

triebskosten erhöhen oder ermäßigen. Für eine Ermäßigung bedarf keiner Anforderung des Mieters. Der Vermieter muss von sich aus tätig werden.¹⁶⁹

d) Pauschale oder Vorauszahlung vereinbart?

aa) Auslegung des Mietvertrags

- 1621** Aus vielen Mietverträgen geht nicht klar hervor, ob die Mietparteien eine Vorauszahlung oder eine Pauschale vereinbart haben. Dann ist der Erklärungsinhalt auslegungsbedürftig. Bei der Auslegung der Vereinbarung kommt es nach allgemeinen Grundsätzen nicht auf den Wortlaut, sondern auf den **Parteiwillen** an. Ist anstatt des gesetzlichen Begriffs der Vorauszahlung ein Wort wie „Abschlagszahlung“ verwendet worden, sind damit in aller Regel Vorauszahlungen mit Abrechnungspflicht gemeint.¹⁷⁰ Ist im Mietvertrag an einer Stelle von einer Pauschale und an anderer Stelle von Vorauszahlungen die Rede, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Mietparteien bewusst differenziert haben. Mit der Bezeichnung als „Pauschale“ ist dann ein Betrag gemeint, über den nicht abgerechnet werden soll.¹⁷¹
- 1622** **Unschädliche Falschbezeichnung:** Aber selbst dann, wenn der Begriff „Pauschale“ gewählt wurde, kann sich ergeben, dass eine Vorauszahlung gemeint ist, wenn an anderer Stelle des Mietvertrags die jährliche Abrechnungspflicht hierüber festgelegt ist. Die Willenserklärungen können auch entgegen ihrem Wortlaut im Mietvertrag danach ausgelegt werden, was die Mietparteien tatsächlich gemeint haben (*falsa demonstratio non nocet*). Eine „Vorauspauschale“ ist nach einer Entscheidung des BGH trotz der missverständlichen Wortwahl als eine Vorauszahlung angesehen worden.¹⁷²
- 1623** In einem besonders gelagerten Fall hat der BGH eine Vorauszahlung in eine Pauschale umgedeutet, obwohl nach dem Mietvertrag unzweifelhaft eine Vorauszahlung festgelegt war.¹⁷³ Zur Zeit des Mietvertragsabschlusses war die Vereinbarung von Vorauszahlungen auf die kalten Betriebskosten nach dem Mietpreisbindungsrecht für Berliner Altbauten verboten. Der **Vermieter erstellte 19 Jahre keine Abrechnungen**, sondern erhöhte mehrmals die Pauschale nach § 4 Abs. 2 MHG. Nach dem BGH ist aufgrund der langjährigen unbeanstandeten Praxis von einer vereinbarten Pauschale auszugehen.
- 1624** **Konkretisierung durch Abrechnungspraxis:** Zur Auslegung der vertraglichen Vereinbarung kann – zumindest bei einer längeren Mietdauer – die praktische Handhabung herangezogen werden.¹⁷⁴ Es ist danach zu fragen, ob der Vermie-

¹⁶⁹ Einzelheiten unter Rdnr. 2727 ff.

¹⁷⁰ AG Lingen, Urt. v. 25.6.1996 – 4 C 173/96 – WuM 1996, 714.

¹⁷¹ AG Gelsenkirchen, Urt. v. 31.10.2014 – 211 C 170/14 – ZMR 2015, 131.

¹⁷² BGH, Urt. v. 13.2.2008 – VIII ZR 14/06 – WuM 2008, 225.

¹⁷³ BGH, Urt. v. 9.3.2011 – VIII ZR 132/10 – WuM 2011, 214.

¹⁷⁴ LG Koblenz, Urt. v. 30.4.1990 – 12 S 397/89 – WuM 1990, 312.

ter bereits mehrmals über die Vorauszahlungen abgerechnet oder darauf verzichtet hat.

Konkretisierung unklarer Vertragsabreden durch langjährige Handhabung: 1625

Hiergegen wird angeführt, dass die praktische Anwendung grundsätzlich keine konkludente Vereinbarung herbeiführe.¹⁷⁵ Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig. Denn hier geht es nicht um die Änderung einer eindeutigen vertraglichen Festlegung, sondern um die Auslegung einer mehrdeutigen Abrede. Diese Auslegungsmethode steht also nicht im Widerspruch zu den Entscheidungen

§ 3 – Miete und Nebenkosten

1. Die **Brutto-Kaltmiete** (einschließlich Betriebskosten, ausschließlich Heizung und Warmwasser) beträgt: _____

2. Die **Netto-Kaltmiete** (ausschließlich Betriebskosten, Heizung und Warmwasser) beträgt: _____

2. Neben der Miete sind monatlich zu entrichten für:

Betriebskostenvorschuss für Betriebskosten gemäß Abs. 3 zzt. 20,00

Betriebskostenpauschale für Betriebskosten gemäß Abs. 3 zzt. 20,00

Heizkostenvorschuss gemäß § 6 zzt. 60,00

..... zzt. _____

..... zzt. _____

..... zzt. _____

..... zzt. _____

..... zzt. _____

Insgesamt sind zzt. monatlich zu zahlen: 276,46

3. Die **Betriebskosten** gemäß Betriebskostenverordnung in der jeweils geltenden Fassung ermittelt aufgrund der letzten Berechnung des Vermieters vom _____

sind in der gem. Abs. 1 vereinbarten Brutto-Kaltmiete ausschließlich Heizung und Warmwasser anteilig **enthalten**.

sind in der gem. Abs. 1 vereinbarten Netto-Kaltmiete **nicht enthalten**.

Die Betriebskosten, insbesondere wie nachfolgend spezifiziert, sind als Vorschuss vom Mieter an den Vermieter zu zahlen. Die Abrechnung mit dem Mieter erfolgt jährlich. Die nachfolgende Spezifikation gilt auch bei Vereinbarung einer Betriebskostenpauschale. Die Umliegung der Kosten für Sammelheizung und Warmwasserversorgung ist in § 6 dieses Vertrages vereinbart

1) Die laufenden öffentlichen Lasten des Grundstücks, insbesondere Grundsteuer

2) Die Kosten der Wasserversorgung

3) Die Kosten der Entwässerung

4) Die Kosten des Betriebs des Personen- oder Lastenaufzugs

5) Die Kosten der Staubbeseitigung und Müllabfuhr

6) Die Kosten der Gebäudereinigung und Ungezieferbekämpfung

7) Die Kosten der Gartenpflege

8) Die Kosten der Beleuchtung

9) Die Kosten der Schönheitsreinigung

10) Die Kosten der Sach- und Haftpflichtversicherung

11) Die Kosten für den Hauswart

12) Die Kosten des Betriebs der Gemeinschafts-/Antennenanlage oder der mit einem Breitbandkabelnetz verbundenen privaten Verteilanlage

13) Die Kosten des Betriebs der Einrichtungen für die Wäschepflege

14) Die Kosten der Dachinneneinigung

15) Sonstige Betriebskosten

16) Umlageausfallwagnis

Abb. 7 – Pauschale oder Vorauszahlung vereinbart? Auszug aus einem Mietvertrag.

Unter § 3 Nr. 2 sind Beträge von jeweils 20 € sowohl für „Betriebskostenvorschuss“ als auch für „Betriebskostenpauschale“ von jeweils 20 € eingetragen. Grundsätzlich ist es möglich, beides zu vereinbaren (Rdnr. 1619). Unter § 3 Nr. 3 des Mietvertrags ist erläutert, dass die aufgezählten Betriebskosten sowohl für einen vereinbarten Vorschuss als auch für eine Betriebskostenpauschale gelten. Hier ist jedoch nicht ersichtlich, für welche Betriebskosten die Pauschale und für welche die Vorauszahlung anzusetzen sind.

Damit ist die Vereinbarung unklar. Ergibt sich aufgrund anderer Umstände, etwa durch eine jahrelange Handhabung, kein eindeutiges Bild, greift die Unklarheitenregelung. Soweit eine Pauschalregelung für den Mieter günstiger ist, gilt diese als vereinbart. Über die Heizkosten ist entsprechend der Festlegung im Mietvertrag abzurechnen.

Zu klären wäre noch, ob die Pauschale 20 € beträgt oder ihr die 20 € für den „Vorschuss“ zuzuschlagen sind. Siehe dazu das ähnlich gelagerte Problem zur Behandlung der vertraglich festgelegten Vorauszahlung bei unwirksamer Vereinbarung der Betriebskostenumlage unter Rdnr. 1513 ff.

¹⁷⁵ Vgl. dazu die Darstellung der Rechtsprechung des BGH unter Rdnr. 1557.

des BGH,¹⁷⁶ dass eine jahrelange Abrechnungspraxis für sich genommen keine Vertragsänderung bewirken kann.¹⁷⁷

1626 Fehlende Vertragsbestimmung zur Betriebskostenumlage: Legt der Mietvertrag Vorauszahlungen fest, fehlt aber eine Vereinbarung über die Umlage der Betriebskosten, ist die Vereinbarung unwirksam. Das ist z. B. der Fall, wenn der im Vertragsformular vorgesehene Platz für die Auflistung der einzelnen Betriebskostenarten nicht ausgefüllt, sondern durchgestrichen ist. Die Auslegung des Mietvertrags ergibt nicht ohne Weiteres, dass die Vorauszahlung als Pauschale anzusehen ist.¹⁷⁸

1627 Unklarheitenregelung: Lässt sich nicht eindeutig klären, was im Mietvertrag gemeint ist, gehen bei Formularverträgen Zweifel zulasten des Vermieters. Dann kommt die Unklarheitenregelung nach § 305c Abs. 2 BGB zum Tragen.¹⁷⁹ Voraussetzung ist, dass der Vermieter – wie im Regelfall – der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist. Soweit eine Pauschalregelung für den Mieter günstiger ist, gilt diese als vereinbart.¹⁸⁰

Auslegung ist vorrangig: Der Anwendung dieser Unklarheitenregelung ist aber immer die Vertragsauslegung vorgeschaltet. Das gilt auch, wenn in einem Formularmietvertrag beides angekreuzt ist, „Pauschale“ und „Vorauszahlung“.¹⁸¹

Hinweis für Mietervertreter

Vor der Überprüfung einer Betriebskostenabrechnung ist routinemäßig der Mietvertrag einzusehen. Das gilt in besonderem Maße, wenn eine Nachzahlung ausgewiesen ist.

Der Mietervertreter sollte sich nicht nur vergewissern, ob eine Vereinbarung zur gesonderten Zahlung von Betriebskosten besteht. Darüber hinaus ist abzuklären, ob hierfür eine Pauschale oder eine Vorauszahlung festgelegt ist. In nicht wenigen Mietverträgen sind die Regelungen hierzu nicht eindeutig. Das geht in der Regel zu Lasten des Vermieters. Er kann dann keine Ansprüche aus einer Abrechnung herleiten.

¹⁷⁶ Siehe Rdnr. 1561a.

¹⁷⁷ Vgl. auch die Ausführungen zur konkludenten Konkretisierung eines Verteilerschlüssels unter Rdnr. 2305.

¹⁷⁸ Streitig, siehe die gegensätzlichen Meinungen unter Rdnr. 1514f.

¹⁷⁹ AG Darmstadt, Urt. v. 15.6.2010 – 304 C 139/10 – WuM 2011, 597.

¹⁸⁰ BGH, Beschl. v. 7.6.2016 – VIII ZR 274/15 – WuM 2016, 498; zu Einzelheiten siehe Lehmann-Richter, WuM 2012, 647.

¹⁸¹ BGH, Beschl. v. 7.6.2016 – VIII ZR 274/15 – WuM 2016, 498 – der BGH hat die Auslegung der Vorinstanzen, dass eine Pauschale vereinbart ist, nicht beanstandet.