



**Abschließend klärende BGH-Entscheidung über Nachforderungen steht noch aus**

## **Betriebskostenabrechnung nach Sollvorschüssen: Noch längst nicht alle Fragen sind geklärt**

Nachdem beinahe über Jahrzehnte, insbesondere zwischen verschiedenen Berufungskammern des Landgerichts Berlin bis hin zur Anrufung des Berliner Verfassungsgeschichtshofes, über die Frage gestritten worden war, ob der Vermieter berechtigt ist, in einer Betriebskostenabrechnung statt der tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen die Sollvorauszahlungen in Ansatz zu bringen, hatte der Bundesgerichtshof erfreulicherweise mit Beschluss vom 23. September 2009 - VIII ZR 208/08 - (GE 2009, 1489) bestätigt, dass die Abrechnung nach Sollvorschüssen zulässig ist. Zuvor hatte er sich nur einmal (Urteil vom 17. November 2002 - VIII ZR 108/02 -, GE 2003, 250) ausdrücklich mit der Frage auseinandergesetzt und erklärt, dass „jedenfalls“ dann eine Abrechnung nach Sollvorschüssen ordnungsgemäß sei, wenn der Mieter für den Abrechnungszeitraum keinerlei Vorauszahlungen erbracht habe, der Vermieter die offenen Vorauszahlungsansprüche bereits eingeklagt habe und eine Abrechnungsreife noch nicht eingetreten sei.

Von RAuN FRANK JABLONSKI

In Teilen der Literatur und Rechtsprechung (vgl. z. B. Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 556, Rn. 128; Kinne, in Kinne/Schach/Bieber, *Miet- und Mietprozessrecht*, 5. Aufl., § 556 Rn. 79; AG Hamburg, Urteil v. 9. Oktober 2006 - 644 C 264/06) ist das Urteil seltsamerweise dahingehend interpretiert worden, dass der BGH „nur“ unter den genannten Voraussetzungen die Abrechnung nach Sollvorschüssen für zulässig halte. Übersehen wurde, dass schon rein begrifflich die Formulierung, dass „jedenfalls“ unter bestimmten Voraussetzungen die Abrechnung nach Sollvorschüssen zulässig sei, impliziert, dass eine derartige Abrechnung auch in anderen Fällen oder generell zulässig sein kann (vgl. Schach, GE 2003, 231, 232).

Bedauerlich ist, dass der BGH in seinem Beschluss vom 23. September 2009 nach seiner „Jedenfalls-Entscheidung“ wiederum insoweit nicht für eine endgültige Klärung gesorgt hat, als die Betriebskostenabrechnung nach Sollvorschüssen zwar für formell wirksam erklärt wird, jedoch gleichzeitig

ausgeführt wird, dass die Abrechnung nach geschuldeten Vorauszahlungen „allenfalls“ einen inhaltlichen Fehler der Abrechnung darstellen könne.

Von Bedeutung ist die Frage, ob eine auf der Grundlage der geschuldeten Vorauszahlungen erstellte Abrechnung *inhaltlich fehlerhaft* ist, für den Fall, dass der Vermieter eine *Differenz zwischen den Sollvorauszahlungen und den tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen* geltend macht. Hier stellt sich das Problem, ob dem die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, wonach der Vermieter spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraumes abzurechnen hat, entgegensteht.

Grundsätzlich führt ein *inhaltlicher* Fehler der Abrechnung dazu, dass der Vermieter zwar eine Korrektur vornehmen kann, ihm insgesamt nach Ablauf der Abrechnungsfrist aber kein Betrag zusteht, der über den Betrag hinausgeht, der sich aus der fristgerecht erstellten, inhaltlich unrichtigen Abrechnung ergeben hat (vgl. BGH, GE

2005, 50 = NJW 2005, 219, 220). Nach dem Urteil des BGH vom 9. März 2005 - VIII ZR 57/04 - (GE 2005, 543, 546) schließt § 556 Abs. 2 Satz 3 BGB nach seinem eindeutigen Wortlaut jedoch lediglich die Geltendmachung von *Nachforderungen* aus.

Um Nachforderungen in diesem Sinne handele es sich aber nur, wenn der Vermieter nach Ablauf der zwölfmonatigen Abrechnungsfrist einen Betrag verlange, der über den Betrag der bereits erteilten Abrechnung hinausgehe oder, soweit eine rechtzeitige Abrechnung nicht erstellt wurde, wenn der abgerechnete Betrag die Summe der Vorauszahlungen des Mieters übersteige.

In einem bestätigenden Urteil vom 31. Oktober 2007 - VIII ZR 261/06 - (GE 2007, 1686, 1688) hat der BGH erneut ausgeführt, dass der Vermieter Nebenkosten bis zum Betrag

→ [www.brack-ag.de](http://www.brack-ag.de)

der geschuldeten Vorauszahlungen auch aufgrund einer nach Ablauf der Abrechnungsfrist erteilten Abrechnung geltend machen kann. Auch im dortigen Fall hatte der Vermieter allerdings innerhalb der Abrechnungsfrist überhaupt noch keine Abrechnung erstellt.

Mit dem Fall, dass der Vermieter fristgerecht eine Abrechnung erstellt, die zu hohe (Soll-) Vorauszahlungen ausweist, hat sich der BGH bislang nicht ausdrücklich beschäftigt.

Würde man hier dem Vermieter die Nachforderung der zwar in die Abrechnung rechnerisch eingestellten (Soll-) Vorauszahlungen, vom Mieter aber tatsächlich nicht geleisteten (Ist-) Vorauszahlungen versagen, weil er an das Abrechnungsergebnis gebunden sei, würde dies dazu führen, dass der Vermieter, der fristgerecht die Abrechnung erstellt und tatsächlich vom Mieter nicht geleistete Vorauszahlungen rechnerisch in Ansatz bringt, womöglich gezwungen wäre, ein *Scheinguthaben* an den Mieter zur Auszahlung zu bringen. Der Vermieter, der verspätet die Abrechnung erteilt, könnte dagegen die gesamten nicht geleisteten Vorauszahlungen nachfordern. Dies würde jedem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen.

Wenn, wie der BGH ausdrücklich erklärt, die nicht geleisteten Vorauszahlungen keine Nachforderung i. S. v. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB darstellen, es sich rechtlich somit um eine Nachforderung der Miete handelt (Sternel, *Mietrecht* aktuell, 5. Aufl., Rn. V 442), können sie nicht dadurch zur Nachforderung werden, dass sie in der Abrechnung zu hoch angegeben werden. Deshalb ist aus

### **Qualifiziertes Team**

übernimmt

Geschäftsbesorgung und Sanierung von Immobilienfonds  
und Einzelengagements

**CONVEST Verwaltungsgesellschaft für Grundbesitz mbH**

Uhlandstraße 86

10717 Berlin

Tel.: 030 - 31 98 04 02

Fax 030 - 32 52 29 62

E-Mail: [drews@convestberlin.de](mailto:drews@convestberlin.de)



der Rechtsprechung des BGH zu folgern, dass der Betrag der tatsächlich nicht geleisteten Vorauszahlungen generell nicht der Präklusionswirkung des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB (Ausschluss von Nachforderungen nach Ende der Abrechnungsfrist) unterliegt (so auch Sternel, a.a.O., Rn.V 295, 442; Kinne a.a.O.).

Wenn es sich bei den nicht geleisteten Vorauszahlungen rechtlich nicht um eine Betriebskostennachforderung, sondern um eine Nachforderung von Miete handelt, ist es nur konsequent, dem auch bei der Abrechnung der Betriebskosten Rechnung zu tragen, statt den Vermieter auf eine nachträgliche Korrektur zu verweisen.

Bei der Abrechnung nach Sollvorschüssen wird dem Mieter in der Abrechnung deutlich vor Augen geführt, was er an Vorauszahlungen eigentlich zu leisten gehabt hätte (aber nicht geleistet hat), und was somit nicht dem Nachforderungsausschluss unterliegt, und bei welchem Betrag es sich um eine echte Nachforderung i. S. v. § 556 Abs. 3 BGB handelt. Damit ist auch dem Vertrauensschutzgedanken hinreichend Genüge getan.

Sind die Vorauszahlungen in der Abrechnung ausdrücklich als Sollvorauszahlungen ausgewiesen, kann der Mieter ohne Mühe nachvollziehen, ob die – geschuldeten – Zahlungen vollständig berücksichtigt wurden. Bei einer Abrechnung nach tatsächlichen Vorauszahlungen und unübersichtlicher Zahlungsweise kann er dies dagegen gerade nicht.

Auch dem Problem der nach der BGH-Rechtsprechung die Betriebskosten einschließenden *Mietminderungen* kann bei der Betriebskostenabrechnung nach Sollvorschüssen in praktikabler Weise Rechnung getragen werden. Der Mieter läuft nämlich bei der Abrechnung nach Sollvorschüssen nicht Gefahr, dass der Vermieter durch Einstellung zu geringer Vorauszahlungen in die Abrechnung versucht, zu Recht vom Mieter vorgenommene Mietminderungen über die Nachforderung aus der Betriebskostenabrechnung wieder hereinzuholen.

Der Streit über die Berechtigung der Mietminderung ist in solchen Fällen gesondert über die Nachforderung der Miete und nicht ausschnittsweise im Rechtsstreit über die Betriebskostennachforderung zu führen. Es bleibt aus der Sicht der Praxis zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof nach seinen „Jedenfalls- und Allenfalls-Urteilen“ demnächst Gelegenheit hat, eine sich in seine Rechtsprechung zum Nachforderungsausschluss einfügende und den Anforderungen der Praxis entsprechende Entscheidung zu treffen.

## RECHTSANWÄLTE

### Richard Meissner Rechtsanwalt

**Fachanwalt für  
Miet- & WEG- Recht**

**Spezialist für  
Erbrecht**

Alt-Tegel 1+3 13507 Berlin  
Tel. 433 10 11/12  
Fax 43 60 40 38  
eMail: Sozietat@Kanzlei-Meissner.de

gs

Grundmann | Schüller  
Rechtsanwälte

Kanzlei für das gesamte Immobilienrecht

Prozeßführung  
Forderungsmanagement  
Beratung | Vertragsgestaltung | Fachseminare

**Volker Grundmann Peter Schüller**  
Fachanwälte für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Reinhardtstraße 18 | 10117 Berlin | o30. 28 88 42-0  
www.immorecht.net

### Paul - M. Spielhagen

Rechtsanwalt und Notar

**Gewerbliches Mietrecht - Wohnungsmietrecht (nur für Vermieter)**  
**Hausverwaltung, Grundstücks-, WEG-, Makler-, Architekten- und Baurecht**  
Bayerische Str. 31, 10707 Berlin (Wilmerdorf) Tel.: 883 49 47, Fax: 882 59 81

### Recht und Steuern rund um die Immobilie

In Kooperation mit:

- Alexander Juche**  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
- Karin Schopp**  
Dipl. Kauffrau, Steuerberaterin

Bernd Hoffmeister, Hartmut Krüger,  
Barbara von der Schulenburg\*  
Rechtsanwälte und \*Notarin

Lietzenburger Straße 44 • D-10789 Berlin  
Tel. 030/29 60 90-0 • Fax 030/29 60 90-60  
info@kanzleien-berlin.de

### Rechtsanwaltssozietät CYRUS-MAKOWSKI

Tel.: (030) 49 89 69 - 0  
Fax (030) 49 89 69 - 32  
www.cyrus-makowski-berlin.de  
e-mail: info@cyrus-makowski-berlin.de

### Thomas Jaster Rechtsanwalt und Notar Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Tätigkeitsschwerpunkte:  
Mietrecht, Erbrecht, Arbeitsrecht, Grundstücksrecht

**Scharnweberstraße 25 (Am Kurt Schumacher-Platz)**  
**13405 Berlin-Reinickendorf**

### Schwerpunkte

- Wohneigentumsrecht
- Mietrecht • Arbeitsrecht

Mommsenstr. 43 10629 Berlin-Charl.  
Tel. (030) 327 99 00 Fax: (030) 327 99 020

Anwaltskanzlei  
Albrecht Stahl

www.AnwaltStahl.de

### HAGER & PARTNER GbR RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

WWW.KANZLEI-HAGER.DE

PROF. DR. UWE WESEL  
NOTARIN ELISABETH LAASER-HAGER  
FACHANWÄLTIN FÜR FAMILIENRECHT  
FACHANWÄLTIN FÜR ERBRECHT  
NOTAR GEORG D. HAGER  
NICOLE STÜRMANN M.A.

SCHLÜTERSTRASSE 28  
10629 BERLIN  
030 · 327 604 0  
FAX 327 604 56  
INFO@KANZLEI-HAGER.DE

- \* ERBRECHT
- \* NACHLASSVERWALTUNG
- \* TESTAMENTS-  
VOLLSTRECKUNG
- \* FAMILIENRECHT
- \* MIETRECHT
- \* WEG-RECHT
- \* BETREUUNGSRECHT
- \* GRUNDSTÜCKSRECHT