

KREMER

RECHTSANWÄLTE

HERZOGSTRASSE 5A • 80803 MÜNCHEN

TEL +49 (0)89 340 867 66 • FAX +49 (0)89 340 867 65

E-MAIL: INFO@KREMER-LAW.COM

Rechtsgutachten

über die

Umlagefähigkeit von Nutzungsentgelten

für Silentoil-Messgeräte

München, 10. März 2004

Sachverhalt:

Silentoil Germany GmbH (“nachfolgend „Silentoil“) bietet ein autonomes Meßsystem zur Messung des genauen Ölinhalts (in Liter) in einem Öltank an. Die Werte werden via GSM Funk auf eine zentrale Datenbank (Server Silentoil) übermittelt und sind im Internet unter www.silentoil.com abrufbar („SevenDays“).

Das System erfordert keine Wartung und keine externe Stromquelle.

Die Systeme werden von Silentoil an die Kunden vermietet. Der Abschluß eines Mietvertrages berechtigt den Kunden zur Nutzung des von Silentoil eingebauten Meßgerätes und zum Abruf der Daten durch eine Zugangsberechtigung zum Internetservice. Für die Nutzung zahlt der Kunde ein einheitliches Nutzungsentgelt, das jährlich im voraus an Silentoil zu entrichten ist.

Fragestellung:

Sind die von den Silentoil Kunden (Eigentümer bzw. Verwalter der Immobilien) zu zahlenden Nutzungsentgelte auf die Mieter im Rahmen einer Betriebskostenabrechnung umlegbar?

Ergebnis:

Die Entgelte, die für die Nutzung der Silentoil-Messgeräte und des Internet Services SevenDays von Eigentümern bzw. Verwaltern gezahlt werden, sind in vollem Umfang auf Mieter von Wohnraum umlegbar, sofern die vertraglichen Abreden die allgemeine Umlage der Betriebskosten nach der Betriebskostenverordnung auf den Mieter vorsehen. Entsprechendes gilt für die Geschäftsraummiete, im Rahmen derer die Einzelaufstellung und Umlage der Betriebskosten über den Katalog der Betriebskostenverordnung hinaus möglich ist.

Stellungnahme

A. Rechtliche Grundlagen

Die Umlage von Betriebskosten auf den Mieter ist nur aufgrund einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung zulässig.

1. Wohnraummiete

Rechtliche Grundlage für die Umlage der Betriebskosten (oder auch „Nebenkosten“) im Rahmen von Wohnraummiete sind die §§ 556, 556a, 560 BGB in Verbindung mit § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung bzw. seit dem Inkrafttreten am **01. Januar 2004** (!) mit der Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten, BGBl. 2003 I, S. 2346, (Betriebskostenverordnung - BetrKV).

§ 556 Absatz 1 BGB lautet:

„Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass der Mieter Betriebskosten im Sinne des § 19 Absatz 2 des Wohnraumförderungsgesetzes trägt. Bis zum Erlaß der Verordnung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 des Wohnraumförderungsgesetzes ist hinsichtlich der Betriebskosten nach Satz 1 § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung anzuwenden.“

Da diese Bestimmung nach § 556 Abs. 4 BGB nicht zum Nachteil des Mieters abdingbar ist, unterliegt eine Prüfung der Umlegbarkeit von einzelnen Betriebskosten letztlich allein der Vereinbarkeit mit der nun seit kurzem geltenden **Betriebskostenverordnung**. Die nach wie vor geltende **Heizkostenverordnung** regelt dagegen nur die Verteilung der Kosten des Betriebes zentraler Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen durch den Gebäudeeigentümer auf die Nutzer der mit Wärme versorgten Räume. Sie begründet keine Rechtsgrundlage für die allgemeine und besondere Umlagefähigkeit der Betriebskosten.

Für preisgebundene Wohnungen war eine detaillierte Aufstellung der Betriebskosten in Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung erfolgt. Auf diese Aufstellung beziehen sich häufig bestehende Verträge (und Vertragsmuster) für nicht preisgebundenen Wohnraum zur Klarstellung und zur Vermeidung von Streitigkeiten. Die neue Betriebskostenverordnung übernimmt im wesentlichen die Regelungen aus der Zweiten Berechnungsverordnung. Sie gilt gleichermaßen für frei finanzierte wie für geförderte Wohnungen und bestimmt abschließend, welche Kosten der Vermieter auf den Mieter umlegen kann. Im folgenden wird nur noch auf die Betriebskostenverordnung Bezug genommen. Ein Rückgriff auf diese Verordnung ist nur dann möglich, wenn auf sie im Mietvertrag

Bezug genommen wurde (ein Beifügen einer Kopie der Verordnung ist nach der Rechtsprechung nicht mehr erforderlich)!

Bei den Betriebskosten handelt es sich nach der Gesetzesdefinition um die Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen. Die Bundesregierung hat mit der zu Beginn des Jahres 2004 in Kraft getretenen Verordnung von der Ermächtigung des § 19 Absatz 2, Satz 2 Wohnraumförderungsgesetz zum Erlaß von Vorschriften über die Aufstellung der Betriebskosten Gebrauch gemacht. Der Begriff der Betriebskosten nach der neuen Betriebskostenverordnung hat sich materiell gegenüber dem Begriff der Betriebskosten nach der II. BV nicht geändert.

Der Begriff der Betriebskosten setzt voraus, dass die Kosten dem Eigentümer laufend entstehen, jedoch brauchen die Kosten weder in derselben Höhe, noch in denselben Zeitabständen anzufallen.

Grundsätzlich ist der Mieter zur Zahlung von Betriebskosten bzw. zur Leistung einer Vorauszahlung auf die Betriebskosten nur verpflichtet, wenn und soweit dies vertraglich ausdrücklich vereinbart wurde, sh. § 556 Absatz 1 BGB. Ebenso sind Betriebskosten, die im Laufe eines Mietverhältnisses neu entstanden sind, nur dann umlagefähig, wenn im Mietvertrag die Umlage dieser Betriebskosten zumindest dem Grunde nach vereinbart ist (LG Frankfurt/M., WuM 1999, 46).

2. Gewerberaummiete

In die vorgenannten Rechtsgrundlagen ist die Gewerberaummiete nicht einbezogen. Für die gilt selbstverständlich gleichwohl, dass eine Umlage der Betriebskosten auf den Mieter einer vertraglichen Vereinbarung bedarf. Eine vertragliche Vereinbarung ist daher jedoch nicht an die engen Vorgaben der Betriebskostenverordnung gebunden, sondern erlaubt es dem Vermieter, in aller Regel, wesentlich mehr Kosten auf den Mieter umzulegen, als in der BetrKV vorgesehen sind. Es findet sich daher die übliche Regelung in gewerblichen Mietverträgen wie:

„Der Mieter trägt sämtliche Betriebskosten gemäß Ziffern 1 – 16 des § 2 der Betriebskostenverordnung. Er trägt darüber hinaus folgende Betriebs- und Nebenkosten:“

Rückwirkende Erhöhungen der Betriebskosten kann der Vermieter von Geschäftsräumen dann auf den Mieter umlegen, wenn der Mietvertrag eine sog. Mehrbelastungsklausel enthält.

In die explizite Aufzählung der Betriebskosten im Mietvertrag sollten sämtliche Kosten, die nicht zu den gewöhnlichen Betriebskosten zählen, aufgenommen werden, um spätere Unstimmigkeiten zu vermeiden.

B. Die einzelnen in Betracht kommenden Kostenarten

1. Die Kosten der Heizung

Zu den Kosten der Heizung gehören nach § 2 Nr. 4 der Betriebskostenverordnung:

- die Kosten des Betriebs einer zentralen Heizanlage,
- die Kosten des Betriebs einer zentralen Brennstoffversorgungsanlage,
- die Kosten der gewerblichen Lieferung von Wärme/Wärmecontracting,
- die Kosten der Wartung von Etagenheizungen und Gaseinzelfeuerstätten.

Von Interesse im Rahmen der hier zu untersuchenden Frage sind lediglich die ersten beiden Kostenarten.

Ihre Definitionen lauten:

Kosten des Betriebs einer zentralen Heizanlage

Hierzu gehören die Kosten der verbrauchten Brennstoffe und ihrer Lieferung, die Kosten des Betriebsstroms, die Kosten der Bedienung, Überwachung und Pflege der Anlage, der regelmäßigen Prüfung ihrer Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit einschließlich der Einstellung einer Fachkraft, der Reinigung der Anlage und des Betriebsraumes, die Kosten der Messungen nach dem Bundes-Immissionsgesetz, die Kosten der Anmietung oder anderer Arten der Gebrauchsüberlassung einer Ausstattung zur Verbrauchserfassung sowie die Kosten der Verwendung einer Ausstattung zur Verbrauchserfassung einschließlich der Kosten der Eichung sowie die Kosten der Berechnung und Aufteilung.

Kosten des Betriebs einer zentralen Brennstoffversorgungsanlage

Hierzu gehören die Kosten der verbrauchten Brennstoffe und ihrer Lieferung, die Kosten des Betriebsstroms und die Kosten der Überwachung sowie die Kosten der Reinigung der Anlage und des Betriebsraumes.

2. Kosten für den Hauswart, § 2 Nr. 14 BetrKV

Zu diesen Kosten gehören die Vergütung, die Sozialbeiträge und alle geldwerten Leistungen, die der Eigentümer dem Hauswart für seine Arbeit gewährt, soweit diese nicht die Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerungen und Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betrifft. Soweit Arbeiten vom Hauswart erledigt werden, dürfen Kosten für Arbeitsleistungen nach den übrigen Ziffern des § 2 BetrKV nicht angesetzt werden.

Zu den klassischen Hausmeistertätigkeiten gehören u.a. die Bedienung und Überwachung der Heizung.

3. Sonstige Betriebskosten

Nach § 2 Ziffer 17 Betriebskostenverordnung sind auch sonstige Betriebskosten umlegbar. Der Auffangtatbestand erfasst Betriebskosten, die der allgemeinen Definition der Betriebskosten unterfallen, aber in den Nummern 1 bis 16 des § 2 nicht genannt sind. Damit sind vor allem Betriebskosten umlagefähig, die wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung oder da sie aufgrund neuartiger technischer Entwicklungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht absehbar waren oder erst in Zukunft entstehen, nicht in den Nummern 1 bis 16 genannt sind.

Nur wenn „sonstige Betriebskosten“ ausdrücklich erwähnt und aufgelistet werden, können diese Betriebskostenpositionen in der Betriebskostenanrechnung angesetzt werden.

4. Gebot der Wirtschaftlichkeit

Mit der Mietrechtsreform wurde das Gebot der Wirtschaftlichkeit als verbindliche Grenze für den Umfang der anzusetzenden Betriebskosten in § 556 Absatz 3, Satz 1 BGB gesetzlich verankert. Das Wirtschaftlichkeitsgebot läßt sich folgendermaßen definieren:

„Es dürfen nur solche Kosten umgelegt werden, die bei gewissenhafter Abwägung und ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind.“ Dem Mieter dürfen nur solche Betriebskostenpositionen in Rechnung gestellt werden, die für eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Gebäudes nach objektiven Maßstäben und unter Berücksichtigung der Mieterinteressen erforderlich sind (OLG Düsseldorf, Urteil v. 25. 06. 2987.

C. Umlage der Silentoil Nutzungskosten

1. Silentoil Nutzungskosten als allgemeine Betriebskosten

Die Kosten, die dem Mieter im Rahmen der Nutzung der Silentoil Meßgeräte sowie des Internet Services SevenDays entstehen, unterfallen dem allgemeinen, in der BetrKV definierten Betriebskostenbegriff: Sie entstehen laufend, d.h. wiederkehrend dem Eigentümer durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch einer Anlage, der Heizungsanlage. Insoweit besteht keine Besonderheit im Vergleich zu den Kosten, die anfallen, wenn der Eigentümer selbst bzw. durch Inanspruchnahme von Fremdleistungen (z.B. Hauswart) den Ölstand in regelmäßigen Abständen abliest bzw. ablesen läßt.

Die Silentoil Nutzungskosten sind auch objektbezogen, denn sie fallen durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Heiz- bzw. Brennstoffanlage an. bestimmungsgemäßer Gebrauch liegt vor, wenn die Kosten einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entsprechen, vgl. Noack/Westner, Betriebskostenabrechnung und Wohnflächenverordnung, 2004, S. 16: Das Ablesen der Ölstände der Heizung ist für den ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage und eine einwandfreie Funktion erforderlich. Es besteht nicht zuletzt sogar eine sich aus dem Mietvertrag ergebende Pflicht des Vermieters zum Bereithalten einer ausreichenden Menge an Brennstoff, in diesem Falle Öl, um einem Ausfall der Heizung und einer entsprechenden nachfolgenden Inanspruchnahme der Mieter vorzubeugen.

Eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung liegt hier auch deshalb vor, da aufgrund der Nutzung der Silentoil Meßgeräte eine Vereinfachung der Bestimmung des Ölverbrauchs und des Ölstandes gegeben ist. Man wird wohl auch davon ausgehen können, dass die automatische, durch das Meßgerät erfolgende Messung und die Zurverfügungstellung der abgerufenen Daten im Internet die Zuverlässigkeit des Ablesevorganges erhöhen. Sofern durch organisatorische Veränderungen oder die Inanspruchnahme technischer oder sonstiger Hilfe von Dritten Kosten senken lassen, wird der Vermieter zumindest verpflichtet sein, die Eignung derartiger Maßnahmen zu prüfen, Ehlert in Bamberger/Roth, Großkommentar zum BGB, 2003, Rn 29 zu § 556. Die Einführung von Silentoil-Messgeräten steht somit auch im Einklang mit dem oben genannten Gebot der Wirtschaftlichkeit. Der Vermieter darf den Mieter nur mit solchen Kosten belasten, die wirtschaftlich angemessen sind. Maßgeblich ist der Standpunkt eines „vernünftigen Wohnungs Vermieters“, der ein vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge behält, vgl. Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 2002, S. 219.

Schließlich fallen die Silentoil Nutzungsentgelte auch laufend, d.h. turnusmäßig (nach den vertraglichen Bestimmungen jährlich) an.

Die Silentoil-Nutzungsentgelte stellen auch keine Verwaltungskosten, Instandhaltungs- oder Instandsetzungskosten dar, die von vorneherein nach § 1 Abs. 2 BetrKV von der Umlagefähigkeit ausgenommen sind.

Für eine Umlagefähigkeit ist es jedoch erforderlich, dass die anfallenden Kosten zumindest einer, in der BetrKV genannten Betriebskostenart unterfallen. Im folgenden soll untersucht werden, welche Kostenart hier einschlägig ist.

2. Silentoil Nutzungskosten als Unterfall einer Betriebskostenart nach BetrKV

In Betracht kommen die bereits unter A. genannten Kostenarten: die Kosten des Betriebs einer zentralen Heizungsanlage bzw. die Kosten des Betriebs einer zentralen Brennstoffversorgungsanlage.

Der Unterschied zwischen der zentralen Heizungsanlage und der zentralen Brennstoffanlage liegt im wesentlichen darin, dass letztere vorliegt, wenn die einzelnen Räume zwar zentral versorgt werden, jedoch nicht direkt mit Wärme (dann Zentralheizung), sondern primär durch eine Pumpe mit Brennstoff aus einem zentralen Vorratsbehälter, der dann zum Betrieb der angeschlossenen Einzelöfen verwendet wird. Es dürfte sich im wesentlichen um zentrale Öllagertanks handeln, von denen aus Versorgungsleitungen zu den in den Wohnungen befindlichen Einzelheizungen der Mieter (Etagenheizungen) führen.

Zentrale Heizungsanlage

Handelt es sich um eine zentrale Heizungsanlage, so kommt in Betracht, die Silentoil-Nutzungsentgelte unter die *„Kosten der Anmietung oder anderer Arten der Gebrauchsüberlassung einer Ausstattung zur Verbrauchserfassung sowie die Kosten der Verwendung einer Ausstattung zur Verbrauchserfassung“* zu subsumieren. Fällt ein Silentoil-Meßgerät unter den Begriff *„Ausstattung zur Verbrauchserfassung“*?

Als Ausstattungen zur Verbrauchserfassung nennt § 5 Heizkostenverordnung *Wärmezähler* und *Heizkostenverteiler*. Wärmezähler dienen wie Heizkostenverteiler der Ermittlung des Wärmeverbrauchs. Es handelt sich hier um ein Meßgerät ähnlich dem Stromzähler, das den "Wärmeverbrauch" in physikalischen Einheiten anzeigt (MWh). Heizkostenverteiler sind Meßhilfsverfahren zur Erfassung des anteiligen Wärmeverbrauchs. Dieser wird nicht in physikalischen Einheiten angezeigt. Vorrangig werden diese Geräte bei einer vertikalen Verteilung der Heizanlage, d.h. bei der die Heizkörper einer Wohnung an verschiedene Steigstränge angeschlossen sind, eingesetzt. Der Heizkostenverteiler erfaßt die Temperatur des Heizkörpers und zeigt dies in "Verbrauchseinheiten" an.

In Anbetracht der genannten Funktionsbeschreibung der Ausstattung zur Verbrauchserfassung ist die Zuordnung der Silentoil-Meßgeräte zu dieser Ausstattung problematisch. Es handelt sich bei den Silentoil-Messgeräten nicht um Wärmezähler und nicht um Heizkostenverteiler. Gleichwohl wird man aber sagen können, dass sie allgemein unter den Begriff der „Ausstattung zur Verbrauchserfassung“ fallen, denn sie erfassen tatsächlich den (allgemeinen) Verbrauch des Brennstoffs.

Hätte die Betriebskostenverordnung unter dem Begriff der „Ausstattung der Verbrauchserfassung“ lediglich Wärmezähler und Heizkostenverteiler verstehen wollen, so hätte der Verordnungsgeber diese Begriffe gleich in die Verordnung mit aufnehmen bzw. einen Verweis auf § 5 Heizkostenverordnung herstellen können. Da dies nicht geschehen ist, verdeutlicht den Willen des Verordnungsgebers, den Begriff nicht auf bestimmte technische Einrichtungen zu beschränken. Ein weiteres Argument für die Nicht-Beschränkung der Verordnung auf Wärmezähler und Heizkostenverteiler ist die Tatsache, dass die Heizkostenverordnung in den §§ 4 und 5 von dem „anteiligen“ Verbrauch bzw. Wärmeverbrauch spricht, die Betriebskostenverordnung jedoch nicht.

Wir sind daher der Auffassung, dass die Silentoil-Messgeräte Ausstattungen des Verbrauchs im Sinne von § 4a BetrKV darstellen und somit die Kosten der Anmietung sowie die Kosten der Verwendung (SevenDays) umlegbare Betriebskosten darstellen.

Hinsichtlich der Mietkosten ist zu beachten, dass die Mietkosten für die Ausstattungen zur Verbrauchserfassung nur dann umgelegt werden können, wenn der Vermieter das Beteiligungsverfahren gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 HeizkostenV durchgeführt hat. Da nach der hier dargestellten Ansicht die Heizkostenverordnung jedoch nur Ausstattungen zur anteiligen Verbrauchserfassung betrifft, dürfte ein Beteiligungsverfahren bei Anmietung der Silentoil-Messgeräte nicht erforderlich sein.

Zentrale Brennstoffversorgungsanlage

Sofern die Liegenschaften über eine zentrale Brennstoffversorgungsanlage verfügen, sind als Betriebskosten anerkannt die Kosten der verbrauchten Brennstoffe und ihrer Lieferung, die Kosten des Betriebsstroms und die Kosten der Überwachung sowie die Kosten der Reinigung der Anlage und des Betriebsraumes. Kosten für Ausstattungen zur Verbrauchserfassung sind nicht anerkannt.

In Betracht kommt die Erfassung der Silentoil-Nutzungsentgelte unter den Begriff der *Überwachung der Anlage* (dieser Begriff ist im übrigen auch bei den Kosten der zentralen Heizungsanlage in der BetrKV angeführt, insofern gelten die Ausführungen hier entsprechend auch für diese Art von Anlagen).

Hierzu gehören die Sach- und Personalkosten, die laufend entstehen. Während dies insbesondere beim arbeitsintensiven Betrieb von Kokscentralheizungen (Anheizen und Unterhalten der Brennstelle, beseitigen von Asche und Schlacke) unproblematisch ist, erkennen die Gerichte teilweise bei vollautomatischen Öl- oder Gasheizungen Bedienungskosten nicht an. Sofern aber ein Eigentümer nicht im Hause wohnt und regelmäßig Dritte mit diesen Aufgaben betreuen muß, spricht nichts gegen eine Anerkennung (AG Mannheim, DWW 1979, 64).

Die Überwachung des Ölstandes ist von absoluter Notwendigkeit zum funktionsgerechten Betrieb der Brennstoffversorgungs- und selbstverständlich auch der zentralen Heizungsanlage. Gerade bei einer Vielzahl von Anlagen ist, sofern eine gerätetechnische Erfassung wie bei den Silentoil-Messgeräten nicht gegeben ist, eine Beauftragung des Hauswartes bzw. sonstiger Dritter erforderlich. Derartige Personalkosten werden durch den Einsatz von Silentoil-Geräten eingespart. Eine Anerkennung der Nutzungsentgelte als Kosten für die Überwachung der Brennstoffversorgungsanlage ist u.E. daher gegeben.

• • •