



Bei Gewerbemietverträgen durch Formulklauseln vereinbart – auch zulässig?

Verteilung der Nebenkosten nach fiktiven Flächen

Von RA Dr. JOACHIM WICHERT, Frankfurt/Main und Berlin*

I. Einführung

In Formularmietverträgen über Gewerbeflächen in Einkaufszentren finden sich bisweilen folgende oder ähnliche Regelungen über die Verteilung von Nebenkosten:

„Die Verteilung und Abrechnung der nicht verbrauchsabhängigen Nebenkosten erfolgt im Verhältnis der angemieteten Flächen zur Gesamtmietfläche. Die Gesamtmietfläche wird wie folgt berechnet: Alle Laden- und Gastronomieflächen werden zusammengezählt, und dabei werden Ladenflächen größer als 1.000 m² mit maximal 1.000 m² bei der Berechnung berücksichtigt.“

Eine solche Regelung begünstigt Groß- und Ankermieter. Denn bei der Verteilung der Nebenkosten wird nur ein Teil ihrer Mietfläche angesetzt. Den Rest tragen die übrigen Mieter mit, deren Fläche also

überproportional zählt. Das gilt erst recht, wenn dadurch gleichzeitig eine bestimmte Nutzergruppe völlig nebkostenfrei gestellt wird, etwa die Garagenmieter. Ist eine solche Formulklausel wirksam oder verstößt sie gegen AGB-Recht?

II. Ausgangslage: Verteilung der Nebenkosten nach Flächen

Im Gewerbemietrecht können die Parteien den Verteilungsmaßstab grundsätzlich frei vereinbaren. § 556a BGB, der eine Verteilung nach Fläche vorsieht, gilt nur in der Wohnraummiete. Eingeschränkt wird die Vertragsfreiheit durch die zwingenden Regelungen der Heizkostenverordnung und die allgemeinen Schranken, etwa das AGB-Recht oder §§ 134, 138 BGB. Enthält der Vertrag keine Regelung über die Verteilung

der Nebenkosten, kann der Vermieter den Verteilungsschlüssel einseitig bestimmen. Die Bestimmung muss dann aber gemäß §§ 315, 316 BGB billigem Ermessen entsprechen¹⁾.

In der Praxis wird auch in der Gewerbemiete – vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften der Heizkostenverordnung – nahezu immer eine Verteilung nach Fläche vereinbart oder durch den Vermieter durchgeführt, also eine Verteilung der Nebenkosten im Verhältnis der vermieteten Fläche zur Gesamtmietfläche. Dem liegt der Erfahrungssatz zugrunde, dass der Mieter, der größere Räume nutzt, auch mehr Nebenleistungen verursacht und verbraucht²⁾.

Bei einer Verteilung der Nebenkosten nach Fläche sind verschiedene Fragestellungen aufgetreten und inzwischen auch weitgehend gelöst: Müssen auch leerstehende Flächen berücksichtigt werden³⁾? Ist bei einzelnen Nebenkosten nach Nutzergruppen zu differenzieren und ein Vorwegabzug vorzunehmen⁴⁾? Wie ist zu verteilen, wenn die vereinbarte Mietfläche größer ist als die tatsächliche⁵⁾?

Noch ungelöst ist die Frage, ob bestimmte Teile der vermieteten Gesamtmietfläche unberücksichtigt bleiben dürfen. Diese Frage ist nur dann leicht zu beantworten, wenn der Mietvertrag keinen Verteilungsmaßstab vorsieht. In diesem Falle wäre nämlich die ungleiche Belastung mit §§ 315, 316 BGB nicht vereinbar; denn es entspricht sicher nicht billigem Ermessen, wenn der Vermieter bei den Nebenkosten die Groß-



Profı-Software für Hausverwalter

... alles, was eine Hausverwaltersoftware braucht ...

- WEG-Miet-Gewerbe und SE
- E/Ü und Bilanzierung
- Versammlungs- und Beschluss-Management
- Dokumentenmanagement
- Office-Integration
- Professionell und komfortabel

GFAD Huttenstr. 34/35 T:030/269 1111 www.haussoft.de GFAD
10553 Berlin F:030/269 111-99 info@gfad.de Systemhaus AG

*1) www.aclanz.de

1) Ist der Umlageschlüssel vereinbart, sind §§ 315, 316 BGB nicht anwendbar, Kinne, in: Kinne/Schach/Bleher, in: Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl. 2013, § 556a Anm. 1; Blank, in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 556a Rn. 6, beide mit Nachweisen zur abweichenden Meinung.

2) Seldeneck/Wichert/Fallak, Gewerbemiete, 2013, Baustein 76 Rn. 3.

3) Ja: BGH, 6.10.2010 - VIII ZR 183/09 -, GE 2010, 1615 (für das Wohnraummietrecht); KG Berlin, 6.6.2016 - 8 U 40/15 - GE 2016, 971; Leo/Ghassemi-Tabar, AGB im Gewerbemietrecht, 2. Aufl. 2015, S. 148; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, Rn. 172. Nein: DLG Düsseldorf, 21.5.2015 - I-10 U 29/15 - juris; Stempel, NZM 2006, 811, 814.

4) Nur bei ins Gewicht fallender Mehrbelastung anderer Mieter: BGH, 8.3.2006 - VIII ZR 78/05 - GE 2006, 502; KG Berlin, 24.7.2006 - 8 U 224/05 - GE 2006, 1231; Schmid, in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weltemeyer, Gewerbemietmiete, 2015, § 556a BGB Rn. 9 f.; Seldeneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 77 Rn. 7 ff.

5) BGH, 31.10.2007 - VIII ZR 261/06 - GE 2007, 1686 = ZMR 2008, 38 mit Anmerkung Schmid; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 6. Aufl. 2017, Kapitel 10 Rn. 30; Langenberg/Zehlein (Fn. 3), Rn. 81 ff.



Fortsetzung von Seite 700

flächenmieter bevorzugt. Aber wie steht es, wenn im Formularvertrag eine Klausel vorgesehen ist, die eine solche Bevorzugung legitimiert?

III. Überraschend?

Gemäß § 305c BGB werden überraschende Klauseln nicht Bestandteil des Vertrags. Klauseln sind überraschend, wenn sie so ungewöhnlich sind, dass die angesprochenen Verkehrskreise nicht mit ihnen zu rechnen brauchen. Damit soll Überrumpelungen und Übertölpelungen durch AGB entgegen gewirkt werden⁶⁾. Partelen des Gewerbemietvertrags sind üblicherweise Kaufleute und Gewerbetreibende; man kann also, anders als bei Verbrauchern, Geschäftserfahrung unterstellen. Das bedeutet auch, dass strengere Anforderungen an den Überraschungseffekt zu stellen sind⁷⁾. Die überraschende Wirkung einer Klausel kann in ihrem Inhalt liegen. Insofern kommt es darauf an, ob aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise der Inhalt für den konkreten Vertragstyp unüblich ist⁸⁾. Allerdings ist nicht jeder unübliche Inhalt schon überraschend im Sinne des § 305c BGB. Werden durch eine Klausel aber abweichende Hauptleistungspflichten begründet oder Leistungspflicht: wesentlich modifiziert, kann dies überraschenden Charakter haben⁹⁾. Die überraschende Wirkung einer Klausel kann ferner darin liegen, dass sie an einer Stelle im Vertrag untergebracht ist, wo man nicht mit ihr rechnen muss¹⁰⁾. In einem solchen Fall kommt es also nicht auf den – möglicherweise üblichen – Inhalt der Klausel an, sondern auf die äußere Gestaltung des Mietvertrags.

In Gewerbemietverträgen ist eine Verteilung der Nebenkosten nach Flächen weit verbreitet, also üblich. Allerdings ist dies weitgehend so geregelt, dass sich die Verteilung nach dem Verhältnis der Einzelfläche zur Gesamtfläche richtet. Gelegentlich versuchen die Vermieter, die Leerstandsflächen auszunutzen, indem sie auf das Verhältnis von Einzelfläche und vermieteter Gesamtfläche abstellen. Deshalb wäre eine solche Klausel vielleicht noch nicht überraschend. Anders ist es aber, wenn bei der Verteilung der Nebenkosten die Flächen von Großmietern ausgenommen oder gedeckelt werden. Mit einer solchen kaum verbreiteten Gestaltung müssen Mieter eines Einkaufszentrums nicht rechnen. Diese Abweichung modifiziert auch die Hauptleistungspflichten der Parteien. Denn nach § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB ist der Vermieter verantwortlich für die Nebenkosten¹¹⁾. Er

kann diese zwar umlegen, muss dabei aber einen fairen Verteilungsmaßstab zugrunde legen. Das ist bei einer Verteilung nach fiktiven Flächen fraglich.

Das gilt zumindest dann, wenn diese Verteilung ohne besondere Hervorhebung in dem Fließtext untergebracht ist, also leicht überlesen wird. Anders ist es, wenn die Verteilung drucktechnisch hervorgehoben und damit der Blick des Mieters darauf gerichtet wird. Denn eine drucktechnische Hervorhebung kann der Überraschung entgegenwirken¹²⁾. Auch der nachdrückliche individuelle Hinweis vor Vertragsschluss reicht dafür aus¹³⁾.

Das bedeutet: Es spricht einiges dafür, dass eine Verteilung nach fiktiven Flächen unüblich und überraschend im Sinne des § 305c BGB ist. Eine solche überraschende Wirkung kann aber durch eine drucktechnische Hervorhebung oder nachdrücklichen individuellen Hinweis beseitigt werden.

IV. Unangemessene Benachteiligung?

Bei der Verteilung von Nebenkosten nach fiktiven Flächen kann aber auch eine unangemessene Benachteiligung der betroffenen Mieter nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB vorliegen.

Zunächst ist festzuhalten, dass es hier nicht um eine kontrollfreie Preisvereinbarung im Sinne von § 307 Abs. 3 BGB geht; denn bei dem Umlageschlüssel für die Nebenkosten handelt es sich nicht um eine Preisvereinbarung, sondern um die Nebenabrede zu einer Preisvereinbarung, die am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB zu messen ist¹⁴⁾.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt dann vor, wenn der Verwender gegenüber seinem Vertragspartner durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen sucht, ohne dessen Belange

zu berücksichtigen oder einen Ausgleich zu schaffen¹⁵⁾. Der Nachteil des Vertragspartners muss nicht unbedingt zu einem Vorteil des Verwenders führen, es reicht auch der Vorteil eines Dritten¹⁶⁾. Wenn also Parkplatzmietern, Groß- oder Ankermietern von einer Abrechnung nach fiktiven Flächen befreit werden, hindert das eine Wertung als unangemessene Benachteiligung nicht. Eine unangemessene Benachteiligung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Privilegierung eines bestimmten Mietertyps gegen eines der beiden Regelbeispiele in § 307 Abs. 2 BGB verstößt. Einschlägig könnte Regelbeispiel 1 sein, wenn die Umlageklausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Hier bieten sich mehrere Argumentationsmöglichkeiten.

Mit der Umlage der Nebenkosten auf den Mieter wird von § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB abgewichen. Danach hat der Vermieter die auf dem Grundstück ruhenden Lasten

6) NK-BGB/Kollmann, 3. Aufl. 2016, § 305c Rn. 2.

7) Leo/Ghassemi-Tabar (Fn. 3), S. 35.

8) OLG Dresden, 3.1.2006-5 U 1451/05-InfoM 2006, 184.

9) BGH, 4.10.2000 - XI ZR 44/98 - NZM 2001, 234, 235 f; Leo/Ghassemi-Tabar (Fn. 3), S. 37.

10) NK-BGB/Kollmann (Fn. 6), § 305c Rn. 6.

11) Langenberg/Zehlein, (Fn. 3), B 1 Rn. 1; Barfuß, Aktuelles Gewerbarakmietrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 9.

12) BeckOGK-BGB/BonIn, Stand: 1.5.2017, § 305c Rn. 47; Seideneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 12 Rn. 1.

13) BGH, 24.8.1997 - XI ZR 288/96 - NJW 1997, 2677; NK-BGB/Kollmann, (Fn. 6), § 305c Rn. 13.

14) Blank, MietRB 2011, 325, 328; vgl. auch Lehmann-Richter, ZMR 2012, 837, 839; Streyl, NZM 2014, 409, 413.

15) So der BGH in ständiger Rechtsprechung, vgl. BGH, 24.10.2012 - XI ZR 40/11 - NZM 2013, 165; NK-BGB/Kollmann (Fn. 6), § 307 Rn. 7; Ghassemi-Tabar, in: Ghassemi-Tabar/Gulding/Weltemeyer (Fn. 4) § 307 Rn. 61.

16) NK-BGB/Kollmann (Fn. 6), § 307 Rn. 12.



Bautenschutz GmbH

Fachbetrieb



Nasse Wände, Feuchte Keller?

Komplettlösungen gegen Feuchtigkeit und drückendes Wasser
auch **ohne Schichten** von innen ausgeführt

Mariendorfer Damm 159,
12107 Berlin

 (030) 36 80 15 86/87
Fax 36 80 15 88
www.inserf-bautenschutz.de

TÜV-geprüfter Fachbetrieb – Mitglied im Holz- und Bautenschutzverband



zu tragen, wozu auch die Nebenkosten gehören¹⁷⁾. Aber handelt es sich dabei um einen wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung? Wohl kaum, wie sich aus der Umlagemöglichkeit des § 556 Abs. 1 BGB ergibt. Wenn das Gesetz selbst eine Ausnahme zur Lastentragung vorsieht, kannes sich bei § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht um einen wesentlichen Grundgedanken handeln¹⁸⁾. Zwar gilt § 556 Abs. 1 BGB nur für die Wohnungsmiete, doch muss das für die Gewerbemiete erst recht gelten¹⁹⁾. Damit ist die Argumentation aber noch nicht beendet. Wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung können auch dann verletzt sein, wenn es sich nicht um das Leitbild des Gesetzes handelt, sondern wenn ein dem Gerechtigkeitsgebot entsprechender allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz „verbogen“ wird²⁰⁾. Folgende Argumentation bietet sich an: Werden die Nebenkosten auf die Mieter umgelegt, so müssen sie gerecht auf die Mieter verteilt werden²¹⁾. Eine solche gerechte Verteilung lässt sich durchaus als allgemein anerkannter Grundsatz werten. Zwar dürfte eine vollkommen gerechte Verteilung selten zu erzielen sein; so sind zugunsten des Vermieters auch Praktikabilitätsgesichtspunkte in Rechnung zu stellen. Aber es sollte vermieden werden, dass der Mieter mit Nebenkosten belastet wird, die nicht von ihm veranlasst wurden und auch nicht in seine Risikosphäre fallen. Ähnlich lautet die Argumentation bei der Bewertung von Umlageklauseln, welche dem Mieter das Leerstandsrisiko aufbürden²²⁾. Dort sind Nebenkosten zu tragen, die eigentlich dem Vermieter zuzuordnen sind. Hier sind Nebenkosten zu tragen, die anderen Mietertypen zuzuordnen sind. Damit lässt sich belegen, dass ein wesentlicher Grundgedanke verletzt ist. Für die Feststellung einer unangemesse-

nen Benachteiligung bedarf es aber noch einer Interessenabwägung. Hier lässt sich zugunsten des Vermieters anführen, dass noch nicht jede ungerechte Verteilung zu einer unangemessenen Benachteiligung führt. Sie muss vielmehr auch ein gewisses Gewicht aufweisen. Dieses Gewicht sollte dann erreicht sein, wenn die Mehrbelastung des jeweiligen Mieters 10 % überschreitet. Zu vergleichen wäre dann die Nebenkostenabrechnung bei Berücksichtigung aller Flächen mit der Nebenkostenabrechnung nach den vereinbarten fiktiven Flächen. Ist Letztere mehr als 10 % höher, liegt eine unangemessene Benachteiligung vor. Aus Praktikabilitätsgründen ist es vertretbar, die Grenze von 10 % auf die nach Flächen zu verteilenden Kosten zu beziehen, also nicht auf einzelne Posten der Nebenkostenabrechnung²³⁾. Die verbrauchsabhängig zu verteilenden Kosten sind von den Gesamtkosten aber auszunehmen, um den sonst unvermeidlichen Verwässerungseffekt zu vermeiden, der die 10%-Grenze deutlich nach oben verschieben würde. Warum ist die Grenze bei 10 % zu ziehen? Weil diese Grenze schon bei ähnlich gelagerten Fällen ebenfalls herangezogen wird: so etwa bei Flächendifferenzen. Wird im Mietvertrag eine zu große Fläche vereinbart, so darf nach dieser abgerechnet werden, wenn die Flächendifferenz 10 % nicht überschreitet²⁴⁾. Auch in den Fällen des Vorwegabzugs bestimmter Nutzer wird in der Literatur bisweilen die Grenze von 10 % genannt, die als Mehrbelastung noch hingenommen werden muss²⁵⁾. Schließlich wird auch bei Übertragung der Instandhaltungskosten für Gemeinschaftsflächen häufig eine Deckelung von 10 % der Jahresmiete für erforderlich gehalten²⁶⁾. Da es eine Minimalgrenze geben muss, um das Klein-Klein einer Pfenniggerechtigkeit zu vermeiden, sollte die 10%-Marke auch bei

der hiesigen Themenstellung der richtige Maßstab sein.

Das bedeutet als Zwischenergebnis: Eine unangemessene Benachteiligung des Mieters liegt vor, wenn das Großflächenmieter-Privileg zu einer Mehrbelastung der Kleinfächenmieter von mehr als 10 % führt. Die Interessenabwägung wäre aber unvollständig, wenn dem Vermieter nicht mit folgendem Argument geholfen werden kann: Das Einkaufszentrum kann nur dann erfolgreich sein, wenn es gelingt, attraktive Großmieter an den Standort zu binden. Die Kleinfächenmieter profitieren ja bekanntermaßen symbiotisch vom Erfolg ihrer großen „Brüder“. Auch Parkplatzflächen mit verhältnismäßig geringen Parkgebühren (und niedrigen Nebenkosten des Parkplatzbetreibers) sind ein Beitrag zum Erfolg des Ganzen. Sind Nebenkosten-Privilegien unter diesem Gesichtspunkt vielleicht doch vertretbar?

Diese Frage löst sich, wenn man die Funktion der Nebenkosten untersucht. Nebenkosten sind ein Teil der Miete, die der Vermieter nach Selbstkosten abrechnen darf. Das Umlageverfahren verändert aber nicht die wirtschaftliche Bedeutung: Nebenkosten sind Mietentgelt. Damit nähert man sich auch schon der Lösung: Denn verantwortlich für die Anbindung der Ankermieter, den Mietermix und den Gesamterfolg des EKZ ist der Vermieter. Will er also bestimmte Mietertypen (Ankermieter oder Parkplatzzmieter) für das Objekt interessieren, ist es seine Sache, die Miete so attraktiv zu gestalten, dass für diese Mieter die Rechnung aufgeht. Die Attraktion

Wärme Messen & Abrechnen



Seit über 20 Jahren Abrechnungen rund ums Haus, ob für 2 oder 2000 Wohnungen. Selbstverständlich auch per Funk. Kompetent, genau, persönlich. Geräte schon vorhanden? Für uns meist kein Problem.

Anton Baskay GmbH

www.baskay.de
030 40 39 77 57

17) Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 556 Rn. 1; Kinne, in: Kinne/Schach/Beber (Fn. 1), § 556 Rn. 1.
18) Streyk, NZM 2014, 409, 413.
19) Streyk, NZM 2014, 409, 413; Lehmann-Rietze, ZMR 2012, 837, 839.
20) NK-BGB/Kollmann (Fn. 6), § 307 Rn. 29.
21) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 14. Aufl. 2014, Rn. 4003 ff.
22) KG Berlin, 6.8.2016 - 8 U 40/15 - GE 2016, 971; Blank, in: Blank/Börstinghaus (Fn. 1), § 556a Rn. 56a.
23) Diese Diskussion wird geführt bei der ähnlich gelagerten Frage, wann ein Vorwegabzug erforderlich ist, vgl. Seldeneck/Wichert/Fallak (Fn. 2), Baustein 77 Rn. 14, 24) BGH, 31.10.2007 - VIII ZR 261/06 - ZMR 2008, 38 mit Anmerkung Schmid-GE 2007, 1685; LG Köln, 11.1.2017 - 9 S 82/13 - ZMR 2017, 249; Neuhaus (Fn. 5), Kapitel 10 Rn. 30; Schneider, in: Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2013, § 556a Rn. 5 ff.; a. M. etwa Langenberg/Zeheteln (Fn. 3), Rn. 81 ff.
25) Etwa v. Brunn/Emmerich, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. 2014, IILA Rn. 322; Schmid (Fn. 21), Rn. 4183.
26) LG Essen, 24.11.2015 - 8 O 82/15 - NZM 2016, 265; Hübner, in: Linder-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 4. Aufl. 2017, Kapitel 13 Rn. 163; Burbulla (Fn. 11), F. Rn. 25; strenger etwa Leo/Ghassemi-Tabar (Fn. 3), II B Rn. 174: 6-9 %.



einer günstigen Miete darf der Vermieter also nicht dadurch schaffen, dass er die Großflächenmieter durch eine willkürliche Verteilung der Selbstkosten bevorzugt und die Kleinflächenmieter entsprechend benachteiligt. Es ist nämlich nicht Sache der benachteiligten Mieter, einen Teil der Großflächenmieten zu übernehmen. Der Vermieter könnte eine solche Lastenverschiebung zwar offen durch eine vertragliche Regelung erreichen – indem er die „kleinen“ Mieter verpflichtet, einen Solidarfonds zur Subventionierung von Ankermietern oder Parkplatzgebühren zu bilden. Das heißt aber noch nicht, dass die Lastenverschiebung durch eine verdeckte Subventionierung interessenneutral wäre. Denn der Erfolg des Einkaufszentrums liegt schwerkern bei dem Vermieter, der hohe Mieteinnahmen erzielen will, und nicht bei einem Ladenmieter, der Eis, Handyverträge oder Strumpfhosen verkauft. Zwar profitiert der Kleinflächenmieter vom Erfolg des großen Ganzen. Diese Wechselwirkung macht aus der Benachteiligung durch vermehrte Nebenkosten aber noch keine angemessene Benachteiligung. Oder anders: Wenn das Mietangebot für den Ankermieter attraktiv sein soll, muss also der Vermieter selbst die Bürde des Preisnachlasses auf sich nehmen. Denn das Risiko der erfolgreichen Vermietung aller Mietflächen trägt in erster Linie der Vermieter selbst und nicht der Mieter einer kleinen Fläche.

V. Intransparent?

Die Übertragung der Nebenkosten auf den Mieter muss klar und verständlich sein. Das ergibt sich aus dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Ob eine Klausel klar und verständlich ist, beurteilt sich nicht nach dem Verständnis des konkreten Vertragspartners. Maßstab ist im unternehmerischen Verkehr der verständige, nicht juristisch gebildete durchschnittliche Unternehmer²⁷⁾.

Das Transparenzgebot ist auch bei einer vertraglichen Regelung über die Verteilung der Nebenkosten zu beachten. Das bedeutet, dass ein durchschnittlicher Gewerbemietler erkennen können muss, welche Bedeutung die Klausel hat und welche Belastungen auf ihn zukommen²⁸⁾.

Werden bei der Gesamtmietfläche bestimmte Flächen gar nicht oder nur beschränkt berücksichtigt, kann das erhebliche Auswirkungen auf die Höhe der anteiligen Nebenkosten der übrigen Mieter haben. Diese Auswirkungen kann der einzelne Mieter bei Vertragsabschluss über nicht erkennen, und zwar unabhängig von seiner Geschäftserfahrung. Der einzelne

Mieter weiß bei Vertragsschluss regelmäßig nicht, welche Flächengrößen angeboten und dann auch tatsächlich vermietet werden. Unklar dürfte auch regelmäßig sein, ob nicht im Nachhinein begünstigte Großflächen wegfallen oder neu entstehen, etwa durch spätere Teilung von Großflächen oder Zusammenlegung von Kleinflächen. Deshalb können solche Klauseln ohne weitere Erläuterungen einer Kontrolle nach dem Transparenzgebot nicht standhalten. Solche weiteren Erläuterungen können etwa in einer Anlage enthalten sein, welche alle Flächen und deren Maße auflistet. Auch eine Musterberechnung der Nebenkosten hilft weiter, wenn sie das Ergebnis der üblichen Flächenverteilung einerseits mit dem Ergebnis des Sondermaßstabs vor Augen führt. Nur bei solchen zusätzlichen Angaben im Mietvertrag oder einer Anlage ist das Transparenzgebot gewahrt.

VI. Rechtsfolge bei AGB-Verstoß

Werden Formulklauseln nicht Vertragsbestandteil oder sind sie unwirksam, so ergibt sich die Rechtsfolge aus § 306 BGB. Maßgeblich sind dann die gesetzlichen Vorschriften. Eine geltungserhaltende Reduktion ist nicht möglich.

Eine gesetzliche Regelung zur Verteilung der Nebenkosten ist mindestens für das Gewerbemietrecht nicht ersichtlich. Ersatzweise kann man aber den Verteilungsgedanken nutzen, der bei vereinbarter Verteilung von Nebenkosten im Wohnungsmietrecht gilt. Dann ist nach dem Verhältnis von Einzelflächen zur Gesamtfläche zu verteilen, soweit nicht nach Verbrauch abgerechnet wird. Die Rechtsprechung ist in dem vergleichbaren Fall einer unzulässigen Entlastung der Leerstandflächen zu demselben Ergebnis gelangt. Danach soll die Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung so geschlossen werden, dass die Umlage im

Verhältnis der Einzelfläche zur gesamten Fläche (also nicht: nur der vermieteten Fläche) erfolgt²⁹⁾.

Eine ersatzlose Streichung der Nebenkostenumlage scheidet ja aus, weil die unwirksame Klausel nicht das Ob der Nebenkostenumlage trifft, sondern das Wie³⁰⁾.

VII. Ergebnis

Die formularmäßige Begünstigung von Großmietern oder Parkplatzmietern durch fiktive Deckelung der Großmieter-Einzelflächen ist AGB-rechtlich nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig: Die Klausel darf nicht überraschend sein und sollte daher im Vertrag drucktechnisch hervorgehoben sein. Die Klausel darf auch nicht intransparent sein und muss daher die Auswirkung der unüblichen Verteilung durch eine Vergleichsrechnung verdeutlichen, am besten in einer Anlage zum Mietvertrag. Schließlich darf die Klausel nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung führen. Eine unzumutbare Mehrbelastung liegt vor, wenn die Mehrbelastung bei den nach Flächen verteilten Nebenkosten die Grenze von 10 % übersteigt. Diese Mehrbelastung ist auch nicht deswegen hinnehmbar, weil der Erfolg des Einkaufszentrums auch und gerade vom Erfolg der Großflächenmieter abhängt.

Führt die Inhaltskontrolle zur Unwirksamkeit der benachteiligenden Klausel zur Verteilung von Nebenkosten, wird ersatzweise nach dem Verhältnis der Einzelfläche zur tatsächlichen Gesamtfläche verteilt.

27) BGH, 16.5.2007 - XII ZR 13/05 - GE 2007, 1117 - Info M 2007, 174; Wichert, ZMR 2014, 612; vgl. auch Kappus, NJW 2006, 15.

28) Vgl. BGH, 26.9.2012 - XII ZR 112/10 - GE 2012, 1696, 29) KG, 6.6.2016 - 6 U 40/15 - GE 2016, 971; kritisch dazu: Borzutzki-Pasing, JurisPR-MietR 14/2016 Anm. 2.

30) Anders im Ergebnis Borzutzki-Pasing, JurisPR-MietR 14/2016 Anm. 2.

► Sanitäre Einrichtungen
► Rohrleitungsbau
► Heizungsanlagen
► Gasgeräte
► Zertifiziert nach ISO 9001

13403 Berlin-Reinickendorf
Eichborndamm 93

☎ 030-417 79 40 Fax 030-417 79 494
www.theodor-bergmann.de info@theodor-bergmann.de

THEODOR BERGMANN
GmbH & Co. Sanitäre Anlagen
und Rohrleitungsbau KG