

Wirtschaftlichkeitsgebot und Kostensenkung bei Betriebskosten

I. Einleitung

Gegenstand des Beitrags ist, ob der Vermieter verpflichtet ist, Kostensenkungspotentiale bei den Betriebskosten zu nutzen, um den Mieter zu entlasten. Dafür werden in einem ersten Schritt die Kostensenkungspotentiale aufgezeigt und anschließend untersucht, wie diese Potentiale rechtlich einzuordnen sind.

II. Kostensenkungspotentiale aus tatsächlicher Sicht

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, wie der Vermieter Betriebskosten senken kann. Der hiesige Beitrag untersucht folgende fünf Kostensenkungspotentiale:

1. Einstellung/Wartung von Gebäudetechnik.
2. Verbesserung der Gebäudetechnik oder des Gebäudes.
3. Wechsel zu einem preisgünstigeren Versorger.
4. Abwehr unberechtigter Forderungen des Versorgers.
5. Einstellung von Betriebskostenleistungen.

III. Meinungsbild in Rechtsprechung und Literatur

Das Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen der Nichtgebrauch dieser Kostensenkungsmöglichkeiten durch den Vermieter zu einer Reduzierung der Betriebskostenlast des Mieters führen kann, ist noch nicht abschließend geklärt.

1. Einstellung/Wartung von Gebäudetechnik

Zur Einstellung bzw. Wartung von Gebäudetechnik existiert Rechtsprechung zur Verkehrssicherungspflicht. Nach Ansicht des BGH ist der Vermieter nicht verpflichtet, ohne besonderen Anlass eine regelmäßige Generalinspektion der Elektroleitungen und Elektrogeräte in den Wohnungen seiner Mieter vorzunehmen.¹

Diese Rechtsprechung betrifft indes nicht den hiesigen Untersuchungsgegenstand, nämlich die Pflicht, durch eine optimale Einstellung der Gebäudetechnik – etwa der Heizungsanlage – die Betriebskosten möglichst gering zu halten. In der Literatur wird aber vertreten, dass der

¹ BGH NJW 2009, 143.

Vermieter für eine optimale Einstellung der Anlage zu sorgen hat, anderenfalls die Heizkosten zu reduzieren sind.² Das entspricht im Ergebnis der Übertragung der Pflicht aus § 60 Abs. 1 GEG in das Mietrecht. Nach dieser Vorschrift sind Komponenten, die einen wesentlichen Einfluss auf den Wirkungsgrad von Anlagen und Einrichtungen der Heizungstechnik sowie der Warmwasserversorgung haben, vom Betreiber regelmäßig zu warten und instand zu halten.

2. Verbesserung der Gebäudetechnik oder des Gebäudes

Zu einer Senkung von Betriebskosten kann es auch kommen, wenn der Vermieter die Gebäudetechnik oder das Gebäude modernisiert, etwa eine neue Heizungsanlage einbaut oder die Fassade dämmt. Bei der Frage, ob er hierzu verpflichtet sind, sind drei Konstellationen zu unterscheiden.

Die erste Fallgruppe betrifft die Vermietung eines Bestandsgebäudes, dass den bei seiner Errichtung geltenden technischen und energetischen Anforderungen nicht entspricht. Wenn die Parteien keine abweichende Vereinbarung treffen³, liegt ein Gebrauchsmangel vor. Denn nach der Rechtsprechung des BGH muss die Mietsache den zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes geltenden Bauvorschriften und technischen Normen entsprechen.⁴

In die zweite Gruppe gehören Fälle, in denen das Gebäude den bei seiner Errichtung geltenden Anforderungen entspricht, das öffentliche Recht aber später eine Nachrüstpflicht eingeführt hat, wie es etwa § 47 Abs. 1 GEG für die Dämmung der obersten Geschossdecken vorschreibt. Ob dieser nachgerüstete auch der mietrechtlich geschuldete Zustand ist, hat der BGH noch nicht entschieden.⁵ In der Literatur ist die Frage umstritten.⁶

In der dritten Fallgruppe geht es um die Frage, ob den Vermieter auch dann eine die Betriebskosten reduzierende Modernisierungspflicht treffen kann, wenn dies nicht öffentlich-rechtlich vorgeschrieben ist. Das wird von der wohl allgemeinen Meinung verneint.⁷

² Blank WuM 2008, 311.

³ Zur AGB-Kontrolle solcher Substandardvereinbarungen Gsell NZM 2022, 481, 488; Lehmann-Richter PiG 95 (2013), 41.

⁴ BGH NJW 2019, 507.

⁵ BGH WuM 2007, 700.

⁶ Dagegen etwa Flatow NZM 2008, 785, 791f.; Horst NZM 2010, 177, 183); dafür etwa Gsell NZM 2022, 481, 488.

⁷ Etwa BGH NJW 2019, 507; NJW 2014, 685.

3. Wechsel zu einem preisgünstigeren Versorger

Es ist im Ausgangspunkt unstreitig, dass die Wahl eines überteuerten Versorgers gegen § 556 Abs. 3 S. 1 BGB verstoßen kann. Rechtsfolge ist die Reduzierung der Betriebskostenlast nach den für den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz geltenden Regeln. Nach h. M. löst ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB aus, der auf Freihaltung der gegen das Gebot verstoßenden Kostenumlage gerichtet ist.⁸ Ungeklärt sind indes die Details dieses Verstoßes, namentlich, ab welchem Schwellenwert eine relevante Preisüberhöhung vorliegt. Es liegt Rechtsprechung vor, die dies (jedenfalls) bei einem Preis bejaht hat, der fast das doppelte des durchschnittlichen Marktpreises betrug.⁹

4. Abwehr unberechtigter Forderungen des Versorgers

Zur Umlage unberechtigter Forderungen des Versorgers fehlt, soweit ersichtlich, veröffentlichte Judikatur. In der Literatur wird vertreten, der Vermieter sei bei Schlechtleistung des Versorgers zur Kürzung von dessen Forderungen verpflichtet¹⁰ bzw. die Erstattung nicht existenter Forderungen löse keine Betriebskosten aus¹¹.

5. Einstellung von Betriebskostenleistungen

Beim letzten Punkt, der Einstellung von Betriebskostenleistungen zwecks Vermeidung der mit diesen verbundenen Kostenbelastung des Mieters, sind zwei Fälle zu unterscheiden. Zunächst geht es um Konstellationen, in denen der Vermieter überbordende Leistungen veranlasst. Diese Sachverhalte werden verbreitet als Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz eingeordnet.¹² Daneben geht es um die Frage, ob der Vermieter verpflichtet sein kann, Betriebskostenmaßnahmen vollständig einzustellen, etwa die Gartenpflege. Stellungnahmen hierzu sind nicht ersichtlich.

IV. Würdigung

Bei der Würdigung soll zunächst das Verhältnis zwischen Gewährleistungsrecht und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz untersucht werden. Anschließend wird näher auf die Frage eingegangen, in welchen Fällen das Gewährleistungsrecht zu einer Betriebskostensenkung führen kann.

⁸ BGH NJW 2015, 855 Rn. 11.

⁹ AG Hamburg-Blankenese ZMR 2011, 885.

¹⁰ MünchKommBGB/Zehlein, 8. Aufl. 2020, § 556 Rn. 119.

¹¹ Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 556 Rn. 180.

¹² Etwa AG Münster WuM 2019, 379: Gasleitungsprüfung alle 5 statt 12 Jahre; AG Naumburg WuM 2016, 249: 1.100 Liter Müllcontainer für 14 Mieter.

1. Gebrauchsgewährung vs. Wirtschaftlichkeitsgrundsatz

Sowohl § 535 Abs. 1 S. 1 BGB als auch § 556 Abs. 3 S. 1 BGB sind im Ergebnis geeignet, eine Betriebskostensenkung auszulösen. Rechtstechnisch funktioniert dies bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs über die Minderung, bei einem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot über einen Freihaltungsanspruch¹³ des Mieters.

a) Übereinstimmungen

Beide Instrumente sind insoweit identisch, als sowohl die Minderung als auch der auf Freihaltung gerichtete Schadensersatzanspruch eine Einwendung des Mieters sind. Übereinstimmungen bestehen auch dahingehend, dass in beiden Fällen den Mieter die Beweislast für die Voraussetzung der Kostenreduzierung trifft.¹⁴

b) Unterschiede

Zwischen beiden Instrumenten bestehen aber natürlich auch erhebliche Unterschiede. Das Wirtschaftlichkeitsgebot aus § 556 Abs. 3 S. 1 BGB ist nach der Rechtsprechung des BGH¹⁵ eine Nebenpflicht des Vermieters, während § 535 Abs. 1 S. 1 BGB seine Hauptpflicht kennzeichnet. Ein Freihaltungsanspruch des Mieters nach §§ § 556 Abs. 3 S. 1 BGB, 280 BGB setzt voraus, dass der Vermieter während des Mietvertrags gegen dieses Gebot verstoßen hat und er dies zu vertreten hat. Für einen Verstoß gegen § 535 Abs. 1 S. 1 BGB ist hingegen der Zeitpunkt der Ursache für die Abweichung der Soll- von der Ist-Gebrauchsmöglichkeit irrelevant und der Verstoß führt (auch) zur verschuldensunabhängigen Minderung.

c) Konkurrenzproblem

Der Frage nach dem Verhältnis beider Instrumente zueinander, also ihrer Konkurrenz, wird meist wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Man liest aber die These, es bestehe kein Spezialitätsverhältnis.¹⁶

¹³ BGH NJW 2015, 855 Rn. 11.

¹⁴ BGH NJW 2011, 3028 Rn. 16 (Wirtschaftlichkeitsgebot); BGH NJW 2000, 2344 (Mangel).

¹⁵ BGH NJW 2011, 3028 Rn. 13; BGH NJW 2008, 440 Rn. 14.

¹⁶ MünchKommBGB/Zehlein § 556 Rn. 119.

Bei der Beantwortung der Konkurrenzfrage ist danach zu differenzieren, wie das Wirtschaftlichkeitsgebot rechtlich verstanden wird: Sieht man mit dem BGH die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes als Nebenpflicht des Vermieters, so ergibt sich ein Vorrang von § 535 Abs. 1 S. 1 BGB. Denn wenn sich die Kostenreduzierung bereits aus § 535 Abs. 1 S. 1, § 536 BGB ergibt, bedarf es keines Rückgriffs auf den Verstoß gegen eine Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB. Ordnet man mit der Gegenansicht¹⁷ das Wirtschaftlichkeitsgebot hingegen als Merkmal des Betriebskostenbegriffs ein, ist ein Vorrang von § 556 Abs. 3 S. 1 BGB überzeugend. Denn unwirtschaftliche Kosten sind im Abrechnungsmodell dann schon nicht als Miete geschuldet, was eine Minderung überflüssig macht. Zudem werden nur so die betriebskostenrechtlichen Spezialregeln geachtet – z. B. das Prinzip der Bestandskraft der Betriebskostenabrechnung (§ 556 Abs. 3 S. 6 BGB) oder der Grundsatz, dass Betriebskostenpauschalen grds. nur pro futuro angepasst werden können (§ 560 Abs. 2 BGB)

2. Betriebskostenreduzierung aufgrund Minderung

Nun zu der Frage, in welchen Fällen die Betriebskostenreduzierung auf eine Minderung der Miete gestützt werden kann.

a) Grundsätzliches

Hier stellt sich im Ausgangspunkt die grundsätzliche Frage, ob eine „überteuerte“ Versorgung der Mietsache überhaupt einen zur Minderung führenden Mangel sein kann. Diese Frage darf nicht mit der Begründung verneint werden, dass es allein auf den Versorgungserfolg ankäme – etwa: solange die Wohnung hinreichend warm wird, könne kein Mangel vorliegen. Denn anders als das Kaufrecht knüpft die Miete nicht an einen bestimmten physischen Zustand des Vertragsgegenstands an. Im Mietrecht geht es mithin nicht um einen Sachmangel. Der Grundbegriff ist vielmehr der Gebrauchsmangel. Das folgt aus § 535 Abs. 1 BGB sowie § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, die für den Erfüllungsanspruch oder das Lösungsrecht des Mieters nicht an einen Sachmangel anknüpfen. Ausgangspunkt beider Vorschriften ist vielmehr der vertragsgemäße Gebrauch und dessen Gewährung bzw. Störung. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB beschreibt die Störung: Der Gebrauch wird entweder nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen.

¹⁷ Etwa Blank/Börstinghaus, *Miete* 6. Aufl. 2020. § 556 Rn. 151.

Mit Blick auf diese Regelungen darf § 536 Abs. 1 BGB nicht missverstanden werden. Dessen einleitende Worte „*hat die Mietsache*“ deuten zwar auf eine physische Betrachtungsweise hin, was die Kategorien der zugesicherten Eigenschaft (§ 536 Abs. 2 BGB) und des Rechts eines Dritten (§ 536 Abs. 3 BGB) zu stützen scheinen. Es verwundert daher nicht, dass verbreitet zwischen Sachmangel, zugesicherter Eigenschaft und Rechtsmangel unterschieden wird.¹⁸ Diese Verengung von § 536 Abs. 1 BGB auf den Sachmangel führt indes zu Problemen. Denn es stellt sich zwangsläufig die Frage, wie mit Gebrauchsstörungen umzugehen ist, die der Mietsache nicht physisch anhaften. Zur Lösung hat die h. M. die Kategorie des Umweltmangels¹⁹ entwickelt. Diese Umwege lassen sich vermeiden, wenn man anerkennt, dass § 535 Abs. 1 BGB mit § 536 BGB nicht abgestimmt ist²⁰, was zu einer harmonisierenden Auslegung von § 536 BGB zwingt: Sämtliche Beeinträchtigungen des vertragsgemäßen Gebrauchs müssen unter diese Vorschrift subsumiert werden können, um eine Systemstörung zu vermeiden.

b) Anwendungsfälle

Auf Basis des Gebrauchsmangelbegriffs ist es nicht erforderlich, dass die Ursache für die Betriebskostenverursachung der Mietsache in irgendeiner Art und Weise anhaftet.

Entscheidend ist allein, ob die Art und Weise der Versorgung mit Betriebskostenmaßnahmen gegen die vertragliche Abrede über den Gebrauch verstößt. Dies soll im Folgenden anhand der energetischen Versorgung illustriert werden.

Fehlt es an einer konkreten Parteiabrede, schuldet der Vermieter nach der Rechtsprechung des BGH eine Gebrauchsmöglichkeit, die der Mieter nach der Art der Mietsache erwarten kann. Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen.²¹ Entscheidend ist die Verkehrsanschauung, die durch die maßgeblichen technischen Normen bei Gebäudeerrichtung geprägt wird; deren Einhaltung kann der Mieter nämlich in jedem Fall erwarten.²²

aa) Verstoß gegen bei Errichtung geltende Standards

¹⁸ Etwa Blank/Börstinghaus § 536 Rn. 1.

¹⁹ Etwa BGH NJW 2020, 2884 Rn. 25.

²⁰ Riesenhuber ZfPW 2016, 448, 453.

²¹ BGH NJW 2010, 3088; NJW 2004, 3174.

²² BGH NJW 2005, 218; Gsell, WuM 2011, 491, 492.

Gegen den nach der Verkehrsanschauung maßgeblichen Zustand wird jedenfalls verstoßen, wenn das Gebäude nicht den bei seiner Errichtung geltenden energetischen Vorgaben entspricht. Denn bei der Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen ist grundsätzlich der bei der Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen²³, der mit Blick auf den energetischen Zustand durch das GEG repräsentiert wird.

Fall 1: M mietet eine Wohnung in einem soeben neu errichteten Gebäude. Das Gebäude entspricht nicht den Vorgaben von § 15 Abs. 1 GEG, d.h. der dortige Jahres-Primärenergiebedarf wird überschritten. In diesem Fall entspricht die Ist-Gebrauchsmöglichkeit nicht der Soll-Möglichkeit.

bb) Verstoß gegen bei Vermietung geltende Standards

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Mietsache zwar den bei Errichtung geltenden Standards entspricht, nicht hingegen bei Vermietung.

Fall 2: M mietet eine Altbauwohnung, die Fassadendämmung entspricht dem bei Errichtung maßgeblichen Standard, nicht hingegen den aktuellen Anforderungen an Neubauten.

Fall 3: M mietet eine Altbauwohnung, deren zentraler Heizkessel bei seinem Einbau den maßgeblichen Standards entsprach. Allerdings hätte der Kessel aufgrund der unbedingten Nachrüstpflicht gemäß § 72 GEG schon vor Vertragsschluss ausgetauscht werden müssen.

Gegen einen Mangel spricht in beiden Fällen die Rechtsprechung des BGH, nach der grundsätzlich die bei der Errichtung des Gebäudes geltenden technischen Maßstäbe entscheidend sind.²⁴ Dies darf nun allerdings nicht so verstanden werden, als ob es stets auf diese Maßstäbe ankomme. Denn bei fehlender Parteivereinbarung richtet sich der geschuldete Soll-Gebrauch nach den berechtigten Erwartungen der Parteien bei Vertragsschluss.²⁵ Diese werden typischerweise von den Anforderungen an das Gebäude zum Zeitpunkt seiner Errichtung geprägt. Eine Ausnahme gilt aber, wenn der Mieter davon ausgehen darf, der Vermieter habe das Gebäude energetisch nachgerüstet. Hier überzeugt die Sichtweise, dass der Mieter grundsätzlich erwarten darf, dass sich die Mietsache bei Vertragsschluss in einem Zustand befindet, der den für das konkrete Gebäude geltenden öffentlich-rechtlichen Normen entspricht.²⁶

²³ BGH WuM 2009, 457; NJW 2004, 3174.

²⁴ BGH WuM 2009, 457; NJW 2004, 3174.

²⁵ Vgl. BGH NJW 2004, 3174.

²⁶ Artz WuM 2008, 259, 262; Gsell NZM 2022, 481, 488.

cc) Nachrüstpflicht aus dem öffentlichen Recht

Probleme ergeben sich auch, wenn die Mietsache bei Vertragsschluss den energetischen Anforderungen entspricht, sich diese Anforderungen aber nachträglich verschärfen, also eine öffentlich-rechtliche Nachrüstpflicht eingeführt wird.

Fall 4: M mietet eine Altbauwohnung, deren zentraler Heizkessel bei seinem Einbau und bei Vertragsschluss den maßgeblichen Standards entsprach. Nach Vertragsschluss greift die Nachrüstpflicht aus § 72 GEG ein, die V nicht erfüllt.

Um einen Gebrauchsmangel handelt es sich in Fall 4 nur, wenn der Mieter bei Vertragsschluss nach der Verkehrsanschauung erwarten darf, der Vermieter werde während der Vertragslaufzeit die ihn treffenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben erfüllen. Der Begriff des vertragsgemäßen Zustandes wird bei diesem Verständnis dynamisch: Die Mietsache würde mit Verschärfung der gesetzlichen Anforderungen in die Mangelhaftigkeit „hineinwachsen“. Diese Problematik ist aus Sachverhalten bekannt, in denen die öffentlich-rechtlichen Standards aus Gründen des Gesundheitsschutzes verschärft wurden. Die h. M. geht in diesen Fällen von einem „dynamischen“ Mangelbegriff aus.²⁷ Dies überzeugt auch für andere Konstellationen. Denn nach der Verkehrsanschauung darf der Mieter bereits bei Vertragsschluss davon ausgehen, dass der Vermieter während der Vertragslaufzeit die Mietsache an sich ändernde, zwingende Vorgaben anpassen wird. Die vertragliche Vereinbarung zum Soll-Gebrauch hat insofern eine dynamische Komponente.²⁸

dd) Berechnung der Minderung

Liegt ein energetischer Gebrauchsmangel vor, führt dies nach § 536 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich dazu, dass der Mieter nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten hat. Die Minderung hat den Zweck, das durch den Mangel gestörte Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wieder herzustellen.²⁹ Sie greift daher auch ein, wenn der mangelhafte energetische Zustand durch erhöhten Energieeinsatz „kompensiert“ werden kann. Die Höhe der Minderung ist eine Frage des Einzelfalls und ggf. im Wege der Schätzung zu ermitteln. Wird der mangelhafte energetische Zustand durch erhöhten Energieeinsatz „kompensiert“, können die entstandenen Mehrkosten einen Anhaltspunkt für die Höhe der

²⁷ BayObLG ZMR 1999, 751 (PCP in der Raumluft); LG Köln ZMR 1991 223; LG Hamburg WuM 1991, 161 (Bleirohre).

²⁸ Gsell WuM 2022, 249; Lehmann-Richter PiG 95 (2013), 41.

²⁹ BGH NJW 2005, 1713.

Minderung sein.³⁰

IV. Fazit

Rechtsgrundlage für eine Betriebskostensenkung kann zum einen der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz aus § 556 Abs. 3 S. 1 BGB sein. Daneben kann angesichts des Gebrauchsmangelbegriffs eine Betriebskostensenkung auch über das Gewährleistungsrecht, konkret die Minderung (§ 536 BGB) erfolgen. Der BGH hat indes noch nicht entschieden, ob und wann eine unwirtschaftliche Versorgung der Wohnung, insbesondere mit Energie, einen Mangel bedeutet.

³⁰ OLG Hamm NJW-RR 1987, 969; siehe auch OLG Düsseldorf WuM, 1984, 54 (10%ige Minderung bei unwirtschaftlicher Heizung).