

Dr. Dietrich Beyer, Richter am BGH a.D.:

Überfällige Korrektur der BGH-Rechtsprechung zur Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen: Keine Anpassung auf der Grundlage einer inhaltlich falschen Abrechnung

BGH, Urteile vom 15. Mai 2012 – VIII ZR 246/11 und 245/11

Seit November 2007 hat der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen, dass es für die Wirksamkeit einer Erhöhung der Vorauszahlungen durch den Vermieter ausschließlich auf die formelle Ordnungsmäßigkeit der zugrundeliegenden Betriebskostenabrechnung ankommt; inhaltliche Fehler der Abrechnung sollten keine Rolle spielen. Die merkwürdige, aber zwangsläufige Folge dieser von Anfang sehr bedenklichen und auch mit dem Wortlaut und Sinn des § 560 Abs.4 BGB unvereinbaren Rechtsprechung war, dass der Vermieter das Mietverhältnis fristlos kündigen konnte, wenn der Mieter wegen der in der Abrechnung enthaltenen Fehler die Anpassung nicht akzeptierte und (zu Recht) weiterhin nur die früheren – niedrigeren – Vorauszahlungen leistete und auf diese Weise ein vermeintlicher Rückstand von mehr als der doppelten Monatsmiete entstand. Aus diesen und anderen Gründen hat der Verfasser in der Vergangenheit die Rechtsprechung stets kritisiert und versucht, den Mietern und Vermietern eine gangbare Lösung aufzuzeigen.¹ Allerdings ist die Auffassung des BGH in der Kommentarliteratur und den Entscheidungsbesprechungen merkwürdigerweise durchweg kritiklos übernommen worden.

(1) Mit zwei ganz aktuellen Urteilen vom 15. Mai 2012 hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung endlich aufgegeben und korrigiert. Der Leitsatz lautet:

Die Anpassung von Vorauszahlungen setzt eine formell und inhaltlich korrekte Abrechnung voraus (Änderung der bisherigen Senatsrechtsprechung...)

Die Begründung der beiden Urteile ist leider recht knapp ausgefallen; im Ergebnis kann man ihnen jedoch nur zustimmen. Zu Recht stellt der BGH nunmehr (endlich) vor allem auf den Sinn und Zweck der Vorauszahlungen – eine möglichst realistische Orientierung an dem voraussichtlichen Ergebnis der folgenden Abrechnungsperiode – ab. Dabei dürfen auch bereits absehbare Kostensteigerungen berücksichtigt werden, während ein „abstrakter“ Sicherheitszuschlag unzulässig ist.² Würden inhaltliche Fehler der Abrechnung bei der Anpassung unberücksichtigt bleiben, so könnte der Vermieter unangemessen hohe Vorauszahlungen erheben, die ihm bei korrekter Abrechnung nicht zustünden. Außerdem dürfe der Vermieter nicht aus seinem eigenen vertragswidrigen Verhalten – der Erstellung einer fehlerhaften Ab-

¹ z.B. Info M 2008, 64 und DMT-Bilanz 2011, 698

² so bereits Urteil vom 28. September 2011 – VIII ZR 294/10, s. dazu nachfolgend unter (2)

rechnung – einen Vorteil in Gestalt der ungerechtfertigten Kündigung des Mietverhältnisses ziehen. Gerade das war aber bei den vom BGH bisher gebilligten überhöhten Anpassungen der Fall, weil der Streit über die Höhe der Vorauszahlungen letztlich zur fristlosen (!) Kündigung des Mietverhältnisses durch den Vermieter führte – ein in der Tat unhaltbares Ergebnis.

Ergänzend bleibt anzumerken, dass schon der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung des § 560 Abs.4 BGB eine Anpassung von Vorauszahlungen nur auf der Grundlage einer *inhaltlichen richtigen* Betriebskostenabrechnung zulässt. Ob die künftigen Vorauszahlungen „angemessen“ im Sinne dieser Vorschrift sind, hängt selbstverständlich nicht nur, aber in erster Linie von der *tatsächlichen* Höhe der Betriebskosten im abgelaufenen Abrechnungszeitraum und nicht von irgendwelchen falschen Zahlen ab. Dass die Abrechnung nur den bekannten formellen Anforderungen, nämlich

- 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.³

genügt, rechtfertigt für sich genommen die Erhöhung (oder sonstige Anpassung) der Vorauszahlungen nicht, wenn die maßgebenden Zahlen sachlich falsch sind.

(2) *Faktoren außerhalb der Abrechnung; unzulässiger „Sicherheitszuschlag“*

In einem Urteil vom 28. September 2011⁴ hatte der BGH bereits die damals noch sehr umstrittene Frage bejaht, dass bei der Erhöhung (oder Herabsetzung) von Vorauszahlungen *nicht ausschließlich* auf die *letzte Betriebskostenabrechnung* abzustellen ist⁵ sondern dass dabei *auch andere Faktoren* außerhalb der Abrechnung berücksichtigt werden können. Die Antwort konnte m.E. schon früher nicht zweifelhaft sein. Schließt beispielsweise die Jahresabrechnung mit einer Nachforderung von 600 € ab und handelt es sich hierbei nicht lediglich erkennbar um eine einmalige Schwankung, dann kann der Vermieter auf dieser Grundlage die monatlichen Vorauszahlungen um 50 € erhöhen. Hat zu diesem Zeitpunkt aber der örtliche Energieversorger eine Erhöhung der Strom- und Gaspreise angekündigt, die sich voraussichtlich durchschnittlich mit etwa 20 € pro Monat auswirkt, dann muss es dem Vermieter gestattet sein, auch diesen Faktor – mit einem entsprechenden Hinweis – in die Bemessung der künftigen Vorauszahlungen einzubeziehen. Alles andere würde dem Zweck des § 560 Abs. 4 BGB nicht gerecht; ein mit Sicherheit zu erwartendes Defizit bei den Vorauszahlungen braucht der Vermieter nicht aus seinem Vermögen vorzuschießen. Vor allem das

³ st. Rspr.

⁴ VIII ZR 294/10, Grundeigentum 2011,1547 = NJW 2011, 3642 = WuM 2011, 686 = NZM 2011, 880 = ZMR 2012, 90

⁵ so z.B. LG Berlin, Urteil v. 10. August 2010, Grundeigentum 2010, 1540

Argument, es könnte ja sein, dass die angekündigte Erhöhung der Energiepreise durch eine Ermäßigung andere Betriebskostenpositionen im laufenden Abrechnungsjahr kompensiert wird, überzeugt nicht. Mit diesem Einwand ließe sich natürlich jeder Erhöhungsgrund ausschließen, womit § 560 Abs. 4 BGB buchstäblich ins Leere laufen würde. Die Vorschrift setzt eine Abrechnung als notwendige, aber nicht als ausschließliche Grundlage der Prognose und Anpassung voraus. In diesem Sinne hat der BGH in dem Urteil vom September 2011 klargestellt, dass eine „konkret zu erwartende Entwicklung der künftigen Betriebskosten“ berücksichtigt werden kann; einen „Sicherheitszuschlag“ (im entschiedenen Fall 10%), wie er in Rechtsprechung und Schrifttum gelegentlich zugebilligt wird, hat er allerdings ausdrücklich ausgeschlossen.

Im *umgekehrten Fall* gilt dies alles natürlich auch *zugunsten des Mieters*, wenn mit einer Reduzierung der Betriebskosten zu rechnen ist oder die Höhe der Betriebskosten im abgerechneten Jahr auf einem einmaligen Ereignis beruhte, das für die künftigen Betriebskosten voraussichtlich ohne Bedeutung sein wird.

Auswirkungen für die Praxis: Erhebt der Mieter rechtzeitig Einwendungen gegen die Abrechnung und eine auf ihr beruhende Anpassung der Vorauszahlungen, so sollte der Vermieter in jedem Fall diese Einwände sehr sorgfältig prüfen. Kommt es zu keiner Einigung und kündigt der Vermieter später wegen angeblicher Rückstände bei den Betriebskostenvorauszahlungen, so kann er mit einer Räumungsklage unangenehme Überraschungen erleben, wenn sich im Rahmen der erforderlichen Überprüfung der Anpassung der Vorauszahlungen deren inhaltliche Unrichtigkeit herausstellt. Dann hilft es dem Vermieter nichts, wenn er darauf hinweist, dass die Abrechnung ja formell völlig in Ordnung ist.