

Betriebskosten-CHECKLISTE 3

Erhöhung der Betriebskostenpauschale (§ 560 Abs. 1, 2, 3, 5 und 6 BGB) Betriebskostenerhöhung bei Altmietverträgen (Art. 229 § 3 Abs. 4 EGBGB)

GLIEDERUNG:

- 1. Liegt der Abwälzungsmodus des § 560 Abs. 1 BGB vor?** [RN 1]
 - 1.1 Betriebskostenpauschale [RN 5]
 - 1.2 Pauschalmiete (Bruttokaltmiete) bei Altverträgen [RN 10]
 - 1.3 Pauschalmiete (Bruttokaltmiete) bei Neuverträgen [RN 14]
 - 1.4 Unwirksame und unklare Vereinbarungen über Betriebskostenvorschüsse [RN 16]

- 2. Besteht eine Betriebskostenvereinbarung?** [RN 22]

- 3. Ist die Betriebskostenpauschale in zulässiger Höhe vereinbart?** [RN 26]

- 4. Besteht eine wirksame Erhöhungsvereinbarung?** [RN 32]
 - 4.1 Erhöhungsmöglichkeit bei einer Betriebskostenpauschale [RN 34]
 - 4.2 Erhöhungsmöglichkeit bei einer Pauschalmiete (Bruttokaltmiete) bei Altverträgen [RN 39]
 - 4.2.1 Mietvertragsabschlüsse vor dem 1.1.1988 [RN 42]
 - 4.2.2 Mietvertragsabschlüsse vor dem 1.9.2001 [RN 45]
 - 4.2.3 „Vereinbarung im Mietvertrag“ nach Artikel 229 § 3 Absatz 4 EGBGB [RN 47]
 - 4.3 Erhöhungsmöglichkeit bei einer Pauschalmiete (Bruttokaltmiete) bei Neuverträgen [RN 52]

- 5. Decken sich die erhöhten Betriebskosten mit den in der Betriebskostenvereinbarung genannten?** [RN 53]

- 6. Haben sich die Betriebskosten insgesamt erhöht (Saldo)?** [RN 54]

- 7. Ist der Ausgangszeitpunkt für die Feststellung einer Betriebskostenerhöhung korrekt?** [RN 57]
 - 7.1 Mietvertragsbeginn [RN 58]
 - 7.2 Mieterhöhung nach § 558 BGB oder nach § 557 Absatz 1 BGB [RN 59]
 - 7.3 Mieterhöhung nach § 559 BGB [RN 61]
 - 7.4 Mieterhöhung aufgrund einer Staffelmietvereinbarung [RN 62]
 - 7.5 Vermieterwechsel [RN 63]

- 8. Ist der Ausgangszeitpunkt für die Feststellung einer Erhöhung der Betriebskostenpauschale korrekt?** [RN 64]

9. Wie wird der Betriebskostenbetrag zum jeweiligen Stichtag ermittelt? [RN 65a]

10. Ist der korrekte Umlagemaßstab gewählt worden? [RN 66]

11. Ist die Erhöhungserklärung formgerecht abgegeben worden? [RN 67]

12. Ist die Erhöhungserklärung ausreichend begründet und erläutert? [RN 70]

13. Werden nur umlagefähige Kosten erhöht? [RN 74]

14. Sind die „Grundsätze einer ordentlichen Bewirtschaftung“ beachtet worden? [RN 75]

15. Sind die geltend gemachten Betriebskosten überhaupt während des Mietverhältnisses angefallen? [RN 76]

16. Haben die Mieter ein Recht auf Einsichtnahme in die Belege oder auf Übersendung von Fotokopien? [RN 77]

17. Ist der Wirksamkeitszeitpunkt der Erhöhung richtig angegeben? [RN 78]

17.1 Wirkung für die Zukunft [RN 79]

17.2 Rückwirkung [RN 81]

17.3 Sonderproblem: „Nachholen“ von Betriebskostenerhöhungen [RN 87]

18. Mietpreisüberhöhung? [RN 89]

19. Wann müssen die Betriebskosten gesenkt werden? [RN 90]

19.1 Senkung wegen Kostenreduzierung [RN 91]

19.2 Senkung nach § 556 a Abs. 2 Satz 3 BGB [RN 103]

20. Welches sind die Folgen einer fehlerhaften Erhöhung der Betriebskosten? [RN 105]

21. Besteht ein Kündungsrisiko bei Nichtzahlung der Erhöhung? [RN 111]

§ 560 BGB - Veränderungen von Betriebskosten

(1) Bei einer Betriebskostenpauschale ist der Vermieter berechtigt, Erhöhungen der Betriebskosten durch Erklärung in Textform anteilig auf den Mieter umzulegen, soweit dies im Mietvertrag vereinbart ist. Die Erklärung ist nur wirksam, wenn in ihr der Grund für die Umlage bezeichnet und erläutert wird.

(2) Der Mieter schuldet den auf ihn entfallenden Teil der Umlage mit Beginn des auf die Erklärung folgenden übernächsten Monats. Soweit die Erklärung darauf beruht, dass sich die Betriebskosten rückwirkend erhöht haben, wirkt sie auf den Zeitpunkt der Erhöhung der Betriebskosten, höchstens jedoch auf den Beginn des der Erklärung vorausgehenden Kalenderjahres zurück, sofern der Vermieter die Erklärung innerhalb von drei Monaten nach Kenntnis von der Erhöhung abgibt.

(3) Ermäßigen sich die Betriebskosten, so ist eine Betriebskostenpauschale vom Zeitpunkt der Ermäßigung an entsprechend herabzusetzen. Die Ermäßigung ist dem Mieter unverzüglich mitzuteilen.

...

(5) Bei Veränderungen von Betriebskosten ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu beachten.

(6) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

1. Liegt der Abwälzungsmodus des § 560 Abs. 1 BGB vor?

1 Aus § 556 Abs. 2 Satz 1 BGB ergeben sich die beiden Abwälzungsmodalitäten für Betriebskosten, die der Gesetzgeber als Regel für Mietverträge im preisfreien Wohnungsbau vorsieht, welche ab dem 1.9.2001 abgeschlossen werden.

2 Die Vereinbarungen von Vorschüssen mit jährlicher Abrechnung (**Betriebskostenabrechnung**) ist der „Normalfall“ der Abwälzung und in § 556 BGB geregelt. § 560 Abs. 1 BGB spricht deshalb folgerichtig nur von der **Betriebskostenpauschale** (siehe Punkt 1.1).

3 Im Westteil Berlins spielt aber auch noch die Bruttokaltmiete, also die (**Teil-)Inklusivmiete** eine Rolle. Für dieses Modalität findet § 560 BGB – mit Ausnahme seines Absatzes 4 – ebenfalls Anwendung, wenn der Mietvertrag vor dem 1.9.2001 abgeschlossen wurde (siehe Punkt 1.2).

4 Erhöhungen der Betriebskosten bei Inklusivmietvereinbarungen, die nach dem 30.8.2001 abgeschlossen werden, schließt das Gesetz hingegen aus (siehe Punkt 1.3).

1.1. Betriebskostenpauschale

5 Ausdrücklich lässt das Gesetz neben der Vereinbarung von Betriebskostenvorschüssen die Vereinbarung von **Betriebskostenpauschalen** zu (§ 556 Absatz 2 BGB). Die Pauschale ist von der Bruttomiete (Inklusivmiete) zu unterscheiden. Bei der Pauschale werden die Betriebskosten betragsmäßig neben der Grundmiete ausgewiesen (Zur Abgrenzung der Betriebskostenpauschale zu anderen Betriebskostenmodi vgl. CHECKLISTE 1 - Grundsätze zur Umlegung der Betriebskosten, Punkt 1.1).

5a Ausgeschlossen ist die Vereinbarung einer Pauschale im Geltungsbereich der Heizkostenverordnung (vgl. **§ 2 HeizkostenVO**) und bei Sachverhalten, die dem **§ 556 a Abs. 1 Satz 2 BGB** unterliegen (zur Zulässigkeit der Heizkostenpauschale bei einer Etatgenheizung: LG Oldenburg v. 10.10.2001 - 2 S 649/01 -, ZMR 02, 200; NZM 02, 337; zur Zulässigkeit bei § 556 a Abs. 1 Satz 2 BGB möglicherweise Wall, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl. Rn 2714).

6 Die Parteien können auch vereinbaren, dass neben der Grundmiete der Mieter nur für einzelne Betriebskosten eine Pauschale zu zahlen hat. Dann ist die Grundmiete eine sog. **Teilinklusivmiete**, die die nicht - oder nicht wirksam - auf den Mieter abgewälzten Betriebskosten enthält. Die Pauschale erfasst dann nicht die in der Teilinklusivmiete enthaltenen Betriebskosten (Kinne GE 05, 1528 (1529)).

7 Widersprechen sich mietvertragliche Regelungen zur vereinbarten Mietzinsstruktur, weil einerseits eine Nettokaltmiete, andererseits eine Bruttokaltmiete vereinbart wird, stellt dies eine Unklarheit im Sinne des § 305 Abs. 2 BGB dar, mit der Folge, dass die für den Mieter günstigere der möglichen Auslegungen maßgeblich ist. Für den Mieter ist die Vereinbarung einer Bruttokaltmiete günstiger (LG Berlin v. 19.9.2000 - 64 S 137/00 - MM 01, 53; ZMR 01, 188; GE 01, 207; a.A. LG Berlin v. 7.2.2000 - 62 S 399/99 -).

8 Werden über einen Zeitraum von 15 Jahren Betriebskostenvorauszahlungen von beiden Vertragspartnern wie Pauschalen behandelt und auf eine Abrechnung verzichtet, führt dies zu einer **konkludenten Vertragsanpassung** dahingehend, dass nur noch Pauschalen geschuldet werden. Diese können sodann gemäß § 560 Abs. 1 BGB angepasst werden (AG Hamburg v. 23.2.2005 - 39A C 78/04 -, ZMR 05, 873).

9 Entgegen des Wortlautes ist die Betriebskostenpauschale nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unveränderlich (pauschal), sondern kann unter im folgenden dargestellten Voraussetzungen nach Maßgabe des § 560 BGB erhöht werden (siehe unten Punkt 4.1).

1.2 Pauschalmiete (Bruttokaltmiete) bei Altverträgen

10 Unter bestimmten Voraussetzungen wird § 560 BGB analog angewandt auf mietvertraglich vereinbarte Bruttokaltmieten. Erste Voraussetzung ist, dass die Vereinbarung aus der Zeit vor dem 1.9.2001 stammt. Hierzu gibt es in Artikel 229 § 3 Absatz 4 EGBGB eine **Übergangsvorschrift**:

Artikel 229 § 3 Absatz 4 EGBGB

Auf ein am 1. September 2001 bestehendes Mietverhältnis, bei dem die Betriebskosten ganz oder teilweise in der Miete enthalten sind, ist wegen Erhöhungen der Betriebskosten § 560 Abs. 1, 2, 5 und 6 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden, soweit im Mietvertrag vereinbart ist, dass der Mieter Erhöhungen der Betriebskosten zu tragen hat; bei Ermäßigungen der Betriebskosten gilt § 560 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

11 Es gibt in Berlin - im Westteil - schätzungsweise noch rund **150.000 Mietverträge mit einer Bruttokaltmiete**. Auch für diese Bestandsmietverhältnisse aus der Zeit vor dem 1.9.2001 hat der Gesetzgeber in Artikel 229 § 3 Absatz 4 EGBGB eine Übergangsregelung geschaffen.

12 Bei der Bruttokaltmiete (Inklusivmiete) sind die Betriebskosten in der Grundmiete enthalten. Es werden keine monatlichen Betriebskostenvorschüsse erhoben und es gibt keine regelmäßige Jahresabrechnung. Bei Teilinklusivmieten gilt

dies nur für einige Betriebskostenarten, für andere wird ein Vorschuss erhoben, über den jährlich abgerechnet wird.

13 Die analoge Anwendung des § 560 BGB führt bis auf einige - unten erläuterte - marginale Veränderungen zu der Rechtslage wie sie bis zum 1.9.2001 nach § 4 Abs. 2 bis 4 MHG galt. Rechtlich interessant in der Übergangsvorschrift ist jedoch die Wendung „soweit im Mietvertrag vereinbart“ (siehe unten Punkt 4.2).

1.3 Pauschalmiete (Bruttokaltmiete) bei Neuverträgen

14 Auch unter dem seit 1.9.2001 geltendem Recht ist es zulässig, Bruttokaltmieten oder Teilinklusionsmieten zu vereinbaren (§ 556 Absatz 2 Satz 1 i.V.m. Absatz 4 BGB). Seit Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes des Jahres 2001 ist jedoch eine Erhöhung der Betriebskosten bei einer ab 1.9.2001 vereinbarten Bruttokaltmiete nicht mehr möglich (siehe unten Punkt 4.3). Der Vermieter kann dann in einem solchen Fall allerdings die gesamte Bruttokaltmiete beispielsweise unter Hinweis auf den entsprechenden Mietspiegelwert nach § 558 BGB erhöhen (siehe hierzu BMV-Arbeitspapier „Prüfungsschritte für Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§§ 558 - 558 e BGB“, RN 158).

15 Steigerungen der in der Grundmiete enthaltenen Betriebskosten konnten nach der bis zum 31.8.2001 geltenden Rechtslage bei entsprechender Vereinbarung gemäß § 4 Absatz 2 Miethöhegesetz (MHG) durch eine sog. Betriebskostenerhöhung auf den Mieter abgewälzt werden. Während sie im Ostteil der Stadt faktisch nicht vorkommt, hat die Bruttokaltmiete im Westteil Berlins eine jahrzehnte lange Tradition. Deshalb kann es hier auch künftig noch passieren, dass **aus alter Gewohnheit** unter Verwendung überholter Mietvertragsformulare bei Mietvertragsneuabschlüssen eine Bruttokaltmiete vereinbart wird. Für Mieter hat dies dann die oben genannte positive Rechtsfolge. Für Mietvertragsneuabschlüsse ab 1.9.2001 ist deshalb im Hinblick auf Bruttokaltmieten keineswegs alles beim alten geblieben.

1.4 Unwirksame und unklare Vereinbarungen über

Betriebskostenvorschüsse

16 § 560 BGB kann auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Parteien die Möglichkeit der Betriebskostenabrechnung vereinbart haben, aber die Vereinbarung wegen Unklarheit - oder wegen ehemals gesetzlichem Verbots im West-Berliner Altbau - gescheitert ist.

17 Zu den Folgen der unwirksamen Vereinbarung von Betriebskostenvorschüssen werden **drei gegensätzliche Auffassungen** vertreten:

18 Ist trotz fehlender wirksamer Betriebskostenvereinbarung die Zahlung monatlicher Betriebskostenvorschüsse vereinbart, hat der Mieter Anspruch auf **Rück-erstattung geleisteter Vorschüsse** nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. BGB. Eine Umdeutung der vereinbarten Vorauszahlungen in eine Betriebskostenpauschale ist nicht möglich, da auch für die Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale es erforderlich ist, dass die Parteien sich darüber einigen, welche konkreten Betriebskosten durch die Pauschale erfasst werden sollen (LG Berlin v. 13.8.2010 - 63 S 658/09 -, MM 3/11, 29; GE 10, 1542).

19 Betriebskostenvorschüsse, die wegen Unbestimmtheit unwirksam vereinbart sind, werden **Bestandteil der Bruttokaltmiete** (LG Berlin v. 14.12.2006 - 67 S 221/06 -, MM 07, 111: „... Angesichts des Umstandes, dass Betriebskostenzahlungen nur einen Teil der vom Mieter zu zahlenden Gesamtmiete ausmachen, kann die Offenlegung eines Teils dieser Gesamtmiete und der weitere Umstand, dass ein für ein Element vorgesehenes Verfahren nicht durchführbar ist, nicht dazu führen, dass der Vermieter einen Teil des Mietentgelts verliert, obgleich sich der Mieter durch Vertragsunterzeichnung mit einer Leistung auf die Betriebskosten einverstanden erklärt hat (...). Der Vermieter behält daher den als Vorschuss ausgewiesenen Betrag als selbständigen Teil einer Bruttokaltmiete, der für die Zukunft nicht mehr abänderbar ist. Insofern würde die Vereinbarung einer veränderlichen Betriebskostenpauschale eine Erhöhung nach § 560 Abs. 1 BGB nur zulassen, wenn der Vertrag eine entsprechende Vereinbarung zur Umlage der Mehrkosten enthält, an der es hier fehlt. ... Hinsichtlich der Heizkosten gilt hier, dass die hier bezogen auf die Festlegung, welche Kosten im Einzelnen umlegbar sind, unzureichende vertragliche Vereinbarung gemäß § 2 Heizkostenverordnung durch die zwingenden Normen der §§ 6 bis 8 HeizkostenVO überlagert wird. Daher ist der im Vertrag vereinbarte Betrag in Höhe von 220,- DM (= 112,59 €) als Vorauszahlung auf die unter Beachtung der Vorschriften der HeizkostenVO abzurechnenden Heiz- und Warmwasserkosten anzusehen. ...“). Ebenso sieht das der nicht für das Wohnraummietrecht zuständige 12. Senat des **BGH**: Hat der Mieter mietvertraglich einen Betriebskostenvorschuss in bestimmter Höhe zu zahlen, ohne dass die Nebenkosten näher konkretisiert werden, und wird über die Vorschüsse jahrelang nicht abgerechnet, handelt es sich um eine Bruttomiete (**BGH** v. 2.5.2012 - XII ZR 88/10 -, WuM 12, 453; GE 12, 822).

20 Die wohl **herrschende Meinung** kommt bei unwirksamer Vereinbarung eines Betriebskostenvorschusses über die Auslegung zum Vorliegen einer **Betriebskostenpauschale** (Langenberg, Betriebs- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. B III RN 78 m.w.N.; Kleffmann WuM 87, 160; OLG Düsseldorf v. 23.5.2002 - 10 U 96/01 -, NZM 02, 526; ZMR 02, 595; GE 02, 858; AG Darmstadt v. 15.7.2010 - 304 C 139/10 -, WuM 11, 598; AG München v. 30.6.1998 - 413 C 8965/98 -, NZM 99, 415; AG Neuss v. 15.1.1997 - 30 C 390/95 -, DWW 97, 77; ZMR 97, 305). Für diese Auslegung spricht auch die Einzelfall-Entscheidung des BGH vom 9.3.2011 (siehe RN 21)

20a Ist im Mietvertrag von „Vorauszahlungen“ **und** einer „Pauschale“ die Rede, liegt im Zweifel eine bewusste Differenzierung vor (AG Gelsenkirchen v. 31.10.2014 - 211 C 170/14 -, ZMR 15, 131: ... Denn für die Frage, ob eine Betriebskostenpauschale oder Vorauszahlungen vereinbart sind, kommt es im Zweifel zunächst auf den Wortlaut der Vereinbarung

an, sofern sich nicht aus einer bereits erfolgten Handhabung der Klausel das ein oder andere schlüssig ergibt (vgl. Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Auflage, Seite 602, Randnummer V 267). Vorliegend wurde in den Vertrag explizit das Wort „Pauschale“ aufgenommen, obwohl den Parteien hätte klar sein müssen, dass die umstehenden vertraglichen Regelungen von „Vorauszahlung“ sprechen. Insoweit deutet im Wege der Vertragsauslegung einiges darauf hin, dass die Parteien bewusst von dem Begriff „Vorauszahlung“ Abstand genommen und stattdessen eine monatliche Pauschale vereinbaren wollten. ...).

21 Zur Umdeutung einer - nach dem **früheren Mietpreisbindungsrecht für Altbauten in Berlin** - unzulässigen Vereinbarung über abzurechnende Betriebskostenvorauszahlungen in eine gesetzlich seinerzeit zulässige Abrede über die Zahlung einer Betriebskostenpauschale (BGH v. 9.3.2011 - VIII ZR 132/10 -, WuM 11, 214; NJW 11, 1222; GE 11, 543; NZM 11, 400: „... Die vom Berufungsgericht vorgenommene Umdeutung der in § 4 Nr. 3.b getroffenen Vereinbarung ist auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien und von der Revision auch nicht angegriffenen Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Für die von der Revision geforderte zeitliche Differenzierung dahingehend, dass die Parteien nur vorübergehend - für die Dauer der Mietpreisbindung - eine Betriebskostenpauschale (Bruttokaltmiete) hätten vereinbaren wollen, für die Zeit danach dagegen eine jährliche Abrechnung (auch) über die sonstigen Betriebskosten, bietet der festgestellte Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Übergangenen Sachvortrag der Klägerin zeigt die Revision nicht auf. Unstreitig wurde das Mietverhältnis von Beginn an bis zu seinem Ende unbeanstandet im Sinne der vom Berufungsgericht - und auch bereits vom Amtsgericht - angenommenen Vereinbarung über eine Bruttokaltmiete praktiziert. Nach den mit der Berufung nicht angegriffenen Feststellungen des Amtsgerichts hat die Klägerin in der 19-jährigen Laufzeit des Mietvertrags, auch nach der zum 1. Januar 1988 erfolgten Aufhebung der Mietpreisbindung für Altbauten im damaligen Westberlin, niemals eine Abrechnung der Betriebskosten verlangt. Sie hat sich auch nicht gegen die mehrmaligen, auf § 4 Abs. 2 MHG gestützten Mieterhöhungen wegen gestiegener Betriebskosten gewandt, sondern hat die geforderten Erhöhungen anstandslos beglichen. Erst lange nach Beendigung des Mietverhältnisses hat die Klägerin im August 2008 erstmals eine Abrechnung der Betriebskosten für die Jahre 2004 bis 2006 verlangt und daran anschließend einen Rückforderungsanspruch wegen fehlender Abrechnung geltend gemacht. Unter diesen Umständen hat das Berufungsgericht - ebenso wie bereits das Amtsgericht - den festgestellten Sachverhalt rechtsfehlerfrei dahin gewürdigt, dass sich die Parteien von Beginn des Mietverhältnisses an und während dessen gesamter Dauer darüber einig waren, dass für die sonstigen Betriebskosten - entgegen dem Wortlaut des Vertrages - kein abzurechnender Vorschuss, sondern eine Pauschale zu zahlen war. Die somit vereinbarte Bruttokaltmiete durfte deshalb von den Beklagten nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen (§ 4 Abs. 2 MHG) wegen gestiegener Betriebskosten erhöht werden. ...)

2. Besteht eine Betriebskostenvereinbarung?

22 Soweit in einem Wohnungsmietvertrag ein bestimmter Betrag, der auch die an sich umlagefähigen Betriebskosten umfasst, als Mietentgelt vereinbart ist (Inklusivmiete), so ist eine Erhöhung des Betriebskostenanteils i(m Zweifel) ausgeschlossen (vgl. OLG Hamm v. 20.8.97 - 30 REMiet 2/97-, WuM 97, 538). Eine Mieterhöhung wegen gestiegener Betriebskosten nach § 560 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass abweichend von der Grundregel des Gesetzes eine Umlage der Betriebskosten vereinbart ist, weil nach § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB grundsätzlich der Vermieter

die Lasten der Mietsache zu tragen hat (vgl. § 556 Abs. 2 Satz 1 BGB: „*können ... vereinbaren ...*“).

23 Für die Vereinbarung der Betriebskosten genügt nach **BGH** (v. 27.6.2007 - VIII ZR 202/06 -, WuM 07, 571; GE 07, 1310) die Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog des § 27 der II. BV, bzw. des § 2 BetriebskostenVO. Es soll sogar genügen, lediglich § 27 II. BV oder § 2 BetriebskostenVO in Bezug zu nehmen (BGH v. 8.4.2009 - VIII ZR 128/08 -, WuM 09, 351; NZM 09, 478; GE 09, 711).

24 Keine wirksame Betriebskostenvereinbarung liegt hingegen vor, wenn beispielsweise *lediglich* vereinbart wird, dass „120,- € monatlich als Betriebskostenpauschale geschuldet seien“.

25 Zu den **Folgen unwirksamer Betriebskostenvereinbarungen** siehe schon oben Punkt 1.4.

3. Ist die Betriebskostenpauschale in zulässiger Höhe vereinbart?

26 Es fragt sich, ob Pauschalen (anders als Vorauszahlungen) in „unangemessener“ Höhe vereinbart bzw. ausgewiesen werden dürfen (vgl. den Wortlaut des § 556 Absatz 2 Satz 2 BGB)? Kann also die ortsübliche Nettokaltmiete - wie sie in den Mietspiegeln ausgewiesen ist - faktisch umgangen werden, indem eine „**Phantasiepauschale**“ vereinbart wird? Auch gerade im Hinblick auf die 2015 eingeführte so genannte „**Mietpreisbremse**“ (§§ 556 d ff. BGB) könnten überhöhte Pauschalen zur Umgehung dieser Vorschriften „vereinbart“ werden.

27 Diese jahrelang umstrittene Frage, hat der **BGH** im Jahre 2011 entschieden: „Nach § 556 Abs. 2 Satz 2 BGB dürfen Vorauszahlungen für Betriebskosten nur in angemessener Höhe vereinbart werden. Für Pauschalen gibt es eine entsprechende Regelung nicht. Der Vermieter muss deshalb seine anfängliche Kalkulation nicht offen legen. Eine Pauschale dient gerade dazu, dass der Vermieter nicht jährlich abrechnen muss. Dieser Vorteil ginge verloren, wenn der Vermieter doch jedes Jahr die konkreten Kosten ermitteln müsste.“ (**BGH** v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11 -, WuM 11, 688; GE 11, 1677; NJW 12, 303; NZM 12, 20; ZMR 12, 181; Anm. Schach jurisPR-MietR 25/11; Schmid NZM 12, 444).

28 Und weiter: „Ein Auskunftsanspruch des Mieters gegen den Vermieter zur tatsächlichen Höhe der bei der Wohnraummiete von einer Pauschale abgedeckten Betriebskosten gemäß § 242 BGB kommt nur in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine nachträgliche Ermäßigung der Betriebskosten bestehen.“

Frage:

Wie wird eine überhöhte Betriebskostenpauschale in der **Einkommensteuer** behandelt: Inwieweit werden hier Betriebskosten als Werbungskosten berücksichtigt?

(BGH v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11 -, WuM 11, 688; GE 11, 1677; NJW 12, 303; NZM 12, 20; ZMR 12, 181; Anm. Schach jurisPR-MietR 25/11; Schmid NZM 12, 444).

29 Die einzige Grenze der Höhe der Pauschale stellt somit **§ 5 WiStG** (siehe unten Punkt 18.) bzw. **§ 138 Abs. 2 BGB** dar. I

30 Sobald die so genannte „**Mietpreisbremse**“ (§§ 556 d ff. BGB) anzuwenden ist, wird in der Literatur allerdings auch vertreten, dass die Pauschale zu reduzieren ist. Unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 26.2.1982 (- 8 REMiet5/81 -, WuM 82, 129: Bei der Beurteilung, ob ein Entgelt i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 WiStG unangemessen hoch ist, sind die Grundmiete und das Entgelt für Nebenleistungen zusammenzurechnen) vertritt Flatow die Ansicht, dass **überhöhte Betriebskostenpauschalen** auf die tatsächlich anfallenden Betriebskosten zu reduzieren sind und der reduzierte Betrag die Nettokaltmiete mindert (Flatow WuM 15, 191 (195)).

31 Zur Infrage kommenden Unwirksamkeit der Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale gemäß § 138 Abs. 2 BGB gibt es - soweit ersichtlich - bislang nur eine einzige Entscheidung (LG Berlin v. 10.11.2015 - 67 S 369/15 -, GE 16, 67: ... Soweit der Kläger sich nunmehr auf die Unwirksamkeit der Pauschale gemäß § 138 Abs. 2 BGB beruft, vermag er auch damit nicht durchzudringen. Das für den Wuchertatbestand erforderliche grobe Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist bei der von dem Kläger zu entrichtenden monatlichen Pauschale von 145,00 EUR für kalte Betriebskosten nicht gegeben. Denn ausweislich der von der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt unter Zugrundelegung von Abrechnungsdaten aus dem Jahre 2013 erstellten Betriebskostenübersicht 2015, die die Kammer gemäß §§ 287, 291 ZPO herangezogen hat (vgl. Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 12. Aufl. 2015, § 291 Rz. 1), betragen die monatlichen kalten Betriebskosten in Berlin durchschnittlich 1,69 EUR/qm. Das ergibt für eine Wohnung wie die von dem Kläger im Dezember 2012 angemietete bei einer Fläche von 61 qm im Durchschnitt kalte monatliche Betriebskosten von 103,49 EUR. Es kann dahinstehen, ob die von den Parteien im Rahmen ihrer Vertragsautonomie bei Begründung des Mietverhältnisses vorgenommenen Prognose der tatsächlichen Betriebskosten und die sich zu den Durchschnittswerten ergebende Differenz von 40 % überhaupt ein **Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung** begründet hat. Zumindest ist es nicht grob. Davon ausgehend sind die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB nicht erfüllt. ...).

31a Zum „umgekehrten Fall der zu niedrigen „**Lock-Pauschale**“ (bei entspannten Wohnungsmärkten) ist auf die Rechtsprechung zu den sogenannten „Lock-Vorschüssen“ zu verweisen (siehe BMV-Arbeitspapier „Schadenersatz bei zu geringen Betriebskostenvorschüssen?“ vom 15.7.2004).

4. Besteht eine wirksame Erhöhungsvereinbarung?

32 Es reicht für die Erhöhungsmöglichkeit nicht aus, wenn eine wirksame Betriebskostenvereinbarung besteht (siehe oben Punkt 2.). § 560 Absatz 1 BGB gibt dem Vermieter kein einseitiges Erhöhungsrecht. Die Erhöhungsmöglichkeit muss vielmehr „im Mietvertrag vereinbart sein“ (siehe CHECKLISTE 1 - Grundsätze zur

Umlegung der Betriebskosten, Punkt 2.1; vgl. auch Harald Kinne, Erhöhung der Betriebskostenpauschale, GE 05, 1528).

33 Die Pauschale (oder aber auch der Betriebskostenanteil bei vor dem 1.9.2001 vereinbarten Bruttomieten) bedarf also eines Erhöhungsvorbehalts, sonst bleiben die Betriebskosten pauschal unveränderlich. Trotz der missverständlichen Formulierung („... im Mietvertrag ...“), wird man davon ausgehen müssen, dass auch spätere im Laufe des Mietverhältnisses vorgenommene Betriebskostenvereinbarungen der Anforderung des § 560 Absatz 1 Satz 1 BGB genügen.

33a Fraglich ist, ob im Einzelfall trotz fehlenden Erhöhungsvorbehalts eine Erhöhung nach den Grundsätzen vom **Wegfall der Geschäftsgrundlage** in Frage kommt (§ 242 BGB; vgl. LG Oldenburg v. 10.10.2001 - 2 S 649/01 -, ZMR 02, 200; NZM 02, 337: Übersteigt der Stromverbrauch des Mieters in erheblicher Weise den Kostenansatz einer vereinbarten Pauschale, so kann darin eine positive Vertragsverletzung liegen, welche es dem Vermieter erlaubt, die tatsächlich angefallenen Kosten vom Mieter erstattet zu verlangen.).

4.1 Erhöhungsmöglichkeit bei einer Betriebskostenpauschale

34 Voraussetzung für die Erhöhung der Betriebskostenpauschale ist,

- dass nach dem Mietvertrag der Mieter neben der Grundmiete alle (oder einzelne) Betriebskosten zu tragen hat,
- dafür eine Pauschale ausgewiesen ist und
- dass sich der Vermieter im Mietvertrag ausdrücklich vorbehalten hat, die Miete bei gestiegenen Betriebskosten zu erhöhen (vgl. Kinne GE 05, 1528 (1529)).

35 Gemäß Art. 229 § 3 Abs. 4 EGBGB ist eine einseitige Erhöhung der Betriebskostenpauschale **auch bei Altverträgen** vor dem 1.9.2001 zulässig (AG München v. 27.6.2014 - 463 C 4060/14 -, ZMR 14, 893; AG Gelsenkirchen v. 31.10.2014 - 211 C 170/14 -, ZMR 15, 131). Voraussetzung ist, dass im Mietvertrag ein entsprechender Vorbehalt, z.B. in Form einer Mehrbelastungsabrede, enthalten ist und die Klausel mit den Vorschriften des § 560 Abs. 1 und Abs. 2 BGB vereinbar ist (AG München v. 27.6.2014 - 463 C 4060/14 -, ZMR 14, 893; AG Gelsenkirchen v. 31.10.2014 - 211 C 170/14 -, ZMR 15, 131).

36 Eine Anpassungsklausel ist **beispielsweise unwirksam**, wenn sie die Umlage von Betriebskosten, die nicht in § 2 Betriebskostenverordnung bzw. zuvor der Anlage 3 zu § 27 2. Berechnungsverordnung genannt sind, gestattet oder wenn sie entgegen § 560 Abs. 2 die unbeschränkte rückwirkende Geltendmachung von Betriebskostensteigerungen ermöglicht (AG München v. 27.6.2014 - 463 C 4060/14 -, ZMR 14, 893).

37 Beispiel einer zulässigen Anpassungsklausel (nach Kinne GE 05, 1528 (1529)):

„Die Miete ohne kalte Betriebskosten und ohne die Kosten für Heizung und Warmwasser beträgt monatlich ...

Zusätzlich zu der vereinbarten Miete (Nettomiete) trägt der Mieter sämtliche Betriebskosten i. S. v. § 19 Abs. 2 Wohnraumförderungsgesetz und der Betriebskostenverordnung.

Für die kalten Betriebskosten gem. §§ 1 Abs. 1, 2 Nr. 1-3 und 7-17 Betriebskostenverordnung wird eine Betriebskostenpauschale vereinbart von z. Zt. monatlich ...

Der Vermieter ist berechtigt, Erhöhungen der Betriebskosten durch Erklärung in Textform anteilig auf den Mieter umzulegen.

Der Mieter verpflichtet sich außerdem zur Entrichtung von Vorauszahlungen für Heiz- und Warmwasserkosten einer zentralen Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlage bzw. der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser i. S. d. §§ 1, 2 Nr. 4-6 Betriebskostenverordnung von derzeit monatlich für Heizungskosten/ Fernwärme ... für Warmwasserkosten/ Fernwarmwasser ...

Die Gesamtmiete beträgt daher insgesamt z. Zt. monatlich ...“

38 Ist unklar, welche Betriebskosten auf den Mieter abgewälzt worden sind, geht das zu Lasten des Vermieters mit der Folge, dass er insoweit die Pauschale nicht erhöhen kann (Kinne GE 05, 1528 (1530)). Zu den weiteren Rechtsfolgen siehe unten Punkt 20.

4.2 Erhöhungsmöglichkeit bei einer Pauschalmiete

(Bruttokaltmiete) bei Altverträgen

39 Auch bei Altverträgen mit (Teil-)inklusivmieten (vor allem im ehemaligen West-Berlin) kann trotz der Übergangsvorschrift in Art. 229 § 3 Absatz 4 EGBGB die künftige Abwälzung von Betriebskostenerhöhungen ausgeschlossen sein, weil es an einer Vereinbarung im Sinne dieser Vorschrift fehlt. Die mietvertraglichen Klauseln zu den damaligen „Mehrbelastungszuschlägen“ decken nicht sämtliche Betriebskostenarten ab und die Fiktion in § 7 Absatz 3 und 4 GVW ersetzt eine solche Vereinbarung nach Ansicht des **BGH** (v. 21.1.2004 - VIII ZR 101/03 -, WuM 04, 151; GE 04, 229 und **BGH** v. 21.1.2004 - VIII ZR 99/03 -, MM 04, 163; ZMR 04, 341; NZM 04, 253; NJW-RR 04, 586) seit dem Außerkrafttreten des GVW nicht mehr.

40 Bei den alten - teilweise Jahrzehnte alten - Mietverträgen wird man eine mietvertragliche Vereinbarung über die Abwälzung der Betriebskostenerhöhungen auf den Mieter oft vergebens suchen. Dies hat rechtshistorische Gründe: Im alten West-Berlin war die Abwälzung der Betriebskosten jahrelang durch gesetzliche Vorschriften erlaubt, ohne dass es einer mietvertraglichen Vereinbarung bedurft hätte.

41 Daran hat sich erst mit dem Inkrafttreten des „Gesetz zur dauerhaften sozialen Verbesserung der Wohnungssituation im Land Berlin“ (GVW) am 1.1.1988 etwas geändert. Mietvertragsabschlüsse ab dem 1.1.1988 bedurften einer entsprechenden Vertragsvereinbarung, wenn die in der Bruttokaltmiete enthaltenen Betriebskosten nach § 4 MHG erhöht werden sollten. Lässt sich daher schlussfolgern, dass nunmehr bei der überwältigenden Mehrheit der vor dem 1.9.2001 abgeschlossenen Bestandsmietverhältnisse trotz der Übergangsvorschrift in Art. 229 § 3 Absatz 4 EGBGB die künftige Abwälzung von Betriebskostenerhöhungen ausgeschlossen ist, weil es an einer Vereinbarung im Sinne dieser Vorschrift fehlt? Pauschal ist diese Frage nicht zu beantworten:

4.2.1 Mietvertragsabschlüsse vor dem 1.1.1988

42 Eindeutig war die Rechtslage jahrelang bei Mietverträgen, die vor dem 1.1.1988 abgeschlossen wurden. Hier hat die Berliner Rechtsprechung entschieden, § 7 Absatz 4 GVW, der auch ohne vertraglichen Vorbehalt Betriebskostenerhöhungen erlaubte, weiterhin analog anzuwenden. Denn nach Treu und Glauben erscheine eine solche **Nachwirkung** der bis zum 31.12.1987 geltenden Mietpreisbindung für Altverträge auch nach dem Außerkrafttreten des GVW am 31.12.1994 geboten (LG Berlin v. 14.2.1997 - 63 S 410/96 -, GE 97, 493; LG Berlin v. 14.7.1998 - 63 S 165/98 -, ZMR 99, 29; LG Berlin v. 8.11.2001 - 62 S 244/01 -, GE 01, 1674). Zu Recht verweist Beuermann (GE 94, 1072 und 97, 1137) obendrein auf die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung, die zum selben Ergebnis führen.

43 Mit der Entscheidung des BGH vom v. 21.1.2004 (- VIII ZR 101/03 -, WuM 04, 151; GE 04, 229 und **BGH** v. 21.1.2004 - VIII ZR 99/03 -, MM 04, 163; ZMR 04, 341; NZM 04, 253; NJW-RR 04, 586 mit **abl.** Anm. Beuermann GE 04, 215; Maciejewski MM 04, 165) kam dann die „Wende“: *„... Mit dem **Außerkrafttreten des GWV in Berlin am 31.12.1994** ist die Möglichkeit entfallen, den Betriebskostenanteil bei Teilinklusive mieten nach § 4 Abs. 2 MHG zu erhöhen, wenn - wie regelmäßig - ein wirksamer Erhöhungsvorbehalt im Mietvertrags fehlte. Seit dem 1.1.1995 konnte daher die Steigerung der Betriebskosten in diesen Fällen nur noch im Rahmen einer Anpassung der Miete an die ortsübliche Miete gemäß § 2 MHG (jetzt: § 558 BGB) berücksichtigt werden. Etwas anders ergibt sich auch nicht daraus, dass der Mieter bis zum Ablauf des Jahres 1994 vom Vermieter vorgenommene Mieterhöhungen wegen gestiegener Betriebskosten akzeptiert hat. Ein stillschweigendes Einverständnis auch mit künftigen derartigen Mieterhöhungen lag darin schon deshalb nicht, weil die Maßnahme der damaligen Gesetzeslage im Land Berlin entsprach und ein Widerspruch des Mieters daher aussichtslos gewesen wäre“.*

44 Hinweis: Für die Frage der Notwendigkeit von wirksamen Erhöhungsklauseln kommt es nach den **BGH**-Entscheidungen nicht mehr darauf an, ob der Mietver-

tragsabschluss vor dem 1.1.1988 oder vor dem 1.1.1995 gelegen hat. Nunmehr ist nur noch der Stichtag des 1.9.2001 wichtig. Zur Frage, wann Anpassungsklauseln wirksam oder unwirksam sind, siehe unten RN 47 ff..

4.2.2 Mietvertragsabschlüsse vor dem 1.9.2001

45 Bei allen vor dem 1.9.2001 abgeschlossenen Verträgen ist zunächst jeweils zu prüfen, ob - bei Fehlen einer Vereinbarung im Mietvertrag - vom Abschluss einer Betriebskostenvereinbarung durch schlüssiges Verhalten während der letzten Jahre ausgegangen werden kann und muss. Eine solche Vereinbarung soll nach der Entscheidung des **BGH** v. 29.5.2000 grundsätzlich stillschweigend auch durch jahrelange Übung zu Stande kommen können (vgl. **BGH** v. 29.5.2000 - XII ZR 35/00 -, NZM 00, 961; GE 00, 1614; NJW-RR 00, 1463; LG Berlin v. 23.1.2001 - 64 S 402/00 -, GE 01, 552). Das heißt: Hat der Mieter jahrelang Betriebskostenerhöhungen nach § 4 Absatz 2 MHG akzeptiert, kann nach dieser Ansicht im Einzelfall durchaus eine Vertragsänderung durch schlüssiges Verhalten liegen. Voraussetzung ist aber, dass der Mieter wusste, dass er zur Zahlung der erhöhten Betriebskosten nicht verpflichtet ist (vgl. Beuermann GE 97, 1137). Die mehrmalige Zahlung nicht geschuldeter Betriebskosten hat daher **in der Regel keine Vertragsänderung** zur Folge (**BGH** v. 10.10.2007 - VIII ZR 279/06 -, WuM 07, 694; GE 08, 46; **BGH** v. 27.1.2010 - XII ZR 22/07 -, GE 10, 406; NJW 10, 1065; **BGH** v. 18.5.2011 - VIII ZR 240/10 -, WuM 11, 420; GE 11, 949; HansOLG v. 3.8.1988 - 4 U 129/87 -, WuM 88, 347; ZMR 88, 420; GE 88, 1163; OLG Hamm v. 18.9.1980 - 4 U 57/80 -, WuM 81, 62; LG Berlin v. 6.5.1997 - 64 S 564/96 -, GE 98, 433; ZMR 98, 165; LG Berlin v. 7.4.1992 - 64 S 429/91 -, GE 92, 1097; LG Landau/Pfalz v. 28.2.2001 - 1 S 354/00 -, WuM 01, 613; ZMR 01, 457).

46 Genau genommen kann man eine spätere Vertragsänderung durch schlüssiges Verhalten ohnehin nicht für ausreichend halten, weil der Wortlaut des Art. 229 § 3 Absatz 4 EGBGB eine Vereinbarung „im Mietvertrag“ verlangt. Ob der Gesetzgeber mit dieser ungewöhnlichen Formulierung genau dies zum Ausdruck kommen lassen wollte, lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien allerdings nicht entnehmen.

4.2.3 „Vereinbarung im Mietvertrag“ nach Artikel 229

§ 3 Absatz 4 EGBGB

47 Scheidet daher in der Regel das Zustandekommen eines Erhöhungsvorbehaltes durch schlüssiges Verhalten aus, fragt sich, ob nicht den Formulierungen in den alten Mietverträgen der Gehalt einer Anpassungsklausel im Sinne des Art. 229 § 3 Abs. 4 EGBGB entnommen werden kann. Dies setzt voraus, dass im Mietvertrag eine entsprechende Regelung enthalten ist, aus der sich eindeutig ergibt, welche Betriebskosten in der Miete enthalten sind und wie die erhöhten Kosten umgelegt werden sollen (LG Berlin v. 9.4.2014 - 18 S 247/13 -).

Artikel 229 § 3 Absatz 4 EGBGB

Auf ein am 1. September 2001 bestehendes Mietverhältnis, bei dem die Betriebskosten ganz oder teilweise in der Miete enthalten sind, ist wegen Erhöhungen der Betriebskosten § 560 Abs. 1, 2, 5 und 6 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend anzuwenden, soweit im Mietvertrag vereinbart ist, dass der Mieter Erhöhungen der Betriebskosten zu tragen hat; bei Ermäßigungen der Betriebskosten gilt § 560 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

48 Fünf Klauseln sind - soweit ersichtlich - bislang einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen worden (siehe RN 48a bis RN 51):

48a Für unwirksam hat der **BGH** in zwei Entscheidungen folgende Klauseln erachtet:

„Wenn durch die Erhöhung der Grundstückskosten eine Mehrbelastung des Vermieters eintritt, hat der Mieter einen der vereinbarten Miete zur Gesamtmiete des Grundstücks entsprechenden Anteil zu übernehmen, falls nicht durch Gesetz oder sonstige behördliche Vorschriften eine andersartige Umlegung vorgeschrieben ist.

Alle durch gesetzliche oder behördliche Regelungen allgemein oder im konkreten Fall zugelassenen Mieterhöhungen oder Erhöhungen bzw. Neueinführungen von Nebenkosten und Grundstücksumlagen jeder Art sind vom Zeitpunkt der Zulässigkeit ab vereinbart und zahlbar ...“ (BGH v. 21.1.2004 - VIII ZR 101/03 -, WuM 04, 151; GE 04, 229).

48b „Wenn durch die Erhöhung der Nebenkosten eine Mehrbelastung des Vermieters eintritt, hat der Mieter einen der vereinbarten Miete zur Gesamtmiete des Grundstücks entsprechenden Anteil zu übernehmen, falls nicht durch Gesetz oder sonstige behördliche Vorschriften eine andersartige Umlegung vorgeschrieben ist.

„Alle durch gesetzliche oder behördliche Regelungen allgemein oder im konkreten Fall zugelassenen Mieterhöhungen oder Erhöhungen beziehungsweise Neueinführungen von Nebenkosten und Grundstücksumlagen jeder Art sind vom Zeitpunkt der Zulässigkeit ab vereinbart und zahlbar, ohne dass es einer Kündigung oder einer Mitteilung gemäß § 18 1.BMG bedarf.“ (BGH v. 21.01.2004 - VIII ZR 99/03 -, MM 04, 163; ZMR 04, 341; NZM 04, 253).

48c Dass die Gleitklausel im zweiten Absatz wegen Unbestimmtheit jeweils unwirksam ist, hat der BGH schon einige Male entschieden. Aber auch der erste Absatz der Klauseln erlaubt keine Mieterhöhung, weil es mangels entsprechender Angaben in den in Betracht kommenden Nummern des Mietvertrags „an einem hinreichenden Anknüpfungspunkt für die Bestimmung fehlt, welche Betriebskosten in der Teilklusivmiete enthalten und deshalb möglicherweise bei einer Mieterhöhung zu berücksichtigen sind, und welche Nebenkosten von vorn-

herein hiervon ausgeschlossen sind, weil der Vermieter sie ohnehin zu tragen hat“ (BGH a.a.O.).

49 Eine mietvertragliche Vereinbarung, wonach „der Vermieter berechtigt ist, die Miete einschließlich der Nebenkosten nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu erhöhen“, stellt eine Vereinbarung nach Art. 229 § 3 Abs. 4 EGBGB dar, wonach bei einem Mietverhältnis aus der Zeit vor der Mietrechtsreform und vereinbarter Bruttomiete der Mieter Erhöhungen der Betriebskosten analog § 560 BGB zu tragen hat (LG Berlin v. 27.9.2011 - 63 S 36/11 -, GE 11, 1620). Interessant ist die Tatsache, dass die Kammer mit keinem Wort auf die **BGH**-Entscheidungen vom 21.1.2004 eingeht, in der gerade vorliegende „Anpassungsklausel“ wegen Unbestimmtheit als unwirksam qualifiziert wurde. Blümmel (GE 11, 1590), weist daraufhin, dass die Begründung der Kammer wohl falsch sein dürfte, man aber wegen einer notwendigen **verfassungskonformen Auslegung** (siehe RN 42; zu den Einzelheiten: Maciejewski MM 04, 165) zum selben Ergebnis gelangen müsse.

50 Hat der Mieter nach dem Mietvertrag einen der vereinbarten (Brutto-)Miete zur Gesamtmiete des Grundstücks entsprechenden Anteil zu übernehmen, „wenn durch die Erhöhung der Grundstückskosten eine Mehrbelastung des Vermieters eintritt“, ist der Vermieter bei einer ehemals preisgebundenen Altbauwohnung berechtigt, einseitig Erhöhungen der Betriebskosten anteilig auf den Mieter umzulegen (AG Wedding v. 29.2.2012 - 3 C 177/11 -, GE 12, 491; **abl.** Anm. Kinne GE 12, 440: „... Denn mit „Grundstückskosten“ sind Betriebskosten gemeint. Es ist nicht ersichtlich, welche sonstigen Grundstückskosten gemeint sein könnten. ...“).

51 An einer wirksamer Mieterhöhungsklausel fehlt es, wenn entgegen § 560 Abs. 2 BGB eine rückwirkende Erhöhung möglich sein soll (LG Berlin v. 23.1.2014 - 67 S 327/13 -, GE 14, 592). Eine solche Klausel durchbricht den von § 560 Abs. 2 Satz 2 BGB gezogenen Gestaltungsrahmen, der die Rückwirkung auf den Zeitraum bis zum Beginn des der Mieterhöhung vorangehenden Kalenderjahres begrenzt (AG Charlottenburg v. 13.1.2005 - 214 C 426/04 -, MM 05, 147). Da § 560 Abs. 6 BGB eine Abweichung zu Lasten des Mieters von der gesetzlichen Regelung ausschließt, ist die mietvertragliche Regelung insgesamt unwirksam (LG Berlin v. 23.1.2014 - 67 S 327/13 -, GE 14, 592).

Fazit: Die Rechtslage ist im Hinblick auf die Wirksamkeit von Anpassungsklauseln alles andere als eindeutig.

4.3 Erhöhungsmöglichkeit bei einer Pauschalmiete (Bruttokaltmiete) bei Neuverträgen

52 Werden hingegen nach dem 1.9.2001 **Bruttokaltmieten** oder **Teilklausivmieten** vereinbart, was gem. § 556 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 BGB möglich ist, ist eine Erhöhung der Betriebskosten nicht mehr zulässig (**allgemeine Ansicht**, vgl. AG Neukölln v. 17.7.2008 - 10 C 53/08 -). Auch dann nicht, wenn eine entsprechende An-

passungsklausel im Mietvertrag enthalten ist. Dies ergibt sich eindeutig aus § 560 Abs. 1, 6 BGB. Der Vermieter kann dann in einem solchen Fall allerdings die gesamte Bruttokaltmiete nach § 558 BGB erhöhen. Daneben kann er versuchen, durch einvernehmliche Vertragsänderung eine **Betriebskostenumstellung** (siehe „Checkliste für Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete - §§ 558 - 558 e BGB“, RN 28 ff.) zu bewirken.

5. Decken sich die erhöhten Betriebskosten mit den in der Betriebskostenvereinbarung genannten?

53 Bezüglich der Neueinführung von Betriebskosten, gibt es keine Unterschiede zur Rechtslage bei der Betriebskostenabrechnung (siehe CHECKLISTE 1 - Grundsätze zur Umlegung der Betriebskosten, Punkt 2.4).

6. Haben sich die Betriebskosten insgesamt erhöht (Saldo)?

54 Erhöhung der Betriebskosten im Sinne des § 560 Absatz 1 Satz BGB bedeutet: Der Gesamtbetrag der Betriebskosten hat sich erhöht. Sind einige Betriebskosten(arten) gesunken, haben sich andere dagegen erhöht, ist der **Saldo** zu bilden. Es ist unumstritten, dass die Erhöhung einzelner Betriebskostenpositionen für eine Betriebskostenerhöhung nicht ausreicht, sondern es müssen sich die Betriebskosten insgesamt erhöht haben (AG Tempelhof-Kreuzberg v. 27.2.1990 - 14 C 496/89 -, MM 91, 197; LG Berlin v. 6.11.1980 - 61 S 237/80 -, GE 81, 437; LG Berlin v. 29.10.1987 - 62 S 80/87 -, GE 88, 299; LG Berlin v. 5.9.1989 - 64 S 421/88 -; LG Berlin v. 26.3.1993 - 64 S 443/92 -, GE 93, 587; Kinne GE 05, 1528 (1530)). Die einzelnen Betriebskostenpositionen müssen gegenübergestellt werden und es ist stets bei jeder Betriebskostenerhöhung ein Saldo zu bilden, bei dem dann auch Ermäßigungen der einzelnen Positionen (§ 560 Abs. 3 BGB) zu berücksichtigen sind.

54a Es ist bei der Bruttokaltmiete im Hinblick auf den Ausgangstichtag unerheblich, ob der **Betriebskostenanteil** seinerzeit **beziffert** worden war oder nicht. Maßgeblich ist nicht die im Mietvertrag genannte Höhe des Betriebskostenanteils, sondern der tatsächliche Betriebskostenanteil zum Zeitpunkt des Mietvertragsbeginns.

55 Der Vermieter kann auch **kurzfristig hintereinander Erhöhungen** umlegen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sich der Saldo der Betriebskosten erhöht (Kinne GE 05, 1528 (1529)).

56 Bei der Betriebskostenpauschale sind zwei Ergebnisse bei der Saldenermittlung denkbar:

Beispiel

- Die Pauschale wird bei Vertragsbeginn am 1.4.2015 in Höhe von 150,- € vereinbart.
 - Die tatsächlichen Betriebskosten am 1.4.2015 betragen: 100,- €.
 - Am 1.4.2016 liegen die tatsächlichen Betriebskosten bei 120,- €.
- Ist eine Erhöhung auf 170,- € möglich?

Richtig dürfte sein: Obwohl sich die Betriebskosten innerhalb der 12 Monate zweifelsohne erhöht haben, kommt eine Abwälzung der Erhöhung auf den Mieter nicht in Frage, weil der erhöhte Betrag schon mit der vereinbarten Pauschale (!) abgegolten ist. Erst wenn die tatsächlichen Betriebskosten die Summe von 150,- € übersteigen, kommt eine Erhöhung der Miete nach § 560 Abs. 2 BGB in Betracht (kryptisch hierzu Wall, Betriebskostenkommentar, 4. Aufl., Rn 2716).

In dem Beispiel hat der Mieter auch keinen Anspruch auf **Senkung** der Pauschale. Denn § 560 Abs. 3 BGB gilt nicht für von vornherein zu hoch angesetzte Pauschalen (BGH v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11 -, WuM 11, 688; GE 11, 1677).

7. Ist der korrekte Ausgangszeitpunkt für die Feststellung einer Betriebskostenerhöhung gewählt worden?

57 Der Vermieter muss dann, wenn er die Miete wegen gestiegener Betriebskosten erhöhen will, die entsprechende Erhöhung durch Vergleich der Salden der Betriebskosten z. Zt. der letzten Mietvereinbarung bzw. Erhöhung darlegen und erläutern, warum sich diese erhöht haben.

7.1 Mietvertragsbeginn

58 Ausgangspunkt der Berechnung der Erhöhung ist der frühere Betrag der betreffenden in der Bruttokaltmiete enthaltenen Betriebskosten, also grundsätzlich zunächst der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder der letzten wirksamen Betriebskostenerhöhung. Der Ausgangspunkt kann einige Jahre zurückliegen. Er liegt niemals vor Vertragsbeginn.

7.2 Mieterhöhung nach § 558 BGB oder nach § 557 Absatz 1 BGB

59 Wenn bei einer vor dem 1.9.2001 vereinbarten Bruttokaltmiete über Art. 229 § 3 Absatz 4 EGBGB die Vorschrift des § 560 BGB analog zur Anwendung kommt, gilt folgendes: Wie ein Mietvertragsabschluss wird auch jede Mieterhöhung nach § 558 BGB oder nach § 557 Absatz 1 BGB angesehen (vgl. Kammergericht v. 5.8.1997 - 8 REMiet 8850/96 -, MM 97, 319; WuM 97, 540; GE 97, 1097; ZMR 97, 590; NZM 98, 68 zum alten Recht). Die Umlage erhöhter Betriebskosten nach § 560 BGB ist al-

so dem Umfange nach nur insoweit gerechtfertigt, als das Ansteigen der Betriebskosten nach dem Wirksamwerden dieser Mieterhöhungen geltend gemacht wird.

60 Der Zeitpunkt der letzten Mieterhöhung wegen Betriebskostenerhöhung gem. § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB kann dabei auch **einige Jahre zurückliegen**, wenn zwischenzeitlich keine Betriebskostenerhöhungen umgelegt worden sind; jedoch darf niemals ein Betriebskostensaldo vor Mietvertragsabschluss zugrunde gelegt werden (Kinne GE 05, 1528 (1530)).

7.3 Mieterhöhung nach § 559 BGB

61 Es ist fraglich, ob die Rechtslage sich zu der unter Punkt 7.2 dargestellten unterscheidet. Rechtsprechung hierzu existiert nicht.

7.4 Mieterhöhung aufgrund einer Staffelmietvereinbarung

62 Wurde (vor dem 1.9.2001) ein **Staffelmietvertrag** mit turnusmäßigen Mieterhöhungen vereinbart, dürfen Betriebskostenerhöhungen (bei Vorhandensein eines Erhöhungsvorbehaltes) nur gegenüber dem Stande der letzten Erhöhungsstufe weitergegeben werden (AG Tiergarten v. 1.11.2006 - 8 C 140/06 -, GE 07, 59; **abl.** Anm. Beuermann GE 07, 23; LG Berlin v. 23.1.2014 - 67 S 327/13 -, GE 14, 592). Denn die einzelnen Staffeln entsprechen anteilig einer Mieterhöhung nach § 558 BGB und folglich ist eine Umlagefähigkeit der Betriebskosten nur für die ab dem Wirksamwerden der neuen Staffel eingetretenen Betriebskostenerhöhungen zulässig (vgl. LG Berlin v. 1.11.2001 - 61 S 49/01 -, MM 02, 51; WuM 02, 372; GE 02, 399; AG Schöneberg v. 23.11.1998 - 108 C 439/98 -; AG Tempelhof-Kreuzberg v. 13.8.1999 - 19 C 229/99 -, GE 99, 1288).

62a Das gilt auch bei einer Staffelmiete mit vereinbarter **Mietsenkung** für die letzte Staffel (LG Berlin v. 23.1.2014 - 67 S 327/13 -, GE 14, 592).

7.5 Vermieterwechsel

63 Nach Langenberg (Schmidt-Futter, Mietrecht, 12. Aufl. § 560 BGB RN 22) darf der Erwerber nur solche Betriebskostensteigerungen zum Anlass von Erhöhungen nehmen, die nach seinem Eigentumserwerb eingetreten sind.

8. Ist der Ausgangszeitpunkt für die Feststellung einer Erhöhung der Betriebskostenpauschale korrekt?

64 Anders als bei Altverträgen mit Bruttokaltmiete sperren Erhöhungen der Grundmiete nicht die Erhöhung der Betriebskostenpauschale (Kinne GE 05, 1528 (1529)). Mieterhöhungen nach § 558 BGB oder nach § 557 Absatz 1 BGB (und § 559 BGB?) haben keinerlei Auswirkung auf die Erhöhungsmöglichkeit der Be-

triebskostenpauschale nach § 560 Absatz 1 BGB. Die Pauschale ist nicht Bestandteil des Mietzinses, der nach § 558 erhöht wird. Auch hier offenbart sich der Unterschied der Betriebskostenpauschale zur Pauschalmiete (Bruttokaltmiete).

65 Auch bei **Staffelmieten** kann vereinbart werden, dass neben der Grundmiete eine Betriebskostenpauschale geschuldet wird, die gesondert erhöht werden darf. Die Erhöhung der Pauschale wird durch eine zwischenzeitlich wirksam gewordene Mietstaffel nicht ausgeschlossen (Kinne GE 05, 1528 (1530)).

9. Wie wird der Betriebskostenbetrag zum jeweiligen Stichtag ermittelt?

65a Auch wenn man weiß, dass es auf das Saldo ankommt und welche Stichtage zu vergleichen sind, bleibt das große Problem der Ermittlung des konkret maßgeblichen Betriebskostenbetrages. Geradezu niederschmetternd ist es in diesem Zusammenhang, dass man hierzu in der Literatur und Rechtsprechung nichts findet. Die Frage lautet schlicht: Was bedeutet „Erhöhungen der Betriebskosten“ in § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB genau?

Das Problem mag an folgenden Beispielen erläutert werden:

65b Beispiel:

Ab 1.7.2016 bekommt der Hauswart 100,- € mehr Lohn im Monat. Vier Mietparteien „teilen“ sich den Hauswart. Alle Vier haben eine Bruttokaltmiete mit wirksamen Erhöhungsvorbehalt vereinbart und wohnen schon seit den 70iger Jahren im Hause. Die letzte Mieterhöhung nach § 558 BGB war zum 1.5.2013 wirksam geworden. Was muss der Vermieter tun, um diese 100,- € auf seine Mieter abwälzen zu können?

In der Literatur liest man hierzu: Zunächst hat V. den Betriebskostenbetrag zum 1.7.2016 zu ermitteln. Er hat sämtliche vereinbarten Betriebskostenarten der Höhe nach zu ermitteln und mit dem früheren Stichtag, dem 1.5.2013 zu vergleichen. Ergibt sich im Saldo eine Erhöhung, ist dies die Erhöhung nach § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB. Soweit die Theorie.

In der Praxis wird unterschiedlich - wie folgt - vorgegangen:

Lösung 1: Die 100,- € werden mittels Erklärung nach § 560 BGB als Erhöhungsbetrag nach Wohnfläche auf die Mieter umgelegt. **Kritik:** Diese Erklärung ist mangels Saldobildung und mangels Erläuterung zu den einzelnen Betriebskostenarten unwirksam, vgl. RN 70.

Lösung 2: V. sieht nach, welche Betriebskosten im Mai 2013 von seinem Konto abgegangen sind und vergleicht die Summe mit den Abgängen der Betriebskosten im Juli 2016. Die hiernach festgestellte Steigerung legt er als Betriebskostenerhöhung gem. § 560 BGB auf die Mieter um. **Kritik:** Das kann nicht richtig sein, da hierbei diejenigen Betriebskosten nicht berücksichtigt werden, die nicht im Monatsturnus gezahlt werden und möglicherweise Jahresabschläge zufälligerweise in den Stichtagsmonat fallen. Folge: Die Erklärung nach § 560 BGB ist unwirksam.

Lösung 3: V. erstellt eine Betriebskostenabrechnung nach Maßgabe des § 556 BGB auf Grundlage des Zeitabgrenzungsprinzips (Leistungsprinzip). Mit Hilfe einer solchen Abrechnung kann die durchschnittliche Höhe der Betriebskosten pro Monat – also auch die zum 1.7.2016 – festgestellt werden. Diesen Betrag vergleicht er mit einer ebenfalls erstellten Abrechnung zum früheren Stichtag, dem Mai 2013. Aus dem Saldo ergibt sich dann die Erhöhung. **Kritik:** Hier fragt sich, woher V. das Recht nimmt, auf zwölfmonatiger Basis abzurechnen. Warum sollte eine Betriebskostenabrechnung z.B. nur über 3 Monate oder aber über 17 Monate unzulässig sein? § 560 BGB erlaubt ja auch Erhöhungen in kürzeren Abständen als im 12-Monats-Turnus wie auch in längeren Abständen. Gleichwohl: Man wird davon auszugehen haben, dass zwar beliebig oft erhöht oder gesenkt werden darf. Dies jeweils aber nur auf Grundlage einer 12-monatigen Betriebskostenabrechnung zur Feststellung der Stichtagsbeträge.

Lösung 4: Wie Lösung 3, aber V. erstellt eine Betriebskostenabrechnung nach Maßgabe des § 556 BGB auf Grundlage des Abflussprinzips. **Kritik:** Zwar legen §§ 556 ff. BGB den Vermieter bei der Abrechnung von Betriebskosten nicht auf eine Abrechnung nach dem so genannten Leistungsprinzip fest; auch eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip ist grundsätzlich zulässig (BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 49/07 -, WuM 08, 223; GE 08, 471; BGH v. 20.2.2008 - VIII ZR 27/07 -, WuM 08, 285; GE 08, 662; MM 08, 225), fraglich ist jedoch, ob dies auch für die Ermittlung des Saldobetrages bei einer Betriebskostenerhöhung gelten kann. „Ja, warum nicht?“, wird man darauf erwidern müssen.

65c

Beispiel 2

V. bekommt am 15.3.2016 ein Schreiben, wonach die Versicherungsprämie für ein Jahr um 100,- € ab 1.7.2016 steigt. Wie wird die Erhöhung umgelegt?

Lösung 1: 100,- € im Monat Juli, sodann im August wieder eine Senkung der BK um 100,- €.

Lösung 2: 8,88 € Erhöhung ab Juli, 12 Monate lang, danach eine Überprüfung, ob – wegen der zwischenzeitlich erfolgten Kostenänderungen – eine Senkung oder Erhöhung in Frage kommt.

65d Ergebnis zu Punkt 9: Es ist völlig unklar, welche Methode der Ermittlung des maßgeblichen Betriebskostenbetrages der Gesetzgeber im Blick gehabt hat. Aus Praktikabilitätsgründen sei die Methode 4 von Beispiel 1 empfohlen. Aus Gerechtigkeitsgründen ist aber die Methode 3 von Beispiel 1 vorzugswürdig.

10. Ist der korrekte Umlagemaßstab gewählt worden?

66 Bezüglich des Umlagemaßstabes gibt es keine Unterschiede zur Rechtslage bei der Betriebskostenabrechnung (siehe CHECKLISTE 1 - Grundsätze zur Umlegung der Betriebskosten, Punkt 4.).

66a Beispiel:

In einem Haus mit 10 Mietparteien haben vier eine wirksame Bruttokaltmiete vereinbart. Sechs haben Betriebskostenvorschüsse vereinbart. Wie kann der Vermieter die Betriebskosten abwälzen?

Lösung 1: Bezüglich der Betriebskostenabrechnungen hat der Vermieter so abzurechnen, als stünden die vier Bruttokaltmiet-Wohnungen leer. V. hat im Verhältnis zu den sechs „Abrechnungsmietern“ die Betriebskosten für die vier Wohnungen selbst zu tragen. Bezüglich der vier verbleibenden Bruttokaltmieten hat V. aus der Summe der nicht auf die sechs „Abrechnungsmieter“ umgelegten verbleibenden Kosten individuell die Betriebskostensteigerungen zu ermitteln und ggfs. abzuwälzen.

Lösung 2: V. muss für die Betriebskostenabwälzung zwei voneinander getrennte Wirtschaftseinheiten bzw. Abrechnungseinheiten bilden und die Betriebskosten für jede Einheit getrennt erfassen und dann abwälzen.

Ergebnis: Lösung 2 dürfte richtig sein.

11. Ist die Erhöhungserklärung formgerecht abgegeben worden?

67 § 560 Abs. 1 BGB verlangt die Abgabe der Erhöhungserklärung in Textform (§ 126 b BGB). Insoweit gibt es keine Besonderheiten zur Rechtslage bei der Abgabe von sonstigen Mieterhöhungen.

68 Darüber hinaus sind u.a. folgende Fragen von Bedeutung:

- Ist der Absender des Schreibens überhaupt zur Erhöhung berechtigt?
- Sind sämtliche Vermieter als Absender angegeben?

- Ist eine Vollmacht zur Vornahme von Erhöhungen der Erklärung beigelegt?
- Sind sämtliche im Mietvertrag aufgeführte Mieter als Adressaten in der Erhöhungserklärung genannt?

69 Ausführliche Rechtsprechungsnachweise zu Formfragen bei der Abgabe von Erhöhungserklärungen enthält die „Checkliste für Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete - §§ 558 - 558 e BGB“, Punkte 1. und 7.).

12. Ist die Erhöhungserklärung ausreichend begründet und erläutert?

70 Die Erhöhungserklärung muss erläutert werden (§ 560 Absatz 1 Satz 2 BGB). Es muss also angegeben werden, seit wann sich welche Betriebskosten gegenüber einem bestimmten früheren Stand **durch welche Ursache** in bestimmter Höhe erhöht haben (vgl. zur alten Rechtslage LG Osnabrück v. 30.9.1975 - 1 S 238/75 -, WuM 76, 204; AG Köln v. 20.10.1976 - 152 C 1573/74 -, WuM 78, 110). Diese Erläuterungen sind zwingend notwendig um eine entsprechende Erhöhungserklärung wirksam zu machen. Die Angabe lediglich des Erhöhungsbetrages reicht nicht aus (AG Wedding v. 29.2.2012 - 3 C 177/11 -, GE 12, 491).

71 Eine Betriebskostenerhöhung ist erst dann hinreichend erläutert, wenn die Darstellung der insgesamt in der Pauschale bzw. Bruttokaltmiete enthaltenen Betriebskostenarten, bezogen auf den Erhöhungszeitpunkt, ergibt, dass per Saldo die Betriebskosten um den Erhöhungsbetrag gestiegen sind (vgl. zur alten Rechtslage LG Berlin v. 6.11.1980 - 61 S 237/80 -, GE 81, 437). Es müssen also die Kosten des laufenden Jahres denjenigen des früheren Vergleichszeitraumes (z.B. Vorjahr) **gegenübergestellt** werden **und** es muss für jede Betriebskostenart der **Erhöhungsgrund** stichwortartig angegeben werden (**Erläuterung**; LG Berlin v. 5.3.1999 - 64 S 323/98 -, MM 99, 167; LG Berlin v. 30.5.1995 - 64 S 70/95 -, ZMR 96, 144; Kinne GE 05, 1528 (1532)). Gleichbleibende Posten der Erhöhungserklärung bedürfen keiner Erläuterung (zur alten Rechtslage LG Berlin v. 26.3.1993 - 64 S 443/92 -, GE 93, 587). Zur Erläuterung gehört die Angabe des richtigen **Umlageschlüssels** (AG Neukölln v. 29.7.2014 - 18 C 94/14 -, AG Charlottenburg v. 2.8.2013 - 220 C 32/13 - MM 12/13, 29). Bei verbrauchsabhängigen Betriebskosten ist die Angabe erforderlich, ob und inwieweit Steigerungen auf einer Verbrauchserhöhung oder einer Tarifänderung beruhen. Im Hinblick auf gesondert geltend gemachte Hauswartkosten bedarf es bei den Schneebeseitigungskosten der Erläuterung, in welchem Verhältnis beide Kostenpositionen zueinander stehen (zum alten Recht: LG Berlin v. 25.10.94 - 64 S 217/94 -).

72 Der pauschale Hinweis: „Sämtliche Tarif- und Verbrauchsänderungen sowie Prämienanpassungen gemäß Rechnung“ reicht nicht aus, um dem Mieter das

Erhöhungsverlangen nachvollziehbar zu erläutern, denn aus ihm kann der Mieter nicht ersehen, welche Positionen sich aus welchem Grund verändert haben (zur alten Rechtslage: LG Berlin LG Berlin v. 19.7.1993 - 67 S 31/93 u. 67S41/93 -, MM 94, 361). Selbstverständlich nicht ausreichend ist es, für eine angebliche Betriebskostensteigerung, auf die Durchschnittswerte für Betriebskosten in den jeweiligen Berliner Mietspiegeln (**Betriebskostenspiegel**) Bezug zu nehmen (AG Charlottenburg v. 2.8.2013 - 220 C 32/13 - MM 12/13, 29).

73 Umstritten ist, ob die Erläuterung die Angabe der einzelnen **Rechnungsdaten** verlangt (so zur alten Rechtslage LG Berlin v. 4.5.1995 - 67 S 32/95 -, WuM 96, 154; GE 96, 469; abl. Anm. Schmid ZMR 96, 415; LG Berlin v. 14.2.1997 - 63 S 410/96 - GE 97, 493). Der Rechtsentscheid des Kammergerichts (v. 28.5.1998 - 8 REMiet 4877/97 -, WuM 98, 474; GE 98, 796) zu diesem Erfordernis bei Betriebskostenabrechnungen ist hierauf nicht unmittelbar anwendbar (siehe CHECKLISTE 2 - Betriebskostenabrechnung - Punkt 7).

13. Werden nur umlagefähige Kosten erhöht?

74 Besonderheiten im Vergleich zur Rechtslage bei der Betriebskostenabrechnung bestehen nicht (siehe CHECKLISTE 1 - Grundsätze zur Umlegung der Betriebskosten, Punkt 3; vgl. beispielsweise zum Vorwegabzug bei der Betriebskostenerhöhung: LG Berlin v. 29.7.1999 - 61 S 513/98 -, GE 99, 1127).

14. Sind bei den geltend gemachten Betriebskosten die „Grundsätze einer ordentlichen Bewirtschaftung“ beachtet worden?

75 Das Erfordernis der Wirtschaftlichkeit ist neben der Benennung in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB auch ausdrücklich in § 560 Absatz 5 BGB geregelt. Besonderheiten im Vergleich zur Rechtslage bei der Betriebskostenabrechnung bestehen nicht (vgl. die Ausführungen in CHECKLISTE 1 - Grundsätze zur Umlegung der Betriebskosten, Punkt 3.5.).

15. Sind die geltend gemachten Betriebskosten überhaupt während des Mietverhältnisses angefallen?

76 Besonderheiten im Vergleich zur Rechtslage bei der Betriebskostenabrechnung bestehen nicht (siehe CHECKLISTE 1 - Grundsätze zur Umlegung der Betriebskosten, Punkt 5.).

16. Haben die Mieter ein Recht auf Einsichtnahme in die Belege oder auf Übersendung von Fotokopien?

77 Der Mieter hat einen Anspruch auf Einsichtnahme und Überprüfung der Belege, wie es ihm auch sonst anlässlich der Abrechnung von Nebenkosten zusteht

(Kinne GE 05, 1528 (1534)). Wegen der Einzelheiten sei auf das Arbeitspapier „**Belegeinsicht zur Betriebskostenabrechnung**“ vom 15.1.2016 verwiesen.

17. Ist der Wirksamkeitszeitpunkt der Erhöhung richtig angegeben?

78 Der von § 4 Absatz 3 MHG bekannte „Fünfzehnte“ eines Monats spielt seit dem 1.9.2001 keine Rolle mehr.

17.1 Wirkung für die Zukunft

79 Die Umlage der Pauschalenerhöhung – wie auch der Betriebskostenerhöhung – wird mit Beginn des auf die Erklärung folgenden übernächsten Monats wirksam (§ 560 Absatz 2 Satz 1 BGB).

80 Die Betriebskosten dürfen auch in Ausnahmefällen nicht wegen außergewöhnlich hoher Betriebskosten für die Vergangenheit, sondern nur für die Zukunft erhöht werden (Kinne GE 05, 1528), von der Ausnahme des § 560 Abs. 2 Satz 2 BGB abgesehen (siehe Punkt 17.2). Der Vermieter erreicht dabei mitunter keine laufende Deckung der aktuell anfallenden Betriebskosten, sondern lediglich eine dem zeitlichen Anfall der Betriebskosten nachfolgende – zumindest teilweise – Deckung der Betriebskostensteigerungen für die Zukunft (Kinne GE 05, 1528).

17.2 Rückwirkung

81 Soweit die Erklärung darauf beruht, dass sich die Betriebskosten rückwirkend erhöht haben, wirkt sie auf den Zeitpunkt der Erhöhung der Betriebskosten, höchstens jedoch auf den Beginn des der Erklärung vorausgehenden Kalenderjahres zurück, sofern der Vermieter die Erklärung innerhalb von drei Monaten nach Kenntnis von der Erhöhung abgibt (§ 560 Abs. 2 Satz 2 BGB). Kenntnis ist positive Kenntnis und nicht etwa „kennen müssen“.

82 Hieraus ergibt sich: Die Pflicht des Vermieters zur Tragung erhöhter Betriebskosten muss rückwirkend eingetreten sein, d.h. vor seiner Kenntnis von der Belastung. In der Praxis tritt dies nur bei einer Grundsteuererhöhung ein, weil nur das Finanzamt rückwirkende Bescheide erlässt (vgl. hierzu LG Berlin v. 1.3.1991 - 63 S 417/90 -, MM 91, 161). Wird die Erhöhungserklärung nicht innerhalb von drei Monaten nach Kenntnis von der eingetretenen Erhöhung abgegeben, so entfaltet die Erklärung Wirkung lediglich für die Zukunft. Es obliegt dem Vermieter, nachzuweisen, dass er die 3-Monatsfrist eingehalten hat (LG Bonn v. 21.4.1983 - 6 S 2/83 -, WuM 85, 373).

Frage:

V. bekommt am 15.3.2016 ein Schreiben, wonach die Versicherungsprämie um 100,- € ab 1.7.2016 steigt. Ab wann darf V. die 100,- € als Erhöhung auf die Mieter umlegen?

Antwort: Ab 1.7.2016, wenn die Erklärung spätestens bis 31.5.2016 zugeht und die Erhöhung tatsächlich im Saldo vorliegt.

83 Beispiel (nach Kinne GE 05, 1528 (1536)): Grundsteuerbescheid vom 1. Juni 2015, dem Vermieter zugegangen am 3. Juni 2015, erhöht die Grundsteuer rückwirkend ab dem 1. Januar 2011. Vermieter erhöht am 1. August 2015 die Pauschale: Die Erhöhung wirkt rückwirkend nur ab 1. Januar 2014, obwohl sich die Grundsteuer schon ab 1. Januar 2011 erhöht hatte.

84 Der Vermieter muss in der Erhöhungserklärung die Rückwirkung der Belastung stichwortartig **erläutern**; ferner muss er - wie in der sonstigen Erhöhungserklärung gem. § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB - den Saldo der bisherigen Betriebskosten demjenigen Saldo der Betriebskosten gegenüberstellen, der sich infolge der rückwirkenden Betriebskostenerhöhung erhöht hat. Lediglich wenn sich aus der Erhöhungserklärung ergibt, dass diese Erhöhung rückwirkend eingetreten ist, kann die rückwirkende Erhöhung nachträglich umgelegt werden (Kinne GE 05, 1528 (1536)).

85 In anderen Fällen ist eine rückwirkende Umlegung von Betriebskosten ausgeschlossen, insbesondere sind diesbezügliche **Mietpreisgleitklauseln** (im Gegensatz zur Rechtslage beim öffentlich geförderten Neubau, sog. Sozialwohnungen) nichtig.

86 Der Vermieter kann die rückwirkend eingetretene Erhöhung der Betriebskosten gem. § 560 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dann **nicht** mehr vom Mieter verlangen, wenn das **Mietverhältnis bereits beendet** ist, und zwar auch nicht für diejenige Zeit, in der der Mieter sonst die Erhöhung der Betriebskostenpauschale zu tragen hätte. Denn § 560 BGB geht von einem (fortbestehenden) Mietverhältnis aus (Kinne GE 05, 1528 (1536); Langenberg-Schmidt-Futter, Mietrecht, 12. Aufl. § 560 BGB RN 35 m.w.N.).

Frage:

Ist es ein Fall der Rückwirkung im Sinne des § 560 Abs. 2 Satz 2 BGB, wenn die Wasserbetriebe dem Vermieter am 14.2.2016 eine **Nachforderung** aufgrund der Abrechnung für das Jahr 2015 über 100,- € (pro Wohnung) zusenden?

17.3 Sonderproblem:

„Nachholen“ von Betriebskostenerhöhungen

87 Von der Rückwirkung der Betriebskostenabwälzung ist das Nachholen derselben zu unterscheiden: Unter Nachholen von Betriebskostensteigerungen versteht man das (vom Vermieter zu vertretene) verspätete Geltendmachen von Betriebskostenerhöhungen nach § 560 BGB, allerdings nicht rückwirkend, sondern - von dem späteren Zeitpunkt ab - nur für die Zukunft. Dieses Nachholen ist für die **Erhöhung einer Betriebskostenpauschale** grundsätzlich zulässig. Siehe hierzu schon oben (Punkt 8.).

88 Anders ist es, wenn bei einer **vor dem 1.9.2001 vereinbarten Bruttokaltmiete** § 560 BGB analog zur Anwendung kommt. Dann ist ein Nachholen noch nicht

geltend gemachter Betriebskostenerhöhungen für Zeiträume vor dem Wirksamwerden der letzten Mieterhöhung ausgeschlossen (vgl. Kammergericht v. 5.8.1997 - 8 REMiet 8850/96 -, MM 97, 319; WuM 97, 540; GE 97, 1097; ZMR 97, 590; NZM 98, 68). Siehe hierzu schon (Punkt 7.2).

18. Mietpreisüberhöhung?

89 Auch die Erhöhung der Betriebskostenpauschale oder eine Erhöhung der Betriebskosten im Rahmen einer Bruttomiete kann im Einzelfall den Tatbestand der Mietspreisüberhöhung nach § 5 WiStG verwirklichen.

Bei der Beurteilung, ob ein Entgelt i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 WiStG unangemessen hoch ist, sind die Grundmiete und das Entgelt für Nebenleistungen zusammenzurechnen (OLG Stuttgart v. 26.2.1982 - 8 REMiet 5/81 -, WuM 82, 129; NJW 82, 1160; GE 82, 561).

19. Wann müssen die Betriebskosten gesenkt werden?

90 Das Gesetz kennt zwei Vorschriften, die eine Senkung explizit fordern: § 560 Abs. 3 BGB und § 556 a Abs. 2 Satz 3 BGB.

19.1 Senkung wegen Kostenreduzierung

91 Ermäßigen sich die Betriebskosten, so ist die Betriebskostenpauschale vom Zeitpunkt der Ermäßigung an entsprechend herabzusetzen. Die Ermäßigung ist dem Mieter unverzüglich mitzuteilen (§ 560 Abs. 3 BGB). Voraussetzung dafür ist nicht, dass zuvor eine Mieterhöhung gem. § 560 Abs. 1 BGB durchgeführt wurde (Kinne GE 05, 1528 (1536)). Die Ermäßigung ist auch **nicht** auf den **Umfang beschränkt**, in dem die Miete zuvor wegen gestiegener Betriebskosten erhöht worden war (LG Berlin v. 15.5.2007 - 65 S 334/06 -, MM 1+2/12, 37).

92 Die Veränderung der Miete infolge Ermäßigung der Betriebskosten nach § 560 Abs. 3 BGB ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Alt-Mietvertrag keine so genannte wirksame **Anpassungsklausel** in Bezug auf die Erhöhungsmöglichkeit der **Bruttokaltmiete** wegen gestiegener Betriebskosten enthält (LG Berlin v. 15.5.2007 - 65 S 334/06 -, MM 1+2/12, 37; **zweifelhaft**). Hingegen muss eine **Senkung der Betriebskostenpauschale** wegen Ermäßigung der Betriebskosten dann nicht erfolgen, wenn die Pauschale ohne Erhöhungsvorbehalt vereinbart wurde (**BGH** v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11 -, WuM 11, 688; GE 11, 1677; NJW 12, 303).

93 Ebenso wie bei der Erhöhung der Betriebskostenpauschale bzw. der Betriebskosten innerhalb einer Bruttokaltmiete besteht die Senkungspflicht nur dann, wenn sich der **Saldo** der Betriebskosten verringert hat (**BGH** v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11 -, WuM 11, 688; GE 11, 1677; NJW 12, 303; NZM 12, 20; ZMR 12, 181; Anm. Schach jurisPR-MietR 25/11; Schmid NZM 12, 444; Kinne GE 05, 1528 (1536)).

94 Eine **Begründung**, welche Betriebskosten sich ab welchem Zeitpunkt um welchen Betrag ermäßigt haben, ist ebenfalls erforderlich, denn gem. § 560 Abs. 3 Satz 2 BGB ist Abs. 1 Satz 2 dieser Vorschrift entsprechend anwendbar (Kinne GE 05, 1528 (1536)).

95 Die Herabsetzungserklärung ist **formfrei** zulässig und ist dem Mieter „unverzüglich“ (§ 121 BGB) nach Kenntnis des Vermieters von der Ermäßigung zu übermitteln. Die Herabsetzung ist anteilig, entsprechend der Umlegung bei Betriebskostenerhöhung vorzunehmen. Der Mieter hat das Recht der Gestaltungs-klage auf gerichtliche Bestimmung eines der Billigkeit entsprechenden Herabsetzungsmaßstabes (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB analog).

96 Die **Wirkung der Senkung** erstreckt sich rückwirkend auf den Zeitpunkt der Betriebskostenermäßigung. Gegebenenfalls hat der Mieter einen Erstattungsanspruch. Der Herabsetzungsanspruch ist nicht abdingbar (§ 560 Abs. 6 BGB).

97 Der Ermäßigung von Betriebskosten steht der **Wegfall einer Betriebskostenart** (z.B. Hauswart wird nicht mehr beschäftigt) gleich. Die entsprechende Betriebskostenposition ist dann mit € 0,- anzusetzen.

98 **Ausgangszeitpunkt** für die Bewertung, ob sich eine Ermäßigung der Betriebskosten ergeben hat, können entweder nur die zur Zeit des Vertragschlusses vom Vermieter kalkulierten Betriebskosten oder die bei einer letzten Erhöhung oder Ermäßigung der Bruttomiete zugrunde gelegten Betriebskosten sein (LG Berlin v. 15.5.2007 - 65 S 334/06 -, MM 1+2/12, 37).

99 Die Herabsetzung der Betriebskosten nach Maßgabe des § 560 Abs. 3 BGB hat auch dann zu erfolgen, wenn die Bruttokaltmiete - dann oder schon vorher - insgesamt **unter der** zulässigen **ortsüblichen Vergleichsmiete** liegt (AG Charlottenburg v. 10.2.2003 - 223 C 290/02 -).

100 Bei vereinbarter Bruttomiete soll eine Herabsetzung der Miete wegen gesunkener Betriebskosten **nicht möglich** sein, wenn unklar ist, welche Betriebskosten in der Miete in welchem Umfang enthalten sind (LG Berlin v. 18.5.2004 - 65 S 46/04 -, GE 04, 1396: Es ging um eine vor dem 1.9.2001 vereinbarte Bruttokaltmiete, für die nach Art. 229 § 3 Nr. 4 EGBGB altes Recht, nämlich § 4 Abs. 4 MHG Anwendung findet. Der Vermieter hatte seit Mietvertragsbeginn noch keine Betriebskostenerhöhung nach § 4 Abs. 2 MHG vorgenommen, sondern lediglich eine Mieterhöhung nach § 2 MHG. Der Mieter forderte danach eine Mietherabsetzung wegen gesunkener Betriebskosten. Das LG meinte, dieser Anspruch sei rechtlich und tatsächlich nicht möglich. Damit eine Senkung möglich sei, bedürfe es „einer Vereinbarung, welche Kosten Betriebskosten sind, damit ein Vergleich zur Feststellung der Senkung der Betriebskosten überhaupt angestellt werden kann. Ein solcher Vergleich ist nur möglich, wenn entweder eine Vereinbarung

getroffen war, welche Betriebskosten in der Miete enthalten sein sollten, oder zumindest eine Konkretisierung durch eine Erhöhungserklärung stattgefunden hatte. Bei der **schlichten Vereinbarung einer Bruttokaltmiete** ist dies jedoch nicht der Fall, denn der Anteil der Betriebskosten ist hierbei gerade bewusst offengelassen worden.).

101 Der Mieter hat einen **Auskunftsanspruch** gegen den Vermieter, Art, Umfang oder Zeitpunkt der Betriebskostenermäßigung genauer zu erfahren, wenn Anhaltspunkte für eine Ermäßigung der Betriebskosten insgesamt vorliegen (BGH v. 16.11.2011 - VIII ZR 106/11 -, WuM 11, 688; GE 11, 1677; NJW 12, 303; NZM 12, 20; ZMR 12, 181; Anm. Schach jurisPR-MietR 25/11; Schmid NZM 12, 444; Kinne GE 05, 1528 (1536)). Der auf § 242 BGB zu stützende Auskunftsanspruch ist deshalb dann nicht gegeben, wenn es keine Anhaltspunkte für eine Ermäßigung der Betriebskosten und damit der Miete geben könnte, denn der Vermieter ist bei Vereinbarung einer Bruttomiete gerade nicht zur Abrechnung verpflichtet (LG Berlin v. 15.5.2007 - 65 S 334/06 -, MM 1+2/12, 37).

102 Erfüllt der Vermieter die Herabsetzungspflicht des § 560 Abs. 3 BGB nicht, so kann der Mieter sich ergebende Zahlungsansprüche dem Vermieter gegenüber direkt im Wege der **Zahlungsklage** durchsetzen (AG Charlottenburg v. 10.2.2003 - 223 C 290/02 -). Er ist nicht darauf zu verweisen, den Vermieter auf Abgabe einer entsprechenden Mietermäßigung zu verklagen (LG Berlin v. 15.5.2007 - 65 S 334/06 -, MM 1+2/12, 37).

19.2 Senkung nach § 556 a Abs. 2 Satz 3 BGB

103 § 556 a Abs. 2 BGB gilt auch für den Fall, dass eine Inklusivmiete vereinbart war (LG Berlin v. 15.5.2007 - 65 S 334/06 -, MM 1+2/12, 37). Eine Umstellung der Mietstruktur von einer Bruttokaltmiete auf eine (teilweise) verbrauchsabhängige Abrechnung ist aber nur zulässig, wenn die umzustellenden Kosten zum Zeitpunkt der Umstellung konkret ermittelt und aus der Bruttokaltmiete herausgerechnet werden. Der Vermieter muss eine inhaltlich richtige Erklärung über die verbrauchsabhängige Abrechnung von Betriebskosten vor Beginn des Abrechnungszeitraums abgeben. Eine nachträgliche Korrektur von fehlerhaften Umstellungserklärungen ist nicht möglich (AG Schöneberg v. 25.11.2003 – 19 C 175/03 -).

§ 556 a Abs. 2 BGB

Haben die Vertragsparteien etwas anderes vereinbart, kann der Vermieter durch Erklärung in Textform bestimmen, dass die Betriebskosten zukünftig abweichend von der getroffenen Vereinbarung ganz oder teilweise nach einem Maßstab umgelegt werden dürfen, der dem erfassten unterschiedlichen Verbrauch oder der erfassten unterschiedlichen Verursachung Rechnung trägt. Die Erklärung ist nur vor Beginn eines Abrechnungszeitraumes zulässig. **Sind die Kosten bislang in der Miete enthalten, so ist diese entsprechend herabzusetzen.**

104 § 556 a Abs. 2 BGB räumt dem Vermieter jedoch nur das *Recht* zur Veränderung der Mietstruktur ein. Die Entscheidung, ob eine entsprechende Veränderung der Mietstruktur erfolgt, liegt damit im Ermessen des Vermieters. Eine generelle *Pflicht* des Vermieters, die Kaltwasserkosten nach Verbrauch abzurechnen, ergibt sich deshalb nicht daraus, dass der Vermieter Kaltwasserzähler eingebaut hat (LG Berlin v. 15.5.2007 - 65 S 334/06 -, MM 1+2/12, 37).

20. Welches sind die Folgen einer fehlerhaften Erhöhung der Betriebskosten?

105 Eine Betriebskostenerhöhung ist insoweit nicht wirksam, als mit ihr nicht umlagefähige Beträge gefordert werden. Sind nur einzelne Positionen der Betriebskostenerhöhung fehlerhaft, ist die Mieterhöhung grundsätzlich im übrigen wirksam (vgl. zum alten Recht LG Berlin v. 16.5.1995 - 64 S 403/94 -, GE 95, 941; ZMR 95, 354). Der Mieter kann in einem solchen Falle unschwer die geforderte Erhöhung auf den zulässigen Umfang reduzieren. Ist die Betriebskostenerhöhung dagegen insgesamt unwirksam (z.B. wegen eines **Formverstoßes**), so kann der Vermieter eine berichtigte Betriebskostenerhöhung nur für die Zukunft nachholen (vgl. zum alten Recht AG Hagen v. 7.2.1979 - 9 C 684/78 -, WuM 81, 21; zum neuen Recht: Kinne GE 05, 1528 (1535)). Die einseitige Betriebskostenerhöhungserklärung nach § 560 Abs. 1 BGB kann nicht nachgebessert werden (LG Berlin v. 6.12.2001 - 62 S 278/01 -, MM 02, 97).

106 Merkt der Mieter erst nach vorbehaltloser Zahlung, dass die Betriebskostenerhöhung (teilweise) nicht berechtigt war, ergibt sich folgendes:

107 Die Vereinbarung im Mietvertrag, wonach der Mieter unzulässige Betriebskosten, beispielsweise Verwaltungs- und Instandhaltungskosten, zu übernehmen hat, verstößt gegen § 557 Abs. 3 BGB (vgl. zum alten Recht OLG Koblenz v. 7.1.1986 - 4 WER 720/85 -, WuM 86, 50; ZMR 86, 87; GE 86, 227; NJW 86, 995), so dass der Mieter daraufhin getätigte Zahlungen grundsätzlich zurückfordern kann (vgl. zum alten Recht AG Neukölln v. 20.5.1996 - 5 C 31/96 -, GE 96, 1497; LG Mönchengladbach v. 26.2.1988 - 2 S 258/87 -, ZMR 88, 266; zum neuen Recht: AG München v. 27.6.2014 - 463 C 4060/14 -, ZMR 14, 893).

108 Der Rückzahlungsanspruch **verjährt** nach drei Jahren (vgl. AG Bad Schwartau DWW 96, 194).

108a Umstritten ist, ob der Mieter seinen Anspruch auf Rückzahlung schon allein dadurch verwirkt, dass er jahrelang ungesetzliche Nebenkosten (z.B. Verwaltungskosten) vorbehaltlos zahlt (so LG Stuttgart v. 9.10.1987 - 6 S 15/87 -, WuM 88, 84; DWW 88, 17; abl. Anm. Lang DWW 88, 17; **a.A.** LG Duisburg v. 4.10.1988 - 7 S 307/88 -, WuM 89, 192). Richtig ist zunächst, dass keine Vereinbarung über die Mietzinserhöhung nach § 557 Absatz 1 BGB durch Zahlung zustande gekommen ist, wenn ein Mie-

ter aufgrund eines Mieterhöhungsschreibens nach § 560 Abs.1 BGB die höhere Miete zahlt, ohne sich bewusst gewesen zu sein, dass er die Mieterhöhungsforderung auch hätte ablehnen können (LG Hamburg v. 20.8.1987 - 7 S 79/87 -, WuM 89, 580; LG München I v. 6.5.1992 - 14 S 21881/91 -, WuM 92, 490; AG München v. 1.7.1993 - 423 C 5221/93 -, NJW-RR 94, 973; a.A. LG Berlin v. 16.5.1995 - 64 S 403/94 -, GE 95, 941; ZMR 95, 354: Danach soll in der Zahlung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis liegen).

109 Bei einer unwirksamen Betriebskostenerhöhung kann aber gem. § 141 BGB ein **Rückforderungsanspruch ausgeschlossen** sein, wenn über Jahre hinweg die erhöhten Mieten gezahlt werden (vgl. LG Berlin v. 9.11.2010 - 63 S 138/10 -, GE 11, 206; MM 5/11, 29; NZM 12, 114 (zur Staffelmiete)). Denn auch für einen rechtlichen Laien ist es erkennbar, dass aus der Sicht des Vermieters als Zahlungsempfänger die vorbehaltlosen Zahlungen während des gesamten Mietverhältnisses als Bestätigung (§ 141 BGB) der vertraglichen Vereinbarungen aufgefasst werden können. Es ist allerdings immer eine Frage des Einzelfalles, wie häufig der Mieter den unwirksamen Erhöhungsbetrag gezahlt haben muss, um von einer Bestätigung ausgehen zu können.

Rügt der Mieter die Unwirksamkeit der vergangenen Erhöhung, kann er ab diesem Zeitpunkt auf jeden Fall, die Überzahlung einstellen, unabhängig davon, wie oft er den nicht geschuldeten Betrag entrichtet hatte.

110 Es gibt auch **Auswirkungen auf später folgende Mieterhöhungen nach § 558 BGB**: Hat der Mieter bei einer vereinbarten Bruttokaltmiete Mieterhöhungen wegen gestiegener Betriebskosten akzeptiert und die erhöhte Miete jahrelang gezahlt, kann er sich bei einer späteren Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 BGB) nicht darauf berufen, der Ausgangsmietzins sei wegen fehlerhafter Betriebskostenerhöhungen aufgrund eines fehlenden vertraglichen Erhöhungsvorbehalts unrichtig berechnet (LG Berlin v. 26.10.2004 - 65 S 243/04 -, MM 04, 1593).

21. Besteht ein Kündigungsrisiko bei Nichtzahlung der Erhöhung?

111 Ja. Kommt der Mieter mit der Zahlung von durch den Vermieter nach § 560 Abs. 1 BGB einseitig erhöhten Betriebskosten in Verzug, scheidet eine (auch) darauf gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nicht daran, dass der Vermieter den Mieter nicht vor Ausspruch der Kündigung auf Zahlung der erhöhten Betriebskosten verklagt hat. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist bei Kündigungen ohne vorangegangene Zahlungsklage nämlich nicht einschlägig (vgl. **BGH** v. 18.7.2012 - VIII ZR 1/11 -, WuM 12, 497; GE 12, 1162; NJW 12, 3089).