

Rundschreiben 12/2016

Thema: Begriff der Betriebskosten bzw. Nebenkosten im Mietrecht / Mietrecht

1. Einleitung

Was sind eigentlich Betriebskosten? Was sind Nebenkosten? Sind diese Begriffe im Mietrecht gleichzusetzen? Diesen Fragestellungen wird nachfolgend nachgegangen, da sie grundlegende Bedeutung für die Vertragsgestaltung und die Abrechnung im Mietverhältnis haben.

2. Betriebskosten, Begriffsbestimmung und Abgrenzung

Gemäß § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB hat der Vermieter die Grundstückslasten zu tragen, also auch alle Betriebskosten. Diese Regelung ist allerdings nicht zwingend. Der Vermieter kann im Rahmen des Mietvertrages sowohl durch Individualvereinbarungen, als auch Formularvereinbarungen Betriebskosten/Nebenkosten umlegen. Der Begriff „Nebenkosten“ ist folglich der Oberbegriff.

Der Gesetzgeber hat in den §§ 556, 556a und 560 BGB Rechtsgrundlagen für die Vereinbarung, Abrechnung und Veränderung von Betriebskosten geschaffen.

Bei der Geschäftsraummiete gelten diese Regelungen nicht, da § 578 BGB nicht auf diese Vorschriften verweist.

Die Begriffe „Nebenkosten“ und „Betriebskosten“ werden in der Praxis oft parallel verwandt. Der Ausdruck „Nebenkosten“ hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch bei Vermieter und Mieter eingebürgert. Während jedoch die Nebenkosten sämtliche Bewirtschaftungskosten neben der Grundmiete (Nettomiete) umfassen, handelt es sich bei den Betriebskosten lediglich um einen Teil der Nebenkosten¹.

Nebenkosten (keine Definition im Gesetz/Sprachgebrauch)	
Betriebskosten (§ 556 Abs. 1 BGB; § 1 Abs. 1 BetrKV)	Alle Zahlungen neben Nettokaltmiete (strittig) - Verwaltungskosten - Instandhaltung – Instandsetzung

Der Begriff der Nebenkosten ist mangels gesetzlicher Definition nicht eindeutig. Vereinzelt werden unter dem Begriff der Nebenkosten alle neben der Miete anfallenden regelmäßigen

¹ Stangl, Intensivkurs Betriebskosten, S 9 ff., 1. Auflage 2008

Kosten gemeint, mit den Betriebskosten alle Kosten mit Ausnahme der Heiz- und Warmwasserkosten². Nach wohl überwiegender Auffassung werden unter den Nebenkosten alle finanziellen oder geldwerten Leistungen des Mieters verstanden, die über die Nettokaltmiete hinausgehen³.

Rechtsquelle	Wohnraum	Geschäftsraum
BetrKV	+	-
HeizkostenV	+	+

2.1. Definition Betriebskosten

Der Begriff der Betriebskosten ist im Gegensatz zum Begriff der Nebenkosten gesetzlich definiert. Die Definition findet sich in § 19 Abs. 2 Satz 1 WoFG und wird in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV wiederholt. Mit der Änderung des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB wurde lediglich der Betriebskostenbegriff des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV in den Text übernommen ohne inhaltliche Änderung⁴. Die nachfolgende Definition ist für preisgebundene Wohnungen direkt, für preisfreie Wohnungen über § 556 Abs. 1 BGB verbindlich. Bei der Geschäftsraummieta sind die Begriffe nicht verbindlich mangels Verweis in § 578 BGB.

§ 1 Betriebskosten

(1) Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Sach- und Arbeitsleistungen des Eigentümers oder des Erbbauberechtigten dürfen mit dem Betrag angesetzt werden, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers, angesetzt werden könnte; die Umsatzsteuer des Dritten darf nicht angesetzt werden.

(2) Zu den Betriebskosten gehören nicht:

- 1. die Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht, der Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit, die Kosten für die gesetzlichen oder freiwilligen Prüfungen des Jahresabschlusses und die Kosten für die Geschäftsführung (Verwaltungskosten).*
- 2. die Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen (Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten).*

2.1.1. Grundsätze

Die Regelung spricht nur die Kosten des Eigentümers und des Erbbauberechtigten ausdrücklich an. Sie gelten aber ebenso für den Wohnungseigentümer und den Wohnungserbbauberechtigten. Außerdem ist der Begriff auch für Mietverhältnisse von Bedeutung, bei denen der Vermieter nicht Eigentümer oder Erbbauberechtigter ist, z.B. bei der Untermiete, insbesondere bei der gewerblichen Zwischenvermietung. Bei Mietverhältnissen über Wohnraum ergibt sich dies aus der Verweisung des § 556 BGB auf die

² Langenberg, Betriebskostenrecht, A, Rn. 2

³ Hannemann/Wiek/Emmert, Handbuch des Mietrechts, § 41, Rn. 2; Schmitt, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 1010 f.; Schulz, Gewerberaummieta, S. 111 f.

⁴ Änderung des Textes des § 556 BGB mit dem Föderalismusreform-Begleitgesetz vom 5. September 2006 BGBl.I S. 2098

BetrKV. Bei den sonstigen Mietverhältnissen kann die Anwendung der BetrKV vereinbart werden; beschränkt sich die Umlegungsvereinbarung hierauf, können auch bei der Geschäftsraummiete nur solche Betriebskosten umgelegt werden, die auch für Wohnräume umlagefähig sind.⁵ Der Wegfall des Begriffes der Wirtschaftseinheit in der Regelung bedeutet nach der amtlichen Begründung keine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage.⁶

Die Bildung von Abrechnungs- und Verwaltungseinheiten bleibt nach den bisherigen anerkannten Kriterien zulässig. In der Zwischenzeit hat sich der BGH auch über die Zulässigkeit der Abrechnung nach Wirtschaftseinheiten geäußert, in dem Fall, in dem im Mietvertrag hierzu keine Vereinbarung oder auch nur Hinweise erfolgen. Nach Ansicht des BGH ist eine Abrechnung nach Wirtschaftseinheiten zulässig, sofern mehrere Wohngebäude von Beginn des Mietverhältnisses an durch eine Gemeinschaftsheizung versorgt werden, auch wenn als Mietsache im Mietvertrag nur eines der Gebäude bezeichnet wird⁷.

2.1.2. Kosten des Betriebs

Die Kosten des Betriebs können sowohl **positiv** bestimmt werden, als auch **negativ** von anderen Kosten abgegrenzt werden.

Nimmt man eine **positive Bestimmung** des Betriebskostenbegriffes vor, so gehören Aufwendungen des Vermieters, die entweder durch öffentlich-rechtliche Vorschriften entstehen oder dem Mieter den Gebrauch der Mietsache erst ermöglichen, zu den Kosten des Betriebes. Diese positive Einordnung ist von Bedeutung für die Auslegung der einzelnen Kostenpositionen, wird aber durch diese auch wieder in ihrer Bedeutung eingeschränkt.

Kosten, die in § 2 BetrKV ausdrücklich genannt sind, sind immer Betriebskosten; Kosten, die ausdrücklich ausgenommen sind, können nicht berücksichtigt werden.⁸ Kritisch zu prüfen ist dabei stets § 2 Nr. 17 BetrKV („sonstige Betriebskosten“), der nicht als „Sammelbecher“ missverstanden werden darf.

Nimmt man eine **negative Bestimmung** vor, so sind die umlagefähigen Betriebskosten abzugrenzen von der Abschreibung, den Verwaltungskosten, den Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten und dem Mietausfallwagnis. § 1 Abs. 2 BetrKV nimmt die negative Abgrenzung nur hinsichtlich der Verwaltungs- und Instandsetzungskosten vor. Ein sachlicher Unterschied wird dadurch nicht begründet, da bereits nach der Definition der Betriebskosten Abschreibungen und Mietausfallwagnis nicht unter den Betriebskostenbegriff fallen.

Demnach ist **aus dem Betriebskostenbegriff auszusondern**:

Verwaltungskosten sind Kosten der zur Verwaltung des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, die Kosten der Aufsicht sowie der Wert der vom Vermieter persönlich geleisteten Verwaltungsarbeit sowie die Kosten für die gesetzliche oder freiwillige Prüfung des Jahresabschlusses und für die Geschäftsführung.

Soweit aber Verwaltungskosten in der BetrKV und in der HeizkostenV bei den einzelnen Betriebskosten ausdrücklich genannt sind, geht diese spezielle Regelung den allgemeinen Abgrenzungsgrundsätzen vor (z.B. Verbrauchserfassung und Kostenverteilung). Dies bedeutet, dass sie dann ausnahmsweise umlagefähig sind. Die Kosten für die Erstellung des Energieausweises zählen zu den Verwaltungskosten⁹. Ebenso die Nutzerwechselgebühr, die lediglich einmalig im Zusammenhang mit dem Auszug des Mieters anfällt¹⁰.

⁵ OLG Celle, ZMR 1999, 238

⁶ BR-Drs 568/03, 28

⁷ BGH IMR 2010, 459; BGH ZMR 2005, 937

⁸ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn 1025

⁹ Stangl, Der Energieausweis nach EnEV 2007 – mietrechtliche Aspekte, ZMR 2008, 14, 24

¹⁰ BGH GE 2008, 193

Instandhaltungskosten sind die Kosten, die während der Nutzungsdauer zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauches aufgewandt werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen oder sonstigen Mängel zu beseitigen. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV übernimmt die ursprüngliche Definition des § 28 Abs. 1 Satz 1 II. BV, bezeichnet diese Kosten nun aber als Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten.

Nur die Beseitigung von Mängeln gehört somit zur Instandhaltung und Instandsetzung. Maßnahmen zur Schadensvorsorge gehören dagegen nicht zu den Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten, auch soweit es sich um Überwachungs-, Vorsorge- und Pflegemaßnahmen handelt. Problematisch sind in diesem Zusammenhang besonders Wartungsverträge, die häufig über die bloßen Pflegearbeiten auch Reparaturleistungen umfassen.

Keine Betriebskosten sind Aufwendungen für die Anschaffung von Geräten, Werkzeugen, Arbeitsmitteln, Kleinteilen und Verschleißteilen, wohl aber für Reinigungsmittel.¹¹

Betriebskosten sind nur solche Kosten, die **laufend entstehen**. Wann eine laufende Entstehung angenommen werden kann, ist streitig.¹² Zwischenzeitlich hatte der BGH Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern. Danach ist das Merkmal „laufend entstehen“ jedenfalls dann erfüllt, wenn die Aufwendungen regelmäßig im Abstand von 4 Jahren anfallen¹³. Auch bei Tankreinigung (alle 5 – 7 Jahre) und Sperrmüllkosten hatte der BGH keine Bedenken¹⁴. Dies soll bei Sperrmüll sogar dann gelten, wenn Nichtmieter den Müll rechtswidrig auf dem Gelände entsorgen¹⁵.

Gleichgültig welchen Turnus man ansetzt, ist Voraussetzung auf jeden Fall eine gewisse Regelmäßigkeit der Entstehung der jeweiligen Kosten¹⁶. Kosten einer nur einmaligen Maßnahme aus einem bestimmten Anlass sind deshalb niemals Betriebskosten.

Nach dem Wortlaut des § 556 Abs. 1 BGB sind nur „laufend entstehende“ Kosten umlegbar. Das bedeutet jedenfalls nicht, dass die Kosten jährlich wiederkehren müssen. Auch mehrjährigen Zyklen sind nach allgemeiner Ansicht unbedenklich. Teilweise wird auch auf die Wartungstätigkeit abgestellt, die je nach Wartungsobjekt mehr oder weniger „instandhaltungsnah“ sein kann.

- Großzügige Auslegung:
auch mehr als 5 Jahre¹⁷
- Streng:
nicht mehr als 5 Jahre¹⁸
- Differenzierend
nach Art der Betriebsleistung¹⁹

Darlegungs- und beweispflichtig für die laufende Entstehung der Kosten ist der Vermieter²⁰.

¹¹ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn 1035

¹² Beispielsweise nimmt das LG Siegen, WuM 1992, 639 ff, an, dass die Kosten mindestens im jährlichen Turnus anfallen müssen. Dagegen vertreten beispielsweise das LG Köln, WuM 1992, 630, und das AG Karlsruhe, WuM 1992, 139, die Auffassung, dass auch ein Wiederholungszeitraum von mehreren Jahren laufend entstehende Kosten sind.

¹³ BGH ZMR 2007, 361; Die Entscheidung erging zu Kosten für die Revision der Elektroanlage.

¹⁴ BGH IMR 2009, 153, BGH InfoM 2010, 119

¹⁵ BGH InfoM 2010, 119

¹⁶ BGH WuM 2004, 290

¹⁷ Derckx, Die Abgrenzung der Betriebs- von den Instandhaltungskosten, NZM 2005, 807, 813; Pfeifer, Betriebskosten bei der Wohn- und Geschäftsraummiete, 5. Auflage 2002, 40 mit Bedenken erst ab 6 Jahren

¹⁸ AG Karlsruhe, WuM 1992, 139

¹⁹ Seldeneck, Betriebskosten im Mietrecht 1999, Rn 2500 ff.

²⁰ Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn 1038

Bei folgenden Betriebskostenpositionen ist die Frage im Einzelfall bedeutsam:

- Auslichten von Bäumen und sonstigem Gehölz
- Entkalken von Warmwasserbereitern
- Austausch von Öl- und Wasserfiltern, Düsen, Dichtungsringen
- Erneuern der Feuerlöschflüssigkeit, Hydrauliköl
- Überprüfen der Brandsicherung- und Blitzschutztechnik
- Erneuern von Warmwasser- und Wärmemengenzählern
- Erneuerung von Pflanzen, Gehölzen
- Erneuerung von Spielsand
- Gasleitungs- und Öltankdichtigkeitsprüfung
- Öltankreinigung²¹
- Ungezieferbekämpfung

Auch wenn die Betriebskostenposition an sich umlagefähig ist, muss differenziert werden, ob der Kostenanfall ein Einmalereignis oder Mehrfachereignis darstellt. Bezugspunkt ist dabei das jeweilige Mietverhältnis, nicht das Gesamtobjekt²².

Bei der vorstehenden Aufzählung ist klarzustellen, dass es notwendig ist, dass die betreffende Betriebskostenposition tatsächlich im konkreten Mietvertrag als umlagefähig vereinbart ist.

Betriebskosten sind **tatsächlich entstehende Kosten**, keine fiktiven Kosten. Es dürfen nur endgültig entstandene Kosten angesetzt werden. Auf Basis von Voraus- oder Abschlagszahlungen darf nicht umgelegt werden.

Preisnachlässe und **Rabatte** sind zu berücksichtigen, da sie die Aufwendungen mindern. Ein Barzahlungsnachlass (Skonto) ist in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 1 Satz II. BV nicht in Abzug zu bringen, soweit er handelsüblich ist.²³

Keine fiktiven, sondern verteilte Kosten sind diejenigen Kosten, die über mehrere Jahre verteilt umgelegt werden, wie beispielsweise Eichkosten.

Ausnahmen dieses Grundsatzes sind Eigenleistungen des Vermieters, sowie alle Leistungen, die ein Dritter unentgeltlich für den Vermieter erbringt.

Gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV dürfen Sach- und Arbeitsleistungen (**Eigenleistungen**) des Eigentümers mit dem Betrag angesetzt werden, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers angesetzt werden könnte, allerdings ohne Umsatzsteuer. Dabei wird nicht unterschieden zwischen Leistungen einer natürlichen oder juristischen Person (z.B. GmbH) als Vermieter. Auch die Leistungen von Arbeitnehmern oder unselbständigen Regiebetrieben des Vermieters sind umlagefähig. Für vom Vermieter selbst erbrachte Sach- und Arbeitsleistungen ist die Beschränkung entfallen, dass dadurch Kosten erspart werden müssen, was aber nicht vom Wirtschaftlichkeitsgebot des § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB entbindet. Mit der Neufassung des § 556 Abs. 1 BGB ist keine Änderung verbunden, die wie folgt lautet:

²¹ BGH IMR 2009, 153 bestätigt

²² BGH GE 2008, 123 für Kosten des Mieterwechsels

²³ *Schmid*, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn 1039

§ 556 BGB Vereinbarung über die Betriebskosten

(1) Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass der Mieter Betriebskosten trägt. Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder das Erbbaurecht am Grundstück oder den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Für die Aufstellung der Betriebskosten gilt die Betriebskostenverordnung vom 25. November 2003 fort. Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates Vorschriften über die Aufstellung der Betriebskosten zu erlassen.

Bedenken wurden hier erhoben, weil in § 19 Abs. 2 Satz 1 WoFG als auch nun in § 556 Abs. 1 BGB nicht übernommen worden ist, dass Sach- und Arbeitsleistung des Eigentümers ebenfalls angesetzt werden können. Bei einer strengen Orientierung am Gesetzeswortlaut könnte man auf den Gedanken kommen, Eigenleistungen des Vermieters wären nicht umlagefähig²⁴. Man wird aber aus dem Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme folgern können, dass der Vermieter, der mit seinen preiswerten Eigenleistungen die Betriebskosten reduziert, somit letztlich im Interesse des Mieters handelt, hierdurch keinen Nachteil erleiden darf²⁵. Es erfolgt keine zusätzliche Belastung des Mieters, sondern lediglich eine Verlagerung des Aufwands von Fremd- auf Eigenleistungen²⁶.

Der BGH²⁷ hat in Bezug auf mit eigenen Arbeitskräften erbrachte Gartenpflege- und Hausmeisterleistungen entschieden, dass diese nach den **fiktiven Nebenkosten** eines Drittunternehmers abrechenbar sind, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrKV. Dies gilt auch dann, wenn die tatsächlich aufgewendeten Eigenpersonalkosten niedriger sind. Es genügt, wenn der Vermieter ein auf Grundlage eines detaillierten LV abgegebenes Angebot eines Drittunternehmers vorlegt, das nach Einholung mehrerer Angebote das günstigste ist.

Hinweis:

Diese Entscheidung des BGH zu Eigenleistungen ermöglicht es auf einfache Art und Weise, die streitträchtige Ermittlung der Eigenleistungen und Darstellung umlagefähiger und nicht umlagefähiger zu vermeiden.

3. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Begriffe „Betriebskosten“ und „Nebenkosten“ nicht deckungsgleich sind. Währenddessen der Begriff „Betriebskosten“ gesetzlich definiert ist, bedarf es bei dem Begriff der „Nebenkosten“ einer näheren Erläuterung und Definition. Letzteres spielt insbesondere bei der Geschäftsraummiete eine wichtige Rolle, da dort der Begriff der Betriebskosten nicht alle Möglichkeiten der Umlage ausschöpft. Im Rahmen der Vertragsgestaltung beschränkt man sich bei der Wohnraummiete meist auf eine Verweisung auf die Betriebskostenverordnung. Einige bestimmte Positionen, die dem Begriff der Betriebskosten unterliegen, müssen als „Sonstige Betriebskosten“ ausdrücklich im Mietvertrag aufgeführt werden. Im Geschäftsraummietvertrag ist die Situation anders. Hier kann und soll besser stets von dem weiteren Begriff der Nebenkosten gesprochen werden, wobei man als Grundbaustein die Betriebskostenverordnung nutzen kann. Häufig werden dann noch weitere Listen, so genannte „Sonstige Nebenkosten“ im Mietvertrag vereinbart. In Bezug auf die Wirksamkeit kommt es dabei darauf an, dass diese Regelung transparent ist, um nicht unwirksam zu sein.

²⁴ bereits bisher strittig, vgl. *Kinne*, Vereinbarung von Betriebskosten – Vorschriften neu gefasst, GE 2006, 1275 ff. m.w.N.

²⁵ bereits bisher strittig, vgl. *Kinne*, Vereinbarung von Betriebskosten – Vorschriften neu gefasst, GE 2006, 1275 ff. m.w.N.

²⁶ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, A II 1b, Rn 10

²⁷ BGH IMR 2013, 50