

angebot konkludent bereits dadurch **zu**, dass er die entsprechenden **Leistung tatsächlich in Anspruch** nimmt.²⁵

4. Gewährleistungsfolgen

Die Umstellung auf Direktabrechnung führt zu einer **Einschränkung der Gewährleistungsansprüche** des Mieters, die der Mieter bei wirksamer Vereinbarung jedoch ebenso hinzunehmen hat wie zuvor bei der nach § 4 Abs. 5 MHG gesetzlich möglichen einseitigen Umstellung. Solange der Vermieter für die jeweilige Lieferung zuständig ist, mindert sich die vom Mieter geschuldete Miete nach § 536 Abs. 1 BGB automatisch auch dann, wenn ohne Verschulden des Vermieters einzelne Leistungen, etwa die Wasserversorgung oder die Müllabfuhr, ausbleiben. Bei der Direktabrechnung beruhen die Leistungen des Ver-/Entsorgers hingegen nicht mehr auf einem Vertrag zwischen ihm und dem Vermieter, sondern zwischen ihm und dem Mieter. Der Vermieter scheidet aus, an seine Stelle tritt der Mieter. Seine Lage ist mit derjenigen vergleichbar, die allgemein hinsichtlich der Strom- und Gaskosten besteht, die der Mieter im Mietobjekt verursacht; kommt es zu Strom- oder Gasausfällen, die zulasten des Strom-/Gaslieferanten gehen und dadurch zu Schäden, richten sich etwaige Ansprüche des Mieters allein gegen den Lieferanten. Mietminderung scheidet aus, selbst dann, wenn dadurch keine Beheizung, etwa im Winter, mehr möglich ist. Bei der Direktabrechnung anzunehmen, es handele sich nur um eine Umlagemodalität, welche die vom Vermieter geschuldete Leistung nicht berühre,²⁶ erscheint im Hinblick auf die beschriebene grundlegend geänderte Vertragssituation nicht überzeugend. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch die Direktabrechnung eine teilweise Haftungsbefreiung des Vermieters zur Folge hat.²⁷

Die Enthaltung des Vermieters bezieht sich allerdings nur auf Gründe, die aus der Sphäre des Ver- oder Entsorgungsunternehmens stammen. **Unberührt bleibt die Verpflichtung des Vermieters**, für den ordnungsgemäßen Zustand der Ver- und Entsorgungsleitungen und -einrichtungen zu sorgen.²⁸ Kommt es zB zur Unterbrechung der Wasserzufuhr infolge eines Rohrbruchs, tritt Mietminderung gem. § 536 BGB ein, wenn es sich nicht um eine unwesentlich kurze Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs handelt (§ 536 Abs. 1 S. 3 BGB); dasselbe gilt, wenn keine Müllabfuhr stattfindet, weil der Zutritt zum Mülltonnenraum etwa durch Versäumnisse des Hauswirts nicht ermöglicht wird. Unter den Voraussetzungen des § 536a Abs. 1 BGB hat der Mieter einen Schadensersatzanspruch gegen den Vermieter auf Erstattung der überflüssigen Kosten, die ihm der Leistungsträger in Rechnung stellt.

5. Besonderheiten bei Gewerberaum

Vermieter von Gewerberaum verwenden teilweise Vertragsklauseln, nach denen Nebenleistungen, die üblicher Weise den Betriebs- bzw. Nebenkosten zugehörig sind, entfallen oder auf Dritte ausgelagert werden. Hierbei ist zwischen mehreren Varianten zu unterscheiden, die auch nebeneinander bestehen.

²⁵ BGH NZM 2018, 819 = WuM 2018, 560; WuM 2010, 89 = ZMR 2010, 350; NZM 2003, 551 = WuM 2003, 460.

²⁶ Vgl. Eisenschmid WuM 1998, 449 (452 f.).

²⁷ Vgl. Wüstefeld WuM 1996, 736 (737).

²⁸ LG Hamburg WuM 2006, 96.

a) Auslagerung von Ver- und Entsorgungsleistungen auf Dritte

- 33 Hierbei enthält der Vertrag entweder unmittelbar eine Regelung dahingehend, dass bestimmte Leistungen auf eine dritte Person ausgelagert werden, oder der Vermieter behält sich dieses vor. Maßgeblich ist, dass es sich nicht um eine Klausel dahingehend handelt, durch wen der Vermieter seine eigene vertragliche Pflicht erbringen lässt. Vielmehr erfolgt eine vollständige Extrahierung dieser aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter. Nicht selten wird die Leistungspflicht lediglich auf die eigene Hausverwaltung übertragen. Dieses erfolgt entweder dadurch, dass der Vermieter eine **Schuldübertragung** auf eine andere Person iSd § 414 BGB vornimmt. Die gem. § 415 Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Zustimmung des Mieters wird über die Klausel entweder bereits hierbei als an sich mögliche Einwilligung iSd § 183 S. 1 BGB²⁹ erteilt. Alternativ verpflichtet sich der Mieter, mit dem von dem Vermieter benannten Dritten einen Ver- bzw. Entsorgungsvertrag abzuschließen.
- 34 Mit Ausnahme derjenigen Leistungen, die bereits von § 4 Abs. 5 MHG erfasst wurden und deren Auslagerung daher auch formularvertraglich unbedenklich sind (→ Rn. 20), ist gegen die Wirksamkeit solcher Klauseln erhebliche Kritik anzubringen. So im Einzelfall keine weiteren Aspekte hinzutreten, die eine andere Wertung bedingen, sind sie **als unwirksam anzusehen**. Da es sich schon dem Zweck der Klausel nach um Pflichten handelt, die an nach § 535 Abs. 1 BGB dem Vermieter zukommen, haben sich die Klauseln an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu messen. Aber auch einer Prüfung nach § 307 Abs. 1 BGB halten sie nicht stand. Der Vermieter befreit sich hierbei von einer Vertragspflicht, weil deren Erfüllung für ihn wirtschaftlich unerwünscht ist, was kein Kriterium für eine angemessene Lastenverteilung gegenüber dem Vertragspartner darstellt. Insbesondere dann, wenn die Leistungen auf die eigene Hausverwaltung ausgelagert werden, wird auch **kein** für beide Parteien vorteilhafter Weise **sachnäherer Leistungserbringer** in Anspruch genommen. Auch die etwa bei der Abwälzung von Instandhaltungspflichten anzuerkennende Sachnähe des Mieters besteht nicht. Das folgt schon daraus, dass die Pflichten nicht auf ihn, sondern Dritte übertragen werden. Zudem ist eine solche etwa bei Bewachungstätigkeiten, allgemeinen Beschilderungen, Versicherungen (die nicht die Mietnutzung betreffen) oder Ungezieferbekämpfung auf den Gemeinschaftsflächen nicht anzunehmen. Nicht erkennbar ist auch häufig, ob mit der Pflichtenübertragung, etwa bei Vertragsschluss durch den Mieter mit Dritten, **weitere Kosten** anfallen. So hierzu keine Regelung besteht, die eine Kostenfreiheit oder -übernahme durch den Vermieter beinhaltet, wird der Mieter grundsätzlich davon ausgehen müssen, dass der Dritte ein Entgelt verlangt. In diesem Fall muss sichergestellt sein, dass der an sich hierfür **in der Miete enthaltene kalkulatorische Anteil** vorab herausgenommen wurde und die mit dem Neuabschluss verbundenen Kosten diesem entsprechen. Hieran wird die Klauselwirksamkeit wohl meist scheitern.
- 35 Demgegenüber ergeben sich durch die Leistungsauslagerung erhebliche **Nachteile für den Mieter**. Da er sich den neuen Vertragspartner nicht selbst gewählt hat, ist er weder über dessen **Leistungsfähigkeit** noch **Solvenz** in Kenntnis. Gerade bei der Schuldübertragung hat er auch keinen Einfluss auf die Entgelthöhe. Desweiteren erfährt der Mieter in zweifacher Hinsicht eine **Einschränkung der Minderung** nach § 536 Abs. 1 BGB. Einerseits führt eine Schlechtleistung des Dritten nicht zwingend zu einer Vergütungsreduzierung diesem gegenüber, insbesondere dann nicht, wenn es sich um ein Dienstleistungsverhältnis handelt. Zudem erschöpfen sich die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ver- oder Entsorgungsleistung aus dem Mietvertrag häufig nicht darin, dass der Mieter keinen adäquaten Gegenwert für den hierauf aufgewendeten Miet- bzw. Betriebskostenanteil erhält. Da diese Nebenleistungen der bestimmungsgemäßen Nutzung der Mietsache selbst dienen, wird diese meist ebenfalls affektiert. Die **Tauglichkeitsbeeinträchtigung** iSd § 536 Abs. 1 BGB, nach der sich der Umfang der Minderung richtet, ist somit höher. Da die Nebenleistung jedoch nicht von dem Vermieter aus dem Mietvertrag geschuldet

²⁹ BGH NJW 1998, 1645.

wird, kommt eine weitergehende Minderung ggf. nicht in Betracht. Gerade aufgrund der sogenannten „Bolzplatz“-Rechtsprechung des BGH zur Minderung durch Beeinträchtigungen Dritter,³⁰ die nicht auf bestimmte Arten von Mängeln begrenzt ist, bestehen hier erhebliche Probleme. Schließlich erfassen auch sonstige mangelbedingte Minderungen den auf die ausgelagerten Nebenleistungen entfallenden Kostenanteil nicht mehr. Solange es sich um Pflichten aus dem Mietvertrag handelt, denen Betriebs- bzw. Nebenkostenzahlungen des Mieters gegenüberstehen, werden diese als Teil der Miete iSd § 535 Abs. 2 BGB von der Minderung mit erfasst.³¹ Ist dieses Pflichtenverhältnis ausgelagert, verliert der Mieter den Minderungsanteil, da die **Bruttomiete geringer** ausfällt. Schließlich kann der Mieter dem Vermieter nicht mehr den Einwand eines **Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot** (→ H Rn. 8 ff.) entgegenhalten. Da es sich hierbei um eine Nebenpflicht handelt, kommt diese bei Auslagerung auf Dritte nicht mehr in Betracht. Ist der Mieter zudem nicht frei in der Auswahl des Dritten, kann er hierüber auch selbst keine Kostenkontrolle vornehmen.

b) Pflicht des Mieters zur Anbietersuche oder Übernahme durch den Vermieter

Eine andere häufig verwendete Variante ist die Herausnahme von Ver- und -entsorgungsleistungen aus dem Mietvertrag verbunden mit der Verpflichtung des Mieters zu einem entsprechenden Vertragsschluss mit einem Dritten. Erst, wenn sich hierfür kein Vertragspartner findet, tritt der Vermieter in die Pflichten ein. Diese Klausel ist ebenfalls aus mehreren Gründen **unwirksam**. Eine derart einseitige Pflichtenbefreiung ohne Kompensation und/oder sachlichen Grund ist formularvertraglich per se höchst bedenklich.³² Insoweit wird auf die Ausführungen in → Rn. 34 verwiesen. Ebenso gelten die dortigen Erörterungen hinsichtlich der unangemessenen Benachteiligung des Mieters aufgrund der **Einschränkung der Minderung** nach § 536 Abs. 1 BGB und der Geltendmachung eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Auch wenn der Mieter mit einem Drittanbieter einen entsprechenden Vertrag abschließt, ändert sich die Gewährleistungsstruktur ebenso wie bei der Übertragung der Pflichten durch den Vermieter auf einen anderen Schuldner. Das wird auch nicht dadurch kompensiert, dass der Vermieter ersatzweise die Pflichten übernimmt. Je unspezifischer die Klausel diesbezüglich formuliert ist dahingehend, **unter welchen Voraussetzungen der Vermieter die Pflichten (wieder) übernimmt**, desto eher verstößt sie nicht nur gegen § 307 Abs. 1 S. 1, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sondern auch gegen das Transparenzgebot. Meist wird die Streitfrage darüber entstehen, ob der **Vertragsschluss mit dem Dritten zumutbar** ist, was sowohl Leistungsinhalt, Preis als auch Entfernung zur Liegenschaft betrifft. So es hierfür keine unmissverständlichen Vorgaben gibt, ist der Mieter schon aus diesem Grunde benachteiligt. Denn er hat keine Kenntnis darüber, wann er den Vertrag schließen muss. Dass er nur angemessene Anbieter auszuwählen braucht, ist zwar selbstverständlich, AGB-rechtlich ohne Konkretisierung aber weder inhaltlich noch hinsichtlich der Transparenz ausreichend. Ergibt sich zudem aus der Klausel zumindest die Möglichkeit, dass der **Mieter beweibelastet** dahingehend ist, dass es **keinen Dritten iSd Regelung gibt**, scheidet deren Wirksamkeit auch hieran. Denn dass der Mieter aufgrund der Vertragsbedingungen des Vermieters, der sich Pflichten aus seinem Verantwortungsbereich zu entledigen versucht, beweisen müsste, dass es keinen dritten Leistungserbringer gibt, um die Leistungspflicht wieder auf den Vermieter zu übertragen, benachteiligt ihn nach dem Rechtsgedanken des § 309 Nr. 12a) BGB grundsätzlich unangemessen.

³⁰ BGH NZM 2022, 178; NJW 2020, 2884; NJW 2015, 2177.

³¹ BGH NJW 2011, 1806 = NZM 2011, 453 = WUM 2011, 284 = ZMR 2011, 704.

³² BGH MDR 2001, 926 = NJW 2001, 2331.

E. Erhebung von Betriebskostenvorauszahlungen

I. Vereinbarung der Vorauszahlungspflicht

1. Grundsätze

Vereinbaren die Parteien eine Nettomiete, hat der Mieter die daneben anfallenden Betriebskosten zu tragen; dasselbe gilt bei einer Teilklausivmiete hinsichtlich der nicht im eingerechneten Betriebskostenanteil enthaltenen Kosten. Der **Vermieter** ist gehalten, über die Betriebskosten turnusmäßig abzurechnen, den Saldo hat der Mieter auszugleichen. Bis zur Fälligkeit des Saldos tritt der Vermieter mit den Kosten in Vorlage. Dies stellt eine nicht unerhebliche wirtschaftliche Belastung dar, die mit dem Risiko verknüpft ist, ob die ggf. beträchtliche Nachforderung realisierbar ist; je nach der finanziellen Lage des Mieters kann die Forderung uneinbringlich sein oder eine Ratenzahlungsabrede notwendig machen. Für den **Mieter** besteht die Gefahr, dass einmalige hohe Nachforderungen seine finanziellen Möglichkeiten übersteigen.¹ Es ist daher üblich, dass die Parteien Vorauszahlungen auf die Abrechnung vereinbaren. Zur Verpflichtung des Mieters, **Umsatzsteuer** auf die Betriebskosten und damit auch auf vereinbarte Vorauszahlungen zu entrichten, ist auf die Darstellung unter → B Rn. 104 ff. zu verweisen. Die Vorauszahlungen sind Teil der **Miete iSd § 535 Abs. 2 BGB**, auch wenn ihre Höhe nur vorläufiger Natur ist und über die Betriebskostenabrechnung korrigiert wird. Daher fallen sie auch in die Rückstandsberechnung der §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB.² Auch die freie Verfügungsbefugnis des Vermieters über die Vorauszahlungen führt zu keiner anderen Wertung,³ weil deren Fehlen keine notwendige Eigenschaft hierfür ist.

Trotz der Üblichkeit und trotz der auch dem Mieter erkennbaren Nachteile für den Vermieter bei fehlenden Abschlagszahlungen bedarf es grundsätzlich einer entsprechenden **eindeutigen Vereinbarung**.⁴ Es ist im Regelfall nicht zulässig, dem Vermieter Vorauszahlungen im Wege der Vertragsauslegung⁵ oder richterlicher Vertragsergänzung⁶ zuzuerkennen. Dies gilt auch im Verhältnis eines Eigentümers zu einem Wohnungsberechtigten; der Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Mieter im Wohngebäude vermag die fehlende Vereinbarung nicht zu ersetzen.⁷ Auf der anderen Seite darf das Fehlen einer Vorauszahlungsabrede aber auch nicht dahin verstanden werden, dass der Vermieter auf das vereinbarte Recht zur regelmäßigen Abrechnung über die angefallenen Betriebskosten verzichtete.⁸

Die **Notwendigkeit einer Vereinbarung gilt für alle Mietverhältnisse**, für gewerbliche ebenso wie für preisfreie oder preisgebundene. § 556 Abs. 2 S. 1 BGB regelt wie § 20 Abs. 3 S. 1 NMV die Zulässigkeit einer entsprechenden Abrede, ersetzt sie indes nicht. Die einzige geregelte Ausnahme betraf Mietverträge in den östlichen Bundesländern, auf welche die BetrKostUV anzuwenden war (§ 14 Abs. 1 MHG). Eine Vertragsänderung durch Vereinbarung war daher nur hier entbehrlich.

¹ BayObLG GE 1995, 1413 = NJW-RR 1996, 207 = WuM 1995, 694.

² BGH GE 2007, 46 = NJW 2007, 428 (mAnm Klees NJW 2007, 431) = NZM 2007, 35 = WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103.

³ So aber Lammel jurisPR-MietR 24/2020 Anm. 2.

⁴ BayObLG GE 1995, 1413 = NJW-RR 1996, 207 = WuM 1995, 694; Pfeifer S. 88; Seldeneck Rn. 3901; Sternel III Rn. 323; Wall Rn. 1615.

⁵ Vgl. OLG Oldenburg WuM 1984, 274.

⁶ OLG Düsseldorf ZMR 1988, 97.

⁷ BGH NZM 2010, 666.

⁸ KG NZM 2008, 129; vgl. LG Potsdam GE 2004, 690.

- 4 Eine **generelle Ausnahme** besteht bei **Modernisierungen**, sei es aufgrund einer Vereinbarung, sei es wegen der Duldungspflicht des Mieters, wenn durch die Art der Maßnahme laufende Betriebskosten ausgelöst wurden. Diese notwendigen Folgekosten darf er auf den Mieter abwälzen, aus den oben (→ R.n. 1) dargelegten Gründen ist ihm auch ein Anspruch auf Zahlung angemessener Vorauszahlungen zuzuerkennen,⁹ die er mit einer einseitigen Erklärung geltend machen kann.
- 5 Die **Auslegung** führt nur in seltenen Einzelfällen zu einem Anspruch des Vermieters. Wird zB die vom gewerblichen Zwischenvermieter an den Eigentümer zu zahlende Miete allein als feste Nettomiete vereinbart, hat er gleichwohl die Betriebskostenzahlungen des Endmieters an den Eigentümer weiterzuleiten.¹⁰
- 6 Vorauszahlungen können bei Wohnraum **nur** für **umlagefähige Betriebskosten** und generell **nur** auf solche Kosten verlangt werden, die **im Mietvertrag als umlagefähig** bezeichnet wurden, sofern sie nicht nachträglich entstanden sind.
- 7 Hat der Vermieter den **gesamten Betriebskostenkatalog** aus § 2 BetrKV bzw. der Anl. 3 zu § 27 II. BV in den Mietvertrag übernommen, bezieht sich die Vorauszahlungspflicht auf alle im Mietverhältnis entstehenden Kosten. Der Vorauszahlungsbetrag muss daher nicht für die jeweils anfallenden Betriebskostenarten einzeln ausgewiesen sein, es reicht aus, einen **einheitlichen Betrag** für die unter die Umlage fallenden Kosten anzugeben.¹¹ Beabsichtigt der Vermieter, über einzelne Kostengruppen getrennt abzurechnen, zB über die nicht verbrauchsabhängigen nach dem Kalenderjahr, über die verbrauchsabhängigen nach Erhalt der Rechnung des jeweiligen Versorgungsträgers, kann die Zuordnung pauschal geleisteter Vorauszahlungen problematisch sein, ohne jedoch die Wirksamkeit der Abrede zu berühren.¹²
- 8 Enthält der Mietvertrag nur **Angaben zu einigen Betriebskostenarten** oder ist bei Verwendung eines Formulars nur ein Teil gekennzeichnet, beziehen sich die Vorauszahlungen nur auf diese; darüber hinaus anfallende Kosten sind in der übrigen Miete enthalten, so dass es sich nicht mehr um eine Nettomiete, sondern um eine Teilklausivmiete handelt; Entsprechendes gilt, wenn Streichungen im Formulkatalog erfolgt sind (vgl. → B Rn. 53 ff.).
- 9 Während der **Vorenthaltungszeit** nach Beendigung des Mietverhältnisses schuldet der ehemalige Mieter Vorauszahlungen als Entschädigung gem. § 546 Abs. 1 BGB. Insoweit gelten dieselben Grundsätze (insbes. Abrechnungspflicht, Anspruchswegfall) wie im laufenden Mietverhältnis.¹³

2. Unklare Vereinbarung

- 10 Es ist immer wieder festzustellen, dass Formularverträge nicht sorgfältig ausgefüllt werden. In dem Abschnitt über die Betriebskostenumlage werden insbesondere entweder **Lücken** oder **Alternativen** nicht entsprechend den Bearbeitungshinweisen im Formular geschlossen bzw. teilweise gestrichen. Andererseits können handschriftliche Einschübe zu widersprüchlichen Regelungen führen, etwa die Aufnahme des Begriffs „pauschal“ hinter den vorstehend als Vorauszahlung bezeichneten Betrag. Die Umlageabrede wird dadurch mehrdeutig; sie kann bedeuten, dass der für die aufgeführten Kostenarten ausgeworfene Betrag als **Vorauszahlung** oder als **Pauschale** gemeint ist.¹⁴ In diesen Fällen ist zu versuchen,

⁹ LG Berlin WuM 1992, 444; AG Hamburg WuM 2000, 82; Pfeifer S. 93; Seldeneck Rn. 2715; Sternel III Rn. 323.

¹⁰ OLG Hamburg DWW 1988, 105.

¹¹ ZB AG Schwetzingen WuM 1987, 31; Seldeneck Rn. 3903; Sternel III Rn. 324.

¹² AA Sternel III Rn. 324.

¹³ LG Hamburg ZMR 2011, 878 = BeckRS 2011, 25640; MüKoBGB/Bieber § 546a Rn. 43; Blank NZM 2018, 57 (62); Schmidt-Futterer/Streyll BGB § 546a Rn. 57.

¹⁴ BGH NZM 2016, 720 mAnm Ludley = WuM 2016, 498; aA Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter BGB § 556 Rn. 41.

durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB die tatsächliche Absicht der Parteien zu ermitteln. Enthält der Mietvertrag keine Regelung zum Umlageschlüssel, kann dies schon für sich genommen die Vereinbarung einer Pauschale nahe legen.

Rückschlüsse auf den Willen der Parteien ermöglicht die Art, wie der Betriebskostenkatalog ausgefüllt wurde. Wurde hinter jeder Kostenart ein **genauer Betrag**, gelegentlich auf den Cent genau, vermerkt und entspricht die Betriebskostenbelastung der genauen Summe, ist von einer Vorauszahlungsabrede auszugehen.¹⁵ Da Pauschalen üblicherweise eher großzügig kalkuliert werden, um Kostensteigerungen zumindest für einen gewissen Zeitraum aufzufangen, würde es keinen Sinn machen, sie nach dem genauen Betrag zur Zeit des Vertragsabschlusses zu beziffern. Entsprechendes gilt daher, wenn Einzelbeträge fehlen, aber ein centgenauer Gesamtbetrag angegeben ist. Anderenfalls würde zudem der Vermieter, der sich in besonderem Maß um Transparenz bemüht, indem er für den Mieter die Betriebskostenbelastung genau aufschlüsselt, unangemessen benachteiligt. Sind die **Einzelbeträge** oder der Gesamtbetrag dagegen **gerundet**, erscheint eher eine Pauschale beabsichtigt, zumal aus der Sicht des Mieters nicht erkennbar ist, inwieweit die Beträge die aktuellen Kosten berücksichtigen oder auch der Höhe nach unbekannte Zuschläge enthalten.

Haben die Parteien bei Abschluss des Vertrags die **Betriebskostenbelastung erörtert** und ist dabei deutlich geworden, dass sich der Vermieter von den umlagefähigen Kosten freihalten will, ist eine Vorauszahlung auch dann anzunehmen, wenn im Mietvertrag der Ausdruck Pauschale gewählt wurde;¹⁶ für die vom Mieter akzeptierte Vorstellung des Vermieters können auch **sonstige Formulierungen** im Vertrag herangezogen werden, etwa wenn „über die monatlichen Pauschalen ... am Ende jeder Periode entsprechend dem tatsächlichen Verbrauch abgerechnet“¹⁷ werden soll, der Mieter auf die Abrechnung eine monatliche „Vorauspauschale“ zu entrichten hat¹⁸ oder es sich bei den angegebenen Beträgen nur um diejenigen „z. Zt.“¹⁹ handelt. Umgekehrt liegt eine Pauschale vor, wenn der Vermieter bei den Vertragsverhandlungen zB zu erkennen gegeben hat, dass er sich die Mühe von Abrechnungen ersparen will.

Wurde bei einem längeren Mietverhältnis immer oder nie abgerechnet, kann aus dieser **Handhabung** auf den ursprünglichen Willen der Parteien geschlossen werden.²⁰ Hierbei handelt es sich um die Konkretisierung des mehrdeutigen Vertragsinhalts durch die Parteien selbst.

Führt die Auslegung zu keinem Ergebnis, ist die **Unklarheitenregel** des § 305c Abs. 2 BGB einschlägig.²¹ In diesem Fall soll von der Vereinbarung einer Pauschale auszugehen sein,²² was der BGH zumindest billigt.²³ Der Vermieter könnte hier höhere Kosten nur über das umständlichere Verfahren gem. § 560 Abs. 1 BGB erreichen, wobei zusätzlich Nachbelastungen gem. § 560 Abs. 2 BGB nur eingeschränkt zulässig sind. Eine allgemeine Aussage dahingehend, ob für den Mieter die Pauschale oder die Abrechnung günstiger ist, lässt sich jedoch letztlich nicht treffen. Die monatlichen Zahlungen müssen zudem in beiden Fällen geleistet werden. Da das Gericht hier eine **AGB-Prüfung** vornimmt, kann es die für den Vertragspartner **günstigste Auslegung nur im Einzelfall feststellen**. Somit hängt es davon ab, ob für den konkreten Abrechnungszeitraum der Mieter eine Nachzahlung leisten müsste oder ein Guthaben erhält. Im ersteren Fall ist eine Pauschale

¹⁵ Seldeneck Rn. 3907; aA KreisG Cottbus WuM 1994, 66; Sternel III Rn. 315.

¹⁶ Sternel III Rn. 315.

¹⁷ AG Landsberg DWW 1986, 19.

¹⁸ BGH GE 2008, 534 = NZM 2008, 276 = WuM 2008, 225 = ZMR 2008, 443.

¹⁹ AG Bochum ZMR 1987, 340.

²⁰ OLG Hamburg NJW-RR 1988, 309; vgl. LG Koblenz WuM 1990, 312.

²¹ Das übersieht LG Saarbrücken WuM 2019, 254 = BeckRS 2019, 9080.

²² LG Wiesbaden WuM 1987, 274; AG Hamburg-Wandsbek ZMR 2024, 37; AG Hamburg-Altona WuM 1988, 66; Seldeneck Rn. 3908; vgl. LG Berlin ZMR 2001, 188 zur gleichzeitigen Vereinbarung einer Bruttokaltmiete und von Vorauszahlungen.

²³ BGH NZM 2016, 720 mAnm Ludley = WuM 2016, 498 = ZMR 2016, 682.

anzunehmen, andernfalls eine Abrechnungsvereinbarung. Das kann sich **in jedem weiteren Prozess anders darstellen**.²⁴ Liegen der Klage mehrere Abrechnungen zugrunde, ist im Zuge einer einheitlichen Klauselauslegung der Durchschnitt zu ermitteln. Dabei sind die Parteien nicht gehindert, weitere für sie günstige Abrechnungseiträume in den Prozess einzuführen, auch im Wege der Aufrechnung, und hierüber die Gesamtrechnung zu beeinflussen. Eine Feststellung dahingehend, wie die Klausel auszulegen ist, dürfte aufgrund der auch zukünftig hieraus resultierenden Ansprüche und Pflichten, die einen relevanten Teil eines Rechtsverhältnisses darstellen, möglich sein.²⁵ Grundsätzlich unzulässig ist hingegen die Auslegung einer unklaren Regelung dahingehend, dass die erforderliche Bestimmung eines Pauschal- oder Vorauszahlungsanteils – aufgrund der zwingenden Vorgaben der HeizKV (s. K Rn. 9 f.) – wegen hohen rechnerischen Aufwandes für letzteres spreche.²⁶ Das ist unvereinbar mit § 305c Abs. 2 BGB und begünstigt zudem das Interesse des Vermieters einseitig.

3. Freiwillige Überzahlung des Mieters

- 15 In der Praxis kommt es häufig vor oder wird jedenfalls im Rahmen der Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung vorgetragen, dass der Mieter von sich aus freiwillig mehr Vorauszahlungen auf die Betriebskosten geleistet habe. Diese müssten daher bei der Abrechnung berücksichtigt werden. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch **einseitig nicht möglich**. Eine Erhöhung der Bruttomiete bedarf einer beiderseitigen Vereinbarung. Das kommt allenfalls in Betracht, wenn der Vermieter im Folgenden auch das Zahlungssoll im Mieterkonto entsprechend erhöht, wobei die Überzahlung dann nicht aus Versehen sondern willentlich und ausdrücklich auf die Vorauszahlungen erfolgt sein muss. Die schlichte Verrechnung undifferenzierter Zahlungen nach § 366 Abs. 2 BGB (J → Rn. 88)²⁷ begründet das nicht. Auch in der tatsächlichen Einstellung der Überzahlung in die Betriebskostenabrechnung kann die Annahme des Vertragsänderungsangebots liegen. Sicher ist das jedoch nicht, weil der Vermieter sich auch schlicht hierzu (fremd-)verpflichtet gefühlt haben kann. Der Mieter kann dem Vermieter aber in die Abrechnung einzustellende **Vorauszahlungen nicht aufzwingen**. Das würde den Umfang der vertraglich vereinbarten Rechnungslegungspflicht über die Vorauszahlungen ändern. Die abrechnungsrelevanten Vorauszahlungen haben sich damit nicht erhöht. Der Vermieter kann aber mit einer Abrechnungsnach- oder Mietforderung gegen den Rückforderungsanspruch des Mieters aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB aufrechnen. Dem steht § 551 Abs. 4 BGB bei freiwilliger Überzahlung nicht entgegen.

II. Höhe der Vorauszahlungen

1. Vereinbarung der Höhe

a) Angemessenheit

- 16 Bei **Wohnraummietverhältnissen** sind Vorauszahlungen nach § 556 Abs. 2 S. 2, Abs. 5 BGB, § 20 Abs. 3 S. 1 NMV **nur in angemessener Höhe** zulässig. Die **Beschränkung**

²⁴ AG Düsseldorf GE 2024, 551 = BeckRS 2024, 9388 mzustAnm Klüver IMR 2024, 282 = ZMR 2024, 847; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter BGB § 556 Rn. 47; ders. WuM 2012, 647 (648).

²⁵ Vgl. BAG NZA 2013, 376.

²⁶ So LG Saarbrücken WuM 2019, 254 = BeckRS 2019, 9080.

²⁷ Vgl. BGH NZM 2018, 454 = WuM 2018, 278 = ZMR 2018, 575; NZM 2018, 444 = WuM 2018, 373.