

1. Einleitung

Betriebskosten kann der Vermieter umlegen, Verwaltungskosten nicht. Was Betriebskosten sind, definiert § 1 Abs. 1 BetrKV (und § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB). Was nicht zu den Betriebskosten gehört, ist in § 1 Abs. 2 BetrKV beschrieben: Verwaltungskosten und Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten. Natürlich bereitet die Subsumtion bestimmter Kosten und Kostenarten unter diese Kostenarten im Einzelfall Probleme und die Unsicherheit und die gegensätzlichen Interessen der Vertragsparteien führen zu Streit und Prozessen. Die Abgrenzung der Kostenarten wird durch die BetrKV selbst noch erschwert: enthält sie doch in § 2 eine Aufzählung („Aufstellung“) von Kostenarten, die Betriebskosten „sind“ oder besser als solche gelten sollen. Und in den von der Verordnung zu den 16 aufgeführten Kostenarten jeweils genannten Einzelkosten finden sich an vielen Stellen Kosten, bei denen es sich nach den Definitionen in § 1 BetrKV um Verwaltungskosten oder Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten handelt. Dies hat in der Literatur und Rechtsprechung zu Unsicherheiten bei dem systematischen Verständnis des Begriffs der Betriebskosten geführt. Es soll im Folgenden nach einer allgemeinen Darlegung der Interessenlage auf Basis der Entwicklungsgeschichte der Begriffe Betriebskosten und Verwaltungskosten gezeigt werden, welche Argumente bei der Auslegung des Begriffs Betriebskosten aus der Entstehungsgeschichte der geltenden Rechtslage und aus der Systematik des Gesetzes gewonnen werden können. Auf dieser Grundlage sollen auch die Entscheidungen des BGH zur Umlagefähigkeit von Nutzerwechselgebühren und Notdienstpauschalen gewürdigt werden.

2. Der rechtliche Ausgangspunkt – ein Überblick

Auch wenn Betriebskosten gerne wegen ihrer steigenden Bedeutung als „zweite Miete“ bezeichnet werden (vgl. BT-Drs. 14/4553 S. 37), handelt es sich nur um einen Teil der Gesamtmiete. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers setzt sich die Miete als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung grundsätzlich aus den Bestandteilen Grundmiete und Betriebskosten zusammen. Mit der Grundmiete wird die bloße Überlassung des vermieteten Wohnraums an sich abgegolten, mit den Betriebskosten sonstige Nebenleistungen des Vermieters im Zusammenhang mit der Überlassung (vgl. BT-Drs. 14/4553 S. 50).

Die aus der Gebrauchsgewährung herrührenden Betriebskosten gehören grundsätzlich zu den auf der Mietsache ruhenden Lasten, die nach § 535 Abs. 1 S. 3 BGB der Vermieter zu tragen hat (BGH, Urteil vom 02. Mai 2012 – XII ZR 88/10 NZM 2012, 608 Rn. 13). Die Miete ist von ihrer gesetzgeberischen Ausgestaltung her eine Inklusivmiete (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2018 – VIII ZR 254/17, NZM 2019, 253 Rn. 11). Haben die Parteien keine besondere Vereinbarung getroffen, sind die Betriebskosten durch die vereinbarte Miete abgegolten (vgl. BT-Drs. 14/4553 S. 50). § 556 BGB konkretisiert und ergänzt § 535 Abs. 2 BGB. Die Vorschrift erlaubt in einem bestimmten Umfang die Vereinbarung der Umlage bestimmter Kostenarten.

Es ist für den Vermieter attraktiv, Kosten, die ihm durch das Mietobjekt entstehen, auf den Mieter umzulegen. Die Umlage von Betriebskosten verlagert das Risiko von Kostensteigerungen bei den umgelegten Betriebskosten auf den Mieter. Da der Mieter die Betriebskosten – wenn auch nur anteilig – in der Höhe zu tragen hat, wie sie tatsächlich

angefallen sind, läuft der Vermieter nicht Gefahr, dass seine Kalkulation, die zur Vereinbarung der Vorauszahlungen geführt hat, zu niedrig war. Wirtschaftlich sind die Betriebskosten für den Vermieter durchlaufende Posten (Riecke in Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 17. Aufl. 2021, Rn. 1001). Rechtlich stehen die Regelungen im Zusammenhang mit der Mieterhöhung nach §§ 558 BGB. Der Vermieter erhält gegenüber der Mieterhöhung nach den §§ 558ff BGB eine stark erleichterte Möglichkeit, Kostensteigerungen an den Mieter weiterzugeben. Steigen hingegen Kosten, die in der Grundmiete enthalten sind, kann der Vermieter nur nach den §§ 558ff BGB vorgehen.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Risiko von Kostensteigerungen, das der Mieter durch Umlage von Kosten übernimmt, begrenzt werden. Das Gesetz erlaubt nur die Umlage von Betriebskosten. Die Betriebskosten werden in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB und in § 1 BetrKV (vom 25.11.2003, BGBl. I, S. 2346) allgemein definiert. Die BetrKV, auf die § 556 Abs. 1 Satz 3 BGB insoweit verweist, enthält in § 2 einen Katalog von Kostenarten, die als Betriebskosten gelten. Sie umfassen nach dem Willen des Gesetzgebers und auch tatsächlich die im Betriebskostenrecht wichtigsten Kostenarten wie bspw. die Kosten für Heizung und Warmwasser. In der BetrKV wird jede Kostenart näher erläutert, insbesondere durch die Aufzählung einzelner Kosten, die unter diese Kostenart fallen. Bei Kosten, die als eine im Katalog benannte Kostenart umgelegt werden sollen, ohne dort ausdrücklich genannt zu werden, und bei Kosten, die als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV umgelegt werden sollen, kann Streit entstehen, ob diese Kosten dem Betriebskostenbegriff unterfallen. Wie zu zeigen sein wird, kommt es allein bei Letzteren darauf an.

Anlass für dieses Referat waren zwei Urteile des BGH und wohl ein Urteil des LG Leipzig, in denen auf Grundlage der allgemeinen Definition entschieden wurde, ob es sich bei bestimmten Kosten - Zwischenablesung und Notdienstpauschale - um Betriebskosten oder um Verwaltungskosten handelt.

3. Die Urteile des BGH und des LG Leipzig

a) BGH, Urteil vom 18. Dezember 2019 – VIII ZR 62/19

Die Mieter einer preisgebundenen Wohnung in Berlin haben nach ihrem Mietvertrag die Betriebskosten gemäß Anlage 3 zu § 27 II. BV zu tragen und monatliche Vorauszahlungen darauf zu entrichten. Die Vermieterin setzt in der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2016 eine Position „Notdienstpauschale“ in Höhe von insgesamt € 1.199,52 an. Diesen Betrag hatte sie dem Hausmeister für dessen Notdienstbereitschaft bei Störungsfällen wie beispielsweise Stromausfall, Heizungsausfall oder Wasserrohrbruch außerhalb der üblichen Geschäftszeiten gezahlt. Den mit der Abrechnung geltend gemachten Nachzahlungsbetrag begleichen die Mieter mit Ausnahme des auf sie entfallenden Anteils an der Notdienstpauschale samt Ausfallwagnis in Höhe von € 102,84. Die auf Zahlung dieses Betrages gerichtete Klage der Vermieterin bleibt in allen Instanzen erfolglos.

Der BGH hatte zu entscheiden, ob die Notdienstpauschale unter die Betriebskostenposition "Kosten des Hauswerts" gemäß Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV fällt oder ob es sich dabei um Verwaltungskosten handelt. Der BGH entscheidet entgegen der bis dahin überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung, dass es sich um Verwaltungskosten handelt. Zu den Kosten des Hauswerts nach Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV gehören die dort genannten Kosten sowie diejenigen Kosten, die durch die typischen Aufgaben eines Hauswerts im Sicherheits- und Ordnungsbereich verursacht werden. Die Entgegennahme von Störungsmeldungen, um dann gegebenenfalls

Reparaturmaßnahmen durch Dritte zu veranlassen, sei „nach allgemeiner Meinung“ eine Verwaltungstätigkeit. Dies müsse auch gelten, wenn die Tätigkeit nicht während der üblichen Geschäftszeit verrichtet werde.

Bemerkenswert sind die Aussagen, dass unter den Betriebskostenkatalog diejenigen Kosten fallen, die typischerweise im Zusammenhang mit einer der Katalogkostenarten anfallen und dass die Feststellung der Notwendigkeit und die Veranlassung von Erhaltungsmaßnahmen ohne weiteres der Verwaltungstätigkeit zuzurechnen ist. Die Entscheidung trägt zur Klärung bei, welche Kosten unter Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV bzw. unter § 2 Nr. 14 BetrKV fallen. Da insoweit nur auf die allgemeine Meinung rekurriert wird, finden sich keine Ausführungen zur Definition der Verwaltungskosten.

Anders als die folgenden Entscheidungen hat das Urteil - soweit überhaupt - nur positive Reaktionen hervorgerufen (vgl. Beyer, jurisPR-MietR 5/2020 Anm. 1).

b) BGH, Urteil vom 14. November 2007 – VIII ZR 19/07

Das Mietverhältnis einer Wohnungsmieterin in Görlitz endete zum 31.07.2003. Mit der Betriebskostenabrechnung für den Zeitraum 01.01.2003 bis 31.07.2003 verlangte die Vermieterin auch die Zahlung einer Nutzerwechselgebühr in Höhe von € 30,74, die ihr vom Abrechnungsunternehmen bezüglich der Wasserkosten in Rechnung gestellt worden waren. Anders als beim Amtsgericht hat die auf die Zahlung dieses Betrages gerichtete Klage der Vermieterin beim Landgericht und beim BGH keinen Erfolg.

Zunächst definiert der BGH die Nutzerwechselgebühr als „die durch den Auszug eines Mieters innerhalb der laufenden Abrechnungsperiode veranlassten Kosten der Zwischenablesung verbrauchserfassender Geräte und die gegebenenfalls anfallenden Kosten der Bearbeitung des Nutzerwechsels.“ Zunächst bestätigt er den Ausgangspunkt der Überlegung des Landgerichts. Es sei zutreffend, „dass die Kostentragung hinsichtlich der Nutzerwechselgebühr gesetzlich nicht geregelt ist und die hieraus entstehenden Kosten mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung der Parteien grundsätzlich dem Vermieter zur Last fallen.“ Die Parteien hätten keine solche Vereinbarung getroffen. Eine Pflicht zur Tragung der Nutzerwechselgebühr ergebe sich auch nicht aus dem Gesetz. Er referiert sodann fünf verschiedene Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung. Mit einer Begründung aus zwei Sätzen gibt er nur im Ergebnis der Meinung recht, nach der die Nutzerwechselkosten vom Vermieter zu tragen seien. Es fehle daran, dass es sich bei Betriebskosten um stetig wiederkehrende Belastungen handeln müsse. Denn: „Die sogenannte Nutzerwechselgebühr fällt nicht in wiederkehrenden, periodischen Zeiträumen an, sondern im Laufe eines Mietverhältnisses lediglich einmalig im Zusammenhang mit dem Auszug des Mieters.“

Der BGH trifft in dieser eher kurzen Entscheidung in den Entscheidungsgründen zwei Aussagen: nach der ersten Aussage fallen die Kosten der Nutzerwechselgebühr dem Vermieter (nur dann) zur Last, wenn er vertraglich nicht etwas anderes vereinbart hat. Eine Umlagevereinbarung wird also für möglich gehalten. Nach der zweiten Aussage handelt es sich bei diesen Kosten nicht um Betriebskosten, da das Merkmal der laufenden Entstehung fehle. Zudem enthält der offizielle Leitsatz eine weitere Aussage, nach der es sich bei diesen Kosten um Verwaltungskosten handle. In der Folge wurde diskutiert, wie in der Abrechnungspraxis auf dieses Urteil zu reagieren sei und unter welchen Voraussetzungen die Umlage der Nutzerwechselgebühr vereinbart werden könne (Bub/Bernhard, NZM 2008, 513; Schmid, WuM 2008, 199 sowie NZM 2008, 762).

c) LG Leipzig, Urteil vom 05. September 2019 – 08 O 1620/18

Nach § 1 UKlaG kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. Es ist hM, dass im Rahmen des § 1 UKlaG über die §§ 307 – 309 BGB hinaus Prüfungsmaßstab auch das sonstige zwingende Recht einschließlich der zwingenden Vorschriften des Wohnraummietrechts ist (MüKoZPO/Micklitz/Rott, 6. Aufl. 2022, UKlaG § 1 Rn. 18).

Ein nach § 3 UKlaG dazu berechtigter Verein klagt gegen eine Vermieterin auf Unterlassung der Verwendung zweier Klauseln, die lauten: "Endet das Mietverhältnis während einer laufenden Abrechnungsperiode, ist eine Zwischenablesung der Verbrauchserfassungsgeräte vorzunehmen. Hierfür anfallende Zusatzkosten trägt der Mieter." und "Zu Beginn und zum Ende des Mietverhältnisses findet eine Zwischenablesung der Verbrauchserfassungsgeräte durch das Unternehmen, das die Nebenkostenabrechnung erstellt, statt. Hierfür anfallende Kosten trägt der Mieter." Das LG verurteilt antragsgemäß. Beide Klauseln seien wegen unangemessener Benachteiligung der Mieter nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Die Kosten einer Zwischenablesung könnten nicht formularmäßig auf Wohnraummieter umgelegt werden, da es sich der Art nach um Verwaltungskosten handele.

Als Reaktion auf dieses Urteil entspann sich nochmals eine umfangreiche Diskussion über die Umlegbarkeit von Nutzerwechselgebühren bzw. von Kosten der Zwischenablesung (Pfeifer, Grundeigentum 2020, 160 sowie MietRB 2020, 340; Beyer, Grundeigentum 2020, 298; Sternel, NZM 2020, 337; Zehelein, WuM 2020, 457).

4. Die Begriffe Betriebs- und Verwaltungskosten in der mietrechtlichen Gesetzgebung

a) bis zur NMV 1970

Eine frühe Definition der Betriebskosten findet sich im Reichsmietengesetz (RMG vom 24.03.1922, RGBl. I S. 273), das die während und unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg erlassenen Notverordnungen betreffend die Miethöhe ersetzte (vgl. Eisenschmid in Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., 2010, S. 3). Aus § 1 S. 1 RMG hatten sowohl Vermieter als auch Mieter Anspruch auf Anpassung der vereinbarten Miete auf die nach den Vorschriften des Gesetzes zu berechnende sog. gesetzliche Miete. Unter Abzug der in der vereinbarten Miete enthaltenen Anteile für Instandsetzungs-, Betriebs- und Heizkosten war die sog. Friedensmiete zum Stichtag 01.07.2014 zu berechnen, § 2 RMG. Zu dieser Grundmiete wurde Zuschläge für die Steigerung der Zinsen einer Belastung des Grundstücks, die Betriebskosten und die Kosten für laufende Instandsetzungsarbeiten hinzugerechnet. Die Betriebskosten wurden nach § 4 RMG (1922) definiert als für das Haus zu entrichtende Steuern, öffentliche Abgaben, Versicherungsgebühren, Verwaltungskosten und ähnliche Unkosten, ohne die Kosten für Sammelheizung und Warmwasserversorgung und andere Nebenleistungen. Letztere waren nach § 12 S. 1 RMG (1922) getrennt zu berechnen. In § 12 S. 3 RMG (1922) wurden die obersten Landesbehörden ermächtigt, die Umlage dieser Kosten auf die Mieter zu bestimmen und Auskunftspflichten des Vermieters und die Belegvorlage anzuordnen. Weitere Nebenleistungen waren bspw. Wasserversorgung, Elektrizität und Fahrstuhlnutzung (Eisenschmid in Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., 2010, S. 6).

Die Begriffe Betriebskosten und Verwaltungskosten werden erstmals in der 1. Berechnungsverordnung (I. BV, Verordnung über Wirtschaftlichkeits- und

Wohnflächenberechnung für neugeschaffenen Wohnraum vom 20.11.1950, BGBl. I S. 753) nebeneinandergestellt. Nach § 3 Abs. 1 I.BV sind in der Wirtschaftlichkeitsberechnung die Aufwendungen und Erträge für die Wirtschaftseinheit gegenüberzustellen. Die Aufwendungen teilen sich auf in Kapitalkosten und Bewirtschaftungskosten. Die Bewirtschaftungskosten werden dabei allgemein definiert als die Kosten, die zur Bewirtschaftung der Wirtschaftseinheit laufend erforderlich sind, § 18 Abs. 1 I.BV. Sie werden weiter aufgegliedert in die Kostenarten Abschreibung, Verwaltungskosten, Betriebskosten, Instandhaltungskosten und Mietausfallwagnis. Während die Verwaltungskosten in § 20 I.BV allgemein definiert werden als Kosten der zur Verwaltung der Wirtschaftseinheit erforderlichen Arbeitskräfte und Einrichtungen, als Kosten der Aufsicht und der vom Vermieter geleisteten Verwaltungsarbeit sowie als Kosten der Prüfung der Jahresabschlüsse, der Geschäftsführung und der Beraubungsversicherung, enthält die die Betriebskosten betreffende Vorschrift des § 21 I.BV lediglich einen Katalog, auf den im Wesentlichen mit Ausnahme der Kosten für den Betrieb einer Gemeinschaftsantenne oder des Kabelanschlusses und für den Betrieb der Einrichtungen für Wäschepflege der jetzige Katalog in § 2 BetrKV zurückgeht. Die Betriebskosten werden aber nicht allgemein definiert.

Aber bereits die wenige Jahre später erlassene Zweite Berechnungsverordnung (II. BV, Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz vom 17.10.1957, BGBl. I S. 1719) enthält in § 27 Abs. 1 S. 1 die noch heute gültige allgemeine Definition von Betriebskosten: „Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit laufend entstehen.“ Der Katalog der Betriebskosten ist noch in § 27 Abs. 1 S. 2 II. BV selbst enthalten.

Betriebskosten und Verwaltungskosten waren als ein Teil der Aufwendungen des Vermieters bei der Wirtschaftlichkeitsberechnung anzusetzen zur Berechnung der Kostenmiete. Die II. BV sah aber noch nicht die Umlage von Betriebskosten auf den Mieter vor, auch wenn sie voraussetzt, dass bestimmte Kosten „üblicherweise“ vom Mieter unmittelbar getragen werden, § 27 Abs. 1 S. 2 II. BV (1957). Die „Umlage“ von bestimmten Kostenarten sah die zeitgleich mit der I. BV erlassene Mietverordnung (Verordnung über die Miethöhe für neugeschaffenen Wohnraum vom 20.11.1950, BGBl. I S. 759) vor. Während § 3 Abs. 1 der Mietverordnung die Miete für steuerbegünstigten Wohnraum auf die Kostenmiete beschränkte, erlaubte § 3 S. 2 Nr. 1 die gesonderte Erhebung von „Umlagen für den Betrieb von Sammelheizung, Warmwasserversorgung und Fahrstuhlanlage“. Es handelte sich dabei aber noch nicht um die Umlage im heutigen Sinne. Detailliertere Regelungen enthielt schon die dann mit der II. BV zeitgleich erlassene Neubaumietenverordnung (1957) (Verordnung über den Mietpreis für den seit dem 1. Januar 1950 bezugsfertig gewordenen Wohnraum vom 17.10.1957, BGBl. I, S. 1736). § 3 der NMV (1957) betraf ausdrücklich die Umlagen neben der Miete und regelte schon Umlegungsmaßstab und Abrechnung, letzteres allerdings nur durch Verweis auf ältere Vorschriften. Als Kostenarten waren umlegbar die Kosten des Wasserverbrauchs, die Kosten für Heizung und Warmwasser und die Kosten des Betriebs des Fahrstuhls. Die Neubaumietenverordnung verwies schon in der Fassung von 1962 (vom 19.12.1962, BGBl. I, S. 753) für die Umlegung und den Umlegungsmaßstab überwiegend auf die Altbaumietenverordnung (AMVO - Verordnung über den Mietpreis für den bis zum 31. Dezember 1949 bezugsfertig gewordenen Wohnraum vom 23.07.1958, BGBl. I, S. 549). Dabei erfolgte die Umlegung bei Steuern, Wasser- und Fahrstuhlkosten grundsätzlich nach dem Verhältnis der Grundmieten, §§ 23, 29 AMVO, § 4 NMV (1962), und bei den Heizungskosten bis zur Hälfte nach dem erfassten Verbrauch und im übrigen nach eine

festen Maßstab, § 26 Abs. 1 AMVO, § 4 NMV (1962). Eine erste rudimentäre Regelung der Zulässigkeit von Vorauszahlungen und der Abrechnung enthielten für die Heizkosten § 27 AMVO, der „vorbehaltlich der Abrechnung unverzüglich nach Schluss der Heizperiode Vorauszahlungen auf den voraussichtlichen Umlegungsbetrag“ erlaubte, und § 20 AMVO für die Wasserkosten.

Frei finanziertem Neubau-Wohnraum unterlag schon ab 1950 grundsätzlich nicht mehr der Preisbindung. Es war üblich, die Umlage bestimmter Kostenarten zu vereinbaren. Dies betraf insbesondere die Kosten für Sammelheizung, Warmwasser, Wasser und Fahrstuhl (Eisenschmid in Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., 2010, S. 10).

Mit der Fassung der II. BV vom 14.12.1970 (BGBl. I, S. 1681) wurde der Katalog der Betriebskosten aus § 27 in die Anlage 3 zu § 27 ausgegliedert und erhielt die heutige Form, bei der jede Kostenart auch erläutert wird. Die wiederum zeitgleich erlassene Neufassung der NMV vom 14.12.1970 (BGBl. I, S. 1660) erweiterte in § 20 den Katalog der umlagefähigen Kosten um die Kosten der Entwässerung und für maschinelle Wascheinrichtungen. Der für die Wirtschaftlichkeitsberechnung aufgestellte Katalog der Betriebskosten spielte für die Umlage bestimmter Kostenarten weiterhin keine Rolle. Die NMV in der Fassung vom 21.2.1975 (BGBl. I, S. 595) regelte erstmals selbst die Zulässigkeit von Vorauszahlungen und die Pflicht zur jährlichen Abrechnung in § 20 Abs. 4.

b) 1. WKSchG bis MietRRefG

Für den frei finanzierten Wohnraum wurden die Beschränkungen der Miethöhe auf Grundlage der im Rahmen des sog. Lücke-Plans erlassenen Gesetze ab 1962 aufgehoben (Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über soziales Miet- und Wohnrecht (Abbaugesetz) vom 23.06.1960, BGBl. I, S. 97). Mieterhöhungen konnten im Wege der Änderungskündigung durchgesetzt werden. Mit dem 1. WKSchG (Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25.11.1971, BGBl. I, S. 1839) wurde mit § 1 Abs. 4 die Kündigung zum Zweck der Mieterhöhung verboten. Im Gegenzug wurde in § 3 die Mieterhöhung nach dem Vergleichsmietensystem eingeführt. In diesem Rahmen wurde dem Vermieter auch in § 3 Abs. 6 1.WKSchG erlaubt, Erhöhungen der Betriebskosten im Sinne des § 27 II.BV durch einseitige schriftliche Erklärung anteilig - für die Zukunft - auf den Mieter umzulegen. Damit verwendete das Gesetz zum ersten Mal den Begriff der Betriebskosten, die bislang nur im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung von Bedeutung waren, für die Regelung der Mieterhöhung des frei finanzierten Wohnraums, auch wenn die Regelung in § 3 Abs. 6 1.WKSchG noch nicht die Umlage bestimmter Kostenarten betraf. Die Regelung entsprach dem System, das sich heute in § 560 BGB findet (Lehmann-Richter in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., § 556 BGB Rn. 8). Der Vermieter konnte Erhöhungen der Betriebskosten mit Wirkung für die Zukunft umlegen, anders als heute aber auch mehrfach im Jahr (vgl. BT-Drs. VI/2421 S. 4).

Das nur als Übergangsregelung gedachte 1.WKSchG wurde durch das zum 1.1.1975 in Kraft getretene 2. WKSchG (Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 18.12.1974, BGBl. I, S. 3603). Dieses enthielt in Art. 3 das Gesetz zur Regelung der Miethöhe (MHRG). Weit über das 1. WKSchG hinausgehend enthielt § 4 MHRG eine im Ansatz dem heutigen Zustand vergleichbare Regelung. Nach § 4 Abs. 1 MHRG (1974) durften Vorauszahlungen für Betriebskosten im Sinne des § 27 II.BV, über die jährlich abzurechnen war, nur in angemessener Höhe vereinbart werden. In § 4 Abs. 2 bis 4 MHRG (1974) wurde die Anpassung „der Betriebskosten“, gemeint waren die

Vorauszahlungen, geregelt. Von den Vorschriften konnte nicht zum Nachteil des Mieters abgewichen werden, § 10 MHRG. Nach der Gesetzesbegründung handelte es sich bei der Schaffung des Systems von Vorauszahlungen und Abrechnungen nur um eine Klarstellung gegenüber dem 1. WKSchG.

c) MietRRefG und BetrKV

Durch das Mietrechtsreformgesetz von 2001 (MRRG – Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19.06.2001, BGBl. I, S. 1149) wurde eine Regelung über die Umlage und Abrechnung von Betriebskosten mit § 556 im BGB geschaffen. Die Vorschrift verwies in Satz 1 lediglich auf § 27 der II.BV. Nach dem Inkrafttreten zum 13.09.2001 wurde § 556 Abs. 1 BGB schon zum 02.01.2002 wieder geändert. Der Verweis auf § 27 II.BV wurde abgeändert in einen Verweis auf § 19 Abs. 2 WoFG, der in Satz 1 die übliche Definition der Betriebskosten und in Satz 2 die Ermächtigung zum Erlass der Betriebskostenverordnung (BetrKV) enthielt. Bis zum Erlass dieser Verordnung sollte die Definition des § 27 II.BV weitergelten (Art. 15 des Gesetzes zur Reform des Wohnungsbaurechts vom 13.09.2001, BGBl. I, S. 2376). Im Jahr 2006 erhielt § 556 Abs.1 die bis zum 30.11.2021 geltende Fassung (Art. 11 des Föderalismusreform-Begleitgesetz vom 05.09.2006, BGBl. I, S. 2098), die nunmehr selbst die Definition der Betriebskosten, einen Verweis auf die BetrKV und die Ermächtigungsgrundlage für die BetrKV enthielt. Das zum 01.12.2021 in Kraft getretene Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKModG vom 23.06.2021, BGBl. I, S. 1858) hat einen Absatz 3a in § 556 eingefügt, die Vorschrift aber im übrigen unverändert gelassen.

Mit Verordnung vom 25.11.2003 hat die Bundesregierung u.a. die BetrKV erlassen, die zum 01.01.2004 in Kraft getreten ist (Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche, über die Aufstellung von Betriebskosten und zur Änderung anderer Verordnungen, BGBl. I, S. 2346; Langenberg NZM 2004, 41). Der Betriebskostenbegriff sollte durch § 1 BetrKV gegenüber der bisherigen Gesetzeslage konkretisiert werden. In § 1 Abs. 1 Satz 1 wurde die Umlagefähigkeit von Vermietereigenleistungen geregelt. Auch § 1 Abs. 2 BetrKV sollte der Konkretisierung des Betriebskostenbegriffs dienen. Weder Verwaltungskosten noch Instandhaltungs- oder Instandsetzungskosten können danach auf den Mieter umgelegt werden. Die Begriffsbestimmungen wurden den §§ 26 und 28 II.BV entnommen (BR-Drs. 568/03 S. 29). Dies sollte nicht zu einer Änderung der materiellen Rechtslage führen (BR-Drs. 568/03 S. 18 und 28; Grundmann NJW 2003, 3745). Die Konkretisierung des Betriebskostenbegriffs sollte aber sicherstellen, dass es nicht zu Veränderungen der Kostenbelastungen im Verhältnis von Vermieter zu Mieter kommen wird (BR-Drs. 568/03 S. 19).

d) Zusammenfassung

Die Definitionen der Begriffe Betriebs- und Verwaltungskosten entstammen somit dem Recht des preisgebundenen Wohnraums und dienen zunächst allein der Berechnung der „gesetzlichen Miete“ nach dem Reichsmietengesetz bzw. der Kostenmiete anhand der Vorgaben der II. BV. Sie standen nicht im Zusammenhang mit einer Umlage von Kosten. Zunächst wurden Verwaltungskosten noch als Teil der Betriebskosten angesehen, § 4 RMG (1922). Mit der I. BV von 1950 wurde die noch heute gültige Begriffssystematik geprägt. Dabei waren aber sowohl Betriebs- als auch Verwaltungskosten Teil der laufenden Aufwendungen des Vermieters. Eine Abgrenzung war also nicht erforderlich, denn die gesamten laufenden Aufwendungen des Vermieters flossen in die

Wirtschaftlichkeitsberechnung ein. Eine völlig neue Funktion erhielten die Begriffe durch das 1. WKSchG. Die Möglichkeit der Erhöhung der Zahlungen auf die Betriebskosten stand im System der Mieterhöhungen, das als Ausgleich für das Verbot der Änderungskündigungen geschaffen worden war. Neben der eingeschränkten Möglichkeit die Grundmiete zu erhöhen, sollte eine einfachere Möglichkeit der Mieterhöhung für die Kosten bestehen, die schwer zu kalkulieren waren und bei denen Änderungen zumeist außerhalb der Einflusssphäre des Vermieters stattfanden. Diese vereinfachte Mieterhöhung sollte zugunsten des Mieters auf bestimmte Kostenarten beschränkt sein. Im Gesetzgebungsverfahren war man der Meinung, dass der Begriff der Betriebskosten durch die Verweisung auf § 27 II. BV fest umrissen wird (BT-Drs. VI/2421, S. 4). Es war von Anfang an hM, dass andere Kostenarten, insbesondere Verwaltungs- oder Instandhaltungskosten, nicht umgelegt werden können (vgl. Schmidt-Futterer, NJW 1972, 86, 88). Schon nach § 4 Abs. 1 1.WKSchG waren zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam.

Daran hat sich bis heute nichts geändert. Als der Gesetzgeber mit dem Erlass der BetrKV in § 1 Abs. 2 die der II. BV entstammenden Definitionen der Verwaltungs- und der Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten zur Abgrenzung des Begriffs der Betriebskosten aufnahm, wurde die seit 1971 bestehende Rechtslage nur bestätigt und verdeutlicht.

5. Die Abgrenzung von Betriebs- und Verwaltungskosten

Bei den meisten der dem Vermieter durch das Eigentum und die Vermietung des Mietobjekts entstehenden Kosten ist es ganz unstrittig, ob sie umlagefähig sind oder nicht. Das liegt vornehmlich an der in § 2 BetrKV enthaltenen Aufstellung der Betriebskosten. Es werden nicht nur in § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV verschiedene Kostenarten aufgeführt. Bei jeder Kostenart wird aufgezählt, welche einzelnen Kosten dazu gehören. Die allgemeine Definition der Betriebskosten und die Abgrenzung zu Verwaltungskosten spielt nur eine Rolle bei Kosten, deren Umlage als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV vereinbart werden soll und bei den Kosten für den Hauswart nach § 2 Nr. 14 BetrKV. Im Streitfall hilft die Definition auch bei der Auslegung der Reichweite bestimmter Einzelkosten.

a) „sonstige Kosten“ nach § 2 Nr. 17 BetrKV

Die in § 2 Nr. 17 BetrKV genannten „sonstigen Kosten“ bilden einen Auffangtatbestand (BR-Drs. 568/03 S.34; Wall, a.a.O., Rn. 4700). Nach dem Wortlaut gehören hierzu Betriebskosten im Sinne des § 1, die von den Nummern 1 bis 16 nicht erfasst sind. Wenn man möchte, kann man deshalb bei den Betriebskosten nach § 2 BetrKV zwischen benannten Kosten, also den Katalogkostenarten in § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV, und unbenannten Kosten, den sonstigen Kosten gemäß § 2 Nr. 17 BetrKV, unterscheiden (Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 BGB Rn. 222).

aa) Keine Zuordnung zu einer Katalogkostenart

Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck der BetrKV folgt nach hM, dass Kosten, die grundsätzlich einer Katalogkostenart unterfallen, dort bei den Kostenarten in der Aufzählung der Einzelkosten aber nicht genannt werden, nicht nach § 2 Nr. 17 BetrKV umlagefähig sind, sofern die Aufzählung der Einzelkosten abschließend ist (Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 BGB Rn. 224, 298; Wall, a.a.O., Rn. 3053).

Die Aufstellung der Betriebskosten in § 2 Nr. 1 bis 16 BetrKV enthält unter der jeweiligen Nummer Oberbegriffe und Unterbegriffe (Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 BGB Rn. 224), hier (Katalog-) Kostenart und Einzelkosten genannt. Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der Begründung der Verordnung ergibt sich, dass es sich bei den Nr. 1 und 13 und teilweise bei Nr. 8 um nur beispielhafte Auflistungen von Einzelkosten handelt. Das Gesetz verwendet bei diesen Nummern jeweils das Wort „namentlich“ bei der Angabe oder Aufzählung von Einzelkosten. „Namentlich“ wird hier synonym zu „insbesondere“ verwendet. So gehören zu den Lasten des Grundstücks, § 2 Nr. 1 BetrKV, „namentlich“ die Grundsteuer, zu den Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung, § 2 Nr. 13 BetrKV, „namentlich“ die verschiedenen im Folgenden genannten Versicherungen und zu den Kosten der Müllbeseitigung, § 2 Nr. 8 BetrKV, „namentlich“ die dann genannten Gebühren und Kosten.

Daraus folgt, dass auch andere Lasten des Grundstücks und Kosten anderer Sach- und Haftpflichtversicherungen umlagefähig sind. Auch nach der Begründung der Verordnung ist die Grundsteuer nur der wichtigste Fall der öffentlichen Lasten und werden in § 2 Nr. 13 BetrKV nur die wichtigsten Beispiele der in Betracht kommenden Versicherungsarten genannt (BR-Drs. 568/03, S. 29, 33). Der Streit um die Umlagefähigkeit betrifft dann die Definitionen der Begriffe Lasten und Sach- und Haftpflichtversicherung und nicht die Definition des Begriffs Betriebskosten. Unklar ist allerdings, welche Kosten neben den genannten als Kosten der Müllbeseitigung umgelegt werden können. Der Tatbestand ist jedenfalls offen für künftige technische Entwicklungen und Konzepte bei der Müllbeseitigung (Wall, a.a.O., Rn. 3857).

Auf andere Weise offen ist die Definition der umlagefähigen Kosten des Hauswarts, § 2 Nr. 14 BetrKV. Denn es wird nur klargestellt, dass die Vergütung für die Tätigkeit des Hauswarts nicht umlagefähig ist, wenn die Tätigkeit Erhaltungsmaßnahmen oder Verwaltungstätigkeiten betrifft. Welche Tätigkeiten des Hauswarts zu einer umlagefähigen Vergütung führen, wird nicht gesagt. Hier ist im Einzelfall auf eingeführte Definitionen aus der Fülle der Rechtsprechung und Literatur zurückzugreifen, die es als typische Aufgabe des Hauswarts sieht, für die Sicherheit und eine gewisse Ordnung in dem Mietobjekt zu sorgen (vgl. Langenberg/Zehlein, Kap. A. Rn. 201; siehe unten). Nur bei Kosten, die zu den Kosten für den Hauswart gehören, kommt somit darauf an, ob es sich um Betriebskosten oder um Verwaltungskosten handelt.

Die Auflistung der Einzelkosten bei den anderen Katalogkostenarten ist hingegen als abschließend anzusehen (Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 BGB Rn. 224, 298; Wall, a.a.O., Rn. 3053). Dafür spricht auch die Begründung der Verordnung. Bei den Kosten der Wasserversorgung, § 2 Nr. 2 BetrKV, wird von der Aufgliederung der Kosten gesprochen (BR-Drs. 568/03, S. 29). Bei der Erläuterung zu § 2 Nr. 7 BetrKV heißt es, dass die Einzelkosten, die im Rahmen der Betriebskostenabrechnung umgelegt werden dürfen, benannt werden (BR-Drs. 568/03, S. 31). Der Gesetzgeber hat wie dargelegt das Wort „namentlich“ gerade dann gebraucht, wenn er zum Ausdruck bringen wollte, dass die genannten Einzelkosten nur Beispiele sind. Das Fehlen der Formulierung bei den anderen Kostenarten lässt zusätzlich den Willen erkennen, dass die Auflistung der Einzelkosten jeweils abschließend sein soll.

bb) Verweis auf § 1 BetrKV

Voraussetzung der Umlage von Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV ist, dass es sich um Betriebskosten iSv § 1 BetrKV handelt. Abgesehen von der Beurteilung der Umlagefähigkeit

der Kosten für den Hauswart nach § 2 Nr. 14 BetrKV spielt die allgemeine Definition der Betriebskosten damit nur bei der Frage eine Rolle, ob Kosten als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV umgelegt werden können. Bei der Auslegung der Definition in § 1 BetrKV und in § 556 Abs. 1 S. 2 BGB ist die Funktion des Begriffs und dessen Anwendungsbereich im Blick zu behalten. Nach der Gesetzesbegründung soll mit § 2 BetrKV entsprechend der bis zum Erlass der Verordnung ergangenen Rechtsprechung – zu der bereits in Nr. 17 der Anlage 3 II. BV enthaltenen Vorgängervorschrift - in einem Auffangtatbestand die Umlage von Kosten ermöglicht werden, die wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung nicht in den Nummern 1 bis 16 genannt sind oder deren Entstehung aufgrund neuartiger technischer Entwicklung noch nicht absehbar war (BR-Drs. 568/03, S. 34). Zudem stellt die Möglichkeit, bestimmte Kostenarten nach der tatsächlichen Höhe dem Mieter zu berechnen, im System der Mieterhöhungen eine Ausnahme dar. Wie aus der Entstehung der gesetzlichen Systematik ersichtlich sollte diese Art der Mieterhöhung durch den Rückgriff auf den damals schon – in anderem Zusammenhang - eingeführten Begriff der Betriebskosten auf einen bestimmbaren und eingeschränkten Kreis von Kosten beschränkt werden. Vom Grundsatz her ist § 1 Abs. 1 BetrKV daher eng auszulegen (so auch Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 BGB Rn. 298).

b) Definition der Betriebskosten in § 1 Abs. 1 BetrKV

aa) Das systematische Verhältnis von § 1 zu § 2 BetrKV

Zunächst überrascht die prominente Stellung der Definition. Sie findet sich nicht nur zu Beginn der Regelungen der Betriebskosten im BGB in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern auch gleichsam im „Kopf“ der BetrKV. Diese systematische Stellung spricht eigentlich dafür, dass der allgemeinen Definition eine wichtige Funktion zukommt. Man könnte annehmen, dass alle Kosten, die unter die Definition fallen, umlegbar sind und § 2 BetrKV nur Beispiele nennt. Wie gezeigt, verhält es sich umgekehrt. Die nach der Vorstellung des Gesetzgebers wichtigen Kosten werden in § 2 BetrKV genannt, und zwar (überwiegend) abschließend. Die allgemeine Definition spielt nur am Rand eine Rolle, bei Kosten von nur geringer praktischer Bedeutung (BR-Drs. 568/03, S. 34). Zu erklären ist dies mit der Übernahme der Begriffe und teilweise der Systematik aus der II. BV. Denn in der Verordnung selbst fand sich seit 1970 in § 27 nur die allgemeine Definition, während der auch im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung wichtigere Katalog der Betriebskosten lediglich in einer Anlage enthalten war. Die Aufteilung des Regelungsgehalts der BetrKV auf § 1 und § 2 spiegelt das Verhältnis von § 27 II. BV und Anlage 3 zu II. BV wider.

bb) Das materielle Verhältnis von § 1 zu § 2 BetrKV

Auch inhaltlich erschließt sich das Verhältnis von § 2 zu § 1 BetrKV nur schwer. Denn in der Aufstellung in § 2 sind auch Kostenarten und Einzelkosten enthalten, die nach den allgemeinen Definitionen in § 1 BetrKV als Verwaltungskosten oder Erhaltungskosten anzusehen sind. Deswegen ist es nur schwer möglich, aus dem Inhalt des Betriebskostenkatalogs Erkenntnisse für die allgemeinen Definitionen abzuleiten. Bei der Aufnahme verschiedener Kosten in den Katalog verfolgte der Gesetzgeber andere Ziele als eine Ausfüllung der allgemeinen Definition, die fast nur bei den sonstigen Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV eine Rolle spielt.

Die Aufstellung der Betriebskosten in § 2 BetrKV beginnt mit den Worten: „Betriebskosten im Sinne von § 1 sind:“. Der Wortlaut führt zu Missverständnissen, wenn man nicht die Entstehungsgeschichte und die Funktion der §§ 1 und 2 BetrKV berücksichtigt. Man muss §

2 BetrKV lesen mit: „Als Betriebskosten sind umlagefähig:“. Der Katalog von Kostenarten war bereits in der I.BV enthalten, während sich eine allgemeine Definition erst in der II.BV in § 27 findet. Bei der Berechnung der Kostenmiete konnte der Vermieter die Betriebskosten mit den tatsächlichen Kosten und die Verwaltungskosten nur mit einer Pauschale ansetzen (die Ausnahme im ursprünglichen § 26 Abs. 3 II.BV wurde in der 60er Jahren abgeschafft). Die Anpassung der Kostenmiete erforderte eine aufwendige Wirtschaftlichkeitsberechnung und war grundsätzlich nur für die Zukunft möglich. Im Vordergrund stand die Entscheidung des Gesetzgebers, welche Kosten in tatsächlicher Höhe in die künftige Kostenmiete einfließen sollen. Bei Erlass der II.BV (1970), mit der die Aufstellung der Betriebskosten in der Anlage 3 zu § 27 II.BV in weiten Teilen ihre heutige Form gefunden hat, war noch nicht absehbar, dass der Vermieter von frei finanziertem Wohnraum gerade diese Kostenarten mit Schaffung des § 4 MHRG in tatsächlicher Höhe würde berechnen dürfen.

Auch später bestand kein Bedürfnis einer Klärung des Verhältnisses von § 1 zu § 2 BetrKV bzw. der allgemeinen Definition zu der Aufstellung der Betriebskosten. Der politische Wille, den Vermieter durch die Umlagefähigkeit bestimmter Kosten zu entlasten, führte zu der Aufnahme von neuen Einzelkosten bei den jeweiligen Kostenarten, aber nicht zu einer Änderung der allgemeinen Definition. Denn diese spielte schon immer nur am Rande eine Rolle (vgl. Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 II.BV „namentlich die Betriebskosten von Nebengebäuden, Anlagen und Einrichtungen“). Die Aufnahme der Kosten der Berechnung und Aufteilung zunächst nur in Nr. 4 a der Anlage 3 zu § 27 II.BV im Jahr 1984 war allein umweltpolitisch motiviert.

Der Betriebskostenkatalog enthält Einzelkosten, die nach den allgemeinen Definitionen als Verwaltungskosten anzusehen sind: Berechnung und Aufteilung der Wasserkosten, § 2 Nr. 2 BetrKV; Berechnung und Aufteilung der Kosten für Heizung und Warmwasser, § 2 Nr. 4 a), Nr. 5 a) BetrKV; Berechnung und Aufteilung der Kosten der Müllbeseitigung bei dem Betrieb von Müllmengenerfassungsanlagen, § 2 Nr. 8 BetrKV (vgl. Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 5. Aufl. 2020, Rn. 2901). Ebenso sind Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung enthalten.

cc) kein weiter Betriebskostenbegriff

Zwar enthält der Betriebskostenkatalog jedenfalls auch Einzelkosten, die unter die Definitionen der Verwaltungskosten oder Erhaltungskosten in § 1 Abs. 2 BetrKV fallen. Wie gezeigt kann daraus aber nicht abgeleitet werden, dass es sich bei Verwaltungs- und Erhaltungskosten um Betriebskosten handelt. Allerdings hat der BGH in zwei Urteilen ausgeführt, systematisch gesehen seien Verwaltungskosten und Erhaltungskosten „ihrer Natur nach“ ebenfalls Betriebskosten (BGH, Urteil vom 9. 12. 2009 - XII ZR 109/08, NZM 2010, 123 Rn. 17; BGH, Urt. v. 19.12.2018 – VIII ZR 254/17, NZM 2019, 253 Rn. 21). Darauf aufbauend wird angenommen, es gebe einen weiten Betriebskostenbegriff, der Verwaltungs- und Erhaltungskosten umfasse, und einen engen Betriebskostenbegriff, der von diesen Kostenarten zu unterscheiden sei (Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 BGB Rn. 149). In den Urteilen sieht der BGH deutlich den funktionalen Zusammenhang der Abgrenzung von Betriebs- und Verwaltungskosten mit § 2 Nr. 17 BetrKV. Das - ohne Beleg - formulierte systematische Verhältnis der Kostenbegriffe ist aber mit der Entstehungsgeschichte der Normen nicht zu vereinen. Folgte man dem BGH müsste es in § 1 Abs 2 BetrKV heißen: „Als Betriebskosten sind nicht umlegbar:“. In den genannten Entscheidungen wird übersehen, dass es sich insgesamt um Bewirtschaftungskosten iSv § 24 II.BV handelt. Auch der

Gesetzgeber nimmt in der Begründung ausdrücklich Bezug auf die §§ 26 und 28 II. BV (BR-Drs. 568/03 S. 29; vgl. Grundmann NJW 2003, 3745).

dd) der Tatbestand des § 1 Abs. 1 BetrKV

Eine Rechtssicherheit schaffende Definition der Tatbestandsmerkmale des Betriebskostenbegriffs in § 1 Abs. 1 BetrKV bzw. § 556 Abs. 1 S. 2 BGB ist bis heute nicht gelungen. Das liegt an dem unklaren Verhältnis zu § 2 BetrKV und daran, dass die nur sehr eingeschränkte Funktion des allgemeinen Betriebskostenbegriffs nicht immer berücksichtigt wird. Die Definition lautet: Betriebskosten sind die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder das Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen, § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Lehmann-Richter hat zutreffend dargelegt, dass es bei der Abgrenzung zu den Verwaltungs- und Erhaltungskosten vor allem um ein Problem der Kausalität geht (Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 Rn. 195). Denn grundsätzlich entstehen dem Vermieter alle Kosten durch das Eigentum an dem Mietobjekt. Aber der Entstehungsgrund knüpft nur in wenigen Fällen unmittelbar an die bloße Eigentümerstellung an. Die meisten Verwaltungs- und Erhaltungskosten beruhen wenigstens mittelbar auf dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Mietsache durch den Mieter. Aber es ist nicht ersichtlich, dass nur die unmittelbar auf dem Gebrauch beruhenden Kosten, wie die Kosten des Wasser- und Wärmeverbrauchs, von der allgemeinen Definition umfasst werden sollen.

Nach Zehelein ist unter bestimmungsgemäßem Gebrauch ist die Bewirtschaftung durch Vermietung anzusehen (Langenberg/Zehelein, a.a.O., Kap. A. Rn. 19). Diese Definition bezieht den Gebrauch auf den Vermieter und setzt damit ein dem BGB fremdes Verständnis des Gebrauchs voraus. Sie erlaubt leichter eine Einbeziehung der meisten Positionen aus dem Katalog des § 2 BetrKV unter die allgemeine Definition, ist dafür in anderer Hinsicht zu weit, da dann auch Verwaltungskosten unter den Begriff der Betriebskosten fallen würden.

Letztlich hat die Auslegung des Merkmals „durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch“ bis sich ein allgemeines Verständnis durchgesetzt hat nach der jeweiligen Funktion des Betriebskostenbegriffs zu erfolgen. So kann bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 2 Nr. 17 BetrKV eine Rolle spielen, ob die fraglichen Einzelkosten eine Nähe zu den Katalogkostenarten aufweisen (Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 Rn. 298). Bei der Frage, ob die Kosten für die Entsorgung von durch Dritte eingebrachten Sperrmüll unter § 2 Nr. 8 BetrKV „Müllbeseitigung“ fallen, ist entscheidend, ob die Kosten auf einem Gebrauch durch die Mieter beruhen und ob es sich um einen bestimmungsmäßigen Gebrauch handelt (vgl. BGH, Urteil vom 13. 1. 2010 - VIII ZR 137/09, NJW 2010, 1198 Rn. 24 „Sperrmüll“). Denn Kosten für die Beseitigung von Beschädigungen durch Dritte sind nicht umlegbar. Bei der Umlage von Kosten für bestimmte Tätigkeiten des Hauswirts kommt es darauf an, dass es sich um Tätigkeiten handelt, die üblicherweise von dem Hauswart ausgeübt werden und die nicht der Verwaltung oder der Erhaltung des Mietobjekts dienen.

c) Definition der Verwaltungskosten, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV

Verwaltungskosten sind nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV 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. Die Definition erfolgt vornehmlich durch die Begriffe Geschäftsführung und wiederum Verwaltung und ist daher nicht brauchbar. Keine der genannten Einzelkosten betrifft Fälle, in denen es auf die Abgrenzung von Verwaltungskosten zu Betriebskosten ankommt. Auch hier hat sich noch keine Definition durchgesetzt, die dem Rechtsanwender eine rechtssichere Zuordnung nicht ausdrücklich genannter Kosten erlaubt (so auch Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, a.a.O., § 556 Rn. 220). Nach Zehelein handelt es sich um Kosten,

„die der Vermieter selbst oder durch Arbeitskräfte wie Büropersonal ... zur kaufmännischen und rechtlichen Verwaltung des Gebäudes aufwenden muss. Sie dienen dazu, den Wert der Immobilie und ihrer Rentabilität zu erhalten, z.B. um die bei der Vermietung anfallenden Geschäfte zu erledigen. ... Kosten ..., die dem Vermieter aus der Wahrnehmung seiner originären Interessen entstehen.“

(Langenberg/Zehelein BetrKostR, 9. Aufl. 2019, Kap. A. Rn. 26).

Nach Wall zeichnen sich Verwaltungskosten dadurch aus, dass sie die Vermietbarkeit der Wohnung herbeiführen, absichern oder abwickeln, nicht unmittelbar dem Interesse des Mieters dienen, sondern im Einflussbereich des Vermieters anzusiedeln sind (Wall, a.a.O., Rn. 2964). Als Anhaltspunkt können die Tätigkeiten dem Verwaltungsbereich zugeordnet werden, die in der Immobilienwirtschaft als typische Tätigkeiten eines Mietverwalters bei der Verwaltung eines Mehrparteienhauses angesehen werden.

6. Würdigung der Rechtsprechung

a) Nutzerwechselgebühren

Die Kosten für die jährliche Ablesung der Verbrauchserfassungsgeräte und die Erstellung der Abrechnung sind nach einhelliger Auffassung umlegbar. Dies gilt für die Kosten der Ablesung der Wasserzähler (Wall, a.a.O., Rn. 3211; als Kosten der Messdienstfirmen: Harz in: Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 17. Aufl., Rn. 5041; Langenberg/Zehelein, a.a.O., Kap. A Rn. 68). Und es gilt vor allem auch bei den Heizkosten. Die von den Messdienstfirmen in Rechnung gestellten Kosten für die Zählerablesung sind ohne weiters als Kosten der Berechnung und Aufteilung bzw. als Kosten der Verwendung einer Ausstattung einer Verbrauchserfassung umlegbar (Langenberg/Zehelein, a.a.O., Kap. K Rn. 70; Wall. A.a.O., Rn. 5982). Auch die Kosten der Abrechnung können in den gesetzlich angeordneten Fällen umgelegt werden (Lützenkirchen/Lützenkirchen, a.a.O., § 556 BGB Rn. 60). Grundsätzlich sind gesamten Arbeitskosten der Wärmemessdienstfirmen als Heizungskosten verteilbar (Lammel, 4. Aufl. 2015, HeizkostenV § 7 Rn. 111).

In dem Urteil des BGH aus dem Jahr 2007 findet eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Nutzerwechselgebühr unter die in § 2 BetrKV genannten Einzelkosten „Berechnung und Aufteilung“ fällt, nicht statt. Es wird nur festgestellt, es gebe keine gesetzliche Regelung. Dabei sind Kosten, die eindeutig zu bestimmten Einzelkosten unter einer Betriebskostenart gehören, nach § 2 BetrKV als Betriebskosten anzusehen. Bislang wurde – soweit ersichtlich – auch noch nicht die Meinung vertreten, je nach Zeitpunkt der Ablesung unterfallen deren Kosten einmal den Einzelkosten „Berechnung und Aufteilung“ und einmal nicht. Es ist mE nicht möglich, die Kosten für eine Zwischenablesung und der Erstellung einer Zwischenabrechnung der Art nach von den Kosten der Ablesung und Abrechnung zu unterscheiden. Wie gezeigt, sind Kosten, wenn es sich um ausdrücklich genannte Einzelkosten einer Kostenart handelt, umlegbar oder verteilbar, unabhängig davon, ob es sich um Verwaltungskosten nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV handelt. Abweichend von der

Entscheidung des BGH sind daher die Kosten einer Nutzerwechselgebühr von den Mietern zu tragen (Wall, WuM 2007, 415; Stempel, NZM 2020, 337). Soweit Zehelein der Auffassung Stempels widerspricht, wendet er sich nur gegen die Meinung, die Nutzerwechselkosten fielen unter die Kosten der Verwendung von Verbrauchserfassungsgeräten (Zehelein, WuM 2020, 457, 460). Richtigerweise gehören sie zu den Kosten der Berechnung und Aufteilung. Die Kosten der Berechnung und Aufteilung werden als Einzelkosten in § 2 Nr. 2, Nr. 4a und 8 BetrKV genannt.

Damit ist aber noch nicht entschieden, ob die Kosten der Nutzerwechselgebühr nur von dem Mieter, dessen Mietverhältnis endet, zu tragen sind oder ob sie von allen zu tragen sind. ME liegt es näher, diese Kosten auf alle Mieter zu verteilen, da auch sonst die Kosten der Ablesung und Abrechnung nicht einzeln berechnet werden (so auch Wall WuM 2007, 415). Das Verursachungsprinzip greift nicht, da eine wirksame ordentliche Kündigung sowohl vom Vermieter als auch vom Mieter ausgesprochen werden kann. Nach Verursachung können zusätzliche Ablesekosten nur in den Fällen umgelegt werden, in denen wegen des Verhaltens eines Mieters ein zusätzlicher Ablesetermin erforderlich wird. Es ist außerdem möglich, diese Kosten als Schadensersatz in Form des Kündigungsfolgeschaden geltend zu machen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses bspw. vom Vermieter schuldhaft verursacht wurde.

Die Aussage in dem Urteil des BGH, es handele sich bei den Kosten der Berechnung und Aufteilung um Verwaltungskosten, ist im Ergebnis zutreffend, wenn es auch grad solche Kosten sind, die nach § 2 BetrKV als Betriebskosten umlegbar sind. Die Begründung ist unzutreffend. In dem Urteil heißt es, die Nutzerwechselgebühr falle nicht laufend an, sondern im Laufe eines Mietverhältnisses lediglich einmalig im Zusammenhang mit dem Auszug des Mieters (Rn. 17 des Urteils). Es wurde in den Aufsätzen, die dieses Urteil besprachen, immer wieder darauf hingewiesen, dass es allein darauf ankommt, ob bestimmte Kosten dem Vermieter laufend entstehen und nicht dem Mieter, vgl. schon den Wortlaut des § 1 Abs. 1 BetrKV.

Zutreffend ist noch die Aussage, da die Kostentragung gesetzlich nicht geregelt sei, folge aus dem Grundsatz des § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB, dass die Kosten der Vermieter zu tragen habe, sofern nicht eine anderslautende Vereinbarung durch die Parteien getroffen wird (Rn. 9 des Urteils). Dies kann als bloßer Verweis auf die allgemeinen Regeln verstanden werden, der noch nichts darüber sagt, ob eine solche Vereinbarung möglich wäre. Missverständlich ist aber der Leitsatz, es handele sich um Verwaltungskosten, die in Ermangelung anderweitiger vertraglicher Regelung dem Vermieter zur Last fallen.

Daraus wurde in der Folge der Schluss gezogen, es könne die Umlage der Nutzerwechselgebühr vereinbart werden, obwohl es sich um Verwaltungskosten handele. Basierend auf der Annahme, bei der Nutzerwechselgebühr handele es sich um nicht nach § 2 BetrKV umlegbare Verwaltungskosten, hat das LG Leipzig – im Ergebnis - zutreffend entschieden, dass Klauseln, die das Abwälzen dieser Kosten auf den Mieter erlauben, unwirksam sind.

b) Notdienstpauschale

In der Entscheidung vom 18.12.2019 prüft der BGH zutreffend allein, ob die Kosten für die Notdienstpauschale unter die Betriebskostenposition „Kosten des Hauswerts“ fallen. Da die Tätigkeiten des Hausmeisters vielfältig sein können, kommt es hier darauf an, ob die Tätigkeit, um deren Kosten es geht, zu den Betriebskosten oder zu den Verwaltungskosten

gehört. Zu den Betriebskosten gehören danach die Kosten des Hauswarts, die schon unter die Nummern 2 bis 10 und 16 des § 2 BetrKV fallen, und außerdem die Kosten, die durch die typischen Aufgaben des Hausmeisters verursacht werden. Hier sei zwischen Betriebs- und Verwaltungskosten abzugrenzen. Die Entgegennahme von Störmeldungen, um dann Erhaltungsmaßnahmen zu veranlassen, sei dabei – unabhängig von der Uhrzeit – dem Verwaltungsbereich zuzuordnen. Die Entscheidung ist zutreffend und hat auch sonst in der Literatur keine Kritik erfahren.

7. Wesentliche Aussagen

Die Möglichkeit der Betriebskostenumlage wurde als erleichterte Möglichkeit der Mieterhöhung für Kosten geschaffen, die – nach Auffassung des Gesetzgebers - dem Einflussbereich des Vermieters entzogen sind. Die erleichterte Möglichkeit der Mieterhöhung sollte auf einen bestimmten Kreis von Kosten beschränkt sein. Der Gesetzgeber hat deshalb auf den eingeführten Begriff der Betriebskosten aus der II. BV (1970) zurückgegriffen, der dort für die Wirtschaftlichkeitsberechnung von Bedeutung ist.

Die Definitionen der Begriffe Betriebskosten, Verwaltungskosten und Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung in § 1 BetrKV entstammen alle der II. BV. Sie gehören mit anderen Kosten zu den Bewirtschaftungskosten, die wiederum Teil der laufenden Aufwendungen sind. Inhaltliche Änderungen zu der II. BV durch den Erlass der BetrKV waren von dem Gesetzgeber insoweit nicht beabsichtigt.

Für den Umfang der vom Vermieter umlegbaren Kosten ist der Katalog der Betriebskosten in § 2 BetrKV entscheidend, der der früheren Anlage 3 zu § 27 II. BV entspricht, nicht die allgemeine Definition der Betriebskosten in § 1 BetrKV, § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die allgemeine Definition der Betriebskosten und die Abgrenzung zu den Verwaltungskosten sind von Bedeutung:

- bei der Frage, ob die Umlage bestimmter Kosten als sonstige Kosten nach § 2 Nr. 17 BetrKV vereinbart werden kann;
- bei der Frage, ob Kosten für bestimmte Tätigkeiten des Hauswarts nach § 2 Nr. 14 BetrKV umgelegt werden können;
- bei der Frage, ob in Zweifelsfällen bestimmte Kosten den in § 2 aufgeführten Einzelkosten unterfallen.

Entgegen der Auffassung des BGH handelt es sich bei Nutzerwechselgebühren um Kosten der Berechnung und Aufteilung iSv § 2 Nr. 2 und 4a BetrKV und sind daher vom Mieter zu tragen, § 7 Abs. 2 HeizkV.