

Wirtschaftlichkeitsgrundsatz / Auskunftsanspruch

Vorsitzender Richter am Landgericht Dr. Werner Hinz, Itzehoe

I. Einleitung

1. Themenstellung
2. Gesetzliche Vorschriften
3. Inhalt des Gebots

II. Kategorisierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes

1. Ausgangspunkt: Urteil des BGH vom 6.7.2011
2. Limitierung der Kostenumlage oder Nebenpflicht?
 - a) Meinungsstand
 - b) Stellungnahme
3. Bezugspunkt der Pflichtverletzung
 - a) Meinungsstand
 - b) Stellungnahme

III. Durchsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots

1. Grundsätze des BGH im Urteil vom 6.7.2011
2. Belegeinsichtsrecht
 - a) Grundsätze
 - b) Sachverhalt der BGH-Entscheidung
 - c) Fallgruppen des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes
3. Auskunftsanspruch
 - a) BGH-Entscheidung vom 25.10.2006
 - b) Herleitung des Auskunftsanspruchs
 - c) Inhalt und Umfang des Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB
 - d) Probleme in der Praxis
 - e) Anforderungen an den Anfangsverdacht
 - f) Rechtsgedanke des § 666 BGB
4. Sekundäre Darlegungslast als ultima ratio
5. Zwischenergebnis
6. Stellungnahme

IV. Fazit

I. Einleitung

1. Themenstellung

Als *Norbert Eisenschmid* dieses Thema im April 2012 mit mir abstimmte, haben wir bewusst eine offene Formulierung gewählt. Es sollte zunächst einmal abgewartet werden, wie sich die Diskussion in der Folgezeit entwickeln wird. Die grundlegende Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH zur Darlegungs- und Beweislast für eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots – das Urteil vom 6.7.2011 (VIII ZR 340/10)¹ – lag ja bereits eine Weile zurück. Gleichwohl herrschte noch eine intensive Diskussion über diese Thematik, die insbesondere durch die Vorträge von *Beate Flatow* auf dem 14. Deutschen Mietgerichtstag (DMT) am 16.3.2012² und *Markus Artz* auf den 31. Mietrechtstagen – Partner im Gespräch am 27.4.2012³ belebt worden ist. Verschiedentlich wurde die Befürchtung geäußert, der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz sei infolge der vorgenannten BGH-Entscheidung der Bedeutungslosigkeit anheim gefallen, er sei zu einem „stumpfen Schwert“ verkommen⁴. Diesen Bedenken soll im Folgenden nachgegangen werden. Dabei wird in einem ersten Abschnitt der dogmatische Ansatz des BGH kritisch hinterfragt (unter II.); der zweite Abschnitt widmet sich dem Auskunftsanspruch des Mieters (unter III.). Zunächst ist aber die gesetzliche Normierung sowie der Inhalt des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes in den Blick zu nehmen.

2. Gesetzliche Vorschriften

Im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) hat das Wirtschaftlichkeitsgebot erst durch die Mietrechtsreform 2001 seinen Niederschlag gefunden. Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB ist „über die Vorauszahlungen für Betriebskosten ... jährlich abzurechnen; dabei ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten.“ Darüber hinaus bestimmt § 560 Abs. 5 BGB, dass „bei Veränderungen von Betriebskosten ... der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten“ ist. Beide Bestimmungen betreffen – wie der Umkehrschluss des § 578 BGB dokumentiert – ausschließlich die Wohnraummiete. Im Gewerberaummietrecht fehlt es nach wie vor an einer gesetzlichen Regelung; der XII. Zivilsenat hat in dem Urteil vom 3.10.2010 (XII ZR 129/09 – „Terrorversicherungsentscheidung“) die Geltung des Wirtschaftlichkeitsgebots hier – im Anschluss an die h.M. im Schrifttum⁵ – aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitet⁶.

3. Inhalt des Gebots

¹ BGH WuM 2011, 513.

² Abgedr. in WuM 2012, 235.

³ Abgedr. in PiG 92 (2012), 173.

⁴ So etwa *Börstinghaus*, Info M 2012, 555; *Wall*, Info M 2011, 311.

⁵ *Börstinghaus*, PiG 62 (2002), 201, 209; *Börstinghaus/Lange*, WuM 2010, 538; *Streyll*, NZM 2006, 125, 126; *Beyer*, GE 2008, 1472, 1473; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 560 Rdn. 75; *Hinz*, NZM 2008, 97, 100; 2012, 137, 138.

Über den Inhalt des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes geben die §§ 556 Abs. 3 Satz 1, 560 Abs. 5 BGB keinen Aufschluss. Der XII. Zivilsenat hat in dem erwähnten Urteil – wiederum mit der Literatur konform gehend⁷ – auf die Bestimmungen für den preisgebundenen Wohnraum in § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV 1970 und § 24 Abs. 2 Satz 2 der II. BV rekurriert⁸. Danach dürfen nur solche Kosten umgelegt werden, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Der Vermieter hat bei Maßnahmen und Entscheidungen, die sich auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten auswirken, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis zu achten⁹; maßgebend ist dabei die Sicht eines „ordentlichen Kaufmanns“ bzw. „vernünftigen Vermieters“¹⁰. Das bedeutet freilich nicht, dass der Vermieter gehalten ist, stets die kostengünstigste Lösung zu präferieren. Er darf durchaus auch andere für eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung seines Anwesens relevante Kriterien, etwa die ihm bekannte Zuverlässigkeit des Anbieters, berücksichtigen. Hängen die Kosten für die bezogenen Leistungen von den lokalen oder regionalen Gegebenheiten ab (so etwa bei der Hauswarttätigkeit, der Gartenpflege und den Wartungsarbeiten), so ist auf das ortsübliche Preisniveau abzustellen, anderenfalls ist die Marktüblichkeit das ausschlaggebende Kriterium¹¹.

II. Kategorisierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes

1. Ausgangspunkt: Urteil des BGH vom 6.7.2011

Streitig ist seit jeher, wer die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots im Betriebskostenprozess darzulegen und zu beweisen hat. Der VIII. Zivilsenat hat diese Rechtsfrage in dem Urteil vom 6.7.2011 (VIII ZR 340/10) für die Praxis abschließend geklärt; der erste Leitsatz der Entscheidung lautet: *„Der Mieter trägt die Darlegungs- und Beweislast für eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit bei der Abrechnung der Betriebskosten durch den Vermieter.“*¹²

Gleichwohl wird im Schrifttum nach wie vor die gegenteilige Auffassung vertreten, so etwa von *Frank Peters*, der auf die aus seiner Sicht vergleichbare Rechtslage beim Auftrag hinweist¹³.

⁶ BGH, NZM 2010, 864, 865 (Tz. 16 f.).

⁷ *Börstinghaus*, PiG 62 (2002), 201, 209; *Börstinghaus/Lange*, WuM 2010, 538; *Streyll*, NZM 2006, 125 (126); *Beyer*, GE 2008, 1472, 1473; *Schmidt-Futterer/Langenberg*, Mietrecht (Fn. 5), § 560 Rdn. 75; *Hinz*, NZM 2009, 97, 100; 2012, 137, 138.

⁸ BGH NZM 2010, 864, 865 (Tz. 18).

⁹ BGH WuM 2008, 29.

¹⁰ BGH NZM 2010, 864, 865 (Tz. 18).

¹¹ Instr. *Emmert*, WuM 2002, 467, 468.

¹² BGH WuM 2011, 513.

¹³ *Peters*, NZM 2012, 145 f.

2. Limitierung der Kostenumlage oder Nebenpflicht?

a) Meinungsstand

Die für die forensische Praxis maßgebliche Frage der Darlegungs- und Beweislast steht im engen Zusammenhang mit der grundsätzlichen Einordnung des Wirtschaftlichkeitsgebots in den Pflichtenkreis des Vermieters. Nach einer auch heute noch vertretenen Ansicht ist der Vermieter bei der Umlage von Betriebskosten von vornherein auf die Weitergabe von wirtschaftlich gerechtfertigten Beträgen beschränkt¹⁴. Zur Begründung wird angeführt, der Gesetzgeber habe durch die Einfügung des Wirtschaftlichkeitsgebots in das BGB nichts völlig Neues geschaffen, sondern lediglich das verallgemeinern wollen, was bislang schon in § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV 1970 seinen Ausdruck gefunden habe; diese Bestimmung beinhalte jedoch eine Beschränkung der Kostenumlage¹⁵. Legt man diese Position zugrunde, so trägt der Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für die Wirtschaftlichkeit seiner Geschäftsführung. Das soll allerdings nach verbreiteter Auffassung erst gelten, wenn der Mieter die Erforderlichkeit entstandener Kosten substantiiert bestritten hat¹⁶. Dem ist auch der BGH in dem Urteil vom 13.6.2007 (VIII ZR 78/06)¹⁷, in dem er eine Kategorisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots noch nicht vorzunehmen brauchte, gefolgt.

Indes betrachtet der BGH seit dem Urteil vom 28.11.2007 (VIII ZR 243/06)¹⁸ die Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots als vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch des Mieters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Freihaltung von den unnötigen Kosten auslösen kann. Einen solchen Anspruch kann der Mieter der Betriebskostennachforderung direkt nach § 242 BGB entgegenhalten; der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB bedarf es nicht¹⁹. Zur Darlegungs- und Beweislast hatte sich der VIII. Senat seinerzeit noch nicht geäußert. Doch war mit diesem Urteil die Richtung bereits vorgegeben. Aus der Qualifizierung der unwirtschaftlichen Betriebsführung als mietvertragliche Nebenpflichtverletzung folgt, dass der Mieter die Darlegungs- und Beweislast für ein pflichtwidriges Verhalten des Vermieters trägt. Dies hat der Senat in dem Urteil vom 6.7.011 (VIII ZR 340/10)²⁰ noch einmal hervorgehoben.

¹⁴ *Blank*, in: *Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 3. Aufl. 2008, § 556 Rdn. 119; *Soergel/Heintzmann*, *BGB*, 13. Aufl. 2007, § 556 Rdn. 14; *Börstinghaus/Lange*, *WuM* 2010, 538, 543 f.; *Schmid*, *ZMR* 2007, 177; *Springer*, *WuM* 2007, 129; *Emmert*, *WuM* 2002, 467, 469; *von Seldeneck*, *NZM* 2002, 545, 551; tendenziell auch *Bieber*, *GE* 2011, 1122; *Wall*, *WuM* 2008, 702, 703; *Winkler*, *WuM* 2011, 203, 204; in der Instanzrechtsprechung: *LG Hamburg NZM* 2001, 806; *AG Mönchengladbach-Rheydt WuM* 2007, 128; *AG Leipzig WuM* 2006, 568; 2003, 452; *AG Düren WuM* 2003, 153; *AG Frankfurt/M WuM* 2002, 376; *AG Mitte (Berlin) ZMR* 2002, 761 f.; differenzierend *AG Köln WuM* 2008, 556.

¹⁵ So *Schmid*, *ZMR* 2007, 177, 178.

¹⁶ *Börstinghaus/Lange*, *WuM* 2010, 538, 544; *Wall*, *WuM* 2008, 702, 703; *Emmert*, *WuM* 2002, 467, 469; *Bieber*, *GE* 2011, 1122; vgl. auch *Ludley*, *NZM* 2011, 417, 419 m. w. Nachw.

¹⁷ *BGH WuM* 2007, 393 f.

¹⁸ *BGH WuM* 2008, 28.

¹⁹ Vgl. *Staudinger/Weitemeyer*, *BGB*, Neubearbeitung 2011, § 556 Rdn. 94.

²⁰ *BGH WuM* 2011, 513.

b) Stellungnahme

Für die Sichtweise des BGH spricht zunächst der Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB. Ist danach über die Betriebskostenvorauszahlungen jährlich abzurechnen und „dabei ... der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten“, so wird dieser der Abrechnungspflicht des Vermieters untergeordnet. Schon deswegen liegt es nahe, dieses Gebot nicht als eine der Abrechnungspflicht gleichrangige Nebenleistungspflicht i. S. des § 241 Abs. 1 BGB, sondern als Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB, gerichtet auf Rücksichtnahme gegenüber den Belangen des mit Betriebskosten belasteten Mieters, zu qualifizieren. Dem wird allerdings entgegen gehalten, für die Normierung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes im BGB habe § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV Pate gestanden²¹, und diese Bestimmung erkläre die auf unwirtschaftlicher Betriebsführung beruhenden Mehrkosten von vornherein als nicht umlagefähig. Allerdings liegt es im Wesen des preisgebundenen Wohnraums, dass der Vermieter hier – und zwar ganz generell – nur diejenigen Kosten an den Mieter weitergeben darf, die zur Bewirtschaftung des Objekts tatsächlich notwendig sind (vgl. §§ 8 ff. WoBindG, §§ 3 ff. NMV). Einer solchen Maxime gehorcht das allgemeine Mietrecht aber gerade nicht. Bereits aus diesem Grunde erscheint es fraglich, ob der Reformgesetzgeber von 2001 dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit tatsächlich die Tragweite einer der Abrechnung immanenten Kostenlimitierung beimessen wollte. Das Wirtschaftlichkeitsgebot wurde erst im späten Gesetzgebungsverfahren auf die Initiative des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages in den Gesetzentwurf aufgenommen. In der Beschlussempfehlung des Ausschusses vom 27.03.2001 heißt es:

„In Absatz 3 Satz 1 (des § 556 BGB-E, Anm. d. Verf.) wird ein zweiter Halbsatz angefügt, wonach der Vermieter bei der Bewirtschaftung des Eigentums den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten hat. Dies hält der Ausschuss gerade vor dem Hintergrund der in letzter Zeit immer stärker steigender Betriebskosten („Zweite Miete“) aus Gründen der Klarstellung für besonders wichtig. Zudem gebietet der Umweltschutz einen sparsamen Umgang mit Energieressourcen. Auch diesem Aspekt soll durch die Umformulierung Ausdruck verliehen werden. Der Vermieter ist angehalten, im Rahmen eines gewissen Ermessenspielraums möglichst wirtschaftlich, d.h. mit Blick auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis vorzugehen.“²²

Demgemäß sollte der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz wohl in erster Linie als Korrektiv bei der Übertragung der Betriebskostenlast auf den Mieter dienen; darüber hinaus sollte er dem

²¹ Schmid, ZMR 2007, 177, 178; im Erg. auch von Seldeneck, NZM 2002, 545, 546.

²² BT-Dr 14/5663, S. 79.

Umweltgedanken auch im Bereich des Mietrechts Geltung verschaffen. Schon das spricht gegen eine Kategorisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots als eine der Abrechnungspflicht gleichrangige Leistungspflicht des Vermieters nach § 241 Abs. 1 BGB.

Für eine Einordnung dieses Grundsatzes als mietvertragliche Nebenpflicht i. S. des § 241 Abs. 2 BGB lassen sich aber auch praktische Gesichtspunkte ins Feld führen. Legt der Vermieter eine formell ordnungsgemäße Abrechnung vor, so hat seine aus § 556 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz BGB resultierende Rechenschaftspflicht hinsichtlich des Verbleibs der Vorauszahlungen erfüllt. Eine Pflicht zur inhaltlich (materiell) korrekten Abrechnung folgt allein aus der mietvertraglichen Betriebskostenabrede²³. Erfüllt der Vermieter seine Pflicht aus § 556 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz BGB zur formell ordnungsgemäßen Rechnungslegung nicht, kann der Mieter seinen darauf gerichteten Leistungsanspruch (vgl. § 241 Abs. 1 BGB) klageweise geltend machen. Entsprechendes gilt bei einer materiell inkorrekten Abrechnung, sofern der Mieter nicht in der Lage ist, den Fehler (z.B. bei einem Zahlendreher) selbst zu beheben²⁴. Wäre der Vermieter verpflichtet, die Umlage von Betriebskosten von vornherein auf die Weitergabe von wirtschaftlich gerechtfertigten Beträgen zu limitieren, so wäre eine Betriebskostenabrechnung, die dieses Gebot nicht beachtet, zwar formell ordnungsgemäß, materiell aber unrichtig. Der Mieter könnte somit – da ihm eine entsprechende Korrektur nicht ohne weiteres möglich ist – „gezielt eine Neuberechnung“ verlangen²⁵, und sofern der Vermieter diesem Begehren nicht nachkommt, auf Erteilung einer erneuten Abrechnung klagen. Das dürfte der Reformgesetzgeber von 2001 jedoch nicht beabsichtigt haben.

Aus Sicht der gerichtlichen Praxis kommt noch ein weiteres Argument hinzu: Wäre die Umlage auf die Kosten aus wirtschaftlicher Betriebsführung begrenzt, dürfte der Vermieter auch nur diese als Gesamtkosten in die Abrechnung einzustellen. Das würde jedoch mit der ständigen Rechtsprechung des BGH kollidieren, die dem Vermieter abverlangt, die in der Abrechnungseinheit angefallenen Gesamtkosten in der Abrechnung auch dann vollständig mitzuteilen, wenn einzelne Kostenteile nicht umlagefähig sind²⁶. Gewiss wird sich die Praxis auch in diesem Bereich auf die dann erforderliche Darstellung des Vorwegabzugs in der Abrechnung einstellen können. Gleichwohl wäre zu erwarten, dass eine Limitierung der Kostenumlage ein erhebliches Konfliktpotenzial enthielte. Denn über die Ortsüblichkeit von Hauswart-, Gartenpflege- und Fahrstuhlwartungskosten lässt sich ebenso trefflich streiten wie über die Marktüblichkeit von Gebäude- und Gebäudehaftpflichtversicherungen. Dieser Streit würde unmittelbar in die Betriebskostenabrechnung hineingetragen, was langwierige

²³ Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 5), § 556 Rdn. 279.

²⁴ BGH WuM 2005, 61, 63; 2010, 742, 744; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 5), § 556 Rdn. 279.

²⁵ S. BGH WuM 2005, 61, 63.

²⁶ Grdl. BGH WuM 2007, 196; ferner BGH WuM 2007, 575; 700 (Tz. 24); zuletzt BGH WuM 2012, 22.

Prozesse darüber erwarten lässt. Nach alledem sprechen die besseren Gründe für eine Qualifizierung des Wirtschaftlichkeitsgebots als mietvertraglichen Nebenpflicht.

3. Bezugspunkt der Pflichtverletzung

a) Meinungsstand

Das bedeutet, dass dem Mieter aus einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots lediglich ein Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, gerichtet auf Freistellung von unangemessenen Mehrkosten, erwachsen kann. Lebhaft umstritten ist dabei, wo der Bezugspunkt der Pflichtverletzung liegt – in der Verursachung überhöhter Kosten oder in deren Weitergabe an den Mieter. Nach Auffassung des BGH liegt er in der Vornahme der für die Höhe der Betriebskosten relevanten Maßnahme oder Entscheidung²⁷, also bereits in dem Abschluss des unwirtschaftlichen Versorgungsvertrags (betr. Hauswartdienstleistungen, Wartungsarbeiten etc.) oder der unterbliebenen Vermeidung überhöhter öffentlichrechtlicher Gebühren oder Abgaben (z.B. Müllbeseitigungsgebühren), kurzum: in der unwirtschaftlichen Disposition des Vermieters. Demgegenüber will eine im Schrifttum vertretene Ansicht, den Bezugspunkt der Pflichtverletzung erst in der Erteilung der Betriebskostenabrechnung erblicken²⁸. Hier habe der Vermieter – so argumentiert *Markus Artz* – abzuwägen, ob und in welchem Umfang er Kosten, die auf Grund von seinerseits getroffenen Entscheidungen und Maßnahmen entstünden, als Betriebskosten auf den Mieter umlege; derartige Maßnahmen zunächst einmal zu ergreifen, sei ihm jedoch unbenommen²⁹.

b) Stellungnahme

Die letztgenannte Ansicht mag zunächst – das lässt sich nicht von der Hand weisen – den Wortlaut des § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB auf ihrer Seite haben: Der Vermieter hat über die Vorauszahlungen jährlich abzurechnen; *dabei* – also bei der Abrechnung – hat er das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Und es kommt noch etwas hinzu: Nach § 560 Abs. 5 BGB ist der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz auch bei der Anpassung der Vorauszahlungen zu berücksichtigen. Das lässt sich zwanglos dahin interpretieren, dass der Vermieter die Vorauszahlungen eben nicht erhöhen darf, wenn die Kostensteigerung auf seiner unwirtschaftlichen Disposition beruht.

Gleichwohl scheint der Sinn und Zweck des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes eine Anknüpfung der Pflichtverletzung an das Verursachungsmoment nahezu legen. So wird dem Vermieter in

²⁷ S. BGH WuM 2008, 28.

²⁸ So insbes. *Artz*, PiG 92 (2012), 173, 175 f.; ders., Vortrag DMT 2009, S. 14 f. 17 f., abrufbar bei www.mietgerichtstag.de.

²⁹ *Artz*, PiG 92 (2012), 173, 176; s. auch dens., Vortrag DMT 2009, S. 14 f. 17 f., abrufbar bei www.mietgerichtstag.de.

der oben zitierten Passage aus der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (s. unter II. 2. b) eine Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots „bei der Bewirtschaftung des Eigentums“ und nicht bei der Weitergabe entstandener oder Besicherung künftiger Kosten abverlangt. Und die dort apostrophierten Umweltbelange kann der Vermieter ohnehin nur bei der Durchführung der betriebskostenrelevanter Maßnahme bzw. der ihr vorgelagerten Entscheidung berücksichtigen; im Zeitpunkt der Erstellung von Abrechnungen und Erhöhungserklärungen ist es hierfür bereits zu spät.

Einem Rekurs auf die Kostenverursachung lässt sich nicht entgegen halten, mit einer auf kostensparende Bewirtschaftung des Anwesens gerichteten Nebenpflicht des Vermieters müsse zwangsläufig ein entsprechender Anspruch des Mieters korrespondieren³⁰. Und ein solcher würde jedoch einen unzulässigen Eingriff in die Entscheidungsautonomie des Vermieters darstellen, denn dieser dürfe sein Anwesen so unökonomisch versorgen, wie er es für richtig halte; allein die daraus resultierenden Kosten dürfe er nur in angemessener Höhe weitergeben³¹. Die Erfüllung einer unselbständigen, eine Leistungspflicht (hier die Abrechnungspflicht aus § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB) flankierende Nebenpflicht, ist regelmäßig nicht einklagbar³²; ihre Verletzung ruft lediglich Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auf den Plan. Und an einem Schaden des Mieters fehlt es natürlich, wenn er durch den unwirtschaftlichen Vermietungsbetrieb keinerlei Belastungen erleidet, weil der Vermieter die daraus resultierenden Kosten vor der Weitergabe auf ein vertretbares Maß limitiert. Doch dürfte eine solche Fallgestaltung auch wohl eher akademischer Natur sein. Die besseren Gründe sprechen nach alledem dafür, den Bezugspunkt für die vermietetseitige Pflichtverletzung bereits bei der Verursachung der unangemessenen Mehrkosten zu verorten.

III. Durchsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots

1. Grundsätze des BGH im Urteil vom 6.7.2011

Die zentrale Frage, mit der sich der VIII. Senat in der Entscheidung vom 6.7.2011 (VIII ZR 340/10) zu befassen hatte, lag darin, ob dem Mieter der Vortrag einer unwirtschaftlichen Betriebsführung durch eine sekundäre Darlegungslast des Vermieters zu erleichtern ist. Der Senat hat dies bekanntlich verneint; der dritte Leitsatz des Urteils lautet: *„Den Vermieter trifft regelmäßig keine sekundäre Darlegungslast für die tatsächlichen Grundlagen seines Betriebskostenansatzes.“*³³

³⁰ So aber Artz, PiG 92 (2012), 173, 176.

³¹ In diesem Sinne Artz, PiG 92 (2012), 173, 176.

³² MünchKomm/Bachmann/Roth, BGB, 6. Aufl. 2012, § 241 Rdn. 57 ff., 60; Nomoskommentar-BGB/Krebs, 2. Aufl. 2012, § 241 Rdn. 67 f.

³³ BGH WuM 2011, 513.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH trägt der Anspruchsgegner eine sekundäre Behauptungslast, wenn der Anspruchsteller als primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Anspruchsgegner zumutbar nähere Angaben machen kann³⁴. Das Landgericht Heidelberg ist in der Berufungsinstanz von einer sekundären Darlegungslast des mit dem Vorwurf der unwirtschaftlichen Betriebsführung konfrontierten Vermieters ausgegangen. Allein der Vermieter verfüge über die zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit seines Kostenansatzes notwendige Informationen³⁵. Dem ist der BGH nicht gefolgt. Seiner Auffassung nach geht es beim Wirtschaftlichkeitsgebot regelmäßig nicht um interne Kostenkalkulationen des Vermieters, sondern um objektive Gegebenheiten. Beispielfhaft nennt er „die durch Bescheid festgesetzten öffentlich-rechtliche Gebühren und Abgaben oder die ortsübliche Entlohnung des Hauswarts oder die Beschaffung von Brennstoff für die Heizungsanlage zu marktüblichen Preisen“. Und daraus folgert der Senat in Tz. 21 des Urteils: *„Der Mieter hat das Recht, die für die Betriebskostenabrechnung des Vermieters maßgebenden Belege einzusehen (...). Erscheinen dem Mieter nach Belegeinsicht einzelne Abrechnungspositionen als zu hoch, ist es ihm unbenommen, diese Positionen im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit einer weiteren Prüfung zu unterziehen. Dies ist dem Mieter auch möglich und zumutbar.“*³⁶ Fraglich ist, ob das in dieser Allgemeinheit zutrifft.

2. Belegeinsichtsrecht

a) Grundsätze

Das Recht des Mieters auf Belegeinsicht resultiert aus den §§ 556 Abs. 3 Satz 1, 259 Abs. 1 letzter Teilsatz BGB. Nach § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Vermieter verpflichtet, über die Betriebskostenvorauszahlungen jährlich abzurechnen. Wie diese Abrechnung zu erfolgen hat, ergibt sich aus § 259 Abs. 1 BGB: hat nämlich der Vermieter über eine mit Einnahmen (insbesondere den Vorauszahlungen) und Ausgaben (den durch die Bewirtschaftung des Gebäudes verursachten Kosten) verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen³⁷, so hat er dem Mieter

- (erstens) eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende Rechnung – also die Abrechnung in eigentlichen Sinne – mitzuteilen und
- (zweitens) Belege vorzulegen, soweit diese erteilt zu werden pflegen.

³⁴ BGH WuM 2005, 521, 523; NJW 2009, 1494, 1495; 2008, 982, 984.

³⁵ LG Heidelberg WuM 2010, 746, 747.

³⁶ BGH WuM 2011, 513, 515.

³⁷ S. BGH NJW 1982, 573, 574; WuM 2010, 42, 43; MünchKomm/Krüger (Fn. 32), § 259 Rdn. 12, 27.

Letzteres ist bei den der Abrechnung zugrunde liegenden Rechnungen, Abgabebescheiden und Verträgen mit den Dienstleistungs-, Versorgungs- und Versicherungsunternehmen fraglos der Fall³⁸. Mit Hilfe des Belegeinsichtsrechts kann der Mieter zum einen die rechnerische Richtigkeit der Abrechnung überprüfen, indem er die tatsächlich angefallenen Kosten anhand von Rechnungen über die erbrachten Leistungen nachvollzieht. Zum anderen kann er die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung kontrollieren; das geschieht etwa durch Einsichtnahme in die Verträge mit Versorgungs- und Versicherungsunternehmen oder in die Mietverträge der Mitmieter zwecks Überprüfung der Flächenvereinbarungen wegen des Verteilungsschlüssels³⁹. Ob allerdings die in die Abrechnung eingestellten Kosten ortsüblich (z.B. beim Hauswart) bzw. marktüblich (beim Brennstoff) sind, lässt sich den Abrechnungsunterlagen regelmäßig nicht entnehmen.

b) Sachverhalt der BGH-Entscheidung

In dem vom BGH entschiedenen Fall hatten die hohen Müllentsorgungsgebühren ihre Ursache allein in dem unzureichenden Mülltrennverhalten der Mieter: diese hatten die kostenlosen gelben Verpackungsmülltonnen auch zur Entsorgung von Restmüll genutzt, so dass die Gemeinde diese schließlich einzog und durch kostenpflichtige Restmülltonnen ersetzte. Die vom Vermieter aufgezeigte und im Übrigen völlig nahe liegende Möglichkeit, den Verpackungsmüll fortan in gelben Plastikmüllsäcken zu entsorgen, hatten die Mieter ignoriert⁴⁰. Diesen Kosten auslösenden Sachverhalt hätte ein verständiger, juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulter Durchschnittsmieter, auf dessen Verständnishorizont abzustellen ist⁴¹, nach sorgfältiger Prüfung der Sachlage ohne Weiteres erkennen können. Ein solcher Mieter wäre in der Lage wahrzunehmen, dass auf dem von ihm bewohnten Anwesen – annehmbar anders als auf den benachbarten Grundstücken – weder gelben Mülltonnen noch gelbe Plastikmüllsäcke zwecks Entsorgung von Verpackungsmüll eingesetzt wurden. Durch Einsichtnahme in die Belege hätte er erkennen können, welche Gebühren die Gemeinde für die zur Verfügung gestellten Restmüllkapazitäten erhebt. Bei der zuständigen gemeindlichen Behörde hätte er schließlich den Grund für die nicht (oder nicht mehr) erfolgte Überlassung der gelben Tonnen erfragen können. Hier tritt die Annahme des VIII. Senats zu, der Mieter könne die streitige Abrechnungsposition nach Belegeinsicht „im Hinblick auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit einer weiteren Prüfung zu unterziehen“⁴². Fraglich ist jedoch, ob diese Aussage Allgemeingültigkeit beanspruchen kann.

³⁸ Vgl. nur BGH WuM 2006, 200, 202 f.

³⁹ Ausf. dazu *Flatow*, WuM 2012, 235, 237 f.

⁴⁰ BGH WuM 2011, 513, 515 (Tz. 23 f.).

⁴¹ Vgl. nur BGH WuM 2009, 42, 43.

⁴² S. BGH WuM 2011, 513, 515.

c) Fallgruppen des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes

Um dem nachzugehen, sind zunächst die Fallgruppen des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes genauer in den Blick zu nehmen. Eine Verletzung dieses Gebots kann auf verschiedenen Umständen beruhen⁴³:

(1) Preisbezogene Versäumnisse

- (a) überhöhte, insbesondere nicht mehr angemessene (marktübliche oder ortübliche) Kosten für erbrachte Leistungen
- (b) unwirtschaftliche Auftragsvergabe, insbesondere durch mangelnde Nutzung von Mengen- und Saisonrabatten
- (c) mangelnde Plausibilität der dem Betriebskostenansatz zugrunde liegenden Rechnungen
- (d) verspätete Zahlung mit der Folge von Zinsbelastungen oder Verpassen von Skontovorteilen

(2) Leistungsbezogene Versäumnisse

- (a) übermäßiger Leistungsbezug, insbesondere durch zu kurze Reinigungs- oder Wartungsintervalle
- (b) mangelnder Bezug von Wartungsleistungen, unrichtige Einstellung und Bedienung von Anlagen (insbesondere der Heizungsanlage), mit der Folge unnötig hoher Kostenverursachung
- (c) Duldung mangelhafter und ineffizienter Leistungen (mangelnde Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen gegen Versorgungs- und Dienstleistungsunternehmen in krassen Fällen).

In den Fallgestaltungen zu 1 c und d sowie zu 2 a bis c wird sich das pflichtwidrige Verhalten des Vermieters zumeist im Rahmen der Belegprüfung offenbaren. So lässt sich durch Kontrolle der Rechnungen unschwer erkennen, ob sich die dortigen Endbeträge aus nachvollziehbaren Einzelpositionen errechnen (1 c). Ermitteltbar ist auch die mangelnde Einhaltung von Zahlungsterminen, gleichgültig ob mit der Folge einer Zinsbelastung oder eines fehlenden Skontoabzugs (1 d). Auch kann der Mieter im Rahmen der Belegeinsicht Aufschluss darüber erlangen, ob der Vermieter ein Übermaß an Pflege- und Betriebsleistungen bezieht, etwa durch einen zu kurz bemessenen Reinigungs- und Wartungssturnus (2 a). So wird er ermitteln können, ob der Vermieter im Abstand von zwei Tagen Treppenhausreinigungsarbeiten, mehr als einmal wöchentlich Gartenpflegearbeiten und viermal jährlich Wartungsar-

⁴³ Vgl. dazu *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, V Rn. 336; *Wall*, in: *Eisenschmid/Wall*, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl. 2010, vor §§ 556, 556a und 560 BGB, Rn. 1271 ff.; *von Seldeneck*, NZM 2002, 545, 547 f.; *Streyll*, NZM 2006, 125, 127 f.; *Flatow*, WuM 2012, 235 f.

beiten am Fahrstuhl durchführen lässt. Schließlich kann der Mieter den Belegen entnehmen, ob unangemessen große Wartungsintervalle bestehen (2 b) oder ob einzelne Leistungen mehrfach vergeben worden sind, was auf mangelhafte Leistungen des Erstunternehmens und eine unterbliebene Mängelgewährleistung hindeutet (2 c).

Indes erhält der Mieter durch eine Kontrolle der Abrechnungsunterlagen regelmäßig keinen Aufschluss darüber, ob die Preise für die betreffenden Leistungen überhöht sind oder sich noch in einem angemessenen Rahmen bewegen (1 a). Aus den Belegen ergibt sich lediglich, welchen Betrag das Versorgungsunternehmen dem Vermieter in Rechnung gestellt hat und ob der Vermieter die Rechnung tatsächlich beglichen hat. Auch die Frage Kosten dämpfender Maßnahmen, etwa die Nutzung von Mengen- und Saisonrabatten wird sich dem Mieter anhand der Belegprüfung nicht immer erschließen (1 b).

Um die Angemessenheit der vermierterseits aufgewendeten Kosten überprüfen zu können, benötigt der Mieter Kenntnis über das betreffende Marktgeschehen. Diese wird er sich hinsichtlich der Heizöl- oder Heizgaspreise ohne größere Probleme, etwa durch Internetrecherche aneignen können⁴⁴. Bei der „ortsübliche Entlohnung des Hauswarts“ – die der Senat ebenfalls beispielhaft auflistet – ist das schon schwieriger. Gewiss stößt man mit Hilfe der Internet-Suchmaschine bei Eingabe von Parametern wie „hauswart lohn“ oder „hauswart gehälter“ auf Zahlen und Tabellen; doch fehlt es naturgemäß an jeglichem Bezug zu dem konkreten Anwesen. Mit diesem Argument hat der VIII. Senat einen Rekurs auf überregionale Betriebskostenspiegel zur Darlegung des überhöhten Kostenansatzes aber gerade abgelehnt⁴⁵. Auch bei anderen durch Dienstleistungen veranlassten Kosten, etwa den Kosten der Gebäudereinigung (§ 2 Nr. 9 BetrKV), der Gartenpflege (§ 2 Nr. 10 BetrKV) sowie einem Großteil der Kosten des Fahrstuhls (§ 2 Nr. 7 BetrKV) wird der Mieter weder durch Belegeinsicht noch durch Suche im Internet brauchbare Informationen zur Überprüfung der Angemessenheit finden können. Entsprechendes gilt für die Kosten der gebäudebezogenen Versicherungen (§ 2 Nr. 13 BetrKV).

Bei all diesen Positionen ist der Mieter auf Vergleichsdaten angewiesen. Diese kann er jedoch nicht ohne weiteres beschaffen. Lokale Betriebskostenspiegel sind in den meisten Gemeinden und Regionen nicht vorhanden. Zudem ist fraglich, ob solche Datensammlungen ohne weiteres die vom BGH in der Entscheidung vom 6.7.2011 (VIII ZR 340/10) aufgestellt-

⁴⁴ Flatow, WuM 2012, 235, 239.

⁴⁵ BGH WuM 2011, 513, 514 f.

ten Kriterien – sie müsste eine objektsbezogene Prüfung der Kostenansätze ermöglichen⁴⁶ – erfüllen würden. Doch das wäre ein Thema für sich⁴⁷.

Markus Artz hat erwogen, dem Vermieter immer dann, wenn der Mieter mit Hilfe der Beleginsicht weiterkommt, auch auf der Grundlage des BGH-Urteils vom 6.7.2011 (VIII ZR 340/10) eine sekundäre Darlegungslast für seine Kostenkalkulation zuzuweisen. Letztlich hänge alles an den Wörtchen „regelmäßig“; es bleibe zu hoffen, dass sich der Senat bei Ausnahmen von der Regel einer fehlenden sekundären Vortragslast großzügig zeige⁴⁸. Fokussiert sich der Streit um die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots aber vielfach auf die Orts- oder Marktüblichkeit der in Rechnung gestellten Kosten, so könnte die vom BGH deklarierte Ausnahme sehr schnell zur Regel mutieren. Das dürfte jedoch der Intention der erwähnten Entscheidung zuwiderlaufen.

3. Auskunftsanspruch

a) BGH-Entscheidung vom 25.10.2006

Ein Ansatz zur Lösung der aufgezeigten Problematik könnte sich aus dem Urteil des BGH vom 25.10.2006 (VIII ZR 251/05)⁴⁹ ergeben. Darin geht es um die Frage eines Vorwegabzugs von Gewerbeflächen bei der Betriebskostenabrechnung. Auch hier ist es Sache des Mieters, die Umstände, die ausnahmsweise für einen solchen Vorwegabzug sprechen, darzulegen und zu beweisen. Allerdings kann der Mieter hinsichtlich der für seinen Vortrag erforderlichen Informationen „Auskunft vom Vermieter und Einsicht in die der Abrechnung zu Grunde liegenden Belege verlangen“⁵⁰. Das bedeutet, dass er über eine Einsichtnahme in die Belege hinaus vom Vermieter gezielt Auskunft hinsichtlich der offen gebliebenen Fragen einfordern kann.

Der Senat hat einen solchen, neben dem Belegeinsichtsrecht bestehenden – möglicherweise über dieses hinausgehenden – Auskunftsanspruch jedoch nicht näher begründet. Auch eine Anspruchsgrundlage hat er nicht zitiert. Das gibt Veranlassung, dieses Rechtsinstitut genauer in den Blick zu nehmen.

b) Herleitung des Auskunftsanspruchs

⁴⁶ BGH WuM 2011, 513, 514 (Tz. 18).

⁴⁷ S. dazu *Ludley*, NZM 2011, 417, 421 f.; *Hinz*, NZM 2012, 137, 143 f.

⁴⁸ *Artz*, PiG 92 (2012), 173, 177 f.

⁴⁹ WuM 2006, 684.

⁵⁰ BGH WuM 2006, 684, 685 (Tz. 16); ebenso BGH WuM 2010, 627, 629 (Tz. 22); s. auch AG Zeven WuM 2009, 689: Auskunftsanspruch betr. Unterpositionen eines Abrechnungspostens (Hauswart) zwecks Überprüfung der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebotes.

Auskunftsansprüche können aus einem Vertrag resultieren, wobei sie mitunter erst nach einer Auslegung der vertraglichen Vereinbarung gem. § 157 BGB zutage treten⁵¹. Insbesondere ergeben sie sich aber aus dem Gesetz. Im BGB sind an unterschiedlichen Stellen Auskunftsansprüche normiert; nur beispielhaft sind die Bestimmungen der §§ 402, 556 Abs. 3 Satz 1; 666 (ggf. i.V.m. §§ 27 Abs. 3, 86 Abs. 1, 675 Abs. 1, 681 Satz 2, 687 Abs. 2 Satz 1, 713), 740 Abs. 2, 1214 Abs. 1, 1698 Abs. 2, 1890 Abs. 2, 2130 Abs. 2, 2218 BGB zu nennen. Auch in zivilrechtlichen Sondergesetzen finden sich Auskunftsansprüche, so etwa in § 103 UrhG. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung einen Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB hergeleitet, wenn zwischen den Beteiligten besondere rechtliche Beziehungen vertraglicher oder außervertraglicher Art vorhanden sind, die es mit sich bringen, dass der Auskunftsbegehrende entschuldbar über das Bestehen und den Umfang seines Rechts im Unklaren und deshalb auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist, während dieser die Auskunft unschwer erteilen kann und dadurch nicht unbillig belastet wird⁵².

Vielfach sind Auskunftsansprüche auf Rechnungslegung gerichtet. Dabei verwendet das Gesetz diesen Terminus in einigen Vorschriften direkt, wie z.B. in § 1840 Abs. 2 BGB (Rechnungslegungspflicht des Vormundes gegenüber dem Familiengericht⁵³); in anderen Bestimmungen spricht es hingegen von „Rechenschaft ablegen“ (z.B. in § 1698 Abs. 1, letzter Teilsatz BGB – Rechenschaftspflicht der Kindeseltern bei Beendigung oder Ruhen der elterlichen Sorge) oder auch ganz einfach von „abrechnen“. Ein Beispiel dafür ist der bereits erwähnte Anspruch des Mieters auf Abrechnung über die geleisteten Vorauszahlungen nach § 556 Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz BGB. Der Sache nach geht es in all diesen Fällen um Rechnungslegung⁵⁴.

Einige Auskunftsbestimmungen sehen als Rechtsfolge aber auch nur allgemein die Erteilung der nötigen Information vor, wie etwa § 402, 1. Alt. BGB (Auskunftspflicht des Forderungszedenten). Schließlich gibt es Bestimmungen, die beides – sowohl die allgemeine Auskunftserteilung als auch die Rechnungslegung – vorsehen, wie z.B. § 666 BGB betreffend die Auskunftspflicht des Beauftragten.

⁵¹ Vgl. BAG NZA 1996, 637, 638: arbeitsvertragliche Nebenpflicht zu Auskünften im bestehenden Arbeitsverhältnis; ferner MünchKomm/Krüger (Fn. 32), § 260 Rdn. 1.

⁵² BGH NJW 2003, 3624, 3625; ferner BGHZ 55, 203 = NJW 1971, 656; BGH NJW 2002, 3771; 1990, 3151, 3152; 1987, 173.

⁵³ Die Bestimmung gilt nach § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend für den Betreuer gegenüber dem Betreuungsgericht.

⁵⁴ Vgl. MünchKomm/Krüger (Fn. 32), § 259 Rdn. 22; Nomoskommentar/Knöpfner (Fn. 32), § 259 Rdn. 1.

Soweit der Auskunftsanspruch auf eine Rechnungslegung abzielt, ergibt sich sein Umfang gemeinhin⁵⁵ aus § 259 BGB. Insofern regelt die Bestimmung nur einen Teilbereich der Auskunftspflicht, nämlich soweit diese aus einer „mit Einnahmen oder Ausgaben verbundenen Verwaltung“ resultiert⁵⁶. Die Pflicht zur Rechnungslegung ist mithin ein Spezialfall der Auskunftspflicht, die vom Umfang her aber über diese hinausgeht⁵⁷. Eine weitere, den Umfang der Auskunftspflicht bestimmende Vorschrift findet sich in § 560 BGB. Ist die Auskunft über den Bestand eines Inbegriffs von Gegenständen zu erteilen, so hat der Auskunftspflichtige dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestands vorzulegen. Diese Rechtsfolge ist insbesondere auch im Familienrecht von Relevanz, denn sie findet beim Auskunftsanspruch des Unterhaltsberechtigten entsprechende Anwendung (vgl. §§ 1605 Abs. 1 Satz 3, 1361 Abs. 4 Satz 4, 1580 Satz 2 BGB; §§ 12 Satz 2, 16 Satz 2 LPartG).

c) Inhalt und Umfang des Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB

Für den Auskunftsanspruch aus § 242 BGB hat die Rechtsprechung in der Regel das Bestehen eines Leistungsanspruchs dem Grunde nach postuliert. Das bedeutet, dass die einen solchen Anspruch begründenden Voraussetzungen bereits vorliegen müssen, also lediglich die Rechtsfolge, insbesondere der Umfang des Anspruchs, noch offen sein darf⁵⁸. Dann aber würde ein Auskunftsanspruch dem Mieter kaum weiterhelfen. Der Rechtsgrund eines Anspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB liegt in der Pflichtverletzung; ob der Vermieter eine solche durch unwirtschaftliche Führung seines Vermietungsbetriebs begangen hat, will der Mieter ja gerade im Wege des Auskunftsanspruchs überprüfen.

Allerdings hat die Rechtsprechung Ausnahmen von dem Erfordernis eines bestehenden Anspruchsgrundes zugelassen. So soll im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB bereits dann bestehen, wenn der Anspruchsteller die Information zur Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs benötigt, vorausgesetzt allerdings, das „der begründete Verdacht einer Vertragsverletzung“ besteht⁵⁹. Der VIII. Zivilsenat hat dies in einem Fall angenommen, in dem ein Vertragshändler, dem aufgrund eines Distributionsvertrags mit dem Hersteller ein Alleinvertriebsrecht für dessen Produkte in einem bestimmten Vertragsgebiet zustand, von diesem Auskunft über Vertragsschlüsse von verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG) mit Kunden aus seinem Vertragsgebiet forderte. Ein hinreichendes Verdachtsmoment für eine Verletzung des Distributionsvertrags in Gestalt von

⁵⁵ Lex specialis ist insoweit § 1841 BGB betr. die Rechnungslegungspflicht des Vormundes sowie des Betreuers (vgl. § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB).

⁵⁶ Nomoskommentar/*Knöpfler* (Fn. 32), § 259 Rdn. 2; vgl. auch MünchKomm/*Krüger* (Fn. 32), § 260 Rdn. 2.

⁵⁷ MünchKomm/*Krüger* (Fn. 32), § 259 Rdn. 21.

⁵⁸ MünchKomm/*Krüger* (Fn. 32), § 260 Rdn. 15.

Direktbelieferungen von gebietsansässigen Kunden hat der Senat darin erblickt, dass der Hersteller diese bereits kontaktiert hatte⁶⁰.

Der Sinn und Zweck eines dergestalt restriktiven Kriteriums liegt auf der Hand: Der Anspruchsgegner, also der Vermieter, braucht sich – ohne Veranlassung dazu gegeben zu haben – ein Fehlverhalten nicht vorwerfen zu lassen, auch nicht im Zuge eines Auskunftsverlangens. Niemand ist per se gehalten, durch Auskunftserteilung zu belegen, dass er sich rechtstreu verhält.

d) Probleme in der Praxis

Indes erscheint auch diese Dogmatik aus Sicht des Mieters wenig zielführend. Es ist überhaupt nicht sein Anliegen, den Vermieter eines Fehlverhaltens zu verdächtigen. Es geht im einzig und allein darum, dessen Betriebsführung unter Wirtschaftlichkeitsaspekten zu überprüfen, um in Erfahrung zu bringen, ob sich seine jährliche Betriebskostenbelastung noch in einem vertretbaren Rahmen hält. Allein deshalb will er den Vermieter beispielsweise mit der Frage konfrontieren, ob dieser vor Novation des Hauswartvertrags Konkurrenzangebote eingeholt hat, zumal sich die Hauswartvergütung seit jeher deutlich höher ausnimmt als im benachbarten Mehrfamilienhaus. Vielleicht interessiert den Mieter auch, warum der Vermieter den Stromlieferungsvertrag mit dem bisherigen Anbieter nicht längst gekündigt hat, obgleich es mittlerweile deutlich günstigere Anbieter am Markt gibt.

e) Anforderungen an den Anfangsverdacht

Es stellt sich zudem die Frage, welche Anforderungen an den für den Auskunftsanspruch erforderlichen Anfangsverdacht einer Pflichtverletzung zu stellen sind. Der BGH hat sich zu dieser Frage in anderem Zusammenhang bereits geäußert. In dem Urteil des IX. Zivilsenats vom 29.10.1981 (IX ZR 92/80)⁶¹ ging es um die Auskunftspflicht eines (mittlerweile geschiedenen) zugewinnausgleichspflichtigen Ehepartners über – seinem Endvermögen nach § 1375 Abs. 2 BGB hinzu zu addierende – Vermögensminderungen infolge von illoyalen Verfügungen. Der Senat hat eine solche Informationspflicht aus § 242 BGB hergeleitet; die spezielle Vorschrift des § 1379 BGB sei nicht einschlägig, weil sie lediglich das Endvermögen i. S. des § 1375 Abs. 1 BGB betreffe. In den Entscheidungsgründen heißt es am Ende des vorletzten Absatzes: *„Dabei dürfen an den Vortrag ausreichend konkreter Verdachtsgründe, aus denen sich die nahe liegende Möglichkeit unentgeltlicher Zuwendungen an Dritte, von Verschwendungen oder benachteiligenden Handlungen ergibt, keine übertriebenen Anforderungen ge-*

⁵⁹ So namentlich BGH NJW 2002, 3771 unter II. 1.; für das Arbeitsverhältnis BAG NZA 1997, 41, 42 unter I. 2 a.

⁶⁰ BGH NJW 2002, 3771 f.

⁶¹ BGH NJW 1982, 176.

stellt werden.⁶² Dieser Gedanke lässt sich ohne weiteres auch auf die hier in Rede stehende Konstellation des Verdachts einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots übertragen.

f) Rechtsgedanke des § 666 BGB

Vielleicht kann man aber auch – nicht zuletzt auch mit Blick auf den Dauerschuldcharakter des Mietverhältnisses und die daraus resultierenden besonderen Treuepflichten der Vertragsparteien – noch einen Schritt weiter gehen. Aus dem Mietverhältnis erwächst die Hauptpflicht des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren (vgl. § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dazu muss der Vermieter den Betrieb des Gebäudes aufrechterhalten, indem er dessen Versorgung mit Heizmitteln, Wasser, Allgemeinstrom und diversen Dienstleistungen sicherstellt. Insoweit beinhaltet der Mietvertrag auch Elemente der Geschäftsbesorgung. Beim Geschäftsbesorgungsvertrag sieht das Gesetz jedoch eine weit reichende Auskunftspflicht des Geschäftsführers vor. Diese ist für die unentgeltliche Geschäftsbesorgung – den Auftrag – ausdrücklich geregelt. Nach § 666 BGB ist der Beauftragte verpflichtet, „*dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen*“. Diese Auskunftspflicht besteht aber nach § 675 Abs. 1 BGB in vollem Umfang auch bei der entgeltlichen Geschäftsbesorgung. Vielleicht lässt sich der dieser Bestimmung immanente Rechtsgedanke auf die hier in Rede stehende, vom einem besonderen Informationsbedarf des Mieters – *Beate Flatow* spricht durchaus treffend von einem „strukturellen Informationsdefizit“⁶³ – geprägten Situation übertragen. Dafür könnte sprechen, dass das Auftragsrecht – wie *Frank Peters* sehr überzeugend herausgestellt hat⁶⁴ – in seiner Kernnorm, dem § 670 BGB, durchaus ein Gebot wirtschaftlichen Handelns statuiert, indem es den Auftragnehmer zur Geltendmachung lediglich solcher Aufwendungen berechtigt, „die er den Umständen nach für erforderlich halten darf“. Auch er muss also bei seiner Geschäftsführung ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis in Auge behalten.

4. Sekundäre Darlegungslast als ultima ratio

Wenn aber der Mieter auch nach Geltendmachung seines Belegeinsichtsrechts und seines Auskunftsanspruchs die für seinen prozessualen Vortrag erforderlichen Informationen nicht zu erlangen vermag, dann gewährt ihm der BGH in dem erwähnten Urteil vom 25.10.2006 (VIII ZR 251/05) ausnahmsweise doch eine Erleichterung seiner Darlegungslast durch eine sekundäre Darlegungslast des Vermieters⁶⁵. Das bedeutet, dass er seinen Auskunftsanspruch nicht im Klagewege geltend machen muss. Er kann im Rechtsstreit um die Betriebs-

⁶² BGH NJW 1982, 176, 177.

⁶³ *Flatow*, WuM 2012, 235, 239.

⁶⁴ *Peters*, NZM 2012, 145, 146.

⁶⁵ BGH WuM 2006, 684, 685 (Tz. 16); ebenso BGH WuM 2010, 627, 629 (Tz. 22).

kostennachforderung in seiner Position als Beklagter darlegen, dass er vom Vermieter gezielt Auskunft über die Situation bei Abschluss des als unwirtschaftlich empfundenen Versorgungsvertrags, namentlich über die Einholung von Konkurrenzangeboten verlangt, diese aber – aus welchen Gründen auch immer – nicht erhalten hat. Damit kann er dem Vermieter eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Umstände bei Abschluss des beanstandeten Vertrags zuweisen.

Voraussetzung ist freilich, dass der Vermieter den unwirtschaftlichen Vertrag zu einem Zeitpunkt abgeschlossen hat, zu dem das Mietverhältnis bereits bestanden hat. Anderenfalls würde es an einer schuldhaften Verletzung einer gerade aus dem Mietvertrag resultierenden Nebenpflicht fehlen⁶⁶. Davon losgelöst ist die Frage zu betrachten, ob der Vermieter gehalten ist, den Mieter vor Abschluss des Mietvertrags auf einen für die von diesem zu tragenden Betriebskosten relevanten, bereits bestehenden und vorläufig nicht kündbaren Versorgungs- oder Versicherungsvertrag hinzuweisen. Hat er dies unterlassen und geht der Mieter daraufhin die mietvertragliche Bindung mit der hohen Betriebskostenbelastung ein, so kann nach Ansicht von *Markus Artz* jedenfalls ein Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB, gerichtet auf Freistellung von unangemessen hohen Kosten in Betracht kommen⁶⁷. Diese Thematik verdient es, bei nächster Gelegenheit noch einmal aufgegriffen zu werden.

5. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Mieter zunächst mit Hilfe seines Beleginsichtsrechts sowie eines aus § 242 BGB resultierenden Auskunftsanspruchs gegen den Vermieter versuchen muss, die zum Vortrag einer pflichtwidrigen unökonomischen Betriebsführung erforderlichen Informationen zu erlangen. Erst wenn sich dies als erfolglos erwiesen hat, insbesondere auch, weil der Vermieter die gebotene Auskunft über die Interna seiner Geschäftsführung verweigert, kommt dem Mieter eine Erleichterung seiner Vortragslast nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugute. Das ist – wenn man so will – die Ausnahme von der im BGH-Urteil vom 6.7.2011 (VIII ZR 340/10) aufgestellten Regel.

6. Stellungnahme

Abschließend stellt sich die Frage, warum im Mietrecht hinsichtlich des materiellrechtlichen Auskunftsanspruch und der prozessualen sekundären Darlegungslast ein solches Stufen-

⁶⁶ BGH WuM 2008, 29.

⁶⁷ *Artz*, Vortrag auf dem 4. Deutschen Betriebskostentag am 30.9.2009 in Leipzig zum Thema: Aufklärungs- und Informationspflichten des Vermieters bei den Vertragsverhandlungen zu den Fragen der Betriebskosten.

verhältnis besteht. In anderen Rechtsgebieten haben andere Senate des BGH das Verhältnis beider Institute zueinander exakt umgekehrt gesehen. So geht beispielsweise der II. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 11.6.1990 (II ZR 159/89)⁶⁸, die einen Schadensersatzanspruch von GbR-Gesellschaftern gegen einen Mitgesellschafter wegen treuwidrig verlagerten Gewinns auf andere Unternehmen zum Gegenstand hat, davon aus, dass eine „gewisse (sekundäre) Behauptungslast“ nahe liege, wohingegen ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB schon in Ermangelung eines dem Grunde nach bestehenden Leistungsanspruchs nicht in Betracht komme⁶⁹. Und im Familienrecht, bei der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen stehen dem Anspruchsteller sogar beide Möglichkeiten parallel zur Verfügung. Er kann einerseits im Wege der Auskunftsklage, gestützt auf §§ 1580, 1605 BGB, die für seinen Zahlungsantrag benötigten Informationen über die Einkommensverhältnisse des Anspruchsgegners einfordern. Andererseits kann er aber auch sogleich einen bezifferten Zahlungsantrag stellen und seinen Bedarf vortragen; dann ist der Unterhaltsbeklagte gehalten, hierauf substantiiert zu antworten, indem er seine Einkommensverhältnisse umfassend darlegt. Nach dem Urteil des BGH vom 15.10.1986 (IVb ZR 78/85) trifft diesen eine sekundäre Darlegungslast gerade deswegen, weil *„die von der Klägerin behaupteten Tatsachen sämtlich im Wahrnehmungsbereich des Beklagten lagen und es diesem im Hinblick auf die ihm nach § 242 BGB obliegende unterhaltsrechtliche Auskunftspflicht (...) zuzumuten ist, sich zu der gegnerischen Behauptung näher zu erklären“*⁷⁰ – mit anderen Worten: Die sekundäre Darlegungslast des Unterhaltsschuldner im Prozess besteht gerade wegen seiner materiellrechtlichen Auskunftsverpflichtung.

Eine Erklärung für den im Mietrecht offenbar herrschenden Vorrang des Auskunftersuchens vor einer Erleichterung der prozessualen Vortragslast könnte sich aus dem Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB ergeben. Dieses Institut gebietet dem Mieter, seine Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung innerhalb von zwölf Monaten nach deren Zugang vorzutragen, und zwar in konkreter Form, nämlich identifizierbar und von anderen Einwendungen abgrenzbar. Hier sollten dieselben Grundsätze gelten wie beim Begründungserfordernis für die außerordentliche fristlose Kündigung und die ordentliche Vermieterkündigung (vgl. §§ 569 Abs. 4, 573 Abs. 3 Satz 1 BGB)⁷¹, das heißt: Die Kern-tatsachen des gegen die Abrechnung erhobenen Einwands müssen mitgeteilt werden. Um dies praktizieren zu können, muss sich der Mieter zunächst einmal informieren; er muss Belegeinsicht nehmen und gegebenenfalls ergänzend Auskunft vom Vermieter verlangen.

⁶⁸ BGH NJW 1990, 3151.

⁶⁹ BGH NJW 1990, 3151 f.

⁷⁰ BGH NJW 1987, 1201, wobei der Senat hier von einer „Last der beklagten Partei zum substantiierten Bestreiten“ spricht.

Nichts anderes kann gelten, wenn der Mieter sich – wie beim Wirtschaftlichkeitsgebot – nicht auf die Erhebung von Einwänden beschränken darf, sondern der Abrechnung eine selbständigen Schadensersatzanspruch entgegenhalten muss. Hier wie dort ist es zunächst Sache des Mieters, sich zunächst einmal sämtliche erforderlichen Informationen zu beschaffen und sodann im Prozess umfassend vorzutragen.

IV. Fazit

Als Ergebnis der Untersuchung kann Folgendes festgehalten werden:

- Der BGH hat in dem Urteil vom 6.7.2012 (VIII ZR 340/10)⁷² zunächst einmal nur den Heidelberger Fall um die kostenintensive Müllentsorgung entschieden.
- Für andere Konstellationen einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots hat er darin lediglich eine Richtung vorgegeben. Ein gangbarer Weg wird daraus erst, wenn man die Grundsätze der weiteren BGH-Entscheidung vom 25.10.2006 (VIII ZR 251/05)⁷³ mit heranzieht. Demgemäß muss sich der Mieter die zur Darlegung einer unökonomischen Betriebsführung benötigten Informationen zunächst mittels eines Auskunftersuchens vom Vermieter beschaffen. Erst wenn ihm dies nicht gelingt, wird ihm eine Erleichterung seiner prozessualen Vortragslast durch eine sekundäre Darlegungslast des Vermieters zuteil. Das ist sicher ein mühsamer Weg, doch ist dieser wohl der im Betriebskostenrecht herrschenden, insbesondere durch die Bestimmung des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB geprägten Dogmatik geschuldet.
- Gleichwohl ist der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz infolge dieser Komplikationen nicht der Bedeutungslosigkeit verfallen. Seine Verletzung muss nur hinreichend konkret vorgetragen werden, woran es in der Praxis des Öfteren fehlt.
- Einzelne Probleme wird die Rechtsprechung noch zu klären haben, so etwa die Reichweite des Auskunftsanspruchs oder auch die Frage, wann sich die Darlegungslast ausnahmsweise doch zulasten des Vermieters verschiebt.
- Damit wird das Wirtschaftlichkeitsgebot auch weiterhin Diskussionsthema bleiben.

⁷¹ LG Itzehoe ZMR 2012, Heft 12.

⁷² BGH WuM 2011, 513.

⁷³ BGH WuM 2006, 684.