

Ungelöste Fragen der Umlage und Abrechnung von Betriebskosten

Vorbemerkung

Das Thema gliedert sich in drei Varianten, nämlich die Probleme, zu denen eine Entscheidung des BGH noch aussteht, diejenigen Probleme, zu denen bislang nur Teilaspekte entschieden wurden und schließlich die Folgeprobleme aus Urteilen des BGH. Die erste Fallgruppe ist inzwischen deutlich reduziert; der BGH hat insoweit durch zahlreiche Entscheidungen zu grundsätzlichen Fragen für Klarheit gesorgt. Geblieben sind ungelöste Teilaspekte und Folgeprobleme. Diese stehen im Folgenden im Vordergrund, wobei eine Auswahl zu treffen war, die zwangsläufig subjektiv geprägt ist.

I. Umlage von Betriebskosten

1. Stillschweigende Vertragsänderung

Die stillschweigende Änderung der Umlagevereinbarung wurde lange in der Rechtsprechung nur sehr eingeschränkt anerkannt, weil Änderungen des Vertrags im Grunde stets einen entsprechenden erkennbaren rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen auf beiden Seiten voraussetzen. Nach zwei Entscheidungen des BGH hatte sich dies deutlich geändert. So entschied der VIII. Senat mit Urteil vom 07.04.2004¹:

Eine Vereinbarung zur Umlage von Betriebskosten kann auch stillschweigend – z.B. durch jahrelanges widerspruchsloses Bezahlen von Nachforderungen aus Abrechnungen – zu Stande kommen.

Dem Urteil war ein entsprechender Beschluss des XII. Senats vom 29.05.2000² für einen Mietvertrag über Gewerberaum vorangegangen.

In der Instanzrechtsprechung war seitdem weitgehend nur noch streitig, welche Zeitspanne bis zur stillschweigenden Änderung der Mietstruktur verstrichen sein muss. Überwiegend wurde, anknüpfend an die Entscheidung des XII. Senats, angenommen, dass die Änderung nach sechs Abrechnungen eintritt.³

Nun lag dem VIII. Senat im letzten Jahr folgender Fall⁴ vor: Die Parteien verband ein Mietvertrag vom 08.02.1997, nach dem nur sechs im Einzelnen bezeichnete Betriebskostenarten umlagefähig waren; es galt damit eine Teilinklusivmiete. Der Vermieter rechnete jedoch von Anfang an aber über alle anfallenden Betriebskosten ab, die Abrechnungen 1997 bis 1999 ergaben jeweils ein Guthaben des Mieters. Die Abrechnungen ab 2000, die jeweils eine Nachforderung auswiesen, wurden vom Mieter beanstandet.

¹ BGH Urt. vom 7.4.2004 – VIII ZR 146/03 GE 2004, 810 = NZM 2004, 418 = WuM 2004, 292.

² BGH Urt. vom 29.5.2000 – XII ZR 35/00 GE 2000, 1614 = NZM 2000, 961.

³ Z.B. AG Pinneberg ZMR 2005, 371.

⁴ BGH Urt. vom 10.10.2007 – VIII ZR 279/06 GE 2008, 46 = NZM 2008, 81 = WuM 2007, 694.

Auf der Grundlage der oben skizzierten Rechtsprechung lag die Lösung nahe. Drei nicht beanstandete Jahresabrechnungen reichen nicht für eine stillschweigende Vertragsänderung, wobei es im Übrigen unerheblich ist, dass der Mieter ein Guthaben erhielt, weil er es dabei beließ und nicht beanstandete, dass es wegen der angesetzten, aber nicht vereinbarten Betriebskostenarten höher ausfallen müsse. Der Senat ergriff indes nicht diese Lösung, sondern führte aus:

Ein Änderungsvertrag, der eine erweiterte Umlage von Betriebskosten zum Gegenstand hat, kann zwar grundsätzlich auch stillschweigend zustande kommen. Erforderlich ist aber dafür, dass der Vermieter nach den Gesamtumständen davon ausgehen kann, dass der Mieter einer Umlage der weiteren Betriebskosten zustimmt. Dafür reicht es grundsätzlich nicht aus, dass der Mieter Betriebskostenabrechnungen unter Einbeziehung bisher nicht vereinbarter Betriebskosten lediglich nicht beanstandet. Außerdem lässt sich aus der Sicht des Mieters der Übersendung einer Betriebskostenabrechnung, die vom Mietvertrag abweicht, schon nicht ohne weiteres der Wille des Vermieters entnehmen, eine Änderung des Mietvertrags herbeizuführen. Selbst wenn er daraufhin eine Zahlung erbringt, kommt darin zunächst allein die Vorstellung des Mieters zu Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein. Anders verhält es sich, wenn aufgrund besonderer Umstände der Änderungswille des Vermieters für den Mieter erkennbar ist.

Aus dogmatischer Sicht ist diesen überzeugenden Ausführungen nichts hinzuzufügen, ergänzend kann auf den Beitrag von Artz beim Mietgerichtstag 2005⁵ verwiesen werden. In der Sache rückt der Senat damit deutlich von seiner bisherigen Rechtsprechung ab.

Mit einem Mal ungelöst ist aber nicht nur die Frage, wie es mit dem „*Frieden und guten Beziehungen*“ zwischen dem VIII. und XII. Senat steht, die Ahlt ebenfalls auf dem Mietgerichtstag 2005⁶ eingehend beschrieben hat. Solange sich der XII. Senat der Korrektur des VIII. Senats nicht angeschlossen hat, ist ungelöst, worauf sich der Rechtsanwender, sei es als Anwältin/Anwalt bei der Beratung, sei es bei Gericht, nun einstellen soll, wenn es um vermieteten Gewerberaum geht.

2. Umlegbarkeit neuer Betriebskosten

Mit Urteil vom 07.04.2004⁷ entschied der BGH, dass der Mieter neu entstandene Betriebskosten (hier: Anstellung eines Hauswarts) anteilig zu tragen hat, wenn die Kostenart im Mietvertrag als umlagefähig vereinbart ist. Da „*den Mietern ...dadurch vor Augen gehalten [wird], dass sie grundsätzlich verpflichtet sind, eventuell anfallende Kosten zu bezahlen*“, bedarf es einer Mehrbelastungsabrede nicht. Dies harmoniert mit § 560 Abs. 1 BGB, der eine solche Abrede nur für den Fall der Erhöhung einer Pauschale fordert, und im Übrigen auch mit Sinn und Zweck der Vereinbarung von Betriebskostenvorauszahlungen.⁸

Demgegenüber enthält der Leitsatz des Urteils vom 27.09.2006⁹ den Passus, dass die neuen Kosten (hier: Kosten einer Versicherung) umgelegt werden dürfen, wenn „*dem Vermieter das Recht eingeräumt ist, auch neu entstehende Betriebskosten auf die Mieter umzulegen.*“ Der

⁵ Artz NZM 2005, 361 = WuM 2005, 215.

⁶ Ahlt DWW 2005, 96 = GuT 2005, 47.

⁷ BGH Urt. vom 7.4.2004 – VIII ZR 167/03 DWW 2004, 188 = GE 2004, 613 (mit Anm. Blümmel GE 2004, 584) = MM 2004, 219 = NZM 2004, 417 = WuM 2004, 290 = ZMR 2004, 430.

⁸ Ebenso z.B. Blank NZM 2007, 233, Weitemeyer in: Emmerich/Sonnenschein (Neubearbeitung 2006) § 560 Rdn. 11.

⁹ BGH Urt. vom 27.9.2006 – VIII ZR 80/06 NZM 2006, 896 = WuM 2006, 612 = ZMR 2007, 25.

Wortlaut spricht mithin für die Notwendigkeit einer Mehrbelastungsabrede. Nach *Milger* dürfte der Leitsatz jedoch nur deshalb die Mehrbelastungsabrede anführen, weil sie im konkreten Mietverhältnis vereinbart war.¹⁰ Auf dieser Basis wollte der Senat nicht von seiner zuerst genannten Entscheidung abweichen. In der Praxis werden die Entscheidungen jedoch unterschiedlich interpretiert: Sie werden entweder als schlicht widersprüchlich angesehen oder das zweite Urteil wird als Klarstellung zum vorangegangenen verstanden. So begegnen bereits Entscheidungen, die dem Vermieter die Umlage der neuen Betriebskosten unter Bezug auf dieses Urteil abschneiden, weil eine Mehrbelastungsabrede im Vertrag fehlt.¹¹ Hier hat sich mithin in der Praxis eine ungelöste Frage ergeben.

II. Abrechnung von Betriebskosten

1. Formelle Unwirksamkeit: Ansatz bereinigter Kosten

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 23.11.1981¹² gehört zum Mindestinhalt einer Abrechnung bekanntlich unter Anderem die Zusammenstellung der Gesamtkosten und die Angabe sowie Erläuterung der zugrunde gelegten Umlageschlüssel. Auf dieser Grundlage hat der BGH wiederholt entschieden, dass die Gesamtkosten auch dann anzugeben sind, wenn einzelne Kostenteile nicht umlagefähig sind, weil der Mieter sonst nicht ersehen kann, ob und in welcher Höhe diese Kosten vorab abgesetzt wurden.¹³ Ein derartiger Mangel macht die Abrechnung daher schon ganz oder jedenfalls teilweise formell unwirksam.

Gegenstand intensiver und kontroverser Diskussion ist nun die Frage, wie mit einer Abrechnung zu verfahren ist, in welcher der Vermieter auf jegliche, an sich gebotene Bereinigung verzichtete. Die Forderung nach Angabe der Gesamtkosten ist hier ersichtlich aufs Beste erfüllt und auch der Umlageschlüssel ist offensichtlich, nämlich 100%. Rein äußerlich¹⁴ macht die Abrechnung daher einen hervorragenden Eindruck. Der Vermieter, der, aus welchen Gründen auch immer, den Ausweis notwendiger Vorwegabzüge unterlässt, hätte damit eine formell wirksame Abrechnung, die er wegen bloß inhaltlicher Fehler ohne Sperre durch die Ausschlussfrist korrigieren könnte. Demgegenüber trifft denjenigen, der sich durch die zwar ungeschickte, aber immerhin vorgenommene Vorwegbereinigung um inhaltliche Richtigkeit bemüht hat, das Verdikt der formellen Unzulänglichkeit der Abrechnung. Kann hier ein Gleichklang erreicht werden oder ist, anders gewendet, tatsächlich jedem Vermieter oder Verwalter, der wegen der Nähe der Ausschlussfrist unter Zeitdruck steht, anzuraten, sich kurzerhand durch Verzicht auf jegliche Bereinigung alle Möglichkeiten offen zu halten?

2. Nutzerwechselgebühr

Mit Urteil vom 14.11.2007¹⁵ entschied der BGH,

¹⁰ *Milger* NZM 2008, 1 (5).

¹¹ Z.B. AG Berlin-Neukölln NZM 2008, 127.

¹² BGH Urt. vom 23.11.1981 – VIII ZR 298/80 NJW 1982, 573 = WuM 1982, 207.

¹³ BGH Urt. vom 14.2.2007 – VIII ZR 1/06 GE 2007, 438 = NZM 2007, 244 = WuM 2007, 196 = ZMR 2007, 359, BGH Beschl. vom 11.9.2007 – VIII ZR 1/07 GE 2007, 1378 (mit Anm. *Kinne* GE 2007, 1358) = NZM 2007, 770 = WuM 2007, 575 = ZMR 2007, 953.

¹⁴ Dazu *Langenberg*, Beitrag zum DMT 2006, NZM 2006, 641, BGH Urt. vom 14.11.2007 – VIII ZR 19/07 GE 2008, 193 = NZM 2008, 123 = WuM 2008, 85

¹⁵ BGH Urt. vom 14.11.2007 – VIII ZR 19/07 GE 2008, 193 = NZM 2008, 123 = WuM 2008, 85.

Kosten der Verbrauchserfassung und der Abrechnung von Betriebskosten, die wegen des Auszugs eines Mieters vor Ablauf der Abrechnungsperiode entstehen, sind keine Betriebskosten, sondern Verwaltungskosten, die in Ermangelung anderweitiger vertraglicher Regelung dem Vermieter zur Last fallen.

Zur Begründung führt er an, dass die Nutzerwechselgebühr in einem Mietverhältnis nicht in wiederkehrenden, periodischen Zeiträumen anfällt, sondern lediglich ein Mal, nämlich im Zusammenhang mit dem Auszug des Mieters. Es handele sich daher nicht um laufende Kosten, wie es die Definition der Betriebskosten in § 556 Abs. 1 BGB voraussetzt. Damit habe der Vermieter die Kosten des Nutzerwechsels zu tragen, sofern die Parteien keine anderweitige vertragliche Regelung getroffen haben. Soweit Formularymietverträge nicht schon jetzt eine entsprechende Regelung enthalten, ist die Problematik durch entsprechende Vertragsgestaltung für die Zukunft unschwer zu bewältigen.

Es zeigen sich jedoch ungelöste Folgeprobleme. Die Nutzerwechselgebühr fällt bei der Abrechnung nach Verbrauch an, also primär bei den Kosten der Wasserversorgung (nebst Entwässerung) und den Kosten von Heizung und Lieferung von Warmwasser. Bei beiden Kostenarten gehören die Kosten der Berechnung und Aufteilung des Verbrauchs zu den umlagefähigen Verwaltungskosten, § 2 Nr. 2 BetrKV, § 7 Ab. 2 HeizKV. Es kommt hinzu, dass der Vermieter hinsichtlich der Heiz- und Warmwasserkosten unmittelbar aus § 9b Abs. 1 HeizKV zur Zwischenablesung verpflichtet ist, hinsichtlich der Frischwasserkosten mittelbar aus § 556a Abs. 1 Satz 2 BGB. In der Sache sind die durch einen Nutzerwechsel entstehenden Kosten daher zunächst einmal nichts anderes als durch das System der Verbrauchsabrechnung vorgegebene Verwaltungskosten. Sie fallen allerdings je Mietverhältnis nur einmal an, beim Auszug des Mieters. Die Frage ist nun, ob es sich dadurch um nicht umlagefähige aperiodische Kosten handelt oder um den aperiodischen Anstieg periodischer Kosten.

Die Frage ist für alle Betriebskostenarten relevant, bei denen periodische Kosten entstehen, deren Höhe aber infolge singulärer Umstände erheblich schwanken kann. Hierzu zwei Beispiele:

- Vor dem Grundstück finden einen Monat lang Straßenbauarbeiten statt, so dass in starkem Umfang Schmutz ins Haus getragen wird; dies macht während der Bauarbeiten eine zweite wöchentliche Treppenhausreinigung erforderlich, also temporären zusätzlichen Aufwand.
- Zum Garten gehören einige ältere Bäume. Neben der üblichen Gartenpflege sind im Abstand von einigen Jahren immer wieder morsche Äste zu entfernen und Auslichtungen vorzunehmen.

Zählt nun derartiger Sonderaufwand zu den nicht umlagefähigen aperiodischen Kosten oder ist er als Kostenspitze periodischer Kosten umlegbar? Wenn es sich um aperiodische Kosten handelt, wo fängt deren Bereich an?

3. Folgen des Saldoausgleichs

Nach bislang herrschender Ansicht¹⁶ liegt in der Übermittlung der Abrechnung ein schlüssiges Angebot des Vermieters, sich bei einem Guthaben auf eine nachträgliche Mietzinsreduzierung, bei einer Nachforderung auf eine Mieterhöhung zu verständigen, das durch die Annahme des Guthabens oder den Ausgleich der Nachforderung akzeptiert wird. Der gesamte Vorgang erfüllt damit die Voraussetzungen eines kausalen Anerkenntnisvertrags (sog. deklaratorisches Schuldanerkenntnis). Durch den Zahlungsausgleich kommt es zu einer

¹⁶ Z. B. zuletzt AG Potsdam GE 2007, 1495.

vertraglichen Regelung mit der Folge, dass beide Parteien im Grundsatz mit solchen nachträglichen Einwänden ausgeschlossen sind, die bereits vor Saldoausgleich auf Grund gründlicher Prüfung hätten angebracht werden können.

Nun hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob dem Mieter, der die Betriebskostenabrechnung *nach Beginn der Ausschlussfrist* erhalten und den Saldo ausgeglichen hatte, ein Rückforderungsanspruch zusteht. Im Urteil vom 18.1.2006¹⁷ bejahte er diesen Anspruch. Dem Hinweis des Vermieters auf ein deklaratorisches Anerkenntnis sowie Vertrauensschutz folgte er nicht, sondern er führte insoweit aus:

Vor der Mietrechtsreform war es herrschende Meinung, dass in der vorbehaltlosen Zahlung einer Abrechnungsnachforderung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu sehen sei, das den Ausschluss nachträglicher Einwendungen zur Folge habe. Es kann [hier] dahingestellt bleiben, ob diese Auffassung auch noch nach der Mietrechtsreform berechtigt ist oder ob und inwieweit der Annahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses nunmehr die dem Mieter gem. § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB zukommende Einwendungsfrist von einem Jahr und das Verbot dem Mieter nachteiliger Regelungen in § 556 Abs. 4 BGB entgegenstehen.

Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis kommt [hier] schon deswegen nicht in Betracht, weil ein solches Anerkenntnis nur die Einwendungen des Schuldners ausschließt, die dieser bei Abgabe der Erklärung kannte oder mit denen er zumindest rechnete. Fehlt es hieran, kann sich der Vermieter auch nicht auf Vertrauensschutz (§ 242 BGB) berufen.

Was § 556 Abs. 4 BGB betrifft, stellt sich die bislang ungelöste Frage nach dem Umfang des Benachteiligungsverbots. Derartige Verbote finden sich in etlichen Bestimmungen, ihre Grenzen sind nach Sinn und Zielrichtung der jeweiligen Vorschrift zu bestimmen. Beschränkt sich § 556 Abs. 4 BGB auf generelle Absprachen zulasten des Mieters schon im Mietvertrag, d.h. auf Regelungen, die dem Mieter allgemein nur erlauben, Einwände in kürzerer Frist anzubringen,¹⁸ oder geht er weiter? Wie verhält es sich, wenn der Mieter die Abrechnung ausdrücklich anerkannt und den Vermieter z.B. wegen finanzieller Probleme um eine Ratenzahlungsabrede gebeten hat? Wenn er hierdurch sein Einwendungsrecht verliert, kann für das stillschweigende Anerkenntnis nichts Anderes gelten.

Wenn das deklaratorische Anerkenntnis und auch Vertrauensschutz nur in Betracht kommen, wenn der Mieter jedenfalls mit Einwendungen seinerseits gegen die Abrechnung rechnete, dürfte ein Einwendungsausschluss über diese Rechtsinstitute nur noch bei den Mietern eingreifen, die ohnehin jeder Abrechnung mit größtem Misstrauen begegnen. Für die Praxis wären sie damit weitgehend abgeschafft.

Ungelöst ist, ob sich der Senat tatsächlich dieses Ergebnis vorgestellt hat, weil nach Entscheidungen des III.¹⁹ und vor allem IX. Senats²⁰ immer auch zu berücksichtigen ist, wie eine Vertragspartei das Verhalten der anderen verstehen durfte. So soll schlüssiges Verhalten auch ohne Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung wirksam sein, wenn der sich Äußernde fahrlässig nicht erkannt hat, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufgefasst

¹⁷ BGH Urt. vom 18.1.2006 – VIII ZR 94/05 DWW 2006, 113 = GE 2006, 246 = NZM 2006, 222 = WuM 2006, 150 = ZMR 2006, 268.

¹⁸ Dazu Ludley NZM 2008, 72 (74) m.w.N.

¹⁹ BGH Urt. vom 5.10.2006 — III ZR 166/05 NJW 2006, 3777.

²⁰ BGH Urt. vom 7.6.1984 — IX ZR 66/83 BGHZ 91, 324 = MDR 1984, 838 = NJW 1984, 2279 mit abl. Anm. Canaris, NJW 1984, 2281.

werden konnte und wenn der Empfänger es tatsächlich so verstanden hat.²¹ Auf den Fall des Saldoausgleichs übertragen ist festzustellen, dass der Mieter weiß, dass mit der Abrechnung bei einer Nachforderung seine Schuld festgestellt werden soll, ebenso kann er unschwer erkennen, dass der Empfänger durch den Rechnungsausgleich die konkludente Erklärung annehmen wird, die Abrechnung werde so akzeptiert. Das Korrektiv gegen jedweden Einwendungsausschluss besteht für den Mieter darin, dass er nicht generell mit unbekanntem oder zukünftigen Einwendungen ausgeschlossen ist. Der Vermieter kann den Umfang der Erklärung des Mieters nicht weiter ziehen, als es dessen Interessen entspricht.²² Diese wiederum werden bestimmt durch die Möglichkeiten, die sich dem Mieter für die Überprüfung der Abrechnung als solcher bieten, mithin ohne die (zusätzliche) Kontrolle anhand der Abrechnungsbelege. Auf dieser Basis wären dem Mieter alle Fehler zuzurechnen, die sich aus der Abrechnung selbst, ggf. nach Beiziehung des Mietvertrags, feststellen lassen. Entsprechend verlief die Grenze für den Ausschluss von Einwendungen. Die Frage ist damit, ob diese Grenze noch gilt.

III. Umlage und Abrechnung

Im Folgenden soll auf drei weitere Entscheidungen des BGH eingegangen werden:

*Die Vereinbarung einer Umlage von Antennenkosten führt jedenfalls dann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zur Umlagbarkeit der Breitbandkabelkosten, wenn es sich um eine duldungspflichtige Modernisierung handelt. Es kommt nicht darauf an, dass der Mieter kein Fernsehgerät besitzt; ob er den Kabelanschluss nutzt, ist ohne Belang.*²³

*Weicht die im Mietvertrag vereinbarte Wohnfläche von der tatsächlichen Wohnfläche ab, so ist der Abrechnung von Betriebskosten die vereinbarte Wohnfläche zugrunde zu legen, wenn die Abweichung nicht mehr als 10% beträgt.*²⁴

*Die Einbeziehung nicht beheizter Teilflächen in die der Umlage zugrunde gelegte Wohnfläche verstößt nicht gegen die Vorschriften der Heizkostenverordnung.*²⁵

Auf den ersten Blick weisen die Urteile kaum Schnittmengen auf. Aus ihnen resultieren indes ungelöste, gravierende Fragen.

1. Inhalt der Umlagevereinbarung

In seinem Urteil vom 27.06.2007²⁶ nahm der BGH den Standpunkt ein, dass schon mit dem bloßen Verweis auf den Betriebskostenkatalog nach Anl. 3 zu § 27 II.BV bzw. § 2 BetrKV alle darin aufgeführten Betriebskostenarten generell als umlagefähig vereinbart sind, so dass der Vermieter selbst dann ohne weiteres berechtigt sei, von einer Kostenart auf eine andere überzugehen, wenn dies für den Mieter Mehrkosten zur Folge hat. Hier ging es primär um den Übergang von der Wärmeerzeugung auf Wärmelieferung; zu den AGB-rechtlichen

²¹ BGH Urt. vom 2.11.1989 — IX ZR 197/88 BGHZ 109, 171 = NJW 1990, 454.

²² BGH Urt. vom 23.3.1983 — VIII ZR 335/81 NJW 1983, 1903 (1904).

²³ BGH Urt. vom 27.6.2007 – VIII ZR 202/06 GE 2007, 1310 = NZM 2007, 769 = WuM 2007, 571.

²⁴ BGH Urt. vom 31.10.2007 – VIII ZR 261/06 GE 2007, 1686 = WuM 2007, 700 = ZMR 2008, 38 mit Anm. Schmid.

²⁵ BGH Urt. vom 31.10.2007 – VIII ZR 261/06 GE 2007, 1686 = WuM 2007, 700 = ZMR 2008, 38 mit Anm. Schmid.

²⁶ BGH Urt. vom 27.6.2007 – VIII ZR 202/06 GE 2007, 1310 = NZM 2007, 769 = WuM 2007, 571.

Irritationen, welche das Urteil insoweit auslöst, hat *Beyer* inzwischen gründlich und kritisch Stellung genommen,²⁷ so dass hierauf verwiesen werden kann.

Das Urteil befasst sich jedoch nicht nur mit dem Wechsel der Beheizungsart, sondern auch den Folgen des Übergangs von der Gemeinschaftsantenne auf einen Breitbandkabelanschluss. Dass die Einrichtung eines Breitbandkabelanschlusses eine Modernisierung darstellt und dass es in diesem Bereich allein auf die objektive Verbesserung ankommt, so dass persönliche Präferenzen oder wie hier Abneigungen des Mieters außer Betracht bleiben,²⁸ dürfte unstrittig sein. Der Mieter muss eine derartige Einrichtung folglich mit Kostenfolgen dulden.

Was diese Kostenfolgen angeht, ist zwischen den Kosten der Modernisierung und den nachfolgenden aus dem laufenden Betrieb zu unterscheiden. Erstere begründen einen Wertverbesserungszuschlag. Auch die laufenden Kosten hat der Mieter grundsätzlich zu tragen, wie etwa die Kosten eines neuen Aufzugs, dessen Einbau er hat hinnehmen müssen. Diese Kosten aus dem Betrieb entstehen dem Vermieter zwangsläufig durch die Modernisierung. Bei den monatlichen Kabelgebühren wurde indes bislang danach differenziert, ob der Mieter dem Anschluss seiner Wohnung zugestimmt hatte. Verzichtete er auf ihn, war es selbstverständlich, dass der Anschluss in der Wohnung des Mieters gesperrt wurde. War der Mieter mit der Entfernung der Gemeinschaftsantenne einverstanden, wollte er aber wegen der laufenden Kosten keinen Breitbandkabelanschluss, erhielt der Anschluss in seiner Wohnung einen Sperrfilter, über den er die bisher terrestrisch empfangenen Fernsehprogramme weiterhin über Kabel nutzen konnte, aber eben auch nur diese, wobei die Kosten des Sperrfilters zu seinen Lasten gingen.

Bedeutet die Entscheidung nun, dass der Mieter auch solche Kosten zu tragen hat, die der Vermieter ohne Notwendigkeit bei Dritten anfallen lässt, d.h. ist er aus dem Kostenkatalog berechtigt, auch solche Kosten zu begründen, die sich, anders als beim Aufzug, allein auf das einzelne Mietobjekt beziehen?

2. Umlageschlüssel Fläche

a) Flächenabweichungen

Im zweiten Fall stritten die Parteien über die richtige Wohnfläche. Sie war im Mietvertrag mit 94,6 m² angegeben. Der Mieter rügte, der Balkon mit einer Fläche von 5,7 m² dürfe nicht zur Hälfte, sondern nur zu einem Viertel in Ansatz gebracht werden, entsprechend sei auch sein Anteil an den Betriebskosten zu reduzieren. Der BGH lehnte dies ab, indem er die Flächenangabe im Mietvertrag nicht nur als Vereinbarung zur Wohnfläche, sondern zugleich als Vereinbarung zum Abrechnungsmaßstab behandelte. Auf diese Vereinbarung wandte er seine bekannte 10%-Rechtsprechung an, nämlich zum Minderungsrecht bei mehr als 10% Minderfläche gegenüber den Angaben im Mietvertrag²⁹ sowie zuletzt zur maßgeblichen Fläche bei Mieterhöhungen.³⁰

²⁷ *Beyer* NZM 2008, 12.

²⁸ Z.B. *Eisenschmid* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 554 Rdn. 67 m.w.N.

²⁹ BGH Urt. vom 24.3.2004 – VIII ZR 295/03 DWW 2004, 182 = GE 2004, 682 = NZM 2004, 453 = WuM 2004, 336 = ZMR 2004, 495 (mit Anm. *Schul/Wichert*), BGH Urt. vom 24.3.2004 – VIII ZR 133/03, DWW 2004, 148 = GE 2004, 683 = NZM 2004, 456 = WuM 2004, 268 = ZMR 2004, 500.

³⁰ BGH Urt. vom 23.5.2007 – VIII ZR 138/06 GE 2007, 1046 = NZM 2007, 594 = WuM 2007, 450.

Bei den beiden letztgenannten Konstellationen ging es indes allein um Fragen, die sich auf das Innenverhältnis von Vermieter zu Mieter beschränken. Sie unterscheiden sich gravierend vom hier behandelten Fall, weil die Frage der für die Umlage relevanten Fläche eines Mietobjekts zugleich alle anderen Mieter des Hauses betrifft. In der Sache hat die Entscheidung zur Folge, dass der Mieter bis zu 10% von den auf seine Wohnung entfallenden Betriebskosten entlastet wird, die nunmehr die anderen Mieter zu tragen haben oder dass auf ihn im umgekehrten Fall bis zu 10% Mehrkosten entfallen, was bei einem Zweifamilienhaus bis zu einer Differenz von 20% führen kann.³¹ Schon bei Mehrbelastungen bis zu 10% handelt es sich im Hinblick auf die Höhe der Betriebskosten nicht mehr um finanzielle Marginalien, sie können den Mieter wirtschaftlich sehr hart treffen, zumal wenn die Flächenanteile bei der Umlage der hohen Heizkosten in gleicher Weise behandelt werden.

Rechtlich wirkt sich die Flächenangabe im Mietvertrag bei einer Minderfläche von bis zu 10% als unserem Recht unbekannter Vertrag zulasten Dritter aus, bei einer nicht vorhandenen Mehrfläche von bis zu 10% als Vertrag zugunsten Dritter. Dass es hierbei nicht sein Bewenden haben kann, ist offensichtlich,³² ungelöst ist jedoch, auf welchem Wege.

Genauer betrachtet kommt es letztlich nicht auf die Einzelfläche des Mietobjekts an, sondern auf die Flächenverhältnisse.³³ Auf dieser Basis rückt die Betrachtung der Gesamtfläche in den Vordergrund.³⁴ Sie kann jedoch nicht aus der Summe der Einzelflächen gebildet werden, zumal diese häufig falsch sind. Es gibt auch keinerlei empirischen Anhalt, dass sich Minder- und Mehrflächen ausgleichen. Letztlich bliebe damit nur, die Gesamtfläche und alle Einzelflächen ausmessen zu lassen und sodann die für die Umlage maßgebliche Gesamtfläche um die bis zur Grenze von 10% nicht vorhandenen Mehrflächen zu erhöhen; soweit Minderflächen ermittelt werden, hätte der Vermieter die Differenz zur tatsächlichen Fläche zu tragen. Diese Lösung erscheint nicht sonderlich praktikabel. Es fragt sich daher, auf welche andere Weise der Ausgleich erfolgen kann.

b) Ansatz kostenneutraler Flächen

Der dritte, hier aus den Entscheidungsgründen gebildete Leitsatz stammt aus demselben Urteil. Dass die Einbeziehung nicht beheizter Teilflächen in die der Umlegung zugrunde gelegte Wohnfläche nicht gegen die Vorschriften der Heizkostenverordnung verstößt, ist zugleich zutreffend und missverständlich. Zutreffend ist, dass die HeizKV den Begriff Wohnfläche in § 7 Abs. 1 Satz 1 ohne nähere Bestimmung ihres Inhalts verwendet. Missverständlich ist die Aussage, weil die Parteien über die „richtige“ Balkonfläche stritten. Sie könnte folglich dahin verstanden werden, dass auch nicht beheizte Außenflächen ohne weiteres in den Flächenmaßstab einbezogen werden dürfen, also auch die Flächen von Balkonen, Loggien, ebenerdigen oder Dach-Terrassen.³⁵

Bei diesem Ansatz würde indes nicht beachtet, dass auf Außenflächen kein Verbrauch von Heizenergie stattfindet und damit keine Kosten verursacht werden. Gerade im Hinblick auf die schon hohen und ständig steigenden Energiekosten erschiene es grob unbillig, etwa den Mieter im Erdgeschoss mit einer großen Terrasse zum Garten oder denjenigen im Dachgeschoss mit großer Dachterrasse nach der Wohnfläche seines Mietobjekts an den Kosten zu beteiligen, wenn die anderen Wohnungen des Hauses keine oder nur eine deutlich

³¹ Schmid WuM 2008, 9 (10) = ZMR 2008, 42 (43).

³² Ebenso Schmid WuM 2008, 9 = ZMR 2008, 42.

³³ Kraemer, Beitrag zum DMT 1998, NZM 1999, 156.

³⁴ Dazu auch Schmid WuM 2008, 9 = ZMR 2008, 42.

³⁵ So z.B. HKA 2008, 34.

kleinere Außenfläche aufweisen.³⁶ Es kommt hinzu, dass die HeizKV selbst eine Grundlage für notwendige Differenzierungen enthält. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 HeizKV kann die Umlage nämlich auch nach der „Wohn- oder Nutzfläche...der beheizten Fläche“ erfolgen. Die ungelöste Frage ist, ob dem Vermieter weiterhin, spätestens im Prozess, vorgehalten werden darf, er hätte bei unterschiedlichen Außenflächen der Mietobjekte nach der beheizten Fläche abrechnen müssen.

3. Ungelöste Fragen oder akademischer Streit?

Wird nun der Frage nachgegangen, was die drei Leitsätze verbindet, zeigt sich m.E. eine ungelöste kardinale Frage, nämlich die nach dem „*vertragsimmanenten Grundsatz der Umlagegerechtigkeit*“, wie *Blank* es einmal formuliert hat,³⁷ oder, einer Formulierung *Kraemers*³⁸ folgend, nach der „*Fürsorgepflicht des Vermieters*“, aus der er gehalten ist, die Betriebskosten nur auf diejenigen sachgerecht zu verteilen, denen sie zuzurechnen sind.

Im Fall der aufgezwungenen Kabelgebühren erscheint das Problem noch gering, obwohl nicht zu verkennen ist, dass die Bevölkerungsgruppe, die mit den Hartz-IV-Sätzen auskommen muss, durch zusätzliche Kosten von rund 10 € im Monat schmerzlich belastet wird. Die Problematik der generellen Umlegbarkeit aller Positionen des Kostenkatalogs lässt sich jedoch deutlicher aufzeigen.

Man nehme z.B. den Wohnungsmieter, der eine Erdgeschosswohnung mit separatem Eingang bewohnt, der also das Treppenhaus nie betritt und nicht einmal einen Schlüssel zur Hauseingangstür besitzt. Nach dem vereinbarten Kostenkatalog müsste er sich gleichwohl an den Kosten der Treppenhausreinigung und -beleuchtung beteiligen; oder z.B. den Mieter von Büroflächen im Obergeschoss eines Hauses, in dem sich im Erdgeschoss eine Ladenzeile befindet, die nachts beleuchtet ist. Auch er hätte die darauf entfallenden Stromkosten anteilig nach seiner Nutzfläche mit zu tragen. Beide Mieter werden sich mit Nachdruck gegen die anteilige Kostenbelastung bis hin zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung wehren. Es fragt sich, worauf diese Gegenwehr zurückzuführen ist, denn der gesamte Kostenkatalog ist als umlagefähig vereinbart und die Umlage nach dem Flächenschlüssel eingehalten.

Der Grund liegt darin, dass kein Mieter mit der Vereinbarung des Kostenkatalogs die Vorstellung verbindet, er schließe zugleich einen Vertrag zugunsten Dritter; zugleich rechnet er im Übrigen auch nicht damit, dass andere Mieter seine Kosten teilweise mittragen. Er erwartet vielmehr eine Abrechnung, die nach der Kostenursache differenziert. Diese ist bei der Abrechnung nach Verbrauch oder Verursachung evident. Bei den verbrauchsunabhängigen Kosten werden Kosten, die das gesamte Haus betreffen, hinsichtlich des einzelnen Mietobjekts schon durch dessen Belegenheit im Haus verursacht; für Kosten, die sich auf einzelne Objekte beziehen, sieht der Mieter keine eigene Ursache und damit auch keine Zuständigkeit.

Nun könnte darauf hingewiesen werden, dass die Verteilung der Betriebskosten gem. § 556a Abs. 1 BGB grundsätzlich nach der Fläche zu erfolgen hat. § 556a Abs. 1 BGB enthält mit dem regelmäßigen Flächenschlüssel jedoch nur eine Regelung über die Aufteilung von Kosten. Die Vorschrift bestimmt mithin allein, *wie* Kosten, die mehreren Mietern

³⁶ Z.B. KG MM 2007, 239, *Langenberg*, Betriebskostenrecht, 4. Aufl. 2006, Anh. I Rdn. 73, *Schmid* ZMR 2008, 42 (44).

³⁷ *Blank* DWW 1992, 65 (68).

³⁸ *Kraemer* NZM 1999, 156 (162).

zuzurechnen sind, unter ihnen verteilt werden sollen. Sie regelt damit nicht, *wer* an den zu verteilenden Kosten beteiligt ist. § 556a Abs. 1 BGB ist im Grunde eine Ausführungsvorschrift, d.h. dass sie nur und soweit eingreift, wie § 556 Abs. 1 BGB eine Grundlage liefert. Wer überhaupt an bestimmten Kosten teilhat, richtet sich folglich nach § 556 Abs. 1 BGB und damit der Vereinbarung der Parteien, welche wiederum den Grundsatz der Umlagegerechtigkeit einschließt. Es ist mithin jeweils vorab zu klären, wem welche Kosten zuzurechnen sind. Eine einfache Gegenprobe bestätigt dieses Ergebnis, nämlich die Frage, wie mit Sonderkosten eines einzelnen Mieters zu verfahren ist. Hier wird wohl niemand ernsthaft vertreten, dass sich alle Mieter an diesen Sonderkosten zu beteiligen hätten, etwa an dem Zuschlag zur Feuerversicherung aus dem Betrieb eines Imbisses im Haus, nur weil die Kosten von Versicherungen in allen Mietverträgen als umlagefähig aufgeführt sind. Nicht anders kann es sich verhalten, wenn es um Kosten geht, die nur einzelnen Nutzergruppen zuzurechnen sind. Hier sind in einem einfachen und der Praxis geläufigen Verfahren Kostenkreise zu bilden: Alle Kosten, die nur bestimmte Mietergruppen betreffen, werden addiert und auf die Beteiligten nach dem Anteil ihrer Mietfläche an der addierten Fläche der Mietergruppe verteilt. An der Praktikabilität, die in der Literatur zuweilen zum Totschlagargument mutiert, fehlt es mithin nicht.

Anhand des Falles zu Leitsatz 2 ließe sich allerdings einwenden, es gehe häufig doch nur um eine akademische Sichtweise, weil der Mieter hier bei der Balkonfläche um eine Differenz von 1,425 m² stritt, so dass er wohl von querulatorischem Naturell sein müsse. Dies mag zwar einem Vermieter, Anwalt oder Richter, der in der selbstgenutzten Einzelimmobilie wohnt, so erscheinen. Seinem Eindruck läge jedoch zugrunde, dass er, soweit nicht Anschluss- und Benutzungszwang besteht, selbst über die anfallenden Betriebskosten entscheidet; der Einfluss des Wirtschaftlichkeitsgebots z.B. richtet sich nach seiner finanziellen Lage und seinen Präferenzen. Er verursacht die Kosten allein und hat die Folgen seiner Entscheidungen allein zu tragen.

Die Situation eines Mieters im Mehrfamilienhaus unterscheidet sich hiervon grundlegend. Seine Einstellung wird, wie die gerichtliche Praxis zeigt, vornehmlich von zwei Überlegungen geprägt. Zum einen geht es darum, ob alle Kosten, die sich in der Abrechnung finden, zu Recht angesetzt wurden und ob sie wirtschaftlich berechtigt sind. Zum anderen will kein Mieter ungerechtfertigt belastet werden, also nicht für Kosten einstehen müssen, die anderen Mietern zuzurechnen sind, diese mithin letztlich subventionieren. Wie zumal die Amtsrichterinnen und Amtsrichter aus leidvoller Erfahrung wissen, ist der letztgenannte Gesichtspunkt ein häufiger Streitgrund. Auch wenn der Streit oft nur sehr kleine Beträge betrifft, wird sich kaum ernsthaft vertreten lassen, dass die rund 300.000 Mietprozesse im Jahr und damit rund 100.000 Prozesse, in denen es allein oder auch um die Umlage von Betriebskosten geht, im Wesentlichen der Befriedigung querulatorischer Bedürfnisse dienen. Vielmehr sind sie auch Ausdruck, dass die Mieter die Einhaltung des Verursachungsprinzips und damit der Umlagegerechtigkeit einfordern.

Dies wird m.E. auch zu beachten sein, wenn es um die Abrechnung nach dem Abflussprinzip geht, das der BGH in zwei bislang unveröffentlichten Urteilen³⁹ akzeptiert hat. Die Probleme, die sich bei der Abflussabrechnung beim Mieterwechsel einstellen, konnte er offen lassen. Nach der Pressemitteilung soll der Vermieter hier an der Abrechnung nach dem Abflussprinzip nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen nach § 242 BGB gehindert sein. Mit diesem apodiktischen Inhalt erscheint die Aussage problematisch, weil es sich fragt, warum der Vermieter Schutz vor schlichten Rechenvorgängen beanspruchen könnte. Nach

³⁹ BGH Urt. vom 20.2.2008 – VIII ZR 49/07 und VIII ZR 27/07.

dem Grundsatz der Umlagegerechtigkeit kann er auch durch die Wahl der Abflussabrechnung nicht berechtigt sein, zulasten eines Mieters von simplen Kostenabgrenzungen abzusehen, etwa bei einem Mieterwechsel zum Jahresende die noch im alten Jahr bezahlte Prämienrechnung des Versicherers für das Folgejahr dem Vormieter aufzuerlegen oder sie bei einem Mieterwechsel im Abrechnungszeitraum nicht pro rata temporis zu verteilen. Zuzustimmen ist dem BGH, wenn es um feinsinnige und damit aufwendige Kostenabgrenzungen geht. Besonders gelagerte Ausnahmefälle beschränken sich jedoch nicht nur auf derartige Sachverhalte, sondern schaffen dem Vermieter einen sehr weitgehenden Freiraum zulasten einer Mietpartei. Ungelöst wäre bei diesem Ansatz, wie in der Praxis die Harmonisierung mit der Umlagegerechtigkeit zu erreichen ist und zusätzlich, ab welcher Grenze Treu und Glauben schon oder noch nicht eingreifen