

# Betriebskosten im Konzern

Richter am Amtsgericht Dr. Kai Zehelein, Hanau

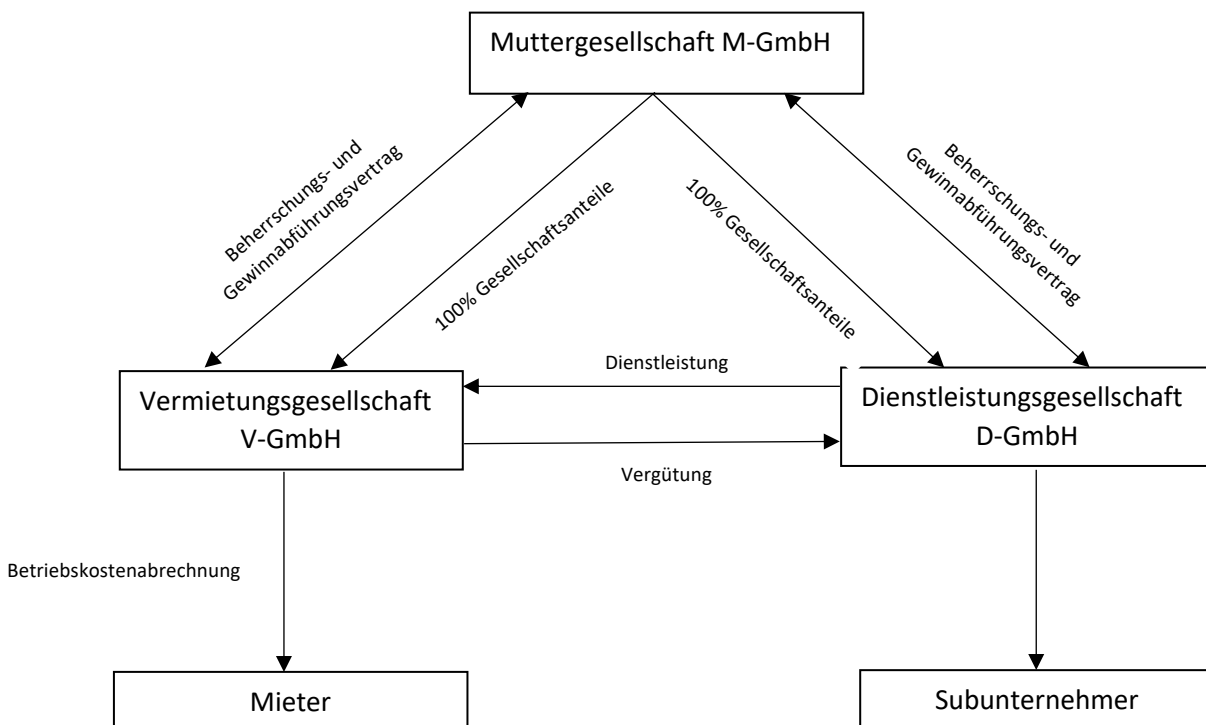
## I. Einleitung

### 1. Ausgangssituation

„Betriebskosten im Konzern“ meint die Erbringung betriebskostenrelevanter Leistungen (zB. Hausreinigung, Gartenpflege) eines Mietverhältnisses durch eine Gesellschaft innerhalb eines Konzerns an eine andere konzerninterne Gesellschaft, welche die Vermieterin ist. Demgemäß basiert die Betriebskostenabrechnung auf Kosten für Leistungen, die innerhalb einer Konzernstruktur erbracht und abgerechnet werden. Die Besonderheit liegt also darin, dass Vermieter und dritter Leistungserbringer zwar, wie auch im Allgemeinen üblich, unterschiedliche juristische Personen sind. Sie sind jedoch gesellschaftsrechtlich miteinander verbunden. In diesem Zusammenhang wird häufig die Kritik erhoben, dass die Vermieterin an den Betriebskosten verdiene, wobei tatsächlich nicht die Vermietungsgesellschaft selbst, sondern eine dieser gesellschaftsrechtlich übergeordnete Muttergesellschaft gemeint ist.

### 2. Beispiel

Zur Verdeutlichung soll folgendes einfaches Beispiel dienen: Die Muttergesellschaft M-GmbH vermietet Liegenschaften und erbringt Dienstleistungen für Vermieter. Zu diesem Zweck gründet sie zunächst die Vermietungsgesellschaft V-GmbH, deren alleinige Gesellschafterin sie ist. Die V-GmbH schließt sodann Mietverträge über Mieträume in Liegenschaften ab, deren Eigentümerin sie, die M-GmbH oder eine weitere Tochtergesellschaft dieser ist. Weiterhin gründet die M-GmbH eine Dienstleistungsgesellschaft D-GmbH, deren alleinige Gesellschafterin sie ebenfalls ist und welche Dienstleistungen anbietet, etwa Reinigungsarbeiten, Gartenpflege, Winterdienst, etc. Nunmehr bestellt die V-GmbH Dienstleistungen bei der D-GmbH, wobei zwischen den Gesellschaften entsprechende Dienst- oder auch Werkverträge geschlossen und durchgeführt werden. Die D-GmbH erstellt sodann Rechnungen für die Leistungen, welche die V-GmbH begleicht und als Gesamtkosten in die Betriebskostenabrechnung einstellt.



### **3. Mögliche Probleme**

Im Rahmen des vorstehend dargestellten Konzern- und Leistungsverhältnisses stellen sich mehrere Fragen:

#### **a) Gewinnerzielung**

Einerseits ist zu klären, ob eine Gesellschaft, die selbst oder über eine Tochtergesellschaft als Vermieterin auftritt, zugleich über die von ihr selbst oder ebenfalls über eine weitere Tochtergesellschaft erbrachten Dienstleistungen einen Gewinn erzielen darf. Denn dieser wird sodann über die Betriebskosten von den Mietern gezahlt. Zweck des Betriebskostenrechts ist es jedoch, den Vermieter hinsichtlich der angefallenen Kosten zu kompensieren, nicht, ihm Gewinne zukommen zu lassen.

#### **b) Betriebskostenstruktur**

Fraglich ist weiterhin, wie sich die konzerninterne Betriebskostenstruktur rechtlich fassen lässt. Zwar handeln selbständige juristische Personen, diese sind jedoch einer gemeinsamen Muttergesellschaft zuzuordnen, die letztlich (wirtschaftlich) beide Aufgaben, sowohl die Vermietung als auch die Leistungserbringung, wahrnimmt.

#### **c) Belegeinsicht**

Weiterhin ist zu erörtern, welchen Inhalt bzw. welche Reichweite das Belegeinsichtsrecht des Mieters hat. An sich bezieht sich dieses nur auf Verträge des Vermieters mit dem Dritten, also dem Dienstleister. Aufgrund der konzernrechtlichen Besonderheiten, also der Zuordnung aller Beteiligten Gesellschaften zu der Muttergesellschaft, könnte Dritter auch derjenige sein, der außerhalb des Konzerns steht, während die konzerninternen Verträge der beteiligten Gesellschaften vollumfänglich der Einsicht unterliegen, soweit dieses leistungs- und kostenrelevant ist.

#### **d) Einwendungen des Mieters**

Schließlich stellt sich die Frage, welche Einwendungen im Sinne des § 556 Abs. 3 S. 5 BGB der Mieter gegen die Betriebskostenabrechnung erheben kann bzw. muss. Diese können sich sowohl auf den Kostenanfall innerhalb des Konzerns beziehen als auch auf einen möglichen Gewinn der Vermietungs- oder Muttergesellschaft. Ggf. kann auch das betriebskostenrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot relevant sein.

## **II. Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 27.10.2021**

Der Bundesgerichtshof hat sich in zwei Parallelentscheidungen<sup>1</sup> mit der Betriebskostenumlage im Konzern beschäftigt. Der Hintergrund der Verfahren lag dabei weniger in der Problematik von Betriebskostengenerierung und -abrechnung innerhalb eines Konzerns. Ansatzpunkt war vielmehr die Frage des Umfangs der Belegeinsicht. Dennoch hat der BGH einige grundsätzliche Aussagen zu der Thematik getroffen.

### **1. Sachverhalt**

Bei der beklagten Vermietungsgesellschaft handelt es sich um ein Tochterunternehmen. Diese hatte einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit der V-GmbH, ihrer Schwestergesellschaft in dem Konzern, geschlossen, welche die Hausreinigung durch von ihr beauftragte Subunternehmer in der Liegenschaft durchführt, in welcher unter anderem die Kläger eine Wohnung angemietet haben. Nach der teilweise in dem streitgegenständlichen Abrechnungszeitraum geltenden Vergütungsvereinbarung zwischen der Beklagten und ihrer Schwestergesellschaft hat die Beklagte ihrer Schwestergesellschaft jedenfalls für die Hausreinigung lediglich dieser entstandene Kosten zu ersetzen. Eine Honorarvereinbarung enthielt der Vertrag für diesen Zeitraum hingegen nicht.

---

<sup>1</sup> BGH NZM 2022, 133 und NZM 2022, 159.

Die Kläger begehren im Rahmen der Belegeinsicht auch die Einsichtnahme in Verträge zwischen der Schwestergesellschaft und deren Subunternehmer.

## **2. Entscheidungsinhalt**

### **a) Zuerkennung eines erweiterten Belegeinsichtsrechts bei Kostenerstattung**

Der BGH hat in beiden Urteilen ein Einsichtsrecht der Mieter in Verträge der Schwestergesellschaft mit ihren Subunternehmern bzw. von letzteren erstellten Rechnungen jedenfalls in dem Umfang bejaht, wie die Beklagte dieser nur die ihr entstandenen Kosten zu ersetzen hat, weil allein diese gegenüber den Mietern in die Betriebskostenabrechnung eingestellt werden konnten. Denn die tatsächlich angefallenen Kosten ergaben sich nicht aus dem Vertrag zwischen den Schwestergesellschaften und den sonst vorgelegten Belegen. Diese Thematik soll jedoch vorliegend nicht weiter vertieft werden. Es handelt sich bei ihr nicht um eine Frage, die sich speziell auf konzernverbundene Unternehmen bezieht, sondern die bei jedem Vermieter auftreten kann, der mit einem dritten Leistungserbringer entsprechende Vergütungsvereinbarungen trifft. Maßgeblich für das hiesige Thema ist vielmehr, dass und warum der BGH im Übrigen eine erweiterte Belegeinsicht nicht sieht.

### **b) Verneinung eines erweiterten Belegeinsichtsrechts bei Vergütungsvereinbarung**

Im Übrigen hat der BGH einen Anspruch der Mieter auf Einsichtnahme in die Verträge der Schwestergesellschaft ihrer Vermieterin mit deren Subunternehmern verneint. Das stelle sich auch nicht deshalb anders dar, weil die Gesellschaften konzernintern miteinander verbunden sind.

#### **aa) Nachvollziehbarkeit der Vergütung**

Eine Einsichtnahme in Verträge der Schwestergesellschaft mit ihren Subunternehmern ist nicht erforderlich, um den in die Abrechnung eingestellten Betrag für die Hausreinigung nachvollziehen zu können. Denn diese folgt allein aus der Vereinbarung zwischen der Beklagten und ihrer Schwestergesellschaft bzw., ohne konkrete Vereinbarung, der Marktüblichkeit (§§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 Alt. 2 BGB). Zudem, so der BGH, ergebe sich eine Vergütung aus den Belegen, weil lediglich nicht betriebskostenrelevante Leistungen und deren Kosten geschwärzt seien.

#### **bb) Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots**

##### **(a) Leistungspflichtenkatalog ausreichend**

Eine Einsichtnahme in Verträge, Rechnungen, etc. im Verhältnis der Schwestergesellschaft der Beklagten mit deren Subunternehmern ist nach dem BGH auch nicht erforderlich, um einen Verstoß gegen das betriebskostenrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot prüfen zu können. Denn den in den Vertrags- und Abrechnungsunterlagen im Verhältnis der Beklagten zu ihrer Schwestergesellschaft waren die zu erbringenden Leistungen ausreichend dargestellt, so dass die Mieter anhand dieser eine Überprüfung auf die Marktüblichkeit der entstandenen Kosten vornehmen und Vergleichsangebote vorlegen können. Das bedarf keiner Konkretisierung der Einzelleistungen und ebenso wenig des Nachweises, dass die Tätigkeiten tatsächlich erbracht wurden.

##### **(b) Keine Relevanz der internen Kalkulation und des Gewinns des Leistungsanbieters**

Es bedarf auch nicht deshalb einer Einsichtnahme in Verträge der dienstleistenden Schwestergesellschaft mit ihren Subunternehmern, um deren Gewinnmarge feststellen zu können. Denn für die Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots ist es nicht relevant, ob und in welchem Umfang der Dienstleister aus der Tätigkeit einen Gewinn erzielt, insbesondere im Verhältnis zu anderen Anbietern, sondern allein, ob die insgesamt anfallenden Kosten einer Marktüblichkeitsprüfung standhalten. Wie die Kostenkalkulation im Einzelnen durch den Anbieter erfolgt, obliegt allein diesem.

### **(c) Keine Abweichende Beurteilung aufgrund der Konzernverbundenheit**

Vorstehendes (unter (b)) stellt sich auch nicht deshalb anders dar, weil die dienstleistende Schwestergesellschaft mit der beklagten Vermieterin konzernverbunden ist. Beide Gesellschaften seien eigenständige Unternehmen und übten keinen Einfluss aufeinander aus. Daher würde sich die Dienstleistung der Schwestergesellschaft auch nicht als eine solche der beklagten Vermietungsgesellschaft darstellen, so dass die Abrechnungen auch keine Eigenbelege seien. Ebenso wenig seien deren Gewinne ihr zuzurechnen. Zudem sei auch eine konzerninterne Gewinnerzielung durch die Erbringung betriebskostenrelevanter Leistungen grundsätzlich zulässig. Das auch dann, wenn die Mieter diesen Gewinn über die Betriebskosten finanzieren. Denn die Situation stellt sich hierbei nicht anders dar, als bei einer Leistungsvergabe an außenstehende Dritte. Der Mieter habe keinen Anspruch darauf, dass die Leistungen ohne Gewinnerzielung erfolgen, nur, weil diese konzernintern beauftragt würden, zumal sie dann besser stünden als bei einer externen Vergabe. Maßgeblich sei allein der Vergleich mit der Marktüblichkeit der abgerechneten Kosten.

Das, so der BGH außerhalb des konkreten Falles, könne allenfalls dann anders gewertet werden, wenn der Vermieter zugleich Geschäftsführer der beauftragten Leistungsgesellschaft sei und damit eine „Doppelrolle“ einnehme.<sup>2</sup>

### **(d) Vergleichbarkeit mit Vermietereigenleistung (§ 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV)**

Schließlich, so der BGH, stünden die vorstehenden Grundsätze auch mit dem Prinzip der Vermietereigenleistung im Einklang. Denn gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV darf der Vermieter Sach- und Arbeitsleistungen mit dem Betrag (ohne Umsatzsteuer) ansetzen, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers angesetzt werden könnte. Möglich ist dabei etwa eine auf einem eingeholten Angebot basierende Kosteneinstellung. Die Abrechnung solcher fiktiven Kosten diene der Vereinfachung und der Vermeidung von Streitigkeiten darüber, inwieweit vom Vermieter eingesetzte eigene Arbeitskräfte mit umlagefähigen und nicht umlagefähigen Aufgaben betraut waren und wie diese Kosten voneinander abzugrenzen sind.<sup>3</sup> Die Beauftragung einer Schwestergesellschaft zu marktüblichen Preise begegne daher, auch unter Berücksichtigung eines Gewinns dieser, erst Recht keinen Bedenken.

## **III. Rüge der Unwirtschaftlichkeit konzerninterner Kosten**

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Prinzipien des Wirtschaftlichkeitsgebots und die Rechtsprechung des BGH dahingehend gegeben, wie der Mieter sich hiergegen wehren muss.

### **1. Das betriebskostenrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot**

Bei der Vermietung von Wohnraum ist gem. § 556 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 BGB im Rahmen der Betriebskostenabrechnung der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten.<sup>4</sup> Hieraus folgt, dass der Vermieter den Mieter nur mit Kosten belasten darf, die wirtschaftlich angemessen sind. Für preisgebundenen Wohnraum folgte die Einschränkung der Umlagefähigkeit bislang schon unmittelbar aus § 20 Abs. 1 S. 2 NMV, § 24 Abs. 2 II. BV. Bei gewerblichen Mietverhältnissen ist die Umlagefähigkeit von Betriebskosten nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB in demselben Maße beschränkt.<sup>5</sup> Es dürfen nur solche Kosten umgelegt werden, die *„bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind“*. Maßgeblich ist damit der Standpunkt eines *„vernünftigen*

---

<sup>2</sup> Unter Verweis auf LG Bonn WuM 20133, 488 = BeckRS 2012, 15090.

<sup>3</sup> Unter Verweis auf BGH NJW 2013, 456.

<sup>4</sup> Eingehend hierzu *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. 2019 H Rn. 8 ff.

<sup>5</sup> ZB BGH NZM 2010, 864; KG GE 2008, 122; *Beyer* NZM 2007, 1 (2).

Wohnungsvermieters“, der ein „vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge behält.“<sup>6</sup> Als Kontrollüberlegung ist zu fragen, ob ein verständiger Vermieter die Kosten auch veranlasst hätte, wenn er sie selbst tragen müsste.<sup>7</sup>

Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz beschränkt nicht die Privatautonomie des Vermieters.<sup>8</sup> An den Mieter darf er jedoch nur angemessene Kosten weitergeben.<sup>9</sup> Umgekehrt muss er nicht das günstigste Angebot auswählen, er hat einen Ermessensspielraum,<sup>10</sup> der sich nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls richtet.<sup>11</sup>

Der wesentliche Anwendungsbereich des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes liegt in der Beschränkung der Kostenhöhe. Der Vermieter muss die Kosten soweit wie möglich und zumutbar begrenzen. Maßgeblich sind allein die absoluten Kosten, nicht die diese bedingende Kalkulationsstruktur. Es ist also irrelevant, ob der Dienstleister einen außergewöhnlich hohen Gewinn erhält, wenn er die übrigen Kosten so gering kalkuliert, dass der Preis insgesamt nicht marktüblich ist.<sup>12</sup> Der Vermieter muss sich vor der Vergabe von Aufträgen an Fremdfirmen einen Marktüberblick verschaffen.<sup>13</sup> Ob er hierzu Vergleichsangebote einzuholen hat, bestimmt sich zum einen nach dem betroffenen Volumen an Mietobjekten des Vermieters, zum anderen nach dem Kostengewicht der Betriebskostenart. Während dem Kleinstvermieter ein derartiger Aufwand im Regelfall nicht zumutbar sein dürfte,<sup>14</sup> hat sich der Vermieter zB eines größeren Mehrfamilienhauses drei Angebote<sup>15</sup> seriöser Anbieter geben zu lassen und ein Wohnungsunternehmen jedenfalls bei den kostenintensiven Betriebskostenarten eine Ausschreibung vorzunehmen.<sup>16</sup>

## **2. Geltendmachung der Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots**

Maßgeblich für die Frage, wie der Mieter einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot geltend machen kann, ist dessen rechtliche Einordnung. Hiervon hängen sowohl die materiell-rechtlichen als auch die prozessualen Anforderungen ab.

### **a) Rechtsqualität des Verstoßes**

Die Einstellung tatsächlich angefallener, aber unwirtschaftlicher Kosten in die Betriebskostenabrechnung führt nur im preisgebundenen Wohnraum zur Nichtabrechnungsfähigkeit und damit einer inhaltlich (insoweit) falschen Betriebskostenabrechnung (§ 20 Abs. 1 S. 2 NMV). Im preisfreien Wohnraum ist die Abrechnung dennoch richtig.<sup>17</sup> Der Vermieter begeht jedoch eine schadensersatzbegründende Vertragsverletzung gem. §§ 280 Abs. 1, 282, 241 Abs. 2 BGB.<sup>18</sup> Der Ersatzanspruch ist auf Freihaltung von den unnötigen Kosten gerichtet.<sup>19</sup>

---

<sup>6</sup> BGH NZM 2008, 78 = WuM 2008, 29 = ZMR 2008, 195; OLG Karlsruhe RE 20.9.1984, WuM 1985, 17 = ZMR 1984, 412.

<sup>7</sup> LG Düsseldorf ZMR 2020, 650; LG Hagen DWW 2016, 175 = ZMR 2016, 701 = BeckRS 2016, 10499; *Zehelein* WuM 2020, (465 f.).

<sup>8</sup> ZB LG Berlin GE 2016, 723 = BeckRS 2016, 10999.

<sup>9</sup> AG Köln WuM 2014, 369.

<sup>10</sup> BGH NJW 2015, 855 = NZM 2015, 132; OLG Düsseldorf ZMR 2014, 31; LG Düsseldorf ZMR 2020, 650; AG Steinfurt WuM 2014, 369; *Beyer* WuM 2013, 77 (81).

<sup>11</sup> ZB *Streyll* NZM 2006, 125 (126).

<sup>12</sup> BGH NZM 2022, 133; NZM 2020, 139.

<sup>13</sup> AG Dortmund WuM 2015, 26 (auch bei Eigenleistung).

<sup>14</sup> *Börstinghaus/Lange* WuM 2010, 538 (539).

<sup>15</sup> ZB AG Zossen WuM 2012, 555.

<sup>16</sup> Vgl. *Milger* NZM 2008, 1 (10).

<sup>17</sup> OLG Rostock NJW 2015, 885 = NZM 2015, 132.

<sup>18</sup> BGH NZM 2008, 78 = WuM 2008, 29 = ZMR 2008, 195; OLG Düsseldorf ZMR 2014, 31.

<sup>19</sup> ZB OLG Düsseldorf ZMR 2011, 861; AG Aachen GE 2011, 1489; AG Hamburg-Blankenese ZMR 2011, 885.

## **b) Geltendmachung der Pflichtverletzung durch den Mieter**

Die prozessuale Geltendmachung einer Verletzung des betriebskostenrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots<sup>20</sup> ist im Hinblick auf die extrem hohen Anforderungen, welche der BGH hieran stellt, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

Da es sich um eine Pflichtverletzung des Mieters (§ 280 BGB) handelt, trägt der Mieter die Darlegungs- und Beweislast für die Kostenüberhöhung.<sup>21</sup> Er hat substantiiert hierzu vorzutragen.<sup>22</sup> Pauschales Bestreiten der Wirtschaftlichkeit reicht nicht aus.<sup>23</sup> Ist er der Ansicht, der Preis der Leistungen oder die Höhe der Gebühren und Abgaben sei zu hoch (hierunter sollen auch unwirksame Preiserhöhungen des Versorgungsunternehmens fallen, die der Vermieter beglichen und umgelegt hat<sup>24</sup>), bzw. es hätten gleichwertige und günstigere Alternativangebote vorgelegen, ist er auch insoweit umfassend darlegungs- und beweisbelastet.<sup>25</sup> Hierbei muss er konkrete Angaben zu den Preisverhältnissen in der Region und mit Bezug auf die Liegenschaft tätigen,<sup>26</sup> etwa durch die Einholung von vergleichbaren Alternativangeboten oder Vorlage zumindest zu dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültige Preislisten.<sup>27</sup> Pauschale Einwände reichen ebenso wenig aus, wie die Angabe günstigerer Preise aus Vergleichsportalen im Internet ohne konkreten Bezug zur Liegenschaft.<sup>28</sup> Ausreichend sind konkrete Anhaltspunkte, die der Mieter zB aus früheren Abrechnungen,<sup>29</sup> Abrechnungen über vergleichbare Objekte,<sup>30</sup> Preislisten anderer Firmen, Kostentabellen der Ver- und Entsorgungsunternehmen oder Versicherer ableitet.<sup>31</sup> Teilweise wird gar vertreten, der Mieter müsse auch konkrete Angaben zur Höhe der möglichen Einsparung machen, diese also beziffern.<sup>32</sup> Fraglich ist der Verweis auf Betriebskostenspiegel. Jedenfalls genügt der Mieter seiner Darlegungslast durch die Bezugnahme auf überörtliche Betriebskostenspiegel nicht.<sup>33</sup> Den Vermieter trifft hingegen regelmäßig keine sekundäre Darlegungslast für die tatsächlichen Grundlagen seines Betriebskostenansatzes.<sup>34</sup>

## **c) Aus der mietgerichtlichen Praxis**

Die vorstehenden Anforderungen sind, das zeigt die mietgerichtliche Praxis, von Mieter kaum zu erfüllen. Insbesondere bei der Beauftragung von Reinigungs- oder Gartenpflegeunternehmen sowie Hausmeisterdiensten ist es dem Mieter praktisch nicht möglich, günstigere Alternativangebote vorzulegen, weil er solche schlicht nicht erhält, insbesondere nicht für in der Vergangenheit liegende Vertragsabschlüsse mit zudem langen Laufzeiten.

---

<sup>20</sup> Eingehend hierzu *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. 2019 J Rn. 59 ff.

<sup>21</sup> BGH NZM 2011, 705 = WuM 2011, 513; OLG Düsseldorf ZMR 2014, 31; aA AG Altötting WuM 2016, 125.

<sup>22</sup> Vgl. NZM 2007, 563 = WuM 2007, 393; KG NZM 2011, 487 = WuM 2011, 367 = ZMR 2011, 711.

<sup>23</sup> LG Berlin GE 2018, 194; BeckRS 2017, 141478; LG Berlin GE 2016, 1513; LG Karlsruhe BeckRS 2012, 11897.

<sup>24</sup> AG Pinneberg WuM 2013, 731.

<sup>25</sup> AG Köln WuM 2014, 369.

<sup>26</sup> BGH NZM 2011, 705 = WuM 2011, 513; NZM 2015, 132 = ZMR 2015, 220.

<sup>27</sup> LG Leipzig ZMR 2017, 810 = BeckRS 2017, 128579; LG Paderborn BeckRS 2017, 137640.

<sup>28</sup> LG Berlin GE 2016, 1513.

<sup>29</sup> LG Leipzig ZMR 2017, 810 = BeckRS 2017, 128579.

<sup>30</sup> Wobei er jedoch eventuelle regional bedingte tatsächliche und preisliche Unterschiede beachten muss, vgl. OLG Rostock WuM 2013, 375.

<sup>31</sup> LG Leipzig ZMR 2017, 810 = BeckRS 2017, 128579; LG Berlin GE 2016, 723 = BeckRS 2016, 10999; ebenso *Streyll* NZM 2008, 23 (24).

<sup>32</sup> So *Milger* NZM 2008, 1 (10) für den Einwand der Unwirtschaftlichkeit bei den Kosten der Wärmelieferung.

<sup>33</sup> BGH NZM 2011, 705 = WuM 2011, 513; LG Heidelberg WuM 2010, 746; ausführlich *Ludley* NZM 2011, 417 (421 ff.).

<sup>34</sup> BGH VIII ZR 340/10, GE 2011, 1225 = NZM 2011, 705 = WuM 2011, 513.

#### **IV. Zur Kritik: Die Behandlung von Betriebskosten bei konzerninterner Leistungsvergabe**

##### **1. Grundlegend: Leistungspflichten, Mietkalkulation und Umlagezweck**

Für die Erörterung der betriebskostenrechtlichen Behandlung konzerninterner Leistungsvergabe ist es zweckdienlich, sich noch einem den Hintergrund der Leistungserbringung im Rahmen eines Mietverhältnisses sowie die Behandlung der hierbei anfallenden Kosten zu vergegenwärtigen.

##### **a) Betriebskostenrelevante Leistungspflichten des Vermieters**

Die den Betriebskosten zugrundeliegenden Leistungen werden idR als Nebenpflichten oder Nebenleistungen bezeichnet.<sup>35</sup> Zum Teil ist die Zuordnung auch unklar, weil sie auch im Zuge der Erhaltungspflicht bzw. der Verkehrssicherungspflicht aufgeführt werden.<sup>36</sup> Das wird ihrer Bedeutung jedoch nicht gerecht. Denn es suggeriert, dass die Gebrauchsüberlassung und die Erhaltung die maßgeblichen Pflichten aus § 535 Abs.1 BGB wären, die Leistungs- und Lastentragungspflichten hingegen quasi nur ein Anhängsel mit untergeordneter Bedeutung. Dem steht schon entgegen, dass die spiegelbildlich nach § 535 Abs. 2 BGB zu leistende Miete eine solche Differenzierung schon nach der Gesetzesbegründung nicht kennt. Diese geht vielmehr davon aus,

*dass sich das Entgelt für die Gebrauchsgewährung, die Miete, grundsätzlich aus den Bestandteilen Grundmiete und Betriebskosten zusammensetzt.*<sup>37</sup>

Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass die Mietsache und deren Erhaltung als solches die Interessen des Mieters nicht wahren, so er nicht weitere Leistungen erhält, um die Sache auch tatsächlich nutzen zu können, sie also zu gebrauchen, was der Vermieter gewähren muss und wofür er einen Teil der Miete erhält. Mit der Vergabe von Leistungen an Dritte in Bezug auf die Mietsache kommt der Vermieter somit, insbesondere, soweit es sich um solche iSd BetrKV handelt, lediglich seinen Mietvertraglichen Pflichten nach. Es handelt sich hierbei nicht um ein darüberhinausgehendes Leistungspaket, welches über die mit dem Abschluss des Mietvertrags durch die Parteien zugunsten des Mieters begründeten Ansprüche hinausgeht, sondern ausschließlich um die Erfüllung der allgemeinen Vertragspflichten aus § 535 Abs. 1 BGB.

##### **b) Leistungspflichten in der Mietkalkulation – ohne/vor Betriebskostenumlage**

Weil der Vermieter nach vorstehend Gesagtem dem Mieter bereits aufgrund des Mietverhältnisses zusätzlich zu der Gebrauchsüberlassung weitere Leistungen schuldet, unter die nicht nur die Erhaltung (Instandhaltung und Instandsetzung) iSd § 535 Abs. 1 S. 2 BGB fällt, muss er diese in die Miete einpreisen, will er die zusätzlichen Kosten nicht nur kompensieren, sondern darüber hinaus noch – als eigentlicher Anreiz privater Vermietung – einen Gewinn erzielen. Daher zahlt der Mieter über die Miete bzw. die Mietkalkulation schon deshalb die Betriebskosten, weil sie in § 535 Abs. 2 BGB enthalten sind. Die Mietpreisbildung orientiert sich auch in der preisfreien Miete an den Grundsätzen der II. BV.<sup>38</sup> Nach §§ 18, 24 ff. II. BV sind unter anderem die Verwaltungs-, Betriebs- und Instandhaltungskosten sowie die Abschreibung und das Mietausfallwagnis in die Mietkalkulation einzustellen, so dass der Mieter nicht nur tatsächlich, sondern auch nach der Systematik der Mietpreisbildung alle diese Kosten über die Miete trägt. Der einzige Unterschied zwischen der Mietpreisbildung nach den §§ 18, 24 ff. II. BV und § 535 Abs. 2 BGB liegt darin, dass im Anwendungsbereich der II. BV

---

<sup>35</sup> ZB Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* 15. Aufl. 2021 § 535 Rn. 99 f.; MünchKomm/*Häublein* 8. Aufl. 2020 § 535 Rn. 76.

<sup>36</sup> Staudinger/*V Emmerich* (2021) BGB § 535, Rn. 29/29a.

<sup>37</sup> BT-Drs. 14/4553 S. 50; zuletzt auch *BGH*, NZM 2019, 253.

<sup>38</sup> Näher *Zehelein* NZM 2020, 457.

die Betriebskosten grundsätzlich direkt beim Mieter anzusetzen, also von Verordnungen wegen eine unmittelbare Belastung mit den tatsächlichen Kosten vorgesehen ist, während diese in § 535 Abs. 2 BGB zunächst enthalten sind, § 556 BGB aber eine Direktbelastung in den Grenzen der BetrKV ermöglicht.

Wie der Vermieter seine mietvertraglichen Leistungspflichten erfüllt, deren Kosten er in die Miete gem. § 535 Abs. 2 BGB einpreist, ist allein ihm überlassen. Der Mieter zahlt monatlich seine Miete und hat dafür einen Anspruch, dass zB die Liegenschaft gereinigt und der Garten gepflegt ist. Ein Mitspracherecht oder gar eine rechtliche Abwehr gegenüber den zugrundeliegenden Leistungsverträgen des Vermieters mit Dritten stehen ihm nicht zu. Es gibt auch keine gesetzliche oder verordnungsrechtliche Grundlage, welche Vorgaben für die allgemeine Mietkalkulation gem. § 535 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die ihr zugrundeliegende Kostengenerierung machen, wie etwa das Wirtschaftlichkeitsgebot für die Betriebskosten gem. § 556 Abs. 3 S. 1 BGB.

### **c) Zweck und Rechtsnatur der Betriebskostenumlage auf den Mieter**

Der Begriff der „Umlage“-Vereinbarung ist daher auch missverständlich. Denn er suggeriert, dass der Vermieter Kosten, die er an sich selbst trägt, auf den Mieter „umlegt“, also überträgt. Im Gegenschluss würde letzterer ohne die Umlagevereinbarung diese Kosten nicht tragen und tatsächlich weniger Miete zahlen. Das läge vom Gesetzeswortlaut her insofern nahe, als dass der Vermieter nach § 535 Abs. 1 S. 3 BGB jedenfalls die auf der Mietsache ruhenden „Lasten“ des Grundstücks selbst zu tragen hat. Hierunter werden unter Bezugnahme auf § 103 BGB jedenfalls solche Leistungspflichten verstanden, die den Eigentümer als solches zivil- oder öffentlich-rechtlich aufgrund des Eigentums an der Liegenschaft oder<sup>39</sup> dem Gebäude treffen. Der eigentliche Inhalt der Umlagevereinbarung liegt also nicht darin, eine Kostenbelastung vom Vermieter auf den Mieter zu transferieren. Sie führt vielmehr dazu, dass derjenige Anteil der Miete, der auf die Betriebskosten entfällt, nicht mehr festgesetzt, sondern variabel gestaltet wird. Die tatsächliche Höhe dieses Mietanteils variiert also nach dem konkreten Kostenanfall im Abrechnungsjahr – das Rechtfertigt die Vorgabe des betriebskostenrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots bei Neuvergabe von Leistungen - und ergibt sich aus dem Ergebnis der Betriebskostenabrechnung. Aus diesem Grund kann auch umgekehrt die Unwirksamkeit einer Umlageabrede auch nicht dazu führen, dass der Mieter diese Kosten nicht zu tragen hat. Die Kostenbelastung als solche ist nicht Teil der Vereinbarung. Vielmehr entfällt nur die Variabilität des Betriebskostenanteils, was entweder den Rückfall auf eine starre Kostentragung (Inklusivmiete) oder eine Pauschale bedeutet.<sup>40</sup>

Der maßgebliche Zweck der variablen Kostengestaltung, also der Betriebskostenumlage als solche, liegt daher in der Ermöglichung langfristiger Mietverträge. Das ist nicht nur für die auf mehrere Jahre einschließlich Verlängerungsoptionen ausgelegten Geschäftsraummietverträge relevant. Gerade bei Wohnraummietverträgen, die der Vermieter nur bei Vorliegen besonderer Gründe befristen oder kündigen kann, und welche somit potenziell unbegrenzt laufen, besteht ein Bedürfnis, Preisentwicklungen sowie durch individuelles Mieterverhalten generierte Kosten über die Umlage abfangen zu können. Davon profitieren im Ergebnis beide Vertragsparteien. Denn ohne ausreichende Möglichkeit einer Kostenkalkulation und -absicherung sinkt der Vermietungsanreiz.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Vgl. zB BGH V ZB 185/11, NZM 2012, 875; V ZR 69/80, NJW 1981, 2127; IV a ZR 20/80, NJW 1980, 2465; unzutreffend daher BGH XII ZR 120/18, GE 2020, 732 = NZM 2020, 507 = WuM 2020, 341: § 535 Abs. 1 S. 3 BGB erfasse „die Betriebskosten“.

<sup>40</sup> Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. 2019 B Rn. 75.

<sup>41</sup> Schmid/Riecke Hdb. der Nebenkosten 15. Aufl. 2016 Rn. 1007 mwN; Wall Betriebs- und Heizkosten-Kommentar 5. Aufl. 2020 Rn. 1022/1024; Zehlein WuM 2016, 400 (406).



Hieraus folgt, und das ist maßgeblich für die Frage nach einer ggf. abweichenden Behandlung von konzerninterner Leistungsvergabe für Betriebskosten, dass sich aus der Betriebskostenumlage mit Ausnahme der gesetzlichen Vorgaben in §§ 556, 560 BGB sowie der BetrKV keine abweichenden oder überhaupt Vorgaben für den Vermieter dahingehend ergeben können, nach welchen Grundsätzen er seine vertraglichen Pflichten erfüllt und welche hiermit verbundenen Kosten der Mieter über die vereinbarte Miete zahlt.

## **2. Betriebskostenrechtliche Einordnung konzerninterner Vergabe betriebskostenrelevanter Leistungen**

Für die Beurteilung einer konzerninternen Leistungsvergabe ist zunächst zu klären, wie diese betriebskostenrechtlich einzuordnen ist.

### **a) BGH: Leistung durch unabhängigen Dritten**

Der BGH beurteilt die Vergabe von betriebskostenrelevanten Leistungen an eine konzerninterne Schwestergesellschaft nicht anders, also eine solche an einen außenstehenden Dritten. Das basiere darauf, dass die Gesellschaften trotz Konzernzugehörigkeit jeweils eigenständige Unternehmen seien, so dass die Gewinne der Dienstleistungsgesellschaft auch nicht der Vermietungsgesellschaft zugutekämen und die ausgestellten Rechnungen auch keine Eigenbelege iSd Vermietereigenleistung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV wären.<sup>42</sup>

### **b) Konzernverbundenheit im Betriebskostenrecht**

Diese Ansicht des BGH überzeugt nicht. Die Sichtweise auf – nur – die Schwestergesellschaften stellt eine die Konzernstruktur gerade vernachlässigende Herausnahme eines Ausschnitts aus dem Gesamtgebilde dar. Das, zumal der BGH hierbei auch nicht erklärt, worauf genau er abstellt, welche Aspekte also bei der Beurteilung maßgeblich waren und warum diese bei abweichender gesellschaftsrechtlicher Beurteilung ggf. anders zu werten seien, und wie. Allein der Verweis darauf, dass die Situation möglicher Weise dann anders zu beurteilen wäre, wenn der Gesellschafter der Vermietungsgesellschaft zugleich Geschäftsführer der Dienstleistungsgesellschaft sei, vermag das nicht zu erhellen.

Dass diese ausschnittsbezogene Sichtweise jedenfalls allein mit dem Hinweis auf die rechtliche Selbständigkeit der Schwestergesellschaft keinen veritablen Ansatz darstellt, ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber Vorschriften erlassen hat, die einen weitergehenden Blick gerade bedingen, so insb. §§ 15, 18 AktG. Hiernach, vgl. insb. § 18 AktG, sind die Schwestergesellschaften als abhängige Unternehmen desselben herrschenden Unternehmens (auch über ggf. komplexere Verbundenheitsstrukturen wie in dem eingangs dargestellten Schaubild) schon von Gesetzes wegen als Konzernunternehmen anzusehen und zu beurteilen. Die rechtliche Unabhängigkeit der Schwestergesellschaften zueinander ist gerade nicht das entscheidende Anknüpfungsmerkmal, sondern vielmehr die mit der Konzernmutter bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge (§§ 291, 308 AktG).<sup>43</sup> Diese muss etwa einen sich selbst und beide Tochterunternehmen einschließenden Konzernabschluss erstellen (§ 297 HGB). Es kommt daher nicht darauf an, ob die Vermietungsgesellschaft unmittelbaren Einfluss auf die Dienstleistungs-Schwestergesellschaft ausüben kann, oder umgekehrt, weil beide Gesellschaften derselben Muttergesellschaft als Gesellschafterin unterstehen, die nicht nur über ihre Gesellschafterstellung, sondern auch den Beherrschungsvertrag direkten Einfluss auf beide Gesellschaften ausübt, was eine Selbständigkeit der Tochterunternehmen zueinander, worauf der BGH abstellt, irrelevant macht. Auch der Hinweis des BGH darauf, dass sich die Gewinne der

---

<sup>42</sup> BGH NZM 2022, 133 (137) und NZM 139 (141).

<sup>43</sup> Für die Beteiligung einer GmbH hieran näher *Servatius* in BeckOK GmbHG, Ziemons/Jaeger/Pöschke 50. Edition Stand: 01.05.2021 Konzernrecht A III. Rn. 6 f.

Dienstleistungs-Schwestergesellschaft nicht also solche der Vermietungsgesellschaft darstellen, trifft daher nicht den maßgeblichen Aspekt, weil sich die Gewinne beider Gesellschaften als solche der Muttergesellschaft darstellen.

Der eigentliche Ansatz für die Beurteilung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse zwischen den Schwestergesellschaften zur Vermietung und Dienstleistungserbringung ist also nicht ihre Selbständigkeit auf der Gleichordnungsebene, sondern die einheitliche Verbundenheit beider Gesellschaften mit der Muttergesellschaft. Diese und nicht ihre Tochtergesellschaften, ist nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise Vermieterin und Dienstleisterin in einer (juristischen) Person.

### **c) Echte Vermietereigenleistung bei verbundenen Unternehmen**

Damit stellt sich die Beauftragung der Dienstleistungs-Schwestergesellschaft durch die Vermietungsgesellschaft tatsächlich nicht als eine echte Leistungsvergabe an Dritte im klassischen Sinn des Betriebskostenrecht dar. Weil sich sowohl die Entscheidungsbefugnisse, als auch der Gewinn bei beiden Gesellschaften in der Muttergesellschaft konzentrieren, ist diese tatsächlich das rechtliche Zuordnungsobjekt für beide Tätigkeiten. Die Muttergesellschaft vermietet die Liegenschaften ebenso, wie sie die Dienstleistungen für bzw. auf diesen erbringt, sie hat die Tätigkeiten lediglich in eine jeweilige Tochtergesellschaft ausgelagert. Das ändert jedoch nicht daran, dass es sich aus der Sicht eines Dritten, hier etwa des Mieters, dennoch um eine Vermietereigenleistung iSd § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV handelt. Diese verordnungsrechtliche Einordnung kann der Vermieter nicht dadurch umgehen, dass er die betriebskostenrelevante Dienstleistung zwar selbst erbringt, hierfür jedoch eine Tochtergesellschaft gründet, der er vollumfänglich Weisungen erteilen kann, sei es als Gesellschafter oder Berechtigter aus dem Beherrschungsvertrag, und deren Gewinn er an sich abführen lässt.

Insofern stellt sich die Situation auch nicht, wie der BGH meint, (nur) dann ggf. anders dar, wenn der Vermieter zugleich Geschäftsführer der beauftragten Dienstleistungsgesellschaft ist.<sup>44</sup> Denn dieser kann, als Konzernmuttergesellschaft, der Dienstleistungsgesellschaft entweder aufgrund des Beherrschungsvertrags oder schlicht als Gesellschafter entsprechende Anweisungen erteilen (§ 45 GmbHG,<sup>45</sup> ggf. iVm dem Gesellschaftsvertrag).

## **3. Vermietereigenleistung / konzerninterne Leistungsvergabe**

### **a) Prinzip der Vermietereigenleistung**

Unter Betriebskosten gem. § 556 Abs. 1 S. 2 BGB werden idR solche Kosten verstanden., die dem Eigentümer durch die Inanspruchnahme von Fremdleistungen erwachsen. Dies folgte bisher sowohl aus § 27 Abs. 2 II. BV wie auch aus dem Vortext zur Anl. 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV. Bei den meisten Betriebskostenarten ist er ohnehin auf die Leistungen von Ver- und Entsorgungsunternehmen oder Fachfirmen angewiesen. Als Ausnahme hierzu gestattete § 27 Abs. 2 II. BV bei der Vermietung von Wohnraum der in § 1 II. BV genannten Art, dem sog. preisgebundenen Wohnraum, dass der Eigentümer eigene Sach- und Arbeitsleistungen, durch die Betriebskosten erspart wurden, mit dem Betrag ansetzte, der für gleichwertige Leistungen eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers, hätte aufgewandt werden müssen, reduziert um die Umsatzsteuer des Dritten. Nunmehr regelt § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV die Ansatzfähigkeit von Eigenleistungen des Vermieters. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV schafft keine zusätzliche Betriebskostenart. Die Gleichstellung ermöglicht nur die Umlage eines Bewirtschaftungsaufwands des Eigentümers. Dieser Aufwand ist an den Betriebskostenkatalog gebunden. Der Mieter wird nicht zusätzlich belastet, es findet eine Verlagerung des Aufwands statt. Der Vermieter darf die Kosten umlegen, die für

---

<sup>44</sup> BGH NZM 2022, 133 (138).

<sup>45</sup> *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG 10. Aufl. 2021 § 45 Rn. 14 f.

eine gleichwertige Leistung eines Dritten angesetzt werden können. Das ist aufgrund eines entsprechenden Angebots in der Abrechnung für die Eigenleistung möglich,<sup>46</sup> nach der Norm jedoch ohne Umsatzsteuer. Obwohl zT missverständlich formuliert,<sup>47</sup> stellt die Angemessenheit der Angebotspreise kein Tatbestandsmerkmal der Eigenleistungsumlage dar. Es muss sich nicht um das günstigste Angebot handeln. Wie bei der normalen Kostenumlage auch, kommt es allein auf den tatsächlichen bzw. hier durch Drittangebote belegten fiktiven Kostenanfall an. Die Abrechnung ist dann inhaltlich richtig. Die aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot resultierende Pflicht des Vermieters, ein angemessenes Preis-Leistungs-Verhältnis herzustellen, gilt bei der Eigenleistung zwar ebenfalls, stellt jedoch ebenfalls eine Nebenpflicht dar und keine Abrechnungsvoraussetzung.<sup>48</sup>

## **b) Leistungsvergabe im Konzern**

### **aa) Allgemeiner Kostenansatzfähigkeit**

Aus den Grundsätzen der Vermietereigenleistung folgt, dass der Vermieter auch im Rahmen einer Konzernstruktur in die Betriebskostenabrechnung diejenigen Kosten für die betriebskostenrelevante Leistungserbringung einstellen kann, die ihm tatsächlich hierfür entstehen. Das ist bei der allgemeinen Vermietereigenleistung auch nicht anders, da auch hier Arbeits- und Materialkosten ansatzfähig sind. Das hat der BGH in den Entscheidungen vom 27.10.2021 ebenso anerkannt, allerdings nur in Anlehnung an die Vermietereigenleistung, nicht aufgrund einer direkten Anwendung.

### **bb) Ansatzfähigkeit des Gewinns der Schwestergesellschaft**

Ebenfalls abrechnungsfähig ist nach dem BGH derjenige Anteil der von der Schwestergesellschaft in Rechnung gestellten Kosten, der sich auf den von dieser kalkulierten Gewinn bezieht. Das wird teilweise anders gesehen. Hier läge im Rahmen eines sogenannten „Verflechtungsmodells“ ein zwingender Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vor, weil die Preise aufgrund der Konzernverbundenheit „hausgemacht“ seien, der Vermieter also die Bewirtschaftung selbst in die Hand nehme, so dass die Preise vom Markt entkoppelt seien. Ein vernünftiger Vermieter würde keine Leistungen in Anspruch nehmen, deren Kosten eine Gewinnkalkulation beinhalten, wenn er sie selbst und nicht der Mieter zahlen müsse.<sup>49</sup> Diese Ansicht widerspricht nicht nur den betriebskostenrechtlichen Grundsätzen der Vermietereigenleistung, sie ist auch tatsächlich unzutreffend.

§ 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV stellt für die Abrechnungsfähigkeit ausschließlich auf die von Dritten zu erlangenden Preise ab. Damit hat der Verordnungsgeber per se anerkannt, dass auch der Gewinn des Drittanbieters abrechnungsfähig ist. Dass dieser also in jedem Fall vom Mieter getragen wird, ist dem Betriebskostenrecht inhärent, und das aus zwei Gründen. Es ergibt sich zum einen aus der Gleichstellung von Vermietereigenleistung und allgemeiner Kostenabrechnungsfähigkeit gegenüber Dritten. Es entspricht aber auch, wie unter IV. 1. b) dargestellt, den allgemeinen vom Gesetz vorgesehenen Grundsätzen der Mietkalkulation, weil der Vermieter alle ihm hinsichtlich der Liegenschaft bzw. der Erfüllung seiner mietvertraglichen Pflichten anfallenden Kosten entsprechend den §§ 18, 24 ff. II. BV in die Miete einkalkuliert. Darf der Vermieter also den Gewinnanteil der Kosten in die Betriebskostenabrechnung einstellen, ist ihm das bei der Eigenleistung aufgrund der Gleichstellung mit Drittleistungen ebenso erlaubt. Dass der Vermieter die Leistungen nunmehr selbst anbietet und diese „hausgemacht“ sind, ist somit ohne Relevanz. Es spricht rechtlich nichts dagegen, dass der

---

46 BGH VIII ZR 41/12, GE 2013, 113 = NZM 2013, 120 = WuM 2013, 44 = ZMR 2013, 257.

47 ZB BGH VIII ZR 41/12, GE 2013, 113 = NZM 2013, 120 = WuM 2013, 44 = ZMR 2013, 257 „... die Kl. ... vorgetragen hat, es habe sich um das günstigste von mehreren erhaltenen Angeboten gehandelt“; Staudinger/Artz BGB § 556 Rn. 15.

48 Siehe eingehend Langenberg/Zehlein Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. 2019 A Rn. 7 ff.

49 Bentrop WuM 2020, 467 (469).

Vermieter zugleich betriebskostenrelevante Dienstleistungen erbringt oder gar auf dem Markt anbietet, das auch zu üblichen Preisen, basierend auf üblichen Kalkulationen, mit diesen einen Gewinn erwirtschaftet und die Gesamtkosten auf die Mieter umlegt. Diese stehen hier nicht anders, als wenn der Vermieter tatsächlich einen außenstehenden Dritten beauftragen würde. Die hiergegen eingewendete Gefahr eine Preiskoppelung vom Markt ist allein eine Frage des Wirtschaftlichkeitsgebots, dem der Vermieter, wie der BGH zutreffend klargestellt hat, hier ebenso unterliegt – das auch bei direkter Anwendung der Vermietereigenleistungsgrundsätze –, und gegen die er sich zur Wehr setzen kann. Es ist auch dem Konzernvermieter / -dienstleister nicht erlaubt, überhöhte Preise zu generieren (wohl aber, sie abzurechnen, weil das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Nebenpflicht ist, er schuldet dann Schadensersatz bzw. Freistellung des Mieters von den überhöhten Kosten<sup>50</sup>). Die Situation ist also keine andere, als hätte er einen überhöhten Dritten beauftragt.

### **c) Kostennachweis bei Mietereigenleistung**

Bei Anwendung der betriebskostenrechtlichen Grundsätze der Mietereigenleistung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV auf konzernverbundene Gesellschaften wäre die Leistungsvergabe durch die Vermietungsgesellschaft an die konzerninterne Dienstleistungs-Schwestergesellschaft einheitlich als eine Leistung der Muttergesellschaft für die eigene Vermietung zu werten, für deren Ausführung sie sich – jeweils – lediglich einer Konzerntochter bedient. Damit wären, anders als der BGH es meint, die Rechnungen der Dienstleistungsgesellschaft an die Vermietungsgesellschaft tatsächlich unzulässige Eigenbelege.<sup>51</sup> Vielmehr muss hier, anders als im Rahmen der Rüge der Verletzung des betriebskostenrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots, der Vermieter darlegen und ggf. beweisen, dass die Kosten angemessen, also marktüblich sind, was idR durch Vorlage von durch ihn eingeholten Angeboten Dritter erfolgt.<sup>52</sup>

Dieses Ergebnis entspricht den allgemeinen betriebskostenrechtlichen Grundsätzen und ist auch in der Sache angemessen. Andernfalls könnte der Vermieter allein durch eine innerorganisatorischen Struktur nicht nur die betriebskostenrechtliche Bestimmung seiner Leistungen, sondern auch die Möglichkeiten des Mieters, sich insbesondere prozessual gegen seine Kostenansätze zur Wehr zu setzen, maßgeblich und zu seinen Gunsten beeinflussen. Tätigt er sowohl die Vermietung als auch die Leistungserbringung durch dieselbe Gesellschaft, läge eine Eigenleistung vor und er muss die Angemessenheit der angesetzten Kosten darlegen und beweisen. Allein durch die Auslagerung der Vermietung einerseits und die Dienstleistung andererseits in 100%tige Tochtergesellschaften, die er als Gesellschafter kontrolliert und mit denen er idR zudem Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge schließt, ist es ihm nach dem BGH nunmehr möglich, konzernintern Eigenbelege in abrechnungswirksame Fremdbelege zu wandeln und die gesamte Darlegungs- und Beweislast auf den Mieter abzuwälzen, ohne auch nur eine sekundäre Darlegungslast zu tragen. Es ist offensichtlich, dass dieses nicht vom Gesetz- und Verordnungsgeber mit § 556 Abs. 3 S. 1 iVm. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV gemeint war.

### **4. Ansatz der Umsatzsteuer**

Bei einer konzerninternen Leistungsvergabe ist jedoch, auch wenn es sich um eine Vermietereigenleistung iSd § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV handelt, die Umsatzsteuer ebenfalls umlegbar und kann in die Betriebskostenabrechnung eingestellt werden. Das folgt entgegen dem Wortlaut aus einer teleologischen Reduktion der Norm. Der Verordnungsgeber hatte den

---

<sup>50</sup> Vgl. eingehend *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. 2019 H Rn. 8 ff/ 101 ff.

<sup>51</sup> LG Potsdam WuM 1997, 677; *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. 2019 A Rn. 15; ebenso nun mehr erkennbar auch der BGH, vgl. NZM 2022, 133 (134); 139 (141).

<sup>52</sup> BGH NZM 2013, 120 = WuM 2013, 44 = ZMR 2013, 257; *Langenberg/Zehlein* Betriebskosten- und Heizkostenrecht 9. Aufl. 2019 A Rn. 15.

Fall einer Vermietereigenleistung, die zwischen konzerninternen Schwestergesellschaften erbracht wird, schlicht nicht gesehen. Dennoch greifen die hier geltenden Grundsätze wie dargelegt. Weil bzw. wenn die Umsatzsteuer auch tatsächlich anfällt, ist sie umlagefähig, weil das bei Dritten ebenfalls der Fall wäre. Die Alternative läge entweder darin, die Norm nicht anzuwenden. Das scheidet bereits aus dem Grunde aus, weil sie wie erörtert tatbestandlich greift. Andererseits würde die Umsatzsteuer entfallen, was jedoch die von dem Betriebskostenrecht angestrebte Vollkompensation der Kosten negiert und den Mieter zudem unangemessen bevorteilen würde. Denn bei einer Drittvergabe muss er die Umsatzsteuer ebenso zahlen. Schließlich träte auch ein Konflikt mit der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und der Eigentumsgarantie im Hinblick auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) ein. Denn es obliegt der freien Entscheidung eines Unternehmers, sich gleichzeitig in unterschiedlichen Geschäftsgebieten zu betätigen und über beide Betriebe Gewinne zu erwirtschaften, und zwar auch durch interne Leistungserbringung. Das wäre ihm bei der – notwendigen – Anwendung konzernrechtlicher Grundsätze auf die Betriebskostenumlage andernfalls insoweit erheblich eingeschränkt bis unmöglich, würde er hierbei die Umsatzsteuer selbst tragen, obwohl er sie bei der Leistung an Dritte über die Preiskalkulation ersetzt erhält.

## **V. Ergebnis / Kritik**

Der BGH kommt, jedenfalls im Ergebnis überzeugend, zu dem Ergebnis, dass die Vergabe von betriebskostenrelevanten Leistungen innerhalb eines Konzerns an (zB) eine Schwestergesellschaft der Vermietungsgesellschaft und die Einstellung der aus dem Dienst- oder Werkleistungsvertrag entstehenden Kosten in die Abrechnung betriebskostenrechtlich zulässig ist. Das gilt auch dann, wenn die Dienstleistungsgesellschaft in die Kosten einen Gewinn einkalkuliert hat, der somit ebenfalls gegenüber dem Mieter abgerechnet und daher von diesem gezahlt wird. Die Situation ist insoweit, jedenfalls im Grundsatz des Betriebskostenrechts, keine andere, als bei der Leistungsvergabe an Dritte. Dementsprechend steht dem Mieter auch keine erweiterte Belegeinsicht gegenüber der Vermietungsgesellschaft zu, welches sich auf das Vertragsverhältnis zwischen der beauftragen Dienstleistungsgesellschaft und deren Subunternehmer bezieht. Eine Ausnahme besteht allein dann – hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Besonderheit einer konzerninternen Leistungsvergabe -, wenn sich der Vermieter gegenüber dem Dienstleister nur zu der Erstattung tatsächlich angefallener Kosten verpflichtet, also keine übliche Honorarvereinbarung besteht.

Unzutreffend ist jedoch die betriebskostenrechtliche Einordnung des konzerninternen Verhältnisses zwischen der Vermietungsgesellschaft und der von ihr beauftragen Schwestergesellschaft, welche die Dienstleistung erbringt. Nach dem BGH sei auch dieses nicht anders zu beurteilen, als hätte die Vermietungsgesellschaft einen außenstehenden (außerhalb des Konzerns) Dritten beauftragt, weil es sich um selbständige Unternehmen handle. Die Dienstleistungsgesellschaft habe keinen Einfluss auf die Vermietungsgesellschaft, ihre Gewinne seien daher auch nicht dieser zuzuordnen, so dass die Rechnungen auch nicht als deren – unzulässige – Eigenbelege zu werten seien. Der BGH übersieht hier, dass es sich um verbundene Unternehmen iSd § 18 AktG handelt, und berücksichtigt nicht die Besonderheit der Konzernstruktur. Ob die Schwestergesellschaften sich gegenseitig beeinflussen können oder ihre Gewinne untereinander zuzurechnen sind, ist ohne Relevanz. Denn sie unterstehen beide derselben Muttergesellschaft, die in aller Regel die Gesellschafterhin beider Gesellschaften ist. Zudem bestehen zwischen ihr und den Tochtergesellschaften Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, so dass sich die Gewinne beider Gesellschaften bei der Muttergesellschaft konzentrieren und diese unmittelbaren Einfluss auf beide Tochtergesellschaften hat. Tatsächlich, und auch nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise, ist die Muttergesellschaft hier sowohl Vermieterin als auch

Dienstleisterin in einer Person. Sie hat die beiden Sparten lediglich auf Konzerntöchter ausgelagert, derer sie sich bedient und deren Gewinne ihr ebenso zufließen, wie sie deren Verluste auszugleichen hat. Damit handelt es sich bei den Tätigkeiten der Dienstleistungstochtergesellschaft für die Vermietungstochtergesellschaft um eine echte Vermietereigenleistung iSd § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV. Es ist selbstredend, dass der Vermieter dieses nicht umgehen kann, wenn er die betriebskostenrelevanten Leistungen für die eigene Vermietung selbst erbringt, dieses aber jeweils in Konzerntöchter auslagert.

Eine unmittelbare Folge für die Möglichkeit der Vermietungsgesellschaft, die Kosten der Dienstleistungsgesellschaft in die Betriebskostenabrechnung einzustellen, ergibt sich hieraus zunächst nicht, weil der Vermieter eben diese Kosten auch über die Vermietereigenleistung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV geltend machen kann. Er unterliegt hier, wie auch bei der Leistungsvergabe an Dritte, wie der BGH überzeugend feststellt, allein dem Wirtschaftlichkeitsgebot. Die signifikante Relevanz der betriebskostenrechtlichen Zuordnung zeigt sich jedoch an anderer Stelle, namentlich bei der Möglichkeit des Mieters, sich gegen die Unwirtschaftlichkeit der Kosten zur Wehr zu setzen. Denn insoweit muss er nicht von sich den in der Praxis fast unmöglichen ausreichend substantiierten Vortrag erbringen, dass die Leistung durch dritte Marktanbieter günstiger erbracht worden wäre. Vielmehr muss der Vermieter die Angemessenheit der Kosten durch idR Vorlage von Vergleichsangeboten Dritter darlegen und ggf. beweisen, weil es sich bei den Rechnungen der Dienstleistungsgesellschaft an ihre konzerninterne Vermietungs-Schwestergesellschaft um unzulässige Eigenbelege handelt. Von dieser Unterscheidung hängt es in der Praxis maßgeblich ab, ob unwirtschaftliche Kosten konzernintern weitergegeben und gegenüber den Mieter abgerechnet werden können oder nicht.