

# Landgericht Saarbrücken

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 253, 536a BGB

- 1. Erkrankt ein Mieter infolge einer erhöhten Konzentration von Legionellen im Trinkwasser seiner Wohnung an einer beidseitigen Legionellenpneumonie und muss deshalb zwei Monate stationär und einen Monat lang in einer Rehaklinik behandelt werden, so steht ihm ein Schmerzensgeld in Höhe von 6.000 Euro zu.**
- 2. Dabei ist zu berücksichtigen, dass er sich für sechs weitere Monate zur Stärkung der Muskulatur, Wiederherstellung der Beweglichkeit und Behandlung von Gleichgewichtsstörungen in krankengymnastischer Behandlung befand. Weiter war zu berücksichtigen, dass dem Vermieter lediglich einfache Fahrlässigkeit vorzuwerfen war.**

LG Saarbrücken, Urteil vom 11.12.2009, Az.: 10 S 26/08

### **Tenor:**

Die Berufung des Klägers und die Berufung des Beklagten gegen das am 17.10.2007 verkündete Urteil des Amtsgerichts Saarlouis (29 C 1960/04) werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 42% und der Beklagte zu 58%.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrags vorläufig vollstreckbar.

Die Revision des Beklagten wird zugelassen.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz wird festgesetzt auf 11.297,86 € (Berufung des Klägers: 4.000,--€, Hilfsaufrechnung des Klägers: 770,--€; Berufung des Beklagten: 6.527,86 €).

### **Gründe:**

I.

Der Kläger begehrt von dem Beklagten die Zahlung von Schmerzensgeld und Schadensersatz auf Grund einer Anfang des Jahres 2004 erlittenen Legionellenpneumonie sowie die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm jeden weiteren künftigen, aus der Erkrankung resultierenden Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte war Eigentümer eines in der ... in ... gelegenen 8 -Parteien - Mietshauses. Zum 01.11.2002 vermietete er dem Kläger die im 2. Obergeschoss links gelegene Wohnung. Am 28.01.2004 erkrankte der Kläger. Vier Tage später wies ihn der Notarzt in das ... Krankenhaus in ... ein. In der Folgezeit diagnostizierten die behandelnden Ärzte eine schwere beidseitige Legionellenpneumonie. Bis zum 17.03.2004 wurde der Kläger stationär behandelt, wobei er tracheotomiert und über einen Zeitraum von ca. 4 Wochen in ein künstliches Koma versetzt wurde. Bis zum 07.04.2004 befand er sich in stationärer Rehabilitationsbehandlung; im Anschluss hieran wurden Rehabilitationsmaßnahmen ambulant weitergeführt.

Am 11.02.2004 sowie am 27.02.2004 zog ein Mitarbeiter des Gesundheitsamts des Landkreises ... in dem streitgegenständlichen Anwesen Wasserproben. Prüfergebnis war der Nachweis von Legionellen im Warmwassersystem des Anwesens. Daraufhin ließ der Beklagte das Warmwassersystem des Hausanwesens entsprechend den Vorgaben des Gesundheitsamtes sanieren. Hierbei wurde unter anderem der Warmwasserspeicher gegen einen neuen ersetzt und das Warmwassersystem thermisch desinfiziert. Bei nachfolgenden mikrobiologischen Untersuchungen des Trinkwassers wurden keine Legionellen mehr festgestellt.

Der Kläger hat behauptet, er habe sich in der angemieteten Wohnung mit Legionellen infiziert. Die ... Klinik sei im Zeitpunkt seiner Erkrankung legionellenfrei gewesen. Andere Ursachen kämen ebenfalls nicht in Betracht. Er hat des weiteren behauptet, die Legionellenpneumonie habe zu einem vollständigen Verlust seines Geruchssinns geführt. Ferner habe sich durch die Erkrankung und die Tracheotomie eine chronische Bronchitis mit Obstruktion der Atemwege und progredienter Verschlechterung der Lungenfunktion entwickelt. Er hat die Ansicht vertreten, dass ihm ein Schmerzensgeld von zumindest 15.000,-€ zustehe.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, es handele sich bei den im Rohrleitungssystem des Mehrfamilienhauses nachgewiesenen Legionellen nicht um einen Mangel im Sinne des § 536 BGB. Legionellen müssten, da sie im Grundwasser und damit auch im Trinkwasser vorkämen, als allgemeines Lebensrisiko hingenommen werden. Zumindest habe er deren Auftreten nicht im Sinne des § 276 BGB zu vertreten bzw. nicht schuldhaft ihn etwaig treffende Überwachungspflichten verletzt. Er habe weder die Kesseltemperatur der Heizanlage noch die Warmwasserboilertemperatur auf 55 bis 56 Grad Celsius herabgesetzt bzw. herabsetzen lassen. Ferner habe er die Heizanlage des Anwesens in regelmäßigen Abständen von einem Fachmann kontrollieren lassen. Defekte der Heizanlage seien zu keinem Zeitpunkt festgestellt worden. Auch träfen ihn keine darüber hinausgehende Überwachungspflichten. Insbesondere müsse er keine Vorkehrungen gegen ganz ungewöhnliche Umstände treffen, wozu der Befall einer Hausinstallation mit Legionellen gehöre. Schließlich sei selbst bei Vornahme aller denkbaren Vorkehrungsmaßnahmen gerade bei hochsubprimierten Personen, wie dem Kläger, eine Legionelleninfektion nicht mit letzter Sicherheit zu verhindern.

Hilfsweise hat er die Aufrechnung erklärt mit einem Anspruch auf Mietzins für die Monate Juni und Juli 2004 in Höhe von insgesamt 770,-€ sowie einem Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 575,83 €.

Das Amtsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Zur Begründung heißt es im Wesentlichen: Der Kläger schulde dem Beklagten Schmerzensgeld und Schadensersatz gemäß §§ 536a, 249, 253 BGB. Die Wasserversorgungsanlage des Anwesens ... sei im

Zeitpunkt der Erkrankung des Beklagten mit Legionellen verseucht und somit mangelbehaftet gewesen. Zudem stehe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass der Kläger auf Grund dieses Mangels einen Gesundheitsschaden erlitten habe. Den Mietmangel habe der Beklagte auch zu vertreten. Denn der Legionellenbefall sei durch Fahrlässigkeit des Beklagten verursacht worden. Da die Schadensursache im Herrschafts- und Einflussbereich des Beklagten liege, trage dieser die Beweislast dafür, dass er den Mangel nicht zu vertreten oder eine Pflichtverletzung seinerseits für den Schaden nicht ursächlich war. Dieser Beweis sei ihm nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht gelungen. Von mangelnder Fahrlässigkeit sei nur auszugehen, wenn die Infektion seines Mieters für ihn weder voraussehbar noch vermeidbar gewesen wäre. Beides sei zu verneinen. Der Beklagte könne sich auch nicht auf die vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkung berufen. Denn diese Haftungsbeschränkung sei gemäß § 309 Nr. 7a BGB unzulässig. Zum Ausgleich der immateriellen Nachteile sei unter Berücksichtigung des Krankheitsverlaufs, der erforderlichen Behandlungsmaßnahmen und der Dauerfolgen ein Schmerzensgeld von 6.000,-€ angemessen aber auch ausreichend. Ferner stehe dem Kläger gegen den Beklagten der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Krankheitsfolgekosten in Höhe von 297,86 € zu. Der Feststellungsausspruch sei gerechtfertigt, da der Kläger nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme weiterhin an einer behandlungsbedingten unspezifischen bronchialen Hyperreagibilität leide. Die von dem Beklagten – hilfsweise – erklärte Aufrechnung greife in Höhe von 770,-€ durch. Unstreitig habe der Kläger den vereinbarten Mietzins von monatlich 385,-€ für die Monate Juni und Juli 2004 nicht geleistet. Allerdings bestehe kein Anspruch auf Schadenersatz wegen mangelhaft ausgeführter Schönheitsreparaturen. Aus dem Vorbringen des Beklagten ergebe sich nämlich nicht, dass er dem Kläger eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt habe. Dies wäre gemäß §§ 280, 281 I 1 BGB für die Entstehung eines Schadenersatzanspruchs indes erforderlich gewesen. Eine Aufrechnung mit der in Höhe von 2 Monatsmieten geleisteten Kautions habe der Kläger nicht erklärt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlich vorgetragenen Sach- und Streitstandes wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen.

Gegen dieses Urteil wenden sich der Kläger sowie der Beklagte mit dem Rechtsmittel der selbstständigen Berufung.

Der Beklagte ist der Ansicht, das Amtsgericht habe die Voraussetzungen eines Schmerzensgeldanspruchs gemäß §§ 536a I Alt. 2, 253 II BGB rechtsirrig bejaht. Die Annahme des Amtsgerichts, die Erkrankung des Klägers beruhe auf einem Mangel der Wasserversorgungsanlage des Mehrfamilienhauses ..., beruhe auf einer Vermutung und sei daher verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Zudem habe das Amtsgericht verkannt, dass der Kläger weder schlüssig vorgetragen noch bewiesen habe, dass eine ihm, dem Beklagten, vorzuwerfende Pflichtverletzung für den Schadenseintritt kausal gewesen sei. Speziell bei Legionellen im Brauchwasser komme regelmäßig eine aus dem Mietgebrauch herrührende Ursache ebenso in Betracht wie eine in den Risikobereich des Vermieters fallende. Vorliegend könnten sich die Legionellen sowohl in dem vom Kläger angeschafften Massage-Duschkopf als auch in dem an dem Wasserhahn der Küche installierten Trinkwasserfilter vermehrt haben. Zu einer Beweislastumkehr komme es daher nicht. Der Kläger habe ferner nicht den Nachweis geführt, dass der Mangel infolge eines Umstandes entstanden ist, den er zu vertreten habe. Dem Kläger stehe auch kein Anspruch aus §§ 823 I, 253 II BGB wegen Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht zu. Es müsse nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sei genügt, wenn im Ergebnis der Sicherheitsgrad erreicht sei, den die im entsprechenden Bereich vorherrschende Verkehrsauffassung für erforderlich halte. Grundsätzlich sei erforderlich, dass sich

vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Gefahr ergebe, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden könnten. Diese Voraussetzungen lägen nicht vor.

Entgegen der Ansicht des Amtsgerichts stehe ihm ein Anspruch auf Schadenersatz in Höhe von 575,83 € wegen mangelhaft durchgeführter Schönheitsreparaturen zu. Im Hinblick darauf, dass sich der Kläger während der Abnahmeverhandlung vom 30.07.04 verpflichtet habe, die verursachten Schäden zu beseitigen und ihm ausweislich des Protokolls eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 08.08.04 gesetzt wurde, habe es einer weiteren Fristsetzung nicht bedurft. Mit Ablauf des 08.08.04 habe sich der Kläger in Verzug befunden.

Der Beklagte beantragt,

1. das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen;
2. die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

1. die Berufung des Beklagten zurückzuweisen;
2. unter Abänderung der Ziffer I des Urteils des Amtsgerichts Saarlouis vom 17.10.2007 (29 C 1969/04) den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger ein Schmerzensgeld zu zahlen, das zwar in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, allerdings den Betrag von 5.230,-€ deutlich übersteigt, und zwar zzgl. Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.10.2004.

Der Kläger ist der Ansicht, der ausgerichtete Schmerzensgeldbetrag sei zu niedrig bemessen. Angemessen sei ein Schmerzensgeld von mindestens 10.000,-€. Ferner erklärt er gegenüber den nicht gezahlten Monatsmieten Juni und Juli 2004 die Aufrechnung mit der von ihm in Höhe von 770,-€ gestellten Kautions. Zwar sei die Kautions – entgegen erster Angaben – nicht in bar geleistet, vielmehr auf ein Sparbuch eingezahlt worden. Dieses sei für ihn aber wertlos. Auf die – in Unkenntnis des vorhandenen Sparbuchs – erteilte Aufforderung, die gestellte Kautions zurückzuzahlen, habe die Prozessbevollmächtigte des Beklagten nicht reagiert. Daraus zu schließen sei eine endgültige Weigerung des Beklagten, die Kautions zurückzuzahlen bzw. die Freigabe des auf dem Konto befindlichen Guthabens zu erklären. Zudem habe das Amtsgericht übersehen, dass er wegen fehlender Erstellung der Nebenkostenabrechnung 2004 ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht habe.

Im Übrigen verteidigt er unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens die Entscheidung des Amtsgerichts.

II.

Die Berufung des Beklagten hat ebenso wie die Berufung des Klägers keinen Erfolg, da die angefochtene Entscheidung weder auf einer Rechtsverletzung beruht, noch die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 ZPO).

Berufung des Beklagten

1. Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 536a I Alt. 2, 253 II BGB

Das angefochtene Urteil hält der berufsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

Dem Kläger steht gegen den Beklagten wegen der durch die Legionelleninfektion hervorgerufenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen ein Schmerzensgeldanspruch in der ausgerichteten Höhe von 6.000,-€ zu (§§ 536a I Alt. 2, 253 II BGB).

Zu Recht hat das Amtsgericht ausgeführt, dass die Wasserversorgungsanlage des Mietanwesens ... zum Zeitpunkt der Erkrankung des Klägers Ende Januar / Anfang Februar 2004 mit Legionellen verseucht und damit mangelbehaftet im Sinne des § 536 BGB war. Der Einwand des Beklagten, die tatsächliche Feststellung des Amtsgerichts beruhe auf einer Vermutung, da das Gesundheitsamt ... erst am 11.02.2004 und auch nur in einer im streitgegenständlichen Mietgegenstand gezogenen Wasserprobe Legionellen festgestellt habe, ferner die Brauchwasseraufbereitungsanlage sowie die Hausinstallation zum Unglückszeitpunkt den Anforderungen der Technik entsprochen hätten, greift nicht durch. Allerdings wurden – was zwischen den Parteien auch außer Streit steht – die Bakterien erst nach dem Krankheitsausbruch durch Maßnahmen des Gesundheitsamtes für den Landkreis ... im Warmwassersystem des streitgegenständlichen Anwesens nachgewiesen. Die Kammer ist jedoch auf Grund der Gesamtumstände mit der gemäß § 286 ZPO erforderlichen Sicherheit davon überzeugt, dass Legionellen bereits im Zeitpunkt der Erkrankung des Klägers in krankheitsauslösender Konzentration im Warmwasser der Mietwohnung vorhanden waren. Die Überzeugung der Kammer gründet sich zunächst auf die Bekundung des Zeugen ..., eines Mitarbeiters des Gesundheitsamtes .... Danach wurden Wasserproben nicht nur im streitgegenständlichen Mietshaus gezogen, sondern auch in der Klinik, in die der Kläger eingeliefert worden war, wobei allein im Mietanwesen gezogene Proben positiv, sämtliche im Krankenhaus gezogenen Proben hingegen negativ waren. Darüber hinaus sind andere Gefahrenquellen nicht ersichtlich. Legionellen sind im Süßwasser vorkommende stäbchenförmige Bakterien, die in der natürlichen Umwelt lediglich in nicht gesundheitsgefährdenden Mengen vorkommen, in erwärmten Wasser bei Temperaturen zwischen 30° C und 45° C jedoch optimale Vermehrungsbedingungen finden, wodurch sie zum Gesundheitsrisiko werden (vgl.: VDI-Richtlinie 6023, Juli 2006, Anhang B, S. 35 „Legionellen“ = Bl. 572 d.A.; Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V., Arbeitsblatt W 551 April 2004, S. 4 = Bl. 641 d.A.; Gutachten ... vom 05.09.2005, S. 10 = Bl. 173 ff d.A.; Schreiben des Gesundheitsamtes Landkreis ... vom 24.02.2004, Bl. 10 d.A.). Die Infektion erfolgt durch Einatmen von zerstäubtem, legionellenhaltigem Wasser (Aerosole) oder Eindringen von erregerhaltigem Trinkwasser in die Luftröhre oder Lunge (Aspiration; VDI-Richtlinie 6023, a.a.O.). Eine Übertragung von Mensch zu Mensch ist bisher nicht bekannt geworden und gilt als unwahrscheinlich. Außerhalb haustechnischer Installationen entstehen Aerosole überall, wo Wasser fein zerstäubt wird, so z.B. in Einrichtungen von Erlebnisbädern (vgl.: Schreiben des Gesundheitsamtes Landkreis ... vom 24.02.2004; Wikipedia, freie Enzyklopädie, Stichwort Legionellose). Mit einer derartigen anderen als der streitgegenständlichen Gefahrenquelle „Warmwasserversorgung in der ...“ ist der Kläger hingegen nicht in Berührung gekommen. Die Ehefrau und die Tochter des Klägers haben auf ausdrückliches, noch während des Klinikaufenthalts des Klägers erfolgtes Befragen durch den Zeugen ... erklärt, dass der Ehemann bzw. Vater weder in Whirlpools noch vergleichbaren Einrichtungen gewesen sei. Auch sei er weder im Urlaub gewesen noch habe er sich in Hotels aufgehalten. Anlass zu der Annahme, dass diese Auskünfte der nächsten klägerischen Verwandten falsch waren, besteht aus den zutreffenden Erwägungen des Amtsgerichts unter der Ziffer 2 des Urteils, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, nicht. Schließlich steht auf der Grundlage der Aussage der Zeugin ... fest, dass die gesamte Familie ..., die ebenfalls von dem Beklagten in dem Anwesen ... eine Wohnung angemietet hatte, im entscheidungserheblichen Zeitraum gleichfalls eine Legionellen-Infektion aufwies. Aus diesen Gründen erachtet die Kammer es zudem für ausgeschlossen, dass sich der Kläger außerhalb des Mietobjekts durch Aspiration von erregerhaltigem Trinkwasser infiziert hat.

Der Beklagte hat den Mangel der Mietsache auch zu vertreten. Den ihm obliegenden Entlastungsbeweis vermochte er nicht zu führen.

Im Ergebnis zu Recht ist das Amtsgericht davon ausgegangen, dass sich der Beklagte hinsichtlich des Verschuldens entlasten muss. Der Vermieter haftet für einen Sachmangel, der – wie hier – nach Vertragsschluss auftritt, nur dann auf Schadensersatz, wenn ihn ein Verschulden trifft, d.h. bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten (§§ 276, 278 BGB). Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen trägt grundsätzlich der Mieter. Sofern jedoch feststeht, dass die Schadensursache im Herrschafts- und Einflussbereich des Vermieters gesetzt worden ist, muss sich der Vermieter hinsichtlich des Verschuldens entlasten (stg. höchstrichterliche Rechtsprechung sowie herrschende Meinung in der Literatur, vgl.: BGH NJW 06, 1061 mit zahlreichen weiteren Nachweisen, Palandt-Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., § 536a Rdn 19). Diese Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast, die der fehlenden Einsichtsmöglichkeit des Mieters in den Verantwortungsbereich des Vermieters Rechnung trägt, geht allerdings nicht so weit, dass sich der Vermieter im Rahmen des Schadensersatzanspruchs des Mieters aus § 536a I BGB auch dann entlasten muss, wenn ungeklärt bleibt, in wessen Verantwortungsbereich die Schadensursache gesetzt worden ist. Sonst würde dem Vermieter contra legem der Nachweis für pflichtgemäßes Verhalten auferlegt (BGH NJW 06, 1061 – wörtlich zitiert – ). Unter Anwendung dieser Grundsätze hat sich der Beklagte zu entlasten. Die Schadensursache wurde im Herrschafts- und Einflussbereich des Beklagten gesetzt. Entsprechend den obigen Ausführungen der Kammer steht fest, dass das Ende Januar / Anfang Februar 2004 aus der Wasserversorgungsanlage des Mietanwesens ... an die Verbraucher abgegebene Trinkwasser mit Legionellen kontaminiert war und sich der Beklagte im Mietobjekt infiziert hat. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht des weiteren zur Überzeugung der Kammer fest, dass sich die Legionellen nicht in dem der unmittelbaren Einflussnahme, Herrschaft und Obhut des Klägers unterliegendem Bereich, insbesondere nicht in der Entnahmemarmatur im Bad (Duschschlauch, Duschkopf) bzw. dem in der Küche installierten Wasserfilter, in infektionsauslösender Menge vermehrt haben. Grundlage der Überzeugungsbildung der Kammer sind die Bekundungen der Zeugen ... und ..., denen zufolge legionellenkontaminiertes Trinkwasser auch in sich außerhalb der klägerischen Wohnung befindende Entnahmestellen abgegeben wurde. So hat der Zeuge ... ausgesagt, dass die am 11.02.2004 im Untergeschoss im Bad gezogene Probe positiv war. Die Zeugin ..., die gegenüber der klägerischen Wohnung im Obergeschoss gewohnt hat, hat bekundet, im Blut der gesamten Familie seien Legionellen nachgewiesen worden. Auf Grund der Ausführungen des Sachverständigen ... erachtet die Kammer es zudem für ausgeschlossen, dass die Legionellen aus einer Entnahmestelle der klägerischen Wohnung über die Zirkulation in die anderen Wohnungen des Mietshauses gelangt sind. Zwar vermochte der Sachverständige einen derartigen Sachverhalt nicht mit 100 %iger Sicherheit auszuschließen. Er hat jedoch erklärt, dass dies allenfalls dann möglich sei, wenn es zu einem Druckstoß käme, wie es namentlich bei neueren Armaturen dann der Fall sei, wenn auf einmal der Wasserkreislauf geöffnet oder geschlossen werde. Dass in der klägerischen Wohnung, die in einem vor ca. 20 Jahren errichteten Gebäude gelegen ist, eine neuere Armatur installiert ist, wird nicht einmal von dem Beklagten behauptet. Da ferner keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass seitens des Wasserversorgungsunternehmens kontaminiertes Wasser in die Kundenanlage eingespeist wurde, müssen sich die Legionellen in dem dem alleinigen Herrschafts- und Einflussbereich des Beklagten unterliegenden Rohrleitungssystem vermehrt haben.

Den Entlastungsbeweis vermochte der Beklagte nicht zu führen. Den Vermieter trifft die vertragliche Nebenpflicht, die Mietsache in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten. Diese Pflicht erstreckt sich auf alle Teile des Hauses, damit auch auf die Wasserversorgungsanlage. Die Verkehrssicherungspflichten umfassen diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger

Mensch für notwendig und ausreichend erachtet, um andere vor Schäden zu bewahren. Voraussetzung ist daher, dass sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können (BGH NZM 08, 927). Eine solche nahe liegende Gefahr ergibt sich nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen ... (Bl. 535 ff d.A.) hier aus dem Umstand, dass die Warmwasserversorgungsleitung nicht mit einer Zirkulationspumpe ausgestattet ist. Denn dies hat zur Folge, dass Ausmaß und Umfang der Zirkulation allein von der Schwerkraft abhängig ist, was gerade bei – wie hier – zur Korrosion neigenden Rohrleitungen im Laufe der Zeit zum Nachlass der Zirkulationswirkung bis zur Stagnation des Wassers führen kann, was wiederum die Lebens- und Fortpflanzungsbedingungen der Legionellen optimiert. Im Hinblick hierauf hätte er dem Hauseigentümer auf jeden Fall den Einbau einer Zirkulationspumpe mit einer Legionellenschutzschaltung empfohlen. Diese Empfehlung des Sachverständigen ... entspricht zudem der täglichen Praxis. Dies folgt aus den Ausführungen des Sachverständigen ..., einem Installateur- und Heizungsbaumeister mit eigenem Betrieb. Auch er hätte dem Hauseigentümer bei Inaugenscheinnahme der streitgegenständlichen Anlage im entscheidungserheblichen Zeitraum gerade im Hinblick auf die Legionellenproblematik den Einbau einer Zirkulationspumpe empfohlen. Diesen überzeugenden Ausführungen der Sachverständigen ... und ... schließt die Kammer an und macht sie sich vollumfänglich zu eigen. Die Frage, ob nach der Heizungsanlagenverordnung 1994 eine Pflicht zum Nachrüsten bestand oder nicht, ist daher nicht entscheidungserheblich, eine ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen war somit nicht einzuholen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.10.2008 – VIII ZR 321/07 – NJW 09, 143 f). In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof sich mit der Frage befasst, welche Anforderungen an den Vermieter in Bezug auf die Wartung von Elektroinstallationen zu stellen sind. Dabei hat der Senat entschieden, dass

„ ... dem Eigentümer bzw. Vermieter von Wohnraum im Rahmen seiner Verkehrssicherungspflicht keine regelmäßige Generalinspektion der Elektroleitungen und Elektrogeräte in den Wohnungen der Mieter obliegt.“

Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, dass

„ ... es im Allgemeinen ausreicht, an der Elektroinstallation auftretende Unregelmäßigkeiten oder vom Mieter angezeigte Mängel unverzüglich durch einen Fachmann abstellen zu lassen.

Entgegen der Auffassung der Revision verstößt diese Würdigung nicht deshalb gegen Erfahrungssätze, weil elektrische Installationen in der Regel in der Wand verlegt werden und aus diesem Grund für den Mieter nicht zugänglich sind. Dies schließt es nicht aus, dass Mängel durch den Ausfall eines elektrischen Geräts, durch wiederholtes Auslösen der Sicherung oder ähnliche Umstände zu Tage treten und alsbald behoben werden können. Darauf, dass der Mieter der ihm gemäß § 536c Abs. 1 BGB liegenden Verpflichtung nachkommt, einen sich im Laufe der Mietzeit zeigenden Mangel dem Vermieter unverzüglich anzuzeigen, darf der Vermieter, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, regelmäßig vertrauen.“

So liegt der Fall hier aber gerade nicht. Denn im Gegensatz zu der zuvor zitierten Entscheidung existiert gerade bei Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen die tatsächliche Übung der Hausbesitzer, diese unabhängig von etwaigen Störungen in regelmäßigen Abständen durch einen Fachmann warten zu lassen. Bestätigt wird dies durch das eigene Verhalten des Beklagten. So hat er bereits in der Klageerwiderung vorgetragen – wobei dieser Vortrag in der Folgezeit mehrfach wiederholt wird –, dass die Heizanlage des Mietshauses in regelmäßigen Abständen von einem Fachmann habe kontrollieren lassen.

Den Nachweis einer ausreichenden Zirkulation allein durch die Schwerkraftwirkung hat der Beklagte nicht geführt. Eine tatsächliche Überprüfung der Funktion der Zirkulationsleitung ist auf Grund der Änderungen an den Gebäudeinstallationen nicht mehr möglich (Bl. 735 / 740 d.A.). Infolgedessen fehlen auch die notwendigen Anknüpfungstatsachen für ein weiteres Sachverständigengutachten. Der seitens des Sachverständigen ... aufgezeigte rechnerische Weg ist rein theoretischer Natur und daher nicht geeignet, dem Gericht eine gesicherte Erkenntnisgrundlage zu verschaffen. Ohne Erfolg wendet der Beklagte ferner ein, dass die Mindesttemperatur des Heizkessels bei 70°C verriegelt war, so dass auf Grund der hohen Wassertemperatur eine Vermehrung der Legionellen ausgeschlossen war. Nach den Ausführungen des Sachverständigen ... war ein Legionellenwachstum in der Zirkulationsleitung möglich, wenn der Trinkwassererwärmer auch nur zeitweise auf Betriebstemperaturen kleiner 70°C gehalten war (Bl. 14-16 des Gutachtens vom 29.07.09 = Bl. 744 ff d.A.). Dieser Umstand vermag bereits deshalb nicht ausgeschlossen werden, weil die Zirkulationsleistung völlig unklar und auch nicht mehr aufklärbar ist. Ungeachtet dessen lag nach dem Vortrag des Beklagten die Betriebstemperatur gerade nicht immer über 70°C. So heißt es in der Klagerwiderung explizit, dass „dem Warmwasserspeicher eine Boilertemperatur von 67°C vorgegeben war.“ Bestätigt wird dieser Umstand durch die Feststellungen des Sachverständigen .... Dieser hat anlässlich der mündlichen Erläuterung seines Gutachtens ausgeführt, dass sich im Hinblick darauf, dass die Temperatur im Heizkessel jedenfalls 70°C betrug, im Warmwassertauscher ohne weiteres eine Temperatur von 60°C – je nach Entnahme – vorzufinden sei. Hierfür spricht auch der Umstand, dass der Sachverständige ... bei der von ihm durchgeführten Messung folgende Messwerte ermittelt hat: Trinkwasser warm unmittelbar nach dem Warmwasserspeicher 58°C; Zirkulation unmittelbar vor Speichereintritt 54,6°C; Örtliche Anzeige am Speicher 62°C; Warmwasserentnahme im 2. OG 59°C. Schließlich vermag sich der Beklagte nicht darauf zu berufen, dass er die Heizanlage regelmäßig, so beispielsweise zu Beginn der Heizperiode 2003/2004, durch einen Fachmann habe kontrollieren lassen. Denn das durch die Sachverständigen ... und ... aufgezeigte Fehlverhalten dieses Fachmannes ist dem Beklagten gem. § 278 BGB zuzurechnen.

Die Verkehrssicherungspflichtverletzung des Beklagten war auch kausal für den Mangel der Mietsache und die gesundheitliche Beeinträchtigung des Klägers. Bei der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, die typischen Gefährdungen entgegenwirken sollen, ist der Beweis des ersten Anscheins geboten, wenn sich in dem Schadensfall diejenige Gefahr verwirklicht hat, der durch die Auferlegung bestimmter Verhaltenspflichten gerade begegnet werden soll (BGH NJW 94, 945). So lag es hier. Denn der Einbau der Zirkulationspumpe sollte gerade die Vermehrung der im Trinkwasser - regelmäßig in ungefährlicher Konzentration - vorhandenen Legionellen verhindern. Der Beweis des ersten Anscheins kann nur durch feststehende Tatsachen entkräftet werden, welche die Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs ernsthaft in Betracht kommen lassen (BGH NJW 94, 945). Diesen Gegenbeweis hat der Beklagte nicht geführt. Es steht nicht fest, dass dann, wenn eine Zirkulationspumpe eingebaut worden wäre, die Verseuchung des Trinkwassers mit Legionellen ebenfalls eingetreten wäre.

Der Kläger erlitt durch den Mangel der Mietsache – das legionellenkontaminierte Wasser – einen Gesundheitsschaden. Unstreitig und durch die vorgelegten Arztberichte belegt wurde bei dem Kläger Anfang Februar 2004 eine schwere beidseitige Legionellenpneumonie diagnostiziert. Ursächlich hierfür waren – entsprechend den vorherigen Ausführungen – Legionellen im Warmwasser der Mietwohnung. Der Einwand des Beklagten, es sei allein auf Grund der Vorerkrankungen des Klägers zum Ausbruch der Krankheit gekommen, rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Denn es ist allgemein anerkannt, dass eine zum Schaden neigende Konstitution des Geschädigten, selbst wenn sie den Schadenseintritt erst ermöglicht, den Zurechnungszusammenhang

nicht ausschließt (stg. Rspr des BGH, vgl.: BGH NJW 96, 2426; Palandt-Heinrichs, a.a.O., Vorb § 249 BGB Rdn 67).

## 2. Anspruch des Beklagten gegen den Kläger auf Schadenersatz wegen mangelhaft durchgeführter Schönheitsreparaturen

Zu Recht hat das Amtsgericht die seitens des Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen mangelhaft durchgeführter Schönheitsreparaturen nicht durchgreifen lassen. Fraglich ist bereits, ob der Kläger auf Grund der im Abnahmeprotokoll dokumentierten Verpflichtungserklärung überhaupt zum Schadensersatz verpflichtet ist. Hierzu wird die Ansicht vertreten, dass es sich bei der Verpflichtungserklärung um ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis handele, wobei in Ermangelung eines erkennbar abweichenden Willens im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB davon auszugehen sei, dass die Parteien bei dem Abnahmetermin nur über die aus dem Mietvertrag tatsächlich in Betracht kommenden Ansprüche verhandelt haben und dem Mieter keine Verpflichtungen auferlegt werden sollten, die nicht bestehen (vgl.: LG Berlin, Urt. v. 21.02.05 – 62 S 349/04 – zitiert nach juris). Ferner wird die Ansicht vertreten, dass es sich bei der Verpflichtungserklärung um ein deklaratorisches Schuldverhältnis handele, dem Mieter es aber nicht verwehrt sei, sich dennoch auf die Unwirksamkeit der mietvertraglichen Vereinbarung zu berufen und der Einwand der fehlenden Grundverpflichtung eingewandt werden kann, sofern dieser rechtliche Mangel bei Abgabe der Erklärung nicht erkennbar gewesen ist (vgl. AG Hamburg, Urt. v. 31.08.06 – 44 C 27/06 – zitiert nach juris). Das KG Berlin (Urt. v. 06.04.06 – 8 U 99/05 – zitiert nach juris) vertritt demgegenüber die Auffassung, dass Folge des deklaratorischen Anerkenntnisses der Ausschluss des Erklärenden mit allen Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Natur, die der Erklärende bei Abgabe des Anerkenntnisses hatte oder mit denen er wenigstens rechnen musste, sei. Welcher dieser Ansichten zu folgen ist, kann vorliegend offen bleiben. Denn selbst bei Annahme einer wirksamen Verpflichtung wären die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nicht gegeben. Zu Recht führt das Amtsgericht aus, dass Voraussetzung hierfür eine Fristsetzung gemäß §§ 280, 281 I 1 BGB gewesen wäre, die unstreitig nicht erfolgt ist.

Der Einwand des Beklagten, der Kläger habe sich in dem Abnahmeprotokoll zur Mängelbeseitigung bis zum 08.08.04 verpflichtet, einer weiteren Fristsetzung habe es nicht bedurft, der Kläger habe sich mit Ablauf des 08.08.04 in Verzug befunden, greift nicht durch. § 281 BGB regelt die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nämlich eigenständig und unabhängig von den Voraussetzungen des Verzugs (vgl.: Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 281 BGB Rdn 7). Anhaltspunkte für eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung sind nicht vorgetragen und auch den Gesamtumständen nicht zu entnehmen.

## 3. Anspruch auf Schadenersatz (Krankheitsfolgekosten)

Dem Kläger steht zudem ein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Krankheitsfolgekosten aus §§ 536a Abs. 1 Alt. 2, 249 ff BGB zu. Zur Begründung im Einzelnen wird auf die Ausführungen des Amtsgerichts, die frei von Rechtsfehlern sind und seitens des Beklagten auch nicht angegriffen wurden, Bezug genommen.

## 4. Feststellungsantrag

Rechtsfehlerfrei hat das Amtsgericht den Feststellungsantrag für zulässig und begründet erachtet. Substantiierte Einwendungen wurden von dem Beklagten im Berufungsverfahren auch nicht erhoben.

## B. Berufung des Klägers

Die Berufung des Klägers hat ebenfalls keinen Erfolg.

## 1. Schmerzensgeld

Dem Kläger steht gegen den Beklagten aus §§ 536a, 253 Abs. 2 BGB ein Schmerzensgeld in Höhe von 6.000,--€ auf Grund der in der Mietwohnung erlittenen Legionelleninfektion zu.

Bei der Festlegung der Höhe des Schmerzensgeldanspruchs ist die Kammer nicht auf eine Rechtsfehlerkontrolle der erstinstanzlichen Ermessensausübung beschränkt, vielmehr gemäß § 513 ZPO berechtigt und verpflichtet auf der Grundlage der gegebenenfalls nach § 529 ZPO bindend festgestellten Tatsachen eine eigene Bemessung vorzunehmen (BGH MDR 06, 1123; Schumann/Kramer, Berufung in Zivilsachen, 7. Aufl., Rdn 453).

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist von folgenden Grundsätzen auszugehen: Das Schmerzensgeld verfolgt vordringlich das Ziel, dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden zu bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind (sog. Ausgleichsfunktion). Wesentliche Bemessungskriterien sind insoweit Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, Leiden, Entstellungen und psychischen Beeinträchtigungen, wobei als objektivierbare Umstände vor allem die Art der Primärverletzung, die Zahl und Schwere etwaiger Operationen, die Dauer der stationären und ambulanten Heilbehandlungen, der Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit und das Verbleiben eines Dauerschadens besonderes Gewicht besitzen (vgl: BGH GrZS NJW 55, 1675; BGHZ 128, 117; BGH NJW 95, 781; jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Darüber hinaus soll das Schmerzensgeld nach höchstrichterlicher Rechtsprechung – der sich die erkennende Kammer vollumfänglich anschließt, die aber in der Literatur nicht unumstritten ist (vgl.: Palandt-Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 253 Rdn 11) – dem Geschädigten auch Genugtuung für das erlittene Unrecht gewähren (vgl.: BGH NJW 55, 1675; BGHZ 120, 4 ff). Wesentliche Beurteilungskriterien sind insoweit das Maß des Verschuldens des Schädigers, die Höhe des Mitverschuldens des Geschädigten sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Seiten (BGH NJW 55, 1675). Schließlich ist das Schmerzensgeld an Urteilen für vergleichbare Fälle zu orientieren (BGH VersR 1970, 134).

Unter Beachtung dieser Maßgaben erachtet die Kammer die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 6.000,--€ zum Ausgleich der immateriellen Beeinträchtigungen für erforderlich, aber auch ausreichend. Der Kläger erlitt auf Grund der Legionelleninfektion eine schwere beidseitige Lungenpneumonie. Er wurde am 01.02.04 durch den Notarzt in die ... Klinik ... eingeliefert und am 06.02.04 wegen massiver gesundheitlicher Verschlechterung auf die Intensivstation verlegt, wo er tracheotomiert, über einen Zeitraum von 4 Wochen in ein künstliches Koma versetzt sowie künstlich beatmet wurde. Erst am 06.03.2004 war eine Spontanatmung wieder möglich. Am 11.03.04 wurde er von der Intensivstation auf die Normalstation verlegt. Am 17.03.04 wurde er in die Fachklinik für Frührehabilitation ... verlegt, wo er bis zum 17.04.04 verblieb. Bis Herbst 2004 befand er sich zur Stärkung der Muskulatur, Wiederherstellung der Beweglichkeit und Behandlung von Gleichgewichtsstörungen in krankengymnastischer Behandlung. Ferner entwickelte sich nach den in jeder Hinsicht überzeugenden Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen ..., denen sich die Kammer in vollem Umfang anschließt und die auch von keiner Seite substantiiert angegriffen werden, infolge der Langzeitbeatmung eine ausgeprägte unspezifische bronchiale Hyperreagibilität, wobei sich diese bereits im Zeitpunkt der Begutachtung (26.04.07) im Abklingen befand. Weiter war zu berücksichtigen, dass dem Beklagten lediglich einfache Fahrlässigkeit vorzuwerfen war, sich annähernd an die Grenze der Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos. Die finanzielle Situation des Beklagten hat die Kammer bei der Bemessung hingegen unberücksichtigt gelassen. Auch bei

Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögenslosigkeit des Schädigers muss das Schmerzensgeld als angemessene Reaktion auf die Schwere der zugefügten Verletzungen und Leiden angesehen werden. Schutz vor dem Ruin des Schädigers bieten hinreichend die gesetzlichen Grenzen der Vollstreckung. Andere Fälle konnten mangels Vergleichbarkeit nicht herangezogen werden.

## 2. Aufrechnung mit Mietkaution

Die von dem Kläger erklärte Aufrechnung mit einem Kautionsrückzahlungsanspruch gegen den Anspruch des Beklagten auf Miete für Juni und Juli 2004 greift nicht durch. Zwar erachtet die Kammer die erstmals in der Berufungsinstanz erklärte Aufrechnung für statthaft (§ 533 ZPO). Die gesetzlichen Voraussetzungen einer wirksamen Aufrechnung liegen jedoch nicht vor. Es fehlt an der gemäß § 387 BGB erforderlichen Gleichartigkeit der Forderungen. Unstreitig hat der Kläger die Mietkaution nämlich nicht bar an den Beklagten geleistet, vielmehr wurde der Kautionsbetrag auf ein Sparsbuch eingezahlt, verbunden mit der Vereinbarung der Zustimmung beider Parteien zur Auszahlung.

Der Kläger vermag sich auch nicht darauf zu berufen, dass der Beklagte auf die in Unkenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten erfolgte Aufforderung des klägerischen Prozessbevollmächtigten, die gestellte Kautionsrückzahlung zurückzuzahlen, nicht reagiert habe, woraus zu schließen sei, dass der Kläger sich endgültig weigere die Kautionsrückzahlung bzw. die Freigabe des Guthabens zu erklären, weshalb die Aufrechnung durchgreife. Eine Aufrechnungslage wird durch diese Umstände nicht begründet.

Ebenfalls ohne Erfolg wendet der Kläger ein, er habe bezüglich der beiden Monatsmieten ein Zurückbehaltungsrecht bis die Nebenkostenabrechnung 2004 vorgelegt werde. Denn der Anspruch auf Erteilung einer Nebenkostenabrechnung begründet kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Mietzinsanspruch des Vermieters, da weder ein Gegenseitigkeitsverhältnis gem. § 320 Abs. 1 S. 1 BGB noch Konnexität im Sinne von § 273 Abs. 1 BGB besteht (OLG Düsseldorf ZMR 01, 25; OLG Koblenz WuM 95, 154).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision des Beklagten war zuzulassen, soweit zu seinen Lasten dem Grunde nach eine Verpflichtung zur Zahlung von Schadenersatz und Schmerzensgeld zuerkannt wurde. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegen insoweit vor. Die Frage, welche Anforderungen an den Vermieter zu stellen sind, um eine Gefährdung der Mieter durch bakteriell kontaminiertes Wasser zu verhindern, ist eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann.