

Einleitung:

Das Mietrecht hat bekanntlich durch die ZPO-Reform im Jahre 2002 eine einschneidende Änderung dadurch erfahren, dass nunmehr Revisionen stattfinden können gegen Urteile des Berufungsgerichts, wenn eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 ZPO.

Gerade auch auf dem Gebiet der Betriebskosten haben die Berufungsgerichte besonders häufig Revisionen zugelassen, wobei das Revisionsgericht an die Zulassung gebunden ist. So kommt es nun zu einer Vielzahl grundsätzlicher Entscheidungen des BGHs selbst dann, wenn sich die Parteien eines Rechtsstreits um Beträge in Höhe von 20,00 bis 30,00 € streiten, mithin also durch drei Instanzen.

Die gesetzlichen Vorschriften zu den Betriebskosten im frei finanzierten Wohnraum finden sich letztlich in zwei Paragraphen wieder, nämlich § 556 und § 556 a BGB. In Anbetracht der Kürze der gesetzlichen Regelungen ist es von daher nicht verwunderlich, dass ein erheblicher Klärungsbedarf durch die Rechtsprechung besteht.

Der Begriff der Betriebskosten - Abgrenzungen

Eine Definition des Begriffes der Betriebskosten hat der BGH in seinem Urteil vom 07.04.2004, *abgedruckt: WM 2004, Seite 290 (291)* abgegeben. Betriebskosten sind danach die in der damals maßgeblichen Anlage 3 zu § 27 I der 2. Berechnungsverordnung im Einzelnen aufgeführten Kosten, die dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes oder der Wirtschaftseinheit, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen, es sei denn, dass sie üblicherweise vom Mieter außerhalb der Miete unmittelbar getragen werden. Dagegen sind als Instandsetzungskosten Kosten aus Reparatur und Wiederbeschaffung anzusehen. Instandhaltungskosten wiederum stellen nach § 28 I der 2. Berechnungsverordnung die Kosten dar, die zur Erhaltung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um durch Abnutzung, Alterung, Witterungseinwirkung entstehende bauliche oder sonstige Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen.

Die vorstehende Begriffsbestimmung ist maßgeblich, wenn es um die Abgrenzung geht, ob eine bestimmte Maßnahme als Betriebskostenposition laufend entsteht oder ob es sich um eine Reparaturmaßnahme handelt. In der genannten Entscheidung etwa ging es um die Beurteilung einer Dachrinnenreinigung, bei der nach Auffassung des BGHs zu unterscheiden ist, ob diese in regelmäßigen Abständen durchgeführt werden muss, etwa weil das Gebäude von einem hohen Baumbestand umgeben ist oder ob es sich um eine einmalige Maßnahme aus bestimmtem Anlass handelt oder gar eine bereits eingetretene Verstopfung beseitigt werden soll.

In der zugrunde liegenden Entscheidung hatte bereits das Berufungsgericht festgestellt, dass ein hoher Baumbestand um das Haus herum vorhanden war, der eine turnusmäßige Reinigung der Dachrinne erforderlich erscheinen ließ. Anhaltspunkte für eine Reinigung aus besonderem Anlass gab es nicht, sodass der BGH in dieser Entscheidung von laufend anfallenden Kosten ausgegangen ist.

Die einzelnen Betriebskostenpositionen:

Relativ wenig hat sich der BGH sodann bisher mit einzelnen Betriebskostenpositionen zu befassen gehabt.

Die einleitend genannte Dachrinnenentscheidung des BGHs vom 07.04.2004 ist insoweit eigentlich noch diejenige Entscheidung, die am meisten zu einzelnen Betriebskostenpositionen hergibt.

a) Entwässerung:

So hat der BGH bezüglich der Position der Entwässerung festgestellt, dass hierzu die Gebühren für die Haus- und Grundstücksentwässerung, die Kosten des Betriebs einer entsprechenden nicht öffentlichen Anlage und die Kosten des Betriebs einer Entwässerungspumpe gehören. In Bezug auf die Dachrinnenreinigung hat der BGH ausdrücklich festgestellt, dass diese in der Regelung nicht genannt ist, auch wenn die Dachrinne mit der Entwässerung des Grundstücks in Zusammenhang stehe.

b) Hausreinigung:

Auch zur Position Hausreinigung hat der BGH in dieser Entscheidung Stellung bezogen und insbesondere dargelegt, dass die entsprechende Regelung in der Anlage 3 zu § 27 der 2. Berechnungsverordnung voraussetzt, dass die zu säubernden Gebäudeteile von den Bewohnern gemeinsam benutzt werden müssten. Dies sei bei einer Regenrinne nicht der Fall. Diese Entscheidung des BGHs dürfte damit Hilfestellung geben, wenn man etwa die Reinigung von Außenfassaden, Glasbausteinen oder Vordächern als nicht umlagefähig betrachtet, weil diese Gebäudeteile von den Bewohnern nicht gemeinsam benutzt werden.

c) Gartenpflege

Mit seiner Entscheidung vom 26.05.2004,

abgedruckt: WM 2004, Seite 399 ff,

hat der BGH sodann zur Gartenpflege ausgeführt, dass diese allgemein auf den Mieter umgelegt werden können. Insoweit könne dahinstehen, ob die Mieter die Gartenflächen nutzen können, zu deren Pflege sie anteilig herangezogen werden. Auch wenn dies nicht der Fall sei, bestehe bei vertraglicher Vereinbarung zur Übernahme der anteiligen Gartenpflegekosten eine Zahlungsverpflichtung. Insofern verschönere eine gepflegte gemeinschaftliche Gartenfläche ein Wohnanwesen insgesamt und sei daher grundsätzlich geeignet, die Wohn- und Lebensqualität des Mieters zu verbessern. Diese gesteigerte Wohnqualität werde auch dem Mieter zuteil, der den Garten nicht nutzen könne. Ein gepflegter Garten komme dem Mieter zugute, während ein vernachlässigter Garten den Gesamteindruck eines Wohnanwesens beeinträchtigt und damit den Wohnwert herabsetze.

Anders verhalte es sich nur bei Gartenflächen, die entweder dem Vermieter oder anderen Mietern zur alleinigen Nutzung überlassen sind. An den Kosten für die Pflege solcher Gartenanteile dürften die ausgeschlossenen Mieter nicht beteiligt werden.

d) Pförtnerdienst

Mit Beschluss vom 05.04.2005,

abgedruckt: WM 2005, Seite 336,

hat der BGH offen gelassen, ob die Kosten für einen Concierge- bzw. Pförtnerdienst im Wohngebäude als Betriebskosten auf die Mieter umlagefähig seien. Diese Position komme grundsätzlich als sonstige Betriebskosten im Sinne der Anlage 3 zu § 27 I Nr. 17 der 2. Berechnungsverordnung in Betracht. Die Frage der Umlagefähigkeit sei wiederum auf Grund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu beantworten. Aus der Entscheidung geht aber jedenfalls hervor, dass die Kosten solcher Dienste, anders als etwa bei einem Hauswart, nicht grundsätzlich erstattungsfähig seien. Wenn mithin ein Pförtnerdienst nicht notwendig ist, ist dieser auch nicht umlagefähig.

e) Hauswart

Zum Hauswart hatte der BGH in der Entscheidung vom 07.04.2004,

abgedruckt: WM 2004, Seite 290 (291)

ausgeführt, dass es grundsätzlich die freie Entscheidung des Vermieters ist, ob er einen Hauswart beschäftigen will. Ein Berufungsgericht müsse keine Feststellungen dazu treffen, ob eine wirtschaftliche oder praktische Notwendigkeit für die Beschäftigung eines Hauswarts gegeben sei. Der Vermieter müsse sich lediglich an die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung halten.

f) Heizkosten

aa) Zu den Heizkosten hat der BGH mit Urteil vom 16.07.2003,

abgedruckt: WM 2003, Seite 501

einen Fall zu entscheiden gehabt, der die Besonderheit des früheren § 14 MHG im Beitrittsgebiet im Fall der Wärmelieferung nach Umstellung der Beheizungsart mit Wohnungseinzelöfen auf Gebäude-Zentralbeheizung behandelt hat. In dieser Entscheidung bezüglich eines nach 1989 abgeschlossenen Mietverhältnisses weist der BGH darauf hin, dass das Landgericht zutreffend insgesamt Betriebskosten angenommen hat bezüglich der kompletten von Versorgungsunternehmen berechneten Kosten für die Lieferung von Wärme und Warmwasser einschließlich der

darin enthaltenen Investitions- und Verwaltungskosten und auch des Unternehmergewinns des Lieferanten. All diese Kosten seien im Wärmepreis enthalten, die der Vermieter zahle und deshalb an die Mieter weitergeben könne. Insoweit sei die Heizkostenverordnung, die in einer Fassung aus dem Jahr 1979 nur die Versorgung mit Fernwärme geregelt habe, im Jahr 1989 neu gefasst worden, um Konzepte der so genannten Nahwärme, das heißt gewerbliche Lieferung von Wärme, die von einer im Gebäude befindlichen Heizungsanlage erzeugt wird, zu fördern. Dementsprechend gehöre zu den Kosten der Wärmelieferung alle Kosten, die der Wärmelieferanten seinerseits dem Vermieter in Rechnung stellt.

Heizkraftwerk

bb) Die Entscheidung des BGH vom 31.10.2007,

abgedruckt: WM 2007, Seite 700,

beschäftigt sich sodann mit den Kosten eines Grundstückes, auf dem sich ein Heizkraftwerk befindet, welches mehrere Wohnanlagen im Umkreis versorgt. Der BGH hat entschieden, dass die auf das Heizkraftwerk entfallenden Kosten für Straßenreinigung, Müllabfuhr und ähnliche öffentlichen Lasten für dieses Grundstück überhaupt nicht auf die Mieter eines benachbarten Grundstücks umgelegt werden können, da zu den umlegbaren Betriebskosten nur die der Vermieterin in Rechnung gestellten Kosten der Wärmelieferung und die öffentlichen Lasten des Grundstücks gehören würden, auf dem sich die Mietwohnung befindet.

cc) Nutzerwechselgebühr

Mit Entscheidung vom 14.11.2007,

abgedruckt: WM 2008, Seite 85,

hat der BGH über die Kosten der Verbrauchserfassung und der Abrechnung von Betriebskosten zu entscheiden gehabt, die anlässlich der Mieterwechsel regelmäßig anfallen. Insoweit geht es um die Zwischenablesekosten sowie die Mehrkosten dafür, dass für eine Wohnung zwei Abrechnungen erstellt werden müssen, nämlich für den ausscheidenden und für den neu einziehenden Mieter.

Umstritten war, ob die Kosten dem ausziehenden Mieter auferlegt werden können, ob der Verursacher zahlen soll, also derjenige, der den Auszug durch seine Kündigung herbeigeführt hat oder ob die Kosten zwischen ausziehendem Mieter und dem neuen Mieter gegebenenfalls geteilt werden soll. Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, dass die Kosten insgesamt in die Heizkostenabrechnung einfließen.

Der BGH hat entschieden, dass es sich bei den Nutzerwechselkosten schon begrifflich nicht um umlagefähige Betriebskosten handelt. Nach der Legaldefinition in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB seien unter Betriebskosten nur diejenigen Kosten zu verstehen, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum am Grundstück „laufend“ entstehen. Bei den Nutzerwechselkosten handele es sich aber nicht um wiederkehrende Belastungen, sondern diese Gebühr falle im Laufe eines Mietverhältnisses lediglich einmalig im Zusammenhang mit dem Auszug des Mieters an.

g) Aufzug

Mit Entscheidung vom 20.09.2006,

abgedruckt: WM 2006, Seite 613,

hat der BGH schließlich entschieden, dass die formularvertragliche Beteiligung eines Mieters einer Erdgeschosswohnung an den Aufzugskosten diesen nicht unangemessen benachteiligt. Im öffentlich geförderten Wohnungsbau regelt § 24 II Neubaumietenverordnung, dass die Kosten des Betriebs von Aufzügen nach dem Verhältnis der Wohnflächen umgelegt werden dürfen, sofern nicht im Einvernehmen mit allen Mietern ein anderer Umlagemaßstab vereinbart sei. Nach § 24 II 2 Neubaumietenverordnung könne Wohnraum im Erdgeschoss von der Umlage ausgenommen werden. Diese Norm könne aber auf frei finanzierten Wohnraum nicht übertragen werden. Dies wäre ansonsten auch im frei finanzierten Wohnungsbau geregelt worden. Mithin sähe es schon der Gesetz- und Verordnungsgeber regelmäßig nicht als eine unangemessene Benachteiligung an, wenn der Mieter einer solchen Wohnung unabhängig vom objektiven Nutzen mit

der Umlage für einen Fahrstuhl belastet werde. Die formularmäßige Beteiligung auch des Mieters einer im Erdgeschoss gelegenen Wohnung an den Aufzugskosten entspreche dem Grundgedanken des § 556 a I 1 BGB. Dort ist auf die Gesamtwohnfläche abzustellen. Die Ausnahmevorschrift, wonach auf einen erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung abzustellen ist, greife vorliegend nicht, weil keine Erfassung vorliegt. Eine solche Erfassung müsste im übrigen dann auch nach der Anzahl der Nutzer und nach der Stockwerkshöhe unterscheiden, was zu einer unübersichtlichen Abrechnung führen würde.

h) Sonstige Betriebskosten:

Überprüfung der Elektroanlage

Mit Urteil vom 14.02.2007, AZ: VIII ZR 123/06,

abgedruckt: WM 2007, Seite 198,

hatte sich der BGH mit der Umlagefähigkeit von Überprüfungskosten für die Elektroanlage zu beschäftigen. Hierzu hat der BGH sodann ausgeführt, dass die regelmäßige Überprüfung der Funktionsfähigkeit der elektrischen Anlagen eines Mietobjektes nicht der Beseitigung von Mängeln dient, sondern dass die dadurch verursachten Kosten grundsätzlich als „Sonstige Betriebskosten“ in Betracht kommen. Er hat damit die Auffassung des Berufungsgerichts nicht bestätigt, dass es sich bei der Überprüfung der Elektroanlage nur um eine vom Vermieter im eigenen Interesse getroffenen Vorsorgungsmaßnahme handele, mit der dieser vor allem der ihm obliegenden Verkehrssicherungspflicht nachkomme.

Insoweit betreffe auch die Aufzugwartung oder der Schornsteinfeger letztlich auch die Verkehrssicherungspflicht. Dies rechtfertige es jedoch nicht, die turnusmäßigen Prüfkosten der Mangelbeseitigung zuzuordnen.

Bei der Bewertung, ob es sich um laufend entstehende Kosten handele, hat der BGH angeführt, dass dem nicht entgegenstehe, wenn diese Kosten nicht jährlich, sondern in Abständen von 4 Jahren anfallen. Im übrigen habe sich der Vermieter an das Wirtschaftlichkeitsgebot zu halten und dürfe keine überflüssigen Maßnahmen auf den Mieter umlegen. Bei der Prüfung der Betriebssicherheit der elekt-

rischen Anlage handelt der Vermieter gewissenhaft und im Rahmen einer sparsamen Wirtschaftsführung, wenn er sich an den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften orientiert.

Wirtschaftlichkeitsgebot

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bezeichnet die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen.

Mit Urteil vom 28.11.2007,

abgedruckt: WM 2008, Seite 29,

hatte der BGH über einen Fall zu entscheiden, bei dem der Abschluss eines Werklieferungsvertrag im Streit stand. Im vorliegenden Fall hatte der Vermieter, allerdings vor Abschluss des Mietvertrages der Parteien, die Wärmeversorgung des Mietobjektes für eine Vertragsdauer von 15 Jahren einem Contractor übertragen.

Der BGH hat noch einmal ausdrücklich bestätigt, dass ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot zu einem Schadenersatzanspruch führen kann, der sich auf Freihaltung des Mieters von den unnötigen Kosten richtet. Eine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme setze jedoch das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus, so dass erst mit Abschluss des Mietvertrages bzw. allenfalls mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen über den Abschluss eines Mietvertrages die Verpflichtung des Vermieters einsetzen könne.

Mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot beschäftigt sich auch die Entscheidung des BGH vom 13.06.2007, AZ: VIII ZR 78/06,

abgedruckt: WM 2007, Seite 393.

Danach kann der Mieter der bereits bei Vertragsbeginn im Wärmecontracting mit Wärme- und Warmwasser versorgten Wohnung sich der mietvertraglichen Pflicht

zur Zahlung der Wärmelieferungskosten nicht mit der Allgemeinen Begründung entziehen, der Vermieter verletzte das Wirtschaftlichkeitsgebot durch das gewählte Wärmelieferungskonzept. Der Mieter müsse zum einen die vorgefundene Versorgungssituation hinsichtlich der Wärmelieferung hinnehmen und zum anderen bei vorhandenen mietvertraglichen Vereinbarungen auch die anteiligen Kosten der Fremdbelieferung für die eigenständige gewerbliche Lieferung von Wärme- und Warmwasser tragen. Etwas anderes gelte dann, wenn ein Verstoß des Vermieters gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vorliegt. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz beachtet sei, trage grundsätzlich der Vermieter. Es sei jedoch zunächst Sache des Mieters, der einen Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot geltend macht, konkret vorzutragen, dass Heizwärme und Warmwasser in den der Abrechnung zugrunde liegenden Zeiträumen von einem anderen Wärmecontracter preiswerter angeboten wurde. Erst dann sei es der Vermieter, der darzulegen und erforderlichenfalls den Nachweis zu erbringen habe, dass er mit dem von ihm abgeschlossenen Vertrag das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht verletzt hat. Findet der Mieter bei Abschluss des Mietvertrages eine Versorgung mit Nahwärme vor, ist der Vermieter aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot heraus jedenfalls nicht verpflichtet, eine wirtschaftlich vorteilhaftere Versorgungsalternative umzustellen.

Anspruch auf Modernisierung

Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot hat der BGH in seiner Entscheidung vom 31.10.2007,

abgedruckt: WM 2007, Seite 700,

nicht darin gesehen, dass ein Vermieter veraltete, heutigen Maßstäben sparsamer Energieverwendung nicht entsprechender Heizungsnetze unverändert weiter betrieben hat. Aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit lasse sich keine Verpflichtung des Vermieters zur Modernisierung einer vorhandenen alten, die Wärmeversorgung der Wohnung jedoch sicherstellenden Heizungsanlage herleiten.

Die Umlagevereinbarung:

a) mietvertragliche Vereinbarung

Die Umlage von Betriebskosten bedarf stets einer vertraglichen Vereinbarung. Insoweit können also Betriebskosten nur dann auf den Mieter umgelegt werden, wenn dies vorher im Einzelnen vereinbart worden ist.

In seinen Entscheidungen, so etwa dem bereits angeführten Dachrinnenfall vom 07.04.2004

abgedruckt: *WM 2004, Seite 290,*

gibt der BGH zu erkennen, dass es bezüglich der Betriebskostenpositionen der Anlage 3 zu § 27 der 2. Berechnungsverordnung auch weiterhin ausreichend sein soll, wenn durch Einbeziehung etwa der Betriebskostenumlageverordnung vom 17.06.1991 oder der Anlage 3 zu § 27 der 2. Berechnungsverordnung derartige Normen zum Vertragsinhalt gemacht werden. Durch den allgemeinen Hinweis auf diesen Normen erhalte der Mieter hinreichende Klarheit darüber, welche Nebenkosten auf ihn zukommen können, weil diese dort im Einzelnen aufgeführt sind.

Insoweit geht also der BGH ersichtlich davon aus, dass es nicht erforderlich ist, die Betriebskostenpositionen im Einzelnen aufzulisten, soweit sich diese aus den entsprechenden Verordnungen ergeben.

In vorstehender Entscheidung weist der BGH aber auch eindeutig darauf hin, dass etwas anderes gilt für die Position "sonstige Betriebskosten" im Sinne von Nr. 17 der Anlage 3 zu § 27 der 2. Berechnungsverordnung. Hier sei konkret anzuführen, um welche Kostenpositionen es sich handelt, weil gerade im Hinblick darauf, dass nach § 546 BGB alte Fassung (jetzt § 535 I 3 BGB) grundsätzlich der Vermieter verpflichtet ist, die auf dem Grundstück ruhenden Lasten zu tragen, dem Mieter deutlich gemacht werden müsse, welche Betriebskosten auf ihn übergewälzt werden. Daher sei es erforderlich, die "Sonstigen Betriebskosten" im Einzelnen zu benennen.

Eine mietvertragliche Vereinbarung zur Umlage der Kosten der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme im Sinne eines Contractings hält der BGH sodann auch für erforderlich, wenn die Umstellung der Wohngebäudeheizung und Warmwasserversorgung bereits vor Abschluss des Wohnungsmietvertrages erfolgt ist. In der Entscheidung vom 20.06.2007, AZ: VIII ZR 244/06,

abgedruckt WM 2007, Seite 445,

wird ausgeführt, dass die Versorgung mit Nahwärme ausdrücklich vertraglich geregelt sein muss. Werden im Vertrag beispielhaft einige in der Heizkostenverordnung angeführten Betriebskosten aufgezählt, ohne das das Entgelt für einen Wärmecontracter dort genannt ist, dann fehle es an einer Vereinbarung. Insbesondere die Erwähnung von Fernwärme umfasse nicht die Nahwärme.

b) Die stillschweigende Vereinbarung

In einer weiteren Entscheidung des BGHs vom 07.04.2004, ebenfalls zum Thema Dachrinnenreinigung,

abgedruckt: WM 2004, Seite 292,

hat der BGH sodann Stellung bezogen zu der Umlagefähigkeit von Betriebskosten durch stillschweigende Vereinbarung aufgrund jahrelanger Zahlung. Dieser Entscheidung lag zugrunde, dass die Mieter seit dem Jahr 1990 in jedem Jahr die Kosten für die Reinigung der Dachrinne bezahlt haben. Der BGH sieht in dieser jahrelangen Übung eine stillschweigende Einigung dahingehend, dass die vom Vermieter in Rechnung gestellten Nebenkosten auf den Mieter abgewälzt werden können. Das Verhalten der Mieter habe insoweit auch nur dahingehend verstanden werden können, dass sie mit der Auferlegung der Kosten für die Dachrinnenreinigung einverstanden seien.

Etwas eingeschränkt hat der BGH diese Auffassung in seiner Entscheidung vom 13.02.2008,

abgedruckt: WM 2008, Seite 225.

Auch wenn nach wie vor betont wird, dass ein Änderungsvertrag bezüglich der Betriebskosten stillschweigend zustande kommen kann, wird nunmehr betont, dass dafür ein Verhalten der einen Vertragspartei erforderlich ist, dass aus der Sicht der anderen Partei einen entsprechenden Vertragsänderungswillen erkennen lasse. In der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht, könne nicht ohne Vorliegen besonderer Umstände der Wille des Vermieters entnommen werden, eine Änderung des Mietvertrages herbeizuführen. Umgekehrt lasse sich etwa bei jahrelanger Nichtvorlage einer Betriebskostenabrechnung aus Sicht des Mieters nicht folgern, der Vermieter wolle den Mietvertrag zu seinem Nachteil dahin abändern, dass für die Zukunft Abrechnungen ausgeschlossen sein sollen. In einer bloßen Untätigkeit könne nicht ein konkludentes Änderungsangebot zu sehen sein.

c) Neu eingeführte Betriebskosten:

Bezüglich der Kosten einer Sach- und Haftpflichtversicherung hat der BGH in seinem Urteil vom 27.09.2006,

abgedruckt: WM 2006, Seite 612

entschieden, dass diese Kosten dann auf den Mieter auch im Verlaufe des bestehenden Mietverhältnisses umgelegt werden können, wenn der Vermieter diese während des bestehenden Mietverhältnisses für das Mietobjekt neu abschließt, sofern im Mietvertrag die Kosten einer derartigen Versicherung als umlagefähige Betriebskosten bezeichnet sind und dem Vermieter das Recht eingeräumt ist, auch neue entstehende Betriebskosten auf den Mieter umzulegen. Würden Versicherungsverträge erst nach Abschluss eines Mietvertrages abgeschlossen, so handelt es sich um neue Betriebskosten. Bei einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung könnten diese sodann auch auf den Mieter umgelegt werden, wenn die Betriebskostenposition bereits im Mietvertrag Erwähnung findet. Insoweit müsse ein Mieter nach dem Inhalt des Mietvertrages immer damit rechnen, dass neue Betriebskosten hinzu kommen können. Der Mieter sei geschützt dadurch, dass der Kreis denkbarer Positionen nach der Betriebskosten-

verordnung beschränkt sei und auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten sei.

d) Umstellung

aa) Antenne auf Kabelanschluss

In seinem Urteil vom 27.06.2007, AZ: VIII ZR 202/06,

abgedruckt: WM 2007, Seite 571,

hat sich der BGH sodann mit der Frage der Umlegung von Kabelgebühren nach Beseitigung der Gemeinschaftsantenne zu beschäftigen gehabt. Nach dem Mietvertrag war die Antennengebühr umlagefähig, während zu den Kabelgebühren im Mietvertrag keine Vereinbarung enthalten war. Der BGH ist durch eine ergänzende Vertragsauslegung des Mietvertrages zu der Umlagefähigkeit der Kabelgebühren gelangt. Die Vereinbarung einer Umlage von Antennenkosten führe jedenfalls dann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zur Umlegbarkeit der Breitbandkabelkosten, wenn es sich um eine duldungspflichtige Modernisierung handele. Dies sei bei einem Anschluss an das Breitbandkabelnetz der Fall. Es komme insbesondere auch nicht darauf an, ob der Mieter kein Fernsehgerät besitze oder den Kabelanschluss nutze.

bb) Umstellung Ölheizung auf Fernwärme:

Bezüglich der Heizkosten hat der BGH bereits mehrfach Stellung bezogen zu der Übertragung des Betriebs einer vorhandenen Heizungsanlage auf einen Dritten (Wärmecontracting) im laufenden Mietverhältnis.

Bezüglich der Heizkosten betrifft das Urteil des BGH vom 27.06.2007, AZ: VIII ZR 202/06,

abgedruckt: WM 2007, Seite 571,

den Fall der Umstellung einer im Hause vorhandenen Heizungsanlage auf Fernwärme im laufenden Mietverhältnis. Der BGH hält den Vermieter für berechtigt, die

Fernwärmekosten auf den Mieter umzulegen, wenn der Wohnraummietvertrag eine Vereinbarung enthält, wonach der Mieter die Betriebskosten der Heizung erläutert durch Anlage 3 zu § 27 der 2. Berechnungsverordnung zu tragen hat und die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Fassung der 2. Berechnungsverordnung bereits eine Umlegung der Kosten der Fernwärmelieferung vorsah. Insoweit sei die Wärmelieferung und das Warmwasser von der Bezugnahme im Mietvertrag erfasst. Es handele sich nicht um eine unzulässige einseitige Änderung des Mietvertrages, weil es keine Verpflichtung des Vermieters gebe, die Wohnung nur durch eine Öl betriebene Zentralheizung zu beheizen. Sodann führt der BGH aus, dass zu den Kosten der Wärmelieferung die gesamten Kosten gehören, die der Wärmelieferant seinerseits dem Vermieter in Rechnung stellt einschließlich Investitions- und Verwaltungskosten sowie Unternehmergewinn. Es müsse insbesondere die Grundmiete nicht um diese Anteile des Fernwärmeversorgers ermäßigt werden

Diese Entscheidung hat sodann der BGH noch einmal bestätigt mit seinem Urteil vom 16.04.2008,

abgedruckt: WM 2008, Seite 350.

Es komme nicht darauf an, ob der Mietvertrag, der verschiedene Arten der Wärmeversorgung vorsieht, zusätzlich die Übertragung des Betriebes der zunächst vorhandenen Heizungsanlage auf einen Dritten ausdrücklich gestatte. Es genüge eine Verweisung im Mietvertrag auf die Anlage 3 zu § 27 der 2. Berechnungsverordnung. Dann dürfe der Vermieter, der während des laufenden Mietverhältnisses den Betrieb einer im Haus vorhandenen Heizungsanlage einstellt und stattdessen Fernwärme bezieht, die Kosten der Wärmelieferung auf den Mieter umlegen, sofern im Mietvertrag bestimmt ist, dass der Mieter die Betriebskosten der Heizung nach der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der 2. Berechnungsverordnung trägt und die im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages gültige Fassung dieser Verordnung die Tragung der Kosten der Lieferung von Fernwärme vorsieht. Der BGH stellte sodann auch hier noch einmal klar, dass zu den umlegbaren Kosten der Fernwärme die gesamten Kosten, die der Wärmelieferant seinerseits dem

Vermieter in Rechnung stellt, einschließlich der Investitions- und Verwaltungskosten sowie des Unternehmergewinns gehören.

cc) Fehlende vertragliche Vereinbarung

Die Entscheidung des BGHs vom 06.04.2005,

abgedruckt: WM 2005, Seite 387,

stellt klar, dass es ausdrücklich einer Zustimmung des Mieters bedarf, wenn eine ausdrückliche Regelung hierfür im Mietvertrag fehlt und dem Mieter durch die Umstellung zusätzliche Kosten auferlegt werden sollen. Der BGH widersprach damit der teilweise vertretenen Auffassung, wonach ein Vermieter selbst ohne vertragliche Grundlage und ohne Zustimmung des Mieters alle Kosten auf die Mieter umlegen dürfe, selbst wenn dem Mieter dadurch im Wärmepreis enthaltene Kosten für Abschreibung, Kapital und Gewinn auferlegt würden. Der BGH stützt die Auffassung, dass die Heizkostenverordnung dem Vermieter kein Recht einräumt, einen mit den Mietern abgeschlossenen Mietvertrag einseitig zu ändern, weil sich die mietvertraglichen Beziehungen der Parteien auf den Eigenbetrieb der Heizung konkretisiert haben und der Vermieter dadurch in der ihm grundsätzlich zustehenden Freiheit, wie er die dem Mieter geschuldete Versorgung mit Wärme und Warmwasser erbringen möchte, beschränkt sei.

Zwar könnten nach § 7 Heizkostenverordnung die Kosten einer Wärmelieferung verteilt werden, doch setze dies voraus, dass zwischen Vermieter und Mieter bereits eine vertragliche Vereinbarung über die grundsätzliche Verteilung von Heizkosten bestehe, wozu auch die Art und Weise der Versorgung mit Wärme gehöre. Fehle eine solche Vereinbarung, könne auch die in der Heizkostenverordnung zugelassene Umlegbarkeit der Wärmelieferungskosten nicht zu einer Umlegung führen. Insoweit bedarf es also ausdrücklich der Zustimmung des Mieters, die in der betreffenden Entscheidung nicht vorlag. Auf diese vorangegangene Entscheidung verweist dann auch der BGH in seinem Urteil vom 15.03.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 256.

In einer weiteren Entscheidung betreffend Wärmecontracting vom 22.02.2006,

abgedruckt: WM 2006, Seite 322 ff,

hatte es der BGH sodann mit einem Sachverhalt zu tun, in der die Umlagefähigkeit des neu eingeführten Wärmecontractings aufgrund einer mietvertraglichen Vereinbarung in Betracht kam. Auch hier hat der BGH zunächst festgestellt, dass entweder eine ausdrückliche Regelung im Mietvertrag getroffen sein muss oder der Mieter der Änderung zugestimmt hat. Dies gelte sowohl dann, wenn der Dritte die bestehende Heizungsanlage nicht nur übernehme, sondern auch erneuere. Insoweit hätte der Vermieter, wenn er eine Modernisierung der Anlage in Eigenregie durchgeführt hätte, zwar eine Modernisierungsmieterhöhung durchführen können. Diese sei nicht möglich, wenn der Dritte die Heizungsanlage auf eigene Rechnung modernisiert habe. Dies könne aber nicht dazu führen, dass die aufgewendeten Kosten des Dritten für die Modernisierung nunmehr als Betriebskosten über die Wärmelieferung dem Mieter auch ohne dessen Zustimmung mit der Begründung auferlegt werden könnte, der Mieter werde als Ausgleich dafür nicht mit einer "hypothetischen" Mieterhöhung nach § 559 I BGB belastet. Ohnehin würden sich in den Kosten der Wärmelieferung sodann nicht nur der finanzielle Aufwand für die Modernisierung der Heizung wieder finden, sondern auch weitere kalkulatorische Kosten, die der Vermieter nicht auf den Mieter umlegen könnte, wenn er weiterhin die Heizungsanlage selbst betreiben könnte.

Als ausreichende Vereinbarung im Mietvertrag hat der BGH sodann weder eine Klausel angesehen, wonach der Mieter verpflichtet wäre, mit dem konkret benannten Dritten einen Wärmelieferungsvertrag selbst abzuschließen und die Kosten an dieses Unternehmen zu zahlen, wenn der Vermieter selbst einen Wärmelieferungsvertrag mit einer anderen Firma eingegangen ist und die Kosten seinen Mietern in Rechnung stellt. Insoweit erfasse eine solche Klausel nur einen zwischen Mieter und Wärmelieferant abgeschlossenen Vertrag.

Und auch eine Vereinbarung, wonach die "nachstehenden Betriebskosten im Sinne des § 27 der 2. Berechnungsverordnung umgelegt" werden, berechtige den Vermieter nicht, die Wärmelieferungskosten auf die Mieter zu übertragen, auch wenn im Anschluss an die Vereinbarung Heiz- und Warmwasserkosten ausdrücklich ge-

annt sind. Denn in dem konkret vorliegenden Fall sei es jedenfalls so, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahr 1988 die 2. Berechnungsverordnung nur eine Umlegung der Wärmelieferungskosten auf den Mieter für den Bereich der Fernwärme vorsah, während die im Streit stehenden Kosten der Wärmelieferung im Nahbereich erst durch die spätere Verordnung nach Abschluss des Mietvertrages in den Kreis der umlagefähig Betriebskosten einbezogen worden ist.

e) Direktabrechnung mit dem Versorgungsträger:

Der BGH hat sodann am 30.04.2003 zwei Entscheidungen über das Zustandekommen eines Wasserversorgungsvertrages verkündet,
diese sind abgedruckt: WM 2003, S. 458 ff.

Den Entscheidungen lagen jeweils Streitigkeiten des Vermieters mit dem Versorgungsunternehmen zugrunde.

In diesen Entscheidungen bestätigt zunächst der BGH die Auffassung, dass derjenige, der aus einem Verteilungsnetz eines Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt, das Angebot zum Abschluss eines entsprechenden Versorgungsvertrages konkludent annimmt. Eine Erklärung, es solle mit dem Unternehmen kein Vertrag geschlossen werden, sei unbeachtlich, da dies im Widerspruch zum eigenen tatsächlichen Verhalten stehe.

Einem Vertragsschluss zwischen Vermieter und Versorgungsunternehmen stehe jedoch nicht entgegen, wenn nicht der Vermieter, sondern die Mieter Wasser entnommen und Brauchwasser in die Kanalisation eingeleitet hätten. Insoweit richte sich das Angebot des Versorgungsunternehmens typischerweise an den Grundstückseigentümer, weil nur diesem ein Anspruch auf Anschluss an die Versorgung zusteht und dementsprechend Wasserversorgungsunternehmen ihre Versorgungsaufgabe durch Abschluss des Wasserversorgungsvertrages mit diesem Personenkreis erfüllen. Wenn ein Vermieter es zulasse, dass seine Mieter Versorgungsleistungen in Anspruch nehmen, sei dieses Verhalten als konkludente Annahme eines Vertragsangebots des Versorgungsunternehmens zu werten.

Unerheblich hat der BGH ein Schreiben des Vermieters an den Versorger bezeichnet, mit dem der Vermieter die Absicht einer unmittelbaren Abrechnung des Wassers zwischen Mietern und Versorger kundtue. Eine solche Direktabrechnung bedürfe der Zustimmung des Wasserversorgungsunternehmens, die im vorliegenden Fall nicht gegeben war.

In der zweiten Entscheidung wird ergänzend noch ausgeführt, dass ein Wasserversorgungsunternehmen nicht verpflichtet ist, Versorgungsverträge mit den Mietern bei gleichzeitiger Entlassung des Grundstückseigentümers als Vermieter aus einem solchen Vertragsverhältnis abzuschließen.

Grundstückseigentümer ist Partner des Versorgungsvertrages

In die gleiche Richtung geht schließlich eine dritte Entscheidung, mit der der BGH am 15.01.2008, Az.: VIII ZR 351/06, *abgedruckt: WM 2008, Seite 139*, beschäftigt war. Dort hat der BGH den Vermieter als Partner des Versorgungsvertrages für Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme angesehen, wenn die Mietwohnungen im Gebäudegrundstück mit Gasetagenheizung ausgestattet sind und die Mieter eine Kundenbeziehung zum Versorgungsunternehmen eingehen können. Empfänger der im Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens liegenden Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrages sei typischerweise der Grundstückseigentümer bzw. derjenige, der die Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt, gleich ob das Angebot Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme betreffe. Dies gelte nur dann nicht, wenn der Abnehmer der Versorgungsleistung bereits anderweitig feststehe, weil das Versorgungsunternehmen oder der Abnehmer zuvor mit einem Dritten eine Liefervereinbarung geschlossen habe, aufgrund derer die Leistung in ein bestehendes Vertragsverhältnis eingebettet sei.

Die Betriebskostenabrechnung:

Im Rahmen seiner Entscheidung vom 27.11.2002,
abgedruckt WM 2003, S. 216,

hat der BGH grundsätzlich zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Nebenkostenabrechnung Stellung bezogen. Danach muss die Abrechnung den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entsprechen, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben aufzunehmen: Eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters.

a) Gesamtkosten

aa) nicht umlagefähige Kostenanteile: Verwaltung und Instandsetzung

Insbesondere die Entscheidung vom 14.02.2007 zu AZ: VIII ZR 1/06,

abgedruckt: WM 2007, Seite 196

hat im Jahre 2007 dazu geführt, dass eine Vielzahl von Betriebskostenabrechnungen formellen Anforderungen nicht mehr entsprach. Der BGH hat ausgeführt, dass die Gesamtkosten auch dann anzugeben sind, wenn einzelne Kostenanteile auf den Mieter nicht umlagefähig sind. Es genüge nicht, die schon bereinigten Kosten mitzuteilen. Dem Mieter müsse auch ersichtlich sein, ob und in welcher Höhe nicht umlagefähige Kosten vorab abgesetzt worden sind, denn auch dies habe Einfluss auf die dem Mieter angelasteten Kosten. Fehle es an einer solchen Offenlegung, liege ein formeller Mangel der Abrechnung vor, der zu ihrer Unwirksamkeit führt. Zieht sich der Fehler durchgängig durch die Abrechnung, ist diese insgesamt nicht formell ordnungsgemäß. Soweit ein gebotener Vorwegabzug nur im Hinblick auf einzelne Ansätze unterblieben ist, bleibe die Abrechnung im übrigen unberührt. Insbesondere stellt der BGH sodann klar, dass eine Fehlerkorrektur nach Ablauf der 1-jährigen Ausschlussfrist von Nachforderungen nicht möglich ist.

In der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Abrechnung waren bei der Position Grundsteuer, Wassergeld/Entwässerung und Hauswart Erläuterungen zu Vorwegabzügen unterblieben oder nur unvollständig mitgeteilt.

Diese Entscheidung ist noch einmal bestätigt worden mit dem Beschluss des BGH vom 11.09.2007, AZ: VIII ZR 1/07, mit dem eine Revision im Hinblick auf die vorstehende Entscheidung zurückgewiesen worden ist. Auch hier hat der BGH noch einmal bekräftigt, dass eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung auch dann die Angabe der Gesamtkosten einer abgerechneten Kostenart erfordert, wenn einzelne Kostenanteile nicht umlagefähig sind, insbesondere im Hinblick auf den Verwaltungskostenanteil als Teil der Hausmeisterkosten.

Die Entscheidung des BGHs vom 31.10.2007,

abgedruckt: WM 2007, Seite 700,

weitert die Rechtsprechung zu den erforderlichen Vorberechnungen auch auf Wirtschaftseinheiten aus. In der dortigen Entscheidung wird gerügt, dass ein Vermieter bei der Erstellung der Abrechnung zunächst die anteiligen Kosten anderer Wohneinheiten aus den Kosten der gesamten Wohnanlage herausgerechnet hat, ohne die Gesamtkosten der übergeordneten Wirtschaftseinheit und die vorgenommenen Rechenschritte in der dem Mieter erteilten Abrechnung offen zu legen. Eine formell ordnungsgemäße Abrechnung setze als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters sowie den Abzug seiner Verbrauchszahlungen voraus. Wenn einzelne Kostenanteile nicht umlagefähig sind genügt es nicht, insoweit nur die schon bereinigten Kosten anzugeben. Dies gelte auch dann, wenn der Vermieter Kosten, die sich auf übergeordnete Wirtschaftseinheiten als die der Abrechnung zugrunde gelegten Einheit beziehen, in einem internen Rechenschritt auf die Wirtschaftseinheit umrechnet und in der Abrechnung nur die auf diese Weise bereinigten Kosten mitteilt.

bb) gemischte Nutzung

Nach § 20 II 2 erster Halbsatz Neubaumietenverordnung sind Betriebskosten, die nicht für Wohnraum entstanden sind, bei öffentlich gefördertem Wohnungsraum vorweg abzuziehen.

Im frei finanzierten Wohnraum hat demgegenüber der BGH in seiner Entscheidung vom 08.03.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 200 ff,

klargestellt, dass es eines Vorwegabzuges der auf Gewerbeflächen entfallenden Kosten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht bedarf, wenn diese Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen. Insbesondere nimmt der BGH eine analoge Anwendung des § 20 II Neubaumietenverordnung nicht an, weil eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz nicht enthalten sei. Insoweit könne man annehmen, dass der Gesetzgeber in Kenntnis des § 20 II 2 Neubaumietenverordnung eine vergleichbare Regelung auch für frei finanzierten Wohnungsbau geschaffen hätte, wenn er gleiche Grundsätze hätte anwenden wollen. Es sei deshalb eine Herausrechnung dann nicht geboten, wenn die auf die Gewerbeflächen entfallenden Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen. Durch einen Vorwegabzug soll nur verhindert werden, dass die Wohnungsmieter mit Kosten belastet werden, die allein oder in höherem Maße aufgrund einer gewerblichen Nutzung entstehen. Dem Wohnungsmieter entstünden jedoch aus einer gemischten Nutzung des Gebäudes kein Nachteil, wenn er durch die Umlage der auf das Gebäude entfallenden Gesamtkosten nach einem einheitlich für alle Mieter geltenden Maßstab nicht schlechter gestellt wird als im Falle einer Voraufteilung zwischen Wohn- und Gewerbeflächen. Darüber hinaus bedürfe es eines Vorwegabzugs auch dann nicht, solange es nicht zu einer erheblichen Mehrbelastung komme. Gewisse Ungenauigkeiten bei der Verteilung von Betriebskosten seien im Regelfalle ohnehin nicht zu vermeiden. Dies gelte selbst für ausschließlich zu Wohnzwecken dienenden Räumen.

b) Verteilerschlüssel

aa) maßgeblicher Verteilerschlüssel

aaa) gesetzlicher Verteilerschlüssel

Der Abrechnungsmaßstab für Betriebskosten ist in § 556 a BGB geregelt. Danach sind die Betriebskosten, sofern nichts anderes vereinbart ist, nach dem Anteil der Wohnfläche umzulegen.

bbb) vertragliche Vereinbarung

In seiner Entscheidung vom 26.05.2004,

abgedruckt WM 2004, Seite 403,

hat sich der BGH beschäftigt mit der Umlage der Grundsteuer bezüglich einer Eigentumswohnung. Mietvertraglich war als Umlageschlüssel die Wohn- und Nutzfläche des Hauses vereinbart. Abgerechnet hatte der Vermieter die Grundsteuer jedoch nach dem Gebührenbescheid, der allein für die streitbefangene Wohnung erstellt war.

Der BGH hielt hier eine Entscheidung des Vordergerichts für unzutreffend, dass diese Klausel einschränkend dahingehend auszulegen sei, der vereinbarte Umlagemaßstab gelte nicht für solche Betriebskosten, die abgrenzbar seien und dem Mieter zweifelsfrei zugewiesen werden könnten, wie dies bei der Grundsteuer für die einzelne Wohnung der Fall sei.

Nach dem Formularvertrag sei nun einmal Verteilerschlüssel das Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen des Hauses. Hiervon sei auch die Grundsteuer erfasst. Für den verständigen Mieter könne aus dessen Sicht eine solche Klausel eben nicht anders verstanden werden, dass auch die Grundsteuer nach Quadratmetern umgelegt werde. Ein vertraglich vereinbarter Abrechnungsmaßstab schließe zudem eine einseitige Bestimmung durch den Vermieter nach §§ 315, 316 BGB aus. Es sei sodann auch ohne Bedeutung, dass sich der Vermieter, der die Grundsteuern für die übrigen Wohnungen nicht kenne, diese erst ermitteln müsse, was unschwer möglich sei.

ccc) stillschweigende Vereinbarung

Mit Entscheidung vom 02.11.2005,

abgedruckt WM 2005, Seite 774,

hat der BGH entschieden, dass man den Umlungsmaßstab für Betriebskosten auch konkludent vereinbaren könne. Ob Parteien stillschweigend einen Umlungsmaßstab für bestimmte Betriebskosten vereinbart haben, sei aufgrund einer tatrichterlichen Würdigung anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Jedenfalls bestehe gegen eine Auslegung des Vordergerichts keine Bedenken, dass durch eine jahrzehntelange einverständliche Handhabung Parteien stillschweigend einen Umlungsmaßstab für Betriebskostenarten vereinbart haben. Dem stehe auch eine Schriftformklausel im Mietvertrag nicht entgegen, wenn die Parteien die Geltung des mündlich vereinbarten gewollt haben. Diese gilt sodann mündlich als abbedungen.

ddd) fehlende Vereinbarung

Im Gegensatz zu der vorgenannten Grundsteuer-Entscheidung hat der BGH in dem bereits angeführten Urteil vom 27.06.2007, AZ: VIII ZR 202/06, ausgeführt, dass man über eine ergänzende Vertragsauslegung dahin kommt, dass beim Kabelempfang gerade eine Umlage nach Anzahl der Mietobjekte sachgerecht ist, weil der Nutzen für jede Wohnung unabhängig von der Fläche gleich sei. Dementsprechend dürfe ein Vermieter die Kabelgebühren nach Wohneinheiten umlegen, also entgegen der Regelung des § 556 a I 1 BGB. Insoweit sei davon auszugehen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten.

bb) konkreter Verteilerschlüssel

aaa) Quadratmeter

aaaa) Abweichung Mietvertrag – tatsächliche Wohnfläche

In der Entscheidung des BGH vom 31.10.2007,

abgedruckt WM 2007, Seite 700,

hatte der BGH über den zutreffenden Quadratmeterverteilungsschlüssel zu entscheiden, wenn die im Mietvertrag vereinbarte Wohnfläche von der tatsächlichen Wohnfläche abweicht. Hier hat der BGH seine Rechtsprechung fortgeführt, dass es auf die 10%-Grenze ankommt. Solange die Abweichung unter 10 % betrage, sei die Abweichung unerheblich, so dass die im Mietvertrag vereinbarte Quadratmeterfläche maßgeblich bleibe. Erst wenn die 10%-Grenze überschritten wird, ist die tatsächliche Wohnfläche maßgeblich.

bbbb) nicht beheizbare Fläche

In der gleichen Entscheidung stellt der BGH sodann auch klar, dass die Einbeziehung nicht beheizter Teilflächen in die der Umlegung zugrunde gelegten Wohnfläche nicht gegen die Vorschriften der Heizkostenverordnung verstößt.

cccc) jährliche Schwankung der Quadratmeter

Mit ständig schwankenden Quadratmeterangaben in einer Betriebskostenabrechnung hat sich der BGH sodann in seinem Urteil vom 28.05.2008,

abgedruckt: WM 2008, Seite 207,

beschäftigt. Es lag der Fall zugrunde, dass die Werte der Quadratmeterangaben für aufeinander folgende Abrechnungsjahre Unterschiede aufgewiesen haben, deren Grund für den Mieter aus der Abrechnung heraus nicht ohne Weiteres erkennbar war.

In der Rechtsprechung wurde zuvor teilweise die Auffassung vertreten, dass eine formell ordnungsgemäße Abrechnung eine Erläuterung erfordert, so dass der Vermieter die unterschiedlichen Nutzflächenangaben in aufeinander folgenden Jahren zu erklären habe. Der BGH hat sich der gegenteiligen Auffassung angeschlossen. Durch die Angabe von Flächen werde ein Mieter gedanklich und rechnerisch nicht vor Schwierigkeiten gestellt. Die mögliche inhaltliche Unrichtigkeit der Flächenangaben sei sachlich zu

klären und führe bei Feststellung eines Messfehlers nur zu einer vertragsmäßigen Korrektur.

Zur Begründung stellt der BGH darauf ab, dass der Zeitraum des § 556 Abs. 3 BGB sich auf den zeitlichen Rahmen für die zu erstellende Abrechnung auf lediglich ein Jahr erstrecke. Dementsprechend müsse der Vermieter in seinem Rechenwerk nur die im Abrechnungszeitraum angefallenen und deshalb zur Abrechnung anstehenden Betriebskosten des jeweiligen Abrechnungsjahres erfassen, zusammenstellen und unter Abzug der Vorauszahlungen auf die Mieter verteilen. Den formellen Anforderungen einer Abrechnung werde deshalb genügt, wenn in diesem Jahreszeitraum angefallene Betriebskosten in ihren Einzelangaben wie auch in ihrer Gesamtheit klar, übersichtlich und aus sich heraus verständlich sind, so dass der durchschnittlich gebildete Mieter auch ohne juristische und betriebswirtschaftliche Schulung nachprüfen könne. Eines Abgleichs mit anderen Abrechnungszeiträumen bedürfte es dazu nicht, so dass der Vermieter sich hierüber auch nicht äußern brauche.

bbb) Personen

In der Entscheidung des BGH vom 23.01.2008,
abgedruckt WM 2008, Seite 151,

hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, in dem der Vermieter die Anzahl der Personen im Hause aufgrund der Angaben aus dem amtlichen Einwohnermelderegister ermittelt hat. Dem hat der BGH Einhalt geboten. Wenn, wie in diesem Fall etwa bei den Wasserkosten, für die Verteilung der Betriebskosten die Anzahl der Bewohner maßgeblich sein soll, komme es auf die tatsächliche Nutzung an und nicht auf die melderechtliche Registrierung. Das Melderegister sei keine hinreichend exakte Grundlage für die Feststellung der wechselnden Personenzahlen in einem Mietshaus mit einer Vielzahl von Wohnungen. In einem solchen Haus finde erfahrungsgemäß eine beachtliche Fluktuation statt durch Geburt, Tod, Ein- oder Auszug von Familienmitgliedern oder Lebensgefährten, Beginn oder Ende des Studiums auswärts studierender Kinder, Auslandsaufenthalten von Familienangehörigen oder Ähnlichem. Dies spiegele sich nur unzureichend

im Einwohnermelderegister wieder. Dementsprechend sei der Vermieter verpflichtet, für bestimmte Stichtage die tatsächliche Belegung der einzelnen Wohnungen festzustellen. Das damit ein höherer Aufwand verbunden sei, vermöge an dieser Auffassung nichts zu ändern.

ccc) Vorerfassung

aaaa) Differenzbetrag zulässig?

Die Entscheidung des BGH vom 12.03.2008,
abgedruckt WM 2008, Seite 288,

behandelt den Fall, dass ein Vermieter in sämtliche Wohnungen eines Objektes mit einer Ausnahme, in der der Mieter den Einbau noch nicht geduldet hatte, Kaltwasserzähler installiert hat. Ein Mieter verlangt die Abrechnung von Wasser und Abwasser nach abgelesenen Zählerständen.

Der BGH hat in dem Einbau eines Kaltwasserzählers in die Wohnung des Mieters noch nicht die stillschweigende Vereinbarung erblickt, dass die Wasserkosten nunmehr verbrauchsabhängig abgerechnet werden könnten. Der Einbau könne eine einseitige Erwartung des Mieters wecken. Ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert im Sinne einer Verpflichtung des Vermieters komme der bloßen Installation eines Wasserzählers jedoch nicht zu.

Im vorliegenden Fall komme noch hinzu, dass Betriebskosten, die von einem erfassten Verbrauch durch die Mieter abhängen, nach § 556 a I 2 BGB nur dann nach dieser Vorschrift umzulegen sind, wenn eine Verbrauchserfassung für alle Mieter stattfindet. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach es auf „die Mieter“ ankomme. Solange nicht alle Mietwohnungen eines Gebäudes mit Wasserzählern ausgestattet sind, sei der Vermieter zu einer Umlage der Wasserkosten nach Verbrauch nicht verpflichtet.

Die Begründung der Entscheidung läuft im Endeffekt darauf hinaus, dass sämtliche Messungenauigkeiten, die im Rahmen der Toleranzgrenzen bei den Ablesungen der einzelnen Wohnungen sich zu erheblichen Summen addieren können, sich im Ergebnis bei der nicht mit einem Kaltwasserzähler ausgestatteten Wohnung auswirken und dort sodann zu einem vollkommen unzutreffenden Ergebnis führen können.

Mit einer ähnlichen Problematik befasst sich das Urteil des BGH vom 16.07.2008,

abgedruckt WM 2008, Seite 556:

In diesem Fall ging es um die Vorerfassung des Verbrauchs an Heizkosten in einem Objekt, indem der Verbrauch nicht mit gleichen Ausstattungen erfasst wurde, sondern zwei verschiedene Ausstattungen Verwendung gefunden haben, so dass zunächst durch Vorerfassung die Anteile der Gruppen zu erfassen war, deren Verbrauch mit gleicher Ausstattung erfasst wurde. Insoweit waren teilweise Wärmezähler vorhanden, die den Wärmeverbrauch mengenmäßig erfasst haben, während einige Wohnungen nur über Heizkostenverteiler an den Heizkörpern verfügten, die den Wärmeverbrauch nicht messen, sondern lediglich die Feststellungen des anteiligen Verbrauchs an einem Gesamtverbrauch ermöglichen.

In einem solchen Fall seien zunächst einmal je nach Vereinbarung 30 % bis maximal 50 % der Kosten nach Quadratmetern auf die einzelnen Nutzergruppen zu verteilen. Der Rest - 70 % bis 50 % - ist sodann nach dem erfassten Verbrauch auf die beiden Nutzergruppen zu verteilen. Dies setze allerdings voraus, dass sodann tatsächlich für beide Nutzergruppen der Verbrauch durch Wärmezähler erfasst werde. Dem werde jedenfalls aber eine Differenzberechnung nicht gerecht, bei der nur für eine der Nutzergruppen der Wärmeverbrauch erfasst werde und auf die andere Nutzergruppe der verbleibende Rest umgelegt werde. Insoweit bedeute erfassen, das gemessen wird und nicht berechnet.

Auch hier könne es zu einer Summierung von Messungenauigkeiten des Wärmezählers der einen Nutzergruppe kommen, die zu einer erheblichen Abweichung von dem tatsächlichen Verbrauch der anderen Nutzungsgruppe führen kann.

bbbb) jährliche Schwankungen

Die Entscheidung des BGH vom 28.05.2008,

abgedruckt WM 2008, Seite 407,

behandelt sodann den Fall, dass abgelesene Verbrauchswerte im Vergleich zu anderen Abrechnungszeiträumen auffällige Schwankungen zeigen. Weichen die durch Messeinrichtung erfassten Verbrauchswerte von den Vorjahren nicht nachvollziehbar ab, bedarf es für die Wirksamkeit der Abrechnung hierzu grundsätzlich keiner näheren Erläuterung. Denn solche Werte seien aus sich heraus verständlich. Ob sie zutreffend angesetzt sind, sei nicht eine Frage der formellen Ordnungsmäßigkeit, sondern der materiellen Richtigkeit der Abrechnung.

cccc) Schätzung

Gleiches gelte, wenn es um den Ausfall von Messeinrichtungen gehe. Stehe fest, dass für einen gewissen Zeitraum ein Zähler zur gesonderten Erfassung ausgefallen ist, wird die formelle Ordnungsmäßigkeit der erteilten Abrechnung nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Vermieter für ausgefallene Messeinrichtungen eine Schätzung etwa mittels Bildung eines Durchschnittswertes für Vorjahre vornimmt. Ob diese Schätzung sachlich zutrifft, berühre allein die materielle Richtigkeit der Abrechnung.

Mit einer Schätzung beschäftigt sich das Urteil des BGH vom 20.02.2008,

abgedruckt WM 2008, Seite 285,

sodann auch hinsichtlich der Stromkosten innerhalb der Heizkostenabrechnung. Hier stellt der BGH zunächst klar, dass es nicht zulässig ist, die den Heizkosten zuzuordnenden Stromkosten für die Heizungsanlage als

Teil des Allgemeinstroms abzurechnen. Soweit es für die Heizungsanlage keinen Zwischenzähler gibt, sei eine Schätzung zulässig. Die Grundlagen der Schätzung muss der Vermieter allerdings offen legen. Es reicht nicht aus, den Anteil des Heizstroms in Abzug zu bringen, ohne die Grundlagen der Schätzung darzutun.

dddd) Kürzungsrecht bei der Heizkostenabrechnung

Neben den bereits angesprochenen Entscheidungen zu den Abrechnungen über Heizkosten betreffen die Entscheidungen des BGHs relativ häufig das Kürzungsrecht in Höhe von 15 % bei nicht verbrauchsabhängiger Abrechnung.

Eine erste Entscheidung vom 08.10.2003,

abgedruckt WM 2003, Seite 699,

betraf die Verpflichtung zur verbrauchsabhängigen Abrechnung in den neuen Bundesländern. Betroffen war ein Objekt mit nicht regulierbaren Zentralheizkörpern, die auch nicht mit Geräten ausgestattet waren, mit denen der Verbrauch an Wärme erfasst werden konnte. Der BGH hat in diesen Fällen darauf hingewiesen, dass dem Mieter das Recht zur Kürzung nach § 12 I Heizkostenverordnung nur dann zusteht, wenn der Vermieter entgegen einer ihm durch die Heizkostenverordnung auferlegten Verpflichtung nicht verbrauchsabhängig abgerechnet hat. § 6 Heizkostenverordnung sei nicht anwendbar auf Räume, die vor dem 01.07.1981 bezugsfertig geworden sind und in denen der Nutzer den Wärmeverbrauch nicht beeinflussen kann. Für die neuen Bundesländer sei diese Bestimmung mit der Maßgabe laut Einigungsvertrag geltend, dass es auf die Fertigstellung vor dem 01.01.1991 ankomme. Auch wenn bis spätestens 31.12.1995 sodann eine Verpflichtung bestanden habe, eine entsprechende Ausstattung zur Verbrauchserfassung zu installieren, so gelte dies jedenfalls nicht für Heizkörper, die technisch nicht mit für sie geeigneten Messgeräten ausgerüstet werden können. Damit stehe dem Mieter kein Kürzungsrecht zu.

Die Entscheidung des BGH vom 14.09.2005,

abgedruckt: WM 2005, Seite 657,

stellt klar, dass sich der 15%ige Strafabzug ausschließlich auf die Warmwasserkosten bezieht, wenn Messgeräte zu Erfassung des anteiligen Wärmeverbrauchs vorhanden sind und entsprechend abgerechnet wird, während beim Warmwasser keine Messgeräte vorhanden sind. Er hat sich nicht der Auffassung angeschlossen, dass die Verteilung der Heizkosten ihre Verbrauchsbezogenheit verliere, wenn die Wärmekosten pauschal mit 82 % und Warmwasser mit 18 % abgerechnet würden. Auch das mit dem Erlass der Heizkostenverordnung bezweckte Ziel stütze dieses Ergebnis, denn es war bezweckt, Heizenergie dadurch einzusparen, dass dem jeweiligen Verbraucher mit der Abrechnung nicht nur sein Energieverbrauch, sondern auch die von seinem Verbrauch verursachten Kosten vor Augen geführt würden. Es solle jedem einzelnen Verbraucher an die Hand gegeben werden, seinen Verbrauch individuell so zu gestalten, dass er für sich Kosten und für die Volkswirtschaft Energie sparen könne. Habe der Vermieter Messgeräte für die Wärmemessung installiert, könne dieses Ziel für die Wärmeversorgung in diesem Teilbereich erreicht werden. Würde in einem solchen Fall allein deshalb, weil für den Warmwasserverbrauch Messgeräte nicht vorhanden sind, dem Gebäudeeigentümer ein Strafabzug bei der Berechnung der Heizkosten insgesamt treffen, entfielen für ihn der Anreiz, zumindest für die Fernwärmeversorgung Messgeräte vorzusehen.

In seiner Entscheidung vom 31.10.2007,

abgedruckt: WM 2007, Seite 700,

stellt der BGH klar, dass der Mieter die Zahlung der Heizkosten nicht deshalb verweigern kann, weil er über die Heizkosten nicht gemäß § 6 I Heizkostenverordnung nach Maßgabe der §§ 7-9 Heizkostenverordnung die Kosten von Wärme und Warmwasser auf die einzelnen Nutzer verteilt. Ist ein Objekt nicht mit Erfassungsgeräten ausgestattet oder wurde nicht abgelesen, besteht die Möglichkeit einer verbrauchsabhängigen Abrechnung nicht. Sind geeignete Schätzgrundlagen nicht vorhanden, weil weder

Verbrauchswerte der Wohnung in früheren Zeiträumen noch der Verbrauch vergleichbarer anderer Räume zur Verfügung stehen, ist auch eine Kostenverteilung nach § 9 a Heizkostenverordnung (Schätzung) nicht möglich. Dann darf der Vermieter die Heizkosten allein nach der Fläche abzüglich 15 % Kürzung umlegen. Der Mieter kann nicht verlangen, dass auf ortsübliche Durchschnittskosten abgestellt wird, dabei ist es unerheblich, ob der Vermieter die unterbliebene Verbrauchserfassung zu vertreten hat. Ein hierauf gestützter Schadensersatzanspruch des Mieters wegen einer derartigen Pflichtverletzung käme nur in Betracht, wenn der Wärme- und Warmwasserverbrauch des Mieters im Verhältnis zu den übrigen Wohneinheiten so niedrig gewesen wäre, dass die vertraglich vereinbarte Abrechnung für den Beklagten günstiger gewesen wäre, als die Abrechnung allein nach Wohnfläche unter Abzug von 15 % des auf ihn entfallenden Kostenanteils. Dies muss jedoch der Mieter darlegen und beweisen.

Die Entscheidung des BGH vom 16.11.2005,

abgedruckt: WM 2005, Seite 776,

beschäftigt sich mit etwaigen Ablesefehlern, so dass der anteilige Verbrauch eines Nutzers nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann, der sodann erforderlichen Alternativberechnung und wiederum mit dem Kürzungsrecht. Der BGH führt aus, dass grundsätzlich beim Einsatz von Wärmezählern oder Heizkostenverteilern Fehler unterschiedlichster Art nie ganz auszuschließen seien. Die Heizkostenverordnung sähe in § 9 I zwei verschiedene Ersatzverfahren für den Fall vor, dass der anteilige Wärmeverbrauch von Nutzern für einen Abrechnungszeitraum wegen Geräteausfalls oder aus anderen zwingenden Gründen nicht ordnungsgemäß erfasst werden könne. Entweder sei durch eine Vergleichsberechnung mit einem früheren Abrechnungszeitraum oder mit vergleichbaren anderen Räumen im jeweiligen Abrechnungszeitraum zu ermitteln, welcher Verbrauch zugrunde zu legen ist.

Im vorliegenden Fall lag ein Ablesefehler des zuständigen Mitarbeiters zugrunde. Dies sieht der BGH als einen anderen zwingenden Grund an, der dem des Geräteausfalls gleichzusetzen ist. Als zwingend sei ein Grund stets dann anzusehen, wenn seine Folgen in dem Zeitpunkt, in dem er bemerkt wird, von dem zur Abrechnung verpflichteten Vermieter oder seinen Beauftragten nicht mehr behoben werden kann.

Sodann hat sich der BGH mit der Frage beschäftigt, ob bei der vorzunehmenden Korrektur die Gradtagszahlenmethode angewendet werden kann, weil nach dem Wortlaut der Vorschrift eben nur eine Vergleichsabrechnung aus früheren Abrechnungszeiträumen oder des Verbrauchs vergleichbarer anderer Räume im jeweiligen Abrechnungszeitraum zu erfolgen hat. Hier hat der BGH keine durchgreifenden Bedenken gesehen. Insbesondere wenn aus früheren Abrechnungszeiträumen keine Vergleichsdaten zur Verfügung stünden, müsse es ausnahmsweise zulässig sein, auf andere Methoden auszuweichen, die eine möglichst exakte Ermittlung des Wärmeverbrauchs gewährleisten. Da sich die Ablesefehler zudem auch auf andere Wohnungen im Objekt bezogen haben, hätten auch insoweit keine vergleichbaren Räume für entsprechende Feststellungen zur Verfügung gestanden. Dann sei die Gradtagszahlenmethode unter den besonderen Umständen des Falles die genaueste Ermittlung des Wärmeverbrauchs.

Wenn dies sodann die korrekte Methode gewesen ist, stehe dem Mieter auch das Kürzungsrecht nicht zu. Denn auch bei einer Schätzung handele es sich um eine „verbrauchsabhängige Abrechnung“. Insoweit spreche § 12 Heizkostenverordnung nicht davon, dass der Verbrauch ordnungsgemäß erfasst sein müsse. Eine Abrechnung sei nur dann nicht verbrauchsabhängig, wenn sie nicht den einschlägigen Bestimmungen der Heizkostenverordnung entspreche. Die Vorschrift der Schätzung gehöre demgegenüber eindeutig zu den Vorschriften über die verbrauchsabhängige Abrechnung.

ddd) Unverständlicher Verteilerschlüssel

Der Entscheidung vom 09.04.2008,

abgedruckt WM 2008, Seite 351,

liegt sodann ein Sachverhalt zugrunde, in der der Vermieter eine Betriebskostenabrechnung vorgelegt hat, in der es hieß: „Umlage nach Quadratmeter Wohnfläche x Monate 3.816; Ihr Anteil: 1.176. 12,00“.

Der BGH sah in einem solchen Verteilerschlüssel die Anforderungen an eine formell ordnungsgemäße Abrechnung nicht gewahrt, weil ohne eine Erläuterung nicht deutlich werde, dass die unter Gesamtsumme aufgeführte Zahl 3.816 das rechnerische Produkt aus der Gesamtwohnfläche des Hauses von 318 qm und den 12 Monaten des Jahres und die unter „Ihr Anteil“ angegebene Zahl 1.176 das rechnerische Produkt aus der auf die Wohnung des Beklagten entfallenden Wohnfläche von 98 qm und 12 Monaten sein soll, wobei die darunter kommentarlos genannte Zahl 12,00 die Anzahl der Monate bezeichnen soll, in den der Mieter die Wohnung bewohnt hatte. Bei einer solchen Unverständlichkeit der Abrechnung liege ein formeller Mangel vor, der zur Unwirksamkeit führe, denn die Abrechnung versetze den Mieter nicht in die Lage, den Anspruch des Vermieters gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen. Dieser Fall sei auch anders zu bewerten als derjenige Fall, in dem der Vermieter lediglich von der im Mietvertrag niedergelegten Vereinbarung abweicht. Dort könne der Mieter einen inhaltlichen Fehler unschwer erkennen, während im vorliegenden Fall die Abrechnung unverständlich sei.

cc) Leerstehender Wohnraum

Mit einer Entscheidung vom 31.05.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 440,

hatte der BGH die Problematik des leer stehenden Wohnraums zu behandeln. Auch in dieser Entscheidung ist zunächst noch einmal die Auffassung bestätigt worden, dass durch jahrelang praktizierte Art und Weise der Abrechnung zwischen

den Parteien der Umlageschlüssel "Wohnfläche" vereinbart worden sei. Wenn sodann allerdings zunehmend Leerstand entstehe, rechtfertige dies keine Änderung des Verteilerschlüssels. Insbesondere rechtfertige diese keine einseitige Abänderung der bestehenden Vereinbarung hin zu einer verbrauchsabhängigen Abrechnung der Betriebskosten. Derartiges sei nur im Wege einer Vertragsänderung zulässig, für die es der Zustimmung des Mieters bedürfe.

Ein Anspruch des Vermieters auf Vertragsänderung käme allerdings dann in Betracht, wenn die Vorschrift des § 313 BGB über eine Störung der Geschäftsgrundlage oder der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben eingreifen würden. Dann aber müssten dem Vermieter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht mehr zugemutet werden können. Dagegen spreche schon regelmäßig, dass eine Vollvermietung des Gebäudes nicht zur Geschäftsgrundlage gemacht worden ist. Zudem trage der Vermieter das Vermietungsrisiko und damit das Leerstandsrisiko selbst. Dieses Risiko könne der Vermieter nicht auf die Mieter umwälzen. Und dies gelte nicht nur für verbrauchsunabhängige Betriebskosten, sondern auch für verbrauchsabhängige, wenn diese wegen fehlender Erfassungen der einzelnen Mieter nach der Wohnfläche abgerechnet werden.

Hier habe es der Vermieter im übrigen selbst in der Hand, eine Kostenbeteiligung leer stehender Wohnungen von sich abzuwenden, wenn er etwa Wasseruhren einbauen ließe, womit sich der Wasserverbrauch in den einzelnen Wohnungen konkret erfassen ließe und eine verbrauchsabhängige Umrechnung dieser Betriebskosten ohne Zustimmung des Mieters erreicht werden könnte.

Auch bei den Heizkosten hatte sich der BGH bereits mit Leerstand von Mietwohnungen in einem Mehrfamilienhaus zu beschäftigen. Ein Vermieter hatte bei den Grundkosten die Flächen der leer stehenden Wohnungen ausgeklammert. In seiner Entscheidung vom 21.01.2004,

abgedruckt WM 2004, Seite 150,

hat der BGH die Regelungen der Heizkostenverordnung streng angewendet. Abrechnungsmaßstäbe seien nach § 7 Heizkostenverordnung zum einen der prozentuale Verteilungsschlüssel für die Aufteilung der gesamten Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage in einen verbrauchsabhängigen Teil und einen verbrauchsunabhängigen Anteil und zum anderen die Umlegung der Grundkosten nach der Wohn- oder Nutzfläche oder dem umbauten Raum der beheizten Räume. Dem Gebäudeeigentümer sei eine Änderung des einmal gewählten Abrechnungsmaßstabes nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen des § 6 IV 2 Heizkostenverordnung erlaubt. Wenn in drei Abrechnungszeiträumen bereits die Gesamtwohnfläche zugrunde gelegt war, seien künftige Änderungen ausgeschlossen. Insoweit habe eben dann der Vermieter den auf leer stehende Wohnung entfallenden Anteil selbst zu tragen.

dd) Die Wirtschaftseinheit

Mit der Zulässigkeit der Bildung einer Wirtschaftseinheit beschäftigt sich die Entscheidung des BGH vom 20.07.2005,

abgedruckt WM 2005, Seite 579.

Danach kann der Vermieter bei preisfreiem Wohnraum nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB, bei preisgebundenem Wohnraum nach § 2 II 2 und 3 der 2. Berechnungsverordnung, mehrere Gebäude zu einer Wirtschafts- und Abrechnungseinheit zusammenfassen, soweit im Mietvertrag nichts anderes bestimmt ist. Soweit streitig sei, ob als anderweitige Vereinbarung bereits der Umstand zu sehen sei, dass im Mietobjekt nur das konkrete Haus mit Straße und Hausnummer beschrieben ist, könne dies einer Wirtschaftseinheit jedenfalls dann nicht entgegenstehen, wenn eine reine hausbezogene Abrechnung von Beginn des Mietverhältnisses an nicht möglich ist. Dies war im konkret genannten Fall deshalb so, weil mehrere Häuser der Liegenschaft durch eine Gemeinschaftsheizung versorgt worden sind, sodass eine Abrechnung für jedes einzelne Haus nicht möglich war. Im Hinblick auf die Heiz- und Warmwasserkosten müssten deshalb sämtliche Einheiten der Liegenschaft zu einer Verwaltungseinheit zusammengefasst werden können.

ee) Anspruch auf Änderung des Verteilerschlüssels

Der BGH stellt mit Urteil vom 12.03.2008,

abgedruckt: WM 2008, Seite 288,

klar, dass bloße Zweifel an der Billigkeit eines Umlageschlüssels nicht ein Verlangen des Mieters auf Änderung des gesetzlichen Verteilungsschlüssels rechtfertigen. Nur für besondere Ausnahmefälle sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass ein Anspruch des Mieters auf ein Abweichen auf den in § 556 a I 1 BGB vorgesehenen Rechenschlüssel entstehen kann. So soll der Mieter auch zukünftig einen Anspruch auf Umstellung des Umlagemaßstabs haben, soweit es im Einzelfall zu einer krassen Unbilligkeit kommt.

C) Vorauszahlung:

aa) Tatsächliche und geschuldete Vorauszahlung

Hinsichtlich der Vorauszahlungen stellt der BGH in der Entscheidung WM 2003, S. 216 klar, dass der Vermieter grundsätzlich die vom Mieter im Abrechnungszeitraum tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen in Abzug bringen muss. Denn der Mieter muss überprüfen können, welche von ihm erbrachten Leistungen der Vermieter bei der Berechnung seiner Saldoforderung berücksichtigt hat. Eine Abrechnung, in der lediglich die geschuldeten Vorschüsse aufgeführt sind sei zulässig, wenn der Mieter für den Abrechnungszeitraum keinerlei Vorauszahlungen erbracht hat, die offenen Vorauszahlungsansprüche vom Vermieter bereits eingeklagt sind und auch noch keine Abrechnungsreife im Sinne des § 20 III 4 Neubaumietenverordnung 1970 eingetreten sei.

bb) Weitergeleitete Versorgerabrechnung

Mit der formellen Wirksamkeit einer Wasserkostenabrechnung hat sich der BGH in seiner Entscheidung vom 16.04.2008,

abgedruckt in WM 2008, Seite 350,

beschäftigt. Hier hatten sich alle Mieter bis auf einen bereit erklärt, nach Einbau von Wasserzählern unmittelbar einen Vertrag mit dem Versorgungsträger zu

schließen. Ein einzelner Mieter hat sich geweigert. Für die Wohnung dieses Mieters war der Vermieter sodann der Rechnungsempfänger der Wasserabrechnung. Die Abrechnung der Stadtwerke über den Einzelwasserverbrauch dieser Wohnung hat der Vermieter dann an den Mieter weitergeleitet. Parallel hat er dazu die Betriebskostenabrechnung erstellt ohne dass dort die Wasserkosten enthalten waren.

Der Vermieter hatte sich in der Vorinstanz erfolgreich darauf berufen, dass die Wasserabrechnung formell unwirksam sei, weil der Vermieter Vorauszahlungen des Mieters für die Wasserkosten davon nicht abgezogen habe. Der BGH hat jedoch dem Landgericht vorgeworfen nicht berücksichtigt zu haben, dass die Vermieterseite parallel zu ihrem Begehren auf Erstattung der ihr in Rechnung gestellten Kosten für den Wasserverbrauch auch eine Abrechnung für die übrigen Betriebskosten habe zukommen lassen, in der die geleisteten Vorauszahlungen allesamt berücksichtigt waren. Die Besonderheit, dass die Wasserkosten nicht in diese Abrechnung eingestellt worden waren, sondern diese Abrechnung schlicht weitergeleitet worden sei, führe nicht zu einer formalen Unwirksamkeit. Das Einstellen in die Abrechnung sei eine leere Förmerei, weil in diesem Fall eine Verteilung der Gesamtkosten auf die einzelnen Mieter nach einem bestimmten Umlageschlüssel ohnehin nicht vorzunehmen war.

cc) Höhe der Vorauszahlungen bei Vertragsabschluss

In einer äußerst umstrittenen Entscheidung vom 11.02.2004,

abgedruckt WM 2004, Seite 201,

hat der BGH entschieden, dass der Vermieter bei einem Vertragsabschluss keine Pflichtverletzung begeht, wenn er mit dem Mieter bei Vertragsabschluss Vorauszahlungen für Nebenkosten vereinbart, die die Höhe der später anfallenden tatsächlichen Kosten nicht nur geringfügig, sondern auch deutlich unterschreiten, sofern nicht besondere Umstände hinzukommen. Amtsgericht Köln und Landgericht Köln hatten Zahlungsklagen des Vermieters abgewiesen, weil die Kostenbelastung 500,00 DM monatlich entsprach, während 200,00 DM monatlich als Vorauszahlung vereinbart war für eine 89 qm große Wohnung. Die Vermieter waren Rechtsanwälte und die Wohnung hatte zuvor eine Zeit lang leer gestanden.

Der BGH begründet seine Auffassung mit dem Argument, dass es den Parteien frei stehe, sich auf Vorauszahlungen auf Nebenkosten zu einigen, wobei sie von Vorauszahlungen auch ganz absehen können. Nur nach oben hin sei eine unangemessene Höhe untersagt. Wenn es aber dem Vermieter unbenommen sei, dem Mieter die auf ihn umzulegenden Nebenkosten insgesamt zu kreditieren, könne es ihm nicht zum Nachteil gereichen, wenn er Vorauszahlungen verlange, die in ihrer Höhe die tatsächlichen Kosten auch deutlich unterschreiten würden. Insoweit läge der Begriff Vorauszahlung nicht die Annahme nahe, die Summe der Vorauszahlungen werde den voraussichtlichen Abrechnungsbetrag auch nur annähernd erreichen, so dass ein Vertrauenstatbestand nicht begründet werde.

Diese Argumentation des BGHs erscheint allerdings wenig überdacht: Derjenige Vermieter, der keine Vorauszahlungen fordert, gibt zu erkennen, dass er bereit ist, dem Mieter sämtliche Vorauszahlungen zu kreditieren. In einem solchen Fall hat ein Mieter keinerlei Anhaltspunkte, was ihn in der ersten Abrechnung erwarten wird, er muss mit allem rechnen.

Der Vermieter, der bei einer 90 qm großen Wohnung 200,00 DM an Vorauszahlungen vereinbart, gibt zu erkennen, dass er nicht bereit ist, dem Mieter die Nebenkostenvorauszahlungen zu kreditieren, denn andernfalls hätte er ja Vorauszahlungen nicht zu vereinbaren brauchen. Der Mieter muss also annehmen, dass er keinen „Kredit“ auf die Vorauszahlungen erhält und dass diese Vorauszahlung von daher zumindest annähernd kostendeckend ist. In Fällen, in denen also Vorauszahlungen vereinbart werden in einer Höhe, die üblichen Erfahrungswerten entsprechen, überzeugt die Entscheidung des BGHs nicht, wenn die Kostenbelastung später das 2½-fache der Vorauszahlung beträgt.

Der Abrechnungszeitraum

Nach § 556 III 1 BGB ist über die Vorauszahlungen für Betriebskosten jährlich abzurechnen. Der BGH hatte in seinem Urteil vom 30.04.2008,

abgedruckt WM 2008, Seite 404,

über einen Fall zu entscheiden, in dem bezüglich der Betriebskosten einerseits und die Heizkostenabrechnung andererseits unterschiedliche Abrechnungszeiträume zugrunde lagen. Der BGH hatte keine Bedenken, dass diese Abrechnungen formell wirksam sein können. Der Hinweis auf jährliche Abrechnungen regelt nur, dass der Abrechnungszeitraum ein Jahr nicht überschreiten darf. § 556 III 1 BGB schreibt nicht vor, welcher jährliche Zeitraum der Abrechnung zugrunde zu legen ist. Dies könne das Kalenderjahr, das Mietjahr oder derjenige Zeitraum sein, in denen der Versorgungsträger regelmäßig die Jahresabrechnung erteilt. Der Vermieter sei, sofern vertraglich nichts vereinbart, in seiner Wahl des Abrechnungszeitraums frei.

Der Vermieter könne bei den Betriebskosten auch das Kalenderjahr als Abrechnungszeitraum bestimmen, für die Heizkosten demgegenüber die jährliche Heizperiode zugrunde legen. Die Abrechnungszeiträume müssten nicht deckungsgleich sein, dies ergebe sich bereits daraus, dass die §§ 556 ff. dem Vermieter bei der Abrechnung von Betriebskosten nicht auf eine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip festlegen, denn auch eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip sei grundsätzlich zulässig.

Der Vermieter habe auf die Abrechnungsperioden des Versorgungsunternehmens oder des Verbrauchserfassungsunternehmens in der Regel keinen Einfluss und sei auch nicht verpflichtet, den mietvertraglichen Abrechnungszeitraum dem Turnus von Versorgungsunternehmen anzupassen. Dem stehe bereits entgegen, dass die Abrechnungsperioden etwa für Wasser oder Heizung untereinander häufig nicht deckungsgleich seien. Der Vermieter sei auch nicht verpflichtet, die etwa vom Kalenderjahr abweichenden Zeiträume im Wege der Schätzung oder mit Hilfe einer zusätzlichen Verbrauchserfassung auf das Kalenderjahr umzurechnen, da der damit verbundene zusätzliche Aufwand für den Vermieter nicht zumutbar ist.

In dem zu entscheidenden Fall hat der BGH sodann festgestellt, dass eine getrennte Abrechnung noch nicht einmal möglich gewesen wäre. In dem dortigen Fall spreche gegen eine getrennte Abrechnung, dass der Mieter nach dem Mietvertrag einen einheitlichen Vorauszahlungsbetrag für alle Betriebs- und Heizkosten zu leisten hat. Über die einheitliche Vorauszahlung könne jedenfalls sinnvoll nur ein-

heitlich abgerechnet werden, weil nicht zu ermitteln ist, welcher Teilbetrag der Vorauszahlungen für eine vorgezogene Abrechnung überhaupt in Ansatz zu bringen wäre.

Abzustellen ist darauf, dass über die Betriebskostenvorauszahlungen des Mieters jährlich abzurechnen ist. Dementsprechend dürfe der Vermieter abwarten, bis ihm eine Gesamtabrechnung aller Betriebskosten für den maßgeblichen Abrechnungszeitraum möglich ist. Zu Teilabrechnungen ist der Vermieter nach § 556 III 4 BGB nicht verpflichtet.

Abfluss- oder Leistungsprinzip

Wie die jährlich abzurechnenden Betriebskosten dem jeweiligen Abrechnungszeitraum zuzuordnen sind, war in der Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich entschieden. Nach dem Leistungsprinzip (auch Zeitabgrenzungs- oder Verbrauchsprinzip genannt) sind diejenigen Betriebskosten abzurechnen, die für den jeweiligen Abrechnungszeitraum angefallen sind. Sofern nicht die Heizkostenverordnung zwingend etwas anderes vorschreibe, könne zwar auch etwas anderes grundsätzlich vereinbart werden. Ohne Vereinbarung stehe dem Vermieter jedoch kein Wahlrecht zu.

Demgegenüber hat eine Mindermeinung auch das Abflussprinzip für zulässig erachtet, nachdem der Vermieter alle Kosten, mit denen er selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird, in diese Abrechnungsperiode in die Abrechnung eingestellt.

Eine Mittelmeinung hat das Abflussprinzip jedenfalls dann für möglich erachtet, wenn eine Mehrbelastung des Mieters ausgeschlossen ist, weil im Jahr der Verbrauchs- bzw. im Jahr der Verursachung und im Jahr der Abrechnung kein Mieterwechsel stattgefunden hat.

Der BGH hat sich in seinen Urteilen vom 20.02.2008,

abgedruckt WM 2008, Seiten 225, 285,

dahingehend entschlossen, dass grundsätzlich eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip nicht ausgeschlossen sein soll. Den §§ 556 ff. BGB sei nicht zu ent-

nehmen, dass eine bestimmte Zuordnung der Betriebskosten festgelegt sei. Auch die Bestimmung, dass Betriebskosten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung durch die Mieter abhängen, die nach einem Maßstab umzulegen seien, der dem unterschiedlichen Verbrauch Rechnung trägt, treffe keine Bestimmung über die Zuordnung von Betriebskosten zu einem bestimmten Abrechnungszeitraum. Dies Norm, dass die jährlich vorzunehmende Abrechnung dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des 12. Monats nach Ende des Abrechnungszeitraum mitzuteilen sei, lässt eine Schlussfolgerung auf eine der beiden Prinzipien nicht zu. Die Abrechnungsfrist sowie der dazu angeordnete Ausschluss von Nachforderungen sollen nur eine zeitnahe Abrechnung gewährleisten. Es müsse für den Mieter auch nicht erforderlich sein, verschiedene Abrechnungsperioden besser miteinander vergleichen zu können.

Offen lassen konnte es der BGH, ob in Einzelfällen eines Mieterwechsels nach Treu und Glauben der Vermieter gehindert sein könnte, Betriebskosten nach dem Abflussprinzip abzurechnen, weil es in den vorliegenden Entscheidungen nicht darauf ankam. Dort haben die Parteien durchgängig sowohl in den betreffenden Verbrauchs- und Verursachungszeiträumen, als auch in den jeweiligen Abrechnungszeiträumen in der Wohnung gewohnt.

Form der Abrechnung

§ 556 BGB gibt sodann grundsätzlich nicht vor, in welcher Form Nebenkostenabrechnungen zu erteilen sind. Die Entscheidung des BGHs vom 29.9.2004,

abgedruckt WM 2004, Seite 666,

beschäftigt sich im Rahmen des öffentlich geförderten Wohnungsbaus mit den Anforderungen an die Form einer Nebenkostenabrechnung. Nach § 20 IV 1 Neubaumietenverordnung gelten für die Erhebung des durch die Vorauszahlungen nicht gedeckten Umlagebeitrages sowie für die Nachforderung von Betriebskosten bei öffentlich gefördertem Wohnraum die Vorschriften des § 4 Abs. 7 und 8 Neubaumietenverordnung entsprechend, die ihrerseits auf § 10 I WoBindG verweisen. Danach ist im Falle einer Nachforderung von Nebenkosten eine schrift-

liche Erklärung des Vermieters erforderlich, in der die Forderung berechnet und erläutert ist. Der Umfang der Schriftform bestimmt sich nach § 126 BGB. Danach muss die Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden mit der Ausnahme des Falles des § 10 I 5 WoBindG. Der BGH stellt auch hier klar, dass eine Urkundeneinheit gefordert wird, wenn zur Nebenkostenabrechnung Anlagen gehören. Dabei muss sich die Zusammengehörigkeit einer aus mehreren Blättern bestehenden Urkunde entweder durch körperliche Verbindung oder in sonst geeigneter Weise ergeben. Dies kann durch fortlaufende Seitenzahlen, fortlaufende Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitliche grafische Gestaltung, inhaltlichen Zusammenhang des Textes oder vergleichbare Merkmale geschehen. Die Anlagen müssen in der Haupturkunde so genau bezeichnet sein, dass eine zweifelsfreie Zuordnung möglich ist. Es müssen dann die Anlagen selbst nicht unterzeichnet werden.

Der eigenhändigen Unterschrift des Vermieters bedarf es dann nicht, wenn dieser seine Erklärung mit Hilfe automatischer Einrichtungen gefertigt hat. Es reicht dann etwa eine maschinelle Unterschrift des Vermieters aus.

In einer Abrechnung muss der Umlagemaßstab angegeben und gegebenenfalls erläutert werden. Wie bei gemischt genutzten Gebäuden abzurechnen ist, ist wiederum unterschiedlich zu beurteilen, je nach dem, ob öffentlich geförderter oder frei finanziert Wohnraum zur Beurteilung zugrunde liegt. Bei ersterem ist nicht zu Wohnzwecken bestimmte Fläche jedenfalls vorweg herauszurechnen, bei letzterem nur bei erheblichen Mehrbelastungen durch das Gewerbe.

Die Kontrollrechte des Mieters:

Die bereits erwähnte Entscheidung über das Herausrechnen des Gewerbes ist so dann auch bahnbrechend im Hinblick auf die Kontrollrechte des Mieters, die regelmäßig entweder durch unmittelbare Belegeinsicht oder durch Übersendung von Belegen in Kopie gegen Kostenerstattung wahrgenommen wird.

Auch hier ist wiederum im öffentlich geförderten Wohnraum eine ausdrückliche Vorschrift vorhanden in Form des § 29 II 1 Neubaumietenverordnung. Danach

kann der Mieter anstelle der Einsicht in die Berechnungsunterlagen Ablichtungen davon gegen Erstattung der Auslagen verlangen. Eine entsprechende Bestimmung fehlt in der Gesetzesfassung für frei finanzierten Wohnraum. Der BGH widerspricht in der Entscheidung vom 08.03.2006, WM 2006, Seite 200 (202 ff) ausdrücklich einer analogen Anwendung dieser Vorschrift für frei finanzierten Wohnraum, weil es auch hier an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Auch nach § 242 BGB bestehe regelmäßig kein Anspruch auf Vorlage von Fotokopien. Insoweit werde dem Interesse des Mieters an einer Überprüfung der Abrechnung bereits dadurch Rechnung getragen, dass er vom Vermieter Einsicht in die der Abrechnung zugrunde liegenden Belege verlangen und sich hierbei auch fachkundiger Hilfe bedienen kann. Zwar mag es für den Mieter bequemer sein, die Fotokopien zu Hause zu prüfen und die Kopien auch einem fachkundigen Berater zu überlassen. Es könne jedoch auch der Vermieter ein berechtigtes Interesse daran haben, den Mieter auf die Einsichtnahme in die Rechnungsbelege zu verweisen, um den durch die Anfertigung von Fotokopien entstehenden zusätzlichen Aufwand zu vermeiden und dem Mieter mögliche Unklarheiten im Gespräch sofort zu erläutern. Dieses Interesse des Vermieters würde nicht hinreichend berücksichtigt, wenn er dem Mieter stets auf dessen Anforderung hin Belegkopieren zu überlassen hätte.

Ein Anspruch des Mieters auf Übermittlung von Fotokopien komme allerdings nach Treu und Glauben ausnahmsweise dann in Betracht, wenn ihm die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen in den Räumen des Vermieters nicht zugemutet werden kann. Dies ist mithin im Einzelfall zu prüfen.

In die gleiche Richtung geht die Entscheidung des BGHs vom 13.09.2006,
abgedruckt WM 2006, Seite 616.

Auch dort hat der BGH keinen Ausnahmefall erkannt, wonach ein Anspruch auf Übersendung von Fotokopien nach Treu und Glauben bestehen könnte.

In der Entscheidung vom gleichen Tage,
abgedruckt WM 2006, Seite 618,

nimmt der BGH sodann dazu Stellung, dass sich der Anspruch auf Überlassung von Fotokopien auch nicht deshalb ergeben könne, weil der Vermieter bereits aus

Gefälligkeit einige Belegkopien zu der Abrechnung übersandt hatte. Derartiges stelle insbesondere noch keine eigenständige vertragliche Vereinbarung dar, dass künftig Belege übersandt werden müssten.

Mit Entscheidung vom 25.10.2006,
abgedruckt: WM 2007, Seite 24,

hatte der BGH in einem Räumungsrechtsstreit über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses zu befinden, nachdem ein Mieterverein seinem Mitglied angeraten hatte, wegen nicht übersandter Fotokopien ein Zurückbehaltungsrecht an den Vorauszahlungen geltend zu machen. Hier hatte erst das Amtsgericht einer Räumungsklage stattgegeben und das Landgericht Bochum die Räumungsklage abgewiesen. Der BGH hat das zweitinstanzliche Urteil aufgehoben und zur Räumung verurteilt. Die Beratung durch die Mieterverein sei unzutreffend gewesen, weil ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Betriebskostenvorauszahlungen nicht bestand mangels Anspruch auf Fotokopien. Wenn bei damals noch ungeklärter Rechtslage der Mitarbeiter des Mietervereins zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts riet, sei dies fahrlässig gewesen und jedenfalls kein entschuldbarer Rechtsirrtum, weil die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht angewendet worden ist und mit einer anderen Beurteilung in Anbetracht der ungeklärten Rechtslage hätte gerechnet werden müssen. Der Mieter war für das schuldhafte Verhalten eines Erfüllungsgehilfen, vorliegend des Mietervereins, nach § 278 BGB auch verantwortlich.

Die Abrechnungsfrist

Nach 556 III 2 BGB ist die Abrechnung dem Mieter spätestens bis zum Ablauf des 12. Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen.

a) Fristbeginn

Der Fristbeginn kann insbesondere dann problematisch sein, wenn es sich um Abrechnungen handelt, denen keine einheitlichen Abrechnungszeiträume zugrunde liegen.

In seiner Entscheidung vom 30.04.2008, *abgedruckt WM 2008, Seite 404,*

hat der BGH klargestellt, dass im Ergebnis nicht auf den Zeitraum der unterschiedlichen Abrechnungszeiträume der beiden Abrechnungen sondern auf den Zeitraum der abgerechneten Vorauszahlungen abzustellen ist. Wenn in einer kalenderjährlichen Abrechnung über die Betriebskosten abweichend eine Heizkostenabrechnung nach dem Verbrauchszeitraum enthalten ist, dann gilt für die in der Gesamtabrechnung enthaltene Heizkostenabrechnung keine andere Frist, als für die Abrechnung der übrigen Betriebskosten, so dass auch die Frist für die Abrechnung der Heizkosten erst mit dem Ablauf des Kalenderjahres begann, für das die Gesamtabrechnung der Betriebskosten unter Einbeziehung der in dem betreffenden Jahr zu Ende gehenden Heizperiode zu erstellen war. Der Umstand, dass die Heizperiode bereits vor dem Ablauf des Kalenderjahres endete, hat nicht zur Folge, dass die Einhaltung der Ausschlussfrist für die Abrechnung der Heizkosten und der sonstigen Betriebskosten jeweils gesondert zu prüfen wäre. Diese setze voraus, dass über die Heizkosten vorab getrennt abzurechnen gewesen wäre. Zu einer vorweg gezogenen Heizkostenabrechnung innerhalb von 12 Monaten nach Ablauf der Heizperiode ist ein Vermieter jedoch nicht verpflichtet, wenn aufgrund einheitlicher Vorauszahlungen eine Gesamtabrechnung über alle Betriebskosten zu erstellen ist.

b) Beschaffenheit zur Fristwahrung

Mit Urteil vom 17.11.2004,

abgedruckt WM 2005, Seite 61,

hatte der BGH zu entscheiden, wie eine solche Abrechnung beschaffen sein muss. Nach dieser Entscheidung kommt es zur Fristwahrung darauf an, dass es sich um eine formell ordnungsgemäße Abrechnung handelt, während es auf die inhaltliche Richtigkeit für die Einhaltung der Frist nicht ankomme. Dementsprechend könnten inhaltliche Fehler auch nach Fristablauf korrigiert werden.

In dem zugrunde liegenden Fall hat die Nebenkostenabrechnung einen unzutreffenden Verteilerschlüssel ausgewiesen. Hier führt der BGH aus, dass sie dadurch nicht ihren Charakter und ihre Funktion als Rechnungslegung verliere. Dieser Fehler stelle vielmehr einen inhaltlichen Mangel der Abrechnung dar. Der

Zweck des § 556 III gebiete es nicht, die Abrechnung deshalb als formell unwirksam anzusehen. Das Ziel des Mieters, zeitnah über Guthaben oder Nachforderungen informiert zu werden, werde nicht deshalb verfehlt, weil in der Abrechnung nicht der vertragliche Verteilerschlüssel angegeben sei. Der durchschnittlich gebildete Mieter könne sogleich erkennen, dass die Abrechnung insoweit einer Korrektur bedarf. Er könne zwar möglicherweise den geschuldeten Betrag nicht selbst berechnen, wenn ihm die Bezugsdaten nicht bekannt sind. Er sei jedoch in der Lage, vom Vermieter gezielt eine Neuberechnung zu verlangen aufgrund des vereinbarten Umlageschlüssels. Allerdings sei der Mieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist vor einer Berichtigung zu seinen Lasten geschützt. Insoweit würde der Gesetzeszweck, dass der Mieter nach Fristablauf nicht mehr mit weiteren Nachforderungen des Vermieters rechnen muss, verfehlt, wenn bei Vorlage einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung nach Fristablauf zu Lasten des Mieters korrigiert werden könnte. Dies gelte sowohl hinsichtlich der Art als auch hinsichtlich der Höhe der abgerechneten Einzelpositionen und unabhängig von dem Ausmaß der Abweichung. Der Ablauf der Abrechnungsfrist habe deshalb zur Folge, dass die Nachforderung nach einer erst später erfolgenden inhaltlichen Korrektur das Ergebnis der fristgemäß vorgelegten Rechnung weder in den Einzelpositionen noch insgesamt überschreiten dürfen. Das Interesse des Vermieters wird nach § 556 III 3 BGB nur dann höher eingeschätzt, falls er die verspätete Geltendmachung oder die verspätete Korrektur nicht zu vertreten habe.

Mit einer Entscheidung vom 19.01.2005

abgedruckt: WM 2005, Seite 200

hat der BGH die vorangegangene Entscheidung wortgleich bestätigt.

Die Ausschlussfrist:

a) Ausgeschlossene Nachforderung

In seiner Entscheidung vom 12.12.2007,

abgedruckt WM 2008, Seite 150,

hat der BGH entschieden, dass eine nach § 556 III 3 BGB die ausgeschlossene Nachforderung nicht nur dann vorliegt, wenn der Vermieter nach Fristablauf einen die Vorauszahlungen des Mieters übersteigenden Betrag fordert, sondern auch dann, wenn der Vermieter nach Fristablauf einen Betrag fordert, der das Ergebnis einer bereits erteilten Abrechnung übersteigt. Diese gelte insbesondere auch dann, wenn das Ergebnis der ersten Abrechnung ein Guthaben des Mieters war, das sich durch die Korrektur der Abrechnung nach Jahresfrist in ein geringeres Guthaben verwandelt.

Zur Begründung führte der BGH an, dass die Jahresfrist der Abrechnungssicherheit für den Mieter diene. Sie gewähre eine zeitnahe Abrechnung, damit der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Abrechnungszeitraum entweder über ein sich zu seinen Gunsten ergebendes Guthaben verfügen kann oder Gewissheit darüber erlangt, ob und in welcher Höhe er mit einer Nachforderung des Vermieters rechnen muss. Dieser Zweck werde verfehlt, wenn der Vermieter bei Vorlage immer formell ordnungsgemäßen Abrechnung innerhalb der Frist einen darin enthaltenen materiellen Fehler auch noch nach Fristablauf zu Lasten des Mieters korrigieren könne. Dies gelte sowohl hinsichtlich der Art, als auch hinsichtlich der Höhe der abgerechneten Einzelpositionen und unabhängig von dem Ausmaß der Abweichung. Der Ablauf der Abrechnungsfrist habe deshalb zur Folge, dass die Nachforderung nach einer erst später erfolgenden inhaltlichen Korrektur das Ergebnis der fristgemäß vorgelegten Rechnung weder in den Einzelpositionen noch insgesamt überschreiten darf.

b) Vertreten

Geht die Abrechnung dem Mieter erst nach Ablauf der Abrechnungsfrist zu, so ist regelmäßig die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter ausgeschlossen, es sei denn, der Vermieter hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten, § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB.

Die Entscheidung des BGHs vom 05. Juli 2006,

abgedruckt: WM 2006, Seite 516,

beschäftigt sich nun mit dem Fall, dass ein Vermieter zunächst unverschuldet die Abrechnungsfrist nicht eingehalten hat. Im streitbefangenen Fall ist eine Grundsteuernachzahlung erst deutlich nach Abrechnungsfrist dem Vermieter bekannt gegeben worden. Ein Bescheid für das Jahr 2001 zwar erst am 08.01.2003 zugegangen. Der BGH hat allerdings sodann entschieden, dass nach Sinn und Zweck der Abrechnungsfrist ein Vermieter nicht unbegrenzt abwarten darf, bis er die Nachforderung erhebt. Eine zunächst entschuldigte Verspätung könne mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des § 556 Abs. 3 BGB, wonach der Mieter in einem überschaubaren zeitlichen Zusammenhang Gewissheit über das Abrechnungssaldo erhält, nachträglich zu einer verschuldeten Verspätung werden, wenn der Vermieter sich auch dann noch unnötig viel Zeit bis zur Erstellung einer Nachforderung lässt, nachdem die notwendigen Unterlagen vorliegen.

Der Vermieter sei gehalten, dem Mieter die Abrechnung unverzüglich nach Wegfall des Abrechnungshindernisses zuzuleiten. Hierzu sei ein Zeitraum von 3 Monaten ab Kenntnis von der Nachforderung angemessen im Hinblick auf die Vorschrift des § 560 II BGB, die die rückwirkende Erhöhung von Betriebskostenpauschalen betrifft und die dem Vermieter einen Zeitraum von drei Monaten ab Kenntnis von der Betriebskostenerhöhung zugesteht, innerhalb derer eine rückwirkende Erhöhung der Betriebskostenpauschale gegenüber dem Mieter herbeigeführt werden könnte.

c) Analoge Anwendung der Verjährungsvorschriften

Die Entscheidung des BGH vom 09.04.2008,

abgedruckt: WM 2008, Seite 351,

verhält sich über die analoge Anwendung der Verjährungsvorschriften auf die Ausschlussfrist. Es lag ein Fall zugrunde, in dem ein Mieter rechtzeitig eine formell unwirksame Abrechnung erhalten hat. Er hat den Vermieter daraufhin aufgefordert, korrekte Abrechnungen bis Ende März 2005 (3 Monate nach Ablauf der Abrechnungsfrist) vorzulegen. Der BGH hat zunächst klargestellt, dass sich der Vermieter nicht erfolgreich darauf berufen könne, er habe die verspätete Geltend-

machung der Nachzahlung nicht zu vertreten, weil ihm der Mieter eine Frist bis Ende März 2005 gesetzt habe. Denn dadurch war der Vermieter nicht gehindert, die gesetzliche Frist zu wahren.

Soweit in diesem Fall der Mieter gegenüber der Hausverwaltung sodann zugesagt hatte, das Ergebnis aus einer korrekten Nachforderung zu bezahlen, führe dieses Anerkenntnis nicht zu einem Neubeginn der Ausschlussfrist. Die Ausschlussfrist habe stets den Untergang des Nachforderungsrechts zur Folge. Ziel der Ausschlussfrist sei, für Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu sorgen. Dieser Zweck stehe einer vollständigen Erneuerung der Ausschlussfrist entgegen. Die Ausschlussfrist des § 556 BGB soll für den Mieter Abrechnungssicherheit gewährleisten und Streit mit dem Vermieter vermeiden.

Etwas anderes könne nach Treu und Glauben nur dann gelten, wenn der Mieter durch seine Erklärungen den Vermieter von der Einhaltung der Jahresfrist abhält. Dazu müsste aber festgestellt werden, dass der Vermieter auch ohne die Äußerungen des Mieters die Abrechnung fristgerecht erteilt hätte.

Mit seinem Urteil vom 18.01.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 150,

hatte der BGH die Frage zu entscheiden, ob der Mieter, der auf eine verfristete Abrechnung zahlt, diesbezüglich einen Rückforderungsanspruch haben kann oder ob dieser in entsprechender Anwendung des § 214 II 1 BGB ausgeschlossen sei.

Der BGH geht davon aus, dass ein Nachforderungsanspruch ohne Rechtsgrund erfolgt ist, weil die Nachforderung des Vermieters ausgeschlossen sei. Eine Zahlung erfolge von daher auf eine nicht bestehende Schuld und damit ohne Rechtsgrund. Der Ablauf einer Ausschlussfrist führe, anders als der Ablauf einer Verjährungsfrist, nicht nur zu einer bloßen Einredebefugnis gegenüber einem fortbestehenden Recht, sondern er habe den Untergang des Rechts zur Folge, sodass der Schuldner, der nach Ablauf einer Ausschlussfrist Leistungen auf einen untergegangenen Anspruch erbringt, das Geleistete aus dem Gesichtspunkt der un gerechtfertigten Bereicherung zurückfordern könne. Dies sei anders als bei der

Verjährung, bei der der Anspruch nicht erlösche. Dort sei der Anspruch lediglich mit einer Einrede behaftet.

d) Bei nicht geleisteten Vorauszahlungen

Etwas anderes gilt nach der Entscheidung des BGH bei nicht geleisteten Vorauszahlungen.

Diese Entscheidung ist abgedruckt: WM 2007, Seite 700.

Eine erst nach Ablauf der Jahresfrist erteilte formell ordnungsgemäße Abrechnung steht der Geltendmachung von Nachforderungen entgegen. Um Nachforderungen in diesem Sinne handelt es sich aber begrifflich nur, wenn der Vermieter nach Ablauf der 12-monatigen Abrechnungsfrist einen Betrag verlangt, der eine bereits erteilte Abrechnung, oder falls er eine rechtzeitige Abrechnung nicht erteilt hat, die Summe der Vorauszahlungen des Mieters übersteigt. Dies gilt entsprechend, soweit der Mieter geschuldete Vorauszahlungen nicht erbracht hat. Nebenkosten bis zum Betrag der geschuldeten Vorauszahlungen kann der Vermieter deshalb auch aufgrund einer nach Ablauf der Abrechnungsfrist erteilten Abrechnung geltend machen; auf ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht wegen unterbliebene Abrechnungen kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Der Einwendungsausschluss:

Nach § 556 III 5 BGB hat der Mieter Einwendungen gegen die Abrechnung dem Vermieter spätestens bis zum Ablauf von 12 Monaten nach Zugang der Abrechnung mitzuteilen.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 20.07.2005,

abgedruckt: WM 2005, Seite 579,

ausdrücklich klargestellt, dass die Anwendung dieser Vorschrift voraussetzt, dass es sich bei der betreffenden Wohnung um preisfreien Wohnraum handelt. § 20 III Neubaumietenverordnung, der die jährliche Abrechnung über Betriebs-

kosten bei preisgebundenen Wohnungen regele, enthalte keine entsprechende Bestimmung, so dass Einwendungen des Mieters gegen Betriebskostenabrechnungen im preisgebundenen Wohnraum nicht ausgeschlossen sind.

Mit seinem Urteil vom 05.03.2008,

abgedruckt WM 2008, Seite 283,

hat der BGH entschieden, dass zu den Einwendungen, die der Mieter gegen eine Abrechnung des Vermieters über Vorauszahlungen für Betriebskosten geltend machen muss, auch der Einwand gehört, dass der Vermieter Betriebskosten, die nach der mietvertraglichen Vereinbarung durch eine Teilinklusive abgegolten sein sollen, abredewidrig konkret abgerechnet worden sind. Insoweit sei die Betriebskostenabrechnung mit nicht umlagefähigen Betriebskostenpositionen formell ordnungsgemäß und lediglich inhaltlich falsch, da man diese Positionen herausstreichen könnte. Inhaltliche Mängel müssen innerhalb des Einwendungsausschlusses gerügt werden.

Mit Entscheidung vom 10.10.2007,

abgedruckt WM 2007, Seite 694,

hatte der BGH dies gleichermaßen entschieden hinsichtlich des Einwandes, dass es für einzelne grundsätzlich umlagefähige Betriebskosten an einer vertraglichen Vereinbarung über deren Umlage fehle. Schon dort hatte der BGH der Auffassung widersprochen, dass sich aus der Formulierung „Einwendungen gegen die Abrechnung“ die Auslegung ergebe, dass es sich hinsichtlich der betreffenden Kostenart um vereinbarte Vorauszahlungen handeln müsse. Dies ergebe sich weder aus dem Wortlaut des § 556 III BGB noch aus Sinn und Zweck der Vorschrift. Die Bestimmung stelle im Interesse der Ausgewogenheit den Nachforderungsausschluss für den Vermieter einen Einwendungsschluss für den Mieter gegenüber. Damit soll erreicht werden, dass in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche bestehen. Die insoweit beabsichtigte Befriedigungsfunktion wäre nicht gewährleistet, wenn nicht nach Ablauf der Einwendungsfrist auch Streitigkeiten

darüber ausgeschlossen wären, ob die Abwälzung einzelner, grundsätzlich umlagefähiger Betriebskostenarten auf den Mieter vereinbart worden ist oder nicht.

Die Fälligkeit der Nachforderung:

Mit der Fälligkeit einer Betriebskostenabrechnung beschäftigt sich die bereits genannte Entscheidung des BGHs vom 08.03.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 200

zur Herausrechnung von Gewerbefläche.

Der BGH stellt klar, dass nach Erteilung einer Abrechnung diese sofort fällig ist, da nach § 271 I BGB der Gläubiger die Leistung sofort verlangen kann, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. Der Anspruch des Vermieters auf Bezahlung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten werde daher grundsätzlich mit der Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung fällig, ohne dass nach Erteilung der Abrechnung zunächst eine angemessene Frist zu ihrer Überprüfung durch den Mieter verstreichen müsse.

Die unterlassene Abrechnung:

a) beendetes Mietverhältnis

Entgegen einer zuvor bestehenden Rechtsprechung hat der BGH in seinem Urteil vom 09.03.2005,

abgedruckt WM 2005, Seite 337,

entschieden, dass der Mieter bei einer unterlassenen fristgerechten Abrechnung durch den Vermieter im beendeten Mietverhältnis sogleich die vollständige Rückzahlung aller geleisteten Abschlagszahlungen verlangen kann, ohne dass er gehalten sei, zunächst auf Erteilung der Abrechnung zu klagen oder mögliche Überzahlungen zu schätzen.

Für diese Auffassung spreche, dass es ansonsten der Vermieter in der Hand hätte, die Fälligkeit eines Rückzahlungsanspruchs des Mieters nach Belieben hinauszuzögern. Der Rückforderungsanspruch des Mieters werde deshalb nicht erst mit

der Mitteilung der Abrechnung des Vermieters fällig, sondern bereits dann, wenn die Abrechnungsfrist erfolglos abgelaufen sei. Im beendeten Mietverhältnis habe der Mieter nicht die Möglichkeit, durch Einbehaltung der laufenden Abschlagszahlungen Druck auszuüben. Auch der Weg über eine Stufenklage auf Erteilung der Abrechnung könne dem Mieter nicht zugemutet werden. Insoweit sei es allein Sache des Vermieters, fristgerecht über die angefallenen Kosten vollständig und richtig abzurechnen. Ein etwaiges Verschulden seiner Hilfspersonen habe sich der Vermieter bei Versäumung der Frist wie eigenes Verschulden zurechnen zu lassen. Der Mieter könne auch nicht darauf verwiesen werden, mögliche Überzahlungen zu schätzen. Vielmehr sei es Sache des Vermieters, die Abrechnung erstellen, die entsprechenden Tatsachen im Prozess vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen. Der Mieter müsse nicht hier den Vortrag des Vermieters übernehmen.

Schließlich werde der Vermieter auch nicht benachteiligt, denn es liege allein in seiner Hand die Abrechnung zu erstellen und auch im Rechtsstreit gegebenenfalls noch über die tatsächliche Höhe der Betriebskosten vorzutragen.

b) laufendes Mietverhältnis

Rund ein Jahr später, nämlich am 29.03.2006, hat der BGH sodann über die Rechte des Mieters bei noch bestehendem Mietverhältnis zu entscheiden gehabt (WM 2006, Seite 383). In dieser Entscheidung hat der BGH dargelegt, dass im laufenden Mietverhältnis die Gesichtspunkte aus der vorangegangenen Entscheidung bei beendetem Mietverhältnis nicht zum Tragen käme. Vielmehr sei der Mieter bei bestehendem Mietverhältnis dadurch hinreichend geschützt, weil er jedenfalls die weiterlaufenden Vorauszahlungen auf die Nebenkosten nach § 273 BGB verweigern kann. Hier stehe dem Mieter ein starkes Druckmittel zur Verfügung. Die einbehaltenen Beträge würden schneller die Höhe eines in Betracht kommenden Erstattungsanspruchs aus der versäumten Abrechnung erreichen als ein Anspruch auf Rückzahlung der Vorschüsse gerichtlich durchgesetzt werden könne.

In der Entscheidung vom 28.05.2008,

abgedruckt: WM 2008, Seite 407,

stellt der BGH zum Zurückbehaltungsrecht sodann klar, dass dieses nur vorliegen kann bei einer formell nicht ordnungsgemäß erstellten Abrechnung. Sobald eine formell ordnungsgemäße Abrechnung, die möglicherweise auch inhaltlich falsch ist, vorliegt, kann der Durchsetzung des Abrechnungsanspruches über die Vorauszahlungen kein Zurückbehaltungsrecht mehr entgegenstehen, da die Abrechnung bereits vorliegt. Im Übrigen könne ein Zurückbehaltungsrecht von der Rechtsfolge her immer nur eine eingeschränkte Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Erteilung einer wirksamen Abrechnung rechtfertigen.

c) Verwirkung

Die Entscheidung des BGH vom 31.10.2007,

abgedruckt: WM 2007, Seite 700,

beschäftigt sich zunächst auch mit einer Verwirkung von Betriebskostenabrechnungen, die für die Jahre 2000 bis 2002 erst im Jahre 2003 vorgelegt worden sind. Das Berufungsgericht ist nicht von einer Verwirkung ausgegangen, weil es dadurch an einem Umstandsmoment fehle, dass die Klägerin wiederholt Abrechnungen angekündigt habe und die Mieterseite deshalb auf das endgültige Ausbleiben der Abrechnung nicht habe vertrauen können. Der BGH beanstandet diese Auffassung aus Rechtsgründen nicht. Verwirkung ergebe sich weder aus dem in dieser Wohnanlage bestehenden weitgehenden Leerstand noch aus der unterbliebenen Ablesung von Verbrauchszählern. Solche Umstände berechtigten Mieter nicht zu der Annahme, der Vermieter werde entgegen einer ausdrücklichen Ankündigung nicht mehr abrechnen. In dem Fall habe der Mieter schon deshalb noch von Abrechnungen ausgehen müssen, weil keine Vorauszahlungen geleistet worden sind und der Vermieter deshalb erhebliche Beträge einzufordern hatte.

Einen anderen Fall der Verwirkung betrifft die Entscheidung des BGH vom 13.02.2008, *abgedruckt: WM 2008, Seite 225.*

Dort wurden in den Jahren 1982 bis 2002 keine Betriebskostenabrechnungen erstellt. Im Oktober 2004 sind sodann für das Jahr 2003 die Abrechnungen erfolgt. Die Verwirkung hat der BGH abgelehnt. Ein Recht sei verwirkt, wenn der Berechtigte es über längere Zeit nicht geltend macht und sich der Verpflichtete darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Danach komme eine Verwirkung nur aufgrund des langen Zeitablaufs nicht in Betracht, sondern es müssen vertrauensbildende Umstände hinzukommen. Dazu war im zugrunde liegenden Fall nichts vorgetragen.

Abrechnung bei Veräußerung:

a) laufendes Mietverhältnis

Mit seiner Entscheidung vom 03.12.2003,

abgedruckt WM 2004, Seite 94,

musste der BGH entscheiden, ob der Veräußerer oder der Erwerber dem Mieter gegenüber bezüglich der zum Zeitpunkt des Wechsels im Grundstückseigentum abgelaufenen Abrechnungsperiode zur Abrechnung der Betriebskosten verpflichtet und zur Erhebung etwaiger Nachzahlungen berechtigt sei. Der BGH hat entschieden, dass der Veräußerer noch zuständig ist, sofern die Abrechnungsperiode vor dem Eigentumswechsel abgeschlossen sei, ohne dass es darauf ankomme, wann der Zahlungsanspruch fällig geworden sei. Ansprüche auf Zahlung oder Nachzahlung würden zwar regelmäßig erst mit Erteilung der Betriebskostenabrechnung fällig. Ein striktes Festhalten am Fälligkeitsprinzip würde allerdings für Rechtsunklarheit führen und die Abrechnung der Nebenkosten im Regelfalle erschweren, da sich der Erwerber die nötigen Unterlagen vom Veräußerer unter Umständen erst beschaffen müsse. Zudem habe der Erwerber für die abzurechnende Periode komplett die Vorauszahlungen nicht erhalten. Auch stünde im Falle geschuldeter Nachzahlungen ein hierauf gerichteter Anspruch dem Erwerber selbst nicht zu, da nicht er, sondern der Veräußerer die Aufwendungen für die abgelaufene Abrechnungsperiode getragen habe.

Mit einer Entscheidung vom 29.09.2004, *abgedruckt GUT 2005, Seite 12,*

hat der BGH diese Rechtsprechung auch für das gewerbliche Mietrecht bestätigt.

b) beendetes Mietverhältnis

Vergleichbares gilt, wenn der Grundstückserwerb nach der Beendigung eines Mietverhältnisses und dem Auszug des Mieters im laufenden Abrechnungsjahr erfolgt. Der neue Eigentümer tritt nicht in Rechte und Pflichten des bisherigen Vermieters aus dem beendeten Mietverhältnis ein. Mit Urteil vom 04.04.2007, AZ: VIII ZR 219/06,

abgedruckt: WM 2007, Seite 267,

führt der BGH aus, dass nach dem Auszug des Mieters die Abrechnungspflicht und die Verpflichtung zur Auskehrung eines etwaigen Guthabens den früheren Vermieter treffen. Von einer strikten Anwendung des so genannten Fälligkeitsprinzips hat der Senat aus Gründen der Rechtsklarheit und Praktikabilität abgesehen. Derjenige, der die Vorauszahlungen für einen Abrechnungszeitraum erhalten hat, soll auch die Abrechnung erteilen und zur Rückzahlung des Guthabens oder Geltendmachung des Nachzahlungsbetrages berechtigt sein.

Abrechnung bei der Zwangsverwaltung:

Die Frage, in welchem Umfang ein Zwangsverwalter zur Abrechnung von Nebenkosten verpflichtet ist, die auch die Zeit vor seiner Bestellung betreffen, hatte der BGH in seiner Entscheidung vom 26.03.2003,

abgedruckt: WM 2003, Seite 390,

zu entscheiden.

Nach einer Auffassung sollte der Zwangsverwalter die Nebenkosten nur für den Zeitraum nach seiner Bestellung abrechnen und ausgleichen müssen, weil die Bestellung einer Zäsur darstelle. Nach anderer Auffassung habe der Zwangsverwalter die Nebenkosten für den gesamten laufenden Abrechnungszeitraum abzurechnen, in welchen seine Bestellung fällt. Letzterer Auffassung hat sich der BGH angeschlossen. Insoweit habe der Zwangsverwalter das Recht und die Pflicht alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich seien, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten und ordnungsgemäß zu benutzen.

Ansprüche, auf die sich die Beschlagnahme erstreckt, habe er geltend zu machen. Insoweit erstreckt sich die Beschlagnahme des Grundstücks auch auf die Miet- und Pachtzinsforderungen. Und aus dem so umschriebenen Aufgabenbereich des Zwangsverwalters folge, dass der Verwalter nicht nur die laufenden, sondern in bestimmtem Umfang auch rückständige Mietzinsforderungen einzuziehen habe. Dann habe er auch rückständige Nebenkostenforderungen, soweit sie vereinbarte Vorauszahlungen betreffen, geltend zu machen, weil auch diese ein Entgelt für bestimmte Leistungen des Vermieters darstellen würden. Und so ergebe sich schließlich unmittelbar aus § 152 I 2. Halbsatz ZVG die Pflicht, auch Nachforderungen aus den Abrechnungen einzufordern. Da die Höhe von Nachforderungen sich nur aus einer ordnungsgemäßen Abrechnung ermitteln ließen, obliege dem Verwalter auch die Abrechnung. Die Abrechnung ist insoweit zwingende Vorbereitungsmaßnahme.

In die gleiche Richtung geht die Entscheidung des BGH vom 03.05.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 402.

Auch nach dieser Entscheidung habe der Zwangsverwalter eines vermieteten Grundstücks bei einem im Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsverwaltung noch laufenden Mietverhältnis über die vom Mieter geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen auch für solche Zeiträume abzurechnen, die vor der Anordnung lägen. Dies gelte selbst dann, wenn auf Grund der Ausschlussfrist eine etwaige Nachforderung nicht von der Beschlagnahme erfasst wäre. Vielmehr habe der Zwangsverwalter auf Grund der Sondervorschrift des § 152 II ZVG, die den Schutz des Mieters bezwecke, die Pflichten des Vollstreckungsschuldners, mithin des Vermieters, aus dem Mietvertrag zu erfüllen, weil diese Aufgaben vom Schuldner nicht mehr wahrgenommen werden können. Diesem sei nach § 148 II ZVG aufgrund der Beschlagnahme die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen. Dementsprechend werde der Zwangsverwalter wie ein Vermieter behandelt mit seinem gesamten Vertragsinhalt.

Die Entscheidung des BGH vom 11.10.2007,

abgedruckt: WM 2007, Seite 698,

betrifft einen Fall, in dem der Zwangsverwalter noch über den Zuschlag hinaus wenige Wochen die Verwaltung fortgesetzt hat. Es ging um die Frage, ob der Zwangsverwalter die von dem Mieter des Grundstückes für die Zeit vor dem Zuschlag vereinnahmten, aber nicht verbrauchten Nebenkostenvorauszahlungen an einen Erwerber oder an die Gläubiger auszukehren hatte.

Der BGH hat entschieden, dass der Zwangsverwalter sich schadensersatzpflichtig gemacht hat, weil er die vereinnahmten, jedoch nicht verbrauchten Betriebskostenvorauszahlungen an die Gläubiger geleistet hatte. Insoweit sei die Ersteherin durch den Erwerb des Eigentums infolge Zuschlags anstelle des früheren Eigentümers in das vom Zwangsverwalter abgeschlossene Mietverhältnis eingetreten. Ab dem Zuschlag würden dem Ersteher die Miete und die Betriebskostenvorauszahlungen zustehen. Soweit der Verwalter diese Gelder bis zur Aufhebung der Zwangsverwaltung noch vereinnahmt, habe er sie an den Erwerber als den materiell Berechtigten auszukehren. Dazu gehören auch die vereinnahmten, aber in dieser Zeit nicht verbrauchten Vorauszahlungen, weil die Ersteherin zur Abrechnung der Betriebskosten und zur Auszahlung des Überschusses aus diesem Zeitraum an den Mieter verpflichtet sei. Die Abrechnungsverpflichtung des Erwerbers umfasst dann den Ausgleich des sich ergebenden Guthabens an den Mieter. Insbesondere könne das Guthaben vom Verwalter nicht verwendet werden zugunsten der Gläubiger im Zuschlagsverfahren.

Darlegungs- und Beweislast:

Die Entscheidung des BGH vom 25.10.2006 zu AZ: VIII ZR 251/05 hat die Frage geklärt, wer die Darlegungs- und Beweislast dafür hat, dass es bei unterlassenem Vorwegabzug der auf Gewerbefläche entfallenden Kosten in einem gemischt genutzten Objekt zu einer erheblichen Mehrbelastung der Wohnraummieter kommt. Die Entscheidung ist zu Lasten des Mieters erfolgt. Da die Bestimmung des § 556 a I 1 BGB einen Vorwegabzug von Gewerbeflächen nicht generell fordert, sei es Sache des Mieters, die Tatsachen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, welche einen Vorwegabzug aus Gründen der Billigkeit ausnahmsweise geboten erscheinen lassen. Hinsichtlich der hierfür erforderlichen Informationen könne der Mieter Auskunft vom Vermieter und Einsicht in die

Abrechnung der zugrunde liegenden Belege verlangen. Wenn der Mieter sodann immer noch nicht in der Lage sein sollte, die für einen Vorwegabzug der Gewerbeflächen maßgeblichen Tatsachen vorzutragen, während der Vermieter über die entsprechenden Kenntnisse verfüge und ihm nähere Angaben zumutbar sind, komme zugunsten des Mieters eine Modifizierung seiner Darlegungslast nach den Grundsätzen über die sekundäre Behauptungslast in Betracht.

Mit der Darlegungs- und Beweislast beschäftigt sich auch das Urteil des BGH vom 20.02.2008,

abgedruckt: WM 2008, Seite 285.

Ein Mieter bestreitet den prozentualen Abzug an den Hausmeisterkosten für Instandhaltung und Verwaltung durch den Vermieter als unzureichend. Das Berufungsgericht hält dieses einfache Bestreiten für unsubstantiiert.

Der BGH widerspricht. Er legt in dieser Entscheidung dar, dass ein Mieter nicht verpflichtet ist, höhere Abzüge für Instandhaltung und Instandsetzung darzulegen. Es sei Sache des Vermieters, die Kosten der umlagefähigen Hauswarttätigkeit einerseits und die nicht umlagefähigen Verwaltungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten nachvollziehbar aufzuschlüsseln. Die Darlegungs- und Beweislast erfahre durch die Formulierung in Nr. 14 der Anlage 3 zu § 27 der 2. Berechnungsverordnung, „soweit... nicht“ keine Änderung. Die Vorschrift bezwecke nicht, dem Mieter das Risiko von Darlegungsmängeln sowie der Nichterweislichkeit aufzuerlegen, denn es handelt sich durchweg um Umstände aus der Sphäre des Vermieters. Entscheidend sei der tatsächliche Zeitaufwand des Hausmeisters für die jeweiligen Arbeiten, für die die Leistungsbeschreibung im Vertrag des Vermieters mit dem Hauswart nur ein Indiz sein könne. Wenn der Vermieter pauschale Prozentsätze als nicht umlagefähig absetzte, dann dürfe der Mieter gegenüber solchem pauschalen Vorbringen sich mit bloßen Bestreiten begnügen. Es sei Sache des Vermieters, nach einem solchen Bestreiten ausreichend darzulegen und zu substantiieren. Insbesondere brauche der Mieter auch nicht Einsicht in Arbeitszettel oder Stundennachweise zu nehmen.

In der gleichen Entscheidung hatte der BGH bereits dargelegt, dass bei den Allge-
meinstromkosten es Sache des Vermieters ist, bei einer Schätzung des Heizungs-
stroms die Grundlagen dieser Schätzung offen zu legen. Auch hier muss nicht der
Mieter dazu vortragen, dass die Mieter für einen höheren Abzug darlegungs-
belastet sind.

Zwangsvollstreckung

Mit der Entscheidung vom 11. Mai 2006,

abgedruckt WM 2006, S. 401,

hat der BGH dazu Zustellung bezogen, ob es sich bei der Verurteilung eines
Vermieters zur Abrechnungserteilung um eine vertretbare oder nicht vertretbare
Handlung handele. Er hat entschieden, dass die Zwangsvollstreckung nach
§ 888 ZPO durchzuführen ist. Es handele sich nicht um eine vertretbare Handlung,
die im Wege der Ersatzvornahme nach § 887 ZPO zu erzwingen wäre. Anders als
die Erstellung einer Abrechnung auf Grund vorhandener Unterlagen, die eine
vertretbare Handlung wäre, ist die Erteilung einer Betriebskostenabrechnung eine
nicht vertretbare Handlung. Grundlage für diese Abrechnung sei die Rechnungs-
legung des Schuldners über die Betriebskosten in den betreffenden Abrechnungs-
perioden. Diese Rechnungslegung setze verbindliche Erklärungen des Schuldners
auf Grund seiner besonderen Kenntnisse voraus, die dementsprechend nur von
ihm abgegeben werden können.

Nebenkosten und Mietminderung:

Die Entscheidung des BGH vom 06.04.2005, *abgedruckt WM 2005, Seite 384,*

hat die Rechtsfrage geklärt, ob die Mietminderung von der Bruttomiete oder der
Nettomiete zu berechnen ist. Maßgeblich ist die Bruttomiete unabhängig davon, ob
die Nebenkosten als Pauschale oder Vorauszahlung geschuldet würden. Hierfür
sprächen systematische, teleologische und nicht zuletzt rechtspraktische Gesichts-
punkte. Nach der Systematik des Gesetzes seien die Nebenkosten Bestandteil der
Miete, da diese „vereinbart“ werden müssten.

Des weiteren bestehe die Leistung des Vermieters in der Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache. Umfasst sei alles, was erforderlich ist, um die vertragsgemäße Nutzung sicherzustellen. Hierzu gehörten alle Nebenleistungen wie auch die Versorgung mit Energie, Wasser und Heizung sowie die Entsorgung von Müll. Die Vermieterleistung lasse sich nicht in eine Fülle von isolierten Einzelleistungen zerlegen. Insoweit zahle der Mieter auch nicht isoliert jede Nebenleistung, sondern ein Gesamtentgelt.

Würde man die Nettomiete zugrunde legen, kommt es zu Wertungswidersprüchen dort, in denen der Gebrauch der Mietsache infolge eines Mangels ganz aufgehoben ist. Dass der Mieter in diesem Fall keine Nebenkosten voranzahlen muss, darüber besteht Einigkeit. Es wäre kaum nachvollziehbar, müsste der Mieter, obwohl er die Mietsache nicht nutzen kann, weiterhin die Nebenkosten voranzahlen. Besteht aber bei 100%iger Nutzungsbeeinträchtigung überhaupt keine Verpflichtung zur Zahlung von Nebenkosten, so wäre es nicht verständlich, bei geringerer, nicht vollständiger Nutzungsbeeinträchtigung die Nebenkosten nicht entsprechend herabzusetzen.

Zudem ließe sich bei Zugrundelegung der Nettomiete ein einheitlicher Maßstab für alle Formen der Nebenkostenzahlung wie Inklusivmiete, Grundmiete mit Nebenkostenpauschale, Grundmiete und abrechenbare Nebenkostenvorauszahlung nur schwer erreichen, so dass die Höhe der Minderung letztlich von der vereinbarten Mietstruktur abhinge. Bei einer Inklusivmiete ist hier wiederum unstrittig, dass diese zugrunde zu legen ist. Insoweit sind die Nebenkosten nicht gesondert ausgewiesen. Bei einer Nettomiete mit einer nicht abzurechnenden Pauschale hätte es der Vermieter in der Hand, durch die Vereinbarung einer niedrigen Grundmiete und einer hohen Nebenkostenpauschale die Minderung zum Nachteil des Mieters zu beeinflussen.

Nebenkosten und Mietkaution:

Mit Entscheidung des BGHs vom 18.01.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 197,

hat der BGH ausgeführt, dass der Vermieter einen angemessenen Teil der Mietkaution bis zum Ablauf der ihm zustehenden Abrechnungsfrist einbehalten darf, wenn eine Nachforderung zu erwarten ist. Insoweit sei der Vermieter erst verpflichtet, eine vom Mieter geleistete Kautionszahlung nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben, sobald er diese zur Sicherung seiner Ansprüche nicht mehr benötigt. Dem Vermieter sei nach Beendigung des Mietvertrages eine angemessene Frist einzuräumen, innerhalb derer er sich zu entscheiden hat, ob und in welcher Weise er die Kautionszahlung zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will. Erst danach werde der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautionszahlung fällig. Daraus folge, dass der Vermieter jedenfalls bis zum Ablauf der ihm zuzubilligenden Abrechnungsfrist gestattet ist, die Kautionszahlung in der Höhe einzubehalten, die zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Mietverhältnis angemessen ist. Andernfalls würde die Mietkaution ihrer Sicherungsfunktion nicht gerecht. Abzustellen ist dabei stets auf die Umstände des Einzelfalles. Die Mietkaution sichert alle auch noch nicht fälligen Ansprüche des Vermieters und erstreckt sich wegen dieses umfassenden Sicherungszwecks auch auf Nachforderungen aus einer nach Beendigung des Mietverhältnisses vorzunehmenden Abrechnung der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten.

Nebenkosten und Mieterhöhung:

Mit Entscheidung vom 19.06.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 518,

hatte der BGH zu entscheiden, ob ein Mieterhöhungsverlangen wirksam ist, mit dem der Vermieter eine nach der Heizkostenverordnung unzulässige Bruttomiete auf die ortsübliche Vergleichsmiete verlangt. Der BGH hat grundsätzlich ein solches Mieterhöhungsverlangen für wirksam erachtet, auch wenn es der Heizkostenverordnung widerspricht. Eine Brutto-Warmmiete in einem Objekt mit mindestens zwei vermieteten Wohnungen könne zwar nicht wirksam vereinbart werden, weil dies mit der Heizkostenverordnung nicht vereinbar ist. Insoweit müsse verbrauchsabhängig abgerechnet werden. Dies habe jedoch nicht die Unwirksamkeit eines Mieterhöhungsverlangens und damit die Unzulässigkeit der Zustimmungsklage zur Folge. Insoweit sei zu trennen zwischen der Wirksamkeit einer Mieterhöhung und der Begründetheit. Werde in einem Mieterhöhungs-

verlangen im Einzelnen erläutert, wie sich die vom Vermieter begehrte Bruttomiete hinsichtlich des darin enthaltenen Nettomiet- und des Betriebskostenanteils zusammensetze, werde der Mieter in die Lage versetzt, das Erhöhungsverlangen auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen. Die Einhaltung der Heizkostenverordnung betreffe dabei nur die Begründetheit, weil der Vermieter keinen vertraglichen Anspruch auf ein pauschal berechnetes Entgelt für die Heiz- und Warmwasserkosten hat.

In einer Entscheidung vom 12.07.2006,

abgedruckt WM 2006, Seite 569,

hat der BGH sodann bei der Mieterhöhung einer Brutto-Kaltmiete, die der Vermieter mit einem Mietspiegel begründet, der Nettomieten aufweist, klargestellt, dass es der Angabe der auf die Wohnung tatsächlich entfallenden Betriebskosten bedarf und nicht ausreichend ist, wenn nur ein statistischer Durchschnittswert für Betriebskosten angenommen werde. Auch hier hat der BGH entschieden, dass formell zwar ein Mieterhöhungsverlangen wirksam sei, in dem nur durchschnittliche Betriebskostenanteile der Nettomiete zugeschlagen würden. Bei der materiellen Berechtigung des Erhöhungsverlangens müsse jedoch auf die tatsächlich entfallenden Kosten für die Wohnung abgestellt werden. Fehle es an entsprechenden Angaben, können nur die Nettomiete als künftige Bruttomiete begehrt werden.

Nebenkosten und Betrug:

In der Entscheidung vom 02.04.2008 legt der BGH dar, dass von einem versuchten Betrug zum Nachteil der Wohnraummieter ausgegangen werden kann, wenn durch Kalkulation eines Gewinnaufschlages auf den Wärmelieferungspreis zugunsten des Vermieters dieser auf die Mieter umgelegt wird und dies dem Vermieter sodann durch Rückführung des Zahlungsempfängers zugute kommt, wobei auf ausdrückliches Befragen ein solcher Kalkulationsgewinn bestritten wurde.

Der BGH stellt in dieser Entscheidung zunächst dar, dass eine derartige Gewinnumlage zugunsten des Vermieters mietrechtlich nicht zulässig ist. Werde in Fernwärmelieferungsverträgen ein Gewinn in Höhe von 0,38 DM pro/qm eingerechnet,

der auf konkrete Nachfragen sodann auch noch verschwiegen werde, da komme ein versuchter Betrug zum Nachteil der Wohnraummieter in Betracht.