

Die „Leistungsbeschreibung“ sonstiger Betriebskosten im Mietvertrag

In zwei viel beachteten Entscheidungen im Jahre 2012 hat der Bundesgerichtshof zu der Umlagefähigkeit von Betriebskosten Stellung genommen, nämlich in der „**Centermanagemententscheidung**“ vom 26.09.2012¹ und in der weiteren Entscheidung bereits vom 02.05.2012 („*keine Bezugnahme auf BetrKV durch bloße Vereinbarung von **Vorauszahlungen***“).² In beiden Entscheidungen kommt es in den tragenden Erwägungen jeweils auf die formularvertragliche Wirksamkeit der Umlagevereinbarungen am Maßstab des Transparenzgebots von § 307 BGB an:

So nimmt der Bundesgerichtshof in der Centermanagemententscheidung insbesondere dazu Stellung, inwieweit die formularvertragliche Umlage von Betriebskosten durch die allein schlagwortartige Beschreibung „Kosten für Centermanager“ (aber auch „Versicherungen“ hinreichend klar erfolgt und ob dies nicht etwa eine unklare Überbürdung von Kosten der Verwaltung (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV) oder in anderen Punkten von etwas anderem als den bekannten Betriebskosten enthält. Die „Vorauszahlungsentscheidung“ hatte dagegen bereits zuvor zu prüfen, inwieweit die formularvertragliche Vereinbarung von bloßen Betriebskostenvorschusszahlungen in einem Mietvertrag, der ansonsten keine ausdrückliche Umlagevereinbarung, sondern nur eine Vorauszahlungspflicht auf Betriebskosten unter Differenzierung gegenüber den Heizkosten enthält, eine Verweisung auf die Betriebskostenverordnung hinreichend erkennen lässt.

Inspiziert von den genannten Entscheidungen und im Anschluss an Argumente, auf denen sie fußen, soll nun - 10 Jahre später - mit dem heutigen Beitrag untersucht werden, **wie dem Transparenzgebot im Rahmen der formularvertraglichen Umlage insbesondere von „sonstigen“ Betriebskosten Rechnung getragen** werden kann, für die dies in besonderer Weise relevant ist:

¹ BGH, Urteil vom 26. September 2012 – XII ZR 112/10 –, juris

² BGH, Urteil vom 2. Mai 2012 – XII ZR 88/10 –, juris.

- Welche Anforderungen sind an die Klarheit und Übersichtlichkeit einer Umlagevereinbarung bezüglich sonstiger Betriebskosten zu stellen?
- Wie bzw. mit welchen Komponenten muss die jeweilige Leistung beschrieben werden, damit sie als wirksam auf den Mieter umgelegt angesehen werden kann?
- Welche Konsequenzen können daraus für die Vertragsgestaltung gezogen werden?

I. Rechtsrahmen der Umlage von Betriebskosten

In einem ersten Schritt sollte man sich dazu den rechtlichen Rahmen für die Umlage solcher Kosten vor Augen führen:

1. Erfordernis einer Vereinbarung

Die Umlage von Betriebskosten erfordert bekanntlich stets eine gesonderte vertragliche Vereinbarung: Nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Vermieter dem Mieter den Gebrauch der Mietsache in vertragsgemäßem Zustand während des Mietverhältnisses ständig zu gewähren und soweit er zur Erfüllung dieser Verpflichtung Kosten aufwenden muss, hat er sie aus dem Mietzins zu bestreiten. Es bedarf insoweit einer Vereinbarung der Parteien, durch welche die Lasten des Grundstücks und die Betriebskosten ganz oder zum Teil auf den Mieter umgelegt werden, bezeichnet als Abwälzung oder Umlagevereinbarung³. Dies ergibt sich auch aus § 556 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Umlage von Betriebskosten auf den Mieter durch Vereinbarung als möglich, aber auch als erforderlich vorsieht.

2. durch bestimmungsgemäßen Gebrauch laufend entstehende Kosten

Aus § 556 BGB folgt im Übrigen, dass sich eine zulässige Umlage (jedenfalls im Wohnraummietrecht)⁴ auch sachlich auf „Betriebskosten“ beziehen

³ vgl. Langenberg/ Zehlein in: Langenberg/ Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Auflage 2022, B. Umlage der Betriebskosten Rn. 1

⁴ Beispiel etwa: Umlage einer Notdienstpauschale, die der Sache nach Verwaltungskosten beinhaltet, BGH, Urteil vom 18. Dezember 2019 – VIII ZR 62/19 –, juris

muss, als nicht auf solche Bestandteile, die mit laufend durch den Betrieb entstehenden Kosten der Mietsache nichts zu tun haben.

„Betriebskosten“ im Sinne der gesetzlichen Definition nach § 556 BGB und gleichlautend nach § 1 Abs. 1 S. 1 BetrKV sind die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder das Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Sachlich fallen darunter eigentlich auch Kosten der Verwaltung des Grundeigentums, doch sind diese von den umlagefähigen Betriebskosten begrifflich nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV ausgenommen. Der Bundesgerichtshof ordnet Kosten der Verwaltung dennoch der Sache nach eigentlich bzw. definitorisch als „Betriebskosten“ ein, die aber nicht nach der BetrKV umlagefähig sind. Dies wirkt sich auf die Unterscheidung zwischen Wohn- und Gewerberaummiete aus, weil der Ausschluss der Umlagefähigkeit im Wohnraummietrecht unbeschränkt gilt, wohingegen im Gewerberaummietrecht eine Umlage von nicht in der BetrKV erfassten Kostenpositionen zulässig und durchaus weit verbreitet ist; denn dass etwa die Verwaltungskosten in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV von den umlagefähigen Betriebskosten ausgenommen werden, dient nach Einschätzung des BGH lediglich dem Zweck, dass die Verwaltungskosten nicht als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV dem Wohnraummieter auferlegt werden könnten.⁵

Ein gutes Beispiel für die jedenfalls im Wohnraummietrecht unter dem Deckmäntelchen der Betriebskostenumlage erfolgte, jedoch unzulässige Umlage von Kosten, die sachlich der o.g. Definition nicht unterfallen, bieten die jüngsten höchstrichterlichen Entscheidungen zu Rauchwarnmelderkosten. Denn gerade die Kosten der Anmietung von Rauchwarnmeldern sind abweichend von (bzw. im Gegensatz zu) den Kosten ihrer laufenden Wartung verkappte Kapital- und Anschaffungskosten, nicht laufend durch bestimmungsgemäßen Betrieb entstehende.⁶

⁵ BGH, Urteil vom 19. Dezember 2018 – VIII ZR 254/17 –, juris Rdn. 21; BGH, Urteil vom 08.04.2020 – XII ZR 120/18, juris Rdn. 24; BGH, Urteil vom 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299 Rn. 17

⁶ BGH, Urteil vom 11. Mai 2022 – VIII ZR 379/20 –, juris

3. formularvertragliche Wirksamkeitsanforderungen

a. AGB-Charakter einer Klausel

Soweit eine vertragliche Bestimmung für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von einer Partei (Verwender) der anderen bei Vertragsabschluss gestellt wird, handelt es sich um eine „Allgemeine Geschäftsbedingung“ (AGB), § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Gegenstück zur AGB ist die individualvertragliche Klausel, die zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt ist. Da Mietverträge in der modernen Gesellschaft keine ausgefallenen und auf eine nicht wiederkehrende Situation zugeschnittene Einzelgeschäfte, sondern gerade Wohnungs- und Gewerberaummietverträge eher zu den Massengeschäften zählen, finden sich in den meisten dieser Verträge AGB, im Wohnungsmarkt typischerweise vom Vermieter gestellt, im Gewerberaum kommt allerdings auch schon einmal der umgekehrte Fall des Stellens durch den Mieter vor (etwa bei einem finanzstarken Mieter/Investor, für den das Objekt erstmals hergerichtet oder nach seinen Bedürfnissen umgebaut wird). Es bedarf für die Verwendung von AGB allerdings nicht etwa eines großen Unternehmens auf Seiten des Stellenden; z.B. auch Privatleute, die Mehrfamilienhäuser oder mehrere Eigentumswohnungen vermieten, können erfasst sein und AGB verwenden. Vielfach wird dies auch durch Gebrauch von Formularen geschehen, die ein Dritter erstellt hat (namentlich Interessenverbände von Vermietern).

Auch ohne die ausdrückliche Behauptung des Charakters einer Klausel als AGB wird im Prozess vielfach schon im Hinblick auf die äußere Gestaltung des Vertrages und in Gesamtschau mit dem ausdrücklichen oder sinngemäßen Vortrag, von welcher Seite der Vertragstext stammte, auf den AGB-Charakter im Hinblick insbesondere auf die einseitige Vorformuliertheit zu schließen sein. Das „Stellen“ wird im Übrigen zusätzlich insbesondere für den Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vermutet, ein nicht unerheblicher Anteil der Wohnmietverträge stellt sich als Verbrauchervertrag dar.

In Streitfällen vor Gericht wird der AGB-Charakter einer Klausel allerdings gelegentlich vom Verwender unter Hinweis darauf infrage gestellt, dass die Klausel doch bei Vertragsabschluss zur Disposition gestanden habe und

das Ergebnis daher „ausgehandelt“ und keiner Inhaltskontrolle zu unterziehen sei. Aus der eigenen Rechtsprechungspraxis ist dem Verfasser kaum ein Fall erinnerlich, in welchem sich dieses Argument am Ende des Tages durchgesetzt hätte: Aushandeln einer Regelung im Sinne von § 305 BGB setzt nämlich voraus, dass der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden Kerngehalt“ inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären.⁷ In aller Regel schlägt sich eine solche Haltung jedoch auch in tatsächlichen Änderungen des vorformulierten Texts nieder. War dies der Fall, gelangt der Streit allerdings nur selten zu den Gerichten. Zum Streit kommt es dagegen in der Regel, weil zumindest theoretisch eine Vertragsklausel auch dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden kann, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt.⁸ Der Nachweis der Verhandlung wird insoweit vor allem zu führen sein, wenn Schriftverkehr vorgelegt wird, aus dem die jeweiligen Vorschläge, Gegenvorschläge und die Gründe für die Ablehnung ersichtlich sind. Dergleichen wird sich in der Regel nur für besonders große und wirtschaftlich bedeutsame Gewerberaummietobjekte finden. In den meisten anderen Fällen lässt sich der Nachweis dagegen schon mangels tauglicher Beweismittel kaum führen.

b. Inhaltskontrolle, insbesondere: Transparenzgebot, § 307 BGB

Während das BGB in seiner Ursprungsfassung die Privatautonomie hoch in Ehren hielt und praktisch keine Inhaltskontrolle von Verträgen kannte, zeigte die Rechtswirklichkeit, dass einseitig gestellte Vertragsbedingungen im Einzelfall sowie in der Masse ebenso einseitig und unausgewogen Vorteile auf der Verwenderseite zu kumulieren pflegten und sich dabei insbesondere auch von dispositivem Gesetzesrecht weit entfernten. Dies zog nachträglich die Einführung einer Inhaltskontrolle nach sich, zunächst im Wege des Richterrechts, später durch das AGBG und heute europarechtlich

⁷ Staudinger/Mäsch (2022) BGB § 305 Rdn. 52 m.w.N.

⁸ (BGH NJW 1998, 2600, 2601; s Rn 68 ff.

untermauert durch die Richtlinie Nr. 93/13/EWG vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-RL) in Gestalt der §§ 305 ff. BGB. Diese Inhaltskontrolle erfolgt in mehrfach abgestufter Weise: ausgehend vom Inhalt der Klauseln wird geprüft, ob diese wirksam in den ansonsten unberührten Vertrag einbezogen werden und/ oder wegen der unangemessenen Benachteiligung des Verwendungsgegners unwirksam sind. Individualverträge werden inhaltlich dagegen nur in den Grenzen der §§ 138, 242 BGB inhaltlich überprüft, bedürfen ansonsten nur einer hinreichenden Klarheit, um wirksam zu sein.⁹

Die Inhaltskontrolle einer einmal wirksam einbezogenen AGB richtet sich nach § 307 BGB im Allgemeinen und den §§ 308, 309 BGB hinsichtlich besonderer Klauselverbote. Nach § 307 BGB gilt:

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

(3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

Den Obersatz für die Rechtsanwendung bildet insoweit die „unangemessene Benachteiligung wider Treu und Glauben“, die auf verschiedene Weise eintreten kann, hier indes vor allem im Hinblick auf die Alternative der mangelnden Transparenz untersucht werden soll. § 307 Abs. 2 S. 1 BGB ist von besonderer Bedeutung für die Inhaltskontrolle von Betriebskos-

⁹ klarstellend BGH, Urteil vom 8. April 2020 – XII ZR 120/18 –, juris

tenklauseln. Diese Bestimmung regelt das AGB-rechtliche Transparenzgebot. Im Anschluss an die grundlegenden Entscheidungen des BGH vom 24.11.1988 und vom 17.01.1989 hat sich das Transparenzgebot bereits vor seiner Kodifikation im BGB als „tragendes Prinzip“ des AGB-Rechts etabliert¹⁰. Es verpflichtet den AGB-Verwender, entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen¹¹. Der AGB-Verwender hat vor allem die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen dem Gegenüber in verständlicher und bestimmter Weise mitzuteilen, soweit dies nach den Umständen gefordert werden kann. Das BAG – und daran anknüpfend auch der BGH – formulieren das plastisch: Der andere Teil müsse wissen, „was auf ihn zukommt“¹².

Zugeschnitten auf die Umlagevereinbarung von Betriebskosten formuliert insbesondere der für Gewerberaumiete zuständige XII. Senat des Bundesgerichtshofes in ständiger Rechtsprechung, dass eine Vereinbarung, mit der weitere Kosten neben der Miete auf den Mieter übertragen werden sollen, dem Transparenzgebot genügt, wenn sich der Mieter bei Vertragsschluss **zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen**¹³.

Die Kontrolle an diesem Maßstab passieren in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und des BGH fortlaufend die verschiedensten Umlageklauseln mit unterschiedlichem Ergebnis (zu den Beispielen, s.u.).

¹⁰ Thüsing in: Westphalen, Graf von/ Thüsing/ Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 49. EL März 2023, Transparenzgebot Rn. 1

¹¹ BGH, Urteil vom 3. Februar 2021 – XII ZR 29/20 –, BGHZ 228, 353-373 in einer nicht mietrechtlichen Entscheidung

¹² BGH, Urt. v. 7.2.2019 – III ZR 38/18 juris; BAG, Urt. v. 19.2.2014 – 5 AZR 700/12 juris; Thüsing in: Westphalen, Graf von/ Thüsing/ Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 49. EL März 2023, Transparenzgebot Rn. 1

¹³ BGH, Urteil vom 13. April 2016 – XII ZR 146/14 –, juris; BGH, Urteil vom 26. September 2012 – XII ZR 112/10 –, juris; BGH, Urteil vom 6. April 2005 - XII ZR 158/01 - NJW-RR 2006, 84, 85

II. Mietvertragliche Bezugnahme auf „die Betriebskosten“

Hinsichtlich der insoweit anzutreffenden AGB über die Umlage von Betriebskosten ist zwischen den Fallgruppen der benannten Kostentatbestände der § 2 Nr. 12 – 16 BetrKV und den „sonstigen“ Betriebskosten im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV zu unterscheiden.

1. benannte Kostenarten, § 2 Nr. 1 – 16 BetrKV

Die Umlage der Kosten, die in den Nr. 1 – 16 von § 2 BetrKV enthalten sind, bereitet keinerlei Probleme und kann – vollauf transparent im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB – durch die bloße Vereinbarung erfolgen, dass der Mieter „die Betriebskosten“ des Objekts zu tragen hat. Denn es genügt – soweit es nicht um "sonstige" Betriebskosten im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV geht – eine schlichte Verweisung auf die Betriebskostenverordnung¹⁴ – und mehr noch: diese Verweisung ist nicht einmal ausdrücklich nötig. Denn selbst wenn der Vertrag nur vorsieht, dass sämtliche Betriebskosten von dem Mieter zu tragen sind, sich aber nicht feststellen lässt, dass etwas Anderes gemeint ist, als Betriebskosten im Sinne der BetrKV, so reicht dies aus.¹⁵ Der Bundesgerichtshof stützt sich dabei auf den allgemeinen Grundsatz, dass wenn ein von den Vertragsparteien verwendeter Rechtsbegriff gesetzlich definiert ist, für die Auslegung regelmäßig auf diese Definition zurückgegriffen werden kann, wenn sich kein übereinstimmendes abweichendes Begriffsverständnis der Parteien feststellen lässt.¹⁶ Der Grund dafür, dass die reine Bezugnahme auf die Betriebskostenverordnung ausreicht, dass der Begriff der Betriebskosten seit vielen Jahrzehnten durch Rechtsverordnung und später durch Gesetz definiert ist.¹⁷ Diese Rechtsprechung ist anwenderfreundlich und sowohl deshalb als auch sachlich sehr zu begrüßen. Denn so sehr es darum zu tun ist, klare Vereinbarungen zu treffen, so sehr besteht ein praktisches Bedürfnis an begrifflicher Vereinfachung und Systematisierung, wofür die Bezugnahme auf die außervertragliche Rechtsquelle der BetrKV und des § 556 BGB in besonderer Weise

¹⁴ st. Rspr., BGH, Urteil vom 10. Februar 2016 - VIII ZR 137/15, NZM 2016, 235 Rn. 11 für den Formularvertrag in der Wohnraummiete; BGH, Urteil vom 18. Dezember 2019 - VIII ZR 62/19, NZM 2020, 457 Rn. 10; jeweils mwN)

¹⁵ Staudinger/Artz (2021) BGB § 556 Rn. 50a.

¹⁶ BGH, Urteil vom 8. April 2020 – XII ZR 120/18 –, juris; Both in: Guhling/ Günter, Gewerberaumiete, 2. Auflage 2019, § 556 BGB Rn. 20.

¹⁷ BGH, Urteil vom 10. Februar 2016 - VIII ZR 137/15 Rdn. 15 f.

taugt. Da eine Verunklarung auf diese nicht zu besorgen ist, bestehen dagegen auch materiell keine Bedenken.

Dass die solchermaßen zulässige Bezugnahme etwa im Beispiel der „Vorauszahlungsentscheidung“ vom 02.05.2012 (s.o.) aus Sicht des Vermieters fehlging, lag insoweit weniger an der zumindest angedeuteten Bezugnahme auf die „Betriebskosten“, als vielmehr an der den klaren Gesamteindruck trübenden Unterscheidung zwischen „Heizkosten“ und „Betriebskosten“¹⁸

Nichts Anderes als das Vorgesagte hat im Übrigen hinsichtlich der grundsätzlichen Transparenz und Klarheit der Bezugnahme im Übrigen auch für Individualverträge bei Verwendung solcher Legaldefinitionen in den Klauseln zu gelten: Individualverträge können in gleicher Weise unproblematisch auf den Begriff der Betriebskosten zurückgreifen¹⁹ und dürften dies auch vielfach so handhaben.

2. Besonderheiten bei den „sonstigen“ Betriebskosten

a. warum überhaupt eine Nr. 17?

Gegenüber den benannten Kostentatbeständen der Nr. 1 – 16 in § 2 BetrKV enthält Nr. 17 dagegen als Auffangtatbestand diejenigen Betriebskosten, die zwar der allgemeinen Definition der Betriebskosten unterfallen („Betriebskosten im Sinne des § 1“), aber in den Nummern 1–16 nicht genannt sind,²⁰ entweder wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung oder weil sie (noch) gar nicht genannt werden konnten, da sie erst aufgrund neuartiger technischer Entwicklungen zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung noch nicht absehbar waren und erst später entstanden sind.²¹ Die Regelungssystematik beinhaltet somit keinen abschließenden und starren Kanon umlegbarer Betriebskosten, sondern verwendet die Nr. 1 – 16 im Sinne von Regelbeispielen von bestimmten Kostenarten nebst den umfassten Leistungen, die um eine Auffangklausel ergänzt werden. Die Auslegung der Auf-

¹⁸ BGH, Urteil vom 02.05.2012 – XII ZR 88/10, juris Rdn. 18.

¹⁹ BGH, Urteil vom 8. April 2020 – XII ZR 120/18 –, juris.

²⁰ Zehelein in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Handbuch Geschäftsraummieta 5. Auflage 2023Rn. 137.

²¹ BR-Drucks. 568/03, S. 34; Meyer-Abich, NZM 2023, 61 [67].

fangklausel birgt insoweit wie stets in solchen Fällen die größeren Unsicherheiten, da der weite Tatbestand selbst kaum eigene Anhaltspunkte für das richtige Verständnis liefert.

Immerhin konkretisiert die Klausel die umlagefähigen Kosten dahingehend, dass die Beschränkung auf Betriebskosten mit sich bringt, dass Kosten der Verwaltung und der Instandhaltung und Instandsetzung an nicht erfasst werden. Instandsetzungs-, Instandhaltungs- und Verwaltungskosten sowie Erwerbskosten sind - entsprechend der allgemeinen Definition für Betriebskosten - auch nach § 2 Nr. 17 BetrKV grundsätzlich nicht erfasst.²²

Streng durchzuhalten ist die Einschränkung aber nur bei der Wohnraummieta, weil im Rahmen der Gewerberaummieta eine Umlage auch in weitergehendem Umfang zulässig ist. Sonstige Betriebskosten müssen insoweit bei vermietetem Wohnraum nach Art, Umfang, Sinn und Zweck mit den in § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV im Einzelnen aufgeführten Betriebskosten vergleichbar sein,²³ was entgegensteht, Kosten der Instandsetzung und Instandhaltung über § 2 Nr. 17 BetrKV auf den Wohnraummieter umzulegen.

Im Überblick fällt auf, dass der Auffangtatbestand die verschiedensten Kostenpositionen beinhalten kann, sowohl völlig banal (bzw. kleinlich) erscheinende als auch wirtschaftlich durchaus interessante bzw. erheblich ins Gewicht fallende Kostenfaktoren.

Als Beispiele seien an dieser Stelle genannt etwa die Kosten

- der Dachrinnenreinigung und der Dachrinnenheizung
- von Videoüberwachungsanlagen, Concierge/ Pförtner
- der Wartung des Daches
- der Wartung von Lüftungs- und Klimaanlage
- der Wartung von Brandmeldeanlagen
- der Wartung von Alarmanlagen
- der Wartung von Blitzableitern
- der Wartung der Feuerlöscher und/ oder Sprinkleranlagen
- der Wartung von Fenstern, Türen und Toren
- der Wartung von CO-Warnanlagen in Tiefgaragen

²² vgl. Langenberg/Zehleleln, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl., A Rn. 250; Wall, Betriebs- und Heizkosten, 5. Aufl., Rn. 2985 f., 4703

²³ MünchKommBGB/Zehleleln, 8. Aufl., § 2 BetrKV Rn. 78; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, Mietrecht, 15. Aufl., § 556 BGB Rn. 298 a.E.

- der Wartung von Doppelparkern
- der Reinigung von Glasdächern oder Rollläden
- der Zwischenablesungen bzw. Gebühren für Nutzerwechsel
- des Umlageausfallwagnis⁴.

Bereits die Aufzählung deutet an, dass sich die Kosten vielfach in dem Bereich abspielen, welcher im Spannungsfeld zwischen umlagefähigen und nach § 1 Abs. 2 BetrKV eigentlich ausgenommenen Verwaltungs- und Instandhaltungskosten liegt. Insbesondere die Wartung von Anlagen und Einrichtungen weist Überschneidungen zur Instandhaltung/ Instandsetzung auf.

Eher problematisch hinsichtlich der Umlagefähigkeit sind dagegen die Kosten

- von Graffiti Entfernungsmaßnahmen²⁴
- einer Rechtsschutzversicherung des Vermieters²⁵
- der Erbbauzinsen
- der Anliegerbeiträge
- der Kontoführung des Mietkontos²⁶
- der Beiträge zur Instandhaltungsrücklage bei Eigentumswohnung
- von Porto und Kopien²⁷
- des Leerstands der Immobilie.²⁸

Diesen Fällen wohnt zumeist das Problem inne, dass Kosten umgelegt werden, die entweder Kapital-/ Anschaffungs-, Verwaltungs- oder Instandhaltungskosten beinhalten oder in den benannten Tatbeständen einer ähnlichen Kostenart gerade nicht enthalten sind (z.B. Rechtsschutzversicherung). Insoweit wird eine Umlage wenn überhaupt im Rahmen der Gewerberaummieta erfolgen können, sofern es unter Beachtung der Transparenzgrundsätze erfolgt.

²⁴ Dafür: AG Neukölln, Urteil vom 1. März 2017 – 6 C 54/16 –, juris; LG Kassel, Urteil vom 14. Juli 2016 – 1 S 352/15 –, juris; dagegen: LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016 – 63 S 189/15 –, juris und Zehelein in: Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Auflage 2022, A. Rn. 133, die dies als Instandhaltungskosten einordnen.

²⁵ Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl. 2021, § 556 BGB Rdn. 231.

²⁶ Befürwortend Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl. 2021, § 556 BGB Rdn. 846.

²⁷ Transparenz im Einzelfall verneint von OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Mai 2015 – I-10 U 29/15 –, juris

²⁸ Bejahend, Transparenz vorausgesetzt, OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Mai 2015 – I-10 U 29/15 –, juris

b. Grundsatz der ausdrücklichen „Benennung“ / Spezifizierung von „sonstigen Betriebskosten“

Abgesehen von der Problematik der generellen Umlagefähigkeit (s.o.) stellt sich das Problem der transparenten Umlage im Einzelfall bei den sonstigen Kosten: Wie erwähnt, fordert der BGH für die Umlage von sonstigen Betriebskosten abweichend von den benannten Tatbeständen der Nr. 1 – 16 in § 2 BetrKV nicht lediglich eine Bezugnahme, sondern eine gesonderte Vereinbarung und die Nennung von „Ross und Reiter“. Im Einzelnen formuliert der Bundesgerichtshof die zu stellenden Anforderungen (positiv) wie folgt:

*[Es] ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass für eine Umlegung von Betriebskosten an sich der Verweis auf Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV genügt (...). Etwas Anderes gilt jedoch für die "sonstigen Betriebskosten" im Sinne von Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV. Denn während der allgemeine Verweis auf die Anlage 3 hinsichtlich der Nummern 1 bis 16 dem Mieter hinreichende Klarheit darüber gibt, welche Nebenkosten auf ihn zukommen können, weil diese dort im Einzelnen aufgeführt sind, ist dies bei der Position 17 "sonstige Betriebskosten" nicht der Fall. Gerade im Hinblick darauf, dass nach § 546 BGB a.F. (jetzt § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB) grundsätzlich der Vermieter verpflichtet ist, die auf dem Grundstück ruhenden Lasten zu tragen, muss dem Mieter deutlich gemacht werden, welche Betriebskosten auf ihn übergewälzt werden. Daher ist es erforderlich, die "sonstigen Betriebskosten" **im Einzelnen zu benennen**.²⁹*

Umgekehrt formuliert er in Abgrenzung hierzu zu den Nr. 1 – 16:

*„Diese Voraussetzungen [Anmerkung: gemeint ist die Voraussetzung einer Vereinbarung, die ein grobes Bild von den kommenden Kosten verschafft] sind selbst bei einer formularmäßigen Vereinbarung in einem Wohnraummietvertrag erfüllt, wenn der Vertrag zur Umlegung der Betriebskosten eine Verweisung auf die Anl. 3 zu § 27 I der II. BerechnungsVO enthält, **sofern es sich nicht um „sonstige Betriebskosten“***

²⁹ BGH, Urteil vom 7. April 2004 – VIII ZR 167/03 –, juris. 14; vgl. auch bereits BGH, Urteil vom 20. Januar 1993 - VIII ZR 10/92, NJW 1993, 1061 unter II. 2. b)

i. S. von Nr. 17 der Anl. 3 zu § 27 I der II. BerechnungsVO handelt (BGH, Urteil vom 10. Februar 2016 – VIII ZR 137/15 –, juris; BGH, NZM 2009, 478 = NJW 2009, 2058 Rdnr. 10; NZM 2007, 769 = NJW 2007, 3060 Rdnr. 19; NZM 2004, 417 = NJW-RR 2004, 875 [unter II 1 b bb]). Denn der allgemeine Verweis auf die Anl. 3 gibt dem Mieter hinsichtlich der Nrn. 1 bis 16 hinreichende Klarheit darüber, mit welchen Nebenkosten er jedenfalls dem Grunde nach zu rechnen hat, weil diese dort im Einzelnen aufgeführt sind.

Eine eingehende Auseinandersetzung mit der Frage, was unter „im Einzelnen benennen“ zu verstehen ist, ist den genannten Entscheidungen allerdings nicht zu entnehmen. Genauer, als oben skizziert, beschreibt der Bundesgerichtshof die Anforderungen nicht. Statt dessen bedeutet in den Entscheidungen des BGH das Fehlen einer Benennung automatisch die Unwirksamkeit der Umlage sonstiger Betriebskosten.

Die juristische Fachliteratur greift mit unterschiedlichen Abstufungen die Formulierung der Rechtsprechung gleichlautend auf und verwendet im Wesentlichen die Begriffe des „Benennens“, „Auflistens“ oder auch schon einmal „Spezifizierens“.³⁰ Im Übrigen finden sich zahlreiche Fundstellen zu Einzelklauseln, doch fehlt bislang eine systematisierende Einordnung, die an dieser Stelle versucht werden soll. Genau *dies* ist im vorliegenden Beitrag mit der Einordnung einer „Leistungsbeschreibung“ der sonstigen Betriebskosten gemeint, anknüpfend an die innerhalb einer Kostenart auf den Mieter umlegbaren konkreten *Leistungen* bzw. deren Kosten. Eine einheitliche Terminologie zur Unterscheidung zwischen dem jeweiligen Oberbegriff (im Sinne der Tatbestände der Kosten nach Nr. 1 – 16) und den im Einzelnen diesen Tatbeständen zugeordneten Umlagemöglichkeiten/ Leistungen hat sich insoweit bislang nicht wirklich gebildet. Der vorliegende Beitrag unterscheidet terminologisch zwischen *Kostenart* (die auch Kostenposition oder

³⁰ Zehelein in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Handbuch Geschäftsraummiete, 5. Auflage 2023, § 11 Rn. 57 Rn. 137: „ausdrücklich und einzeln aufgelistet“; ders. in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023, § 2 BetrKV Rn. 84; Emmerich in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Auflage 2019, Kap. III. Rn. 162; Staudinger/V Emmerich (2021) BGB § 535 Rdn. 66b; Both in: Guhling/Günter, Gewerberaummiete, 2. Auflage 2019, § 556 Rn. 22; Knopper in: Blank/ Börstinghaus/Siegmund, Miete, 7. Auflage 2023, § 556 BGB Rn. 97; Blank NJW 2008, 745

Kostentatbestand genannt werden kann) und *Leistungen* (alternativ als Einzelkosten zu bezeichnen).³¹

c. Abgrenzung: „Leistungsbeschreibungen“ und AGB-Kontrolle?

Zur Klarstellung der in diesem Beitrag verwendeten Begrifflichkeiten und zur Vermeidung von Verwechslungen bedarf es dazu noch der Abgrenzung. Denn der Begriff der Leistungsbeschreibung wird insoweit in den verschiedensten Rechtsgebieten verwandt, allerdings mit völlig unterschiedlichem Inhalt und in den unterschiedlichsten Zusammenhängen:

Soweit etwa die Rechtsprechung insbesondere des Bundesgerichtshofes ständig formuliert eine „*primäre Leistungsbeschreibung*“ in AGB unterliege gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle (vgl. etwa BGH, Urteil vom 5. Juli 2023 – IV ZR 118/22 –, juris; BGH, Beschluss vom 3. Mai 2018 – IX ZR 76/17 –, juris), ist damit nicht die in diesem Beitrag in Bezug genommene „Leistungsbeschreibung“ gemeint und ebenso wenig wie an dieser Stelle die „Leistungsbeschreibung“ aus dem Bereich des Baurechts (§ 1 VOB/B) gemeint ist, soll es um die „Leistungsbeschreibung“ eines Wartungsvertrages oder Hauswartungsvertrages gehen (beides umlagefähige Kosten, doch *deren* Leistungsbeschreibung ist aus Sicht des Mietrechts/ Betriebskostenrechts vor allem dafür relevant, ob die Leistungen materiell umlagefähig sind, nicht dagegen, ob eine Beschreibung im Mietvertrag transparent erfolgt).

Bei der leicht mit der vorliegenden Thematik zu vermengenden AGB rechtlich relevanten Leistungsbeschreibung im Sinne der o.g. höchstrichterlichen Rechtsprechung geht es im Kontrast dazu um Folgendes: Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind die Absätze 1 und 2 dieser Vorschrift ebenso wie § 308 und § 309 BGB nur auf Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzuwenden, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Hingegen unterfallen Abreden unmittelbar über den Gegenstand des Vertrags, seinen Leistungs-

³¹ Zu den verwendbaren Begrifflichkeiten Emmerich NZM 2022, 273 [278].

inhalt (mithin: Die „Leistungsbeschreibung“) oder das Entgelt nicht der Inhaltskontrolle.³² Danach sind Klauseln, die Art, Güte und Umfang der Hauptleistung unmittelbar festlegen, einer Inhaltskontrolle entzogen, nicht aber Bestimmungen, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren.³³ Insbesondere auch die Höhe einer vertraglich vorgesehenen Gegenleistung in Geld o.ä., unterliegt keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, sondern nur den Schranken der guten Sitten, verboten ist insbesondere der Wucher i.e.S., § 138 Abs. 2 BGB.

Eine Umlageklausel bezüglich der Umlage sonstiger Betriebskosten, die die darin umgelegte „Leistung“ beschreibt, hat damit jedoch nichts zu tun, denn sie „beschreibt“ nicht lediglich zu deren Bestimmbarkeit die primäre Leistungspflicht der Partei, sondern nimmt Bezug darauf, inwieweit die einzelnen als Leistung bezeichneten Kosten einer Betriebskostenart vom einen oder anderen Mietvertragsteil zu tragen sind. Bereits Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte geschuldeten Leistung verändern, ausgestalten oder modifizieren, gehören nicht zu den Leistungsbeschreibungen im vorgenannten Sinne und unterliegen der Inhaltskontrolle.³⁴

d. Gegenstück zum Verweis auf die BetrKV: ausdrücklicher oder sinngemäßer Ausschluss der BetrKV

Der Grundsatz der an sich möglichen (s.o.) Bezugnahme auf die Betriebskostenverordnung bringt es schließlich mit sich, dass die Betriebskostenverordnung nur insoweit gemeint sein kann, wie sich „kein abweichender Wille der Parteien feststellen lässt“.

Gerade die eingangs genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2012 betreffen jedoch Fälle, in denen die konkret in Rede stehenden Klauseln ein erhebliches Störgefühl verursachten, mit durchschlagenden Folgen für das Ergebnis:

³² Wurmnest in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2022, § 307 Rn. 13.

³³ BGH, Beschluss vom 3. Mai 2018 – IX ZR 76/17 –, juris BGH, Urteil vom 13. Juli 1994 - IV ZR 107/93, BGHZ 127, 35, 41 [juris Rn. 15]; BGH Urteil vom 28. November 2017 - X ZR 42; 16, NJW 2018, 1157 Rn. 9 m.w.N.

³⁴ BGHZ 130, 150 (156) = NJW 1995, 2637 (2638); Wurmnest in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2022, § 307 BGB Rn. 13.

So erklärte der Bundesgerichtshof im konkreten Fall die Umlage von „Kosten für Versicherungen“ für unwirksam, gerade weil ein Rückgriff auf die Versicherungsdefinition aus § 2 Nr. 13 BetrKV (Sach- und Haftpflichtversicherungen“) gerade nicht gewollt erschien und die Klausel daher mangels anderweitiger Anhaltspunkte für die Auslegung uferlos weit geriet. Der Vermieter hatte ohne jegliche Eingrenzung die „Kosten von Versicherungen“ umlegen wollen, woraus der BGH folgerte, dass dies die Beschränkung der benannten Kostenarten verließ, diese daher auch nicht zur Auslegung herangezogen werden durften. Man wird für die Auslegung von Umlageklauseln in der höchstrichterlichen Rechtsprechung demgemäß erwarten dürfen, dass der Bundesgerichtshof den innerhalb der jeweiligen Kostentatbestände genannten Einzelkosten eine deskriptive und für die Auslegung hilfreiche Bedeutung beimisst, die bloße Benennung der jeweiligen Kostenart dagegen nicht ausreichen lässt.

Einen aktuelleren Fall, in welchem sich die Differenzierung nach der Bezugnahme auf die Betriebskostenverordnung oder ein abweichendes Verständnis auswirkte, betraf beispielsweise auch ein Urteil des OLG Brandenburg vom 29.03.2022 und die Umlage von „kaufmännischem und technischem Management, Verwaltung und Betreuung“.³⁵ Die Klausel betraf *Verwaltungskosten*, regelte jedoch ausdrücklich, dass die Abrechnung der Nebenkosten „ihrem Umfang nach“ - und damit auch mit Blick auf den Umfang der Verwaltungskosten - der vereinbarten Nebenkosten nicht auf die in der BetrKVO aufgeführten Kosten beschränkt sein sollten und die Kosten der Verwaltung wurden entsprechend umfassender definiert, indem davon auch die Kosten „der Gestellung und Unterbringung des hierfür erforderlichen Personals (einschließlich üblicher Personalneben- und -zusatzkosten) sowie der erforderlichen Sachaufwendungen“ mit erfasst waren. Daraus folgerte das OLG zutreffend den Ausschluss eines Rückgriffs auf die Begrifflichkeiten der BetrKV für die Auslegung der Klausel und gelangte aufgrund dann nicht mehr hinreichenden Erläuterungen im Klauseltext selbst zu deren Intransparenz.

³⁵ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29. März 2022 – 3 U 118/20 –, juris

Ablesen lässt sich daraus nach Verständnis des Verfassers die wesentliche Folgerung für das Zusammenspiel der Nr. 1 – 16 ./ Nr. 17., dass die Beschreibung der umgelegten „sonstigen“ Kosten im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV unter Transparenzgesichtspunkten speziell dann Probleme bereiten kann, wenn zur Abschätzung der voraussichtlichen Kosten auf die Begriffe der Nr. 1 – 16 abgestellt werden müsste, dies aber paradoxer Weise gleichzeitig bedeutet, dass die Begrenzung der benannten Tatbestände verlassen werden soll.

III. Anforderungen an die „Leistungsbeschreibung“/ Versuch einer Kategorisierung

Ausgehend von dem rechtlichen Rahmen der Umlagevereinbarung im Allgemeinen sowie der Umlage von sonstigen Betriebskosten durch Bezugnahme auf die BetrKV im Besonderen, sollen nunmehr verschiedene Fallgruppen möglicher Klauselformulierung nach den jeweiligen Gefahren für die Wirksamkeit ihrer Umlage am Maßstab des Transparenzgebots differenziert werden. Es zeigt sich, dass die Unterscheidung nach der jeweiligen *Kostenart* und *den Einzelkosten/ der Leistung* und die diesbezügliche kautelarische Umschreibung eine nicht unerhebliche Rolle spielen können.

Die Transparenz einer Umlage bestimmt sich gegebenenfalls aus den drei Parametern, namentlich der Kostenart (im Stile der Tatbestände nach den § 2 Nr. 1 – 16 BetrKV), der (vor allem im Wohnraummietrecht bedeutsamen) Einordnung der Position als Betriebskosten im Sinne von „§ 1 BetrKV“ und der jeweils konkret in Bezug genommenen Leistung.

Im Ergebnis wird der Verwender mit einer Bestimmung von lediglich einer *Kostenart* in der Regel nicht auskommen, es ist vielmehr eine Skizzierung auch der in Bezug genommenen Leistung erforderlich. Dadurch bedingt steht der Klauselverwender vor dem üblichen Dilemma, dass eine zu knapp ausfallende Klausel zu viele Zweifelsfragen offenlässt, eine überausführliche dagegen die Gefahr der Unverständlichkeit („Desinformation durch zu viel Information“) mit sich bringt. Darüber hinaus droht die Gefahr, dass Widersprüche zum restlichen Vertragsinhalt auftauchen oder gar die Gesamtumlagevereinbarung gefährdet wird, wenn eine überbordende Umlage von

sonstigen Kosten den Eindruck trübt, dass der Vertrag mit Betriebskosten überhaupt diejenigen im Sinne der Betriebskostenverordnung meint.

Mit anderen Worten muss der Klauselverwender zwischen der Skylla des Informationsmangels und der Charybdis des Informationsüberflusses hindurchsteuern, ohne dabei den Kurs auf die Begrifflichkeiten der Betriebskostenverordnung aus den Augen zu verlieren. Insoweit sind mehrere Konstellationen denkbar:

1. rein Pauschale Umlagen

Auf der einen Seite des Spektrums (sozusagen nahe Skylla) stehen denkbar pauschale Bezugnahmen, die hier vor allem als (abschreckendes) Gegenbeispiel dienen, weil ihre Erfolglosigkeit auf der Hand liegt. Sie kommen gleichwohl auch in der Praxis in verschiedenen Spielarten vor, nicht zuletzt soweit der ein oder andere nicht hinreichend professionelle oder fachkundig beratene Verwender sich die Klausel selbst überlegt hat. Etwa:

*„**Sämtliche Betriebskosten** werden von dem Mieter getragen. Hierunter fallen - insbesondere die Kosten der Be- und Entwässerung sowie der Heizung - einschließlich Zählermiete und Wartungskosten.“³⁶*

Von der Regelungstechnik der Beschreibung her handelt es sich um eine reine Generalklausel („sämtliche Betriebskosten“), flankiert von einigen wenigen Regelbeispielen ersichtlich nicht abschließenden Charakters, gleichsam umgekehrt wie § 2 Nr. 1 – 16 ./. 17 BetrKV. Die Umlage „der Betriebskosten“ führt insoweit nur zur Umlage der benannten Kostentatbestände nach § 2 Nr. 1 – 16 BetrKV, weil der Betriebskostenbegriff gesetzlich definiert ist und die Klausel nicht erkennen lässt, dass etwas Anderes gemeint sein soll. Die Regelbeispiele haben insoweit keinen zusätzlichen Nutzen (stören eigentlich sogar eher den unbefangenen Gesamteindruck), schaden aber auch nicht wesentlich, weil sie jedenfalls nicht erkennen lassen, dass die Beschränkungen der Betriebskostenverordnung nicht gewollt sind. Anders wäre es vielleicht sogar, wenn die Klausel nicht „insbesondere“, sondern „sowie“ oder „und“ die Kosten der Be- und Entwässerung sowie der

³⁶ zitiert nach OLG Celle, Urteil vom 9. November 2018 – 2 U 81/18 –, juris

Heizung nennen würde. Dann nämlich hätte der Verwender den Effekt erzielt, dass der unbefangene Leser den Eindruck gewinnen kann (also *muss*, § 305c BGB), dass diese Kosten nicht ein Unterfall der Betriebskosten sind, sondern etwas davon zu Unterscheidendes. Durch solche Klauseln kann man mithin nicht nur keine sonstigen Kosten wirksam umlegen, sondern läuft erhebliche Gefahr, zudem noch die Umlage sogar der eigentlich benannten und unproblematischen Kosten zu gefährden.

Rein pauschale Klauseln sind ferner denkbar wie folgt:

„Der Mieter trägt alle sonstigen Kosten.“

oder

„Der Mieter trägt auch alle sonstigen Betriebskosten“.

Beide Klauseln verfehlen das Ziel der Umlage von Kosten über die Nr. 1 – 16 hinaus. Sie vermitteln ersichtlich kein grobes Bild von dem, was da kommen mag, sondern ersetzen eine Leerformel „sonstige Betriebskosten“ (§ 2 Nr 17 BetrKV) durch eine andere. Wenn dahinter Methode stecken sollte, dann vermutlich dergestalt, dem Vermieter eine Art Blankett für die Abrechnung auszustellen. Gerade dies besteht aber keine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.

Denkbar wäre auch:

„Der Mieter trägt über die Betriebskosten nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 16 BetrKV hinaus auch alle weiteren Kosten, die dem Vermieter im Rahmen des durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.“

Hier wird nun in sanft verschleierter Formulierung versucht, durch inhaltsgleiche Wiedergabe der Betriebskostendefinition aus § 556 BGB Scheingenaugkeit in den Vertrag einzuführen. Da jedoch nur ein ausfüllungsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriff („sonstige Betriebskosten“) durch die allgemeine Definition ersetzt wurde, verfehlt auch diese Regelung ersichtlich den Zweck, dem anderen Teil en auch nur grobes Bild von den zu erwartenden Kosten vermitteln. Die Regelung ist für die Umlage von Kosten nach

§ 2 Nr. 17 BetrKV insoweit wirkungslos (auch für Gewerberaum). Der Rechtsanwender befindet sich nämlich in einem unauflösbaren Auslegungszirkel.

Schließlich hatte die Rechtsprechung den Fall einer (die „*anderen*“ Kosten) nicht näher definierende Klausel zu untersuchen:

„Andere Kosten werden nach dem Verhältnis der Wohnfläche/der Einzelmieten umgelegt.“

Sie wurde vom Gericht³⁷ richtigerweise gar nicht erst als Umlage, sondern nur als Regelung über den Umlageschlüssel verstanden, in einer Hilfsbegründung aber für intransparent für den Fall, dass doch eine Umlage gemeint sein sollte. Auch letzteres verdient Zustimmung. Die Konkretisierung der Kosten findet nämlich nicht anknüpfend an den Gegenstand/ die Kostenart oder die damit verbundene Leistung statt, sondern nur hinsichtlich der Aufteilung von Kosten, von denen wiederum ein grobes Bild fehlt.

Alle vorgenannten Pauschalumlageklauseln erfüllen somit nicht den Zweck, „sonstige Betriebskosten“ (§ 2 Nr. 17 BetrKV) wirksam und sinnvoll umzulegen. Entweder sind sie nichtig oder sie erfassen die Kosten definitiv erst gar nicht, gehen also am Problem vorbei. Es fehlt in jeglicher Hinsicht an einer Benennung der genau gemeinten Kosten oder Spezifikation im Sinne der BGH-Rechtsprechung. Kein Mieter kann sich auch nur in etwa ein grobes Bild darüber machen, was einzukalkulieren ist. Wenn der Vermieter in solchen Fällen eine Abrechnung auf die entsprechende Klausel stützen will, wird dies im gerichtlichen Prozess mithin keinen Erfolg haben.

2. pauschale Bezugnahme auf ein Kostenobjekt

Davon zu unterscheiden wären nunmehr die Fälle, in denen – schon etwas stärker eingegrenzt – das bloße *Bezugsobjekt* der Kosten (nicht aber die zugehörige Leistung) in zumindest allgemeiner Form umschrieben ist, mit der Folge, dass sich die Klausel zwar einen Anhaltspunkt für das „grobe Bild“ liefert, aber letztlich auf die Nennung einer bloßen *Kostenart* beschränkt bleibt.

³⁷ AG Gütersloh, Urteil vom 8. Oktober 2021 – 10 C 798/19 –, juris

Die meisten Klauseln dieser Kategorie sind zusammengesetzt aus der Formulierung „die Kosten der/ des“ und einem bloßen Bezugsgegenstand.

Beispiele:

„Der Mieter trägt die Kosten aller technischen Anlagen.“

„Der Mieter trägt die Kosten der Klimaanlage.“

„Der Mieter trägt die Kosten der Alarmanlage.“

Die Gefahr bei Verwendung dieser Regelungstechnik liegt darin, dass für viele Objekte derartig viele verschiedene Leistungen in Betracht kommen, die man unter „die Kosten“ subsumieren könnte, so dass diese wiederum der Sache nach auch Verwaltungs- und Instandhaltungs-/ Instandsetzungskosten miteinschließen können und insoweit auf alle Fälle den Bereich dessen verlassen, was nach der BetrKV „Betriebskosten“ wären (s.o.).

Falls der Vermieter in diesen Fällen gar so weit geht, die Umlage „der Kosten aller technischen Anlagen“ vorzusehen (s.o.), ohne dies gegenständlich oder sachlich einzuschränken, so gerät die Klausel gleich in mehrfacher Hinsicht allzu weit: „die technischen Anlagen“ sind nämlich noch nicht einmal eine hinreichende Konkretisierung der Kostenart und zu unspezifisch, als dass der Mieter irgendeine auch nur überschlägige Kalkulation darauf bauen könnte. Selbst, wenn man die Leistung nunmehr dahingehend präzisieren würde, dass es um deren *Wartung* gehen soll, so ist nach zutreffender Ansicht die fehlende Beschreibung des Wartungsobjektes intransparent.³⁸ Die Klausel kommt allerdings auch in der Praxis so nur selten vor und mag hier eher als Beispiel dafür dienen, wie man es *nicht* machen sollte.

Häufiger begegnet dem Rechtsanwender das Beispiel etwa der Formulierung, der Mieter trage z.B. „die Kosten der Klimaanlage“. An solchen Klauseln zeigt sich recht deutlich die Überschneidungsgefahr mit „unechten“ Betriebskosten (also einschließlich der Verwaltungs- und Instandhaltungskosten) im Sinne von § 1 Abs. 2 BetrKV. So kann man die Kosten der Klimaanlage einerseits als eine KostenART ansehen, die auch in § 2 Nr. 1 – 16

³⁸ Menck, ZMR 2023, 165, [175 f.] entgegen OLG Frankfurt, Urteil vom 16.10.2015 – 2 U 216/14, juris.

BetrkV nicht erwähnt ist, so dass ihre Einbeziehung in den Mietvertrag eine neue Kostenart erfasst, für die keine Auslegungshilfen auf den benannten Tatbeständen der Nr. 1 – 16 entnommen werden können. Die Leistungen, die auf den Mieter umgelegt werden, sind aber durch die Formulierung „die Kosten der ...“ nicht wirklich nachzuvollziehen. Denn es können darunter sowohl der Betriebsstrom fallen als auch die Kosten der Wartung oder der reinen Bedienung durch Personal des Vermieters. Nicht einmal die Kosten der Erneuerung einer schadhafte Anlage sind eindeutig ausgenommen. Damit wären dann sowohl Verwaltungs- als Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten von der Klausel erfasst (unabhängig davon, ob der Vermieter sie auch tatsächlich im Einzelnen umlegen wollte).

Eine bessere Eingrenzung sich m.E. auch nichts dadurch erzielen, dass der Mietvertrag im Zweifel „die Betriebskosten“ umlegen wird (s.o.) und damit grundsätzlich auf die Definition aus § 1 Abs. 1, Abs. 2 BetrKV zurückzugreifen scheint. Denn im Sinne der eingangs erwähnten Rechtsprechung des BGH müsste eine Klausel, die die Leistungen so beschreibt, dass sich nicht ausschließen lässt, dass mindestens auch Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten enthalten sind, zur Unmöglichkeit der Feststellung führen, dass dennoch die Begrifflichkeiten der Betriebskostenverordnung gemeint sind bzw. umgekehrt wäre ein abweichendes Begriffsverständnis der Vertragsparteien naheliegend. Daraus dürfte abzuleiten sein, dass die Rechtsprechung des BGH dazu Veranlassung gibt, bei der Kontrolle der Transparenz einer Klausel nach der Kostenart und den einzelnen Leistungen zu differenzieren. Beschränkt sich der Klauselverwender auf die Angabe der Kostenart im o.g. Sinne, gefährdet eine solche rein objektbezogene Anknüpfung daher das für § 307 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche „grobe Bild“, das dem Mieter vermittelt werden muss, nachhaltig und lässt insgesamt am Begriffsverständnis der Betriebskostenumlage zweifeln. Das ist aus Vermietersicht eine absolut vermeidbare Problematik. Denn zumindest grundsätzlich ist gegen die Umlage von insbesondere etwa *Wartungskosten* von Klimaanlage nichts einzuwenden.³⁹

Passend zu dieser Thematik der zu weit geratenen Sammelbezeichnungen hatte sich der Bundesgerichtshof in den vergangenen 15 Monaten mehrfach

³⁹ Menck, ZMR 2023, 165 ff.

abgestuft mit Rauchwarnmeldern zu befassen und der Umlage der mit ihnen i.w.S. verbundenen Kosten. Zusammengefasst sind nach den jüngsten Entscheidungen, die dies sehr gut veranschaulichen, die Kosten der *Wartung* von Rauchwarnmeldern als sonstige Betriebskosten im Sinne von § 2 Nr. 17 BetrKV grundsätzlich umlagefähig,⁴⁰ nicht dagegen die Kosten der Anmietung solcher Geräte.⁴¹ Ebenso wenig ist der spätere Austausch solcher Geräte übrigens Grundlage einer Modernisierungsmieterhöhung.⁴² Dabei stellt der Bundesgerichtshof insbesondere bzgl. der Anmietungskosten darauf ab, dass diese Kosten der Sache nach als verkappte Anschaffungskosten nicht unter die Definition von § 1 Abs. 1 BetrKV fallen. Umgekehrt ließ er keine definitorische „Rückanleihe“ von Anmietungskosten bei den benannten Einzeltatbeständen der § 2 Nr. 1 – 16 BetrKV zu, obwohl darin vereinzelt die "Kosten der Anmietung" bestimmter Geräte beziehungsweise das "Nutzungsentgelt" hierfür aufgeführt sind.⁴³ Die Begründung ist ebenso prägnant wie überzeugend, denn diese Einzeltatbestände nennen eigentlich systemfremde, aber insbes. politisch gewollte Ausnahmen, die wiederum nicht zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe taugen.

Zwar hatte der Bundesgerichtshof entsprechende Klauseln in den beiden Rauchwarnmelder-Entscheidungen im Jahr 2022 vordringlich nur daraufhin untersucht, ob überhaupt umlagefähige Betriebskosten betroffen waren, nicht dagegen, ob die Transparenz der Klauseln jeweils unzureichend war (immerhin lässt der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 05.10.2022 erkennen, dass er die Klausel über die Umlage der „Kosten des Betriebs von Brandschutz- und Brandmeldeanlagen“ ausreichen lässt, um darin auch die Kosten der regelmäßigen Wartung von Rauchwarnmeldern zu erblicken. Allerdings war diese Klausel tatsächlich auch nicht nur gegenständlich bezogen, sondern betraf den „Betrieb“; diskutabler ist dabei eigentlich, dass darunter auch die Wartung verstanden wird). Hätte der Vermieter jedoch die Klausel verwandt: „Der Mieter trägt die Kosten der Rauchwarnmelder“, also lediglich gegenständlich angeknüpft, so könnte man die Klausel – möglicherweise – für hinreichend transparent erachten, weil prima vista nur die Kosten der Anmietung und/ oder der Wartung in Betracht kommen.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 5. Oktober 2022 – VIII ZR 117/21 –, juris

⁴¹ BGH, Urteil vom 11. Mai 2022 – VIII ZR 379/20 –, juris.

⁴² BGH, Urteil vom 24. Mai 2023 – VIII ZR 213/21 –, juris.

⁴³ BGH, Urteil vom 11. Mai 2022 – VIII ZR 379/20 –, juris.

Doch meines Erachtens ist dies nicht der Fall, denn schon die letztgenannte Entscheidung zeigt, dass die Phantasie der Klauselverwender hinsichtlich der Kosten, die der Mieter tragen soll, ausgesprochen gut entwickelt sein kann. Zudem – und das dürfte entscheidend sein – bei muss man sich bei Vertragsgestaltung und –auslegung stets der Unklarheitenregelung des AGB-Rechts gemäß § 305c Abs. 2 BGB erinnern: Es reicht nicht aus, dass man im Großen und Ganzen eine Klausel im Sinne des Verwenders verstehen kann und vielleicht eine von mehreren Alternativen mehr Sinn macht als eine andere. Vielmehr gilt umgekehrt: wenn eine Auslegungsvariante ernsthaft in Betracht kommt, die aber unwirksam ist, so *muss* die Klausel verwendungsgegnerfeindlich so verstanden werden, so dass sie die feindliche Alternative mint und deswegen (damit i.E. verwendungsgegnerfreundlich) *unwirksam* ist. Schließt mit anderen Worten die Umlageklausel über sonstige Kosten auch Kosten der Verwaltung oder Instandhaltung mit ein, ohne das Verhältnis zu den übrigen Positionen klarzustellen, so droht erheblich die Gefahr, dass der Auslegende nicht mehr feststellen kann, ob vielleicht mit den Betriebskosten im Sinn des Mietvertrages etwas Anderes gemeint ist als mit den Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung. Im Beispiel der „Kosten der Rauchwarnmelder“ wären in der Klausel verschiedene Kosten erfasst, von denen einzelne nicht umlagefähig sind (nämlich die Anmietkosten, wenn nicht gar Modernisierungskosten) und der Klauseltest würde den sogenannten blue-pencil Test nicht bestehen, so dass die gesamte Klausel infiziert und unwirksam wäre

Denkbar ist nun, dass der Klauselverwender gegensteuern möchte und eine Bestimmung einfügt, die dazu Klarheit schaffen soll, etwa:

„Betriebskosten im Sinne des Mietvertrages sind diejenigen im Sinne von § 1 BetrKV“.

Tatsächlich würde eine solche Begriffsbestimmung es erschweren, an der Absicht, die Betriebskosten genau wie in der Betriebskostenverordnung zu definieren. In einem solchen Fall kann zumindest auch eine rein gegenständlich bezogene Klausel, die sich auf die Umlage „der Kosten der ...“ beschränkt, ausreichend sein. Zu raten ist zu einer solchen Regelungstechnik m.E. dennoch nicht. Je nach Fallgestaltung wird ein Gericht vielfach ge-

neigt sein, ein solche allgemeine Bestimmung durch die konkretere ausgehebelt anzusehen. Sinnvoller erscheint es daher allemal, sich in der Umlageklausel der jeweiligen Kostenart „sonstiger Kosten“ nicht darauf zu beschränken, die Kostenart und das Objekt zu nennen, sondern die umzulegende Leistung zu beschreiben (s.u.). Insoweit kann am ehesten vermieden werden, dass die Klausel auch Verwaltungskosten und Instandhaltungskosten einschließt.

Ansonsten ist die reine Bezugnahme auf ein Objekt im Zweifel unzureichend, wenn nicht im Zusammenhang mit dem Bezugsobjekt/ der Kostenart der Sache nach unproblematisch umlagefähige Kosten anfallen.

3. Spezifikation über die rein leistungsbezogene Beschreibung

Spiegelbildlich zu vorangegangenen Fallgruppe ist eine Anknüpfung denkbar nicht an dem Objekt, sondern nur der reinen Tätigkeit, die umgelegt wird, wenngleich das zunächst merkwürdig anmutet. Es geht gegebenenfalls darum, dass das Bezugsobjekt der Leistung – wenn überhaupt – nur pauschal bzw. generalisierend umschrieben wird, stattdessen eine Leistung genannt wird. Solchen Klauseln gemein ist im Grunde noch stärker als bei den objektiv anknüpfenden Klauseln, dass sie gewissermaßen „in der Luft hängen“, dementsprechend nur selten wirksam sein werden. Der Verwender mag sich davon versprechen, sich die Option offen zu halten, auch nachträglich Objekte auszutauschen oder zu erweitern.

Es kann die Klausel z.B. lauten:

„Der Mieter trägt die Kosten der Wartung [ggflls. aller technischen Anlagen].“

„Der Mieter trägt ferner jegliche Inspektions- und Prüfungskosten.“

Die rein tätigkeitsbezogene Begriffsbestimmung ist wie bereits die Beispiele illustrieren noch problematischer als die objektbezogene Klausel. Auf die Spitze getrieben würden die o.g. Klauseln auch die Kosten der Inspektion und Wartung des Autos des Vermieters einschließen, jedenfalls aber auch die Wartung von Anlagen, die ausschließlich anderen Mietern zugewiesen und, und damit jeglichen Bezug zum Mietgebrauch verlassen. Wirksame

rein tätigkeitsbezogene Klauseln sind insoweit nur schwer denkbar. Die Umlage „sämtlicher Wartungskosten“ befand dennoch das OLG Frankfurt für wirksam. M.E. ist mangels Transparenz der Formulierung abzulehnen (s.o.).⁴⁴

Selbst, wenn die Klausel das Objekt der Wartung immerhin allgemein umschreibt, kann auch dies problematisch werden. Die Umlage der Kosten der „Wartung und Instandhaltung aller technischen Einrichtungen einschließlich der Kosten des Betriebes“, erklärte der Bundesgerichtshof in einem Gewerberaummietvertrag allerdings nicht mangels Transparenz für unwirksam, sondern mangels Begrenzung auf den dem konkreten Mieter zuzuordnenden Mietgebrauch.⁴⁵ Dass die Klausel bezogen auf die Wartung aller technischen Anlagen an sich hinreichend transparent gewesen wäre, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen, diese Frage wurde darin nicht angesprochen.

4. objektliche bzw. leistungsbezogene Mischbezeichnungen

Zwischen den oben genannten Formulierungs- bzw. Kombinationsmöglichkeiten existieren auch gewisse Mischformen, in denen schlagwortartig sowohl Kostenart als auch Leistung zusammengefasst sind. Dies ist weniger leicht als eine Differenzierung zu erkennen, in der Sache aber weniger problematisch,

Beispiele:

„Der Mieter trägt die Kosten des Brandschutzes des Gebäudes“⁴⁶

Der Mieter trägt die Kosten der Bewachung des Gebäudes“⁴⁷

„Der Mieter trägt die Kosten der Beschilderung/Werbungskosten.“⁴⁸

„Der Mieter trägt die Kosten der Vor-Ort-Betreuung.“⁴⁹

⁴⁴ Menck, ZMR 2023, 165, [175 f.] entgegen OLG Frankfurt, Urteil vom 16.10.2015 – 2 U 216/14, juris.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 26. September 2012 – XII ZR 112/10 –, juris, ebenso BGH, Versäumnisurteil vom 10. September 2014 – XII ZR 56/11 –, juris.

⁴⁶ Im Einzelfall verneinend LG Hamburg, Urteil vom 28. Mai 2013 – 316 S 90/12 –, juris.

⁴⁷ KG Berlin, Beschluss vom 2. Mai 2022 – 8 U 90/21 –, juris

⁴⁸ Vgl. hierzu KG Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2022 – 8 U 50/21 –, juris.

⁴⁹ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 5. April 2022 – 3 U 144/20 –, juris.

Schlagworten wie „Bewachung“, „Brandschutz“ oder „Beschilderung“ ist gemein, dass zusammengefasst in einem einzigen Substantiv sowohl Aspekte der Kostenart als auch der gemeinten Einzelkosten enthalten sind. Das KG etwa hatte für ein Gewerbeobjekt keine Bedenken, dem Schlagwort „Bewachung“ zu entnehmen, dass Wachschutz rund um die Uhr gemeint ist einschließlich erheblicher Lohnkosten. Hier dürften sich schematische Lösungen dazu, ob diese Formulierung grundsätzlich Transparenz herstellen kann, verbieten, es kann auf formulierungstechnische Nuancen ankommen.

Das LG München prüfte insoweit das Beispiel der Umlage von Kosten des Wach- und Sicherheitsdienstes,⁵⁰ hatte insoweit zwar keine Transparenzbedenken, differenzierte jedoch danach, ob im konkreten Einzelfall Verwaltungskosten inkludiert seien und verneinte insoweit der Sache nach Betriebskosten. Die Folge für die Vertragsgestaltung sollte sein, die umlagefähige Leistungen des Wachdienstes genauer zu beschreiben, um dieser Gefahr bei der Auslegung zu begegnen.

Das OLG Brandenburg verwarf den Begriff der „Vor-Ort-Betreuung“ dagegen unter Transparenzgesichtspunkten mangels möglicher Ableitbarkeit aus den Begriffen der BetrKV. Das dürfte für diese Schlagwortbezeichnung grundsätzlich Zustimmung verdienen.

Ein weiteres interessantes Beispiel der Transparenzkontrolle bietet insoweit die Entscheidung des KG vom 01.12.2022⁵¹ zur Kostenposition „Beschilderung/Werbungskosten“. Das KG befand eine solche Umlageklausel betreffend Werbebeschilderung eines Einkaufszentrums für unwirksam. Die Klausel verstieß nach Ansicht des KG gegen das Transparenzgebot. Auch hier knüpft die Klausel gegenständlich (an den Schildern) an, liegt allerdings auf der Grenze zur Nennung einer Leistung/ Einzelkostenposition, denn auch der substantivischen Formulierung ist letztlich immanent, dass es um das *Aufstellen und Unterhalten* von Werbe- und Hinweisschildern geht (so auch das KG, das zudem rügt, dass die im konkreten Mietvertrag vorgesehene Kostenobergrenze die Beschilderung außen vor ließ und die Kosten daher unkalkulierbar wurden). Neben anderen Erwägungen stellte das KG jedoch darauf ab, dass weil die Position dem Mieter Kosten für die Werbe- und

⁵⁰ LG München I, Urteil vom 17. April 2019 – 14 S 15269/18 –, juris

⁵¹ KG Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2022 – 8 U 50/21 –, juris

Hinweisbeschilderung *auch außerhalb des Gebäudes auferlege*, ohne dass bestimmt wird, in welchem Radius außerhalb des Gebäudes die Werbe- und Hinweisbeschilderung erfolge. Insoweit sei für den Mieter in keiner Weise die Höhe der auf ihn zukommenden Kosten für die Anbringung und Unterhaltung derartiger Werbe- und Hinweisschilder vorhersehbar, weil diese letztlich in ganz Berlin bzw. in dem ganzen Bundesgebiet und in jeglichem Ausmaß angebracht bzw. aufgestellt werden könnten. Dem ist sicherlich schon deshalb zuzustimmen, weil diese für einen Individualvertrag vielleicht eher fernliegende Auslegung von § 305c BGB vorgegeben ist: die Klausel erfasst Auslegungsalternativen, die ernsthaft in Betracht kommen und bei Anwendung den Gegner unangemessen beachteiligen.

Plastisch illustriert die Entscheidung des KG, dass die Beschreibung der abrechenbaren Leistung sorgfältig durchdacht sein sollte, um solche Ausreißer zu vermeiden. Dringend zu empfehlen ist dem Vertragsgestalter, die gedankliche Gegenprobe daraufhin anzustellen, ob die Formulierung auch Verwaltungs- oder Instandhaltungskosten einschließt und wenn ja, ist eine Konkretisierung in der Leistungsbeschreibung angezeigt.

5. Spezifikation von Kostenart und konkret zu bezahlender Leistung

Den vorgenannten Beispielen ist wie gezeigt gemein, dass sie sich auf eine klare Beschreibung nur entweder der Kostenart oder der Einzelkosten/ Leistung beziehen, aber keine Kombination der Erläuterung enthalten.

Will man den vorgenannten Unklarheiten aus dem Wege gehen, so ist zweifelsohne der sicherste Weg, die Regelungstechnik der benannten Kostentatbestände der BetrKV nachzuahmen und sowohl eine an das jeweilige Bezugsobjekt anknüpfende Kostenart zu benennen und zusätzlich die umzulegenden Leistungen/ Einzelkosten zu beschreiben.

Beispiele:

Der Mieter trägt

... „die Kosten der Wartung der Rauchwarnmelder, was sowohl die regelmäßige Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit umfasst als auch die Kosten der Einstellung durch eine Fachkraft.“

oder

... „die Kosten der Eingangskontrolle zum Objekt durch einen Concierge-/Pförtnerdienst.“

Man mag es auch insoweit gegebenenfalls nicht übertreiben. Klauseln, die zu sehr ins Detail gehen, helfen weder Verwender, noch Verwendungsgegner und werden meist der Umlage möglichst vieler Kosten zu dienen bestimmt sein. So lauert dann umso mehr der innerliche Widerspruch bei der Verwendung des Betriebskostenbegriffs der BetrKV.

Im Beispiel der o.g. Entscheidung des OLG Brandenburg hat der Senat im Ergebnis offengelassen, wie dort in der Klausel genannten Beispiele für Einzelkosten der „Vor-Ort-Betreuung“ sich auf die Transparenz der Klausel auswirken, denn er verneinte die Zulässigkeit der Umlage wegen darin möglicherweise enthaltenen Umlagen von Instandhaltungskosten des Gesamtobjekts ohne Begrenzung der Höhe nach.⁵²

Weiteres Beispiel:

„Der Mieter trägt alle Kosten der Wartung der Rauchwarnmelder einschließlich des Batteriewechsels, der Sichtkontrolle, der Überprüfung auf äußerliche Beschädigungen, einer manuellen Funktionsüberprüfung, der Reparatur schadhafter Geräte und der entsprechenden Arbeitsleistungen des Hauswarts.“

Auch diese Klausel benennt die Kostenart und beschreibt die Leistungen, macht aber zweifelhafte Anleihen bei den Hauswartskosten, die an sich in § 2 Nr. 14 BetrKV definiert sind. Zusammen mit der Erfassung der Reparatur schadhafter Geräte enthält die Klausel Verwaltungs- sowie Instandsetzungskosten, dürfte also insbesondere bei Wohnraummiete unwirksam sein.

Die Beispiele illustrieren, dass speziell die Kostenarten, die Instandhaltungsanteile enthalten können, von der Leistung her so genau beschrieben werden müssen, dass Missverständnisse ausscheiden.

⁵² Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 5. April 2022 – 3 U 144/20 –, juris.

6. Transparenzgebot und „Allheilmittel“ der Kostenobergrenze?

Mitunter trifft man in der Rechtsprechung auf Entscheidungen sowie in der Kommentarliteratur auf Fundstellen, denen die Auffassung zugrunde liegt, eine Kostenobergrenze im Mietvertrag sei erforderlich, wo insbesondere etwa die Kosten der Wartung umgelegt sind.⁵³ Ob dem zuzustimmen ist, erscheint in dieser Allgemeinheit fraglich. Allein für die hier zu untersuchende Frage ist zumindest festzuhalten, dass dies jedenfalls nicht das Mittel der Wahl sein kann und sollte, um in einer Klausel eine ohne solche Deckelungen fehlende Transparenz herzustellen. Denkbar wäre ansonsten eine pauschale Klausel der Art wie:

„Der Mieter schuldet alle Wartungskosten bis zu einer Obergrenze von 12,5% der Jahresnettomiete“.

Das kann man in Geld an sich ausrechnen, würde mithin bei der Kontrolle der Jahresabrechnung vor allem prüfen, ob der vertragliche „Kostendeckel“ überschritten ist und ob Maßnahmen zugrunde liegen, die sachlich „Wartung“ sind. Das hat jedoch meines Erachtens nur bedingt mit Transparenz einer Umlagevereinbarung zu tun, sondern gerät in die Nähe einer verkappeten Wartungskostenpauschale. Könnte eine Kostenobergrenze dagegen *stets* Transparenz in dem Sinne herstellen, dass allein dadurch zwangsläufig dem Mieter ein „grobes Bild“ von den auf ihn zukommenden Kosten vermittelt wird, würde dies m.E. die Auslegungsgrundsätze zu § 2 Nr. 17 BetrKV aushebeln. Denn warum sollte man überhaupt noch verlangen, „sonstige Kosten“ im Vertrag zu „benennen“, wenn sie ohnehin der Höhe nach begrenzt sind und der Mieter also immer das „worst case“ Szenario ausrechnen kann? Meines Erachtens ist der Zweck einer Kostenobergrenze somit nicht generell das Mittel der Wahl zur Herstellung von Transparenz, wenn sie ansonsten fehlt. Der Bundesgerichtshof hat dieses Mittel vielmehr dort als eine denkbare Methode der Vertragsgestaltung gebilligt, wo die Begrenzung einer Belastung des Mieters mit Kosten geboten ist, die – eigentlich – nicht seinem Mietgebrauch, sondern nur dem Mietobjekt im Allgemeinen zuzuordnen sind. Denn wenn auch insbesondere im Gewerberaummiet-

⁵³ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 5. April 2022 – 3 U 144/20 –, juris. In diese Richtung auch Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl. 2021, § 556 BGB Rdn. 846a.

recht möglich ist, dem Mieter Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung aufzuerlegen, so findet doch die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild im Sinne von § 307 BGB dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird.⁵⁴ Damit werden dem Mieter auch Kosten übertragen, die nicht durch seinen Mietgebrauch veranlasst sind und die nicht in seinen Risikobereich fallen. Ihm werden dadurch, dass er die gemeinschaftlich genutzten Flächen und Anlagen in dem bei Mietbeginn bestehenden, in der Regel gebrauchten Zustand vorfindet, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Die Transparenz fehlt mithin wegen der für den Mieter nicht kalkulierbaren Teile außerhalb seines Mietgebrauchs. Doch dürfte das eher eine spezielle Konstellation sein. Zu Recht etwa lehnt das KG die Forderung nach einer Kostenobergrenze für „Bewachungskosten“ ab.⁵⁵

Hingegen wird man anderen Entscheidungen entnehmen können, dass eine Kostenobergrenze nicht etwa zu einer ansonsten recht vagen Leistungsbeschreibung nötig ist. So hat der Bundesgerichtshof insbesondere etwa die Umlage von „Verwaltungskosten“ in der Gewerberaummiete für zulässig erachtet und die zusätzliche Deckelung durch eine Kostenobergrenze für unnötig erachtet.⁵⁶

Kann im Einzelfall das grobe Bild retten, muss aber seinerseits hinreichend klar bezüglich der Bezugnahme sein.

Fazit

Formularmäßige Umlagevereinbarungen bezüglich sonstiger Betriebskosten müssen in besonderer Weise dem Erfordernis der Transparenz gerecht werden.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 26. September 2012 – XII ZR 112/10 –, juris; BGH, Versäumnisurteil vom 10. September 2014 – XII ZR 56/11 –, juris Rdn. 22; vgl. auch BGH, Urteil vom 6. April 2005 – XII ZR 158/01 –, juris. KG Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2022 – 8 U 50/21 –, juris;

⁵⁵ KG Berlin, Beschl. uss vom 2. Mai 2022 – 8 U 90/21 –, juris

⁵⁶ BGH, Urteil vom 3. August 2011 – XII ZR 205/09 –, juris.

Wenngleich die instanzgerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung bislang nicht nach diesen Komponenten differenziert, lässt sich aus ihre doch der Schluss ziehen, dass die Transparenz einer die Einzelkosten/Leistungen nicht beschreibenden Formularklausel im Zweifel zu verneinen sein wird.

Insoweit reicht in aller Regel weder eine schlagwortartige Benennung der Kostenart, noch des bloßen Bezugsobjekts der Leistungen aus.

Erforderlich, in der Regel aber auch ausreichend sind Beschreibungen von sowohl dem Bezugsobjekt als auch der jeweiligen Leistungen, damit der Mieter sich ein grobes Bild von den auf ihn zukommenden Einzelkosten machen kann.

Köln, den 24.08.2023

(Stephan Menck)