostensteigerung gegenüber dem kalkulatorischen Inklusivanteil basiert. Zudem erhält er ohne Extrahierung dieses Anteils eine *Nettomietterhöhung*.

Gegen die Auffassung des BGH ist auch die seit langem bekannte Rechtsprechung zur sogenannten *Scheck- oder auch Erlassfalle* einzuwenden. Diese Fallkonstellation ist rechtlich mit der hiesigen identisch. Ihr liegt die Situation zugrunde, dass die Parteien sich über das Bestehen oder jedenfalls die Höhe eines Anspruchs streiten. Daraufhin übersendet der (vermeintliche) Schuldner dem (vermeintlichen) Gläubiger einen Scheck über einen Betrag, der denjenigen des von diesem geforderten unterschreitet. Löst der Gläubiger den Scheck ein, so führt dieses an sich – und insoweit noch kongruent mit der Ansicht des VIII. Senats zur konkludenten Betriebskostenumlage – mangels Rechtsbindungswillens keinen Abschluss eines Vergleichs- oder Erlassvertrages (§ 779 BGB, bzw. § 397 Abs. 1 BGB) herbei. Nach der einhelligen Rechtsprechung bedarf es vielmehr eines ausdrücklichen Angebotes hierzu, aus dem sich für den Gläubiger unmissverständlich ergibt, dass der Schuldner mit der der Teilzahlung (die der Ausweisung eines um die Berücksichtigung an sich nicht umlagefähiger Betriebskosten verringerten Guthabens in der Abrechnung entspricht) einen Streit über die Forderungshöhe endgültig und rechtsverbindlich ausschließen möchte.⁴⁹ So der BGH⁵⁰:

„Hat die den Abschluß eines Abfindungsvertrages anbietende Partei zum Zwecke der Vertragserfüllung einen Scheck mit der Bestimmung übergeben, daß er nur bei Annahme des Vertragsangebotes eingelöst werden darf, und hat sie gleichzeitig auf eine Annahmeerklärung der Gegenseite verzichtet, so ist in der widerspruchslos erfolgenden Einlösung des Schecks regelmäßig die Annahme des Vertragsantrages zu sehen.“

In einer neueren Entscheidung hat der BGH⁵¹ selbst die Einlösung eines Schecks über einen Teilbetrag, dessen Übersendung verbunden war mit der Mitteilung

„Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass mit der Einlösung des Schecks alle Ansprüche aus diesem Schaden abgegolten sind“

⁴⁷ Beyerle in Lindner-Figura/Oprère/Stellmann Geschäftsraummieta 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 74.

⁴⁸ Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 566 Rn. 348.

⁴⁹ BGH NJW 2001, 2325; NJW 1990, 1656; OLG Koblenz WuM 2003, 26; BeckOK BGB/Dennhardt BGB Stand 01.11.2015, § 397 Rn. 15; Schlüter in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2016, § 397 Rn. 4.

⁵⁰ BGH NJW NJW-RR 1986, 415.

⁵¹ BGH MDR 2008, 274, dass der Scheckbetrag nur eine Summe von 0,2% der Forderung ausmache, war ausweislich der Entscheidungsgründe nicht der ausschlaggebende, sondern nur ein verstärkender Aspekt. Der Senat hat primär darauf abgestellt, dass der Hinweis kein Angebot darstellen, sondern nur die Rechtsauffassung der Schuldnerin wiedergeben würde.

nicht als ausreichend rechtverbindlich angesehen, als dass hierüber eine Vergleichsvertrag begründet worden wäre.

Die somit notwendigen Voraussetzungen eines Vergleichsabschlusses sind daher in keiner Weise durch die schlichte Mitteilung des Vermieters, neue Betriebskosten umzulegen, erfüllt. Aus dieser geht nicht ansatzweise hervor, dass es sich um ein Angebot handelt, welches bei Annahme durch Zahlung einen Vertragsschluss herbeiführt, da sowohl der Hinweis auf den beabsichtigten Vertragsschluss selbst fehlt, als auch derjenige auf die Verknüpfung der Zahlung mit dem Vertragsschluss.

Hinzu kommt, dass eine Erlassfalle gerade dann ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner durch die gewählte Art des beabsichtigten Vertragsschlusses beabsichtigt, den Gläubiger durch eine vermeintliche Annahmehandlung in die Erlassfalle zu locken.⁵² Eben das beabsichtigt der Vermieter aber, wenn er dem Mieter schlicht mitteilt, er werde nun neue Betriebskosten umlegen, und so darauf spekuliert, dieser werde dann schon zahlen, anstelle im Rahmen eines „normalen“ Angebotes, das auch als solches erkennbar ist, an diesen heranzutreten. Eben diesen Weg wird er gerade deshalb nicht wählen, da er dann, wenn der Mieter um die Freiwilligkeit der Annahme weiß, mit der Ablehnung des Angebotes rechnet.

Zudem müsste die *Vereinbarung rückwirkend* gelten für ca. 2 Jahre. Denn die vertragliche Grundlage der nun umgelegten Betriebskosten sowie der Kostenabfall stellen auf den Abrechnungszeitraum ab und nicht den Zeitpunkt der Bezahlung der Abrechnung. Erhält der Mieter zB. im Dezember 2015 (Abrechnungsjahr ist das Kalenderjahr) eine Betriebskostenabrechnung und zahlt diese im Januar 2016, dann würde diese Vertragsannahme nachträglich die Mietstruktur bis zurück zum Januar 2014 ändern. Zudem wäre er nur dann damit einverstanden, wenn der *Inklusivmietenanteil* der Betriebskostenart nicht nur aus der *Grundmiete herausgenommen*, sondern zugleich auch als *Vorauszahlung eingestellt* würde, da in dem Abrechnungszeitraum auf die Betriebskostenart (mit dem Inklusivmietenanteil) gezahlt wurde. Nichts anderes läge ja einer entsprechenden Vereinbarung bei Mietvertragsschluss zugrunde und so sieht es auch § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB vor, der lediglich das gesetzliche Pendant zu einer solchen Vereinbarung darstellt. Würde der Inklusivanteil nicht herausgenommen und als Vorauszahlung eingestellt, würde sich der Mieter 2 Jahre rückwirkend verpflichten, einer erhöhte Nettomiete zu zahlen und zudem die vollständigen Betriebskosten ohne hierfür eine Vorauszahlung geleistet zu haben.

Dass der durchschnittliche Mieter ein Einverständnis mit den vorstehend aufgeführten Rechtsfolgen tatsächlich mit der Zahlung erklärt, kann kaum ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

Weiterhin ist zu beachten, dass eine solche Mitteilung, insbesondere in fernmündlicher oder schriftlicher Form, meist einer *Widerrufsbelehrung* (§§ 312d BGB) bedarf.⁵³ Erfolgt diese nicht, kann der Mieter, dem ein solches Widerrufsrecht zusteht, seine auf dem Ausgleich der Nachforderung basierende Zustimmung zu der Vertragsänderung gem. § 356 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 BGB bis zum Ablauf von 1 Jahr und 14 Tagen widerrufen. Dadurch kann eine Kollision

⁵² OLG Jena VersR 2001, 980.

⁵³ So auch *Lützenkirchen* NJW 2015, 1740 (1741).

mit der Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5, 6 BGB eintreten, welche bereits mit Erhalt der Betriebskostenabrechnung zu laufen beginnt.

5. Gesetzliche Regelungen zur späteren Umlage von Betriebskosten auf den Mieter

Mit den Regelungen der §§ 556a und 556c BGB besteht weiterhin von Gesetzes wegen die Möglichkeit, neue oder zumindest in der Inklusivmiete bereits enthaltene Betriebskosten auf den Mieter umzulegen. Diese sollen hier nur der Vollständigkeit halber benannt, jedoch nicht weiter erörtert werden.

a) § 556a Abs. 2 BGB – Wechsel in die verbrauchsbezogene Abrechnung

Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass eine verbrauchsbezogene Abrechnung sowohl eine hohe Verteilungsgerechtigkeit, also auch einen sparsamen Umgang mit Energie fördert,⁵⁴ ist der Vermieter nach § 556a Abs. 2 BGB in der Lage, Betriebskosten, die bislang in der (Teil-) Inklusivmiete enthalten waren, aus dieser zu extrahieren und eine verbrauchsabhängige Abrechnung neu in den Vertrag einzuführen. Die Vorschrift übernimmt die Regelung des § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 MHG. Voraussetzung ist, dass die technischen Möglichkeiten einer verbrauchs-, bzw. verursachungsbezogenen Abrechnung (insb. Wasser/Entwässerung und Müll) bestehen. Ob die Verbrauchserfassung schon bei Beginn des Mietverhältnisses möglich war oder erst später geschaffen wurde, ist zwar rechtlich, aber faktisch ohne Relevanz. § 556a Abs. 2 BGB erfasst an sich nur die Einrichtung der Erfassungsgeräte während des Mietverhältnisses und eine dadurch ermöglichte Umstellung auf verbrauchsbasierte Abrechnung. Bestand diese Möglichkeit schon bei Vertragsschluss, besteht die Pflicht zur verbrauchs- oder verursachungsabhängigen Abrechnung aus Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift, die iGz. Satz 1 keiner anderen Parteivereinbarung zugänglich ist.⁵⁵

Der Wechsel in die verbrauchsabhängige Abrechnung ist nach § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB mit einer Herabsetzung der Miete zu verbinden, wenn diese Kosten bislang in dieser enthalten waren. Diese gesetzliche Wertung und wirtschaftliche Notwendigkeit wurde bei der Frage einer vertraglichen Umlage durch laufende Abrechnung bislang gänzlich übersehen (siehe oben II. 4. b) bb)).

b) § 556c BGB – Umstellung auf Wärmelieferung

Nach der Regelung des § 556c BGB kann der Vermieter, wenn die Heizkosten zwar auf den Mieter umgelegt sind, dieses jedoch nur im Wege der Selbstversorgung (§ 2 Nr. 4a BetrKV/ § 7 Abs. 2 HeizKV) erfolgt und die Umlage der Wärmelieferung nicht ebenfalls vereinbart ist, dennoch nach der Umstellung auf Wärmelieferung deren Kosten auf den Mieter umlegen. Voraussetzung hierfür ist neben einer Effizienzverbesserung, dass die Wärme aus einer neuen Anlage oder einem Wärmenetz erfolgt (§ 556c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB). Bei ausreichend hohem Jahresnutzungsgrad der Anlage kann der Vermieter auch auf ein Betriebsführungscontracting zurückgreifen und diese Kosten umlegen (§ 556c Abs. 1 Satz 2 BGB). In jedem Fall dürfen dem Mieter keine höheren Kosten durch die Umstellung entstehen

⁵⁴ BT-Drs. 14/4553 S. 51.

⁵⁵ Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 560 Rn. 81; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 2357.

(Wahrung des Neutralitätsgebots, § 556c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB). Die Anforderungen für die vorgenannten Voraussetzungen ergeben sich aus der Wärmelieferungsverordnung.

6. Neue Betriebskosten im Zuge einer duldpflichtigen Modernisierung

Nach der Rechtsprechung des BGH⁵⁶ kann der Vermieter auch solche neuen Betriebskosten auf den Mieter umlegen, die im Zuge einer Modernisierung erst entstehen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass es sich um eine duldpflichtige Maßnahme iSd §§ 555b und 555d handelt. Nach der Entscheidungsbegründung selbst handelt es sich zunächst um eine ergänzende Vertragsauslegung der ursprünglichen Umlagenabrede zu dieser Betriebskostenart. In dem entschiedenen Fall waren die Kosten der Gemeinschaftsantenne vertraglich umgelegt. Nach dem Anschluss der Liegenschaft an ein Breitbandkabelnetz fielen diese weg und wurden durch die neuen Kosten ersetzt. Der BGH hat es dahinstehen lassen, ob die Kosten des Breitbandkabelanschlusses von der bisherigen Vereinbarung bereits sinngemäß erfasst wurden. Vielmehr sieht er im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dieser Abrede auch solche Kosten als umlagefähig an, die zwar nicht von der ursprünglichen Vereinbarung erfasst sind, diese jedoch aufgrund der Modernisierung ersetzen.

Die tatsächliche Bedeutung der Entscheidung wird jedoch deutlich umfangreicher verstanden dahingehend, dass eine Vereinbarung zur Betriebskostenumlage überhaupt so auszulegen ist, dass neue Betriebskosten, die im Zuge einer duldpflichtigen Modernisierung entstehen, ebenfalls umgelegt werden können.⁵⁷ Das scheint sich auch aus der Regelung des § 559 Abs. 4 BGB zu ergeben, nach welcher im Rahmen der Härtefallprüfung auch die „voraussichtlichen künftigen Betriebskosten“ zu berücksichtigen sind. Ob der Gesetzgeber jedoch wirklich hierbei vorausgesetzt hat, dass die Modernisierung die Umlage hierdurch bedingter neuer Betriebskosten ermöglicht,⁵⁸ ist nicht erkennbar. Teilweise wird auf neue Betriebskosten abgestellt, die etwa durch den Einbau eines Fahrstuhls zu erwarten sind,⁵⁹ wobei jedoch unklar ist, ob sich das nur auf den erstmaligen Kostenanfall einer an sich schon im Mietvertrag enthaltener Betriebskostenumlage oder tatsächlich eine Neuumlage bezieht. Möglich und einzig (aber nicht zwingend abschließend) in der Gesetzesbegründung erwähnt ist daher auch, dass lediglich die Entwicklung der laufenden Betriebskosten mit zu berücksichtigen ist, so dass etwa die Verringerung der Heizkosten im Fall einer energetischen Modernisierung die Modernisierungskosten relativieren könnte (umgekehrt aber auch Kostensteigerungen eintreten können).⁶⁰

⁵⁶ BGH GE 2007, 1310 = NZM 2007, 769 = WuM 2007, 571 = ZMR 2007, 851.

⁵⁷ LG Magdeburg GE 2012, 131 = NZM 2012, 544 = ZMR 2011, 957; LG Berlin GE 2011, 1161 (sogar gänzlich ohne Umlagevereinbarung); AG Duisburg, Urteil vom 29.05.2012 - 49 C 287/12; AG Pinneberg, Urteil vom 13.04.2011 - 83 C 309/10; AG Lübeck NZM 2008, 929 = ZMR 2008, 302; BeckOK BGB/Ehlert BGB Stand 01.05.2014, § 556 Rn. 40; *Langenberg* in Schmidt-Futterer Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 46; *Langenberg/Zehlein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 69; *Lützenkirchen* in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 362; *Sternel* NZM 2015, 873 (880); *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1581.

⁵⁸ So wohl *Lützenkirchen* in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 358.

⁵⁹ *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 559 Rn. 101.

⁶⁰ BT-Drs. 17/10485, S. 24.

III. Umlagefähigkeit einzelner neuer Betriebskostenarten

Nachfolgend sollen aktuell relevante, bzw. diskutierte neue Betriebskosten näher behandelt werden. Einerseits hinsichtlich der Frage, ob und in welchen Umfang sie umlagefähig sind, andererseits dahingehend, inwieweit diese in laufende Vertragsverhältnisse eingeführt werden können.

1. Wartung und Anmietung von Rauchwarnmeldern

a) Grundlegendes, insb. bauordnungsrechtliche Vorschriften.

Die Problematik der Umlage von Kosten im Zusammenhang mit Rauchwarnmeldern ist nicht gänzlich neu. Vermieter könnten möglicher Weise aufgrund versicherungsrechtlicher Vorgaben oder entsprechender Nachteile im Schadensfall zu der Verwendung dieser verpflichtet sein. Entsprechende Vermutungen enthalten jedenfalls eine Reihe gerichtlicher Entscheidungen gerade zum WEG-Recht⁶¹ und nunmehr auch des VIII. Senats⁶² was jedoch in der Literatur durchaus anders gesehen wird.⁶³ Erhebliche Aktualität hat die Thematik jedoch durch die Einführung der Einbau-, Nachrüstungs- und Wartungspflicht von Rauchwarnmeldern in den Landesbauordnungen der meisten Bundesländer erfahren.⁶⁴ Von betriebskostenrechtlicher Bedeutung ist hierbei die öffentlich-rechtliche Nachrüstungs-, sowie die Wartungspflicht.

b) Verpflichtete aus den Landesbauordnungen und betriebskostenrechtliche Relevanz

Die jeweiligen Landesbauordnungen weisen unterschiedliche Regelungen dahingehend auf, wer als Adressat der Regelung zur Nachrüstung verpflichtet bzw. verantwortlich ist. Zudem wird hierbei noch einmal zwischen dem Einbau der Rauchwarnmelder, ihrer Nachrüstung und der Wartung unterschieden. Es existieren unterschiedlichste Kombinationen dahingehend, wer jeweils zuständig ist.

aa) Kein Einfluss der Landesbauordnung auf die Betriebskostenumlage

Die Regelungen der jeweiligen landesrechtlichen Verantwortlichkeit für den Einbau und die Wartung der Rauchwarnmelder sind für die Frage der betriebskostenrechtlichen Umlagefähigkeit⁶⁵ jedoch zunächst einmal ohne Relevanz.

Das Betriebskostenrecht kennt einen Grundsatz, dass Kosten nur dann umlagefähig sind, wenn der Vermieter zu der Durchführung der kostenauslösenden Maßnahme verpflichtet ist, nicht. Insofern enthält bereits der Katalog des § 2 BetrKV eine Reihe von Leistungen, bei denen der Vermieter frei ist dahingehend, ob er sie in Anspruch nimmt oder nicht (zB. Hauswart, Aufzug,

⁶¹ So jedenfalls angedacht von BGH GE 2013, 953 = NZM 2013, 512 = WuM 2013, 427 = ZMR 2013, 642; LG Halle GE 2014, 1531 = ZMR 2014, 986; vgl. weiterhin zB. LG Braunschweig GE 2014, 1535 = ZMR 2014, 813; AG Heidelberg Urt. vom 22.10.2014 – 45 C 52/14; AG Hamburg-Blankenese ZMR 2013, 965.

⁶² BGH NZM 2015, 587 = WuM 2015, 498 = ZMR 2015, 761.

⁶³ *Staudinger* ZMR 2015, 179.

⁶⁴ § 15 Abs. 7 LBO BW; Art. 46 Abs. 4 BayBO; § 48 Abs. 4 BremBauO; § 45 Abs. 6 HambBauO; § 13 Abs. 5 HBO; § 48 Abs. 4; LBauO MV; § 44 Abs. 5 NiedBauO; § 49 Abs. 7 LBauO NRW; § 44 Abs. 8 LBauO RP; § 46 Abs. 4 iVm. § 52 LBO Saarland; § 47 Abs. 4 SachsAnhBauO; § 49 Abs. 4 LBauO SH; § 48 Abs. 4 ThürBauO.

⁶⁵ Zum Verhältnis der Regelungen der Landesbauordnung zu den Beschlussfassungen der Wohnungseigentümer hinsichtlich der Ausstattung, insbesondere in zeitlicher Hinsicht, sowie dem Inhalt solcher Beschlüsse siehe *Riecke* (Einbau- und Wartungspflicht für Rauchwarnmelder; Umsetzung der Vorgaben der Landesbauordnung durch die Wohnungseigentümergeinschaft - zugleich Besprechung zu LG Karlsruhe, Urteil vom 30.6.2015, 11 S 109/14, NZM 2015, 899 -), demnächst in NZM.

Wäschepflege). Im Rahmen einer Umlage nach § 2 Nr. 17 BetrKV gelten dieselben Grundsätze, wie bei dem Katalog der Nrn. 1 bis 16, so dass hier keine anderen Anforderungen gestellt werden können.

bb) Differenzierung bzgl. der Verantwortlichen in der Rechtsprechung des BGH

Dem steht auch die Entscheidung des BGH vom 17.06.2015 (VIII ZR 290/14)⁶⁶ nicht entgegen. Der Senat hat sich hier mit der Frage beschäftigt, ob sich der Einbau von Rauchwarnmeldern, zumal bei Vorhandensein mieter eigener Geräte, als eine duldungspflichtige Modernisierung darstellt. In diesem Zusammenhang hat er sich umfassend mit der Frage auseinandergesetzt, ob die dort relevante Regelung des § 47 Abs. 4 SachsAnhBauO zumindest auch eine Pflicht des Mieters zur Ausstattung der Wohnung mit Rauchwarnmelder beinhaltet, da die Vermieterin den in diesem Verfahren zugrunde liegenden Duldungsanspruch ausdrücklich auf § 556b Nr. 6 BGB iVm. § 47 Abs. 4 SachsAnhBauO gestützt hatte. § 555b Nr. 6 BGB nimmt eine duldungspflichtige Modernisierung unter anderem dann an, wenn der Vermieter zu deren Durchführung gesetzlich verpflichtet ist.⁶⁷ Für das Betriebskostenrecht fehlt jedoch eine entsprechende Norm, sie ist insbesondere auch nicht § 2 Nr. 17 BetrKV zu entnehmen.

Ob der Vermieter Rauchwarnmelder einrichtet, unterliegt daher – zivilrechtlich - insbesondere als Eigentümer seiner eigenen Entscheidung. Die (soweit möglich) Umlagefähigkeit hieraus resultierender Kosten wird durch die Landesbauordnung nicht affektiert. Allenfalls wäre ein Verstoß gegen das betriebskostenrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot anzudenken.

cc) Keine Ausnahme aber Einschränkungen bei ausschließlicher Verantwortlichkeit des Mieters nach der Landesbauordnung

Die meisten Landesbauordnungen legen dem Mieter die laufende Sicherstellung der Betriebsbereitschaft auf, geben jedoch dem Vermieter die Möglichkeit, diese Kompetenz an sich zu ziehen und den Mieter so zu entlasten (so etwa in § 15 Abs. 5 HBO). Eine ausschließlich Zuständigkeit des Mieters hierfür ohne eine solche Übernahmekompetenz ist bislang nicht geregelt. Sie würde in diesem Fall aufgrund der unterschiedlichen Regelungsgehalte des Bauordnungs- und des Betriebskostenrechts auch der Umlage nicht entgegenstehen. Eine Benachteiligung des Mieters tritt schon deshalb nicht ein, weil er schon von Gesetzes wegen die Wartungskosten tragen müsste. Denkbar wäre hier jedoch einerseits, dass der Vermieter die Mehrkosten der von ihm gewünschten Rauchwarnmelder tragen müsste, was sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot ergibt. Zudem wäre die Umlage der Wartungskosten auf den Mieter nur dann angemessen, wenn es sich um Geräte handelt, welche die Anforderungen der jeweiligen Landesbauordnung erfüllen, mithin also den Vorgaben der DIN EN 14604 genügen.⁶⁸

c) Umlage der Wartungskosten

aa) Wartungsumfang

⁶⁶ BGH NZM 2015, 587 = WuM 2015, 498 = ZMR 2015, 761.

⁶⁷ *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 555b Rn. 151.

⁶⁸ *Oppermann/Steeger* WuM 2016, 3 (4).

Der Umfang der Wartung⁶⁹ ergibt sich aus der DIN 14676 Kap. 6 und beinhaltet:

- Sichtprüfung nach Beschädigungen oder sonstigen Beeinträchtigungen, ggf. Reinigung verstopfter (verstaubter) Raucheintrittsöffnungen
- Prüfung der Montage
- Prüfung der Abstände zu umliegenden Einrichtungen
- Prüfung eventueller baulicher oder Nutzungsänderungen der Räumlichkeit
- Akustische und optische Funktionsprüfung
- Funktionsprüfung der Batterie (Austauschvorgabe des Herstellers)
- Prüfung der Vernetzung bei draht- oder funkverbundenen Rauchwarnmeldern

Unproblematisch ist die Umlage der Wartungskosten, bzw. der Prüfung der Betriebsbereitschaft über § 2 Nr. 17 BetrKV hinsichtlich der vorstehenden Vorgaben.⁷⁰ Das ergibt sich bereits aus der Entscheidung des BGH vom 14.02.2007.⁷¹

bb) Abgrenzung zur Instandhaltung

So im Zuge der Prüfungen Mängel festgestellt werden, unterfällt deren Behebung an sich wiederum der Instandhaltung nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV und ist damit – jedenfalls in der Wohnraummiete - nicht umlagefähig.

Auszunehmen hiervon und damit der Wartung zuzuschlagen sind wiederum die Reinigung der Raucheintrittsöffnungen, sowie der Austausch der *Batterien*. Letzteres jedoch nur hinsichtlich des Vorganges. Ob die Anschaffung neuer Batterien selbst der Wartung unterliegt, ist in Zweifel zu ziehen und eher zu verneinen. Zwar kennt das Betriebskostenrecht auch den Austausch von Gerätschaften als umlagefähige Position, etwa bei der Messkapsel der Wasserzähler im Zuge der Eichung. Das beruht jedoch darauf, dass die Eichung selbst umlagefähig, jedoch teurer wäre und die Anschaffung damit die für den Mieter günstigere Alternative darstellt.⁷² Das ist jedoch bei der Einsetzung neuer Batterien nicht der Fall, so dass diese dem Vermieter zuzuschlagen sind.

d) Umlage der Anmietkosten

Streitig und nach hiesiger Ansicht abzulehnen ist die Frage, ob auch die Kosten der Anmietung umlagefähig sind.⁷³

⁶⁹ Hierzu auch *Riecke* (Einbau- und Wartungspflicht für Rauchwarnmelder; Umsetzung der Vorgaben der Landesbauordnung durch die Wohnungseigentümergeinschaft - zugleich Besprechung zu LG Karlsruhe, Urteil vom 30.6.2015, 11 S 109/14, NZM 2015, 899 -), demnächst in NZM.

⁷⁰ LG Magdeburg NZM 2012, 305 = ZMR 2011, 957; AG Hamburg-Altona ZMR 2014, 801; AG Schönebeck GE 2011, 1379 = ZMR 2011, 646; AG Bielefeld NZM 2011, 775 = ZMR 2012, 448 (jedoch nicht über eine Mehrbelastungsklausel); *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 305; *Lützenkirchen* in *Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar* 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 286; *Blank* NZM 2008, 745 (746); *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 4775.

⁷¹ BGH GE 2007, 439 = NZM 2007, 282 = WuM 2007, 198 = ZMR 2007, 361.

⁷² BR-Drs. 568/03, S. 30; z.B. AG Koblenz DWW 1996, 252; *Langenberg/Zehelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 60; *Lützenkirchen* in *Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar* 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 92; *Pfeifer* DWW 2015, 242 (245 f.); *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rdn. 3209; *ders.* WuM 1998, 528.

⁷³ Dafür: LG Magdeburg NZM 2012, 305 = ZMR 2011, 957; AG Hamburg-Altona ZMR 2014, 80; *Lützenkirchen* in *Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar* 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 286; dagegen: AG Hamburg-Wandsbek ZMR

aa) Bestimmung nach dem Betriebskostenbegriff

Die Umlage scheidet hier am Betriebskostenbegriff nach § 1 Abs. 1 BetrKV. Durch die Verweisung auf laufende Kosten in der Regelung hat der Ordnungsgeber deutlich gemacht, dass er nur diejenigen Kosten als Betriebskosten ansieht, die wiederkehrend entstehen bedingt durch die vermietete Liegenschaft und ihre Ausstattung. Nicht hingegen gemeint sind solche Kosten, die dazu dienen, diese überhaupt erst einmal auszurüsten.⁷⁴ Solche fallen klassischer Weise dem Eigentümer zur Last. Miete und (in dieser enthaltene) Betriebskosten sind die wirtschaftliche Gegenleistung dafür, dass der Vermieter sein Eigentum zur Verfügung stellt. Er erhält diesen Gegenwert also aufgrund des von ihm eingesetzten Kapitals, meist dem Erwerb des Eigentums. Damit können diejenigen Kosten, die er für die Anschaffung selbst aufwendet, nicht zugleich Mieteinnahmen in Form von Betriebskosten sein. Sie sind ebenso Kapital, bzw. im Falle der Anmietung sogenannte Kapitalersatzkosten.⁷⁵ Das folgt aus den Tatbestandsmerkmalen „durch das Eigentum“ sowie „durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV.⁷⁶ Denn hieraus ergibt sich einerseits, dass Betriebskosten nur solche Kosten sind, die dem Vermieter aufgrund seiner Eigentümerschaft zugeordnet sind,⁷⁷ also aus diesem erst resultierende Folgekosten darstellen, indem sie aus dem Eigentum selbst oder dessen Nutzung (durch den Mieter) folgen. Auch der Bezug auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch zeigt deutlich auf, dass nur die durch die Nutzung der Mietsache und ihrer Einrichtungen entstehenden Kosten Betriebskosten sind, nicht aber diejenigen, für deren An- oder Herbeischaffung, als Erwerb oder Anmietung. Der Sinn des Betriebskostenrechts besteht – neben einem im öffentlichen Interesse liegenden Steuerungselement zur Ressourcenschonung über die verbrauchsbezogene Abrechnung - darin, dem Vermieter auch eine langfristige (da gesetzlich gerade in der Wohnraummiete ja so vorgesehene) Vermietung und damit Mietkalkulation zu ermöglichen, die durch die Preisentwicklung unmöglich würde, so sie nicht über die Betriebskostenumlage abgefangen werden kann. Dadurch wird das Risiko der Preisentwicklung auf den Mieter übertragen.⁷⁸ Hieraus lässt sich weder herleiten, noch rechtfertigen, dass der Mieter auch mit Anmietkosten für die Wohnungsausstattung belastet wird (deren laufende Betriebskosten er ebenfalls trägt).

bb) Kostenzuordnung der II. BV –Erbbauzinsen als Fremdkapitalkosten

Da die BetrKV den Betriebskostenbegriff des § 27 II. BV übernommen hat⁷⁹ und auch die vorrangige Bundesnorm des § 556 Abs. 1 S. 2 BGB ihre Definition hieraus herleitet,⁸⁰ ist für die Bestimmung auf die bisherigen Regelungsgehalte des § 27 II. BV zurückzugreifen.⁸¹

2014, 804; AG Schönebeck GE 2011, 1379 = ZMR 2011, 646; Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 309; Schumacher NZM 2005, 641 (642); Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 4779.

⁷⁴ Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 2993.

⁷⁵ AG Schönebeck GE 2011, 1379 = ZMR 2011, 646; BeckOK BGB/Ehlert BGB Stand 01.05.2014, § 556 Rn. 15b; Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, 37; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 2993.

⁷⁶ Schumacher NZM 2005, 641 (643).

⁷⁷ Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 2903/2905.

⁷⁸ Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1022.

⁷⁹ BR-Drs. 568/03 S. 27/28.

⁸⁰ BT-Drs. 14/4553 S. 50.

⁸¹ Först in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender Kommentar zur Betriebskostenverordnung Stand Dezember 2010§ 1 Anm. 1.

Anmietkosten zählen nicht zu den unter § 24 Abs. 1 II. BV aufgeführten Bewirtschaftungskosten, denen die Betriebskosten gem. Abs. 1 Nr. 3 unterfallen, sondern werden in § 18 Abs. 1 Satz 1 II. BV in Abgrenzung zu diesen aufgeführt. Die Norm konkretisiert die laufenden Aufwendungen des Vermieters auf die Mietsache, trennt jedoch insoweit zwischen Bewirtschaftungskosten einerseits und Kapitalkosten andererseits. Letztere sind, sei es als Eigen- (§ 20 II. BV) oder als Fremdkapital (§ 21 II. BV), nach § 19 II. BV solche, die dem Finanzierungsplan nach § 12 II. BV entspringen. Dieser dient der Finanzierung des Bauvorhabens, also der Anschaffung/Erstellung des Mietobjekts und seiner Einrichtungen selbst.⁸² Das Pendant zur Anmietung sind hierbei die wiederkehrend zu leistenden Erbbauzinsen, die gem. § 21 Abs. 2 II. BV gerade keine Bewirtschaftungskosten sondern Fremdkapital darstellen – bzw. als solches fingiert werden⁸³ -, welches den Kapitalkosten iSd. § 18 II. BV zugehörig ist. Obwohl es sich nicht um Fremdkapital im eigentlichen Sinne handelt,⁸⁴ hat der Ordnungsgeber die Erbbauzinsen diesem zugeschlagen, so dass wiederkehrende Leistungen zur Erlangung der Mietsache (oder ihrer Einrichtungen) keine Betriebskosten darstellen können. Hierbei handelt es sich um eine ausdrückliche Entscheidung des Ordnungsgebers dahingehen, wo Kosten, die als Ersatz (oder wie beim Erbbaurecht idR. als Teilersatz neben den Bestellungskosten) für den Erwerb fungieren, zuzuordnen sind. Da auch der Erbbaurechtsinhaber in § 1 Abs. 1 BetrKV erfasst sind, besteht eine direkte Übertragbarkeit. Somit fallen ebenso wie die Leasingkosten⁸⁵ auch diejenigen der Anmietung unter die Kapital- und gerade nicht unter die Betriebskosten iSd. § 18 II. BV und somit auch iSd. § 1 BetrKV, da letztere keine Kosten enthalten, welche der Zurverfügungstellung der Mietsache und ihrer Einrichtungen dienen. Anschaffungskosten für die Mietsache und ihrer Einrichtungen können im preisfreien Wohnraum nur über § 559 BGB auf den Mieter übertragen werden,⁸⁶ was dem Vermieter bei Erwerb der Rauchwarnmelder auch möglich ist, da diese eine duldungspflichtige Modernisierungsmaßnahme darstellen.⁸⁷ Umgekehrt können Kosten der Anmietung, wenn deren Anschaffung als Modernisierungskosten eine Mieterhöhung nach § 559 BGB ermöglichen, nicht in die Betriebskosten einfließen, weil sie als Modernisierungskosten diesen nicht zugehörig sind.

Die hiergegen vorgebrachte Ansicht, Anmietkosten seien schon deshalb Betriebskosten, weil sie laufend iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV anfallen würden,⁸⁸ greift daher schon nach dem Regelungszweck nicht. Sie übersieht auch, dass das Merkmal des laufenden Anfalls nicht rein formal zu betrachten ist, da andernfalls auch Abzahlungskäufe umlagefähig wären. Diese sind

⁸² Schwender/Feulner in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender Kommentar zur II. Berechnungsverordnung Stand Februar 1993 § 21 Anm. 2 und 7; Först in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender Kommentar zur Betriebskostenverordnung Stand Dezember 2010 § 1 Anm. 6.3.

⁸³ Pergante/Feulner in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender Kommentar zur II. Berechnungsverordnung Stand Februar 1993 § 21 Anm. 2.

⁸⁴ Pergante/Feulner in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender Kommentar zur II. Berechnungsverordnung Stand Februar 1993 § 21 Anm. 2 und 7.

⁸⁵ Först in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender Kommentar zur Betriebskostenverordnung Stand Dezember 2010 § 1 Anm. 6.3.

⁸⁶ Först in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender Kommentar zur Betriebskostenverordnung Stand Dezember 2010 § 1 Anm. 6.3.

⁸⁷ BGH NZM 2015, 587 = WuM 2015, 498 = ZMR 2015, 761; NZM 2015, 588 = WuM 2015, 497 = ZMR 2015, 760; Schumacher NZM 2005, 641 (642).

⁸⁸ AG Hamburg-Altona ZMR 2014, 801.

zwar zeitlich begrenzt, was jedoch wiederum kein Ausschlusskriterium von Betriebskosten ist. Zudem stellen sie ebenso wie die Anmietung eine Umgehung der Vorgaben des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV dar. Denn die Regelung soll jegliche Kosten der Anschaffung oder solche, die sonst dazu dienen, die Mietsache erst mit Einrichtungen auszurüsten, ausschließen. Zudem behandelt die Auffassung das Tatbestandsmerkmal „durch das Eigentum“ nicht, welches gerade ausschließt, dass Beschaffungskosten und damit auch die Anmietung erfasst sind (siehe oben).

cc) Rückausnahmen in § 2 BetrKV / § 7 HeizKV

Dass es hiervon wiederum Rückausnahmen in dem Katalog des § 2 BetrKV gibt, die abschließend aufgezählt werden (Nr. 2: Wasserzähler, Nr. 4 a, 5 a: Ausstattung zur Verbrauchserfassung, Nr. 15 a: Antennenanlagen), steht der Absprache einer Betriebskosteneigenschaft nach § 1 ebenfalls nicht entgegen. Denn die Auflistung in § 2 enthält zugleich Instandhaltungskosten, die in den genannten Fällen ausnahmsweise umlagefähig sind (Gartenpflege gem. Nr. 10), nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV jedoch ebenfalls ausdrücklich keine Betriebskosten darstellen. Soweit in § 2 BetrKV Kosten aufgeführt sind, die von der Betriebskostendefinition des § 1 BetrKV abweichen, handelt es sich um gesetzlich festgelegte Ausnahmen von dieser Vorschrift, die daher keine allgemeine Erweiterung des Betriebskostenbegriffs begründen.⁸⁹ Der im Jahr 1984 verfolgte Zweck, die Anmietung von Erfassungsgeräten für die Heizkostenverteiler zu ermöglichen, um das praktisch bedeutender werdende Leasing zu erfassen und die Erfassungsgeräte auf dem neuesten Stand zu erhalten,⁹⁰ lässt sich auf Rauchwarnmelder auch nicht übertragen.

dd) Die Entscheidung des LG Magdeburg

Auch die Argumentation des *LG Magdeburg* verfängt nicht.⁹¹ Das Gericht stellt zunächst darauf ab, dass der Sinn der Regelung des § 2 Nr. 17 BetrKV darin bestehe, Veränderungen von Betriebskosten aufzufangen, also insbesondere auch solche erfassen zu können, die bei Schaffung der BetrKV noch nicht absehbar waren.

Das ist insofern nicht zutreffend, als dass es Rauchwarnmelder bereits seit Jahrzehnten gibt und eine verbindliche Pflicht zur Ausstattung in einigen Bundesländern bereits bei Erlass der BetrKV bestand oder gerade begründet wurde, so in Hessen (24.06.2005), Rheinland-Pfalz (22.12.2003), im Saarland (18.02.2004) und in Schleswig-Holstein (01.01.2005). Dem Verordnungsgeber war diese Thematik bei Erlass der Betriebskostenverordnung am 01.01.2004 und insbesondere in dem vorgehenden Verordnungsgebungsverfahren bekannt. Hätte er, wie bei anderen Regelungen in § 2 BetrKV, die Anmietung als umlagefähig angesehen, hätte er diese in Kenntnis der Tatsache, dass Anmietkosten an sich nicht unter § 1 BetrKV fallen, geregelt. Dass dieses unterlassen wurde, kann nicht über § 2 Nr. 17 BetrKV aufgefangen werden. Insofern geht das Landgericht Magdeburg auch von einem unzutreffenden Verständnis der Nr. 17 aus. Denn diese Regelung ermöglicht als eng auszulegender⁹² Auffangtatbestand⁹³

⁸⁹ *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 37; *Schmid* WuM 2012, 363 (364); *Wall*, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 2991.

⁹⁰ BR-Drs. 483/83, S. 33; BGH GE 2011, 1550 = NZM 2011, 804 = WuM 2011, 625 = ZMR 2012, 97; *Kreuzberg/Wien* Handbuch der Heizkostenabrechnung 8. Aufl. 2013 S. 184.

⁹¹ LG Magdeburg NZM 2012, 305 = ZMR 2011, 957.

⁹² *Beyerle* in *Lindner-Figura/Oprèe/Stellmann* Geschäftsraummiete 3. Aufl. 2012 Kap. 11 Rn. 121.

⁹³ OLG Köln OLGR Köln 2008, 238; LG Lüneburg GE 2015, 58; LG Berlin GE 2005, 237; v. *Brunn/Emmerich* in *Bub/Treier* Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III.A Rn. 188; *Langenberg/Zehlelein*,

zwar die Umlage von Kosten, die nicht in den Nrn. 1 bis 16 explizit erwähnt sind, es muss sich bei ihnen aber dennoch um Betriebskosten iSd. § 1 BetrKV handeln,⁹⁴ da über die „sonstigen Betriebskosten“ keine Änderung des Betriebskostenbegriffs selbst möglich ist. Selbst wenn also, wie das Landgericht Magdeburg meint, der Verordnungsgeber Rauchwarnmelder bei Erlass der BetrKV übersehen hätte, kann das Versäumnis, einen weiteren gesetzlichen Ausnahmetatbestand in § 2 BetrKV gegenüber dem Betriebskostenbegriff des § 1 BetrKV, unter den die Anmietung nicht fällt, zu schaffen, nicht über die Nr. 17 korrigiert werden. Das würde allenfalls über eine Analogie zu den bestehenden Ausnahmetatbeständen in den Nrn. 2, 4 a, 5 und 15 a begründet werden können. Das Vorliegen einer Regelungslücke dürfte hier jedoch ebenso wie deren Planwidrigkeit nicht zu begründen sein. Und ob eine vergleichbare Interessenlage besteht, ist ohne Rückgriff auf die Begründungen zu den vorstehenden Ausnahmetatbeständen nicht feststellbar.

e) Umlagevereinbarung / Aufnahme in das laufende Mietverhältnis

aa) Neuverträge

Die Vereinbarung der Umlage von Wartungskosten der Rauchwarnmelder erfolgt über die Regelung des § 2 Nr. 17 BetrKV. Hierbei ist zu beachten, dass sie in dem Vertrag konkret aufgeführt werden müssen. Eine Umlage der in den Nrn. 1 bis 16 aufgeführten Betriebskosten ist zwar durch eine allgemeine Verweisung auf die BetrKV in dem Mietvertrag möglich.⁹⁵ Das ist jedoch nicht für die sonstigen Betriebskosten nach Nr. 17 zulässig, da hier alle erfassten Kosten ausdrücklich genannt werden müssen.⁹⁶

bb) Laufende Verträge mit Mehrbelastungsklausel

Weist der Mietvertrag eine Mehrbelastungsklausel auf, so können hierüber die durch den Einbau während der Mietvertragslaufzeit neu entstehenden Wartungskosten der Rauchwarnmelder umgelegt werden (siehe oben unter II. 3. b) bb)).⁹⁷

cc) Laufende Verträge ohne Mehrbelastungsklausel

(1) Grundlage: Rechtsprechung des BGH zur duldungspflichtigen Modernisierung

Weist der Mietvertrag keine Mehrbelastungsklausel auf, so kommt eine Umlage über die Rechtsprechung des BGH zu neuen modernisierungsbedingten Betriebskosten in Betracht (siehe oben II. 5.). Denn der BGH sieht solche Betriebskosten, die im Wege einer duldungspflichtigen Modernisierung neu entstehen, als umlagefähig an,⁹⁸ was einer

Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 247; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 4700.

⁹⁴ v. Brunn/Emmerich in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, III.A Rn. 188; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 248; Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 283; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 4702.

⁹⁵ BGH GE 2007, 1310 = NZM 2007, 769 = WuM 2007, 571 = ZMR 2007, 851.

⁹⁶ BGH GE 2004, 613 = NZM 2004, 417 = WuM 2004, 290 = ZMR 2004, 430.

⁹⁷ Sehr allgemein ebenso AG Schwerin GE 2015, 59 mAnm. *Jahreis* in jurisPR-MietR 8/2015 Anm. 3.

⁹⁸ BGH GE 2007, 1310 = NZM 2007, 769 = WuM 2007, 571 = ZMR 2007, 851.

ergänzenden Vertragsauslegung der Umlagevereinbarung entspringt und nach allgemeiner Ansicht verallgemeinerungsfähig ist.⁹⁹

(2) Einbau von Rauchwarnmeldern als duldungspflichtige Modernisierung

Der BGH hat in beiden Entscheidungen vom 17.06.2015¹⁰⁰ festgestellt, dass in dem dortigen Fall der Einbau von Rauchwarnmeldern eine duldungspflichtige Modernisierung darstellt. Damit wären sie auch einer neuen Betriebskostenumlage im laufenden Mietverhältnis zugänglich.¹⁰¹

Fraglich ist, ob hier nach der jeweiligen Landesbauordnung unterschieden werden muss. Denn der Senat hat dieses einerseits über § 555b Nr. 6 BGB begründet, weil der Vermieter als Eigentümer zur Nachrüstung gesetzlich verpflichtet sei. Die Regelung des § 47 Abs. 4 SachsAnhBauO sage zwar nicht, wen die Nachrüstungspflicht treffe, aus dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung sei jedoch zumindest nicht zu entnehmen, dass der Mieter ebenfalls als (gleichrangiger) Adressat der Nachrüstungspflicht in Betracht komme, was, so die Revisionsbegründung, eine zwingende gesetzliche Pflicht des Vermieters und damit die Voraussetzung des § 555b Nr. 6 BGB negieren würde. Hierbei muss jedoch unterschieden werden. Der BGH hat sich mit dieser Frage erkennbar nur aus dem Grunde auseinander gesetzt, weil ein maßgeblicher Streitpunkt des Verfahrens darin lag, dass der Mieter bereits seinerseits die Wohnung mit Rauchwarnmeldern ausgestattet hatte. Das würde im Falle einer alternativen Adressateneigenschaft zwischen Eigentümer und Mieter die gesetzliche Pflicht zum Einbau des Vermieters und damit die Voraussetzungen des § 555b Nr. 6 BGB entfallen lassen.

Es können jedoch auch andere Konstellationen vorliegen, in denen entweder der Mieter keinen Rauchwarnmelder selbst eingebaut hat und/oder in denen die Landesbauordnung für die Nachrüstung den Mieter in die Pflicht nimmt, wie es in Mecklenburg-Vorpommern der Fall ist (§ 48 Abs. 4 LBauO M-V).

Trifft die Nachrüstungspflicht ausschließlich den Mieter, so kann sich jedenfalls hieraus keine gesetzliche Pflicht des Vermieters zum Einbau ergeben, aus der sich die Voraussetzungen des § 555b Nr. 6 BGB herleiten ließen. Das bedeutet jedoch nicht, dass eine duldungspflichtige Modernisierung ausscheiden würde. Denn der Vermieter könnte gegenüber der Gebäudeversicherung verpflichtet sein, Rauchwarnmelder einzubauen.¹⁰² § 555b Nr. 6 BGB

⁹⁹ LG Magdeburg GE 2012, 131 = NZM 2012, 544 = ZMR 2011, 957; LG Berlin GE 2011, 1161 (sogar gänzlich ohne Umlagevereinbarung); AG Duisburg, Urteil vom 29.05.2012 - 49 C 287/12; AG Pinneberg, Urteil vom 13.04.2011 - 83 C 309/10; BeckOK BGB/Ehlerl BGB Stand 01.05.2014, § 556 Rn. 40; Langenberg in Schmidt-Futterer Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 46; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, C Rn. 69; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 1581.

¹⁰⁰ BGH NZM 2015, 587 = WuM 2015, 498 = ZMR 2015, 761; NZM 2015, 588 = WuM 2015, 497 = ZMR 2015, 760; zur Duldungspflicht der Wohnungseigentümer oder Mieter von Wohnungseigentum gegen die Ausstattung aller Wohnungen durch den Verband siehe Hierzu auch Riecke (Einbau- und Wartungspflicht für Rauchwarnmelder; Umsetzung der Vorgaben der Landesbauordnung durch die Wohnungseigentümergeinschaft - zugleich Besprechung zu LG Karlsruhe, Urteil vom 30.6.2015, 11 S 109/14, NZM 2015, 899 -), demnächst in NZM.

¹⁰¹ Blank NZM 2008, 745 (746); Stornel NZM 2015, 873 (880).

¹⁰² Kritisch zu entsprechenden AGB-rechtlichen Vorgaben in Versicherungsverträgen Staudinger ZMR 2015, 179 (180 f.).

wird zwar gemeinhin nur auf normbedingte Pflichten reduziert,¹⁰³ was sich auch aus der der Gesetzesbegründung ergibt, die ihrerseits auf die Regelung des § 559 Abs. 1 Alt. 4 BGB aF verweist,¹⁰⁴ welche ebenfalls vom Gesetzgeber so intendiert war. Als gesetzliche Ausprägung des früher für die Abwägung verwendeten § 242 BGB ist jedoch durchaus anzudenken, den Anwendungsbereich dieses jedenfalls nach dem Wortlaut abstrakt gehaltenen Tatbestandes auch auf solche Fälle zu erweitern, in denen der Vermieter Rauchwarnmelder einbauen muss, um seinen Gebäudeversicherungsschutz zu erhalten. Das hat der BGH in der Entscheidung vom 17.06.2015 selbst erwähnt. Er hatte hier zwar die Fälle des Verlusts des Versicherungsschutzes aus dem Grunde im Auge, weil der Vermieter seiner gesetzlichen Nachrüstplicht nicht nachkommen würde. Die Pflicht zum Einbau von Rauchwarnmelder kann sich jedoch aus dem Versicherungsvertrag durchaus auch dann ergeben, wenn das Landesrecht dieses nicht vorsieht, da sich die Versicherungen auf die Durchführung durch den Mieter, der nicht ihr Vertragspartner ist, kaum verlassen. Dieser Fall sollte daher den sonstigen Gründen in § 555b Nr. 6 BGB gleichgestellt werden, was der Wortlaut auch hergibt.

Zudem hat der BGH in der Parallelentscheidung¹⁰⁵ anerkannt, dass Rauchwarnmelder per se den Wohnwert und den Gebrauchswert erhöhen und daher unter § 555b Nr. 4 und Nr. 5 BGB gefasst werden können.¹⁰⁶ Sie gehören auch nach der Rechtsprechung des *Bundessozialgerichts*¹⁰⁷ als unverzichtbares Warnsystem zu der Grundausstattung von Wohnräumen und dienen als unerlässliche Voraussetzung der Gefahrenabwehr¹⁰⁸ dem Grundbedürfnis des selbstständigen Wohnens. Selbst wenn also eine Duldungspflicht nach Nr. 6 ausscheidet, resultiert diese aus den Nrn. 4 und 5.¹⁰⁹ Allenfalls über den Bagatelldarstellung der Maßnahme ließe sich diskutieren, der aber eher eine Frage der Modernisierungs-, als der Betriebskostenumlage ist.

2. Trinkwasseruntersuchung - Legionellenprüfung

Die Pflicht zur Durchführung von Trinkwasseruntersuchungen basiert auf § 14 Abs. 3 TrinkwV.¹¹⁰

¹⁰³ BGH GE 2009, 646 = NZM 2009, 394 = WuM 2009, 290; *Blank* in *Blank/Börstinghaus, Miete* 4. Auflage 2014 § 555b Rn. 56 f.; *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer Mietrecht*, 12. Aufl. 2015, § 555b Rn. 151; BeckOK BGB/*Schlosser* BGB Stand 01.11.2015, § 555b Rn. 33.

¹⁰⁴ BT-Drs. 17/10485 S. 20.

¹⁰⁵ BGH NZM 2015, 588 = WuM 2015, 497 = ZMR 2015, 760.

¹⁰⁶ Ebenso AG Hamburg-Barmbek ZMR 2012, 780; AG Hamburg-Blankenese ZMR 2011, 395; AG Burgwedel ZMR 2011, 800; AG Hagenow NZM 2010, 580; AG Hamburg-Bergedorf ZMR 2010, 696; AG Hagenow NZM 2010, 580; AG Hamburg-Wandsbek NZM 2009, 581 = ZMR 2009, 47; AG Lübeck NZM 2008, 929 = ZMR 2008, 302; AG Schwarzenbeck ZMR 2008, 721; *Blank* in *Blank/Börstinghaus, Miete* 4. Auflage 2014 § 555b Rn. 55; *ders.* NZM 2008, 745 (746); *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer Mietrecht*, 12. Aufl. 2015, § 555b Rn. 128; *Oppermann/Steegen* WuM 2016, 3 (4); *Wall* WuM 2013, 3 (16); *Weidenkaff* in *Palandt* 75. Aufl. 2016 § 555b Rn. 8; aA AG Hamburg-Altona NZM 2012, 306 = ZMR 2012, 22.

¹⁰⁷ BSG ZMR 2014, 992.

¹⁰⁸ Für die Wohnungseigentümergeinschaft ebenso *Schmidt/Breiholdt/Riecke* ZMR 2008, 341.

¹⁰⁹ *Artz* in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage 2012, § 559 Rn. 14; *Blank* in *Blank/Börstinghaus, Miete* 4. Auflage 2014 § 555b Rn. 55.

¹¹⁰ Verordnung vom 21.5.2001, BGBl. I 959, geändert durch die Verordnung zur Änderung der Trinkwasserverordnung vom 3.5.2011, BGBl. I S. 748, vom 5.12.2012, BGBl. I S. 2562 und vom 26.11.2015, BGBl. I S. 2076

a) Untersuchungspflichtigkeit

aa) Vorliegen einer Trinkwasserinstallation

Eine Trinkwasserinstallation ist nach § 3 Nr. 3 die „Gesamtheit der Rohrleitungen, Armaturen und Apparate, die sich zwischen dem Punkt des Übergangs von Trinkwasser aus einer Wasserversorgungsanlage an den Nutzer und dem Punkt der Entnahme von Trinkwasser befinden.“

bb) Vorhandensein einer Großanlage zur Trinkwassererwärmung (§ 14 Abs. 3 Satz 1 TrinkwV)

Weiterhin muss es sich um eine Großanlage zur Trinkwassererwärmung iSd § 3 Nr. 12 TrinkwV handeln. Eine solche liegt vor bei Anlagen

- mit Speicher-Trinkwassererwärmer oder zentralem Durchfluss-Trinkwassererwärmer jeweils mit einem Inhalt von mehr als 400l oder
- einem Inhalt von mehr als 3l in mindestens einer Rohrleitung zwischen Abgang des Trinkwassererwärmers und Entnahmestelle; nicht berücksichtigt wird der Inhalt einer Zirkulationsleitung; ausgenommen sind entsprechende Anlagen in Ein- und Zweifamilienhäusern.

Hierunter fällt auch die zentrale Trinkwassererwärmungsanlage einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.¹¹¹

cc) Gewerbliche Tätigkeit gem. § 3 Nr. 10 TrinkwV

Schließlich muss eine gewerbliche Tätigkeit vorliegen. Dieses ist in § 3 Nr. 10 TrinkwV¹¹² definiert. Das ist die „unmittelbare oder mittelbare, zielgerichtete Trinkwasserbereitstellung im Rahmen einer Vermietung oder einer sonstigen selbständigen, regelmäßigen und in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeit.“ Der Gesetzgeber versteht hierunter solche Fälle, in denen das Zurverfügungstellen von Trinkwasser unmittelbar (etwa zum Trinken oder Waschen) oder mittelbar (etwa durch die Zubereitung von Speisen mit Trinkwasser) aus einer Tätigkeit resultiert, für die ein Entgelt geleistet wird. Das Zurverfügungstellen des Trinkwassers muss dabei zumindest ein Nebenzweck der Tätigkeit sein, das heißt, regelmäßig zur Ausübung der Tätigkeit gehören und auch erwarteter, mitbezahlter Bestandteil der Tätigkeit sein.¹¹³ Hierunter fällt somit auch die (selbst kurzzeitige) Vermietung von Wohnraum,¹¹⁴ auch bei nur einer Wohnung.¹¹⁵

dd) Vernebelung des Trinkwassers

Schließlich muss die Anlage *Duschen* oder *andere Einrichtungen* enthalten, in denen es zu einer Vernebelung des Trinkwassers kommt (praktisch alle Mehrfamilienhäuser mit zentraler Warmwasserversorgung).

¹¹¹ VG Düsseldorf, Beschluss vom 18.03.2015 ZWE 2016, 54 – BeckRS 2015, 52755.

¹¹² *Drasdo* NJW-Spezial 2013, 481.

¹¹³ BR-Drs. 530/ S. 63.

¹¹⁴ BR-Drs. 530/ S. 63; BGH GE 2015, 785 = NZM 2015, 534 = WuM 2015, 412 = ZMR 2015, 702; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof NZM 2015, 171; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, K Rn. 134; *Mediger* NZM 2012, 670, 671.

¹¹⁵ VG Düsseldorf, Beschluss vom 18.03.2015 - 23 L 66/15 ZWE 2016, 54 – BeckRS 2015, 52755.

b) Häufigkeit und Umfang der Untersuchung (§ 14 Abs. 3 Satz)

Die Untersuchung muss gem. § 14 Abs. 3 Satz 3 iVm. Anl. 4 Teil II b bei gewerblicher Tätigkeit mindestens alle 3 Jahre erfolgen; die erste Untersuchung musste zum 31.12.2013 abgeschlossen sein. Sie muss an mehreren repräsentativen Probenentnahmestellen durchgeführt werden.

c) Anlassbezogene Untersuchungen

Erfährt der Vermieter/Verwalter von Tatsachen, nach denen das Trinkwasser nicht mehr einwandfrei ist, hat er nach § 16 Abs. 3 TrinkwV alle notwendigen Untersuchungen und Abhilfemaßnahmen zu veranlassen;

d) Umlagefähige Untersuchungen und Kostenzuordnung

aa) Regelmäßige Untersuchung

Die Kosten der regelmäßigen Untersuchung sind *umlagefähig*. Dies gilt auch für die Erstuntersuchung, mit welcher das erste Untersuchungsintervall beginnt. Sie sind jedoch nicht § 2 Nr. 2 BetrKV zuzuordnen und damit auch nicht hier einzustellen, weil die Prüfung auf Legionellen erst nach der Erwärmung des Frischwassers angezeigt ist. Vielmehr handelt es sich um Kosten der Wassererwärmung nach § 2 Nr. 5a) bis c), 6a) bis c) BetrKV, welche ihrerseits auf Nr. 4a) BetrKV verweisen (ebenso verweist § 8 Abs. 2 HeizKV insoweit auf § 7 Abs. 2 HeizKV). Sie unterfallen den Positionen „Überwachung der Anlage“ und „Prüfung ihrer Betriebssicherheit“.¹¹⁶ Die Umlagefähigkeit sowohl bei Warmwasserversorgungsanlagen, die unter die HeizKV fallen, wie auch bei nach § 11 HeizKV ausgenommenen Anlagen.

bb) Anlassbezogene Untersuchungen

Diese sind ebenso wie die Kosten der Nachbeprobung und einer „thermischen Reinigung“ (zeitweise Erhöhung der Wassertemperatur auf 70° C) *nicht umlagefähig*, da sie nicht regelmäßig iSd § 1 Abs. 1 BetrKV, sondern konkret anlassbezogen anfallen und zudem der Mangelbeseitigung dienen.

3. Allgemeine Trinkwasseruntersuchung

Unabhängig von der Legionellenprüfung kann es auch zu einer allgemeinen Untersuchung des Trinkwassers bei einer *hauseigenen Wasserversorgungsanlage* kommen. Hier sind die Kosten einer behördlich angeordneten Untersuchung dann *umlagefähig*, wenn es sich dennoch um *regelmäßige Untersuchungen* handelt, diese und insbesondere die behördliche Anordnung also nicht aufgrund eines bestimmten Anlasses/Gefahrenverdachts erfolgen.¹¹⁷

Allerdings kann es auch ohne hauseigene Wasseranlage, also bei dem von einem *Wasserversorgungsunternehmen* gelieferten Trinkwasser zu Untersuchungen kommen. Diese

¹¹⁶ AG Baden-Baden WuM 2015, 625; Blümmel GE 2011, 1396; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, K Rn. 141; Pfeifer Die neue Trinkwasserverordnung, 2. Aufl. 2013 2013, Rdn. 212; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 5117; aA Schmid ZMR 2012, 10 (§ 2 Nr. 17 BetrKV).

¹¹⁷ AG Wesel WuM 1990, 443; AG Altena WuM 1982, 2; Schmid in Harz/Riecke/Schmid Miet- und Wohnungseigentumsrecht 5. Auflage 2015 Kap. 5 Rn. 75; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 72; Lützenkirchen in Lützenkirchen Mietrecht-Kommentar 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 97; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 3217.

sind jedoch in der Regel anlassbezogen iSd § 16 Abs. 3 TrinkwV und somit *nicht umlagefähig*.¹¹⁸

IV. Zusammenfassung

Zu einer Aufnahme neuer Betriebskosten in die Abrechnung bedarf es an sich einer Vertragsänderung auf der Grundlage einer konkreten Parteivereinbarung. Fehlt eine solche, kann eine Neuumlage auf unterschiedlichen Wegen herbeigeführt werden.

- Die Umlage nicht vereinbarter Betriebskosten berührt nur die inhaltliche Rechtmäßigkeit der Abrechnung, so dass diese nach fruchtlosem Ablauf der Einwendungsfrist als richtig gilt.
- Die höchstmögliche Betriebskostenumlage im Vertrag, meist dokumentiert durch eine umfassende Verweisung auf den Betriebskostenkatalog, kann als Vereinbarung ausgelegt werden, dass auch neu umlagefähig werdende Betriebskosten einbezogen werden.
- Weist der Mietvertrag eine Mehrbelastungsklausel auf, so werden hierüber Erweiterungen des Betriebskostenkataloges ebenso erfasst, wie neu anfallende und unter § 2 Nr. 17 BetrKV zu fassende Betriebskosten.
- Eine Erweiterung der Umlagevereinbarung durch laufende Abrechnung und Bezahlung (bzw. widerspruchlose Entgegennahme des Guthabens) ist nach neuerer Rechtsprechung des BGH nicht möglich. Die Auffassung, dass in diesen Fällen eine Anündigung der Neuumlage vor der Abrechnung eine Vertragsänderung herbeiführen könne, ist abzulehnen.
- Gesetzliche Regelungen für die Umlage bislang nicht vereinbarter Betriebskosten finden sich in § 556a Abs. 2 BGB (Umstellung auf verbrauchsbasierte Abrechnung) und § 556c BGB (Umstellung auf Wärmelieferung).
- Betriebskosten, die im Zuge einer duldungspflichtigen Modernisierung neu anfallen, können umlagefähig werden.
- Wartungskosten von Rauchwarnmeldern sind umlagefähig, nicht jedoch die Kosten ihrer Anmietung.
- Das Fehlen einer Mehrbelastungsklausel ist im laufenden Mietverhältnis unschädlich, da es sich bei dem Einbau von Rauchwarnmeldern um eine duldungspflichtige Modernisierung handelt.
- Die Kosten regelmäßiger Untersuchungen des Trinkwassers und der Legionellenprüfung sind umlagefähig, nicht jedoch diejenigen anlassbezogener Untersuchungen und der Nachuntersuchungen.

¹¹⁸ Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A Rn. 78.