

Grundsätze der Vereinbarung und Änderung von Umlage- schlüsseln von Betriebskosten

Dr. Klaus Lützenkirchen

Rechtsanwalt

*Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

INHALT

1	Einführung.....	1
2	Umlageschlüssel bei Wohnraum.....	1
2.1	Preisfreier Wohnraum	3
2.2	Preisgebundener Wohnraum	4
2.3	Besonderheiten für verbrauchsabhängige Kosten	5
2.4	Umlageschlüssel für Heizkosten	6
3	Umlageschlüssel bei Gewerberaum.....	7
4	Änderung von Umlageschlüsseln.....	7
4.1	Allgemeine Voraussetzungen für Änderungen	7
4.2	Einseitiges Bestimmungsrecht des Vermieters	8
4.3	Gesetzliche Änderungsvorbehalte	9
4.3.1	§ 6 Abs. 4 HeizkV	9
4.3.2	§ 556a Abs. 2 BGB, §§ 21 Abs. 2, 22 a Abs. 2 NMV	10
4.3.3	§ 313 Abs. 1 BGB.....	10
4.4	Änderungspflicht aus § 242 BGB	11
4.5	Vertraglicher Änderungsvorbehalt	12
4.6	Einfluss der Minderung auf den Umlageschlüssel?	14
5	Betriebskosteneinführung infolge Modernisierung.....	15

1 Einführung

Nach § 16 Abs. 3 WEG sind die Mitglieder einer Eigentümergemeinschaft berechtigt, den Verteilerschlüssel für Betriebskosten im Sinne von § 556 Abs. 1 BGB im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung durch Beschluss zu ändern. Mit einem entsprechenden Beschluss ändern sich für den vermietenden Sondereigentümer – möglicherweise gegen seinen ausdrücklichen Willen – die Abrechnungsgrundlagen. Damit entsteht das Risiko, dass er zukünftige Abrechnungen über Betriebskosten gegenüber seinem Mieter nicht mehr ohne Weiteres auf die Abrechnung des WEG-Verwalters, der über die Kosten des Gemeinschaftseigentums im Wege der Jahresabrechnung nach § 28 Abs. 3 WEG abrechnet, stützen kann.

Zwar lässt sich dieses Problem praktisch lösen, indem der WEG-Verwalter bei einem Änderungsbeschluss verpflichtet wird, gleichzeitig eine Abrechnung nach dem alten Schlüssel vorzulegen. Indessen kann sich der vermietende Sondereigentümer nicht sicher sein, dass die Eigentümergemeinschaft auf ihn Rücksicht nimmt. Deshalb muss er schon im Mietvertrag die Möglichkeiten ausschöpfen, die eine weitestgehende Harmonisierung des Mietvertrages mit dem WEG-Recht herbeiführen und eine hohe Flexibilität gewährleisten..

2 Umlageschlüssel bei Wohnraum

Die Wahl des richtigen Umlageschlüssels muss sich einerseits an seiner Praktikabilität und andererseits an den rechtlichen Vorgaben orientieren. Deshalb ist es bei der Vermietung einer Eigentumswohnung sicher zweckdienlich, den Verteilermaßstab zu wählen, der durch die Eigentümergemeinschaft vorgegeben wird.

In rechtlicher Hinsicht enthalten § 556a Abs. 1 BGB und die §§ 21 ff. NMV Vorgaben, die bei der Wahl des Umlageschlüssels zu beachten sind. Ist innerhalb dieser Grenzen ein Umlageschlüssel vereinbart, gehört seine (richtige) Anwendung zu den Mindestanforderungen, die an die Schlüssigkeit einer Abrechnung über Betriebskosten bzw. die Fälligkeit des Saldos gestellt werden.¹ Allerdings hindert die Anwendung eines unrichtigen Maßstabes nur auf einzelne Positionen nicht die Fälligkeit der gesamten Nachforderung, sondern nur des Teils, auf den dieser falsche Schlüssel angelegt wurde.² Abge-

¹ BGH v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 = WuM 2005, 61 m.w.N.

² OLG Düsseldorf v. 11.3.2003 –24 U 74/02, WuM 2003, 387.

sehen davon begründet die Anwendung eines falschen Verteilermaßstabes einen materiellen Fehler der Abrechnung, der auch noch nach Ablauf der Frist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB korrigiert werden kann, sofern die Abrechnung fristgerecht vorgelegt wurde.³

§ 556a Abs. 1 BGB bestimmt für den preisfreien Wohnraum, dass mangels abweichender Vereinbarung der Flächenmaßstab gilt bzw. bei einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung ein Maßstab anzuwenden ist, der den unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Die Vorschrift lässt ausdrücklich abweichende Vereinbarungen zu, ohne dass (formal) eine Beschränkung besteht. Denn Absatz 3 des § 556a BGB, wonach zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarungen unwirksam sind, bezieht sich ausdrücklich nur auf Absatz 2 der Vorschrift.

Bis zum 31.8.2001 wurde dem Vermieter ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB zur Wahl des Umlageschlüssels eingeräumt, sofern im Mietvertrag kein Umlageschlüssel geregelt war.⁴ Dieses einseitige Recht des Vermieters gilt seit 1.9.2001 nur noch, wenn es im Vertrag ausdrücklich vorgesehen ist, also eine abweichende Vereinbarung im Sinne von § 556a Abs. 1 BGB vorliegt.

Bei Mietverträgen, die vor dem 1.9.2001 geschlossen wurden, ist die Anwendung von § 556a Abs. 1 BGB auf Abrechnungen beschränkt, die nach dem 1.9.2001 erstmalig erfolgten, Art. 229 § 3 Abs. 9 EGBGB. Denn wurde vor dem Inkrafttreten der Mietrechtsreform in einem laufenden Mietvertrag bereits abgerechnet, ohne dass im Vertrag ein Abrechnungsmaßstab vereinbart war, hatte der Vermieter durch diese Abrechnung von seinem Leistungsbestimmungsrecht Gebrauch gemacht und damit einen Maßstab festgelegt. Hatte er noch nicht für Zeiträume vor dem 1.9.2001, war er an § 556a Abs. 1 BGB gebunden, wenn der Vertrag keinen Abrechnungsschlüssel vorsieht.

Auch wenn der Vermieter diese Prinzipien nicht beachtet hat, ist im Regelfall davon auszugehen, dass der in den vergangenen Jahren bei der Abrechnung der Betriebskosten angewendete „falsche“ Maßstab mittlerweile verbindlich geworden ist. Denn durch die jahrelange abweichende Anwendung eines vom Vertrag abweichenden Verteilerschlüssels, entsteht darüber eine konkludente Vereinbarung.⁵

³ BGH v. 17.11.2004 – VIII ZR 115/04, WuM 2005, 61.

⁴ vgl. dazu. OLG Hamm, ZMR 1984, 14.

⁵ BGH v. 2.11.2005 – VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774; LG Köln in *Lützenkirchen*, KM, 2 Nr. 26.

2.1 Preisfreier Wohnraum

Ausdrücklich sind für die vertragliche Bestimmung des Abrechnungsschlüssels bei Mietverträgen über preisfreien Wohnraum keine gesetzlichen Schranken geregelt. Das Gleiche gilt für öffentlich geförderten Wohnraum, bei dem die Bewilligung der öffentlichen Mittel nach dem 1.1.2002 stattgefunden hat. Für Mietverträge über derartige Wohnungen gelten gemäß § 28 Abs. 4 WoFG ebenfalls die §§ 556, 556a und 560 BGB. § 556a Abs. 1 BGB ordnet nur an, dass die dort aufgeführten Maßstäbe heranzuziehen sind, wenn keine andere Vereinbarung getroffen wurde.

Gebräuchlich in der Praxis ist vorwiegend die Verteilung nach

- Wohnfläche
- Anzahl der Bewohner
- Mieteinheiten
- umbauter Raum
- Miteigentumsanteile.

Bei der Vermietung einer Eigentumswohnung soll der formularmäßig vereinbarte Verteilerschlüssel unbeachtlich sein, wenn er vom dem in der Eigentümergemeinschaft angewendete Maßstab abweicht.⁶ Diese Auffassung lässt sich jedoch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht vereinbaren. Denn auch Formularklauseln sind vertragliche Regelungen⁷ und daher nur unter den im Gesetz ausdrücklich genannten Voraussetzungen unbeachtlich.

Mangels gesetzlichem Verbot können sich Beschränkungen nur aus § 307 BGB bei einer formularmäßigen Regelung des Umlageschlüssels ergeben. Dazu muss eine unangemessene Benachteiligung vorliegen. Die Vereinbarung des Wohnflächenschlüssels in einem Formularvertrag führt auch dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung, wenn von vorneherein feststeht, dass der betreffende Mieter die Leistung nicht in gleichem Umfang wie andere Mieter in Anspruch nehmen wird, wie dies etwa bei dem

⁶ Blank, WuM 2000, 523, 524.

⁷ BGH v. 18.6.2003 - VIII ZR 240/02, MietRB 2003, 32 = WuM 2003, 505 = ZMR 2003, 655.

Erdgeschossmieter hinsichtlich der Aufzugskosten der Fall ist.⁸ Denn die verhältnismäßig gleiche Beteiligung aller Mieter an den Betriebskosten entspricht dem Grundgedanken des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach kann eben nach der Gesamtwohnfläche abgerechnet werden, sofern nicht nach Verbrauch oder Verursachung abzurechnen ist. Bei der Bewertung der Benachteiligung i.S.v. § 307 BGB ist nicht darauf abzustellen, ob der Mieter z.B. einen Aufzug sinnvoll nutzen kann. Dies widerspricht bereits der in § 556a Abs. 1 BGB enthaltenen Wertung des Gesetzgebers. Danach gilt die Gesamtwohnfläche bei den Betriebskosten als akzeptabler Umlagemaßstab.

Wenn aber der Umfang der Inanspruchnahme einer Leistung kein Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 307 BGB ist, kann auch die formularmäßige Regelung anderer Verteilerschlüssel als die Wohnfläche grundsätzlich nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung führen.

Mit Rücksicht darauf können Formulklauseln über Verteilerschlüssel nur an den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Praktikabilität gemessen werden. Danach ist eine am gleichen Maßstab orientierte Verteilung der Kosten zu gewährleisten und dessen Nachvollziehbarkeit für den Mieter. Dass die Regelung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB transparent, also klar und verständlich sein muss, versteht sich von selbst. Insofern bestehen z.B. hinsichtlich der schlagwortartigen Verwendung der Begriffe Miteigentumsanteile oder umbauter Raum keine Bedenken. Die Begriffe werden durch Tatsachen ausgefüllt, auf denen das Mietverhältnis beruht, nämlich die Abgeschlossenheitsbescheinigung und die Baugenehmigung. Sie können zur Auslegung und zur Ausfüllung herangezogen werden. Ebenso ist der Begriff der „Wohnfläche“ der Auslegung zugänglich.⁹ Ob die Verwendung in der Abrechnung in nachvollziehbarer Weise erfolgt,¹⁰ ist keine Frage der Wirksamkeit einer Klausel über Verteilerschlüssel.

2.2 Preisgebundener Wohnraum

Für preisgebundenen Wohnraum, für den die öffentlichen Mittel vor dem 1.1.1002 bewilligt wurden (§ 50 WoFG), gilt nach § 20 Abs. 2 MNV das Verhältnis der Wohnfläche als verbindlicher Umlagemaßstab, sofern die §§ 21 - 25 MNV nichts Abweichendes regeln. Relevant ist insoweit, dass

⁸ BGH v. 20.9.2006 - VIII ZR 103/06, WuM 2006, 613 – NZM 2006, 895 = ZMR 2006, 919.

⁹ BGH v. 23.5.2007 - VIII ZR 138/06, ■; BGH v. 7.7.2004 - VIII ZR 192/03, NJW 2004, 3115.

¹⁰ Vgl. z.B. AG Leipzig v. 2.6.2006 – 163 C 739/06, WuM 2007, 197.

- ▶ die Kosten des Wasserverbrauchs zwingend verbrauchsabhängig abgerechnet werden müssen, wenn der Verbrauch erfasst wird, § 21 Abs. 2 Satz 3 NMV,
- ▶ für Heizkosten zwingend auf die HeizkV verwiesen wird und wo ausnahmsweise wegen § 11 HeizkV keine verbrauchsabhängige Abrechnung notwendig ist, regelmäßig nach Wohnfläche abzurechnen ist, § 22 NMV,
- ▶ der Vermieter bei den Kosten der Müllentsorgung zwischen einem verursachungsabhängigen und dem Wohnflächenschlüssel wählen darf, § 22a Abs. 2 NMV,
- ▶ bei einer zentralen Brennstoffanlage die Kosten nur nach dem Brennstoffverbrauch umgelegt werden dürfen, § 23 Abs. 2 NMV,
- ▶ die Kosten des Aufzugs nach Wohnfläche abzurechnen sind, sofern nicht im Einvernehmen mit allen Mietern ein anderer Schlüssel vereinbart ist, wobei der Erdgeschossmieter von der Umlage ausgenommen werden kann, § 24 Abs. 2 NMV,
- ▶ die laufenden Grundgebühren für den Breitbandkabelanschluss grundsätzlich nur zu gleichen Teilen auf die Mieter umgelegt werden dürfen, § 24a Abs. 2 NMV,
- ▶ die Kosten der Einrichtungen für die Wäschepflege nur auf die Benutzer nach einem dem Gebrauch Rechnung tragenden Schlüssel umgelegt werden dürfen, § 25 Abs. 2 NMV.

Regelungen die gegen die vorstehenden Grundsätze verstoßen sind nach §§ 134 BGB, 8 WoBindG nichtig.

2.3 Besonderheiten für verbrauchsabhängige Kosten

§ 556a Abs. 1 Satz 2 BGB gibt vor, dass Betriebskosten, die von einem erfassten Verbrauch oder einer erfassten Verursachung durch den Mieter abhängen, nach einem Maßstab umzulegen sind, der dem unterschiedlichen Verbrauch oder der unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Zwar erscheint die Vorschrift ihrem Wortlaut nach verpflichtend, weil im Gegensatz zu Abs. 1 Satz 1 nicht der Hinweis auf fehlende andere Vereinbarungen erfolgt. Da sich § 556a Abs. 3 BGB jedoch ausdrücklich auf § 556a

Abs. 2 BGB beschränkt, wird deutlich, dass auch die Pflicht zur verbrauchsabhängigen Abrechnung bei Verbrauchserfassung abdingbar ist. Allerdings bedarf es auch insoweit einer ausdrücklichen Regelung im Vertrag.

Ist die Wohnung mit Einrichtungen zur Verbrauchserfassung (z.B. Wasseruhren) ausgestattet und regelt eine vom Vermieter gestellte Formulklausel davon abweichend die Umlage nach einem anderen Maßstab, liegt zumindest eine überraschende Klausel i.S.v. § 305c BGB vor. Denn in diesen Fällen muss der Mieter nicht ohne ausdrücklichen Hinweis damit rechnen, dass die Kosten nicht nach dem erfassten Verbrauch bzw. der erfassten Verursachung abgerechnet werden. Dies gilt erst recht, wenn die der Abrechnung zugrundeliegenden Kosten dem Vermieter auf der Basis des Verbrauchs- oder Verursachungsanteils des Mieters in Rechnung gestellt werden.¹¹

Schließlich kann eine abweichende Vereinbarung auch durch schlüssiges Verhalten getroffen werden.¹² Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei der abweichenden Vereinbarung durch schlüssiges Verhalten hinsichtlich des Umfangs der umlegbaren Betriebskosten. Dazu muss der Vermieter mindestens dreimal abgerechnet haben.

2.4 Umlageschlüssel für Heizkosten

Für die Heizkosten gibt § 7 Abs. 1 HeizkV vor, dass 50% bis 70% der Kosten verbrauchsabhängig abgerechnet werden. Die Parteien haben jedoch die Möglichkeit, nach § 10 Abs. 1 HeizkV einen höheren Verbrauchskostenanteil zu vereinbaren. Dies muss jedoch eindeutig erfolgen. Dazu reicht es nicht aus, auf die übliche Verfahrensweise der Abrechnungsfirma zu verweisen.¹³ Eine Regelung, die die Abrechnung „nach Heizkostenverteilern“ vorsieht, wird aber als ausreichend angesehen.¹⁴

Eine von den Regelungen der HeizkV abweichende Vereinbarung ist nach den §§ 134 BGB, 2 HeizkV unwirksam.¹⁵

¹¹ vgl. dazu: AG Moers, WuM 1996, 96.

¹² BGH v. 2.11.2005 – VIII ZR 52//05, WuM 2005, 774; LG Köln in *Lützenkirchen*, KM, 2 Nr. 26.

¹³ LG Saarbrücken, WuM 1990, 85, 86.

¹⁴ OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 569.

¹⁵ BGH v. 19.7.2006 – VIII ZR 212/05, GE 2006, 1094 = WuM 2006, 518 = ZMR 2006, 766.

Ergibt sich aus dem Mietvertrag keine Regelung zum Verhältnis zwischen den Grund- und den Verbrauchskosten, steht dem Vermieter innerhalb der Vorgaben des § 7 Abs. 1 HeizkV ein Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen (§§ 315, 316 BGB) zu. Ein Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn in einem schlecht isolierten Altbau, bei dem ein erhöhter Grundwärmebedarf besteht, die Heizkostenabrechnung überwiegend nach Verbrauchsanteilen erfolgt.¹⁶ Dies kann im Zweifel nur durch einen Sachverständigen ermittelt werden.

3 Umlageschlüssel bei Gewerberaum

Für Gewerberaum bestehen keine gesetzlichen Bestimmungen, die die Wahl des Verteilerschlüssels beschränken. Solange ein Abrechnungsschlüssel nicht vereinbart ist, was auch stillschweigend möglich ist, besteht für den Vermieter ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB. Die Heizkosten sind entsprechend der HeizkV umzulegen.

Allerdings werden auch hier bei der formularmäßigen Regelung die Grundsätze der Gleichbehandlung und Praktikabilität zu berücksichtigen sein.

4 Änderung von Umlageschlüsseln

Grundsätzlich sind die Parteien jederzeit berechtigt, den Verteilerschlüssel im gegenseitigen Einvernehmen zu ändern. Für die Wirksamkeit dieser Änderungsvereinbarung gelten die in Abschnitt 2 dargestellten Grundsätze. Eine stillschweigende Änderung ist anzunehmen, wenn der Mieter über mehrere Jahre die vom Vertrag abweichende Anwendung eines Umlageschlüssels (durch Ausgleich des Saldos) akzeptiert.¹⁷

Für die einseitige Änderung von Umlageschlüsseln ist danach zu unterscheiden, auf welcher Grundlage er ursprünglich bestimmt wurde. Ist der Folge der Anwendung des Leistungsbestimmungsrechts durch den Vermieter, kann dessen Entscheidung nach den §§ 315 Abs. 3 BGB auf Billigkeit untersucht werden.

4.1 Allgemeine Voraussetzungen für Änderungen

Alle Änderungsansprüche/-rechte stehen unter der Prämisse, dass dem Vermieter zu einer Änderung überhaupt in der Lage ist. Dies kann grundsätzlich nur angenommen

¹⁶ AG Saarburg, WuM 2001, 85; AG Lübeck, WuM 1988, 64.

¹⁷ BGH, WuM 2005, 774; LG Köln in *Lützenkirchen*, KM, 2 Nr. 26.

werden, wenn eine Änderung für die Zukunft erfolgt,¹⁸ und wenn ihm gegenüber allen Mietern ein Änderungsrecht zusteht. Denn die bloße Änderung der Abrechnung bei einem Mieter kann nicht nur zu einem unzumutbaren Aufwand führen,¹⁹ sondern vor allem zu einer Ungleichbehandlung, weil die Kosten nicht mehr gleichmäßig verteilt werden können. Darüber hinaus ist der Grundsatz der Abrechnungseinheit zu berücksichtigen.

4.2 Einseitiges Bestimmungsrecht des Vermieters

Bei entsprechender Vereinbarung kann der Vermieter gemäß §§ 315, 316 BGB den Maßstab für die Umlage der Betriebskosten für die erste Abrechnungsperiode (einseitig) bestimmen.²⁰ Danach muss seine Wahl billigem Ermessen entsprechen. Das setzt voraus, dass er die Vor- und Nachteile des gewählten Umlageschlüssel gegenüber anderen unter Beachtung der konkreten Verhältnisse im Mietobjekt abwägt. Die Bestimmung muss sachgerecht und vom Mieter nachvollzogen werden können.

Vor allem mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BGH²¹ zur Frage des notwendigen Vorwegabzuges bei gemischter Nutzung wird man eine unbillige und damit nicht sachgerechte Bestimmung des Verteilerschlüssels erst dann annehmen können, wenn für den Mieter ein erhebliche Nachteil eintritt und dem Vermieter die andere Abrechnung zumutbar ist.²² Letzteres wird bei einem Personenschlüssel vor dem Hintergrund der Wertung des Gesetzgebers in § 556a Abs. 1 BGB kaum der Fall sein können. Im Übrigen muss sich für den Mieter regelmäßig ein wirtschaftlicher Vorteil von mindestens 50% ergeben. Allerdings sind starre Grenzen (z.B. in Prozent) nicht zweckgerecht, allenfalls als Untergrenze.²³ Vielmehr ist hier auf die absolute Höhe und das konkrete Mietverhältnis abzustellen. Denn in der Gewerberaummieta kann z.B. eine Abweichung von 1% bei einem Unternehmen, das viel Energie verbraucht, schon das Vielfache einer Betriebskostenabrechnung im Wohnraum ergeben.

¹⁸ Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 9. Aufl., Rz. 4118; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 4. Aufl., F Rz. 12 m.w.N.

¹⁹ LG Wuppertal, WuM 1989, 520.

²⁰ AG Köln, ZMR 1997, 30.

²¹ BGH, WuM 2006, 200 = NZM 2006, 340.

²² vgl. auch Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 4. Aufl., F Rz. 6 m.w.N.

²³ LG Aachen v. 11.08.2006 – 5 S 68/06, WuM 2006, 615 (Mehrkosten von 3% der Gesamtkosten).

Im Prozess muss der Mieter zunächst die Billigkeit substantiiert bestreiten.²⁴ Ist dies geschehen, ist es Aufgabe des Vermieters, die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die die Billigkeit seiner Leistungsbestimmung rechtfertigen.

Das auf § 315 Abs. 3 BGB gestützte Änderungsrecht besteht allerdings nicht ohne zeitliche Schranke.²⁵ Zwar fehlt eine solche ausdrückliche Anordnung im Gesetz. Die Regel, dass Rechte grundsätzlich innerhalb angemessener Frist ausgeübt werden müssen, ist mittlerweile aber gesetzlich geregelt (vgl. § 314 Abs. 3 BGB). Als angemessen wird hier eine Frist von drei Jahren in Anlehnung an § 6 Abs. 4 Nr. 1 HeizkV anzunehmen sein. Hat der Mieter also die Abrechnung dreimal akzeptiert, kann er eine Unbilligkeit bei der Bestimmung des Verteilerschlüssels nicht mehr rügen. Nachträgliche Änderungen sind insoweit unerheblich, weil nur die Leistungsbestimmung beurteilt wird.

4.3 Gesetzliche Änderungsvorbehalte

Beruhet der Verteilerschlüssel auf einer vertraglichen Festlegung, richtet sich die Änderungsbefugnis grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften. Danach sind einseitige Änderungen zulässig, wenn sie durch Vertrag oder Gesetz vorgesehen sind.

4.3.1 § 6 Abs. 4 HeizkV

Eine Änderung der Aufteilung zwischen Grund- und Verbrauchskosten ist gemäß § 6 Abs. 4 HeizkV in den dort genannten Fällen zulässig, sie wirkt nur für eine zukünftige Abrechnungsperiode.²⁶ Hat der Vermieter aber während dreier Abrechnungsperioden die Grundkosten nach der Wohnfläche umgelegt, kann er nach § 6 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 HeizkV die Abrechnung nicht mehr auf beheizbare Flächen umstellen.²⁷ Dies gilt erst recht, wenn die Änderung wegen Leerstandes erfolgt. Im Übrigen kann von dem Änderungsrecht innerhalb der ersten drei Jahre nur einmal Gebrauch gemacht werden.

Ansonsten ist eine Änderung nur zulässig bei einer Umstellung auf eine Vorerfassung nach Nutzergruppen (§ 6 Abs. 4 Nr. 2 HeizkV) oder nach einer Modernisierung (§ 6 Abs. 4 Nr. 3 HeizkV).

²⁴ OLG Düsseldorf, WuM 2000, 133 = ZMR 2000, 215

²⁵ Palandt/*Grüneberg*, 66. Aufl., § 315 BGB Rz. 17 m.w.N.

²⁶ AG Köln in *Lützenkirchen*, Kölner Mietrecht 4 Nr. 7.

²⁷ BGH, NZM 2004, 254 = WuM 2004, 150.

4.3.2 § 556a Abs. 2 BGB, §§ 21 Abs. 2, 22 a Abs. 2 NMV

Gesetzliche Möglichkeiten, den vereinbarten Maßstab auf einen verbrauchsabhängigen oder -orientierten Verteiler zu ändern, stehen für Wasser-, Entwässerung- und Müllabfuhrkosten nach §§ 21 Abs. 2, 22 a Abs. 2 NMV und im preisfreien Wohnraum für verbrauchs- oder verursachungsabhängige Betriebskosten nach § 556a Abs. 2 BGB zur Verfügung. § 556a BGB erfasst dabei sowohl den Wechsel des Umlageschlüssels als auch die Ausgliederung von Betriebskosten aus der (Grund-) Miete (= Teilinklusive- oder Bruttomiete).²⁸

Voraussetzung ist, dass der Vermieter durch technische Einrichtungen oder in anderer Weise die Voraussetzungen für eine verbrauchs- oder verursachungsabhängige Abrechnung geschaffen hat. Der bloße Wechsel vom Wohnflächen zum Personenschlüssel reicht nicht aus.²⁹ Formal ist dies im preisgebundenen Wohnraum aus der Zeit vor dem 1.1.2002 nach § 10 WoBindG und im preisfreien sowie nach dem 1.1.2002 öffentlich geförderten Wohnraum in Textform nach § 126b BGB zu geschehen.

Aus den Vorschriften kann unter besonderen Umständen auch ein Änderungsanspruch des Mieters entstehen. Hat der Vermieter die Voraussetzungen für eine Verbrauchserfassung geschaffen und wird ein Mieter z.B. wegen der Größe seiner Wohnung bei einem Flächenschlüssel unbillig benachteiligt, wird das ansonsten bestehende freie Ermessen des Vermieters auf die Anwendung des verbrauchsabhängigen Schlüssels gebunden.³⁰

4.3.3 § 313 Abs. 1 BGB

Diese Vorschrift räumt einen Anspruch auf Vertragsanpassung ein, wenn sich die bei Vertragsschluss von beiden Parteien angenommenen tatsächlichen Voraussetzungen nicht realisieren oder wesentlich ändern. Dabei darf es sich aber nicht um Umstände handeln, die allein in den Risikobereich einer Partei fallen.

Zu dieser letztgenannten Kategorie gehört der Leerstand. Er allein kann keinen Anspruch des Vermieters auf Zustimmung zur Änderung des Umlageschlüssels begründen, da das Leerstands- und damit das Vermietungsrisiko allein in den

²⁸ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 4. Aufl., F Rz. 18 m.w.N.

²⁹ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 4. Aufl., F Rz. 20 m.w.N.

³⁰ vgl. Eisenschmid/Rips/Wall, Betriebskosten-Kommentar, 2. Aufl., Rz. 2330.

Risikobereich des Vermieters fällt.³¹ Zugunsten des Mieters soll der Vermieter bei erheblichen Leerständen im Mietobjekt verpflichtet sein, die verbrauchsunabhängigen Kosten (z.B. Abrechnungskosten) vorab herauszurechnen und nur nach Wohnfläche umzulegen.³² Diese Auffassung verkennt § 6 Abs. 4 HeizkV jedenfalls für die Abrechnung von Heiz- und Warmwasserkosten. Aber auch im Übrigen kann sich der Mieter auf § 313 BGB in einem solchen Fall nicht berufen. Zwar fällt der Leerstand nicht in seinen Risikobereich. Er würde jedoch besser gestellt als in dem Fall, in dem bei einem anderen Mieter z.B. kein oder nur ein geringerer Verbrauch festgestellt wird.

Mit Rücksicht darauf können die Parteien über § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich keine Änderung des Umlageschlüssels erreichen. Auch der Mieter kann dies für den Fall, dass er z.B. nach dem Tod oder Auszug eines Mitmieters/Mitbenutzers allein in einer großen Wohnung lebt. Zwar wird er dann bei Anwendung eines an der Fläche orientierten Maßstabes u. U. mit hohen Kosten belastet und damit gegenüber den Mietern, die ggf. sogar zu mehreren in einer kleineren Wohnung leben, benachteiligt. Dies sind jedoch keine unvorsehbare Umstände, sondern die Folge eines Flächenmaßstabes, wie ihn auch das Gesetz in § 556a Abs. 1 BGB vorsieht.³³

Allenfalls kann eine Änderung erreicht werden, wenn im Bereich der verbrauchsabhängigen Betriebskosten der Leistungsträger selbst auf eine Abrechnung nach Anfall umstellt.³⁴ Hier spricht aber die größere Sachnähe dafür, z.B. 556a Abs. 2 BGB analog anzuwenden, sofern sich die Feststellung treffen lässt, dass der Gesetzgeber im Jahre 2001 diesen Fall übersehen hat.

4.4 Änderungspflicht aus § 242 BGB

Beruhet die Festlegung des Umlageschlüssels nicht auf den §§ 315, 316 BGB, soll sich auch ohne vertraglichen Vorbehalt ein Anspruch des Mieters auf Änderung des Verteilerschlüssels für die Zukunft aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergeben. Voraussetzung soll sein, dass

³¹ BGH, WuM 2006, 440.

³² AG Rathenow, WuM 2004, 342.

³³ Vgl. dazu BGH, WuM 2006, 613 = NZM 2006, 895 = ZMR 2006, 919.

³⁴ Vgl. z.B. AG Moers, WuM 1996, 96.

- ▶ alle Mieter zustimmen bzw. eine Ablehnung rechtsmissbräuchlich wäre³⁵ oder
- ▶ sich die Umstände wesentlich geändert haben.³⁶

Beide Varianten sind abzulehnen. § 242 BGB kann eine vertragliche Bindung nicht aushebeln und darf insbesondere nicht zur Korrektur von dogmatisch begründeten Ergebnissen herangezogen werden.³⁷ In der aktuellen Rechtslage beruht die Festlegung des Verteilerschlüssels entweder auf einer vertraglichen Bestimmung oder der Anwendung des § 556a Abs. 1 BGB. Das Gesetz sieht mit den §§ 119, 123, 134, 138, 307, 313 Abs. 1, 315 Abs. 3 BGB eine ausreichende Anzahl von Möglichkeiten vor, eine vertragliche Regelung (einseitig) aufzuheben oder zu ändern. In Kenntnis der gerade mit der Wahl des Umlageschlüssels durch den Vermieter verbundenen Probleme hat der Gesetzgeber zur Verteilung der Betriebskosten allein die in § 556a BGB enthaltenen Grundsätze aufgestellt. Damit ist eine Änderungsbefugnis grundsätzlich auf den in § 556a BGB geregelten Fall beschränkt. Da weitere Abweichungen durch Vertragsklauseln zulässig sind, muss der gesetzlichen Wertung entnommen werden, dass für darüber hinausgehende Möglichkeiten kein Raum besteht.

Ohnehin kommt eine Korrektur über § 242 BGB nur ausnahmsweise in Betracht. Dazu muss in der Regel ein unerträgliches Ergebnis vorliegen.³⁸ Da die Betriebskostenabrechnung aber nie ein cent-genaues gerechtes Ergebnis hervorbringen kann und muss, sind derartige Fälle eigentlich undenkbar, zumal alle vorstellbaren Varianten auch bei Anwendung des Wohnflächenschlüssels entstehen können. Der ist aber nach der Wertung des Gesetzgebers als akzeptabler Umlagemaßstab anzusehen.³⁹

4.5 Vertraglicher Änderungsvorbehalt

Vertragliche Änderungsvorbehalte werden generell für zulässig gehalten. Für Individualvereinbarungen ergeben sich dafür allein die allgemeinen Grenzen der §§ 134, 138 BGB, in deren Zusammenhang z.B. §§ 556a Abs. 3 BGB, 6 Abs. 4 HeizkV und 21 NMV relevant werden können.

³⁵ vgl. *Schmid*, Hb der Mietnebenkosten, 9. Aufl. Rz. 4117.

³⁶ *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 4. Aufl., F Rz. 11.

³⁷ BGH, WuM 2005, 782.

³⁸ BGH, WuM 2005, 782 m.w.N.

³⁹ BGH, WuM 2006, 613 = NZM 2006, 895 = ZMR 2006, 919.

Eine Formulklausel muss an § 307 BGB, insbesondere dem Transparenzgebot, gemessen werden. Dazu darf der Wortlaut der Regelung nicht geeignet sein, den Mieter über die wahre Rechtslage hinwegzutäuschen. Da auch die Heizkosten als Betriebskosten anzusehen sind, setzt eine Klausel, die klar und verständlich sein soll, zunächst voraus, dass die Änderung des Verteilers für Heizkosten ausdrücklich ausgenommen wird.⁴⁰ Denn hier ist eine Änderung nur unter den engen Voraussetzungen des § 6 Abs. 4 HeizkV zulässig.

Daneben wird gefordert, dass die Ausübung der Änderungsbefugnis an einen sachlichen Grund gebunden ist.⁴¹ Dies ist in Anlehnung an die Änderungsbefugnis bei Fristen zu Schönheitsreparaturen⁴² schon der Fall, wenn die Entscheidung des Vermieters an billiges Ermessen gebunden ist.

Schließlich muss klargestellt sein, dass die Änderung nur für die Zukunft erfolgen darf. Denn ansonsten entsteht eine Kollision mit § 556 Abs. 3 BGB. Dessen Sinn besteht darin, dem Mieter innerhalb der Abrechnungsfrist die finanzielle Belastung für die Abrechnungsperiode aufzuzeigen.⁴³ Sieht die Klausel aber vor, dass der Vermieter den Abrechnungsschlüssel nachträglich korrigieren darf, was schon der Fall ist, wenn es nicht verboten ist, könnte er entgegen § 556 Abs. 3 BGB den Saldo ändern.

Schließlich sollte eine Frist geregelt sein. Zwar können Rechte im Zusammenhang mit Betriebskosten auch ohne Frist angeordnet werden, wie § 560 Abs. 4 BGB zeigt. Die Regelung betrifft aber eine elementare Größe der Abrechnung, so dass im Hinblick auf § 560 Abs. 2 BGB vorsichtshalber eine Frist von drei Monaten geregelt werden sollte.

Formulierungsbeispiel:

„Außer für Heizkosten kann der Vermieter den Verteilerschlüssel für die Betriebskosten einseitig nach billigem Ermessen ändern. Die Erklärung erfolgt in Textform und wirkt mit einer Frist von drei Monaten für die nächste Abrechnungsperiode.“

⁴⁰ BGH, ZMR 1993, 263, 264.

⁴¹ Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 4. Aufl., F Rz. 8; Schmid, Hb der Mietnebenkosten, 9. Aufl. Rz. 4109 m.w.N.

⁴² BGH, WuM 2005, 50 = ZMR 2005, 109 = MietRB 2005, 62.

⁴³ BGH, WuM 2005, 61.

4.6 Einfluss der Minderung auf den Umlageschlüssel?

Seitdem der BGH⁴⁴ klargestellt hat, dass die Minderung von der Bruttomiete erfolgt, werden die Auswirkungen dieser Berechnung auf die Betriebskostenabrechnung diskutiert.⁴⁵ Mittlerweile scheint die wohl – richtige - h.M., anzunehmen, dass das Abrechnungsergebnis, also die Summe aller Einzelbelastungen vor Abzug der Vorauszahlungen, grundsätzlich um die Minderungsquote zu verringern ist. Für – bezogen auf das Abrechnungsjahr – vorübergehende Mängel ist dafür zunächst der Minderungsbetrag pro Tag zu ermitteln.⁴⁶

Werden die Betriebskosten nach Fläche abgerechnet und beruht der Mangel im Sinne von § 536 BGB auf einer über 10% liegenden Abweichung der Wohnfläche zu Lasten des Mieters, könnte die Reduzierung des Abrechnungsergebnisses zu einer doppelten Anrechnung führen, wenn der Mieter Anspruch darauf hätte, dass die tatsächliche Fläche der Betriebskostenabrechnung zugrundegelegt wird.

Beispiel: Im Mietvertrag sind 100 m² Mietfläche vereinbart. Tatsächlich sind aber nur 85 m² vorhanden. Das Abrechnungsergebnis über die Betriebskosten beträgt auf der Basis der Fläche von 100 m² € 3.000,00. Wird die tatsächliche Fläche von 85 m² angesetzt, ermitteln sich € 2.550,00.⁴⁷ Wird auf diesen Betrag die Minderungsquote von 15% angewendet, verringert sich das Abrechnungsergebnis auf € 2.167,50.

Die tatsächliche Fläche ist also Anlass für den geringeren Kostenanteil wegen der Reduzierung des Umlageschlüssels und Grundlage für die Anwendung der Minderungsquote auf das Abrechnungsergebnis.

Der BGH⁴⁸ hält dieses Ergebnis für richtig und verweist darauf, dass sich ja gleichzeitig die Vorauszahlungen entsprechend der Minderungsquote verringern, so dass materiell eine doppelte Anrechnung nicht eintrete. Bei angenommenen Vorauszahlungen € 2.400,00 p.a. findet eine Reduzierung durch die Minderungsquote von 15% auf € 2.040,00. Bei gleichzeitiger Änderung des Abrechnungsschlüssels ergibt sich eine

⁴⁴ BGH v. 6.4.2005 – XII ZR 225/03, NJW 2005, 1713 = WuM 2005, 384 = MietRB 2005, 202; BGH v. 20. 7. 2005 – VIII ZR 347/04, WuM 2005, 573.

⁴⁵ vgl. *Bieber*, www.mietgerichtstag.de/downloads/vortragbieber.pdf m.w.N.

⁴⁶ vgl. *Bieber*, www.mietgerichtstag.de/downloads/vortragbieber.pdf.

⁴⁷ Dabei wird unterstellt, dass nur in der betreffenden Einheit bei der Flächenberechnung ein Fehler aufgetreten ist, so dass der Gesamtverteiler auch nur um die Differenz von 15 m² zu reduzieren ist.

⁴⁸ BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 247/04, WuM 2005, 574.

Nachzahlung von € 127,00. Beschränkt sich die Anwendung der Minderungsquote auf das Abrechnungsergebnis – also ohne gleichzeitige Korrektur des Verteilerschlüssels – bleibt eine Nachforderung von € 510,00 (= € 3.000,00 ./. 15% ./. € 2040,00).

Die Aussage des BGH ist in ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Denn eine Anwendung des Flächenschlüssels nach den tatsächlichen Verhältnissen ist nur möglich, wenn der Mieter die Umsetzung der tatsächlichen Verhältnisse verlangen kann. Das setzt entweder die Anwendung des § 556a Abs. 1 BGB oder einen Anspruch auf Änderung des Abrechnungsschlüssels voraus. Letzteres ist aber nur in eingeschränktem Rahmen der Fall. Solange der angewendete Schlüssel auf einer Vereinbarung beruht, kann er nur unter den Bedingungen geändert werden, unter denen Verträge bzw. deren Bestimmungen geändert werden können.⁴⁹

Streng genommen kann auch bei Anwendung des § 556a BGB eine Vereinbarung bestehen, die eine Änderung des Abrechnungsschlüssels auf die tatsächlichen Verhältnisse verhindert. Denn durch jahrelange Übung kann eine stillschweigende Vereinbarung über den Verteilerschlüssel entstehen.⁵⁰ Dazu müsste aber im konkreten Fall verlangt werden, dass sich die Parteien zumindest der Möglichkeit einer Abweichung der vereinbarten Fläche von der tatsächlichen Größe der Mietsache bewusst sind.

5 Betriebskosteneinführung infolge Modernisierung

Will der Vermieter den Wohnwert verbessern oder eine Maßnahme zur Einsparung von Energie durchführen, muss er den durch § 554 Abs. 2 BGB beschriebenen Weg beschreiten. Nach Fertigstellung der Maßnahme räumt ihm § 559 BGB das Recht ein, die Kosten der Modernisierung mit 11% pro Jahr auf die Miete umzulegen. Für Betriebskosten, die infolge der Modernisierung neu entstehen (z.B. Kosten des Aufzugs, Heizkosten) besteht keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Ob und ggf. in welchem Verfahren der Vermieter mit der Modernisierung verbundene neue Betriebskosten auf den Mieter umlegen darf, wird nicht einheitlich bewertet.

Sofern der Mietvertrag eine sog. Mehrbelastungsklausel enthält, soll die Umlage nach einhelliger Meinung grundsätzlich zulässig sein, soweit die Klausel wirksam ist und der

⁴⁹ OLG Düsseldorf v. 30.3.2006 – I-10 U 143/05, WuM 2006, 381.

⁵⁰ BGH v. 2.11.2005 – VIII ZR 52/05, WuM 2005, 774.

Vermieter ihre Voraussetzungen einhält.⁵¹ Dies korrespondiert mit der Rechtsprechung des BGH, der die Einführung neuer Betriebskosten bei vertraglichem Vorbehalt für zulässig hält.⁵² Zur Wirksamkeit einer Formulklausel ist es dabei ausreichend, wenn sie zum Verfahren „einschränkend“ z.B. auf den „Rahmen der gesetzlichen Vorschriften“ verweist. Danach ist insbesondere zu berücksichtigen, dass nur nach § 560 Abs. 2 BGB ausnahmsweise eine rückwirkende Mieterhöhung zulässig ist.

Fehlt es aber an einem Vorbehalt im Mietvertrag soll nach einer Meinung eine Umlage der infolge einer Modernisierung neu entstehenden Betriebskosten nicht zulässig sein, weil § 559 BGB diese Möglichkeit nicht eröffnet.⁵³ Danach sollen die neuen Betriebskosten Teil der Grundmiete werden.

Andere halten eine Umlage in den einschlägigen Fällen ohne Weiteres für möglich,⁵⁴ wobei z.T. eine vertragliche Nebenpflicht des Mieters als Anspruchsgrundlage zum Abschluss einer Umlagevereinbarung herangezogen⁵⁵ oder der Weg über eine ergänzende Vertragsauslegung beschränkt wird.⁵⁶ Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob die entstehenden Betriebskosten erheblich sind.⁵⁷

Alle einschränkenden Meinungen haben den Nachteil, dass sie mit § 2 HeizkV kollidieren. Baut der Vermieter erstmals eine Heizung ein, deren laufende Kosten er nach den Bestimmungen der HeizkV umlegen kann, ist er zur verbrauchsabhängigen Abrechnung gezwungen. Ob er dazu Vorauszahlungen erheben darf, ist zunächst unerheblich. Maßgeblich ist, dass er die Kosten gemäß § 556 Abs. 3 BGB abzurechnen hat. Denn § 2 HeizkV geht nicht nur allen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen vor, sondern ordnet im hier relevanten Zusammenhang die Abrechnung der Heiz- und ggf. Warmwasserkosten an.⁵⁸

⁵¹ Vgl. z.B. *Weitemeyer* in Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 8. Aufl., § 556 BGB Rz. 35; *Seldeneck*, *Betriebskosten im Mietrecht*, Rz. 2715.

⁵² BGH v. 27.9.2006 – VIII ZR 80/06, WuM 2006, 612 = NZM 2006, 896.

⁵³ LG Berlin v. 7.11.2006 – 65 S 169/06, GE 2007, 597; *Weitemeyer* in Emmerich/Sonnenschein, *Miete*, 8. Aufl., § 556 BGB Rz. 35.

⁵⁴ *Langenberg*, *Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete*, 4. Aufl., E Rz. 3;

⁵⁵ *Kinne*, MDR 2002, 142.

⁵⁶ *Schmid*, *Hb der Mietnebenkosten*, 9. Aufl. Rz. 3035c; vgl. auch LG Berlin, NZM 2002, 64

⁵⁷ *Sternel*, *Mietrecht*, 3. Aufl., III Rz. 323.

⁵⁸ BGH, GE 2006, 1094 = WuM 2006, 518; a.A. OLG Düsseldorf, WuM 2006, 281.

Für andere Betriebskosten im Sinne von § 1 BetrKV ist auf die bisherige Mietstruktur der Parteien abzustellen.

Haben die Parteien eine Abrechnungspflicht des Vermieters geregelt, was bereits durch die Vereinbarung von Vorauszahlungen erreicht ist,⁵⁹ ergibt sich auch ohne Mehrbelastungsklausel ein Recht des Vermieters zur Umlage der infolge der Modernisierung erstmals anfallenden Betriebskosten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung, und zwar unabhängig von der Höhe der laufenden Kosten und ob eine Netto- oder Teilklinklusivmiete vereinbart wurde. Denn die Regelung der Abrechnungspflicht zeigt, dass die Parteien die Umlage der Betriebskosten geregelt wissen wollten. Hätten sie den Themenkomplex vollständig abgehandelt, hätten sie auch die Frage, was mit neu entstehenden Betriebskosten geschehen soll, die infolge einer Modernisierung entstehen, erörtert. Mit Rücksicht auf die bereits vereinbarte Umlagemöglichkeit für anfallende Betriebskosten und die Alternative des Vermieters, die Miete um die gestiegenen Betriebskosten im Rahmen des § 558 BGB anzuheben, hätte sich ein Mieter vernünftiger Weise auf ein (einseitiges) Recht des Vermieters eingelassen, die nun neu entstehenden Betriebskosten umzulegen. Allerdings muss er diese Mieterhöhung gemäß § 554 Abs. 2 BGB ankündigen, zwar nicht mit der Höhe der Vorauszahlungen, aber als zukünftige Abrechnungsposition. Ansonsten kann der Vermieter die Kosten nur für eine nach einer nachgeholtten Ankündigung beginnende Abrechnungsfrist geltend machen.

Haben die Parteien von Anfang an eine Bruttomiete vereinbart, kann der Vermieter die Betriebskosten (mit Ausnahme der Heizkosten), die infolge der Modernisierung neu entstehen, nur als Teil dieser Miete geltend machen. Ein Abrechnungsanspruch entsteht nicht.

6 Ergebnis

Die rücksichtslose Umsetzung des § 16 Abs. 3 WEG kann den vermietenden Sondereigentümer vor erhebliche Probleme stellen. Das latente Risiko kann er vermeiden, wenn er einen Änderungsvorbehalt für den Abrechnungsschlüssel und eine Mehrbelastungsklausel in sein Mietvertragsmuster aufnimmt.

⁵⁹ BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 57/04, WuM 2005, 337 = MietRB 2005, 141.