



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Auch das noch!

**Betriebskostenrecht für Vermieter und
Asset – Manager in der Gewerberaummiete**

Dr. Ulrich Leo
Hamburg

Fall 1/1:

Im im Jahr 2019 auf 20 Jahre abgeschlossenen Gewerberaummietvertrag zwischen V und M ist eine Betriebskostenvorauszahlung in Höhe von 500.- € vorgesehen. Diese Zahlung war ursprünglich ausreichend. Mittlerweile sind die Kosten jedoch gestiegen, sodass sich jedes Jahr eine Nachzahlung von circa 6.000.- € ergibt. Der Vertrag sieht keine Regelung zur Anpassung der Vorauszahlungen vor.

Fall 1/2:

V bittet daher M bei Abrechnung für das Jahr 2022 um eine Erhöhung der Vorauszahlung auf monatlich 1.000.-€. M passt seinen Dauerauftrag entsprechend an.

Bestehen Probleme?

Lösung zu Fall 1/1:

Das OLG Brandenburg (OLG Brandenburg BeckRS 2020, 17761) ist in der entsprechenden Konstellation von einer Schriftformzerstörung ausgegangen. Es spricht manches dafür, dass dies zutreffend ist. Denn das Kündigungsrecht des § 543 BGB wird durch die Höhe der Betriebskostenvorauszahlungen beeinflusst.

Dies ist für den durch das Schriftformerfordernis vor allen Dingen geschützten potenziellen Erwerber des Vermieters von besonderer Bedeutung.

Lösung zu Fall 1/2:

Hinweis: Da das Schriftformerfordernis nur für Vereinbarungen der Parteien gilt (BGH NZM 2018, 515 Rn. 20), ist die Schriftform gewahrt, wenn der Mietvertrag das einseitige Recht des Vermieters zur Erhöhung der Vorauszahlungen vorsieht und der Vermieter hiervon in beliebiger Form Gebrauch macht.

Fall 2:

Treuerzig (T) mietet bei Immobilienhai (I) langfristig Gewerberaum an. Bei einer monatlichen Vorauszahlung auf die Nebenkosten von 5000,00 € ergibt die sachlich und rechnerisch richtige Betriebskostenabrechnung für das erste Mietjahr einen Nachzahlungsbetrag von 450.000,00 €.

T ist wütend. Wäre ihm die tatsächliche Höhe der Nebenkosten bekannt gewesen, hätte er das Objekt keinesfalls angemietet. Er verweigert daher die Nachzahlung. I fackelt nicht lange und zieht vor Gericht.

Wie wird die Entscheidung ausfallen?

Lösung zu Fall 2/1:

Der Bundesgerichtshof (BGH NZM 2004, 619; 2010, 123) steht auf dem Standpunkt, dass hohe Nachzahlungsbeträge grundsätzlich weder zu einer außerordentlichen Kündigung noch zu einer Zahlungsverweigerung berechtigen (vgl. a. OLG Köln, GuT 2008, 31; OLG Rostock, ZMR 2009, 527). Denn es sei Sache des Vermieters, ob er den Nebenkostenverbrauch seiner Mieter vorfinanziert oder zumindest auskömmliche Vorauszahlungen verlangt. Nur wenn der Vermieter auf entsprechende Nachfrage wahrheitswidrig oder ins Blaue hinein erklärt, die angesetzten Nebenkostenvorauszahlungen seien auskömmlich oder aber die Vorauszahlungen bewusst

Lösung zu Fall 2/2:

niedrig ansetzt, um den ansonsten nicht vertragsbereiten Mieter zu ködern, soll etwas anders gelten. Der diesbezügliche Nachweis dürfte in aller Regel nicht gelingen.

Großzügig zu Gunsten des Mieters ist insoweit das KG (KG, ZMR 2007, 963), das bei Gesprächen über die Höhe der endgültigen Kosten den Vermieter zur Festlegung von auskömmlichen Vorauszahlungen je nach Lage des Einzelfalls verpflichtet sieht.

Lösung zu Fall 2/3:

Mieterseits kann man sich daher nur schützen, indem man sich entweder vor Vertragsabschluss die Auskömmlichkeit schriftlich bestätigen oder eine entsprechende Passage in den Mietvertrag aufnehmen lässt. Auf Vermieterseite muss man hierbei beachten, dass ein Großteil der Betriebskosten von dem Verhalten des Mieters (Heizkosten etc.) abhängt und entsprechende Vorbehalte vorsehen.

Fall 3/1:

Im Formularvertrag des V, den er auch mit M abgeschlossen hat, ist bezüglich der Umlage der Betriebskosten u.a. Folgendes vorgesehen:

„Sämtliche Nebenkosten des Nahversorgungszentrums, insbesondere alle Kosten des Betriebes und der Instandhaltung der technischen Anlagen werden von allen Mietern anteilig getragen. Nebenkosten werden in ihrer tatsächlich nachgewiesenen Höhe ohne Beschränkung auf die in der Anl. 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung aufgeführten Kosten auf die Mieter umgelegt. Insbesondere sind dies die Kosten für:

Fall 3/2:

...

- Versicherungen“

Im Rahmen eines Rechtsstreits über den Betriebskostenabrechnungssaldo für das erste Mietjahr vertritt M die Auffassung, eine Umlage der Kosten für Versicherungen sei nicht wirksam vereinbart.

Wie ist die Rechtslage?

Lösung zu Fall 3/1:

Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, NZM 2013, 85) verstößt die Umlagevereinbarung gegen das Transparenzgebot und ist damit unwirksam.

Die Klausel sei inhaltlich unklar, weil sie dem Mieter keine Anhaltspunkte dafür bietet, im Rahmen seiner wirtschaftlichen Kalkulation Art und Höhe der möglicherweise auf ihn zukommenden Versicherungskosten abschätzen zu können.

Lösung zu Fall 3/2:

Zur Ausfüllung des im Vertrag verwendeten Versicherungsbegriffes könne nicht auf die in § 2 Nr. 13 BetrKV enthaltene Definition zurückgegriffen werden. Zwar stehe einer Heranziehung dieser für die Wohnraummiete geltenden Regelwerke als Hilfsmittel zur Bestimmung umlegbarer Kosten nicht grundsätzlich entgegen, dass sie für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind. Im vorliegenden Fall scheide ein Auslegungsrückgriff auf die genannten Bestimmungen allerdings aus, denn unabhängig davon, dass sich die maßgeblichen Regelungen in der II. Berechnungsverordnung bzw. in der BetrKV nicht allgemein zu Versicherungskosten, sondern nur

Lösung zu Fall 3/3:

zu einer Definition der Kosten für die Sach- und Haftpflichtversicherung verhalten, sei eine Beschränkung der auf den Mieter umzulegenden Versicherungskosten auf die Kosten der in Nr. 13 gesetzlich definierten Versicherungen nach der eindeutigen Formulierung in den Einleitungssätzen zu § 8/II Nr. 1 des Mietvertrages ausgeschlossen werden sollte.

Die Versicherungskosten können daher nicht umgelegt werden.

Fall 4/1:

V ist nach dem Mietvertrag mit M berechtigt, Verwaltungskosten umzulegen. Auf Grundlage eines mit einer Verwaltungsgesellschaft abgeschlossenen Verwaltungsvertrags rechnet Kosten in Höhe von 6 % der Kaltmiete ab.

M ist der Auffassung, hiermit verstoße V gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot und behauptet ohne weitere Beweisangebote oder Sachvortrag, entsprechende Leistungen könne man für 2 % der Kaltmiete erlangen. Es sei Sache des Vermieters, die Unvermeidlichkeit der Kosten im Prozess darzulegen und zu beweisen.

Fall 4/2:

Wie hat Richterin Barbara Salesch diesen Fall zu entscheiden?

Lösung zu Fall 4/1:

Das Wirtschaftlichkeitsgebot bedeutet auch nach Auffassung des OLG Rostock (OLG Rostock, BeckRS 2013, 07305 m.w.N. der BGH - Rechtsprechung), dass der Vermieter angehalten ist, im Rahmen eines gewissen Ermessensspielraums möglichst wirtschaftlich vorzugehen. Das Gebot bezeichnet nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, BeckRS 2015, 01431) die auf Treu und Glauben beruhende vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, den Mieter nur mit Nebenkosten zu belasten, die erforderlich und angemessen sind.

Lösung zu Fall 4/2:

Er müsse bei allen Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht nehmen. Dabei sei auf einen wirtschaftlich vernünftigen Vermieter abzustellen, der das Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge behält (OLG Rostock, BeckRS 2013, 07305).

Rechnet der Vermieter die das Wirtschaftlichkeitsgebot übersteigenden Betriebskosten gegenüber dem Mieter ab, verletze er seine vertragliche Nebenpflicht (BGH, BeckRS 2015, 01431).

Lösung zu Fall 4/3:

Eine Verletzung dieser Pflicht durch den Vermieter kann zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters führen, der sich auf dessen Freihaltung von den unnötigen Kosten richte. Aus dieser Einordnung folge nach allgemeinen Grundsätzen, dass der Mieter, der wegen einer solchen Pflichtverletzung Ansprüche erhebt, die Darlegungs- und Beweislast für ein pflichtwidriges Verhalten des Vermieters und den Eintritt eines Schadens trägt. Dabei dürfen einerseits die Anforderungen an die dem Mieter obliegende Darlegung der Umstände, die für einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot sprechen, nicht überspannt werden.

Lösung zu Fall 4/4:

Insbesondere dürfen die Anforderungen an die Darlegung nicht so weit gehen, dass sie das Gericht von der Richtigkeit der behaupteten Tatsache bereits überzeugen müssen. Auf der anderen Seite genügt es für die Darlegung einer Nebenpflichtverletzung des Vermieters noch nicht, wenn der Mieter die Angemessenheit und Üblichkeit der Kosten nur bestreitet oder lediglich pauschal behauptet, dass die betreffenden Leistungen zu überhöhten Preisen beschafft worden seien. Vielmehr ist von ihm die Darlegung zu erwarten, dass gleichwertige Leistungen nach den örtlichen Gegebenheiten zu einem deutlich geringeren Preis zu beschaffen gewesen wären.

Lösung zu Fall 4/5:

Nur dann kann dem Vermieter, dem bei der Auswahl seiner Vertragspartner ein Ermessensspielraum zuzugestehen ist, eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden (BGH, BeckRS 2015, 01431).

Nach Maßgabe dieser Grundsätze reicht der Vortrag des M nicht aus, um den Anspruch des Vermieters auf Zahlung der Verwaltungskosten zu Fall zu bringen.

Fall 5/1:

V beauftragt Sie wie in jedem Jahr, den Saldo aus der Betriebskostenabrechnung gegenüber Conan dem Querulator (Q) geltend zu machen. Q ist Hobbyjurist und eifriger Leser aller Informationsdienste für gewerbliches Mietrecht. Schon in den vergangenen Jahren hat er sie mit allen nur denkbaren Argumenten bepflostert. Diese haben Ihnen jeweils eine Höllenarbeit gemacht. Am Ende kam es zu Gerichtsverfahren und nach langen Beweisaufnahmen zur vollumfänglichen Verurteilung des Q.

Fall 5/2:

Sehen Sie eine Möglichkeit, diesen Unerquicklichkeiten dieses Mal zumindest im ersten Aufschlag zu entgehen?

Lösung zu Fall 5/1:

Wie der BGH (BGH, NZM 2015, 44) für die Wohnraummiete und für die Gewerberaummieta das KG (KG, ZMR 2011, 116; Both, NZM 2007, 156, 158 f; a.A. Blank, NZM 2000, 1083, 1084) entschieden haben, können die Salden aus Betriebskostenabrechnungen im sog. Urkundenprozess geltend gemacht werden.

In dieser besonderen Verfahrensart kann Beweis nur durch Urkunden, etwa dem Mietvertrag und der Betriebskostenabrechnung, geführt werden. Wenn die Abrechnung formell ordnungsgemäß ist, wird Q zunächst mit „Vorbehaltssurteil“ zur Zahlung verurteilt.

Lösung zu Fall 5/2:

Er kann dann im sog. Nachverfahren versuchen, sich mit seinen Einwendungen durchzusetzen.

Zugabe/1:

V vermietet mit seinem Mustermietvertrag, über den er nie verhandelt, eine Büroimmobilie an M. Der Mietvertrag sieht die Ausführung der auf seinem Mietgebrauch beruhenden Maßnahmen der Instandhaltung und Instandhaltung in dem ihm exklusiv überlassenen Räumen durch M vor. Das Objekt ist fünf Jahre alt und in gleicher Weise wie von M von dem Vormieter während dieser Zeit genutzt worden. M erhält die Räume in bezugsfertigen Zustand. Eine ganze Reihe von Verschleißteilen im Innern der dem M zum exklusiven Gebrauch überlassenen Räume hat eine durchschnittliche Lebenserwartung von 10 Jahren.

Zugabe/2:

Es ist daher kein Wunder, dass sich nach fünf Jahren der Nutzung durch M während des nach wie vor laufenden Mietverhältnisses ein nicht unerheblicher, auch kostenträchtiger Aufwand für Instandhaltung und Instandsetzung ergibt.

Ist M zur Durchführung entsprechender Maßnahmen verpflichtet?

Lösung/1:

Der Richter am BGH Guhling (Guhling, NZM 2019, 457, 462) hat darauf verwiesen, dass nach der Rechtsprechung des BGH die Ausführung von Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung nebst Kostentragung dem Mieter im von ihm exklusiv genutzten Bereich nur insoweit aufgebürdet werden kann, wie die Maßnahmen auf **seinem** Mietgebrauch beruhen oder **seiner** Risikosphäre zuzuordnen sind. Er dürfe daher durch einschlägige Klauseln nicht dazu verpflichtet werden, (ohne entsprechende Kompensation) den von seinem Vormieter verursachten Verschleißanteil zu übernehmen.

Lösung/2:

Diesen Anforderungen wird die Klausel nicht gerecht, sodass schon aus diesem Grund eine Unwirksamkeit droht. Das OLG Frankfurt (OLG Frankfurt BeckRS 2020, 30715) hat sich den Bedenken angeschlossen und eine entsprechende Klausel in Vermieter AGB als unwirksam angesehen.