

Schätzung von Betriebskosten

I. Einleitung – Überblick Schätzungen in Nebenkostenabrechnungen

1. Abrechnung kalter Betriebskosten

Bei der Abrechnung kalter Betriebskosten ergeben sich vielfältige Notwendigkeiten, die Beträge der gegenüber dem Mieter abzurechnenden Kosten durch Schätzung zu ermitteln. Von den sich insoweit aufdrängenden und in der Rechtsprechung häufig entschiedenen Konstellationen der notwendigen Bereinigung von gemischten Kosten, z.B. Hausmeisterkosten oder Aufzugskosten abgesehen, kann eine Schätzung insbesondere auch bei erheblichem Wohnungsleerstand, der Verwendung nicht mehr geeichter Ablesegeräte oder der Abrechnung nach Personenzahl ebenso wie beim Ansatz von Vorwegabzügen bei gewerblicher Mitbenutzung erforderlich sein. (Siehe im Einzelnen unter II.2.)

2. Abrechnung von Heiz- und Warmwasserkosten

Insoweit sind Schätzungen häufig bei der Abgrenzung des Heizbetriebstroms nach § 7 Abs. 2 HKVO sowie in den ohnehin spezialgesetzlich geregelten Fällen des § 9a HKVO notwendig. (Siehe hierzu unter III. 1. und 3.)

II. Schätzungen in der Abrechnung kalter Betriebskosten

1. Grundlagen Rechtsprechung

a) Zulässigkeit von Schätzungen

aa) BGH zu § 287 ZPO

Gem. § 287 Abs. 2 ZPO ist eine Schätzung prozessual zulässig, soweit unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen. In diesem Zusammenhang bedeutet § 287 Abs. 2 ZPO eine Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast für den Vermieter. Selbst wenn der Vortrag des Klägers insoweit lückenhaft oder unklar erscheint, ist es in der Regel nicht gerechtfertigt, jedweden Ersatz zu versagen, vielmehr hat der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen, ob nach § 287 ZPO nicht wenigstens eine Mindestschätzung möglich ist.¹

Die Entscheidung der Frage, ob genügende Unterlagen zur Vornahme der Schätzung vorhanden sind, ist dem Tatrichter im Rahmen der Tatsachenwürdigung vorbehalten und unterliegt nur eingeschränkter revisionsrechtlicher Nachprüfung.²

Die Unterlassung selbst einer Mindestschätzung ist erst dann zulässig, wenn sie mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte völlig in der Luft hinge und daher willkürlich wäre.³

bb) Korrektur aus Billigkeitsgründen

¹ BGH 14.07.2010, VIII ZR 45/09.

² BGH 14.07.2010, VIII ZR 45/09.

³ BGH, a.a.O., m. w. Nw.; BGH, 29.5. 2013, VIII ZR 174/12, m. w. Nw.

Mit der Rechtsprechung des BGH werden darüber hinaus zunehmend auch Kostenkorrekturen aus Gründen der Billigkeit für erforderlich erachtet.⁴ (siehe dazu näher unter II. 2c) Auch wenn ein Rückgriff auf § 287 ZPO nicht ausdrücklich vorliegt, erfolgt im Grunde genommen auch in diesen Fällen im Ergebnis eine Schätzung, und es wird insbesondere den Gedanken des § 276 Abs. 2 ZPO Rechnung getragen.

b) (keine) Abrechnungsgerechtigkeit ?

Bereits mit der Entscheidung des BGH zur zulässigen Beteiligung des Erdgeschoßmieters an den Aufzugskosten⁵ ergibt sich für den Mieter kein Anspruch gegenüber dem Vermieter auf Vornahme einer absolut centgenauen und insoweit gerechten Nebenkostenabrechnung. Vielmehr weist der BGH in dieser Entscheidung zutreffend darauf hin, dass Betriebskosten, die nicht von einem erfassten Gebrauch oder einer erfassten Verursachung abhängen, vielfach von den einzelnen Mietern in unterschiedlichen Umfang verursacht oder die damit verbundenen Vorteile von ihnen in unterschiedlichen Maße genutzt werden (z.B. auch bei den Kosten für den Fernsehempfang, den Kosten der Beleuchtung von Eingang und Treppenhause, den Reinigungskosten oder den Kosten für die Gartenpflege).

Mit der üblichen und nach § 556a Abs. 1 BGB nicht zu beanstandenden Umlage von Kosten nach Flächenanteilen sind typischerweise für große Wohnungen unvermeidbar Ungerechtigkeiten verbunden. Ein Anspruch des Mieters auf Änderung des Umlagemaßstabes „Wohnfläche“ aus Billigkeitsgründen kommt dennoch lediglich in besonderen Ausnahmefällen in Betracht.⁶ Bei der – vom BGH⁷ grundsätzlich gebilligten - verbrauchsabhängigen Abrechnung von eben nicht zwingend in der Verbrauchsgröße anfallenden Fixkosten findet regelmäßig eine Benachteiligung von Mehrverbrauchern statt. Auch sind die Kosten geringfügiger Leerstände grundsätzlich von den verbleibenden Mietern mit zu tragen. Erst wenn Dauer und Umfang des Leerstands unter Berücksichtigung der Höhe der verbrauchsunabhängigen Kostenbestandteile eine für die Mieter nicht mehr hinnehmbare Mehrbelastung ergeben, ist der Vermieter verpflichtet, diesem Umstand durch eine Änderung des Umlagemaßstabes hinsichtlich der verbrauchsunabhängigen Kostenbestandteile Rechnung zu tragen oder den Mietern in anderer Weise einen finanziellen Ausgleich zu verschaffen.⁸

Ferner ist zu berücksichtigen, dass selbst bei Erfassung eines Verbrauches in der Regel Ungenauigkeiten vom Mieter hinzunehmen sind. So wird dem Mieter mit der Entscheidung des BGH⁹, zugemutet, einen gewissen Schwund bei der Addition der Ablesewerte von Einzelwasserzählern im Verhältnis zu den am Hauptzähler ermittelten Werten zu akzeptieren. Ebenso seien bei der Bildung von Wirtschaftseinheiten durch die Zusammenfassung von Gebäuden und Flächen auftretende gewisse Ungenauigkeiten grundsätzlich zumutbar.¹⁰

Auch wird dem Vermieter z.B. im Rahmen der Auswahl des Verteilerschlüssels ein unter Umständen sogar mehrfaches Abänderungsermessen nach § 315 BGB zugebilligt.¹¹

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass gewisse Ungenauigkeiten und damit auch Ungerechtigkeiten durch eine generalisierende Betrachtungsweise im Interesse der Vereinfachung von Betriebskostenabrechnung hinzunehmen sind.¹² Im Rahmen der Erstellung von Betriebskos-

⁴ BGH 06.04.2016, VIII ZR 78/15; BGH 08.01.2013, VIII ZR 180/12.

⁵ BGH 20.09.2006, VIII ZR 103/06.

⁶ BGH 12.03.2008, VIII ZR 188/07; BGH 06.10.2010, VIII ZR 183/09; BGH 20.09.2006, VIII ZR 103/06.

⁷ BGH 06.10.2010, VIII ZR 183/09.

⁸ BGH 06.10.2010, VIII ZR 183/09.

⁹ BGH 25.11.2009, VIII ZR 69/09

¹⁰ BGH 20.10.2010, VIII ZR 73/10

¹¹ BGH 06.04.2016, VIII ZR 78/15.

¹² BGH 06.10.2010, VIII ZR 183/09.

tenabrechnungen sind zudem vor allem auch Gesichtspunkte der Praktikabilität zu berücksichtigen.¹³

¹³ BGH 06.10.2010, VIII ZR 183/09.

c) Unrichtige Schätzung allenfalls inhaltlicher Fehler der Abrechnung

Die Frage, ob eine vorgenommene Schätzung als tatsächlich zutreffend angesehen werden kann, ist mit der Rechtsprechung letztlich lediglich als inhaltliches Problem der streitigen Abrechnung anzusehen.¹⁴ (Siehe dazu sogleich näher unter II. 3. a). Dies betrifft sowohl die Frage der Zulässigkeit der Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO als auch die Frage der Richtigkeit der mit ihr in die Abrechnung eingestellten Werte und Beträge.¹⁵

2. typische Einzelfälle

a) Hausmeister

Werden von dem Hausmeister typischerweise auch Arbeiten der Instandhaltung oder Instandsetzung bzw. der Verwaltung ausgeführt, sind die auf diese Arbeiten entfallenden Kosten von den nach § 2 Nr. 14 Hs. 1 BetrKV umlagefähigen Kostenansätzen in Abzug zu bringen.

Gelingt es dem Vermieter nicht, hierbei eine genaue und nachvollziehbare Aufschlüsselung der jeweiligen Kostenanteile darzulegen und zu beweisen, wobei auf den tatsächlichen Zeitaufwand des Hauswartes für die jeweiligen Arbeiten abzustellen ist,¹⁶ kann grundsätzlich die Vornahme einer Schätzung der jeweiligen Anteile bzw. des in Abzug zu bringenden Anteiles in Betracht gezogen werden.¹⁷

b) Abzug für Instandsetzung beim Aufzug

Ebenso ist die Notwendigkeit der Kostenbereinigung bei Vorliegen von Vollwartungsverträgen bei der Ermittlung der Kosten für Aufzugsanlagen gem. § 2 Nr. 7 BetrKV anerkannt. Insofern werden in der Rechtsprechung weiterhin häufig pauschale Abzüge in Höhe von 20 % auch in materieller Hinsicht ohne nähere Begründung für zulässig erachtet.¹⁸

c) Sprengwasserabzug

Für den unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebotes notwendigen Abzug von Sprengwasser für Gartenanlagen und Mietergärten hält das Amtsgericht Schöneberg¹⁹ die Schätzung der Wasserkosten für die Wohnungsmieter ohne Gartennutzung gem. § 287 ZPO bei Fehlen eines Zwischenzählers für das Sprengwasser für geboten.

d) Schätzung gewerblicher Vorwegabzüge

Auch hier kann sich grundsätzlich die Notwendigkeit einer Schätzung bei unterlassener oder schlichtweg rechtlich oder technisch nicht möglicher Zwischenerfassung des gewerblichen Verbrauchsanteiles ergeben.

Allerdings muss der Vorwegabzug lediglich dann erfolgen, wenn mit der Umlage auch der anteiligen durch die gewerbliche Nutzung angefallenen Kosten (bei fiktiver Umlage nach Flä-

¹⁴ BGH 20.02.2008, VIII ZR 27/07.

¹⁵ BGH 28.05.2008, VIII ZR 261/07.

¹⁶ BGH 20.02.2008, VIII ZR 27/07.

¹⁷ LG Itzehoe 27.02.2015, 9 S 89/13.

¹⁸ LG Berlin 09.03.2010, 68 S 141/09; AG Berlin-Mitte 09.06.2015, 5 C 443/14; a. A.: AG Duisburg 29.04.2015, 45 C 2556/14 – 50 % Abzug.

¹⁹ AG Berlin-Schöneberg 02.08.2011, 15 C 186/11.

che) eine unangemessene Mehrbelastung des Wohnungsmieters einhergehen würde, wofür der Mieter in vollem Umfang darlegungs- und beweisbelastet ist.²⁰

Ein hiernach zwar notwendiger jedoch vom Vermieter bei der Erstellung der Abrechnung unterlassener Vorwegabzug bedeutet lediglich einen inhaltlichen Fehler der Abrechnung,²¹

Beachte in diesem Zusammenhang aktuell:

Soweit der BGH²² nunmehr für die Position Grundsteuer unterstellt, dass ein Vorwegabzug für die gewerbliche Nutzung überhaupt nicht erforderlich ist, entfällt natürlich auch die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Schätzung.

Selbst wenn ein Vorwegabzug erforderlich erscheint, ist die Vornahme einer Schätzung hierbei selbstverständlich noch nicht zwingend. Vielmehr ist zunächst zu fragen, ob eine zumindest annähernde Ermittlung des gewerblichen Verbrauches auch anderweitig möglich ist.

So scheidet für den Fall des gewerblichen Wasserverbrauches eine Schätzung bei Vorhandensein eines Zwischenzählers im Gewerbe aus, da die Ermittlung des gewerblichen Verbrauches hier basierend auf dem Zwischenzählerwert unabhängig von der regelmäßig auftretenden „Schwundproblematik“ zulässig ist.²³

e) Bereinigung bei Leerstand

Der BGH geht hier von der Erforderlichkeit einer Korrektur der Abrechnungspositionen bzw. der dem Mieter anzulastende anteiligen Beträge aus Gründen der Billigkeit aus. So soll im Rahmen der Erstellung der Heizkostenabrechnung leerstandsbedingten Kostenverschiebungen mit einer aus dem Prinzip von Treu und Glauben abzuleitenden Anspruchsbegrenzung Rechnung getragen werden²⁴, bzw. bei einer Abrechnung nach Personen durch Ansatz einer fiktiven Person in der Leerstandswohnung eine Beteiligung des Vermieters an den Leerstandskosten erzielt werden. Eine solche Vorgehensweise soll insbesondere in Betracht kommen, wenn die Abrechnung von Kostenpositionen zwar laut Vereinbarung nach Personen erfolgen soll, der tatsächliche Kostenanfall jedoch nicht von der Anzahl der im Objekt wohnenden Personenzahl abhängt.²⁵

f) Ansatz eines Mindestverbrauches bei Müll

Dem immer wieder in der Praxis auftretenden Phänomen, dass bei verbrauchsabhängiger Erfassung von anteiligen Müllkosten der Nutzer bei einzelnen Mietern und Wohnungen ein Verbrauch überhaupt nicht zu festzustellen ist, will der BGH²⁶ ebenfalls mit dem Ansatz einer angemessenen fiktiven Mindestmüllmenge begegnen.

g) Verwendung nicht geeichter Geräte

Finden bei der Ermittlung des Verbrauches in einem Gebäude oder einer Wohnung nicht mehr geeichte Ablesegeräte Verwendung, so kommt den dort abgelesenen Werten nicht mehr die Vermutung der Richtigkeit zu. Jedoch kann der Vermieter sich zum Beweis der

²⁰ BGH 13.10.2010, VIII ZR 46/10.

²¹ BGH 13.10.2010, VIII ZR 46/10.

²² BGH 10.05.2017, VIII ZR 79/16.

²³ BGH 25.11.2009, VIII ZR 69/09.

²⁴ BGH 10.12.2014, VIII ZR 9/14.

²⁵ BGH 08.01.2013, VIII ZR 180/12.

²⁶ BGH 06.04.2016, VIII ZR 78/15.

dennoch erfolgten richtigen Messung durch das nicht mehr geeichte Gerät auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen.²⁷

Ungeachtet des öffentlich-rechtlichen Verwendungsverbotes gem. § 33 MessEG wird der Vermieter zur Verwendung der aus dem nicht mehr geeichten Gerät ausgelesenen Daten gegenüber dem Mieter weiterhin für berechtigt gehalten.²⁸

Auf eine Schätzung des Verbrauches wird es deshalb in diesen Fällen im Ergebnis nicht ankommen. Die Verwendung der aus dem nicht mehr geeichten Gerät ausgelesenen Daten dürfte – jedenfalls bei Bestätigung der Verwertbarkeit der Daten durch den Sachverständigen – gegenüber einer Schätzung vorzugswürdig sein, zumal auch der alternativ in Betracht kommende Ansatz der Verbrauchsermittlung durch die Differenzmethode wegen der hierbei wiederum auftretenden „Schwundproblematik“ ebenfalls nicht vollständig überzeugt und den Mietern eher benachteiligen würde.

Hiervon abzugrenzen sind diejenigen Konstellationen, in welchen ein Zähler überhaupt nicht vorhanden ist, sei es weil dieser von vornherein nicht eingebaut wurde oder aber einem Defekt unterliegt. So soll die Abrechnung von Wasserkosten nach dem Anteil der Wohnfläche erfolgen, wenn nicht alle Mietwohnungen in dem Gebäude mit einem Wasserzähler ausgerüstet sind.²⁹

h) Unbekannte Personenzahl

Hat der Vermieter eine Abrechnung nach Personenzahl vorgesehen, hängt die materielle Richtigkeit des von ihm zur Verwendung gebrachten Verteilerschlüssels von der richtigen Ermittlung sowohl der in den einzelnen Zeitabschnitten jeweils gegebenen Gesamtbenutzerzahl sowie der Belegungszahl in den einzelnen Wohnungen ab.

Der Vermieter darf sich jedoch hierzu nicht auf die Angaben des Einwohnermeldeamtes stützen, da dieses keine hinreichend exakte Grundlage für die Feststellung wechselnder Personenzahlen in einem Gebäude mit einer Vielzahl von Wohnungen liefert.³⁰

Stehen ihm jedoch für das Abrechnungsjahr die tatsächlichen Belegungsdaten der Wohnungen nicht vollständig zur Verfügung, muss er im Rahmen der Kostenumlage insbesondere die Gesamtpersonenzahl quasi „auf Verdacht“ in die Abrechnung einstellen.

i) Schätzungen durch Versorger

Insoweit besteht die Besonderheit, dass der Versorger dem Vermieter selbst den lediglich auf einer Schätzung beruhenden Verbrauch in Rechnung stellt. Insoweit stellt sich an dieser Stelle vorrangig die Frage, ob der Vermieter im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebotes gem. § 556 BGB gehalten ist, die auf der Schätzung beruhende Abrechnung des Versorgers diesem gegenüber anzuzweifeln oder sogar von eventuell eröffneten Rechtsmitteln Gebrauch zu machen.³¹

j) Zeitabgrenzung

Wird bei einer Abrechnung strikt nach dem Zeitabgrenzungsprinzip verfahren, sind die auf den Abrechnungszeitraum entfallenden Beträge nicht selten aus mehreren Abrechnungen der Dienstleister oder Versorger zu entnehmen. Dies gilt sowohl, wenn der Abrechnungszeit-

²⁷ BGH 17.11.2010, VIII ZR 112/10.

²⁸ siehe hierzu umfassend: Zehelein, NZM 2017, 794.

²⁹ BGH 12.03.2008, VIII ZR 188/07.

³⁰ BGH 23.01.2008, VIII ZR 82/07.

³¹ Flatow, WuM 2012, 235; BGH 06.07.2011, VIII ZR 340/10.

raum selbst jahresübergreifend ausgestaltet ist, jedoch auch, wenn - wie häufig der Fall - von Versorgern nicht exakt auf das Kalenderjahr bezogene Abrechnungen erteilt werden. Sind hier zu den Stichtagen des Abrechnungszeitraumes Zwischenablesungen nicht erfolgt, z.B. bei den Positionen Wasser oder Strom, muss letztlich eine Schätzung der jeweiligen Verbrauchs- und Kostenanteile aus den einzelnen Abrechnungen erfolgen. Hierbei erfolgt zu- meist eine (stillschweigende) Aufteilung der Kosten nach Verbrauchsmengen und Tagen, welche allenfalls bei Belegeinsicht durch den Mieter überhaupt auffällig wird.

3. Umfang der Darlegung durch den Vermieter in der Abrechnung

a) Formal

Mit ständiger Rechtsprechung des BGH ist den formalen Voraussetzungen einer Nebenkostenabrechnung bereits genüge getan, wenn sie als Mindestangaben eine Zusammenstellung der Kosten, die Angabe und Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteiles des Mieters und den Abzug der Vorauszahlungen des Mieters aufweist. Dem Mieter muss es letztlich lediglich möglich sein, anhand der aus der Abrechnung ersichtlichen Gesamtkosten, dem angesetzten Gesamtverteilerschlüssel und sowie dem für ihn in die Abrechnung eingestellten anteiligen Verteiler gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen, wie der ihm in Rechnung gestellte Kostenanteil ermittelt worden ist.³²

Hieraus ergibt sich bereits im Umkehrschluss, dass die Frage der tatsächlichen Richtigkeit eines vom Vermieter in die Abrechnung eingestellten Schätzwertes und die Zulässigkeit der Schätzung lediglich ein inhaltliches Problem der Abrechnung bedeuten kann.

Die Vornahme eines geschätzten Abzuges bei den Hausmeisterkosten ist deshalb formell zulässig.³³

Ebenso werden – wie bereits oben unter II. 2. b) aufgezeigt – Ansetzungen bzgl. des notwendigen Kostenabzuges bei Vollwartungsverträgen für Aufzüge formell und materiell für zulässig erachtet.

Bei der Abrechnung nach Zeitabgrenzungsprinzip ist in formaler Hinsicht die Erläuterung oder Offenlegung der insoweit erforderlichen Zwischenschritte nicht erforderlich.³⁴

Auch die Frage der Notwendigkeit eines Vorwegabzuges für gewerbliche Mitbenutzung ist wie bereits dargestellt kein Problem der formellen Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung.³⁵

Fraglich erscheint, ob der Vermieter im Sinne der Erstellung einer formell richtigen Abrechnung bereits auf die Vornahme einer Schätzung bzgl. einer Betriebskostenposition ausdrücklich hinweisen muss. Hiergegen spricht nach hiesiger Auffassung die Rechtsprechung des BGH³⁶, wonach die Frage, ob die angesetzten Flächen- und Verbrauchswerte zutreffen, allein die materielle Richtigkeit der Abrechnung berührt.

b) inhaltlich

Generell muss der Vermieter selbstverständlich in allen Fällen einer Schätzung die Voraussetzungen gemäß § 287 Abs. 2 ZPO darlegen, wozu – wie unter II. 1. a) dargestellt – auch der Nachweis gehört, dass die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zur Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in

³² siehe u.a. BGH 14.02.2012, VIII ZR 207/11; BGH 20.01.2016, VIII ZR 93/15.

³³ So inzident BGH 20.02.2008, VIII ZR 27/07.

³⁴ BGH 02.04.2014, VIII ZR 201/13.

³⁵ BGH 11.08.2010, VIII ZR 45/10.

³⁶ BGH 28.05.2008, VIII ZR 261/07.

keinem Verhältnis stehen. Außerdem bietet sich für den Vermieter in diesem Zusammenhang der Verweis auf die unter II. 1. b) genannte Rechtsprechung, wonach vielfältige Ausnahmen von einem Anspruch auf absolute Abrechnungsgerechtigkeit bestehen, an.

Zudem obliegt dem Vermieter grundsätzlich ohnehin die Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit der von ihm in die Abrechnung eingestellten Kostenpositionen.³⁷

Vor diesem Hintergrund ist er auch verpflichtet, dem Gericht die Grundlagen einer Schätzung zur Ermittlung des Betrages einer streitigen Kostenposition nach § 287 Abs. 2 ZPO darzulegen.

Hierzu gehört bei den Hausmeisterkosten zumindest eine annähernde Darstellung des Vermieters bzgl. der vom Hausmeister jeweils im Bereich der Verwaltung, der Instandhaltung und Instandsetzung sowie den eigentlichen Hausmeisterkosten gemäß § 2 Nr. 14 BetrKV zu erbringenden Tätigkeiten und dem hierfür in etwa gegebenen Verhältnismäßigkeiten.

Allein der Pauschalabzug eines Kostenanteils von 10 % für nicht umlagefähige Hausmeisterkosten bietet ohne nähere Erläuterung durch den Vermieter keinen Anhaltspunkt für die Vornahme einer Schätzung.³⁸ Zur Mitteilung der Schätzgrundlagen soll es dabei für den Vermieter gehören, erforderlichenfalls auch die tatsächlichen Anknüpfungstatsachen bei dem Hausdienstleister zu erfragen und z.B. auch auf die Vorlage von Raportzetteln zu dringen oder zumindest konkretere Informationen über den tatsächlichen Zeitaufwand für die verschiedenen im Leistungsverzeichnis vereinbarten Tätigkeiten einzuholen.³⁹

Allerdings dürfen die Anforderungen an den Vortrag zu den Schätzgrundlagen nicht überspannt werden, zumal auch stets die Möglichkeit einer Mindestschätzung zu beachten ist.⁴⁰ Stünden dem Vermieter alle maßgeblichen Fakten zur Abgrenzung zur Verfügung, wäre er auch bereits in der Lage, eine exakte rechnerische Kostenbereinigung hinsichtlich der im Einzelnen nicht umlagefähigen Beträge vorzunehmen. Dem Umstand, dass eine Schätzung überhaupt notwendig ist, muss also auch in Bezug auf den Vortrag des Vermieters Rechnung getragen werden.

Gerade für den Ansatz von Hausmeisterkosten in der Betriebskostenabrechnung ist doch in der Regel zu beachten, dass ein vollständiger Wegfall dieser Kostenposition im Sinne des § 287 Abs. 2 ZPO unter keinem denkbaren Gesichtspunkt in Betracht kommen dürfte.⁴¹

Ebenso ist bei der Abrechnung nach Personen und der Angabe der Gesamtpersonenzahl zu fragen, ob der Vermieter nicht zumindest mit der Angabe der Belegungszahlen der letzten Jahre laut Auskunft des Einwohnermeldeamtes und einer hiernach ermittelbaren durchschnittlichen Belegungsquote im Haus im Sinne des § 287 Abs. 2 ZPO eine hinreichende Schätzungsgrundlage vermitteln könnte.

Zudem könnte der Vermieter versuchen, zumindest stichtagsbezogen die tatsächliche Belegung der einzelnen Wohnungen festzustellen.⁴²

³⁷ BGH 17.11.2010, VIII ZR 112/10; BGH 07.02.2018, VIII ZR 189/17.

³⁸ BGH 20.02.2008, VIII ZR 27/07; LG Mannheim 02.06.2015, 11 O 103/14: Belastbare Schätzgrundlage für diesen Abzug nicht zu ermitteln.

³⁹ LG Mannheim 02.06.2015, 11 O 103/14.

⁴⁰ LG Itzehoe 27.02.2015, 9 S 89/13.

⁴¹ LG Itzehoe 27.02.2015, 9 S 89/13.

⁴² BGH 22.10.2014, VIII ZR 97/14.

c) Folgen unzureichenden Vortrages

Gelingt es dem Vermieter nicht, die Abgrenzung zwischen umlagefähigen und nicht umlagefähigen Anteilen einer Abrechnungsposition zur Überzeugung des Gerichtes darzulegen oder zumindest dem Gericht hinreichende tatsächliche Grundlagen zur Vornahme einer (Mindest) Schätzung zu vermitteln, muss er im schlimmsten Fall den Verlust der gesamten inhaltlich streitigen Abrechnungsposition hinnehmen.⁴³

4. Einwendungen des Mieters

a) Vorbringen innerhalb der Einwendungsfrist, § 556 Abs. 3 S. 5 BGB

Da die Frage der inhaltlichen Richtigkeit der vom Vermieter vorgenommenen Schätzung lediglich die materielle Richtigkeit der Abrechnung betrifft, ist der Mieter gehalten, seine diesbezüglichen Einwendungen rechtzeitig innerhalb der Frist gem. § 556 Abs. 3 S. 5 BGB geltend zu machen.⁴⁴ Mit der – bisher nicht in Frage gestellten – Rechtsprechung des BGH⁴⁵ müsste er diese sogar im Falle der wiederholten Vornahme von Schätzungen durch den Vermieter für jedes Abrechnungsjahr aufs Neue erheben.

Hat der Vermieter entgegen den Ausführungen unter II. 3.c) lediglich pauschale Behauptungen zu den vorzunehmenden Korrekturen und Abzügen hinsichtlich nicht umlagefähiger Bestandteile einzelner Kostenpositionen aufgestellt, darf der Mieter diese Ansätze bereits mit einfachem Bestreiten in Frage stellen. Ebenso wird ihm das Bestreiten der Kostenpositionen mit Nichtwissen zugestanden.⁴⁶

Soweit und sofern der Vermieter jedoch die Grundlagen einer Schätzung ausreichend dargelegt hat, wird der Mieter diese Schätzungsgrundlagen allerdings substantiiert in Frage stellen müssen.

Gegenüber einer Mindestschätzung müsste er also beispielsweise substantiiert darlegen, dass der Hausmeister tatsächlich gar kein Hausmeister im Sinne des § 2 Nr. 14 BetrKV, sondern lediglich ein „Instandhaltungs- und Instandsetzungs- bzw. Verwaltungsmeister“ ist. Gegenüber einem geschätzten Verbrauch müsste er Indizien vortragen, welche einen tatsächlichen geringeren Verbrauch als plausibel erscheinen lassen.

Zudem wird es sich für den Mieter empfehlen, die Zulässigkeit der Schätzungen gemäß § 287 Abs. 2 ZPO in Frage zu stellen und z.B. zur doch bestehenden Zumutbarkeit der vollständigen Tatsachenaufklärung vorzutragen.

b) Belegeinsicht erforderlich ?

In diesem Zusammenhang stellt sich auch insbesondere die Frage, ob der Mieter nicht im Sinne der Rechtsprechung des BGH⁴⁷ zur Sicherstellung der prozessualen Beachtlichkeit seines Vortrages zuvor Einsicht in die Abrechnungsbelege nehmen muss. Diese Frage wird vom BGH⁴⁸ in Bezug auf die Hausmeisterkosten im Hinblick auf den dort auch nur ganz pauschalen Vortrag des Vermieters zur notwendigen Kostenbereinigung in Höhe von 20 % noch ausdrücklich offengelassen.

⁴³ BGH 20.02.2008, VIII ZR 27/07.

⁴⁴ BGH 10.10.2007, VIII ZR 279/06.

⁴⁵ BGH 12.05.2010, VIII ZR 185/09.

⁴⁶ BGH 20.02.2008, VIII ZR 27/07; LG Itzehoe 27.02.2015, 9 S 89/13.

⁴⁷ BGH 11.08.2010, VIII ZR 45/10 und 06.07.2011, VIII ZR 340/10.

⁴⁸ BGH 20.02.2008, VII ZR 27/07.

c) Schadensersatzansprüche, § 280 BGB – Wirtschaftlichkeitsgebot

Hat der Vermieter die Notwendigkeit der Schätzung zu vertreten, könnte grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch des Mieters wegen Verletzung vertraglicher Nebenpflichten in Betracht kommen. Diese könnte z.B. darin bestehen, dass der Vermieter ein defektes Verbrauchserfassungsgerät nicht ausgetauscht hat oder bei Abschluss eines Vertrages mit dem Hausdienstleister nicht auf einen gesonderten Ausweis der umlagefähigen und nichtumlagefähigen Kostenpositionen geachtet hat. Jedoch ist der Mieter sowohl für die Pflichtverletzung des Vermieters als auch die bei ihm konkret eingetretene wirtschaftliche Benachteiligung voll darlegungs- und beweispflichtig.⁴⁹ Erst wenn der Mieter hierzu substantiiert vorgetragen hat, greift die subsidiäre Darlegungs- und Beweislast des Vermieters gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Da die Ermittlung des dem Mieter in der Abrechnung der streitigen Position in Rechnung gestellten Betrages jedoch in exakter tatsächlich angefallener Höhe gerade nicht möglich ist, wird es auch dem Mieter voraussichtlich schwer fallen, der ihm zunächst obliegenden Darlegungslast nachzukommen, selbst wenn er sich seinerseits zur Ermittlung der Schadenshöhe auf eine Schätzung beruft.

d) Berufen auf § 12 HKVO ?

Im Rahmen der Abrechnung von kalten Betriebskosten auf Basis einer Schätzung wird sich ein Anwendungsbereich für die Kürzung in analoger Anwendung des § 12 HKVO nicht ergeben. Ein solcher Abzug von einer kalten Betriebskostenposition ist bisher lediglich für den Fall der nicht verbrauchsabhängigen Abrechnung von Wasserkosten entgegen einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung anerkannt.⁵⁰ Liegen die Voraussetzungen einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO und der hierzu bestehenden Rechtsprechung vor, was vom Tatrichter wie unter II. 1.a) ausgeführt, nach Ermessen zu prüfen ist, ist für eine Sanktionierung der Schätzung oder eine Berücksichtigung eines Abzuges im Rahmen der Schätzung auch kein rechtlicher Anhaltspunkt gegeben.

In Betracht gezogen werden könnte allerdings eine Heranführung der Norm zur Ermittlung eines pauschalierten Schadensersatzanspruches des Mieters gem. § 280 BGB. Jedoch ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass § 12 HKVO grundsätzlich eine verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters vorsieht. Eine analoge Anwendung der Vorschrift könnte sich somit lediglich auf die Berechnung der Schadenshöhe beziehen.

III. Abrechnung von Heizkosten

1. Schätzung des Betriebsstroms, § 7 Abs. 2 HKVO

Die Abrechnung von Heiz- und Warmwasserkosten gegenüber dem Mieter muss zwingend zumindest teilweise auf der Grundlage des erfassten Verbrauchs erfolgen, §§ 4,6 HKVO.

a) Rechtsprechung

Auch insoweit hat der BGH mit den Entscheidungen vom 20.02.2008, VIII ZR 27/07 und vom 03.06.2016, V ZR 166/15 eine Schätzung für grundsätzlich zulässig erachtet. Die Kosten des Betriebsstromes sind zwingend gem. § 7 Abs. 2 HKVO in der Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten darzustellen. Eine Aufnahme der anteiligen Kosten in die Abrechnung der kalten Betriebskosten wird abgelehnt.

⁴⁹ BGH 06.07.2011, VIII ZR 340/10.

⁵⁰ BGH 13.03.2012, VIII ZR 218/11.

Ist ein Zwischenzähler nicht vorhanden, können die jeweils auf die Heizung und den Allge-
meinstrom entfallenden Verbrauchs- und Kostenanteile nur durch Schätzung ermittelt wer-
den.

Beachte zur Abgrenzung:

Enthält eine Heizkostenabrechnung keine Angaben über die Kosten des Betriebsstroms,
führt dies selbstverständlich weder zu einer Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen
Gründen noch zu einer inhaltlichen Unrichtigkeit zum Nachteil des Wohnraummieters.⁵¹

b) Anforderungen an die formal und inhaltlich richtige Darstellung

In diesem Zusammenhang kann der Vermieter nach seinem Ermessen entweder auf pau-
schal anerkannte anteilige Werte von 3 – 6 % des Gesamtstromverbrauches zurückgreifen,
oder anhand der von ihm festgestellten und dem Gericht mitgeteilten technischen Werte der
Heizungsanlage (Stromaufnahmeleistung) sowie der Laufzeiten der Anlage im Abrech-
nungszeitraum die Verbrauchs- und Kostenwerte rechnerisch darstellen.⁵²

c) Einwendungen des Mieters

In beiden Fällen würde es dem Mieter wohl letztlich obliegen, nachzuweisen, dass die pau-
schal anerkannten auf den Betriebsstrom entfallenden oder vom Vermieter überschlägig be-
rechneten Werte aus technischen Gründen nicht zutreffend sein können.

2. Schätzung des Gesamtverbrauches

Derartige Schätzungen, z.B. wegen der Unterlassung einer Jahresendablesung, sind mit der
HKVO grundsätzlich nicht zulässig. Sie sind auch vom Wortlaut des § 9a HKVO nicht erfasst.
Wird eine Schätzung des Gesamtverbrauches für die Abrechnung der Heiz- oder Warmwas-
serkosten notwendig, muss eine Abrechnung nach Fläche erfolgen und der Mieter kann sich
auf das Kürzungsrecht nach § 12 HKVO berufen.⁵³

3. Schätzung nach § 9a HKVO

a) Voraussetzungen der Norm

Eine Schätzung darf erfolgen, wenn entweder ein Ablesegerät ausgefallen ist, oder aus an-
deren zwingenden Gründen der anteilige Wärme- oder Warmwasserverbrauch von Nutzern
nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann. Mit dem Wortlaut der Norm kommt es dabei zu-
nächst nicht darauf an, ob eine oder welcher der Parteien die Notwendigkeit der Schätzung
zu vertreten hat.

aa) Geräteausfall

Dieser Fall wird in der Regel unproblematisch festzustellen sein.

Insoweit ist denkbar, dass ein Ablesegerät schon von Anfang an untauglich oder nicht funkti-
onsfähig war, z.B. weil es an ungeeigneter Stelle eingebaut wurde. Vom Wortlaut der Rege-
lung erfasst sind aber auch Konstellationen, in welchen das Gerät später wegen eines tech-
nischen Defektes ausfällt oder beispielsweise bei Instandsetzungs- oder Modernisierungsar-
beiten des Vermieters oder beim Hantieren durch den Mieter beschädigt und außer Funktion
gesetzt wird. Ferner soll eine Schätzung auch in Betracht kommen, wenn ein Ablesegerät

⁵¹ BGH 13.09.2011, VIII ZR 45/11.

⁵² BGH 20.02.2008, VIII ZR 27/07.

⁵³ BGH 31.10.2007, VIII ZR 261/06.

zwar vorhanden und grundsätzlich auch ordnungsgemäß einsatzbereit ist, jedoch z.B. vom Mieter verbaut oder vollgestellt wurde.

Ist demgegenüber in einzelnen Räumen z.B. der Einbau von Ablesegeräte von vornherein (versehentlich) unterblieben, kommt eine Schätzung gem. § 9a HKVO nicht in Betracht, in diesen Fällen greift zu Gunsten des Mieters vielmehr § 12 HKVO in Bezug auf die dann vom Vermieter zu erstellende Abrechnung nach Fläche.

Problematisch erscheinen allerdings Konstellationen, in welchen der Defekt oder komplette Ausfall eines Gerätes eventuell sogar über mehrere Abrechnungszeiträume hinweg entweder gar nicht bemerkt oder jedenfalls der Austausch des defekten Gerätes nicht rechtzeitig vorgenommen wird. Insoweit liegt nicht selten ein Verschulden des Vermieters bzw. der ihm zurechnenden Dienstleister vor, weshalb sich die Frage der Unbilligkeit einer Schätzung stellen könnte. Teilweise wird angenommen, dass eine Anwendung des § 9a HKVO dann ausscheiden muss.

bb) andere zwingende Gründe

Diese sollen vorliegen, wenn z.B. der Mieter entgegen seiner Verpflichtung nach § 4 Abs. 2 HKVO den Zutritt zur Wohnung oder einzelnen Räumen (bewusst) nicht ermöglicht oder zur Zutritts-gewährung nicht in der Lage ist. Auch wenn ein vom Mieter „zugebautes“ Gerät nicht abgelesen werden kann, wird die Schätzung für zulässig erachtet.

Die Schätzung nach § 9a HKVO kann in den Fällen der Zutrittsverweigerung durch den Mieter vom Vermieter vorgenommen werden, ohne dass er zuvor Zutrittsklage gegenüber dem Mieter führen muss.

Jedoch soll der Vermieter verpflichtet sein, dem Mieter vor der Schätzung noch die Gelegenheit der Zutritts-gewährung in einem zweiten Ablesetermin zu geben.

Fraglich erscheint, ob der Vermieter bei fehlendem Zutritt auch dann zur Schätzung berechtigt ist, wenn moderne oder intelligente Ablesegeräte eine nachträgliche Auslesung der Verbrauchswerte zum Stichtag ermöglichen. Eine Schätzung dürfte nach hiesiger Auffassung jedenfalls dann im Hinblick auf § 241 S. 2 BGB ausscheiden, wenn der Mieter ohne sein Verschulden, z.B. infolge eines Krankenhausaufenthaltes, an der rechtzeitigen Zutritts-gewährung gehindert war und die nachträgliche Auslesung noch vor der Erstellung der Abrechnung durch den Vermieter möglich wird.

Ein anderer zwingender Grund liegt auch dann vor, wenn der anteilige Verbrauch eines Nutzers infolge eines Ablesefehlers nicht ordnungsgemäß erfasst werden kann.⁵⁴

Ebenso kommt eine Schätzung nach § 9a HKVO in Betracht, wenn der am Heizkörper abgelesene Messwert aus zwingenden physikalischen Gründen nicht dem tatsächlichen Verbrauchswert entsprechen kann.⁵⁵

cc) Ausschluss der Schätzung, 9a Abs. 2 HKVO

Eine Schätzung darf hiernach nicht erfolgen, wenn die von der Verbrauchsermittlung auf Schätzungsgrundlage betroffene Wohn- oder Nutzfläche oder der umbaute Raum 25 % der gesamten Wohn- oder Nutzfläche oder des maßgeblichen gesamten umbauten Raumes überschreiten. In diesem Fall muss der Vermieter eine Abrechnung der Kosten nach der relevanten Fläche vornehmen und sich den Abzug von 15 % der Kosten durch den Mieter gefallen lassen.

⁵⁴ BGH 16.11.2005, VIII ZR 373/04.

⁵⁵ BGH 05.03.2013, VIII ZR 310/12.

b) Anwendung anderer Umlageschlüssel nach § 9a HKVO

Der Vermieter kann nach § 9a S. 1 HKVO entweder auf der Grundlage des Verbrauches der betroffenen Räume in vergleichbaren früheren Abrechnungszeiträumen abrechnen oder auf den Verbrauch vergleichbarer anderer Räume im jeweiligen Abrechnungszeitraum abstellen. Beim Rückgriff auf frühere Abrechnungszeiträume sind mit dem Wortlaut der Regelung nicht zwingend etwa nur die unmittelbar vorangegangenen Abrechnungsperioden heranzuziehen. Die Vornahme einer Schätzung auf der Grundlage eines bereits zuvor geschätzten Wertes wird allerdings für unzulässig gehalten. Für diesen Fall soll nur ein Rückgriff auf den Verbrauch vergleichbarer Räume im Gebäude möglich sein.

c) Formal und inhaltlich richtige Darstellung in der Abrechnung

aa) unnötige Angaben

Die Anforderungen an die formale Darstellung des Vermieters sind an dieser Stelle nur gering. Der Vermieter kann den geschätzten Wert einfach in die Heiz- und Warmwasserkostenabrechnung einstellen. Es bedarf weder eines Hinweises, dass überhaupt eine Schätzung erfolgte, noch ist eine Darstellung oder eine Erläuterung der erfolgten Schätzung, z.B. in Bezug auf die zur Anwendung gelangte Schätzungsmethode, notwendig.⁵⁶

bb) Darlegungslast des Vermieters

Jedoch bleibt selbstverständlich der Vermieter auch hier für den Nachweis der Richtigkeit und Plausibilität der von ihm in die Abrechnung eingestellten Schätzwerte verantwortlich. Dazu gehört zunächst die Darlegung des tatsächlichen Vorliegens der gesetzlichen Schätzungsvoraussetzungen. Ebenso müssen in materieller Hinsicht bei Bestreiten des Mieters die tatsächlichen Voraussetzungen der Anwendung der jeweiligen Schätzungsmethode, wie z.B. die Verbräuche vergleichbarer Wohnungen, dargelegt und bewiesen werden.

d) Anwendung § 12 HKVO ?

aa) direkte Anwendung ?

Liegt in den gesetzlich anerkannten Fällen des § 9a HKVO eine auf zutreffender Schätzung beruhende Abrechnung vor, ist für die Anwendung des § 12 HKVO kein Raum. Es liegt trotzdem eine verbrauchsabhängige Abrechnung vor.⁵⁷

bb) analoge Anwendung ?

In Betracht zu ziehen wäre eine analoge Anwendung der Norm zur Ermittlung eines pauschalierten Schadensersatzanspruches des Mieters gemäß § 280 BGB. Dies würde jedoch ein Verschulden des Vermieters oder seiner für die Erstellung der Abrechnung eingesetzten Erfüllungsgehilfen voraussetzen.

e) Notwendiger Vortrag des Mieters

Dieser wird sich zunächst am Wortlaut und den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 9a HKVO orientieren. Denkbar wäre hier z.B. der Einwand, dass die der Schätzung zu Grunde gelegten vorangegangenen Abrechnungsperioden witterungsbedingt gar nicht vergleichbar waren, oder bei der Schätzung in Bezug genommene vergleichbare Räume eben doch nicht

⁵⁶ BGH 12.11.2014, VIII ZR 112/14; BGH 24.08.2016, VIII ZR 261/15.

⁵⁷ BGH 16.11.2005, VIII ZR 373/04.

mit den von der Schätzung betroffenen Räumen wirklich vergleichbar sind. Auch könnte der Mieter bei der Schätzung nach früheren Verbrauchswerten unter Umständen einwenden, dass die notwendige Korrektur nach „Verbrauchstendenzen“ (Berücksichtigung des Verhältnisses des Verbrauches in den betroffenen Räumen zum Gesamtverbrauch) unterblieben ist. Hat der Vermieter auf die tatsächlichen Verbrauchswerte anderer vergleichbarer Wohnungen zurückgegriffen, sollte der Mieter zudem von seinem Belegeinsichtsrecht Gebrauch machen. Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter auch Einsicht in die andere Wohnungen betreffenden Belege zu gewähren, da der Mieter nur so die Möglichkeit hat, sich von der Richtigkeit der in die Gesamtabrechnung eingestellten Verbrauchswerte zu überzeugen und insbesondere die Richtigkeit der Angaben des Vermieters zu den Vergleichswerten zu prüfen.⁵⁸ Solange dem Mieter die Einsichtnahme in die Unterlagen der anderen Wohnungen nicht gewährt wird, kann der Mieter sich in Bezug auf die Zahlung der Nachforderung aus der Abrechnung auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen.

IV. Fazit

Schätzungen im Rahmen der Abrechnung von Nebenkosten sind grundsätzlich zulässig und vom Mieter auch hinzunehmen, zumal bei der Erstellung von Nebenkostenabrechnungen ohnehin eine wirklich exakte Abrechnungsgenauigkeit nicht erlangt werden kann.

Bei der Abrechnung auf Schätzungsgrundlage bestehen im Ergebnis für beide Vertragsparteien erhebliche Risiken. Diese treffen zwar im Rahmen der notwendigen Darlegung der Schätzungsgrundlagen zunächst den Vermieter, jedoch wird auch dem Mieter in Bezug auf substantiierte Einwendungen Einiges abverlangt.

Die mit den Abrechnungsstreitigkeiten befassten Gerichte lassen die Voraussetzungen des § 287 Abs. 2 ZPO sowie insbesondere die Möglichkeit einer Mindestschätzung nicht selten außer Acht. Dem Vermieter ist also im eigenen Interesse anzuraten, das Gericht zumindest hierauf hinzuweisen.

⁵⁸ BGH 07.02.2018, VIII ZR 189/17.