

## **Gewerberaummiete: Grundsätze einer individualvertraglichen Betriebskostenklausel (Transparenz); Auslegung der Klausel, insbesondere des Begriffs „Betriebskosten“ im Gewerberaummietvertrag; Verbindungen zur Wohnraummiete**

BGH, Urteil vom 8. April 2020 - XII ZR 120/18<sup>1</sup>

In einer Entscheidung vom 8. April 2020 hat der für die Gewerberaummiete zuständige XII. Senat des BGH sehr grundsätzliche Aussagen zum notwendigen Inhalt und zur Auslegung einer individuellen Betriebskostenvereinbarung für die Gewerberaummiete getroffen. Wegen der umfangreichen, sehr gut nachvollziehbaren und überzeugenden Begründung ist die Entscheidung in weiten Teilen durchaus *auch für die Wohnraummiete und für formularmäßige Betriebskostenklauseln (Allgemeine Geschäftsbedingungen) von Bedeutung.*

### Der Fall:

Mit Vertrag vom 13. August 1990 hatte die Mieterin ein bebautes Grundstück zum Betrieb eines Supermarkts mit Getränkefachhandel gemietet. Zu den Betriebskosten enthält der Vertrag folgende Klausel:

*"Sämtliche Betriebskosten werden von dem Mieter getragen. Hierunter fallen insbesondere die Kosten der Be- und Entwässerung sowie der Heizungs- einschließlich Zählermiete und Wartungskosten. (...)"*

Nachdem der Vermieter in den jährlichen Betriebskostenabrechnungen *bis einschließlich 2011* die Grundsteuer nicht berücksichtigt hatte, machte er erstmals im Jahr 2016 für die Jahre 2012 und 2013 wegen der Grundsteuer eine Nachforderung von jeweils 5.116,92 € geltend, die Mieterin lehnte die Bezahlung ab.

Das Landgericht hatte der entsprechenden Zahlungsklage des Vermieters in vollem Umfang stattgegeben und die Widerklage der Mieterin auf Feststellung, dass sie zur Tragung der Grundsteuer als Betriebskosten nicht verpflichtet sei, abgewiesen. Auf die Berufung der Mieterin hat das OLG das Ergebnis umgedreht, die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Den Umstand, dass der Vermieter jahrelang in seinen Betriebskostenabrechnungen die Grundsteuer nicht angegeben hatte, hat es zwar als unschädlich angesehen (keine Verwirkung, keine Verjährung); ein Anspruch des Vermieters bestehe aber deshalb nicht, weil der Klausel die „inhaltliche Bestimmtheit“ fehle; sie enthalte weder eine abschließende Aufzählung der umzulegenden Kosten noch einen konkreten Hinweis auf die Betriebskostenverordnung. Auf den Betriebskostenbegriff des nur für die Wohnraummiete anwendbaren § 556 BGB könne nicht zurückgegriffen. Die Formulierung „sämtliche Betriebskosten“ lasse die Kostenlast des Mieters „nicht ansatzweise“ erkennen, zumal das Wort „insbesondere“ nicht behebbare Zweifel hervorrufe.

---

<sup>1</sup>WuM 2020, 341 = NJW-RR 2020, 656 = NZM 2020, 507 = Grundeigentum 2020, 732

Die Entscheidung:

1) *Vorweg: Einordnung der Klausel als Individualvereinbarung*

Unproblematisch ist die rechtliche Einordnung der Betriebskostenklausel als Individualvereinbarung. Nach den Tatsachenfeststellungen scheidet die Annahme einer Formulklausel (Allgemeiner Geschäftsverbindungen) aus.<sup>2</sup>

2) *Abwälzung von Betriebskosten auf den Mieter nur bei entsprechender Vereinbarung*

a) *Prüfungsmaßstab für Individualvereinbarung: AGB-rechtliches Transparenzgebot nicht anwendbar*

Da nach dem Gesetz (§ 535 Abs. 1 Satz 3 BGB) der Vermieter die auf der Mietsache ruhenden Lasten einschließlich der Betriebskosten zu tragen hat, bedarf es für eine Abweichung einer - auch konkludent möglichen - Vereinbarung der Parteien.<sup>3</sup> Insoweit genügt es für die Wirksamkeit einer Individualvereinbarung, für die das spezielle AGB-rechtliche Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gilt, wenn *ihr Inhalt bestimmt oder zumindest bestimmbar* ist. Die Frage einer treuwidrigen unangemessenen Benachteiligung der anderen Vertragspartei durch eine unklare oder missverständliche Formulierung (§ 307 BGB) stellt sich deshalb bei der Prüfung einer Individualvereinbarung nicht.<sup>4</sup>

b) *Auslegung der Individualvereinbarung nach Wortlaut, Zweck und Interessenlage der Parteien (§§ 133, 157 BGB)*

Auch der eingeschränkten Prüfung einer tatrichterlichen Auslegung durch das Revisionsgericht hält das Berufungsurteil jedoch nicht stand. Dass eine Betriebskostenklausel es dem Mieter zumindest ermöglichen muss, sich „ein grobes Bild“ von den auf ihn zukommenden Kosten zu machen, ist bei der Individualvereinbarung, anders als bei einer Formulklausel, nicht erforderlich.<sup>5</sup>

Ein weiterer durchgreifender Fehler des Berufungsurteils liegt in der *ungenügenden Berücksichtigung des Wortlauts der vorliegenden Klausel*, die den *Begriff der „Betriebskosten“* verwendet und damit den Rückgriff auf die entsprechende gesetzliche Definition ermöglicht, sofern die Parteien nicht übereinstimmend ein anderes Verständnis zugrundegelegt haben. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn jene Bestimmung auf den

---

<sup>2</sup> Rn. 11

<sup>3</sup> Rn. 13. An dieser Stelle ist der Hinweis veranlasst, dass nach § 2 der - auch für die Gewerberaum-miete anwendbaren (Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., S. 551 Rn. 3) - HeizkV die Vorschriften der HeizkV grundsätzlich rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vorgehen, die Abweichung von der Regel des § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB also zwingend ist und kraft Gesetzes eintritt; näher dazu unten S. 5 unter 2) a)

<sup>4</sup> Rn. 14

<sup>5</sup> aaO

konkreten Vertrag nicht anzuwenden ist, etwa für die Definition der „Verwaltungskosten“ in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV, der für die Gewerberaummiete nicht einschlägig ist.<sup>6</sup>

Dasselbe gilt für die *Auslegung des Begriffs der „Betriebskosten“*, der *seit Jahrzehnten definiert* ist, zunächst (seit 1957) durch die *II. Berechnungsverordnung* und seit 2007 mit einem nahezu identischen Wortlaut in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB und die Bezugnahme auf die *Betriebskostenverordnung*, insbesondere die Aufstellung der Kostenarten in § 2. Danach zählten „die laufenden öffentlichen Lasten, ...*namentlich die Grundsteuer*“ seit jeher zu den Betriebskosten.<sup>7</sup> Der Begriff ist deshalb, wie der VIII. Senat in seinem Urteil vom 10. Februar 2016<sup>8</sup> (für die Wohnraummiete) festgestellt hat, „ohne Weiteres“ in diesem gesetzlich normierten Sinn zu verstehen. Das gilt auch für die Gewerberaummiete, obwohl § 556 BGB dort nicht anwendbar ist und in der Gewerberaummiete auch Kostenpositionen auf den Mieter umgelegt werden können, die im Katalog des § 2 BetrKV nicht aufgeführt sind.<sup>9</sup>

Zusammenfassend kommt der Senat danach in Übereinstimmung mit der OLG-Rechtsprechung und der einhelligen Auffassung des Schrifttums zu dem Ergebnis, dass

*es einer Vereinbarung, wonach der Mieter sämtliche Betriebskosten zu tragen hat, auch im Bereich der Gewerberaummiete nicht an der für eine Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB erforderlichen Bestimmbarkeit (fehlt), ohne dass es einer Bezugnahme auf die gesetzlichen Normen oder der Aufzählung der einzelnen Kostenpositionen bedarf.*<sup>10</sup>

Im Zweifel erfasst mithin eine solche Regelung alle zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in die gesetzliche Definition einbezogenen Kostenarten, im vorliegenden Fall also auch die Grundsteuer. Dass in Satz 2 der Klausel einzelne Kostenarten („insbesondere...“) aufgezählt sind, die auch in dem bei Vertragsschluss (August 1990) geltenden Katalog der Anlage 3 zu § 27 II. BV enthalten waren, ist lediglich eine „unschädliche“ beispielhafte Aufzählung.<sup>11</sup>

### 3) Hinweise für das weitere Verfahren des Berufungsgerichts

In der neuen Berufungsverhandlung wird das OLG bei der Auslegung der Betriebskostenklausel - neben den rechtlichen „Vorgaben“ des Senats - auch zu prüfen haben, ob die *jahrelange Nichtumlage der Grundsteuer evtl. Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und des tatsächlichen Verständnisses der Parteien* haben kann, oder ob aus diesem Verhalten *eine konkludente Abänderung der Vereinbarung* abgeleitet werden kann.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Rn. 19, 20 unter Bezugnahme auf das Urteil v. 9. Dezember 2009 - XII ZR 109/08, BGHZ 183, 299

<sup>7</sup> Rn. 22, u.a. unter Bezugnahmen auf ein Urteil des VIII. Senats vom 10. Februar 2016 - VIII ZR 137/15, Grundeigentum 2016, 385 = NZM 2016, 235 = WuM 2016, 211 = NJW 2016, 1308 = ZMR 2016, 287. Rn. 15

<sup>8</sup> s. Fußn. 7

<sup>9</sup> Rn. 24

<sup>10</sup> Rn. 25

<sup>11</sup> Rn. 26 unter Bezugnahme auf das Urteil des VIII. Senats vom 10. Februar 2016 aaO, Rn. 20

<sup>12</sup> Rn. 28

Leitsatz

1. *Wie jede schuldrechtliche Vereinbarung muss diejenige über eine Betriebskostenumlage bestimmt oder zumindest bestimmbar sein, um wirksam zu sein. Weitergehende Anforderungen an die Transparenz einer individualvertraglichen Betriebskostenvereinbarung bestehen hingegen anders als bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht (...)*

2. *Der in einem Gewerberaummietvertrag verwendete Begriff "Betriebskosten" erfasst dann, wenn sich kein übereinstimmendes abweichendes Begriffsverständnis der Vertragsparteien feststellen lässt, auch ohne weitere Erläuterungen alle zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in die gesetzliche Definition nach § 556 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB i.V.m. § 2 BetrKV einbezogenen Kostenarten (...)*

3. *Einer einzelvertraglichen Vereinbarung, wonach der Mieter sämtliche Betriebskosten zu tragen hat, fehlt es im Bereich der Gewerberaummiete nicht an der für eine Vertragsauslegung erforderlichen Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit*

4. *Eine solche Regelung erfasst auch dann alle von der Betriebskostenverordnung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgelisteten Kostenarten, wenn sich ihr eine mit "insbesondere" eingeleitete Aufzählung einzelner Kostenarten aus dem Katalog anschließt.*

Anmerkungen:

Der Fall ist ein geradezu klassisches Beispiel dafür, wie sich aus der ungeschickten Formulierung einer Betriebskostenklausel und einem nicht viel besseren Verhalten des Vermieters ein höchst unnötiger Rechtsstreit mit inzwischen nicht weniger als vier Verhandlungsterminen in den drei Instanzen entwickeln kann.

1) *Die „historische“ Betriebskostenabrechnung von 2016 für 2012 und 2013*

Wenn man sich häufiger mit der Wohnraummiete befasst, irritiert im vorliegenden Fall zunächst der Umstand, dass der Vermieter jahrzehntelang - von 1990 bis 2016 - in den Betriebskostenabrechnungen die nicht unerhebliche Position der Grundsteuer, aus welchen Gründen auch immer, ausgelassen und erstmals im Jahr 2016 für die Jahre 2012 und 2013 geltend gemacht hat. Wenn - wovon wohl ausgegangen werden kann - Betriebskostenvorauszahlungen vereinbart waren, hätte eine jährliche Abrechnung nahegelegen und Nachforderungen wären in der Wohnraummiete ausgeschlossen gewesen (§ 556 Abs. 3 BGB). In der Gewerberaummiete gilt dies alles nicht, es stellt sich allenfalls die Frage der *Verjährung* oder *Verwirkung*, die das OLG, vom XII. Senat unbeanstandet, verneint hat.<sup>13</sup> Näheres lässt sich hierzu den Urteilsgründen nicht entnehmen.

---

<sup>13</sup> Rn. 8

2) *Zu den Urteilsgründen:*

Der XII. Senat hat das Urteil sehr sorgfältig und umfassend begründet; lediglich zwei Anmerkungen sind veranlasst:

a) *Vorrang der HeizkV vor rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen (Rn. 13 der Gründe)*

In der Fußnote 3 findet sich bereits der Hinweis, dass die Aussage in Rn. 13 der Urteilsgründe „*Abweichungen hiervon bedürfen der Vereinbarung*“ - wobei mit „*hiervon*“ die Verpflichtung des Vermieters zur Tragung der auf der Mietsache ruhenden Lasten gem. § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB, konkret: der Betriebskosten, gemeint ist - eine Einschränkung und Klarstellung im Hinblick auf die Heiz- und Warmwasserkosten nahelegt: Insoweit bedarf es nicht nur keiner Vereinbarung, sondern sie wäre wegen des Vorrangs der Bestimmungen der HeizkV *in aller Regel sogar unwirksam* (§ 2 HeizkV). Das sollte bei der Lektüre des Urteils nicht übersehen werden.

b) *Konkludenter Verzicht des Vermieters auf die Geltendmachung bestimmter Betriebskosten?*

Generell ist bei der Prüfung der Frage, ob in dem Umstand, dass der Vermieter längere Zeit von der Umlegung der Betriebskosten insgesamt oder - wie hier - hinsichtlich einer bestimmten Position abgesehen hat, möglicherweise ein Verzicht auf die betreffenden Ansprüche oder das Angebot zu einer entsprechenden stillschweigenden Änderung der Betriebskostenklausel zu sehen ist, nach der Rechtsprechung des VIII. Senats ein *sehr strenger Maßstab* anzulegen. So hat der VIII. Senat in dem vom XII. Senat in Rn. 28 zitierten Urteil vom 13. Februar 2008<sup>14</sup> ausgesprochen; dass selbst der jahrzehntelange *Verzicht des Vermieters auf eine Betriebskostenabrechnung nicht zu einer (stillschweigenden) Änderung des Mietvertrages dahin führt*, dass die vereinbarte Abrechnung der Betriebskosten für die Zukunft ausgeschlossen sein soll und die Betriebskostenvorauszahlungen lediglich als Betriebskostenpauschalen behandelt werden sollen. Der Vermieter ist daher in einem solchen Fall trotz des Zeitablaufs nicht gehindert, die Betriebskosten erstmalig abzurechnen und ggf. eine Nachforderung geltend zu machen. Dem steht auch nicht der Gesichtspunkt der Verwirkung entgegen, wenn vertrauensbildende Umstände zu Gunsten des Mieters nicht dargelegt sind.

In gleicher Weise hat der VIII. Senat in zwei Entscheidungen<sup>15</sup>, in denen es um Schadensersatzansprüche des Mieters wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs ging, einen *strengen Maßstab an die Annahme eines stillschweigenden Verzichts* angelegt. Diese Grundsätze gelten allgemein, also auch in der Gewerberaummiete.

---

<sup>14</sup> VIII ZR 14/06, NZM 2008, 276 = WuM 2008, 225 = NJW 2008, 1302 = Grundeigentum 2008, 534 = DWW 2008, 175 = ZMR 2008, 443, Rn. 10

<sup>15</sup> Urteil vom 10. Juni 2015 - VIII ZR 99/14, NZM 2015, 532 = NJW 2015, 2324 = WuM 2015, 510 = Grundeigentum 2015, 1026 = , ZMR 2015, 758, und vom 10. Mai 2016 - VIII ZR 214/15, Grundeigentum 2016, 781 = WuM 2016, 426 = , ZMR 2016, 611 = NJW-RR 2016, 982 = NZM 2016, 718, Rn. 14

### Auswirkungen für die Praxis:

Das Urteil macht deutlich, wie wichtig es für Praxis ist, auf spezielle, individuell vereinbarte aber riskante Betriebskostenklauseln zu verzichten und stattdessen auf eine „haltbare“ Formulklausel zurückzugreifen, die die einschlägige Rechtsprechung der beiden Mietrechtsenate des BGH berücksichtigt.

### Formulierungsvorschlag Betriebskostenklausel, einschließl. Kosten der Zwischenablesung

Für die Wohnraummiete empfiehlt sich folgende Betriebskostenklausel:

#### § 4 Betriebskosten

(1) Die Betriebskosten im Sinne des § 2 BetrKV werden auf die Mieter umgelegt; der Vermieter kann angemessene monatliche Vorauszahlungen verlangen. Eine Aufstellung der Betriebskosten (§ 2 Nr. 1-17 BetrKV) ist dem Mietvertrag als Anlage beigelegt.

(2) Folgende sonstige Betriebskosten (§ 2 Nr. 17 BetrKV) können umgelegt werden:

.....<sup>16</sup>

(3) Der Vermieter ist berechtigt, im Laufe des Mietverhältnisses neu anfallende Betriebskosten auf die Mieter umzulegen und angemessene Vorauszahlungen festzusetzen.<sup>17</sup>

(4) Die Kosten für eine beim Auszug des Mieters fällig werdende Zwischenabrechnung trägt der Mieter; dies gilt nicht, wenn das Mietverhältnis aus einem vom Vermieter zu vertretenden Grund beendet wird.<sup>18</sup>

Für die Gewerberaummiete kann nach dem Urteil des XII. Senats vom 8. April 2020 ohne Weiteres ebenfalls auf den Katalog des § 2 BetrKV Bezug genommen werden, in der Klausel sollten jedoch nach Absatz 2 in einem weiteren Absatz die in der Praxis häufig zusätzlich umzulegenden Kostenarten wie Verwaltungs- oder Instandhaltungskosten oder - bei Bedarf - die Center-Management-Kosten (unter strikter Beachtung der einschlägigen Rechtsprechung des XII. Senats) genannt werden. Wegen dieser Erweiterung der umlegbaren Kosten erscheint es zweckmäßig, in der Überschrift der betreffenden Klausel statt „Betriebskosten“ die umfassendere Bezeichnung Nebenkosten zu wählen, wie sie in der Praxis wohl weitgehend üblich ist.

Ein Hinweis: An dieser Stelle sei nur Folgendes angemerkt: Die „großzügige“ Rechtsprechung des VIII. Senats - der sich der XII. Senat in dem aktuellen Urteil angeschlossen

<sup>16</sup> hier sind vorsorglich auch solche sonstigen Betriebskosten anzugeben, die aktuell noch nicht anfallen, deren Entstehung aber für die Zukunft nicht auszuschließen ist.

<sup>17</sup> an sich ist diese „Öffnungsklausel“ entbehrlich, wenn der Katalog des § 2 BetrKV insgesamt einbezogen ist; sie ist jedoch vorsorglich zu empfehlen wegen der insoweit nicht ganz eindeutigen Rechtsprechung des BGH

<sup>18</sup> näher hierzu *Beyer, Erneut: Wer trägt die Kosten der Zwischenablesung?*, Grundeigentum 2020, 298

hat<sup>19</sup> - dass allein der *Begriff der Betriebskosten* auch für den rechtlich nicht vorgebildeten Mieter hinreichend klar ist und deshalb *keiner Erläuterung bedarf*, kann in der Praxis sehr leicht zu *Unstimmigkeiten führen*. Die vorstehende Formulierung enthält alle *erforderlichen Angaben*, beschränkt sich andererseits auf das *Notwendige* und gibt dem Mieter vollständige *Klarheit durch die Bezugnahme auf den als Anlage dem Mietvertrag beizufügenden Katalog des § 2 BetrKV*.

Eine Schlussbemerkung:

Das aktuelle Urteil des XII. Senats belegt einmal mehr, wie gut die Abstimmung der beiden Mietrechtssenate in Fragen funktioniert, die sowohl für die Wohnraummiete als auch für die Gewerberaumiete relevant sind. Meinungsverschiedenheiten, die eine Vorlage an den Gemeinsamen Senat für Zivilsachen des BGH erfordern würden, hat es seit Jahrzehnten nicht mehr gegeben; die Befürchtung, es könnten sich Widersprüche in der Rechtsprechung ergeben, als der VIII. Senat Ende der 80er Jahre wegen seiner Überlastung seine Zuständigkeit für die Gewerberaumiete an den XII. Senat abgegeben hatte, hat sich bis heute als unbegründet erwiesen.

---

<sup>19</sup> Rn. 23, 24