

Betriebskosten bei mangelhafter Mietsache

Vorsitzender Richter am LG Dr. *Werner Hinz*

Neue Fassung – Stand: 16.09.2018

Inhalt	Seite
I. Einleitung	4
II. Mangelbedingter Wasserverlust	5
1. Kategorisierung als Betriebskosten	5
a) Eigentumsbezogene Kostenentstehung	6
b) Verbrauchsbezogene Kostenentstehung	6
aa) Zweckbestimmungskriterium	6
bb) Meinungsstand zum mangelbedingten Wasserverlust	7
c) Laufende Entstehung	8
2. Kosten des Wasserverbrauchs	9
3. Geringfügige Mehrkosten	10
a) Grundsätzliche Überlegungen	10
b) Überprüfungspflicht des Vermieters	13
c) Besonderheiten bei Einzelwasserzählern	14
4. Mehrverbrauch im Einflussbereich des Mieters	15
a) Betriebskostenqualität	16
b) Verhältnis zur Mietminderung	17
5. Unterlassene Mängelanzeige	18
a) Umfang der Anzeigepflicht	18
b) Konsequenzen einer Pflichtverletzung	19
6. Darlegungs- und Beweislast	21
III. Mangelhafte Dienstleistungen (insbesondere am Beispiel der Hauswartkosten)	23
1. Problemstellung	23
2. Meinungsstand	23
2. Betriebskostenbegriff	24
3. Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots	25
a) Rechtsnatur	25
b) Pflichten des Vermieters bei mangelhafter Leistungserbringung – die „Konsequenzen auf der Entgeltseite“	25

aa) Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen	26
bb) Schadensersatzanspruch auf Freistellung von der Vergütung	26
cc) Außerordentliche fristlose Kündigung	27
dd) Exkurs: Der Winterdienstvertrag	28
(1) Rechtsnatur	28
(2) Konsequenzen für Vermieterpflichten	29
ee) Prüfungspflichten des Vermieters	29
(1) Nach Beanstandung des Mieters	29
(2) Eigenständige Überwachungspflicht?	30
(a) Grundsätze	30
(b) Hauswartvertrag	30
(c) Andere Dienstleitungen	30
(d) Winterdienst	31
c) Schaden	31
aa) Hauswartdienstleitungen	31
bb) Winterdienstleistungen	32
d) Darlegungs- und Beweislast	33
IV. Verunreinigte Gemeinschaftsflächen	34
1. Die Rechtsprechung des BGH	34
2. Kritik im Schrifttum	35
3. Stellungnahme	35
V. Mangelbedingte Heizkostenmehrbelastung	37
1. Mietminderung	38
2. Reduzierung der Heizkostenumlage	39
a) Ausgrenzung von Mehrkosten	39
b) Schadensersatzansprüche des Mieters	39
aa) Verzugshaftung	39
bb) Verschuldens- und Garantshaftung	41
cc) Haftung wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots	42
VI. Zusammenfassung	43

I. Einleitung

Wie wirken sich Mängel der Mietsache eigentlich auf die Belastung des Mieters mit den Betriebskosten aus? Der für Wohnraummietsachen zuständige VIII. Zivilsenat des BGH hat sich zu dieser Thematik bislang nur in einigen wenigen Entscheidungen geäußert, die zudem völlig unterschiedliche Fallgestaltungen betrafen. In dem Urteil vom 13.04.2011 (VIII ZR 223/10)¹ hat er klargestellt, dass die Minderung der Miete auch den Saldo aus der Betriebskostenabrechnung umfasst; zudem hat er eine Möglichkeit aufgezeigt, wie die geminderte Betriebskostennachforderung berechnet werden kann, nämlich mittels einer Gegenüberstellung der von dem Mieter im Abrechnungsjahr geschuldeten Gesamtjahresmiete (Jahres-Nettomiete zzgl. abgerechneter Betriebskosten abz. Jahres-Minderungsbetrag) abzüglich der von ihm insgesamt geleisteten Zahlungen². Mit dieser Thematik hatte sich bereits *Peter Günter* auf dem 14. Deutschen Mietgerichtstag (DMT) 2012 sehr eingehend befasst³; sie soll daher nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sein.

In dem Urteil vom 10.02.2016 (VIII ZR 33/15)⁴ hat sich der VIII. Senat zu der Frage geäußert, ob es sich bei den Kosten der Beseitigung von Verunreinigungen der Außenanlagen des Mietobjekts durch Mieter oder Dritte, etwa infolge des Ausführens von Hunden, um Betriebskosten handelt. Der Senat hat dies mit einer recht knappen Begründung angenommen, dafür im Schrifttum aber teilweise Kritik geerntet⁵. Bereits im Jahre 2010 hatte der VIII. Senat entschieden, dass zu den (wiederkehrenden) Kosten der Müllbeseitigung i. S. des § 2 Nr. 8 BetrKV auch solche Aufwendungen gehören, die zwar nicht jährlich, aber doch laufend dadurch entstehen, dass Mieter unberechtigt Müll auf Gemeinschaftsflächen abstellen (VIII ZR 137/09)⁶.

Unlängst, nämlich mit Urteil vom 07.02.2018 (VIII ZR 189/17)⁷, hat der VIII. Zivilsenat noch einmal die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich einer geltend gemachten Betriebskostennachforderung⁸ in den Blick genommen. Diese liege grundsätzlich beim Vermieter, dem Mieter sei nicht abzuverlangen, „objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte“ – etwa einen bestehenden Leitungsverlust – vorzutragen, aus denen sich eine Unrichtigkeit der der ihm in Rechnung gestellten Verbrauchswerte ergebe⁹. In dem dortigen Fall ging es allerdings um nicht mehr aufklärbare, übermäßig hohe Ablesewerte bei den Heizkosten; doch werden sich die vom Senat

¹ BGH, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625.

² BGH, WuM 2011, 284, 285 f. Tz. 16 = ZMR 2011, 625, 626.

³ Vortrag publiziert in WuM 2012, 299.

⁴ BGH, WuM 2016, 214 = ZMR 2016, 434.

⁵ Exemplarisch *Both*, NZM 2016, 254; *Sentek*, NZM 2017, 721, 723.

⁶ BGH, WuM 2010, 153 = ZMR 2010, 433 Tz. 24.

⁷ BGH, WuM 2018, 288.

⁸ S. bereits BGH, WuM 2008, 285, 287 f. = ZMR 2008, 691, 692.

⁹ BGH, WuM 2018, 288, 289.

entwickelten Grundsätze auch auf die Darlegungslast unerklärlicher, annehmbar auf Gebäudemängel zurückgehende Mehrkosten bei den übrigen Versorgungsleistungen übertragen lassen.

Darüber hinaus gibt es mehrere Entscheidungen von Instanzgerichten, die eine mangelhafte Ausführung von betriebskostenrelevanten Dienst- oder Versorgungsleistungen zum Gegenstand haben¹⁰. Intention des vorliegenden Beitrags ist es, die unterschiedlichen Fallgestaltungen darzustellen, zu analysieren und sie schließlich einer gewissen Systematik zu unterwerfen.

II. Mangelbedingter Wasserverlust

Fall 1:

Der Mietvertrag der Parteien sieht u.a. die Umlage der Kosten der Wasserversorgung nach Wohnfläche vor. Einzelwasserzähler sind nicht vorhanden. Im Jahre 2013 kommt es in dem Gebäude zu einem Wasserrohrbruch, durch den eine große Menge von Wasser in den Keller entweicht. Die an Mieter M adressierte Betriebskostenabrechnung weist Wasserkosten aus, die sich auf nahezu das Doppelte der Kosten der beiden vorangegangenen Jahre belaufen.

M rechnet die kompletten Wasserkosten aus der Betriebskostenabrechnung heraus, was zu einem Guthaben in dreistelliger Höhe führt.

1. Kategorisierung als Betriebskosten

Bei den Kosten eines auf einem defekten Rohrleitungssystem beruhenden Wasserverlusts im Mietobjekt stellt sich zunächst die Frage, ob es sich hierbei überhaupt um Betriebskosten handelt. Nach der Legaldefinition in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 1 Abs. 1 BetrKV sind Betriebskosten „die Kosten, die dem Eigentümer [...] durch das Eigentum [...] am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen“. Mit der Aufnahme dieser Definition in § 556 BGB zum 01.01.2007 durch das Art. 11 des Föderalismusreform-Begleitgesetz vom 05.09.2006¹¹ hat der Gesetzgeber noch einmal unterstrichen, dass der dortige Betriebskostenbegriff für jeden Vermieter von Wohnraum gilt, ohne dass es auf dessen Eigentümerstellung ankommt¹².

Nicht zu den Betriebskosten gehören – dies stellt § 1 Abs. 2 BetrKV klar – die Kosten der Verwaltung des Anwesens sowie die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung. Soweit

¹⁰ Exemplarisch AG Frankfurt/M, WuM 1996, 778; AG Dresden, WuM 2007, 8 mit Anm. Wall.

¹¹ BGBl. I S. 2098, 2101.

¹² Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 13. Aufl. 2017, § 556 Rn. 74.

es um die Beseitigung von Mängeln geht, sind vor allem die Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten von Interesse. Darunter fallen nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV die „Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen“ – § 555a Abs. 1 BGB fasst diese Aufwendungen unter dem Terminus der „Erhaltungskosten“ zusammen. Diese Kosten hat der Vermieter von Wohnraum nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB stets selbst zu tragen; er kann sie – wie der Umkehrschluss des § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB belegt – keineswegs auf den Mieter abwälzen. Und auch bei der Gewerberaummieta kommt eine formularmäßige Übertragung der Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten nur insoweit in Betracht, als diese auf Schäden beruht, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Demgemäß darf dem Mieter nicht die Erhaltungslast der gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne höhenmäßige Beschränkung auferlegt werden¹³.

Voraussetzung für die Klassifizierung der entstandenen Kosten als Betriebskosten ist zunächst, dass sie entweder „durch das Eigentum“ oder „durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch“ des Gebäudes oder der Anlage entstehen.

a) Eigentumsbezogene Kostenentstehung

Durch das Eigentum entstehen Kosten nur dann, wenn sie unmittelbar aus der dinglichen Berechtigung an dem Objekt, unabhängig von der Form seiner Nutzung, resultieren, kurzum: wenn sie objektsbezogen sind¹⁴. Das ist etwa bei der Grundsteuer gem. § 2 Nr. 1 BetrKV der Fall. Die Kosten eines rohrbruchbedingten Wasserverlustes beruhen jedoch nicht auf dem Mietobjekt, sondern auf dessen mangelbehaftetem Zustand; die stehen mit dem Eigentum am Grundstück nicht in direktem Zusammenhang.

b) Verbrauchsbezogene Kostenentstehung

aa) Zweckbestimmungskriterium

Fraglich könnte daher lediglich sein, ob die hier in Rede stehenden Kosten auf dem „bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes“ beruhen. Bestimmungsgemäßer Gebrauch in diesem Sinne ist die Bewirtschaftung der Immobilie durch einen Vermietungsbetrieb¹⁵, also durch entgeltliche Überlassung von Wohnraum an Personen zum Zwecke der laufenden Nutzung.

¹³ BGH, NZM 2013, 85 Rn. 16 f.; NZM 2005, 863.

¹⁴ Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 12), § 556 Rn. 87; Wall, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 2905.

¹⁵ Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 12), § 556 Rn. 87.

Abzustellen ist insoweit auf die durch den Eigentümer oder sonst bewirtschaftungsberechtigten Vermieter erfolgte Zweckbestimmung¹⁶. Soll die von ihm veranlasste Maßnahme in erster Linie eine ordnungsgemäß Nutzung des Gebäudes durch die Mieter sicherstellen, handelt es sich bei den dadurch ausgelösten Kosten regelmäßig um Betriebskosten¹⁷. Dient die Maßnahme hingegen zuvörderst den eigenen Interessen des Vermieters, muss dieser auch die durch sie verursachten Kosten tragen¹⁸. Um Betriebskosten handelt es sich somit nur, wenn die aus der Bewirtschaftung des Gebäudes resultierenden Kosten gerade durch eine *vom Vermietungszweck geprägte Nutzung* des Objekts entstehen.

bb) Meinungsstand zum mangelbedingtem Wasserverlust

Ob und gegebenenfalls inwieweit es sich bei den durch einen Wasserrohrbruch im Gebäude oder eine Leckage verursachten (Mehr-)Kosten noch um Betriebskosten handelt, wird unterschiedlich beurteilt.

Nach Ansicht von *Elmar Streyl*¹⁹ gehören derartige Kosten zu den Betriebskosten, wenn der Vermieter die dafür ursächliche Leckage sofort nach Kenntniserlangung beseitigen lässt. Anders soll es sich indes verhalten, wenn er die Reparatur hinauszögert oder eine längst erforderliche Sanierung des maroden Leitungsnetzes unterlässt; dann habe er die leckagebedingten Mehrkosten selbst zu tragen²⁰.

Die ganz überwiegende Auffassung will den auf mangelbedingtem Wasserverlust beruhenden Mehrkosten von vornherein eine Betriebskostenqualität absprechen²¹. Es handele sich nicht um Kosten, die auf dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Objekts, nämlich auf dem Vermietungsbetrieb²², sondern auf einem Mangel des Objekts beruhen²³.

Zur Begründung seiner Ansicht argumentiert *Streyl*, dass der Vermieter im Rahmen einer Pflicht zur Kostenkontrolle auch diejenigen Erhaltungsmaßnahmen durchführen müsse, die Einfluss auf die laufenden Betriebskosten habe²⁴. Damit betrachtet er die Problematik aus dem Blickwinkel des Wirtschaftlichkeitsgebots gem. §§ 556 Abs. 3 Satz 1, 2 Hs., 560 Abs. 5 BGB.

¹⁶ *Wall* (Fn. 14), Rn. 2908.

¹⁷ *Wall* (Fn. 14), Rn. 2908; *Sentek*, NZM 2017, 721, 723.

¹⁸ *Wall* (Fn. 14), Rn. 2908.

¹⁹ NZM 2006, 125, 127.

²⁰ *Streyl*, NZM 2006, 125, 127.

²¹ LG Rostock, WuM 2017, 402; AG Hannover, WuM 2009, 179; Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 12), § 556 Rn. 109; *Langenberg/Zehlelein*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, A. Rn. 50; Blank/Börstinghaus/Blank, *Miete*, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 18; Schmid/Harsch, *Handbuch der Mietnebenkosten*, 15. Aufl. 2016, Rn. 5015; Erman/*Lützenkirchen*, 15. Aufl. 2017, § 556 Rn. 16; *Lützenkirchen/Lützenkirchen*, *Mietrecht*, 2. Aufl. 2015, § 556 Rn. 85 bei „erheblichen Mehrkosten“.

²² Blank/Börstinghaus/Blank (Fn. 21), § 556 Rn. 18.

²³ LG Rostock, WuM 2017, 402.

²⁴ *Streyl*, NZM 2006, 125, 127.

Doch kommt dieses erst dann zum Tragen, wenn es sich bei den in Rede stehenden finanziellen Aufwendungen überhaupt um Betriebskosten handelt²⁵. Und gerade das ist bei den durch einen Wasserrohrbruch entstandenen Mehrkosten zweifelhaft. Allein der Umstand, dass die Nutzung des Gebäudes für den Anfall auch dieser Kosten ursächlich ist, kann nicht genügen. Eine rein kausale Betrachtung führt schon deswegen nicht weiter, weil sie auch solche Ursachen mit einbezieht, die für das zu bewertende Geschehen keinerlei Aussagegehalt haben²⁶. Deshalb muss der Kostenanfall gerade auf einer *vom Vermietungszweck geprägten Nutzung* des Gebäudes beruhen. Und eine solche liegt bei einem unverhofft eintretenden massiven Wasserverlust infolge eines Rohrbruch – wie im Fall 1 beschrieben – schon deswegen nicht vor, weil die kostenauslösende Maßnahme hier ihren Zweck, nämlich die Wasserversorgung des vermieteten Gebäudes sicherzustellen, gänzlich verfehlt.

Im Übrigen beruht der Wasserverlust hier direkt auf einem Gebäudeschaden, so dass eine Nähe zu der – jedenfalls bei der Wohnraummiete – allein dem Vermieter zugewiesenen Instandsetzungslast (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV) besteht. Schließlich sind die Kosten des ausgetretenen Wassers meist von der Gebäudeversicherung umfasst²⁷, sodass den Vermieter insoweit nicht einmal ein finanzielles Risiko trifft. Dabei darf nicht außer Acht bleiben, dass es letztlich der Mieter ist, der die Gebäudeversicherungsprämie finanziert – unabhängig davon, ob diese mit den Betriebskosten anteilig auf ihn umgelegt wird (vgl. § 2 Nr. 13 BetrKV) oder in die Grundmiete einkalkuliert ist²⁸. All das spricht dafür, dass die durch den Rohrbruch entstandenen Mehrkosten nicht durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes entstanden sind.

c) Laufende Entstehung

Im Übrigen setzt die Kategorisierung als Betriebskostenart voraus, dass es sich um Kosten handelt, die „laufend entstehen“. Es muss sich – wie der BGH in dem Urteil vom 14.11.2007 (VIII ZR 19/07: „Nutzerwechselkosten“)²⁹ erläutert – um stetig wiederkehrende Kosten handeln. Ein jährlicher Anfall ist aber nicht erforderlich, es genügt – so lässt es der BGH in dem Urteil vom 11.11.2009 (VIII ZR 221/08)³⁰ anklingen –, wenn die Kosten in größeren Zeitabständen wiederkehren. Auch längere Zyklen, etwa von fünf bis sieben Jahren, sollen ohne Weiteres ausreichen³¹. Im Schrifttum wird mitunter konsequent darauf abgestellt, dass die

²⁵ S. auch BGH, WuM 2018, 288, 289.

²⁶ S. nur BGH, NJW 2018, 944, 945 f. = GE 2018, 509 f.; MüKo-BGB/Oetker, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 249 Rn. 103; instr. zur Adäquanztheorie im Strafrecht *Dehne-Niemann/Marinitsch*, ZStW 2017, 650 ff., insbes. 658 f.

²⁷ S. etwa OLG Bamberg, VersR 2007, 1409.

²⁸ Ausf. dazu *Hinz*, ZMR 2017, 533 ff.; 697 ff.

²⁹ BGH, WuM 2008, 85, 86.

³⁰ BGH, NZM 2010, 79, 80 Tz. 18.

³¹ BGH, NZM 2010, 79 f. Tz. 14, 18.

Kosten aus einem einmaligen Ereignis oder aus einem solchen resultieren, mit dessen Wiederholung zumindest zu rechnen ist³²; letzteres soll für die Kategorisierung als Betriebskosten genügen. Maßgebend ist nach der Rechtsprechung des BGH im Übrigen der Kostenanfall in dem konkreten Mietverhältnis, nicht hingegen in dem Gebäude oder der Wirtschaftseinheit³³.

Betrachtet man den Wasserrohrbruch³⁴ als ein einmaliges, gleichsam unverhofft eintretendes Ereignis, so wären die Kosten des daraus resultierenden Wasserverlustes nicht mehr als „laufend“ einzustufen. Geht man indes davon aus, dass auch ein Rohrleitungssystem einem gewissen Verschleiß unterliegt, so wird man – zumal wenn es in der Vergangenheit bereits zu Leckagen gekommen ist – auch künftig Leitungsdefekte mit einzukalkulieren haben. Das zeigt jedoch, dass das den Betriebskostenbegriff erläuternde Kriterium der laufenden Entstehung durchaus mit Unwägbarkeiten behaftet sind.

2. Kosten des Wasserverbrauchs

Im Übrigen ist zu beachten, dass grundstücksbezogene Aufwendungen, selbst wenn sie die Kriterien des Betriebskostenbegriffs in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB erfüllen, nur dann umlagefähig, wenn sie im Betriebskostenkatalog des § 2 BetrKV aufgeführt sind³⁵. Dabei müssen sie jedenfalls unter eine der bei den einzelnen Kostenarten bezeichneten (Unter-)Positionen subsumierbar sein; diese sind abschließend und können nicht durch andere, der betreffenden Kostenart ebenfalls zuweisungsfähige Aufwendungen erweitert werden³⁶.

Demgemäß gehören zu den Kosten der Wasserversorgung i. S. des § 2 Nr. 2 BetrKV die Kosten des Wasserverbrauchs, Grundgebühren sowie die im einzelnen aufgeführten Kosten der Zähler und sonstigen technischen Einrichtungen. Der Begriff des Wasserverbrauchs wird gemeinhin restriktiv interpretiert. Nach Auffassung von *Hubert Blank* soll er lediglich die „reguläre Wasserentnahme“ erfassen³⁷. Auch *Hans Langenberg* und *Kai Zehelein* wollen unter diese Kostenposition allein den Verbrauch durch die Nutzer subsumieren³⁸. Für eine solche Sichtweise könnte sprechen, dass der Begriff des *Wasserverbrauchs* die Vokabel „verbrauchen“ impliziert. Verbrauchen bedeutet insbesondere: regelmäßig (eine gewisse Menge von etwas) nehmen und für einen bestimmten Zweck verwenden (bis nichts mehr davon vorhanden ist), aber auch: abnutzen, verschleifen³⁹. Diese Begriffsbestimmung deutet darauf hin,

³² Instr. Schmid/*Riecke* (Fn. 21), Rn. 1036 a; Schmid, MDR 2010, 362 f.

³³ BGH, WuM 2008, 85, 86 Tz. 17; dagegen aber Schmid, ZMR 2011, 341, 344; Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 21), § 556 Rn. 8.

³⁴ S. dazu OLG Bamberg, VersR 2006, 1213.

³⁵ *Wall* (Fn. 14), Rn. 2935.

³⁶ *Wall* (Fn. 14) Rn. 2935 mit zahlreichen Beispielen.

³⁷ Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 21), § 556 Rn. 18.

³⁸ *Langenberg/Zehelein* (Fn. 21), A Rn. 50.

³⁹ Duden Onlinewörterbuch, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/verbrauchen>.

dass der Verbrauch eines Gegenstandes seine zumindest im Wesentlichen zweckgerichtete Nutzung erfordert. Daran könnte es fehlen, wenn das Wasser die Entnahmestelle in der Wohnung des Mieters überhaupt nicht erreicht hat, sondern auf dem Weg dorthin aus dem Leitungssystem austritt.

Immerhin denkbar wäre es aber, den „Verbrauch“ aus der Perspektive des Vermieters zu definieren. Dann wäre das Wasser womöglich bereits in dem Moment verbraucht, in dem es den Hauptzähler durchlaufen hat; denn von da an wird es ihm von dem betreffenden Wasserversorgungsunternehmen in Rechnung gestellt und ist für die in dem Gebäude ansässigen Mieter prinzipiell verfügbar. Die Kosten des Wasserverlustes könnten dann Gegenstand eines Schadensersatzanspruchs aus § 536a Abs. 1 BGB oder aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB sein.

Für diese Sichtweise lässt sich anführen, dass § 2 Nr. 2 BetrKV dem Vermieter offenbar eine weitgehende Umlage der für die Wasserversorgung des vermieteten Gebäudes erfolgten Aufwendungen ermöglichen will. Deshalb könnte man den Terminus des Wasserverbrauchs mit dem Betriebskostenbegriff des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB harmonisieren und es genügen lassen, wenn das Wasser nach Einführung in das Gebäude in einer *vom Vermietungszweck geprägten Weise* genutzt wird. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, wenn es infolge eines Defektes am Rohrleitungssystem überhaupt nicht zum Mieter gelangen kann, sondern bereits auf dem Weg zu den in der Wohnung vorhandenen Wasserarmaturen in großem Umfang versiegt.

3. Geringfügige Mehrkosten

a) Grundsätzliche Überlegungen

Es fragt sich allerdings, ob die Kosten von mangelbedingten Wasserverlusten im Gebäude auch dann aus den auf die Mieterschaft umzulegenden Wasserkosten herauszurechnen sind, wenn sie lediglich geringfügige Mehrkosten verursachen. Das wird im Schrifttum teilweise verneint; gefordert wird ein erheblicher Mehrverbrauch⁴⁰; wobei man insbesondere an den zeitweilig tropfenden Wasserhahn oder die defekte Dichtung an einer Armatur gedacht hat⁴¹.

Fall 2:

Das Rohrleitungssystem in dem Gebäude ist mittlerweile alt und marode. An verschiedenen Stellen haben sich Haarrisse gebildet, zudem sind mehrere Dichtungen schadhaft. Dies führt zu einem permanenten geringfügigen Wasserverlust. Die in die Betriebskostenabrechnung eingestellten Wasserkosten bewegen sich aber noch im Rahmen des durchschnittlichen Pro-Kopf-Verbrauchs.

Gleichwohl kürzt Mieter M die in Rechnung gestellten Wasserkosten um 20%.

⁴⁰ Lützenkirchen/Lützenkirchen (Fn. 21), § 556 Rn. 85; Schmid, WuM 2008, 519, 520.

⁴¹ Schmid, WuM 2008, 519, 520.

Maßgebend ist auch hier, ob die auf einem geringfügigen leakagebedingten Wasserverlust beruhenden Mehrkosten durch den „bestimmungsmäßigen Gebrauch“, eben durch eine vom Vermietungszweck geprägte Nutzung des Gebäudes entstanden sind. Die Frage ist deswegen von erheblicher Bedeutung, weil es in einem Mehrfamilienhaus innerhalb einer Abrechnungsperiode wohl diverse Ereignisse geben wird, bei denen Leitungswasser in der einen oder anderen Weise verschwendet wird, sei es durch schadhafte Dichtungen am Rohrleitungssystem, einen tropfenden Wasserhahn oder eine defekte WC-Spülung. Sofern jeder noch so geringfügige Wasserverlust aus den umlagefähigen Kosten der Wasserversorgung zu eliminieren wäre, würde dies den Vermieter vor kaum lösbar Problemen bei der Abrechnung der Kosten stellen, denn er wäre bei jeder Unregelmäßigkeit am Leitungssystem mit Abzügen seitens der Mieter konfrontiert.

Ausgangspunkt muss wiederum die Frage sein, ob die Kosten schwerpunktmäßig aus dem Vermietungsbetrieb resultieren oder auf der Beschaffenheit des Mietobjekts beruhen – anders gewendet: ob sie in der Sphäre des Mieters oder des Vermieters entstanden sind. Hier bietet es sich an, auf die von *Streyl* vollzogene Differenzierung zurückzugreifen (s. oben unter II 1. a bb), selbst wenn man seiner Ansicht nicht gänzlich beipflichten möchte.

Hat der Vermieter von dem Rohrleitungsdefekt, etwa durch Mitteilung seitens der Mieterschaft, Kenntnis erlangt, muss er das Leitungssystem überprüfen. Das gilt schon dann, wenn nach der Schilderung des Anzeigenden gewisse Anhaltspunkte für einen Wasserverlust bestehen. Sofern sich bei der Überprüfung ein Reparaturbedarf herausstellt, muss der Vermieter umgehend tätig werden und die Leckage beseitigen. Eine solche Pflicht wird sich mitunter bereits aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB ergeben, sofern die durch das permanent in das Gebäude eindringende Wasser verursachte Feuchtigkeit die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts beeinträchtigt, selbst wenn diese jenseits der gemieteten Wohnung auftritt. Unterlässt der Vermieter ungeachtet seiner Kenntnis vom Rohrleitungsschaden die Reparatur, so fallen die daraus resultierenden Mehrkosten ihm zur Last. Es handelt sich nicht um Betriebskosten, sondern um Kosten, die im Zusammenhang mit seiner Instandhaltungspflicht entstanden sind.

Schwieriger ist die Rechtslage hinsichtlich des Wasserverlustes zu beurteilen, der bereits vor dem (umgehenden) Einschreiten des Vermieters eingetreten ist. Vielleicht kann man auch hier auf den vom BGH geäußerten Gedanken zurückgreifen, dass bei der Umlage der Betriebskosten immer auch der Gesichtspunkt der Umlagepraktikabilität zu berücksichtigen ist, eine

absolute Umlagegerechtigkeit ohnehin nicht erreichbar erscheint⁴². Da Betriebskostenabrechnungen für den Vermieter einfach zu erstellen sein sollen, sind gewisse Ungenauigkeiten und damit auch Ungerechtigkeiten hinzunehmen. Eine cent-genaue Kostenverteilung kann dem Vermieter nicht abverlangt werden⁴³. Dieser Grundsatz hat insbesondere auch bei der Frage einer gesonderten Erfassung der auf Gewerbeflächen entfallenden Betriebskosten bei gemischt genutzten Gebäuden seinen Niederschlag gefunden⁴⁴. Eine solche ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur dann geboten, wenn die betreffenden Kosten zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen⁴⁵. Dies zugrunde gelegt, verlangt die Instanzjudikatur eine Vorabfassung des Wasserverbrauchs jedenfalls bei Gewerbebetrieben, bei denen ein Wassermehrverbrauch gegenüber einer Wohnnutzung augenfällig ist, so z.B. bei Frisörsalons, Gastronomiebetrieben, Metzgereien, Gärtnereien und Wäschereien⁴⁶. Nicht anders als beim Vorwegabzug des Gewerbes geht es auch bei der Ausgrenzung von Wassermehrkosten infolge von Mängeln am Rohrleitungssystem um die Zuweisung der Kostenverantwortung an verschiedene Personen. Denkbar wäre es daher, auf die dortigen, höchstrichterlich abgesicherten Grundsätze auch bei der Ausgrenzung von mangelbedingten Mehrkosten aus der vom Mieter zu tragenden Betriebskostenlast zurückzugreifen – jedenfalls solange der Vermieter keine Kenntnis von dem Defekt hat.

Dem lässt sich nicht entgegen halten, dass der Vermieter nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verpflichtet ist, das Mietobjekt während der Mietzeit in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten und somit den Mangel an den Versorgungseinrichtungen bis zur Zumutbarkeitsgrenze des § 275 Abs. 2 BGB⁴⁷ zu beseitigen. Es geht hier nicht um die Versetzung des Mietobjekts in einen ordnungsgemäßen Zustand für die künftige Nutzung, sondern um die Verteilung der in der Vergangenheit – vor Mängelbeseitigung – entstandenen Mehrkosten. Da die bei der Schadstelle ausgetretene Wassermenge schwerlich messbar ist, können diese ohnehin nur im Wege einer Schätzung ermittelt werden. Eine solche wird im Regelfall auf der Grundlage eines Vergleichs der Verbräuche der aktuellen mit denjenigen vorangegangener Abrechnungsperioden erfolgen (s. dazu unter II. 6.). Ein solches Verfahren ist aber nur dann sinnvoll, wenn die Kostenmehrbelastung in der aktuellen Abrechnungsperiode eine gewisse Größenordnung erreicht hat.

⁴² BGH, WuM 2010, 685, 686 Tz. 17 = ZMR 2011, 196; BGH, WuM 2006, 613 = ZMR 2006, 919 (Tz. 20 nach juris); *Streyll*, WuM 2011, 450, 452; s. auch *Lützenkirchen*, ZMR 2009, 895, 897.

⁴³ *Beyer*, GE 2007, 950.

⁴⁴ BGH, WuM 2006, 200 = ZMR 2006, 358 (Tz. 17 bei juris).

⁴⁵ BGH, WuM 2006, 200 = ZMR 2006, 358; WuM 2006, 684, 685 = ZMR 2007, 101, 102; WuM 2010, 627, 629 = ZMR 2011, 26; WuM 2010, 741; WuM 2017, 399 = ZMR 2017, 877 Tz. 19 f.

⁴⁶ S. die Beispiele bei *Wall* (Fn. 14), Rn. 3227.

⁴⁷ Ausf. dazu *Hinz*, NZM 2017, 233, 237.

Nicht thematisiert worden ist bislang auch, wo die Grenze einer dem Mieter zumutbaren Mehrbelastung durch Kosten infolge von rohrleitungsbedingten Wasserverlusten liegen soll. Hier empfiehlt es sich, mit einem einfach zu handhabenden prozentualen Wert zu arbeiten. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, derartige Mehrkosten seien ohnehin nur im Wege einer mehr oder weniger ungenauen Schätzung zu ermitteln. Für die Festlegung eines Grenzwertes muss eine Verifizierbarkeit der Mehrkosten zunächst einmal unterstellt werden; ob und inwieweit diese dann möglich ist, bleibt dem jeweiligen Einzelfall überlassen.

Allerdings dürfte die Wesentlichkeitsgrenze hier deutlich niedriger liegen als die bei Flächendivergenzen angenommene 10%-Toleranz⁴⁸. Angemessen erscheinen maximal 5%. Denn im Grundsatz soll der Mieter nicht mit Wasserverlusten in dem Gebäude belastet werden, zumal § 2 Nr. 2 BetrKV lediglich die Kosten des Wasserverbrauchs, nicht aber die Kosten des Wasserverlusts als umlagefähige Kosten der Wasserversorgung deklariert. Es geht allein darum, eine praktikable Lösung für den Zeitraum zu schaffen, bis der Vermieter Kenntnis von dem Mangel erhält und dadurch in die Lage versetzt wird, diesen abzustellen. Übersteigt der auf einem Rohrleitungsmangel – gegebenenfalls auch im Wege einer Schätzung – zurückzuführende Wassermehrverbrauch 5% der jährlichen Gesamtbelastung, beruht er nicht mehr auf einem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache.

b) Überprüfungspflicht des Vermieters

Ungeklärt ist schließlich, ob der Vermieter gehalten ist, die Funktionsfähigkeit des in dem Gebäude vorhandenen Wasserrohrleitungssystems in regelmäßigen Abständen zu überprüfen. Jedenfalls ist der Vermieter – wie der BGH in dem Urteil vom 25.01.2018 (VII ZR 74/15)⁴⁹ betont hat – nicht gehalten, für eine mehrfach wöchentliche Kontrolle zwecks Abwendung von Wasserschäden Sorge zu tragen. Ausführlicher hat sich der BGH zu dieser Thematik – allerdings bezogen auf Elektroinstallationen – in der sog. E-Check-Entscheidung vom 15.10.2008 (VIII ZR 321/07)⁵⁰ geäußert. Dabei hat er eine Verpflichtung des Vermieters, die Elektroleitungen und elektrischen Anlagen in den vermieteten Wohnungen ohne konkreten Anlass auf Mängel durch ein Fachunternehmen überprüfen zu lassen, abgelehnt. Zwar habe der Vermieter unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflicht „in vernünftigen Grenzen“ die notwendigen Maßnahmen zu veranlassen, um andere Personen vor Schäden zu bewahren. Erforderlich dafür sei jedoch eine nahe liegende Gefahr, dass fremde Rechtsgüter verletzt werden

⁴⁸ Grdl. dazu BGH, WuM 2004, 336 = ZMR 2004, 495; WuM 2004, 268 = ZMR 2004, 500; WuM 2004, 337 = ZMR 2004, 501; ferner *Hinz*, ZMR 2018, 1, 3 ff.

⁴⁹ BGH, NJW 2018, 944 = GE 2018, 509.

⁵⁰ BGH, NZM 2008, 927 = ZMR 2009, 345.

könnten⁵¹. Eine solche hat der BGH bei ordnungsgemäß installierten Leitungen und Anlagen im privaten Wohnbereich verneint.

Für die im Gebäude verlegten Wasserleitungen dürfte prinzipiell nichts anderes gelten. Sofern diese außerhalb der vermieteten Räumlichkeiten liegen, geht von ihnen regelmäßig keine Gefahr für die Rechtsgüter anderer Personen, auch nicht für diejenigen, der in dem Gebäude ansässigen Mieter aus. Im Zweifel kann sich der Vermieter bei den Wasserleitungen – nicht anders als bei den Elektroinstallationen – darauf verlassen, dass diese funktionsfähig sind.

Anders mag es sich bei älteren Gebäudes verhalten, sofern es dort in der Vergangenheit bereits zu Leckageproblemen gekommen ist. Hier dürfte den Vermieter die Pflicht treffen, auch nach Durchführung der erforderlichen Reparaturarbeiten, von Zeit zu Zeit eine Sichtprüfung der Rohrleitungen vorzunehmen bzw. eine andere Person – etwa den Hauswart – damit zu beauftragen. Die regelmäßige Überprüfung durch einen Fachbetrieb wird ihm aber auch hier nicht abzuverlangen sein.

c) Besonderheiten bei Einzelwasserzählern

Besondere Probleme können entstehen, wenn das Objekt mit Einzelwasserzählern ausgestattet ist und der unvorhergesehene Wasserverlust in dem Bereich zwischen diesen und dem Hauptwasserzähler stattfindet.

Variante Fall 1:

Sämtliche Wohnungen in dem Gebäude sind mit Einzelwasserzählern versehen. Die Umlage der Wasserkosten erfolgt deshalb nach Verbrauch. Der Wasserrohrbruch findet zwischen dem Hauptzähler und den Einzelzählern statt. Da V ihn schnell bemerkt und den Wasserzugang unterbinden kann, läuft nur relativ wenig Wasser in den Keller. Die den Mietern – somit auch dem M – mit der Betriebskostenabrechnung anteilig nach ihrem jeweiligen Zählerverbrauch in Rechnung gestellten Kosten der Differenzmenge zwischen der Angabe am Hauptzähler und der Summe der Einzelzählerergebnisse beträgt knapp 20% des Hauptzählermesswerts.

M rechnet diesen Kostenanteil aus der Betriebskostenabrechnung heraus.

Zu den umlagefähigen Kosten des Wasserverbrauchs werden auch die Kosten der Differenzmenge zwischen dem Messwert des Hauptzählers und der Summe der Zwischenzählerwerte gerechnet. Diese Differenzmenge kann auf die Mieterschaft umgelegt werden, sofern sie sich auf nicht mehr als 20% beläuft⁵². Ein gewisser Schwund zwischen der gemessenen Gesamtmenge und den erfassten Einzelmengen ist aufgrund von Messtoleranzen nicht vermeidbar;

⁵¹ BGH, NZM 2008, 927, 928 = ZMR 2009, 345 Tz. 18.

⁵² LG Duisburg, WuM 2006, 199; LG Berlin, GE 2002, 193; *Langenberg/Zehlelein* (Fn. 21), F Rn. 112; großzügiger AG Schöneberg, GE 2000, 1623; *Wall* (Fn. 14), Rn. 3297; s. auch *Blank/Börstinghaus/Blank* (Fn. 21), § 556 Rn. 18; *Kinne*, ZMR 2001, 1, 3.

er beruht insbesondere auf technischen Unterschieden zwischen Haupt- und Einzelzählern⁵³. So sind die Einzelzähler regelmäßig schon aus Kostengründen einfacher konzipiert und weisen dadurch eine geringere Ansprechempfindlichkeit auf. Insbesondere sind sie nicht in der Lage, sog. Schlupfmengen im untersten Messbereich vollständig anzuzeigen, sondern beginnen eine Messung frühestens ab einem Durchfluss vom 12 l/h, bei senkrechter Installation sogar erst ab 20 l/h. Demgegenüber misst der Hauptwasserzähler bereits ab einem Durchfluss von 7 l/h⁵⁴.

Sofern die Differenzmenge zwischen Haupt- und Einzelzähler allerdings 20% übersteigt, soll eine tatsächliche Vermutung dafür sprechen, dass sie auf schadhafte Rohrleitungen zurückzuführen ist⁵⁵. Offen geblieben ist dabei, ob der Vermieter in solchen Fällen die Kosten der Differenzmenge wenigstens bis zur Grenze von 20% auf die Mieterschaft umlegen darf oder ihm dies angesichts der bestehenden Vermutung für ein defizitäres Rohrleitungssystem komplett versagt bleibt. Vieles spricht dafür, dass der Vermieter die Kosten einer nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand aufklärbaren Messdifferenz bis zur 20%-Grenze dem Mieter im Rahmen des § 2 Nr. 2 BetrKV berechnen darf.

In der Variante zu Fall 1 stellt sich allerdings die umgekehrte Frage, nämlich ob es bei der überwiegend konzidierten 20%-Toleranz bleiben kann, wenn feststeht, dass ein Teil der Messdifferenz auf einem irregulären Wasserverlust zurückzuführen ist. Hier wird man berücksichtigen müssen, dass eine schwundbedingte Abweichung der Einzelzählerwerte vom Ergebnis des Hauptwasserzählers in jedem Fall unvermeidbar ist, unabhängig davon, ob sich – darüber hinaus – ein Rohrleitungsmangel verifizieren lässt. Da innerhalb des hier zur Verfügung stehenden 20%-Korridors regelmäßig kaum aufklärbar sein wird, in welchem Umfang die Messdivergenz auf dem Einzelzählerschupf oder auf den schadhafte Rohrleitungen beruht, wird es sich anbieten, die Mehrkosten zu halbieren. Der Mieter wäre dann mit den anteiligen Kosten der Differenzmenge zwischen Haupt- und Einzelzählern bis zu einer Höhe von 10% des Hauptzählermesswerts zu belasten.

In der **Variante zu Fall 1** könnte M die Wasserkosten um die seinem Verbrauchsanteil entsprechenden Kosten von 10% der am Hauptzähler gemessenen Wassermenge reduzieren.

4. Mehrverbrauch im Einflussbereich des Mieters

Nicht selten kommt es vor, dass die Mängel an den Wasserversorgungseinrichtungen im Bereich der gemieteten Räumlichkeiten und – soweit vorhanden – hinter dem Einzelwasserzähler

⁵³ LG Duisburg, WuM 2006, 199; Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 21), § 556 Rn. 18.

⁵⁴ Instr. *Peters*, NZM 2000, 696.

⁵⁵ *Langenberg/Zehlelein* (Fn. 21), F Rn. 112.

des Mieters und damit in seinem direkten Einflussbereich auftreten. Handelt es sich dabei um einen klassischen Rohrbruch, dürfte die Rechtslage keine andere sein, als wenn dieser außerhalb der Wohnungen – etwa im Keller oder anderen Gemeinschaftsräumen – aufgetreten wäre. Der Wasserverlust beruht nicht auf dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes zur Nutzung durch die Mieter, sondern auf einem Instandsetzungsbedarf, der allein in die Risikosphäre des Vermieters fällt.

Schwieriger zu beurteilen sind indes diejenigen Fallgestaltungen, in denen der irregulären Wasserverlust erst durch ein typisches Nutzerverhalten des Mieters eintritt, z.B. durch die Betätigung einer WC-Spülung oder eines Warmwasserspeichers.

Fall 3 (vgl. LG Rostock, Urt. v. 19.05.2017 – 1 S 198/16⁵⁶):

In der Wohnung von Mieter M ist die WC-Spülung defekt, was zu einem permanenten Wasserdurchlauf führt. M zeigt den Mangel unverzüglich dem Vermieter V an. Dieser beauftragt ein Handwerksunternehmen, welches jedoch – trotz mehrfacher Versuche – nicht in der Lage ist, den Mangel vollständig zu beseitigen. Immer wieder, insbesondere wenn M die Spülung betätigt hat, kommt es zu einem ununterbrochenen Wasserlauf, den M meist erst durch mehrfaches erneutes Drücken der Spültaste stoppen kann. In der aktuellen Betriebskostenabrechnung sind die nach Verbrauch umgelegten Wasserkosten nahezu doppelt so hoch wie im Vorjahr.

M kürzt die Nachforderung entsprechend.

a) Betriebskostenqualität

Auch der Wasserverlust bei einer dem Zugriff des Mieters unterliegenden Wasserversorgungseinrichtung in der Wohnung wirft die Frage auf, ob er auf einem bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes i. S. des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB beruht. Daran dürfte es nach dem oben Gesagten (s. unter II. 3. a) jedenfalls von dem Moment an fehlen, in dem der Vermieter Kenntnis von dem Mangel erhalten hat. Nunmehr verlagert sich die erhöhte Kostenverursachung von der Einflussosphäre des Mieters in diejenige des Vermieters. Dieser bleiben sie so lange zugeordnet, bis sich die von ihm angestellten Reparaturbemühungen als nachhaltig erwiesen haben.

Größere Probleme bereitet die Bewertung eines solchen Wasserverlustes im Nahbereich des Mieters, bevor dieser ihn zur Kenntnis genommen und Eilmaßnahmen, insbesondere die Schließung des Absperrventils, veranlasst hat. Vieles spricht dafür, dass ein solcher Wasserverlust gleichfalls dem Einflussbereich des Mieters entzogen und damit jenseits des bestimmungsgemäßen Gebrauchs entstanden ist. Doch wird es vielfach wohl schon deswegen nicht darauf ankommen, weil sich der bis zu einer pflichtgemäß zügigen Mängelanzeige (s. dazu unter II. 5. a) eintretende Wasserverlust meist in Grenzen halten wird (s. dazu oben unter II.

⁵⁶ WuM 2017, 402.

3. a)., so dass sich die dadurch entstehenden Mehrkosten im Bereich des Geringfügigen bewegen.

Auch wird man sich die Frage stellen können, ob die Kosten des Wasserverlustes infolge des defekten Spülkastens als „laufend entstehend“ charakterisiert werden können. Maßgebend ist wiederum, ob unter normalen Umständen mit dem erneuten Eintritt eines solchen Defekts auch nach fachgerechter Reparatur zu rechnen ist (s. oben unter II. 1. c). Das ist gerade hier schwer zu beurteilen. Da ein Spülkasten u.U. jahrzehntelang halten kann, lässt sich mit guten Gründen eine „laufende Entstehung“ mangelbedingter Wassermehrkosten ablehnen. Das zeigt einmal mehr, welche Unsicherheiten dieses Kriterium birgt.

Im **Fall 3** handelt es sich bei den Mehrkosten des Wasserverbrauchs infolge der defekten WC-Spülung jedenfalls ab Mitteilung des Mangels an V nicht mehr um Betriebskosten i. S. des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB.

b) Verhältnis zur Mietminderung

Ist die WC-Spülung über eine geraume Zeit defekt, kann dies im Übrigen einen Mangel der Mietsache i. S. des § 536 Abs. 1 BGB darstellen. Ein solcher liegt vor, wenn die tatsächliche Beschaffenheit von der vereinbarten oder der nach der Verkehrsanschauung zu erwartenden Beschaffenheit des Mietobjekts abweicht⁵⁷. Kann der Mieter eine funktionsfähige WC-Spülung bei Zugrundelegung zeitgemäßer Wohnvorstellungen ohne Weiteres erwarten, stellt der permanente Wasserdurchlauf fraglos einen Mangel dar. Die Problematik dürfte allein darin liegen, wann ein derartiger Mangel die Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB überstREET. Das wird wiederum von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Ist die Spülung als solche nicht beeinträchtigt und der Wasserlauf akustisch kaum wahrnehmbar, dürfte es an einem zur Minderung der Miete führenden erheblichen Mangel fehlen. Allein durch den Wasserverlust wird die Nutzbarkeit des Mietobjekts zum Wohnen nicht beeinträchtigt. Anders verhält es sich, wenn aufgrund des permanenten Wasserablaufs eine ordnungsgemäße Befüllung des Spülkastens nicht erfolgt, sodass eine komplikationslose Spülung nicht gewährleistet ist. Auch wenn der Wasserverlust eine dauernde, insbesondere auch in anderen Räumen vernehmbare Geräuschkulisse produziert, wird dies eine (u.U. geringfügige) Mietminderung begründen.

Eine solche besteht im Übrigen unabhängig davon, wie sich der mit der defekten WC-Spülung einhergehende Wasserverlust auf die vom Mieter zu tragenden Kosten des Wasserverbrauchs

⁵⁷ Ständ. BGH-Rspr., s. nur BGHZ 205, 177, 183 = ZMR 2015, 697, 698 Tz. 18.

auswirkt. Insofern geht es um zwei unterschiedliche Dinge: Die Mietminderung betrifft die eingeschränkte Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts durch eine reduzierte Nutzbarkeit des WC bzw. die Geräuschbelästigung. Demgegenüber geht es bei der Betriebskostenthematik darum, ob die mangelbedingten Mehrkosten dieser Kategorie überhaupt zuzuordnen sind. Erst wenn das der Fall ist, kann die Minderung auch diese Kosten ergreifen (s. oben unter I.).

5. Unterlassene Mängelanzeige

a) Umfang der Anzeigepflicht

Besondere Probleme können entstehen, wenn der Mieter den einen Wassermehrverbrauch auslösenden Mangel eine geraume Zeit hinnimmt und von einer Mitteilung an den Vermieter absieht.

Variante Fall 3:

Wie Fall 3, aber M zeigt dem V den Defekt an der WC-Spülung erst acht Monate nach Entdeckung – Ende 2015 – an. Die ihm Ende 2016 übermittelte Betriebskostenabrechnung für 2015 begleicht er nicht, da die Kosten der Wasserversorgung die Nachforderung übersteigen.

Nach § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Mieter dem Vermieter einen sich während der Mietzeit zeigenden Mangel unverzüglich anzuzeigen. Mangel bedeutet in diesem Zusammenhang – anders als bei der Mietminderung gem. § 536 Abs. 1 BGB – jedes Hervortreten eines defizitären Zustands der Mietsache, von dem eine Gefahr für diese ausgehen kann; eine erhebliche Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit ist indes nicht erforderlich⁵⁸. Ein solcher Mangel „zeigt sich“, wenn sein Vorhandensein sich jedem Mieter aufdrängen muss, soweit dieser nicht ganz nahe liegende Feststellungen unterlässt. Es besteht also keine allgemeine Untersuchungspflicht; nur wenn der Mieter den Mangel erkannt hat oder dieser ihm infolge von grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, hat er gegen seine Anzeigepflicht aus § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB verstoßen⁵⁹.

Unverzüglich, nämlich ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) handelt der Mieter, wenn er die Mängelanzeige innerhalb einer den Umständen des Einzelfalls angepassten Prüfungs- und Überlegungszeit abgibt⁶⁰. Maßgebend ist hier die Dringlichkeit der Mängelbeseitigung⁶¹; besteht aufgrund des Mangels das Risiko eines weiteren Schadeneintritts, muss

⁵⁸ BGHZ 68, 281, 283 = NJW 1977, 1236; *Strey*, FS Eisenschmid, Beilage zu WuM 7/2016, 37, 38.

⁵⁹ Grdl. BGHZ 68, 281, 284 ff. = NJW 1977, 1236, 1237; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 12), § 536c Rn. 10; Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 21), § 536c Rn. 9; tendenziell abw. MüKo-BGB/*Häublein*, Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 536c Rn. 6, der nicht auf das Maß der subjektiver Vorwerfbarkeit, sondern auf die Erkennbarkeit für einen durchschnittlichen, nicht besonders geschulten Mieter abstellt.

⁶⁰ BGH, NJW 2012, 3305, 3306.

⁶¹ Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 21), § 536c Rn. 11.

der Mieter sofort reagieren. Andererseits kann er eine gewisse Zeit zuwarten, wenn der Mangel konstant bleibt, seine Ausweitung also nicht zu befürchten ist⁶². Länger als zwei Wochen seit Entdeckung des Mangels sollte dies aber nicht sein⁶³. Droht aufgrund einer Leckage oder eines Defekts an den Versorgungseinrichtungen ein erheblicher Wasserverlust, muss der Mieter grundsätzlich sofort reagieren.

Absehen sollte der Mieter insbesondere von Eigenreparaturversuchen mit experimentellem Charakter. In einem von *Langenberg/Zehlelein*⁶⁴ geschilderten Fall, mit dem das LG Hamburg im Jahre 1998 befasst war, hatte der Mieter eine defekte Dichtung am Spülkasten nicht angezeigt, sondern stattdessen versucht, den Mechanismus des Einlaufventils mittels eines Zahnstochers zu blockieren. Das Ergebnis war ein Wasserverbrauch von 28,5 m³ täglich in einem Sechsfamilienhaus; das LG Hamburg verurteilte den Mieter zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 11.512,07 DM⁶⁵.

In der **Variante zu Fall 3** ist M verpflichtet, dem V die nicht funktionsfähige WC-Spülung umgehend anzuzeigen. Sobald er nach ein- bis zweimaligem Betätigen der Spültaste feststellt, dass sich der Wasserfluss nicht mehr kontrollieren lässt, hat er dies dem Vermieter mitzuteilen. Auf Versuche der Eigenreparatur darf er sich nicht einlassen.

b) Konsequenzen einer Pflichtverletzung

Fraglich ist, welche Konsequenzen die Verletzung der Mängelanzeigespflicht des § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB im Falle eines Wasserverlustes infolge schadhafter Versorgungseinrichtungen hat. Nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB erwächst dem Vermieter in solchen Fällen ein Anspruch auf Ersatz des infolge der unterlassenen Anzeige entstandenen Schadens. Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Vermieter überhaupt einen Schaden erlitten hat. Das wäre dann nicht der Fall, wenn es sich bei den Kosten des auf der mangelnden Abhilfemöglichkeit des Vermieters beruhenden Wassermehrverbrauchs um Betriebskosten handeln würde, die der Mieter ohnehin zu tragen hätte.

Maßgebend ist wiederum, ob der Mehrverbrauch auf einer vom Vermietungszweck geprägten Nutzung des Gebäudes bzw. der konkreten Mietwohnung beruht. Man könnte argumentieren, dass es auch hier an einer regulären Entnahme des Wassers durch den Mieter mangelt, das Wasser jedenfalls seinen Zweck verfehlt, den zur Erreichung eines angemessenen Wohnkomforts benötigten Bedarf des Mieters zu decken. Dieser Position scheint *Michael Schmid* zuzuneigen, der im Falle einer Verletzung der Anzeigepflicht, ebenso wie bei einer Beschädigung

⁶² Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 12), § 536c Rn. 24.

⁶³ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 12), § 536c Rn. 24.

⁶⁴ Fn. 19, A Rn. 52 Fn. 59.

⁶⁵ LG Hamburg, Urt. v. 12.06.1998 – 311 S 132/96 n.V., zit. nach *Langenberg/Zehlelein* (Fn. 21), A Rn. 52 Fn. 59.

der Wasserversorgungseinrichtungen, von einem Schadensersatzanspruch des Vermieters gegen Mieter ausgeht, gleichwohl aber die Wassermehrkosten aus Vereinfachungsgründen mit in die verbrauchsbezogenen Abrechnung einstellen will⁶⁶.

Indes spricht vieles dafür, dass die vom Mieter gleichsam hingenommenen Mehrkosten jedenfalls dann auf einer vom Vermietungszweck geprägten Nutzung der Wohnung basieren, wenn diese mit einem Einzelwasserzähler ausgestattet ist. Dann unterliegt die Kostenentstehung allein der Entscheidungsmacht des Mieters; weder der Vermieter noch die weiteren in dem Gebäude ansässigen Mieter haben ein Interesse daran, auf den in diesem Bereich stattfindenden Verbrauch Einfluss zu nehmen. Die Situation ähnelt derjenigen, in welcher der Mieter infolge von Leichtfertigkeit den Wasserhahn über Stunden laufen lässt oder den mitgemieteten Garten übermäßig bewässert. Es spricht vieles dafür, dass die wie auch immer geartete Nutzung des Leitungswassers durch den Mieter hinter dem Einzelwasserzähler als Wasserverbrauch i. S. des § 2 Nr. 2 BetrKV zu bewerten ist.

Lösungsvorschläge Variante Fall 3:

M hat die Wassermehrkosten nach der hier vertretenen Auffassung direkt als Betriebskosten zu tragen. Nach der Gegenansicht muss V die Kosten der Wasserversorgung zunächst um die schadensbedingten Mehrkosten (im Wege einer Schätzung) bereinigen, kann diese dem M aber sogleich wieder im Wege des Schadensersatzes nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB im Rechnung stellen. Dabei kann er diesen Betrag aus Vereinfachungsgründen sogleich in die Abrechnung aufnehmen⁶⁷; er muss ihn wohl nicht einmal gesondert ausweisen.

Fall 4 (vgl. AG Bergisch Gladbach, Urt. v. 08.03.1983 – 26 [23] C 575/80⁶⁸):

In dem Sechsfamilienhaus des V sind keine Einzelwasserzähler installiert. M1 bemerkt Mitte des Jahres 2016 die defekte WC-Spülung. Er zeigt diesen Mangel dem Vermieter jedoch nicht an, sondern behilft sich mit einer mehrfachen Betätigung der Spültaste, was den Wasserfluss zeitweise zum Ruhen bringt. Da M1 jedoch mehrfach im Jahr längere Dienstreisen antreten muss, läuft wochenlang Wasser ungehemmt durch den Spülkasten. Die von V Mitte 2017 übersandten Betriebskostenabrechnungen für 2016 weisen einen dreimal so hohen Gesamtverbrauch von Wasser und Entwässerung aus wie die Abrechnungen der Vorjahre.

Die Mitmieter M2, M3, M4, M5 und M6 kürzen die exorbitant hohen Nachforderungen jeweils um 2/3 der ihnen anteilig zugewiesenen Wasser- und Entwässerungskosten. V verlangt von M1 Schadensersatz hinsichtlich der nicht beglichenen Kosten des Wassermehrverbrauchs.

Ob es sich auch dann noch um Betriebskosten handelt, wenn der vom Mieter hingenommene Wasserverlust in seiner Wohnung stattfindet, aber aufgrund der Umlage der in dem Gebäude angefallenen Gesamtkosten nach dem Flächenmaßstab sämtliche Mieter belastet, könnte

⁶⁶ Schmid, WuM 2008, 519, 520; ebenso jetzt Schmid/Harsch (Fn. 21), Rn. 5015.

⁶⁷ Schmid, WuM 2008, 519, 520; ebenso jetzt Schmid/Harsch (Fn. 21), Rn. 5015.

⁶⁸ WuM 1984, 230.

fraglich sein. Maßgebend ist auch hier, ob die hohen Kosten durch den „bestimmungsgemäßen Gebrauch“ des Gebäudes ausgelöst worden sind. Dagegen spricht, dass das in der Wohnung des nachlässigen Mieters infolge der unterlassenen Mängelanzeige vergeudete Wasser die übrigen Mieter, die hier – anders als bei vorhandenen Einzelwasserzählern – an den Abrechnungskreis angeschlossen sind, mitbelastet. Nun könnte man argumentieren, auch ein übermäßig hoher Wasserverbrauch infolge allzu häufigen Duschens führe bei einer nicht verbrauchsabhängigen Abrechnung zu einer massiven Mehrbelastung der übrigen Mieter. Ein solcher Vergleich hinkt aber deswegen, weil das „Dauerduschen“ letztlich doch noch im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Mietwohnung liegt, was beim mangelbedingten Wasserdurchfluss grundsätzlich nicht der Fall ist. Zudem muss der Vermieter im Falle eines extrem verschwenderischen Wasserverbrauchs durch einen Mieter Einzelwasserzähler installieren und nach § 556a Abs. 2 BGB auf eine verbrauchsabhängige Abrechnung hinwirken⁶⁹.

Unterlässt der Mieter die ihm nach § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB gebotene Anzeige eines erkannten oder grob fahrlässig nicht erkannten Mangels an der Wasserversorgungseinrichtung in seiner Wohnung und entstehen dadurch erhöhte Gesamtkosten der Wasserversorgung und Entwässerung, darf der Vermieter die übrigen Mieter in dem Gebäude damit nicht belasten. Er muss die Gesamtkosten vor der Umlage zunächst um die mangelbedingten Mehrkosten bereinigen (s. dazu unter II. 6.). Sodann kann er diese im Wege eines Schadensersatzanspruchs nach § 536c Abs. 1 Satz 2 BGB von dem seine Anzeigepflicht verletzenden Mieters erstattet verlangen.

Im **Fall 4** kann V von M1 Schadensersatz in Höhe der von den Mietmietern M2, M3, M4, M5 und M6 nicht beglichenen Anteile der Wasser- und Entwässerungskosten verlangen.

6. Darlegungs- und Beweislast

In der Praxis werden die Schwierigkeiten vielfach darin liegen, die Ursache für die überdurchschnittlich hohen Wasserkosten überhaupt zu verifizieren. Ist dem Mieter eine formell ordnungsgemäße Abrechnung zugegangen, haben ihn die Instanzgerichte in der Vergangenheit nicht selten mit sehr hohen Anforderungen an die Darlegung von materiellen Fehlern konfrontiert. Dem ist der BGH in seinem Urteil vom 07.02.2018 (VIII ZR 189/17)⁷⁰ entgegengetreten. Im Ausgangspunkt stellt er nochmals klar, dass die Darlegungs- und Beweislast für eine Betriebskostennachforderung, „also für die richtige Erfassung, Zusammenstellung und Verteilung der angefallenen Betriebskosten auf die einzelnen Mieter“, beim Vermieter liegt⁷¹. Es sei daher

⁶⁹ S. Blank/Börstinghaus/Blank (Fn. 21), § 556 Rn. 19; § 556a Rn. 45.

⁷⁰ BGH, WuM 2018, 288.

⁷¹ Vgl. bereits BGH, WuM 2008, 285, 287 f. = ZMR 2008, 691, 692.

auch nicht Sache des Mieters „objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte“ – so etwa bestehende Leitungsverluste – vorzutragen, aus denen sich eine Unrichtigkeit des Kostenansatzes ergebe. Jedenfalls im Grundsatz müsse sich das Gericht von der Zuverlässigkeit und Korrektheit der vom Vermieter vorgenommenen Verbrauchserfassung, Zusammenstellung und Verteilung überzeugen und die vom diesem angebotenen Beweise erheben⁷².

Das wirft die Frage auf, was der Mieter überhaupt vortragen muss, nachdem ihn eine formell ordnungsgemäße Abrechnung erreicht hat. Ob in jedem Fall ein einfaches Bestreiten der darin aufgeführten Kostenansätze ausreicht, erscheint auch auf der Grundlage der erwähnten BGH-Entscheidung zweifelhaft. Empfindet der Mieter beispielsweise den ihm nach Verbrauch zugewiesenen Anteil an den Kosten der Wasserversorgung als zu hoch, wird er bei einem bereits länger währenden Mietverhältnis vortragen müssen, dass der Verbrauch in den vergangenen Jahren deutlich niedriger war. Dabei wird er den durchschnittlichen Verbrauch zumindest der letzten drei Jahre darzulegen haben; dies wäre ein ansatzweise aussagekräftiger Zeitraum⁷³. Zur Begründung wird hier mitunter auf den § 9a HeizkV innewohnenden Rechtsgedanken rekurriert⁷⁴; die Vorschrift erlaubt u.a. eine Ermittlung der Heizkosten auf der Grundlage des Verbrauchs der betroffenen Räume in vergleichbaren Zeiträumen, sofern dieser für den betreffenden Abrechnungszeitraum nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann. Dies lässt sich auch auf eine dem Mieter gebotene Darlegung eines von Rohrleitungsverlusten nicht beeinträchtigten Wasserverbrauchs übertragen.

Als problematisch könnte sich eine solche Vorgehensweise allerdings bei einer nicht verbrauchsabhängigen Abrechnung in einem Mehrfamilienhaus erweisen. Hier können lediglich die in dem Gebäude erfolgten Gesamtverbräuche verglichen werden; ihr Aussagegehalt wird jedoch umso geringer, desto mehr Wohnungen sich in dem Gebäude befinden und die Risiken exzessiver Verbräuche anderer Mieter sich dadurch potenzieren. Allerdings könnte man auch den Standpunkt vertreten, dass der Vermieter dieses Risiko einer mangelnden Aufklärbarkeit des Mehrverbrauchs zu tragen hat; denn letztlich unterliegt es seiner freien Entscheidung, ob er nach § 556a Abs. 2 BGB durch einseitige (textförmige) Erklärung auf eine verbrauchsabhängige Abrechnung der Wasserkosten nach Installation der dafür erforderlichen Einzelwasserzähler umstellt.

⁷² BGH, WuM 2018, 288, 289.

⁷³ Vgl. BGH, NJW-RR 2004, 1227 = FamRZ 2004, 1177 zur Berechnung des unterhaltsrelevanten Einkommens eines Selbständigen anhand der in den vorausgegangenen drei Jahren durchschnittlich erzielten Einkünften.

⁷⁴ So etwa *Langenberg/Zehlelein* (Fn. 21), A Rn. 23.

Nunmehr ist es Sache des Vermieters zu erklären, worauf die deutlich höhere Kostenbelastung des Mieters gegenüber den Vorjahren beruht. Der Vermieter wird sich nicht darauf zurückziehen können, dem Mieter eine Änderung seines Nutzerverhaltens anzulasten⁷⁵. Gerade wenn gegenüber den Vorjahren ein exorbitanter Mehrverbrauch besteht, obliegt es dem Vermieter, Mängel an den Einrichtungen der Wasserversorgung auszuschließen⁷⁶.

III. Mangelhafte Dienstleistungen (insbesondere am Beispiel der Hauswartkosten)

Fall 5 (nach AG Frankfurt, Urt. v. 29.09.1995 – 33 C 1355/95⁷⁷ und AG Dresden, Urt. v. 13.06.2006 – 140 C 4830/05)⁷⁸:

Vermieter V beauftragt im Jahre 2010 das Unternehmen des H mit der Durchführung der Hauswartdienstleistungen. Seit 2014 führt dieser einen Teil der ihm obliegenden Arbeiten äußerst nachlässig aus. Insbesondere versäumt er regelmäßig, das Reinigungspersonal zu kontrollieren. Das Treppenhaus ist mittlerweile stark verschmutzt. Auch die Außenanlage, deren Pflege er nach dem Vertrag eigenständig durchzuführen hat, befindet sich in einem desolaten Zustand.

Mieter M kürzt die Betriebskostenabrechnung 2014 um die Hauswartkosten, womit eine Nachforderung entfällt.

1. Problemstellung

Nicht selten wendet der Mieter nach Erhalt der Betriebskostenabrechnung ein, die darin aufgeführten Kosten des Hauswarts seien nicht geschuldet, weil dieser in der Abrechnungsperiode keine, jedenfalls aber nur völlig unzureichende Leistungen erbracht habe. Die Problematik liegt darin, ob Minderleistungen im Bereich der Betreuung des Grundstücks – neben einer möglichen Mietminderung – Auswirkungen auf die Betriebskosten haben. Dem soll im Folgenden exemplarisch anhand der Kosten des Hauswarts (§ 2 Nr. 14 BetrKV) sowie – als Variante – der Kosten eines Winterdienstunternehmens (vgl. § 2 Nr. 8 BetrKV) nachgegangen werden.

2. Meinungsstand

Nach einer vor allem in der Instanzrechtsprechung vertretenen Auffassung⁷⁹ berechtigen allein unzureichende Hauswartleistungen den Mieter nicht, die ihm nach dem Mietvertrag auferlegten Betriebskosten zu kürzen. Eine Berücksichtigung von mangelhaft erbrachten Dienstleistungen kommt danach lediglich unter dem Gesichtspunkt der Mietminderung gem. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht. Das setzt allerdings voraus, dass infolge der Minderleistung des Hauswarts die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts in einem nicht nur unerheblichen Maß (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) reduziert ist.

⁷⁵ Vgl. auch LG Rostock, WuM 2017, 178 Tz. 15.

⁷⁶ AG Hannover, WuM 2008, 178 Tz. 15; s. auch *Langenberg/Zehlelein* (Fn. 21), A Rn. 51.

⁷⁷ WuM 1996, 778.

⁷⁸ WuM 2007, 8 mit Anm. *Wall*.

⁷⁹ AG Dresden, WuM 2007, 8 mit Anm. *Wall*; AG Hannover, WuM 2007, 407.

Nach anderer Ansicht ist der Mieter berechtigt, die in die Betriebskostenabrechnung eingestellten Kosten des Hauswarts anteilig zu kürzen, soweit dieser die ihm obliegenden Dienstleistungen nur unzureichend erbracht hat⁸⁰. Eine restriktive Position wird insoweit von *Dietmar Wall*⁸¹ eingenommen. Der Mieter dürfe die ihm in der Betriebskostenabrechnung zugewiesenen Hauswartkosten nur in schwerwiegenden Fällen reduzieren. Dabei sei zu bedenken, dass dem Vermieter diese Kosten entstanden seien. Bei wiederholten und massiven Verstößen könne er aber verpflichtet sein, zumutbare und gebotene Gegenmaßnahmen zu treffen, um fehlerhaften Arbeitsleistungen abzuhelpfen⁸².

Verschiedentlich wird die Problematik der nicht ordnungsgemäß erbrachten Hauswartleistungen aber auch erst beim Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gem. §§ 556 Abs. 3 Satz 1, 2. Hs., 560 Abs. 5 BGB angesiedelt⁸³. Der Vermieter sei in solchen Fällen gehalten, die vereinbarte Vergütung zu mindern. Dieser Sichtweise hat auch *Wall* in einer früheren Publikation zugeeignet⁸⁴. Gerade seine Ausführungen eröffnen die Frage, ob es hier um die Tragweite des Betriebskostenbegriffs oder vielmehr um eine Anwendungsvariante des Wirtschaftlichkeitsgebots geht.

2. Betriebskostenbegriff

Nutzlos aufgewendete Kosten für Dienstleistungen, so auch die Vergütung für den Hauswart, sind als Betriebskosten zu kategorisieren, wenn sie durch den „bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes [...] und des Grundstücks“ entstanden sind. Dabei genügt es, wenn die kostenauslösende Maßnahme eine ordnungsgemäße Nutzung des Objekts durch die Mieter sicherstellen soll, die Kosten mithin durch eine *vom Vermietungszweck geprägte Nutzung* entstanden sind (s. oben unter II. 1. b aa).

Vieles spricht dafür, dass der einmal abgeschlossene Haushaltsvertrag diese Zweckbestimmung, nämlich den Vermietungsbetrieb zu unterstützen, auch dann behält, wenn sich die erbrachte Leistungen als mangelhaft erweisen. Das gilt gerade auch in Anbetracht des Umstands, dass sich die Beauftragung eines Hauswartunternehmens ab einem gewissen Vermietungsumfang als unumgänglich erweist. Anders als beim rohrleitungsbedingten Wasserverlust steht die Minderleistung des Hauswarts nicht im Zusammenhang mit dem in die Sphäre des Vermieters fallenden Instandsetzungsbedürftigen Zustand des Gebäudes. Demgemäß sind

⁸⁰ AG Frankfurt, WuM 1996, 778.

⁸¹ *Wall* (Fn. 14), Rn. 4498.

⁸² *Wall* (Fn. 14), Rn. 4498.

⁸³ In diesem Sinne etwa *Flatow*, WuM 2012, 235, 236; *von Seldeneck*, NZM 2002, 545, 550.

⁸⁴ *Wall*, WuM 2007, 8.

die daraus resultierenden Kosten in jedem Fall – ohne Rücksicht auf die Qualität der erbrachten Dienstleistung – als durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstanden anzusehen.

3. Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots

a) Rechtsnatur

Der richtige Standort für die Problematik liegt demgemäß beim Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gem. §§ 556 Abs. 3 Satz 1, 2. Alt, 560 Abs. 5 BGB. Dieser verlangt vom Vermieter, auf den Mieter nur solche Kosten umzulegen, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Bei Maßnahmen und Entscheidungen, die sich auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten auswirken, hat er auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis zu achten⁸⁵. Maßgebend ist dabei die Perspektive eines ordentlichen Kaufmanns der Wohnungswirtschaft⁸⁶.

Nach mittlerweile gefestigter BGH-Rechtsprechung bewirkt das Wirtschaftlichkeitsgebot keine Einschränkung der Kostenumlage auf den Mieter; es begründet lediglich die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters gem. § 241 Abs. 2 BGB, bei seinen wirtschaftlichen Dispositionen, die sich auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten auswirken, auf dessen finanzielle Belange Rücksicht zu nehmen⁸⁷. Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung ist grundsätzlich bereits die kostenverursachende Maßnahme, also der Abschluss des ungünstigen Versorgungsvertrags, nicht hingegen erst die Weitergabe von unnötigen Kosten an den Mieter⁸⁸. Indes kann der Abschluss eines Hauswartvertrags zu marktüblichen Konditionen keinen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot darstellen kann, selbst dann nicht, wenn er sich in der Folgezeit wegen defizitärer Leistungserbringung als nachteilig erweist.

b) Pflichten des Vermieters bei mangelhafter Leistungserbringung – die „Konsequenzen auf der Entgeltseite“

Allerdings ist der Vermieter gehalten, während der vertraglichen Laufzeit – wie *Beate Flatow* es in ihrem Referat auf dem 14. DMT sehr treffend formuliert hat⁸⁹ – die „Konsequenzen auf der Entgeltseite“ zu ziehen. Erhält er Kenntnis davon, dass der Dienstleister die ihm obliegenden Arbeiten unzureichend ausführt, muss er nach Möglichkeit die Vergütung mindern, jedenfalls aber das Vertragsverhältnis zum nächstmöglichen Zeitpunkt durch Kündigung beenden und gegebenenfalls einen anderen Dienstleister beauftragen. Auch hier braucht er allerdings

⁸⁵ BGH, WuM 2011, 507 = ZMR 2011, Tz. 13; WuM 2008, 29 = ZMR 2008, 195.

⁸⁶ Ausf. dazu *Hinz*, WuM 2013, 443, 444.

⁸⁷ BGH, WuM 2008, 29 = ZMR 2008, 195; WuM 2011, 513 = ZMR 2011, 941; NZM 2015, 132, 133 = ZMR 2015, 220.

⁸⁸ Ausf. dazu *Hinz*, WuM 2013, 443, 446 f.; *ders.*, ZMR 2014, 501, 503.

⁸⁹ *Flatow*, WuM 2012, 235, 236.

nur im Rahmen einer vernünftigen Kosten-Nutzen-Abwägung zu handeln, insbesondere muss er keine unkalkulierbaren Risiken eingehen⁹⁰.

aa) Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen

Beim Hauswartvertrag handelt es sich um einen Dienstvertrag i. S. des § 611 BGB⁹¹. Demgemäß hat der Vermieter dem Hauswartdienstleister die Vergütung auch im Falle einer mangelhaften Leistung grundsätzlich in vollem Umfang zu entrichten. Gewährleistungsrechte wie beim Kauf-, Miet- oder Werkvertrag bestehen hier nicht. Nur wenn die geschuldete Dienstleistung Einzelleistungen mit werkvertraglichem Charakter beinhaltet, will die obergerichtliche Rechtsprechung teilweise die §§ 633 ff. BGB, insbesondere das in §§ 634 Nr. 1, 635 Abs. 1, 1. Alt. BGB regelte Nachbesserungsrecht, analog anwenden⁹². Exemplarisch zu nennen ist der Steuerberatervertrag, bei dem zwar eine umfassende steuerliche Beratung und Betreuung des Mandanten geschuldet wird, erfolgsbezogenen Einzelleistungen wie der Einstellung von Jahresabschlüssen, Bilanzen und Steuererklärungen jedoch eine besondere Bedeutung zukommt⁹³. Beim Hauswartvertrag gibt es indes keine dergestalt exponierten Einzelleistungen, so dass ein Rekurs auf die §§ 633 ff. BGB von vornherein ausscheidet. Das gilt im Übrigen auch für Verträge über die weiteren als Betriebskosten umlegbaren Dienstleistungen, namentlich die Gartenpflege gem. § 2 Nr. 10 BetrKV sowie die Wartung von technischen Anlagen⁹⁴.

bb) Schadensersatzanspruch auf Freistellung von der Vergütung

Diskutiert wird beim Dienstvertrag weiterhin ein Schadensersatzanspruch des Dienstberechtigten auf Freistellung von der Vergütung, wenn die Dienstleistung für ihn wegen völliger Unbrauchbarkeit ohne Interesse ist⁹⁵. Ob ein solcher Anspruch beim Vertrag über Hauswartleistungen oder andere grundstücksbezogene Dienstleistungen in Betracht kommt, erscheint jedoch zweifelhaft; die Rechtsprechung hat ihn bislang nur beim zahnärztlichen Behandlungsvertrag angenommen⁹⁶. Meist würde ein derartiger Anspruch wohl schon an den von der Rechtsprechung hier angenommenen restriktiven Voraussetzungen scheitern. Es ist schwer vorstellbar, dass die Hauswartleistungen, selbst wenn sie unzureichend ausgeführt worden sein sollten, für den Vermieter überhaupt kein Interesse haben. Im Übrigen ist der ärztliche Behandlungsvertrag als Dienstverhältnis „höherer Art“ i. S. des § 627 BGB zu bewerten⁹⁷, bei

⁹⁰ *Hinz*, ZMR 2014, 501, 503.

⁹¹ Vgl. nur LG Berlin, GE 2009, 1190; *Pitz-Paal*, GE 2009, 1230.

⁹² OLG Düsseldorf, VersR 2002, 721 = NJOZ 2001, 2189; offengelassen bei BGH, NJW-RR 2006, 1490, 1491; instr. zur Thematik BeckOK-BGB/*Fuchs*, 44. Edition (Stand: 01.11.2017), § 611 Rn. 53 f.

⁹³ Vgl. etwa BGH, NJW-RR 2006, 1490.

⁹⁴ Ausf. dazu *Langenberg/Zehlelein* (Fn. 21), A. Rn. 252 ff.

⁹⁵ BeckOK-BGB/*Fuchs* (Fn. 90), § 611 Rn. 54.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 13.9.2018 – III ZR 294/16, z.Zt. nur PE; OLG Köln, MedR 1994, 198 = BeckRS 1993, 06065.

⁹⁷ BGH, Urt. v. 13.9.2018 – III ZR 294/16, z.Zt. nur PE; s. auch MüKo-BGB/*Henssler* (Fn. 59), § 627 Rn. 21.

welchem dem Dienstverpflichteten, also dem Arzt, ein besonderes Vertrauen entgegengebracht wird, dessen schwerwiegenden Enttäuschung es rechtfertigen mag, eine Vergütung nicht entrichten zu müssen. Eine solche Situation besteht beim Hauswart sicher nicht.

cc) Außerordentliche fristlose Kündigung

Fraglich ist, ob der Vermieter gehalten ist, bei permanent mangelhafter Leistungserbringung die außerordentliche fristlose Kündigung des Hauswartvertrags auszusprechen. Nach § 626 BGB kann er das Dienstverhältnis „aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist“ kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer ihm „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann“. Die Vorschrift beinhaltet ähnliche Voraussetzungen wie die kündigungsrechtliche Generalklausel des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die besondere Problematik liegt für den Vermieter darin, dass eine fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses schon angesichts der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe im Tatbestand des § 626 BGB vielfach eine unsichere Rechtslage begründen wird. Auf einen Rechtsstreit über die Beendigung des Hauswartvertrags mit ungewissem Ausgang wird sich der Vermieter jedoch nicht einlassen müssen.

Im Übrigen wird eine außerordentliche fristlose Kündigung des Dienstverhältnisses meist nur in Betracht kommen, wenn dieses zeitlich befristet ist (vgl. § 620 Abs. 1 BGB). Das ist jedoch bei Verträgen mit Hauswunternehmen die Regel; diese werden vielfach mit der nach § 309 Nr. 9 lit. a BGB zulässigen maximalen Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen; mitunter enthalten sie auch eine Verlängerungsoption von jeweils bis zu einem Jahr (vgl. § 309 Nr. 9 lit. b BGB). Hingegen kann der Vermieter den unbefristeten Hauswartvertrag gem. §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 3 BGB bis zum 15. eines Monats mit Wirkung zum Monatsende ordentlich kündigen. Hier ist dem Vermieter ein Abwarten bis zum Ablauf der Kündigungsfrist regelmäßig nicht unzumutbar, sodass es an den Voraussetzungen für eine außerordentliche fristlose Kündigung nach § 626 BGB fehlt. Anderes kann u.U. gelten, wenn es sich bei dem Hauswartvertrag um ein Arbeitsverhältnis i. S. des § 611a BGB handelt; hier sind die gestaffelten Kündigungsfristen des § 622 BGB einschlägig. Ab einer gewissen Größe des Betriebs ist zudem das Kündigungsschutzgesetz zu beachten, nach dessen Vorschriften die Kündigung eines länger als sechs Monate währenden Arbeitsverhältnisses sozial gerechtfertigt sein muss (vgl. §§ 1, 23 KSchG), was bei permanent mangelhafter Erbringung der Arbeitsleistung aber regelmäßig der Fall sein sollte (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1, 1. und 2. Var. KSchG)⁹⁸.

⁹⁸ Zu den Voraussetzungen einer personenbedingten oder verhaltensbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses s. BeckOK-KSchG/Rolls, 46. Edition (Stand: 01.12.2017), § 1 KSchG Rn. 59 f.

Gleichwohl darf der Vermieter bei der Ausübung des außerordentlichen fristlosen Kündigungsrechts durchaus eine gewisse Zurückhaltung üben. Erforderlich ist eine eindeutige Sach- und Rechtslage, die unter folgenden Voraussetzungen gegeben sein könnte:

- Das Dienstleistungsunternehmen hat seine vertraglichen Leistungspflichten in erheblichem Umfang verletzt. Im Zweifel wären mehrere Verfehlungen und deren Fortsetzung trotz Abmahnung erforderlich.
- Die Schlechtleistungen müssen offensichtlich, zumindest aber leicht erkennbar und beweisbar sein.
- Es muss noch eine geraume Zeit bis zum regulären Vertragsende bestehen, so dass den Mietern ein Abwarten bis dahin mit Blick auf deren wirtschaftliche Belange nicht zugemutet werden kann. In der Regel ist das nur bei einem befristeten Hauswartdienstverhältnis der Fall.

dd) Exkurs: Der Winterdienstvertrag

Fall 6 (vgl. BGH, Urt. v. 06.06.2013 – VII ZR 355/12⁹⁹):

Vermieter V schließt mit dem Winterdienstunternehmen W einen Vertrag über Schnee- und Eisbeseitigungsarbeiten auf dem vermieteten Anwesen. Der Vertrag soll in der Wintersaison 2013/2014 beginnen und sich in Ermangelung einer Kündigung um jeweils ein Jahr verlängern. Die jährliche Vergütung beträgt 1.000 €. Nachdem es Anfang Januar 2015 zu einem akuten Wintereinbruch mit erheblichen Schneefällen gekommen ist, führt W die geschuldeten Räumarbeiten auf der Grundstückseinfahrt nur unzureichend durch, einem Teil der Wegeflächen lässt er gänzlich aus. V erteilte dem W wegen der Schlechtleistung eine Abmahnung. Auch in der Wintersaison 2015/2016 erbringt W nur erheblich defizitäre Leistungen.

Mieter M reduziert die Betriebskostennachforderung für 2016 um die anteiligen Winterdienstleistungen.

(1) Rechtsnatur

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Winterdienstvertrag nicht als Dienst-, sondern als Werkvertrag i. S. des § 631 BGB einzustufen (VII ZR 355/12)¹⁰⁰. Anders als der Hauswart schuldet der Winterdienstleister nicht allein die kontinuierliche Erbringung einer Dienstleistung, sondern einen ganz konkreten Erfolg: er hat die vereinbarten Flächen von Schnee- und Eisglätte freizuhalten. Dem Dauerschuldcharakter des Vertragsverhältnisses kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu¹⁰¹. Allerdings ist die vertragliche Leistung nicht abnahmebedürftig; an die Stelle der Abnahme tritt nach § 646 BGB die Vollendung des Werks durch Erbringung der geschuldeten Schnee- und Eisräumarbeiten¹⁰².

⁹⁹ BGH, NZM 2013, 696.

¹⁰⁰ BGH, NZM 2013, 696.

¹⁰¹ BGH, NZM 2013, 696.

¹⁰² BGH, NZM 2013, 696, 697.

Ist die Leistung unvollständig oder unzureichend, kann der Vermieter Gewährleistungsrechte geltend machen. Insbesondere kann er im Falle einer Schlechtleistung mindern (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB), grundsätzlich aber nur, nachdem er dem Mieter eine angemessenen Frist zur Nacherfüllung (§ 635 BGB) gesetzt hat und diese fruchtlos verstrichen ist (vgl. §§ 638 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 1 BGB). Allerdings gewährt der BGH dem Auftraggeber von Winterdienstleistungen das Minderungsrecht nach Maßgabe des § 323 Abs. 2 BGB ohne vorherige Nachfristsetzung, da es ihm angesichts des damit notwendigerweise einhergehenden Zeitverlusts nicht zuzumuten sei, derweil Gefahren für die Gesundheit von Anwohnern und anderen Personen hinzunehmen¹⁰³.

(2) Konsequenzen für Vermieterpflichten

Auch hier muss sich der Vermieter grundsätzlich nicht auf das Risiko eines Rechtsstreits mit dem Winterdienstunternehmen einlassen, dessen Ausgang nicht absehbar erscheint. Allerdings wird ihm – mehr als bei mangelhaft erbrachten Hauswartdienstleistungen – abzuverlangen sein, Beweise für die unzureichenden Winterdienste, etwa in Gestalt von fotografischen Dokumentationen, zu sichern. Gerade hier liegen die Leistungsdefizite vielfach auf der Hand: entweder sind die vereinbarten Wegeflächen von Schnee und Eis befreit oder sie sind es nicht. Erlangt der Vermieter durch eine fotografische Dokumentation der Minderleistungen liquide Beweismittel, wird ihm durchaus zuzumuten sein, von seinem Minderungsrecht, welches ihm die Rechtsprechung großzügig ohne vorherige Nachfristsetzung gewährt, Gebrauch zu machen.

ee) Prüfungspflichten des Vermieters

(1) Nach Beanstandung des Mieters

Wird dem Vermieter eine mangelhafte Leistungserbringung durch ein beauftragtes Dienstleistungsunternehmen aus den Reihen der Mieterschaft angezeigt, so ist er grundsätzlich gehalten, dem nachzugehen. Das gilt allerdings nur, wenn der betreffende Mieter konkrete Leistungsdefizite schildert. Das kann z.B. ein mangelhafter Pflegezustand von Gemeinschaftsflächen, etwa des Treppenhauses oder der Außenanlagen sein; es kann aber auch die mangelnde (telefonische) Erreichbarkeit des Hauswarts zu bestimmten (Kern-)Tageszeiten Anlass zu Beanstandungen geben. Nicht hinreichend sind indes pauschale Unzufriedenheitsbekundungen wie etwa, der Hausmeister sei faul, tagsüber nicht zu sehen oder nie erreichbar.

Fallen dem Mieter Leistungsdefizite auf, die negative Auswirkungen auf die Mietsache haben könnten, trifft ihn auch hier die Anzeigepflicht des § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB. Hinsichtlich ihres Umfangs kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (s. unter II. 5. a).

¹⁰³ BGH, NZM 2013, 696, 697.

(2) Eigenständige Überwachungspflicht?

(a) *Grundsätze.* Nicht geklärt ist auch hier, ob und inwieweit der Vermieter verpflichtet ist, sich auf eigene Initiative von der ordnungsgemäßen Erbringung der Versorgungsleistungen durch das beauftragte Unternehmen zu überzeugen. Ansatzpunkte für eine Problemlösung können sich wiederum aus der erwähnten E-Check-Entscheidung des BGH vom 15.10.2008 (VIII ZR 321/07)¹⁰⁴ ergeben (s. oben unter II. 3. b). Danach besteht keine Pflicht des Vermieters zur Überprüfung von Elektroinstallationen, weil von diesen im Regelfall keine naheliegende Gefahr für fremde Rechtsgüter ausgeht.

Fraglich ist, ob diese Grundsätze auch bei den vom Vermieter zur Aufrechterhaltung des Vermietungsbetriebs beauftragten Dienstleistungen Geltung beanspruchen können. Dagegen könnte sprechen, dass bei ordnungsgemäß in der Gebäudewand unter dem Putz verlegten Elektroleitungen prinzipiell von deren Funktionsfähigkeit auszugehen ist. Demgegenüber hängt die Qualität einer Dienstleistung von der Zuverlässigkeit, aber auch von der „Tagesform“ der damit betrauten Person ab. Zudem kann der Vermieter eine stichprobenförmige Kontrolle der beauftragten Dienstleistungen ohne größeren Aufwand erbringen; anders als zur Überprüfung von Elektroinstallationen benötigt er dazu hierzu keine Fachkraft.

(b) *Hauswartvertrag.* Andererseits verlangt der BGH in der E-Check-Entscheidung für eine Überprüfungspflicht des Vermieters die nahe liegende Gefahr, dass fremde Rechtsgüter verletzt werden könnten. Eine derartige Gefahr dürfte jedoch von unzureichend erbrachten Hauswartleistungen regelmäßig nicht ausgehen. Schon deshalb wird der Vermieter hier nicht von sich aus tätig werden müssen, sondern nur wenn er von den Unregelmäßigkeiten Kenntnis erlangt hat.

(c) *Andere Dienstleistungen.* Werden hingegen Wartungsarbeiten an der Heizungsanlage oder einem in dem Gebäude vorhandenen Fahrstuhl unzureichend ausgeführt, können daraus auch Gefahren für Personen erwachsen. Gleichwohl fragt es sich, ob dies zu einer anlassunabhängigen Kontrollpflicht des Vermieters führen kann. Das erscheint deswegen zweifelhaft, weil es gerade die Aufgabe des Wartungsunternehmens ist, für eine Betriebssicherheit der ihm anvertrauten technischen Anlagen zu sorgen. Eine Kontrollpflicht des Vermieters hätte zur Folge, dass dieser ein weiteres Unternehmen einschalten müsste, dessen Aufgabe darin läge, die Ordnungsgemäßheit der Arbeiten des Erstunternehmens zu überprüfen. Zu einer derartigen „Kontrolle der Kontrolle“ kann der Vermieter nicht verpflichtet sein. In der Regel wird er sich auf die ordnungsgemäße Vertragserfüllung des von ihm betrauten Unternehmen verlassen

¹⁰⁴ BGH, NZM 2008, 927 = ZMR 2009, 345.

dürfen. Nur wenn ihm Unregelmäßigkeiten zur Kenntnis gelangen, muss er diesen nachgehen. Dann wird es zunächst ausreichen, das betreffende Unternehmen mit den Vorwürfen zu konfrontieren. Nur wenn der Vermieter konkrete Anhaltspunkte für eine erhebliche Gefahr für die in dem Gebäude wohnenden Mieter infolge von Fehlleistungen des Wartungsunternehmens hat, wird er verpflichtet sein, die beanstandeten Arbeiten von einem Konkurrenzunternehmen überprüfen zu lassen.

(d) *Winterdienst*. Eine Besonderheit dürfte wiederum beim Winterdienst bestehen. Delegiert der Vermieter die ihm obliegende Verkehrssicherungspflicht, die Zuwegungen zum Gebäude von Schnee- und Eisglätte freizuhalten, auf ein Winterdienstunternehmen, wird er hierdurch nicht gänzlich entlastet. Vielmehr bleibt er zu dessen Überwachung verpflichtet¹⁰⁵. Allerdings kann er auch hier im Regelfall darauf vertrauen, dass dieses den übertragenen Verpflichtungen ordnungsgemäß nachkommt. Ohne besonderen Anlass braucht er nicht sämtliche Einzelheiten der Erfüllung der übertragenen Tätigkeiten zu kontrollieren, es genügt eine Überprüfung der wesentlichen Punkte. Anderes gilt nur, wenn konkrete Anhaltspunkte für Unregelmäßigkeiten bei der Wahrung der Verkehrssicherungspflichten bestehen¹⁰⁶. Gleichwohl muss der Vermieter hier – anders als beim Hauswartdienstvertrag – in jedem Fall selbst aktiv werden und die Leistungserbringung durch das Winterdienstunternehmen stichprobenhaft überprüfen.

c) Schaden

Der Schadensersatzanspruch ist gerichtet auf Freistellung von unnötigen, also nicht mehr auf einer wirtschaftlichen Betriebsführung beruhenden Kosten gerichtet. Diesen Anspruch kann der Mieter der vom Vermieter geltend gemachten Betriebskostennachforderung direkt mithilfe des Dolo-agit-Einwands gem. § 242 BGB entgegenhalten¹⁰⁷; der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB oder einer Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) bedarf es nicht.

aa) Hauswartdienstleistungen

Nicht ganz klar ist allerdings, unter welchen Umständen dem Mieter überhaupt ein Schaden entstehen kann. Im Betracht kommt dies zunächst, wenn es der Vermieter – sei es aus Bequemlichkeit, sei es aus Gleichgültigkeit – versäumt hat, den Vertrag mit einem unzureichend arbeitenden Hauswart zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu beenden. Erbringt dieser auch

¹⁰⁵ Ständ. BGH-Rspr., s. nur BGHZ 110, 114, 121 = NJW 1990, 1361, 1363; BGHZ 142, 227, 233 = NJW 1999, 3633, 3634; BGH, NJW 1985, 270.

¹⁰⁶ BGHZ 142, 227, 233 = NJW 1999, 3633, 3634; s. auch NK-BGB/*Katzenmeier*, 3. Aufl. 2016, § 823 Rn. 146.

¹⁰⁷ Staudinger/*Artz*, BGB, Neubearbeitung 2018, § 556 Rn. 93.

fortan nur einen Teil der im Leistungsverzeichnis aufgeführten kostenmäßig umlegbaren Tätigkeiten in ansatzweise brauchbarer Form, so kann der Mieter die Hauswartkosten auf eine entsprechende Höhe reduzieren. Dass der Vermieter die Hauswartvergütung nicht mindern kann, wäre in Anbetracht der von ihm (infolge der Nichtausübung seines außerordentlichen fristlosen oder ordentlichen Kündigungsrechts) veranlassten Fortführung des Dienstverhältnisses ohne Belang.

Probleme können auftreten, wenn der schlechte Pflegezustand der Anlage bereits zu einer Minderung der Miete nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB geführt hat. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ist die Minderung auf die Brutto(gesamt)miete, somit auch auf die Betriebskosten einschließlich des Abrechnungssaldos zu bemessen¹⁰⁸ (s. dazu das separat eingereichte Skript zum Thema: Auswirkungen von Mietminderungen auf die Betriebskostenabrechnung). Damit eröffnet sich die Frage, ob der Mieter durch die mangelhafte Dienstleistung überhaupt einen Schaden erleidet. Möglicherweise könnte man darauf abstellen, welche konkreten Leistungen des Hauswerts infolge ihrer defizitärer Qualität zu einer Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts geführt haben. Hat der Hauswart neben den klassischen Sicherheits- und Ordnungsaufgaben¹⁰⁹ z.B. auch die Gebäudereinigung sowie die Gartenpflege übernommen (vgl. § 2 Nr. 14 letzter Teilsatz i. V. mit Nr. 9 und 10 BetrKV) und führt er die gesamte ihm obliegende Tätigkeit grob unzureichend aus, könnte die Miete wegen des mangelhaften Pflegezustands der Gemeinschaftsflächen und der Gartenanlage jedenfalls geringfügig, vielleicht um ca. 5%, gemindert sein. Hinsichtlich dieser Leistungsbereiche dürfte es an einem Schaden des Mieters fehlen; dem gestörten vertraglichen Äquivalenzverhältnisses ist bereits durch die Mietminderung Rechnung getragen (s. dazu auch unter V. 1.).

Der Schaden des Mieters würde sich dann auf die Belastung mit den restlichen Kostenanteilen, also denjenigen aus den klassischen Sicherheits- und Ordnungsbereichen, reduzieren. Hinsichtlich der darauf entfallenden Kosten könnte er – je nach dem Grad der Minderleistung – völlige oder teilweise Freistellung verlangen. Die Höhe des Schadens wäre im Rechtsstreit regelmäßig nach § 287 Abs. 1 ZPO im Wege der Schätzung zu ermitteln.

bb) Winterdienstleistungen

Auch wegen mangelhaft erbrachter Winterdienstleistungen könnte der Mieter keine Freistellung von der betreffenden Betriebskostenlast beanspruchen, soweit die Miete wegen der Schnee- und Eisglätte auf den Zuwegungen bereits gemindert wäre. Allerdings betrifft die Miet-

¹⁰⁸ S. nur BGH, WuM 2011, 284, 285 Tz. 11 = ZMR 2011, 625.

¹⁰⁹ Instr. dazu Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 12), § 556 Rn. 181 f.

minderung gem. § 536 Abs. 1 BGB ausschließlich die Zeiträume, in denen die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache wegen der schnee- und eisbedingten Glätte der Zuwegungen reduziert wäre. Demgegenüber dürfte das dem Vermieter gegenüber dem Winterdienstunternehmen zustehende Minderungsrecht (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB) wohl den gesamten Vertragszeitraum umfassen, da dieses die geschuldete Leistung, nämlich die jederzeitige Befreiung der vereinbarten Flächen von Schnee- und Eisglätte bei entsprechendem Bedarf, *insgesamt* nicht erbracht hat. Der Mieter könnte demgemäß die Betriebskostenposition Winterdienst entsprechend dem Umfang der Minderleistung reduzieren, allerdings abzüglich der bereits bestehenden gesetzlichen Minderung der Miete nach § 536 Abs. 1 BGB wegen der Schnee- und Eisglätte.

d) Darlegungs- und Beweislast

Zu beachten ist im Übrigen, dass der Mieter die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch den Vermieter aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB vollumfänglich darlegen und beweisen muss; den Vermieter trifft keine sekundäre Darlegungslast¹¹⁰. Demgemäß muss der Mieter zweierlei Dinge darlegen und beweisen: zum einen die Minderleistungen des Unternehmens, zum anderen aber auch die Umstände, die den Vermieter entweder zur Reduzierung der Vergütung oder zur außerordentlichen fristlosen oder ordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses berechtigt hätten. Gerade die erste Hürde ist nicht ganz einfach zu nehmen; denn im Zeitpunkt des Zugangs der Betriebskostenabrechnung liegt die von dieser betroffene Abrechnungsperiode schon eine geraume Zeit zurück. Der Mieter wäre wohl nur dann in der Lage, für diesen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum substantiiert Minderleistungen des Dienstleistungsunternehmens darzulegen, wenn er die Defizite sogleich nach deren Auftreten dokumentiert hat. Ansonsten würde er Gefahr laufen, lediglich Vortrag „ins Blaue hinein“ zu liefern. Die Führung eines Mengenprotokolls wird jedoch nicht erforderlich sein. An die Begründungstiefe des mieterseitigen Vortrags werden dieselben Anforderungen zu stellen sein wie an die Darlegung von Mietmängeln¹¹¹.

Darüber hinaus muss der Mieter bei Vorliegen eines reinen Dienstvertrags, wie etwa dem Hauswartvertrag, auch vortragen, dass der Vermieter eine reale Beendigungsmöglichkeit nicht wahrgenommen hat. Hier wird er allerdings im Zweifel von der Geltung der kurzen gesetzlichen Kündigungsfrist des § 621 Nr. 3 BGB ausgehen dürfen. Sache des Vermieters wäre es dann, Erschwerungen bei der Beendigung des Vertragsverhältnisses, etwa durch eine Befristungsvereinbarung gem. § 620 Abs. 1 BGB, darzutun.

¹¹⁰ S. nur BGH, WuM 2011, 513; NZM 2015, 132 = ZMR 2015, 220; ausf. zur Problematik *Hinz*, WuM 2013, 443; ders., NZM 2012, 137.

¹¹¹ S. BGH, WuM 2011, 700 = ZMR 2012, 177; WuM 2012, 269 = ZMR 2012, 536; instr. zur Thematik *Schneider* (Vortrag DMT 2013), WuM 2013, 209.

Lösungsvorschlag Fall 5:

M könnte Freistellung von den Kosten des Hauswart nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB erst dann verlangen, wenn V die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Dienstvertrags mit H versäumt hat. Zudem kommt eine Freistellung nicht hinsichtlich der anteiligen Kosten für solche Tätigkeitsbereiche in Betracht, wegen welcher bereits die Miete gemindert ist. Das dürften hier die Beaufsichtigung des Reinigungspersonals und die selbst durchzuführenden Gartenpflegearbeiten sein. Insoweit wäre eine Schätzung vorzunehmen.

Generell lässt sich sagen, dass eine Reduzierung der Hauswartkosten wegen mangelhafter Leistungserbringung angesichts der zahlreichen vorstehend aufgeführten Komplikationen nur in seltenen Fällen in Betracht kommen dürfte.

Lösungsvorschlag Fall 6:

Auch hier könnte M Freistellung von der Kostenposition Winterdienst im Umfang der dem V zustehenden Minderung der Vergütung verlangen. Eine von ihm wegen der nicht durchgeführten Winterdienstarbeiten geltend gemachte Mietminderung müsste er davon wiederum in Abzug bringen.

IV. Verunreinigte Gemeinschaftsflächen

Umfangreiche Diskussionen hat es darüber gegeben, ob dem Mieter die Kosten einer Verunreinigung von Gemeinschaftsflächen der die vermietete Wohnung beherbergenden Anlage auferlegt werden können. Die Problematik liegt insbesondere auch darin, dass es sich hier letztlich um Kosten einer Mängelbeseitigung handelt, ohne dass diese allerdings den Instandsetzungs-/Instandhaltungsaufwendungen des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV unterfallen. Es geht nicht um die Beseitigung von Mängeln durch „Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung“, sondern von solchen, die auf einer Verunreinigung der Anlage durch Mieter oder Dritte, eben auf menschlichem Fehlverhalten, basieren.

Fall 7 (nach BGH, Urt. v. 10.02.2016 – VIII ZR 33/15)¹¹²:

M ist Mieter einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus des V, das von einem als Gemeinschaftsfläche dienenden Park umgeben ist. Da dieser nicht eingezäunt ist, wird er vielfach von dritten Personen betreten, die auf der Fläche ihren Müll hinterlassen oder diese durch ihre Hunde verunreinigen.

M kürzt die Betriebskostenabrechnung für 2015 um die hälftigen Gartenpflegekosten.

1. Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH war mit dieser Thematik unlängst in dem vorstehend zitierten Urteil befasst; er hatte sich dazu aber bereits in einer Entscheidung¹¹³ aus dem Jahr 2010 (VIII ZR 137/09) geäußert. In dem Urteil vom 10.02.2016 (VIII ZR 33/15)¹¹⁴ hat der VIII. Zivilsenat den finanziellen Aufwand für die Beseitigung von Verunreinigungen der Garten- und Rasenflächen den Kosten der

¹¹² BGH, WuM 2016, 214 = ZMR 2016, 434.

¹¹³ BGH, WuM 2010, 153, 155 = ZMR 2010, 433, 434.

¹¹⁴ BGH, WuM 2016, 214 = ZMR 2016, 434.

Gartenpflege zugeordnet. Die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks setze eine regelmäßige Pflege der Außenanlagen voraus und umfasse deshalb auch den Aufwand, der aus der erforderlichen Beseitigung von Verunreinigungen durch Mieter oder Dritte resultiere.

Entsprechendes hatte der VIII. Zivilsenat bereits in dem Urteil von 2010 für die Kosten der Beseitigung von Sperrmüll auf den Gemeinschaftsflächen angenommen. Derartige Aufwendungen hat er selbst dann als Kosten der Müllentsorgung i. S. des § 2 Nr. 8 BetrKV („die für die Müllabfuhr zu entrichtenden Gebühren“) – bzw. im dortigen Fall gem. § 22a NMV 1970 – qualifiziert, wenn sie durch rechtswidrige Handlungen Dritter ausgelöst worden sind.

2. Kritik im Schrifttum

Der BGH weicht damit von einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung ab, nach der Aufwendungen, die durch vertragswidriges Verhalten einzelner Mieter oder durch rechtswidrige Handlungen dritter Personen veranlasst worden sind, keine Betriebskosten i. S. des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen¹¹⁵. Es fehle insoweit bereits an einem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache¹¹⁶. Auch die laufende Entstehung derartiger Kosten wird mitunter infrage gestellt¹¹⁷. Vielfach wird eine solche aber angenommen, wenn sich eine bestimmte rechtswidrige Übung, namentlich die „wilde“ Entsorgung von Sperrmüll auf dem Grundstück, innerhalb der Mieterschaft eingebürgert hat¹¹⁸.

3. Stellungnahme

Der BGH begründet seine Auffassung damit, dass eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks eine regelmäßige Pflege der Außenanlagen sowie eine wiederkehrende Beseitigung von Müll voraussetze; sie umfasse deshalb auch den Aufwand, der auf die Beseitigung von Verunreinigungen entfalle, für die Dritte verantwortlich seien. Dem lässt sich entgegenhalten, dass das maßgebliche Kriterium für eine Kategorisierung von Aufwendungen als Betriebskosten nicht deren Entstehung durch eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks, sondern durch dessen „bestimmungsmäßigen Gebrauch“ ist, nämlich – wie es im Rahmen dieses Beitrags konkretisiert worden ist: durch eine *vom Vermietungszweck geprägte Nutzung* des Anwesens.

¹¹⁵ Blank/Börstinghaus/Blank (Fn. 21), § 556 Rn. 7; Wall (Fn. 14), Rn. 2909, Rn. 3851 ff., insbes. Rn. 3855; Schmid, WuM 2008, 519, 520; ders., MDR 2010, 362, 363; Schmid/Harsch (Fn. 21), Rn. 2909.

¹¹⁶ So insbes. Schmid/Harsch (Fn. 21), Rn. 2909.

¹¹⁷ So etwa Blank/Börstinghaus/Blank (Fn. 19), § 556 Rn. 61.

¹¹⁸ So namentlich Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 21), § 556 Rn. 146; Langenberg/Zehlelein (Fn. 21), A Rn. 127; ähnlich Lützenkirchen/Lützenkirchen (Fn. 21) § 556 Rn. 171.

Die entscheidende Frage dürfte somit sein, ob eine derartige Nutzung auch stattfindet, wenn Mieter oder dritte Personen das Anwesen in rechtswidriger Weise beeinträchtigen, sei es durch Ablagerung von nicht benötigten Gegenständen, Entsorgung von Müll oder Verschmutzungen in sonstiger Form. Dagegen wird argumentiert, dem Vermieter stünden bei solchermaßen rechtswidrigen Eingriffen in sein Eigentum oder Besitzrecht Schadensersatzansprüche zu – gegen den Mieter bereits aus §§ 280 Abs. 1, 241 BGB, gegen den Dritten aus § 823 Abs. 1 BGB. Kann der Vermieter indes die aus der Beseitigung von Ablagerungen und Verunreinigungen des Grundstücks resultierenden Aufwendungen gegenüber den Mietern oder den anderen Personen im Wege der Betriebskostenumlage einfordern, fehlt es ihm bereits an einem Schaden¹¹⁹. Allerdings wird man hier u.U. auf die Grundsätze der Drittschadensliquidation zurückgreifen können¹²⁰. Der Vermieter könnte den auf die Mieter infolge der Betriebskostenumlage verlagerten Schaden geltend machen, müsste aber die daraus erlangten Geldbeträge anschließend an die Mieter auskehren¹²¹. Zudem wäre er auf Verlangen der Mieter wohl nach § 242 BGB gehalten, diesen seine Ansprüche gegen den Schädiger in Höhe des jeweiligen Anteils der Betriebskostenbelastung abzutreten.

Nicht unberücksichtigt bleiben darf wohl auch der Umstand, dass gerade die Gartenflächen von Mehrfamilienhäusern einer Nutzung durch die Mieter vielfach gar nicht zur Verfügung stehen. Ihre Funktion liegt vor allem darin, der Immobilie einen ansprechenden Gesamteindruck zu verleihen. Dies ist aber nur möglich, wenn sich die Gartenflächen in einem adäquaten Pflegezustand befinden. Die Flure und Treppenhäuser innerhalb sowie die Zuwegungen außerhalb des Gebäudes sollen vor allem leicht passierbar sein. Das ist nicht zu gewährleisten, wenn sie mit sperrigen Gegenständen zugestellt sind. Dann aber verlangt der „bestimmungsmäßige“, vom Vermietungszweck beherrschte Gebrauch der Anlage auch eine Erhaltung ihrer Funktionsfähigkeit durch die regelmäßige Beseitigung von Abfällen und entsorgten Sperrgütern.

Auch hier drängt sich jedoch – ähnlich wie bei großen Wasserleitungsverlusten – die Frage auf, wo die Grenze der zumutbaren Belastung des Mieters mit den Kosten aus derartigen Beseitigungsaktionen liegen soll. Man wird neben dem Grad der Beeinträchtigung des vermieteten Anwesens wohl auch auf die Erwartbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens abstellen müssen. Platzieren unbekannte Personen schrottreife Fahrzeuge auf dem Grundstück, nachdem sie diese im Rahmen eines illegalen Rennens „zu Bruch gefahren“ haben, wird man die dadurch entstehenden Beseitigungskosten wohl nur schwerlich dem „bestimmungsmäßigen

¹¹⁹ Schmid, MDR 2010, 262, 362; ders., WuM 2008, 519, 520.

¹²⁰ Das konzidiert auch Schmid, MDR 2010, 262, 362; WuM 2008, 519, 520; Zur Drittschadensliquidation siehe zuletzt BGH, NJW 2016, 1089.

¹²¹ Schmid, WuM 2008, 519, 520.

Gebrauch“ der Anlage zuweisen können. Das gilt auch dann, wenn sich derartige – strafrechtlich durchaus relevante (vgl. § 315d StGB) – Freizeitaktivitäten im näheren Umfeld des vermieteten Gebäudes „eingebürgert“ haben sollten. Andererseits wird man im Falle einer besonderen Treppenhausverunreinigung infolge von verschmutztem Schuhwerk eines nicht ermittelbaren Mieters eine vom Vermietungszweck geprägte Nutzung kaum infrage stellen können. In der Praxis werden die Fälle meist irgendwo zwischen derartigen Extremen angesiedelt sein. Indes könnte man folgende Differenzierung in Erwägung ziehen:

- Resultiert der Beseitigungsaufwand aus einem mieterseitigen Fehlverhalten, mit welchem nach der allgemeinen Lebenserfahrung – zumal bei einem größeren Vermietungsbetrieb – von Zeit zu Zeit gerechnet werden muss, gehört er zu den Betriebskosten.
- Gleiches gilt für rechtswidriges Verhalten von dritten Personen, soweit die Lage und die Beschaffenheit des Grundstücks ein solches, wenn nicht gar erwarten, so doch zumindest nicht als fernliegend erscheinen lässt. Das ist bei leichteren Beeinträchtigungen, wie sie etwa von herüberlaufenden Hunden oder dem Wegwerfen von leeren Nahrungsmittelverpackungen ausgehen, bei einer an einen öffentlichen Gehweg angrenzenden offenen Rasenfläche in der Regel der Fall.

Schwierig ist bei diesen Kriterien nach wie vor die Einordnung von „wild“ auf dem Grundstück abgelagertem Sperrmüll. Dieser erfordert mitunter einen Beseitigungsaufwand, der die Grenzen des „gerade noch Hinnehmbarem“ durchaus überschreiten könnte. Vielleicht sollte man doch darauf abstellen, ob sich ein derartiges Fehlverhalten innerhalb der Mieterschaft „eingebürgert“ hat¹²²; in diesem Fall hat es den Charakter des Üblichen angenommen, sodass die daraus resultierenden Kosten auf einen „bestimmungsmäßigen“, jedenfalls aber nicht auf einen völlig bestimmungswidrigen Gebrauch des Anwesens zurückzuführen sind.

Lösung Fall 7:

V kann die durch die Reinigung der Parkanlage entstandenen Kosten in vollem Umfang, einschließlich der durch die Verunreinigung seitens dritter Personen entstandenen Mehrkosten verlangen.

V. Mangelbedingte Heizkostenmehrbelastung

Fall 8:

Mieter M bewohnt seit mehr als zehn Jahren eine Wohnung in einem in den 1950er Jahren errichteten Mehrfamilienhaus des Vermieters V. Mittlerweile sind die Fensterrahmen im Wohnzimmer sowie in den beiden Kinderzimmern marode. Spätestens seit Oktober 2016 kommt es in der Wohnung zu erheblichen Wärmeverlusten und Zuglufterscheinungen. Mitte Oktober 2016 teilt M dem V den Mangel mit und kündigt zugleich ab November eine Mietminderung von 20% an, die er fortan auch geltend macht.

¹²² So bereits Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 12), § 556 Rn. 146; Langenberg/Zehlelein (Fn. 21), A Rn. 127; ähnlich Lützenkirchen/Lützenkirchen (Fn. 21) § 556 Rn. 171.

Die für den Zeitraum Juli 2016 bis Juni 2017 abgerechneten Heizkosten sind gegenüber den Vorjahren deutlich angestiegen. Insbesondere die zu 70 % nach Verbrauch verteilten Kosten sind nahezu doppelt so hoch wie in letzten drei Jahren.

M kürzt den aus der Abrechnung resultierenden Saldo um die Mehrkosten.

1. Mietminderung

Wärmeverluste und Zuglufterscheinungen in der gemieteten Wohnung stellen einen Mangel dar, der zu einer Minderung ihrer Gebrauchstauglichkeit i. S. des § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB führt. Je nach Umfang der Beeinträchtigung haben die Instanzgerichte dem Mieter eine Minderung von 5% bis 20% zuerkannt¹²³. Eine Mietminderung lässt sich nicht mit dem Argument in Frage stellen, der Mieter könne doch stärker heizen und die ihm in Rechnung gestellten erhöhten Heizkosten in Abzug bringen. Intention der Minderung gem. § 536 Abs. 1 BGB ist es, das von den Vertragsparteien festgelegte Äquivalenzverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen im Falle einer Störung auf der Vermieterseite wiederherzustellen¹²⁴. Demgemäß richtet sich ihr Umfang allein nach der Intensität der (objektiven) Gebrauchsbeeinträchtigung, nicht hingegen nach dem (subjektiven) Nutzerverhalten des Mieters. Es ist daher ohne Belang, ob sich dieser außerhalb der gemieteten Räumlichkeiten, etwa an seinem Urlaubsort befindet und dadurch der Gebrauchsbeeinträchtigung in dem Mietobjekt gänzlich entgeht, oder ob er diese durch provisorische Abhilfemaßnahmen (intensives Heizen, Einhüllen in Decken) lindert. Daran ändert auch das durch die Mietrechtsreform 2001 eingeführte Kriterium der „angemessenen“ Reduzierung der Miete nichts; der Gesetzgeber wollte damit lediglich der gerichtlichen Praxis Rechnung tragen, die sich seit jeher mehr an Minderungsquoten orientiert hatte, als an der kaufrechtlichen Berechnungsformel des §§ 472 f. BGB a.F., auf die § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. rekurrierte¹²⁵. Den die Mietminderung tragenden Gedanken des Äquivalenzausgleichs zwischen Leistung und Gegenleistung wollte er – wie *Friedemann Stornel* in seinem Vortrag auf dem 4. DMT 2002 herausgearbeitet hat¹²⁶ – nicht zur Disposition stellen.

¹²³ LG Kassel, WuM 1988, 108; AG Leverkusen, WuM 1981, U 9; AG Bottrop, Urt. v. 08.11.2012 – 8 C 264/12, zit. nach juris; Lützenkirchen/*Lützenkirchen* (Fn. 21), Anhang § 536 Stichwort: Fenster.

¹²⁴ BGHZ 163,1, 6 = NZM 2005, 455; BGH, NZM 2012, 726, 727.

¹²⁵ BT-Drs. 14/4553 S. 40 (re. Sp.). In diesem Sinne auch die mittlerweile überwiegende Ansicht, s. etwa S. nur Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 12), § 536 Rn. 364; Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 19), § 536 Rn. 171; *Stornel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. VIII 242; ders., WuM 2002, 244, 245; tendenziell auch MüKo-BGB/*Häublein* (Fn. 59), § 536 Rn. 29; großzügiger im Hinblick auf die Berücksichtigung der subjektiven Belange des Mieters *Derleder*, NZM 2002, 676, 678.

¹²⁶ *Stornel*, WuM 2002, 244, 245.

2. Reduzierung der Heizkostenumlage

Spannend ist hingegen die Frage, ob dem Mieter neben der – bereits kraft Gesetzes eintretenden – Mietminderung auch noch auf eine Reduzierung der Heizkosten dringen kann. Denkbar wäre hier lediglich eine Freistellung von den Mehrkosten für Heizenergie, die ihm dadurch entstanden sind, dass er gegen den Mangel gleichsam anheizen muss.

a) Ausgrenzung von Mehrkosten

An einer Kategorisierung derartiger Mehrkosten als Betriebskosten i. S. des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehen keine Zweifel. Diese resultieren aus dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes in Gestalt einer Bewirtschaftung durch Vermietung, die eine Versorgung der Wohnungen mit Heizenergie erfordert. Allein der Umstand, dass der Mieter infolge der schadhafte Fenster stärker heizen muss, nimmt der kostenauslösenden Maßnahme, der Energieversorgung, nicht ihre Zweckbestimmung. Dies gilt schon in Anbetracht dessen, dass die Heizenergie hier nicht infolge eines defekten Rohrleitungssystems versiegt, sondern in der Wohnung des Mieters ankommt und von diesem durch entsprechende Betätigung des Thermostats regulär entgegengenommen wird (vgl. dazu oben unter II. 2.).

b) Schadensersatzansprüche des Mieters

Eine Freistellung des Mieters von der auf bauliche Mängel des Mietobjekts zurückzuführende Heizkostenbelastung kann somit nur im Wege des Schadenssatzes erfolgen. Vorrangig in Betracht kommen Schadensersatzansprüche aus § 536a Abs. 1 BGB. Diese bestehen „unbeschadet der Rechte aus § 536 [BGB]“, also neben der gesetzlichen Mietminderung. Sie umfassen damit gerade diejenigen Schäden, die der Mieter infolge des Mangels über die mit diesem verbundene Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts hinaus erleidet¹²⁷.

aa) Verzugshaftung

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Verzugshaftung des Vermieters nach § 536a Abs. 1, 3. Var. BGB. Tatbestandlich verlangt diese, dass der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt. Der Verzug setzt neben einem fälligen durchsetzbaren Anspruch, hier gerichtet auf Mängelbeseitigung gem. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB, grundsätzlich eine Mahnung voraus. Demgemäß muss der Mieter den Vermieter unmissverständlich zur Mängelbeseitigung aufgefordert haben; allein die Anzeige des Mangels nach § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht ausreichend¹²⁸. Im Übrigen tritt ein Verzug erst ein, wenn der Vermieter ausreichend Zeit gehabt hat, den Mangel zu beseitigen; bis dahin fehlt es an

¹²⁷ S. zu diesem Gesichtspunkt auch *Hinz*, NZM 2013, 209, 218.

¹²⁸ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 12), § 536a Rn. 54; ähnlich MüKo-BGB/*Häublein* (Fn. 59), § 536a Rn. 11.

einem Vertretenmüssen i. S. des § 286 Abs. 4 BGB¹²⁹. Wie viel Zeit dem Vermieter für die Beseitigung des Mangels zur Verfügung steht, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von der Schwere des Mangels ab. Ist dem Mieter eine (weitere) Hinnahme des Mangels unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zumutbar, muss der Vermieter unverzüglich Abhilfe schaffen¹³⁰. In solchen Fallgestaltungen kann eine Mahnung ausnahmsweise nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB auch gänzlich entbehrlich sein. Doch muss der Vermieter in jedem Fall Kenntnis von dem Mangel erhalten haben, damit er überhaupt in der Lage ist, Abhilfe zu schaffen (vgl. § 536c Abs. 2 Nr. 2 BGB).

Die zentrale Problematik liegt darin, ob dem Mieter durch die erhöhten Heizkosten, die das „Anheizen gegen den Mangel“ verursacht hat, ein Schaden entstanden ist. Das ist teilweise¹³¹ mit der Begründung verneint worden, dass wegen dieses Mangels die Miete bereits nach § 536 Abs. 1 BGB gemindert ist. Durch diese Minderung sei der für die zusätzliche Wärmeenergie angefallene Kostenanteil bereits aufgebraucht, sodass der Mieter ihn nicht noch einmal im Wege des Schadensersatzes geltend machen könne¹³².

Für diese Sichtweise lässt sich anführen, dass die Mietminderung nach gefestigter Rechtsprechung des BGH auf die Brutto(gesamt)miete (s. oben unter III. 3. c aa), somit auch auf die Betriebskosten bemessen wird¹³³. Andererseits ist es möglich, dass die Heizkosten selbst nach einer Reduzierung wegen des Gebäudemangels weit überdurchschnittlich hoch sind. Dann aber kann der Mieter – unbeschadet der gesetzlichen Minderung – auch bei der Betriebskostenlast Freistellung von den noch verbleibenden Mehrkosten verlangen. Denn der Schadensersatzanspruch aus § 536a Abs. 1, 3. Var. BGB ist nach § 249 Abs. 1 BGB auf Naturalrestitution gerichtet. Der Mieter muss also so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn der Vermieter den Mangel binnen angemessener Zeit nach In-Verzug-Setzung beseitigt hätte. Dann wären zum einen die Zugluft- und Wärmeverlusterscheinungen in der gemieteten Wohnung nicht mehr vorhanden, zum anderen würden aber auch die Heizkosten lediglich in einem Umfang anfallen, wie dies bei einer in vertragsgemäßem Zustand befindlichen Wohnung dieser Baualterklasse üblich wäre.

¹²⁹ Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 21), § 536a Rn. 32.

¹³⁰ Blank/Börstinghaus/*Blank* (Fn. 21), § 536a Rn. 32.

¹³¹ AG Bottrop, Urt. v. 08.11.2012 – 8 C 264/12, zit. nach juris.

¹³² AG Bottrop, Urt. v. 08.11.2012 – 8 C 264/12, Tz. 42, zit. nach juris.

¹³³ S. nur BGH, WuM 2011, 284, 285 Tz. 11 = ZMR 2011, 625.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, die (gesetzliche) Minderung der Miete impliziere auch den Heizkostenschaden. Denn die Minderung wäre infolge des gestörten vertraglichen Äquivalenzverhältnisses selbst dann gemindert, wenn der Vermieter den Mieter von der erhöhten Heizkostenlast aus freien Stücken mithilfe einer großzügigen Schätzung freistellen würde.

Die Höhe des nach § 536a Abs. 1, 3. Var. BGB zu ersetzenden Schadens ist wiederum mithilfe eines Vergleichs des beanstandeten Energieverbrauchs mit Verbräuchen aus Abrechnungszeiträumen, in denen sich die Fenster noch in einem vertretbaren Zustand befunden haben, zu ermitteln. Denkbar wäre auch, dass der Mieter auf den Verbrauch in vergleichbaren anderen Räumen im selben Abrechnungszeitraum rekurriert. Die in § 9a HeizkV normierten Grundsätze können wiederum entsprechend herangezogen werden (vgl. oben unter II. 6.).

Lösungsvorschlag Fall 8:

M kann unabhängig von der gesetzlichen Minderung der Miete wegen der schadhafte Fenster von V Schadensersatz, gerichtet auf Freistellung von den mangelbedingte erhöhten Heizkosten verlangen.

Variante Fall 8:

Infolge des starken Heizens des M sind die zu 30% nach Wohnfläche umgelegten Grundkosten des Heizungsbetriebs in dem gesamten Gebäude erheblich gestiegen. Mieter M2, dessen Wohnung sich in einem anderen Flügel des Gebäudes befindet, verlangt von V Freistellung von den ihm zugewiesenen Heizkosten, soweit diese die durchschnittlichen Kosten der Abrechnungen der letzten drei Jahre zzgl. 10% Aufschlag übersteigen.

bb) Verschuldens- und Garantiehaftung

Ein Anspruch der übrigen in dem Hause wohnenden, von dem Mangel nicht unmittelbar betroffenen Mieter aus § 536a Abs. 1, 3. Var. BGB scheidet bereits an einer In-Verzug-Setzung des Vermieters durch diese. Denkbar wäre daher lediglich eine Verschuldenshaftung gem. § 536a Abs. 1, 2. Var. BGB oder – soweit die Wärmeverlust- und Zugluftproblematik in der Wohnung des Mietmieters bereits bei Vertragsabschluss bestanden haben sollte – auch eine Garantiehaftung gem. § 536a Abs. 1, 1. Var. BGB. Es fragt sich allerdings, ob die maroden Fensterrahmen in einer anderen Wohnung des Gebäudes einen Mangel i. S. des § 536 Abs. 1 BGB darstellen. Ein solcher liegt vor, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht¹³⁴. Es besteht jedoch in aller Regel weder eine ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend, dass sich die Fenster auch in anderen Wohnungen des Gebäudes in einem ordnungsgemäßen Zustand befinden müssen, damit sich der (Gesamt-)Verbrauch der Heizenergie im Rahmen hält, noch gibt es eine dahingehende Verkehrsauffassung. Solange der Mieter die von ihm bewohnte

¹³⁴ S. nur BGH, NZM 2015, 481, 482 = ZMR 2015, 697 Tz. 18.

Wohnung problemlos beheizen kann, liegt ein Mangel hinsichtlich des Heizungsbetriebs nicht vor. Allein die hohen Heizkosten vermögen Gewährleistungsansprüche nicht zu begründen¹³⁵. Hinzukommt, dass die hohe Heizkostenbelastung erst durch ein selbständiges Verhalten des von dem Wärmeverlust in seiner Wohnung direkt betroffenen Mieters ausgelöst wird, indem dieser gegen den Gebäudemangel gleichsam „anheizt“. Insofern dürfte es auch an der erforderlichen Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung der übrigen Mieter durch die gebrauchstauglichkeitsmindernden Umstände fehlen¹³⁶.

cc) Haftung wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots

Denkbar wären in solchen Fällen aber Schadensansprüche gegen den Vermieter aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Freistellung von erhöhten Grundkosten wegen einer Verletzung Wirtschaftlichkeitsgebots gem. § 556 Abs. 3 Satz 1, 2. Hs. BGB (s. dazu oben unter III. 3.). Ob eine Verletzungen dieses Prinzips auch darin liegen kann, dass der Vermieter seiner Mangelbeseitigungspflicht gegenüber einzelnen Mietern nicht nachkommt und dadurch den Heizkostenverbrauch in dem Gesamtgebäude in die Höhe treibt, ist bislang nur wenig diskutiert worden. Die Problematik liegt wohl darin, dass der Vermieter gegenüber dem Mieter, dessen Wohnung von dem Mangel an der Bausubstanz betroffen ist, zur unverzüglichen Abhilfe verpflichtet ist, während er nach dem betriebskostenrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot ein sparsames Verbrauchsverhalten lediglich im Rahmen einer vernünftigen Kosten-Nutzen-Abwägung schuldet (s. oben unter III. 3. a).

Man könnte daran denken, dass die ohnehin unverzüglich zu erfüllende Pflicht zur Mängelbeseitigung auch auf das Gebot einer kostensparenden Betriebsführung durchschlägt, dem Vermieter somit auch gegenüber den weiteren Mietern in dem Gebäude ein alsbaldiges Tätigwerden obliegt. Es ist aber auch möglich, dass sich der Vermieter mit dem unmittelbar betroffenen Mieter auf eine hohe Minderungsquote verständigt und dieser im Gegenzug auf eine kostenintensive Beseitigung der baulichen Mängel verzichtet. Auch das wäre völlig legitim. Und den übrigen Mietern in dem Gebäude schuldet der Vermieter eben keine (unverzügliche) Mängelbehebung, sondern lediglich eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung der Anlage. Steht ihm insoweit jedoch ein gewisser Spielraum zu – er muss die Kostenbelastung in vernünftigen Grenzen zu halten, braucht dabei aber nicht die unabweislich günstigste Lösung zu wählen¹³⁷ –, ist es im Einzelfall durchaus denkbar, dass den Mietern die hohe Grundkostenbelastung auch weiterhin zugemutet wird.

¹³⁵ Vgl. auch Blank/Börstinghaus/Blank (Fn. 21), § 536 Rn. 14).

¹³⁶ Vgl. Schmidt-Futterer/Eisenschmid (Fn. 12), § 536 Rn. 15.

¹³⁷ S. dazu *Hinz*, WuM 2013, 443, 444.

Lösungsvorschlag Variante Fall 8:

V wird im Zweifel auch verpflichtet sein, M2 von der erhöhten Heizkostenlast, die auf den baulichen Mangel in der Wohnung des M1 zurückzuführen ist, freizustellen. M2 steht insoweit ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit zu.

VI. Zusammenfassung

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung können wie folgt zusammengefasst werden:

- Zu den Betriebskosten gehören insbesondere diejenigen Kosten, die durch den „bestimmungsmäßigen Gebrauch“, also durch eine vom Vermietungsbetrieb geprägte Nutzung des Gebäudes oder des Grundstücks entstehen.
- Die Entstehung muss „laufend“ erfolgen, was aber nur bedeutet, dass mit einem wiederholten Kostenanfall zu rechnen ist, es sich somit nicht um die Kosten einer singulären Maßnahme handelt.
- Die Kosten des mangelbedingten Wasserverlustes sind grundsätzlich keine Betriebskosten; sie resultieren nicht aus dem „bestimmungsmäßigen Gebrauch“ des Gebäudes, sondern aus einem Instandsetzungsbedarf. Es handelt sich im Übrigen auch nicht um Kosten des *Wasserverbrauchs* i. S. des § 2 Nr. 2 BetrKV.
- Etwas anderes mag für die Mehrkosten infolge von geringfügigen Leitungsverlusten gelten, allerdings nur, solange der Vermieter von diesen keine Kenntnis hat.
- Zu einer regelmäßigen anlasslosen Überprüfung des Rohrleitungssystems auf Leckagen ist der Vermieter nicht verpflichtet.
- Zeigt der Mieter einen Mangel an den Wasserversorgungseinrichtungen hinter dem Einzelzähler seiner Wohnung nicht unverzüglich gem. § 536c Abs. 1 Satz 1 BGB an, hat er den daraus resultierenden Wassermehrverbrauch zu tragen. Dieser dürfte noch den Betriebskosten, nämlich den Kosten der Wasserversorgung (§ 2 Nr. 2 BetrKV) zuzurechnen sein; das Wasser wird letztlich *verbraucht*.
- Anders verhält es sich, wenn die Verletzung der Anzeigepflicht durch den Mieter bei fehlenden Einzelwasserzählern zu einer Kostenmehrbelastung auch der übrigen Mieter in dem Gebäude führt. In diesem Fall ist der pflichtwidrig verursachte Mehrverbrauch vorab aus den Gesamtkosten herausrechnen und dem betreffenden Mieter im Wege des Schadensersatzes nach § 536c Abs. 2 Satz 1 BGB in Rechnung zu stellen.
- Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer Betriebskostennachforderung liegt beim Vermieter. Legt der Mieter einen gegenüber den Vorjahren drastisch erhöhten Verbrauch dar, muss der Vermieter einen Schaden am Rohrleitungssystem ausschließen.

- Die Kosten der zur Unterstützung des Vermietungsbetriebs in Auftrag gegebenen Dienstleistungen fallen auch dann unter die Betriebskosten, wenn die Leistungen mangelhaft erbracht worden sind. Die Begleichung derartiger Kosten kann aber gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen.
- Kosten infolge von Verunreinigungen der Gemeinschaftsflächen sind Betriebskosten, solange derartige Beeinträchtigungen nicht gänzlich aus dem Rahmen fallen.
- Mangelbedingt erhöhte Heizkosten begründen einen Schadensersatzanspruch des Mieters aus § 536a Abs. 1, 3 Var. BGB, der auf Freistellung der entstandenen Mehrkosten gerichtet ist. Ein solcher Anspruch besteht neben der Mietminderung (§ 536 Abs. 1 BGB) wegen der eingeschränkten Gebrauchstauglichkeit der Wohnung. Da die Minderung auch die Heizkosten umfasst, ist sie bei der Höhe des mieterseitigen Schadens zu berücksichtigen.
- Den übrigen Mietern können wegen der erhöhten Belastung mit den Grundkosten des Heizungsbetriebs Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB erwachsen.