

# **Auswirkungen von Mietminderungen auf die Betriebskostenabrechnung**

Vorsitzender Richter am LG Dr. *Werner Hinz*, Itzehoe

Inhalt	Seite
<b>I. Einleitung</b>	<b>3</b>
<b>II. Die BGH-Rechtsprechung</b>	<b>3</b>
<b>III. Kritik im Schrifttum</b>	<b>4</b>
<b>IV. Abweichende Auffassungen</b>	<b>5</b>
1. Beschränkung auf die Bruttomonatsmiete	5
2. Vorbehaltserfordernis	5
3. Stellungnahme	6
<b>V. Rechenbeispiele</b>	<b>7</b>
1. Einfache Fallgestaltungen	7
2. Zeitlich versetzte Abrechnungskreise	8
3 Direkte Minderung des Abrechnungssaldos	9
<b>VI. Auswirkungen des § 814 BGB auf den Abrechnungssaldo</b>	<b>12</b>
1. Begrenzung auf Bereicherungsausgleich	12
2. Berücksichtigung auch bei Ermittlung des Abrechnungssaldos	13
3. Stellungnahme	13
<b>VII. Darstellung des Abzugs in der Betriebskostenabrechnung?</b>	<b>14</b>
<b>VIII. Einwendungsausschluss</b>	<b>14</b>
<b>IX. Fazit</b>	<b>15</b>

## I. Einleitung

Der Deutsche Mietgerichtstag (DMT) hat sich bereits mehrfach mit der Problematik befasst, wie sich eine Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB auf die Abrechnung der Betriebskosten auswirkt. Bereits im Jahre 2006 hatte *Jürgen Bieber* diese Rechtsfrage zu einem der Schwerpunkte seines Vortrags zum Thema „Mängel und Mietminderung in der Gewerbe- und Wohnraummiete“<sup>1</sup> erhoben. Auf dem DMT 2012 hat sich *Peter Günter* noch einmal speziell zu der Thematik „Mietminderung und Betriebskostenabrechnung“ geäußert<sup>2</sup>.

Aus Sicht der Praxis scheint die Rechtslage hinsichtlich einer Berücksichtigung von Mietminderungen bei der Betriebskostenabrechnung durch das Urteil des VIII. Zivilsenats des BGH vom 13.4.2011 (VIII ZR 223/10)<sup>3</sup> im Wesentlichen geklärt zu sein. Dieser habe – so wird die Entscheidung in der Fachwelt kommentiert – eine Berechnungsmethode gefunden, „die durch ihre Schlichtheit besticht“<sup>4</sup>; er habe „den gordischen Knoten durchgeschlagen, eine sehr pragmatische Entscheidung getroffen und damit die Berechnung der Mietminderung vereinfacht“<sup>5</sup>. Doch je länger man dieses Judikat auf sich wirken lässt, desto mehr Zweifelsfragen treten an dem vom Senat favorisierten Rechenweg zutage – in machen Fallgestaltungen scheint er doch nicht so recht zu funktionieren. Deshalb soll die Problematik nochmals thematisiert werden.

## II. Die BGH-Rechtsprechung

Lange Zeit war streitig, ob die Mietminderung auf die Bruttomiete oder die auf Nettomiete zu bemessen ist<sup>6</sup>. Der BGH hat diese Frage in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2005 geklärt. In der ersten, am 6.4.2005 ergangenen Entscheidung (XII ZR 225/03), hat der 12. Zivilsenat grundlegend festgestellt, dass Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB die Bruttomiete, also die Miete einschließlich sämtlicher Nebenkosten ist<sup>7</sup>. Kurz darauf, nämlich mit Urteil vom 20.7.2005 (VIII ZR 347/04)<sup>8</sup>, ist der VIII. Zivilsenat nachgezogen. Auch er hat sich dafür ausgesprochen, die Minderung aus der Bruttomiete zu errechnen. Allerdings hat er mit einer Formulierung im Leitsatz des Judikats für Irritationen gesorgt<sup>9</sup>. „Bemessungsgrundlage der Minderung“, so heißt es dort, „ist die Bruttomiete einschließlich einer Nebenkostenpauschale oder einer Vorauszahlung auf die Nebenkosten“. Doch führt er damit – ob gewollt oder ungewollt – letztlich gerade zu der besonderen Problematik hin, die eine

<sup>1</sup> Publiziert in NZM 2006, 683.

<sup>2</sup> Publiziert in WuM 2012, 299.

<sup>3</sup> BGH, WuM 2011, 284 = ZMR 2011, 625.

<sup>4</sup> *Harsch*, MDR 2013, 120 7.

<sup>5</sup> *Wall*, jurisPR-MietR 13/2011 Anm. 1 unter C.

<sup>6</sup> Zur Problematik *Günter*, WuM 2012, 299 f.; *Hinz*, ZMR 2001, 331, 332.

<sup>7</sup> BGHZ 163, 1 = WuM 2005, 384 = ZMR 2005, 524.

<sup>8</sup> BGH, WuM 2005, 573 = ZMR 2005, 854.

<sup>9</sup> S. nur *Günter*, WuM 2012, 299.

Bemessung der Minderung auf die Bruttomiete birgt: Wie wirkt sich die Minderung auf eine etwaige Betriebskostennachforderung aus?

Mit dieser Frage hatte sich der BGH einige Jahre später, nämlich in dem Urteil vom 13.4.2011 (VIII ZR 223/10)<sup>10</sup>, zu befassen. Darin stellt er zunächst klar, dass sich die Minderung nicht allein auf die Grundmiete und die Nebenkostenvorauszahlungen, sondern auf die gesamte Nebenkostenlast des Mieters bezieht, was sich bereits aus den Gründen seiner Entscheidung vom 20.7.2005, insbesondere aus dem dortigen Hinweis auf das Urteil des XII. Senats vom 6.4.2005 ergebe<sup>11</sup>.

Die geminderte Betriebskostennachforderung ist – so heißt es in dem Urteil vom 13.4.2011 – am einfachsten dadurch zu berechnen, dass

- die von dem Mieter im Abrechnungsjahr insgesamt geleisteten Zahlungen
- der von ihm geschuldeten Gesamtjahresmiete (Jahres-Nettomiete zzgl. abgerechneter Betriebskosten abz. Jahres-Minderungsbetrag)

gegenübergestellt werden. Auf die Frage der Anrechnung des monatlichen Minderungsbetrags nur auf die Grundmiete oder auch auf die Betriebskostenvorauszahlungen komme es nicht an; es handele sich um ein Scheinproblem<sup>12</sup>.

### III. Kritik im Schrifttum

Der rechnerische Ansatz des VIII. Zivilsenats ist im Schrifttum vielfach kritisiert worden. Beanstandet wurde vor allem, dass der vorgeschlagene Rechenweg mit der EDV-Praxis der Vermietungs- und Verwaltungsunternehmen nicht kompatibel sei<sup>13</sup>, er auf Schwierigkeiten stoße, sofern über „kalte“ Betriebskosten und Heizkosten nach unterschiedlichen Zeiträumen abgerechnet werde<sup>14</sup> und zudem bei größeren Salden vielfach nicht ohne Weiteres feststellbar sei, ob diese tatsächlich aus offenen Betriebskostenbeträgen oder zumindest auch aus Mietminderungen resultierten<sup>15</sup>. Schon im Hinblick auf die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB sei es in den letztgenannten Fallgestaltungen ganz entscheidend, ob die bisherigen Zahlungen auf die Grundmiete oder auf die Betriebskosten anzurechnen seien<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> BGH, WuM 2011, 285 = ZMR 2011, 625.

<sup>11</sup> BGH, WuM 2011, 285 (Tz. 11) = ZMR 2011, 625.

<sup>12</sup> BGH, WuM 2011, 285 (Tz. 13) = ZMR 2011, 625, 626.

<sup>13</sup> Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 8. Aufl. 2016, H Rn. 213.

<sup>14</sup> Börstinghaus, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012, Rn. 431.

<sup>15</sup> Instr. Feuerlein, WuM 2011, 401 f.

<sup>16</sup> So namentlich Derleder, NZM 2011, 654, 656 f.

Schließlich wird die Frage aufgeworfen, wie die Zeiträume, in denen dem Mieter die Rückforderung von überzahlten Mietminderungsbeträgen nach § 814 BGB versagt bleibe, in den Jahresminderungsbetrag einfließen<sup>17</sup>.

#### IV. Abweichende Auffassungen

Vereinzelt wird die Einbeziehung des Abrechnungssaldos in die Mietminderung, wie der BGH sie befürwortete, auch gänzlich abgelehnt.

##### 1. Beschränkung auf die Bruttomonatsmiete

Nach Auffassung von *Börstinghaus* ist die Minderung der Miete auf das vom Mieter monatlich zu entrichtende Bruttoentgelt zu beschränken<sup>18</sup>. Für diese Sichtweise führt er insbesondere pragmatische Erwägungen an. Vielfach werde die Höhe der Minderung gerichtlich überhaupt nicht geklärt; der Mieter reduziere eine Zeit lang seine Mietzahlungen und der Vermieter nehme dies hin. Der Streit um die genaue Minderungshöhe werde dann in die Betriebskostenabrechnung verlagert. Nunmehr müsse – immer bezogen auf den Abrechnungszeitraum – für die einzelnen Monate die Minderung ermittelt werden, wobei u.U. ganz unterschiedliche Quoten zutage träten. Dies würde sich bei einem Mehrfamilienhaus noch potenzieren, da die Gebrauchsbeeinträchtigung bei mehreren Mietern sehr unterschiedlich ausfallen könne<sup>19</sup>.

Für eine Beschränkung der Mietminderung auf die Bruttomonatsmiete lässt sich nach Ansicht von *Börstinghaus* insbesondere § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ins Feld führen. Der nach dieser Vorschrift kündigungsrelevante Mietrückstand werde allein nach dem laufenden monatlichen Bruttoentgelt bestimmt. Wenn dieses jedoch für die Kündigung als sehr viel einschneidendere Maßnahme ausreiche, spreche nichts dagegen, auch bei der Bemessung der Minderung hierauf abzustellen<sup>20</sup>.

##### 2. Vorbehaltserfordernis

Eine moderate Abweichung von der Linie des BGH ist von *Eisenschmid* vorgeschlagen worden<sup>21</sup>. Seiner Ansicht nach erklärt der Mieter durch die Reduzierung der monatlichen Miete, was ihm das Mietobjekt in dem jeweiligen Zeitraum wert ist. Damit hat er sich auf einen betragsmäßigen Abzug vom Mietentgelt festgelegt, an den er mit Blick auf § 814 BGB grund-

---

<sup>17</sup> Deziert *Feuerlein*, WuM 2011, 401, 402.

<sup>18</sup> *Börstinghaus*, Flächenabweichungen (Fn. 14), Rn. 434 ff.

<sup>19</sup> *Börstinghaus*, Flächenabweichungen (Fn. 14), Rn. 436.

<sup>20</sup> *Börstinghaus*, Flächenabweichungen (Fn. 14), Rn. 437.

<sup>21</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 12. Aufl. 2015, § 536 Rn. 381 ff.

sätzlich gebunden ist. Sofern er das Minderungsrecht auch an dem Abrechnungssaldo ausüben wolle, müsse er sich dies durch Erklärung gegenüber dem Vermieter vorbehalten<sup>22</sup>.

Demgemäß sind in der Betriebskostenabrechnung die ungeminderten Vorauszahlungen auch dann zugrunde zu legen, wenn diese von der (aus der Bruttogesamtmiete zu errechnenden) Minderungsquote erfasst sein sollten. Anderenfalls könnte der Vermieter den Mieter nachträglich mit dem anteilig auf die Betriebskostenvorauszahlungen entfallenden Betrag belasten<sup>23</sup>.

### 3. Stellungnahme

Beide Ansichten können in erster Linie praktische Gesichtspunkte für sich reklamieren. Sofern dem Mieter die Wohnung wegen eines Mangels nicht mehr vollends zugesagt, wird er dem in aller Regel durch eine monatliche Kürzung der Miete Rechnung tragen; eine Reduzierung des Abrechnungssaldos wird ihm meistens gar nicht in den Sinn kommen. Noch weniger wird er indes realisieren, dass sich auch ein Abrechnungsguthaben bei Berücksichtigung der aus dem betreffenden Zeitraum resultierenden Minderung verringern würde – und zwar zu seinen Lasten. Hinzu kommt, dass die Berechnung der auf den Abrechnungssaldo entfallenden Minderungsquote – wie im Anschluss noch zu zeigen sein wird (s. unter V.) – erhebliche Schwierigkeiten bergen kann.

Und doch erscheint es zweifelhaft, ob dergestalt pragmatische Erwägungen geeignet sind, die der Mietminderung zugrunde liegende Dogmatik zu überlagern. Die Minderung ist Ausdruck des schuldrechtlichen Äquivalenzprinzips, dessen Funktion darin liegt, die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen<sup>24</sup>. Schon deswegen muss sie sich auf die gesamte Gegenleistung des Mieters erstrecken, und das ist – wie der BGH in dem Urteil vom 6.4.2005 auch herausgestellt hat<sup>25</sup> – das gesamte Jahresmietentgelt einschließlich des Abrechnungssaldos – gleichgültig ob dies zugunsten oder zulasten des Mieters ausfällt.

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB werde ebenfalls auf die rückständige Bruttomonatsmiete abgestellt. Der Kündigungstatbestand beschreibt eine als schwerwiegend kategorisierte Verletzung der Zahlungspflicht, die den Vermieter (vorbehaltlich des Nachholrechts des Mieters) zur sofortigen Beendigung des Mietverhältnisses berechtigt. Eine solche Pflichtverletzung liegt nach der gesetzlichen Wertung bereits dann vor,

<sup>22</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 21), § 536 Rn. 383.

<sup>23</sup> Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 21), § 536 Rn. 384.

<sup>24</sup> BGHZ 176, 191, 196 = ZMR 2008, 776, 777; NZM 2011, 153 = ZMR 2011, 372.

<sup>25</sup> BGHZ 163, 1, 6 = WuM 2005, 384, 386 = ZMR 2005, 524, 525 (unter II. 2. b. bb).

wenn der Mieter mit dem laufenden Entgelt in Höhe von zwei Monatsmieten in Verzug gerät. Ob die drin enthaltenen Betriebskostenvorschüsse auskömmlich dimensioniert sind oder ob der Mieter noch eine erhebliche Nachforderung zu erwarten hat, ist ohne Belang. Es geht nicht um das Äquivalent zwischen Sachleistung und Geldleistung, sondern die Störung des Vertragsverhältnisses und wann dieser eine kündigungsrelevante Schwere zukommt.

Aber auch die von *Eisenschmid* favorisierte Vorbehaltslösung dürfte mit dem Äquivalenzprinzip insoweit kollidieren, als dieses in § 536 Abs. 1 BGB bereits kraft Gesetzes, nicht hingegen erst aufgrund einer Erklärung des Mieters seine Umsetzung erfährt. Der Hinweis auf § 814 BGB kann nicht verfangen. Die Vorschrift betrifft die Zahlung auf eine nicht bestehende Schuld in Kenntnis der mangelnden Verpflichtung. Hingegen zahlt der Mieter die geminderten Mietbeträge auf bestehende Forderungen. Dabei dürfte er den aus einer künftigen Betriebskostenabrechnung resultierenden Saldo in aller Regel noch nicht realisieren, so dass seinem Zahlungsverhalten insoweit auch kein Erklärungswert zukommen kann. Schließlich dürfte sich der Mieter mit der Kürzung der Miete auch nicht auf einen bestimmten Betrag, sondern im Zweifel auf eine bestimmte Quote festlegen, die sich aus der Relation seiner Mietzahlung zu der (geminderter) Sachleistung des Vermieters ergibt. Diese Quote muss jedoch – aus dem Blickwinkel des Äquivalenzprinzips – auch den Abrechnungssaldo erfassen.

Anders verhält es sich nur dann, wenn sich die Parteien wegen des Minderwerts der Mietsache auf einen bestimmten betragsmäßigen Abzug verständigen<sup>26</sup>. Dazu bedarf es aber einer eindeutigen Vereinbarung.

Nach alledem dürften die besseren Argumente für eine vorbehaltlose Bemessung der Mietminderung auf die Jahresbruttomiete sprechen, wie der BGH dies dekretiert hat.

## **V. Rechenbeispiele**

### **1. Einfache Fallgestaltungen**

Die Problematik des vom BGH aufgezeigten Rechenwegs soll zunächst anhand eines einfachen Fallbeispiels erläutert werden:

#### **Beispiel 1:**

Die Nettomiete beträgt 200 €; die Betriebskostenvorauszahlungen belaufen sich auf 100 €. Mieter M macht eine Minderung der Bruttomiete um 10% geltend und kürzt im Jahre 2015 die monatlichen Zahlungen um diese Quote. Die Jahresbetriebskostenlast beträgt 1.500 €.

---

<sup>26</sup> Lützenkirchen/*Lützenkirchen*, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 536 Rn. 313.

Es ergibt sich folgende Berechnung:

Ungekürzte Jahresnettomiete (12 x 200 €)	2.400 €
Ungekürzte Jahresbetriebskosten	1.500 €
	= 3.900 €
abz. Jahresminderungsbetrag (3.900 x 10%)	390 €
Geminderte Jahresbruttomiete	3.510 €
abz. erbrachter Mietzahlungen (12 x 270 €)	3.240 €
<b>Abrechnungssaldo</b>	<b>270 €</b>

### Variante Beispiel 1:

Mieter M mindert die Bruttomiete um 90%.

Hier ergibt sich – auf der Grundlage des vom VIII. Senat favorisierten Lösungsansatzes – folgende Berechnung:

Ungekürzte Jahresnettomiete (12 x 200)	2.400 €
Ungekürzte Jahresbetriebskosten	1.500 €
	= 3.900 €
abz. Jahresminderungsbetrag (3.900 x 90%)	3.510 €
Geminderte Jahresbruttomiete	390 €
abz. erbrachter Mietzahlungen (12 x 30 €)	360 €
<b>Abrechnungssaldo</b>	<b>30 €</b>

## 2. Zeitlich versetzte Abrechnungskreise

Als sehr viel schwieriger erweist sich jedoch die Anwendung des vom BGH vorgeschlagenen Rechenwegs auf Fallgestaltungen mit unterschiedlichen und zeitlich versetzten Abrechnungskreisen für einzelne Betriebskostenarten, insbesondere für die Heizkosten und die übrigen Kosten<sup>27</sup>. Das nachfolgende Fallbeispiel soll die Problematik verdeutlichen:

### Beispiel 2:

Die Nettomiete beträgt 200 €; die Vorauszahlungen für die „kalten“ Betriebskosten und die Heizkosten belaufen sich auf jeweils 50 € monatlich. Nach dem Mietvertrag wird über die Betriebskosten jährlich, jeweils nach Ende des Kalenderjahres abgerechnet. Demgegenüber läuft das Abrechnungsjahr für die Heizkosten vom 1. Juli bis zum 30. Juni des Folgejahres. Im Jahre 2015 beträgt die auf den Mieter entfallende Betriebskostenlast 700 €, im Jahr 2016 800 €. Die Heizkosten betragen im Zeitraum vom 1.7.2015 bis 30.6.2016 750 €.

Hier fällt es bereits schwer, die Gesamtmiete für die Kalenderjahre 2015 und 2016 einschließlich der Betriebskostenlast zu ermitteln, da der Abrechnungszeitraum für die Heizkosten erst mit Ablauf des Monats Juni 2016 endet. Es müssten dann die Heizkosten für die

<sup>27</sup> S. beispielhaft die Fallgestaltungen bei BGH, WuM 2012, 25 f. = ZMR 2012, 263 f. und BGH, ZMR 2012, 345.



erste Hälfte des Kalenderjahres 2015 aus der Abrechnung über den Zeitraum vom 1.7.2014 bis 30.6.2015 und für die zweite Hälfte des Kalenderjahres 2015 aus der Abrechnung für den entsprechenden Zeitraum in 2015/2016 ermittelt werden. Dies könnte durch eine Schätzung anhand von Gradzahltagen geschehen.

Doch lässt das nächste Problem nicht lange auf sich warten. Der Nachzahlungsbetrag hinsichtlich der Betriebskosten für das Kalenderjahr 2015 würde jeweils anteilige Heizkostenabrechnungssalden für die Kalenderjahre 2014/2015 und 2015/2016 mit einschließen. Diese Beträge müssten wiederum herausgerechnet werden, um den Abrechnungssaldo hinsichtlich der „kalten“ Betriebskosten zu ermitteln. Zudem ist bei hohen Mietminderungen, die über die Grundmiete hinausgehen, unklar, welchen der beiden separaten Vorschüsse sie vorrangig erfassen.

### 3. Direkte Minderung des Abrechnungssaldos

Im Hinblick auf die mangelnde Kompatibilität des vom BGH vorgeschlagenen Rechenwegs mit den meisten EDV-Berechnungsprogrammen haben *Langenberg/Zehlelein* vorgeschlagen, stets die Sollvorauszahlungen in die Abrechnung einzustellen und den aus der Gegenüberstellung zum Abrechnungsvolumen resultierenden Saldo um die durchschnittliche Minderungsquote des Abrechnungszeitraums zu kürzen<sup>28</sup>. Die Berechnung soll dann folgendermaßen aussehen:

Ungekürzte Jahresbetriebskosten	1.500 €
abz. Sollvorauszahlungen (12 x 100)	1.200 €
Abrechnungssaldo	300 €
abz. 10% (Jahresdurchschnitts-)Minderung (= 30 €)	<b>270 €</b>
abz. 90% (Jahresdurchschnitts-)Minderung (= 270 €)	<b>30 €</b>

Bei beiden Varianten des Beispiels 1 gelangt diese Lösung zu demselben Ergebnis wie der vom VIII. Zivilsenat im Urteil vom 13.4.2011 aufgezeigte Rechenweg. Das gilt im Übrigen auch für Abrechnungsperioden, aus denen sich für den Mieter ein Guthaben errechnet.

#### Beispiel 3:

Die Nettomiete beträgt 200 €; die Betriebskostenvorauszahlungen belaufen sich auf 100 €. Mieter M macht eine Minderung der Bruttomiete um 10% geltend und kürzt im Jahre 2015 die monatlichen Zahlungen um diese Quote. Die Jahresbetriebskostenlast beträgt 1.000 €.

<sup>28</sup> S. auch *Langenberg/Zehlelein* (Fn. 13), H Rn. 213 ff.

Nach dem Ansatz des BGH ergibt sich folgende Berechnung:

Ungekürzte Jahresnettomiete (12 x 200 €)	2.400 €
Ungekürzte Jahresbetriebskosten	1.000 €
	= 3.400 €
abz. Jahresminderungsbetrag (3.400 x 10%)	340 €
Geminderte Jahresbruttomiete	= 3.060 €
erbrachte Mietzahlungen (12 x 270 €)	3.240 €
abz. geminderte Jahresbruttomiete	3.060 €
<b>Abrechnungsguthaben</b>	<b>180 €</b>

Der von *Langenberg/Zehlein* vorgeschlagene Rechenweg stellt sich indes wie folgte dar<sup>29</sup>:

Sollvorauszahlungen (12 x 100)	1.200 €
Ungekürzte Jahresbetriebskosten	1.000 €
Abrechnungssaldo	200 €
abz. 10% Minderung	20 €
<b>Abrechnungsguthaben</b>	<b>180 €</b>

Als nicht ganz unproblematisch erweist sich der von *Langenberg/Zehlein* favorisierten Rechenweg allerdings bei der Ermittlung der durchschnittlichen Jahresminderungsquote. Sie bereitet vor allem dann viel Mühe, wenn der Mietgebrauch innerhalb der Abrechnungsperiode in variierendem Maße beeinträchtigt gewesen ist. Es muss die Minderungsquote jedes einzelnen Monats ermittelt und sodann die Summe der Quoten durch zwölf dividiert werden.

#### **Beispiel 4:**

Die Miete ist in den Monaten des Abrechnungsjahrs wie folgt gemindert: von Januar bis März um 30 %, von April bis Juni um 10 %, von Juli bis September überhaupt nicht und von Oktober bis Dezember um 20 %.

Die Jahres Minderungsquote ist sodann wie folgt zu berechnen:

$$(3 \times 30\%) + (3 \times 10\%) + (3 \times 20\%) = 180 / 12 = 15\%^{30}$$

Im Übrigen erfordert der Rechenweg von *Langenberg/Zehlein*, dass die Vorauszahlungsbeiträge ungekürzt in die Abrechnung eingestellt werden. Das erscheint jedoch dann als problematisch, wenn der Mieter hinsichtlich der monatlich geleisteten geminderten Zahlungen eine Verrechnungsbestimmung dergestalt getroffen hat, dass diese auf die Grundmiete erfolgen sollen.

<sup>29</sup> S. auch *Langenberg/Zehlein* (Fn. 13), H Rn. 214.

<sup>30</sup> S. auch *Langenberg/Zehlein* (Fn. 13), H Rn. 216.

**Beispiel 5:**

Die Grundmiete beträgt 200 €, der Betriebskostenvorauszahlungen belaufen sich auf 100 €. Mieter M kürzt die Miete wegen Mängeln um 10% und zieht diese ausdrücklich von den monatlichen Vorauszahlungen ab.

Nach verbreiteter Ansicht findet § 366 BGB bei der Verrechnung von geminderten Mietzahlungen auf die Grundmiete und das (separat ausgewiesene) Betriebskostenelement entsprechende Anwendung<sup>31</sup>. Demgemäß läge eine Tilgungsbestimmung des Mieters zugunsten der Grundmiete vor, die Mietzahlung in Höhe von 270 € (300 € – 10%) wäre analog § 366 Abs. 1 BGB zunächst auf die volle Grundmiete (200 €) und lediglich in Höhe von 70 € auf die Vorauszahlungen zu verrechnen. Konsequenterweise dürften dann auch in die Abrechnung lediglich Vorschüsse in dieser Höhe eingestellt werden, was für den zwölfmonatigen Abrechnungszeitraum ein Vorauszahlungsvolumen von 840 € (13 x 70 €) bedeuten würde.

Man könnte argumentieren, dass es dem Mieter nicht zum Nachteil gereichen würde, wenn ihm mehr Vorauszahlungsbeträge gutgebracht würden als er tatsächlich geleistet hat. Doch stimmt dies nur für den Fall, dass die Abrechnung mit einer Nachforderung zulasten des Mieters endet. Ergibt sich indes zu seinen Gunsten ein Guthaben, so erweist sich die Einstellung von fiktiven Soll-Vorauszahlungen in die Abrechnung durchaus als nachteilig für ihn.

Richtigerweise wird man bei Zugrundelegung der von *Langenberg/Zehlein* vorgeschlagenen Berechnungsweise zwischen der Berechnung der Minderung auf die Bruttomonatsmiete und den Abrechnungssaldo trennen müssen. Bei der Bruttomonatsmiete richtet sich die Minderung nach dem für den jeweiligen Monat zu ermittelnden prozentualen Minderwert des Mietobjekts. Demgegenüber ist die auf dem Abrechnungssaldo entfallende Minderungsrate anhand der durchschnittlichen Quote zu errechnen, die sich in dem betreffenden Abrechnungszeitraum herausgebildet hat. In das dafür erforderliche Rechenwerk können lediglich die ungekürzten Soll-Vorauszahlungen eingestellt werden, ohne Rücksicht darauf, wie die Mieter die Anrechnung seiner während der laufenden Abrechnungsperiode geleisteten Zahlungen bestimmt hat. Für eine Rekurs auf § 366 BGB ist jedenfalls hier kein Raum<sup>32</sup>. Anders verhält es sich hingegen bei der Ermittlung eines kündigungsrelevanten Mietrückstands nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b BGB. Hier kommt es sehr wohl darauf an, ob die vom Mieter erbrachten Teilzahlungen zunächst auf die Betriebskostenvorschüsse verrechnet werden, die der Vermieter nach Ablauf der zwölfmonatigen Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht mehr geltend machen<sup>33</sup> und deshalb für eine Kündigung wegen Verzugs mit lau-

<sup>31</sup> Beispielhaft *Derleder*, NZM 2011, 654, 655; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 21), § 536 Rn. 387; offengelassen bei *Günter*, WuM 2012, 299, 304; *Feuerlein*, WuM 2011, 401,

<sup>32</sup> Zurückhaltender indes *Blank*, FS Bub, 2007, 271, 281; a.A. *Derleder*, NZM 2011, 654, 655 f.

<sup>33</sup> BGH, WuM 2010, 490, 493 = ZMR 2010, 847, 849; WuM 2011, 424, 426 = ZMR 2011, 789, 790.

fenden Mietzahlungen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b BGB auch nicht mehr heranziehen kann<sup>34</sup>. Dies bedarf hier jedoch keiner Erörterung.

Sofern bereits der Vermieter eine Minderung des Saldos in der Betriebskostenabrechnung berücksichtigt (s. dazu auch unter VII.), sollte er gleichwohl auch die vom Mieter tatsächlich erbrachten Vorauszahlungen in der Abrechnung mitteilen. Zudem sollte er erläutern, dass er zwecks Berechnung der Minderungsquote aber die Soll-Vorschüsse von der dem Mieter zugewiesenen Betriebskostenlast in Abzug gebracht hat. Denn die Abgabe der tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen gehört grundsätzlich zu den Anforderungen an eine formell ordnungsgemäße Betriebskostenabrechnung<sup>35</sup>, selbst wenn der BGH den Ansatz von Soll- statt der Ist-Vorauszahlungen lediglich als materiellen Abrechnungsfehler bewertet<sup>36</sup>.

## VI. Auswirkungen des § 814 BGB auf den Abrechnungssaldo

Zahlt der Mieter die gesetzlich geminderte Miete in Kenntnis des Mangels ohne Vorbehalt ungekürzt weiter, so steht einer bereicherungsrechtlichen Rückforderung von Überzahlungen regelmäßig § 814 BGB entgegen. Nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats ist „im Regelfall beim heutigen Kenntnisstand der beteiligten Kreise anzunehmen“, dass dem Mieter „sein Recht zur Herabsetzung der Miete bekannt ist“<sup>37</sup>. Fraglich ist welche Auswirkungen ein während der Abrechnungsperiode eingreifender Rückforderungsausschluss nach § 814 BGB auf die Minderung des Abrechnungssaldos hat. Die Problematik liegt darin, dass die Miete auch in dem betreffenden Zeitraum entsprechend dem Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung gesetzlich gemindert ist, dem Mieter aber eine rückwirkende Geltendmachung dieses Gewährleistungsrechts verwehrt ist. Auch hier haben sich unterschiedliche Auffassungen herausgebildet.

### 1. Begrenzung auf Bereicherungsausgleich

Nach einer Ansicht betrifft § 814 BGB lediglich die *Rückforderung* von ungerechtfertigten Überzahlungen<sup>38</sup>. Demgegenüber soll der Anspruch des Mieters auf Auskehrung von überzahlten Vorschussbeträgen nicht dem Schutzzweck der Vorschrift unterfallen. Ihre Intention liege vor allem darin, das Vertrauen des Leistungsempfängers darauf zu schützen, dass er eine Leistung, die bewusst zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit erbracht sei, behalten dürfe<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> S. nur Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 21), § 556 Rn. 455 f.; Blank/Börstinghaus/Blank, Miete, 5. Aufl. 2017, § 556 Rn. 194, § 543 Rn. 128.

<sup>35</sup> Ständ. BGH-Rspr., s. nur BGH, WuM 2017, 529 = ZMR 2017, 875 (Tz. 15).

<sup>36</sup> So BGH, WuM 2012, 278, 280 = ZMR 2012, 525, 526 mit Anm. Schmid; s. auch BGH, WuM 2017, 529 = ZMR 2017, 875 (Tz. 17).

<sup>37</sup> BGH, WuM 2003, 440, 442 = ZMR 2003, 667, 669 (unter III. 2. a).

<sup>38</sup> Tendenziell Feuerlein, WuM 2011, 401, 402.

<sup>39</sup> Vgl. Feuerlein, WuM 2011, 401, 402 mit Hinweis auf BGHZ 113, 98 = NJW 1991, 560.

## 2. Berücksichtigung auch bei Ermittlung des Abrechnungssaldos

Die Gegenansicht lässt die Wertung des § 814 BGB auch auf den Abrechnungssaldo durchgreifen. Die aus dieser Vorschrift resultierende Rechtsfolge dürfe nicht dadurch umgangen werden, dass der Mieter über den Erstattungsanspruch aus der Nebenkostenabrechnung die Überzahlungen zurückerhalte, die er nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen nicht verlangen könne<sup>40</sup>. Deshalb sei zur Errechnung des geminderten Abrechnungssaldos für die von § 814 BGB betroffenen Zeiträume der Abrechnungsperiode auf die ungekürzten Mietbeträge zu rekurrieren<sup>41</sup>.

## 3. Stellungnahme

Für die erstgenannte Auffassung lässt sich ins Feld führen, dass es sich bei § 814 BGB um eine allein den Bereicherungsausgleich betreffende Ausnahmegvorschrift handelt, die eine restriktive Interpretation verlangt. So findet sie unmittelbare Anwendung lediglich bei der „klassischen“ Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB (sog. *condictio indebiti*)<sup>42</sup> und auch hier nicht in allen Fallgestaltungen (vgl. nur § 556g Abs. 1 Satz 4 BGB). Allerdings würde die Wertung des § 814 BGB unterlaufen werden, wenn der Mieter die Überzahlungen, deren Rückforderung ihm die Vorschrift gerade versagen will, über die Betriebskostenabrechnung ohne Weiteres kompensieren könnte<sup>43</sup>. Auch darin läge, sofern er über seine mangelnde Zahlungspflicht im Bilde war, ein widersprüchliches Verhalten, dem § 814 BGB gerade begegnen will<sup>44</sup>.

Im Übrigen dürfte auch der BGH davon ausgehen, dass die Zeiträume, in denen eine Minderung wegen § 814 BGB ausgeschlossen ist, bei der Berechnung des minderungsbeeinflussten Abrechnungssaldos keine Berücksichtigung finden können. In dem Urteil vom 13.4.2011 (VIII ZR 223/10)<sup>45</sup> führt er bei Tz. 12 (zit. nach juris) aus, dass bei der Ermittlung dieses Saldo die „*gerechtfertigten* Minderung“ zu berücksichtigen sei. Eine solche ist jedoch dann nicht anzunehmen, wenn der Mieter die nicht geschuldeten Mietbeträge in Kenntnis der mangelnden Verpflichtung gezahlt hat und ihm gerade aus diesem Grunde eine bereicherungsrechtliche Rückforderung versagt bleibt. Nach alledem sprechen die besseren Gründe dafür, der Wertung des § 814 BGB auch bei der Ermittlung des geminderten Abrechnungssaldos Rechnung zu tragen.

<sup>40</sup> Günter, WuM 2012, 299, 304.

<sup>41</sup> Günter, WuM 2012, 299, 304.

<sup>42</sup> S. nur MüKo-BGB/Schwab, Bd. 6, 7. Afl. 2017, § 814 Rn. 3; BeckOK-BGB/Wendehorst, 43. Edition (15.6.2017), § 814 Rn. 3.

<sup>43</sup> Günter, WuM 2012, 299, 304; s. auch Lützenkirchen/Lützenkirchen (Fn. 26), § 536 Rn. 313.

<sup>44</sup> MüKo-BGB/Schwab (Fn. 101), § 814 Rn. 2; BeckOK-BGB/Wendehorst (Fn. 40), § 814 Rn. 1.

<sup>45</sup> BGH, WuM 2011, 285 = ZMR 2011, 625.

## VII. Darstellung des Abzugs in der Betriebskostenabrechnung?

Auf Fortbildungsveranstaltungen ist mitunter die Frage aufgeworfen wurden, ob der Vermieter eine dem Mieter zugestandene Minderung der Betriebskostennachforderung bereits in der Abrechnung darzustellen hat. Das dürfte indes nicht erforderlich sein. Für die Abrechnungsformalien ergeben sich aus der erforderlichen Berücksichtigung von Mietminderungen bei der Berechnung des Saldos keine Besonderheiten. Es bleibt bei den vom BGH in ständiger Rechtsprechung dekretierten Mindestvoraussetzungen einer formell ordnungsgemäßen Betriebskostenabrechnung<sup>46</sup>, nämlich

- der Zusammenstellung der Gesamtkosten,
- der Angabe und – soweit erforderlich – die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel,
- der Berechnung des Anteils des Mieters und
- dem Abzug der geleisteten Vorauszahlungen (s. aber auch unter V. 3. a.E.).

Vorwegabzüge braucht der Vermieter darin nicht vorzunehmen oder gar zu erläutern<sup>47</sup>. Natürlich steht es ihm frei, den von ihm favorisierten Rechenweg zur Reduzierung des Saldos in der Abrechnung darzustellen. Eine unrichtige Berechnung oder der Ansatz einer zu niedrigen Minderungsquote hätte für die formelle Wirksamkeit der Abrechnung jedoch keinerlei Konsequenzen; die Abrechnung wäre lediglich materiell unrichtig.

## VIII. Einwendungsausschluss

Die Geltendmachung einer Korrektur des Abrechnungssaldos wegen einer im Laufe der Abrechnungsperiode eingetretenen Mietminderung hat durch den Mieter innerhalb der Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB zu erfolgen. Der Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB gilt auch hier; nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist er weit zu interpretieren<sup>48</sup>. Intention dieser Regelung ist es, in absehbarer Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche zu schaffen<sup>49</sup>. Dieses Bedürfnis ist auch gegeben, wenn die Frage einer Minderung des Abrechnungssaldos wegen einer Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts während der Abrechnungsperiode im Raum steht. Es gelten somit auch beim Einwendungsausschluss keine Besonderheiten.

<sup>46</sup> Zuletzt BGH, WuM 2017, 529 = ZMR 2017, 875.

<sup>47</sup> BGH, WuM 2010, 627, 628 Tz 11. = ZMR 2010, 26.

<sup>48</sup> Grdl. BGH, WuM 2007, 694 = ZMR 2008, 107; zuletzt BGH, WuM 2016, 420 = ZMR 2016, 436.

<sup>49</sup> BGH, WuM 2016, 420, 422 = ZMR 2016, 436 Tz. 26.

## IX. Fazit

Die Ergebnisse der Untersuchung sind wie folgt zusammenzufassen:

- Die Mietminderung ist auf die Bruttomiete zu bemessen. Dabei wird auch der Saldo aus der Betriebskostenabrechnung mit einbezogen. Anderes gilt nur, wenn die Parteien wegen des Minderwerts der Mietsache einen betragsmäßigen Abzug von der monatlichen Miete vereinbaren.
- Der geminderte Abrechnungssaldo lässt sich auf verschiedene Weise berechnen. Der BGH schlägt vor, die vom Mieter im Abrechnungsjahr insgesamt geleisteten Zahlungen der von ihm geschuldeten Gesamtjahresmiete (Jahres-Nettomiete zzgl. abgerechneter Betriebskosten abz. Jahres-Minderungsbetrag) gegenüberzustellen. Eine andere Möglichkeit liegt darin, die Sollvorauszahlungen in die Abrechnung einzustellen und den aus der Gegenüberstellung mit dem Abrechnungsvolumen resultierenden Saldo um die durchschnittliche Minderungsquote des Abrechnungszeitraums zu kürzen. Dieser Rechenweg dürfte der gängigen EDV-Praxis entgegenkommen.
- Hat der Mieter während der Abrechnungsperiode die Minderung nicht ausgeübt und war ihm eine Rückforderung von Überzahlungen nach § 814 BGB verwehrt, so greift die Wertung dieser Vorschrift auch auf die Berechnung der durchschnittlichen Jahresminderungsquote zur Korrektur des Abrechnungssaldos durch.
- Für die Abrechnungsformalien gelten keine Besonderheiten; der Vermieter braucht eine (u.U. zugestandene) Minderung des Abrechnungssaldos in der Abrechnung nicht zu erläutern.
- Der Mieter hat die Auswirkungen der Minderung auf den Abrechnungssaldo innerhalb der Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB vorzutragen. Auch hier gelten keine Besonderheiten.