

Rundschreiben 11/2014

Thema: Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung und Betriebskostenpauschale/Mietrecht

1. Einleitung

Viele Vermieter nutzen nicht die Möglichkeit, Betriebskostenvorauszahlungen oder Betriebskostenpauschalen frühzeitig anzupassen. Dabei ist dies die sinnvollste Möglichkeit, Liquiditätsnachteile zu vermeiden und – im Wohnraummietrecht – nicht unnötig dem Problem der Ausschlussfrist ausgesetzt zu sein. Nur Nachzahlungen, d. h. Nachzahlungsbeträge, die die Vorauszahlungen übersteigen, unterfallen der Ausschlussfrist, gehen also verloren, wenn nicht innerhalb von 12 Monaten ab Ende des Abrechnungszeitraums formell ordnungsgemäß abgerechnet wird. Wer als Vermieter routinemäßig bei Nachzahlungsbeträgen die Vorauszahlungen anpasst, setzt sich diesen Problemen nicht aus. Bei Betriebskostenpauschalen ist zu beachten, dass bei der Vertragsgestaltung Erhöhungsmöglichkeiten vorgesehen werden, um keine Nachteile zu erleiden. Diesen und weiteren Fragen wird nachfolgend nachgegangen.

2. Erhöhung und Anpassung einer Betriebskostenvorauszahlung und Betriebskostenpauschale

Die Mietvertragsparteien können jederzeit im Rahmen der Angemessenheit Regelungen zur Erhöhung/Anpassung einer Betriebskostenvorauszahlung bzw. Betriebskostenpauschale treffen. Ein Blick auf die gesetzlichen Erhöhungs- und Anpassungsmöglichkeiten gibt Aufschluss über den Handlungsbedarf bei der Vertragsgestaltung.

Bei der Erhöhung/Anpassung ist zwischen **Betriebskostenvorauszahlungen** und **Betriebskostenpauschalen** zu unterscheiden.

2.1. Betriebskostenvorauszahlungen

Im **preisfreien Wohnraum** ermöglicht § 560 Abs. 4 BGB eine Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen durch **einseitige** Erklärung¹. Die Erhöhungsmöglichkeit muss als solche nicht im Mietvertrag vereinbart sein, darf aber auch nicht vertraglich ausgeschlossen oder beschränkt sein. Die Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung ist nur nach **einer Abrechnung** möglich². Erforderlich ist nur eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung.

¹ AG Hamburg-Bergedorf, NZM 2002, 435

² Hierbei wird man fordern müssen, dass die Betriebskostenabrechnung zumindest formell wirksam ist, da eine Abrechnung, die nicht einmal den formellen Mindestanforderungen entspricht, den Abrechnungsanspruch des Mieters nicht erfüllt und keinerlei Rechtswirkung entfaltet. Eine gleichzeitige Mitteilung der Erhöhungserklärung mit der Abrechnung ist als zulässig anzusehen, da eine gesonderte Versendung einen Tag später eine unnötige Förmerei wäre. Eine Frist für ein Erhöhungsverlangen besteht nicht ausdrücklich. Der Vermieter kann so nach einer Abrechnung die weitere Kostenentwicklung zunächst abwarten. Das Erhöhungsrecht steht im Übrigen sowohl dem Vermieter als auch dem Mieter zu. Die Erhöhung erfolgt durch eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Textform des § 126b BGB bedarf. Eine Begründung ist nicht vorgeschrieben, gleichwohl aber sinnvoll. Folge der Erhöhungserklärung ist es, dass die neue Vorauszahlung an die Stelle der bisherigen Vorauszahlung tritt, ohne

Die Erhöhung gem. § 560 Abs. 4 BGB ist unabhängig von der Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung wirksam. Etwaige inhaltliche Fehler der Betriebskostenabrechnung berechtigen den Mieter nicht, die bisherigen Betriebskostenvorschüsse unverändert weiter zu bezahlen³.

Eine Anpassung der Vorauszahlung gem. § 560 Abs. 4 BGB ist nur insoweit wirksam, als sie auf einer formell und inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Der BGH hält daher an seiner großzügigen Rechtsprechung nicht mehr fest. Die Nichtberücksichtigung materieller Abrechnungsfehler werde dem Zweck der Anpassung nicht gerecht, eine möglichst realistische Bemessung der Vorauszahlung zu erreichen. Vielmehr ergäbe sich die nicht hinnehmbare Konsequenz, dass der Vermieter Vorteile aus der Verletzung seiner Pflicht zur korrekten Abrechnung ziehen könne, indem er sich durch eine überhöhte Abrechnung ebenfalls überhöhte Vorauszahlungsansprüche verschafft⁴.

Die Erhöhung der Vorauszahlungen ist auch nach verspäteter Betriebskostenabrechnung zulässig, d. h. nach Ablauf der Ausschlussfrist. Der Mieter sei durch den Ausschluss von Nachforderungen sowie durch ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Betriebskostenvorauszahlungen ausreichend geschützt⁵.

Es werden ansonsten zwei Problemkreise vermengt:

- Die Nichteinhaltung der Ausschlussfrist führt zum Nachforderungsausschluss für die Vergangenheit.
- Die Erhöhung der Vorauszahlungen wirkt nur für die Zukunft.

Eine Anpassung der Betriebskostenvorauszahlung ist nach BGH auf der Basis der zuletzt erteilten Betriebskostenabrechnung auch dann noch möglich, wenn die folgende Abrechnungsperiode bereits abgelaufen ist⁶. Eine Anpassung anhand einer nur möglichen, aber tatsächlich nicht existenten Abrechnung, ist ersichtlich unpraktikabel. Auch ist es keine Seltenheit, dass Betriebskostenabrechnungen erst kurz vor dem Ende der Abrechnungsfrist erteilt werden.

Eine Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen ist nur mit Wirkung für die Zukunft möglich, also keine rückwirkende Anpassung⁷.

dass es einer Zustimmung des Mieters bedarf. Prozessual kann unmittelbar auf Zahlung geklagt werden, wenn der Mieter nicht die erhöhte Betriebskostenvorauszahlung bezahlt. Der Vermieter muss darauf achten, dass eine Erhöhung nur auf eine angemessene Höhe erfolgen kann. Angemessen sind Betriebskostenvorauszahlungen, wenn die zu erwartenden Kosten ungefähr gedeckt werden.

³ BGH ZMR 2008, 196, 197

⁴ BGH InfoM 2012, 254

⁵ BGH MietRB 2010, 259

⁶ BGH InfoM 2011, 320

⁷ BGH InfoM 2011, 321

MUSTER: Erhöhung Vorauszahlung auf die Betriebskosten

(Vermieter)

an

(Mieter)

BETREFF: Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung_____

Sehr geehrte(r) Mieter(in) _____,

wie Sie der beiliegenden Betriebskostenabrechnung entnehmen können, sind die Betriebskosten gegenüber dem Vorjahreszeitraum erheblich angestiegen. Gemäß dieser Betriebskostenabrechnung beträgt der Nachzahlungsbetrag € 360,00.

Gemäß § 560 Abs. 4 BGB ist der Vermieter berechtigt, nach einer Abrechnung durch Erklärung einseitig eine Anpassung auf eine angemessene Höhe der Betriebskostenvorauszahlung vorzunehmen.

Daraus ergibt sich folgende Berechnung:

Nachzahlungsbetrag € 360,00 : 12 Monate = € 30,00/Monat

Hiermit ergibt sich folgende neue monatliche Betriebskostenvorauszahlung:

Bisherige Vorauszahlung	:		€ 150,00
Anpassung	:	+	€ 30,00
Neue Betriebskostenvorauszahlung	:		€ 180,00

Die Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung wird zum nächsten Fälligkeitstermin der Miete, d. h. zum _____ wirksam. Es wird um Zahlung einer Gesamtmiete in Höhe von € _____ ersucht.

Mit freundlichen Grüßen

(Vermieter)

MUSTER: Herabsetzung Vorauszahlung auf die Betriebskosten

(Mieter)

an

(Vermieter)

BETREFF: Herabsetzung der Betriebskostenvorauszahlung_____

Sehr geehrte(r) Vermieter(in) _____,

ich nehme Bezug auf die letzte Betriebskostenabrechnung, die mit einem Guthabensbetrag in Höhe von € 120,00 geendet hat. Die Betriebskosten sind im Vergleich zum vergangenen Abrechnungszeitraum deutlich gesunken.

Gemäß § 560 Abs. 4 BGB kann jede Vertragspartei, also auch der Mieter, nach einer Abrechnung durch Erklärung in Textform eine Anpassung auf eine angemessene Höhe vornehmen.

Hiermit mache ich von diesem Recht Gebrauch und werde deshalb die bisherigen monatlichen Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von bisher € 150,00 um € 10,00 (€ 120,00 Guthaben: 12 Monate = € 10,00) auf € 140,00 im Monat senken.

Ich zahle daher **monatlich** statt bisher € 560,00 lediglich **€ 550,00** als Gesamtmiete.

Mit freundlichen Grüßen

(Mieter/Mieterin)

Im **preisgebundenen Wohnraum** wird die Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen durch eine Verweisungskette von § 20 Abs. 4 Satz 1 NMV über §§ 4 Abs. 7 und 8 NMV auf § 10 WoBindG geregelt. Voraussetzung hierfür ist, dass sich die Betriebskosten insgesamt erhöht haben, so dass die Betriebskostenvorauszahlungen in ihrer Gesamtheit nicht mehr ausreichen⁸.

Bei **Geschäftsraummietverhältnissen** und für die in den §§ 549 Abs. 2 und 3 BGB genannten besonderen Mietverhältnissen besteht keinerlei gesetzliche Regelung über eine einseitige Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen. Folge hiervon ist, dass bei Fehlen vertraglicher Regelungen eine einseitige Anpassung der Vorauszahlungen im Grundsatz nicht möglich ist⁹.

⁸ LG München I, WuM, 1989, 637. Im Gegensatz zum preisfreien Wohnraum verlangt § 10 Abs.1 WoBindG eine Reihe von Formalien. Aus der Vorschrift ergibt sich, dass in der Erklärung die Erhöhung zu berechnen und zu erläutern ist. Hierbei müssen konkrete Zahlen angegeben werden. Der Zeitpunkt der Erhöhung wird durch § 10 Abs. 1 Satz 1 WoBindG bestimmt. Eine Erhöhung wirkt sich auf den 1. des folgenden Monats aus. Wird die Erklärung erst nach dem 15. eines Monats abgegeben, wirkt die Erhöhung zum 1. des übernächsten Monats. Für die Angemessenheit gilt das gleiche wie beim preisfreien Wohnraum.

⁹ Im Extremfall wäre über einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB eine evtl. Anpassung möglich. Dies sind aber Fälle, in denen der Vermieter nur im Ausnahmefall eine Erhöhung erreichen wird.

2.2. Betriebskostenpauschalen

Die Erhöhung/Anpassung einer Betriebskostenpauschale ist in § 560 BGB geregelt. Die genannte Vorschrift gilt nur für den **preisfreien Wohnraum**. Sie gilt nicht für besondere Wohnraumverhältnisse nach § 549 Abs. 2 und 3 BGB und ebenfalls nicht für den preisgebundenen Wohnraum¹⁰.

Voraussetzung der Erhöhung der Betriebskostenpauschale ist eine Erhöhung der Betriebskosten, vgl. § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine zukünftige erwartete Kostensteigerung ist ungenügend¹¹. Die Bestimmung der Erhöhung der Betriebskosten setzt einen Vergleichszeitpunkt voraus. Die nun entstandenen erhöhten Betriebskosten sind mit dem Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses in Relation zu setzen, wenn seitdem die Betriebskostenpauschale unverändert geblieben ist. Wurde die Betriebskostenpauschale dagegen erhöht oder ermäßigt, gleichgültig ob einseitig oder durch einvernehmliche Regelung, ist der Zeitpunkt der Veränderung maßgebend.

§ 560 Abs. 1 Satz 1 BGB macht die Möglichkeit einer einseitigen Erhöhung der Betriebskostenpauschale ausdrücklich von einer entsprechenden Vereinbarung im Mietvertrag abhängig. Diese kann auch noch im laufenden Mietverhältnis getroffen werden¹².

¹⁰ Bei preisgebundenem Wohnraum ist die Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale unzulässig, da das Preisbindungsrecht eine solche Pauschale nicht vorsieht.

¹¹ Die Betriebskosten müssen sich insgesamt erhöht haben, was bedeutet, dass bei einer Erhöhung einzelner Kostenarten evtl. Senkungen bei anderen Kostenpositionen in Abzug zu bringen sind.

¹² Die Erhöhung der Betriebskostenpauschale erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie bedarf der Textform. Die Erhöhung muss anteilig, d.h. nach bestimmten Umlagemaßstäben auf die Mieter umgelegt werden. Des Weiteren muss der Grund für die Umlage bezeichnet und erläutert werden. Für die Darstellung der Kostenerhöhung wird eine Gegenüberstellung der vollständigen damaligen und der neuen Betriebskosten verlangt. Teilweise werden die Voraussetzungen reduziert, wonach eine Gegenüberstellung lediglich der veränderten Positionen und der Hinweis darauf, dass ansonsten keine Veränderungen eingetreten sind, ausreichend sein soll. Zumindest stichwortartig ist anzugeben, worauf die Kostensteigerung beruht. Folge der Erhöhungserklärung ist, dass der Mieter die Erhöhung von Beginn des der Erklärung folgenden übernächsten Monats an schuldet. Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Zugangs der Erhöhungserklärung.

MUSTER: Erhöhung der Betriebskostenpauschale

(Vermieter)

an

(Mieter)

BETREFF: Erhöhung der Betriebskostenpauschale

Sehr geehrte(r) Mieter(in) _____,

seit Beginn des Mietverhältnisses am 01.01.2003 sind die Betriebskosten erheblich gestiegen.

Gemäß § 560 Abs. 1 BGB ist der Vermieter berechtigt, eine Betriebskostenpauschale durch Erklärung zu erhöhen, so weit dies im Mietvertrag vereinbart ist. Ich verweise hier auf § 3 des Mietvertrages. Gemäß dieser Vorschrift bin ich verpflichtet, Ihnen den Grund für die Umlage zu bezeichnen und zu erläutern.

Zur Erläuterung stelle ich Ihnen die Ausgaben für 2003 und 2008 wie folgt zusammen:

Betriebskostenposition	2003 Betrag in €	2008 Betrag in €
Grundsteuer	€ 523,50	€ 523,50
Wasserversorgung	€ 1.200,00	€ 1.300,00
Entwässerung	€ 998,85	€ 1.119,28
Müllbeseitigung	€ 1240,23	€ 1.663,45
Sach- und Haftpflichtversicherungen	€ 977,83	€ 1.122,50
Hausmeister	€ 5.423,22	€ 7.823,24
GESAMTSUMME	€ 10.363,63	€ 13.551,97
DIFFERENZ	€ 3.188,34	

Die Erhöhung der Betriebskosten im Verhältnis zum Mietbeginn betragen somit insgesamt € 3.188,34.

Die Steigerung bei Wasserversorgung, Entwässerung und Müllabfuhr ist durch die Erhöhung der Entgelte für die Versorgungs- und Entsorgungsunternehmen begründet. Die Versicherungsbeiträge haben sich gleichfalls erhöht. Die Steigerung der Hausmeisterkosten ist verursacht durch den Anstieg der Lohn- und Lohnnebenkosten.

Die Gesamtwohnfläche des Gebäudes beträgt 800 m², die Wohnfläche Ihrer Wohnung 80 m².

Somit beträgt Ihr Anteil 10 % aus € 3.188,34 =

€ 318,83/jährlich

€ 26,56/monatlich

Die monatliche Miete erhöht sich damit von € 900,00 auf **€ 926,56** zuzüglich der Heizkostenvorauszahlung wie bisher.

Es ist daher ein Betrag in Höhe von **€ 926,56** zu bezahlen.

Die Erhöhung tritt zum 1. des übernächsten Monats ein.

Mit freundlichen Grüßen

(Vermieter)

ÜBERGANGSREGELUNG

Bei Inklusivmieten und Teilinklusivmieten lässt Art. 229 § 3 IV EGBGB bei am 01.09.2001 bestehenden Mietverhältnissen eine Erhöhung nach den Regelungen des § 560 BGB (Betriebskostenpauschalen) zu, wenn dies nach dem Mietvertrag zulässig ist. Fehlt ein Erhöhungsvorbehalt in Altverträgen, so ist eine Umlage nicht möglich.

Der Gesetzgeber hat sich entschieden, dass zukünftig eine **Erhöhung der Betriebskostenpauschale** nur möglich ist, wenn hierüber eine Vereinbarung im Mietvertrag besteht; § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB. Nach altem Mietrecht war es umstritten, ob ohne vertragliche **Vereinbarung** eine Erhöhung zulässig ist.¹³

Der Vermieter darf bei Betriebskostenpauschalen eine Vereinbarung im Mietvertrag nicht versäumen, da selbst bei erheblichen Kostensteigerungen keine Erhöhung möglich ist.

TIPP:

1. Vereinbarung, dass der Mieter *alle* Betriebskosten nach der BetrKV trägt.
2. Beifügung oder Einfügung des Betriebskostenkatalogs nach BetrKV; gegebenenfalls *Aufzählung der sonstigen Betriebskosten* nach § 2 Nr. 17 BetrKV und der nicht namentlich genannten Betriebskosten § 2 Nr. 1, 8, 13 BetrKV im Mietvertrag.
3. Vereinbarung einer Nettomiete nebst Betriebskostenvorauszahlung oder Betriebskostenpauschale.
4. Bei Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale *Erhöhungsvorbehalt* im Mietvertrag vereinbaren.
5. Bei Geschäftsraummiete und Mietverhältnissen nach § 549 Abs. 2 u. 3 BGB *Erhöhungsvorbehalt* im Mietvertrag vereinbaren.

3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Erhöhung einer Betriebskostenvorauszahlung oder Betriebskostenpauschale kein „Hexenwerk“ ist. Es ist nur einiges bei der Vertragsgestaltung als auch bei der Verwaltung eines Mietobjektes zu beachten. Die beigefügten Muster sind lediglich eine Orientierungshilfe und sollen die Ausführungen verdeutlichen. Im Einzelfall ist es – wie immer – empfehlenswert, sich gegebenenfalls rechtlich beraten zu lassen.

¹³ Dafür z.B. LG Landshut MDR 1979, 584; AG Michelstadt WuM 1978, 110; dagegen z.B. LG Köln WuM 1974, 10