

Von RA Klaus Schach (VRiLG a.D.)

## I. Grundlagen

### 1. Einleitung

Es hört sich wie eine Binsenweisheit an, ist aber keine und birgt überaus weitreichende Probleme:

Um eine Betriebskostenabrechnung berichtigen zu können, muß überhaupt erst einmal eine ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung vorliegen. Das Mietrecht selbst und hier insbesondere § 556 BGB bringt keine Definition. Weiter hilft lediglich § 259 BGB mit der Folge, daß die Abrechnung eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalten muß. Dabei ist unter einer geordneten Zusammenstellung eine zweckmäßige und übersichtliche Aufgliederung in Abrechnungsposten zu verstehen. Auch das hilft noch nicht allzu viel weiter. An dieser Stelle ist (nach wie vor) die grundlegende Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1981 heranzuziehen<sup>1</sup>. Danach ergibt sich aus dem Zweck der Nebenkostenrechnung, was diese darüber hinaus zu enthalten hat. Denn sie soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen. Dazu muß er die Abrechnung gedanklich und rechnerisch nachvollziehen können. Diese Funktion erfüllt sie nur, wenn sowohl die Einzelangaben als auch die Abrechnung klar, übersichtlich und aus sich heraus verständlich sind. Abzustellen ist dabei auf das durchschnittliche Verständnisvermögen eines juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters. Sind daher keine besonderen mietvertraglichen Abreden geschlossen worden, ist eine Betriebskostenabrechnung nur dann ordnungsgemäß, wenn sie folgende Mindestangaben enthält:

1. eine Zusammenstellung der Gesamtkosten,
2. die Angabe und Erläuterung der zugrundegelegten Verteilerschlüssel,
3. die Berechnung des Anteils des Mieters,
4. der Abzug der Vorauszahlungen des Mieters

Der BGH weist darüber hinaus darauf hin, daß die Pflichten zur Spezifizierung der abgerechneten Kosten nicht überspannt werden dürften.

Diese Grundsätze gelten nach neuerer Rechtsprechung des BGH fort<sup>2</sup>. Nur wenn die Mindestangaben vorhanden sind, liegt überhaupt eine berichtigungsfähige Betriebskostenabrechnung vor. Fehlt nur eine der Angaben, ist die Abrechnung formell unwirksam, liegt quasi ein Nullum vor.

### 2. Eingrenzung des Problems

Der folgende Beitrag versteht sich nicht als grundlegende Aufbereitung des (weitreichenden) Problems der Korrektur von Betriebskostenabrechnungen. Dazu wird auf das Referat von Langenberg anlässlich des Mietgerichtstags 2006 in Dortmund Bezug genommen<sup>3</sup>. Problematisiert werden soll vielmehr die Nachberechnung von Betriebskosten nach schon erfolgter Abrechnung (vor oder nach Ablauf der Abrechnungsfrist), die aufgrund einer Nachbelastung des Vermieters oder auch durch Gutschriften zugunsten des Vermieters aufgrund von jetzt erst dann eingegangenen Rechnungen erfolgt bzw. erfolgen müßte. Die gesamte Problematik stellt sich allerdings nur dann, wenn nach dem sogen. Zeitabgrenzungsprinzip abgerechnet wird, kommt nicht zum Tragen, wenn nach dem Abflußprinzip abgerechnet wird. Die vorliegende Abhandlung geht davon

<sup>1</sup> BGH, Entscheidung 23.11.1981, VIII ZR 298/80 = WuM 1982, 207 = NJW 1982, 573 = GE 1982, 135

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 17.11.2004 – VIII ZR 115/04 = WuM 2005, 61 = GE 2005, 50

<sup>3</sup> u.a. NZM 2006, 641 ff. „formelle und materielle Anforderungen an die Betriebskostenabrechnung nach der BGH-Entscheidung NZM 2005, 13

aus, daß eine Betriebskostenabrechnung überhaupt nur nach dem Zeitabgrenzungsprinzip zu erstellen ist – was anhand von Einzelproblemen „bewiesen“ werden soll. Eine Berechnung nach dem Abflußprinzip kann nur in ganz bestimmten Ausnahmefällen rechtswirksam in Betracht kommen.

### 3. Gesetzliche Regelungen

Mietrechtlich verhält sich § 556 Abs. 3 BGB nur dazu, innerhalb welcher Fristen über die Vorauszahlungen für Betriebskosten abzurechnen ist und welche Folgen die nicht fristgerechte Abrechnung hat. Im Übrigen enthält § 556a BGB Vorgaben zum Abrechnungsmaßstab für Betriebskosten. (Etwas) weiter hilft die schon genannte und von Langenberg besprochene Entscheidung des BGH vom 17.11.2004<sup>4</sup>. Dort wird festgehalten, daß die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB mit einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung gewahrt wird (die den Anforderungen des BGH mit dem Urteil aus dem Jahre 1981<sup>5</sup> entspricht). Liegt demgemäß nur ein inhaltlicher (materieller) Fehler vor, kann dieser auch nach Ablauf der Abrechnungsfrist berichtigt werden. Das kann allerdings betragsmäßig nicht zu Lasten des Mieters gehen. In der berichtigten Abrechnung kann der Vermieter also nicht mehr verlangen, als er es mit der formell ordnungsgemäßen, fristwahrenden Abrechnung getan hat. Allerdings ist § 556 Abs. 3 Satz 3 letzter Halbsatz BGB zu beachten: Eine Nachforderung ist nur dann nicht ausgeschlossen, wenn der Vermieter die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat. Das bezieht der BGH auch auf eine Korrektur eines inhaltlichen Fehlers. Liegt keine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung vor, kann diese – wie schon angedacht – nach Ablauf der Abrechnungsfrist nicht korrigiert werden. Ist die Abrechnungsfrist noch nicht abgelaufen, kommt ebenfalls keine Korrektur, allerdings die Erstellung einer neuen Betriebskostenabrechnung in Betracht.

### 4. Grundlegende Rechtsprechung des BGH

Für die hier zu behandelnde Problematik der Berichtigung von Betriebskostenabrechnungen aufgrund einer vorzunehmenden Nachberechnung führt die Rechtsprechung des BGH mit Urteil vom 05.07.2006<sup>6</sup> weiter. Die Entscheidung bezieht sich zwar primär auf das Problem, wie lange der Vermieter Zeit hat, nach Erhalt der Rechnung die Nachforderung noch geltend zu machen, stellt darüber hinaus aber unter Hinweis auf die Regierungsbegründung des Gesetzentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz (BT-Drucks. 14/4553, S. 51) klar, daß unter der Nachforderung im Sinne des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auch eine Nachforderung aufgrund einer Nachberechnung von Kosten zu verstehen ist, die bis zum Ablauf der Abrechnungsfrist überhaupt noch nicht bekannt waren.

Der BGH verlagert sodann (von der Gesetzesfassung her konsequent und richtig) das Problem einer berechtigten Nachforderung in den Verschuldensbereich des Vermieters, der eben mit der Nachforderung nur dann nicht ausgeschlossen ist, wenn er die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat. Auf dieses Tatbestandsmerkmal kommt es für die Einzelprobleme einer Nachberechnung entscheidend an.

---

<sup>4</sup> Urteil vom 17.11.2004 – VIII ZR 115/04 = NZM 2005, 13 = WuM 2005, 61 = GE 2005, 50

<sup>5</sup> Urteil vom 23.11.1981 – VIII ZR 298/80 = NJW 1982, 573

<sup>6</sup> Urteil vom 05.07.2006 – VIII ZR 220/05 = WuM 2006, 516 = GE 2006, 1160

## II. Einzelprobleme

### 1. Grundsteuer-Nachberechnung

#### 1.1 Aufgrund „verspäteter“ Berechnung der Finanzbehörde

In der zuletzt besprochenen Entscheidung des BGH vom 05.07.2006 ging es um eine Grundsteuernachzahlung für 2001, die der Vermieter im Oktober 2003 dem Mieter nachberechnet hat, nachdem er selbst den entsprechenden Grundsteuerbescheid schon im Januar 2003 erhalten hatte. Der BGH stellt zum Verschulden des Vermieters (für Leser lapidar, weil ohne Begründung) fest, daß der Vermieter es nicht zu vertreten habe, daß er die Grundsteuernachzahlung für 2001 nicht innerhalb der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB auf den Mieter umgelegt habe. Denn ihm sei der Bescheid ja erst im Januar 2003, also nach Ablauf der Abrechnungsfrist, zugegangen. Die zunächst entschuldigte Verspätung könne jedoch mit Rücksicht auf den Sinn und Zweck von § 556 Abs. 3 BGB nachträglich zu einer verschuldeten werden, wenn der Vermieter sich auch dann noch unnötig viel Zeit bis zur Erstellung der Abrechnung lasse, nachdem ihm die notwendigen Unterlagen vorliegen. Insofern hält der BGH grundsätzlich eine Frist von 3 Monaten für ausreichend (Heranziehung der Grundsätze des § 560 Abs. 2 BGB).

Zum Verschulden des Vermieters im Sinne des § 556 Abs. 3 BGB ist der Ausschluß der Nachforderung nach Ablauf der Abrechnungsfrist der Grundtatbestand, das mangelnde Verschulden des Vermieters an der Einhaltung der Frist der Ausnahmetatbestand. An einen Ausnahmetatbestand sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen<sup>7</sup>. Um ein Verschulden auszuschließen, muß sich der Vermieter im Rahmen des Zumutbaren und rechtlich Möglichen um die Einhaltung der Jahresfrist kümmern und daher ein Auge darauf haben, daß ihm sämtliche Unterlagen rechtzeitig zur Verfügung stehen. Es entsteht somit die Frage, ob bei ausstehenden Grundsteuerbescheiden der zuständigen Behörde (Finanzamt oder Gemeindeverwaltung) der Vermieter verpflichtet ist zu mahnen und ggf. sogar Untätigkeitsklage zu erheben. Es mag zweifelhaft sein, ob das weiterführen würde, jedenfalls ist auch dann nicht zu erwarten, daß der entsprechende Steuerbescheid noch so rechtzeitig beim Vermieter eingeht, daß dieser noch die Jahresfrist des § 560 Abs. 3 BGB wahren kann. Unabhängig davon liegt es nach hier vertretender Auffassung auch nicht im Bereich der Zumutbarkeit, daß der Vermieter gegen die Behörde noch verwaltungsgerichtlich vorgeht. Allenfalls ist eine Anfrage bei der Behörde zumutbar, damit in der Betriebskostenabrechnung ein (konkreter) Vorbehalt hinsichtlich einer noch möglichen Nachberechnung aufgrund eines zu erwartenden Grundsteuerbescheides in Betracht kommt.

#### 1.2 Neuveranlagung nach Fortschreibung des Einheitswertbescheides

In dem der Entscheidung des BGH vom 05.07.2006 zugrunde liegenden Fall handelte es sich um einen Bescheid nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Abgabenordnung (AO). Danach ist ein Steuerbescheid zu ändern, soweit ein Grundlagenbescheid (§ 171 Abs. 10 AO), dem Bindungswirkung für den Steuerbescheid zukommt, geändert wird. Es handelte sich also nicht um einen „üblichen“ Grundsteuerbescheid, der beim Vermieter jährlich eingeht und der einer Betriebskostenabrechnung nach § 2 Nr. 1 BetrKV zugrunde gelegt werden kann. Vielmehr handelte es sich um einen Bescheid nach § 17 GrStG 1973 wegen Artfortschreibung nach §§ 22 Abs. 2, 19 Abs. 2 BewG. Der Vermieter/Eigentümer hatte nämlich Baumaßnahmen durchgeführt, die zu einer Neubewertung für den Einheitswert führten, mit der Folge, daß sich die Grundsteuer (nicht unerheblich) erhöhte. Der Vermieter hatte von sich aus keine Mitteilung an die Finanzbehörde über die Maßnahmen gemacht. Wann das Finanzamt aus welchen

<sup>7</sup> vergl. auch Rips in Betriebskosten-Kommentar, 2. Auflage, Rdnr. 1978

Quellen auch immer von dem Tatbestand Kenntnis erlangt hat und wann daraufhin die Fortschreibung mit der Folge einer veränderten Grundsteuer erfolgte, ist nicht bekannt. Damit ist insofern für den vorliegenden Fall offen, ob die Finanzbehörde von den veränderten Umständen aus anderen Quellen zeitnah Mitteilung erhalten hat und dann lange Zeit benötigte, um zu der Neuberechnung zu kommen, oder ob die Behörde erst geraume Zeit nach der Maßnahme entsprechende Kenntnis erlangte, mithin die fehlende Benachrichtigung des Finanzamtes durch den Eigentümer Ursache für die späte Fortschreibung des Einheitswertes war.

### **1.2.1 Pflicht des Grundstückseigentümers zur Veranlassung der Fortschreibung beim Finanzamt**

Für den Fall, daß die mangelnde Nachricht des Eigentümers an das Finanzamt Ursache für die späte Nachveranlagung war, ergibt sich die Frage, ob der Grundstückseigentümer überhaupt eine Pflicht hatte, entsprechende Mitteilung an das Finanzamt zu machen.

#### **1.2.1.1 Aufgrund Öffentlichen Rechts (Steuerrecht)**

Ausgehend von dem allgemeinen Grundsatz, daß der Steuerpflichtige zur Offenlegung von steuermaßgeblichen Umständen verpflichtet ist, möchte man im ersten Zugriff meinen, den Grundstückseigentümer treffe eine Verpflichtung, den Finanzbehörden Angaben zu Wertverhältnissen seines Grundstücks zu machen (z.B. über Erweiterung der Bausubstanz durch Ausbau, Aufstockung, Anbau und dergleichen) sowie zur anderweitigen Nutzung (neues Gewerbe und dergleichen). Das ist jedoch hier nicht der Fall. Denn die Finanzbehörde ermittelt von Amtswegen. In diesem Rahmen haben die nach Bundes- oder Landesrecht zuständigen Behörden den Finanzbehörden die rechtlichen und tatsächlichen Umstände mitzuteilen, die ihnen im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung bekannt geworden sind und die für die Feststellung von Einheitswerten des Grundbesitzes maßgeblich sind (§ 29 Abs. 2 BewG). Der Grundstückseigentümer hat der Finanzbehörde (nur) auf Anforderung alle Angaben zu machen (§ 29 Abs. 1 BewG). Es gibt also keine originäre Pflicht des Eigentümers, von sich aus tätig zu werden.

#### **1.2.1.2 Aufgrund Mietrechts (Nebenpflicht aus § 556 BGB)**

Hier stellt sich die Frage, ob der Vermieter aufgrund einer mietrechtlichen Nebenpflicht verpflichtet ist, von sich aus dem Finanzamt von einem Tatbestand Kenntnis zu geben, der zu einer Fortschreibung im Sinne des § 22 BewG führen kann. Das Mietrecht selbst regelt derartiges naturgemäß nicht. Eine Nebenpflicht kann sich über nach § 242 BGB ergeben, die sich auch auf eine Verhaltenspflicht erstrecken kann<sup>8</sup>. Vorliegend kann eine derartige Nebenpflicht daraus hergeleitet werden, daß Betriebskosten grundsätzlich dem Eigentümer durch das Eigentum am Grundstück laufend entstehen, er sie also selbst zu tragen hat. Nur über § 556 Abs. 1 BGB ist es nach mietvertraglicher Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien möglich, bestimmte Betriebskosten lt. BetrKV auf den Mieter zu übertragen. Das hat jedoch zur Folge, daß der Vermieter in bestimmtem Umfang auch die Interessen des Mieters zu beachten hat, was sich z.B. auf die Entstehung von Betriebskosten und deren Höhe auswirkt. Das ergibt sich im übrigen auch aus § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB, wonach der Vermieter den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten hat.

Der Mieter hat ein beachtenswertes Interesse, daß über seine geleisteten Vorauszahlungen für Betriebskosten zeitnah abgerechnet wird. Dem trägt § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB Rechnung, daß jährlich abzurechnen ist. Der Vermieter hat – wie schon ausge-

<sup>8</sup> vergl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 242, Rdnr. 23; derselbe a.a.O. § 241 Rdnr. 6

führt – alles Zumutbare zu tun, damit er innerhalb der Abrechnungsfrist auch abrechnen kann. Der Mieter kann grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden, zuzuwarten, bis der Vermieter alle ausstehenden Rechnungen für die Betriebskostenabrechnung beisammen hat. Das geht nur im Ausnahmefall des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB. Daraus folgt nach hier vertretender Auffassung, daß der Vermieter unabhängig von der steuerlichen Regelung verpflichtet ist, das Finanzamt in die Lage zu versetzen, eine etwaig notwendig werdende Fortschreibung des Einheitswertes zeitnah nach der maßgeblichen Maßnahme des Vermieters/Eigentümer durchzuführen und einen entsprechenden Änderungsbescheid nach § 175 AO zu erlassen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß eine Fortschreibung auch zugunsten des Eigentümers erfolgen kann, etwa weil Gewerbe in dem Objekt weggefallen ist und sich damit möglicherweise die für die Berechnung des Einheitswertes maßgebliche Jahresrohmiere entscheidend verringert. Eine derartige günstige Veränderung würde sich auch für den Mieter auswirken, der letztlich die Grundsteuer über § 2 Nr. 1 BetrKV trägt, diese quasi dem Eigentümer/Vermieter „ersetzt“. In der Kommentierung<sup>9</sup> wird dazu im Hinblick auf die fehlende steuerrechtliche Anzeigepflicht zu Tatbeständen der Fortschreibung vermerkt, daß der Eigentümer jedenfalls bei einer ihm günstigen möglichen Fortschreibung sich sicher von sich aus an das Finanzamt wenden wird.

Zu dem Interesse des Mieters an einer zeitnahen Fortschreibung des Einheitswertes gibt es noch einen weiteren Aspekt:

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH mit Urteil vom 08.03.2006<sup>10</sup> ist zwar im preisfreien Wohnraum ein Vorwegabzug der auf Gewerbeflächen entfallenen Kosten für alle oder einzelne Betriebskostenarten jedenfalls dann nicht geboten, wenn diese Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen. Zu dem Vorwegabzug bei der Grundsteuer hat der BGH nicht gesondert Stellung genommen. In diesem Zusammenhang kann jedoch argumentiert werden, daß jedenfalls dann, wenn im Einheitswertbescheid selbst (und nur in diesem, nicht in dem Grundsteuerbescheid wird differenziert) eine Aufteilung der Jahresrohmiere nach wohn- und gewerblichen Zwecken erfolgt ist, eine ins Gewicht fallende Mehrbelastung des Wohnraummieters erfolgen würde, wenn die Grundsteuer einheitlich auf alle Mieter umgelegt werden würde. Der dazu bestehende Meinungsstreit muß im vorliegenden Zusammenhang nicht abschließend entschieden werden<sup>11</sup>. Jedenfalls kann der Mieter anhand eines fortgeschriebenen Einheitswertbescheides feststellen, ob das Finanzamt Gewerbe bei der Feststellung der Jahresrohmiere gesondert berücksichtigt hat und ggf. seine mietrechtlichen „Chancen“ bei der Überprüfung der Betriebskostenabrechnung wahrnehmen.

Fazit:

Der Mieter hat gegen seinen Vermieter/Eigentümer einen mietrechtlichen Anspruch, daß dieser dem Finanzamt unverzüglich Umstände für eine Fortschreibung des Einheitswertes mitteilt. Ist der Vermieter nicht der Eigentümer, hat er gegen seinen Vermieter einen Anspruch, daß dieser den Eigentümer dazu veranlaßt.

### 1.3 Betriebskostennachberechnung trotz pflichtwidrig unterlassener Veranlassung zur Fortschreibung

Problematisch ist, ob die vom Vermieter pflichtwidrig unterlassene Mitteilung an das Finanzamt zur Möglichkeit einer Fortschreibung des Einheitswertes eine Nachforderung durch den Vermieter aufgrund eines neuerlichen Grundsteuerbescheides unter den Vertretungstatbestand des § 556 Abs. 3 Satz 3 zweiter Halbsatz BGB fällt. Hier setzt die Überlegung an, ob denn ein Bescheid des Finanzamtes nach § 175 AO aufgrund einer erfolgten Anzeige noch zeitgerecht ergangen wäre, ob es sich nicht ge-

<sup>9</sup> vergl. Troll/Eisele, Grundsteuergesetz, 9. Aufl. § 17 Rdnr. 1 unter Hinweis auf BT- Drs.7/485

<sup>10</sup> Urteil vom 08.03.2006, VIII ZR 78/05 = GE 2006, 502 = WuM 2006, 200

<sup>11</sup> vergl. zum Meinungsstreit u.a. Wall in Betriebskosten-Kommentar, a.a.O. Rdnr. 2704 ff.; Kinne in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 4. Auflage, § 556 Rdnr. 104

nauso lange gedauert hätte, wenn das Finanzamt nur im Rahmen der Amtsermittlung von dem Tatbestand erfahren hätte. Die Frage der Kausalität erstellt sich indes nach hier vertretener Auffassung nicht. Das liegt an der gesetzlichen Regelung des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, wonach eben nach dem Grundtatbestand die Geltendmachung einer Nachforderung durch den Vermieter nach Ablauf der Abrechnungsfrist ausgeschlossen ist und nur im Ausnahmefall die Nachforderung möglich ist, wenn die verspätete Geltendmachung von dem Vermieter nicht zu vertreten ist. Es kommt also auf das Verhalten des Vermieters an, nicht auf den Umstand, daß die Betriebskosten nun einmal zu recht entstanden sind und die Forderung des Fiskus besteht, für die der Mieter nach der BetrKV grundsätzlich einzustehen hat. Hat der Vermieter eine mietvertragliche Nebenpflicht verletzt – so wie in Fall des BGH<sup>12</sup> mit der verspäteten Berichtigung der Betriebskostenabrechnung trotz vorliegender Unterlagen – dann ist der Tatbestand des Vertretenmüssens erfüllt. Etwas anderes mag nur dann gelten, wenn offenkundig ist, daß eine Anzeige beim Finanzamt auf keinen Fall zu einem Berichtigungsbescheid zur Grundsteuer geführt hätte, der eine fristwahrende Betriebskostenabrechnung ermöglicht hätte.

Fazit: Unterläßt der Vermieter pflichtwidrig eine Anzeige beim Finanzamt, ist ihm die Verspätung im Rahmen des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB zuzurechnen; eine Nachforderung scheidet somit dann aus.

### 1.3.1 Ansprüche des Vermieters (bei Betriebskostenerhöhung)

Der Vermieter hat nur dann einen Nachforderungsanspruch, wenn er unverzüglich durch Anzeige bei dem Finanzamt eine Wertfortschreibung des Einheitswertbescheides veranlaßt hat **und** nach Erhalt eines Grundsteuer-Berichtigungsbescheides innerhalb von 3 Monaten eine Betriebskostenberichtigung vornimmt.

### 1.3.2 Ansprüche des Mieters (bei verringerten Betriebskosten)

Der Mieter hat jederzeit einen Anspruch auf Betriebskostenberichtigung, wenn ein die Grundsteuer ermäßigender (rückwirkender) Bescheid des Finanzamtes ergeht.

## 2. Nachberechnung nach verspäteter Rechnungslegung von Leistungserbringern

Ein Fall:

Am 05.01.2007 gehen bei der Hausverwaltung eines Berliner Grundstücks 3 Jahresrechnungen des zuständigen Bezirksschornsteinfegermeisters ein, und zwar die Jahresrechnungen für 2003, 2005, 2006 (in Berlin werden Gebühren für die Durchführung von Schornsteinfegerarbeiten gem. Kehr- und Überprüfungsordnung (KÜO) vom 17.08.1988 – GVBl. 29/S. 233 erhoben). Die Hausverwaltung fragt, ob und ggf. wie sie die Kosten für 2003 und 2005 jetzt noch auf welche Mieter umlegen kann.

Ausgehend von der – noch zu beweisenden – Prämisse, daß grundsätzlich nur nach Zeitabgrenzungs- bzw. Leistungsprinzip abgerechnet werden darf, stellt sich auch hier die Frage einer Betriebskostennachforderung aufgrund einer berichtigten Betriebskostenabrechnung im Hinblick auf § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB. Wie schon zur Grundsteuer ausgeführt, hat nach verbreiteter Meinung der Vermieter sich darum zu kümmern, daß er rechtzeitig die Abrechnungsunterlagen für den Abrechnungszeitraum erhält, um die Abrechnungsfrist einhalten zu können. Jedenfalls darf er also nicht einfach untätig bleiben. Problematisch ist jedoch, wie intensiv die Bemühungen des Vermieters sein müs-

---

<sup>12</sup> Urteil vom 5.07.2006 – VIII ZR 220/05, a.a.O.

sen, damit er sich mit Erfolg darauf berufen kann, er habe die verspätete Geltendmachung von Betriebskosten nicht zu vertreten. Überwiegend wird dazu die Meinung vertreten, der Vermieter müsse den Leistungserbringer jedenfalls nachdrücklich mahnen<sup>13</sup>. Andererseits wird die Auffassung vertreten, der Vermieter müsse sich auch gerichtlicher Hilfe im Einzelfall bedienen<sup>14</sup>. Ferner wird ausgeführt, der Vermieter sei entschuldigt, weil er alles unternommen habe, was ihm möglich sei, wenn er nach Mahnung eine Klage angedroht und bei Erfolglosigkeit sogar Klage erhoben habe<sup>15</sup>. Nach hier vertretener Auffassung gilt die Formel, daß der Vermieter alles, aber auch nur das, ihm Zumutbare unternehmen müsse, um die Rechnungen zu erlangen. Dazu gehört sicher förmliche Mahnung, aber keine Klageerhebung – es sei denn, er hat schon gezahlt, bisher aber dazu keine Rechnung erhalten. Es kommt also hier ebenso wie bei der geschuldeten Mitteilung an das Finanzamt zur Fortschreibung des Einheitswerts auf das Verhalten des Vermieters an, nicht darauf, ob die Betriebskostenrechnung als solche berechtigt ist oder nicht.

Für den Beispielfall muß sich also die Hausverwaltung fragen lassen, ob sie nachdrücklich die Rechnung des Schornsteinfegermeisters angemahnt hat oder nicht - aufgrund der Fragestellung spricht einiges dafür, daß die Hausverwaltung einfach untätig gewesen ist und daher die Rechnungen nicht mehr (nach dem Zeitabgrenzungs- bzw. Leistungsprinzip) auf die Mieter umlegen darf.

### 3. Abrechnung nach Zeitabgrenzung- bzw. Leistungsprinzip oder nach Abflußprinzip

Darf der Vermieter unabhängig von nach einer fristgerechten Betriebskostenabrechnung eingegangenen Rechnungen nach Abflußprinzip berechnen, kann er die Beträge, die er im laufenden Abrechnungsjahr für frühere Zeiträume bezahlt, in die laufende Betriebskostenabrechnung einstellen. Das würde z.B. dazu führen, daß der Vermieter bei einer Betriebskostenabrechnung für den Abrechnungszeitraum 2006 in die im Jahre 2007 zu erstellende Betriebskostenabrechnung nicht nur die Grundsteuer für das Jahr 2006 einstellen dürfte, sondern die 2006 bezahlten Grundsteuern aufgrund berichtiger Abrechnung für die Jahre 2005, 2004 .... Es würde auch bedeuten, daß die Hausverwaltung die Schornsteinfegergebühren für 2003 und 2005 in die jetzt zu erstellende Betriebskostenabrechnung einbringen könnte – sofern sie die Rechnungen jetzt bezahlt hat. Überlegungen zu einer Verwirkung mögen hier außen vor bleiben, weil es insofern auf Umstände des Einzelfalls ankommen würde.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 05.07.2006<sup>16</sup> den Streit zum Zeitabgrenzungs- oder Abflußprinzip nicht entschieden und mußte es auch nicht tun, weil der Vermieter nach Zeitabgrenzungsprinzip abgerechnet hatte. Immerhin hat der BGH in der Entscheidung aber die gegensätzlichen Standpunkte im Einzelnen unter Angabe der diesbzgl. Rechtsprechung und der Literatur aufgelistet.

In dem zugrunde liegenden Berufungsurteil<sup>17</sup> hat das LG Berlin die Auffassung vertreten, daß zumindest nach der Mietrechtsreform mit Schaffung des § 556 Abs. 3 BGB davon auszugehen sei, daß Betriebskosten immer nach dem Zeitabgrenzungsprinzip abzurechnen seien. Das Abflußprinzip führe hingegen möglicherweise im Einzelfall zu korrekturbedürftigen Ergebnissen. So könne es vorkommen, daß einem Mieter Grundsteuer, die dem Eigentümer nachberechnet worden sei, selbst für Jahre vor Beginn des Mietverhältnisses in Rechnung gestellt werden könnten. Diese Ansicht ist der Vorzug zu geben; aus der Bestimmung des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB kann sehr wohl

<sup>13</sup> vergl. Schmid, Handbuch der Nebenkosten, 7. Auflage, Rdnr. 3159; Kinne in Kinne/Schach/Bieber a.a.O., Rdnr. 83; Rips in Betriebskosten-Kommentar a.a.O., Rdnr. 1979

<sup>14</sup> Gies in NZM 2002, 514

<sup>15</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiere, 4. Auflage, G IV Rdnr. 84

<sup>16</sup> VIII ZR 220/05 vergl. Fußnote 6

<sup>17</sup> LG Berlin, Urteil vom 30.08.2005 – 65 S 90/05 = GE 2005, 1249

herausgelesen werden, daß nach Zeitabgrenzungsprinzip abzurechnen ist<sup>18</sup>. Denn über die Vorauszahlungen ist grundsätzlich innerhalb der Jahresfrist abzurechnen. Dem kann der Vermieter nicht nachkommen, wenn er Jahre später erst eine Rechnung bezahlt (bzw. bezahlen muß), die sich auf einen vorangegangenen Zeitraum bezieht.

Der dem BGH zugrunde liegende Fall mit der Lösung der 3-monatigen Abrechnungsfrist nach Erhalt der entsprechenden Unterlagen unterstreicht dies:

Dem Vermieter war es verwehrt, die Grundsteuernachbelastung auf den Mieter abzuwälzen, weil er zu lange mit Abrechnung trotz vorliegender Unterlagen gewartet hatte. Hätte der Vermieter nach Abflußprinzip abgerechnet, wäre dieser in dem Verhalten des Vermieters liegende Umstand nicht zum Tragen gekommen mit der Folge, daß der Vermieter den Mieter hätte belasten können. Letzteres ist nicht mit der gesetzlichen Regelung in Einklang zu bringen, daß es bei Nachbelastungen auf das Verschulden des Vermieters ankommt, er nur dann nachfordern kann, wenn er die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten hat. Lediglich durch die Möglichkeit verschiedener Berechnungen kann angesichts der Regelung des § 556 BGB nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt werden.

Auch die Befürworter des Abflußprinzips können nicht umhin, bei einem inzwischen erfolgten Mieterwechsel korrigierend einzugreifen. Denn es ist unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen, daß ein Mieter Betriebskosten für einen Zeitraum bezahlt, in dem er überhaupt nicht Mieter war. Langenberg<sup>19</sup> meint dazu, bei Mieterwechsel müßten im Rahmen der Ausgabenabrechnung alle Kosten nach der jeweiligen Wohnzeit des Mieters abgegrenzt werden (also doch Zeitabgrenzung?). Hierbei handele es sich jedoch nicht um ein Problem der Ausgabenabrechnung als solcher, sondern um ein Problem ihrer Umsetzung. Alle diese Korrekturen beziehen sich aber nicht auf die gesetzliche Vorgabe in § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, daß es bei einer Nachforderung eben auf das Vertretenmüssen des Vermieters ankommt.

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, daß es auch bei einer Leistungsabrechnung (Zeitabgrenzungsprinzip) zur Aufteilung der Kosten zwischen Vor- und Nachmieter „ungerecht“ geraten könne<sup>20</sup>. Das ist richtig, hat jedoch mit der kontroversen Zeitabgrenzungs- gegen Abflußprinzip nichts zu tun, sondern ist jeder „normalen“ Betriebskostenabrechnung immanent. Tritt im Laufe eines Abrechnungszeitraums ein Mieterwechsel ein, werden Vor- und Nachmieter ihrer Wohndauer entsprechend belastet<sup>21</sup>. Dasselbe hat bei einer Nachbelastung infolge später erteilter Abrechnungen zu erfolgen.

Angedacht wird auch, daß das Abflußprinzip mietvertraglich vereinbart werden kann. Das gilt vor allem für den Fall einer vermieteten Eigentumswohnung, die WEG-mäßig hinsichtlich anfallender Betriebskosten nach Abflußprinzip abgerechnet wird. Grundsätzlich hat die WEG-Abrechnung keinen Einfluß auf das Verhältnis zwischen Mieter einer vermieteten Eigentumswohnung und deren Vermieter, der Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft ist. Für das Mietverhältnis gelten die mietrechtlichen Vorgaben, hier vor allem des § 556 BGB. Eine Klausel<sup>22</sup> „die Abrechnung erfolgt auf Grundlage der im Abrechnungszeitraum bezahlten Rechnungen“ erscheint nicht ausreichend transparent, berücksichtigt jedenfalls nicht ausreichend die erforderliche Kongruenz von Mieterstellung zu angefallenden Betriebskosten im Abrechnungszeitraum und berücksichtigt nicht ausreichend die Frage des Vertretens einer verspäteten Abrechnung.

Fazit:

---

<sup>18</sup> a.A. Kinne in GE 2005, 1219

<sup>19</sup> vergl. INFO M 2006, 281 – Vortrag auf Herbsttagung der ARGE Mietrecht und WEG am 22./23.09.2006

<sup>20</sup> so Langenberg INFO M a.a.O.

<sup>21</sup> vergl. Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerbemiete a.a.O. G Rdnr. 157

<sup>22</sup> Vorschlag Langenberg, in INFO M a.a.O.

Eine Betriebskostenabrechnung muß grundsätzlich nach dem Leistungs- bzw. Zeitabgrenzungsprinzip erfolgen. Die Vereinbarung des Abflußprinzips ist nur bei ausreichender Berücksichtigung der Mieterstellung im Abrechnungszeitraum und des etwaigen Verschuldens des Vermieters für die verspätete Abrechnung möglich.

### 4. Betriebskostenprobleme bei Gefahrerhöhung in der Versicherung

#### 4.1 Prämiennachbelastung

Anders als bei den Betriebskosten in Form der Grundsteuer kann eine Nachbelastung von Versicherungsprämien nach Gefahrerhöhung nicht durchgeführt werden.

Bei einer Erhöhung der (Versicherungs-)Gefahr ist allerdings der Versicherungsnehmer/Grundstückseigentümer/Vermieter verpflichtet, entsprechende Anzeige bei dem Versicherer vorzunehmen. Nach § 23 VVG darf der Versicherungsnehmer nach dem Abschluß des Versicherungsvertrages nicht ohne Einwilligung des Versicherers eine Erhöhung der Gefahr vornehmen oder deren Vornahme durch einen Dritten gestatten. Erlangt der Versicherungsnehmer Kenntnis davon, daß durch eine von ihm ohne Einwilligung des Versicherers vorgenommene oder gestattete Änderung die Gefahr erhöht ist, so hat er dem Versicherer unverzüglich Anzeige zu machen. Verletzt der Versicherungsnehmer diese Vorgaben, so kann der Versicherer das Versicherungsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen (§ 24 VVG).

Hat nun der Versicherungsnehmer keine Anzeige der Gefahrerhöhung vorgenommen und erlangt der Versicherer Kenntnis davon, kann der Versicherer naturgemäß für die Zukunft eine höhere Versicherungsprämie verlangen, aber hat nicht das Recht der Nachbelastung für den Zeitraum nach Gefahrerhöhung. Nach § 25 VVG ist allerdings – und das wiegt erheblich schwerer – der Versicherer im Fall einer Verletzung der Anzeigepflicht von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Versicherungsfall nach Erhöhung der Gefahr eintritt. Das gilt allerdings nicht, wenn die Verletzung nicht auf einem Verschulden des Versicherungsnehmers beruht (§ 25 Abs. 2 VVG).

Ist eine Gefahrerhöhung eingetreten und hat der Versicherungsnehmer keine Anzeige bei dem Versicherer gemacht, tritt jedoch kein Schadensfall ein, ergeben sich keine Weiterungen für die Versicherungsprämie und damit die Betriebskostenpflicht des Mieters. Überlegungen, daß die Prämien eigentlich „nutzlos“ sein könnten, weil im Schadensfall der Versicherer von der Leistung frei sein könnte, sind rein theoretisch.

#### 4.2 Folgen fehlenden Versicherungsschutzes im Schadensfall

Tritt nun allerdings der Versicherungsfall ein und wird der Versicherer von der Leistung frei, wird ein Mieter sehr schnell auf die Idee kommen, die gezahlten Betriebskosten nach § 2 Nr. 13 BetrKV zurückzufordern und insofern eine berechtigte Betriebskostenabrechnung zu verlangen. Denn die gezahlten Prämien sind in der Tat nutzlos. Damit entsteht die Frage, ob der Versicherungsnehmer/Vermieter die Prämien von seinem Versicherer zurückfordern kann. Das ist allerdings mit § 40 VVG zu verneinen. Wird danach das Versicherungsverhältnis wegen Verletzung einer Obliegenheit oder Gefahrerhöhung durch Kündigung aufgehoben, so gebührt dem Versicherer gleichwohl die Prämie bis zum Schluß der Versicherungsperiode, in der er von der Verletzung der Obliegenheit bzw. der Gefahrerhöhung Kenntnis erlangt hat. Wird die Kündigung erst in der folgenden Versicherungsperiode wirksam, so gebührt ihm die Prämie bis zur Beendigung des Versicherungsverhältnisses. Diese Vorschrift ist nicht verfassungswidrig. Die Verfassungswidrigkeit ist nur im Hinblick auf § 40 Abs. 2 VVG diskutiert worden, wonach dem Versicherer die Prämie bis zur Beendigung der laufenden Versicherungsperiode gebührt, wenn das Versicherungsverhältnis wegen nicht rechtzeitiger Zahlung

der Prämie gekündigt wird<sup>23</sup>. Die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH und BVerfG) hat das allerdings nicht übernommen<sup>24</sup>. Erhält nun der Versicherungsnehmer die (nutzlose) Versicherungsprämie nicht zurück, stellt sich die Frage, ob nicht der Mieter sie dennoch vom Vermieter zurück erlangen kann. Das ist zu verneinen. Die Prämienpflicht besteht weiterhin, mit der Folge, daß auch entsprechende Betriebskosten anfallen. Daß die Umstände auf einem Verhalten des Versicherungsnehmers/Eigentümers/Vermieters beruhen, wirkt sich nicht auf die Entstehung der Betriebskosten aus. Es ist auch nicht an eine Schadensersatzpflicht des Vermieters zu denken, da dem Mieter ein Schaden nicht entstanden ist. Betriebskostenmäßig entstehen also keine Korrekturbedürfnisse.

### 5. Grundsteuererlaß wegen wesentlicher Ertragsminderung (Leerstand)

Nach § 33 GrStG 1973 wird die Grundsteuer teilweise erlassen, wenn bei bebauten Grundstücken der normale Rohertrag des Steuergegenstandes um mehr als 20 % gemindert ist und der Steuerschuldner (Grundstückseigentümer) die Minderung des Rohertrages nicht zu vertreten hat. Primär wird damit ein Grundsteuererlaß nur bei atypischen und vorübergehenden Ertragsminderungen in Betracht kommen. Steuerrechtlich ist im Moment im Streit, ob § 33 Abs. 1 GrStG auch bei strukturell bedingten Ertragsminderungen eingreift, so also bei einem Leerstand der Wohnungen wegen Nichtvermietbarkeit. Das betrifft vornehmlich die neuen Bundesländer, gilt aber in Großstädten der alten Bundesländer zunehmend auch. Hierzu gibt es eine Kontroverse zwischen den Ansichten des Bundesfinanzhofes und des Bundesverwaltungsgerichts, die zu einer Entscheidung des gemeinsamen Senats der oberen Bundesgerichte führen könnten<sup>25</sup>.

Das Problem des Grundsteuererlasses hat nichts damit zu tun, daß der Vermieter die auf leerstehende Wohnung entfallenden Betriebskosten grundsätzlich selbst zu tragen hat, wenn die kalten Betriebskosten vereinbarungsgemäß nach dem Verhältnis der Fläche der Mietwohnung zur Gesamtwohnfläche umzulegen sind<sup>26</sup>. Bei dem teilweisen Grundsteuererlaß wird die gesamte Grundsteuerschuld für das Grundstück herabgesetzt, was auch der Grundsteuerschuld des einzelnen Mieters als Betriebskostenanteil zu Gute kommen würde.

Die wesentliche Problematik liegt im vorliegenden Fall darin, daß nach § 33 Abs. 5 GrStG eine Ertragsminderung dann kein Erlaßgrund ist, wenn sie für den Erlaßzeitraum durch Fortschreibung des Einheitswertes berücksichtigt werden kann und bei rechtzeitiger Stellung des Antrags auf Fortschreiben hätte berücksichtigt werden können. Eine Fortschreibung setzt jedoch in der vorliegenden Fallkonstellation wegen der Maßgeblichkeit der Wertverhältnisse zum Hauptfeststellungszeitpunkt für den Einheitswert 01. Januar 1964 eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse voraus, während es vorliegend nicht um veränderte tatsächliche Verhältnisse, sondern um die Wertverhältnisse (im Hinblick auf die Jahresrohmiete) geht. Eine Hauptfeststellung kann aber z.Zt. nicht durchgeführt werden, weil sie der Gesetzgeber dadurch ausgesetzt hat, daß er zunächst durch Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung bewertungsrechtlicher Vorschriften und des Einkommensteuergesetzes vom 22.07.1970 angeordnet hat, der Zeitpunkt der auf die Hauptfeststellung 1964 folgenden Hauptfeststellung der Einheitswerte des Grundbesitzes werde abweichend von § 21 Abs. 1 BewG durch besonderes Gesetz bestimmt. Ein derartiges Gesetz hat der Gesetzgeber aber nicht geschaffen. Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs geht dadurch die Vertröstung der Grundstückseigentümer, deren Ertragsminderung durch strukturell bedingte Wertveränderung verursacht ist, auf die nächste Hauptfeststellung ins Leere. Dem Vernehmen nach neigt der Bundesfinanzhof dazu, auch andauernde und strukturell bedingte Wertänderungen im Rahmen des § 33 Abs. 1 GrStG zu beachten. Es

<sup>23</sup> vergl. Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 27. Auflage, Rdnr. 9 ff.

<sup>24</sup> vergl. Prölss a.a.O., Rdnr. 9, 12a

<sup>25</sup> Bundesfinanzhof Beschluß vom 13.09.2006, II R 5/05

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 31.05.2006 – VIII ZR 159/05 = GE 2006, 1030 = WuM 2006, 414

bleibt abzuwarten, wie (und wann) eine abschließende Klärung des Problems aussehen wird.

Betriebskostenmäßig stellt sich somit die Frage, ob der Grundstückseigentümer/Vermieter trotz der völlig ungeklärten Rechtslage und der bisherigen ablehnenden Entscheidungspraxis seitens der Finanzbehörden verpflichtet ist, beim Finanzamt einen Antrag nach § 33 Abs.1 GrStG zu stellen, wenn die tatbestandlichen Voraussetzung einer wesentlichen Ertragsminderung (aufgrund Leerstands und geringer zu erzielender Mieten) vorliegen. Das ist nach hier vertretener Ansicht zu verneinen – auch wenn steuerrechtlich dem Grundstückseigentümer im Hinblick auf die ersichtliche Ansicht des Bundesfinanzhofs ein Antrag anzuempfehlen ist. Es würde sich insofern um eine Überdehnung mietvertraglicher Nebenpflichten handeln. Dabei ist auch zu beachten, daß die Folgen eines fehlenden Antrages nach § 33 Abs. 1 GrStG nicht zu übersehen, geschweige denn zu berechnen wären. Denn dazu müßte man fiktiv in der Lage sein, quasi anstelle des Finanzamtes eine Minderung zu berechnen, die dann betriebskostenmäßig an die Mieter weiter zu geben wäre.

### Thesen:

- a) Der Vermieter/Grundstückseigentümer hat die mietrechtliche Pflicht, alles ihm Zumutbare zu tun, um für eine fristgemäße Betriebskostenabrechnung im Sinne des § 556 Abs. 3 BGB rechtzeitig die erforderlichen (Rechnungs-)Unterlagen zu erhalten. Er handelt nicht schuldhaft, wenn die Unterlagen trotz förmlicher Mahnung nicht rechtzeitig bei ihm eingehen. Zur Erhebung einer Klage auf Erteilung von Unterlagen und Erlaß von Bescheiden ist er nicht verpflichtet.
- b) Im Rahmen der Grundsteuer ist der Vermieter verpflichtet, bei Anlaß einer Wert- oder Art- oder Zurechnungsfortschreibung die entsprechenden Tatsachen unverzüglich dem Finanzamt mitzuteilen, damit dieses in die Lage versetzt wird, eine Fortschreibung vorzunehmen und einen entsprechenden Berichtigungsbescheid zur Grundsteuer zu erlassen.
- c) Unterläßt der Vermieter pflichtwidrig eine Anzeige beim Finanzamt, ist ihm die Verspätung im Rahmen des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB zuzurechnen; eine Nachforderung scheidet somit dann aus.
- d) Bei sich aufgrund einer Fortschreibung verringernden Betriebskosten/Grundsteuer hat der Mieter jederzeit einen Anspruch auf Korrektur von Betriebskostenabrechnungen.
- e) Betriebskosten sind grundsätzlich nach dem Leistung- bzw. Zeitabgrenzungsprinzip abzurechnen.
- f) Wird der Versicherer nach einer nicht angezeigten Gefahrerhöhung durch den Grundstückseigentümer im Schadensfall von der Leistung frei, hat der Mieter gegen den Vermieter keinen Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Prämien im Rahmen von Betriebskosten.
- g) Der Vermieter ist mietrechtlich zur Zeit nicht verpflichtet, einen Antrag auf Grundsteuererlaß wegen wesentlicher Ertragsminderung zu stellen.