

Zu den Grenzen der Umlage von Betriebskosten in der Geschäftsraummiete

von Elmar Streyll, Vorsitzender Richter am Landgericht Krefeld

I. Bestimmtheitsgebot

1. Einfache Betriebskostenüberwälzungsklauseln
2. Ein Beispiel aus der Praxis: Unterhaltskosten für ein Kunden-WC
3. Ausdrücklicher Ausschluss der BetrKV
4. Verwaltungskosten
5. Instandsetzungskosten

II. Benachteiligungsverbot

1. Verwaltungskosten
 - a. Unwirksamkeit wegen ausschließlichem Vermieterinteresse?
 - b. Angemessenheit durch Kostengrenzen
2. Instandsetzungskosten
 - a. Kostengrenzen
 - b. Zusätzliche Grenzen
 - c. Anforderungsprofil für eine wirksame Überwälzung
 - d. Vereinbarkeit mit der BGH-Rechtsprechung

Über Betriebskosten bei der Geschäftsraummiete könnte man fast unendlich viel berichten. Nur wenig ist allerdings anders als bei der Wohnraummiete. Die Bereiche, bei denen es relevante, über Detailfragen hinausgehende Unterschiede gibt, sind schnell umrissen. Hierzu gehören einmal die Konsequenzen, die sich aus der Nichtgeltung der Fristenregelungen in § 556 III BGB (Abrechnungsfrist und Einwendungsfrist, die beide Ausschlussfristen sind) ergeben¹ sowie die umsatzsteuerrechtliche Behandlung der Betriebskosten². Die damit zusammenhängenden Fragen sind für die Praxis weitgehend geklärt und sollen deshalb hier nicht weiter behandelt werden.

Ungeklärt sind aber - im Gegensatz zur Wohnraummiete - viele, auch grundsätzliche Fragen zu den Anforderungen an eine Umlagevereinbarung und insbesondere an das zulässige Ausmaß der Umlegung von Betriebskosten auf einen Geschäftsraummieter. Um diese Fragen wird es im Folgenden gehen.

Der Mieter muss Betriebskosten nur bezahlen, wenn dies vereinbart wurde. Das ergibt sich für die Geschäftsraummiete aus der grundsätzlichen Pflicht des Vermieters zur Tragung der Lasten des Mietobjekts in § 535 I 3 BGB³, für die Wohnraummiete zusätzlich aus § 556 I BGB. Es muss sowohl vereinbart werden, dass der Mieter überhaupt Betriebskosten zu tragen hat, als auch, welche Kosten konkret umgelegt werden sollen⁴.

Die Krux jeder Umlagevereinbarung liegt darin, dass der Begriff der Betriebskosten unscharf ist. Es gibt zwar eine gesetzliche Definition in § 556 I 2 BGB, die derjenigen in § 1 BetrKV entspricht. § 556 BGB gilt aber nur bei der Wohnraummiete, da § 578 BGB hierauf nicht verweist⁵; die BetrKV ist ein Regelwerk des geförderten Wohnungsbaus. Das Gewerbemietrecht muss also im Ansatz einen eigenen Betriebskostenbegriff definieren. Das stellt einerseits erhöhte Anforderungen an die Umlagevereinbarung, andererseits sind die Parteien - auch wegen des Fehlens eines Abweichungsverbots wie in § 556 IV BGB - freier bei dem, was umgelegt werden soll und wie dies zu geschehen hat. Individualvertraglich sind dieser Freiheit kaum Grenzen

¹ S. BGH, NZM 2010, 240.

² Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 Rdn. 372; Herrlein, NZM 2013, 409, 417.

³ BGH, NZM 2012, 608 Rdn. 13; Häublein in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 535 Rdn. 144. Zu abweichenden Ansichten s. bei Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 838.

⁴ BGH, NZM 2012, 608 Rdn. 13/14.

⁵ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 13. Differenzierend Lehmann-Richter ZMR 2012, 837/838.

gesetzt; bis zur Sitten- Gesetzes- und Treuwidrigkeit scheint alles erlaubt⁶. Diese Grenze soll hier nicht näher ausgelotet werden, da die Praxis von Formularverträgen geprägt ist. AGB-rechtlich hat die Freiheit ihre Grenze insbesondere im Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB, weiterhin im Überraschungsverbot des § 305c I BGB und im allgemeinen Benachteiligungsverbot des § 307 I 1, II BGB.

Auf das Überraschungsverbot gehe ich nicht näher ein, es spielt bei der Betriebskostenumlage meiner Erfahrung nach keine besondere Rolle. Das ist anders beim Transparenzgebot (in seiner konkreten Ausprägung als Bestimmtheitsgebot) und insbesondere beim Benachteiligungsverbot. Die Formularpraxis ist noch von älterer Rechtsprechung geprägt. Früher schien hier der Satz zu gelten: In der Gewerbemiete ist alles erlaubt! Diese Zeiten scheinen mir vorbei zu sein. Viele Klauseln dürften wegen neuerer Rechts- bzw. Rechtsprechungsentwicklungen nur eingeschränkt aufrecht zu erhalten sein⁷.

I. Bestimmtheitsgebot

Auch wenn die BetrKV im Gewerbemietrecht nicht unmittelbar anwendbar ist, hat sie dennoch großen Einfluss. Denn es ist anerkannt, dass sie auch hier als Auslegungshilfe bei der Bestimmung des genauen Gehalts einer Betriebskostenart dienen kann⁸. Wenn etwa nur schlagwortartig in einer vertraglichen Auflistung die Umlegung der Kosten für einen Hauswart vereinbart ist, kann eine Abgrenzung der umlegbaren von den nicht umlegbaren Kosten an Hand der Regelung in § 2 Nr. 14 BetrKV erfolgen⁹. Wenn aber die BetrKV im Gewerbemietrecht als Auslegungshilfe dienen kann, dann können die Mietvertragsparteien zur näheren Bestimmung der umlagefähigen Betriebskosten auch pauschal auf die BetrKV¹⁰ verweisen bzw. bei älteren Verträgen auf deren Vorgänger, die Anlage 3 zu § 27 II. BV¹¹.

⁶ Reichelt/Gauger, ZfIR 2012, 48, 52.

⁷ Ähnlich Häublein in MünchKommBGB (6. Aufl.) § 535 Rdn. 113.

⁸ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 19/20 und 13; OLG Jena, NZM 2002, 70 m.w.N.

⁹ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 19.

¹⁰ Jedenfalls auf § 2 Nr. 1 - 16 BetrKV; die sonstigen Betriebskosten gem. Nr. 17 müssen konkret bezeichnet werden.

¹¹ Diese Möglichkeit des Verweises auf die BetrKV zur näheren Konkretisierung des Betriebskostenbegriffs ist für die Praxis eigentlich geklärt (s. nur Schmid in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 556 Rdn. 17 m.w.N.); es wird allerdings die Auffassung vertreten, letztlich müsse der EuGH die Frage klären, weil das Transparenzgebot in § 307 I 2 BGB auf einer EU-Richtlinie beruhe (s. weitergehend Heinrichs, NZM 2003, 6, 12).

1. Einfache Betriebskostenüberwälzungsklauseln

Fraglich ist allerdings, ob die bloße Vereinbarung der Umlage von Betriebskosten ohne nähere Auflistung oder Bezeichnung oder ohne ausdrücklichen Verweis auf die BetrKV wirksam ist. Beispiel: „Der Mieter trägt die anteiligen Betriebskosten.“

Als Individualvereinbarung wäre eine solche Regelung nur dann unwirksam bzw. ins Leere gehend, wenn man ihr durch Auslegung keinen sinnvollen Inhalt geben könnte. Das ist nicht der Fall, im Gegenteil, der Kern, die Umkehrung der Lastenregelung in § 535 I 3 BGB ist erkennbar und als Konkretisierung drängt sich die Anwendung der BetrKV als Auslegungshilfe geradezu auf - und zwar solange alternativlos, um eine beliebte Regierendenwendung zu benutzen, wie es keine Anhaltspunkte auf einen konkret abweichenden Willen der Parteien gibt.

Bei einer formularvertraglichen Umlagevereinbarung ist allerdings das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB zu beachten, wonach AGB-Klauseln klar und verständlich sein müssen. In seiner hier interessierenden Ausprägung als Bestimmtheitsgebot besagt es, dass der Klauselverwender (i.d.R. der Vermieter) den Klauselinhalt möglichst weitgehend zu konkretisieren hat, so dass der Vertragspartner (der Mieter) seine Rechte und Pflichten dem Vertragstext mit größtmöglicher Bestimmtheit entnehmen kann; Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Klausel sind möglichst eindeutig und nachvollziehbar darzustellen, so dass keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen¹². Der BGH¹³ misst dem Transparenzgebot bei der Abwälzung von Betriebskosten auf den Mieter besondere Bedeutung zu, weil dieser die Angemessenheit und Marktgerechtigkeit der von ihm zu zahlenden Miete nur dann verlässlich zu beurteilen in der Lage ist, wenn er sich anhand einer ausdrücklichen und inhaltlich genügend bestimmten Umlagevereinbarung zumindest ein grobes Bild davon machen kann, welche zusätzlichen Kosten neben der Grundmiete auf ihn zukommen können.

Die Frage, ob eine einfache Umlageklausel gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt, stellt sich bei Wohnraum- und Gewerbemiete gleichermaßen. Ein Verstoß gegen das

¹² Wurmnest in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 307 Rdn. 59.

¹³ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 10.

Bestimmtheitsgebot wird in beiden Fällen von der wohl h.M. bejaht¹⁴, eine einfache Umlageklausel also für unwirksam gehalten. Zunächst dürfte eine Gleichbehandlung beider Vertragsarten geboten sein. Beide Mietergruppen verfügen gleichermaßen über Erfahrungen mit der Miete und der Umlegung von Betriebskosten; es gibt keinen Wissensvorsprung des unternehmerisch Handelnden gegenüber dem Wohnungsmieter. Entscheidend gegen die h.M. und damit für eine Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes sprechen m.E. drei Umstände: Einmal ist das Wissen darüber, welche Betriebskosten umlegbar sind, weit verbreitet; es stimmt mit dem überein, was die BetrKV als umlegbar vorsieht¹⁵. Zum zweiten wäre es widersprüchlich, wenn man - wie dargestellt - die BetrKV als Auslegungshilfe bei der Inhaltsbestimmung einzelner Betriebskostenarten heranzieht, nicht aber als Auslegungshilfe zur Bestimmung des Betriebskostenbegriffs. Schließlich gäbe es Wertungswidersprüche zur Auslegung des Begriffs der Schönheitsreparaturen; dort ist es anerkannt zur Konkretisierung das Gesetz (§ 28 IV 2 II. BV) heranzuziehen¹⁶.

Ob die Klausel „Der Mieter trägt die Nebenkosten“ ähnlich zu behandeln ist, hängt davon ab, wie man das Verständnis des Begriffs der „Nebenkosten“ bei dem Durchschnittsmieter beurteilt. Versteht er ihn synonym mit Betriebskosten, dann ist er auch transparent, die Klausel wirksam. Das würde meinem Empfinden, meiner Erfahrung und meinem eigenen Sprachgebrauch entsprechen¹⁷; ich muss aber konzedieren, dass ich hier möglicherweise dem unzulässigen Schluss von mir auf andere unterliege.

2. Ein Beispiel aus der Praxis: Unterhaltskosten für ein Kunden-WC

Der Bestimmtheitsgrundsatz spielt nicht nur bei der Umlage der Betriebskosten insgesamt eine Rolle, sondern kann bei jeder Betriebskostenposition relevant werden. Auf der sicheren Seite ist man, wenn man sich auf die nach der BetrKV umlegbaren Betriebskostenarten beschränkt und auf den dort genannten Katalog verweist oder

¹⁴ Für eine Unwirksamkeit bei der Wohnraummiete: Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 556 Rdn. 78; Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 Rdn. 36 m.w.N. Offen lassend m.w.N.: BGH, NZM 2008, 608 Rdn. 17. Dagegen: Schmid in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 556 Rdn. 18. Für eine Unwirksamkeit bei der Gewerbemiete: Flatow InfoM 2012, 266 m.w.N.; OLG Schleswig, Urteil vom 10.02.2012, Az.: 4 U 7/11; OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 109. Dagegen: KG NZM 2008, 128; OLG Jena NZM 2002, 70.

¹⁵ Ähnlich Schmid in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 556 Rdn. 18.

¹⁶ So auch Lehmann-Richter WuM 2012, 647, 648.

¹⁷ A.A. Lehmann-Richter WuM 2012, 647, 648.

ihn wörtlich in den Vertrag übernimmt. Probleme kann es geben, wenn der Vermieter von der BetrKV abweichend oder über sie hinausgehend umlegen will.

Ein Beispiel hierzu aus meiner jüngeren Praxis: In § 6 des Mietvertrages war die Umlage der Betriebskosten durch Verweis auf die BetrKV geregelt und zusätzlich handschriftlich eingetragen „WC Kosten“. In § 28 (Sonstige Vereinbarungen) stand zusätzlich (wiederum handschriftlich) Folgendes: „Die Kosten des WC im Tiefgeschoss werden zu 50 % vom Mieter getragen. Dazu gehören u.A.: Noch erforderliche Einrichtung (Papierhalter, Abfallbehälter, Seifenspender und Anderes), laufende Unterhaltskosten.“ Es handelte sich um ein Eiscafé, das nicht über eine Kundentoilette verfügte, die Kunden mussten vielmehr die Toilette im Tiefgeschoss benutzen; die anderen Gewerbemieter verfügten über eigene Kundentoiletten.

Bei einer Individualvereinbarung würde man wohl wegen des Hinweises auf WC-Kosten in § 6 des Vertrages bei der Auslegung zu dem Ergebnis gelangen, dass der Begriff Unterhaltskosten in § 28 gleichbedeutend mit dem Begriff Betriebskosten ist und dass damit gemeint sind die Betriebskosten gem. der BetrKV für einen Raum außerhalb der eigentlichen Mietfläche, nämlich das WC im Tiefgeschoss. Bei einer Formularklausel könnte man die Klausel wegen fehlender Bestimmtheit für unwirksam halten, weil nicht mit der notwendigen Sicherheit feststellbar ist, an welchen Kosten der Mieter sich zu beteiligen hat. Es wurde nicht der Begriff Betriebskosten, sondern der Begriff Unterhaltskosten verwendet, was beispielsweise auch Instandsetzungskosten und Verwaltungskosten einschließen kann. Nach der Unklarheitenregel des § 315c II BGB ist zu Lasten des Vermieters von der weitergehenden Bedeutung auszugehen.

3. Ausdrücklicher Ausschluss der BetrKV

Ist im Mietvertrag ausdrücklich geregelt, dass die BetrKV nicht gelten soll, dann darf sie nicht als Auslegungshilfe für einzelne vereinbarte Betriebskostenarten herangezogen werden mit der Folge, dass der Inhalt der umlegungsfähigen Kosten unklar werden und die entsprechende Klausel wegen Intransparenz unwirksam werden

kann¹⁸. Entschieden hat das der BGH für den Begriff der Versicherung, der ohne Eingrenzung auf bestimmte Versicherungsarten verwendet worden war¹⁹. Wenn im Mietvertrag also bei gleichzeitigem Ausschluss der BetrKV nur geregelt ist, dass die Kosten für „Versicherung“²⁰ oder für „übliche Versicherung“²¹ vom Mieter zu tragen sind, dann ist das unwirksam und der Vermieter kann gar keine Versicherungskosten umlegen.

4. Verwaltungskosten

Das Transparenzgebot spielt auch bei der Umlage von Verwaltungskosten bzw. bei den Kosten für das Center-Management eine Rolle. Anders als bei der Wohnraummiete ist bei der Gewerbemiete eine Überwälzung von Verwaltungskosten in AGB nicht gesetzlich²² ausgeschlossen. Sie ist nach der Rechtsprechung des BGH weder überraschend, wenn sie in einer Betriebskostenaufstellung (und nicht irgendwo sonst im Mietvertrag²³) enthalten ist, noch ist der Begriff "Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung" intransparent, weil auf die Definition in § 1 II Nr. 1 BetrKV zurückgegriffen werden kann²⁴; ohne Angabe der konkreten Höhe sind aber nur die ortsüblichen, notwendigen Kosten umlegbar²⁵. Sind die Verwaltungskosten im Vertrag nicht näher bestimmt, sondern - wie geschildert - mit Hilfe der Definition in § 1 II Nr. 1 BetrKV zu ermitteln, so können andere Verwaltungskosten, als sie sich aus der BetrKV ergeben, nicht umgelegt werden, auch wenn sie in dem Gewerbeobjekt tatsächlich angefallen sind²⁶.

Die Formulklausel eines Gewerberaummietvertrages, die dem Mieter eines Ladenlokals in einem Einkaufszentrum als Nebenkosten zusätzlich zu den Kosten der "Verwaltung" nicht näher aufgeschlüsselte Kosten des "Center-Managements" gesondert auferlegt, ist allerdings intransparent und daher unwirksam, weil es keine

¹⁸ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 10.

¹⁹ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 13.

²⁰ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 12.

²¹ BGH, NZM 2005, 863 (865).

²² In der Wohnraummiete folgt das grundsätzliche Verbot aus § 1 II Nr. 1 BetrKV; bei einzelnen Betriebskostenarten gibt es aber besondere Regelungen, die die Umlage bestimmter, bei dieser Betriebskostenart anfallenden Verwaltungskosten erlauben, so z.B. in § 2 Nr. 2 BetrKV (Heizkostenverteilung).

²³ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 17.

²⁴ BGH, NZM 2010, 123; BGH, NJW 2012, 54; BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 23.

²⁵ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 12.

²⁶ BGH, NJW 2012, 54.

allgemein anerkannte Definition bzw. Eingrenzung des Tätigkeitsbereichs des Centermanagers gibt und die Kosten für den Mieter nicht einmal im Groben abschätzbar sind²⁷. Klauseln, mit denen die Kosten für ein „Center-Management“ auf die Mieter umgelegt werden, dürften aber dann einer AGB-rechtlichen Kontrolle standhalten, wenn aufgeschlüsselt wird, welche einzelnen Leistungen von dieser Kostenposition erfasst sind²⁸. Ist die Umlage der Kosten des „Center-Managements“ unwirksam, wird dadurch die Wirksamkeit einer Übertragung von Kosten der „Verwaltung“ nicht berührt, wenn der Begriff der „Verwaltung“ ausdrücklich neben dem Begriff des „Center-Managements“ Verwendung findet, da die Klausel dann nach ihrem Wortlaut immer noch aus sich heraus verständlich ist und sich sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt²⁹.

Ähnliches wie für die Kosten des „Center-Managements“ gilt für die Kosten, die mit dem Beitritt zu einer Werbegemeinschaft eines Einkaufszentrums verbunden sind³⁰. Auch hier folgt aus dem Transparenzgebot, dass die Kosten für den Mieter wenigstens im Groben bestimmbar sein müssen; andernfalls ist eine von der gesetzlichen Grundregel abweichende Übernahme von Kosten durch den Mieter nicht zu rechtfertigen³¹. Die Kosten wären für den Mieter hinreichend bestimmbar, wenn etwa ein bestimmter Prozentsatz von der Miete vereinbart würde oder wenn eine Höchstgrenze festgeschrieben würde³². Soweit eine Vertragsklausel vorsieht, der Mieter müsse der als GbR organisierten Werbegemeinschaft beitreten, ist das wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos gem. § 307 I 1 BGB unwirksam³³.

5. Instandsetzungskosten

Auch Instandsetzungskosten sind - genau wie Verwaltungskosten - Betriebskosten im weiteren Sinn³⁴. Dem scheint zwar zunächst § 1 II BetrKV zu widersprechen, der regelt, dass Verwaltungs- und Instandsetzungskosten nicht zu den Betriebskosten gehören. Die Vorschrift war für die Wohnraummiete aber nur deshalb nötig, weil sich

²⁷ BGH, NJW 2012, 54; BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 14.

²⁸ Günter, WuM 2012, 587, 594; OLG Rostock, NZM 2005, 507.

²⁹ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 27.

³⁰ BGH, NJW 2006, 3057 Rdn. 15.

³¹ BGH, NJW 2006, 3057 Rdn. 15.

³² BGH, NJW 2006, 3057 Rdn. 15.

³³ BGH, NJW 2006, 3057.

³⁴ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 17; Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837. Kritisch Schmid ZMR 2011, 341, 343.

Verwaltungs- und Instandsetzungskosten ohne Weiteres unter den allgemeinen Betriebskostenbegriff des § 1 I BetrKV hätten subsumieren lassen, da es sich ebenfalls um laufend entstehende Kosten der Grundstücksbewirtschaftung handelt. Deren Umlage auf den Wohnraummieter war aber nicht gewollt, was Niederschlag in § 1 II BetrKV gefunden hat. Selbst wenn man § 1 II BetrKV aber nicht als Ausnahme, sondern als Klarstellung begreifen würde³⁵, so handelte es sich bei den Instandsetzungskosten doch jedenfalls um Bewirtschaftungskosten, die den Betriebskosten so nahe stehen³⁶, dass sie bei den Wertungen des AGB-Rechts diesen gleichzustellen sind.

Die Überwälzung der Instandsetzungskosten auf den Mieter ist jedenfalls bei der Vermietung gewerblich oder industriell genutzter Räume (nicht so sehr bei der Büroraummiete) verbreitete Praxis. Häufig wird zwischen Instandsetzung und Instandhaltung unterschieden. Ersteres soll die Reparatur und Wiederbeschaffung umfassen, letzteres in Anlehnung an § 28 I der II. BerechnungsVO³⁷ Maßnahmen zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen³⁸. Diese Unterscheidung erscheint aber - jedenfalls nicht mehr - tragfähig³⁹. Denn die gegenüber der II. BerechnungsVO neuere BetrKV definiert in ihrem § 1 II Nr. 2 den Instandhaltungs- und Instandsetzungsbegriff einheitlich⁴⁰. Selbst wenn dem nicht so wäre, würden die aus den Begriffen herleitbaren Unterschiede so feinsinnig sein, dass es - ohne nähere Erläuterung und Abgrenzung - kaum dem Transparenzgebot genügen würde, wenn an sie unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft würden. Deshalb sollte die Unterscheidung aufgegeben und beide Worte synonym für die Beseitigung von Mängeln an der Substanz der Mietsache oder ihrer Teile⁴¹ verwendet werden. Im Folgenden wird der Begriff der Instandsetzung verwendet.

³⁵ So wohl Schmid, ZMR 2011, 341, 343.

³⁶ S. Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 Rdn. 91.

³⁷ BGH, NZM 2005, 863.

³⁸ BGH, NZM 2005, 863 (für die Gewerbemiete); Fallak, ZMR 2013, 161; Reichelt/Gauger, ZfIR 2012, 48, 49.

³⁹ Ebenso Wolf in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummietsache, 3. Aufl., Kap. 13 Rdn. 182.

⁴⁰ BGH, NJW 2007, 1356 Rdn. 10: „...es handelt sich dabei um weitgehend inhaltsgleiche Begriffe.“

⁴¹ So BGH, NJW 2007, 1356 Rdn. 10.

Zwei Grundmodelle der Überwälzung sind auseinanderzuhalten: Entweder werden dem Mieter die Instandsetzungspflichten direkt übertragen; er hat also die Instandsetzung selbst durchzuführen oder durchführen zu lassen. Oder der Vermieter nimmt die Instandsetzung vor und gibt die Kosten an den Mieter weiter. An die Wirksamkeit von Überwälzungsklauseln beider Formen sind in der Geschäftsraummiete - anders als in der Wohnraummiete - identische Anforderungen zu knüpfen. Denn in der Wohnraummiete scheitern sog. Vornahmeklauseln an § 536 IV BGB, weil das Unterlassen einer Reparatur zu einem Minderungsausschluss führen könnte. Das Verbot des § 536 IV BGB gilt bei der Gewerbemiete nicht und es macht m.E. für den Mieter keinen entscheidenden Unterschied, ob er selbst die Instandsetzung durchführen und bezahlen muss oder ob er nur die Kosten einer vom Vermieter veranlassten Reparatur zu tragen hat⁴². Vornahmeklauseln haben für den Mieter zwar den Vorteil, dass er die Kostenkontrolle hat, anstatt sich bei einer bloßen Kostenklausel auf schwierig zu beweisende Verstöße gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot stützen zu müssen⁴³. Dem steht aber gegenüber, dass der Mieter das Vertragsrisiko des Instandsetzungsauftrags bzw. der Eigeninstandsetzung trägt und dass sein Minderungsrecht unmittelbar betroffen ist, wenn er nicht unverzüglich repariert bzw. reparieren lässt; außerdem können sich aus einer verzögerten oder mangelhaften Reparatur Schadensersatzansprüche des Vermieters ergeben⁴⁴.

Letztlich geht es bei der Überwälzung von Instandsetzungslasten immer um eine Verlagerung des Kostenrisikos vom Vermieter auf den Mieter. Weil das - ähnlich wie bei den Verwaltungskosten - so ist, sind an die Zulässigkeit von Überwälzungsklauseln (gleichgültig, ob Kosten- oder Vornahmeklauseln) ähnliche Anforderungen zu stellen wie an die Zulässigkeit von Klauseln, mit denen die Verwaltungskosten umgelegt werden. Das bedeutet für die Einhaltung des Transparenzgebots, dass der Mieter jedenfalls im Groben erkennen können muss, mit welcher Kostenbelastung er zu rechnen hat bzw. welche Instandsetzungsmaßnahmen er auszuführen hat. Hieran dürften die meisten Vornahmeklauseln scheitern, weil die Grenzen der Kostenbelastung (zu deren Notwendigkeit später) bei einer Eigenreparatur durch den Mieter kaum abstrakt zu regeln sind. Die Orientierung an einem fiktiven Marktwert der Leis-

⁴² A.A. Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 841.

⁴³ So Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 841.

⁴⁴ Reichelt/Gauger, ZfIR 2012, 80, 84.

tung würde dem Mieter die mit vertretbarem Aufwand kaum zumutbare Ermittlung eines solchen Marktwertes abfordern.

Eine in der Praxis übliche Überwälzungsklausel sieht vor, dass der Mieter die Instandsetzungskosten im Inneren der Mieträume trägt. Derartige Klauseln benachteiligend den Mieter - wie unten noch ausgeführt wird - jedenfalls dann unangemessen gem. § 307 I 1 BGB, wenn die Instandsetzungspflicht auch für anfängliche oder drittverursachte Mängel gilt. Die wegen des Benachteiligungsverbots notwendigen Ausnahmen müssen nach dem Transparenzgebot ausdrücklich in der Klausel erwähnt sein; soweit der BGH in einem älteren Urteil aus dem Jahr 1987⁴⁵ anklingen ließ, eine Beschränkung auf mieterverursachten Instandsetzungsbedarf ergebe sich aus einer Auslegung der Überwälzungsklausel⁴⁶, dürfte das mit den heutigen Anforderungen an das Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB nicht mehr vereinbar sein⁴⁷.

II. Benachteiligungsverbot

Die zweite wesentliche Grenze für die Umlegung von Betriebskosten ist das Verbot der unangemessenen Benachteiligung in § 307 I 1 BGB. Ob eine unangemessene Benachteiligung vorliegt ist durch eine umfassende Interessenabwägung zu ermitteln, ein angemessener Ausgleich der beiderseitigen Interessen ist anzustreben⁴⁸. Wo die Grenze zwischen noch angemessen und schon unangemessen im konkreten Fall verläuft, ist oftmals schwer auszumachen. Man kann vielleicht sagen, dass unangemessen das ist, was die relevanten Verkehrskreise⁴⁹, auf deren Sicht abzustellen ist⁵⁰, überwiegend als unangemessen empfinden. Das bringt aber letztlich auch nicht weiter, weil es zu derartigen Fragen kaum empirische Befunde gibt. Deshalb kommt es im praktischen Leben darauf an, ob der Richter, der über die Klausel zu entscheiden hat, sie für angemessen hält. In der schönen Theorie urteilt er natürlich nicht nach eigenem Gutdünken, sondern versucht sich in die beteiligten Kreise

⁴⁵ BGH, NJW-RR 1987, 906.

⁴⁶ BGH, NJW-RR 1987, 906: „erkennbar nur für den Fall, daß der Zustand des Mietobjekts sich durch Gebrauch verändert oder verschlechtert“

⁴⁷ So auch Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 Rdn. 69; Wolf in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 13 Rdn. 190.

⁴⁸ Wurmnest in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 307 Rdn. 31, 33.

⁴⁹ Hier sind natürlich die Kreise beider Vertragsparteien einzubeziehen; außerdem kann es zwingende Wertungen geben, die unabhängig von der Meinung der beteiligten Verkehrskreise zur Unangemessenheit führen.

⁵⁰ Wurmnest in MünchKommBGB, 6. Aufl., § 307 Rdn. 38

einzuendenken. Das gelingt mehr oder weniger gut. Interessanterweise gibt es hier oft Wechselwirkungsprozesse: Was ursprünglich nicht allgemein akzeptiert war, wird es nach einem Richterspruch, und umgekehrt.

Als Ausgangspunkt für eine Angemessenheitsüberprüfung bei der Überwälzung von Betriebskosten auf den Mieter scheint sich § 307 II Nr. 1 BGB anzubieten. Danach ist im Zweifel unangemessen, was mit einem wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist. § 535 I 3 BGB, wonach der Vermieter grundsätzlich auch die Betriebskosten für das Objekt trägt, ist allerdings nicht so ein Grundgedanke. Das ergibt sich zwanglos aus § 556 I BGB, der die Überwälzung der Betriebskosten auf den Mieter erlaubt. Zwar handelt es sich um eine Vorschrift des Wohnraummietrechts; wegen des dort stark ausgeprägten Mieterschutzes kann man aber im Wege des Erst-Recht-Schlusses sagen, dass eine Betriebskostenüberwälzung auch in der Geschäftsraummiete erlaubt sein muss⁵¹. § 535 I 3 BGB ist danach nicht so sehr ein gesetzliches Leitbild⁵², sondern eine Zweifelsregelung für den Fall, dass die Parteien keine Vereinbarung über die Tragung der Betriebskosten treffen. Anders ist das bei § 535 I 2 BGB. Die Vorschrift besagt, dass der Vermieter die Mietsache während der Mietzeit in vertragsgrechtem Zustand zu erhalten hat; sie regelt damit die Sachgefahr⁵³. Eine ausdrückliche gesetzliche Gestattung der Überwälzung der Sachgefahr gibt es - anders als in § 556 I BGB für die Betriebskosten - nicht. Eine solche Regelung widerspräche auch dem Charakter der Miete als vorübergehender Nutzungsüberlassung. Nur wer ein endgültiges Recht an einer Sache erwirbt, ist für sie auch vollständig verantwortlich einschließlich der damit verbundenen Verschlechterungsrisiken. Die Sachgefahr trägt nach dem gesetzlichen Leitbild der Miete also der Vermieter⁵⁴.

Das sind die Grundüberlegungen. Weiterhin ist eine Grenze gut bekannt: Alles, was in der Wohnraummiete erlaubt ist umzulegen, ist auch in der Geschäftsraummiete erlaubt⁵⁵. Das zulässige Ausmaß der Überwälzung hat in der Wohnraummiete nämlich der Gesetzgeber bestimmt und der eben erwähnte Erst-Recht-Schlusses gilt

⁵¹ Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 839 m.w.N.

⁵² So aber etwa Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 556 Rdn. 1.

⁵³ Wolf in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 13 Rdn. 190 m.w.N., der allerdings den Begriff Erhaltungsrisiko für vorzugswürdig hält.

⁵⁴ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 17.

⁵⁵ Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 839.

nicht nur für das Ob der Umlage, sondern auch für das Mindestmaß des Zulässigen. Jenseits dieser Grenze, die durch den Inhalt der BetrKV bestimmt wird, fangen aber die Probleme an, weil für jede über die BetrKV hinausgehende Umlagevereinbarung eine Angemessenheitsprüfung gem. § 307 I 1 BGB vorzunehmen ist⁵⁶.

Wie Lehmann-Richter⁵⁷ nämlich überzeugend dargelegt hat, sind Betriebskostenumlageklauseln nicht der Inhaltskontrolle entzogen. Mit ihnen wird zwar auch der Preis für die Nutzung der Mietsache geregelt, allerdings ist jede Betriebskostenumlage mit einer Änderung von Rechtsvorschriften verbunden, was gem. § 307 III 1 BGB die Klauselkontrolle eröffnet. Für die in der BetrKV aufgeführten Kostenpositionen folgt das aus § 535 I 3 BGB, wonach der Vermieter die Lasten der Mietsache (dazu gehören die Betriebskosten) trägt. Für Instandsetzungspflichten folgt das aus § 535 I 2 BGB, wonach der Vermieter die Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand zu halten hat. Für die Verwaltungskosten folgt das aus der Rechtsprechung des BGH zu Preisnebenabreden, die dann nicht kontrollfrei sind, wenn allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, abgewälzt werden⁵⁸. Denn das, was herkömmlich mit dem Begriff der Verwaltung des Mietobjektes verbunden wird (nämlich die „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“)⁵⁹, liegt ausschließlich im unmittelbaren Interesse des Vermieters⁶⁰. Dem Mieter wird keine echte Gegenleistung geboten⁶¹. Sollte das einmal anders sein, wenn es also um Verwaltungsmaßnahmen geht, die über das herkömmliche Verständnis hinausgehen, weil sie nicht nur dem ausschließlichen Interesse des Vermieters bzw. der Erfüllung eigener Pflichten dienen, kann die Überwälzung kontrollfrei sein. Es muss aber wohl hinzukommen, dass die kontrollfreien Kostenanteile in der Klausel sprachlich und betragsmäßig von den nicht kontrollfreien Anteilen getrennt worden sind.

1. Verwaltungskosten

⁵⁶ S. eingehend, auch zu den Aspekten der Preiskontrolle, Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 838/839.

⁵⁷ Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 839.

⁵⁸ S. etwa BGH, NJW 2011, 1801 Rdn. 26 für Abschlussgebühren einer Bausparkassenklausel; BGH, NJW 2012, 2337 Rdn. 36 für eine Auslagenersatz in einer Sparkassenklausel.

⁵⁹ S. dazu § 1 II Nr. 1 BetrKV, der nach BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 23 zur Auslegung des Begriffs dienen kann.

⁶⁰ Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 838.

⁶¹ S. zu diesem Kriterium bei der Kontrollfähigkeit von Preisnebenabreden: BGH, NJW 2011, 1801 Rdn. 26; BGH, NJW 2012, 2337 Rdn. 36.

Der BGH bejaht eine grundsätzliche Umlagefähigkeit von Verwaltungskosten. Eine ausdrückliche Inhaltskontrolle gem. § 307 I 1 BGB hat er jedoch bisher nicht angestellt⁶². Aus seiner Bemerkung, dass ohne Angabe der konkreten Höhe nur die ortsüblichen, notwendigen Kosten umlegbar sind⁶³, ergibt sich aber mittelbar, dass er einen Verstoß gegen § 307 I 1 BGB nicht annimmt.

a. Unwirksamkeit wegen ausschließlichem Vermieterinteresse?

Lehmann-Richter⁶⁴ ist dieser Sicht mit ganz erheblichen Argumenten entgegengetreten. Er hält eine Überwälzung von Verwaltungskosten grundsätzlich für unangemessen, weil die Verwaltung nur dem Interesse des Vermieters diene und er allein von einer Umlage auf den Mieter profitiere; anders als bei einer Integration der Kosten in die Miete sei bei einer Umlage als Betriebskosten eine Inhaltskontrolle möglich, weil es sich um eine Preisnebenabrede handele. Trotz der zunächst bestechenden Argumentation halte ich das Ergebnis von Lehmann-Richter letztlich nicht für überzeugend, sondern dasjenige des BGH, auch wenn eine Problematisierung wünschenswert gewesen wäre. Es ist aber das Verdienst von Lehmann-Richter, den Finger in die Wunde gelegt zu haben, was hoffentlich in Zukunft zur erleichterten Grenzziehung der noch überwälzbaren Betriebskosten führen wird.

M.E. berücksichtigt Lehmann-Richter bei seiner Interessenabwägung einen wesentlichen Aspekt nicht. Es hat nämlich für den Mieter Vorteile, wenn die Verwaltungskosten ihm gegenüber abgerechnet werden können (allerdings gedeckelt nach dem BGH⁶⁵ auf die ortsüblichen, angemessenen Kosten, was den Anforderungen des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht unähnlich ist), anstatt sie in die Nettomiete einzupreisen. Bei Ersterem muss er nur die tatsächlich angefallenen Kosten bezahlen, bei Letzterem die für die Dauer des Mietverhältnisses kalkulierten Kosten. Sind Verwaltungskosten nicht umlegbar, besteht eine Reaktionsmöglichkeit des Vermieters darin zu versuchen, einen (nicht offen ausgewiesenen) Sicherheitszuschlag durchzusetzen, um spätere Kostensteigerungen aufzufangen. Die Interessenlage ist vergleichbar den Vor- bzw. Nachteilen eines Pauschalpreises gegenüber einem Einheitspreis bei

⁶² So auch Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 838.

⁶³ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 12.

⁶⁴ ZMR 2012, 837, 839/840.

⁶⁵ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 12.

einem Werkvertrag. Der eine mag die sichere Kalkulationsgrundlage der Pauschale (bei der Miete: der eingepreisten Verwaltungskosten), der andere bevorzugt die Chance auf eine Kostenersparnis. Eine weitere Reaktionsmöglichkeit des Vermieters kann darin bestehen, sich vor dem Risiko von Kostensteigerungen durch kürzere Vertragslaufzeiten oder erweiterte Kündigungsmöglichkeiten zu schützen, was dem Interesse des Mieters an einer (zeitlich) verlässlichen Grundlage für den Ort seiner Geschäftsausübung oftmals widersprechen wird.

Das alles sind keine Erwägungen, die exklusiv für die Umlage von Verwaltungskosten gelten. Sie stellen vielmehr die Grundlage bzw. den Ursprung jeglicher Betriebskostenabwälzung dar. Auch wenn das BGB in seiner ursprünglichen Fassung eine Umlage von Betriebskosten nicht kannte, hat sich insbesondere bei der Vermietung von Industriegrundstücken schon früh die verbrauchsabhängige Bezahlung von Energiekosten entwickelt⁶⁶. Das verlagert nicht nur das Risiko von Kostensteigerungen auf den Mieter⁶⁷, es ist gleichzeitig die Voraussetzung dafür, dass der Vermieter zum Abschluss langfristiger Mietverträge bereit ist. Ohne dies kann er die Miete für eine lang andauernde Gebrauchsüberlassung nicht sinnvoll kalkulieren und muss erhebliche Sicherheitszuschläge machen. Das gilt zwar besonders für verbrauchsabhängige Kosten. Aber auch nicht verbrauchsabhängige Kosten unterliegen im Lauf der Jahre oftmals erheblichen und unterschiedlichen Kostensteigerungen. Nur die Kapitalkosten sind weitgehend langzeitstabil.

Diese Interessenlage wird vom Gesetz unterstellt, ja bei der Wohnraummiete sogar ausdrücklich anerkannt durch § 556 I BGB und die BetrKV. Wenn dem aber so ist, dann muss das auch Einfluss auf die Angemessenheitsprüfung gem. § 307 I 1 BGB haben in der Weise, dass wegen der Besonderheiten der Miete als Dauerschuldverhältnis auch solche einseitig nur im Interesse einer Partei (Vermieter) bestehenden (Kostenüberwälzungs-) Regelungen wirksam sind, wenn sie Ausdruck des Grundgedankens der Betriebskostenabwälzung sind, durch Verlagerung des Risikos von Kostensteigerungen den Bestand des Mietverhältnisses zu stabilisieren.

⁶⁶ S. zur Geschichte der Betriebskosten Eisenschmid in Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rdn. 1001.

⁶⁷ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., Rdn. 1006.

Dass Besonderheiten einer bestimmten Vertragsart geeignet sind, auf die Interessenabwägung im Rahmen des § 307 I 1 BGB entscheidenden Einfluss zu nehmen, ist in der BGH-Rechtsprechung anerkannt⁶⁸. Aber nicht nur das, auch der Gesetzgeber erkennt - worauf von Seldeneck⁶⁹ zutreffend hinweist - in der BetrKV die Möglichkeit der Umlage solcher Betriebskosten an, die dem Mieter keinen unmittelbaren (!) Vorteil bieten, sondern augenscheinlich nur dem Interesse des Vermieters dienen. Das ist etwa der Fall bei der Umlage der Grundsteuer und der Versicherungskosten (s. § 2 Nr. 1 und 13 BetrKV).

b. Angemessenheit durch Kostengrenzen

Das alles macht die Überwälzung von Verwaltungskosten bzw. allgemein von Betriebskosten, die nur dem Interesse des Vermieters dienen, nicht per se angemessen gem. § 307 I 1 BGB. Es widerlegt nur das Argument, dass die Umlage von Betriebskosten, die unmittelbar nur dem Vermieter zu Gute kommen, allein deswegen unangemessen ist. Die Unangemessenheit einer Überwälzung kann bei Erweiterung des gesetzlich akzeptierten Umlageumfangs in § 2 BetrKV vielmehr daraus folgen, dass der Vermieter das Kostenrisiko (genauer: das Risiko von Kostensteigerungen) zu stark auf den Mieter verlagert. Denn der Mieter trägt im Ansatz nur das Verwendungsrisiko der Mietsache, das Gewinnrisiko der Vermietung trägt der Vermieter. Wenn dem Vermieter erlaubt wird, das Gewinnrisiko dadurch teilweise zu minimieren, dass er das Risiko von Kostensteigerungen durch Abrechnung konkret entstandener Betriebskosten auf den Mieter abwälzen darf, dann einmal deswegen, weil der Mieter so in den Genuss von Kostensenkungen kommen kann, vor allem aber deswegen, weil der Vermieter nur so bereit sein wird, sich langfristig zu einem festen Nettomietzins zu binden.

Dieser Vorteil rechtfertigt jedoch nicht die Abwälzung des vollen Kostenrisikos. Weil das Gewinnrisiko überwiegend beim Vermieter bleiben muss, müssen Betriebskostenumlagen, die über § 2 BetrKV hinausgehen, (ausdrücklich oder immanent) Kostengrenzen vorsehen. Das können insbesondere Kostenobergrenzen sein, die sich an einem bestimmten Prozentsatz der Miete orientieren.

⁶⁸ BGH, NJW 2011, 1801 Rdn. 42 und 46; BGH, NJW 1991, 2559.

⁶⁹ von Seldeneck, InfoM 2013, 174.

Bei den Verwaltungskosten hält der BGH im Rahmen des Transparenzgebotes ohne Angabe einer konkreten Höhe nur die ortsüblichen, notwendigen Kosten für umlegbar⁷⁰. Das besagt zunächst lediglich etwas darüber, dass der Mieter wissen kann, was auf ihn zukommt. Das besagt nicht zwingend etwas dazu, ob das, was auf ihn zukommen kann, der Höhe nach angemessen ist. Transparenzgebot und Benachteiligungsverbot sind auseinanderzuhalten. Allerdings wird man - nach meinen wirtschaftlichen Kenntnissen - wohl sagen können, dass die Verwaltungskosten eines auf Sparsamkeit und Effizienz („notwendig“) bedachten Kaufmanns einen relativ kleinen und relativ festen Anteil an seinen Kosten ausmachen, so dass der Mieter sowohl vor zu hohen als auch vor stark schwankenden Kosten geschützt sein dürfte. Das Kriterium der „Ortsüblichkeit“ schützt ihn vor der Willkür des Vermieters bei der Ausführung seiner Geschäfte und dadurch bedingten Kostensteigerungen. Beide Kriterien haben starke Verwandtschaft mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot, allerdings hat der Vermieter die Beweislast für die Umlegbarkeit der Kosten, also für die Angemessenheit der Regelung, wohingegen der Mieter die Voraussetzungen einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots in Bezug eine konkret auf ihn umgelegte Kostenposition trägt⁷¹.

2. Instandsetzungskosten

a. Kostengrenzen

Das schon behandelte Transparenzgebot des § 307 I 2 BGB fordert nur die Klarheit einer Regelung, mit der Instandsetzungslasten auf den Mieter abgewälzt werden. Das Benachteiligungsverbot des § 307 I 1 BGB stellt zusätzliche Anforderungen an Instandsetzungsklauseln. Die Angemessenheitsprüfung hat dabei im Ansatz nach denselben Kriterien und Wertungen zu erfolgen wie bei den Verwaltungskosten, insbesondere ist bei der Interessenabwägung also die Vertragssicherheit als Vorteil für den Mieter zu berücksichtigen, die der Vermieter bei der Überwälzung der Instandsetzungskosten eher zu gewähren bereit ist. Jedoch sollte der Angemessenheitsmaßstab tendenziell strenger sein als bei den Verwaltungskosten. Zwar kommt eine Instandsetzung anders als die Verwaltung des Mietobjekts auch unmittelbar dem

⁷⁰ BGH, NZM 2010, 123 Rdn. 12.

⁷¹ S. zur Beweislast beim Wirtschaftlichkeitsgebot Streyll, NZM 2013, 97.

Mieter zu Gute. Dennoch hat die Angemessenheitskontrolle strenger zu sein, weil es wegen der Regelung in § 535 I 2 BGB - wie schon erwähnt und im Unterschied zu den Verwaltungskosten - zum gesetzlichen Leitbild gehört, dass der Vermieter während des Vertrages für die Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands zu sorgen hat und nicht der Mieter⁷²; er trägt die Sachgefahr des Mietobjekts⁷³. Deshalb darf der Vermieter das Kostenrisiko, das mit Instandsetzungen verbunden ist, nicht übermäßig (und schon gar nicht insgesamt) auf den Mieter abwälzen; die Sachgefahr muss überwiegend bei ihm verbleiben. Es müssen vielmehr Kostenbegrenzungen vorgesehen sein. Diese Kostenbegrenzungen orientieren sich sinnvollerweise an der Jahresnettomiete. Es werden Kostenbeteiligungen von ca. 10 % für noch zulässig gehalten⁷⁴; das entspräche in etwa einer Monatsmiete⁷⁵. Ein bloßer Mietnachlass erscheint als Kompensation allein nicht ausreichend, weil Instandsetzungslasten potenziell unabsehbar groß sein können; ein Mietnachlass kann allerdings die Grenze der zulässigen Kostenbeteiligung zu Lasten des Mieters verschieben⁷⁶.

Bei einer Vornahmeklausel muss sich die Kostenbegrenzung - so sie denn transparent regelbar ist - nicht nur auf die Reparaturpflichten als solche beziehen, sondern auch auf etwaige Schadensersatzansprüche des Vermieters wegen verzögerter oder mangelhafter Ausführung⁷⁷, weil der Mieter dieses Risiko bei bloßen Kostenklauseln überhaupt nicht zu tragen hat.

b. Zusätzliche Grenzen

Eine Kostenbegrenzung ist aber nicht die einzige Anforderung, die das Benachteiligungsverbot des § 307 I 1 BGB an Kosten- bzw. Vornahmeklauseln stellt. Es erscheint vielmehr unangemessen, wenn Instandsetzungen oder die Kosten dafür auf den Mieter abgewälzt werden, die keinen Bezug zum Mietobjekt haben; es besteht kein Anlass dafür, den Mieter Vertragsfremdes unmittelbar finanzieren zu lassen.

⁷² BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 17.

⁷³ Wolf in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 13 Rdn. 190 m.w.N., der allerdings den Begriff Erhaltungsrisiko für vorzugswürdig hält.

⁷⁴ Reichelt/Gauger, ZfIR 2012, 48, 53 m.w.N.; Bub, NZM 1998, 789, 793; von Seldeneck, InfoM 2013, 175.

⁷⁵ Fallak, ZMR 2013, 161, 163.

⁷⁶ Reichelt/Gauger, ZfIR 2012, 80, 84.

⁷⁷ Der Mieter hat für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen bei der Ausführung der Reparatur gem. § 278 BGB unbegrenzt einzustehen.

Ein hinreichender Bezug zum Mietobjekt ist im Ansatz nicht vorhanden, wenn Instandsetzungen oder die Kosten dafür auf den Mieter abgewälzt werden, die durch den Gebrauch bzw. sonstiges Handeln des Vermieters oder eines Dritten, der nicht der Sphäre des Mieters zuzurechnen ist (etwa eines anderen, auch früheren Mieters), verursacht wurden (Drittverursachung). Denn der Mieter schuldet die Miete für seine Nutzung bzw. für die Nutzung der ihm zuzurechnenden Personen, nicht für die Nutzung anderer. Das ist der gleiche Gedanke, den der BGH⁷⁸ für die Angemessenheitsprüfung bei der Überwälzung von Schönheitsreparaturen heranzieht.

Anders als dort ist die Abgrenzung der Mieterverursachung von der Drittverursachung im Konkreten allerdings schwierig bis unmöglich. Es werden sich kaum hinreichend sichere Kriterien finden lassen, ob und inwieweit eine alters- bzw. nutzungsbedingte Reparatur auf den jetzigen Mieter oder frühere Mieter zurückzuführen ist; überhaupt wird - anders als bei den Schönheitsreparaturen - die Verursachung durch die Nutzung nur eines Mieters eine seltene Ausnahme sein, weil sich alters- oder witterungsbedingte, aber auch die meisten nutzungsbedingten Verschlechterungen über einen langen Zeitraum hinziehen. Wenn man wegen dieses Problems eine Überwälzung auf den Mieter nicht vollständig scheitern lassen will, bietet sich Folgendes an:

Soweit eine Drittverursachung des Instandsetzungsbedarfs eindeutig festzustellen ist, ist eine Überwälzung auf den Mieter ausgeschlossen. Das ist einmal der Fall bei anfänglichen Mängeln, wenn also schon bei Mietbeginn Reparaturbedarf besteht. Weiter ist das der Fall bei solchem Instandsetzungsbedarf, der während des Mietverhältnisses entsteht und der auf schuldhaftem Handeln bzw. dem vertragswidrigen Gebrauch dritter, nicht dem Mieter zuzurechnender Personen beruht. Damit sind insbesondere Beschädigungen des Mietobjekts oder der Gemeinschaftsflächen bzw. gemeinschaftlichen Anlagen durch Dritte ausgeschlossen.

Soweit sich ein Instandsetzungsbedarf nicht (relativ) eindeutig einem Verursacher zuordnen lässt, wie insbesondere bei alters- und witterungsbedingten oder auf Verschleiß durch vertragsgemäßen Gebrauch beruhenden Reparaturen, geht es um ein

⁷⁸ BGH, NJW 2004, 2586.

allgemeines Instandsetzungsrisiko, das durch die Kostenobergrenze für den Mieter hinreichend beherrschbar erscheint.

Ein hinreichender Bezug zum Mietobjekt dürfte auch dann noch vorhanden sein, wenn die Instandsetzung gemeinschaftliche Anlagen oder Gemeinschaftsflächen betrifft, die der Mieter nicht nur ganz untergeordnet mitbenutzen darf, nicht hingegen dann, wenn es um Flächen geht, die einem anderen Mieter ausschließlich zugewiesen oder dem Vermieter vorbehalten sind. Da bei Gemeinschaftsflächen und gemeinschaftlichen Anlagen der Instandsetzungsbedarf auf den Gebrauch Vieler (auch des Mieters) zurückzuführen ist bzw. eine Instandsetzung Vielen (auch dem Mieter) zu Gute kommt, darf der Mieter nur an einem angemessenen Teil des gesamten Instandsetzungsbedarfs beteiligt werden, etwa ermittelt nach seinem Flächenanteil an den insgesamt vermieteten Flächen. Auf diesen Anteil muss dann zusätzlich die allgemeine, immer geltende Kostengrenze angewendet werden.

c. Vereinbarkeit mit der BGH-Rechtsprechung

Diese Sicht entspricht weitgehend der Rechtsprechung des BGH, der jüngst⁷⁹ seine Rechtsprechung zu diesem Bereich unter fast wortgleicher Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung⁸⁰ wie folgt bestätigt hat:

„Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann nach der Rechtsprechung des Senats bei der Geschäftsraummiete formularmäßig auf den Mieter übertragen werden, soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind. Die zulässige Abweichung vom gesetzlichen Leitbild findet aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen Mietern genutzten Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach auferlegt wird. Denn 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 vorfin-

⁷⁹ BGH, NJW 2013, 41 Rdn. 17.

⁸⁰ BGH, NZM 2005, 863.

det, die Kosten für die Behebung anfänglicher Mängel bzw. bereits vorhandener Abnutzungen durch Reparatur oder Erneuerung überbürdet, deren Höhe für ihn nicht überschaubar ist. Darüber hinaus werden ihm Kosten für Schäden auferlegt, die von Dritten verursacht worden sind, für deren Handeln er keine Verantwortung trägt, so dass auch insoweit ihm nicht zurechenbare und der Höhe nach nicht vorhersehbare Kosten auf ihn übertragen werden. Diese Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrags benachteiligen den Mieter unangemessen; die Übertragung der Erhaltungslast gemeinschaftlich genutzter Flächen und Anlagen ist nur dann wirksam, wenn sie in einem zumutbaren, durch eine Kostenbegrenzung beschriebenen Rahmen erfolgt.“

Zu beachten ist, dass der BGH seine Aussagen nur für Gemeinschaftsflächen bzw. gemeinschaftliche Anlagen getroffen hat; ob die Grenze der Unangemessenheit für die vom Mieter angemieteten Flächen, also das Innere der Mieträume, anders zu ziehen ist, ergibt sich daraus nicht. Dass der BGH bei den eigentlichen Mietflächen evtl. eine großzügigere Sicht hat, könnte sich in der Formulierung

„soweit sie sich auf Schäden erstreckt, die dem Mietgebrauch oder der Risikosphäre des Mieters zuzuordnen sind“

andeuten. Eine großzügigere Sicht wäre m.E. nicht angemessen, vielmehr sollten die Anforderungen an die Überwälzung aller möglichen Arten von Instandsetzungsbedarf grundsätzlich gleich sein, unabhängig davon, ob sie die Mietflächen selbst, Gemeinschaftsflächen oder gemeinschaftliche Anlagen betreffen. Auch bei der Überwälzung von Instandsetzungen für die eigentliche Mietfläche (innerhalb der Mieträume) muss es deshalb - entgegen einer verbreiteten, von Teilen der Rechtsprechung und Literatur gebilligten Praxis⁸¹ - eine Kostenbegrenzung geben. Ohne eine Begrenzung ist die Haftung des Mieters selbst bei Ausschluss von anfänglichen Mängeln und Drittverursachung⁸² potenziell uferlos, er würde für seinen Bereich (das Innere der Miet-

⁸¹ S. die Nachweise bei Wolf in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl., Kap. 13 Rdn. 191 und Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 538 Rdn. 30.

⁸² S. zu den Kriterien Langenberg in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 538 Rdn. 30; Fallak, ZMR 2013, 161, 163.

räume) das volle Risiko von verschuldensunabhängig⁸³ entstandenen Reparaturkosten und damit einen erheblichen Teil der Sachgefahr tragen.

Weiterhin könnten die beiden Urteile des BGH so verstanden werden, dass die Kostengrenze im Rahmen der Angemessenheitsprüfung die einzig notwendige Beschränkung für eine wirksame Überwälzung ist und dass die Erwähnung von Schäden, die außerhalb der Risikosphäre des Mieters verursacht wurden, nur dazu diene, die Notwendigkeit einer Kostengrenze zu begründen. Das ginge nach meinem Ansatz allerdings zu weit. Es gibt auch bei Vorhandensein einer Kostenbegrenzung keinen hinreichenden Grund, dem Mieter die Instandsetzung für etwas aufzubürden, das Dritte oder der Vermieter verursacht haben. Hier fehlt es an jeglichem Mieterbezug. Die Kostengrenze dient - bei Instandsetzungen an Gemeinschaftsflächen und gemeinschaftlichen Anlagen gleichermaßen wie innerhalb der Mieträume - allein dazu, die Überwälzung solcher Instandsetzungen zu beschränken, die nicht eindeutig auf einen Verursacher zurückzuführen sind (z.B. alters- und witterungsbedingte Abnutzung, Verschleiß durch vertragsgemäßen Gebrauch) sowie zur Begrenzung der Sachgefahr in der Person des Mieters.

d. Anforderungsprofil für eine wirksame Überwälzung

Zusammengefasst sind an Instandsetzungsklauseln - gleichgültig, ob Kosten- oder Vornahmeklauseln - folgende Anforderungen zustellen:

- Die Klausel muss transparent sein (für Vornahmeklauseln kaum herstellbar).
- Sie muss eine angemessene Kostenobergrenze für den Mieter vorsehen.
- Sie darf nur für Instandsetzungen an der angemieteten Fläche („innerhalb der Mieträume“) oder an Gemeinschaftsflächen bzw. gemeinschaftlichen Anlagen gelten, bei Letzteren darf nur ein angemessener Anteil der Gesamtkosten auf den Mieter umgelegt werden.
- Es muss ein Ausschluss für Instandsetzungen wegen anfänglicher Mängel vorgesehen sein und für Instandsetzungen, die der Vermieter, andere Mieter,

⁸³ Für von ihm schuldhaft verursachte Instandsetzungen haftet der Mieter auch ohne besondere Überwälzung gem. § 280 BGB.

deren Erfüllungsgehilfen oder sonstige Dritte, deren Verhalten nicht dem Mieter zuzurechnen ist, (schuldhaft oder nicht schuldhaft) verursacht haben.